



总第 76 期

76

2018 年 | 第 4 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

# 深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——

内修韬略 纵向联合

共建中小型律所发展之路

PPP 项目投资结算审计主体的规范性研究

1+1 法援工作：深圳律师的足迹

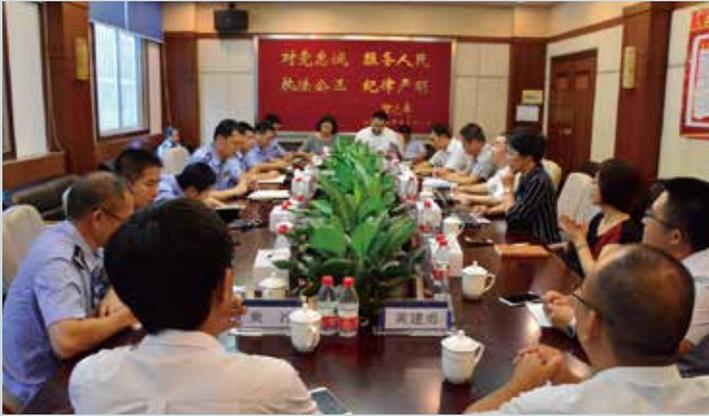




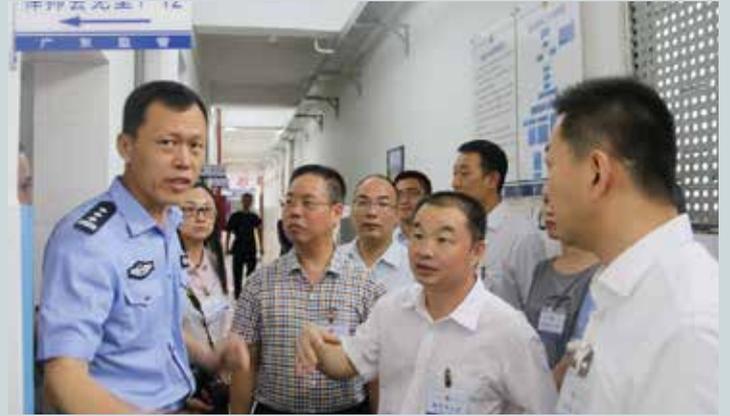
与市公安局预审监管支队召开协调会



实地考察律师在龙岗看守所办理会见的流程和场景



与龙岗看守所座谈



走访龙岗看守所

## 市律协协调解决龙岗看守所律师“会见难”纪实

今年以来，随着刑事辩护全覆盖、金融平台专项整治、扫黑除恶专项斗争等工作的展开，律师参与刑事辩护自然活跃度增加，而被羁押人员激增、龙岗看守所软硬件设施的更新与当前时势发展不匹配，加剧了律师“会见难”的矛盾。日前，龙岗公安分局成功抓捕某大型职业化诈骗犯罪集团嫌疑人 300 余人，刑事拘留犯罪嫌疑人 249 名。在此背景下，龙岗看守所“会见难”问题更加突出。6 月 27 日，有律师向市律协就“会见难”问题进行反映。

6 月 28 日上午，市协会会长林昌炽

同志牵头成立“龙岗看守所会见问题应急工作组”，第一时间传达市司法局蒋溪林局长、任继光副局长对此项工作的指示，并于当天下午，与市公安局预审监管支队紧急召开协调会，研究部署解决“会见难”工作。7 月 2 日下午，林昌炽同志率队再赴龙岗看守所协调律师“会见难”问题。

经沟通协调，针对律师代表提出的意见，龙岗看守所已采取相应的改善措施：一、在办事大厅内扩充休息区域，律师凭身份证、律师证可以进入看守所办事大厅等候休息，无须在看守所大门

外等候；二、因看守所硬件设施老化原因，现阶段暂无法增加律师会见室的空间，但在征得律师书面同意的情况下可调配提审室供律师使用；三、紧急调配增加 10 名协警，通过增加人力加快提人速度，提高会见效率；四、开放看守所内公检法人员的共用等候室供律师平等使用。双方在充分沟通的基础上，共同研究探讨有效办法，达成了共识，切实保障了律师执业权益，改善律师执业环境，为维护良好律警关系奠定了坚实的基础。

# 小巧玲珑， 菁华内蕴也可成

○尹成刚  
深圳市律师协会副会长

在对话青年律师的时候，我曾经坦承，作为一个过来人，我的职业梦想是：有一个品牌、传承的律所平台，有一支骄傲、稳定的律所团队，有一份体面、专业的律师工作。我想，身边或许有不少同行，一样是在践行同样的梦想。

而或，理想丰满，现实却是骨感的。兜兜转转，分分合合，品牌与专业，大所与中小所，诗意的远方和人间烟火的日子交织。一路走来，其实我们每个人莫不是在经历，在彷徨，在选择，在坚守。截至2018年7月，深圳798家律所中，拥有执业律师50人以上的律所只有41家，换言之，我们90%以上的律所是中小所，我们有近七成的律师在中小所执业。大多数的律师正在中小所执业，这是行业主流，是客观现实。

“深圳律协服务深圳律师”。十届理事会108项工作，服务重心和效果评价的其中一个基点，就是中小规模律所的管理、服务、专业发展能够得到提升，能够健康、有序、科学地发展。大所的资源整合、品牌输出固然能形成一定影响力，列其为“趋势”亦未尝不可。但以我的理解，中小所若是能以律师为核心、以专业为核心、以客户为核心，走专业化、精品化路线，亦未尝不是一种智慧的选择。“物竞天择、适者生存”，无论律所大小，最适合自己的，也许，就是最好的。

无论在大所还是中小所，首先要做好的，是我们自己。回归法律服务本身，诚信、勤勉、敬业、专业，维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平正义，把法律观念、法治精神透过自己的执业行为融入当事人和社会公众的心中，应当是我们始终秉承的职业精神和法律情怀。

“莫笑吾家苍壁小，稜层势欲摩空。相知惟有主人翁。有心雄泰华，无意巧玲珑。天作高山谁得料，解嘲试倩扬雄。君看当日仲尼穷。从人贤子贡，自欲学周公。”以这首词与诸君共勉。毕竟，阳光正好，梦想总是要有的。



NO. 76

主办：深圳市律师协会

粤内登字 B11277 号



出版日期 2018 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 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 小巧玲珑，菁华内蕴也可成 / 尹成刚

### 说法 | VERSIONS ..... P4-5

04 “摇号买房”的法律解读 / 张玲

### 特别报道 | SPECIAL REPORTS ..... P6-16

06 内修韬略，纵向联合——共建中小型律所发展之路 / 本刊编辑部

07 中小型律师事务所发展的困境和对策 / 林昌炽

11 如何调和律师事务所发展的两个主要矛盾？ / 齐飞

14 理想的中型律师事务所结构安排 / 余安平

16 浅谈中小型律所的发展 / 刘泽华

### 热点 | HOTSPOT ..... P17-22

17 打造以律师为中心的家族办公室 / 林冰

20 解析股权设计 规划家族传承 / 彭红艳



论道 | DISCOVERY ..... P23-32

- 23 PPP 项目投资结算审计主体的规范性研究 / 马浩然
- 26 刍议共同犯罪“另案处理”情形的区分 / 罗小柏
- 29 私募基金法律服务是“背锅侠”还是“守门人”？ / 陈嘉欣

实务 | PRACTICE ..... P33-39

- 33 扎根基层，静待花开 / 辛先霞
- 36 推进社区法律顾问工作 全面参与依法治国 / 陈伟
- 38 合同诈骗的风险防范与刑事控告技巧 / 王平聚

拍案 | CASE AND EXAMPLES .. P40-42

- 40 如何区分失火与意外？ / 赖建东 梁麟朗

生活 | LIFE ..... P43

- 43 沉静之美——读林清玄的小品文 / 黄敏

人物 | PEOPLE ..... P43

- 44 “1+1”法援工作：深圳律师的足迹 / 本刊编辑部

律协动态 | INFORMATION ..... P46-48





# “摇号买房”的法律解读

○张玲（记者）深圳新闻网

摇号买房，在房地产市场正愈演愈烈。近日，深圳一楼盘以先交 500 万诚意金再摇号的规则来销售，让人大开眼界。该楼盘是深圳首个由政府主管部门和公证处监督，以摇号方式决定谁可以买房的楼盘。这种形式是否会成为未来深圳楼市的趋势，是否有推广的价值？且听颜宇丹律师和黄纲律师对摇号买房的看法。

本期嘉宾

颜宇丹 / 广东诚公律师事务所合伙人律师

黄纲 / 广东华商律师事务所合伙人律师

## 关于摇号买房的可行性

颜宇丹：虽说在民事合同领域，法无明文禁止即自由，但应当遵循公平合理和权利不得滥用原则。开发商作为市场经营主体，采取摇号选房方式进行营销本无可厚非，但也不得违反法律和行政法规的禁止性规定，不得违反公序良俗和政府的宏观调控政策。该楼盘采取公开抽签和公证处对开盘现场进行监督的方式销售有其合理性，要完全避免暗箱操作，还需监管到位。

黄纲：在目前的环境下，此做法对于杜绝暗箱操作或者额外的

茶水费的产生有一定的积极意义，有监督总好过没监督。公开摇号有助于提升摇号的公信力，加强对“摇号选房”的监管，降低暗箱操作或者额外的茶水费产生的可能性——但是，能否真正回归美好的初衷，其关键还是在于监管是否到位，规则是否能真正的落地施行，否则仍难以杜绝暗箱操作或者额外的“茶水费”的产生。

## 关于诚意金

颜宇丹：如果此处的诚意金的性质是签订认购书时转为的定金，

也即预约买卖房屋合同的定金，则该定金的总额不应超过买卖合同标的额 20%，超过部分无效。如此之高的诚意金，难免有提高选房门槛和人为制造紧张气氛之嫌。

黄纲：“诚意金”是一种商业用语，其法律性质类似于预付款，具有证明当事人履约能力的作用，也是可以退还的款项，在房地产交易所属的民法领域，开发商要求缴纳诚意金的行为并不违反法律规定。但应当注意的是，该房地产开发商发布的销售方案中表明，选房成功的客户需将诚意金收据更换为

定金收据。根据我国《担保法》的规定“定金应以书面形式约定，不得超过主合同标的额的 20%”，对于购房者更换定金收据后定金比例超过主合同标的额的 20% 的情况，超过部分不产生定金的效力，一般将被认定为预付款处理。若诚意金金额 ≤ 主合同标的额的 20%，则可按照诚意金收据的金额将诚意金收据直接更换为定金收据；若诚意金金额 > 主合同标的额的 20%，则最多只能将诚意金收据中不超过主合同标的额的 20% 的部分更换为定金收据，剩余部分款项如何约定用途和法律性质，需要更为妥善的解决方式，具体细节内容需要双方协商决定。

### 摇号摇中却不买房了，诚意金如何处置？

颜宇丹：如果购房者签订认购协议，所预交的不超过房屋总价款 20% 的诚意金转化为认购定金，后续由于买卖双方对商品房买卖合同的条款不能协商一致，也即双方对买卖合同未能订立均无过错，该认购定金依法应予返还购房者，并应支付占有期间的利息。如果是由于卖方的原因未能签订买卖合同的，

则应当双倍返还定金；如果由于买方的原因未能签订买卖合同的，交纳定金的一方无权要求收取定金一方返还定金。

黄纲：购房者在签订购房合同后，由于银行不批贷等客观原因或主观原因不能或不愿继续履行购房合同，要求终止履行购房合同的问题，并不是这种新的开盘模式出现后才带来的问题，而是在房地产市场一直存在。此种情况需要看购房者与开发商之间签订的合同是否有明确的约定，如有，则应当根据合同的约定处理；在没有约定，也需要视不同情况区别处理。购房者在与开发商签订购房合同后因为个人原因放弃购房资格的，正常情况下，诚意金的法律性质已经转换为定金，购房者很可能无法向开发商主张退还诚意金。只有在购房人未选中房，或未与开发商签订购房合同且诚意金没有转换成定金的情况下，购房者才有可能要回诚意金。若购房者与开发商已经签订正式的购房合同，且将诚意金收据更换为定金收据，则诚意金的性质发生了改变。此时，购房者反悔的话，开发商有权没收定金，购房者既无权要回定金，也无权要求开发商支付

利息——除非诚意金的金额超过主合同标的额的 20%，购房者才可要求开发商返还诚意金中超出 20% 的部分，也可适当的向开发商主张这一部分诚意金的利息——不过这一部分诚意金的利息的起算时间，应当依照相关的法律规定予以确认。

### 关于选房时间不得超过 2 分钟

颜宇丹：选房时间涉及到消费者的知情权、选择权和公平交易权能否得到有效保障的问题。

黄纲：从合法性的角度来看，开发商所附的要求购房者在 2 分钟内选房的条件，没有违反法律的强制性规定，在购房者接受该条件的情况下，购房者也应当受到该条件的约束，而开发商附加此条件的行为也不为法律所禁止，故不能认定此行为侵害了消费者的权益；但是从合理性上来讲，要求购房者在 2 分钟内选房的限制过于严苛，有点不近人情。由于房产本身价值比较高，对于一般购房者而言，其重要性不言而喻，购房者很难在短短 2 分钟之内做出理性的决定，适当放宽选房时间会更加合理。

## 编者按

据深圳市律师协会最新数据显示，深圳九成律所为中小型律所，因此中小型律所的发展关系到广大律师的切身利益。

市场风云变幻，大型律所扩张，外资所跃跃欲试，在法律服务市场竞争日趋激烈的背景下，中小型律所如何突破发展困境？本期“特别报道”栏目探讨中小型律所的发展之道。

参透其中要义，其一，积极地“内修韬略”：探析发展困境，从律所主任和核心合伙人的担当、律所结构安排、专业化发展、团队管理、品牌建设等自身建设方面提出对策，以期中小型律所能够得到些许启示；此外，深圳市律师协会秉着关心关爱中小型律所发展的使命感，在今年4月开启了第一期“小型律所主任管理能力研修班”，旨在培养一批具有较强竞争力的律所管理型、复合型人才，从而提升律所的内部管理。其二，“纵向联合”：律协中小型律师事务所发展与指导委员会近期举办了“中小型律所的困境及突破”研讨会及“律所管理沙龙”系列活动，分享优秀中小型律所的先进经验和做法，为中小型律所提供相互交流、相互学习、相互促进的平台，以推动中小型律所的共同发展；同时，鼓励中小型律所创新求变，互相支撑、抱团发展，全面提升深圳律师行业的整体发展水平。

内修韬略

纵向联合

共建中小型律所发展之路



## 中小型律师事务所发展的困境和对策

○林昌炽 深圳市律师协会会长

前些时候，朋友圈里的一篇文章引起了我的关注：《十年痛：从信荣所陨落看中小所发展困境》，一家以办理二手房法律服务领域为专业发展方向的小型律师事务所的主任含泪放弃自己打拼了十年的小所，加盟到一家大所去发展。十年信荣，一朝陨落，该文对此进行了细致的剖析，认为信荣所存在客户不认可、没有形成律师协作、难成团队、硬件上不去等问题，此外，也认为行业协会和政府应加大对中小所的扶持力度，特别是在政策扶持和制度设计方面。这折射了中小所发展中面临的现实困境。

实际上，近年来行业内一直在倡导把律所做大做强，各级司法行政机关也在不遗余力地推进律所的规模化建设。

放眼望去，以盈科、大成、锦

天城为代表的大型律师事务所，规模迅速扩张。有人认为律所大型化，是法律市场的主流方向。第一，大型律师事务所吸纳了最优秀的法律服务人才。习近平总书记曾强调，发展是第一要务，人才是第一资源，创新是第一动力。由于大型律师事务所的平台优势，吸引了越来越多的优秀人才加盟，形成滚雪球的效应。第二，大型律师事务所尝试建立先进的管理体系，管理理念先进且更有条件投入资金。第三，大型律师事务所掌握行业游戏规则制定的主动权。故有人形容，某些地方的律师协会成为了大所俱乐部，小所却难以分一杯羹，话语权不平等。职场上也流行“三流企业卖技术，二流企业做品牌，一流企业定标准”的说法。第四，大型律师事务所发展的终极方向必然是追求规模的扩

大化和利润，即企业界推崇的“二八”定律理论。我认为，大型律师事务所在行业中的引领作用不容忽视且值得肯定，他们是律师业发展的引擎。但是，从数量而言，中小型律所占据了律所的大部分比例，截至2018年6月30日，深圳共有律师事务所798家，其中30人以下的律所逾700家，比例约占90%，他们是法律服务市场的基石，他们的命运应该受到关注。

有人形容律师界有三大弱势群体：迷茫中的青年律师，困境中的中小型律所，家庭与事业双重力下的女律师。如果你是中小所里的青年律师，那就是难上加难，如果你是中小所里的青年女律师，那可能就是难于上青天了。深圳有一家纯粹由女律师组建的律师事务所——广东启济律师事务所，“启济”

是“奇迹”的谐音，这家律所的发展值得我们关注。

当然，磨难是最好的老师，但苦难不是财富，对苦难的思考才是财富。一位著名的管理学家曾说过：企业要进行系统化的创新，需要在每隔6-12个月打开企业的天窗，看一看外面的世界。因此，我们应该找出中小型律所的生存发展之道。

---

## 中小型律所普遍存在的问题

---

### 没有准确的定位及规划

有人说，一家大型律师事务所，定位不清，管理混乱，其危险性远远大于一家小型律师事务所，因为船小好掉头，而船大一旦倾覆，后果将不堪设想。所以，深圳的一些大所有危机意识，他们组织了强大的管理团队，制定了律所的中长期规划，如广东广和律师事务所，其于成立之初，就设定了“前十年做大，后十年做强”的战略规划，一直引领律所前行。而许多中小所，对于要将律所办成什么样，对于市场定位、专业定位、发展思路等，没有规划，没有目标，常常陷入迷茫，如茫茫大海上的一只小船。

### 对文化建设的忽视

律所的文化建设，关乎一个律师、一个职员对律所的归属感、认同感和忠诚度，它可以随风潜入夜，润物细无声，渗透到每个人的思维方式和行为理念中。广东卓建律师

事务所“以文化立所，以文化聚才”，逐步形成以“家文化、学习文化和团队文化”为核心特质的团队体系。而一些中小所则忙于寻找案源，忽视了文化建设。

### 缺乏基本的规章制度

缺乏基本的规章制度，其后果就是律所的主任或核心合伙人“拍脑袋”作决定，其决定带有随意性和不确定性，增加了管理风险及成本。

### 办公场所过于简陋

办公场所关乎律所的人员凝聚力和稳定性。有人说过，不要去追逐一匹马，用追马的时间种草，待到春暖花开时，就会有一批骏马任你挑选。俗话也说，摘下梧桐树，引得凤凰来。而过于简陋的办公场所，不利于提升律所品牌形象，且会减弱当事人的信任。

### 专业色彩不明显

我们知道，小病可以到社区康复中心，大病都希望到专科医院就诊，越是有名的大夫越受欢迎。而有些中小所，专业特色不明显，专业人才缺乏，受理大案委托的竞争力不强，接案以后也是无从下手，难以保证质量。

### 品牌营销意识不强

许多大型律师事务所有品牌发展战略，通过一系列的行为，树立品牌形象。如通过线上线下的活动，办理经典案件，举办论坛、沙龙、研讨会，出版专著，对外宣传，开展公益等，取得了良好的品牌效果。而一些中小所缺乏这种意识，只低

头拉车，不抬头看路，容易错失发展机遇。

### 分配制度束缚律所发展

分配制度是律所管理的核心，一些大所制定了科学严谨的分配制度，确保律所发展的核心竞争力，形成了良好的发展机制。而一些中小所，分配方式单一，造成律所律师单打独斗，难以形成团队合作。

### 对信息技术认识不足

互联网、人工智能等信息技术的发展日新月异，持续给人类的生产、生活方式带来改变，变革的浪潮正席卷各行各业，律师行业也不能幸免。传统律师行业的组织形式、服务模式、知识管理、服务内容、以及品牌管理与传播手段等必须与时俱进。而往往有不少中小所准备不及，没有足够的应对措施。

---

## 中小型律所主任（核心合伙人）的角色与担当

---

作为律所的主要支柱，律所主任及核心合伙人同时扮演着决策者、领导者和管理者的角色，在很大程度上决定了律所的发展前景。

### 志当存高远

心有多大，舞台就有多大；心有多远，你就能走多远。君合律师事务所在成立之初，合伙人就达成共识：做，就要成为一流，不以短期赚钱为目的；干，就要干出一番



事业。当年，君合是由几个不知天高地厚的人定了不知天高地厚的目标，吸引了一群志同道合的人加入，结果成就了一番伟业。中小所主任及核心合伙人，从成立之初就应该树立远大目标，既要仰望星空，又要脚踏实地，逐渐将律所做专做精做强做大。

### 选好带头人

律师事务所尤其是中小所，合伙人之间可能发生矛盾的地方是很多的。比如，购买新的办公场或者新的智能化软件等所涉及出资及资金的分担；律所是办成专业所还是综合所，专业化的方向如何；是否进行资金的提留、积累，放弃分红；采取怎样的分配模式；如何引进人才和留住人才等等这些问题都可能在合伙人之间产生分歧，引发矛盾，有些甚至因此而导致散伙，“走着走着就散了”。

道不同不相为谋，志同道合才能众志成城。因而律所主任和核心合伙人要有比较一致的愿景、使命和价值观，而且要愿意吃亏。俗话说：财聚人散，财散人聚。也就是说你将财都聚集在自己的手里，那么跟随你的人心寒，人心不齐，这样的队伍什么都做不成，如果将财散给其他人，那这些人就会聚集在你身边，人聚自然财聚。所以，律所领导者的公心、胸襟、格局、气度，决定了律所的精神、气质与高度。

### 对于新时期、新要求要有清晰的认识

中小所主任及核心合伙人应及时把握行业动态、政策，站得高就要看得远，要有大局意识、家国情怀。

### 树立战略意识、规划意识、品牌意识

战略，即律师事务所的发展目标、专业定位与市场方向。有些中

小所缺乏长远的发展战略目标，没有实施计划、管理制度，对品牌的重要性认识不足，缺乏形象设计的意识，缺乏品牌管理的意识。中小所其实亦有其自身的优势，其管理成本低，分配制度简单，不易发生利益冲突，故中小所应该力争做到定位清晰、品牌识别度高、专业化更明显，在同行中才具有竞争力。

### 将专业化进行到底

在专业化发展中，中小所应努力解决以下问题：1. 为谁提供服务：



是面向所有的客户，还是某些客户群体？2.服务的类型：是提供所有的法律服务，还是某一类型的服务？3.如何服务：是统一接案还是各自接案？4.律所对选择专业化的律师有无扶持措施。如果小型律所的业务是不可复制的，有独门绝技，则是有生命力的。高超的办案技能是律师团队的核心竞争力。木心先生的诗歌《从前慢》广为流传，“从前的日色变得慢，车，马，邮件都慢，一生只够爱一个人。”我也希望律师工作的节奏变慢，一生只办某一类案件，件件都是精品，办案的过程不再是饱受煎熬的过程，而是身心充满愉悦的过程。

### 注重团队化作业及平台建设

团队化作业的意义较易被人理解。有人说，一个人干不过一个团队，一个团队干不过一个系统，一个系统干不过一个趋势，也就是说“团队+系统+趋势=成功”。一个人可以走得很快，但一群人会走得更远！你能整合别人，说明你有能力；你被别人整合，说明你有价值。同时，也有观点认为，未来有三种形态的律师事务所在行业中将产生巨大影响：第一类是平台型的“无边界”律师事务所；第二类是专业精品所或紧密型团队；第三类介于前两者之间的线上线下融合的律师事务所。由此结论，小型律所更应注重平台建设。

### 建筑文化不可忽视

天同律师事务所主任蒋勇认为，建筑是品牌的最高表现形式。天同

北京总所是在中国最经典的传统民居四合院内办公，号称离天安门最近的律师事务所；天同南京分所是离孙中山像最近的一家律所；天同深圳分所，设在莲花山邓小平像最近的地方——平安金融中心，在深圳第一高楼的最高层，建设了一家全世界最高的律师事务所。这些都足以让人产生良好而深刻的印象。

“不畏浮云遮望眼，只缘身在最高层”。天同所是中小律所成功的典范，他们的理念是将专业化进行到底，致力成为中国高端民商事诉讼最佳解决方案的提供者。天同成功的经验可以为中小律所借鉴，不仅仅是其不断推陈出新的创新精神，还有其独具一格的建筑文化。

### 建立完善行之有效的管理模式

这里说的管理是狭义的管理，主要是律所的组织管理和流程管理。中小型律师事务所应有明确的部门和岗位设置，并设置对应的岗位职责和相关制度；律师事务所有很多日常的事情需要处理，比如财务，行政，业务流程等，律所应该设置统一的办事流程和制度，以提高律师的办事效率，实现从粗放式管理到精细化管理。

### 强化营销意识，充分应用市场化、互联网

中小所应该组织律师撰写、发表文章，出版专著，进行电视媒体宣传，并应用网络推广，获得律师同行的广泛认同是最好的品牌营销。这样，同时也能和全国律师同行作专业分享

和交流，可持续擦亮专业品牌。

### 持续贡献，善于探索

当前中小所面临许多发展机遇，如刑事辩护全覆盖、公共法律服务、公益法律服务、提供法律援助、一社区一法律顾问、设立调解中心、参与多元化纠纷解决机制等等；再往大而言，律师为党委、政府、人大提供专业法律服务，为“一带一路”的国家新战略及粤港澳大湾区建设提供法律服务等等。律师在重大的民商事诉讼、仲裁及非诉讼领域中，如资本运作（公司上市、改制、收购、兼并、投资、合并、招投标等）、金融保险、房地产建筑工程、国际投资、国际贸易、项目融资BOT、人身损害、医疗纠纷、知识产权等领域都是可以大显身手。

律师事务所，大有大的好，小有小的俏。中小型律所的大量存在有其合理性和必然性，中小所不应妄自菲薄。走专业化、团队化、品牌化之路，是律所发展的不二法门，在细分的市场上占有优势的团队，才能在竞争中取得主动和生存发展的机会，中小型律所应在专业化定位的基础上，制定适合的总体规划。

幸福都是奋斗出来的，愿我们的中小型律师事务所的领导者，不驰于空想，不骛于虚声，一步一个脚印，脚踏实地的打造一片属于我们自己的天空。

# 如何调和律师事务所发展的两个主要矛盾？

○齐飞 重庆钜沃律师事务所



改革开放以来，我国律师事务所对自身的定位、功能、目标长期处于模糊的状态。除了极少数律师事务所从设立之初就引入和建立了科学的管理体系外，大部分律师事务所基本上都是以传统的方式进行管理，且始终没有突破管理的瓶颈，周而复始地进行着创业 - 发展 - 停滞 - 分裂 - 再创业的恶性循环。之所以会陷入这样的恶性循环，笔者认为系对律师事务所发展的两个主要矛盾认识不足、应对不力造成的。

这两个主要矛盾，一个是指律师个体追求自由的天性与律师事务所规模、品牌建设要求的统一化管理的矛盾；另一个是指律师事务所天然的营利性要求与党委、政府对律师事务所的社会性、政治性要求的矛盾。只有厘清上述两个主要矛盾的关系，积极应对并调和、平衡两个主要矛盾，律师事务所的发展才能进入良性循环。

## 加强律所管理，为律师创造更多、更优的业务机会

**律师对于自由的牺牲应换来更多、更优的业务机会，才可调和律师个体追求自由的天性与律师事务所统一化管理的矛盾**

### 律师个体追求自由的天性与律师事务所统一化管理的矛盾逐渐凸显

律师提供法律服务，极其依赖于个体的知识、经验、技能甚至是个性魅力，这样的特殊性决定了律师是自主性很强的群体，是个人主义与自由主义的结合体。而对于律师的执业机构即律师事务所来说，经营好律师事务所是一门生意，要生意兴隆，就必须在经营的过程中通过统一的管理实现品牌的建设、专业化的分工、质量一体化的控制、营销的一致性，从而形成强大的市场竞争力和规模化效应，以获取丰厚的利润。

现今的律师事务所广泛采用提

成制的分配制度，这种制度下的高度放权的律师事务所就相当于一个松散的个体律师联合体，律师对律师事务所的依赖较小，文化认同感和归属感都相对较弱。

但随着市场经济的繁荣发展，律师靠个人单打独斗的时代已经结束，越来越精明的客户和越来越复杂的案件要求律师事务所提供全面的法律服务，这必须由有较强合作能力的律师团队来完成。而在各自为政的松散个体律师联盟形式的律师事务所，难以实现团队力量的有效整合。这就必然要求律师事务所加强统一的管理，也必然要求牺牲律师个体的自由。但当律师的个体

自由过分受到限制的时候，律师极有可能因此换到其他职业或者其他律师事务所去，从而带来律师事务所人才和业务的双重流失。这就是笔者所述的亟待解决的律师个体追求自由的天性与律师事务所统一化管理的矛盾。

这样的矛盾实质只是一个价值选择的问题。如果一味地照顾和迁就律师的个体自由，律师事务所将不能获得有益的发展；但在律师事务所具有很强的人性和、依赖核心团队业务能力的前提下，不尊重律师的个体自由，又将导致律师事务所人才和业务的双重流失，律师事务所的发展也会因此受阻，所以，解决这样的矛盾需要找准中间点和把握好程度。

### 达成“知识共享、抱团发展”的共识，促进律所向真正意义的合伙转变

在某种程度上，律师和律师事务所应达成一个共识：司法是经验的科学，一个人的智慧有限。知识共享，抱团发展，有利于实现优势互补，各取所长，共同提升专业化水平。律师事务所要发展规模，并不是松散的加盟形式可以实现的，因此，笔者建议律师事务所从如下几个方面着手改变：

1. 在管理上，管理团队应表现得更为强势，管理应更加规范，从而提高律师事务所的品牌影响力、质量统一性。完善的管理必然需要对律师和合伙人有所约束和限制，需要律师个体在自由方面做出一定的牺牲和让步。

2. 收入分配制度在律师事务

所是一项根本制度，将深刻影响人才吸纳、团队协作、管控模式、业务方向等方面。因此，对律师事务所的管理应充分发挥经济杠杆的作用，通过经济驱动来配合公司化管理、专业化分工，更好地调配律师事务所资源。例如，合伙人普遍都是做业务出身的，对客户和业务的重视程度往往大于对内部事务的管理。律师事务所应通过经济驱动的形式，让管理合伙人的主要精力集中于业务开发、客户维护、质量控制、人才培养、品牌的培育和推广等管理工作上；而律师事务所的其他律师和合伙人则需要对管理工作的价值达成充分的共识，在内部形成相应的机制和组织保障，对管理合伙人负责的管理工作支付丰厚的报酬。这样，管理合伙人通过其勤勉的管理工作，提升律所的品牌建设、质量管理、营销推广等方面的工作后，合伙人和律师的案件数量和收费标准也相应地可以得到提升。不难看出，律师事务所的管理工作虽并不直接产生营业额，但是能通过管理工作实现律师事务所的长足发展，为业务工作提供强大的背景支持，反哺合伙人和律师的业务收入，从而形成一个律师事务所和律师发展的良性循环。

3. 加强律师事务所的品牌建

设。当下，律师事务所承接的案源大部分都是通过某些律师人际圈介绍而来，靠律所本身的影响力慕名而来的客户占比较小。这样的现状，充分说明了律师事务所应承担起品牌推广的责任，对律师事务所整体进行系统的推广，将律师从繁重的业务推广中解脱出来，将其生产力更多地运用在业务办理中，创造更多的经济效益。

4. 加强律师事务所的案件质量管理。由于存在律师事务所承办案件质量不统一、律师业务能力良莠不齐的现象，因而必须把律师事务所的案件质量管理提升到一个高于行业平均的水平，律师事务所的品牌才能成为办案质量的保障，客户才会转投律师事务所而不是某一个律师。

在律师事务所加强管理的情况下，律师事务所做大、做强了，才会获得各种奖项、申报并获得各种资质，使得律师事务所的律师有更多的机会参加一些较高门槛的法律服务招投标或是获得更多、更优的业务机会。只有做到了上述几点，律师对于自由的牺牲才会是自愿的、甘之如饴的，律师事务所才能实现从传统的个体律师的简单结合向真正意义的合伙转变，从而实现从传统管理模式向综合的现代化管理体系转变。



## 律师事务所应成为营利性与承担社会责任的结合体

律师事务所应以营利性为前提，将社会责任作为对营利性的限制和补充，以较好地调和律师事务所的营利性与党委、政府对律师事务所的社会性、政治性要求的矛盾，从而获得社会与律师事务所双赢的结果。



### 律师事务所既要追求利润也要承担更多的社会与政治责任

律师事务所作为营利性组织，其根本宗旨是实现利润的最大化，也就不难想见其关注点主要集中于业务学习与研讨、市场开拓、案件办理等能为律师事务所带来丰厚利润的方面。

近年来，随着律师的专业性得到认可，律师在中国的社会地位也逐步提高，一些优秀的律师开始在人大、政协等国家、地方机构发挥作用。而律师事务所作为律师的执业机构，由于具有法律层面上的特殊价值，党委、政府也希望律师事务所意识形态方面与党中央保持高度的一致，能承担更多的社会与政治责任，在法律援助、法制宣传、社会矛盾化解等方面发挥作用。

“穷则独善其身，达则兼济天下”，在自身内部管理良好，发展健康的情况下，律师事务所才有能力承担更多的社会责任。因此，律师事务所应当将社会责任作为对营利性的限制和补充，有多大的能力，就承担多少的社会责任；同时，承担社会责任对于营利性有着非常重要的作用，有利于提升律师事务所的社会形象，从而增强律师事务所的市场竞争力，所以，律师事务所应成为营利性与承担社会责任的结合体。

### 积极鼓励律师主动参与到社会

### 责任承担活动中

为了更好地承担社会责任，律师事务所应积极鼓励律师主动参与到诸如国家政治、立法决策、政府重大事项研究、律师行业建设、公益法律服务等社会责任承担活动中。具体来说，可以从以下几方面加以改进：

1. 正面引导律师更多地承担起社会责任：律师事务所应注重自身公益文化的构建，既要积极组织开展公益性的法律服务活动，还应对律师承担社会责任的行为给予明确性、具体化的规章保障，并提供必要的支持，在潜移默化中给律师传递良好的职业道德观念。举例来说，律协、律师事务所所在评选优秀律师事务所和优秀律师个人时，可以加入履行社会责任的考量，从而引导律师和律师事务所都积极承担起更多的社会责任。

2. 积极支持和鼓励律师的政治参与，如参选人大代表、政协委员等，让律师积极主动地参与到国家政治、立法决策、政府重大事项研究的过程中去；或利用自身的法律知识、人才优势，在当地政府制定各类法律草案征求意见时，对于有争议、不合理的条款，提出中肯的意见和建议，为当地法制的完善做出自己的贡献。

3. 保障法律援助的数量和质量：律师事务所可以在法律援助方面注入

更多的力量，不仅要安排合适的律师参与法律援助，更应同等看待法律援助案件，督促律师认真对待，确保法律援助案件的办理质量。

4. 律师事务所在“送法下乡”“送法进社区”“送法进校园”等普法教育等方面都可以有所作为；在面对青少年、残疾人、农民工等弱势群体的维权案件时，律师事务所应基于道义上的责任适当进行律师费用的减免；有条件的律师事务所还可以在高校法学院设立奖学金进行资助助学、为法学专业学生提供实习的机会。同时，律师事务所还可以积极组织律师参加涉法、涉诉信访案件的代理和化解工作，引导信访群众理性表达诉求，在维护群众合法权益的同时，促进社会的和谐稳定。

积极承担社会责任，对内，能够形成责任意识与合作意识，激发律师更大的自主性、积极性；对外，积极参与法律援助，向特殊群体免费提供法律服务，会赢得公众的支持与认可。而这种公众的支持和认可又会自行转化为一种信誉和口碑，一种无形的广告宣传，对构建律师事务所品牌、推动律师事务所的长足发展带来无价的助力。

# 理想的中型律师事务所结构安排

○余安平 广东卓凡(仲恺)律师事务所

中型律师事务所，一般有 50 到 100 名执业律师，它的结构需要规模化与团队化。

## 决断集权

中型律师事务所需要决断集权，切忌“九龙治水”。决断权应该掌握在少数几名“高级合伙人”手中，普通合伙人参与决策，民主与集中相统一。

高级合伙人应该不多于 7 人，最好是 5 人或 3 人，可保证高效率。

高级合伙人应该占有不少于 70% 的投资，“按资决策”也就意味着只要高级合伙人形成一致意见就是合伙人绝对多数意见。高级合伙人会议可以邀请部分普通合伙人列席，听取他们的意见。

## 决策广泛

中型律师事务所“决断”上可以高度集权，但在“决策”上应该鼓励全体律师广泛参与。高级合伙人投资不少于 70%，剩下 30% 由普通合伙人分担。普通合伙人占全体律师三分之一左右，这也是当年红军建军原则中党员的比例。

全体合伙人都参与决策，发表自己的建设性意见，提供给高级合伙人参考。高级合伙人“不治而议论”，普通合伙人则担任着律师事务所各业务部门管理性职务，这才能将各部门的意见反馈给决断层。各业务部门主任、秘书长，应该是普通合伙人，这也就便于形成纵向联系。

## 业务主导

律师事务所毕竟是以业务为主导的法律服务组织，而中型律师事务所已经告别了“万金油”模式，必然需要专业化。组建一系列专业化业务部，例如刑事法律部、(婚姻)家事法律部、劳动法律部、金融法律部等。既然要走向专业化，律所的律师(高级合伙人除外)就只加入某个业务部，





从事该业务部法律服务。以刑事部为例，刑事部成员律师只从事刑事服务，其他部门律师不从事刑事服务。例如刑事部律师有劳动案件，可以作为案源律师把案件交给劳动法律部律师办理，劳动法律部律师有刑事案件，也作为案源律师把案件交给刑事部律师办理。

对于年轻律师而言，可以给予两年的过渡期，即过渡期内可以在两个业务部办案。高级合伙人不加入专门业务部，他们更多是成为整个律师事务所的“案源发动机”，即整个律师事务所都成为他们的“办案团队”。当然，他们也可以办理案件，不受业务分工限制，这也意味着高级合伙人不以办案为主，而是以案源为主。

### 综合服务

中型律师事务所除了若干个专业化业务部门，还需要跨部门的综合委员会。例如设立由高级合伙人与分所主任、总所执行主任组成的决策委员会，以及总所执行合伙人牵头并由若干名普通合伙人与业务骨干律师组成的业务培训委员会、文化宣传委员会、财政预算委员会、对外联络委员会、纪律监督委员会等。这些跨部门委员会对全所（包括分所）律师提供综合服务，向（高级）合伙人会议负责。

### 行政团队

律师事务所的行政团队提供“后勤服务”，中型律师事务所行政团队关系着律师事务所能走多

远。总所、分所行政主管之上还要设置行政总监（或行政经理）。行政总监采取年薪制，一般不低于当地律师平均年收入，行政总监向执行主任与合伙人会议负责，将行政服务当成“公司事务”来处理。

行政团队下设机构包括律师事务所主任办公室、律师事务所党支部书记办公室、律师事务所执行主任办公室、律师事务所总监办公室、行政接待中心、投诉受理办公室、网络服务办公室、财务室、保安室、文印室、图书室等，其中，网络服务办公室是处理律师事务所各种网络事务，尤其是案件管理系统、网络咨询服务指引系统、律师事务所网站与微信公众号、电子办公系统。

行政总监还要承担起行政团队成员上岗培训任务，并安排接待工作性来访。行政服务都应该流程化、标准化，与功能分区相配合。

### 功能分区

中型律师事务所往往占地上千平方米甚至数千平方米，这就需要功能分区。律师事务所接待区、休闲区、办公区需分开，普通客人只进入接待区，在接待大厅或会客厅等候。接待区要提供水果与茶点，还要放一些律师事务所宣传册，例如经典案例集、荣誉集。

休闲区是律师休息的地方，应该包括咖啡厅、健身房、阅览室等。办公区主要是律师办公室，高级合伙人办公室可以有会客设备，普通合伙人可以选择单人办公室或

双人办公室，普通律师可以选择双人办公室或三人办公室，实习律师与助理则安排在卡座。办公区还应该有大、小会议室、党员活动室、工会活动室等。其中，高级合伙人会议可以在律师事务所主任办公室举行，党员活动室可以兼贵宾室，工会活动室可以兼图书室。不同的分区，可以通过装修特色来隔断。

### 成本核算

中型律师事务所少不了成本核算，既要激发全体律师积极性，又要遵循“谁用谁付费”原则。律师事务所的财政预算委员会，重要职责就是如何平衡收支及如何降低律师事务所与律师的税费成本。

律师向所里缴纳管理费，其实包含租金费用与办公成本费用。租金费用按照办公室实际平方数计算，占全部管理费的30%；办公成本包括打印机耗材与折旧、案件收费提点，占全体管理费的70%。

全体管理费，包括行政人员薪金与保险费用、接待费用、物业管理费用、旅游福利、奖励优秀律师与员工费用等，应该与整个律师事务所的成本基本持平，盈亏额度不超过5%。

## 浅谈中小型律所的发展

○刘泽华 广东华商(龙岗)律师事务所



笔者目前所在的广东华商(龙岗)律师事务所(以下简称“华商龙岗”)于2014年5月设立,是一家中小型律所。华商龙岗从设立之初的7名律师发展到现在的42名律师,发展的过程中也遇到了一些问题,但在总所及执委会的大力支持下,克服了困难,凝聚共识,找准对策,促进了律所的稳步发展。我们的一些做法可能不具有典型性,只能说是深圳中小型律所发展的一个微型盆景,但仍希望能够为广大同行提供一点借鉴意义。

### 壮大队伍,凝聚人心

广东华商律师事务所经过25年的发展,已经是深圳极具规模的律所。华商龙岗筹建之初,充分利用总所的品牌力量,吸纳了不少的专业律师加盟,同时在留住人才上下大工夫,增强律师的忠实度。我们通过举办季度生日会、年度集体旅游等增进感情;并固定逢双周五开展讲座培训,内容涉及业务技能、专业知识、服饰礼仪等,努力营造良好的氛围;针对所内年轻律师较多的情况,及时成立了青工委,给予年轻律师有力支持,有针对性地开展谈判能力、执业技巧、心态调整等培训,且更多地给予他们业务锻

炼的机会。经过四年的发展,华商龙岗人员扩大了,队伍也稳定了。

### 精进业务,细化专业

我们认识到龙岗律师在业务门类上和福田、南山等中心区律师存在较大的差距,我们正视这种差距,积极弥补不足。

一方面我们注意到所内律师业务同质化比较严重,高端业务发展不足的问题,故而积极开展非诉业务,并取得了一定成效。华商龙岗做了龙岗区第一单IPO业务,第一单新三板业务,特别值得一提的是我们主办的福昌电子破产重整案被评选为“2017年度人民法院十大民事行政案件”。另一方面对传统业务进行再升级。我们安排每周五下午开展业务培训,并要求合伙人每月最少给全所人员讲一次业务课,所里教学相长,促进传统业务的专业化;针对所内传统业务占比较大的情况,对传统业务进行了规模化、批量化、精细化。

中小型律所对于专业化分工的实施具有一定困难,为此我们成立了专业化委员会及8个专业化的业务部门,鼓励每名律师确定“一主一辅”的专业方向。同时,注重提高产品研发能力,在新兴领域多投

放资源,鼓励律师团队化协作,鼓励一切形式的学习、探讨和研判。

经过一系列举措,华商龙岗的业务收入逐年提高,人均创收逐步达到了全市的平均水平。

### 规范制度,防范风险

严格是关爱,宽容是祸害。华商龙岗管委会,一方面要求分所人员要擦亮华商招牌,一方面积极地加强所内业务风险防控。我们及时制定了律所的各项制度,制作律师工作手册,对考勤、行政、律师助理的管理和培养、利益冲突、保密协议、宣传工作、风险控制等方面进行了规定。我们对刑事案件设立了特别的审批程序,对民商事合同发票严谨核对,还设立了非诉业务的审核制度。

### 创新管理,共同创造

没有管理的律所犹如一盘散沙,我们必须认识到律所的内部管理是至关重要的。在管理机制上,我们进行了创新,通过吸收非合伙人的执业律师成为管委会成员,鼓励律师成立各自专业化的团队,加强财务公开等等措施,增强律师的参与感和归属感,从而增强律所的凝聚力,构建共同价值,实现华商龙岗的稳定、和谐与可持续发展。

# 打造以律师为中心的家族办公室

○林冰 广东瀛尊律师事务所

习近平总书记在十八届中央政治局常委同中外记者见面时说道：“人民对美好生活的向往，就是我们的奋斗目标。”醍醐灌顶，这几年，我也从一个万金油律师转向专业化，在专业化道路上坚定不移地选择了家族财富管理法律服务，因为人民对美好生活的向往结果必然体现在财富的充盈上。党的十九大报告指出，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。而我对家族财富管理的研究也从财富管理的法律技能拓展到对家族传承文化和精神的研究。故此，我们强力打造以律师为中心的美好生活家族办公室。

家族办公室，以其“家族全能管家”的卓越管控能力，与家族共同演绎荣耀辉煌的独特地位，是实现家业长青的最佳途径和最优选择。随着社会对家族企业传承的关注，势必会有越来越多的“家族办公室”创立。这也是基于两个大的方面，一是律师面对竞争的需要，二是基于市场的需要。

## 家族财富传承，给律师业务开拓带来新的空间

### 行业面临前所未有的外部冲击，推动律师探索新业务

一是其他行业跨界抢食的冲击。虽然一直以来都有其他行业涉足律师行业市场，但没有现在这么猛烈。比如一些法律类的咨询公司在非诉业务领域不断拓展，压缩律师行业的阵线，尤其是引起热议的2017年“广州某律师事务所有限公司”通过工商注册事件，虽然司法部门在得知情况后及时采取了相关措施，但作为律师，我们要看到的是该事件背后体现的来自跨界的虎视眈眈。

二是大数据和人工智能的冲击。以人工智能为标志的法律科技正在搅动法律服务市场，法律人工智能已然

成为律师不得不面对的新问题。我认为，法律人工智能将来一定会取代一大部分律师的工作，例如法律检索、咨询等重复性、流程性工作等。首先是法律思维与计算机思维很接近，计算机语言是“是与非”的基本判断，对应数字“0和1”，因此计算机的逻辑和运算都是从“0和1”（是与非）推演出来的，而法律事务中的逻辑总体上也是如此，比如证据的“三性”之有无、管辖权的有无、刑事犯罪的“四要件”有或无等；其次计算机做判断的前提是基于大数据的运用和分析，举例来说，律师对某一类案件处理过上百件就可以称之为该领域的专业人士了，但计算机理论上可以将一个国家或地区内的一类案件全部搜集，然后分析和归纳，在大量的数据面前，尤其是有先例可循的问题，计算机的判断相对于人类那基于100件案件的经验来讲，更为可靠。

### 中国当下的富裕人群绝对数量逐年上涨

据《2016胡润全球富豪榜》显示，中国大陆千万富豪已达121万人，亿万富豪达7.8万人，中国大陆地区拥有十亿美金以上资产的富豪人数首次超越美国。《2107胡润财富报告》显示，中国大陆拥有千万资产

的“高净值家庭”数量达147万，比上年增长13万，增长率达9.7%；拥有亿万资产的“超高净值家庭”数量达到9.9万，比上年增长1万，增长率达11.6%；拥有3000万美金的“国际超高净值家庭”数量达到6.5万，比上年增长7600户，增长率达13.3%。而在《2018胡润全球富豪榜》中显示，中国每周增加4位十亿美金富豪，大中华区十亿美金富豪人数增加210人，达到819人，比美国多40%，大中华区前十名富豪全部进入全球前50名，香港和深圳十亿美金富豪数量比整个加州都多，香港和深圳共158人，加州139人。可见中国大陆富豪人数绝对数量不断增加，而深圳表现尤为亮眼，走在全国前列，这给了深圳律师很好的市场机遇。

### 中国当下的富裕家庭面临传承问题日益迫切

中国大部分财富持有者的平均年龄已经超过50岁了，未来十年二十年内，他们将要面对传承问题。财产该如何分配和传承，如何维持家族的“向心力”，如何避免由财产分配引起的家族悲剧等等，是许多富裕家庭都要面临的“隐性危机”。根据相关资料显示，富裕人群中超过50岁以上人群，对家族财富传承的安全和保障的诉求超过50%，因此如果没有法律的保障，没有提前做好财富传承的法律方案，财富不仅不能顺利传承，反而会引发众多的纠纷。

### 富裕人群对财富管理的法律需求日渐凸显

王宝强离婚争产、范冰冰工作室疑似偷逃税等引起媒体争相报道，这类名人不断发生的争产案件、偷逃税案件也刺激并强化了富裕人群对财富管理的法律需求。

综上所述，一方面随着法律服务市场日益壮大，并呈现出激烈的竞争态势，逼迫律师必须积极开拓业务领域；另一方面，随着经济发展富裕人群的增多，家族财富管理市场的需求也在不断增长，这方面的市场需求是不是法律的需求，需要律师把握机遇，勇于探索，创新业务模式。而舶来品“家族办公室”，这早已在国外行之有效的综合性业务适时来临，我们的创新就是要取其精华，洋为中用。

## 打造以律师为中心的家族办公室

### “家族办公室”概述

“家族办公室”最早产生于公元六世纪，传说是为王室进行财产管理的专职机构，而现代意义上的家族办公室始于十九世纪欧洲的工业革命时期。在那个时期，一些抓住产业革命机会的大亨将金融专家、法律专家和财务专家集合起来，形成一个特殊组织，帮助他们去管理和保护自己家族的财富和商业利益。1882年，约翰·D·洛克菲勒建立了世界上第一个家族办公室。家族办公室（Family Office）是由多个领域的专家组成，专门为一个富裕家族的财富管理及私人家族成员需求等综合性事务进行服务的机构，可以是一个实体机构，也可以是一个家族内部的组织。富裕家族的财富管理不仅限于投资、财务等问题，目前更多体现为法律问题，还有比如家族和睦、家族教育、家族慈善、传统的管家服务等管理功能。家族办公室可以称之为“资深”管家群体，也可以称之为专业化的“幕僚”，所提供的服务大体可以分为针对整个家族的财富管理和针对个别家族成员的私人法律服务。

### 如何打造以律师为中心的家族办公室

传统上，家族办公室是以投资机构、金融机构、第三方财富管理机构为主进行管理，而我们创新法律服务产品，则强调以律师为主角来打造家族办公室，为此，我们从以下几个方面来进行。



### 加强传统家事律师业务

传统婚姻家事业务是律师的老本行，是传统律师业务，应当不断加强。要以家族财富安全的角度，为富裕家族整个家族做好婚姻家事的法律安排，比如家族成员婚前规划及风险防范，家族成员婚姻关系存续期间的持续性法律服务，家族成员离婚的法律服务等等。另外也要做好亲权、继承权等法律安排，比如家族成员亲权纠纷法律服务，家族成员间的抚养、赡养纠纷，子女监护权纠纷，遗嘱的制定和执行，遗产继承纠纷等等。

### 对家族企业治理，以律师为主进行法治化治理

家族企业是家族财富累积的最重要平台，也是家族安身立命的原点，所以，家族企业的稳定持续发展对家族来说至关重要。在家族企业中，企业内部治理机制往往是以亲缘为纽带的家族成员之间的权力分配与制衡，而这种企业治理结构存在许多问题，并不利于企业的长远发展。现实中，因家族经营理念的冲突影响到了企业的持续经营时有发生。所以，家族企业要想持续发展，建立完善现代化公司治理模式是必然趋势，这种治理模式必须以《公司法》为中心的一系列公司法律法规为基本规范。这就给了律师以主要角色来对家族企业进行法治化治理打下了坚实的基础。

### 为家族私人投资理财业务合规性提供法律服务

家族投资理财传统上是投行、私人银行的业务，随着市场不断成熟，监管不断加强，合规性的理财投资是富裕家族的重要需求。从家族传承的角度理解，家族对投资理财的安全性需求会大于对回报的需求，因此，律

师为富裕家族直接提供法律服务，或为私人银行综合理财计划进行把关，或为其它中介机构的高端客户的服务进行法律把关就越来越多。

### 提供以传承为目的的家族信托法律服务

所谓以传承为目的的家族信托是以家族财富管理、传承和保护为宗旨，包括资产管理、财富转移、遗产规划、税务策划、子女教育、家族管理、慈善事业等多方面的服务。在国外，家族信托是对家族财富进行长期规划和风险隔离的有效工具，尤其是为家族实现有效、平稳和便捷的家族股权转让、管理和财产的跨代传承提供平台。同时，家族信托也是解决经营风险、子女过度消费和婚姻变动等问题的最有效方式。而信托的设立必须依法设立，由于我国《信托法》立法的滞后及配套措施的缺位，导致不利于家族办公室的信托计划安排，因此在现有法律框架下做好信托，反而需要律师进行法律论证、法律框架的设计等等，这也为律师从事家族信托法律服务打开了一扇门。

中国的家族办公室于2014年初进入公众视野，之后的2年是快速发展阶段，似乎财富管理行业跑步进入了家族办公室时代，私人银行、财富管理、资产管理、移民、留学、信托、保险等机构都在尝试经营家族办公室的具体业务。在这个蓬勃发展的背后，可谓泥沙俱下，乱象丛生，家族客户虽然急需服务，但难以筛选值得信任的合作伙伴，而律师因天然的法律基因能够获得信任。同时如上所述，中国由于社会经济发展造就了一大批富裕家族，这些家族的领袖正大规模步入退休阶段，预计未来5至10年将迎来历史上规模最大的一次家族企业接班浪潮。面对当今竞争极其激烈的商业环境，以及财富生态系统日益复杂，国内家族企业都需要应对挑战，包括继任、治理、对于商业战略的代际分歧、建立家族职业精神、传承家族文化和价值观等，而这些正是家族办公室的专长，尤其重中之重的是法律问题的解决。因此家族办公室从家族需求出发，以法律为基础，以律师为中心去高效整合资源，从全局和长远角度为家族事务提供解决方案是大多数人的选择。我也相信我们深圳律师能领先一步，在家族办公室的打造上做出贡献。



## 解析股权设计 规划家族传承

○彭红艳 北京市盈科（深圳）律师事务所

中国的知名企业，经过三十多年的发展，正处于传承的交接班时代。比如联想集团、华为、万达、碧桂园等等，柳传志、任正非、王健林、杨国强这些“创一代”们都已年过六七旬，他们都面临同样一个问题，那就是企业的传承。根据世界性的规律表明，家族企业成功传承的比例只有30%，而在中国，二代传承成功的只有17%，三代则不到5%。中国俗语就有“富不过三代”一说，如何突破这个魔咒？如何让家族企业永续经营？笔者以为，股权设计是核心。

家族企业的“传承”不同于“继承”，其核心目的是实现企业的永续经营，包括所有权、经营权的传承。其中，所有权的传承属于财富的传承，主要解决财产的分配问题，而企业经营权的传承，更看重的是企业资产的增值能力，这需要企业的所有权人与经营者共同努力，需要建立良好的公司治理体系，故经营权无论是交给家族成员还是非家族成员，未雨绸缪一定是一步好棋。

### 企业传承中股权设计的框架

对于一家企业来说，最值钱的资产是什么？当然是公司的股权。家族企业所有权的设计（股权设计）及公司治理、家族治理将是律师服务的核心业务，而股权设计是家族企业传承中最有挑战也最为重要的法律技术活。因为企业股权的所有权结构，决定了家族成员的股权比例，决定了家族成员和非家族成员的权力分配，还决定了家族企业表决权的分配，股权的分红制度、盈亏分担等问题。

对于企业传承的问题，由于一代创始人的价值观不同，在家族企业所有权的设计上一般呈现三种模式：

**一是由家族成员单一持股模式。**家族成员单一持股模式最典型的案例就是日本的法师温泉酒店。这家酒店

有近1300年的历史，至今已传承了46代。法师家族企业的传承，是将企业的所有权和管理权由单一继承人继承，其继承人永远只有一个，即法师家族的长子或次子，又或长女。单一继承人继承制深受中国、日本、韩国等国家的认可，中国目前大部分家族企业采用这种模式，比如方太集团，茅理翔先生就是让儿子茅忠群接班。单一继承制有明显的利弊，弊端比如因为继承人的自然人属性（其意外离世）、离婚等情况，有可能影响企业的永续发展。

**二是单一家族基金会持股模式。**家族基金会是指企业或者个人用其名下的财产成立基金会，由基金会按照基金会的章程管理、处分这些财产，包括因管理财产取得的收益。最为典型的就是著名的家具提供商宜家公司。作为世界上最大的家具公司，宜家其实是一家非营利机构，其唯一的控股股东是斯帝廷·英格卡基金会。宜家创始人坎普拉德表示，宜家之所以能够为消费者提供又便宜又好的家具，是和这种股权架构设计密不可分。为了避免家族成员因婚姻、继承等问题影响企业的永续发展，在中国，家族基金会持股模式也被许多家族企业所采用，比如曹德旺家族将上市公司福耀玻璃的股权一部分由河仁基金会持股。

笔者认为，家族基金会持股模式将成为未来中国家

族企业传承的主流。股权设计中，用家族基金会持股具有以下突出的优点：

1. 企业所得税税负低：大多数家族基金会属于非盈利组织，企业税负低。

2. 避免遗产税：在台湾、韩国等有遗产税的地区和国家，如果企业传承直接将股权给继承人，将会产生高额的遗产税。以台塑集团王永庆为例，他去世后在台湾留下遗产价值逾 600 亿元新台币，而台湾当时的遗产税税率高达 50%。于是王家人把数十亿元财产捐给长庚医院基金会等公益慈善团体，以此避免遗产税。

3. 风险隔离：上文提到，单一继承人有可能会因为继承人的自然属性或婚姻等问题影响企业的永续经营，而家族基金会的持股模式可以解决这个问题，在一定程度上实现风险隔离，防止产权发生风险。

4. 有效保护家族对企业的控制：随着家族成员的增多，所有权便会遭遇稀释问题。像世界最大的企业家族比利时的杨森家族，有大约 2500 名家庭成员共享家族资产。

**三是家族信托持股模式。**家族信托就是委托人将家族资产（现金、不动产、企业股权）等转移给受托人持有，同时指定信托财产的受益人。受托人根据信托协议的要求，按照委托人的意愿，管理和处置信托财产，从而实现财富的有效管理和传承。家族信托作为家族企业的持股模式，具有以下特点：

1. 防止败家：家族信托最重要的特点就是家族资产转移至受托人名下，由受托人根据信托协议进行管理，故家族信托的家族资产不在家族成员的控制下，可以防止因家族成员挥霍、赌博等导致的败家行为。

2. 资产隔离：由于家族资产的法律所有权属于受托人，而不是某个人，这能在一定程度上起到资产隔离的作用。

3. 私密性：家族基金会的章程一般需要公开，而家族信托是私密的法律文件，一般除了委托人、受益人，其他人员不得查询信托。

我们对家族基金会和家族信托两者的差异进行了对比整理（见下表），可见对于家族企业的传承，家族信托的设计需要更为复杂。

### 控制权设计是家族企业传承设计的重点

在家族企业的发展中，随着家族的壮大，所有权将逐渐分散。如何确保家族未来对家族企业的控制，将控制权分配给最有能力能使家族企业永续经营的家族成员，如何平衡家族企业的发展与外部融资之间的关系，如何确保家族企业上市后仍能保证家族的控制等等，这些问题的解决都离不开控制权的设计。控制权的设计包括家族企业的股权结构、股权比例、表决权、否定权等，其中最常用的两种方法是金字塔股权结构和 AB 股的股权结构。

#### 家族企业的金字塔股权结构

此结构一般有以下几个特点：

1. 顶层的股权结构封闭：家族企业的实际控制人一般是一个家族或者几个家族，一般会成立家族控股公司，将所有的家庭成员的股权放在家族控股公司，以便实现家族的控制。顶层的股权结构是封闭的，有利于家族控制。

主要差异	形式	家族信托	家族基金会
组织形式不同		非独立实体，属于契约关系	独立的法律实体，可以自己的名义持有财产
设立程序不同		无须经过行政注册手续	必须依法注册登记
公开程度不同		信托契约无须向社会公众披露	基金会章程可能需要公开
参与主体不同		委托人、受托人、受益人、保护人	创立人、理事会、监察人、受益人
财产的管理者不同		信托财产的大部分控制权在受托人手中，在信托财产为家族企业股权的情况下，通过架构设计可以使委托人拥有相当的控制权	基金会的财产所有权属于基金会
受益人的法律地位		受益人对信托财产有受益权	基金会的任何收入都不能用于分配

2. 家族直接控制的企业主要有产业公司、银行、证券公司或保险公司等金融机构，以及贸易、酒店和超市等流通性企业。这是家族控制的第一层次的企业。

3. 家族控制的第二层次的企业，主要包括各种实业公司、股权投资公司、商业流通企业。对于第二层次的企业，家族不会单独投资，而是会采用保证控制权的前提下和外来投资者共同投资。第二层次的企业中，通常还会有私募、风险投资公司等帮助家族构建股权投资融资平台。

4. 家族控制的第三层次的企业，家族企业系族中一定有一部分上市公司，一般第三层次的企业会和第二级层次的企业形成关联交易。

以上基本就形成一个家族控制的企业系族（以上内容参考了宁向东和马永斌的公司治理之道）。

### 家族企业 AB 股的股权架构

家族企业可以通过对家族企业股权所代表的表决权进行不同的设计，达到控制的目的，即同股不同权的设计。世界第一大汽车装备供应商博世集团的股权结构就是这样安排的：博世家族成员持有少量的股权，为博世集团全部股权的 7%；博世家族创立的公益基金会持有约 92% 的股权，但这部分股权仅享有分红权，而不享有投票权；余下不到 1% 的股权由博世家族信托持有，但信托拥有 93% 的投票权，这也就意味着博世集团的运营完全由家族信托掌控，而实际掌控信托运行的则有三类人士，包括博世家族代表、博世集团元老和社会贤达。具体股权结构如下图所示。



同股不同权的设计，必须要在公司章程或股东协议中予以确认。家族企业如果是中国上市公司，目前按照同股同权的原则，家族企业不可以用同股不同权的方法实现；家族企业是非上市的有限责任公司，根据中国的公司法规定，有限责任公司是可以实现同股不同权的设计，但必须要在公司章程中特别约定。

## 家族股权管理机制的制定

家族企业传承中的股权设计还需要制定科学有效的家族股权管理机制，特别是随着家族企业的壮大，家族企业进入子女合伙阶段和堂表亲合作阶段，家族股权管理就成为股权设计的基石。这涉及家族股权管理的几个核心问题：

1. 家族股权接班人制度：设计家族聘用机制来吸引最有能力的家族成员加入家族企业；设计家族接班人的相关资格条件，培养家族领袖，培养有责任的家族企业接班人。

2. 家族股权的退休制度：家族成员当退则退，强制退休年龄，以保证家族企业利益的最大化。

3. 家族股权的流通方案：比如可以约定家族成员在某个条件下可以把股权优先出售给本家族成员；也可以约定，家族成员转让给非家族成员，必须经过家族成员三分之二通过方可转让，以防止家族股权的外流。

4. 家族成员股权的分割和继承方案：比如为了防止家族成员的股权因家族成员离婚、继承等被分割，必须要在公司章程中约定，家族成员一旦发生离婚、继承等法律事件，配偶只能要求分割股权的价值，而不能成为家族企业公司股东；又比如为了尽量减少给企业造成的遗产税，设计家族股权的馈赠方案，生前的传承比死后继承更为重要。

5. 家族股权的分红制度安排：家族企业的分红制度应该公开、透明。分红不应直接分给某个人，而应设立一个管理组织，共同管理分红。比如用分红成立家族成员的最低生活保障金、家族成员的创业基金、家族成员的防败家子基金等。



## PPP 项目投资结算审计主体的规范性研究

○马浩然 广东盛唐律师事务所

在 PPP 项目合同中，若约定项目建设完成后应对总投资进行审计，政府与社会资本往往会就项目由政府审计机关审计还是由社会审计机构审计产生分歧。从社会资本角度出发，其一般倾向于由社会审计机构进行审计，原因在于社会审计不受任何利益相关方干预，比政府审计更具独立性和公正性；而政府则更倾向于由政府审计机关进行审计，原因在于政府审计更具权威性和公信力。在此，笔者暂且不讨论这两种审计方式孰优孰劣，仅从法理角度观察由政府审计机关审计 PPP 项目可能存在的法律障碍——政府审计机关进行审计是代表国家行使公权力监督财政收支的具体体现，行政机关行使公权力需要法律明确授权，政府审计机关是否具备这样的授权？

若政府审计机关不具备这样的授权，如何约定 PPP 项目审计主体才能在合法合规的前提下最大限度地平衡双方利益？

鉴于 PPP 项目审计包括决策阶段、建设阶段、验收阶段、运营阶段、移交阶段的全过程跟踪审计，故需特别指明，本文的研究范围限于对 PPP 项目在竣工阶段投资审计主体的探讨。

### 政府审计机关可否审计 PPP 项目？

#### 法律层面的相关规定

《审计法》中关于政府审计机关审计建设项目的规

定体现在第二十二条：“审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算，进行审计监督。”根据《审计法实施条例》第二十条的进一步解释，“政府投资”和“以政府投资为主”的建设项目包括三种情形：1. 全部使用预算内投资资金、专项建设基金、政府举借债务筹措的资金等财政资金的项目；2. 未全部使用财政资金，财政资金占项目总投资的比例超过 50% 的项目；3. 占项目总投资的比例在 50% 以下，但政府拥有项目建设、运营实际控制权的项目。这些情形是否可以涵盖 PPP 项目，一要判断 PPP 项目是否属于“以政府投资为主”的项目，二要判断政府投入资金的行为可否定义为《审计法》所述的“投资”。

第一，关于 PPP 项目是否属于“以政府投资为主”的项目。PPP 项目中，通常要求政府所持 SPV 股权比例不得超过 50%，社会资本占据控股地位，项目大部分资金由社会资本和融资方提供，并且为了加快转变政府职能和调动社会资本的积极性，政府一般也不实际控制和经营项目，除对公共及公益事项进行把控外，政府通常只对项目进行监督。因此，PPP 项目不属于“以政府投资为主”的项目。

第二，关于 PPP 项目是否属于“政府投资”的项目。有观点认为，“投资”含义应作扩大解释，投资不能狭义地理解为政府为项目建设而投入的资金，政府付费和可行性缺口补助由于最终来源于财政资金，也可以视为“投资”。且政府作为 PPP 项目的采购人，PPP 项目在性质上应属政府项目，政府需对项目总投资最后买单。笔者认为该观点值得商榷。PPP 模式与政府传统投资项目模式不同，在 PPP 项目政府采购中，政府选定的是集投融资、建设、运营为一体的社会资本，而不是某一单一的建设、生产、货物或服务项目。PPP 语境下的政府付费是社会资本的投资回报，“投资回报”显然与“投资”不同。换言之，在政府向社会资本支付政府付费前，社会资本已经完成了项目投资和建设，如一概将政府支付的款项视为投资，则社会资本先前投入资金的性质将难以认定。此种情形下，若将社会资本投入的资金认定为向政府的借款或垫资，则将 PPP 异化为纯粹融资方式和政府举债方式，这是目前相关 PPP 政策所禁止的。因此，不宜将政府付费款项认定为政府投资。

综上，PPP 项目不应属于《审计法》规定的“政府

投资和以政府投资为主的建设项目”。

### 行政法规、部门规章层面的相关规定

根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第四十一条规定，“县级以上审计机关应当依法对特许经营活动进行审计。”按照该条款理解，政府审计机关应当对 PPP 项目进行审计。但是，该规定是由国家发改委、财政部等六部委联合发布的，根据《立法法》的规定，从效力层级的角度来讲属于部门规章，而《审计法》中明确规定只有法律和行政法规才可对审计事项授权。因此，上述管理办法也不能作为政府审计机关审计 PPP 项目的法定授权。

### 法无授权不可为

从法理上讲，“法无授权不可为”是政府行使公权力的基本准则，其原因在于公权力掌握着强大的国家机器，往往会不自觉地倾轧私权利。在公权力面前，私权利处于天然的弱势地位，无法与公权力进行地位平等的正和博弈，为寻求公权力与私权利的平衡，需要对公权力进行限制，限制之一就是公权力行使必须具备相应法律授权。《审计法》中规定了若干审计机关应当审计的情形，其它法律、行政法规中也零星授权给审计机关审计某些事项的权力，但一般的 PPP 项目并不符合上述规定的情形，因此政府审计机关审计 PPP 项目并无法定授权，政府审计机关无权审计 PPP 项目的预算执行情况和决算。

除从 PPP 项目是否属于“政府投资和以政府投资为主的建设项目”为角度讨论 PPP 项目应否接受政府投资审计外，亦有观点从国有资本经营预算管理的角度进行探讨，其认为“绝大部分由国企控股或主导的社会资本方、项目公司可视为国有企业或国有控股企业，其法人资产为国有资产。根据《审计法》《预算法》等相关法律法规，其投入 PPP 项目公司的资金属于国有资本经营预算管理的范畴，这类项目公司必须接受政府主导的审计”（详见熊侃：《再论谁是 PPP 项目投资审计的最佳人选》）。上述观点有其合理性，但与本篇文章立论点不尽然相同。本文旨在从《审计法》及行政法规、部门规章的规定入手，认为目前审计法律位阶无法良好解决政府对于 PPP 项目的投资审计问题，该投资审计指的是竣工阶段 PPP 项目的投资审计，若延伸至整个项目验收并运营后的资金使用审计，则与本文出发点不一。

## 到底应由谁审计 PPP 项目？

既然政府审计机关没有审计 PPP 项目的权力，那么双方应对 PPP 项目审计问题如何约定？由谁审计 PPP 项目最为适宜？实践中，大致存在三种约定方式：

### 约定“委托”政府审计机关进行审计

有人认为，虽然政府审计机关没有法定权力，但若由双方共同委托政府审计机关进行审计，则应尊重双方意思自治，审计行为可以合法化。笔者认为，当事双方与政府审计机关根本不可能形成“委托”这一法律关系，因为政府审计是公权力行为，其权力只能来源于法律授权，从实际操作角度来说，政府审计机关也无法接受民事委托对外进行审计。因此，此种约定在法律效力上存在瑕疵，在实践中并不可行。

### 约定以审计机关的审计结果作为结算依据

虽然从法理上讲，政府审计机关无权对 PPP 项目进行审计，但在实践中各地做法不一，确实存在部分政府审计机关对 PPP 项目进行审计的现象。而 PPP 项目合同中并不会涉及政府审计机关是否有权审计的问题，所以有些项目双方仍约定“以政府审计机关的审计结果作为计算总投资的依据”。

从民事行为意思自治的角度，当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位个人不得非法干预，因此这种约定本身是有效的，但这种约定的弊端也很明显：对于审计 PPP 项目欠缺法律授权的问题，在政府审计机关内部已有意识，政府审计机关可能以项目未列入审计计划而拒绝审计。在此种情况下，将面临无法依据合同约定来确定项目总投资的法律后果，双方可能就如何确定结算依据产生争议。

此种约定并非完全不可行，特别是在政府拒绝接受由社会审计机构审计 PPP 项目的情况下，以政府审计机关审计结果作为结算依据几乎是必然选择。为了规避上述风险，可以考虑在合同中加入政府审计机关未审计时应如何确定项目总投资进而进行结算的约定。

### 约定由社会审计机构审计

双方可以约定共同聘请社会审计机构，并以其出具的审计结果作为确定项目总投资的依据。此种约定具有如下优势：第一，所谓“共同聘请”，即政府与社会资

本均参与审计机构的选定工作，所选定的审计机构是双方均认可的社会机构，此种做法可以打消政府对社会资本单独所选社会审计机构不公正的顾虑；第二，社会审计机构作为社会机构，只需考察其是否具备审计资质和能力，不存在欠缺法定授权的问题；第三，在双方约定社会审计机构审计的情况下，不论政府审计机关是否审计，双方均按照社会审计机构的审计结果结算，避免届时引发如何确定结算依据的争议。

无论从法律角度，还是从实际操作角度，社会审计机构无疑是 PPP 项目审计的最佳人选，双方约定 PPP 项目由共同聘请的社会审计机构审计最为适宜。当然，由此产生的专项费用，则需由双方进一步协商确定承担主体和承担比例。

## 后记

正如前文所述，“法无授权不可为”是基本行政准则，国家公权力的行使必须经过法律授权，对于法律未规定的事项公权力不得干预，所以政府审计机关无权审计 PPP 项目，而审计学也有“审计全覆盖”的原则，也即“财政资金运用到哪里，审计就跟进到哪里”。PPP 项目中，政府付费和可行性缺口补助的款项毕竟来源于财政资金，因此从审计学的角度，审计机关必须审计使用了财政资金的 PPP 项目，这也直接导致令审计机关无所适从的矛盾：审，审计行为可能欠缺法定授权；不审，该笔财政资金则未受到审计监督。

出现矛盾的原因在于《审计法》主要是从投资主体和资金性质的角度确定审计的范围，未能预见 PPP 模式推广后出现的新变化，即政府并非主要投资人但却在项目建设完毕后使用财政资金的情况。面对这种法律滞后于市场经济实践的情况，可以择时对审计法律法规进行完善和修订，或者对 PPP 模式统一立法，并在其中明确规定 PPP 项目的审计问题。



# 刍议 共同犯罪“另案处理” 情形的区分

○罗小柏 广东联建律师事务所

附带民事诉讼依附于刑事诉讼而存在，一般的刑事诉讼对附带民事诉讼影响甚微，当刑事诉讼的特殊情形出现时，附带民事诉讼原告人的合法权益将可能受到影响。共同犯罪因存在被告人实施同一犯罪行为 and 犯罪事实之间具有关联性的特点，通常意义上此类犯罪主体会合并审理，以便更好地查明犯罪事实，提高司法审判效率。实际却因具体案件情形和共同犯罪主体非单一性的特征，导致在共同犯罪案件审判中，对被告人经常出现“另案处理”的情形。不可否认，共同犯罪“另案处理”有其存在的合理必要，在刑事裁判方面赢得了赞扬，但

对附带民事诉讼的影响却值得思考。

## 一、困境：“眉毛胡子一把抓”——共同犯罪“另案处理”导致附带民事诉讼不同被告人之间的民事赔偿责任难以界定

共同犯罪不同被告人因犯罪行为具有牵连性，而在刑事实体上各被告人在共同犯罪中的作用得以认定，从而确定各自的刑事责任。附带民事诉讼将此刑事实体责任与民事责任相关联，民事法律确定各自在因刑附民责任中所应承担的民事责任<sup>①</sup>。然而，当共同犯罪出现“另

<sup>①</sup>张泽涛：《刑事案件分案审理程序研究——以关联性为主线》，载《中国法学》2010年第5期。

案处理”情形时，不同被告人因刑事裁判的先后，对因刑附民责任的界定与划分也容易被割裂。与共同犯罪被告人“另案处理”刑事责任认定不同，作为因共同犯罪被告人的犯罪行为遭受物质损害或者经济损失的被害人，本应通过附带民事诉讼获得民事赔偿，维护附带民事诉讼原告人合法民事权益的终极目标却因刑事共同犯罪“另案处理”，而使得完整的、应当受到法律保护的被害人民事权益有可能存在难以全部兑现，甚至需要附带民事诉讼原告人自付，如此风险的转嫁，显示出该处法律的苍白和孔隙。程序自主原则在共同犯罪“另案处理”附带民事诉讼中表现得尤为扎眼。

附带民事诉讼虽然冠以“附带”二字，但其在本质上仍属于民事诉讼，被害人作为附带民事诉讼原告人在诉讼中的程序自主应得到基本保障。程序自主原则主要表现为被害人在程序上的选择权：一是被害人享有选择请求部分或者全部共同犯罪被告人承担损害赔偿责任；二是被害人有权选择提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼。共同犯罪附带民事诉讼程序自主原则给被害人民事权益提供了保障，不论是承担侵权责任的致害人的选择还是针对物质遭受损害无法提起附带民事诉讼的单独提起民事诉讼，都较好地承接了被害人民事权益的保护。这种承接无疑与共同犯罪刑事裁判的合并审理一脉相承，但是在共同犯罪中出现“另案处理”隔断刑事犯罪审理实体上的连续，对于共同犯罪“另案处理”附带民事诉讼的影响，特别是其中赋予被害人的程序自主选择可能成为被害人对自身权益自由处分的合理解释。介于被害人法律知识的局限和对共同犯罪刑事实体裁判尤其是“另案处理”的不足把握，造成被害人在对共同侵权人责任承担者的选择上可能会出现偏差，如只起诉部分侵权致害人，或在共同犯罪已决刑事部分当中只要求致害人承担较少比例的损害赔偿份额，而将较多的希望承载于“另案处理”当中，又或只抓住已决刑事案件被告人承担全部责任，放弃对“另案处理”刑事被告人的追责<sup>②</sup>。尽管在附带民事诉讼中，附带民事诉讼被告人向原告人赔偿损失，是被告人承担民事责任方式的一种，而不是刑罚的一种；然而，被告人是否承担民事赔偿责任、应当承担民事责任的大小以及民事赔偿数额等，都

须通过刑事部分的审理后才能确定。在共同犯罪“另案处理”中面对被害人的程序自主，作为裁判者的法官应当就被害人起诉的范围进行审理还是应当行使释明权法律，没有明确的规定，作为附带民事诉讼的原告人又该如何用好自己的程序自主原则，着实让人迷茫。

## 二、缘由：“内外因相互作用”——附带民事诉讼原告人狭隘的诉讼思想的影响与共同犯罪“另案处理”机制的双重制约

与一般民事侵权案件不同，刑事附带民事诉讼被害人在被告人已归案的前提下，对因被告人刑事犯罪造成被害人人身或财产损害的赔偿心理预期往往更高，希望尽快落实赔偿。另一方面，被害人限于自身法律知识的欠缺和被告人存在“另案处理”的客观现实原因，面对已归案的共同犯罪刑事被告人，容易产生“已判先得”或者对另案处理“另案可期”的诉讼思想。从共同犯罪被告人的角度，先行归案的被告人除去认罪悔罪和经济承担的因素，因能将自己对被害人民事赔偿的幅度与自己刑事量刑有利结合的考虑，即便可能自己承担的部分超出了本来的范围，但仍愿意以民事赔偿的较多承担来利于自己的刑事量刑。当然，不排除存在已归案的共同犯罪刑事被告人对民事赔偿无力承担，或者因存在刑事部分的“另案处理”而使得民事责任划分事实难以准确厘清的情况，在上述情况下，附带民事诉讼被害人对民事赔偿的期待将自然转成对另案处理的“另案可期”。

上述想法和表现，都是刑民合一案件中当事人的主观行为，如何实现打击犯罪与保护刑事被害人民事权益两者之间的平衡？非一味地保护附带民事被害人的权益，片面促成“已判先得”；同时，对尚未有归案时间表的“另案处理”被告人，不能为了阻却附带民事诉讼可能产生的审判滞后问题，而有意引导附带民事诉讼被害人选择将希望寄托在“另案处理”上。

共同犯罪附带民事诉讼部分裁判的不一致，主要表现在：一是已判决被告人承担了“另案处理”被告人应当承担的民事责任份额；二是“另案处理”被告人重复承担了已判决被告人已经承担的民事责任；三是附带民事诉讼原告人的损失因“另案处理”无法得到全部兑现。

<sup>②</sup>何家弘：《新编证据法学》，北京法律出版社2000年版。

无可置疑，上述情况中，前两种情况从附带民事诉讼原告人的角度，其民事权利得到了理想的保障。但实际上，前两种情况发生在纯诉讼裁判中的可能性并不大，即使存在，也多半是被告人为了争取刑事部分宽大处理，而与附带民事诉讼原告人就民事赔偿调解的结果<sup>③</sup>。在共同犯罪“另案处理”中，附带民事诉讼原告人的民事权益往往因刑事另案处理的割裂而难以全部兑现，造成这一现实状况的原因是多方面的，其中主观原因包括附带民事诉讼原告人心理因素，客观原因包括共同犯罪“另案处理”时间的不确定性和不同的审判组织、合议庭组成人员等。

### 三、出路：“学会弹钢琴”——区分细化共同犯罪“另案处理”情形

共同犯罪附带民事诉讼因“另案处理”的存在，具有一定的特殊性，尤其是刑事裁判的割裂和附带民事诉讼原告人的程序自主，导致附带民事诉讼被害人权益存在难以全面兑现的风险。我们知道，附带民事诉讼能够成诉的基本条件之一即是符合一般民事诉讼的条件，其中重要的一点是有明确的被告人。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法司法解释》）第一百四十三条第一款第（一）项的规定，刑事被告人以及未被追究刑事责任的其他共同侵害人，属于附带民事诉讼中依法负有赔偿责任人。第一百四十四条明确了关于共同侵害人，附带民事诉讼原告人有权选择只起诉部分致害人，人民法院应当尽到告知可起诉其他共同致害人和放弃起诉相应的法律后果的义务。另外，在第一百四十四条第一款和第一百四十六条均明确规定，共同犯罪案件，同案犯在逃的，不应列为附带民事诉讼被告人。共同犯罪设置“另案处理”最重要的原因是为了有效提高审判效率，不因其他不适宜一并审理或在逃的同案犯而影响已经归案的犯罪嫌疑人的审判。反之，

即便民事裁判当中存在缺席审判，但是也经过了完善的送达民事被告的过程，如公告送达。假设法律设计允许共同犯罪在逃同案犯作为共同犯罪先行审判附带民事诉讼被告人的共同被告，那必然无法直接有效送达转而采取公告送达花费的时间，将无法保证共同犯罪先到案被告人刑事部分得到及时有效的裁判。

通过分析共同犯罪中对共同致害人提起附带民事诉讼存在的问题，在不突破我国《刑诉法司法解释》有关规定的情况下，笔者试对共同犯罪“另案处理”刑事被告人能否与已归案刑事被告人作为附带民事诉讼被告人进行分类，区分共同犯罪“另案处理”的具体情形来确定附带民事诉讼被告人的范围。

一类是对基于法律或司法解释的相关规定而作“另案处理”，如法律和司法解释有关未成年人犯罪的规定，在未成年人与成年人共同犯罪时，一般对未成年人作“另案处理”。为了及时审结案件，提高诉讼效率而将共同犯罪中虽能到案参加诉讼，但涉嫌其他犯罪需要进一步侦查，难以与同案犯罪嫌疑人一并提请批准逮捕移送起诉，或者有其他更为严重犯罪，“另案处理”更为适宜的部分犯罪嫌疑人，这类情形的共同犯罪附带民事诉讼应当考虑对已归案刑事被告人和“另案处理”

刑事被告人一并作为附带民事诉讼被告人。

第二类是同样基于法律和司法解释的有关规定，如法律关于管辖的规定，共同犯罪其中被告人需“另案处理”和在逃的共同犯罪同案犯，这类情形的共同犯罪附带民事诉讼只能依刑事部分的“另案处理”来处理。至于司法实践当中的具体操作方法，人民法院可参照关于共同犯罪中共同致害人作为附带民事诉讼被告人的做法，尽到告知一并起诉和放弃部分诉权相应的法律后果即可。

总之，只有细化区分“到案先判”和“另案处理”附带民事诉讼的特殊情形，才能有效保障附带民事诉讼被害人的合法权益。

<sup>③</sup>曹海雷：《我国刑事附带民事诉讼制度的反思与重构》，载《求索》2011年第4期。

# 私募基金法律服务 是“背锅侠” 还是“守门人”？

○陈嘉欣 泰和泰（深圳）律师事务所



2018年4月13日，中国证券投资基金业协会（以下简称“协会”）发布公告指出，因江苏东方之光律师事务所、北京市同硕律师事务所和广东嘉得信律师事务所在出具私募基金管理人登记法律意见书时未能勤勉尽责，存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，协会决定，三年内不再接受上述三家律师事务所出具的私募基金管理人登记法律意见书。

这一消息在律师界，特别是主要业务领域为私募基金业务的律师群中炸开了锅。协会2018年3月27日才发布《关于进一步加强私募基金行业自律管理的决定》（以下简称《自律管理决定》），其中明确“出具登记法律意见书一年内，相关私募基金管理人被公告注销的，

三年内不再接受相关律师事务所和律师出具的登记法律意见书”。距离《自律管理决定》不到二十日，协会即公告了一批不接受登记法律意见书的律师事务所和律师名单，可见协会“建立健全私募基金管理人登记法律意见书的责任追究机制”的决心。也有律师感叹道，被处罚的申请机构实际控制人弃用登记主体即可金蝉脱壳，而律师事务所和律师就是板上钉钉的“背锅侠”。

## 一、律师应发挥资本市场“守门人”的作用

纵观协会自2016年2月5日通过《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》（以下简称《二五公告》）确定私募基金管理人登记和已登记的私

募基金管理人发生部分重大事项变更需提交法律意见书以来，协会多次就私募基金律师服务提出具体要求。

一方面，协会通过发布《私募基金管理人登记法律意见书指引》，从正面指导律师事务所应当提供私募基金管理人登记法律服务，提出私募基金管理人登记法律意见书需要遵守的大原则——经办执业律师及律师事务所应当勤勉尽责，根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》及中国基金业协会的相关规定，在尽职调查的基础上对指引规定的内容发表明确的法律意见，制作工作底稿并留存，独立、客观、公正地出具《法律意见书》，保证《法律意见书》不存在虚假记载、误导性陈述及重大遗漏。

笔者认为，协会引入私募基金管理人登记法律意见书制度，正是信任律师和律师事务所能够发挥其法律专业能力，促进私募基金业务合规健康发展。协会强调，律师应把法律意见书作为律师行业与基金行业的纽带，维护好客户的合法权益，维护好法律法规和自律规则的权威，不断提高法律服务专业水平，真正发挥资本市场“守门人”的作用。

另一方面，协会也不断总结私募基金登记备案中的经验和所发现的问题，不断完善对没有“守好门”的律师事务所、经办律师的责任追究制度。如在2017年1月25日注销北京天和融汇投资基金管理有限公司和北京天和融旺投资基金管理有限公司的私募基金管理人登记时，即将出具法律意见书的北京市盈科律师事务所和北京市中闻律师事务所涉嫌未能勤勉尽责的有关情况移送中国证券监督管理委员会进一步查处，并在调查期间停止接受上述两家律师事务所的法律意见书。另外，协会还发布《私募基金登记备案相关问题解答(十四)》(以下简称《问答十四》)，明确了六种不予登记的情形，并建立对不予登记申请机构及所涉律师事务所、律师进行公示的工作机制。截至2018年3月9日，协会已经公示不予登记申请机构85家，其中律师事务所接近70家。可见协会在重拳出击整治律师提供私募基金法律服务乱象的同时，强调了对律师事务所及律师的执业质量和执业信誉的严格要求。

## 二、“背锅”律所的前车之鉴

笔者总结了协会公布的北京天和融汇投资基金管理有

限公司等五家公司(以下统称违规机构)私募基金管理人登记法律意见书的核查报告，分析律所“背锅”的原因。

### 北京天和融汇投资基金管理有限公司

协会登记信息与事实不符

1. 存在分/子公司及关联方但未披露
2. 股东信息披露存在遗漏
3. 实际控制人披露有误，且实际控制人学历信息披露不真实
4. 高管人员披露有误，且高管履历披露不真实
5. 近三年存在诉讼和仲裁但未披露

业务开展违规

1. 未履行对投资者进行调查和风险评估程序
2. 向非合格投资者推介、销售基金产品
3. 销售的部分基金产品未进行备案
4. 承诺保本保息(签署回购协议)

法律意见书内容与事实不符

1. 未披露公司向协会备案但未通过的基金产品和未备案即发行的基金产品
2. 未披露公司与股东、实际控制人及其控制的主体的关联交易
3. 子公司、分支机构及其他关联方披露不真实
4. 实收资本披露不真实
5. 近三年涉及诉讼和仲裁披露不真实

### 北京天和融旺投资基金管理有限公司

协会登记信息与事实不符

1. 未及时变更控股股东和实际控制人登记信息
2. 股权结构披露错误
3. 存在分/子公司及关联方但未披露
4. 法定代表人学历信息披露不真实
5. 所披露的募集说明书信息不真实

业务开展违规

1. 公司办公场所不独立，与其他方共用
2. 公司官网披露虚假项目信息

法律意见书内容与事实不符

1. 基本信息披露不准确(包括经营范围、股东身份证号码、统一社会信用代码、公司住房所有权人、取得《企业集团登记证》的时间等)
2. 股权结构披露不真实
3. 控股股东和实际控制人披露不真实
4. 关联方披露不完整
5. 异常经营信息披露不真实
6. 未披露公司在完成管理人登记前即发行私募基金产品
7. 法定代表人学历披露不真实

### 中源诚信(北京)资产管理有限公司

协会登记信息与事实不符

核查报告未说明

## 业务开展违规

1. 公司失联
2. 募集资金异常转让给其他主体
3. 担任执行事务合伙人的合伙企业未在协会进行备案
4. 涉嫌伪造公章和非法集资

5. 募集资金与约定投向不符  
法律意见书内容与事实不符

1. 工商登记信息、股东出资时间与底稿不符
2. 除营业执照、公司章程外，法律意见书描述的其他事项没有底稿支持
3. 工作日志与尽调无关
4. 未披露公司被列入经营异常名录

## 康汉投资管理（北京）有限公司

## 协会登记信息与事实不符

1. 登记的机构类型披露不真实
2. 高管、基金经理信息披露不真实
3. 子公司、关联方信息披露不真实
4. 未及时变更办公场所信息

## 业务开展违规

## 核查报告未说明

## 法律意见书内容与事实不符

1. 网络检索情况披露不真实
2. 工商底档、分公司、高管访谈、高管简历、现场走访、提交年报、从业人员等信息缺少底稿支持
3. 公司架构设置与底稿不符
4. 高管情况披露不完整
5. 未披露公司存在关联交易及未备案即发行基金产品
6. 未披露公司存在违规展业、公开宣传和募集资金
7. 未就《审计报告》所体现的重大债权进行专项核查

## 深圳恩力集昌基金管理有限公司

## 协会登记信息与事实不符

1. 所披露的基金经理与公司不存在劳动关系
2. 所披露的办公地址与实际办公地址不符
3. 高管与基金经理的履历披露不真实
4. 内控制度制定时间不符合常理

## 业务开展违规

1. 私募基金产品的协议签署真实性存疑
2. 未核查投资者的资产情况
3. 公司员工身兼数职

## 法律意见书内容与事实不符

1. 未进行访谈但披露现场访谈情况，访谈笔录签字可能存在不实情况
2. 披露的部门设置、各部门职责、公司制度、披露的员工人数与底稿不符
3. 披露已核查重大业务合同、网络核查情况、高管及基金经理履历、涉诉和负面信息等情况没有底稿支持
4. 未进行现场核查

从上表中可见，违规机构的私募基金管理人登记法律意见书均存在虚假记载、误导性陈述及重大遗漏，且未制备完整的工作底稿的问题。不予登记情形中最多的的是《问答十四》规定的第二项“申请机构提供，或申请机构与律师事务所、会计师事务所及其他第三方中介机构等串谋提供虚假登记信息或材料；提供的登记信息或材料存在误导性陈述、重大遗漏”，第三项<sup>①</sup>和第一项<sup>②</sup>紧随其后。这也印证了被不予登记或公告注销的法律意见书中存在的问题主要是，经办律师对尽职调查过程描述、判断依据和工作底稿的整理和搜集不够重视，执行尽职调查程序不够严谨。

### 三、在私募基金法律服务中如何避免“背锅”

通过违规机构核查报告的分析，我们能更好地把握协会对于私募基金法律服务的要求，也更应该思考如何控制律师和律师事务所执业风险的前提下提供高质量的私募基金法律服务。

#### （一）前期洽谈阶段应谨慎选择合作对象

在与拟申请私募基金管理人登记的机构（以下简称申请机构）进行洽谈时，应当向申请机构提供前期法律尽职调查清单，主要对申请机构是否具备展业能力以及是否可能涉及《问答十四》中罗列的不予登记情形进行初步核实，确保机构具有清晰明确的展业计划及不存在被不予登记的重大障碍，避免接受不具有相应展业能力的机构的法律服务委托。

<sup>①</sup>申请机构兼营民间借贷、民间融资、配资业务、小额理财、小额借贷、P2P/P2B、众筹、保理、担保、房地产开发、交易平台等《私募基金登记备案相关问题解答（七）》规定的与私募基金业务相冲突业务的。

<sup>②</sup>申请机构违反《中华人民共和国证券投资基金法》《私募投资基金监督管理暂行办法》关于资金募集相关规定，在申请登记前违规发行私募基金，且存在公开宣传推介、向非合格投资者募集资金行为的。

在签订《委托合同》时，建议约定，律师事务所所有权自申请机构登记为私募基金管理人之日起一年内，根据申请机构的展业情况自行决定通知协会撤销法律意见书。日后律师事务所发现申请机构违规情形时撤销法律意见书权利即存在合同依据。

## （二）尽职调查过程中应注意形成完整证据链

### 1. 文件、现场、网络调查相结合

从违规机构核查报告的分析可以看出，经办律所均没有严格执行尽职调查程序，未能通过多渠道核实申请机构提供的资料信息是否真实、全面、准确。

比如，对于尽职调查所必需的工商底档，最好能由律师自行前往工商行政主管部门打印，确保所打印的工商底档的完整性；若律师未能自行前往打印，也应在国家企业信用信息公示系统对申请机构所提供的工商底档对应的历史沿革情况的真实性、连贯性进行核查；查询国家企业信用信息公示系统时同步打印企业报告，并在打印件上标记查询时间。

再比如，关于违规机构中多次出现的高管学历信息与事实不符的问题。对于高管提供的学历证书，可通过中国高等教育学生信息网（学信网）进行核实。

### 2. 借助其他中介机构的力量

律师在尽职调查过程中，特别是对资本充实、关联交易、业务收入等方面的核查，往往需对申请机构的财务状况进行调查，然而律师并不具有完备的财务核查能力，此时则应当要求申请机构聘请会计师事务所、资产评估机构等提供专业判断。

### 3. 注意工作底稿的搜集和整理

违规机构的违规事项中都存在某一事项没有底稿支持或与底稿不符，这类不必要的失误和疏忽均是因为没有对工作底稿进行全面的搜集和整理。应该说，律师在草拟法律意见书过程中，所描述的每一句话，都应该有底稿的支持。如律师在法律意见书中描述“根据本所律师的现场走访”，那么底稿中就应当有律师前往现场实地调查的照片或录像。

### 4. 注意尽调过程中对已尽调事项的二次核实

由于申请机构在申请登记的过程中可能会经历一段较长时间的尽职调查，提交法律意见书后，也可能面临协会的多次反馈，在此期间，申请机构本身也可能发生变动。因此，律师在答复协会的反馈意见的同时，也应

当对协会未反馈的事项进行二次核实，以免申请机构已经发生了相关变动，甚至是违规的变动而律师不知情。

## （三）争取自行在申请机构的私募基金登记备案系统填报信息

根据笔者的实务经验，有些申请机构并未安排专业的法务人员填报系统，而是指派行政人员开展填报工作。因为该等人员不具备私募基金领域的法律知识，无法对系统的填报要求进行全面准确的把握，往往存在大量错漏。虽然填报私募基金登记备案系统一般不属于律师的服务范围，但出于填报准确性及律师执业风险考虑，建议律师与申请机构争取自行填报。

## （四）完成私募基金管理人登记后也不能掉以轻心

由于有些申请机构对私募基金管理人登记制度理解错误，抱有侥幸心理，认为成功登记后的违法违规行为难以监管。鉴于《自律管理决定》明确规定“出具登记法律意见书一年内，相关私募基金管理人被公告注销的，三年内不再接受相关律师事务所和律师出具的登记法律意见书”，建议经办律师在与申请机构签订《委托合同》时即要求申请机构聘请该律师事务所提供登记完成之日起一年的常年法律顾问服务。在该年度的常年法律顾问服务过程中，经办律师应定期核查所服务机构的展业情况，如发现该等机构存在被公告注销风险的，则应及时与客户沟通，并及时通知协会撤销相关法律意见书。

**中国证券投资基金业协会引入法律意见书制度，就是希望能借助律师行业的法律服务专业力量来推动私募基金行业牢固树立合规意识；协会对私募基金管理人及相关律师事务所进行事后纪律处分，也是对“跑偏”了的申请机构和律师事务所的行为进行修正。律师和律师事务所也应当“爱惜羽毛”，严格根据私募基金相关法律规定和律师开展尽职调查的指引，恪尽职守，勤勉尽责地出具法律意见书，做好资本市场的“守门人”，这才是避免“背锅”的终极原则。**

# 扎根基层，静待花开

## 社区法律顾问工作实务畅谈

○辛先霞 广东德纳律师事务所

“我有幸又一次站在了全市社区法律顾问培训的讲台上，望着台下的律师们，我心里无比欣慰和满足，我们社区法律顾问律师队伍在壮大、在成熟……”2018年4月12日，我受邀参加市司法局、市律协联合举办的2018年度全市一村（社区）一法律顾问培训，与同行们分享社区法律顾问工作的经验，如是说。



一村（社区）一法律顾问工作，自2014年5月广东省委省政府在全省范围内开展，至今已有四年，目前处于工作深化阶段，将坚定不移地推进下去。这项工作贯彻落实党的十九大提出的全面推进依法治国总目标的重大举措，是落实省委“打造覆盖城乡半小时公共法律服务圈”的必然要求。

深圳市一村（社区）一法律顾问工作一直走在全省前列，早在2003年，深圳市就在全市开展“律师进社区”公益法律服务，深圳律师首先开启了定期为街道和社区服务的工作模式。2003~2014年，法律意识植入；2014~2018年，全方位开花；2018年以后，深化，精耕……

如何能做好村（社区）法律顾问工作呢？做好这件事不难，但要长期做好这件事，需要坚持和情怀。结合我若干年来从事社区法律顾问工作的经历，谈谈我的思考。

### 一、明确社区法律顾问的定位和性质

社区法律顾问是谁的律师？有人说，政府购买服务，

当然是政府的律师。其实不尽然，确实是政府购买，但是为民生购买的。社区法律顾问不仅是村（社区）的律师，也是村（居）民的律师。社区法律顾问律师是政府提供经济补贴、为村（社区）和村（居）民提供公益性法律服务的独立法律工作者。

只有明确了社区法律顾问定位，我们在工作中才能做好我们的角色。社区法律顾问是中立的，我们有独有的工作服务模式。清晰定位的目的就是让我们以第三方的专业力量，促进村（社区）基层法治治理、村（居）民法律意识的提高。

### 二、社区法律顾问在村（社区）开展工作的方法

依据《一村（社区）一法律顾问合同》规定，社区法律顾问服务内容是提供法律咨询、法律援助、代写法律文书、参与人民调解、参与社区矫正、进行普法宣传等。纵看服务内容，涉及辖区范围内所有的法律服务，服务内容相当广泛。可见，我们可以做很多事情。

但现实工作中，有些社区法律顾问到了社区不知道要做什么或者怎么做，值班时很少有咨询，普法讲座时稀稀落落的听众，感到无事可做，社区里真的没事可做吗？每个社区地域资源不同，对法律服务的需求也是不同的，如果坐在村（社区）等事做，可能不会有太多事，但如果自己主动找事做，有做不完的事。

2015年，为响应省委省政府对口支援揭阳市的一村（社区）一法律顾问工作，我报名对口支援普宁麒麟镇几个村落。我乘高铁、转小巴，颠簸大半天的时间来到了麒麟镇，人生地不熟。为了尽快熟悉支援地，我每天坐着电动车，穿行在乡村路上，一个村落又一个村落地走访。刚开始，是一杯热茶又一杯热茶，随着工作的开展，除了一杯杯热茶还有一张张笑脸。我做了什么？经过实地的走访，我发现每个村都有小学，我决定以点带面，从学校、学生开始，于是，教室里出现了一个“外星人”——律师。我与质朴的农村孩子们一起欢笑，一起识法，很自然地，一个学生一个家庭，村委和村民开始陆续找过来……我总结到，律师到社区开展社区法律顾问工作，可以这样做：

#### （一）对村（社区）做好前期调研

了解村（社区）的地理位置、人口、辖区单位、村（居）委会、辖区务农或务商情况等，调研之后进行分析，分析服务村（社区）的法律需求，实施有针对性的法律措施，提供有效的法律服务。

#### （二）以点带面地有效开展法律服务

调研基础上，形成工作方向，但涉及具体实施也会有相应的困难。如果社区认可配合，一开始就可以按照实施方案实施，会省去很多周折，但现实中大多还是需要讲究工作的方式方法，去寻找突破点，以点带面开展工作。

#### （三）把社区法律顾问工作作为平台运作

村（社区）法律服务工作很琐碎，往往涉及的是家庭暴力、婚姻、婆媳、邻里、劳动、租赁等，直接面对的是辖区群众，其法律意识相对淡薄，需要社区法律顾问律师耐心倾听、耐心引导、耐心处理，社区法律顾问律师最需要“耐心”。有些社区法律顾问在工作中遇到这些“居委会大妈”的日常事务，失去了工作热情，感觉不到自己存在的意义，萌生离开的念头。究其原因，



在对口支援村小学里，和孩子们游戏识法



参加村民代表大会

是没有认识到自己工作的价值和空间。社区法律顾问工作是个平台，它给予律师成长的、发展的资源。一个社区是一个市的最基层单元，所有的人、财、物会在社区里流动，社区法律顾问若真诚地为社区付出，社区也会回馈社区法律顾问的这一份辛勤，社区法律顾问就能在社区实现自我，造福一隅。

### 三、社区法律顾问工作中难点的处理

目前，社区法律顾问工作中有三项难点工作：一是普法；二是人民调解；三是信访、群体事件处理。

#### （一）普法

普法工作中，普法讲座是最直接、最有效的方式，通过普法宣讲让村（居）民提升法律意识，了解法律知识，进而学习并用于生活。但是社区的普法讲座普遍存在难组织、听众少、形式化等问题，如何突破“讲者无激情、听者无兴趣”的状态呢？方法是有的。

首先，社区法律顾问需要调整讲授方式，最好不要坐着讲，应穿插走动在听众里授课。基层普法不同于一般场合授课，授课现场也许会有孩子的哭声、电话铃声、

随意走动等等,如果坐着讲,互动少,距离感拉远,效果自然不好。村(居)民相对喜欢乡邻式拉家常的授课方式。

其次,社区法律顾问授课语言要口语化。如果你在社区授课,只讲法言法语,不到十分钟,你就会发现有人睡觉,有人玩耍,有人离场,因为他们听不懂。所以,一定要口语化,把生硬的法律知识转化为通俗易懂的口语版。

最后,社区普法方式要多样化。普法不要只局限于“你讲我听”的讲座模式,还可以采取多样化的方式,比如:举办法治文艺汇演,律师对汇演节目进行现场点评;举办社区法治文艺展,聚集社区书法、绘画爱好者,开展法治作品展;采取游戏式宣讲,在游戏里融入法律元素,让村(居)民在娱乐中感受法的魅力;等等。普法目的是让群众听得懂、记得住,从而内化为自身行为,所以不论采取何种方式,目的达到了,就是一场好的普法。

#### (二) 人民调解

社区法律顾问进行人民调解工作要注意两点:

一是要尽告知义务,告知人民调解委员会是群众性自治组织。社区人民调解通常是在社区工作站办公室进行调解,如果不提前告知,村(居)民会以为是政府行为,如果调解不成,很难做诉讼渠道引导。因此,调解时,首先要告知人民调解委员会是通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议,解决民间纠纷的活动,由双方当事人申请而启动;其次告知人民调解委员会是依法设立的调解民间纠纷的群众性组织,不是在行使政府职权,若调解不成,双方可依法诉讼。

二是调解工作处理中多用模糊处理法。社区调解不同于律师一般所代理的案件,社区涉及的多是家长理短、邻里纠纷等,社区里解决问题有些时候不需要是非清楚,法律清晰,能解决问题不伤和气才是最佳方案。所以,很多事情模糊处理反而效果更佳。

#### (三) 信访、群体事件处理

村(社区)发生信访、群体事件也是常有的事。例如:有跳楼、溺水、触电、工亡等事故,有上百工人围堵工厂,有众商户围堵商场,有大批业主与物业对峙等情况,这些需要社区法律顾问的精准介入。

遇到此类群体事件,社区法律顾问需要第一时间到场,了解事件信息,迅速给出方案予处理小组参考。如

果是信访事件,要分析是否属于信访事项,迅速做好信访分流工作:属信访直接引导到相关部门处理;不属信访而涉法涉诉的,引导相关政法机关处理;属非法信访的,不能一言不管推之,要穷尽所有救济渠道。如果是群体事件,根据事实作出相应法律分析,结合实务调解,调解不成,引导群体依法、理性解决问题。

### 四、社区法律顾问律师需要注意的问题

#### (一) 维护律师形象

深圳有约700个社区,近700位律师在社区提供服务,社区法律顾问不仅是社区法律顾问,同时还是深圳律师的一员,代表深圳律师的形象。社区法律顾问的一言一行,在社区看来,就是律师形象,所以,工作中要严格要求自己,树立良好的社会形象。

#### (二) 有政治意识和大局观

社区法律顾问律师在社区,要把法律是维护公平、正义的理念带给大家,把理性、乐观、积极的生活态度传递给大家,遇事理性引导,这样才能够最大化地为村(居)民争取权益。社区里处理的看似都是小事,但事实是事关千家万户的大事,社区法律服务做好了,可以安邦。

### 五、社区法律顾问律师的未来

目前,村(社区)法律顾问的服务尚未深入人心,将来,村(社区)法律顾问一定是人尽皆知,为什么这么说?2014年我省推开全省一村(社区)一法律顾问工作,而今,司法部在全国推行一村(社区)一法律顾问工作。一村(社区)一法律顾问工作,是公共法律服务体系重要组成部分,是国家的治国战略。我省约有2.6万个村,有上万名的社区法律顾问律师,社区法律顾问队伍庞大。目前,广东省律师协会成立村(社区)法律顾问工作委员会、广州市律师协会成立村(社区)法律专业委员会、深圳市律师协会成立社区法律顾问专业委员会,各地律协也相继推开该项工作。

我们社区法律顾问现在是有组织、有队伍、有专业指导,范围又扩至全国,相信一村(社区)一法律顾问工作必将推动中国律师业务的发展,社区法律顾问律师的前景空间是令人向往的。

# 推进社区法律顾问工作 全面参与依法治国

○陈伟 北京市炜衡（深圳）律师事务所

随着全面推行依法治国方针的提出，律师在国家法治建设过程中的作用越来越重要，其参与社会活动的机会也越来越多。而律师担任社区法律顾问，广泛地进驻社区，为社区居民和企业提供法律服务，就是律师参与依法治国的最佳实践。

## 高度重视社区法律顾问工作

党的十八届四中全会明确提出，全面推进依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。作为社区法律顾问，我们一定要认真学习《中共广东省委办公厅、广东省人民政府办公厅关于开展一村（社区）一法律顾问工作的意见》（以下简称《意见》），《意见》对社区法律顾问工作的指导思想、基本原则、主要目标、工作职责和工作要求等作出了明确的具体的规定，我们对《意见》要像参加律考或司法考试一样，要进行全面学习，深刻理解。

比如，当你不知道该做什么工作的时候，《意见》的工作职责就会告诉你，社区法律顾问的主要工作有以下四点：1. 为村（社区）治理提供法律意见。比如：协助起草、



审核、修订村规民约和其他管理规定；为村（社区）重大项目谈判、签订重要经济合同和其他重大决策提供法律意见；协助村（社区）处理换届选举中的法律问题。2. 为群众提供法律咨询和法律援助。比如为群众解答日常生产生活中遇到的法律问题，提供法律意见，为符合法律援助条件的群众提供必要的法律帮助。3. 开展法制宣传。如定期举办法制讲座，普及日常生产生活中涉及的法律知识，增强基层干部群众的法律意识，帮助树立正确的权利义务观念。4. 参与人民调解工作。如为医患、交通事故、征地拆迁、劳资、环境保护等引发的矛盾纠纷

提供法律意见。

## 担任社区法律顾问的价值

开展社区法律顾问工作，是满足人民群众公共法律服务需求的现实需要；而担任社区法律顾问，可以很好地实现律师的社会价值，服务并回报社会。我们可以通过深入基层，更多地了解和熟悉社区工作，了解老百姓的生活和想法，为人民群众提供优质的法律服务，助力基层法治建设；我们在服务社区居民的同时，也会扩大自己的人际圈子，对于很多缺乏案源和实践机会的年轻律师来讲，是积累人脉的好机会；在社区法律顾问工作中，还能学会

平衡工作与生活的艺术，因为工作繁忙，所以我们才更要思考如何管理好时间，学会高效工作和生活；通过社区法律顾问工作，可以提升律师的综合素质，提升律师的核心竞争力，提升律师的社会形象。

### 如何做好社区法律顾问工作

**全面把握社区法律顾问工作的指导思想**

一要坚持党委领导。我们社区法律顾问的工作要与党委工作同步，听取社区工作站书记的意见，主动要求分配工作，领任务。二要以诚信为本，以专业服人。诚信尤为重要，只有讲诚信，我们才能获得社区居民的尊重与认可；专业，是我们律师的立业之本。三要向“客户”提供专业、全面、及时的法律服务。社区工作站的领导、群众以及社区里的企业，都是我们的客户。我们要树立服务意识，不断努力学习与社区工作有关的专业法律知识，积极思考以提高自身的专业法律服务水平；同时，提供法律服务要及时，让“客户”感受到重视，尽量做到“日落原则”，即当日事，当日毕。只有这样，才能更好地为社区提供法律服务。

#### 积极主动，完成标准动作

积极主动，是作为社区法律顾问最基本的工作态度，也是高效能人士必须具备的良好素质之一。对于司法所要完成的标准动作，包括每月的工作日志录入、每季度的法治讲座等，一定要积极完成。其中，

撰写工作日志，除网上登记录入信息以外，建议同时建立纸质文档，做到有据可查，纸质文档在查阅时更直观和方便。开展法律知识讲座，在条件许可的情况下，可以更加积极，争取每月开展一次，以帮助社区居民培养法治思维，树立社区居民的法律信仰。

#### 做好社区法律顾问的记录工作

没有记录就没有发生，因此我们需要对工作进行记录，否则，一切都没有发生。记录，可以让我们的工作以有形的载体呈现出来，也是为了让我们的工作更加有序和有据可查，包括做好日志登记、材料整理和归档等。我们不仅要记录，而且还要完整地记录，最好是保留工作底稿。

#### 力求讲座与咨询完美结合

举办法制讲座，是开展社区法律顾问工作的重头戏，一定要予以高度重视。要做好备课工作，包括讲座的课件、内容、案例、提问等。讲座，内容上要讲社区居民最关心的法律热点、法律知识，有典型教育意义的，比如，如何反诈骗，如何防止家庭暴力，如何做好安全生产，如何提供消费维权法律水平等；形式上要通俗易懂又形象生动，比如，走进企业进行法律宣讲、开展模拟法庭主题活动等。在讲座的同时，要开展法律咨询活动，在讲座中多进行互动，让社区居民听讲座、学法律的积极性更高。

**积极收集法律问题和法律服务需求信息**

作为社区法律顾问，我们不能局限于调解纠纷，更多的时候要深入基层，了解社区居民最关心的法律问题。为了服务好社区居民，我们要主动发现问题，并解决问题。我们可以主动询问居民是否有法律方面的问题，也可以和居民就新近发生的一些社会事件，比如共享单车、网络贷款等产生的法律问题进行交流，真正从联系群众、服务群众实际出发，主动作为，提升做好社区法律顾问工作的社会效果。

#### 不断总结工作经验和教训

做任何工作都需要不断地总结和思考，才能越做越好。因此，我们也要主动进行社区法律顾问工作总结，包括月度总结、季度总结、简报等，要反思总结工作中的经验和不足，并努力改进。我们进行工作总结的同时，可以采用美篇或者微信公众号的形式，这样的方式还可以对社区法律顾问工作进行宣传，争取社区居民的广泛支持。

#### 以终为始，不断更新

在社区，社区法律顾问是法律专家，是社区企业和居民的法律服务提供者，是社区工作站的参谋和帮手。我们担任社区法律顾问，是为了宣讲法治精神，传播法律文化，解决社区法律纠纷，提升社区居民的法律意识，我们一定要牢记使命和职责，不断修为，不断更新提升自己的能力和素养，以健康的体魄和心智，专业的法律智慧以及丰富的社会感情为社区服务，把社区法律顾问工作做得更加多姿多彩！

# 合同诈骗的风险防范与刑事控告技巧

○王平聚 广东国晖律师事务所

随着我国社会经济的不断发展，在市场经济活动中利用合同诈骗犯罪的案件时有发生。合同诈骗犯罪以合同的形式为掩护，具有隐蔽性高、欺骗性强的特点，所牵涉的案件情况往往也复杂难辨。由于合同诈骗犯罪与合同民事欺诈存在很多相似的特征，因此，在司法实践中对合同诈骗犯罪的认定仍是一个棘手难题。那么企业在经济活动中，如何甄别、防范合同诈骗犯罪呢？当企业不慎遭受合同诈骗犯罪后又该如何挽救自身的损失呢？本文拟从合同诈骗犯罪事前的风险防范及事后的刑事控告这两方面作一个简要的探讨。

## 合同诈骗与合同民事欺诈的区别

根据《刑法》第二百二十四条规定，合同诈骗是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。合同诈骗的情形主要有以下几种：（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（五）以其他方法骗取对方当事人财物的。根据《民法通则》及相关司法解释规定，合同民事欺诈是指在合同签订过程中，一方当事人故意告知对方当事人虚假情况或者对真实情况进行故意隐瞒，从而使陷于认识错误的对方当事人作出签订合同的决定。

合同诈骗与合同民事欺诈存在许多相似的特征，二者的实施都是行为人故意利用虚构事实、隐瞒真相等方

式欺骗对方当事人，诱使对方当事人签订合同进行的。尽管如此，合同诈骗与合同民事欺诈仍存在根本上的区别：第一，两者的主观目的不同，即行为人是否存在“非法占有的目的”。合同诈骗的行为人的目的是非法占有对方的财物，通过签订合同这一形式来掩盖其非法目的；而合同民事欺诈的行为人，只是为了谋取不当或不法的利益，不具有非法占有的目的。第二，实际履行合同的情况不同。合同诈骗的行为人实际上不具备履行合同的能力，也没有打算履行合同的实际行动；而合同民事欺诈的行为人，往往是通过履行合同来谋取不当或不法的利益。

## 合同诈骗犯罪事前的风险防范

笔者办理过不少的合同诈骗案件，针对合同诈骗犯罪的新情况新特点，分析其背后的原因及规律，并结合办案经验，总结了合同诈骗犯罪的防范技巧，以期减少或避免客户的财产损失。

1. 对方主体资格的审查。在签订合同之前，首先应对对方主体资格进行审查，倘若连主体资格都是虚假的，则无疑是合同诈骗犯罪分子了。这要审查对方法人代表身份证明、营业执照副本或工商管理部门提供的有法人资格的证明书以及相关的证件等。

2. 对方实际履行合同的能力的审查。实际履行合同的能力是指能够完成合同所约定事项的真实可靠的客观基础，需要审查对方的经济实力、经营状况、信誉以及能否提供相应的担保等。

3. 对合同的各项条款严格审查。在签订合同前，应审查合同的各项条款，尤其是对货物标准、交货方式、



货物价格、结算方式等关键条款进行详细审查，确保这些条款表达准确、完整，不会含糊不清，没有歧义，杜绝犯罪分子钻了条款表述不当的空子。

4. 加强企业内部管理。合同诈骗犯罪分子通常利用对方当事人急功近利的思想、对业务知识技能不熟悉等情况以各种方法进行诈骗，当事人稍有疏忽就容易上当受骗。为此，企业应当加强对相关人员的培训，制定严格的合同签订程序，完善内部风险控制制度，通过加强自身防范意识，有效地防范合同诈骗。

### 合同诈骗犯罪事后的刑事控告

由于合同诈骗犯罪以合同的形式为掩护，诈骗方式复杂多样，诈骗花样层出不穷，难免导致当事人基于各种原因防不胜防，最终落入合同诈骗的圈套，造成巨大的财产损失。许多被害人在遭受合同诈骗后去报案通常都被公安机关以经济纠纷为由拒绝立案。在此情况下，被害人是否只能自认倒霉、自吞苦果，而没有任何救济途径呢？诚然非也。针对该情况，当事人应正确运用刑事控告技巧，维护自己的合法权益。

1. 明确案件管辖权。根据相关规定，刑事案件由犯罪地的公安机关管辖，而犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。如果由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。虽然刑诉法规定公安机关对于不属于自己管辖的控告等，应当移送主管机关处理，但实际中往往以没有管辖权为由拒绝。为此，明确案件管辖权有利于促使公安机关履行职责，避免“踢皮球”的不作为情况发生。

2. 明确犯罪嫌疑人的身份情况。确定犯罪嫌疑人身

份情况，有利于公安机关锁定犯罪嫌疑人，对其采取强制措施，开展初查工作。在实践中，也有不少隐瞒身份信息实施合同诈骗的犯罪嫌疑人。针对该情况，刑事律师能充分行使调查取证权，对犯罪嫌疑人的身份情况进行调查确认。

3. 撰写专业的刑事控告状。刑事控告书的撰写应当逻辑思维清晰，能够简明扼要地说明遭受合同诈骗的事实及理由，要使得办案人员看到控告状后内心确信该合同诈骗的犯罪事实是真实存在的，其才会予以立案开展进一步的侦查工作。

4. 构建完整的证据体系。在进行控告时，应全面地向公安机关提交客观真实的证据材料，阐明提交的每一份证据材料证明的事实内容，据此论述犯罪嫌疑人的行为构成合同诈骗罪的可能性。对于无法搜集、需要公安机关进行侦查的证据材料，可以列明证据材料清单，为公安机关立案后的侦查工作提供参考。通过完成这些辅助性工作，尽可能地引导公安机关予以立案，进而侦查搜集固定证据材料，最终完成案件证据体系的构建。

5. 申请复议、复核及启动立案监督程序。被害人提出刑事控告后，对公安机关不予立案的理由不服的，可以向作出不予立案决定的公安机关申请复议，说明应当予以立案的理由，要求其控告事实进行重新审查予以立案。对复议决定仍然不服的，可以向上一级公安机关申请复核。被害人对公安机关作出不予立案的决定不服的，还可以向人民检察院提出立案监督，要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。



# 如何区分 失火与意外？

## 基于对失火罪裁判观点的考察

○ 赖建东 梁麟朗

广东广信君达律师事务所

李某是 A 公司的董事长，A 公司经营鞋材业务，生产机器是鞋底成型机。为达到消防安全要求，A 公司制定了机器设备的每日保养检修制度及保安夜间巡逻制度。案发当天的保养检查显示，机器各项指标正常。当日凌晨，公司厂房二楼车间突然发生火灾，造成巨额损失，公司因此背负了巨额债务，濒临破产。《火灾事故认定书》认定，起火原因不能排除公司的鞋底成型机漏油蓄热引发火灾。正当李某准备向机器生产商索赔时，公安机关却以失火罪对他立案侦查，并对他取保候审。

李某对公安机关的立案侦查难以接受，他的厂房被焚毁，已经遭受巨大经济损失，为何还要面临刑事指控？这到底是不是意外，是否需要承担刑事责任？为此，我们纵览能找到的理论文章和裁判案例，仔细研读，对失火与意外该如何界分，进行了细致梳理和思考。

### 一、关键区别在于行为人对火灾是否应当预见、能够预见

失火即过失引起火灾，危害公共安全，致人重伤、死

亡或者使公私财产遭受重大损失的行为，也即失火罪。<sup>①</sup>例如，黄某在田里烧稻草，引发森林火灾。具备正常的认知能力及户外作业经验，就应当知道野外用火存在安全隐患，应做好防火措施，即使被告人辩称意外事件，火灾一旦发生，可推定防火措施没做好，存在过失[详见（2014）抚刑一终字第 44 号《刑事裁定书》]。

在火灾事故中，意外，顾名思义，是指火灾虽然客观发生，但不是由于行为人的故意或者过失引发的，而是由于不可抗拒或者不能预见的原因引起的，例如自然原因引起的火灾。

可见，过失和意外，关键区别在于，行为人主观上对火灾发生是否存在过失。所谓过失，就是应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免的心理态度。因此，判断是否存在过失的关键就在于：对火灾发生，行为人是否应当预见、能够预见。

如何认定行为人是否应当预见、能够预见会发生火灾？就需要考察行为人的所作所为是否符合其注意义

<sup>①</sup>张明楷著：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年 7 月版。

务。注意义务既来源于法律、法令、职务和业务方面的规章制度所赋予的义务，又包括行为人在社会生活中必要的注意义务，如果违反了这些注意义务，引发火灾，那么就是失火，否则，就是意外。

## 二、导致过失的注意义务来源

### （一）先前行为产生的注意义务

行为人实施了一定行为，造成了可能引起火灾的危险状态，那么就有防止火灾发生的注意义务，违反该义务导致火灾发生，构成失火罪。

例如，刘某一时想不开，想要通过剪断天然气管道释放天然气的方式自杀，自杀未遂醒来后抽烟，导致爆炸失火。他先前释放了大量天然气的行为，产生了防止爆炸失火的注意义务，此时由于疏忽大意，在未排除房间内释放了天然气的情况下，点燃打火机，导致爆炸失火，这就属于失火而非意外[详见（2015）岳刑初字第65号《刑事判决书》]。

### （二）对引发火灾物品疏于管理

行为人如果对于可能引发火灾的物品没有尽到妥善管理的义务，最终该物品引发火灾，行为人就由于疏于管理，违反社会生活中的必要注意义务，构成失火罪。

例如，姜某自家厂房车间内墙角的断路器发生故障引发火灾，该故障线路是姜某管理和使用的，由于疏于管理引起火灾造成重大损失，推定主观上存在过失，应负刑事责任，最终被判决犯失火罪成立[详见（2015）洛刑一终字第52号《刑事裁定书》]。

当然，需要指出的是，姜某对于火灾事故发生是否存在过失，取决于他是否疏于管理，但火灾发生的客观事实本身不能倒推得出姜某疏于管理，因此，对于姜某是否对断路器疏于管理，举证责任在控方。

### （三）明知有隐患而不予排除

2010年南京某宾馆锂电池充电失火案中，王某在电池充电过程中发现异常、闻到焦味，舍友也屡次提醒他不要再充电了，要注意安全，王某还在某论坛上发帖

询问锂电池充电出现焦糊味的原因，却依然没有切断电源，导致危害结果发生。判决认为，王某作为锂电池的使用者，安全使用是其应尽的义务，其明知充电时出现异常，本应立即切断电源，停止使用，但轻信可以避免危险发生，未及时采取措施，直至电池燃爆，其未尽到安全使用电池的义务，存在过失，与损害后果具有因果关系，因此失火罪成立[详见（2014）苏审三民申字第0480号《再审民事裁定书》]。

### （四）特定工作产生的注意义务

从事特定工作的人，对从事该项工作产生的火灾危险有更深入的认识，因此，他们在工作中应承担更高的防火注意义务，违反该义务将推定存在过失。

例如，从事手机维修行业的王某在分装电路板清洗液时，部分清洗液被倒漏在地面，于是试图用打火机将地板上的清洗液烤干，引发火灾。判决认为，王某的职业和工作经验赋予了他应当预见到电路板清洗液可燃特性，并应当注意清洗液燃烧的更高注意义务。他应当预见却没有预见，属于疏忽大意，主观上属过失，因此是失火而非意外[详见（2016）浙0106刑初00299号《刑事判决书》]。

### （五）没有采取有效防护措施

行为人实施可能引发火灾的危险操作时，应当采取有效、充分的保护措施，以防止火灾发生，这也是社会生活上必要的注意义务。如果没有采取有效防护措施引发火灾，构成失火罪。

例如，张某进行气焊施工，在施工的过程中用气焊切割螺丝，因切割螺丝时掉落的铁水和焊渣将枯草引燃，导致森林火灾。判决认为，在电焊作业中，施工人员应当预见防护措施不到位可能引发火灾，却没有做好防火措施，推定主观上存在过失[详见（2014）元刑初字第144号《刑事判决书》]。

即使行为人当时不在现场，不参与作业，在没有采取有效防护措施的情况下雇请工人施工导致火灾，也会面临失火罪的指控。例如，沈某雇请工人燃烧蕉叶，引

发火灾，检察院指控沈某在没有采取有效措施的情况下，授意工人燃火，发生火灾事故，导致公私财物遭受重大损失，构成失火罪[详见(2014)茂信法刑重字第1号《刑事判决书》]。

#### (六) 违规牵线用电产生防火注意义务

违规牵线用电的行为会更易产生火灾危险，相应地将产生更高的防火注意义务，如果因为违规牵线用电引发火灾，实践中基本上都认定是失火。

例如，谭某在出租屋内，使用包括其自行改装接线的插线板串联插接，置于木质衣柜附近，具有严重火灾隐患，最终引发火灾。判决认为，作为其住房内所有用电器具的使用者，不规范的用电方式导致电气线路短路，引燃了周围可燃物，造成火灾，主观上存在过失，构成失火罪。房主李某违规出租，未对该栋楼房的电气线路进行有效管理和维护，房屋租户私自乱拉乱接电线、超负荷使用电器，电路超负荷跳闸现象时有发生，没有予以制止，同样构成失火罪[详见(2016)川0107刑初533号《刑事判决书》]。

### 三、电器故障是过失还是意外？

如果行为人没有履行上述注意义务，引发火灾，认定其主观上存在过失，构成失火罪，自然不冤枉。然而，我们更关心的是，行为人没有上述所列的过失，火灾是电器故障引起，如电动车电池引发火灾，电灯、冰箱、空调、电视等电器故障起火引发火灾等等，这是过失还是意外？

我们认为，此时应当慎重认定行为人存在过失，毕竟，此类火灾往往是产品质量所致，行为人对火灾发生主观上无法预见，客观上也无法避免、无法控制，在没有违背上述注意义务的情况下，不应当认定为失火，而应当认定为意外。

比如，余某在楼梯间对电动车进行充电时，由于电池故障引发火灾，被判决犯失火罪，法院的理由是“该类事故隐患应为一般生产、生活经验所认知，且楼梯间

也系消防通道”，因此是失火而不是意外[(2013)涪刑一初字第198号《刑事判决书》]。

我们认为，这样的裁决是值得推敲的。这意味着使用人、占有人必须时时刻刻、寸步不离地看着其所有机器设备，防范可能引发的火灾，否则电器故障一旦引发火灾，就得承担刑事责任。对普通民众设置这么高的注意义务，显然不科学也不现实。更何况，消费者购买合格产品，就理应享受产品的安全性带来的便利。

还有一个案例引起的争议也很大。胡某在停电后，忘关闭电视机电源就离开，后来通电了，30分钟后，电视机因内部故障起火，引发火灾。法院判定胡某没有尽到安全用电的常识性义务，应当预见自己的行为可能引发火灾而没有预见，以致引起大火并造成严重损失，构成失火罪。<sup>②</sup>这种判法显然也难以服众。胡某不可能预见到电视机有故障，更不可能预见到电视机通电后30分钟就起火。该案判决胡某有罪，与普通大众常识中认为的失火概念南辕北辙，本案才导致舆论哗然，人人自危。

实际上，余某和胡某被判决有罪，不排除是因为火灾造成严重后果，各方迫于压力影响了法院的裁判。在余某案中，火灾造成4人死亡；在胡某案中，造成整个桥南市场被焚毁，损失将近3000万元，在当地造成极大轰动，有关区领导都被撤职。严格遵守罪刑法定，这两起火灾都应当定性为意外，而不是失火。

### 四、小结

基于以上分析可知，失火和意外的关键区分在于，行为人对火灾的发生是否应当预见、能够预见。违反上述注意义务则推定存在过失，如果没有违反这些注意义务，则应当认定为意外而不是失火，本案就是如此。然而，若失火造成较大损失或严重后果，裁判上就很难遵守罪刑法定原则，失火和意外的界分往往被忽视。

对于本案，经过一番努力，最终检察机关认可我们的辩护意见，以“事实不清，证据不足”为由，作出不起诉决定。

<sup>②</sup>赵文明：《常德大火案“天价”赔偿惹争议》，《法制日报》2005年11月1日，第004版。

因女儿老师发来要班上孩子积极参加“清玄杯”朗读比赛的通知，我便带着一点好奇和一点完成任务的心理关注了公众号“林清玄读书会”。也许，在生命途中接触到什么人，碰上什么事，真的一切都有安排，当林清玄先生那沉稳而细腻的声音一点一点地穿过耳膜进而触动心灵，那就仿佛林先生正安详地坐在对面与我轻语。

林先生的小品文是温润的茶，润喉而醒神，回味悠远绵长，让人从尘世的浮躁与飘虚中沉静下来。娓娓叙来一件件不起眼的小事、一段段不经意的对话之后，一点而透的生命哲理漫然呈现，让你有所检视，有所回想，之后有所升华。

林先生的文章在写法上如黄公望老先生勾勒山水画，平川淡水一勾一皴似出无意，却令大江荒流苍茫于前。在听林先生朗读《桃花心木》时，听到标题以为是介绍这种树木，谁知开篇他缓慢地引出的是种树人，种树人如何出人意表地浇水补苗，有所为又无所为的样子，那有为无为之状从不同的角度叙了半天，我一头雾水，却被那平实而质朴的闲笔紧紧吸引住欲罢不能，接下来会怎么样呢？种树人这样做意欲何为？林先生一直在放着风筝，我看到了风筝，也看到了线，但一直在找那只握线的手，所以忍不住认真地往下听。

公望先生的远岫渺茫之后总有高峰突起，却不会让人觉得突兀与奇怪，其实在他的远勾近描之中已多有伏笔隐现。林先生也深谙此道，前面细细铺排那么多种种

眼见与猜测，最终由种树人来打开这个结自然水到渠成。当种树人用朴实的话语道出：“种树是百年的基业，不像青菜几个星期就可以收成。所以，树木自己要学会在土里找水源。我浇水只是模仿老天下雨……”，噢，树木要学会适应环境方有成长之机，育树要模拟自然环境来进行方是应有之法！种树人的话，在我心里激起千层巨浪，那声响宏远而激越，育人何尝不是百年基业！不是种菜或稻子，几周或半年就会结果，拔苗助长或一味娇惯都不是育人之法，这样浅而意深的道理轻捺而出，犹如巨瀑倾流而下，飞奔而下的水幕扬起的雾气使听者像沐浴在绵绵细雨中，心旷神怡。

这样的笔法与情致在《和时间赛跑》中，在《小孩子的心境》中，在《泪眼中看见烟火》中……随处可见，一点而明的通透与圆融给焦灼无奈的生活以启示，让你看见还可以这样过活，生命需有的底气与养分你要这样去挖掘、去排解、去研磨。

我一直很喜欢台湾作家的书，最先是台湾朋友推荐了傅佩荣的《哲学与人生》，后来是听蒋勋讲解《黄公望富春山居图》，这一次偶遇“林清玄”，林先生在小品文将传统的简达与悠然用那一支入尘载世之笔沉静地传递过来，善于细摹生命中的真诚、善良与微美，发现生命的细微与高妙、平淡与悠远、辛酸与甘美，正视自我，明晓当下，传统文学那清莹而晓出的文风在林先生的笔下里开出了具象的花，值得品味与赏习。

## 沉静之美

## 读林清玄的小品文

○黄敏 北京德和衡（深圳）律师事务所

“1+1” 法援工作

# 深圳律师的

# 足迹

2012年至今，深圳共有13位律师，28人次参加“1+1”中国法律援助志愿者行动，足迹遍及全国25个中西部偏远贫困地区。深圳志愿律师在援助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，切实维护了当地困难群众的合法权益，为促进当地政府依法行政与经济社会发展做出了积极贡献，得到了援助地党委、政府及百姓的高度赞扬和好评，更得到了全国司法行政机关的表彰和认可。

经中国法律援助基金会审核，我市贵铸、赵志良、李荣花、严世勇、陈海航、李艳、王鸣剑7名律师入选为2018年“1+1”中国法律援助志愿者，并将分别赴海南、西藏、广西、贵州、新疆兵团、贵州开展“1+1”法律援助工作。

7月3日上午，深圳律协组织召开2018年度“1+1”中国法律援助律师志愿者座谈会暨志愿律师欢送会。志愿律师李艳、赵志良、李荣花纷纷表示，将带着深圳律师的荣耀和坚定的法治信念、过硬的专业素质奔赴服务地，贡献社会主义法律工作者的力量，坚决完成法律援助工作任务。



## 2017 年度深圳“1+1”法援志愿律师

**贵铸**

2012 年以来，连续 5 年参加“1+1”法律援助志愿者行动，走遍了云南墨江、宁洱两县全部 24 个镇，过去两年在西藏山南、内蒙包头市石拐区驻扎志愿服务。

**严世勇**

2017 年度驻扎广西铁山港区，6 次参加“1+1”中国法律援助志愿者行动，曾荣获广东省律协授予“1+1”行动律师“法律援助贡献奖”。

**程珊珊**

2017 年度驻扎青海省海南州两年，被评为 2016 年度“1+1”中国法律援助志愿者行动优秀法律援助律师。

**易湘洋**

2017 年度驻扎西藏日喀则市南木林县，在积极办理案件、提供法律咨询的同时，创新性地建立起南木林县 17 个乡镇与南木林县司法局及日喀则市司法局间的远程司法支持系统。

**魏耀红**

2017 年度驻扎广西灌阳县，积极办理法援案件、开展社区调解工作及法制宣传，办理了该县制种合同纠纷案，取得了一定的社会效益。

## 市律协召开区律师工作委员会工作会议

6月26日下午，市律协召开区律师工作委员会工作会议。会议上，各区律工委分别介绍了上半年的工作概况与工作亮点，并通报了下半年工作计划。自十届区律师工作委员会成立以来，各区律工委积极履职，通过举办区律师系列培训、律师论坛、运动会、组建青年律师公寓、设立区律师联合党委以及协调解决律师会见难等多种形式，努力做好市律协的服务下沉工作。律工委作为市律协的下设机构，充分发挥了市律协行业管理与服务职能向基层延伸的职责。市律协将定期召开区律工委工作会议，总结经验，交流成果，共同促进各区律工委工作全面发展。



## 市律协召开维护律师执业权利中心工作会议

6月7-8日，市律协召开维护律师执业权利中心（下称“维权中心”）工作会议。会议上介绍了当前维权中心工作情况，2018年1月至5月底，维权中心共受理维权申请31宗，其中：立案27宗，不予立案4宗，立案率为87%，较上年度平均立案率75%相比有所上升；已办结23宗，正在办理4宗，结案率为66.7%；不予立案案件中，其中1宗律师撤回维权申请，其余3宗不构成侵权事实。全体与会人员还就如何进一步畅通省市律协维权工作联动机制、推动落实快速联动处置机制、把握维权工作宣传方向、调动维权工作力量等议题进行深入探讨与交流。



## 市律协监事会召开绩效考核工作培训会议

6月2-3日，市律协监事会召开绩效考核工作培训会议。6月2日下午，市律协监事长魏汉蛟通报了于5月5日在宁波召开的律师协会（全国）监事会2018年度监事长会议以及广州律协监事会来访我会座谈交流的有关情况，就各地律协监事会的优秀工作经验进行分享。全体与会人员就如何进一步畅通监事与非监事委员工作协调机制、非监事委员如何开展日常工作监督及做好基础数据统计进行探讨与交流。6月3日，专门委绩效考核委员会、专业委绩效考核委员会分别组织召开工作会议，就专门/专业委员会工作情况统计表、活动监评表、绩效考核表的具体标准进行讨论、修改，以进一步完善绩效考核工作机制，提升绩效考核工作的科学化、合理化。



## 市律师行业党委四届十四次（扩大）会议顺利召开

5月30日下午，市律师行业党委四届十四次（扩大）会议在市律协召开。行业党委第一副书记张丽杰同志通报了行业党委五年工作规划和2018年主要工作计划。市律师行业党委书记任继光同志表示，近几年，行业党委注重加强律师党员思想政治建设，不断创新党建工作机制，着力推进党组织的有效覆盖，积极推动律师服务社会民生，做了大量卓有成效的工作。下阶段主要抓工作落实：一是理顺管理体制。坚持党对律师工作的领导，摸清全市律师行业党建“家底”，加强律师行业党委对律所党组织和律师党员的管理。二是抓党建和业务融合。在具体的工作中，要进一步做实、做细，律师协会重大事项必须向行业党委报告。三是落实工作保障。从人员、经费、政策方面加强对律师行业党建工作的保障。



## 市律协与市消委会签署战略合作协议

5月15日上午，市律协与市消委会战略合作协议签约仪式在市消委会举行，市人大代表杨勤、陈竽伶、雷东亚等亲临签约现场，共同见证并进行了签约仪式。

双方将建立并发展相互协作、相互支持、共同发展、长期稳定的紧密合作关系，通过座谈交流、业务研讨、业务培训、情况通报、听取意见建议等畅通沟通渠道，共建、共享、共用消费维权志愿律师团；并将共同关注和研究消费领域热点、难点问题，加强合作，打造深圳市安全消费保护网，为全面提升深圳市消费维权水平、维护社会和谐稳定保驾护航。



## 市律协青工委近期开展法律援助机构系列走访活动

为搭建青年律师与各级法律援助机构的沟通桥梁，市律协青工委近期开展法律援助机构系列走访活动。5-7月份已走访市法律援助处，南山区、宝安区、龙岗区、福田区、罗湖区法律援助处。走访活动中，青工委向各法律援助机构介绍了《深圳青年律师生存与发展状况调研报告》中反映的深圳青年律师办理法律援助案件的基本情况以及全国各地法援的优秀做法，并针对全市法援系统出现的法援案件补贴费用低、支付周期长、税费过重等热点问题与各级法律援助处进行深入交流。希望通过系列走访，与各级法律援助机构进一步加深了解，相互沟通，达成共识，一同促进法律援助案件办理质量的提升及青年律师执业现状的改善。



## 市律协与深圳市融资租赁行业协会签署战略合作协议

6月5日，市律协与深圳市融资租赁行业协会在市律协多功能厅签署《战略合作框架协议》。深圳市融资租赁行业协会秘书长朱寅风指出，市融资租赁行业协会作为融资租赁行业的自治组织，迫切需要专业律师提供专业的法律服务，为行业的发展提供有利保障。双方在签约后还就融资租赁行业监管等问题进行了深入的交流，并一致认为此次签约有助于进一步加强信息交流，实现资源共享，共同促进深圳市融资租赁行业的可持续性发展。



## 省、市律协公司委组织研讨公司并购重组法律服务热点实务

5月30日下午，由省律协公司委与市律协公司委联合举办的“中小型企业并购重组法律尽职调查实务”研讨会在市律协举行。市律协公司委主任曾常青就该主题进行主题演讲。他结合多年的理论研究和法律服务经验，重点围绕“尽职调查操作指引”，介绍了尽职调查的特征、适用范围、基本原则以及具体实施时应注意的事项。点评环节中，省律协公司委主任李立坤、副主任陈华庭、委员郑绪华分别就职业风险规避、律师角色定位、律师业务延伸等尽职调查中的热点实务问题发表了观点，强调律师做尽职调查应勤勉尽责，并尽调全程保持客观、独立、审慎。



## 市律协律所委主办“律所管理沙龙”

5月24日晚上，来自深圳及周边城市的11位律所管理者参加了由深圳市律师协会律所委主办的第二场“律所管理沙龙”系列活动。与会人员对合伙人关系如何处理、律所发展采用何种模式、团队如何搭建和发展等律师事务所管理者们经常面临的几个核心难题进行了深入交流。“律所管理沙龙”系列活动采用律所委定向邀请的方式，每次邀请约10名律所主任或管理合伙人免费参加，以轻松、自由交流的方式共同深度探讨律所管理者经常面临的现实难题以及分享实践中的优秀经验。律所委主任罗振辉和沙龙策划人吴昊表示，后续会根据沙龙优化议程，总结更多经验并与全市律所管理者分享。



# 河歌长流

○赵敏

如果一味贪图大山痴情的怀抱  
青春死静成一段段平庸的生活  
山啊，我是一条河  
一旦靠着你的肩膀就梦见了海  
请用你的悬崖峭壁  
把我所有的胆怯和懦弱  
一一落差成  
惊天动地  
激情的歌



