



总第 80 期

80

2019 年 | 第 3 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线 专业见解

## 法治化营商环境建设 律师当堪此大任

关于营商环境法治化的思考

人大监督与检察公益诉讼之罗湖实践

从一起专利无效案看制图规范对技术信息的隐含披露

当才华撑不起野心时，焦虑有何用？

“1+1”中国法律援助志愿者行动

# 深圳律师 8 年志愿服务 薪火相传

“1+1”中国法律援助志愿者行动开展后，深圳自2012年参加此项法律援助公益活动至2019年，共有19位志愿律师（共41人次）参加，他们分赴：山西、广西、云南、海南、甘肃、新疆、宁夏、西藏、贵州、青海等地，足迹遍及全国32个中西部偏远贫困地区，在服务支援地积极开展法律援助、提供法律咨询、举办法律讲座、调解群体事件、化解社会矛盾、宣传普法等工作，以饱满的热情播撒法治的种子，展现了深圳律师恪守职责、担当责任的执业精神。

今年7月，我市贵铸、严世勇、陈海航、林志灿、王鸣剑5位律师将分赴海南、广西、西藏3省（自治区）5县（区）开展“1+1”法律援助志愿者工作，其中贵铸律师连续7年参加此项法援公益活动，今年他是第8次参与；严世勇律师第7次参与……他们用行动传承无私奉献的法援精神，把法治的种子带到草原高山。

历年来参加“1+1”中国法律援助  
志愿者行动的深圳律师



## 法治化营商环境建设 律师当堪此大任

◎曾远  
深圳市律师协会副会长

“法治是最好的营商环境。”习近平总书记在主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议时的讲话，深刻阐明了法治和营商环境的关系。律师作为一线的法律工作者，最能感知到法律的宽度、严度和温度，最能客观地评价法律，在法治化营商环境的建设中能发挥其他职能部门不可取代的作用。

律师时时在运用法律，通过运用法律维护营商主体的合法权益。有别于其他城市，深圳的经济结构以民企为主。在深圳，即使企业没有聘请常年法律顾问，企业主们也会有几位律师朋友。遇到疑惑先咨询律师，已经成为一种行为习惯。企业的对外投资、公司内部治理、股权设计、知识产权、税务筹划、刑事法律风险防范、人力资源等等，都离不开法律的指引，都少不了律师的专业服务。李嘉诚先生曾说：“没有律师的意见，我都不敢在合同上签字，离开律师，我什么都做不了。”在深圳，重大合同先由律师审查，根据律师的意见调整完善后才签合同已经是一种常态。

律师时时在监督执法，促进职能部门依法行政。律师通过一宗宗的个案，以点连线再扩展到面，对所有行政执法案件的执法程序、文书制作、证据材料、法律适用等进行审查，对日常执法工作提出意见，及时指正存在的问题或错误，以此提高执法效率，化解执法冲突和社会矛盾，防止违规执法，保护营商主体的合法权益，为营商环境建设提供有利保障。深圳很多执法职能部门，如城管、交通、土地监察等，都主动聘请律师团队为其提供法律服务，主动接受律师的法律意见，也为律师推动营商环境建设提供了良机。

律师时时关注立法，并及时提出修法建议。“法律”既是律师赖以生存与发展的基础，更是每一位律师的“信仰”。不可回避的是，现实中仍存在相关法律不完善、下位法与上位法相冲突、同级法律法规相互矛盾的现象。而深圳律师具备相应的法律人才资源、法律专业资源和案例资源，同时具备改革创新、与社会各行业紧密对接以及推广优势，能够促进立法工作更加贴近社会需求。每一次的人民代表大会，都能看到律师界人大代表们提出的高质量立法、修法建议，而这些建议背后，都有我们律师同仁的鼎力支持。去年在人大闭会期间，有律师向协会反映，某一部门的规范性文件限制了行业的公平竞争，在协会及律师界人大代表的努力下，促使该职能部门作了修改。

“长安何处在？只在马蹄下”。律师作为法治的重要力量，完全可以通过参与市场竞争的主体们提供法律服务，监督执法推动立法，展示个人价值的同时同步实现社会价值，以此铸就我们这个神圣职业的辉煌。心有多大，我们的舞台就有多大，期待我们深圳律师在法治化营商环境建设中有更大的作为更精彩的表现。



粤内登字 B11277 号



出版日期 2019 年 7 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 法治化营商环境建设，律师当堪此大任

## 说法 | VERSIONS ..... P4-7

04 对“视觉中国”式维权的思考 / 车小燕

06 中介公司对房屋购买人资格是否有实质审查义务 / 刘泽华

## 热点 | HOTSPOT ..... P8-22

08 关于营商环境法治化的思考 / 王浩

13 营商环境优化中的法律风险防控 / 陈一天

16 关于政府法律顾问服务采购的几点问题 / 刘南筠

20 民营企业如何设计并实施争议解决方案 / 陈群

22 忘记创新，回归本位 —— 重塑企业法律顾问服务思维 / 吴小波



## 论道 | DISCOVERY ..... P24-30

24 论共享单车企业破产程序中消费者押金的性质及受偿顺位 / 胡聪

28 浅析私募登记相关法律问题 / 任果

## 实务 | PRACTICE ..... P31-37

31 人大监督与检察公益诉讼之罗湖实践 / 闵齐双 王佳斌

34 民办教育机构法律尽职调查要点及分析 / 肖燕

## 拍案 | CASE AND EXAMPLES ..... P38-40

38 从一起专利无效案看制图规范对技术信息的隐含披露 / 孙大勇

## 生活 | LIFE ..... P41-45

41 当才华撑不起野心时，焦虑有何用？ / 连婕

44 拿什么拯救你，我们的遗传资源？ / 张帆

## 律协动态 | INFORMATION ..... P46-48



## 对“视觉中国”式维权的思考

○车小燕 上海市锦天城（深圳）律师事务所

自从具有划时代意义的“黑洞”照片现世后，视觉中国因给“黑洞”照片打上水印主张版权而被快速地推上了风口浪尖，舆论发酵之后，网友纷纷举报视觉中国网站上出现大量关于国旗、国徽等照片，多家企业也纷纷质问为何自家Logo的图片也被纳入了视觉中国的图片库中，至此，在自媒体界已经存在已久的“视觉中国”式维权正式进入了大众讨论的范畴。笔者曾代理大量的

图片案件，现结合从业经验发表个人观点，以期和同行们交流探讨。

根据在中国裁判文书网上的查询结果，仅视觉中国旗下的汉华易美和华盖创意两家公司在2017-2018年的涉诉裁判文书就达4728件之多，即每天有将近6.5件，且超过八成的案件中，两家公司是作为原告提起诉讼的，案由以著作权权属、侵权纠纷和侵害作品信息网络传播权纠纷为主，此外还有更多案件以和解告终。

视觉中国维权本无可厚非，但其维权方式的合理性及正当性有待商榷，此次事件中视觉中国被广泛声讨主要集中在几点：一是出现滥用水印将他人作品或公开版权的作品据为己有后牟利的情况；二是放水养鱼，发现侵权行为后不立刻主张权利，而是等侵权人扩大对图片的使用范围之后再提起诉讼进行索赔，甚至故意将图片去除水印后上传至网络平台，使自媒体或者网站编辑欲使用时，无从联系权利人，等使用的图片累计到一定数量后，再发起诉讼维权；三是通过诉讼维权要求被诉者接受远高于市场价格的年度合同。

此后，国家版权局发布公告要求，各图片公司要健全版权管理机制，规范版权运营，合法合理维权，不得滥用权利。国家版权局将把图片版权保护纳入即将开展的“剑网2019”专项行动，进一步规范图片市场版权秩序。

值得我们思考的是，当版权保护成为共识，什么样的图片才能收费？著作权是否成立？商业模式是否经得起推敲？维权方式是否具备合理性与正当性？这些问题的解决

与提倡版权付费一样重要，是维护版权市场健康发展的重要组成部分。

关于图片的权属认定，在最高人民法院4月22日召开的知识产权宣传周活动新闻发布会上，针对视觉中国事件，民三庭的副院长林广海表示，应当严格审查照片作品的权利归属证据，不能仅以水印当作照片作者的署名来认定权利归属，防止片面性和简单化。除此之外，笔者建议，对于第三方摄影师拍摄的照片，应当由图片公司提供合同或属于职务作品的证据，以证明图片公司合法享有涉案图片的著作权，从而有效排除将他人作品据为己有的可能性。

对于照片作品侵权判赔金额问题，在整体提高知识产权侵权判赔金额的基础上，也应当考虑照片作品的特性，判赔金额应当以市场价值为基础，且应当由图片公司提供相应的证据以证明作品的价值。同时对于提起大量商业维权诉讼的图片公司，还应当综合考虑其是否具有以下情况：

1. 图片公司的维权目的是否具有不正当性

版权保护制度设立的初衷，不仅在于维护版权人的合法权利，还

在于促进作品的创作和传播。图片公司通过合法途径取得相关作品的著作权之后进行维权是合法的，但目前的情况是，图片公司已经形成了以商业维权为主要盈利模式的运营模式，通过图片公司所涉系列案的分析不难发现，虽然图片公司进行了大量维权，但是侵权图片的源头一直没有被掐断过。图片的出处大部分来源于百度等搜索引擎，并且很多图片并未注明权利归属，致使潜在使用者没有正常的获得授权的途径和机会。图片公司基于图像大数据与人工智能技术自行研发有“鹰眼”等图片版权网络追踪系统，能够追踪到公司所拥有图片在网络上的使用情况，因此图片公司必然知道侵权图片的源头，但是在实际维权过程中，图片公司只对所谓的“肥户”提起诉讼进行维权，对于侵权图片的源头却未做任何表示，以致更多公司或企业可能陷入侵权之途。在经过如此多的维权案件之后还是如此，就不能排除侵权图片的源头是图片公司在故意传播，或者说故意纵容他人传播、放任他人使用的可能性。

2. 图片公司是否具有不诚信诉

讼行为

版权方通过法律手段维护自身的合法权益无可厚非，但是图片公司应当提供完整的能够证明其合法享有版权的证据链，否则将无法排除将他人版权据为己有并主张权利的可能性。这样的行为不仅会对版权市场造成恶劣影响，损害实际版权人的利益，也会造成司法资源的极大浪费。因此，若图片公司存在将他人的版权据为己有并以此牟利的情况，除了驳回其诉讼请求外，是否应当对其进行一定的处罚并登记在案？

对于具备上述两种情形的图片公司，正如广东高院知识产权庭张学军副院长一篇文章所探讨的一样，如果法院创新一种制度，设立一个黑名单，对进入黑名单的主体的诉讼采取更加严格的权属证据要求标准，也许能有效地制约不正当、不诚信的维权行为。

作为知识产权的重要组成部分，著作权受我国法律的严格保护，在大力推进知识产权保护的今天，我们更应当积极探索版权保护的合理方式，既要维护版权人依法享有的著作权，也要防止诉权的滥用，从而构建平衡有效的保护机制。

## 中介公司对房屋购买人资格 是否有实质审查义务？

○刘泽华 广东华商（龙岗）律师事务所



2016年9月，甲乙双方买卖双方在深圳某中介公司的撮合下签订《房地产买卖合同》，同时约定，签订《房地产买卖合同》之日即为居间成功之日，买卖双方各按照总房款的1.5%向中介公司支付佣金（居间费）。同日，买方签订了《佣金及必要费用确认书》。合同签订后，因买方不具备购房资格，未能继续履行《房地产买卖合同》，买卖双方自行解除合同，买方同意卖方将9万元的定金予以没收。而后，买方向深圳市某基层人民法院起诉该中介公司，要求中介公司就未能告知其不具有购房资格，承担9万元的损失，中介公司同时反诉买方要求支付佣金及必要费用共计3万元。

买方在起诉状中声称，中介公司已经明确告知买方“个人所得税满三年就可以满足购深圳房产的条件”，并且买方承认“自己有缴纳个人所得税并且很多年。”根据《深圳市人民政府办公厅关于完善住房保障体系促进房地产市场平稳健康发展的意见》（深府办〔2016〕12号）第四条明确规定“能提供自购房之日起计算的前3年及以上在本市连续缴纳个人所得税或社会保险证明

的非本市户籍居民家庭，限购1套住房”。

上述买方自述，可以清晰地知道中介公司已经在订立合同之前，明确告知深圳购房的有关条件，买方也自认为缴纳个人所得税并且很多年。但买方最终不具备在深圳购买普通商品住房的资格，是因为其未能提供连续缴纳个人所得税的有关证明，某些月份的个税缴纳数额为0。

本案经深圳市中级人民法院最终认为，中介公司促成双方当事人签订《房屋买卖合同》，其义务已经履行完毕，对其购房资格应该如实告知，对于买方是否具有购房资格没有实质审查的义务。而买方应当对房屋限购政策有所了解，且“作为完全民事行为能力人，更应审慎签订合同和协议，并对自己的民事行为承担相应法律后果”。故法院支持了中介公司的诉讼请求。

房屋中介作为居间人，根据《合同法》其负有的义务包括提供订立合同的机会、向委托人报告、不得隐瞒与合同订立有关的重要事实和禁止虚假陈述的义务。房屋中介基于合同法、诚信原则以及合同性质，对合同的相关事实具有合理调查的

义务。然而关于中介方在合同订立过程中对买方购房资格的审查义务缺乏法律的明确规定，这也使得裁判者在司法实践中缺乏指引。就买方购房资格的问题而言，从京沪两地的判例来看，呈现出两种截然不同的意见：以北京法院为代表的意见认为，即使合同没有约定，中介公司根据其职业规范也应当承担该义务，在交易过程中，仅仅凭借书面告知买方并收到买方的反馈不足以证明其充分履行了审查义务，还应当实际核实买方的购房资格；以上海法院为代表的司法意见认为，中介公司不负有审查买方购房资格

的义务，只需促成合同成立即可。两种意见虽然都有依据，但都存在不足之处。就前一种意见而言，将房地产中介的内部管理规范引入对外的民事法律关系中，从法理上并不妥当，而且从实践来看，这种观点给居间方施加了过重的审查义务，加重了居间人的负担，不但不利于降低交易成本，也造成了合同当事人之间的不信任。就后一种意见而言，完全免除居间方的审查义务则走向了另一个极端，无论如何，在房地产限购政策在全国遍地开花

的今天，买方购房资格无疑已经成为合同签订的重要事项。尽管购房资格本身不影响合同效力，但从主体的意思表示来看，合同当事人显然不想达成一桩难以实现的交易。

因此，中介公司应当负有向双方当事人报告购房资格的义务，而报告的前提在于对该事项的了解。此外中介公司作为专业的房地产交易机构，对于限购政策内容的了解应强于作为一般人的买卖双方，因此借助其专业知识有助于降低交易成本，提高效率。

综上，笔者认为，房屋中介对买方的购房资格应承担初步审查的义务，但没有实质审查的义务。中介公司要告知购房者购房资格的条件及查询购房资格的途径，要求购房者填写其具有购房资格的声明，必要时可以审查诸如纳税记录等原始资料，但应当以审查买方自行提供的资料为限。在履行了以上义务的基础上，如果因买方提供错误或者虚假声明、信息导致合同嗣后无法达成交易，则居间方不应承担责任。如果中介方不能证明其履行了初步的审查义务，则应当按照具体情形返还全部或部分中介费。

# 关于营商环境法治化的思考

○王浩\* 广东连越律师事务所

《河北省优化营商环境》将营商环境定义为：市场主体在准入、生产经营、退出过程中涉及的有关外部因素和条件，主要包括政务环境、市场环境和法治环境，即企业发展所要面临的全部外部环境。

2003 年至今，世界银行从开办企业、办理施工许可、获得电力、登记财产、获得信贷、保护少数投资者、纳税、跨境贸易、执行合同、办理破产 10 个评估指标角度，每年发布一期《营商环境报告》，对全球 190 个国家或地区进行比较，以体现各国或地区的经济软实力，为投资者作参考。在全球竞争日益激烈的情况下，营商环境建设已经成为各个国家吸引投资发展经济的核心竞争力；在我国，随着经济体制改革的深入，各地政府也越来越认识到营商环境在经济发展中的重要作用。

## 营商环境在我国的发展

我国最初是以招商引资的形式开始营商环境建设的。为吸引外资发展经济，国家颁布了“三资企业法”。分税制后，地方政府为了增加财政收入，以政府文件的形式下达招商引资指标和奖励措施政策。早期的招商引资政策，可以说是我国营商环境建设的雏形。

广东省是最早发现营商环境重大价值的省份之一。于 2012 年 6 月，委托中山大学、广东外语外贸大学开展“坚持社会主义市场经济的改革方向建设法治化国际化营商环境”课题研究。同年 10 月，广东省委办公厅、广东省人民政府办公厅印发《广东省建设法治化国际化营商环境五年行动计划》，率先开始对营商环境的探索、实践。

2013 年 11 月 12 日《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确“建设法治化营商环境”的目标。至此，营商环境建设正式上升到国家建设层面。

从我国在世界银行发布的《营商环境报告》中的历年排名，可以看出我国取得的巨大成就。2014 年我国排名第 96 名，2015 年排名第 90 名，排名逐年攀升，至 2019 年我国处于第 46 位。世界银行全球指标局高

级经理霍丽塔·拉玛霍表示：“中国一直高度致力于改善营商监管，今年中国排名大幅提升，我认为这些都是中国改革开放进程所取得的成就，从而不断让自身监管变得更加友好，让民营企业更加繁荣。”

## 营商环境与法治的关系： 法治是最好的营商环境

通过《营商环境报告》排名比较，我们发现一个有趣的现象：法治化程度高、经济发达的国家，排名基本都高；而法治化程度低、经济发展落后的国家，排名基本都低。从《营商环境报告》排名的高低规律可以看出，营商环境与法治化二者关系的密不可分，法治既是市场经济的内在要求，也是其良性运行的根本保障。

“法治是最好的营商环境”——2019 年 2 月 25 日，习近平总书记主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议深刻阐述这一重要论断，充分阐释了营商环境和法治二者之间的关系，并为今后营商环境建设指明了道路：“只要我们持续加强法治建设，不断促进社会公平正义，就能打造‘最好的营商环境’，为市场主体平等竞争、蓬勃发展厚植土壤，为中国经济迈向高质量发展提供不竭动力。”<sup>①</sup>

## 法治化营商环境建设存在的问题

虽然我国在《营商环境报告》的排名不断上升，但应清醒看到，《营商环境报告》只把上海和北京作为评估我国营商环境的样本城市，而北京和上海营商环境全国排名第一和第二，报告仅以上海和北京作为样本城市，未把其他省份或城市纳入评估因素中，如此并不能客观反映我国营商环境的真实水平。

许多省份或城市虽然文件上写着营造良好的营商环境，但在落实上还存在许多需要改进的地方。我们认为，当前营商环境建设主要存在如下问题：

一是现有地方法规、规章不健全，尚未就营商环境进行地方系统立法。国家层面，营商环境方面的法律不断得到修订和颁布，初步形成了较完善的营商环

\*王浩，广东省律师协会政府法律顾问专委会副主任。本文是笔者以其在 2019 年 4 月 13 日由省律协政府法律顾问专委会和深圳市律协宪法行政专委会联合举办的“法治化营商环境建设中的政府法律顾问”论坛上所做的主题发言为基础整理形成。

① 2019 年 5 月 5 日《人民日报》：法治是最好的营商环境。

境法律体系。但我国区域经济发展不均衡，需要各省根据自身的区域特点制定切合实际的营商环境地方法规或规章。如果仅靠政府文件推动营商环境建设而不上升到地方性法规、规章的高度，则今天这个领导班子上任，按照其思维搞一套政策，明天另一个班子上任，另外换一套新的政策施政，形不成稳定的营商环境制度，不利于投资者的商事经营，不利于经济发展。

**二是政府失信，无法有效推动营商环境建设。**我国营商环境建设，主要靠政府推动。政府文件中制定了许多优惠政策，但是在实施过程中，政府可能基于利益驱动，与民争利，不讲信用或直接成为失信被执行人。政府失信的另一个严重问题是政府本身成为老赖。拒不完全统计，全国有许多地方政府被纳入失信被执行人名单。试想，一旦地方政府成为老赖，还有哪个投资者敢到这个地方投资，这个地方如何营造良好的营商环境？

**三是政府工作计划制定与落实未能主动引入权力机关的表决和监督，重大行政决策缺乏制度化约束。**《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》赋予了地方人大审查和批准本行政区域内的国民经济和社会发展规划、预算及其执行情况的报告，讨论、决定本行政区域内的政治、经济、教育、科学、文化、卫生、环境和资源保护、民政、民族等工作的重大事项等权利。实务中，政府在工作计划的制定上，自弹自唱，尤其是涉及到重大民生事项上，在计划工作实施过程中，缺乏人大监督。

**四是执法人员执法水平低、缺乏国家赔偿意识，责任追究基本缺失，没有建立政府部门及其工作人员破坏营商环境法律责任的体系。**法律制定的再好，也需靠执行。执法水平直接影响营商环境建设，但许多的行政执法人员执法水平低，服务水平低，损害营商环境建设。《国家赔偿法》第16条规定“赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部

赔偿费用。对有故意或者重大过失的责任人员，有关机关应当依法给予处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。”行政机关依法对外赔偿后，极少依照《国家赔偿法》第16条向责任人员追责。责任追究机制的缺失，直接导致执法人员只知晓手中的权力，不清楚违法后的赔偿责任，导致其没有敬畏心态，任意执法现象时有发生。

**五是长期不平等对待民营企业。**多年来，国有企业一直占主导地位，几乎垄断了市场资源。反观民营企业，一直在资源匮乏中求生存。改革开放以来非公有制经济逐渐发展壮大，民营企业对国家的税收贡献超过50%；国内民营企业的国内生产总值、固定资产投资以及对外直接投资均超过60%；高新技术企业占比超过70%；城镇就业超过80%；民营企业对新增就业贡献率达到了90%<sup>②</sup>。但是对民营企业公平、平等保护的司法保护机制尚不完善。民营企业长期未能获得平等对待。

**六是未建立一套行之有效的营商环境指标及考核体系。**多年来，对地方政府的考核，一直用GDP指标。虽然大力推行营商环境建设，但考核指标却不变，未

像世界银行那样建立一套行之有效的营商环境评价指标，无法衡量“放管服”改革、优化营商环境成效，无法检验营商环境是否有所优化、群众办事是否更加便利、发展环境是否改善，无法全面准确反映营商环境的整体情况和存在的问题。

### 构建法治化营商环境的法律思考

**一是制定地方优化营商环境条例，广泛听取企业家意见，科学立法、民主立法。**如前所述，营商环境省级立法更符合国情。越来越多的省份意识到营商环境立法对建设良好的地方营商环境的重要性，纷纷将营商环境立法列入议事日程。目前陕西、黑龙江、辽宁、河北颁布了《优化营商环境条例》，而《广东省深化营商环境综合改革行动方案》明确：“探索开展我省营商环境地方立法工作”。营商环境的好坏，最有发言权的不是政府，而是商事主体及企业家。具体营商环境的改进、设立和废止，企业和企业家最清楚。营商环境立法，应当针对营商环境的痛点、堵点，坚持中国特色和国际规则相互衔接同时兼顾地方实际情况，主动对标国际高标准投资和贸易规则，走入企业

与企业家进行交流沟通，听取他们的意见和建议，形成草案向全社会征求意见，以科学立法、民主立法促进营商环境建设的发展。

**二是建立诚信政府。**国家已经明令禁止地方政府不诚信行为。《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》明确提出建设“诚信政府”的要求，并规定“大力推进法治政府和政务诚信建设，地方各级政府及有关部门要严格兑现向社会及行政相对人依法作出的政策承诺，认真履行在招商引资、政府与社会资本合作等活动中与投资主体依法签订的各类合同，不得以政府换届、领导人员更替等理由违约毁约，因违约毁约侵犯合法权益的，要承担法律和经济责任。因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要改变政府承诺和合同约定的，要严格依照法定权限和程序进行，并对企业和投资人因此而受到的财产损失依法予以补偿。对因政府违约等导致企业和公民财产权受到损害等情形，进一步完善赔偿、投诉和救济机制，畅通投诉和救济渠道。将政务履约和守诺服务纳入政府绩效评价体系，建立政务失信记录，建立健全政府失信责任追究制度及责任倒查机制，加大对政



<sup>②</sup>时任中共中央统战部副部长冉万祥在2017年10月21日十九大新闻中心举办的记者招待会上答记者问。

务失信行为惩戒力度。”

三是涉及营商环境方面的重大事项，应先发动民众提出，经权力机关的表决后再执行，执行全过程引入权力机关的监督。党的十八届三中全会提出：“健全人大讨论、决定重大事项制度，各级政府重大决策出台前向本级人大报告。”但是，有些地方政府在重大事项出台前向人大报告并经人大表决通过再公布执行。许多重大决定、重大事项，基本是政府决定，项目的进展也无有效的监督机制，政府认为是为老百姓办实事、好事，但老百姓却不买账。地方政府应严格遵守十八届三中全会精神和地方组织法，广泛征求群众意见，将民众关注度高的事项列为政府工作计划，报人大会议表决通过后作为工作计划并执行，每个项目均须由人大代表跟踪监督，采取定期和不定期检查相结合的方式检查项目实施进度，由人大在年底对当年政府工作计划的完成情况进行绩效考核，促使人大决议通过的政府工作计划项目优质、高效完成。

四是建立营商环境法律责任体系，提高执法水平，严格执法监督和责任追究。通过营商环境地方立法，以列举的方式将损害营商环境的各种行为进行规定并纳入法律责任体系，依法进行相应处理。对政府部门及其工作人员损害营商环境建设的，由有关机关依法给予行政处分。加大执法人员培训力度，促使执法人员加强学习提高执法水平。严格执法监督，严格错案追究，与责任挂钩，严格实施国家赔偿制度，实现责



任人赔偿成为常态。

五是完善司法保障功能，构建公平正义的法制环境，把“平等”贯彻到立法、执法、司法、守法等各个环节。破除所有制、区域、行业歧视性限制和各种隐性障碍，保障不同所有制企业在投资准入、公共项目、政策支持、资质认定、经营管理等方面的合法权益。督促落实鼓励引导支持民营企业发展的各项政策措施，改善民营企业经营环境，让民营企业得到实实在在的支持。推进司法公正，依法平等保护各类市场主体产权和合法权益，严格保护企业家人身权、财产权和企业法人财产权，加强对中小投资者的保护，严格依法解决涉企纠纷，严格区分正当融资与非法集资、产权纠纷与恶意侵占、个人财产与企业法人财产等界线，坚决防止将经济纠纷当成犯罪处理、将民事责任变为刑事责任，及时纠正冤假错案。审慎采用限制人身和财产权利的强制措施，严格规范涉案财产处置程序，防止超标、超范围查封、扣押、冻结涉案企业财产。

六是参照世界银行营商环境指标，建立适合国情的营商环境评价考核指标体系。打造良好的法治化营商环境，巩固已经取得的营商环境建设成果，必然要求建立一套营商环境评价考核指标，从而纠正 GDP 考核所引发的失衡。《全国深化“放管服”改革转变政府职能电视电话会议重点任务分工方案》对全国范围开展营商环境评价给出了明确“时间表”：“2019年，在各省（自治区、直辖市）以及计划单列市、副省级城市、省会城市、若干地级市开展营商环境评价，编制发布《中国营商环境报告》；2020年，建立健全营商环境评价长效机制，在全国地级及以上城市开展营商环境评价，定期发布《中国营商环境报告》。”可以预见，随着方案要求的“加快构建具有中国特色的营商环境评价体系，包括引入第三方评估”的贯彻执行，具有中国特色和公信力的第三方《中国营商环境报告》必将诞生及产生重大影响。各级地方政府必然会从原先的拼 GDP 排名转向拼营商环境排名，对照营商环境评价各指标的最优值，找准问题症结，不断深化改革创新，强化营商环境监督检查制度和问责制度，推动当地经济走可持续发展、绿色发展道路。

## 营商环境优化中的法律风险防控

◎陈一天\* 广东广信君达律师事务所

何谓营商环境？就实践而言，笔者认为营商环境主要是指市场主体在市场经营活动过程中，可能影响其市场经营收益的一切外在因素，包含但却不仅仅局限于其经营的市场环境。从这个角度来讲，对营商环境的考察，也就是其对投资经营后可获得实际收益的考察，当然，此处的收益也并不仅仅局限于金钱上的收益，所以，营商环境的优化，实际上就是增强市场对投资主体的吸引力。

### 营商环境优化的主要路径

在正式讨论这个问题之前，我们有必要明确，营商环境主要包括哪些内容。总的来说，可以概括为以下四个方面：

一是成本投入。主要包括基础设施建设成本、设备物料采购成本、政府及公共关系成本、生产经营成本、用工研发成本、纠纷争议维权成本等内容，各项成本内容彼此互有重叠与交叉。成本投入，往往是投资者最首要考察的内容。

二是市场监管。主要包括工商登记注册年审普查管理、国土税费审计项目经营许可、公安环保安监消防审批、食品药品质量技术监督、商标专利著作权产权登记等内容。此部分的内容投资者主要考虑的是政府对市场监管的稳定程度、政府政策法律风险、行政

程序手续的简繁程度、时间成本等等。

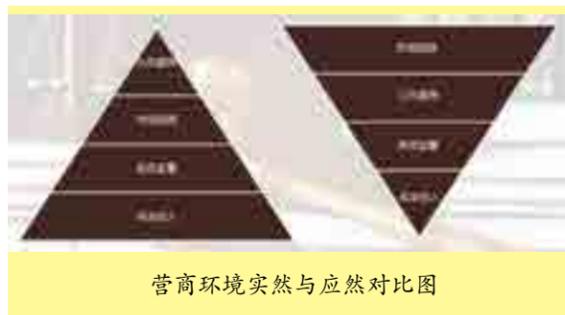
三是市场收益。这是投资者必须要考虑的核心问题，市场竞争激烈程度、产品及服务的销售渠道、市场接受程度、价格高低、利润多少等内容。

四是公共服务。一般包括饮食居住生活工作消费、健康医疗福利社会保障、子女教育文化交通环境、社会秩序公共安全权益保障等等内容。与投资者在市场上取得的回报相比较，要通过这些赚回钱，过上怎样的生活条件，也是非常重要的问题。

下文我们要从优化营商环境的角度，搞清楚营商环境这四个部分内容的比重，在实然与应然层面上的差别，才能更加直观地理解，如何通过调整营商环境的这四个部分的比重，来提高营商环境对投资主体的吸引力。

\* 陈一天，系广东省律师协会政府法律顾问专业委员会委员，曾担任广东省人力资源和社会保障厅首席法律顾问（任期3年）。本文是笔者以其在2019年4月13日由省律协政府法律顾问专委会和深圳市律协宪法行政专委会联合举办的“法治化营商环境建设中的政府法律顾问”论坛上所做的主题发言为基础整理形成。

如下图，从实然角度来说，以上几个方面的内容按照不同比例由上至下地排列于一个正三角形中，其顺序是：1. 公共服务；2. 市场回报；3. 政府监管；4. 成本投入。公共服务的内容相对最少，市场回报次之，政府监管比例较重，成本投入更重，这是目前我国各地市场的主流状态。而对于投资者吸引力最高的投资环境要素比重排列模型，应该是怎样的呢？却是如下情形：1. 成本投入最少；2. 政府监管稍高；3. 公共服务更多；4. 市场回报最为丰厚。同样是两个正三角形，原来成本投入所占的最大比重，转化成市场回报的最大化；市场监管趋于合理化，成本变低；公共服务变得更加丰富；市场回报最大化。当然，这只能是从应然的角度所进行的市场环境要素理想化模型，但这应当成为我们努力的目标。



所以，从政府行政行为角度来讲，优化营商环境应当从以下两个方面入手。一是改善行政服务质量。这主要是指降低市场主体在处理与政府关系方面的投入，降低、减少时间和经济成本，包括降低税费、精简审批流程、提高服务便捷性、增强服务体验。二是规范市场竞争行为。这主要是强化产品质量技术监督，强化行政保障，提高政策支持，维护公平法治的竞争环境以及全方位保障企业的合法权益。

从优化营商环境角度来说，政府行为仍旧无非两种，一是抽象行政行为，一是具体行政行为，其中以抽象行政行为为主，具体行政行为为辅。抽象行政行为与具体行政行为之间又存在特定情况下的互为表里的问题，这种情况下大多都会存在较大的法律风险。具体行政行为在优化营商环境的过程中及优化完成后，一般坚持在经过优化的规则之内实施，且坚持以有利于行政相对人为原则即可。所以，法律的风险主

要存在于抽象行政行为之中，且影响为最大。

### 营商环境优化的法律风险

政府优化营商环境的行政行为，主要是宏观的抽象行政行为。一般表现为地方法规、制度、程序、规则的制定与发布。通常表现为四种方式的变化，即创新、创制、修订、废止。创新，是在完全没有可参考借鉴的情况下，针对新情况新问题所制定实施的全新的规则；创制，则是指对现有的规则制度进行突破性的制度设计；修订和废止，都是法律法规根据客观发展情况必须要面对的增减修改以及清理。

其中，法规、制度、程序、规则所进行的创新、创制、修订和废止存在导致以下风险的可能：一是解决了一些问题又产生新的问题；二是可能与现有法律法规相矛盾与冲突；三是新旧规则在适用上的冲突与广而告之；四是可能导致的原合规行为依据缺失。因此，通过抽象行政行为优化营商环境，必须要格外注意、考察、论证具体规则的前瞻性、合理性、合法性、有效性与适用性。事前要进行充分的调研分析，要对法规与事实进行有效的梳理，要对解决方案、应对措施进行充分的论证，要在实施前后进行充分有效的评估。

以抽象行政行为优化营商环境，所产生的法律风险，通常会产生以下四种结果，即事故、违法、侵权，甚至是刑事犯罪，其造成的负面社会影响在实践中可能表现为：舆论谴责、媒体拷问、安全生产事故、信访上访、行政复议、行政诉讼以及一系列的职务犯罪。

### 营商环境优化的风险识别

在营商环境优化的行政行为中，高风险行政行为普遍具备以下一个或几个特征：

拍脑袋决定。一般来说，大领导拍脑袋提出目标或基本方案，具体工作人员的工作都是为了这个目标或者基本方案进行合理化、合法化论证，甚至是进行合理化的实施。这些合理与合法，仅为表面表现，其实质是为了取悦领导，为了给领导树立政绩，这样的营商环境优化目标与方案，难以实现营商环境优化的目标，甚至存在非常高的法律风险。甚至还有一些，并不是大领导的要求，而是具体工作人员，为了迎合领导个人喜好所做的行政行为，均会存在较高法律风险。

没有充分调研。为实现对国家政策的贯彻与落实，不对实际情况进行了解，未充分掌握民情民意、客观资料、数据等，径自做出实施方案、颁布的措施、创新、创制，通常比较容易具有高风险。

没有充分论证。调研已经得到了有效的信息、数据，但是并未充分进行研究，没有充分的论证，走走程序、敷衍了事，或者“想当然”就得出结论，难以发挥较好的作用，反而会增加决策的风险。

没有律师参与。律师作为市场主体最有效的法律风险防控、法律纠纷解决的助手，对司法行政实践法律风险问题的根源，有最为直观的理解与体会。政府做事不问律师，对了解到的问题，缺乏有效的梳理和高度的总结，难以有针对性地做出有效决策。特别是“头疼医头，脚疼医脚”的做法，难以充分评估决策实施后的连锁反应与法律风险。

优化营商环境的法律风险，本质上是四个方面的问题：一是没有需求导向、没有问题导向；二是缺少信息收集与反馈的有效渠道；三是没有充分评估，不能有效响应；四是单纯以抽象行政行为为特定对象解决问题。其中第四点的法律风险最高，大多最终会导致刑事法律责任。

特别是对于在优化方案制定前，不存在优化需求，或者没有充分掌握优化需求，为了优化而优化；方案在制定时，未能充分论证，说优化就优化；实施后未进行跟踪，优化完了就完活，这样的情况均存在较高的法律风险。

从优化营商环境的需求角度讲，凡是不符合时代发展需求，或者仅仅为了符合发展需求，而不符合公众利益需求，或者仅为了满足部分商人需求的优化方案，基本都是高法律风险的优化方案，其制定实施必然难以发挥应有的优化效果。

### 营商环境优化的风险控制

优化营商环境，必须重视需求导向、问题导向，要以方便市场主体、降低营商成本、提高服务质量、促进经济增速发展为目标，同时要能够保证行政管理质量，维持营商环境稳定、有序。因此，对于优化营商环境方案的制定，必须广泛充分地征求意见，开展深入有效的调查研究，经过细致科学的分析以及理论



与实践两个层面的专业论证，再经实施前意见的征集分析、局部试点意见收集分析、全面实施方案的修正与调整完善，才能考虑其颁布与施行。

律师作为政府法律顾问，应当在优化营商环境方案、政策、制度、法规等抽象行政行为实施前、实施后的调研、制定、论证、修改、审定的全部过程中，充分发挥法律风险防控的作用，可以通过营商环境优化方案、法律风险防控法律意见书的方式，对担任法律顾问的政府部门、机构提出法律风险防控意见及合理化修改建议。如果作为政府法律顾问的律师，并未被直接邀请参与政府优化营商环境方案的制定，法律顾问同样可以尝试以主动服务的方式，以有效的途径向政府部门提供如下法律意见书，如《营商环境优化意见书》《优化方案调研意见书》《优化方案论证意见书》《优化方案法律风险防控法律意见书》《优化方案审定意见书》等。

需要注意的是，律师主动提供的优化营商环境的建议，应注重问题导向、需求导向，以事实为基础，以满足市场主体需求、增强市场经济活力为目标，力求专业，切不可提出些外行建议、没有价值、没有意义甚至是高风险的建议。

# 关于 政府法律顾问服务采购 的几点问题

○刘南筠\* 广东中熙（龙华）律师事务所

“法治是最好的营商环境”——2月25日习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上深刻阐述了这一重要论断。法治既是市场经济的内在要求，也是其良性运行的根本保障。只要不断加强法治建设，推进社会的公平正义，就能打造出最好的营商环境。随着改革的不断深入，社会经济发展对进一步构建法治化营商环境提出了新的要求，法治化营商环境建设也越来越成为各级政府和社会各界关注的焦点问题。

法治化营商环境建设涉及健全法律制度体系、规范权力运行机制、转变政府职能、推进公正司法、发展涉外法律服务等多方面的法治建设内容。律师作为法治建设的一支重要力量，在法治化营商环境建设中必然发挥重要作用。著名法学家江平教授在一次法治论坛中提出“律师兴则法治兴，法治兴则国家兴”，他认为律师“最能感知依法治国之水的深度与冷暖，最了解依法治国的黑暗和光明”，因此律师在依法治国进程中应起到更积极、更主动的作用，这也充分诠释了律师在法治建设中的地位。

自2013年11月十八届三中全会提出普遍“建立法律顾问制度”，到2014年十八届四中全会提出“积极推行政府法律顾问制度”，再到2016年中央办公厅、国务院办公厅下发《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》，及《广东省政府法律顾问工作规定》《贯彻落实〈关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的实施意见〉重要政策措施分工方案》（深办字〔2017〕51号）《深圳市人民政府法律顾问工作规则》的出台，明确了律师是政府法律顾问队伍的组成。律师可通过外聘程序成为政府的兼职法律顾问，并且要求给予提供法律顾问的工作保障。随着上述政府法律顾问制度的深入贯彻落实，近年来律师大量地通过担任政府法律顾问深入参与到法治政府建设中。由于律师作为外聘的兼职法律顾问，相对

于政府法制机构人员（法务专干）较为独立，在处理法律事务和提供法律意见时往往更容易保持客观、公正。同时，由于律师队伍的数量较大，专业分类和业务构成较为全面，可满足政府选聘具有特定专业优势的律师担任政府法律顾问的需求。就深圳市目前的情况来看，党政机关已普遍建立了政府法律顾问工作机制，法律顾问报告制度也在完善中，律师通过担任政府法律顾问在政府的法治建设、法治化营商环境的建设中可谓直接发挥着重要作用。由于律师担任政府法律顾问或为政府提供专项法律服务往往要通过政府采购程序，因而政府法律顾问服务采购是律师参与到政府法律顾问服务中的主要途径。我们发现在政府法律顾问工作机制建设的过程中，政府法律服务采购中的一些问题日益显现，在很大程度上影响了律师参与政府法律顾问工作机制的良性发展，特就此分析如下。

## 一、政府法律顾问服务采购中的突出问题

### （一）名不符实，捆绑非法律服务

十八大以来，随着政府法律顾问机制的建立，党政机关越来越重视法律顾问工作，在服务经费方面的投入也越来越大。但是我们发现在政府法律服务采购中，以法律服务采购为名，实际捆绑非法律服务需求的情况屡屡出现，最常见的是捆绑派驻非法律服务工作人员，甚至还有捆绑办公条件、交通工具、活动用品等。这样势必造成法律服务预算的费用实际相当大一部分并没有用于法律服务，直接影响法律服务采购的质量，但在表面上却形成一种对法律服务重视和投入较大的假象，不利于政府法律顾问机制的健康发展，也无法为吸纳优秀的律师参与到政府法律顾问工作提供充足的经费保障。

### （二）工作保障与工作要求明显不匹配

近年来，党政机关对政府法律顾问的工作要求

\* 刘南筠，深圳市律师协会宪法与行政法律专业委员会主任。本文是笔者以其在2019年4月13日由省律协政府法律顾问专委会和深圳市律协宪法行政专委会联合举办的“法治化营商环境建设中的政府法律顾问”论坛上所做的主题发言为基础整理形成。

越来越高，在《深圳市人民政府法律顾问工作规则》中明确要求，政府法律顾问应当尊崇法治，依法处理政府法律事务，确保政府行为的合法性；政府法律顾问应当服务大局，积极作为，运用法治思维和法治方式破解发展难题。由此可见，在法治政府建设中，政府法律顾问是法治守护者，是决策智囊团，在法律服务中不仅限于找依据、提风险，还要积极作为，穷尽法律途径，为政府提供风险最小、最具可操作性的决策方案和问题解决路径。这样高的工作要求，不仅需要选聘的律师专业过硬、具有丰富的实践经验，还需要有较多的精力和时间投入法律顾问工作。但当前党政机关的相关工作经费、工作条件的保障普遍不能与工作要求相匹配，聘请律师担任常年或专项法律顾问工作的经费与工作量不匹配，在具体事务上给予律师的工作时限和工作复杂性不匹配，在很大程度上制约了在各个专业领域业务精湛的律师参与到政府法律顾问工作，形成很多资深专业律师不愿做，而实际参与政府法律顾问工作的律师专业性和工作经验不足的局面，整体上对律师担任政府法律顾问的形象造成影响，服务对象满意度低，在服务采购方面的意愿和投入也相应减少，从而形成恶性循环。

### （三）缺乏科学、合理的评价体系

无论是政府法律顾问服务的招标文件中设置的评标标准，各项评价标准的权重设置，还是在法律顾问服务提供过程中的工作评价、事后审计，均缺乏一套规范、科学、合理的评价体系。因此导致在采购过程中，低价中标的情况较多出现，业务熟悉、服务质量高的律师团队经常因受制于价格因素无法进入到法律顾问工作中，甚至在采购方和服务方已建立良好合作关系，服务方获得较高服务评价的情况下，因受制于采购制度和价格因素，亦无法延续工作关系，只能与新的服务团队重新磨合。这样的评价方式，极大地损害参与律师的工作积极性，影响优秀的律师坚持长期从事政府法律顾问工作的决心。

## 二、存在问题的原因分析

我们认为政府法律顾问服务采购出现以上三方面

问题的主要原因，首先是党政机关的法治理念问题。十八大以来虽然从国家层面到地方政府都要求建立和完善政府法律顾问制度，法律顾问制度也成为了法治政府建设的“标配”，但是否真正从法治理念出发认识到政府法律顾问制度的意义，真正认识到政府法律顾问的重要作用，可以说仍然任重道远。相当一部分党政机关的负责人，还是因为形势所迫，体制要求，考核需要，被动地接受法律顾问制度。法律顾问提出的法律意见没有得到真正的尊重，法律顾问的履职评价经常为行政长官的意志所左右，法律顾问不能真正地发表法律意见……认识根源上的欠缺，必然导致在具体实施过程中的不足。不重视、不尊重法律顾问的工作成果，不能正确认识法律顾问的作用，其根源还在于缺乏真正的法治观念。

其次是律师行业的同业不正当竞争。由于对政府法律顾问业务和价值取向认识的不足，律师行业内也往往产生不正当竞争的情况。担任政府法律顾问对律师来说，确实有提升律师个人或律师事务所声誉、眼界等方面的效应，但是作为一个工作要求高、工作量繁重、

持续时效长的业务，没有相对合理的价值支撑，很难保持良性发展。很多律师初始为进入这个业务领域，不惜代价地进入，但真正能够保质保量做好这份工作的律师，最终会因价值悬殊而发现这个业务无以为继，从而退出。但不得不说，总是不断有未涉及该领域的律师为做尝试而不计代价地进入，从而导致了同业不正当竞争不断出现，也直接影响了我们很多长期耕耘在这块业务的律师为提升政府法律顾问业务的价值做出的各种努力。

## 三、关于解决问题的思考

为解决政府法律服务采购中的上述问题，促进采购程序良性循环，使各个专业领域专业精深的律师愿意参与到政府法律顾问业务，树立律师担任的政府法律顾问的良好形象，为法治政府建设积极发挥作用，笔者有以下思考：

首先，律师行业内应对政府法律顾问业务形成较为统一的认识，要充分认识到律师担任政府法律顾问的责任、价值和追求。作为律师，我们是社会主义法治建设的重要力量，是法律职业共同体的一

员，我们要努力做全面推进依法治国的奋斗者，这是时代赋予我们的责任和使命；同时我们也要意识到作为律师，我们也是法律服务工作者，我们需要满足法律服务市场的需求，不断创新，为客户提供高质量的法律服务，赢得自己的社会价值和商业价值。在政府法律服务业务领域，我们可以最为直接地参与到法治政府的建设中，为法治政府建设贡献力量，为了更好、更长久地坚持在这个领域的耕耘，我们需要对这个领域的工作付出和价值有足够的认识，从行业内统一认识，才能从根本上解决行业内的同业不正当竞争、参与政府法律顾问工作的专业力量不平衡等问题。

其次，在从事政府法律顾问的过程中要注重不断提升自己，树立形象，影响相对方的认识，促进政府法律顾问机制的良性发展。法律服务作为一种专业服务，存在提供服务的一方和接受服务的一方信息不对称的特性，但我们注意到，一方面，党政机关由于很多工作人员本身具有法律专业背景，且普遍建立了法制部门或有专职法制工作人员与外聘法律顾问对接，故对外聘法律顾问的工作质量具有较高的辨识能力，律师担任政府法律顾问时，往往需要充分显示专业性，才能真正赢得认可和尊重；另一方面，只有我们整个律师行业能够更普遍、更充分地展示律师担任政府法律顾问的专业形象，才能不断影响服务需求方对我们工作价值的认识和判断，从根本上解决工作要求和保障不匹配的问题。

再次，从行业的角度积极推动正确评价体系的建立。律师作为法治建设的重要力量，而律师行业协会在法治政府、法治城区建设的多个方面也都代表整个行业在积极发挥作用。法律职业共同体中，需要律师参与的很多工作，也往往通过行业协会组织落实。因此，政府法律顾问服务的选聘和工作评价体系的建立，从行业的角度去推动将更具有可行性。笔者希望在行业协会的组织下，推动服务需求方共同建立完善正确的评价体系，吸引更多优秀律师参与到政府法律顾问工作中，可在法治建设、法治化营商环境建设中发挥更主动、更积极的作用。





## 民营企业如何设计并实施 争议解决方案

○陈群 广东普罗米修斯律师事务所

为响应司法部进行民营企业法治体检的要求，深圳市司法局今年要为深圳市民营企业营造良好的法治化营商环境推出 10 件实事，其中一件实事是发布《民营企业法务指南》，而深圳市律师协会也参与制定工作，我们认为重点在于将其生产经营中的法律风险点列出来，并提示防范的思路、方法和途径等，其中需要关注的是争议解决，这也是民营企业需要十分关注的法律领域。

笔者长期担任企业法律顾问，服务过超大型的上市企业集团、大型企业、中型企业和小微企业，在服务过程中，从了解及处理的情况看，无论什么类型的企业，在争议解决的风险管理上既有共性的问题，也有个性的问题。企业的共性问题正是我们对企业进行法律体检最应当解决也最能有效解决的问题，下面谈谈这些共性问题。

### 一、民营企业在争议解决方面存在的风险及漏洞

#### （一）缺乏争议解决的风险意识及防护措施

很多小微企业生存空间极窄，企业家的精力与资源

都用来做业务、挣钱，没有时间和精力去顾及风险问题。因而，没有长期经营理念、缺乏风险意识及防护措施的企业非常多。具体表现在“四无”：无劳动合同及配套劳动管理规章制度，无法务部或法务专员更无合作律师，商事活动无合同或合同从网上下载而非自行根据商事谈判结果来拟订，无争议解决方案及资金投入。

#### （二）不懂得如何防范并进行争议解决管理

有的企业在被诉并败诉，需要赔款或被投诉被处罚之后，有了一些“亡羊补牢”式的风险意识，但仍然十分粗浅、模糊，不知道从何下手，也不太舍得或无力于增加风险管理投入。

#### （三）争议解决的理念有偏差

一是不知法、不懂法、不信法、不敬法。这样的现象，特别是在内地、在偏远地区、在小微企业中比较普遍，但也不仅是小微企业，甚至一些有上市计划的民营大型公司，在较少发生规范的争议解决程序（如仲裁、诉讼）之前，对争议解决几乎没有人力物力财力的投入，既没有内部法务机构又没有长期稳定合作

的外聘法律顾问律师，遇到争讼，就病急乱投医，导致问题更复杂更麻烦。

二是重视甚至迷信“关系”，这是前述错误理念的延伸。遇事先找关系，没有关系也要拉点关系。只要声称“有关系”，就信任、依靠、舍得投入，事与愿违也只是自认倒霉。

三是崇尚暴力、强权，倾向以“拳头”解决问题。这在建筑、工程、施工类企业比较常见，发生争议时，以暴制暴，以“拳头”说话。

四是“拿钱消灾”。沿袭传统的“有钱能使鬼推磨”理念，拿钱开路，拿钱解决问题，但钱往往不是给了争议对方，而是给有权有能力压制争议对方的人。

#### （四）争议解决能力较弱

无论上述哪种情形，解决争议的能力肯定较弱。

### 二、解决方案

#### （一）党和政府扶持

一是像解决资金问题、市场问题那样，党和政府为民营企业提供良好扶持，在政治上、法律上为民营企业提供帮助。例如，以政府购买法律服务的形式或别的合理形式，批量解决小微民营企业的共性法律问题，具体例子就是组织律师为民营企业开展“法律体检”。

二是党和政府给民营企业减税、减负、减压。这是在经济上为民营企业提升造血功能、市场活力，使之能够有余力和余钱去关心争议解决问题。

三是治理党风政风行风，这是从路径上指引、协助民营企业走规范化争议解决之道。

四是减少以至杜绝各种侵害民营企业合法权益的现象。党、政、司法机关工作人员不得以权谋私，不得从民营企业牟利。严禁司法机关人员以“包赢”为诱饵替民营企业“介绍”律师，更不得介绍法律工作者。

#### （二）要解决争议先要解决理念问题

大环境好了，小环境不必然就好，要对民营企业多做鼓励、引导、教育。

虽说普法这么多年了，但传统的厌讼、避讼的争议解决理念还大有市场，民营企业从信关系到信法的转变还要有一个过程。民营企业家要看到规范化争议解决方式真的有效果，才能真正实现这种转变。

具体的争议解决方案，也要有转变。要从公司设立、股权设计、商事谈判、合同签署等多方面着手；要打组合拳，从商事谈判起，到争议解决完毕，全过程都要有争议解决方案，可以了解并选用协商、调解、仲裁、诉讼多种争议解决形式，灵活有效地解决争议。

以合同为例，不同企业不同产品或服务要有不同的商事合同。为省钱省事而从网上随便下载一份合同来用，极可能给企业埋下隐患。至于不签订合同、仅仅口头约定，那就更加不靠谱。合同条款要合理、公平，并不是越多越好、越严密越好、越保护己方利益越好，而是要均衡，要双赢或多赢，同一合同行为不要设计 3 个以上条款或条件，譬如交货条件，应当是明确的、确定的、无疑义和歧义的，不能看起来严密，却互相矛盾或无法落实。例如汽车销售合同中的交车条款，要么是确定的日期（现车），要么是一个时间段（运输在途车），要么是一个确定的通知方式如“卖方书面通知的提车时间”（期货车）或全部购车款付到卖方账户（贷款购车时），前述条件不宜并存。笔者曾经看到一份汽车销售合同，其交车条款是 4 个主要条件：2014 年 7 月 30 日、全部车款到账、以卖方通知为准、车辆交接书签订。这样的条款，落实的时候要么遗漏、要么冲突、要么作茧自缚，民营企业要尽量避免使用。

#### （三）加大投入

加大投入，应是多方面的，投入资金、人力，建设合同体系、争议解决机制，设计预案，这样有事不慌、不乱、不急。

小微企业人少、事少、资金少、争议可能也少或标的的不大，事情不复杂，可以考虑以下方式：一是借鉴民间解决资金问题的“邀会”形式，由几家位置靠近的、产品或服务相同的公司联合聘请法律顾问，以较低价格获得较为专业的法律服务。这种形式单个企业花钱不多，却因其具有一定规模又有产品或服务或位置的相同相近，律师也能够接受。二是外包，像财务外包、人事外包、物流外包那样，以较低成本把专业的事交由专业的人去做。三是发挥行业协会的作用，由行业协会来协调，协助本行业内争议的解决。这样，可以最大限度地借助行业惯例、行业标准、行业影响力等，使争议得到及时有效的合理解决。

# 忘记创新，回归本位

## 重塑企业法律顾问服务思维

○吴小波 广东海涵律师事务所\*

去年，笔者执业的律师事务所经过几年的沉淀与尝试，郑重地决定，倾全所之力发展企业法律服务业务。这首先是业务发展的方向选择，再是服务思维的重塑再造。重塑企业法律服务思维，目前我们还在摸索中，谨以此文分享一些现有的经验和心得。

这些年，在法律服务行业出现了诸多新事物、新概念，比如智能AI、可视化、云端协作、大数据……在各行各业都被互联网包围的时候，古老的法律行业也不可避免地搭上了时髦的快车，法律电商开展得如火如荼，资本也嗅到了传统法律服务里暗涌着的蓬勃的气息，“网上合同”“一元法律顾问”“智能法顾系统”等等，创新的法律服务形式毫无疑问激活了这个靠经验、靠资历说话的行业。创新不仅在催促着行业的变革，也让原本只埋头于自己业务的律师们开始重视交流、合作、改变、进步、革新，人人都开始寻找创新的元素。

可是，当创新走向钻营，我们是否也应当反向思考，问问自己，一切的创新都是有益、有效的吗？

或许，我们应该忘记创新，回归本位。忘记创新，不是不要创新，而是不为创新而创新。回归本位，回到我们关注的企业法律顾问服务，它的本位是什么呢？思考这个问题才是我们首先应当做的事情。

### 企业法律顾问服务的本位是什么？

企业法律顾问服务，我个人的理解是了解企业，从而帮助企业，为企业提供法律服务应该自始至终围绕着这一本位来开展。

### 如何做到了解企业？

首先，要探讨一下思维上怎么做。

为企业提供服务的律师应当具备商业思维。在法律思维框架下的律师和商业思维框架下的企业家对话，就像两条平行线：

老板：“吴律师，你看我这个生意能做吗？”

律师：“不能，有法律风险。”

“那这个能做吗？”

“不能，也有法律风险。”

……

老板：“这也不能，那也不能，还要请你律师做

什么？”

这就是商业思维和法律思维最大的冲突，商业上追求的本质是利润，是交易，法律上关注的是风险，是防范，所以了解企业，律师首先必须用商业思维去关注法律问题，站在企业家的角度，了解企业家所思所想。

第二步，熟悉企业所在的具体行业。这既包括这个行业里的法律知识，也包括这个行业本身的知识。

第三步，也是最重要的一步，聚焦企业个体。以这个行业为背景，聚焦到所服务的企业，包括业务形态、架构、规章制度、企业文化，甚至要了解每一位管理者不同的风格。从商业思维到行业背景再到企业个体，这是思维上如何做到了解企业的路径。

其次，有了指导的思维，如何落实到具体的操作层面呢？

第一步，律师事务所按照符合商业、行业、企业的需求去做内部划分，才能更直接、有效地发挥人力与物力。一般而言，律师事务所部门划分是按照业务领域，比如说刑事团队、民事团队、商事团队，这是律师的固有思维，专人专事专管。从我们服务企业客户的角度来讲，是不是应该直接贴合企业客户的具体需求？例如，律所的公共关系部，负责搜集信息、搜集客户需求、对接相关渠道；品牌与宣传中心，负责向客户精准地送达专业知识与信息，传递服务价值；常法中心、专项服务中心、争议解决中心，都是为了解决企业对应的法务需求而设置的。客户与律所的沟通，在最前端就做到了了然与直接。

第二步，按照选定的行业进行聚焦。既然我们要熟悉行业，就需要结合本区域特点、本人的资源，选定有服务需求的行业来聚焦。同时，人员资源、预算投入需要在市场和人才培养上倾斜，保障有专门的人员负责全面深入行业，不仅了解法律知识，更多地了解行业本身的知识，行业的动态和问题等。

最后，最重要的还是需要聚焦挖掘企业的共性问题。因为了解企业更多的是了解企业存在的问题，后期生产部门也需要根据企业的需求完成产品的设计，而服务产品也需要接受企业的检验，进行不断升级，使之更有生命力。

自2014年开始，我们就为民营企业开展“企业法律健康体检活动”。活动采取问卷调查、一对一访谈、

企业文件材料梳理等方式，从劳动人事、商事交易、公司治理、知识产权管理等四大方面进行全方位的信息搜集，并以《法律健康体检报告》形式向企业主作法律风险提示，并给予系统的解决方案。2019年4月，为了响应司法部和深圳市律师协会关于为民营企业开展法治体检活动的要求，我们律师事务所结合企业最易发生风险在于劳动人事领域的特点，推出了劳动人事法治体检线上系统，企业只需要花费3分钟就可以得到一份从招聘到离职涉及56个法律风险点的体检报告，推出以来已经为将近百家企业完成了劳动人事法治体检，为民营企业完善人事管理制度的同时，也为我们收集到了宝贵的企业共性问题的数据。

### 如何帮助到企业？

首先，解决具体问题。企业给律师抛来各种问题，希望能够得到实用、专业、及时的解决。而往往很多企业跟律师建立起服务关系，都是从解决一个问题或者一个案子开始的，感受到律师的价值后才会进一步建立顾问服务关系。对于解决具体问题，律师的专业是基本要求，实用性才是最关键，也是律师价值体现的地方，给出的意见能够帮助企业做决策，而及时性是决定客户满意度的重要衡量指标。

其次，搭建整体系统。解决问题的时候只是在解决个案，企业风险仍然没有得到控制，只有从解决个案到搭建系统，才能帮助企业建章建制，完善风控系统，才能彻底解决企业存在的系统性风险。解决具体问题只是在打补丁，搭建系统才能真正帮助企业构建防范法律风险的系统。

第三，参与制定战略。企业在对顾问律师产生高度的信任和认可后，其实非常希望顾问律师能够参与重大决策，但前提一定是前述所言解决具体问题和搭建系统都能够做得很好，才能有机会和有能力和企业参与企业的决策。这是顾问服务从低介入到高介入的过程，也是企业顾问律师最高的定位。参与企业的战略决策，我们顾问律师站在一定的高度去和企业谈，才有更大的价值体现。

**忘记创新，就是为了更好地创新，回归本位，就是回到律师服务的本位，回归律师的最高价值。**这是我们在服务民营企业过程中的一点心得和体会，希望能够给服务民营企业的律师带来新的启发。

\*该律师事务所近期推出“企业合规时代”系列讲座、开展“大运软件小镇法治体检服务”等，为企业分析合规时代下营商环境变化和发展趋势，给予企业家们如何进行企业合规的法律指引，帮助企业不断完善合规制度化建设。

## 论共享单车企业破产程序中 消费者押金的性质及受偿顺位

○胡聪 泰和泰（深圳）律师事务所

著名共享单车 ofo 小黄车近日爆出押金退款困难，据媒体报道，有超过 1300 万 ofo 小黄车用户在排队申请退取押金。共享单车企业经营困难，极有可能进入破产程序，最近的一个著名案例是小鸣单车破产，2018 年 5 月 18 日广州市中级人民法院发布公告称，该院已受理申请人对广州悦骑信息科技有限公司（共享单车“小鸣单车”的经营者）的破产清算申请并指定管理人。实际上，根据人民日报的报道，全国已有数十家共享单车企业倒闭，涉及消费者押金损失已超过 10 亿元，各地消费者协会收到押金投诉事件亦有数千起，共享单车的消费者押金问题已引发社会广泛关注。

消费者有权参与到共享单车企业的破产程序中自无疑问，不过，消费者更关心的似乎是自己的押金能不能退回、能退回来多少，而这与押金的性质及其在破产程序中的受偿顺位紧密相关，本文拟就此问题进行探讨分析。

### 消费者押金的法律性质——构成债权关系的押金

根据笔者对共享单车注册使用过程的观察，共享单车企业一般通过自行开发的共享单车 APP 向消费者提供共享单车租赁服务，消费者使用共享单车，需先下载手机 APP 进行注册并交付 100-200 元不等的押金，退还押金只基于消费者的申请，共享单车企业一般承诺在退押申请后的 1-7 个工作日内予以原路退还。由此可知，消费者通过注册账户、支付押金的方式，与共享单车企业建立起租赁合同关系，当消费者提出退费申请时，共享单车企业经审核即予退费。

共享单车企业将消费者交付的款项称为押金，而我国现行法律并未对押金作出规定，尽管如此，押金在租赁实践操作中却极为常见。<sup>①</sup> 押金实际上是承租人为保证自己在租赁物的使用过程中不对租赁物造成损害，或保证自己不违反双方的约定，而在租赁合同成立时交给出租人的一定数量的金钱，租赁期满，出租人之出租物或约定利益没有受到损害，则将这笔金钱退还承租人，反之则将其用于赔偿出租人的利益受损。<sup>②</sup>

那么，应如何认定押金的法律性质呢？目前理论界存在着债权关系说和物权关系说两种主张。

债权关系说认为，押金关系体现为一种债权关系，具体而言押金属于一种附条件的债权，在承租人将押金交付出租人后，承租人便对出租人享有押金返还请求权，但该返还请求权只能在租赁关系解除之后才能主张。物权关系说认为，押金关系体现为一种物权关系，具体而言押金构成动产质押，即作为货币的押金是一种特殊的动产，在承租人将押金交付出租人后，出租人即转移占有了押金，从而在承租人与出租人之间建立

起质押关系，以担保租赁合同的履行，在出租人破产的情况下，承租人有权对交纳的押金行使取回权。

笔者赞同债权关系说，原因在于：首先，债权关系说更符合人们的一般认知习惯，即押金（货币）作为一般等价物，占有即表示所有，占有了押金的实物形态，也就占有了押金的价值，即取得了押金的所有权<sup>③</sup>，而质押仅仅是质权人转移占有质物而已（不享有所有权），但物权关系说下的出租人不仅转移占有了押金，而且获得了押金的所有权<sup>④</sup>；其次，押金（货币）作为一种特殊的种类物而非特定物，决定了一般情形下不可能对其采取登记货币号码等个别化的措施使其特定化，故其无法作为质押人行使优先权的对象；第三，在没有对押金采取单独保管、禁止使用等保障措施的情况下，出租方收取的押金往往和自有货币资金发生混同，在此情况下，物权关系说与债权关系说在主张退还押金的法律效果上并无实质区别——都是主张取得作为一般等价物的货币资金。

由此可见，将交付押金认定为债权关系更加合理。不过，“魔鬼藏于细节”，前述三点意见均奠基于押金未能特定化的假设，如消费者交付的押金可以特定化<sup>⑤</sup>，又该如何认定呢？

### 构成质押担保的押金

根据《中华人民共和国物权法》第二百零八条及《中华人民共和国担保法》第六十三条的规定，动产可以作为质押的标的，《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》第八十五条规定，“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、

①押金制度自我国民国时期起就出现在房屋租赁关系中，有关机构编制的《民事习惯调查报告录》中指出，押金制度在江苏省房屋租赁中已经成为一种交易习惯。参见王利明：《物权法研究·下》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 147 页。

②参见邓大鸣：《共享单车押金的性质及其监管问题研究》，载《西南交通大学学报（社会科学版）》2017 年第 4 期。

③最高人民法院在 [2008] 民二他字第 33 号《关于长峰公司对一般结算账户上的资金能否行使取回权问题请示的答复》中强调，根据货币所有与占有一致的原则，海南汇通国际信托投资公司对其占有的结算账户内资金享有所有权，在该公司破产时，长峰公司可以申报债权，但不享有取回权。最高人民法院在 [2003] 民二他字第 14 号《关于河南省高级人民法院就郑州亚细亚五彩购物广场有限公司破产一案中董桂琴等 50 家商户能否行使取回权问题请示的答复》中亦强调，由于货币作为动产的特殊属性，五彩购物广场代商户收取的货款不属于破产取回权行使的对象，商户可以普通债权人的身份参与五彩购物广场破产财产的分配。

④参见王欣新：《破产法》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 300 页。

⑤最高人民法院在 [2003] 民二他字第 14 号《关于河南省高级人民法院就郑州亚细亚五彩购物广场有限公司破产一案中董桂琴等 50 家商户能否行使取回权问题请示的答复》中指出，五彩购物广场与 50 家商户形成委托收取销售货款的关系，现有证据不足以证明五彩购物广场对所收取的货款开立专门的账户加以管理，即五彩购物广场代收的货款没有特定化，故该 50 家商户对没有特定化的货款不具有所有权。可见，特定化是货币形成物权关系的关键因素。

保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿”。目前我国未有货币不能成为质押标的的法律规定，结合上述司法解释规定，货币可以用于质押。<sup>⑥</sup>

在实务认定上，亦不乏相关案例。在最高人民法院指导案例 54 号即“中国农业发展银行安徽省分行诉张大标、安徽长江融资担保集团有限公司执行异议之诉纠纷案”中，法院确立两个裁判规则，一是是否存在书面质押合同，并不完全取决于合同有明确的“质押”字样的存在，“长江担保公司为担保业务所缴存的保证金设立担保保证金专户，长江担保公司按照贷款额度的一定比例缴存保证金；农发行安徽分行作为开户行对长江担保公司存入该账户的保证金取得控制权，未经同意，长江担保公司不能自由使用该账户内的资金；长江担保公司未履行保证责任，农发行安徽分行有权从该账户中划扣相应的款项。……应认定农发行安徽分行与长江担保公司之间订立了书面质押合同。”二是交付金钱可认定为质押，“金钱作为一种特殊的动产，可以用于质押。金钱质押作为特殊的动产质押，不同于不动产抵押和权利质押，还应当符合金钱特定化和移交债权人占有两个要件，以使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。”也即，当事人依约为出质的金钱开立保证金专门账户，且质权人取得对该专门账户的占有控制权，符合金钱特定化和移交占有的要求，可以认定为质押。

回到消费者交付共享单车企业的押金问题，根据上述法律规定及指导案例，若消费者在共享单车 APP 注册时与共享单车企业所形成的租赁合同中明确约定，共享单车企业设定押金专户用于储存消费者交付的押金，并负责押金专户的管理和控制，在双方解除租赁合同关系时，应全额退还押金，如此，即便租赁合同未出现质押字样，也可以认定消费者交付共享单车企业的押金构成金钱质押担保。当然，根据《中华

人民共和国担保法》第七十三条之规定，质权因质物灭失而消灭，如共享单车企业在管理和控制押金专户期间，擅自挪用押金的，质押担保的标的灭失，质权随之消灭，消费者只能向共享单车企业主张获得赔偿，该赔偿请求权属于普通债权的范畴，并无优先性。

### 消费者押金在破产程序中的清偿顺位

基于前述分析，消费者交付共享单车企业的押金可能被认定为普通债权，也可能被认定为构成质押担保。《中华人民共和国企业破产法》第一百一十三条第一款规定，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权，第三十八条规定，人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。

根据上述规定，若消费者交付的押金被认定为普通债权，则其处于破产清偿的劣后地位，在共享单车企业因资不抵债进入破产清算程序的情况下，消费者将很难足额获得清偿，作为普通债权其清偿率甚至可能为零。若被认定为构成质押担保，在消费者不存在违约、押金专户储存且未发生挪用的情况下，消费者可以主张退回押金。

在有关消费者押金清偿顺位的相关观点中，有人提出，消费者交存的押金（指构成普通债权的押金）能否参照《中华人民共和国保险法》关于保险金、《中华人民共和国商业银行法》关于个人储蓄存款的本息的破产清偿顺位之规定<sup>⑦</sup>获得优先受偿？

该问题的答案应当是否定的，原因在于，保险金及

个人储蓄存款的本息获得相对于普通债权的优先清偿顺位，乃是基于特殊政策考量作出的明文法律规定，在没有法律规定的情况下，不存在押金打破企业破产法规定的债权清偿顺位的正当化根据，消费者的押金不能参照保险金、个人储蓄存款的本息之清偿顺位获得优先清偿。认为可以参照相关法律规定使押金获得优先清偿顺位的观点，实际上并没有真正理解破产法的立法目的，破产程序所欲实现的目的在于对全体债权人的平等保护，除特殊债权外，优先清偿不是破产清偿的常态，实务中也存在着如侵权之债尤其是人身侵权之债<sup>⑧</sup>等与押金一样具有特殊性但仍被认定为普通债权的情形，故没有理由为押金的清偿设定例外。

至于主张通过立法确定押金的优先清偿顺位，实无必要，因为企业破产时，破产财产通常十分有限，设定过多的优先清偿顺序，客观上并无实益，且与破产法的发展历史相违背，“从发展历史上看，各国都经历了逐步削减优先债权的过程……表面上看是削弱了对优先债权的保护，效果上却是一种实务的放弃‘幻象’，另谋‘出路’的正确选择”。<sup>⑨</sup>

### 超越破产法

随着“互联网+”时代的到来及共享经济的倡导，会出现越来越多的类似于共享单车的企业，而收取押金的经营方式因存在手续简单、使用者人数众多、“一物多租”、押金总额大、押金的储存和使用监管缺位等因素，无疑会成为众多共享经济企业的青睐之选，长此以往，共享经济中的押金会逐步演变为关乎民生、经济、金融甚至社会稳定的大问题，故而不得不引起关注。

较为妥善的应对之举在于，国家从立法层面对押金的性质及监管作出明确规定，有学者建议在《电子商务法》中作出相关规定，遗憾的是，2019年1月1日施行的《中华人民共和国电子商务法》第二十一条回避了押金的性质这一关键问题。不过，目前共享单车经营企业专户储存消费者交付押金已经成为政府监管的方向，2017年8



月3日，交通运输部等10部门发布的《关于鼓励和规范互联网租赁自行车发展的指导意见》即指出，企业对用户收取押金、预付资金的，应严格区分企业自有资金和用户押金、预付资金，在企业注册地开立用户押金、预付资金专用账户，实施专款专用，接受交通、金融等主管部门监管，防控用户资金风险，企业应建立完善用户押金退还制度，加快实现“即租即押、即还即退”。江苏省镇江市、福建省福州市等地近来出台的共享单车管理实施意见中也提出了相似要求。但上述规定未对消费者交付押金的性质作出明确规定，相关规定也仅停留在政策层面。

笔者认为，退而求其次，在相关立法未明确前，基于对消费者的特殊保护，可以通过监管机关为共享单车企业强制提供格式条款的方式，约定消费者保有所有交付押金的所有权、使用权和收益权，非经消费者明确同意，收取押金的企业不得动用押金；同时，交通、金融等主管部门亦需要加强对消费者交纳押金的日常监管，做到押金专户储存，且只能用于退还消费者，防止企业私自挪用、占有押金。

当然，以上建议是建立在给予消费者特别保障的前提下，考虑到激发经济活力、促进资金融通等因素，亦可在格式条款之外为消费者提供第二种选择，在保障消费者知情权、自主选择权的情况下，赋予收取押金企业以押金使用权，在此前提下，一则消费者有权主张获得一定比例收益，二则需要企业加大对押金收取、使用及收益等情况的信息披露，三则需要企业通过提供相应比例的资金担保、购买保险等方式保障所使用押金的安全。如此，则使共享单车企业与消费者之间关于押金的使用权和收益权的权利义务关系明确化，从而保障处于弱势地位的消费者的合法权益。

### 【参考文献】

- [1] 吴彩云. 共享单车法律问题探析 [J]. 山西财政税务专科学校学报, 2017, 19(05): 59-64.
- [2] 王蔚佳. 共享单车押金法律问题探究 [J]. 福建法学, 2018(01): 3-10.
- [3] 其木提. 论浮动账户质押的法律效力——“中国农业发展银行安徽省分行诉张大标、安徽长江融资担保集团有限公司保证金质权确认之诉纠纷案”评析 [J]. 交大法学, 2015(04): 162-174.

⑥货币可构成质押的相关理论分析，参见陈渭强、刘晓宇：《保证金账户可以特定化并构成货币质押》，载《人民司法》2012年第10期，陈宜芳、吴凯敏：《保证金账户资金质押的成立要件探析》，载《人民司法·案例》2013年第24期，唐志伟、靳春营：《货币存款的所有权归属及货币质权的成立》，载《人民司法·案例》2013年第24期。

⑦《中华人民共和国保险法》第九十一条第一款规定，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，按照下列顺序清偿：（一）所欠职工工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）赔偿或者给付保险金；（三）保险公司欠缴的除第（一）项规定以外的社会保险费用和所欠税款；（四）普通破产债权；《中华人民共和国商业银行法》第七十一条第二款规定，商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。

⑧相关主张参见韩长印、韩永强：《债权受偿顺位省思——基于破产法的考量》，载《中国社会科学》2010年第4期。

⑨许德凤：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第192页。

# 浅析 私募登记相关法律问题

○任果 广东为则为律师事务所

自 2014 年开始，私募基金管理人须按有关规定在基金业协会办理登记，至今实施了五年；相应地，律师事务所为此出具法律意见书，自 2016 年开始至今实践了三年。但对于私募基金管理人登记这一行为是否是行政行为、是否具有可诉性、相关登记规则是否能进行司法审查乃至是否适用一次告知及是否属于行政许可，却未能看到相关的法律研究，当然也可能是因为缺乏相关诉讼案件的缘故。笔者作为长期从事资管法律业务的律师，对此做了粗浅的研究。

## 一、私募登记是否为行政行为

### （一）法律授权登记

《中华人民共和国证券投资基金法》（简称“《基金法》”）第十章“非公开募集基金”第八十九条规定：担任非公开募集基金的基金管理人，应当按照规定向基金业协会履行登记手续，报送基本情况；第九十条规定：未经登记，任何单位或者个人不得使用“基金”

或者“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动，但是，法律、行政法规另有规定的除外。

2013 年 6 月在基金法实施的同时，中央编办明确证监会负责私募股权基金的监督管理，实行适度监管。2014 年 1 月，经中央编办同意，证监会授权基金业协会具体负责私募投资基金管理人登记和私募基金备案工作。可见，私募基金管理人应当向基金业协会进

行登记，属于法律明确要求，而不仅仅是行业协会自律性管理措施。

### （二）基金行业协会法定职责

《基金法》第十二章“基金行业协会”第一百一十一条规定，基金行业协会履行职责中包括：依法办理非公开募集基金的登记、备案。

### （三）未经登记而展业的法律责任

《基金法》第十四章“法律责任”第一百三十三条规定：违反本法规定，未经登记，使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动的，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款。

可见，基金法规定未依法进行登记而展业，所面临的是行政处罚措施。综上所述，基金行业协会对私募基金管理人进行登记，系基于法律明确的授权而履行职责，其行为应属于行政行为。

## 二、私募登记的可诉性

《中华人民共和国行政诉讼法》第二条规定：公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织实施的行政行为。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的解释（法释〔2018〕1号）第二十四条规定，当事人对高等学校等事业单位以及律师协会、注册会计师协会等行业协会依据法律、法规、规章的授权实施的行政行为不服提起诉讼的，以该事业单位、行业协会为被告。

综上，笔者认为，基金行业协会作为自律性组织，其行为存在两种性质，即自律性管理行为和依法定授权而实施的行政行为。其中基金行业协会在对私募基金管理人登记时，是根据法律的授权而履行行政管理职权，其行为属于行政行为，具有可诉性，即申请人对基金行业协会进行私募登记的行为不服的，可以基金行业协会为被告向法院提起行政诉讼。

根据上海行政审判十大典型案例（2017年）之十：

王某某诉上海市律师协会不予准许执业许可决定案之“典型意义”，律师协会作为法律法规授权的自治性组织在其职权范围内作出的管理行为，根据新行政诉讼法及其司法解释应确认其行政诉讼的被告主体资格。

同理，在私募登记过程中，基金行业协会登记或不予登记的行为均属于基金法及证监会的授权而作出的管理行为，是具备行政诉讼的被告主体资格。

## 三、私募登记相关规则的司法审查

法律规定了私募基金管理人应当在基金行业协会进行登记，但登记的条件与细节未进行明确，协会出台了系列文件，包括但不限于《私募基金登记备案管理办法》《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》及十多个问题解答。

这就存在一个问题，协会制定的私募登记相关规则，是否属于法院行政诉讼之司法审查的范围？

根据上海行政审判十大典型案例（2017年）之十：王某某诉上海市律师协会不予准许执业许可决定案之“典型意义”，律师协会不属于行政机关，其制定的规范性文件的审查不属于《行政诉讼法》第53条规定的附带审查规范性文件范畴，但人民法院仍然可以在行政案件审理过程中对之进行适用性审查，在不违反上位法的情况下，可作为认定行政行为为合法的依据。

同理，基金行业协会在实施私募登记行政行为时依据的登记规则，虽不属于行政机关制定的规范性文件，法院仍然可以进行适用性审查，包括是否存在违反基金法或与之相抵触的情况。那么，私募基金中对登记法律意见书、股东出资能力（包括实缴与未缴部分）、高管具备3年以上投资经历等要求是否有相关依据以及是否违反证监会所指的“适度监管”等，将可能作为法院审查的一部分。

## 四、私募登记中一次性告知义务的适用

2017年8月30日，国务院法制办公室发布《私募投资基金管理暂行条例（征求意见稿）》，第十一条第二款规定，私募基金管理人报送的材料不齐全或者不符合规定形式的，基金行业协会应当在5个工作日内一次告知需要补正的全部内容。逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理。基金行业协会应当

自受理登记申请之日起20个工作日内，通过网站公告的方式办结登记手续。

目前实践中，基金行业协会反馈时间按照证监会的暂行办法第七条规定，在材料齐备后的20个工作日内进行处理。另外对反馈补正次数进行了限制，即补正5次（5次的计算是否包括第一次法律意见书，实践中存在不同的做法）。对超过补正次数的基金管理人将被锁定3个月，以及个别情形下对该管理人出具登记法律意见书的律师事务所作出“不予登记”的公告，笔者认为上述锁定和公告的措施属于可诉的行政行为，因其基于登记的行政职权。

因此，从实践情况来看，私募登记面临协会多次告知、反馈（每次反馈多为不同问题及要求补正不同材料）的情形，以及审核标准不统一、不清晰、变化快等导致登记拖延甚至不能登记。

## 五、私募登记是否属于行政许可

### （一）法律规定

《中华人民共和国行政许可法》第二条：“本法所称行政许可，是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为”；第二十三条：“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，在法定授权范围内，以自己的名义实施行政许可。被授权的组织适用本法有关行政机关的规定。”由此可见，在法律授权的前提下，基金行业协会具有以自己的名义实施行政许可行为的权力。

私募基金管理人需经法律授权的基金行业协会登记方能使用“基金”等字样进行私募投资管理活动，否则会受到行政处罚，该规定已实质构成私募基金行业准入的条件，符合行政许可的定义。

### （二）证监会否认属于行政许可

证监会新闻发言人张晓军表示，私募基金管理人登记不属于行政许可事项，基金行业协会颁发登记证书，只是为其履行完登记手续的一个证明措施，不意味实行牌照管理，不构成对其管理能力的认可，不作为对其资金管理安全的认可。对私募基金的管理，目前以行业自律为主，以信息披露为主，辅之以事中事后的适度监管。

虽然如此，但以上表述并非符合因果关系的逻辑。行政许可作为市场准入规则的重要手段，意味着对申

请人/当事人赋予某种资格或权利，使其能够在特定领域及行业从事活动，并不代表资质背书（如公司注册属于行政许可，但登记的注册资本并非代表登记机关对公司实力的认可或背书）。

因此，上述发言认为“私募登记不构成对管理机构管理能力和资金管理安全的认可”与“该登记不属于行政许可”无必然联系，无法否认私募登记实质上已构成行政许可的事实。故笔者认为，鉴于登记行为属于可诉的行政行为，一旦基金行业协会被诉，则协会需要就登记中的具体行为，包括但不限于限制补正次数、登记所需材料、新增事项（如股东出资能力、高管3年以上投资年限经验）等进行举证；同时，考虑到国务院法制办已经发布私募监督管理的征求意见稿，基金行业协会应先行自我约束，推进行业发展，否则，法院如对此征求意见稿部分符合行政行为程序性事宜作为通用规则进行参照适用，协会将面临不利的境况。

### （三）作为行政许可的必要性

如果说2015年履行登记是适度性监管，那么经过这几年对私募基金不断加强监管，尤其是大资管意见的出台，实现机构监管、功能监管为一体，避免监管套利，同时也避免不平等的监管，在此背景下，将私募基金管理人的登记作为行政许可，符合大的统一监管方针。

私募基金已经成为关系国家金融稳定的大事，不属于行政许可法第十三条第（三）款中“行业组织或者中介机构能够自律管理的”之情形。

设立行政许可并非是限制行业的发展，更为重要的意义在于约束行政机关，因为行政许可要求明确申请材料清单、一次告知、听证和标准公开化以及权利救济等。

综上所述，笔者认为目前私募登记已实质性构成行政许可，有关权力部门应将其尽快进行纳入行政许可的规制范围内，从而避免实质上是行政许可但却不受制于行政许可法规范的真空状态或法外之地。

**私募登记系作为2万多家已登记的私募基金管理人及此后陆续入场的内资、外资发展的重要窗口，更是金融业法治基础建设的重要部分。基金行业协会作为现行基金法确定的私募法定登记机构，应主动响应法治的时代需要，积极依法行政，为资管行业的发展提供可预期的、透明的监管服务。**

# 人大监督 与检察公益诉讼 之罗湖实践\*

○ 闵齐双 王佳斌 广东嘉得信律师事务所

检察公益诉讼作为一项具有中国特色的社会主义诉讼制度，是党中央和习近平总书记亲自决策部署并推进的一项重大改革举措，是以法治思维和法治方式推进国家治理体系和治理能力现代化的一项全局性、战略性的制度安排，制度的建立完整经历了顶层设计、立法授权、试点先行、立法保障、全面部署五个阶段。2019年3月15日第十三届全国人民代表大会第二次会议通过的《关于最高人民检察院工作报告的决议》更是从国家最高权力机关的层面将公益诉讼与刑事、民事、行政共同确立为“四大检察”职能，同时随着有关检察公益诉讼的各层级立法相继展开完善，检察公益诉讼作为检察机关“一把手工程”<sup>①</sup>已稳步迈向新纪元。

检察公益诉讼自2015年试点发展开始至今，全国各地均已经取得了一定的成果，同时也在司法实践中发现了一些问题并总结出若干宝贵的经验，就深圳市罗湖区检察公益诉讼取得的成效而言，人大监督与检

察公益诉讼的有机结合及良性互动无疑是检察公益诉讼法治理念的丰富展现及其生命力与活力的重要源泉。

## 一、人大监督与检察公益诉讼的有机结合是我国社会主义法制体系的内在统一

人大监督与检察公益诉讼作为不同层级、不同层面、不同重点的监督立法设计在社会主义法制体系中的宗旨及法治价值观是一致的。检察公益诉讼作为“四大检察”职能之一，其法律监督具有独立性，宪法规定：

“人民检察院依法独立行使检察权，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉”，但同时宪法规定“一府一委两院”由人大产生、对人大负责、受人大监督，人大监督属于权力监督，是最高层次的监督，是最具权威性的监督，检察机关必须接受人大的权力监督及法律监督。人大监督的客体具有宏观普遍性，而检察监督的客体则侧重于微观个案性。人大监督与检察监

\* 本文系广东嘉得信律师事务所参与深圳市罗湖区公益诉讼监督实务与理论创新课题的研究成果之一。

① “一把手工程”：《法制网》（2018.10.17），《张军：要把公益诉讼作为“一把手”工程来抓》。

督的有机结合与良性互动会形成监督合力，通过二者全面的支持与配合、有效的对接与沟通，建立健康高效的运行机制，共同保证宪法和法律得到正确全面的实施。反之，若模糊二者监督的层级和边界不按照二者各自的规则和规律运行则非如所愿。

## 二、人大监督与检察公益诉讼有机结合的外在法律实践是检察公益诉讼法治架构的应然状态

将检察公益诉讼作为检察监督职能的一个具体法律技术手段在微观个案上予以执行是检察公益诉讼试点以来比较普遍的一个状态，大力推进检察公益诉讼具体案件的落地执行无可厚非，但若在此过程中缺少了整体系统的法治理念及以人大监督统领全局的法律监督意识则可能会弱化检察监督职能充分有效的发挥。目前将人大监督与检察公益诉讼进行全面有机结合在法律实践中还具有一定创新性和探索性，各地均有一定的不同方式、不同层面的有益实践，但大多尚未形成普遍性、全局性、机制性、常态性的运行状态。

而检察公益诉讼的制度定位充分体现党中央的全局谋略及法治理念，制度设计的初衷和价值追求始终聚焦于一点，即引入司法手段促进法治政府建设，完善国家治理。人大监督在社会主义法治体系及法治建设中的全局性、统领性、重要性不言而喻，故检察公益诉讼作为重要的检察监督职能欲真正实现党中央对其法治架构的设计初衷，其与人大监督进行有机结合是必然与应然之状态。

## 三、人大监督与检察公益诉讼有机结合之罗湖实践

### （一）全市首创人大代表履职与公益诉讼相结合监督模式

自2015年7月检察机关提起公益诉讼试点工作以来，深圳市罗湖区人民检察院坚持以满足人民新时代美好需求为目标，自觉肩负起“公共利益代表”的重要责任，不断推进检察公益诉讼全面深入开展，强化对国家利益和社会公共利益的保护，监督规模逐步扩大，监督机制趋于健全，监督方式日益丰富，监督质量不断提升，社会影响力持续增强，整体工作走在全国前列。

罗湖区人民检察院公益诉讼最突出的做法及最大的亮点应当是创立并始终坚持“人大代表履职监督与

公益诉讼相结合”的模式。

罗湖区人大常委会紧紧把握党中央关于检察公益诉讼的制度定位，高度重视罗湖区人民检察院公益诉讼工作，将主动支持与依法监督有机结合，充分发挥基层人大代表基层广泛性、监督全面性等独特作用，构筑点线面立体的良性机制。2017年5月，在罗湖区人大常委会支持下，罗湖区人民检察院召开“凝心聚智、守护公益”座谈会，充分听取基层人大代表的建议和意见。参会人大代表就“人大代表履职与公益诉讼相结合的工作模式”进行了探讨并达成共识，在全市首创“人大代表履职与检察院公益诉讼相结合”的监督方式，以整合各方优势资源，扩大监督范围，增强监督威慑力。

罗湖区“人大代表履职与公益诉讼相结合的工作模式”在实践中形成了一套良性运作机制：

一是明确思路，成立公益诉讼监督工作小组。基于检察公益诉讼的公益性和对重点民生问题的保护作用与人大代表监督目标一致，罗湖区人大常委会联合区检察院，共同成立由30名市、区人大代表和检察官组成的公益诉讼监督工作小组，有机地将人大代表履职与检察院公益诉讼相结合，针对环境污染、公共安全隐患等问题形成监督合力，加强对社会公共利益的保护。

二是精心选题，找准代表履职与公益诉讼切入点。充分发挥人大代表履职的覆盖面广、社区调研多、能为公益诉讼提供充足线索的优势，弥补检察机关案源少的问题，重点挑选了东湖公园河流黑臭问题、笔架山河桂园段的红桂小学、国都花园地段地陷、墙体下沉断裂等群众反映强烈的公共问题作为新监督方式的试验田。

三是专题督办，形成人大监督与检察监督合力。针对立案案件，公益诉讼监督工作小组整体统筹，由市、区人大代表对责任部门不作为或不当作为进行调研和询问，由检察院启动公益诉讼诉前程序，合力倒逼相关行政机关依法落实责任。尤其在羊台山森林公园毁林案中，通过约谈调查、联合检查、会商研究、检察建议等多种监督形式合力并举，促使行政机关相应整改工作落实到位，该案办理过程获得了社会各界的广泛关注，检察日报、高检院微信公众号等权威媒体也对此进行了重点报道。

四是跟踪落实，确保监督工作取得实效。建立全程跟踪机制，一方面由工作小组定期组织相关责任部

门召开工作会议督办案件，按督办工作会议纪要逐一跟踪督办；另一方面定期到案件现场察看，实时掌控工作落实进度。在严格跟踪监督下，实现三个月内完成东湖公园水污染治理工作；在短期内对笔架山河排查并推进整治安全隐患点389处，对治水提质这一老大难工作提供了一种以监督推动落实的切实可行的有效办法。

### （二）组织召开公益诉讼联席会议

为进一步延伸监督触角，提升公益保护监督维度，罗湖区人大法制委员会联合区检察院组织十个街道人大工委召开公益诉讼联席会议。通过详解公益诉讼制度、分析典型案例、交流探讨，提高街道人大工委负责人、工作人员的公益监督意识，引导公益诉讼监督工作深入街道扎根社区，充分发挥公益诉讼监督在推进治水提质、消除安全隐患等重点工作中的促进作用，形成合力，促进公益诉讼监督工作新发展。

### （三）完善公益诉讼监督平台，提高政府依法行政水平

早在2017年，在区人大常委会的大力推动下，区检察院依托区综合执法信息平台，成功搭建并运行了“公益诉讼监督平台”。法制委员会组织区检察院、法制办、数字管理局等有关部门召开座谈会，会上各部门深入探讨，达成共识，合力构建全区统一的行政执法监督平台，积极落实线上办理、及时上传信息、数据全面等规范化要求，做到执法公示及全过程记录，便于监委、检察院等监督部门开展全过程、全要素、

全动态的监督，助推依法行政。

### （四）出台人大监督与检察公益诉讼协调工作机制实施意见

经过探索和实践，人大监督与检察公益诉讼合作机制已得到印证和认可，为巩固模式，区法制委员会联合区检察院共同起草了《关于建立人大监督与检察公益诉讼协调工作机制促进公共利益保护的实施意见》，并提请区人大常委会于2018年8月28日正式印发施行，可以说，是全省首创。该实施意见结合罗湖实际，通过建立工作联席会议和日常联动机制，在线索发现、立案监督、调查取证等方面共同发力，发挥区人大、检察机关的各自优势，推动公益诉讼监督工作跃上新的台阶，对国家和公共利益保护发挥更大的作用。

### （五）开展公益诉讼监督约谈和联合检查行动

针对东部过境高速公路工程施工过程中引起的水土流失、扬尘污染、水源污染等问题，区法制委员会联合区检察院组织市人大代表开展公益诉讼监督约谈和联合检查行动，督促市交委、市人居委等主管部门和施工单位提高环保意识，采取切实有效的整改措施，解决环境污染生态破坏问题。目前损害环境公益的状况已大为改善，危害生态环境资源和人居安全生产的隐患得到有效消除。通过监督，推动市级行政主管部门完善了水土流失防治的监管执法标准，从源头上避免水土流失问题重复发生，为营造和谐的施工环境与可持续发展的生态发展提供了更全面的法制保障。

## 不忘初心，方得始终；任重道远，砥砺前行

刚刚过去的2018年是公益诉讼检察制度确立后的开局之年，今年罗湖区人大还将探索建立公益诉讼观察员机制，发挥人大代表、专业人士的优势，参与相关事实与法律的调研工作，解决公益诉讼职能与队伍建设间的矛盾，提高公益诉讼监督实效。同时将适时启动并全面开展人大常委会询问和质询的监督机制，对公益诉讼案件中的热点、重点、难点问题，加强监督力度，充分发挥人大代表的作用及人大常委会的监督力量，从而提升检察公益诉讼的效率和质量，从权力机关层面加大社会公益保护力度，有效服务和保障大局，紧紧围绕“粤港澳大湾区建设”等党和国家重大决策部署，扎实推进公益诉讼工作，更加积极地回应人民群众对天更蓝、水更清、空气更清新、食品更安全等美好需求。

## 民办教育机构法律尽职调查 要点及分析

○肖燕 广东卓建律师事务所

一般来说，对教育机构进行法律尽职调查，其商业目的不外乎以下几类：一是产业整合；二是投资；三是接管企业或者学校。法律风险的严重程度，其核心在于对业务正常开展及商事主体存续产生影响的程度。因此，笔者建议，律师或者法务在对企业或学校进行法律尽职调查之前，除需了解商业目的外，可以邀请熟悉企业或学校业务的人对尽调标的的业务进行简单介绍，重点关注业务种类、业务流程、收入结构、主要业务文书和商业模式。笔者结合自身对教育机构法律尽职调查的经验，对需要重点关注的事项进行简单的分析。

### 产权归属

对于法律尽职调查来说，核查产权及出资情况是最核心的一步，教育机构也不例外，操作流程和基本步骤与其他主体一样。特殊的是，民办非企业法人资料（类似于工商档案）需要在民政部门打印。民办非企业法人一般不称股东，为举办者，学校举办者变更，需要履行行政审批手续。

VIE架构对产权的影响。教育企业在境外上市，需采用VIE架构。很多企业上市规划清晰，提前搭好VIE架构，部分企业出于获取美元基金的需要，也会提前搭好VIE架构。存在VIE架构，教育机构真实的股权结构的判断无法单纯从国内工商部门核查，依赖于境外律师的核查结果或者标的公司主动提供资料，尽调过程中需要特别关注。判断企业是否搭有VIE架构，可利用一个小技巧，即关注公司股东所持股权是否全部质押，若质押了，而且是质押给了一家香港公司在境内设立的外商独资企业，一般就可以判断搭有VIE架构。

整合到同一主体的问题。教育培训机构需要在不同的地区开设不同的教学点，以就近获取生源。虽然是属于同一品牌，但不同地区开设的教学点，考虑到运营管理的方便及实践中的各种问题（当地工商、税务的要求、办学许可证的管辖范围等），往往会设立不同的法人主体。而有上市或者其他资本运作需求的主体，首先面临的问题就是能否并表。为了实现并表这一商业目的，开立在不同地区、用不同的主体作为举办者设立的培训机构或学校，必须整合在同一主体名下。因此，整合的可行性和难度是法律尽职调查的过程中需要重点关注的一个问题，直接影响方案的可行性和最终的商业目的达成。

行性和最终的商业目的达成。

举办者为自然人的情况。在教育机构中特别是规模比较小的学校，举办者为自然人的较为普遍。对于后续有转让、融资或者上市安排的学校来说，举办者为自然人，存在诸多的不便和障碍，主要为以下两个方面：一是举办者变更程序多，周期长，不确定性高；二是举办者为自然人，无法直接从投资人层面进行拆分或者增信。因此，在法律尽职调查过程中，遇到举办者为自然人的情况，律师应当特别关注，这属于商业层面非常重大的法律风险。

### 业务资质

与民办学校有关的资质证书，主要有两种，即办学许可证和互联网增值电信业务许可证。这两种证书的核查方式一般是要求标的公司提供加盖公章的扫描件即可，属于较易获取的文件，核查难度较低。

办学许可证：2017年9月1日生效的《民办教育促进法》原来第六十六条“在工商行政管理部门登记注册的经营性的民办培训机构的管理办法，由国务院另行规定”这一表述，改为“境外的组织和个人在中国境内合作办学的办法，由国务院规定。”因此，即要求民办培训机构必须取得办学许可证。办学许可证使用的区域范围是有限的，一张办学许可证只在发证机关所在区县的范围内有效（有一些地区出台了便民政策，同一个设区的市在别的区办学备案即可，不需要另行申请办学许可证，但这样的政策属于少数）。办学许可证是有明确的办学内容及范围限定的，部分教育机构的教学内容与办学许可的范围并不一致。

增值电信业务许可证：这是以互联网的方式提供教育服务的企业需要办理的证书。在线教育机构或者在线教育内容的教育机构的法律尽调，需要重点关注这一资质。

关于资质缺失问题的认识。作为专业法律人士，在服务于投资决策和风险防范的过程中，不可避免地需要作出判断，回复决策层。笔者结合过往项目经验，认为可以从以下几个方面来思考、权衡、解答这类问题：

1. 企业或者学校发展阶段的办证情况。一般来说，教育培训机构早期存在没有办学许可证或者办学许可证不全的问题是正常的，由于是轻资产公司，距

离规划的上市时间也相对较长，整改时间充裕。

2. 投资目的。如果是为了产业链的上下游整合，做大体量，其实更看重业绩，是否有资质并没有太大影响；但如果为了短期内上市，而且处于规划的报告期内，这个问题就可能比较严峻，需要重点关注。

3. 资质数量。实践中发现，形成规模的培训机构，往往不是没有资质，而是没有足够的资质，换言之，就是有的主体有办学许可证，有的主体没有办学许可证。从已经交表的企业披露的情况来看，百分之百有办学许可证的培训机构其实还是少数（基本可以断言不存在）。

4. 体量。国家政策规范校外培训机构，并不是为了禁止，而是规范，能整改的一般是帮助整改以达到合规。培训机构体量较大，学生人数必然多，涉及较多的学生利益，而且企业纳税，创造就业机会，自身经济实力也较为雄厚，一般来说，整改成功后取得办学许可的概率也会相对高一些。

5. 对于实体学校（特别是学历教育）来说，办学许可证是前置性的办学条件。这是一个没有商量余地的问题。

6. 对于学历教育之外的教育机构，确认没有办学许可证之后，更应当关注实质问题，即是否符合办学条件，是否完全符合取得办学许可证的硬性条件。

### 办学场所

在法律尽职调查的过程中，对于房屋及经营场所采用的核查手段为核查租赁合同、产权证书、抽样现场检查、访谈出租方等等。由于政策对于教育机构提出了特殊要求，导致在对教育机构进行法律尽职调查的过程中，需要对办学场所的下列事项特别关注。

消防合规。消防合规对于教育机构来说，特别重要。一般实体学校不大可能存在消防问题，出现问题的往往在于校外培训机构。从合规性角度来说，消防合规是取得办学许可证的前提；在当前国家对校外培训机构重点整治的过程中，消防不合规属于重点整改事项；从保障学生（特别是未成年学生）人身健康角度，消防涉及公共利益。但是，在具体的实践中，特别是涉及到多个校区和办学点的培训机构，消防完全合规是一个很难实现的目标。具体而言，消防合规需要关注的包括：是否取得消防验收许可（1000平方米以上要

求许可）或者备案；是否地下室；是否三层以上。消防执法尺度在实践中也存在不同，笔者在实践中发现部分明显不合规的场所也取得了消防验收文件，例如：少儿培训机构在五层办学，或地下室办学，或面积大于1000平方米竟然用的是消防备案。在当前校外培训机构严监管的大背景之下，建议在尽调的过程中，对消防合规与否做实质重于形式的判断，充分揭示风险。

生均面积。2018年8月6日生效的《国务院办公厅关于规范校外培训机构发展的意见》明确规定：“校外培训机构必须有符合安全条件的固定场所，同一培训时段内生均面积不低于3平方米，确保不拥挤、易疏散。”校外培训机构的生均面积不低于3平方米，这是一个非常高的要求，在实践中很难保证和实现。

关于办学场所合规的认识。对于校外培训机构来说，办学场所合规本质上是商业成本和合规风险权衡取舍的问题。租一个消防完全合规的办学场所成本可能比一个消防不合规场所价格高20%-50%；一个教室30平方米，按照生均3平方米算的话，只能容纳10个学生，但是容纳20个学生也不会显得拥挤，合规的话，收入就减少了一半，而且，校外培训机构周一至周五白天无法上课，晚上上课不得超过八点半。因此，办学场所合规的障碍不在于合规要求本身，而在于合规产生的巨大商业运营成本。具体的选择，需要经营者结合场所安全、执法尺度、商业成本、商业模式等进行综合权衡取舍。

### 税务合规

教育机构与其他行业的税务事项的尽调方法和尽调关注点是一样的。最大的区别在于，教育是一个消费行业，对应的是C端消费者，税务不合规的可能性比其他行业更高一些。主要的问题体现在私账收款、现金收款、分红不规范、做账不规范、关联款往来频繁、开票不规范等。因此，民办教育机构是否构成偷税在尽调的过程中需要特别关注，也比较容易受到税务行政处罚。

从笔者的经验来看，在校外培训机构中，偷税这一问题基本是很难回避的。如果企业准备上市或者投资者安排的退出方式是IPO，则不可避免需要评估该问题的影响。从评估的角度来看，主要考量的因素有四个方面：一是税务不合规问题有多严重；二是投资



人愿意给出多长的时间进行整改；三是投资人愿意为整改花费多少钱；四是公司的业务体量有多大。一般来说，如果税务不合规问题特别严重，就会考虑换壳，将相关业务装入一个新的公司，注销历史遗留问题比较严重的主体；如果问题较小，涉及的税款数额较小，可以考虑补缴税款和滞纳金，或者适当往后调整报告期。总的来说，教育培训机构一般在港股和美股上市，这两个市场对于合规性的要求会低于A股，更看重的是信息披露的真实性和完整性，故而在财务数据和业务数据足够漂亮的情况下，税务问题还是有解释空间的。

### 无形资产

教育机构属于知识密集型产业，因此往往存在数量较多的无形资产（商标、软件著作权、作品著作权、专利、域名）。对于知识产权的核查思路与其他行业一样，一般流程是标的公司提供证书扫描件，在官方网站逐一核查。

无形资产登记在创始人个人名下的问题。笔者在尽调的过程中，发现很多教育企业的无形资产登记在创始人个人名下。早期创业，大多教育企业的创始人并未考虑太多，知识产权就直接登记于个人名下，后来公司或者品牌做大做强了，也一直没有变更。遇到这样的问题，建议创始人访谈时增加著作权相关问题的访谈，后续投资过程中，将著作权转移到标的公司名下作为投资的先决条件。

关于核心商标的问题。部分教育类的轻资产公司，在业务的开展过程中，在行业内形成了一定的知名

度。其业务的宣传及开展已经和个别“文字”“图形”等结合在一起，该“文字”或“图形”已经在行业内成为其代号；但是由于相关企业的创始人在早期创业时，没有商标保护的意识，并未申请注册商标，或者使用的文字或图形是其他主体已经注册的商标，导致在后续的经营过程中，无法注册到商标或者侵犯其他主体现有权利，无法做加盟，被权利方要求高价购买。因此，律师或者法务对于有特殊字符或图形依赖的早期创业类教育企业，需要重点核查相关核心文字和图形是否取得注册商标。

### 劳动人事

教育机构员工用工一般较多，人工成本是教育行业成本中最大的一块。从笔者的经验来看，教育机构劳动人事不合规的可能性及比例非常高。核查教育企业的劳动人事问题按照一般尽调步骤操作即可，其中，还要客观评估未按照规定缴纳社保和公积金对企业上市的影响。笔者对港股已经上市的教育类企业的招股说明书进行过简单研究，发现这些已经上市的企业基本都存在或者历史上存在未按照规定缴纳社保的问题。换言之，一般情况下，未按照法律的规定全额缴纳社保和公积金一般不会是港股上市的实质障碍，如实披露，详细整改，后续完善即可。

前几年，资本关注教育赛道，导致教育产业受到VC、PE机构的追捧，出现大量教育类创业企业，教育类企业的估值偏高，烧钱抢市场。而其中，影响最大的便是含有“在线教育”“互联网教育”概念的企业。教育+互联网，产生了很多新的法律问题：增值电信业务许可；全国各地的老师如何购买社保，如何签署授课合同；授课系统软件著作权；教育APP内容的健康与监管；提供全国在线教育服务企业的监管机关；在线教育企业是否需要办学许可证及适用范围；等等。新问题本质上还是旧问题，回到法理，理解商业，关注本质。

法律尽职调查的目的最终是服务于商业行为，发现问题，揭示风险，提出方案，帮助客户决策。因此，律师进行法律尽职调查应当了解商业模式，理清业务流程，关注核心财务指标，理解商业目的，与业务协同、与财务协同，了解事实，揭示风险，作出判断，提供方案。

## 从一起专利无效案 看制图规范对技术信息的隐含披露

○孙大勇 北京大成（深圳）律师事务所

在代理一起专利侵权诉讼过程中，笔者怀疑原告所持有的实用新型专利并不稳定，即可能不具有新颖性或创造性，经同我方当事人沟通后，笔者对原告专利的稳定性展开全球专利的检索和分析。所谓全球专利的检索和分析指的是，通过检索世界上主要国家（一般指七国两组织：中、美、英、法、德、瑞士、日本、WO、EP）历年对外公开的全部专利文献对原告专利的新颖性和创造性进行评价。如果一项专利其技术内容在中国或者世界上别的国家、地区已经公开或者虽然没有公开但创造的高度不能达到世界技术层面的一定高度（即不具备创造性），则中国专利复审委即可以宣告中国专利局授予的专利无效。

经检索分析，笔者认为 CN201187734Y 号中国实用新型专利公开了原告专利的全部技术内容，原告专利不具有新颖性从而应当被宣告无效。

在案件的分析讨论过程中，笔者发现一个问题，CN201187734Y 号中国实用新型专利文字说明部分未公开的内容需要通过专利附图读入时，受过工程制图训练的人和未受过工程制图训练的人对该问题产生了重大分歧。例如同样都受过理工科教育，机械专业的学生普遍受过工程制图训练，而电子专业、计算机专业、化学专业等往往并未受过工程制图训练，在看到同样的专利附图时，机械专业的学生能够成功读入 CN201187734Y 号中国实用新型专利文字说明部分未公开的内容，而电子专业等学生完全相反，即在不加提示的情况下不能自主读入。

这种技术知识认知上的差异着实让笔者吃惊不小，故在代理下面提到的“一种新型一体式 LED 透镜装置”专利无效案中也非常慎重，唯恐技术阐述不透导致中国专利复审委不采纳我方意见。所幸，中国专利复审委的审查员们水平都很高，在笔者结合工程制图的基本知识和专利绘图的一般知识讲解后，他们完全采纳笔者的主张，认可专利附图隐含公开了 CN201187734Y 号中国实用新型专利文字说明部分未公开的内容，并宣告“一种新型一体式 LED 透镜装置”专利全部无效。

鉴于该案代理中的小插曲，同时为提醒广大同仁

或专利代理人，笔者特撰此文以分享交流。

### 基本案情

关于本专利：本专利名称为“一种新型一体式 LED 透镜装置”，专利号为 ZL201120354659.9 号实用新型专利，其申请日为 2011 年 9 月 15 日。本专利授权公告时的独立权利要求书如下：1. 一种新型一体式 LED 透镜装置，包括支架、透镜，其主要特征是：所述支架与透镜为一次注塑成型。

关于对比文件：笔者团队经检索确定 CN201187734Y 号中国实用新型专利说明书作为对比文件（以下简称“证据 1”），认定本专利权利要求 1 不具有新颖性。证据 1 的授权公告日为 2009 年 1 月 28 日。结合本次提交的证据，笔者认为：证据 1 公开了本专利权利要求 1 的全部技术特征。

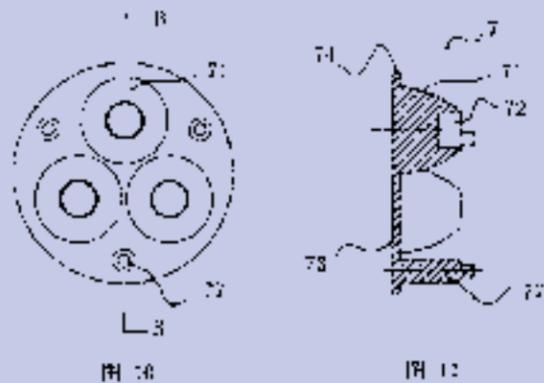
法律依据：笔者认为本专利无效所引用的法律依据为专利法第 22 条第 2 款的规定，即：新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术；也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。

### 律师分析

根据前述专利法对专利新颖性的规定，鉴于证据 1 的公开日为 2009 年 1 月 28 日，早于本专利的申请日 2011 年 9 月 15 日，因此证据 1 可以作为现有技术评价本专利的新颖性。问题的关键在于证据 1 是否完整公开了本专利权利要求 1 的全部技术特征。

本专利权利要求 1 请求保护一种新型一体式 LED 透镜装置，证据 1 公开了一种 LED 聚光透镜，二者属于相同的技术领域。证据 1 具体公开了如下技术内容（图 10、11）：图 11 为设有三个独立锥形反光部之实施例的后视图，透镜本体 7 包括前端面 73、锥形反光部 71、锥形反光部 71 后端向内凹设有的 LED 灯置放孔 72、外沿处设有的凸边 74，并且于透镜本体的后端面沿中心周边均设有三个安装支柱 77（便于 LED 聚光透镜的固定），以上所述的实施例中，透镜本体均

为一体化结构，可以经注射机注塑成形，一般采用 PMMA 亚克力或 PC 材料。



基于证据 1 公开的上述内容可知，安装支柱 77 相当于本专利权利要求 1 中的支架，透镜本体 7 中锥形反光部 71 包围的部分相当于本专利权利要求 1 中的透镜。证据 1 虽然没有明确提及安装支柱 77 为透镜本体 7 的一部分，与透镜部分为一体结构，但是，一方面，图 11 为图 10 的剖面图，从其剖面线来看，安装支柱 77 与锥形反光部 71 包围的透镜部分采用了连续且相同的剖面线描绘，按照本领域技术人员对制图要求的认知应当认定二者为一体结构；另一方面，根据图 11 中附图标记的表示方式，透镜本体用数字“7”表示，并悬空标注，而其中包含的具体部件均采用以“7”开头的数字标注并指向具体的结构，根据上述标注方式也可知安装支柱 77 与锥形反光部 71 包围的透镜部分一样，均为透镜本体 7 的一部分。结合证据 1 第 7 页第 2 段明确记载的“透镜本体均为一体化结构，可以经注射机注塑成形”可知，证据 1 的技术方案中作为支架的安装支柱 77 和作为透镜的锥形反光部 71 所包围的部分可以经注射机注塑一体成型，其实质上已经公开了本专利权利要求 1 中的“所述支架与透镜为一次注塑成型”的特征。可见，证据 1 已经公开了本专利权利要求 1 的全部技术特征，并且二者同属于 LED 透镜技术领域，都解决了透镜与固定装置一体成型以便于定位和固定、方便使用，进而能够确保聚光性能的技术问题，所达到的效果也相同。因此，在证

据 1 技术方案已经公开的情况下，本专利权利要求 1 不具备专利法第 22 条第 2 款规定的新颖性。

### 律师评论

在中国任何授权的发明和实用新型都须具备三性即新颖性、创造性和实用性，否则即可以被宣告无效。通俗地讲，所谓新颖性即要求一项专利技术必须是全新的，至少做到国内外没有任何专利文献、公开出版物等披露过该专利的技术方案。一项专利一旦被认定没有新颖性，即可以说明该项“专利”被在先他人的专利文献或者公开出版物等所完全公开。

本案中，本专利所限定的技术特征为：“所述支架与透镜为一次注塑成型”，这意味着支架与透镜须在注塑成型后成为一体结构。然而证据 1 的文字部分却没有明确提及安装支柱 77（相当于支架）与锥形反光部 71（相当于透镜）为一体结构。

鉴此，笔者引入工程制图规范和专利绘图规范来解释证据 1 专利附图所隐含披露的技术内容：一方面，图 11 为图 10 的剖面图，从其剖面线来看，安装支柱 77 与锥形反光部 71 包围的透镜部分采用了连续且相同的剖面线描绘，按照本领域技术人员对制图要求的认知应当认定二者为一体结构；另一方面，根据图 11 中附图标记的表示方式，透镜本体用数字“7”表示，并悬空标注，而其中包含的具体部件均采用以“7”开头的数字标注并指向具体的结构，根据上述标注方式也可知安装支柱 77 与锥形反光部 71 包围的透镜部分一样，均为透镜本体 7 的一部分。结合证据 1 第 7 页第 2 段明确记载的“透镜本体均为一体化结构，可以经注射机注塑成形”可知，证据 1 的技术方案中作为支架的安装支柱 77 和作为透镜的锥形反光部 71 所包围的部分可以经注射机注塑一体成型，证据 1 实质上已经公开了本专利权利要求 1 中的“所述支架与透镜为一次注塑成型”的特征。

俗语称“图纸是工程师的语言”，掌握制图知识和相关制图操作规范有利于深入解读专利附图所表达的内容，读到专利文献的文字部分所未能披露的内容。律师要善于从专利附图中寻找有价值的技术信息以实现成功代理。



## 当才华撑不起野心时，焦虑有何用？

◎连婕 北京市盈科（深圳）律师事务所

狼子野心！白岩松口中这个浮躁的中国，现实的中国，一切向钱看的中国。哪怕街头乞讨，也想成为街头一哥。这哪里是北上广深人们的焦虑，整个中国，我看哪里的人都焦虑。

人们每天忙忙碌碌，似乎只有忙碌才能证实自己的

存在。仔细想想，一边忙碌一边焦虑，忙得有效果吗？焦虑有用吗？记得一位名人建议，焦虑的时候，做些看似无用的事情：看书、爬山、跑步，出去看看河山，呼吸新鲜空气……就说读书吧，看书的时候，可以和作者进行思想的交流、碰撞，激发自己的创意和灵感。

### 从康德的思想里，学习解放焦虑情绪

看康德的书，了解康德的思想，我们来谈谈道德，自由，理性。

在道德中，要区别义务和倾向。按照康德的理念，“义务”是我认为某件事是正当的而去做这件事，“倾向”是我认为某件事是有用的而去做这件事。“正当的”做了未必对自己有用，是本着社会责任感而去做；而“有用的”，多半是对自己对家人有用，所以是倾向。因此，“倾向”和“义务”一旦发生冲突。就出现了道德权衡的必要。在自由中，要区别自律和他律。

“自律”是我可以根据自由意志而行动，“他律”是我只能根据外在的规定或者规律而行动。康德认为，当意志由自律所决定时，我们受自己给定的法则支配，才是真正的自由。由于关于道德的判定只关注行为的动机，只关注目的本身，因此，只有在自律情况下，才存在道德性。在理性里，要区别绝对命令和假言命令。“绝对命令”可以理解为无条件命令，“假言命令”可以理解为有条件命令。也就是说，我这样做，肯定是不道德的，这是绝对命令，听从了这样的道德命令的结论，看起来，应该是道德的。可是这个道德涣散的社会，到底什么是道德？为了社会，损害亲人的利益是道德？为了他人，损害自己的利益是道德？满足了私欲，是不道德？满足了自己的心理需求，是不道德？恰恰如此，这是一个用自己道德标准强加于别人的道德标准的年代。庆幸的是，我们在提高自己的文化水准的同时，也提高了自身的甄别能力，不是人云亦云。就“假言命令”而言，例如，老板对你说，想加薪升职？那你今年必须创收提高100%，这是假言命令。这是典型的如果想要A，所以要B。

通过上述的康德思想，我们发现，学习和研究思想家的书籍和理论，能解放一部分我们自我制造的焦虑。

### 步步扎实地提升才华，以追赶野心

才华撑不起野心，应该是大多数焦虑的来源，即想法太大，但能力不足，知识不够。

比如，你想做老板，做大老板，那就从经商的书

籍开始吧，理论的、实践的、案例型、指导型、人物传记型等等，从别人的失败与成功经验里了解如何经商。你想做旅游记者，那先从旅游开始吧，如果认为开罗在罗马、斯德哥尔摩在摩洛哥的话，那从《国家地理》开始吧。

每个人都可以有大想法，问题是有大想法，该有怎么个想法；有了想法，还有怎么个大做法；有了做法，还有怎么个有效法。

有一次我带孩子到一个工地，指着很深的地基对他说：“你猜，为什么这里打这么深的地基，有这么多的工人在里面搭建脚手架，钢筋、缆线、水泥块浇灌无数块？还有数不清的专业建筑材料，都在地下？”他看了几分钟告诉我，说明这里要建造一座很高的楼，楼的上层高度决定了下层深度，这跟选址的土壤、岩石结构、水源等等都有关系，具体到和地基里的岩石、土壤的密度和颗粒大小、沙化程度都很有关系。地基的好坏决定了大楼会不会倒，就跟滨海大道的树一样，同样生长了那么多年，台风来了，有的不会倒，有的就倒了，主要还是因为树根不深。我很诧异，下巴都合不拢了，不敢相信这是一位8岁的小朋友说的话。我对他说，请收下我的膝盖，为什么他能说得那么精准到位。他哈哈笑，然后告诉我，这些他在书上都看过。

当你能力还驾驭不了你的目标时，去学习，去历练。

### 腹有诗书气自华，读书使人明志

《权力的游戏》真是一部神剧，血色婚礼，够血腥吧；魔山杀人，够血腥了吧。这部片子之所以那么吸引人，真的是包含了很多的元素：亲情、爱情、友情，师生情、同事情，生离死别情，人畜异类情等等，人性描画深刻透彻。其中，七国之王的争夺，是无数场战役构成的。我由此想到现实生活，职场、商场也需要积累。

我特别喜欢剧中追求知识的山姆，走了这么多季终于去到了学城，完成一个知识改变命运的旅程。还记得，山姆用从书本上学来的知识，治疗莫尔蒙的灰鳞病<sup>①</sup>。莫尔蒙问山姆，“你以前做过这样的手术吗？”

山姆说：“没有，但是目前别人都不愿意治疗你，你只能寄希望于我了。”到底是读书人，这话术，杠杠的！山姆每天转悠大图书馆，跟着大学士学习，这些桥段我看着感觉也很过瘾。

这让我忆起曾经跑遍深圳各大图书馆的经历，忆起在图书馆阅读书籍的时刻，心灵是如此的平静。

焦虑，会不会因为书没读够？所以焦虑的时候，我就告诉自己，书不够了。

我看过吴晓波的《腾讯传》，其全景式地记录了腾讯集团创始人马化腾及其创始团队一起奋战的经历，著名大咖吴先生写出来的精品，真的非常精彩！

某次我打欢乐斗地主，发现游戏画面背景正是深圳的一个景观。当时背景里的地王大厦，会时不时有一溜如彗星一样的东西闪过，引起了我的注意。当时未有太多的联想，但是看到《腾讯传》里，描述马化腾小的时候，是一位很爱阅读的学生，而且对天文学特别感兴趣。我眼前一亮，可能那一溜彗星状物质，便是马总小时候对天文学的极度热爱之光。这光，敞亮了他对世界的畅想。

怪不得中学时代，埋头刨读人物传记的同学似乎现在都有所作为，这让我再一次感受到了人物传记的魅力。我想，这正是人物与常人生活形态、状态、工作氛围、思想理念，互相交织、水乳交融的结果。正是因为如此，我把我的签名改成了书里的一句名言：万物皆有裂缝处，那是光射进来的地方（莱奥纳多·科恩）。

### 放下焦虑，做点看似无用的事情

焦虑，得先学会淡定，学会放下。

有次我想和家人看《攻克机动队》，大麦盒子需要5麦币，我们正准备支付，却死活找不到遥控器，后来索性不看了。某天，我要洗沙发垫，遥控器就神奇地滚出来了，我们决定晚上再一起看《攻克机动队》，点进去发现竟然限时免费。带着一种特别的心情看完后，我和家人说：“一切都是最好的安排，万事皆有因。”不是因为少花了钱而兴奋，而是悟出了一点，当你不能马上实现当下想法的时候，把这事先放一放吧，同样是想要看这部电影，放下焦虑，才发现结果也许更好。

我以为，当才华撑不起野心，最容易感到焦虑。



白天焦虑，晚上焦虑，做梦也焦虑，似乎不焦虑，都不好意思说自己在北上广深谋生。但北上广深除了让人焦虑，应该有更多的东西让人不焦虑。

深圳拥有设施先进、资源丰富的图书馆，里面的图书，任君赏阅。电子的、纸质的，报纸期刊、外文中文的……简直就是强效兴奋剂。图书馆旁边还有让人身心舒适的莲花山公园，任君放松。

家人对我说，世上存在反物质，这东西让人甚是好奇。我上网查询了“反物质”，概念、提出者、存在证明等等，还有更多的吸引人的内容，什么都能找到。这是多么好的时代，过去需要查询大量资料才能获得的信息，现在只需要点开手机，打开电脑，就能获得知识。

所以，当才华撑不起野心的时候，多做点看似无用的东西，补充一下自己的才华，譬如读书。

罗布·汤普森教授说，反物质的发现会引领人类变革，使人类星际旅行之梦成为现实。举个简单例子，目前把人类送上火星需要千万吨以上的化学原料，而如果以反物质为燃料，仅需几十毫克，六周便可到达，时间也大幅缩短。

因此，焦虑的时候，想想反物质吧，放弃那千万吨的化学原料，走上寻找反物质的路途吧。

<sup>①</sup>灰鳞病（Greyscale）源自乔治·马丁所著的长篇史诗奇幻小说《冰与火之歌》，该处出现在《权力的游戏》第七季第二集。它是一种致死的疾病，症状是患者的皮肤产生硬化，布满黑灰斑点，并且触碰起来如石般坚硬。最恐怖的是，患病者的舌头和嘴唇会直接变为石头。

最近，接到有关植物新品种的咨询，又让我联想到了遗传资源！一想到遗传资源，我的心就会痛，就会着急。我对这一块特别有感触，于是有感而发。

什么叫遗传资源？我在这里就不做学术解释了，举个很具体的例子，也是我之前做的一个课题。之前我们发现苦菜的叶子基本不受虫害，为什么？原因是叶子上有一种抗虫的次生物质，大部分害虫不喜欢这种东西。简单地说，我们在该类次生物质的合成链上找到可促使其他物质向该目标次生物质合成转化的酶，鲨烯合酶。我当时的做法，就是在宏观上主要用液相色谱仪以证实该合成酶与次生物质的在数量上是否存在对应关系。在正相关的情况下，在微观上主要

是通过设计引物，在苦瓜 RNA 中找到鲨烯合酶的基因……之后做表达，最好的结果是把将基因植入其他物种中以使其他经济作物同样具有苦瓜叶子的抗虫性状，这是我当时的想法与做法。这里，苦瓜中的鲨烯合酶基因被提取出来后，如果产生抗虫的经济价值，那么这个基因就是很宝贵的遗传资源。

这里有很多问题，为什么仅仅是发表论文？如果申请专利会怎么样？该遗传资源提取出来的基因片断的所有权属于谁？谁可以获利？是否应得到补偿？……这一切一切的问题，一直以来都没有人具体去想。之前我只是在国家重点实验室之一的基因多态性研究的实验室里面做试验，现在我的导师、我的师

兄弟妹也同样在为筛查各种有经济价值的基因与保护基因多态性而孜孜不倦地努力。可是大家除了发文章都没想过这基因的所有权问题，是否被剽窃的问题。大家想的都是你不能抄我的论文，但都没想过更可怕的，如果一个别有用心的人跑到咱们中国买了咱们中国这特有的苦瓜品种，然后带回美国，把相关价值基因抽提出来，然后植入他们国内的农作物该怎么办？

直到现在，我们知识产权法律体系对这一块的立法与规定仍存在不足。自然资源根本不能落入专利法的保护范围，除非用分子生物学等相关技术将有价值的基因片断找出来才可申请专利。发达国家的产权意识比我们不知早多少年，而且他们查找基因、筛选基

因、改造基因的技术也比我们先进。这意味着什么？意味着虽然我们具有丰富遗传资源载体的所有权，却因为法律意识的薄弱、立法的滞后以及生物技术的落后，极易导致大量基因资源外流，反过来还可能沦为国际专利诉讼中的被告，进而被责令停产停业，停止种植、停止销售……因为我们国家的法律还没有明确资源提供者与资源开发者的利益分配与共享机制！

现在政府强调中国专利走出去。是的，肯定是要走出去的，但是单单强调未免太乐观了些，在我看来，守住阵地也很有必要。中国这个巨大的市场，很多发达国家在上世纪 90 年代就开始在中国申请专利，以战略的眼光，铺就专利大战之路了。而据我在业内的亲身体会，深圳政府与深圳企业在 2012 年才开始花大力气把“用专利保护创新”在全市推开的。那咱们国家的其他城市呢？情况可想而知！在我看来，走出去很重要，但守紧家门，保护好国家丰富的遗传资源同样重要，甚至更加重要。

早在千禧年伊始，我到西南念书的时候，吃到了猕猴桃。当时，我就觉得这特别像我在广州吃到的从新西兰进口的奇异果，进口的奇异果 10 元一个，西南的猕猴桃 2 元一斤，而且很甜很好吃！当地的农民告诉我说，这是野生的，是咱们的特产……后面一细究就可怕了，事实是新西兰不支付任何对价就把我们的猕猴桃种子带走，把我们野生自然资源带走，经过品种培育或基因工程改造再改头换面的以“奇异果”这个洋气十足的名字高价卖给我们！新西兰给我们补偿了吗？我们有这个意识吗？估计绝大部分国民与我一样以为这种果实是舶来品，却不知猕猴桃是我们国家的特产，西部与中部的农民为这个物种的保留与品种的培育耗费了大量时间和精力。

从猕猴桃这个事件，我们可以看到具有价值的遗传资源外流是多么严重的事情。小到咱们中国百姓农民利益受损，大到国家经济增长点受挫，再大到基因库被盗及生态被破坏……细思极恐，令人心痛担忧。

这么多年来，即便是身为律师，我都一直心系着实验室的事。我很想做些什么，但又不知能做些什么，我告诉自己，不管如何，都应该尽些绵薄之力写下这篇文章。有些事，即便不挣钱我都想去投入，因为我对咱们国家宝贵的自然资源有很深的爱。

## 拿什么拯救你， 我们的遗传资源？

○张帆 广东盛唐律师事务所

## 深圳律协荣获“十佳公益机构”提名奖



4月4日，深圳市关爱办决定，表彰第十六届深圳关爱行动先进个人、先进集体和优秀项目。我会荣获“十佳公益机构”提名奖。近年来，我会以维护社会公平正义，促进社会和谐稳定，推动深圳法治建设为价值追求；组织深圳律师充分发挥专业优势，服务党和政府中心工作，服务社会经济发展，维护当事人合法权益；积极参与政府信访工作、调解群体事件、化解社会矛盾、参与法律援助、提供法律咨询、举办法律讲座、开展宣传普法等，切实为人民群众提供了专业的法律服务，还积极开展捐资助学、赈灾救危等多种形式的公益活动，为促进政府依法行政、经济社会发展及维护社会稳定大局做出了积极贡献。

## 深圳律协与斐济共和国律协签署合作备忘录



4月11日上午，深圳律协与斐济共和国律协合作备忘录签署仪式暨国际业务研讨会成功举行。深圳律协韩俊副会长表示，深圳正积极打造国际科技产业创新中心、全球海洋中心城市、国际化综合交通枢纽、国际知识产权中心等，为深圳律师与境外律师等专业机构紧密合作搭建广阔平台，此次与斐济共和国律师协会签署《合作备忘录》对促进深圳与斐济法律业务的沟通与交流及两地法律业发展具有重要意义。签署仪式后，举行了国际业务研讨会，双方就斐济自然生态产业、各自律协的情况及业务合作与开展、国际化发展等方面的问题进行了深入的交流与沟通。

## 深圳律协与各地律协共话监事会工作新模式



4月26日，律师协会（全国）监事会论坛2019年度监事长联席会议在安徽绩溪召开。会议由安徽省律协承办，来自北京、内蒙、江苏、上海、深圳等20个省市律师协会监事长、监事共计60余人参加会议。此次全国监事长联席会议由深圳市律协监事长魏汉蛟主持，与会监事长们交流了各自监事会工作情况，并围绕“多措并举促进多维融合，扎实推进行业自律建设”的主题开展座谈交流。此外，第七届律师协会（全国）监事会论坛（2020年）承办单位广东省律师协会监事长吴波介绍了承办论坛的工作设想和相关筹备情况等。

## 深圳律协召开深圳市政府法律顾问服务规范性文件起草工作会议



5月15日上午，为落实郑轲副书记在律师行业调研指示精神，深圳律协组织召开深圳市政府法律顾问服务规范性文件起草工作会议。会议对起草工作具体内容予以明确，并进行了任务分工和时间安排，指定专人负责起草《关于建立我市聘请律师担任政府法律顾问制度的意见》《深圳市政府法律顾问收费指引（初稿）》《深圳市推进政府法律顾问制度的意见（初稿）》《深圳市政府法律顾问工作规范（初稿）》，同时还对起草工作注意事项予以强调。曾迈副会长表示，此项工作是市律协争取市委市政府扶持律师行业发展的重要举措，将有助于推动我市普遍建立法律顾问制度、建立符合深圳发展实际的法律服务采购标准。

## 第二届广东省企业法律服务高峰论坛筹备工作正式启动



5月20日，第二届广东省企业法律服务高峰论坛第一次筹备工作会议召开。省律协会长肖胜方、副会长吴兴印、副秘书长邓捷，市律协会长林昌炽、秘书长李同宝、副秘书长陈夏等参加会议。会上，肖胜方会长结合首届论坛的举办情况表示，第二届论坛既要传承首届好的做法，也要勇于创新，力争办成聚焦发展动向、促进合作共赢、展现行业形象的具有影响力、行业引领性的盛会。随后，与会人员重点对第二届广东省企业法律服务高峰论坛名称、举办时间、举办单位、论坛流程、主旨发言嘉宾、参会人员、经费等问题进行了深入研究和讨论，明确了下一阶段筹备工作任务及分工安排，为论坛的成功举办奠定了坚实基础。

## 深圳市青年律师普法志愿团开团仪式成功举行



6月6日，深圳律协公益委、青工委联合举行深圳市青年律师普法志愿团开团仪式。蔡华副会长在致辞中表示，希望深圳市青年律师普法志愿团的成员大力弘扬普法志愿服务精神，充分展示深圳律师“法律之师”“正义之师”“文明之师”的形象，擦亮青年律师普法志愿团品牌，推动青年律师普法志愿活动广泛深入开展。本年度，在市普法办的统筹下，协会组织深圳市青年律师普法志愿团律师进我市直属学校开展“宪法教育大课堂”活动。开团仪式特邀了广东普罗米修斯律师事务所合伙人田毛律师为志愿团的青年律师示范“宪法教育大课堂”公开课。

## 首期全市律师维权工作联络员培训顺利举办



为进一步完善律师维权制度，健全律师维权工作机制，深圳律协维权委建立律师事务所维权工作联络员机制。6月21日，深圳市司法局、市律协联合举办了第一期全市律师维权工作联络员培训。近年来我市律师维权意识不断增强，律师维权申请量逐年攀升，本年度（截至5月30日）协会维权中心已受理35宗维权申请，约占全省维权案件受理量的64%。维权联络员由一名律所管理机构人员、一名律所行政人员组成，其主要职责是与市律协维权中心建立常态化工作联络机制，及时将本所律师的维权申请报送市律协维权中心，协助律师做好维权案件申报工作，协助市律协维权中心办理维权案件、提供必要的材料。

## 深圳市司法局、市律协联合开展律师调解员培训



为切实落实《广东省高级人民法院 广东省司法厅印发〈关于开展律师调解试点工作的实施方案〉》要求，6月22日，深圳市司法局、市律协联合开展律师调解员专项培训。全市近两百名律师调解员参加。

此次培训邀请了香港和解中心罗伟雄会长、深圳国际仲裁院（深圳仲裁委员会）谢卫民业务总监和深圳中院诉调中心唐国林副院长作培训。他们分别讲解了我国律师在国际争议解决及风险管理领域的新视角、律师调解员如何在仲裁中运用调解及分享调解工作经验的“调解十八招”。

## 深圳律协成功举办2019年度深圳市一村（社区）一法律顾问培训



6月23日，深圳律协公益委联合社区委成功举办2019年度深圳市一村（社区）一法律顾问培训。全市村（社区）法律顾问、对口支援河源、揭阳一村（社区）一法律顾问工作的律师等300余人参会。本次培训特邀省律协村（社区）法律顾问工作委员会副主任唐国雄、市律协社区法律顾问专业委员会副主任李先霞、广州大普软件科技有限公司工程师曹若帆进行村（社区）法律顾问工作经验分享和信惠管理系统使用指导。会上，还颁发了“2018年度深圳市一村（社区）一法律顾问优秀律师事务所”（共计13家）及“2018年度深圳市一村（社区）一法律顾问先进个人”（共计20人）的荣誉。

## 深圳之恋\*

◎钟胜荣 广东中安律师事务所

你在春天的故事里悄悄诞生  
又在新时代的歌声里阔步前行  
伟人叮咛依然响在耳边  
自信脚步更加坚定从容  
深南路上车水马龙  
日夜延续追梦的征程  
大湾区畔擂鼓阵阵  
千帆竞发浪潮争涌

你在勇敢的基石上立起形象  
又在复兴的大道上焕发容光  
创新源泉总在奔涌力量  
智慧田野总在奉献果香  
你站在开放前沿  
点燃富强崛起的希望

你踩着时代节拍  
再创科学发展的辉煌

啊！深圳  
心和你尽情交融  
心和你一起激荡  
我爱你成熟的厚重  
我爱你青春的朝阳  
啊！深圳  
心和你尽情交融  
心和你一起激荡  
我爱你蓝天的高阔  
我爱你飞翔的神采  
啊，深圳，我爱你！

\*为庆祝建国七十周年和深圳建市四十周年而作



奋楫争先

○摄影 / 张成林