

浙江律师  
ZHEJIANG LAWYER



弘扬浙江律师忠于法律、勇于担当、诚信务实、勤勉尽责的精神；宣传浙江律师服务经济社会发展、维护公平正义感人事迹；评析法治热点；讲述律师故事；挖掘人物背后的心路历程；记录行业发展足迹……



扫描二维码 关注浙江律协微信公众号

# 浙江律师

3 浙江省律师协会主办  
2021 总第84期

SURGING  
奔涌  
后浪

## 浙江杭天信律师事务所

■ 全国公共法律服务工作先进集体

■ 浙江著名律师事务所

浙江杭天信律师事务所成立于1998年，是以各类民商事、刑事、公司治理、建设工程、法律顾问和企业破产清算等法律事务为特色的大型综合性律师事务所。组织架构上设立合伙人会议、首席合伙人、管理委员会、所务监督委员会、专门委员会和各业务部。3年来共办理各类案件6000余件（其中民商事案件5000余件，刑事案件400余件，行政案件50余件，非诉案件150余件，仲裁案件200余件），目前在册常年法律顾问单位300余家，2020年业务量达到5600余万元，为促进经济发展，维护社会稳定，推动法治建设做出了积极的贡献。

浙江杭天信律师事务所在20余年的发展历程中，



怀揣着建立大所、优秀所、品牌所、强所、百年所的梦想，始终坚守“天道酬勤、信义为先”的办所宗旨，始终秉持“客户至上、委托如山”的服务理念，始终坚持“以党建带所建”和“以公益促所建”的发展战略。以拥护中国共产党的领导，践行社会主义法治，依法维护宪法法律正确实施，维护当事人的合法权益，维护社会公平正义为执业使命。用专业的法律知识为社会各界提供多层次、全方位，前瞻性和优质精准的法律服务，在推进法治进程中与客户共同成长，共创辉煌。



《浙江律师》杂志创刊于2006年，为双月刊，由浙江省律师协会主办。作为浙江律师行业唯一官方刊物，《浙江律师》杂志在传承原国内外公开发行的《律师与法制》对学术前沿、法律实务方面的办刊成果和办刊思路的基础上，进一步增强对行业发展、法律服务、律师文化、队伍建设方面的宣传研究报道，记录律师协会工作历程和律师行业发展轨迹，记录当代律师的专业研究成果和事业奋斗足迹。

《浙江律师》杂志现对部分栏目面向广大读者、作者征集稿件，具体如下：

- **图片新闻** 业内时效性较强的新闻图片，大小在1M以上，要求视觉冲击力强、具有现场感，每幅图片辅以百字以内的文字说明。
- **办案手记** 律师在代理案件中的执业手记，以讲故事形式呈现，也可从案情简介、办案过程、办案心得三方面讲述，字数2000至3500字为宜。
- **以案释法** 针对社会热点事件和话题，从法律角度进行专业评析，要求观点鲜明、逻辑清晰、语言精练，字数3000字以内为宜。
- **律海钩沉** 宣传报道省内老一辈律师的人生轨迹，为浙江省律师行业留下有据可考的资料，字数3500字以内为宜。
- **理论探索** 选登优质的理论性文章，重在业内理论研究和行业发展方向实践探索等，字数2000至3500字为宜。
- **律师沙龙** 律师生涯，忙碌之外还有诗与远方。读一本好书、赏一部佳影、游一处名胜……令你感动的、欣喜的、振奋的都可成为创作题材，文体不限，字数2500字以内为宜。

# 启事

# 征稿

本征稿启事长期有效，欢迎广大律师行业工作者和研究者积极投稿！

投稿邮箱：zjbar@163.com  
咨询电话：0571-87755609





青年，之于中国是什么？是初春，是朝日，是百卉之萌动，是利刃之新发于硎。  
青年，之于律师行业是什么？是传承，是未来，是后浪之汹涌，是青松之立于岩中。  
一起走近他们，去倾听，去感受，一首首激昂热烈的青春之歌。

### 高层声音

详见第4~5页

### 图片新闻

详见第6~7页

### 特别关注

- 08 马柏伟厅长出席律师支持金融顾问制度推进座谈会
- 10 省律师行业党委组织开展主题党日活动
- 12 省律协专职副会长陈三联带队赴河南、陕西考察交流
- 13 省律协走进“高墙”开展交流活动
- 14 省律协召开青年律师工作委员会扩大会议
- 15 2021年第二期申请律师执业人员集中培训班成功举办

### 专题·奔涌吧！后浪

- 18 娄丽伟：感恩时代，认真履职
- 20 黄妙：愿以我绵薄之力，守护知识的尊严
- 23 岳丛啸：在国旗下成长，做有担当律师
- 26 林晓琳：公益是一盏灯，温暖别人照亮自己
- 29 柳沛：写作，是律师一生的修行
- 32 浙江举办青年律师“青春同心 永跟党走”党史主题演讲大赛
- 38 他们的青春，闪耀岁月  
——致敬律界前辈

### 办案手记

- 40 党的光辉照在我的律师徽章上
- 44 困境光伏电站之破产并购浅析

### 热点直击

- 47 网络“跑分”的刑事法律风险及其防范

- 50 关于明星代言理财P2P那些事儿

### 新法速递

- 52 深入解读《中华人民共和国未成年人保护法》
- 55 “保证期间”的相关问题

### 行业速览

详见第58~59页

### 理论探索

- 60 商标侵权惩罚性赔偿规则适用条件及难点
- 65 论银行按揭保证金质押权之对抗效力  
——以房企破产清算程序为视角

### 律师沙龙

- 69 苏格拉底之死与律师的行为节操
- 71 刑辩律师需要纠正的两个错误观念

### 好书推荐

- 74 《大审判：为公众展示的法律》
- 75 《大国宪制：历史中国的制度构成》

### 微关注

详见第76~77页



### 编委会

顾问 徐晓波  
主任 郑金都  
副主任 陈三联 史建兵  
编委 吴引引 曹悦  
陈洁涛 于梅

主编 吴引引  
执行主编 王娜  
编辑 雷雪飞 陈晓慧  
梅馨怡

主办单位 浙江省律师协会

出版日期 2021年6月30日  
邮编 310013  
地址 杭州市天目山路238号  
华鸿大厦A座12楼  
电话 0571-87755609  
传真 0571-87755608  
网址 www.zjbar.com  
投稿邮箱 zjbar@163.com  
准印证 浙内准字O 054号



## 01 | 郭声琨 以钉钉子精神推进教育整顿 确保取得实实在在的效果

6月15日，中共中央政治局委员、中央政法委书记、全国政法队伍教育整顿领导小组组长郭声琨主持召开全国政法队伍教育整顿领导小组会议时强调，要深入学习贯彻以习近平总书记为核心的党中央决策部署，持续深化第一批教育整顿，深入谋划第二批教育整顿，确保取得实实在在的效果。

郭声琨要求，要以钉钉子精神持续推进第一批教育整顿，坚持问题导向，坚持时间服从质量，将学习教育贯穿全过程，组织好重点案件挂牌攻坚，打好顽瘴痼疾整治整体战、攻坚战，确保不走过场。坚持“抓两头带中间”，推进教育整顿均衡发展。认真抓好总结提升，实事求是做好评估验收、整改总结等工作。适时开展“回头看”，巩固深化第一批教育整顿成果。要研究把握第二批教育整顿的规律特点，注意分层分类，突出政治忠诚，突出表率作用，突出建章立制，加强与第一批教育整顿的有机衔接，确保第二批教育整顿平稳起步、顺利开局。

郭声琨强调，要统筹结合、注重实效，持续推动教育整顿与党史学习教育、政法工作高质量发展、做好庆祝建党100周年安保维稳工作有机结合。要深入开展“我为群众办实事”实践活动，彰显政法为民新形象。要以刻不容缓的精神抓好安保维稳，坚决遏制重大公共安全案事件的发生，为建党100周年营造安全稳定环境。

(来源：中国长安网)

## 02 | 张军 用好大数据助力检察工作高质量发展

近日，最高人民检察院党组书记、检察长张军率最高检调研组一行到绍兴市检察院调研，了解该院数字检察建设。

“大数据助力检察工作高质量发展，大有作为！你们在数字检察方面发扬了敢为人先的首创精神，许多经验值得借鉴！”张军对绍兴检察机关的数字检察建设给予充分肯定、高度评价，并提出要求：

以大数据助力敢于监督。要智慧借助浙江数字化改革的东风，积极争取党委政府支持，打破信息孤岛，破除数据壁垒，借助大数据开展法律监督，拓展监督路径。

以大数据助力善于监督。用好用足数据资源，深化应用场景创新，助力法律监督质量、效率、效果提升；同时，也要加强数据资源的统筹管理，确保数据安全，确保公民合法权益的依法保护，避免造成数据资源浪费、办案线索流失。

以大数据助力自我监督。用好“三个规定”和廉洁纪律规定落实情况等大数据，促进自我监督，自我净化；用好将政治建设融入业务的办案实绩的“大数据”，促进检察人员业绩考评机制取得更实效果。

(来源：人民网)

## 03 | 陈一新 六大顽瘴痼疾整治要分类施策标本兼治

5月31日至6月2日，中央政法委秘书长、全国政法队伍教育整顿领导小组副组长、办公室主任陈一新在青海调研并主持召开政法队伍教育整顿西北片区调研座谈会。陈一新强调，要认真贯彻落实以习近平总书记为核心的党中央决策部署，按照郭声琨同志要求，加力整治顽瘴痼疾，不清仓见底不收兵。

陈一新指出，西北片区抓顽瘴痼疾整治取得了阶段性明显成效，有四个共性特点：一是方案科学，都结合实际制定出台“6+N”顽瘴痼疾整治实施方案，既全面系统又突出重点，既有指导性又有操作性；二是责任明确，都扭住责任这个“牛鼻子”，成立整治工作专班，形成上下各方联动共治合力；三是措施精准，都坚持分类指导、靶向整治，拿出了一批管用的整治良方，取得了整治实效；四是势头良好，都坚持开门整治，营造了顽瘴痼疾大排查大整治的良好氛围。

陈一新强调，顽瘴痼疾整治正处于“清查整改”攻坚期、“扩大战果”关键期、“治建并举”窗口期，要增强紧迫感和责任感，加力整治六大顽瘴痼疾，分类施策、标本兼治，凝聚起整治顽瘴痼疾的强大合力，务必以刀刃向内的勇气革除积弊，以攻坚克难的成果回应群众期盼和社会关切。

(来源：检察日报)

## 04 | 唐一军 坚持以学习贯彻习近平法治思想为主线 着力推进全面依法治国不断取得新成效

5月23日至24日，中央全面依法治国委员会办公室副主任、司法部部长唐一军到四川省，就深入学习贯彻习近平法治思想和中央全面依法治国工作会议精神，推进司法行政系统队伍教育整顿进行调研。

唐一军强调，要始终坚持以习近平法治思想为指导，切实把中央全面依法治国工作会议部署的各项任务落到实处。一要紧抓深入学习习近平法治思想，笃学笃信笃行，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，着力把握方向性。二要紧抓服务保障党和国家工作大局，为“十四五”开好局、起好步提供有力法治保障，着力把握全局性。三要紧抓协调推进全面依法治国各项任务落地见效，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一体建设，着力把握统筹性。四要紧抓解决法治领域突出问题，以点的突破带动面上推进，着力把握针对性。五要紧抓践行法治为民，把人民群众的法治新需求新期盼作为法治建设努力方向，着力把握人民性。六要紧抓统筹发展和安全，努力建设更高水平的平安中国，切实维护国家安全、社会安定、人民安宁，着力把握系统性。七要紧抓深化司法体制改革，适应新形势、应对新挑战、解决新问题、取得新成效，开拓进取、与时俱进，着力把握创新性。

(来源：司法部)





1 | 2 | 3

- ① 5月13日下午，省律协政协委员客厅活动在杭成功举办，此次活动是省政协“同心向党”系列活动之一，包括“百名主席进百厅讲党史”和习近平法治思想学习两个主题，省政协副主席、党组成员陈铁雄宣讲党史，省司法厅党委书记、厅长马柏伟，省政协常委、经济委主任陈月亮，省司法厅党委委员、副厅长、省律师行业党委书记徐晓波出席活动。省政协委员、省律协会会长郑金都主持。省司法厅相关部门负责人，省律协秘书处负责人及省律协政协委员客厅成员、省内部分市区政协律师委员等五十余人参加活动。
- ② 学党史知识、听谍战故事、观红色电影……6月11日，“杭州律师心向党 光影逐梦启新程”杭州律师行业“红色电影”主题党课系列活动正式启动，300余名律师事务所党组织负责人走进电影院接受“红色洗礼”。此次观看的红色电影是《悬崖之上》，观影前，杭州历史学会副会长仲向平作题为《西湖的悬崖之上》的微党课，为大家讲述了抗战时期发生在杭州隐秘战线的历史与惊心动魄的谍影风云故事。杭州市司法局党委委员、市律师行业党委书记王正航，省律协秘书长吴引引等参加启动仪式。
- ③ 6月4日，“爱心手牵手·成长心连心”彩虹关爱农村留守儿童大型公益活动在瑞安市湖岭镇鹿木学校圆满举行，为瑞安市湖岭镇鹿木学校、永安学校、鹿木二小的留守儿童送去温暖。彩虹关爱留守儿童大型公益活动，是温州市律协与市儿童文创发展促进会等单位自2019年开始共同承办的大型公益项目，2年来先后走进苍南、永嘉、瑞安站，累计为1000多名留守儿童送上价值20多万元学习用品，同时建立“普法教育”“心理辅导”“爱心结对”“才艺下乡”等特色项目。





## 马柏伟厅长 出席律师支持金融顾问制度推进座谈会

文 | 于梅

5月19日，省律协金融与保险专业委员会与浙商总会金融服务委员会在杭共同举办律师支持金融顾问制度推进座谈会。省司法厅党委书记、厅长马柏伟，财通证券党委书记、董事长、浙商总会金融服务委员会主任陆建强出席并讲话，省司法厅党委委员、副厅长、省律师行业党委书记徐晓波出席活动，省律协会会长郑金都主持会议。

马柏伟指出，金融顾问制度的建立，对于提升浙江营商环境、企业竞争力、防范和化解金融风险具有非常重要的现实意义。他要求，省司法厅、省律协要抓住现阶段金融委员会拓展金融服务的良好机遇，充分发挥省律协特有的组织律师服务企业的作用，不断加强对金融顾问制度和法律服务方面的理论研究和实践探索，做好市场化运营、职业化定位和专业化服务；要加强与浙商总会金融服务委员会的合作与交流，做好法律顾问，当好金融顾问，推进信息共享、数据共享，开展标准化、格式化、人性化的金融法律服务；要将法律服务和金融顾问深度融合，在实践创新中取得新突破，共同探索并尽快形成一批新的金融顾问服务产品在全省范围内进行推广，助推浙江金融顾问行业的市场化、数字

化和可持续发展。

陆建强表示，两年多来，金融顾问作为一支特殊力量积极投入到全省“三服务”中，成为推动金融供给侧改革的重要创新举措。去年5月，金融顾问制度纳入地方金融条例，打开了金融顾问制度推广优化、创新探索的新格局。希望依托双方的合作，在链接更多法律专业力量的同时，带动金服会和律师协会共同推进制度的探索创新，携手将金融顾问制度打造成为浙江“重要窗口”建设进程中金融供给侧改革的重要制度安排。省律协副会长唐国华作表态发言。

省司法厅律工处处长杨建，省律协秘书长吴引引、副秘书长曹悦，金融保险专业律师20余人参加座谈会。



# 省律师行业党委 组织开展主题党日活动

文 | 于梅



6月22日，省律师行业党委在嘉兴组织开展主题党日活动。期间，省律师行业党委举办了理论中心组学习会；组织党员瞻仰南湖红船，重温“红船精神”，参观南湖革命纪念馆，并重温入党誓词。省司法厅党委委员、副厅长、省律师行业党委书记徐晓波参加活动。

在理论中心组学习会上，省律师行业党委班子

成员认真学习了省委十四届九次全会精神，徐晓波、郑金都、叶明等3位同志分别作主题发言；徐晓波代表行业党委对全省律师行业贯彻落实省委十四届九次全会精神作出部署。

会议指出，以习近平同志为核心的党中央赋予浙江高质量发展建设共同富裕示范区的光荣使命，这既是金字招牌，又是重大政治责任，体现了习近

平总书记和党中央对浙江的厚爱和信任，是浙江经济社会发展的重大机遇。省委书记袁家军在省委十四届九次全会上作的工作报告和全会审议通过的实施方案，系统部署高质量发展建设共同富裕示范区，旗帜鲜明地扛起了党中央赋予浙江的历史使命，是浙江高质量发展建设共同富裕示范区的动员令和责任书。

会议要求，全省律师要深刻认识浙江高质量发展建设共同富裕示范区的重大意义和历史机遇，切实增强人民律师的责任感、使命感，激发工作积极性、主动性、创造性，积极投身共同富裕示范区建设；要进一步提高政治站位，围绕共同富裕示范区建设的目标任务，深入研究法律服务的切入点和路径，充分发挥律师职能优势，为共同富裕示范区建设提供优质高效法律服务；要立足实际，深入实施“扬帆行动”，努力解决律师行业自身发展不平衡、不充分问题，更好地适应共同富裕示范区建设的需要。

省律师行业党委班子成员接受党史学习教育，瞻仰红船，登烟雨楼，边走边看，边思边悟，对由“开天辟地、敢为人先的首创精神，坚定理想信念、百折不挠的奋斗精神，立党为公、忠诚为民的奉献精神”构成的“红船精神”有了更为深切的感受与领悟。

大家沿着历史足迹，重温了近代中国封建制度衰落、1840年鸦片战争至中国共产党成立的历史过程，以及中国共产党成立后领导中国人民争取民族独立、人民解放和实现中华民族伟大复兴九十年光辉历程。

由徐晓波领誓，大家一起重温入党誓词。随着一声声铿锵有力的誓言，在场党员无不心潮澎湃，进一步坚定了为党的事业奋斗终身的信念，坚定了为律师事业不懈努力的信心与决心。

省律师协会非中共党员的班子成员及秘书处相关人员列席理论中心组学习会。



## 省律协专职副会长陈三联 带队赴河南、陕西考察交流

文 | 罗庆

5月11日-16日，省律协专职副会长陈三联率浙江省律师协会代表团一行9人赴河南省和陕西省考察交流，就律师队伍建设和律所管理、律师职业道德与执业纪律教育、律师行业突出问题专项治理等工作进行学习交流，并赴革命圣地延安接受党史学习教育。

在河南，代表团一行参观了为庆祝河南省律协成立40周年举办的律师开放日图片展，并与河南律师代表座谈交流。会上，河南省律协秘书长王宇生就河南省律师工作基本情况，律师行业党建工作、服务党委政府中心工作、律师队伍建设、公益活动开展以及律师文化建设等亮点工作作了介绍。

陈三联对河南律师工作快速发展、取得的成绩表示赞赏，他认为浙豫两省历史文化厚重，同为律师大省，在行业建设与发展等方面有很多共同之处。河南律协在律师队伍建设、纪律惩戒工作及秘书处建设等方面有不少好的做法与经验值得我们学习借鉴。随后，陈三联也简要介绍了我省律师工作基本情况，分享了近年来我省开展的“三名工程”“扬帆行动”等工作情况。双方对加强律师职业道德、执业纪律建设进行深入交流。

在豫期间，浙江律协代表团一行得到了河南省律协会长徐步林、副会长赵剑英、发展战略委主任赵虎林以及开封市司法局主管律师工作副局长



张航生、律协会会长朱新勇，洛阳市司法局主管律师工作副局长任印强、律协会会长杨新涛等领导的热情接待，并进行了工作交流，参观了河南任何、辽源和洛太等优秀律所。

5月14日，代表团一行离豫抵陕，参观了陕西律协新办公楼，并与陕西律师同行座谈交流。陕西省律师行业党委专职副书记、律协秘书长张新春介绍了陕西省律师工作基本情况和律师行业党建工作情况，陕西律协副会长田亚强则着重介绍了律师纪律惩戒工作和律师行业突出问题专项治理开展情况。

陈三联对陕西律协同行分享的工作经验表示感谢，陕西是全国率先成立律师协会的省份，律师工作经验丰富，律师文化底蕴深厚。他认为，加强同行间的交流与合作有助于发展与

进步，特别是协会建设、会员管理与服务、律师职业道德执业纪律等方面工作，两省律协都有很多好的做法值得互学互鉴。座谈会后，代表团一行赴上海锦天城（西安）分所参观交流。陕西省律协会会长韩永安在锦天城所热情接待，并回顾了两省律协同仁间的友好往来，表示东西部律师同行应当进一步加强交流与合作，共同推进行业发展与建设。

5月15日，代表团一行赴革命圣地延安学习，参观长征胜利80周年纪念馆、杨家岭、枣园、梁家河等红色教育基地，重温中国共产党伟大而光荣的历史。

省律协副秘书长曹悦，省律协常务理事、道纪委主任项坚民、副主任冯秀勤、董杰等道纪委成员参加考察交流学习。

## 省律协 走进“高墙” 开展交流活动

文 | 周晓钦

5月26日-6月2日，省律协先后赴省未成年犯管教所、省第四监狱开展座谈交流及法律帮扶活动。

在省未成年犯管教所，省律协专职副会长陈三联一行参观了省未成年人成长教育基地及未管所指挥部，观看了宣传教育片，召开了座谈会，为高墙内的少年开展法律帮扶活动。省律协秘书长吴引引、副秘书长曹悦等参加了帮扶活动。省未管所所长汤序喜、副所长陆丹华、郭益大陪同。

汤序喜所长介绍了未管所日常管理情况及未成年服刑人员总体情况，对省律协法律帮扶活动表示感谢。陈三联副会长表示，省律协应当建立相应机制，对未成年服刑人员开展持续性法律帮扶，要在教育、培训等方面，提供更多的切实有效、人性化帮助，帮助引导失足少年走上正轨。

省律协向未管所赠送了《宪法》《刑法》《民法典》《新未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》《民法典时代——如何守护我们的婚姻和财产》等1000余册法律书籍。省律协婚家委副主任杨慧丽围绕家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护、司法保护以及青少年如何预防犯罪等内容，为监区未成年服刑人员解读了即将实施的新《未成年人保护法》。

在省第四监狱，省律协郑金都、专职副会长陈三联一行参观了党员政

治生活馆，为服刑人员开展视频咨询活动及法律讲座。双方召开了监地融合恳谈会，并签署了《公益法律服务合作框架协议》。省律协秘书长吴引引、副秘书长曹悦，省第四监狱政委董长青，监狱长柏连华，党委委员、副监狱长朱泳、燕晓宇等参加活动。

柏连华介绍了四监的发展史、管理模式、狱务公开、民警队伍建设、服刑人员教育改造、安全劳动等方面情况，并对省律协的交流活动表示感谢。

郑金都介绍了浙江律师的基本情况，并就律协与四监开展合作提出四点建议：要为监狱的日常管理提供法

律帮助；要为罪犯的教育改造提供法律帮扶；要为监狱民警依法管教提供法律服务；要为监狱职工的日常法律事务提供法律咨询。

为共同推进监狱法治建设，陈三联专职副会长与朱泳副监狱长分别代表省律协、省四监签署了《公益法律服务合作框架协议》。

省律协法律援助与社会公益委副主任、婚姻与家庭委主任吴晓洁，法律援助与社会公益委委员沈宇锋，省律协刑事专业委员会副主任胡瑞江，省律协刑事专业委员会委员周辛艺及秘书处有关同志等参加了本次活动。





## 省律协召开 青年律师工作委员会扩大会议

文 | 于梅

年律师工作提出要求：一是要充分发挥省律协青工委在青年律师工作的引领、指导、协调、搭建平台等作用，努力把青工委打造成省律协专门委员会工作的一张金名片；二是要做好“之江青年律师讲师团”等名牌活动，推动落实“扬帆行动”各项任务要求；三是要充分发挥青工委自身特点，走出去引进来，搭建外联平台，加强宣传工作，扩大青年律师工作影响力；四要加强引领意识和服务意识，为各市律协青年律师工作提供强有力的支持。

吴引引指出，省律协青工委2020年工作扎实、重点突出，取得了明显成效，得到上级领导部门和各方好评。她要求，2021年，省律协青工委工作一是要坚持党建引领，认真做好律师行业专项治理工作；二是要坚持资源整合，创新工作方式，切实提升广大青年律师的获得感；三是要坚持责任担当，加强上下联动，认真做好省律协青工委本年度各项工作任务。

省律协常务理事、青工委副主任刘慧杰、陈昱、肖立峰、娄丽伟，青工委委员、各市律协分管青年律师工作副会长或青工委主任共30余人参加会议。

5月19日下午，省律协在杭州召开青年律师工作委员会扩大会议。省律协分管青年律师工作副会长叶明、省律协秘书长吴引引出席会议并讲话。省律协常务理事、青工委主任张震宇主持会议。省律协监事朱美聪参加会议并发表监事意见。

会议学习习近平法治思想与中国

共产党党史，总结省律协青工委2020年工作，研究2021年工作计划和青工委青训平台共享计划，听取地市律协代表先进经验分享，并以“青工委能为青年律师做什么”为主题开展了讨论交流。

叶明充分肯定了省律协十届青工委成立以来的工作，并对下一阶段青



## 2021年第二期申请律师执业人员 集中培训班成功举办

文 | 洪安新

5月17日—5月26日，省律协与浙工大法学院在浙工大朝晖校区成功举办了2021年第二期申请律师执业人员集中培训班。省律协副会长史建兵、浙工大法学院党委书记毛筱媛出席开班仪式并致辞，省律协副秘书长曹悦主持开班仪式。277名申请律师执业人员参加了此次培训。经严格考核，共267人顺利结业。

此次培训班邀请了省律协专职副

会长陈三联以及资深律师、优秀法官、高校教授等相关专业人士担任授课老师。培训教学因材施教、按需施教，内容涵盖习近平法治思想、党史教育、律师制度与律师职业、律师职业道德与执业纪律以及刑事、民商事、人身损害、婚姻家庭、交通事故等方面。

培训班精心组织模拟法庭实务教学活动，此活动打破了以往较为单一

的老师台上授课，学员下面听课的模式，通过让学员亲自参与真实案例的模拟开庭审理，将理论知识更好地融入实际运用当中，有效提升了学员的实务操作能力，专业水平和团队合作意识。

最后，根据综合考勤记录、理论考试成绩、模拟教学活动表现等情况，培训班评选出10名优秀学员并在结业典礼上颁发荣誉证书。

青年，之于中国是什么？  
是初春，是朝日，  
是百卉之萌动，  
是利刃之新发于硎。

青年，之于律师行业是什么？  
是传承，是未来，  
是后浪之汹涌，  
是青松之立于岩中。

一起走近他们，  
去倾听，去感受，  
一首首激昂热烈的青春之歌。

# 奔涌吧！ Surging 后浪



## 姜丽伟：

# 感恩时代，认真履职



姜丽伟  
浙江大猷律师事务所

“当前是青年律师的好时代，青年强则国家强，青年律师进步则法治进步。”在省律协举办的青年律师培训班上，姜丽伟作为嘉宾向在座学员发出了掷地有声的“动员令”。

2019年，姜丽伟当选省律协常务理事，并被任命为省律协青工委副主任，协助做好青年律师工作。此后数年间，他不负组织所托，实干笃行，在我省青年律师工作中屡创佳绩。

### 党建引领，筑牢根基

姜丽伟很早以前就买来《中国共产党党史》认真学习，铭记英雄人物，以正面典型为榜样时刻鞭策自己，以反面教材时刻警醒自己。“中国共产党历经挫折，但最终能走出困境，领导全国人民不断前行，对我们律师、律所同样具有借鉴意义，困难总是存在的，只要信念不减终会成功。”党史给了他信心，更坚定了他的信念。

在举办丽水市青训营期间，他将党课作为重点内容，组织青年律师认真学习。邀请丽水党校赵剑虹副教授为各青训律师导读《习近平谈治国理政》第三卷，详细讲述了其背景、核心内容以及如何学深悟透。

姜丽伟激励青年律师们要以党建为引领，敢担当、勇作为，脚踏实地地走好每一步。

### 搭建平台，提升能力

2017年，姜丽伟经省律协选派参加全国律协第六期青训营，这次经历令他收获满满，“给成长带来了极大激励”，他也将这种感受与体会带给丽水青年律师。

为此，他组织筹办了丽水市第一届青训营，得到市司法局与市律协的大力支持。这次青训营邀请了全国律协副会长章靖忠、省律协副会长叶明、省律协青工委主任张震宇前来授课，

让青年律师开拓视野，了解行业趋势，学到发展理念；还邀请参加过全国青训营的丽水青年律师现身讲授全国青训营的感受，学习回来后的实践与成长，让参训的青年律师身同有感。同时，课程内容丰富多样，有团建、晨练、微课堂、辩论赛、党课、专业课等，让每位参训的青年律师受益良多。

同时，在他的共同努力下，温、台、丽三地区建立了“小三通”制度，积极搭建青年律师沟通交流的平台。丽水律协通过各种努力搭建平台，让青年律师展现自己，比如：推荐了三名青年律师到杭州律协青训营培训，推送了三名青年律师参加温州青年律师论坛，在各个平台上，丽水的青年律师不断展现自己、突破自己，获得成长。2020年，丽水律协承办了首届杭温台丽四地青年律师篮球赛，让青年律师在篮球场上飞扬。

2020年，省律协举办了第三期青年律师培训班，丽水律协选送了四名青年律师参加此次培训。他们与来自全省的先进青年律师共同学习、共同生活、共同谈心，相互对照，肯定自己的优势，发现自己的不足。“这也是我们的初衷所在，让青年律师不断缩小自身差距，极力发挥优势，坚定信念，充满信心，创造未来。”

### 热衷公益，回报社会

姜丽伟结合自身优势，带领团队律师积极从事公益事业，回报社会。

他积极参与议政，撰写社情民意。他参与调研并主笔的《关于加强我市青少年法治教育的建议》等被评为市政协优秀提案；他提出的《关于〈丽水市物业管理条例（草案）〉的建议》等

社情民意被有关单位采用。

他重视法律宣讲，普法进机关、进企业、进校园、进乡村、进社区，积极服务社会。他先后为丽水经济开发区、市交通局、市经信局、市委办等单位讲授民法典20余场次；参加省司法厅、省普法办指导，市委宣传部分、市司法局主办的浙西南法治乡村景观带普法项目启动仪式暨民法典进农村文化礼堂首场宣讲活动，作为主讲民法典专家参加，线上线下同播；参加景宁县宪法、民法典直播访谈节目；参加“优化营商环境年”涉企法律问题云解答活动，并线上讲授疫情情况下合同理解与适用。他带领团队律师出品法治微课《职场变“刑”——律师教你防范职场陷阱》，呼吁大学毕业生防范就业风险，被浙江省未成年人保护委员会评为“青春护航，法润成长”法治微课大赛二等奖，被共青团丽水市委评为“青春护航法润成长”法治微课大赛一等奖。

他与他的团队律师代理案件，追

求公平正义，实质性化解矛盾。他与团队律师为企业代理一起非工伤死亡事故案件，受害方起初到企业门口哭闹、漫天要价，他与他的团队律师通过向受害方家属充分讲解、与调解员多次沟通交流后，最终合理补偿款项，达到息事宁人。他与团队律师为某小学代理一起受雇人员履职死亡事故案件，受害方起初情绪激动，提出诸多不合理要求，他与团队律师努力沟通交流，并在矛调中心的共同协调下，最终合法合理地补偿了受害方，实质上化解了矛盾。

今年，是中国共产党建党100周年，是第二个一百年开启之年，是“十四五”规划开局之年，这在特殊的历史时刻，他偕同几位志同道合的青年律师于3月25日创设了浙江大猷律师事务所，共同追梦。他决心带领大猷所秉持“大道为公，守正当猷”的理念，坚定走现代化、专业化、公益化道路，争做拥有梦想、讲究实干、勇于担当、寻求发展、未来可期的律所。



## 黄妙：

# 愿以我绵薄之力，守护知识的尊严



黄妙  
北京大成（宁波）律师事务所

从一名从事综合业务的律师转为知识产权专业律师，这条专业化之路，有挫折，更有收获。律法路上，她怀着为知识守护尊严的信念，由深夜走向破晓，又由破晓走向灯火通明。一切都是最好的选择，一切都是最好的安排。

### 文章本天成，妙手偶得之

“在传统的民商事领域已有这么多的前辈在做了，那我就选一个人少的专业吧。”这是黄妙选择知识产权领域的初衷。

刚开始从业，大家普遍都会选择好接案子的领域，基本以个人民事纠纷（离婚、借贷）、企业买卖合同纠纷及刑事业务是主要的业务来源和业务内容为主。但随着时间的推移，对于这份职业，她也开始有了更多的思考，

到底哪个方向对于自己而言，有更大的发展空间？基于人行门槛及从业人数的考量，她初步敲定了涉外领域和知识产权领域两个方向。再然后，缘于一次交谈，让她下定决心，选择了知识产权领域。

这场决定了她专业方向的谈话，发生在黄妙与从事计算机软件方面工作的丈夫之间。2006年，黄妙在职攻读法律硕士，在先生的建议下，她的硕士论文撰写《C2C网上交易平台提供商法律责任分析》一文。文章完成时间是2007年，当时国内还没有太多的律师关注这块领域，因选题比较新颖，这篇文章不仅让黄妙顺利取得法律硕士学位，同时也获得2008年全国律师论坛的优秀奖。这篇文章刊登于2009年《中国律师》的第10期。黄妙第一次因为涉足知识产权专业使自己

的成绩得到认可，也让她更加坚定了，未来要从知识产权法律保护工作的方向。

### 分类施策，抱团取暖

“任何事都有得失，有舍才有得。”这句话很简单，但做起来却着实不易，从传统什么案件都办到单一办理知识产权案件，经历的自然不止是一次次的纠结。当黄妙开始转专业化时，已从事律师执业五年，业务创收已达到事务所的合伙人级别，而这些创收源自不同类型的案件收入。每一次有其它类别案件来时，她就要进行一次内心挣扎，如果不接可能面临无法满足合伙人创收要求，如何来取舍呢？

分类施策让她对知识产权的这份专注有了平衡的支撑点。以不同的受理标准选择知识产权案件与其他案件，是她的妙招。比如对于既可以获得经验积累，又有创收收入的知识产权案件，考

虑按收费标准收入低限；而其它案件因只能获得创收收入，所以收费按标准收入的高限。她通过多做知识产权案件，选择性地做其它类型的案件，使自己有更多机会积累知识产权案件的办案经验。

抱团取暖让她的羽翼有了翱翔的资本，从执业第三年开始就聘用助理，将常务性的事务移交出去，一方面协助助理做好初期执业积累，另一方面也为自己争取了更多的时间和精力来提升知识产权领域的执业能力和解决创收积累，让她和助理两人的劳动价值都得到很好的发挥，真正实现授人以鱼不如授人以渔。这个思路后来一直作为黄妙建设团队的一个思路：每一个成员都可以让自己得到提升的事务。

在这取舍之间，黄妙坚持走专业化道路，同时她所带的团队成员也逐渐增加，逐步形成了团队化。



### ■ 为建一个知名的知识产权团队而努力

“为建一个知名的知识产权团队而努力。”这是黄妙和团队成员的共同目标。而团队内部也已经形成了大徒弟带二徒弟，二徒弟带三徒弟，一个带一个的工作习惯，成员间互相配合，相互支持。徒弟们在师傅出差或进修时“被迫营业”，出色地完成了一次又一次的历练和成长，他们的不断进步，也给了黄妙更多的空间和支持去进一步拓展事业版图。

2012年大成宁波所成立后，她成为事务所知识产权部主任，团队成员从内部公司化小团队，扩展到了部门的大团队。这对她而言是个挑战，更是个机遇。这些年，她带领的团队一起办理了许多成功的知识产权案件。

比如，在金华企业负责人吴某某“动感式和平走式行走的童车”发明专利维权系列案件中，团队通过向销售商发送律师警告函，再对继续侵权销售商进行诉讼的方案，在一个月内在达到70%销售商停止侵权行为的效果，客户赠予了事务所“为知识产权保驾护航”锦旗。又如，宁波奥克斯集团诉奥克斯快速电梯（苏州）有限公司商标侵权及不正当竞争纠纷案，在诉前团队对该案进行了充分的策略分析，巧妙地将案件管辖地选择在被告所在地之外的南京中级人民法院，最终取得诉请100万人民币判决全额支持的完全胜诉，取得了诉请全额得以支持的成功。

通过团队协作，承办了很多成功的案例，每一次的成功，都给在专业化道路上前进的团队带来很大的信心及鼓励。

### ■ 走在做专、做精、做强的知识产权专业化路上

2016年，黄妙受聘担任第四届浙江省律师协会知识产权专业委员会主任一职，为了更好地推动浙江知识产权法律服务工作，她进行了认真思考。在她看来，浙江律师的专业化发展，不能完全仿效北京、上海律师的发展轨迹，需要开辟一条适合浙江律师本地发展的专业之路。基于浙江民营企业为主的特点，企业除了通过知识产权诉讼获得其市场优势竞争地位外，还需要外聘律师协助企业完善其内部知识产权管理、商业秘密保护、知识产权运营等非诉讼服务。

因此，知识产权律师除了熟悉知识产权相关诉讼业务外，还需要了解与企业发展相关的其它知识，如知识产权作为资本投入的问题、知识产权转让或许可的问题、企业如何管理知识产权的问题等等。这些知识要求律师不仅仅掌握知识产权相关的法律知识，同时还需了解知识产权周边领域的管理、经济等综合知识。所以，以知识产权诉讼作为基础，结合其它复合知识，以开拓知识产权非诉法律服务领域，是黄妙对知识产权专业化发展的思考。

美国心理学家M·斯科特·派克在《少有人走的路》里说的一段话：找到人生方向，通常要经历漫长的过程，仅仅依靠投机取巧或头脑中的灵光闪现，很难达到目标。真正的自制自觉，总是缓慢而渐进的过程。对于黄妙来说，当年果断选定方向，然后倾注全身心的热情和坚韧去迎接接下来的每一次挑战，不怯场，不犹疑，是她最引以为豪的事。能以自己绵薄之力，为知识守护尊严，亦是她这些年做过的最好的事。这二十年的山高水长，星海茫茫，她以信念泅渡。

## 岳丛啸：

# 在党旗下成长，做有担当律师



岳丛啸  
浙江国傲律师事务所

在工作第十年之际，岳丛啸被评为“浙江省律师行业优秀党员”。这不仅是对其专业成就的认可，更肯定了他作为一名党员对法治社会做出的杰出贡献。

大学期间，岳丛啸就成为了一名中共预备党员。穿过碎影斑驳的长久岁月，他仍然记得那是2005年3月的一天下午，系党支部副书记同他就入党事宜进行谈话。由于时隔已久，谈话的具体内容大多已记不清了，但彼时在加入中国共产党前的激动心情和支部书记讲在最后的那句话，令他此生难忘，“既然选择了入党，党也接纳了你，那么不管别人如何，你就要严于律己，做一名合格的共产党员”。

工作后，岳丛啸始终将这句话作为高悬头顶的引路星光，始终谨记自己的党员身份与肩头重担。执业10余年间的每一天均以高标准严格要求自己，以

身作则，充分发挥模范带头作用，推动律所党建；永远以饱满的工作热情和强烈的社会责任感，服从大局、勇于担当，用自己的专业知识和奉献精神为社会稳定努力奋斗，为法治建设添砖加瓦，为公益事业献策献力。

### ■ 不忘初心，成就律所党建品牌

岳丛啸在国傲所工作不久，便开始担任嘉兴市96345党员志愿者服务中心国傲分站秘书长，后担任分站站长。嘉兴市96345社区服务求助中心是2003年南湖区政府实事工程，由南湖区人民政府主办，市民政局、秀洲区人民政府和经济技术开发区联办，于2003年9月6日起正式运行。中心从一开始就非常注重发挥党员志愿者的先锋模范作用，在上级组织部门的指导下，于2004年9月12日，中心成立了党员志

愿者服务总站并下列了30余家分站。浙江国傲律师事务所自嘉兴市96345社区服务中心设立分站以来就成为其首批分站，也是嘉兴市96345社区服务中心目前唯一的律所分站。

国傲分站始终坚持以“红船”精神为引领，凝聚所内党员律师，按照嘉兴市96345党员志愿者总站的工作部署，积极安排党员参加各种志愿服务百姓，如社区法律咨询活动、党员志愿者骨干培训、96345法律服务热线值班。一路走来，浙江国傲律师事务所凭借国傲96345的优异服务，从嘉兴市96345五星级服务单位一直升到现在的五星级服务单位（目前最高星级），这是嘉兴市96345对国傲96345持续奉献公益工作的肯定。

国傲96345的服务也随着实践中群众的要求变化而不断加强，从过去较为单一的社区法律咨询活动形式发展到现在的法律咨询、法律热线等多种服务形式并存以更好地满足群众需求，可以看到，国傲分站的党员志愿者们正在努力使他们的服务匹配他们的星级。岳丛啸正是国傲分站中“苦思服务形式创新，决心服务质量优化”的好站长、好党员。

鉴于国傲所、国傲分站的优异表现，嘉兴市96345国傲分站被评为嘉兴市96345优秀分站，国傲所

党员志愿者多人次被评为嘉兴市南湖区优秀共产党员志愿者、嘉兴市96345总站优秀共产党员志愿者，同时本所志愿服务的场景也被中央电视台新闻联播拍摄后播放。“国傲96345”也因此被评为嘉兴市律师行业十大党建服务品牌之一。

### ■ 筑梦法治，扎实法律业务能力

一路走来，岳丛啸始终坚持学习提升，在实践中不断夯实自己的业务能力，于案件中彰显律师担当。他还非常注重法学理论的钻研，结合所办案例撰写实务论文，撰写的论文多次获得省、市律师论坛实务理论文章的嘉奖。

正是有努力钻研基础理论和前沿发展的习惯，让岳丛啸在办案中面对空白争议问题作出的许多前瞻性判断，事后都被证明是正确的。如，2010年，岳丛啸接手了一起企业高管起诉公司未签劳动合同赔偿双倍工资的案件，当时法律并未明确区分高管作为劳动者不签劳动合同的情形，最高院、浙江省高院在当时也没有相应的指导意见。他作为公司的代理律师，经过对劳动合同法的法理研究以及其他地方高院相应规定的查阅后，在诉讼中提出了“只要用人单位有证据证明公司高管对所造成的事实（该案件中即为不签订书面劳动合同）具有过

错行为，则可以免除用人单位相应的责任”的观点，该观点也得到了嘉兴市中级人民法院法官的认同。直至2012年颁布的《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题的解答》中省高院才明确表述：“签订书面劳动合同系用人单位的法定义务，但确系不可归责于用人单位的原因导致未签订书面劳动合同，劳动者因此主张二倍工资的，可不予支持。”

2018年，岳丛啸接手了一起案件，涉及抵押合同签订后未办理抵押登记，如何通过法律手段完成抵押合同约定的抵押登记是本案的关键。由于当时的法律对此没有明确规定，作为的抵押权一方代理人的岳丛啸在经过对合同法及物权法法理探究以及其他地方高院相应规定的查阅后，在诉讼中提出了“抵押合同依法成立，但未办理抵押登记的，根据物权法的区分原则，抵押合同发生债权效力，抵押人负有协助债权人办理抵押登记的义务，可以要求合同相对方在可以履行的前提下配合办理抵押登记”的观点，经过多次沟通，该观点才得到了承办法官的认可。2019年颁布的《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》中最高人民法院明确规定：“不动产抵押合同依法成立，



但未办理抵押登记手续，债权人请求抵押人办理抵押登记手续的，人民法院依法予以支持。”

长期以来，岳丛啸默默地以自己的法律专业能力，为政府、企业、群众提供尽职尽责、专业高质的法律服务，体现其作为一名党员律师的应有担当。

### ■ 奉献公益，任劳任怨服务群众

在成长的道路上，除本职工作外，岳丛啸还积极参加公益事业。这么多年来，他曾长期担任嘉兴市96345党员志愿者服务中心国傲分站秘书长、国傲分站站长、嘉广集团综合新闻频率《小崔说法》栏目公益服务律师团律师、嘉广集团电视栏目《律师帮维权》志愿随行律师、嘉兴市法律援助中心“掌上服务”志愿律师团律师，同时他还积

极参加各类公益普法讲座。也因此多次被嘉兴市96345党员志愿者服务中心和中共嘉兴市南湖区委员会评选为“优秀党员志愿者”“市十佳优秀党员志愿者”等。

岳丛啸说，“只要是公益事业，只要我有时间，我都会积极参与，这是我们律师社会价值的体现。自己在做公益事业的路上，也认识了很多志同道合的朋友，得到了很多帮助和启发，这些收获在办案时都是难以获得的。法律援助只是做公益的一种方式，正如之前提到的我所参与那些其他类型的公益活动，年青律师都应该去尝试、去参与”。正是因为肩负这样的责任感和使命感，岳丛啸才能在心中怀揣国家与人民，怀揣理想与希望，在人生的道路上脚踏实地，坚毅前行。

### ■ 抗击疫情，彰显红船律师精神

2020年大年初二，面对突如其来的疫情，岳丛啸第一时间加入嘉兴市律师行业党委临时应急网上指挥部，参与协助行业党委领导组织全市律师行业各级党组织、全市律所抗击疫情，并在组建的防疫普法工作群中担任“群管家”。他执笔起草《遵纪守法 同舟共济 坚决打赢抗击疫情攻坚战倡议书》，连续奋战20小时，十易其稿，在全省率先倡导“遵纪守法、同舟共济、守土尽责、共克时艰”，半日内点击率破万次。

他按照行业领导的指示积极组织律师开展以案说法活动，编辑《红船旁律师如是说》以案说法系列文章40余篇，主动撰写《市领导充分肯定，嘉兴律师这样干！》等文章。他参与编辑的《“一级响应”下民众如何做》一文点击转发量22万，创市律协发文转发量之最。他作为嘉兴律师的普法担当助力疫情防控，向社会展现了红船旁律师闻令而动、共克时艰的社会责任与使命担当，成为了疫情来袭时最美“逆行者”，被嘉兴市委组织部评为嘉兴战“疫”一线党员。

同时，他还积极参与疫情防控志愿服务，主动到卡点、隔离点值守，并多次捐款捐物。他说，身为律师党员，要发挥专长，做依法防疫的推动者。

## 林晓琳：

# 公益是一盏灯，温暖别人照亮自己



林晓琳  
上海兰迪（杭州）律师事务所

提及林晓琳，最为人熟知的便是他的公益行动。自2010年加入乐清市法律援助中心，林晓琳便被列为法援中心的骨干律师，后又任法律援助中心律师团团长，专门带队从事复杂疑难案件的援助。

盛岙村民铅中毒案、事故老人维权案、校园普法“亮眼”行动……十余年来，林晓琳用实际行动践行着一名法律工作者的初心和使命。

### ■ 尽己所能，援助为民

这是林晓琳印象最深的一件案子。盛岙村百户村民诉污染企业环境污染案是一个群体信访了五六年的案件。2000年，污染企业在无任何污染防治措施下生产汽车铅酸蓄电池，导致盛岙村村民的承包土地出现了铅、镉污染的情况。2005年，盛岙村百余户村民出现血铅超标情况，十几名儿童变得痴呆，多名青壮年患上癌症早逝。事发后，因村民多次要求企业赔

偿遭拒，蒋某等百余户村民踏上了上访维权之路。其间，百户村民委托省城律师起诉污染企业要求恢复土壤原状，但法院认为该请求不具备恢复土壤原状的条件和科学手段，经一审二审，法院驳回了村民的诉讼请求。无奈之下，蒋某等人再次踏上信访之路，赴市、省、北京等有关部门信访。

2012年，该案经协调由乐清市法律援助中心指派林晓琳与林锋律师办理，在证据极其缺乏的情况下，两位律师深入实地研究土壤情况，多方寻找判例，完善侵权证据，对接相关农林部门，收集赔偿依据及编制赔偿方案。该案件通过乐清法院的一审，温州中院的二审，浙江高院的再审及温州中院的重审，在历经长达一年六个月的诉讼后，最终尘埃落定，为村民争取了200多万元的赔偿款，使得该件村民群体性案件落下帷幕。

该案被温州市司法局评为温州市十佳法律援助案件，被省律协评为

“2010—2013年度浙江省优秀公益法律服务案例”，被浙江省法律援助中心评为“浙江省法律援助为民服务优秀案例”，更入选“司法部法律援助为民服务优秀案例”。

关于执业中的挫折，来源于一个并不显眼的法律援助案件。

在2011年初，一位因交通事故双脚残疾的老人，拄着拐杖来到林晓琳的办公室。老人已60岁，河南人，自己买车挂靠亳州某运输公司，并雇员从事长途货运工作。2010年9月，老人的货车在乐清市湖雾镇路段发生交通事故，老人被自己的车压伤了双脚。对于赔偿，保险公司称因老人是货车实际投保人，不属于第三者责任险中的第三者，不给赔偿。子女们因丧失了获赔的信心，也停止了对老人的照顾。

了解情况后，林晓琳通过乐清市法律援助中心受理了该案。案件通过半年的诉讼程序，法院最终采纳了林晓琳的代理意见，判令包括保险公司在内的被告给予老人20余万元的赔偿款。案件结果是成功的，但该过程却是曲折的。

在案件审理期间，老人的子女突然上门指

责林晓琳丢失了发票原件，双方因此产生了很大的争执。但为补强证据，保障案件审理，林晓琳顶着压力、忍让于当事人，奔波省内外医院调查住院发票，终于将遗失的发票以医院证明的方式补足。在案件胜诉后，获得赔偿款的老人在林晓琳面前泣不成声，道出真相：老人在往来途中将病历发票原件遗失在了车上，为避免子女生气，老人谎称原件已交律师，以致子女向律师发难。

在林晓琳的一份随笔总结中，有这么几段话描述了当时心情：“那段时间天天都睡不着觉，都在回想自己是不是真的拿了那些原件，到底放哪里了？到最后连自己都相信自己把原件弄丢了，那种内疚、自责、烦躁、充斥着压力的心情很难形容。”“当从老人口中得知真相后，真的很生气，艰辛的付出换来的竟是陷害。但看着这个拄着拐杖埋头痛哭的老人，我的职业操守让我不能冲他发火。他是可以瞒着不说让我一直愧疚下去的，所以还是感谢他说出来了，让我明白自己并没有错。”

所幸，这次委屈并没有打击到林晓琳办理法



律援助案件的信心，反而让他在今后的办案中更为谨慎。之后，林晓琳写的以此经历为题材的文章《浅谈律师执业风险与防范——民事案件中青年律师的执业风险及防范》，被浙江省第四届青年律师论坛评选为优秀文章。

### ■ 校园普法，护航青春

2012年，因社区、农村法律顾问需要，林晓琳在律所中发起设立了合众讲课小组，负责对外公益普法。2014年，林晓琳抓住校园普法的契机，带领讲课小组与乐清市教育局联合开展“平安校园梦，普法律师行”大型公益普法活动。为了让此次活动获得不一样的效果，林晓琳经常加班，彻夜研究校园普法模式，更带领讲课小组脑洞大开，编写普法小故事。

此后，颠覆式的校园普法在乐清引爆，被《浙江法制报》等媒体大篇幅报道。在校园公益普法中，林晓琳创作的《律师大话西游》《三国英雄论》《法律思维》三部课件成为了普法活动中最热门的课件，主持编纂的《青少年法律读本》书籍以及两部编剧加主演的《迷失的青春》《亮眼，守望青春》微电影更是受到了学生们的追捧。除上述普法形式外，林晓琳开创了学校自行运行的法律社团模式，将校园普法的主动权交给社团，让学校能够自己组建普法生态体系。该校园普法模式在温州基层法学工作交流会上被中国法学会点赞，律所还为此荣获了上海交大等发起的“2016中国首届律师界公益榜最佳公益普法奖”，更是带动了温州司法局开展“百名律师进校园”的大型律师校园普法活动。

2017年，校园公益普法行动全面升级，被纳入关工委、教育部、司法部、农业部、文化部、卫生部等十二部委联合发起的“中国校园健康行动”，林晓琳作为校园公益普法亮眼工程的负责人之一，担任中国校园健康行动·护眼亮眼工程领导小组副秘书长一职，负责全国护眼亮眼工程中校园亮眼普法体系的构架建设与运作管

理。考虑到律师的时间有限，无法保障普法的持续性，林晓琳构架了亮眼法律社团模式，将校园普法工作落实给校内的法律社团，律师为社团提供专业性支持。

而今，校园普法公益行动早已走出温州，在北京、上海、深圳、嘉兴、杭州、丽水、台州等地留下了深深足迹，受教育学生达25万人次。

### ■ 参政议政，关注民生

作为乐清市柳市镇、虹桥镇、南岳镇、经信局、科技局等政府部门法律顾问，林晓琳经常参与行政单位行政规范与行为合法性的研讨、代理行政诉讼等工作，多次参加政府举办的政策论证及社会调研会议，并在会中提出注重行政的合法合规及行政程序的重要性，建议多让律师参与政府决策、决议。

作为政协委员，林晓琳关注民生，勇于提案。就法院执行难问题，林晓琳要求增加协执人员的配比，解决执行难、执行忙问题的提案受到了乐清法院领导的高度重视，该提案也被评选为政协优秀提案。

此外，林晓琳以自身专业特性积极开展社会活动，提高律师社会声誉。如为乐清市人大常委会首次“人大代表讲坛”讲授《浅谈〈宪法〉公民基本权利》；为金融办四百名网格员讲授《骗术江湖——金融骗局》现代金融诈骗案件警示课程；拍摄《超强执行——携手共创诚信社会》以案释法微课助力诚信社会建设，等等。

面对未来，林晓琳表示，无论是公益，还是业务，一个人的精力毕竟是有限的。想把公益做好、想把业务做大，就必须有律所、团队予以支撑。作为引导者，在公益方面，林晓琳有带领团队服务公益的心，更有一套校园普法的理论体系及实践基础；在业务方面，林晓琳有带领团队开拓企业法务及不良资产市场的方向，还有让每一个团队成员在自己专业上深造的规划，林晓琳所追求的是团队的公益与团队的法律服务市场。

## 柳沛：

# 写作，是律师一生的修行



柳沛  
浙江五联律师事务所

我老家在山西，上学来杭。因喜欢这个城市，毕业后决定留杭发展，因选择律师职业，注定只能靠自己努力奋斗。而写作，这个由来已久的爱好，不知不觉间成为了我律师之路上的重要“兵器”。

### ■ 应征文扩大影响

2015年，我律师刚执业不久，因缘际会，得知“首届律事通征文大赛”。当时刚好互联网浪潮席卷整个律师界，风投、科技企业、互联网技术等疯狂“入侵”律师行业，自己作为刚执业的律师，凭着敏锐的写作嗅觉，认为这是一次律师技术革命，可能会对律师行业产生巨大影响，也一直在琢磨着写相关文章，于是，一拍即合，决定参加该征文活动。

写稿期间，异常艰辛。等待时间，特别漫长。我查阅了大量文献资料，借鉴了专家前辈观点，结合自身执业实践和行业认知，阐述了一些感受、

观点和看法。在提交稿件之后，心怀忐忑，既焦虑又憧憬，还夹杂着些许期待。等待时间最是难熬，当我被告知作品入围时，心里那块石头总算是落了一半。之后开始参与评选，再经过一轮网络投票、点赞、转发、阅读量等一系列的考核、计算、排名，终于，我获得了一等奖，是本次征文比赛的冠军。一本红色的获奖证书，是对我所有付出的肯定，一台银色的笔记本电脑，是对我坚持写作的鼓励。这件事情，犹如一剂强心针，给我的内心注入了无限力量，加深了我对写作的热爱，同时，也让初出茅庐的我在律师圈里小有名气。由此，我成为了律事通的特邀专栏作者，签约供稿并支付稿费。虽然钱并不算多，但却帮我度过了执业初期这一重要阶段。

当时那篇获奖文章《互联网，助力青年律师弯道超车》还被刊登在《浙江律师》2016年第1期，后来，我还应邀在《浙江法制报》就部分热点事件发

表律师观点及专业评论。初尝甜头，我坚定了写下去的信心和勇气。在那次征文之后，我还以文会友，应邀参加互联网律师管理论坛，文章《互联网时代青年律师培养路径探究——以律师事务所管理为视角》被刊登在《中国律师》2016年第3期。回想起来，这可能是我最初投身律师行业的内驱动力和信心来源。

### ■ 推专文树立品牌

互联网时代，律师行业掀起一阵有关律师“万金油和专业化”发展的大讨论。当时律界大咖基本有一个普遍的共识，那就是青年律师要树立自己的品牌、善于给自己贴标签，提高辨识度。这对于执业初期的我来说，无疑指了一条明路。

开公号，树品牌。我经过仔细盘点，发现自己在杭州，属于典型的无背景、无人脉、无资源的“三无”人员，想要树立品牌，只能靠自己，而自己除了有手、口、耳、鼻、脚、目之外，什么特别的都没有。那怎么办呢？只能拼命学、努力学，靠知识。知识在大脑里，是谁都偷不走的

宝贵财富。知识最好的载体和展现方式那就是文章，我只能利用业余时间多写专业文章，让大家了解我的专业，让客户知道我的强项，闻声而来、寻迹而动。所以，我决定开设微信公众号“律友邦”来及时推送专文，以文连友，用文交友。

推专文，勇发声。互联网时代，人人都是自媒体。当时开通公众号，我给自己定的目标是每天至少写一篇短文，任何方面的法律评论或专业见解或方法总结都可以。当时刚好赶上微信公众号的红利期，一度收获数万粉丝的关注和点赞，也因此结识了业内很多知名前辈及同行朋友。或许在别人看来，我的观点还略显稚嫩单薄，或许在专家看来，我的建议还有些欠缺不足，或许在前辈看来，我的水平还有待继续提高，但我认为，这才是真实的、现阶段的自己，真实或许也是一种特色。毕竟没有一个人天生就是当律师的，没有一个人天生就什么都会，谋事在人，成事在天。坚持下去，水滴石穿、铁杵成针。我坚信：人不因年龄而成长，只因经历而成熟。成功之前做我该做的事情，成功之后做我想做的

事情。

勤写文，喜获客。锚定笃行，我频繁写作、投稿，编辑也会定向邀稿、组稿，很快，我形成了自己的一个小文库。这些文章的撰写与总结，不仅为我律师执业奠定了基础，还让我对律师办案中遇到的问题有了更深的理解和领悟，尤其还结识了一批爱好写作的新老朋友。也让我被更多的人所熟知，获得了一些意外收获。我写的文章《十七种方法对付老赖，总有一种适合你》，被当时的法律类公众大号“尚格法律人”、“法律读库”及“无讼阅读”等新型自媒体转载，还真有客户通过阅读这篇文章找到我代理案件，这是意外之喜。

作为律师，通过文章获客，转化率很低，但是，我仍然没有放弃写作，因为我爱的深沉。我认为，律师不仅要赚钱，还要有情怀，有社会责任感。我希望通过文章可以帮助到需要帮助的人，我希望通过文章可以结实更多比我优秀的人，我希望通过文章可以在律师执业道路上遇到更好的自己。

### ■ 撰类文写出天地

随着习近平总书记依法治国的全面推进，律师执业环境不断改善，律师社会地位大幅提高，“公检法律”这一法律共同体的联系更加紧密。尤其在“践行八八战略、奋力打造重要窗口，努力争创社会主义现代化先行省”的“十四五”发展目标下，浙江省在党中央、国务院的领导下，在省委省政府的决策部署下，进一步深化改革，先行先试，探索创新社会治理模式，努力营造最优法治环境。这对成长中的青年律师来说，无疑提供了更多人生出彩、梦想成真的机会，正如习近平总书记所说，在危机中育新机，于变局中开新局，机遇与挑战并存。

以文为媒，深耕专业。律师这个职业，说到底就是利用自身所学的法律专业知识来维护委托人的合法权益，所以，律师的执业水平和专业能力尤为重要。一名优秀的律师一定在办案

的同时对至少一个专业领域有足够深入的思考和研究。文章自然是研究成果的最好展现。我在执业期间，逐渐形成了“一主两辅”的业务特色，即行政业务为主、婚家和经济纠纷业务为辅。我提交文章《反思与完善：行政处罚中加处罚款制度探析》参加全国律师协会行政法专业委员会2018年年会并在大会上作交流发言；文章《行业协会规范性文件附带审查研究》刊发于《法治研究》2021年第4期；文章《行政处罚法修改对企业的十大影响》刊发于《楚天法治》2021年第7期。同时，我热心公益，关注未成年保护。我是杭州市妇联志愿者、杭州市西子少年社会司法服务中心志愿者、杭州12355青少年服务中心志愿者，我希望可以通过文章让大家关注弱势群体，我希望尽我所能去帮助更多需要帮助的人。

执业八年，我写出了属于自己的一片小天地。我受聘成为浙江省律协特邀撰稿人，积极为省律协供稿；我受聘成为杭州市人民检察院人民监督员，亲历总结《从首次参与检察听证反观律师代理民事监督案件的技巧》刊登于《浙江律师》2021年第1期；我靠拢民盟组织，积极参与议政，撰写多篇社情民意信息；我结合时事热点，发表专业评论，多篇被杭州市司法局、杭州市律协采编；我化身网络女主播，紧跟最新立法动态，主动为公众进行公益普法，还被评为“2020年度优秀普法志愿者”……我喜欢写作，正如我热爱律师职业一样。

在执业的道路上，变的是时间，不变的是初心；在执业的过程中，变的是经历，不变的是信心；在执业的发展中，变的是案件，不变的是耐心、用心和责任心。

八年的律师生涯，让我明白一个道理：只要关注，一定会有发现；只要用心，一定会有成长；只要坚持，一定会有收获。

然而，这一切也仅仅只是开始。卸下包袱，一切归零，背上行囊，重新出发。写作，应当成为律师一生的修行。



# 青春同心

# 永跟党走

## 浙江举办青年律师 “青春同心 永跟党走” 党史主题演讲大赛

5月26日晚，浙江省律师协会、浙江省青年联合会在杭州成功举办“青春同心 永跟党走”党史主题演讲大赛。省司法厅党委书记、厅长马柏伟，省司法厅党委委员、副厅长，省律师行业党委书记徐晓波，省青联副主席方毅，省律协监事长叶连友出席活动。省律协会会长郑金都致辞。省委党史学习教育第七巡回指导组组长熊春华、第十巡回指导组联络员钱赛东到活动现场指导。

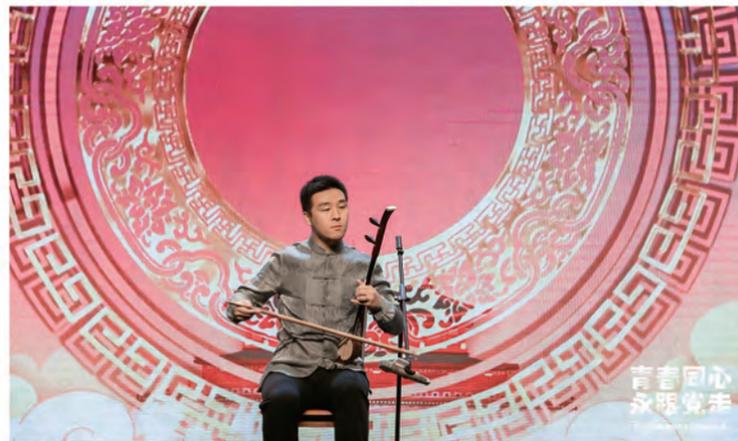
比赛分“立定初心，青春同行”“践行初心，永跟党走”“不忘初心，走向复兴”三个篇章。各市律协选拔推荐的12组青年律师选手分组进行演讲。青年律师金婧、潘强担任活动主持人。

经过精彩角逐与评委打分，李卓颖、俞泽南获一等奖，

冯婷、杨琳、丁翔获二等奖，林时搏、徐梦影、王萍、金晓露获三等奖。

赛前举行了青联献礼建党百年歌曲展播仪式，浙江艺术职业学院青年教师卢伟、民族声乐博士范双燕先后带来精彩的板胡独奏和女声独唱节目，将现场气氛推向高潮。

本次活动由省律协青年律师工作委员会，省青联文体界别组、法律界别组承办，省政协委员活动中心、杭州银行保俶支行、浙江大律师事务所、浙江和义观达律师事务所协办。省司法厅相关处室负责人，省律协会会长班子成员、秘书处负责人及常务理事代表，省青联秘书处负责人，省青联委员代表，赞助单位代表，在杭青年律师代表，青年群体代表，媒体代表等200余人到现场观看。



# 演讲风采展示



李卓颖 浙江高邦律师事务所

“1923年2月，年仅34岁的施洋英勇就义，成为党内烈士律师第一人。新时代的我们已不再需要像施洋那样为求民生利益而献出生命，但是正如他面对敌人审讯时所说的：‘爱国是国民的天职’，作为新时代的青年律师，我们更应该坚守理想信念，听党话、跟党走，认真办好每一起案件，做好每一件事情，不忘初心，砥砺前行，努力为我们这个伟大的时代贡献力量，贡献我们火红的青春！”



杨琳 北京盈科（宁波）律师事务所

“习总书记说‘当代青年要树立与这个时代主题同心同向的理想信念，勇于担当这个时代赋予的历史责任’。作为一名担任党支部书记的青年律师，我带领所内其他党员律师积极履行社会责任，进学校，为小学生们开展关于《未成年人保护法》普法讲座；进社区，为社区居民宣讲新修订的《宪法》和新颁布的《民法典》；进企业，为疫情过后的小微企业解答法律问题，助推企业复工复产。”

俞泽南 浙江诺力亚律师事务所  
“习近平总书记指出，历史是最好的教科书，也是最好的清醒剂。作为新时代青年律师，我们应当学好党史，在学习和思考中坚定理想信念，走好新时代的长征路。学习党史，是为了汲取历史中的经验和教训，把握历史脉络。学习党史，是为了掌握共产党人的高尚人格，铭记他们的奉献和功勋。”



丁翔 浙江大公律师事务所

“2012年11月，习总书记在参观了《复兴之路》展览后说，中华民族的昨天，是‘雄关漫道真如铁’，今天是‘人间正道是沧桑’，明天是‘长风破浪会有时’，我想，我也该去迎击我人生的浪花了。2014年，我被评为市级‘青年岗位能手’，2015年被评为市级‘优秀共青团干部’，2016年被评为‘省级优秀共青团员’，2018年，我通过了法律职业资格考试，2019年我正式加入大公律师事务所，并郑重地向组织提交了入党申请书。”



冯婷 北京大成（舟山）律师事务所

“两个月前，习近平总书记在全国脱贫攻坚总结表彰大会上庄严宣告：我国脱贫攻坚战取得了全面胜利！回望来路，令人心潮起伏。为了打赢这场脱贫攻坚的人民战争，各行各业开展了产业扶贫、科技扶贫、教育扶贫、文化扶贫。我们法律人也不甘人后，充分发挥专业优势，以法律扶贫助力脱贫攻坚，体现出法律人的责任担当。”



林时搏 浙江震瓯律师事务所

“百年前，我们义无反顾地投入抗争救亡的战斗，俯仰古今，换了人间，百年后，我们毅然决然地踏上法治建设的征程，凝聚共识，推进大业。从今往后，我们将继续乘着庆祝建党100周年的东风，站在新的历史起点上，以律师党员的身份，心无旁骛，戮力同心，用奉献与拼搏谱写新时代依法治国红色乐章，努力为实现中华民族伟大复兴的中国梦贡献自己的智慧和力量！”



徐梦影 浙江泽大(丽水)律师事务所

“抖落花园弄2号尘封已久的历史，铺展浙江律师近百年的历史画卷。回望过去的一百年，浙江律师听党话、跟党走；现在，我们站在全面依法治国新时代的历史节点，从红色传承中来，到绿色发展中去。丽水市律师协会以黄景之、毛维林律师的事迹为蓝本，将黄景之律师事务所旧址创建成“全国律师行业党校培训基地”，意味着纵然前尘隔海、青石苍苔，这里就是浙江乃至全国律师的初心所在！”



张晶莹 浙江弘哲律师事务所

“今天的律师队伍已经发展成为一支有几十万人组成的庞大队伍，我只是其中极其微小的一员，但我知道我在那里，在历史的那一头，无数的律师前辈都与我们同在，他们是用自己的毕生精力去维护法律的人，是前赴后继永不言弃的人，我们是他们的继任者，我们终将成为他们。”



王萍 浙江茗溪律师事务所

“我只是一个普通的年轻小律师，我一辈子可能都接触不到惊天大案，但我立志要让我接手的每个案件都体现出公平正义，让每个当事人都能感觉到自己的合法权益被人尽力维护。守护信仰，永跟党走，能让我们的青春、我们的人生找到最大可能性。”

肖婷婷 浙江秀源律师事务所

“‘最红的地方，最红的你我’，这是2018年，我为新成立的法律服务工作站进行宣讲时，看见墙上贴着的醒目的红色标语。作为一名在红船旁成长的青年党员律师，红船精神一直深深印刻在我的脑海中。执业至今，有一句话一直是我内心的行为准则‘养浩然之气，怀为民之心’，是啊，这正是我积极投身公益法律事业的初心。”



金晓露 浙江海贸律师事务所

“我们这代青年人杰出的方式，被历史记住的方式，跟老一辈们相比，可能没有那么多壮烈的色彩，强大的国家在我们背后，给予我们每一个人自由选择、实现自我、创造价值的机会。我热爱法律，所以我选择做一名律师，而做一名好律师，就是我为社会创造价值的方式。”



姚星 浙江三衢律师事务所

钱董敏 浙江五正律师事务所

丁博宇 浙江游龙律师事务所

“新时代中也有这样一群人，他们是律师，也是共产党员，他们成为时空碎片，串连成一根根红色的线，在记忆隧道中传承红色基因。他们将法律服务触角延伸至最基层，送法下乡，为衢州农村经济发展保驾护航；他们参与地方立法，秉持民意，为衢州法治建设添砖加瓦；他们参与社会公益服务，捐资助学，为困难群众提供法律援助。”

# 青春， 他们的青春， 闪耀岁月

——致敬律界前辈

“我还是从前那个少年，没有一丝丝改变。  
时间只不过是考验，种在心中信念丝毫未减”

## 秦国光

新中国第一代律师  
浙江省律师协会第三届会长



“律师既要维护当事人权益，更要维护法律的尊严，维护公平正义”

## 王秋潮

浙江省律师协会第六届会长  
浙江天册律师事务所创始合伙人



“我呼吁所有律师、法官与检察官应当共同维护中国的法治，如同农民爱护土地一样”

## 张燕征

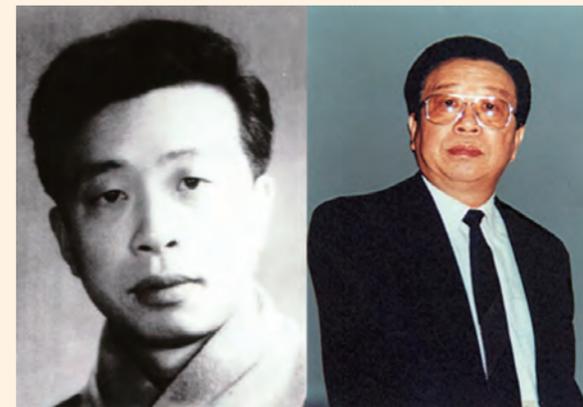
浙江省律师协会  
第一、二届副会长



“我为能够成为一颗铺路石子而感到安慰”

## 曹星

浙江省律师协会第四、五届副会长  
浙江星韵律师事务所创始人



“律师在金钱和荣誉面前不妨‘愚蠢’一些”

## 穆克让

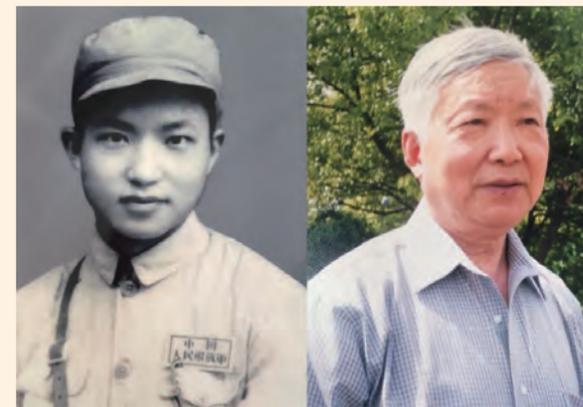
浙江省首位一级律师  
浙江省功勋律师



“平生致志学政法，一息尚存为人民”

## 崔钟

新中国第一代律师  
浙江省功勋律师



“年轻人，要先学做人，再学做事”



# 党的光辉 照在我的律师徽章上

文 | 夏建军 浙江合德律师事务所

2001年春夏之交，某日，掌灯时分，接到五芳斋公司董事长赵建平急电：“夏律师，你在哪里？救救我！”一刻钟后，赵董事长来到嘉兴市城北路嘉兴银行门口，将一档案袋交给我，说：“我被股东起诉，法院判我赔公司260万元，冤枉啊！我仅依市商业局指示，在兄弟公司借款担保合同上盖个章，我是拿工资的人，哪里有这么多钱啊！”我惊愕之余，责怪他道：“我是贵公司常年法律顾问，你怎么不早告诉我呢？”他说：“以为能赢的”。

这就是全国首例股东状告董事长侵权案。此案以浙江五芳斋实业

股份有限公司国有股减持导致“股权之争”为背景。2001年3月至5月，《人民日报》《南方周末》《新华社内参》等数十家媒体分别以《五芳斋粽子好吃 股难分》《股东可告董事长》《一场肥了个人的改制？》《董事长违规担保250万，判赔》等为题，连续对五芳斋公司董事长赵建平及其领导班子进行长篇累牍的谴责性报道，引起了社会各界的广泛关注。

当年5月，被外界认为是五芳斋公司“最大股东”的朱传林，以董事长赵建平“违规担保”为由，一纸诉状将赵建平告上法庭。

一审法院开庭审理后，当庭宣

判董事长赵建平赔偿五芳斋公司经济损失2597638.16元。理由是：赵建平以五芳斋公司名义为中百公司的借款作保证，显属《公司法》明令禁止的对象。我国《公司法》就股东代表诉讼，虽没有做直接的单一性条文规定，但结合第63条和第111条股东代表诉讼便法理昭然。从《公司法》的立法精神出发，原告的请求应当得到支持。

我接受赵建平的委托，担任其二审代理人。二审庭审中，双方就朱传林是否具备股东资格和原告资格；股东代表诉讼的提起条件、方式；担保行为系职务行为还是个人行为；担保行为是否存在滥用经营

权等问题展开了激烈的辩论。最后二审改判，撤销一审判决，驳回诉讼请求。

此案，催生了最高法院《公司法》“股东派生诉讼”司法解释的出台。

2003年4月，嘉兴市秀洲区发生了震惊全国的大学生刺杀国家公务员案。浙大毕业生周一超因对政府招录公务员工作的公正性产生怀疑，起意报复，刺死一人，刺伤一人。此案也成为全国首例。

我接受周一超母亲叶玉树的委托，免费担任周一超的辩护人。法庭上，除对周一超的杀人行为进行全力辩护外，我还对公务员招录政策、招录工作提出十点建议。中央电视台《新闻调查》《面对面》等节目及十余家媒体都派记者亲临现场采访，进行专题报道。在全国引起了一场对“乙肝病毒携带者”的生存、生活问题、国家公务员体检标准及大学生就业问题的大讨论。促成了国务院《公务员录用体检通用标准（试行）》关于乙肝小三阳为不合格条款的废除。

2011年，全国首例侵害广播组织权纠纷案在嘉兴南湖拉开序幕。

黑龙江电视台授权嘉兴华数电视通信有限公司为黑龙江卫视频道在嘉兴市南湖区、秀洲区电视信号



接收以及传输的唯一合法机构。其独占性广播组织权授权嘉兴华数公司行使。中国电信股份有限公司嘉兴分公司在未经嘉兴华数公司许可且未支付任何报酬的情况下，以盈利为目的，为嘉兴开心客棧及个人用户提供非法接收并转播“黑龙江卫视”音视频节目的服务。嘉兴华数公司认为，该行为构成了对其独占性广播组织权的侵犯，诉至法院以维权。

本案焦点在于：广播组织权的转播权是否应延伸至互联网领域。查：我国《著作权法》及《与贸易有关的知识产权协定》及《保护表演者、音像制品作者和广播组织罗马公约》，均未将转播权的保护范围扩展至网络领域。一审法院认

为，在立法未将该权利扩充至适用于新技术的互联网领域前，不宜通过解释将转播权延伸至网络领域。如将广播组织权的转播权保护范围扩大到互联网领域，将不利于我国“三网融合”政策的实施。遂判决驳回嘉兴华数公司的诉讼请求。二审维持原判。

我作为原告嘉兴华数公司的诉讼代理人，虽败犹荣。因为此案，促成了《国际条约》的修改。目前修正案已把广播组织权项下的转播权保护范围扩展至互联网领域。此案成为浙江省年度十大知识产权经典案例。

上述三案例，均充分地证明习近平总书记指出的“要坚持全面推进科学立法”，“不断从理论和实践的结合上取得新成果，总结好、运

用好党关于新时代加强法治建设的思想理论成果，更好指导全面依法治国各项工作”之远见卓识。律师服务经济社会发展，本是律师职责所在。能为当地党委、政府出谋划策，提供法律服务，实在是律师之幸、市民之乐、政府之需。

2004年12月某日，我突然接到嘉善县政府电话，问我能否办理拆迁纠纷案。本人当即答复，可提供法律帮助。遂驾车前往拆迁现

场——嘉善梅谷小商品市场。经了解，该市场因存在严重消防安全隐患，被嘉兴市政府列为第三批全市重大火灾隐患整改单位。嘉兴市政府、嘉善县政府均已发文禁止使用、原地改造、场内经营户全部撤离之《公告》。而半年过去，拆迁改造工作举步维艰，毫无进展。眼看最后撤离期限将至，市场经营户因其无理条件得不到满足，竟出动100余人到县政府静坐。后，

又聘请律师向县政府提出为6000万元巨额赔偿款提供履约担保之要求。我接受县政府委托，连夜与30户经营户代表及其代理律师谈判，并从法律、政府工作的出发点等角度，耐心向经营户详细解释，使经营户受到深刻的法制教育。经不懈努力，二日内，梅谷市场112户经营户全部撤离，纠纷得到圆满解决。县政府致函嘉兴市司法局和市律师协会，称

“有力地支持了当地政府的工作，得到了领导的好评”。

次年，应县政府指名聘请，为浙江嘉善黄酒股份有限公司国有股转让提供全程法律服务，法律建议被采纳。历时半年，标的9亿的股权转让，虽历经艰辛，终于圆满成功。其间又发生嘉兴市首例补发加班工资巨额劳动争议案，倪某某等314人诉浙江嘉善黄酒股份有限公司要求补发加班工资2232万元。我代理嘉善黄酒公司应诉。仲裁庭裁决：补发加班工资18.7万元。工人不服裁决，恼羞成怒，围攻代理人。我衬衫被撕，身上软组织挫伤。那天我是“明知山有虎，偏向虎山行”，为的是政府的脸面，律师之风度，这也是正义的代价。

以上是为政府排忧解难，也有维护民营企业生存之案例。1998年，我担任嘉兴市侨联法律顾问期间，嘉兴市发生首例中外合资企业破产案，涉案标的2800万元。通过嘉兴侨联与各方努力，终以和解方式终结破产程序，使涉案企业——中日合资嘉兴阳湖制衣有限公司、中日合资平湖中侨服装有限公司摆脱了倒闭的厄运。侨属企业的合法权益得到保护，1300余万的银行资

产得以保全，近千名工人走出了失业的阴影，地方良好的投资环境得以维护。此案，1999年8月6日《浙江法制报》刊登报道——《依法护侨，恩重如山——嘉兴市侨联依法维护侨属企业合法权益纪实》。

写到这里，我突然忆起1984年春晚殷秀梅唱的《党啊，亲爱的妈妈》，“亲爱的党啊，你就像妈妈一样，把我培养大，教育我爱祖国，鼓励我学文化”。

1988年夏，我从华东政法学院毕业，被分配到嘉兴市城区司法局下属的嘉兴市第二律师事务所，从事律师职业，至今已近三十三年。其间，办理了全国首例案3件、嘉兴首例案16件，为50余家大型企业事业单位、政府机关提供法律服务，被聘为嘉兴市政府立法咨询专家、嘉兴市统一战线专家智库成员，被选为中华全国律协知识产权专业委员会委员、浙江省律协民商法初始委员、浙江省律协金融与保险专业委员、嘉兴市律师刑辩工作指导五人小组成员、嘉兴市民营企业维权中心副主任……所有成绩之取得，除母校华东政法学院恩师之培养、同学之帮助、自身之努力外，与党之关怀，密不可分。

近三十三年的律师生涯，我始终牢记母校“笃行致知，明德崇法”校训，不忘“宪法至上，党的利益至上，人民利益至上”，遵循依法治国方略，追求公平正义。

从法科生到执业律师，一路走来，风雨兼程，历时三十三年。我常常扪心自问：是不是忠于党？是不是忠于宪法？是不是敬畏法律？是不是坚定不移地走在中国特色社会主义法治道路上？有没有为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障贡献绵薄之力？相由心生，知行合一。我想，自己的行为多少已经回答了上述问题。我问心无愧。虽然，与大城市的大律师相比，我做的还很不够。但“尽吾志也而不能至者，可以无悔矣，其孰能讥之乎？”

党的光辉照在我的律师徽章上，熠熠发光。如太阳照在党徽上，光芒万丈。伟大的党啊，我最亲爱的妈妈！是您照亮我人生的路，指明我前行的道，圆了我的律师梦。我一定加倍努力，不负国家和人民重托，不负历史使命！在习近平总书记领导下，为实现法治现代化国家，为实现中华民族伟大复兴，奋斗终身。



# 困境光伏电站之破产并购浅析

文 | 姜良涛 浙江天册律师事务所

作为国家政策鼓励发展的绿色能源领域，光伏产业近年来发展迅速。处于产业链的光伏电站，因投资收益稳定，未来前景可期，存在准入门槛，一度成为投资热点，但同时因其前期投资大，回报周期长，一旦发生债务危机，又会引发新一轮针对困境光伏电站的投资机会。相比程序简明的传统并购，破产并购作为一种特殊资产投资方式，虽然程序复杂、特殊，但在化解企业困境、取得投资收益上具有独特优势，如能准确把握破产并购的风险与机遇，通过设计合理交易结构，灵活运用程序规则，投资者就能实现以较低投入成本获得较高收益的目的。笔者曾全程深度参与了某首例光伏电站企业的破产重整案件，现结合该案件情况，就光伏电站的破产重整并购方式作概括性介绍如下。

## 基本情况概括

光伏作为重要的新能源行业之一，政策驱动性、强周期性明显。我国光伏产业的发展也经历了螺旋式发展的过程，自2004年度开始行业快速发展，以尚德电力、赛维LDK为代表的企业在纽约证券交易所上市。2008年因全球金融危机，政策调整等导致第一轮调整期。2009年开始陆续回升，进入2011年则进入剧烈调整期，产能过剩，价格跳水，加之美国和欧盟实施贸易保护，相继征收高额“反倾销”和“反补贴”关税，

国外市场萎缩，全行业陷入低迷，代表性事件为超日太阳、尚德电力、赛维LDK等知名企业先后破产。自2016年以来，伴随一系列新支持政策出台，行业基本面开始好转，随即开始快速发展，产业逐渐进入回暖期。而2018年光伏新政出台，高速狂飙的光伏行业急刹车，由高速发展向高质量发展转变。2020年，部分企业由于持续亏损、负债过高，叠加全球新冠肺炎疫情“黑天鹅事件”影响，深陷困境，典型如英利能源正式进入司法重整程序，但在国内外市场趋势向好、产业规模稳定增长、行业整体上

行的大格局下，部分投资者着眼长远布局，开始寻求收购机会，进行兼并重组。

本文所涉光伏电站企业即系前述尚德电力战略投资者顺风光电集团成员企业。该电站企业因债务困境于自2020年7月底进入破产重整程序，11月初召开第二次债权人会议表决通过重整计划草案，随即完成债务清偿、股权过户、资产交割等工作，从裁定受理到终止重整程序历时仅104天。该案因法律效果和社会效果突出，入选甘肃省高级人民法院2020年全省法院十大典型案例。

## 投资价值分析

破产企业的投资价值主要包括特殊资质价值、经济效益价值、社会效益价值等。光伏电站的重整投资价值一般体现在：

### 1. 自身重整价值

光伏电站作为一种投资标的，可以带来持续稳定的现金收益。光伏电站建设需要取得行政许可，涉及发改、安监、环保、水利、消防、国土、电网等诸多部门，破产收购方式则可以直接取得相关资质，不需要再经监管部门的审批批准，避免结果、效率、成本的不确定性，比投资新建电站省时省力。破产重整期间电站也能继续保持运营，“破产不停产”，人员、技术、市场、供应链等均可得以延续。

### 2. 投资成本降低

通过重整程序可以削减债务包袱，直接降低投资成本，例如，自破产受理时债务利息停止计算可以避免债务规模继续扩大，重整计划中的债权调整方案可以对债务进行打折清偿从而

降低偿债资金需求等。

此外，光伏电站企业进入破产重整程序，信用丧失，又面临紧迫的时间限制、偿债压力，在投资人交易谈判中往往处于劣势地位。而由于信息不对称、破产程序的特殊性、复杂性、专业性，部分投资人对破产收购方式望而却步，具备破产专业知识或专业中介机构支持的投资人则可以发挥知识优势开展破产并购，争取交易谈判的有利地位，从而间接降低投资成本。

### 3. 投资收益可期

投资人通过重整取得公司控制权，通过完善公司治理结构，健全经营管理制度，更新技术与设备，注入资金、资源、人力支持，将“差的公司变成好的公司”，实现以较低的投入成本换取较高收益的目的。

### 4. 战略意义价值

光伏电站需要较大的固定投资，然后依赖发电产生的利润获得持续回报。虽然前期投资大，但对于融资成本较低，追求长期稳定回报，进行资产配置的投资者而言，不失为一种良好的投资标的。此外，部分投资者出于抢占清洁能源领域制高点的战略考量而进入光伏电站投资领域，电站盈利情况是否突出并非首要考虑要素，也不意图通过转售电站回收投资，而是通过长期持有、运营电站进行新能源领域的战略布局。

### 潜在投资人范围

光伏电站属于重资产、高负债行业，需要投资人具备较为雄厚的资金实力。目前主流的投资人主要包括光伏产业链企业、发电企业、资产投资人三类。第一类光伏行业产业链企业

主要系出于整合产业链，完善产业生态，寻求新的盈利增长点，增强应对市场波动的能力，并提高行业地位和影响力。第二类发电企业主要包括中国电力行业中“五大发电集团”“四小豪门”“两大电网公司”，出于节能减排的社会责任、发展上下游产业链条、扩大市场占有率、布局清洁能源领域以及获取能源配额等目的。第三类光伏电站投资者主要系进行资产配置或追求稳定盈利，其主营业务可能既不是光伏也不是发电行业，纯粹是通过投资光伏电站来获得长期稳定的收益，以及作为一种资产配置方式，兼顾长远布局清洁能源领域，例如国内一些大型民营企业集团投资者。

从现阶段情况来看，光伏电站项目收益构成复杂，不确定性因素较多，容易受政策变化影响，而发电企业拥有国企背景，资金实力雄厚，融资成本低，资源整合能力更强，电站并网有内在优势，是目前光伏电站的主要投资者，这也符合全球范围趋势，即光伏电站收购方逐步由技术含量比较低的财务投资者转向了对项目实际运行和维护有深入理解的电力企业。

## 重整路径分析

通过司法重整方式对困境企业进行破产并购，可构建一个具有法律强制效力的各方沟通平台，具有常规并购程序不可比拟的优势，例如，隐性负债（诸如业绩对赌、差补之债）可以充分暴露，并购风险更低，本文所涉案例企业股权即因涉及原股东隐性负债遭司法查封，又如前述利息停止计算可以避免债务继续扩大从而降低收购成本，资产产权瑕疵得以补正，

企业历史遗留问题获得彻底解决，可以利用多数决机制降低单一谈判的难度，以及争取当地政府招商引资政策支持等。

在具体司法重整模式，可分为存续式重整、出售式重整、清算式重整三种模式。存续式重整模式的基本特征为企业继续存续，投资人投入资金，清偿债权，支付破产费用，受让原出资人的股权，进而取得企业资产和营业事务。出售式重整又称营业让与型重整，不保留企业法人的外壳，在营业转让之后将企业清算注销，营业事务在原企业之外继续经营，注重挽救的是企业的营业事务而不是外壳。清算式重整则是保留企业法人的外壳，企业资质得以存续，资源、客户、渠道可以承继，资产则予以剥离。

考虑到光伏电站企业的特殊资质与核心资产之间密不可分的关系，投资人对资质和资产也均有收购意向，故本文所涉光伏电站企业采用企业存续式重整模式，既保留法人外壳，以保留各项资质，又保留主营业务和资产，企业得以继续运营。

### 法律风险提示

光伏电站破产并购蕴藏着巨大的投资机遇，但也涉及传统并购所没有的特殊风险，程序更加复杂和专业。对于投资者而言，除了考虑宏观经济、市场竞争、“补贴拖欠”、“弃光限电”等行业因素，以及破产重整程序的共性风险外，以下特有法律风险也应予以关注。

#### 1. 行政审批文件是否齐备

光伏电站建设审批程序涉及诸多政府部门，存在多个部门同时管理、

分项审批的情况，例如规划选址、土地使用即由多个部门交叉管理，包括发改、环保、国土、电力、水利、林业等。电站建设过程中可能存在“先开工再报批”的情况。因此，应注意审查行政审批文件是否齐备，避免发生违法违规风险，额外增加事后补救的成本。

#### 2. 用地合规性审查

光伏电站选址一般较为偏远，租用农村集体土地的方式比较普遍，对此需要关注：(1) 土地权属、性质是否明确、清晰，将关系土地租赁合同的效力问题；(2) 土地出租人的内部程序是否完备。例如农村土地对外承包是否履行了村民会议或村民代表表决程序，是否取得了承包人的授权；(3) 超范围占用土地问题。土地占用面积与项目实际占用面积是否一致，实践中较多存在“超范围”占用土地的情形；(4) 是否占用农用地、林地等，尤其是否属于禁止占用的土地类型以及办理了用地审批手续。

#### 3. 第三方运维合同继续履行问题

除破产企业自身直接运营外，光伏电站还存在委托第三方运营维护的情形。重整期间电站仍持续运营，而与运维方之间的合同是继续履行还是以重整受理日为时间节点区分处理，需根据项目实际情况具体确定，尤其是否对后续交接有不利影响。如继续委托第三方运维的，可通过新签合同或补充协议方式明确各方权利义务关系，预先界定共益债务范围。

#### 4. 地方政府招商引资协议履行问题

地方政府部门在引入光伏项目时是否曾与光伏企业签订过投资协议，协议中的投资金额、资本缴纳、股权

回购、建设进度、税费补贴、违约责任等重点条款需予以关注，尤其会产生破产债权申报、确认的情形下，妥善处理政企关系。

#### 5. 重要合同的效力问题

光伏项目工程争议较为多发，承包合同、施工合同是否需要以及按照《中华人民共和国招标投标法》进行招投标，质量保证条款、保证期限、保证金额是否约定明确、合理应予关注。组件采购合同除质量保证条款、功率衰减保证条款外，是否约定了所有权保留，债权人是否有权主张取回等。

#### 6. 涉及上市公司问题

如光伏电站企业系上市公司或与上市公司关联方，需注意是否存在违反证券信息披露制度虚假陈述的问题。根据既往案例，虚假陈述等证券侵权行为产生的债权属于破产债权，债权人有权在重整计划执行完毕后再行申报，重整后的企业需按照重整计划规定的同类债权的清偿条件进行清偿，不但导致投资人追加资金，而且可能因涉及数量众多债权人，发生群体舆情事件，影响企业正常生产经营。

困境企业的出现是市场经济的常态，但也往往孕育着投资机会。困境光伏电站作为一种特殊资产，通过破产重整方式进行收购，具有司法保障力强，法律后果可期的优势，特别是在降低投资成本、排除隐性债务上具有常规并购无可比拟的优势。但同时因程序特殊，破产并购也具有一定的复杂性、专业性，尤其重整计划表决的不确定性，故在具体方案设计过程中可灵活采取预重整、附条件债权收购等多种方式，最终实现投资者商业目标。

## 网络“跑分”的刑事法律风险及其防范

文 | 朱 凯 浙江金道律师事务所

2020年以来，与网络“跑分”有关的新闻不断进入公众视野，比如：2021年5月，江苏邳州警方破获一起网络“跑分”案件，缴获银行卡66张，涉案金额达1700万元，抓获犯罪嫌疑人9名；2021年5月，辽宁沈阳警方在2天内打掉了3个“跑分”电信诈骗犯罪团伙，冻结的涉案资金高达2亿。这类新闻的频繁出现，引起了公众对网络“跑分”这一现象的关注，也引起笔者的持续思考。

### 网络“跑分”的运作流程

网络“跑分”的“分”，实际上就是资金，“跑分”就是指让资金“跑”起来。“跑分”的本质就是网络平台利用他人的收款码进行收款。具体而言，是指网络平台以高额收益为诱饵，诱导他人将其个人的微信、支付宝、拼多多等网络收款码提供给该平台，该平台使用该收款码收取资金并支付一定报酬（通常在收款金额的1%至2%）的行为。

实践中，网络平台动辄喊出“零风险，动动手指即可日赚千元”的口号，吸引了众多年轻人参与其中。同时，网络平台为了防止“跑分”参与者将收取的资金据为己有，往往要求

其预先向平台交纳一定的保证金，交纳保证金越高，则可以“跑分”的金额越高，获取的佣金也越高。为了掩盖真相，有的网络平台还要求“跑分”参加者注册网络店铺，将其个人收款码设定为该网店的收款码，那么，其为平台实施的收款行为从形式上看，就像是一笔普通的网络交易。为了调动参加者的积极性，有的平台还借鉴“网约车”抢单模式，让众多“跑分”参加者在平台上竞相抢单，营造出异常火爆的气氛。

### 网络“跑分”涉及的罪名及认定要件

网络“跑分”平台本质上是非法的第三方支付平台，网络“跑分”行为本质上是非法经营资金结算业务。

而且，其服务的对象多为网络诈骗、赌博、传销等网络犯罪的行为人。与此同时，“跑分”平台还实际占有“跑分”参与者交纳的保证金，掌握他们的收款码、支付宝（微信）账户信息、银行卡号等个人信息。因此，“跑分”平台组织他人实施“跑分”的行为，可能触犯以下几类犯罪：

#### (一) 非法经营罪

目前，司法机关打击网络“跑分”行为，最常用的罪名就是非法经营罪。《刑法》第二百二十五条，将“非法从事资金结算业务”作为非法经营罪的行为方式之一。

根据2017年6月出台的最高人民检察院《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》，非法经营

资金支付结算行为的具体情形就包括“未取得支付业务许可经营基于客户支付账户的网络支付业务”。

2019年2月，“两高”出台的《关于办理非法从事资金支付结算业务、非法买卖外汇刑事案件适用法律若干问题的解释》，对于非法从事资金支付结算行为作了进一步细化，其中包括：

1. 使用受理终端或者网络支付接口等方法，以虚构交易、虚开价格、交易退款等非法方式向指定付款方支付货币资金的；

2. 非法为他人提供单位银行结算账户套现或者单位银行结算账户转个人账户服务的；

同时，该解释对于从事非法资金支付结算行为构成非法经营罪的人罪标准予以了明确，即非法经营数额在500万元以上，或违法所得数额在10万元以上，以及有前科劣迹等特殊情形下的“减半”标准。

对照上述规定，我们发现：网络“跑分”平台通过组织他人参与“跑分”，实质上就是利用网络支付的方式虚构交易，性质上属于提供支付结算服务；这些平台往往没有取得“支付业务许可证”，所以属于“非法从事资金支付结算业务”，在经营数额或违法所得数额达到相关标准的情况下，就会涉嫌非法经营罪。如安徽省巢湖市人民法院（2020）皖0181刑初464号刑事判决认为，被告人张某某、陈某某、陈某某等人非法从事资金支付结算业务，均已构成非法经营罪。

## （二）帮助信息网络犯罪活动罪

帮助信息网络犯罪活动罪是《刑法修正案（九）》新增设的罪名，

指行为人在明知他人利用信息网络实施犯罪的情况下，仍然为他人提供帮助或者技术支持的行为。该罪名的增设，是为了适应当前各类传统犯罪日趋向互联网迁移，网络犯罪各环节的分工日趋专业化、精细化，网络犯罪主体之间的意思联络日趋虚拟化、多元化的需要。在这类犯罪中，帮助行为与实行行为往往是相互交叉的，譬如一个“跑分”平台可以为多个对象提供资金支付结算服务，一个网络犯罪集团同时利用多个“跑分”平台为其提供资金支付结算服务，导致网络犯罪中的帮助行为没有固定的帮助对象。于是，就将此类帮助犯罪的行为“正犯化”，按照该罪名定罪处罚。

认定该罪名的关键，在于如何认定“明知他人利用信息网络实施犯罪”。对此，2019年10月“两高”出台的《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》规定了主观明知的推定规则，即：（1）经监管部门告知后仍然实施有关行为；（2）接到举报后不履行法定管理职责；（3）交易价格或者方式明显异常；（4）提供专门用于违法犯罪的程序、工具或者其他技术支持、帮助；（5）频繁采用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份，逃避监管或者规避调查；（6）为他人逃避监管或者规避调查提供技术支持、帮助；（7）其他足以认定行为人明知的情形。

关于该罪名的人罪标准，上述司法解释也予以明确，即：（1）为三个以上对象提供帮助；（2）支付结算金

额二十万元以上；（3）以投放广告等方式提供资金五万元以上；（4）违法所得一万元以上；（5）二年内曾因非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动、危害计算机信息系统安全受过行政处罚，又帮助信息网络犯罪活动；（6）被帮助对象实施的犯罪造成严重后果；（7）其他情节严重的情形。

由此可见，帮助信息网络犯罪活动罪对于行为人主观明知的程度要求，远小于共同犯罪中明知的程度，只要行为人知晓被帮助的对象在实施犯罪行为即可，不要求知晓该对象具体实施何种犯罪行为，还可以适用推定规则直接认定明知。就网络“跑分”而言，经常因为交易价格或者方式明显异常等原因，而被推定为明知他人正在实施犯罪。实践中，对于没有充分证据证明“跑分”平台的相关人员明知被帮助者在实施何种犯罪的情况下，对该部分人员通常以帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚。如浙江省丽水市莲都区人民法院（2021）浙1102刑初174号刑事判决认为，被告人吴某某等人明知他人利用信息网络实施犯罪，仍为其提供支付结算帮助，情节严重，其行为已构成帮助信息网络犯罪活动罪。

## （三）与上游犯罪构成共同犯罪

如上所述，“跑分”平台的服务对象多为网络诈骗、赌博、传销、洗钱等网络犯罪的实施者，涉案资金也都与相关犯罪有关。如果“跑分”平台的搭建者或实际控制人、具体操作人等，明知他人正在实施相关犯罪，仍为其提供“跑分”服务（支付结算服务），那么，司法实践中往往会将“跑分”平台的相关人员以共同犯罪论处。

这种处理方式，是基于目前通行的共同犯罪理论作出的。

“两高一部”《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第四条、“两高”《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》第二条都明确规定，明知他人实施网络诈骗、网络赌博而提供资金支付结算服务的，以诈骗罪、开设赌场罪的共同犯罪论处。如四川省南部县人民法院（2021）川1321刑初18号刑事判决认为，被告人敬某等人以牟取非法利益为目的，明知他人开设赌场，仍为赌博网站提供资金结算服务，侵犯了社会公共管理秩序，其行为均已构成开设赌场罪。

需要注意的是，关于“跑分”平台相关人员通过中间人联系服务对象，未直接与从事上游犯罪的人员联系的情况，实践中，有的判决对此类人员仍以帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚。例如浙江省金华市金东区人民法院（2021）浙0703刑初36号刑事判决。

## （四）诈骗罪

实践中，有的犯罪分子搭建虚假的“跑分”平台，以“跑分”赚取高额佣金为噱头，骗取注册会员缴纳的保证金，之后以平台维护、缺少订单等各种理由推脱，迟迟不开展“跑分”，最终侵吞会员的保证金，拒绝与会员继续联系。这种情况是一类典型的诈骗行为，如果涉案金额超过一定标准（浙江省目前为6000元），“跑分”平台的实际控制人就涉嫌诈骗罪。如浙江省浦江县人民法院（2020）浙0726刑初185号刑事判决认为，被告人杨某利用虚假“跑分”平台骗取被

害人保证金，构成诈骗罪。

## （五）侵犯公民个人信息罪

实践中，有的“跑分”平台犯罪分子为了获得更多的收款码，往往采取各种手段非法获得他人的个人信息，如支付宝、微信账户及密码、银行账户及密码、身份证号码、电话号码等。同时，有的犯罪分子还将其已获得的个人信息非法提供给他人。通常采用的非法手段包括：通过网络向他人购买或贩卖个人信息、诱使他人手机扫码从而获悉其个人信息、非法使用或提供曾参加“跑分”人员的个人信息，等等。根据“两高”《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》，非法获取、出售或者提供住宿信息、通信记录、健康生理信息、交易信息等其他可能影响人身、财产安全的公民个人信息五百条以上的；非法获取、出售或者提供其他公民个人信息五千条以上的；违法所得五千元以上的，就已经达到侵犯公民个人信息罪的定罪标准，构成该罪。如吉林省长岭县人民法院（2020）吉0722刑初247号刑事判决认定：被告人张某某用多用锅、电饭锅换取他人的空银行卡、身份证信息注册的支付宝账号，再卖给被告人邓某某771个，邓某某将支付宝账号用于在“跑分”平台“跑分”兑得现金，二人的违法所得分别为2万余元、4万余元，最终对二人均以侵犯公民个人信息罪定罪量刑。

总之，在分析“跑分”平台是否构成犯罪、构成何种犯罪时，应深入了解其运作模式、经营方式等情况，才能根据其实际情况作出准确认定，避免错将一般的行政违法行为认定为

犯罪，或者将此罪认定为彼罪。

当然，“跑分”平台相关人员实施的行为，可能同时符合数个罪的犯罪构成要件。对此，一般应当按照刑法中想象竞合犯、牵连犯等理论，依照处罚较重的规定定罪处罚。2020年10月“两高一部”出台的《办理跨境赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》第四条对此予以了明确。

## 远离网络“跑分” 刑事风险的防范对策

一是注意保护个人信息安全。不要将个人信息提供给陌生人使用，不要随意扫描陌生的二维码或点击来源不明的网络链接，也不要将自己的身份证、手机卡、银行卡或支付宝、微信等交易账户出租、出借给他人使用。

二是远离“跑分”赚钱的陷阱。不要相信“参与跑分，日入千元”等虚假广告，不向他人提供个人的收款码，不参与“跑分”平台组织的抢单活动，以免沦为犯罪分子实施违法犯罪的帮凶。

三是选择正规的兼职、工作平台。在寻找兼职、工作机会时要擦亮眼睛，当存在需要使用自己的账号信息才能完成交易、对陌生人做虚假陈述等异常情况时，要特别警惕，该平台极有可能涉嫌违法犯罪活动。

四是发现异常后要立即抽身并报警。现实中，一些“跑分”参与者在发现平台存在犯罪端倪后，由于贪图佣金等利益，采取听之任之的态度，仍然参与其中，最终身陷囹圄。所以，发现异常后立即脱离犯罪组织，并及时报警求助，才是挽救自己的正确选择。

# 关于明星代言理财P2P那些事儿

文 | 谢慧兰 浙江丰国律师事务所



曾经风光无限的P2P彻底退出历史舞台，平台虽然已清零，但有一个问题始终让大家疑惑：曾经收取高额代言费为网贷产品站台的明星代言人们，要承担什么样的法律责任？

在6月1日召开的新闻发布会，银保监会副主席表示，截至3月末，存量业务尚未清零的停业网贷机构1387家，未兑付借贷余额7161亿元，比去年末减少79家、1046亿元。其中，对已立案的999家机构，正依法协调公安、司法等部门加快审理进度。同时加快追赃挽损，依法追缴高管奖金和明星代言费、广告费。引入征信系统和地方资产管理公司，提高追偿专业化水平。

银保监会的态度非常明确，要追缴明星收取的代言费、广告费。

网友一片叫好，并纷纷到代言明星的微博底下评论，支持银保监会的做法，还有的网友要求明星对自己的投资损失负责。

早在今年一月份，有投资人将代言“网利宝”的明星诉至法院，要求其赔偿相关损失。网传一份《受理案件通知书》显示，山东省东营市东营区人民法院已对这起财产损害赔偿纠纷立案受理。

在此，本律师来和大家讨论以下两个问题。

## 第一个问题，明星收取的代言费、广告费是否应当退还？

P2P网贷公司大多涉嫌非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪，公司高管、主要运营人员应当承担相应的刑事责任。

《刑法》第六十四条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。

网贷公司投入的广告费、宣传费都是通过向投资人融资而得，融资行为被认定为诈骗，那么融资资金应当认定为违法所得，应当予以追缴。

因此，从刑法的角度，对已经支付给明星的代言费可以依法予以追缴。

从民法的角度，明星收取的代言费，是网贷平台通过诈骗获得，这部分财物是受害者的合法财产，

应当予以返还。根据《民法典》，“违反法律、行政法规的强制性规定的民事，法律行为无效。”，“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还”。这就意味着，已经支付给明星的代言费，可以以民事法律行为无效为由，要求退还。

然而，值得注意的是，2011年4月8日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条规定，行为人已将诈骗财物用于清偿债务或者转让给他人，具有下列情形之一的，应当依法追缴：（一）对方明知是诈骗财物而收取的；（二）对方无偿取得诈骗财物的；（三）对方以明显低

于市场的价格取得诈骗财物的；（四）对方取得诈骗财物系源于非法债务或者违法犯罪活动的。他人善意取得诈骗财物的，不予追缴。因此，明星取得代言费如果是善意取得，符合以上几点，将有可能不需要被追缴。

## 第二个问题，明星应当赔偿投资人的损失吗？

《广告法》第五十六条第三款规定：“前款规定以外的商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人，明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的，应当与广告主承担连带责任。”

第三十八条规定，广告代言人在广告中对商品、服务作推荐、证明，应当依据事实，符合本法和有关法律、行政法规规定，并不得为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明。

据此，明星是否需要与网贷平台一起，对投资人的财产损失承担连带赔偿责任的前提是——明星明知或应知广告虚假仍然为其推荐、证明。

所以，状告杜海涛的那位投资人要获得胜诉，很难！

投资人要求明星对自己的财产损失承担侵权责任，就必须证明两点，一是证明明星的代言行为对投资人的损失存在过错，二是明星的

广告行为与自己的投资损失存在因果关系。

首先，投资人必须证明明星对于网贷公司的虚假广告是明知或应知的，这点取证难度很大。如果明星明知广告是虚假仍然代言，那涉嫌的可能是与网贷公司一起，构成共同犯罪，目前并没有哪位代言明星被以刑事犯罪立案调查。

其次，投资人也很难证明自己只是看了广告后依据广告内容就作出了投资行为，很难证明这其中的因果关系。在广告满天飞的时代，投资不可避免地存在风险，投资人自身应当有一定的风险意识，需谨慎面对，相信没有谁会在不了解网贷平台的经营状态下，盲目听从明星的意见就把钱交出去，进行投资。

投资人要挽回损失，最有效且合法的办法，应当是向审理刑事案件的法院，申请要求在刑事案件的处理中“按比例发还”。

当然，明星作为有一定影响力的公众人物，应当承担起一定的社会责任。在选择代言产品时，应当慎之又慎，最好有法务团队对代言产品进行法律方面的审核。尤其是金融产品，信息不对称性高、专业性强，代言人自身如果没有辨别代言产品资质、不了解产品风险，可能产生宣传误导风险。所谓“欲戴其冠，必承其重”，公众人物唯有切实承担社会责任，在戏里戏外都自觉约束一言一行，才能对得起社会的信任。

## 深入解读

# 《中华人民共和国未成年人保护法》

文 | 王楠 浙江五联律师事务所

未成年人是一个国家的未来，保护未成年人从大的方面说是保护一个国家的未来，小的方面说是守护每一个家庭。我国非常重视《未成年人保护法》的制定和修订。此次《未成年人保护法》修订案几经易稿，于2020年10月17日第十三

届全国人大常委会上正式表决通过，并于2021年6月1日国际儿童节正式实施。与修订前的《未成年人保护法》相比较，修订后的《未成年人保护法》有了长足的进步，条文从72条增加到132条，创设很多保护制度。新旧法比较，修订后

的新《未成年人保护法》几个突出的特点：

### 与国际接轨，

#### 明确确立最有利于未成年人原则

1989年11月20日，第44届联合国大会第25号决议通过了《儿童

权利公约》，该公约适用于全世界18岁以下的任何人。《儿童权利公约》确立了“以儿童最大利益为首要考虑”原则。1991年12月29日，我国第七届全国人民代表大会常务委员会批准，我国成为《儿童权利公约》的缔约国。根据法律规

定，国际公约需经国内立法方能直接适用。

原《未成年人保护法》虽然在条文中体现了《儿童权利公约》精神，但在条文中并未明确体现公约的原则。此次修订后的《未成年人保护法》第四条明确规定，保护未成年人，应当坚持最有利于未成年人的原则。该条在总则部分，给整部法律定了基调。确立我国未成年人保护应与联合国《儿童权利公约》一致，只要涉及未成年人，均应贯彻“最有利于未成年人的原则。”

### 与时俱进

#### 通过立法反映社会发展

首先，新修订的《未成年人保护法》体现新时代对未成年人的期许。在总则部分明确提出对未成年人要“培养担当民族复兴大任的时代新人”“引导未成年人树立和践行社会主义核心价值观。”

其次，增加了“网络保护”和“政府保护”两章。随着互联网的发展，网络深入到生活的各个方面。网络对于未成年人的影响越来越大，相应的，利用网络侵害未成年人权益的案例也多有发生。此次修订，以立法的形式规定了国家、社会、学校、家庭应承担的责任。同时具体规定了网信部门、公安、智能终端产品制造者、网络游戏服

务提供者等主体的职责。规定具体翔实，涉及网络宣传内容、游戏时间、未成年人网络保护软件、未成年人信息保护、网络欺凌处置等内容。

在政府保护章，呼应了总则确立的县级以上人民政府应当建立未成年人保护工作协调机制。具体的工作部门应对内设机构和专门人员负责。将保护未成年人权益工作落到实处。对于地方政府提出具体工作要求。民政部门作为落实未成年人保护工作的具体部门，还承担了监护兜底的职责。在法律规定的具体情形下，应该由民政部门依法对未成年人进行临时监护或长期监护。杜绝未成年人无监护人独立生活的情况发生。

### 切实从未成年人角度出发

#### 全面加强未成年人保护

新修订的《未成年人保护法》初步建立起了家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护、司法保护以及法律责任的我国社会主义特色的未成年人保护制度。具体来说，包含以下亮点：

#### 1. 对监护人提出具体要求，完善家庭监护制度。

相对于修订前的倡导性、框架性的规定，修订后的《未保法》对于监护人职责更加全面和具体。以列举加概况的形式规定了监护人应

当履行的监护职责和禁止实施的行为，规定具体而明确。

特别值得关注的是，留守儿童委托监护制度有所调整，首次明确规定了不得作为被委托人的具体情形。另外，针对父母离婚案件中抢夺、藏匿未成年子女的情形，也首次以法律的形式明文禁止。

## 2. 对学校提出新要求，保护未成年人健康发展。

近年来，校园欺凌成为全社会关注焦点，其严重性和危害性引起全社会重视。此次修订，确立了防止和处置欺凌的基本制度。学校应当建立学生欺凌防控工作制度。学校应当立即制止学生的欺凌行为，针对严重的欺凌行为，学校不得隐瞒，应当及时向公安机关、教育行政部门报告。

其次，关注未成年人学生的心理健康。要求学校应对未成年人进行心理辅导，开展生命教育。保障未成年学生休息、娱乐和体育锻炼的时间。

## 3. 强制报告制度。

对于侵害未成年人案件，强制报告制度是非常重要的制度，西方很多国家立法明确以制度。修订后的《未保法》在诸多章节规定了强制报告制度，在总则部分规定国家机关、居民委员会、村民委员会、密切接触未成年人的单位及其工作人员有强制报告的职责。具体

到各章，“家庭保护”、“学校保护”“网络保护”各章具体规定了父母或者其他监护人、学校、互联网企业在具体情形下负有强制报告的义务。

## 4. 违法犯罪记录强制查询制度。

近年来，有多起学校以及教育培训机构等与未成年人密切接触的工作人员侵害未成年人案件被曝光，引起全社会的关注和声讨。针对此类现象，为了预防未成年人“身边成年人”对未成年人的侵害，新修订的《未保法》新加入了对于密切接触未成年人的单位招聘工作人员时的特别要求，此类单位在招聘工作人员时应当向公安机关、人民检察院查询应聘者是否具有性侵害、虐待、拐卖、暴力等违法犯罪记录；同时规定，如果此类单位违反规定，未履行查询义务，或者招用、继续聘用不符合规定的人员，应该承担警告、罚款、停业整顿或者吊销营业执照、吊销许可证等法律责任。

### 更具有可操作性 注重细节

### 罚则明确 便于落地实施

在修订前，《未成年人保护法》虽然广受社会关注，但是整部法律多为倡导条款，表明国家的态度，在实践中，很难在具体个案中用作裁判的依据。此次《未保法》的修

订，从根本上改变了这种现象。比如很多条款中以列举加概况的立法技术，对某种情况进行规定，为实践裁判提供强有力的依据。另外，关注细节，比如在法条中明确规定“网络游戏服务提供者不得在每日二十二时至次日八时向未成年人提供网络游戏服务”。规定越具体，规则越明确，在实践中越容易实施。

特别值得一提的是“法律责任”一章比修订前有极大的进步。与之前的含糊与概况性的法律责任不同，修订后的《未保法》详细规定了违反《未保法》规定应承担的法律责任。明确了违反具体条款之后果。可以说，如果《未保法》是保护未成年人的盾，那么修订后的“法律责任”一章，赋予了《未保法》以矛，不再是一部仅仅表明态度的法律，而是可以对违法行为进行惩处的利器。

开篇就阐明，新修订的《未成年人保护法》是一部非常赞的法律，取得了巨大的成就。可以说从根本上改变了之前《未成年人保护法》只能看，不能用的状态。未成年人保护关系到每一个家庭，每一个学校，关系到每一个人，也关系到国家的发展。立法保护未成年人关系到国家的福祉，此次修订，是我国未成年人保护历史上浓墨重彩的一笔。



# “保证期间”的相关问题

文 | 俞肃平 浙江国翱律师事务所

保证期间是《民法典》保证合同中的重要条款，是双方当事人在发生保证担保纠纷中博弈的焦点，也是审判中一个疑难问题。《民法典》施行后，保证期间与以往相比，也发生了一些变化。因此，笔者撰写此文，以供大家参考。

## 一、保证期间的概念及性质

保证期间，是指当事人在保证合同中约定，或在保证合同中没有约定、约定不明确的情况下，由法律规定的确定保证人承担保证责任的期间。

或者说是当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的期间。或者说是债权人应当主张权利的期间，在该期间内债权人未主张权利的，保证人则得以免除保证责任。

保证期间属于除斥期间，不发生中止、中断和延长，即当事人约定或

法律规定是多长时间就是多长时间，不适用诉讼时效的规定。

## 二、保证期间的时长

依据《民法典》第692条第2款“债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月”之规定，保证期间的时长有二种，一是法律规定的保证期间，二是当事人约定的保证期间。

1. 所谓的法律规定的保证期间，就是《民法典》第692条第2款中所指的“当事人没有约定（包括视为没有约定），以及约定不明确”二种情形时，法律统一规定的保证期间。

《民法典》第692条第2款最大的变化，是取消了2000年12月13日起

施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号，下称原担保法司法解释）第32条第2款“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起二年”之规定，将其归纳为《民法典》第692条第2款中的“约定不明确”，与“保证期间与约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定”一起，将保证期间统一规定为“主债务履行期限届满之日起六个月”，即在当事人在保证合同中对保证期间没有约定（包括视为没有约定），以及约定不明确的情形下，法律统一规定保证期间为6个月，当事人不得改变。

为防止有人误读，新担保制度司法解释第32条，对此又重新作了“保

证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月”之规定。

需要注意的是，《民法典》实施后的一段时间内，并不是说完全不适用保证期间二年的规定，2021年1月1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〉时间效力的若干规定》（法释〔2020〕15号）第27条，对《民法典》施行前成立的保证合同，以“主债务履行期限届满至民法典施行之日不满二年”或“不满六个月”，和“保证期间约定不明确”或“没有约定”为前提，规定“当事人主张保证期间为主债务履行期限届满之日起二年的”，或“主张保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月的”，人民法院“予以支持”或“依法予以支持”。第一个“予以支持”，指的是当年执行的二年保证期间并没有法律的规定；第二个“依法予以支持”，则指现在的6个月保证期间，《民法典》是有明确规定的。

2. 所谓的当事人约定的保证期间，即指当事人在合同中明确约定保证时间的。

那么，当事人约定的保证期间时长是多少？《民法典》和2021年1月1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〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）却没有规定。

我认为，当事人在合同中约定的保证期间，最长为三年，最短可以是一天甚至更少。

（1）当事人在合同中约定的保证期间最长为三年的理由：

首先，原担保法司法解释施行时，根据1987年1月1日起施行的《民法通则》第135条规定，一般诉讼时效期间为二年。依我的理解，最高人民法院是参照了一般诉讼时效为二年来设定二年保证期间的。因此，《民法典》中的保证期间，也可参照《民法典》第188条第1款规定的一般诉讼时效为三年的规定。

其次，从《民法典》第419条“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护”也可得到印证，这里就适用了“诉讼时效”的概念，也是三年。

第三，保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务的诉讼时效只有三年，保证合同作为从合同，保证期间没有理由超过三年。这也符合民法一直规定的“公平”原则。

第四，保证期间从实质上来讲，是维护保证人利益的条款，这在《民法典》和2021年1月1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〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号，下称新担保制度司法解释）条款中得以体现。如《民法典》第686条第2款，就彻底颠覆了原担保法第19条的规定，将当事人在保证合同中保证方式没有约定或者约定不明确的，从原来规定的“按照承担连带责任保证承担保证责任”，修改为现在的“按照一般保证承担保证责任”；此外，新担保制度司法解释中“关于保证合同”中第34条“人民法院

在审理保证合同纠纷案件时，应当将保证期间是否届满、债权人是否在保证期间内依法行使权利等事实作为案件基本事实予以查明”等条款也是维护保证人利益的。

如果当事人约定的保证期间超过三年，是否一定不会得到法院的支持呢？这不好说。可能在今后的实践中，最高人民法院会出台关于担保制度司法解释二来予以规定。但我认为不能支持，因为自原担保法司法解释施行19年来，金融机构以及实践中，有关保证期间的约定，几乎都是“主债务履行期限届满之日起二年”，这已成了惯例，即参照诉讼时效确定保证期间已成了惯例。

（2）当事人在合同中约定的保证期间，可以是一天甚至更少的理由：

首先，《民法典》第692条第2款开门见山地指出“债权人与保证人可以约定保证期间”，提倡保证期间由双方当事人协商一致进行约定。

第二，当事人在合同中约定的保证期间能否低于法定的6个月？

这当然是可以的。因为《民法典》规定的保证期间为6个月，是在“当事人在保证合同中保证期间约定不明（包括视为约定不明），以及约定不明确”情形下才适用。所以，当事人如有明确约定的保证期间，当然就不适用法定的6个月的保证期间。

综上所述，如果当事人在合同中约定保证期间为主债务履行期限届满之日起1天，这种保证期间为1天的约定应当是有效的。

当然，在实践中这种约定可能很

少出现。因为，对于债权人来说，与保证人约定的保证期间是越长越好，免得稍不留神就过了保证期间，使保证人的保证责任得以免除。但作为保证人来说，保证期间是越短越好。因此，如果作为保证人的律师，是在合同中约定保证期间时做做文章的。

也许有人会说，既然当年金融机构以及实践中与保证人约定的二年保证期间，几乎都是“主债务履行期限届满之日起二年”，出自原担保法司法解释第32条第2款“视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起二年”，那么《民法典》施行后，当事人约定的保证期间也可采用《民法典》692条第2款的规定，统一规定保证期间为6个月呢？我以为也不能这么硬性规定。因为，这不符合《民法典》规定，否则法律就没有必要规定“当事人约定”的内容了。而且，保证期间为6个月的法律规定，是基于“当事人在保证合同中对保证期间没有约定或视为没有约定或约定不明确”的前提下规定的。

### 三、保证期间的起算

保证期间的起算时间，法律规定是三种：

1. 保证期间自债权人与债务人签订的主债务履行期限届满之日起计算。

虽然《民法典》第692条第2款并没有明确规定，但在对“债权人与保证人保证期间没有约定或者约定不明确”情形下，规定“保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月”的规定可见一斑。

2. 债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算；

3. 债务人进入破产程序，保证期间自人民法院受理破产申请之日起计算，而不论“主债务履行期限未届满”。这在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（法释〔2019〕3号）第4条中有明确规定：“主债务未到期的，保证债权在债权人破产申请受理时视为到期”。

需要注意的是，新担保制度司法解释第30条，对最高额保证合同中的保证期间的计算方式、起算时间等作了特别规定，这里不再开展。

### 四、超过保证期间的法律后果

根据《民法典》第693条规定分2款：

第1款是针对一般保证的，“一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任”；

第2款是针对连带责任保证的，“连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任”。

换句话说，一般保证与连带责任保证中的债权人，要让保证人承担保证责任的方式是不同的。对于一般保证来说，债权人需要在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，超过保证期间对债务人提起诉讼或申请仲裁的，保证人的保证责任得以免除；而在连带责任

保证中，债权人需要在保证期间内向保证人请求承担保证责任，超过保证期间向保证人请求承担保证责任的，保证人的保证责任也得以免除。一般保证与连带责任保证的债权人采取的方式和指向的对象是不同的。

新担保制度司法解释第31条，对《民法典》第693条作了如下补充规定：

1. 一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，债权人在保证期间届满前未再行提起诉讼或者申请仲裁，保证人主张不再承担保证责任的，人民法院应予支持。

2. 连带责任保证的债权人在保证期间内对保证人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，起诉状副本或者仲裁申请书副本已经送达保证人的，人民法院应当认定债权人已经在保证期间内向保证人行使了权利”。

超过保证期间后，债权人为了让保证人承担保证责任，往往会向保证人发出书面通知要求其承担保证责任。有的保证人不注意，往往会在通知书上签字、盖章或者按指印。对此，新担保制度司法解释第34条第2款规定，对“债权人请求保证人继续承担保证责任的，人民法院不予支持，但是债权人有证据证明成立了新的保证合同的除外”。

需要说明的是，新担保制度司法解释第33条，还例外地规定了在保证合同无效的情况下，债权人也要在约定或者法定的保证期间内依法行使权利，否则保证人主张不承担赔偿责任之条款。

## 省内(2021年5~6月)

### 环太平洋律师协会会长李志强莅临宁波律协指导交流

6月10日下午,环太平洋律师协会会长李志强到访宁波市律师协会。宁波市律协会长叶明、秘书长吴存波,全国律协涉外法律服务专业委副主任、盛宁所主任赵永清等参加座谈交流。

叶明会长对李志强会长莅临指导表示欢迎,简要介绍了近年来宁波律师行业的发展情况以及青年律师培养、法律职业共同体建设等工作,并从涉外律师人才队伍培养建设方面介绍了宁波涉外法律服务工作情况。

李志强会长对宁波律师业近年来的发展和涉外法律服务工作给予了高度认可,表示此次来访是为了加强与宁波律协的联系与沟通,并简要介绍环太平洋律协的基本情况和平台优势。李志强会长希望宁波律师积极加入环太平洋等国际律师组织,共同推进“一带一路”涉外法律服务业高质量发展。(来源:宁波律协)

### 温州召开检律良性互动座谈会

6月15日下午,温州召开检律良性互动座谈会,检察官、司法行政、律师代表齐聚一堂,共话检律协作。温州市人民检察院党组书记、检察长程曙明,温州市司法局党委书记、局长卢斌出席并讲话。温州市律协会长、浙江震瓯律师事务所管委会主任叶连友主持座谈会。

会上,叶连友会长介绍了温州律师行业情况。市检察院、市司法局各部门负责人,与会律师代表等围绕加



强温州检律协作构筑新型检律关系,畅所欲言,互动交流。

程曙明检察长指出,要把“以人民为中心”落到实处,把构建检律良性互动作为工作的出发点、落脚点。他强调,完善检律协作机制、促进检律良性互动,需要着重把握“三化”:要完善机制,促进检律良性互动常态化,加强队伍教育,保障律师执业权利,营造良好法治氛围;要拓宽领域,促进检律良性互动多元化,使检律互动适应新时代要求,助推民事、刑事、行政法治领域健康发展;要勇于创新,促进检律良性互动素质化,加大检律素质化改革,推进“智慧大脑”建设,更好实现资源共享。

卢斌局长对程曙明检察长一行来访听取律师行业意见表示欢迎和感谢。他指出,近年来,我市检律良性互动交流常态化开展,双方合作有序规范、协调高效,检律辩论赛有声有色,检察机关在保障律师执业权利、协同规范律师执业行为以及支持司法行政业务等方面做了大量工作。(来源:温州律协)

### 舟山律师行业开展“先锋律师海岛行”公益法律服务

5月27日-28日,舟山七支以党员律师为主的“先锋律师海岛行”志愿服务队,深入册子岛、桃花岛等七个法律服务资源缺乏的海岛开展法律服务专题活动。通过开设“模拟法庭”、开展“民法典”宣讲、召开律企座谈会、走访企业等多种形式,切实服务群众、服务社会。

另外,律师行业党委在没有律师事务所的海岛设立了“党员律师志愿站”,由律所党支部结对开展公益法律服务,畅通法律服务渠道、满足海岛群众法律服务需求。下一步,律师行业将走访更多的海岛,通过开展形式多样的办实事活动,帮助解答一批法律难题,化解一批矛盾纠纷,为企业在风险防范、纠纷化解出谋划策,为人民群众提供零距离、一站式的贴心法律服务,增强群众的获得感,确保为民实践走“新”更走“心”。

(来源:舟山律协)

## 国内(2021年5~6月)

### 司法部开展“乡村振兴 法治同行”活动为乡村振兴提供法律服务和法治保障

6月10日,司法部与国家乡村振兴局联合举办“乡村振兴 法治同行”新闻发布会。据悉,自今年5月至2023年5月,司法部将用两年时间,在全国开展“乡村振兴 法治同行”活动,为乡村振兴提供法律服务和法治保障。

据介绍,“乡村振兴 法治同行”活动的总体要求是,深入贯彻落实习近平法治思想,以保障农村群众基本公共法律服务需求为重点,根据新时代人民群众的法治需求开展工作,着力解决人民群众“急难愁盼”问题。通过持续扎实开展“乡村振兴 法治同行”活动,发挥司法行政职能优势,以法律服务和法治保障助力乡村振兴,夯实基层治理基础,乡村公共法律服务体系更加完善,初步形成多元化的乡村公共法律服务供给模式,乡村群众获得法律咨询、人民调解、法律援助等基本公共法律服务更加方便快捷、精准高效,乡村治理法治化水平明显提高,公共法律服务在乡村地区的满意率进一步提升。

(来源:司法部)

### 江苏力争3年建成覆盖主要产业链法律服务体系

近日,江苏省司法厅出台《关于开展“产业链+法律服务”专项行动的意见》(以下简称意见),全力聚焦各环节需求,为省内各大产业链相关项目提供全流程法律服务,开启司法行政服务高质量发展新征程。

2020年12月,江苏省政府办公厅印发“产业强链”3年行动计划,明确要求用3年时间重点培育50条具有较高集聚性、根植性、先进性和具有较强协同创新力、智造发展力和品牌影响力的重点产业链;到2023年,

江苏将争创一批具有标杆示范意义的国家级先进制造业集群,打造一批具有较强国际竞争力的“链主企业”和隐形冠军企业,攻克一批制约产业链自主可控、安全高效的关键核心技术。

“这是江苏法律服务行业在新起点上全面提升法律服务能力水平的重要机遇。经集体研究,我们提出‘产业链+法律服务’创新模式,推动法律服务业在原有基础上全面对接经济布局。”江苏省司法厅厅长柳玉祥说。(来源:法治日报)

### 安徽律师队伍稳步发展 执业律师达15987人

日前,安徽省政府新闻办召开新闻发布会。据悉,截至2020年底,安徽省执业律师新增1753人,达到15987人。



安徽省司法厅厅长姜明介绍,2020年,安徽不断加强律师队伍建设,依法实施律师执业许可,全省律师队伍稳步发展。2020年底,全省律师事务所新增51家,达922家,同比增长5.8%。执业律师新增1753人,达到15987人,同比增长12.3%。其中,专职律师11860人,兼职律师454人,法律援助律师177人,公职律师2927人,公司律师569人。执业律师中担任人大代表、政协委员的317人。全省共有专职党员律师3690人,占专职律师总人数的30.64%。

(来源:新华网)



# 商标侵权

## 惩罚性赔偿规则适用条件及难点

文 | 曾国艳 黄润生 上海兰迪(温州)律师事务所

由于司法实践中对适用商标侵权惩罚性赔偿规则的条件存在不同理解，导致惩罚性赔偿规则在商标侵权案件中适用比例极低，为解决这一难题，笔者试着从理论界对相关问题的研究出发，再结合司法实践，以尝试明确商标侵权惩罚性赔偿规则的适用条件。具体来说，即作为商标侵权惩罚性赔偿规则的适用条件的侵权人“恶意”、“情节严重”的判断和惩罚性赔偿基数的确定等三个方面，本文接下来逐一

展开分析。

### （一）惩罚性赔偿规则适用条件之“恶意”

#### 1. 理论界对“恶意”的理解

“恶意”的内涵在理论界尚存争议，一种观点认为，“恶意”与“故意”同义，但不包括民法中“重大过失”。另一种观点认为，新商标法中规定的恶意侵权就是指“商标侵权行为人在明知或者应知其不享有相关商标

权利的情况下，仍然故意或者具有重大过失实施商标侵权的行为”，即“恶意”同“明知或应知”。

还有第三种观点认为，“恶意”应当理解为：第一，“恶意”是“故意”的一部分，是“故意”中过错程度特别严重的部分。第二，“恶意”的过错程度非常严重，达到了明知会侵犯他人商标专用权，仍然希望侵权损害后果发生的程度，也就是“故意”中的“直接故意”。明知可能侵犯他人商标

专用权，仍然放任侵权损害后果发生的，属于“故意”中的“间接故意”，“间接故意”不构成“恶意”多数学者比较认同第三种观点，此与“更深程度的故意说”相一致，即，“恶意与故意都是当事人有意识的主观意图，明知不应或不必这样做而这样做。只是恶意行为者在做其行为时还怀有不良的居心和坏的用意，其程度更甚”。比如，华东政法大学的王莲峰教授认为，“恶意”应当是故意中更具有道德谴责性的恶劣情形。

笔者也赞同第三种观点，同时认为“恶意”的内涵可以总结为：侵权行为人明知自己的行为会侵犯他人商标专用权，仍选择积极追求商标混淆或商标淡化的结果。

### 2. 司法实践中的“恶意”情形之考量

#### （1）重复侵权

例如原告苏酒集团贸易股份有限公司诉被告泰安市泰山区汇万佳超市等侵害商标权纠纷案，原告以侵权人存在类型相同的商标重复侵权为由，主张侵权人具有侵权的恶意。法院虽未直接在判决中评价该观点，但从判决引用的法条依据以及判决侵权人承担的赔偿数额来看，法院已采纳原告关于“恶意”的观点。

关于“重复侵权”中的“权利”是否局限于对同一权利人的同一权利？这也颇具争议。笔者认为不应局限于此，因为商标的公示程度及识别度，检索商标权相较于其他知识产权更为便捷，在相同或类似商品上有过侵权行为的主体应当负有更高的注意义务。行为人如因为商标侵权行为承担过法律责任，其在经营过程中更应避免侵

犯他人商标权利。笔者承办的一起海关查处的商标侵权案件，侵权人在此次侵权行为发生之前，已在出口贸易过程中因侵害不同商标权多次被海关部门行政处罚，可见其本次实施的侵权行为并非偶然。如果不认定该种重复侵权具有侵权的恶意，那么《商标法》将无法遏制此类侵权行为人继续从事侵权行为。因此，“重复侵权”不应当仅限于对同一种权利和同一权利人的重复侵权。

#### （2）侵权人与权利人之间存在特定关系而知晓商标

即侵权人与权利人存在与商标相关的特定关系，包括代理、合作、雇佣以及其他关联关系，其基于上述关系知晓商品的特征、销售渠道以及商标经营信息，知晓商标的经营信息、竞争优势，对消费者的欺骗性更强，对商标权利人的危害更强，该种侵权人从事针对该商标的侵权行为，主观上与普通故意相比，恶性更强，符合商标侵权惩罚性赔偿适用条件之“恶意”的内涵。

如阿卡瑟姆塑料制品有限公司诉开德阜国际贸易（上海）有限公司侵害商标权案，权利人认为，侵权人曾系其代理商，在双方结束合作后仍使用权利人的商标，其侵权主观恶意要强于一般侵权行为。一审法院认定“开德阜公司原系阿卡瑟姆公司的经销商，其完全知晓阿卡瑟姆公司系该商标权利人的事实，但仍在他生产的相同产品上贴附阿卡瑟姆公司商标，意欲将开德阜公司经销的他人产品与阿卡瑟姆公司产品造成混淆的主观故意非常明显”。可见，权利人与侵权人之间存在与商标相关的特定关系，将会影响法院对侵权人主观

“恶意”的判断。

#### （3）商标具有较高知名度

即侵权行为发生时，被侵权商标具有较高知名度，尤其是驰名商标，如果侵权人在相同或类似商品上，使用与该商标基本相同的商标的，该行为构成“恶意侵犯商标权”。因为知名度越高的商标，其识别商品或服务来源的功能越强，便于行为人判断其是否侵犯商标权。行为人使用商标的行为，明显具有借该商标知名度图谋不正当利益的主观意图，这种侵权主观故意程度更深，应认定为具有“恶意”。

在宁波市江北瑞迪克斯工贸有限公司与义乌市双尼电子商务商行、杭州阿里巴巴广告有限公司侵害商标权纠纷案中，二审判决书提到“瑞迪克斯公司（即权利人）未证明其商标具有较高知名度、在案亦无证据显示双尼商行（即侵权人）是在明知侵权的情况下持续侵权，故本案不属于应适用惩罚性赔偿的恶意侵权情形”，可见，商标知名度的高低，对司法机关认定侵权人是否具有侵权主观“恶意”有着重要影响。

#### （4）侵权人申请注册的商标明显存在摹仿他人商标的情形，且不能合理说明理由

《商标法》虽然对该种类似情形的规制有相关规定，但均是为了处理能否给予商标注册申请人商标专用权保护这一问题，未对该类行为实施侵权行为进行评价。而这类侵权人恰恰是具有侵权“恶意”的典型，因为商标的基本功能就是识别商品或服务来源，若申请注册与他人商标标识相近似的商标，极有可能造成相关公众混淆，这与商标识别商品来源的基本功能背

道而驰。那么该类行为人申请并使用该商标不仅不正当，其将侵权行为合法化的意图极为明显，该类行为也加大了权利人维权的成本，造成的危害程度亦远甚于普通商标侵权。因此，侵权人申请注册的商标明显存在摹仿他人商标的情形，且不能合理说明理由，也应视为“恶意”。

上述观点，在一起适用惩罚性赔偿规则的典型案例中有所体现，即中山奔腾电器有限公司与小米通讯技术有限公司侵害商标权案。中山奔腾电器有限公司在多个类别商品上多次围绕小米科技公司的“小米”“MJ图形”商标反复注册商标。同时，还在多个类别商品上注册了多件与“威猛先生”“百事可乐Pepsi--cola”等知名商标相同或相近似的商标。上述情节，不但导致国家商评委对其申请注册的相关商标作出无效裁定，也是法院对该案适用惩罚性赔偿规则的考量主要因素之一。因此，对于“侵权人申请注册的商标明显存在摹仿他人商标的情形，且不能合理说明理由的”，实务中也不乏将此类情形视为“恶意”。

## （二）惩罚性赔偿规则适用条件之“情节严重”

### 1. 理论界对于“情节严重”的理解

理论界对“情节严重”的理解存在差异，一种观点认为，“情节严重”是“情节严重的故意侵权”，其并未解释该种观点的具体含义，但从其引用的法律规定来看，这种理解更强调于侵权行为的性质。

另有一种观点认为，“情节严重”的含义是侵权行为性质恶劣、侵权造成的损害后果严重。也就是说，情节

严重不仅可以从侵权行为进行判断，也可以从侵权后果判断。持这种观点的学者认为“情节严重”与“恶意”是并列关系，二者是同一侵权行为两个方面。“情节严重”的具体表现可以反映出“恶意”的程度，“恶意”由“情节严重”体现。因而，惩罚性赔偿“情节严重”的参考因素可以分为：①侵权商标与被侵权商标的近似程度；②侵权商标使用范围与被侵权商标使用范围的近似度；③是否因本次侵权行为受到过行政或刑事处罚；④侵权持续的时间；⑤侵权的获利情况；⑥侵权行为的规模；⑦侵权人的财力；⑧被侵权人因侵权遭受损失的程度；⑨侵权人在侵权行为发生后或者被诉侵权后是否存在隐匿证据的情形。

笔者赞同第二种观点，即“情节严重”不仅可以从侵权行为的性质进行判断，也可以从侵权的损害后果进行判断，因为“情节严重”虽很抽象，但具体到案件中，其所表现的形式是复杂多样的，如果仅从侵权行为去评价侵权人是否符合“情节严重”，会导致人为限缩惩罚性赔偿规则的适用范围，进而致使惩罚性赔偿规则无法真正适用于司法实践中。

### 2. 司法实践中的“情节严重”情形之考量

司法实践中，亦有法院通过侵权行为的本身以及侵权行为造成的损害后果，对侵权行为人是否符合惩罚性赔偿规则的“情节严重”加以判断。

以原告平衡身体公司(BAL-ANCEDBODYINC.)诉被告永康一恋运动器材有限公司侵害商标权纠纷案为例，该案为上海法院适用商标侵权惩罚性赔偿规则的典型案例。该案的被

告曾因涉嫌侵害原告其他商标及专利权而被原告警告，后与原告签署和解协议承诺不再从事侵权活动，却再次被发现实施涉案侵权行为。被告原样仿冒原告的商标和产品，通过线上、线下多种渠道销售，且产品还存在质量问题。上海市浦东新区法院认为，被告侵权行为符合惩罚性赔偿中关于“恶意”和“情节严重”的适用要件，并确定按侵权获利金额的三倍计算赔偿数额。因侵权获利的三倍已超过原告主张的300万赔偿金额，遂判决全额支持原告诉讼请求。

法院判决支持惩罚性赔偿的理由包括“第三，被告在2016年的销售总额已达800余万元，被告通过微信商城、微信朋友圈、工厂、展览会等线上、线下多种渠道进行侵权产品的推广和销售，产品被售往厦门等省市，可见被告的生产经营规模较大、产品销售渠道多、涉及地域范围广，侵权行为影响较大。第四，被告的侵权行为不仅造成市场混淆，而且侵权产品还存在脱胶的质量问题，会使得消费者误购并误认为原告的产品存在质量问题，会给原告通过长久努力积累起来的商业信誉带来负面评价，侵权后果较为严重”。由此说明，法院在判断侵权“情节严重”时，既关注了侵权行为本身，也关注了侵权所造成的后果，从多角度论证被告侵权的“情节严重”。

## （三）关于惩罚性赔偿规则的计算基数

“恶意”与“情节严重”作为适用惩罚性赔偿规则的条件，直接决定案件能否适用该规则。而惩罚性赔偿规

则的计算基数能否明确，同样对能否适用惩罚性赔偿规则起着决定性作用。正如本文在惩罚性赔偿规则适用现状中的“数据分析”中所示：法院不适用该规则的理由是以“被侵权所受到的损失、侵权人因侵权所获得的利益以及商标许可使用费的数额均无法查明”为主。当然，赔偿数额计算中除了确定基数，还需要明确“系数”，即如何在一倍至五倍范围内进行选择。关于“系数”，理论界也有过相关讨论，但这一问题更依赖于法官的自由心证，本文对此不展开论述。

### 1. 基数的类型

基数的确定，是适用惩罚性赔偿规则的基础，如权利人不能明确基数，即使侵权人存在“恶意”和“情节严重”，也无法适用惩罚性赔偿规则。

按照《商标法》第六十三条规定，惩罚性赔偿的基数类型包括：1、权利人因被侵权所受到的实际损失；2、侵权人因侵权所获得的利益；3、该商标许可使用费的倍数。本文仅针对司法实践中对确定“基数”共性问题进行分析，而实践中并非所有商标都有许可第三人使用的情况，故本文不对“商标许可使用费用”进行分析。

### 2. 司法实践中关于基数的计算

按《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四、十五条的规定，权利人损失及侵权人获利数额，统一的确定方式为：总销量乘以利润率。实践中，权利人主张赔偿基数多以侵权人获利为主。侵权商品的销量，可以依据证据确定，实践中对此争议不大，但关于侵权商品的利润，则是司法实践中的一大难点，多数法院对权利人主张的

利润一味持否定态度，但并未就如何确定利润进行过说明。

利润是经济学领域的概念，是收入扣除成本价格和税金的余额，侵权商品的利润，为商品销售价格扣除商品成本及税金剩余的金额。利润会在一定周期内发生变化。司法实践中，审判机关多数情况下均不认可权利人主张的利润或利润率，这与权利人自身举证能力及审判机关采纳证据的严苛程度密切相关。近年，随着商标侵权惩罚性赔偿规则在我国的确立及发展，审判机关逐渐对此持开放态度，即以推定方式，对权利人主张的利润或利润率合理性进行判断。

案例一：斐乐体育有限公司（以下简称斐乐公司）与浙江中远鞋业有限公司（以下简称中远鞋业公司）等侵害商标权、不正当竞争纠纷案，该案经历了一审、二审及再审，其对惩罚性赔偿数额确定具有积极意义。

该案中，一审法院根据斐乐公司的主张，以中远鞋业公司提供的2015、2016年度财务数据为基础计算被告侵权所获得的利润，最终确定了791万元赔偿金额。值得一提的是，一审法院采纳了斐乐公司提供“证明该行业平均利润情况”的“同行业上市公司年报”证据，该证据虽未作为惩罚性赔偿金额计算的依据，但对赔偿数额的计算提供了另外一种可能，发挥到检验判决赔偿数额是否合理的作用。

二审法院在肯定一审法院计算数额并无不当的基础上，采用了上诉人提出的计算方法，对一审法院计算的赔偿数额是否适当进行验证：第一步确定销售总金额，推定已查明的侵权

商品最低销售金额为1800万元；第二步判断利润率，方式为（最低单价—成本价格）/最低单价得出利润率为41.8%；第三步计算侵权获利，即2015年及2016年销售被控侵权商品的获利计算方式为：被控侵权商品销售总数额×被控侵权商品销售利润率=被控侵权商品销售获利，得出侵权获利数额为752.4万元。二审法院的上述检验方式为侵权商品获利的计算提供了新的思路。

再审法院认为“商标民事司法解释第十四条并未将商品单位利润限定为纯利润，在当前加大知识产权侵权损害赔偿力度的司法政策指引下，二审法院考虑了侵权行为与正常商品经营之间的区别，从遏制侵权加大赔偿力度的角度出发，采取销售价格减去成本价格后再除以销售价格的方法计算得出毛利润后作为计算赔偿数额的依据并无明显不当），由此证明再审法院对二审法院关于侵权商品单位利润的确定方式亦是认可的。

案例二：中山奔腾电器有限公司与小米通讯技术有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案，审理该案的两级法院均采纳以“同行业上市公司的平均毛利率”作为侵权商品利润率的观点，对侵权获利进行计算，理由为：国内两大电器上市公司的年度报告显示，小家电行业的毛利率为29.69%—37.01%。中山奔腾公司、独领风骚公司也为生产、销售小家电的企业，其规模虽小于上市公司，但其综合成本也应小于上市公司，其利润率应大于上市公司的中间数33.35%作为中山奔腾公司、独领风骚公司制造、销售被控侵

权产品的利润率较为公平合理。法院在此基础上判决支持了权利人主张的5000万元经济损失。

上述两案的审理法院，对“利润”标准采取较为开放的态度，不苛求计算数据准确无误，科学计算赔偿基数，并充分衡量所计算赔偿基数是否具有合理性，从而确保合理适用惩罚性赔偿规则。

#### （四）商标贡献率对赔偿数额的影响及举证责任

笔者在商标侵权惩罚性赔偿规则适用现状的案例检索中，注意到一个现象，即品牌的贡献率（简称商标贡献率）对以“侵权获利”的方式确定赔偿数额的影响开始受到关注，该现象的存在有其合理性。

以周乐伦诉新百伦贸易（中国）有限公司侵害商标权纠纷一案为例，该案一审法院认定被告使用“新百伦”商标构成侵权，并判令其停止侵权及赔偿经济损失9800万元。二审法院在认同一审法院关于构成侵权的基础上，将侵权人赔偿经济损失的金额改为500万元。其改判理由为“在计算侵害商标专用权赔偿数额时，应当注重侵权人的产品利润总额与侵权行为之间的直接因果关系……原审判决以新百伦公司被诉侵权期间销售获利总额的二分之一作为计算赔偿损失的数额，忽略了被诉侵权行为与侵权人产品总体利润之间的直接因果关系”需要说明的是，该案件的双方当事人均就“被诉侵权行为与侵权人产品总体利润之间的直接的因果关系”进行过举证，而涉案侵权产品上除了使用“新百伦”标识，其还有“N”“B”“NEW -

BALANCE”等多枚商标，且产品设计、质量均广受好评，这些也是侵权产品畅销的重要因素。因此，二审法院在确定赔偿数额时考虑“被诉侵权行为与侵权人产品总体利润之间的直接的因果关系”具有必要性和合理性。

由此可见，商标贡献率对侵权获利的计算是有影响的，随之而来的，商标贡献率的举证责任也成为亟待思考的问题。上述案例的法院并未明确表达出其商标贡献率的举证责任的观点。

笔者认为，商标贡献率的举证责任不当由权利人承担，而应由侵权人承担。

首先，从立法上看，现有法律规定及司法解释，均未将商标贡献率纳入到商标侵权类案件确定损害赔偿的考量范围，即权利人就商标贡献率承担举证责任，没有法律依据。

其次，从举证成本上看，由权利人承担“商标贡献率”的举证成本过高。权利人已围绕侵权事实的成立、侵权赔偿数额等问题付出了大量举证成本，如果继续让权利人对此承担举证责任，那么只会让赔偿数额中“基数”的确定难上加难。

最后，从举证便利角度上看，侵权人就“商标贡献率”低或者无贡献率应当承担举证责任。因为，“商标贡献率”通常是侵权人主张的抗辩理由，按照谁主张谁举证的原则，其对此有义务承担举证责任并无不妥。并且，侵权人一旦提出“商标贡献率”抗辩，这就意味着该侵权产品的销量形成存在其他因素，侵权人完全可以针对这里的“其他因素”承担举证责任。

例如，在中国中港旅集团公司诉

张家界中港国际旅行社有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案中，法院对“商标贡献率”的举证责任态度较为明确。审理该案的法院认为，张家界中港国际旅行社有限公司自2008年变更为含“港中旅”字号的公司名称，其当年营业收入为1292万元，较之2007年度营业收入348万元增长了944万元。该公司并未举证证明其营业收入大幅增长的其他市场因素，因此该944万元的增长额应推定为使用“港中旅”品牌所带来的效益。据此可见，法院亦认为“商标贡献率”由侵权人承担举证责任。

总之，我国商标侵权惩罚性赔偿规则从立法到司法实践至今，虽然已有七年之久，但正如本文开篇所述，由于法律条文太过于原则，导致其在司法实践中适用过少，不能发挥该规则应有的作用。而要解决该规则适用的难题，唯有对“恶意”与“情节严重”作出明确的解释。

在相关司法解释或裁判规则尚未出台之前，笔者建议，在适用商标侵权惩罚性赔偿规则时，判断侵权行为人是否具有“恶意”，应以侵权行为人是否明知自己的行为会侵犯他人商标专用权而仍选择积极追求商标混淆或商标淡化的结果之主观心态及行为进行评判。而在判断侵权“情节严重”时，既要关注侵权行为本身，也要关注侵权所造成的后果，从多角度认定被告侵权行为之“情节严重”。

最后，笔者认为，惩罚性赔偿条款的适用，不仅依赖于立法，也依赖于司法实践中的应用，其对权利人的举证能力以及裁判者的裁判能力均是一种考验。



## 论银行按揭保证金质押权之对抗效力 ——以房企破产清算程序为视角

文 | 张振华 浙江嘉望律师事务所

**摘要：**保证金质押是权利质押项下债权质押的一种重要形式，在我国金融融资担保中已有广泛的应用。在预售商品房按揭贷款模式中，商业银行大量采用了房企提供的阶段性按揭保证金质押的担保方式。在房企的破产清算过程中，破产管理人、商业银行与房企其他债权人之间会因该保证金的权利归属、处置分配引发系列纠纷。本文认为保证金质押分成立三要件与对抗二要件，成立要件包括书面质押合同、出质标的债权特定化和有效账户管控；对抗要件为权利外观完备和质押公示登记。破产管理人应在充分尽职调查的基础上，审慎平衡债务人、质权人及其他各债权人相互之权利。

**关键词：**破产清算、按揭保证金、质押权、对抗效力

二十余年来我国城镇住房制度改革所释放出的洪荒之力涤荡着房地产市场，使其从孕育初成到繁荣昌盛，房地产已然成了引领我国经济增长的重要火车头。房地产促进了百姓生活质量的提升，推动着我国经济的发展，也导致社会信用的扩张，其背后自然也少不了系列融

资工具的支撑，其中，商业银行为防控期房的房贷风险需要房企提供保证金为购房人按揭贷款的提供融资担保。在房企破产清算程序中，管理人对按揭保证金的不当处置或将引发购房人、商业银行、房企以及其他第三方之间的利益冲突，给管理人带来切实的困扰。

### 一、按揭保证金质押实务中的冲突与困惑

通常房企于商业银行处设立保证金专户，并按商业贷款总额的特定比例存入保证金专户，当购房人的不动产抵押完成登记或购房人按揭贷款还款完毕后，商业银行释放相应保证

金。但若在担保期间内，购房人未能按贷款合同约定履行还本付息义务，银行则有权径行划扣房企保证金账户内资金用于归还违约本息。

目前，实务典型争议主要发生于财产保全与强制执行阶段，学界研究也主要集中于其在保全或执行等程序，在破产清算程序的研究甚少。因此，破产管理人如何平衡好质权人商业银行与其他债权人之间的利益，亟须事前规划出一个系统性、科学性的解决预案。

## 二、商业银行按揭保证金质押的性质

保证金质押是从功能主义出发以金融风控之目的而发展起来的新型担保，在我国金融领域保证金质押应用广泛且持久，但我国立法却相对滞后，包括新颁的民法典在内，仍未将保证金质押正名。目前学理与实务界就保证金质押性质存在多种观点之争，集中于动产质押说、权利质押说。

其中动产质押说为我国审判实务界多数认可。究其原因，不外乎因《担保法解释》第85条置于动产质押篇幅内，且该条文合并罗列出特户、封金、保证金三种出质物形态，内容表述亦有“金钱”“移交”“占有”等非常动产质押特色的提法。因此，法官易先入为主地认定为动产质押。如最高院公报案例的主审法官霍楠即认为金钱质押若符合金钱特定化和移交债权人占

有两要件的，则金钱既不与出质人其他财产相混同，又能独立于质权人的财产，即该等质押属于动产质押。毋爱斌法官也认为按揭贷款保证金是货币质押的重要形式之一，在账户资金特定化、银行对账户实质占有、可优先受偿扣划的情况下，即可构成货币质押，且应当与债权质押作严格区分。

但在法理上将保证金质押定性为动产质押或货币质押存在根本上障碍。其一，动产质押论与货币物权变动理论相悖。货币不同于其他动产，具有所有权与占有权的同一性的特殊属性，其物权变动以占有和交付作为公示方法。但按揭保证金为存放保证金专户内，仍若将货币所有人认定为房企，违背了货币“占有即所有”之法理原则。其二，新近立法明确否定存款人是货币的所有权人。我国新近立法渐次否定了所有权说，先有《商业银行法（2015修正）》第71条第2款明确了商业银行破产清算的清偿顺序，将个人储户定性为对储蓄存款本息享有法定优先受偿权的债权人；再有《存款保险条例》（2015年实施）规定了存款本息超出最高偿付限额50万元的部分，存款人依法从投保机构清算财产中受偿。因此，在银行破产时，存款人不享有货币财产的取回权。其三，实际操作存款人无法为原物返还请求权。货币为种类物，至于商业银行而言，该保证金存款仍处于银行的负债端，并与

银行其他存款资金混同，在计提部分准备金后余款均通过资金融出进入流通领域。因此，在存款人请求返还本息时，所获之本金固然已非原来存入的保证金，无法成就物权意义上的原物返还。

综上，按揭保证金存款质押的动产质押说确有诸多可商榷之处。

## （二）权利质押说

我国现行的《民法典》第440条已通过穷举的方式确认了权利质押之债权质押。但我国成文立法尚未将保证金列为可作质押之债权范畴，基于物权法定之原则，保证金质押实为“非法”的担保物权。从权利形态而言，按揭保证金质押类似于应收账款质押，两者都是已成熟且广泛应用的金融产品之基础架构要素。因此，非常有必要也亟须探讨银行保证金作为债权质押客体的合理性与适当性。

国内可寻及的最早提出权利质押说的观点的学者赵一平首提“账户质押的标的应当是账户金钱支付请求权，而账户质押的性质应为债权质”之观点，可谓先进。近年来在理论界有更多的学者逐渐扭转观点，认为基于银行账户设立的质押应定性为“权利质押”之“债权质押”，而非动产质押。

在比较法上，不论是大陆法系的德国与法国，还是普通法系的美国，均将此类按揭保证金质押定性为债权质或权利质。其中，《德国商法典》第357条对转账户头上的

余额设定质权的范围作出了具体规定，并将账户质押纳入权利质押的范畴。《法国民法典》将我国《物权法》体系内的质押概念分为有体动产质押（gage）和无体财产挪押（nantissement），而账号设质属于无体财产挪押。美国修订后的《统一商法典》将“储蓄账户”列入可作担保的其他无体财产范围，并认为储蓄账户自身和收益都可作担保，储蓄账户包含着账户所有人对于受法律调控的金融中介机构的请求权。

在起草我国《物权法》过程中，王利明先生认为担保权与经济生活最为密切，“所以，在坚持物权法定原则的同时，应当考虑到担保权的发展，而适当为担保物权的发展留下成长的空间”。笔者还关注到《关于〈民法典（草案）〉的说明》删除了有关担保物权具体登记机构的规定，为建立统一的动产抵押和权利质押登记制度留下空间。

## 三、按揭保证金以债权财产名义纳入破产财产的范围

在确认按揭保证金之名分后，破产管理人得否将按揭保证金列入债务人破产财产。就此问题《企业破产法》没有明确规定，理论上也有两种相左的观点。笔者认为应当将其以债权财产名义纳入破产财产范围，理由如下：

其一，在破产清算程序中，因

购房人分期依约还款或提前全额还款至主债权部分或全部灭失而释放相应保证金，或完成不动产登记及抵押登记而解除保证金质押，则债务人（或破产管理人）可请求银行返还前述保证金。此时按揭保证金当划归为《企业破产若干规定》第64条规定之“（二）债务人在破产宣告后至破产清算程序终结前取得的财产”。

其二，或虽直至破产清算程序终结，仍未以现金形式取得保证金财产返还，但债务人仍享有按揭保证金之金钱请求返还之债权，只是该债权因质押而行使受限。此时按揭保证金当划归为《企业破产若干规定》第64条规定之“（三）应当由债务人行使的其他财产权利”之债权性财产。

## 四、按揭保证金质押权的成立与对抗要件

在司法实务中，房产开发中涉及利益主体众多，本文则围绕房企破产清算程序中按揭保证金质押权的成立与对抗效力问题展开论述，试图探讨破产管理人如何审查商业银行基于按揭保证金的质押权是否已有效设立，以及能否取得对抗第三人效力等问题。

### （一）按揭保证金质押权的成立要件

1. 签订书面的保证金质押合同  
质押行为具有要式性，审判人员基本均持两要件说，即实质特定

化和实际控制权。但按揭保证金质押法律关系均由商事主体构成，笔者认为对商事主体之质押合意的审查应当更为严苛。

破产管理人应参照《民法典》第427条要求，对书面订立的质权合同的相关要素进行严格审查。但商业银行因销售进度不可控，往往采用《保证金最高额质押合同》，约定开发商作为出质人在最高保证金额度内为在一定期间内发生的主债权提供质押担保。笔者认为如果在保证期间内，能确认未来发生的主债权合同的范围，以明确担保债权、保证金数额、交付时间与形式等要素的，即视为该要件在形式上达成。

### 2. 按揭保证金质押权之标的债权特定化

谢在全先生指出：“唯物权法系关于人对物支配之法规范，正如前述，则所谓物权者，乃系指特定之物归属于一定权利主体之法律地位而言。特定物既已归属于一定之权利主体，该权利主体对该特定物……为自由之使用、收益或处分，且任何人非经权利主体之认同，均不得侵入或干涉。”因此，按揭保证金质押之标的当为请求金钱返还之债权，其为特定化之债权且处于权利主体可支配之状态。

以本文债权质押论视角，笔者认为债权之特定化仅系指债之用途与债之内容的特定，如同时符合下列两种条件，即可视为特定化：

一、该保证金账户设立之用途的特定化，其仅用于担保之用，而非用于一般结算、取现等非担保用途；二、在该质权设立、公示、实现、消灭之特别时点，债之内容的特定化。此处特别要指出的是，按揭保证金账户余额可随按揭主债权之增减而新增或释放并不影响保证金质权标的特定化。

3. 商业银行落实对保证金账户有效管控

商业银行作为质权人，依债权之特定化的比例要求，不得允许出质之存款人（亦即债权人）在可计算之担保比例对应的保底金额限额下再行支取金钱，此即要求商业银行落实对账户有效控制与管理。

内地的商品房预售模式和按揭贷款制度基本均援引自香港，而香港属于普通法系。而美国《统一商法典》第九章即对账户担保的控制要求有相关的规定，在担保财产上设立担保权益（attachment）和担保权益完善（perfection）两步设立财产上的担保。在英美法下，担保人破产后，若账户担保的债权人通过“控制”完善了担保权，则其获得了优于其他未完善之一般债权人的优先受偿顺序。江平先生也指出，“我国属于大陆法系，近似德国，但一些单行法如证券、信托、期货等则采英美法特别是美国模式，所以，存在一个两大法系适当融合的问题”。

银行应当从三个维度落实该账

户的管理与控制。其一，从合同内容而言，即协议内容明确非经银行作为质权人的同意，出质人不得请求返还任何在特定化比例内之保证金，且银行可以依约单方行使抵销权；其二，从技术而言，银行账户切实落实内部技术对该账户的管控，如禁止转账、禁止通兑、取现等类冻结措施；其三，从结果而言，账户内金额可由质权人支取至低于设定的担保比例的，即视为不受管控；

（二）按揭保证金质押权的对抗要件

按揭保证金质权符合书面质押合同、债权特定化、出质账户管控三要件，即可在对抗出质人的限度内成立，但其仍未完成物权化，须对其权利外观进行公示以使交易主体产生信赖利益，同时进行有效登记以形成物权化，产生对世的对抗效力。

具体而言，其一，按揭保证金质权之对抗效力以权利外观的完备为前提。在开立专用账户的同时，保证金账户必须有不同于普通账户的权利外观，集中体现于账户命名方式。笔者建议以“出质人全称+某某商业银行（以体现质权人）+保证金（以体现担保形式）”的格式命名，从而合乎第三人的信赖利益，保障交易的安全可信。

其二，按揭保证金质权之对抗效力起始于登记。当下动产融资统一登记公示系统作为有公信力的、

开放透明的信息平台，即可为无凭证之权利的质押登记之用。《民法典》对“没有权利凭证的，质权自办理出质登记时设立”，但笔者认为按揭保证金质权以成立三要件有限度的设立，但完成公示登记，不仅使得质权人获得对抗效力，也获得基于登记时点的优先受偿顺位。有鉴于此，笔者提议可在动产融资统一登记公示系统增设保证金质押模块用以登记。

## 五、总结

在商事或司法实务中，基于按揭保证金质权成立三要件与对抗效力两要件之完备，现各权利之无序状态将归于有序；各商事或司法主体因权利外观的信赖利益，将被引导至登记平台查询得质权状态而为有序的商业或执法行为；商业银行因质权登记的不可篡改性，其基于账户控制权而为恶意变更权利外观的能力亦受限制。

完备的保证金质权在破产程序中具备相当的对抗效力，不构成流质条款而失效，不因所谓无偿转让而撤销，不因未到期而可为解除，无事先约定不得为提前代偿，依质权实现而为的个别清偿不得撤销，但保证金质权之别除权之对抗效力和范围须视情况分析。破产管理人在处置保证金质权时，应基于充分的尽职调查，审慎平衡债务人、质权人及各债权人相互之间的权利。

# 苏格拉底之死 与律师的行为节操

文 | 沈田丰

苏格拉底是希腊哲学的代表性人物。公元前5世纪至公元前4世纪40年代马其顿统一希腊以前的一百多年里，希腊古文明的代表——城邦制从繁荣走向衰落。而此时的希腊哲学因为有苏格拉底、柏拉图、亚里士多德这三位有师承关系的哲学家的思想光辉影响，发展到了鼎盛时期。苏格拉底作为希腊哲学家，把人类带上了理性主义的道路。

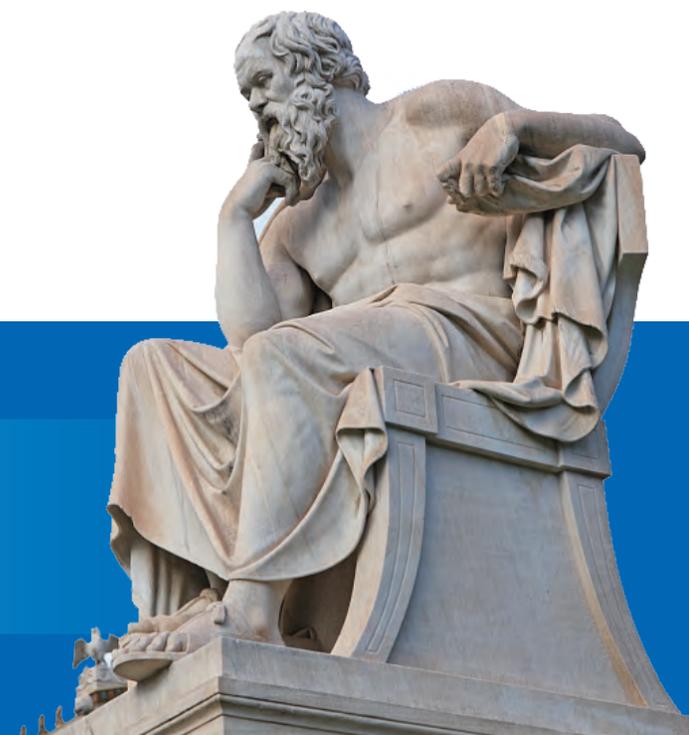
对于法律职业人来讲，谈到苏格拉底就无法离开苏格拉底之死这一历史公案。

苏格拉底的思想是城邦民主制的产物，而他却也是在城邦民主制

度下被投票公决处死。苏格拉底被起诉的罪名主要有两条，一条是教唆年轻人反对他们的长辈，一条是引进新神灵，不信城邦的守护神。这两条都是向传统观念和习俗挑战。苏格拉底认为尊重长辈但不能盲从，判断是非对错，首先要遵从真理。苏格拉底还认为，每当他需要决断时，心灵中总有一个守护神告诉他应该怎么做，也就是他只相信自己的守护神而不是城邦的守护神。

希腊城邦民主制的一个原则就是每一个公民都有参加政治生活的权利与义务。在城邦民主制下每个人都凭着话语的力量参加并影响政

治决策，在这种前提下，公民大会的政治生活便失去了它的合理性，完全可能变成了诡辩的市场。苏格拉底认为管理城邦需要专门的知识，如同鞋匠必须懂得做鞋的知识一样。如果让不懂得治国的民众决定城邦大事，那是不可能治理好城邦的。从这个角度看，苏格拉底是主张专家治国论的。这种情况下，苏格拉底与城邦之间的冲突是专家治国论与城邦民主制之间的原则冲突，不可调和的结果是对苏格拉底的公众审判。现在看来，城邦民主制是原始的民主制，虽然具有一定的合理性，但在当时处于过时中。而苏格拉底看到了它的缺陷，但苏



格拉底观点的合理性却是在经历千年后的近代才成为现实的。所以在那个时代，苏格拉底只有死。这也注定了苏格拉底之死是人类历史上的一个悲剧。城邦出于维护城邦利益要判处苏格拉底死刑，苏格拉底也是为了城邦利益坚持自己的原则而以身殉道。

我们来看苏格拉底是如何死的？

审判苏格拉底的不是职业的法官，而是由公民抽签出任的五百人陪审团。在古代雅典，接受庭审的人通常会让孩子和妻子来到现场，用眼泪来感化陪审员们的心，但苏格拉底不愿遵循这样的惯例。他选择了自我辩护，还拒绝宣读当时最负盛名的雄辩家利西阿斯为他撰写的辩护词。苏格拉底不愿意用技巧来为自己辩护，他要用知识与德性来与控方辩论。

陪审团的第一轮投票是为苏格拉底定罪，结果由500人组成的陪审团，有280人认为苏格拉底有罪，220人认为苏格拉底无罪，一个非常微弱的多数票判决苏格拉底有罪。按照当时雅典的法律，在这种情况下，苏格拉底只要愿意交付罚金，就可以罚代刑。可是苏格拉底坚称自己无罪，也明确不交罚金。苏格拉底的傲慢态度激怒了陪审团，在第二轮的投票中，陪审团以

360票同意，140票反对的压倒性多数，判处苏格拉底死刑。

此时雅典朝拜神庙的船只尚未回返，按照惯例，这个时期内不能执行死刑。苏格拉底的学生们买通了看守，准备了船只让苏格拉底逃离雅典。但是，苏格拉底拒绝了。他说尽管陪审团的判决是错误的，但是作为遵纪守法的公民却没有理由不服从它。最后苏格拉底用自己的生命来证明对方观点的错误，用自己的死来唤醒雅典人。

在这个问题上，苏格拉底用生命尽显了一个哲人典范，也令我们法律人反思我们应有的节操。

遵守程序。尽管苏格拉底认为那些控告他的人是错误的，但他没有逃避，而是在既有的程序下，用自己认为正确的知识与方法进行辩论。虽然高傲，但不逾矩。

不崇尚技巧取胜。苏格拉底是当时雅典最有名的智者和辩论家。如果他只是想以赢得诉讼为目的，他完全可以运用娴熟的技巧和情绪感化，来轻松击败对手。但是，苏格拉底却是用自己认为正确的方法，去对抗民主的暴政。

不钻空子。苏格拉底在第一轮投票判决其有罪后，如果苟且偷生，完全可以选择以罚代刑，但，苏格拉底不愿意钻这个法律上的空子，反而以严厉的态度斥责陪

审团判决的错误。苏格拉底的这种坚持原则的态度，导致了他在第二轮投票中被以压倒性的投票判处死刑。

尊重并从容地接受判决。苏格拉底虽然认为陪审团愚蠢，判决错误；苏格拉底虽然认为，雅典的这种原始民主存在巨大的缺陷，并指出雅典民主会导致的暴政结果，但当这种民主的暴政判决被作出后，苏格拉底却选择了尊重判决，并拒绝违法的脱逃，以自己的生命来证明自己观点的正确，以及告诉雅典人民以及世人绝对民主的错误。苏格拉底对劝他逃亡的学生讲，“我一生都致力于城邦的法律维护，如果现在选择违背法律的方式逃亡，岂不是对自己一生的嘲弄？”苏格拉底表示，既然生活在这个城邦，就不可以不服从城邦的法律。无条件地服从法律，是他的哲学，在任何情况下他都不愿违反法律，即便判决有失公正，也必须尊重判决，服从法律的绝对权威。最终，苏格拉底平静地饮下毒董汁谢世。

从故事的结局，我们看到了苏格拉底悲剧式英雄的伟大。苏格拉底之死的案件，让律师们学到，在处理法律争议与冲突时，应该遵守的行为准则与节操，让律师们脱离世俗的偏见，从而成为一个受人尊重的群体。



## 刑辩律师需要纠正的两个错误观念

文 | 顾炳鑫 浙江泽大律师事务所

在中国刑事辩护领域，一些具有很高威望的刑辩律师通过文章、会议、培训和讲座等形式传播刑辩理念，为刑事辩护事业做出了重要贡献。但与此同时，一些错误的观念也随之广泛传播，并对广大刑辩律师群体造成了根深蒂固的影响。如果这些错误观念得不到纠正，刑辩律师将很难切实维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会公平和正义。

### 错误观念之一：

#### 刑辩律师不用积极提交线索、材料和证据

很多律师认为，刑事诉讼的举

证责任在控方，因此刑辩律师只有反驳的责任，没有举证的义务。换言之，他们认为刑辩律师作为辩护方，只要反驳控方的指控，提出控方指控的事实不能排除合理怀疑就足够了，不用积极提交线索、材料和证据。该观念形成的法律基础主要源于《刑事诉讼法》第51条，“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担，自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担”。笔者从以下四个层面论述这种观念的错误。

#### 一、理论层面

首先，这不是一个证明有与证明无之间的哲学思辨问题。很多人认为，从哲

学角度，证明“无”是无法实现的，即不需要证据证明事物的不存在或者事情的没有发生。但是，辩护律师提交证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的线索、材料和证据，并不是哲学上证明“无”的问题，而是证明控方指控的事实不成立、辩方主张的事实成立的一个现实问题。让我们倾听一下皮尔斯（Charles Peirce, 1839-1914，美国哲学家、自然科学家、实用主义创始人）的肺腑之言：“别用哲学外衣来否定真心认为的事实”。

其次，举证责任的概念不能与辩方的提证责任相混淆。举证责任是案件审理到最后，事实仍然真伪

不明时由哪一方来承担败诉风险的责任，它是一个结果性的静态概念。而辩方的提证责任，是辩方在诉讼的不同阶段提出证据证明所主张或所反驳的事实使法庭相信该事实存在的责任，它是一个程序性的动态概念。导致两者相混淆的原因是我国没有提证责任的称谓，而只有举证责任的提法。中国刑事诉讼中证明责任的分配受到英美法系的影响，“举证责任”的提法实际上对应的是英美法系的“说服责任”，指的是在整个刑事诉讼过程中提出证据证明主张事实之各要素并使事实的裁判者相信该事实存在的责任。举证责任或者说服责任在控方，当然是对的，但不能因此而否定了辩方的提证责任。

再次，证据的学理分类有本证和反证之分，刑事诉讼中，辩方提交的反驳控方主张的线索、材料和证据通常被称为反证。关于划分本证与反证的标准，主要有四种观点。第一种观点是“提出说”，即刑事诉讼中，指控方提出的证据是本证，辩护方提供的证据就是反证。第二种观点是“有利说”，即有利于指控主张的事实的证据是本证，有利于辩护方主张的事实是反证。第三种观点是“责任说”，即能证明有证明责任一方主张的事实的证据就是本证，能证明该事实不存在的证据就是反证。第四种观点是“相对说”，即指控方的本证就是辩方的反证，辩方的本证就是控方的反证。上述四种观点其实大同小异，均能说明辩方证据在证据学的学理分类

中具有重要分量。

## 二、实在法层面

提交线索、材料和证据，是刑法赋予刑辩律师的职责，有着充分的实在法依据。《刑事诉讼法》第37条规定，辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。《刑事诉讼法》第42条规定，辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据，应当及时告知公安机关、人民检察院。《刑事诉讼法》第43条第1款规定，辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。《刑事诉讼法》第58条第2款规定，当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的，应当提供相关线索和材料。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第238条第2项规定，（辩护人）可以提出证据，申请通知新的证人到庭、调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验。以上所做的不完全列举均为刑辩律师提交线索、材料和证据的实在法依据。

## 三、司法实践层面

实际上，在刑事诉讼活动的各

个阶段，刑辩律师都可以与司法机关进行充分的互动，以维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。其中，刑辩律师在审查逮捕和审查起诉阶段所提出的犯罪嫌疑人不构成犯罪、无社会危险性、不适合羁押或者侦查活动有违法犯罪情节等书面意见对案件的发展方向和当事人的权益保护尤为重要。而支持、证明该书面意见所主张的事实和内容，必然要求刑辩律师提交相关线索、材料和证据，这几乎是不证自明的道理。没有相关线索、材料和证据支撑的书面意见，犹如没有根基的海市蜃楼，严重缺乏说服力，自然也不能引起司法机关的重视，难以起到实质性的辩护效果。

现以笔者办理的方某某盗掘古文化遗址、古墓葬案为例，说明刑辩律师在审查逮捕阶段提交材料的重要性。方某某等四人因涉嫌在全国重点文物保护单位良渚遗址实施挖洞盗墓行为被公安机关刑事拘留，笔者在会见方某某时了解到，其不清楚自己参与的两次盗墓行动的具体地点，只知道在水库边上。笔者马上在地图上锁定该水库的具体方位，并根据在政府官方网站检索到的《良渚遗址保护总体规划（2008—2025）》及《浙江省人民政府关于全国重点文物保护单位良渚遗址保护总体规划的批复》两份文件精准画出良渚遗址保护范围。经过比对，笔者发现水库正好位于良渚遗址保护范围之外不远处。基于这个重要发现，笔者随即向检察机关递交不予批捕的书面意见，同时递交了

《良渚遗址保护总体规划（2008—2025）》和《浙江省人民政府关于全国重点文物保护单位良渚遗址保护总体规划的批复》的书面材料。检察机关研究了上述材料之后，决定对方某某不予批捕。最终，法院对方某某判处有期徒刑三年，缓刑四年，而对同案其他被告人判处有期徒刑八年至十三年不等的刑期。

## 四、“反面教材”层面

个别律师因违法取证而被行业处分、行政处罚甚至追究刑事责任的现象时有发生，这些“反面教材”在一定程度上给其他依法履行职责的刑辩律师造成了消极影响。必须强调的是，笔者所倡导的刑辩律师积极提交线索、材料和证据，与个别律师违法取证之间有着本质区别。笔者认为，法律规定的取证禁忌，刑辩律师坚决不能碰，比如：《刑事诉讼法》第43条第2款规定，辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。再比如，《刑事诉讼法》第44条第1款规定，辩护人或者其他任何人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。应当指出的是，那些违法取证的案例与法律划定的红线应当作为刑辩律师取证、举证过程中的警绳，融入律师的专业技能和职业操守中，刑辩律师不能因此而怠于行使刑辩律师的提证责任，甚至在依法履行辩护人职责

时瞻前顾后，犹豫不决。

## 错误观念之二：

### 刑辩律师在罪名辩护上全然做无罪辩护，不给轻罪留余地，自诩不当“第二公诉人”

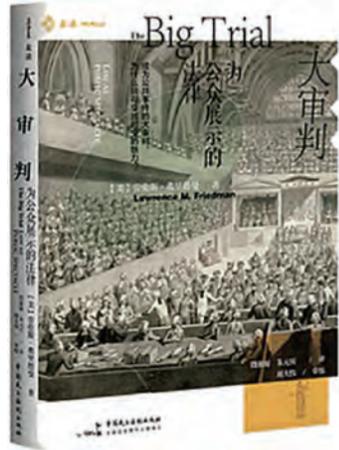
刑辩律师是一个充满正义感和责任心的群体，以维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益为己任，而法律在控辩双方的职能分配上使得刑辩律师与公诉人存在一定的对立关系，因此“第二公诉人”这个称谓从诞生之日起就天然地受到刑辩律师群体的抵制和排斥。在具体办理案件过程中，做无罪辩护或是做罪轻辩护，需要刑辩律师做出重大战略决策。

刑法中，罪名之间有的存在交叉、竞合关系，有的存在对立、互斥关系，前者实际上是此罪与彼罪的关系，而后者是罪与非罪的关系。因此，大量的案件可能不构成A罪而构成B罪，在这种情况下，刑辩律师就不能一味地做无罪辩护。如果刑辩律师发现被告人不构成A轻罪，而构成B重罪，进而提出构成B重罪的辩护意见，那显然违背辩护人职责，成了真正的“第二公诉人”，应当受到强烈谴责。但是，许多刑辩律师出于对“第二公诉人”称谓的排斥，在事实和证据均明显表明不构成A重罪而构成B轻罪时，坚持做A重罪无罪辩护，否认成立B轻罪，最终导致错失争取B轻罪甚至争取缓刑的机会，使得当事人被重判，无法实现有效辩护。

在刑法学家眼里，不给轻罪留余地的无罪辩护观念是缺乏体系性思考的表现。周光权教授为批评这种观念，举了一个真实案例：针对到某公司实习的研究生甲在为公司购买一批芯片时夸大支出17万元的行为，检察机关一开始指控甲构成职务侵占罪，辩护人否定指控，坚持认为职务侵占罪的主体必须是公司正式员工，而甲不符合这一主体条件，应当宣告无罪。因为律师坚持做无罪辩护，后来控方转换罪名以诈骗罪对甲提起公诉，法院以诈骗罪进行判决。在这里，被告人甲属于以诈骗方式实施职务侵占行为，如果律师明白犯罪之间是交叉和竞合关系，而不是排斥关系，可能就不会坚持做无罪辩护，会接受控方提出的罪名，而做出相应的罪轻辩护。周光权教授强调，“法律人必须有整体性、全局性的知识，哪怕有时你可能仅仅使用片段性的知识，也要有整体性知识，懂得前后关照”。

综上，笔者从理论层面、实在法层面、司法实践层面和“反面教材”层面论证了“刑辩律师不用积极提交线索、材料和证据”观念的错误；从刑法罪名之间的关系、刑法学体系性思考的角度，分析了“刑辩律师在罪名辩护上全然做无罪辩护，不给轻罪留余地”是错误的观念。笔者希望通过本文的论证，刑辩律师界能形成共识，共同纠正上述两个错误观念，更好地履行职责，使得中国的刑辩事业提升到一个更高的层次。

## 《大审判：为公众展示的法律》



作者：[美]劳伦斯·弗里德曼  
(Lawrence M. Friedman)  
出版社：中国民主法制出版社  
出版时间：2020年7月

### ■ 内容简介

什么样的案件会激起人们强烈的兴趣？它如何运行？又有什么意义？这些审判事件吸引公众关注的核心要素是什么？我们可以从中学到什么？这些都是弗里德曼在《大审判》中所探究的问题。本书对美国历史上“头条审判”的社会功能提供了一次全面完整的分析，并对不同类型的热门审判做了区分。在弗里德曼看来，大审判一直具有两种不同的社会功能，一是道德教育，二是大众娱乐。尽管案名或罪名在不断变化，永恒不变的是审判的公众本质、对媒体的依赖，以及在道德上的教育。

### ■ 作者简介

劳伦斯·弗里德曼(Lawrence M. Friedman)，美国著名法学家，法史学泰斗，斯坦福大学法学院教授，曾任美国法律史学会会长、法律与社会学会会长，代表作有《二十世纪美国法律史》《美国法律史》。

### ■ 目录节选

- 第一章 法律及其观众
- 第二章 向公众公开：头条审判
- 第三章 政治审判
- 第四章 腐败和欺诈
- 第五章 正义伸张了吗？
- 第六章 花边小报式审判
- 第七章 名人审判
- 第八章 身份之谜
- 第九章 金玉其外
- 第十章 为什么会这样？
- 第十一章 我们是谁？

## 《大国宪制：历史中国的制度构成》



作者：苏力  
出版社：北京大学出版社  
出版时间：2018年1月

### ■ 内容简介

中国古代宪制作为人类历史持久存在的制度经验，有其自己的逻辑和合理之处。但近年来社科领域特别是法学领域，对于中国自己的制度研究较少。作者从法学、社会学、历史学等多个学科的宏观视角出发，对历史中国的宪制经验进行了总体把握和深度总结，揭示了历史中国千年传承、具有强大活力的原因，并力图阐释中国在制度文明上独有的贡献。本研究从历史中国所面临的至关重要的核心政治问题出发，逐一阐释了“齐家”“治国”“平天下”等构成制度，以及军事制度、官僚体系、经济制度等，从而重构了历史中国的制度图景。

### ■ 作者简介

苏力，北京大学法学院教授，祖籍江苏，1955年愚人节出生于安徽合肥。少年（1970年）从军，再当工人；1978年恢复高考后，复员军人进了北大法学院，获学士学位；1985年读研期间，赴美留学，先后获硕士、博士学位。1992年起任教北大法学院至今。先后独立发表论文200余篇，出版个人独著、文集和译著20余种。

### ■ 目录节选

- 引论：中国的宪制难题
- 国家的构成/宪制难题
- 小农与大国
- 齐家，治国与平天下
- 但，为何宪制？
- 本书概要
- 附录：具体的宪制问题与特定的宪制回应
- 第一章：宗法封建变迁中的宪制问题
- 为什么宗法制？
- 从“兄终弟及”到“嫡长继承”
- 但必须有精英辅佐——官僚制！
- 还得分、封、建！
- 作为制度也作为意识形态的周礼

## 数字

90

联合国人权理事会第47届会议于6月21日至7月15日在瑞士日内瓦举行。22日，加拿大代表一些西方国家在会上借涉疆、涉港、涉藏等问题攻击指责中方。与此同时，白俄罗斯代表65国作共同发言支持中方立场，反对以人权为借口干涉中国内政；海湾合作委员会6个成员国集体致函支持中方立场；还有20多个国家准备以单独发言的方式支持中国。中国外交部发言人22日表示，是非有众议，公道在人心。90多个国家在人权理事会发出正义的呼声，反映了国际社会人心向背，戳穿了少数西方国家借人权问题干涉别国内政的虚伪面具，他们借涉疆、涉港、涉藏等问题抹黑中国的企图再次以失败告终。

据法新社22日报道，加拿大联合美国、英国、日本等西方国家的联合声明已经酝酿了几天，22日发表的该声明称“对新疆的人权状况表示严重关切”，要求中国必须允许联合国人权事务高级专员巴切莱特和其他独立观察员“立即、有意义和不受限制地进入”新疆。报道称，在加拿大之前，中国联合其他国家发表一份声明，呼吁对上月在加拿大一所寄宿学校发现200多名土著儿童遗骸的事件进行独立调查。

中国外交部发言人22日表示，涉疆、涉港、涉藏等根本不是人权问题，

中方多次阐明严正立场，详细介绍事实和真相，但就是叫不醒那些装睡的人。少数西方国家热衷于编造炒作涉华谣言，打着人权的旗号干涉中国内政，目的是打压遏制中国，阻碍中国发展进程，注定是徒劳的。

(来源：环球时报)

## 3.25%

6月21日，市场利率定价自律机制（以下简称“利率自律机制”）优化了存款利率自律上限的确定方式，将原由存款基准利率一定倍数形成的存款利率自律上限，改为在存款基准利率基础上加上一定基点确定。

这意味着，调整之前，是“基准利率×倍数”，调整之后，则是“基准利率+基点”，同时不同类型的银行又设置了不同的上限加点数。

6月21日是存款利率定价改革的首日，四大行定存利率均出现调整。一年期及以上的存款利率普遍下调，半年及以内的短期利率则有小幅上升。调整后，定存利率最高3.25%，大额存单利率最高3.35%。

有人将此次存款利率上限确定方式的变化解读为变相降息。但光大证券研究所金融业首席分析师王一峰在研报中则指出，该政策应更多属于机制的理顺，属于“小步慢走”的渐进式改革方式，会对部分负债业务定价形成影响，但主要银行存款利率水平大体稳定，不宜做出将其视为“降息”的过度解读。

(来源：新华网)

## 视野

## 《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)》发布

6月23日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)》（以下简称《意见二》）正式对外公布。据最高法刑三庭副庭长李睿懿介绍，当前，电信网络诈骗犯罪发案仍居高位，在一些大中城市，此类案件发案量在刑事案件中的占比甚至达到50%。仅去年，全国电信网络诈骗案件涉及财产损失即达353.7亿元。

记者注意到，《意见二》共十七条，主要针对司法实践中存在的新的突出问题，如电信网络诈骗犯罪案件及关联犯罪案件的管辖、跨境电信网络诈骗犯罪案件的取证、涉手机卡、信用卡即所谓“两卡”犯罪案件的处理、办理电信网络诈骗犯罪案件的政策适用等问题进行了规定。

李睿懿表示，《意见二》在《意见一》的基础上，对于电信网络诈骗犯罪以及涉手机卡、信用卡犯罪等关联犯罪，提出更加明确具体的适用法律依据，对于政法机关更加有力、准确、及时、有效地打击电信网络诈骗犯罪及其关联犯罪，必将发挥重要的作用。

(来源：光明网)

## 五部门印发《意见》明确全面推行企业新型学徒制

为加强新时代技能人才培养，人社部、财政部、国资委、全国总工会、全国工商联近日共同印发《关于全面推行中国特色企业新型学徒制加强技能人才培养的指导意见》，明确学徒培养目标以符合企业岗位需求的中级工、高级工及技师、高级技师为主，培养期限为1~2年，学徒每人每年的补贴标准原则上为5000元以上。

《意见》明确，中国特色企业新型学徒制以至少签订1年以上劳动合同的技能岗位新招用和转岗等人员为主要培养对象，发挥企业培养主体作用，推行培养和评价“双结合”，企业实训基地和院校培训基地“双基地”，企业导师和院校导师“双导师”培养模式。

“各类企业可采用举办培训班、集训班等形式，采取弹性学制和学分制等管理手段，按照‘一班一方案’开展学徒培训。”人社部有关负责人介绍，要根据产业转型升级和高质量发展要求，依据国家职业技能标准和行业、企业培训评价规范开展相应职业培训。

《意见》指出，要完善经费补贴政策，对开展学徒培训的企业按规定给予职业培训补贴，补贴资金从职业技能提升行动专账资金或就业补助资金列支。

(来源：工人日报)

## 热词

## 高考志愿填报

据教育部网站6月23日消息，教育部部署进一步做好考生志愿填报服务工作，强调各地要联合网信、公安、市场监管等部门，加强对社会培训机构或个人开展志愿填报咨询活动的监管，对于存在夸大宣传、虚假宣传、收取高价咨询费用、违规开展培训服务的中介机构、网站、APP等依法依规严肃查处，切实保障广大考生权益。

同时，坚持正确教育评价导向，进一步规范高考成绩发布和相关宣传工作，严禁相关媒体、培训机构、中学、个人炒作“高考状元”“高考升学率”“高分考生”“复读生”等信息。

消息指出，2021年高考志愿填报工作即将启动。为深入贯彻落实党史学习教育“我为群众办实事”实践活动要求，进一步规范做好高考志愿填报工作，日前，教育部部署各地各高校进一步做好考生志愿填报服务工作。

(来源：中国新闻网)

## 新冠疫苗产品清单

6月22日，商务部、工业和信息化部、卫生健康委、药监局发布《可供对外出口的新型冠状病毒疫苗产品清单》公告。

公告称，为做好新型冠状病毒疫苗出口工作，支持国际抗疫合作，现将经国家药品监督管理局批准或附条件批准上市注册申请的新型冠状病毒疫苗产品列入“可供对外出口的新型冠状病毒

疫苗产品清单（中国企业研发生产）”。同时，清单将根据国家药品监督管理局审批上市情况适时动态调整。

目前，可供对外出口的新型冠状病毒疫苗产品清单中，包括4家上市许可持有人，即北京生物制品研究所有限责任公司、北京科兴中维生物技术有限公司、康希诺生物股份公司、武汉生物制品研究所有限责任公司。

(来源：央广网)

## 整理收纳师

今年1月人社部公布了一批新增的职业工种，家政整理收纳师就是其中之一，属于家政服务下设的新工种。有数据显示，该职业超四成从业者年收入超过十万元，收纳整理师与普通家政服务人员有何区别？为何有越来越多本科以上学历从业人员选择这个新行业？

整理收纳师也称衣橱整理师，是通过对客户色彩风格、收纳需求的了解，进而针对性地为客户上门整理衣橱的专业性指导顾问。目前，这个行业在国内刚刚兴起，外界常把这个行业简单定义为“高级家政”。陕西西安某整理收纳从业人员告诉记者，这一理解并不准确，“收纳整理其实并不是字面意思，只是去给客户把全部东西拉出来，整理完再塞回去，一定不是这样的。我们会结合客户家当中每一个人的使用习惯，还有他家现有的空间格局是不是合理，从空间入手，来解决他们家人、空间、物品三者之间的关系。从而让他家井井有条，形成良性循环的生活方式。”

(来源：央广网)