



总第 75 期

75

2018 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

探寻青年律师成长与发展之路

违法分包中出现拒不支付劳动报酬罪之刍议

论工程建设项目必须招标范围和规模的规制

私自录音，如何才能合法有效？



扫黑除恶，深圳律师在行动



2018年5月3日，由市司法局、市律协联合举办的“深圳市律师参与扫黑除恶专项斗争动员部署会议暨专题培训”在福田区委会堂成功举行。

市司法局党委书记、局长蒋溪林同志作动员讲话。就我市律师参与扫黑除恶专项斗争，他提出三点意见：一是充分认识律师参与扫黑除恶专项斗争的重大意义。扫黑除恶专项斗争既是坚决同以习近平总书记为核心的党中央保持高度一致的政治要求，也是建设平安法治深圳的迫切需求，对于律师而言，更是本职属性的必然要求。二是全面领会律师参与扫黑除恶专项斗争总体要求，在参与扫黑除恶工作时应遵循“坚持党的领导，坚持维护社会大局稳定，坚持维护宪法和法律的权威，坚决维护当事人的合法权益”四项原则。三是对标对表，领齐任务，切实推进律师参与扫黑除恶专项斗争深入开展。

市律协会长林昌炽传达了我省扫黑除恶专项斗争领导小组第一次全体会议精神，并重点介绍了省委常委、政法委书记何忠友及副省长李春生的讲话内容。其中提到，律师要牢记树立和自觉践行社会主义法治理念，积极参与扫黑除恶专项斗争，根据两高两部关于办理黑恶势力犯罪若干指导意见和省扫黑办的相关办案指引，让每一起扫黑除恶案件都经得起历史的检验、人民

的检验和社会的检验。

市司法局任继光副局长也就我市律师参与扫黑除恶专项斗争提出三点要求：一是各律所要认真组织学习领会会议精神，统一思想认识；二是各律所要找准工作的切入点，落实扫黑除恶专项斗争的工作部署；三是各位律师要认真学习此次专项培训及现场发放的学习资料，提高办案技巧，维护当事人合法权益，维护法律的公平正义和正确实施。

专题培训环节，深圳市人民检察院公诉部副部长付正权介绍了检察官在办理相关案件上的相关经验；广东省高级人民法院刑一庭副庭长刘锦平进行了“转换刑事诉讼理念，依法有序参加扫黑除恶专项斗争”的专题授课；市律协副会长蔡华律师对“黑恶势力犯罪相关法律、司法解释、司法文件的理解与适用”进行深度解读；市律协刑事法律专业委员会主任郑剑民律师就“黑恶势力犯罪案件辩护要点”作实务分享。

此次动员部署会议暨专题培训内涵丰富、重点突出，为广大律师准确把握相关涉黑涉恶犯罪构成的规定，准确掌握中央关于开展扫黑除恶专项斗争的精神指明了方向，引导律师严格依法履行辩护代理职责，为建设深圳法治示范城市作出应有的贡献。

律师致青春

期待与梦想

○杨道

深圳市律师协会副会长

法学院毕业之际，一位重要的人生导师告诉我：“如果想成为一个什么样的人，你就找到那样的人，努力向他学习，你就会成就自己并超越他！”也许这就是所谓“踩着巨人的肩膀”。如今看来，这是一辈辈一代代的传道、传业与传承，也是青年律师的期待和梦想。

律师，一度在风靡全国的影视剧中塑造了这样一种形象。他们，专业、睿智、风趣；他们，头戴银发，拿着文件夹，在法庭上意气风发，用法律与案例诠释事件与现象；他们，踏着规则的边界，是企业家的座上宾，也是那些受苦受难的阿婆大爷们的小吃摊的摊前客……影视来源于生活，又高于生活，也实实在在地影响着一大批青年律师，甚至至今都还在持续地影响着许多的“当事人”。

路，有千万条，条条大路通罗马。然而，选择一条路，就是选择了一种人生，选择了那一路风景。志在成为优秀律师的青年律师，内心对律师职业充满了期待。期待，令我们执着和不畏辛苦；期待，令我们斗志昂扬和激情澎湃；期待，令我们心生敬畏和心怀梦想。

律师，尤其是正在发展中的青年律师，从行业领域、执业环境到专业发展等，都迎来了前所未有的发展机遇。比如，刑事案件律师辩护全覆盖试点、法律援助值班律师制度、律师调解试点以及村居法律顾问等工作，在社会治理中都发挥着重要作用，律师参与其中，大有可为。再者，互联网的发展打破了传统聘请律师的“就熟、就近、就专”方式，网络知识管理突破了导师带学生的手把手传教，青年律师通过互联网不仅能学到执业技能、方法与经验，并能借此拓展案源；通过对创新软件和技术的应用，还产生了一批技术派青年律师，他们能够以图表、大数据来提升专业能力并服务当事人。

亲爱的青年律师们，身在律师行业之中，无需疑虑和困惑。“我适不适合做律师？”“做律师好难，做大律师更难！”“看，那种生活才是我想要的”……这些都是一种自我催眠！没有对律师职业的期待和梦想，遇到困难便会抱怨和犹疑，更谈不上热爱了；这样的话，你如何成就那个期待的自我？如何获得尊重和爱戴？

律师，请爱她！心怀期待与梦想地爱她！以此成就自己和当事人！



NO. 75

主办：深圳市律师协会

粤内登字 B11277 号



出版日期 2018 年 5 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 王 红 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 律师致青春 ——期待与梦想 / 杨道

特别报道 | SPECIAL REPORTS P4-12

04 探寻青年律师成长与发展之路

11 深圳市第十届律师代表大会第二次会议隆重举行

热点 | HOTSPOT P13-23

13 浅析双重劳动关系 / 陈新红

16 违法分包中出现拒不支付劳动报酬罪之
刍议 / 刘平凡

20 互联网冲击下劳动关系演变规律的经济
学分析 / 段海宇



论道 | DISCOVERY P24-30

- 24 论工程建设项目必须招标范围和规模的
规制 / 刘义
- 28 对场外大宗商品现货交易市场的法律定位
探讨 / 凌青

实务 | PRACTICE P31-36

- 31 私自录音，如何才合法有效？ / 廖璐
- 34 健身机构常见法律纠纷及风险防范 / 李红

拍案 | CASE AND EXAMPLES · P37-40

- 37 应收账款质押的法律分析及风险
防范 / 金振朝

生活 | LIFE P41-44

- 41 师与生
——参加实习人员集中培训有感 / 袁帅
- 43 我也说说律师之专业化 / 王美英

律协动态 | INFORMATION P45-48



致青年律师：步履成路，是希望

数月前，深圳市律师协会首次就青年律师生存与发展状况进行了全面调研，并于日前形成了《深圳青年律师生存与发展状况调研报告》。恰逢五四青年节，为引起社会各方对青年律师生存与发展的关注和重视，为激励我们的青年律师坚定执业信念和职业追求，本刊特登该报告，谨以此献给在成长成才路上步履铿锵的青年律师们！

探寻

青年律师 成长与发展之路

○深圳市律师协会青年律师工作委员会

律师队伍是落实党中央依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量，而青年律师代表着律师事业发展的未来和希望，他们的成长直接关系到律师行业的可持续发展，也关系到我国民主法治建设进程。自2017年10月25日起至2017年12月6日止，深圳市律师协会课题组对全市40周岁以下（含40周岁）专职律师生存现状和发展愿景进行了问卷调查（共收到有

效问卷1612份），赴我市八家律师事务所进行调研，并与青年律师代表进行深入座谈交流。通过线上和线下相结合的调研方式，并利用大数据的交叉对比分析，初步了解掌握本市青年律师的执业状况，分析其执业过程中面临的问题与困境，剖析青年律师的培养、发展路径和方法，提出相应解决对策，以期帮助青年律师健康成长、推动我市律师队伍可持续健康发展。

深圳青年律师生存与发展状况调研报告

一、调查样本基本情况

指标	类别	数量 (份)	比例 (%)
1. 性别	男	929	57.63
	女	683	42.37
	合计	1612	100
2. 年龄	25 周岁以下	103	6.39
	26—30 周岁	612	37.97
	31—35 周岁	519	32.20
	36—40 周岁	378	23.45
	合计	1612	100
3. 执业年限	1 年以下	354	21.96
	1—3 年	527	32.69
	4—5 年	300	18.61
	6—10 年	346	21.46
	11 年以上	85	5.27
	合计	1612	100
4. 学历	本科以下	6	0.37
	本科	1218	75.56
	硕士研究生	394	24.44
	博士研究生	14	0.87
	有留学经历	35	2.17
	合计	1612	100
5. 政治面貌	中共党员	536	33.25
	民主党派	34	2.11
	统战部认定的无党派人士	8	0.50
	共青团员	140	8.68
	群众	894	55.46
	合计	1612	100
6. 所在行政区	宝安区	180	11.17
	龙岗区	154	9.55
	南山区	134	8.31
	福田区	941	58.37
	罗湖区	152	9.43
	盐田区	3	0.19
	龙华区	40	2.48
	坪山区	8	0.50
	合计	1612	100
7. 律所职位	主任	45	2.79
	执行主任或执行合伙人	34	2.11
	合伙人	257	15.94
	专职律师	1276	79.16
	合计	1612	100

二、青年律师生存与发展状况

1. 近三年来平均每年在律师事务所的税前收入

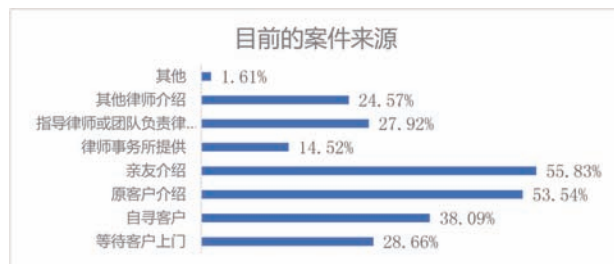
问卷调查显示，超过三成青年律师年收入不足 10 万元，低于深圳的平均工资标准；超过六成青年律师年收入不足 20 万元；仅一成左右的青年律师年收入达到或者超过 45 万，达到深圳律师行业收入平

均标准。



2. 案件来源情况

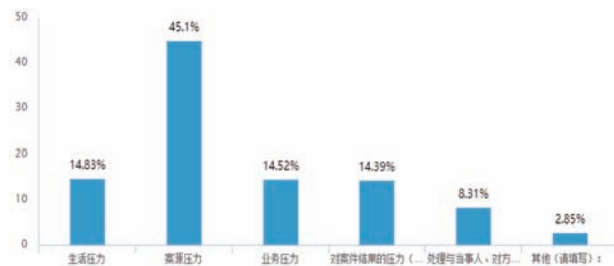
问卷调查显示，原客户和亲友介绍是青年律师最主要的案件来源，均超过一半；自寻客户、等待客户上门、指导律师或团队负责律师介绍也占较大比例。



注：“其他”一栏填写内容主要集中在网络推广、法务介绍、自建营销团队

3. 压力源情况

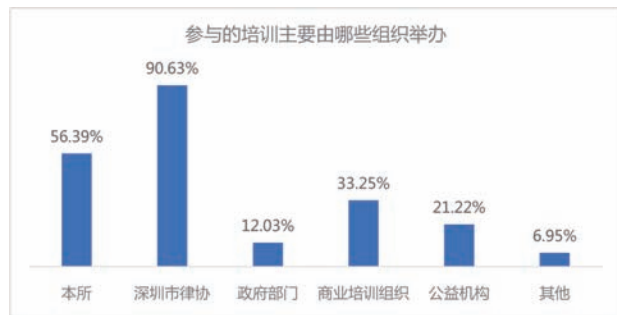
问卷调查显示，45.1% 的青年律师主要压力来自案源压力，生活压力、业务压力和对案件结果的压力也都超过 14%。



注：“其他”一栏填写内容主要为对自我能力提升的压力，平衡家庭与工作的压力，律所发展和团队管理，执业环境的压力

4. 参与培训学习情况

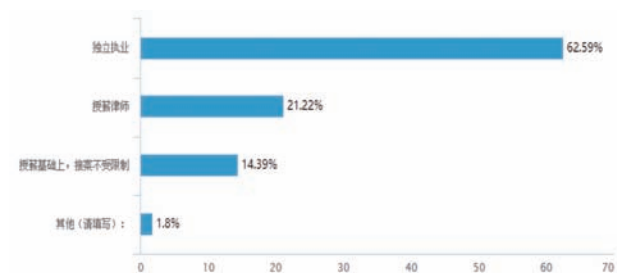
问卷调查显示，九年以上青年律师参加过市律协主办的培训，56% 以上青年律师参加过本所主办的培训。



注：“其他”一栏填写内容主要集中为学校、学会、其他律所等

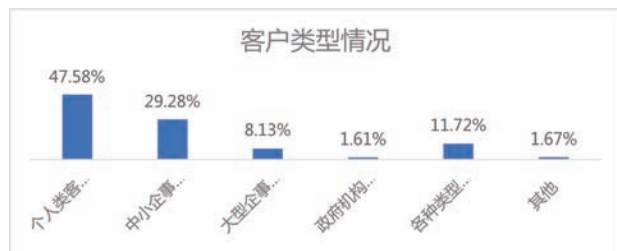
5. 执业状态

问卷调查显示，独立执业的青年律师超过六成；授薪律师二成左右；授薪基础上接案不受限制的律师占有 14.39%。



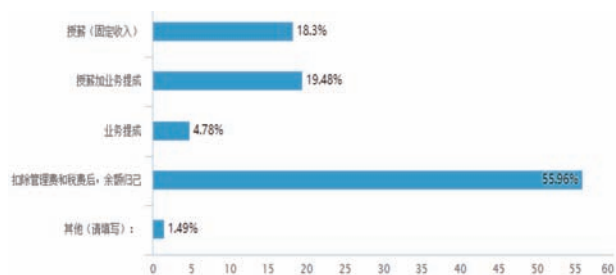
6. 客户类型

问卷调查显示，青年律师主要客户是个人类客户，占 47.58%；其次是中小企事业单位，占 29.28%。



7. 薪资方式

问卷调查显示，青年律师取得薪资的最主要方式是扣除管理费和税费后余额归己，占 55.96%；授薪和授薪加业务提成也各接近两成；完全为业务提成的仅占 4.78%。



注：“其他”一栏填写内容主要集中为绩点制、授薪加分红、授薪加年终奖

8. 参加公益活动的主要方式

问卷调查显示，青年律师参加公益活动的最主要方式是提供法律援助，接近六成，参加其他公益活动也均在三成左右。



三、青年律师发展主要困境

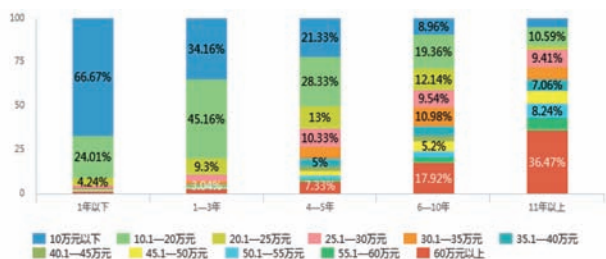
（一）收入普遍较低

1. 青年律师在执业前期收入普遍较低

如前所述，超过六成青年律师年收入不足 20 万元，通过交叉分析发现，青年律师的执业年限对收入影响较大，执业年限越长，总体收入水平越高。受访执业年限 1 年以下的青年律师中有 2/3 年收入在 10 万元以下，超过九成收入不足 20 万元；而执业 1-3

年的青年律师年收入 10 万元以下的降为 34.16%，年收入 20 万元以下的为 79.32%；执业 4—5 年的，年收入 20 万元以下的不到 50%。执业 11 年以上的律师有 36.47% 年收入高于 60 万元。

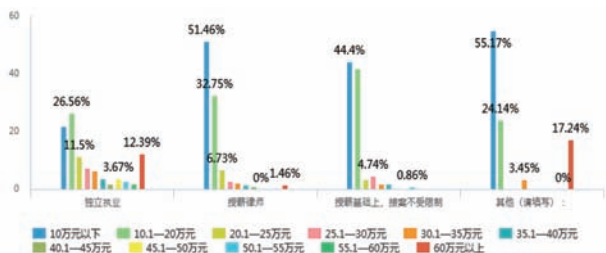
最近三年平均税前收入与执业年限交叉对比图



2. 独立执业律师中低收入者占比相对低些，高收入者相对于授薪律师占比高得多

独立执业律师中，年收入低于 20 万元的不到一半；授薪律师超过半数年收入在 10 万元以下，低于 20 万元的总数超过 85%；授薪基础上接案不受限制的青年律师也有八成年收入不到 20 万元。而收入超过 60 万元的律师绝大多数为独立执业律师或其他律师。

最近三年平均税前收入与执业状态交叉对比图



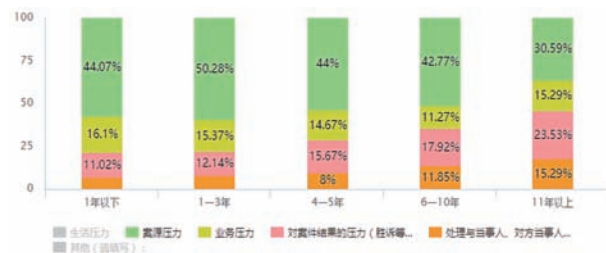
（二）案源、业务压力较大

调研问卷显示，约六成左右青年律师存在案源、业务压力。案源来源方面靠原客户、亲友介绍占六成，同时，年收入 20 万元以下的青年律师 70% 以上的案件来自律师事务所、指导律师或团队负责律师以及其他律师的介绍。

1. 案源压力是青年律师压力最主要来源

不同执业年限的律师均选择“案源压力”是主要压力来源，即使执业 11 年以上的青年律师，仍有三成以上感觉有案源压力。同时，对案件结果的压力则随着执业年限的增加而增大。

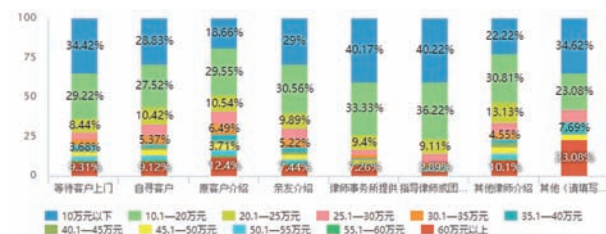
压力源与执业年限交叉对比图



2. 主要依靠律师事务所、指导律师或团队负责律师介绍案源的青年律师总体收入水平较低

超过 70% 案源主要来自律师事务所提供及超过 76% 案源主要来自指导律师或团队负责律师介绍的青年律师，其年收入是 20 万元以下。

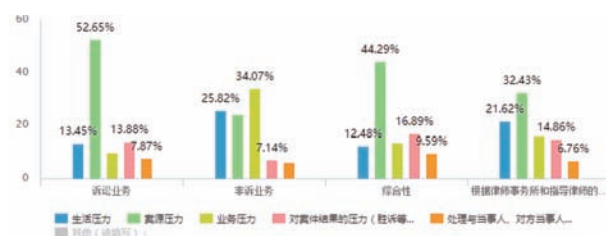
案源与收入交叉对比图



3. 不同业务类型的律师压力来源有一定差异

在从事非诉业务的青年律师中，感受到更多业务压力；而从事诉讼业务和综合性业务的青年律师中，案源压力最大。

压力与业务类型交叉对比图



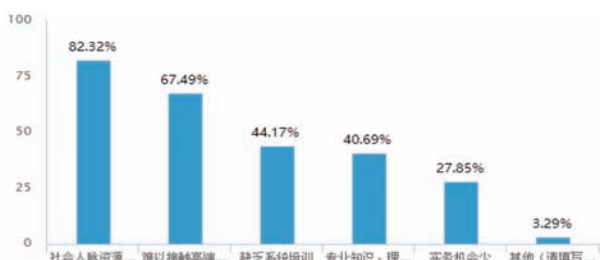
（三）其他困境

调研问卷显示，八成以上青年律师主要从事诉讼业务、综合业务，专业选择以及专业化建设缓慢、从事高端业务人数少。制度、案源、经验和人脉等因素限制了青年律师的发展。

1. 青年律师业务发展的主要困境

当问及目前业务发展的主要困境时，82.32%的受访者认为社会人脉资源不足，选择难以接触高端业务的超过三分之二。

青年律师认为目前业务发展的主要困境比例图



2. 律所培养青年律师的突出问题

约三分之二的青年律师认为，所在律师事务所对青年律师的培养没有制度、缺乏计划、培训不成系统。认为重复低层次工作、资深律师不愿花时间精力予以指导，以及律师事务所不愿提供高端业务供青年律师学习实践的也都超过四成。

青年律师认为律所在培养青年律师的突出问题比例图



四、发展困境主要原因

（一）现行收入分配类型以及经济压力，使青年律师无法得到稳定的成长环境

根据调研问卷显示，固定收入（授薪）的青年律师仅占两成左右，更多的青年律师都是提成制或者独立执业，而六成以上青年律师在案源以及业务拓展方面存在着较大压力；同时，主观上青年律师需要尽快确定专业方向，进行专业化发展，而客观上需要为了生计，忙于应付各类诉讼业务或者事务，由此造成青年律师在职业发展中无法得到较为适宜的发展环境。

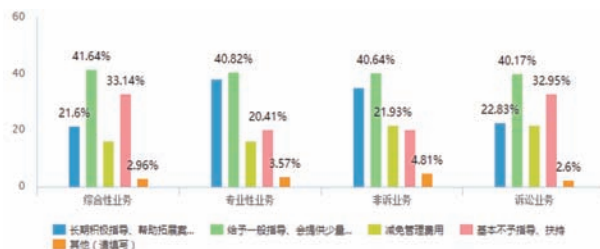
（二）律师队伍规模持续高速增长，行业竞争激烈

据调查显示，近三年深圳律师人数分别为9353、10187、11775，每年保持10%以上的增长速度，同时还有约2500余名实习人员等待进入律师队伍。在业务范围无法拓展，业务类型无法创新、扩充的情况之下，法律服务市场日渐饱和，行业竞争愈渐激烈，对于执业经验不足，专业化程度不高的青年律师而言，更是举步维艰。

（三）缺乏系统培养，“传帮带”无制度、缺效果

律师行业是高度依靠知识和经验积累的行业，由此指导老师的指导对于青年律师的成长显得尤为重要，然而现实中作为指导老师一方往往担忧青年律师学有所成后独立执业而成为竞争对手，同时也担心客户资源以及知识保护等问题，所以对于青年律师的指导往往停留在表面，缺乏系统性培养，潜意识里存在自我保护意识，对于律师事务所而言亦是如此。

律所业务特点与律所对青年律师扶持的交叉对比图

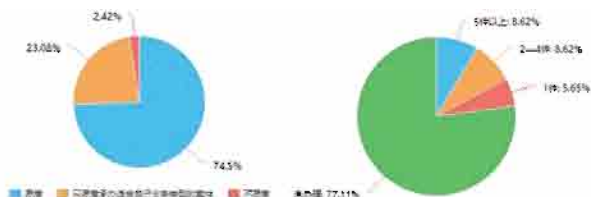


专业性业务的律所和非诉业务为主的律所对青年律师给予长期积极指导、帮助拓展案源的扶持力度，超过综合性业务的律所和诉讼业务为主的律所。

（四）行业和政府扶持力度不足

入行初期 90% 的青年律师继续教育的主要途径为参加律师协会组织的培训，仅有约 12% 的青年律师参与过政府部门组织的培训。然而律师协会作为行业自律管理组织，其运作经费主要依靠会员所缴纳的会费，受到资金及场地等多方面局限，无法针对青年律师开展系统化培训，同时政府在青年律师培养、扶持方面投入不足，倾斜度不够。以办理法律援助案件为例，77% 的青年律师没有办理过法律援助案件。深圳市律师协会作为市级律师协会，所能承担的经费有限，亦没有对青年律师实行诸如北京、上海律师协会针对新执业的律师会费“一免二减半”的政策。

青年律师对于承办法援案件态度和实际参与度的比例图



市律协第九期青年律师研修班外训课余合照

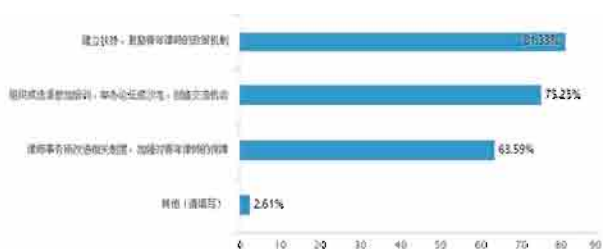
同时，还存在着深圳生活成本、司法环境、就业环境以及律师事务所的管理体制等众多制约青年律师发展的困境。

五、深圳律协对青年律师扶持的相关工作

（一）青年律师对于提高执业能力的期望

调查问卷显示，青年律师希望建立扶持、激励青年律师政策等机制，以提高其执业能力。

青年律师希望通过何种形式提高执业能力比例图



（二）律协目前对于青年律师的扶持措施

针对青年律师面对的困境和客观需求，深圳律师从提高青年律师执业水平和展现青年律师自我风采两个维度，先后开展多项活动，有效解决了青年律师执业初期所出现的部分问题，扶持青年律师成长。

1. 十年千人计划的稳步推进

制定深圳市律师行业十年千人人才计划，已开展实施九期深圳青年律师研修班，每期选定不同的专业，设定学习目标与任务，旨在打造专业律师，培养青年律师发展。

2. 推行“传帮带”的尊师重教理念

举办“传道·传业·传承”“沙龙暨青年律师导师认拜活动，旨在鼓励传道授业解惑的“传帮带”精神、宣扬尊师重道与求学上进精神，推动青年律师发展，促进行业传承。

3. 帮助青年律师拓宽视野

加强与北京、上海、香港等地的青年律师交流，组织青年律师参加两岸四地青年律师发展论坛等各种论坛活动，帮助青年律师拓宽视野。

4. 提高青年律师的实操技能

围绕青年律师生存与发展的痛点，多次举办旨在提高实操经验和职业素养的青年律师沙龙，并邀请优秀前辈律师为青年律师现场分享和互动交流。

5. 搭建青年律师展示平台

开展“青年律师形象秀”系列活动，通过青年律师演讲比赛、微视频大赛、PPT设计大赛等活动，提高青年律师的实战技能，促进青年律师互动和交流学习，引导青年律师提升专业水平。

6. 强化青年律师的归属感

通过创办《深圳青年律师文摘》（电子杂志），组织青年律师相互交流，共同探讨业务经验、社会热点和执业困惑等问题，加强青年律师的沟通和合作，强化青年律师职业归属感和荣誉感。

7. 鼓励青年律师参与更多社会公益活动

搭建青年律师与公、检、法等业务相关部门及工商联、总工会、团市委、妇联等相关组织良好的沟通平台，建立青年律师与相关社会组织良好的交流渠道，全面为社会提供公益服务，形成良好的社会关系。

六、改善青年律师生存与发展环境的具体建议

（一）制订保障青年律师发展的行业指引

倡导加强对青年律师的劳动保障，完善指导老师对青年律师的培养制度，促使青年律师执业初期在业务能力、办案经验以及职业伦理方面得到有效的指导，研究制定出台《律师事务所青年律师发展规范指

引》（涵盖保障最低工资标准、鼓励设立专项发展扶持基金、加强对案件办理的指导等方面内容）。

（二）为青年律师力争更多政策支持

申请、推动政府加大对青年律师扶持力度，将青年律师纳入英才计划，全市推广以及深入拓展“福田英才荟”行动（福田为辖区内执业满两年律师一次性发放5000元奖励）；在法律援助案件指派中向青年律师倾斜；在刑事辩护全覆盖以及多元化纠纷解决机制背景下，建立相关制度帮助青年律师有效参与。

（三）拓宽青年律师成长路径

在互联网+、大数据以及人工智能的大背景下，引导、加强青年律师业务培训，倡导技术工具办案，实现青年律师的业务能力的快速增长。

（四）搭建更多青年律师展示平台

积极为青年律师搭建更多交流合作的平台，扩大青年律师与国内外优秀青年律师的交流与合作，组织引导青年律师服务社会，拓展人际交往，增长社会阅历以及从业经历，拓展案源。

（五）加大行业扶持措施的力度

研究行业政策，学习其他地市行业协会给予青年律师扶持的优秀模式，行业协会应从实际工作出发，创新出台更多促进青年律师扶持政策。

（六）加强与青年律师的即时交流

加强行业组织与青年律师的直接联系，建立青年律师工作微信群，开设邮箱，以此建立与青年律师的紧密联系，掌握情况，了解需求，为更好服务青年律师打好基础。

调研组成员

王 伟 广东金地律师事务所
徐 天 广东君强律师事务所
肖伟东 广东宝城律师事务所
陈国平 广东卓建律师事务所
许文浩 广东鹏翔律师事务所

李土炎 广东普罗米修律师事务所
熊 婷 上海市建纬（深圳）律师事务所
杨 波 广东生龙律师事务所
曾艳青 广东海涵律师事务所
穆 清 广东琨珅律师事务所

深圳市第十届律师代表大会 第二次会议隆重举行

2018年3月31日下午，深圳市第十届律师代表大会第二次会议在深圳市委党校隆重举行。全市近500名律师代表参加了会议。深圳市司法局副局长任继光、律公处处长熊松青以及各级司法行政机关负责人、历届老会长、历届监事长等应邀出席。

会议总结了2017年深圳律师业发展态势和工作亮点，展望2018年深圳律师业发展前景。同时，经与会代表现场投票表决，大会审议通过了《深圳市律师协会第十届理事会2017年度工作报告》《深圳市律师协会第六届监事会2017年度工作报告》《深圳市律师协会2017年度财务决算报告（草案）》《深圳市律师协会2018年度财务预算报告（草案）》和《深圳市律师协会章程修正案（草案）》。

今年恰逢深圳市律师协会成立30周年，会长林昌炽表示，市律协将以此为契机，对深圳市律师协会和律师工作三十年发展历程进行回顾和总结，进一步

统一思想、凝聚共识，准确把握行业发展的新趋势，不断满足行业发展的新要求和市民群众的新期待，推动深圳律师工作取得新发展、新进步。

市司法局任继光副局长对大会的顺利召开表示热烈祝贺，对会议达到的预期效果和律协十届工作团队卓有成效的工作表示充分肯定。他强调，深圳律师要始终坚持正确的政治方向，把党的领导作为行业发展的根本遵循。律师事业发展、律师行业自律必须坚持党的领导，不仅要理直气壮的讲出来，制度安排上写出来，更要在律师履行职责的方向把握中坚定不移脚踏实地的做出



任继光副局长对律协十届工作团队卓有成效的工作表示充分肯定





林昌炽会长作《深圳市律师协会第十届理事会 2017 年度工作报告》



魏汉蛟监事长作《深圳市律师协会第六届监事会 2017 年度工作报告》



尹成刚副会长作《深圳市律师协会 2017 年度财务决算报告（草案）》和《深圳市律师协会 2018 年度财务预算报告（草案）》



杨道副会长作《深圳市律师协会章程修正案（草案）》的修改说明

来。在新的历史时期，必须持之以恒地把律师行业的党建工作摆上重要的议事日程，确保律师队伍站在正确的政治立场上维护法律的尊严，维护当事人的合法权益。市律协要先行一步、带好头，积极推动党的建设在协会发展壮大，积极推动基层党组织在律所生根发芽，大力构建深圳特色的律师行业党建体系。

任继光副局长对深圳律师行业的建设发展还提出：一要始终坚持改革创新，努力为全国律师行业提供深圳智慧、深圳经验；二要始终坚持以人民为中心的发展思想，把提升服务质量作为律师执业的出发点和落脚点；三要始终坚持行业严管和个人自律，把律师队伍建设作为行业发展的第一要务。

最后，他希望大家以习近平总书记在全国“两会”闭幕会上“山再高，往上攀，总能登顶；路再长，走下去，定能到达”的指示为开展工作的“座右铭”和“指南针”，团结一心、奋力拼搏，以更大的力度、更实的措施推动行业高质量发展，为深圳加快建设社会主义先行区做出应有的贡献。

此外，提案审查委员会主任郑德刚向大会报告了提案受理情况，此次会议共受理提案 7 件，内容涉及建立前海、坪山区工作委员会等方面。会后，提案将转交理事会研究办理并回复提案人。

发挥专业优势 服务社会发展

截至 2018 年 3 月底，全市共有律师 12099 名，同比增长 15.09%；律师事务所 775 家，同比增长 12.97%，律师行业规模持续壮大。2017 年，全市律师担任各机构常年法律顾问 21039 家，承办各类案件 170493 宗，其中诉讼案件 133985 宗、非诉讼案件 24439 宗、法律援助案件 12069 宗。开展法制宣传活动 5751 场次，47695 人次获得法律服务。6289 名律师先后投身社区法律顾问工作化解基层矛盾纠纷。深圳律师全年化解各类矛盾纠纷 1.8 万余宗。对 16 部法律、法规、司法解释等的征求意见稿召开研讨会，提出了 332 条切实可行的意见。



浅析双重劳动关系

○陈新红 新疆资本律师事务所

随着社会的发展与经济压力的日渐增加，为了充分发挥劳动力的剩余价值，灵活与多样化的用工方式应运而生。一种全新的劳动关系——“双重劳动关系”正在冲击着传统的“劳动关系”单一制理论。但是由于法律规定的缺失，使得双重劳动关系陷入了“名不正言不顺”的漩涡之中，并由此引发了相关问题的讨论。

案情简述

在李某诉A公司有关双重劳动关系纠纷案件[（2016）新0104民初2723号]中，李某原是B公司员工，被派遣到A公司工作，在2014年2月24日由于符合内退条件在B公司申请办理内退手续，并在与A公司结束派遣关系后继续在A公司工作，在此期间双方一直未签订劳动合同。2016年6月7日开始由于A公司单方面无理由调岗，李某不同意，A公司便向李某下发了解聘通知书。为此李某向法院

提起诉讼。

法院在审理过程中认定，李某虽然与B公司之间还存在劳动关系，但因其是公司内退人员，且与A公司之间的关系完全符合“劳动关系”认定的要件，故法院支持了李某要求A公司支付未签订劳动合同双倍工资等请求。

在此案例中，法院对于李某与A公司之间是否还构成劳动关系并未进行过多的阐述，主要原因在于早在2010年之前我国就发现在社会实践中存在大量特殊人群，包括内退人员、停薪留职人员等，关于这些人员的再就业劳动关系的认定问题，是坚持一直以来的劳动关系单一制还是要有所突破，成了一个刻不容缓的关系到民生的问题。2010年下半年，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第八条（以下简称“第八条规定”）中明确规定：企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放

长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应按劳动关系处理。但是，是不是有了这个法条的规定，此后关于所有双重劳动关系的认定问题就都有法可依、有理可循了？答案显然是否定的。

案例分析

我们所说的双重劳动关系，是指劳动者同时与两个用人单位之间存在着劳动关系。其表现形式既有我们熟悉的兼职行为，也有我们不太常见的未达到法定退休年龄的内退人员在原单位办理内退手续后又与其他用人单位建立了劳动关系的行为等。

对于双重劳动关系的认定问题，在我国目前现行有效的法律中既无明确的肯定也无明确的否定，有的只是一些含糊其词的表述。比如上述最高院的解释第八条规定，以及《劳动合同法》第三十九条第四款规定，“劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务产生严重影响，经用人单位提出，拒不改正时，用人单位可以解除劳动合同并无需向劳动者支付补偿金”；第六十九条第二款规定，“从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行”；第九十一条规定，“用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任”。对于上述这些法条的规定，正如“一千个人眼中有一千个哈姆雷特”一样，不同的法律人也给出了他们不同的解读。

肯定者认为上述规定，一方面规定了劳动者在未解除劳动关系的情况下，与其他用人单位形成劳动关系可能承担的法律后果，进行了风险提示，但是并未禁止劳动者同时与两个用人单位形成劳动关系。根据“法无禁止即自由”的原理，我们认为同一个劳动者是可以同时与两个用人单位建立劳动关系的，只要符合《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）中劳动关系的认定要件：1. 符合法

律法规规定的主体资格；2. 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；3. 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分，则应认定为双重劳动关系。另一方面，通过最高院的解释第八条规定也可以看出我国是认可双重劳动关系的。除了对上述法条本身的理解之外，根据劳动和社会保障部《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》第一条规定，职工在两个或者两个以上用人单位同时就业的，各用人单位应当分别给职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤，由职工受到伤害时其工作的单位依法承担工伤保险责任。可见此项规定亦是承认了双重或多重劳动关系的存在^①。

否定者认为，上述法律旨在强制劳动者或用人单位在双重劳动关系中出现侵权或者违约时需要承担的相应法律责任，明显带有不鼓励的意味，虽没有对劳动者可以与其他不同单位建立劳动关系的主体资格做出明确规定，但不能以此为由做出扩大解释，而应坚持法律的引导方向，坚持法律明确规定的适用条件。同时，《国务院关于企业职工养老保险改革的决定》以及相关的缴纳社会保险的规章规定，除了非全日制工作以外，一个劳动者只要一个社保账号，也就是说不能两个或两个以上的用人单位同时为一个劳动者缴纳社会保险。最高院的解释也只是有条件的承认个别双重劳动关系。所以当劳动者既不是非全日制的劳动者，又不是最高院的解释第八条规定中的对象人员的情况下，不应认定双重劳动关系的成立，即我国不全面承认双重劳动关系的存在，而只是有条件的承认。

其实在《劳动合同法》颁布以前，我国是不承认双重劳动关系的。原劳动部于1996年10月31日颁布的《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发〔1996〕354号）第十七条规定：用人单位招用职工时应查验终止、解除劳动合同证明，以及其他能够证明该职工与任何用人单位不存在劳动关系的凭证，方可与其签订劳动合同。《劳动法》也是根据

^①齐丽华：《对〈劳动合同法〉适用法律若干问题之见解》，载北京市高级人民法院机关刊《北京审判》2008年第9期，第58至60页。

传统的劳动关系具有单一性的理论制定的，但是随着《劳动合同法》以及相关司法解释的颁布，我国采取的是有条件的承认个别双重劳动关系，如非全日制劳动者、企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员。

就当前而言，诚如王林清法官在《劳动争议裁判标准与规范》中指出“《劳动合同法》承认了双重和多重劳动关系的客观存在，但是对双重劳动关系是一种不提倡也不禁止的态度，特别是不提倡劳动者建立双重全日制劳动关系”^②。但是伴随着市场经济的不断发展，用工形式亦会日趋多样化与灵活化，可以预见未来承认双重劳动关系必然是一种趋势。因为这种承认有利于保护劳动者的合法权益，更能充分发挥劳动力的价值，且不会对用人单位造成过于苛刻的局面。如果不承认双重劳动关系，那么其中一重关系势必会被认定为劳务关系，这样劳动者只能请求劳务报酬的给付而不能主张诸如两倍工资、经济补偿金等劳动法上的权益。所以结合目前背景，从立法目的保护劳动者权益的角度出发，我们对于双重劳动关系应采取肯定的态度。

双重劳动关系用工的法律风险

在承认双重劳动关系的前提下，用人单位将会面临什么风险？又该如何解决？

双重劳动关系经济补偿金问题

对于双重劳动关系解除或终止时的经济补偿金问题，劳动者除了能请求劳务报酬的给付之外还可以主张诸如两倍工资、经济补偿金等劳动法上的权益。经济补偿金的本质就是以劳动者的倾斜保护为目的，只有在第二重及以上的劳动中认可双重经济补偿金的情况，才能真正实现对劳动者的倾斜保障。

双重劳动关系社会保险问题

我国法律规定用人单位应为劳动者缴纳社会保险费，所以在双重劳动关系中，每一个用人单位都有缴纳的义务。即使在实务中，法院也都会判决用人单

位为员工补缴社保。但是目前的实际情况是，我国社保实行一号一缴制，即劳动者的社保只能由一个用人单位缴纳，后建立劳动关系的单位因为制度无法为劳动者缴纳相关费用。即使当事人拿着法院判决要求社保局进行补缴，社保局在此情况下也只能首先退回由原单位缴纳的社保费然后再由新单位进行补缴并缴纳相应的滞纳金。这又会牵扯出两个问题：原单位是否又违反了劳动法未给员工缴纳社保（因为前期为劳动者缴纳的社保已被退回）？劳动者是否接受这种形式的补缴（单位缴纳的基数可能会降低）？所以在实践中为了使后建立劳动关系的用人单位规避风险，我们建议用人单位将应为劳动者缴纳的社会保险费以现金的方式发放给劳动者，并以书面加以证明。不过值得注意的是，此种方法只是一个在短过渡期内可以实行的方法，从长远来看仍需要我国社保制度适应社会现实发展进行改革，进而实行“一号分缴”制。

工伤保险问题

根据劳动和社会保障部《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》第一条规定：职工在两个或者两个以上用人单位同时就业的，各用人单位应当分别给职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤，由职工受到伤害时其工作的单位依法承担工伤保险责任。《最高人民法院关于审理工伤保险问题的规定》第三条第一款规定：职工与两个或两个以上单位建立劳动关系，工伤事故发生时，职工为之工作的单位为承担工伤保险责任的单位。可以看出，我国对于工伤保险采取“各单位分缴”制，以及“谁用工，谁负责”的原则。

综上所述，在当前社会就业、用工背景下，双重劳动关系将会出现持续稳定的增长，如果上层建筑不能根据经济基础做出适时的调整，即相关的法律法规及制度不能根据社会现实发展的需要加以改变，那么势必会对劳动者的合法权益造成损害。我们相信不久的将来，双重劳动关系将会突破目前的特殊群体而普及大众，让每一个劳动者都能平等地得到保护，从而促进我国劳动力市场的发展。

^②王林清：《劳动争议裁判标准与规范（第二版）》，人民法院出版社2014年10月第二版，第68页。

违法分包中出现 拒不支付劳动报酬罪之刍议

○刘平凡 广东际唐律师事务所



建筑业是国民经济的支柱产业，其业务范围包括从工程项目规划、设计、施工、监理到维修的全部过程。作为支柱产业，其吸纳就业容量大，与其他产业的关联度高，全社会 50% 以上固定资产投资要通过建筑业才能形成新的生存能力或使用价值。据统计，2016 年全国建筑业总产值达 19.35 万亿元，建筑业增加值约占国内生产总值的 6.66%^①，是拉动国民经济快速增长的重要力量。建筑业的技术进步和节地节能节材节水，

在很大程度上影响并决定着中国经济增长方式的转变和未来国民经济整体发展的速度与质量。

建筑业还吸纳了大量农村劳动力，接纳了农村 1/5 以上的富余劳动力就业，在解决三农问题上发挥着重要的作用。除了建筑业以外，批发和零售业，住宿和餐饮业，居民服务、修理和其他服务业也接纳了绝大多数农民工人员。但相比其他行业，建筑业在近几年来成为拖欠农民工工资的重灾区，仅以 2015 年为例，

^①冯善书：《去年全国建筑业总产值达 19.35 万亿元占国内生产总值的 6.66%》，载南方网。

建筑业农民工被拖欠工资的比重为 2%^②，是其他农民工集中行业比重的 2 倍以上，人均被拖欠工资超过 1 万元。

每到年关将至，总会有大量关于建筑承包商拖欠农民工工资的新闻涌现。这一问题也引起了国务院、各部委以及部分地方政府的重视，纷纷出台规范性文件对农民工权益给予侧重保护。但农民工被拖欠工资问题仍时有发生，甚至被拖欠的情况愈演愈烈。这一问题如无法得到妥善解决，将是影响我国社会稳定的一个极为不确定因素。

这一社会问题的产生主要是因为建筑法对建筑工程承包主体与发包交易的立法规制有所疏漏，承建单位出于逐利需求在实践中纵容借用资质、非法转包与违法分包等违法行为，导致工程非法转包与违法分包现象泛滥。本文仅就其中违法分包情况下各责任主体的认定进行分析，并希冀这一问题能够引起包括政府、司法机关等的足够重视，从而促进这一问题的缓解和解决。

违法分包的法律后果

我国《建设工程质量管理条例》第七十八条根据《建筑法》的相关规定，将违法分包细化为如下四种情形：1. 总承包单位将建筑工程分包给不具备相应资质条件的单位的；2. 建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分工程交由其他单位完成的；3. 施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；4. 分包单位将其承包的建设工程再分包的。由于违法分包属于《建筑法》禁止性强制性规定，对分包人的违法分包行为，无论发包人是否知情或同意，该分包行为均是无效的。因此，违法分包人与承包人之间的分包合同是无效的。

分包合同无效后各方的法律责任

违法分包人与承包人对发包人的责任

根据我国《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还

不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”。依据该条规定，无效合同经主张或被确认无效后，在无效合同双方主体间应产生返还财产（折价补偿）和赔偿损失的民事责任。但由于建设工程被违法分包后，无论是在返还财产（折价补偿）的问题上，还是在赔偿损失的问题上都会涉及到发包人、违法分包人、承包人三方主体，实际情况往往比较复杂，因此，在理论及司法实践中仍存在很多争议。

虽然违法分包合同无效，但不影响违法分包人与发包人签订的建设工程施工合同的效力，其仍然有效。作为建设工程施工合同的相对人，违法分包人并没有履行其合同义务进场施工，而是将工程违法分包给承包人。虽然承包人依据非法分包合同进程进行了实际施工，但其施工行为的依据是无效的分包合同，可见其行为缺乏合法的依据。承包人因欠缺合法依据而在施工现场实施了施工行为，其行为造成了对发包人合法权益的侵害。此外，对于违法分包人而言，由于承包人的侵害行为是因违法分包人的违法授权而引起的，因而违法分包人与承包人构成对发包人的共同侵权。因此，对于违法分包人或承包人对发包人造成的损失，二者应按过错原则承担连带赔偿责任。

发包人、违法分包人、承包人对农民工工资的支付责任

在违法分包的情况且承包人拖欠农民工工资的情况下，对于农民工请求支付的劳动报酬而言，根据国务院办公厅在 2016 年 1 月 17 日颁发的《国务院办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》第九条规定：

“在工程建设领域，建设单位或施工总承包企业未按合同约定及时划拨工程款，致使分包企业拖欠农民工工资的，由建设单位或施工总承包企业以未结清的工程款为限先行垫付农民工工资。建设单位或施工总承包企业将工程违法发包、转包或违法分包致使拖欠农民工工资的，由建设单位或施工总承包企业依法承担清偿责任。”可见，不论发包人与违法分包人之间的建设工程施工合同是否

^②参见《2015 年农民工检测调查报告》，载中华人民共和国国家统计局网站。

违法，也不论违法分包人与承包人之间的分包合同是否违法，发包人与违法分包人、承包人均应承担对拖欠农民工工资的连带支付责任。

拒不支付农民工工资的刑事责任

为进一步遏制拖欠工资的行为，2011年1月22日颁布的《刑法修正案（八）》增设了拒不支付劳动报酬罪，通过刑罚的手段进一步保障农民工的劳动报酬权利不受侵害。2013年1月14日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》，进一步细化解释了刑法规定的拒不支付劳动报酬罪，在司法实践中为各地法院审理拖欠工资案件提供了更为清晰的审理依据。此外，2014年12月23日，最高人民法院、最高人民检察院、人力资源社会保障部、公安部联合下发了《关于加强涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件查处衔接工作的通知》（以下简称《通知》）。《通知》完善了在违法分包且拖欠工资的情形下，劳动保障监察行政执法与刑事司法衔接机制。根据《通知》的规定，人力资源社会保障部门在发现拖欠劳动者劳动报酬后，在通过书面、电话、短信等能够确认其收悉的方式，通知其在指定的时间内到指定的地点配合解决问题，但其在指定的时间内未到指定的地点配合解决问题或明确表示拒不支付劳动报酬的，应按照《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》的要求，履行相关手续，并制作《涉嫌犯罪案件移送书》，在规定的期限内将案件移送公安机关。

执法、司法机关需合力治理

从前述违法分包的法律后果及各方责任来看，我国从国家到地方对于非法转包下拖欠农民工工资问题是比较重视的，各项规定也较为完善。但权责分明的情况下仍常见拖欠农民工工资现象，值得深思。

国家审计署在历年多次审计报告、审计公告中都指出了违规分包现象普遍存在。如2017年公布的对中

国建筑工程总公司（以下简称“中建总公司”）2015年度财务收支情况的审计公告中指出，中建总公司所属中建四局等6家单位在2010年至2015年期间存在违规分包工程、适用不合规发票入账等问题，涉及金额7.77亿元。^③2017年公布的对中国电力建设集团有限公司（以下简称“中国电建集团”）2015年度财务收支情况的审计公告中指出，中国电建集团所属中电建路桥集团有限公司等14家单位在2007年8月至2016年11月期间存在违规转分包工程项目，涉及金额111.85亿元。^④2010年审计报告指出，汶川地震灾后恢复重建72个重点项目、753所学校和22个县城城乡居民住房项目中，14个重建项目存在违规转/分包。2009年审计报告指出，当年已签订的36亿多元施工合同中，有近80%未按规定招标。2008年审计报告指出，渝怀铁路、京津城际轨道等铁路建设项目审计中，承包单位违规将8.69亿元的工程分包、转包给无资质或资质不符合要求的单位或个人。2007年审计报告指出，三峡水利枢纽工程中，一些中小合同项目没有严格执行招标投标制度，部分单项工程被违规转分包等。^⑤

笔者认为，这一现象时有发生，原因不仅在违法者因利益驱使铤而走险，更因相关监督机制不健全，部分地方政府监管不严所致。因此，欲彻底根治这一乱象，须执法、司法机关共同努力而为之。

地方政府需主动承担监管和调解责任

笔者曾办理过一个案件，分包方将建筑工程分包给没有资质的包工队工头，由包工头聘请农民工进场施工，但由于分包方没有及时将农民工工资交付给包工头，致使包工头因无力支付农民工工资而造成拖欠。由于年关将至，农民工因讨薪无果，选择集体向当地政府上访，造成了较为恶劣的社会影响。对此，当地政府的做法是由政府人力资源社会保障部门对欠薪的分包人、包工头出具限期整改指令书，限其1日内将所欠700多万农民工工资一次性支付。由于包工头无

^③参见《中华人民共和国审计署审计结果公告（2017年第21号）》。

^④参见《中华人民共和国审计署审计结果公告（2017年第28号）》。

^⑤万如意：《规范建筑工程分包行为的规范体系》，载《中国政府采购》2010年第12期，第76页。

法在限期内支付，该案已移交公安机关刑事立案，现该包工头已被刑事拘留。

这种由政府部门向欠薪单位或个人出具限期整改指令，如果欠薪单位或个人无法及时支付农民工工资后即将案件交由公安机关的做法已成为许多地方政府处理拖欠农民工工资事件的常态。诚然，对于拖欠农民工工资事件应当对违法者予以严惩，这是国家对于拖欠农民工工资者所采取的强硬态度。而经济或刑罚上的制裁也能够给予违法者足够的警示，遏制建筑市场违法分包及拖欠农民工工资现象。但单纯使用刑事手段不仅不利于这一问题的全面解决，更可能因违法者身陷囹圄而无法及时支付农民工工资，从而引发更大的社会矛盾。对此，笔者建议，政府部门在介入调查之后，应区分不同情况采取不同的解决方案，对于有支付能力的用工单位，政府部门应主动进行居中调和，尽最大努力使违法分包人或承包人及时解决拖欠问题，如调解失败，再由行政执法转向刑事司法。如此，通过政府的调解工作，可将一部分拖欠问题消化在行政执法阶段，使问题及时解决，也能够使农民工尽快获得劳动报酬。

除了暴发拖欠农民工工资问题后的处理，笔者建议，地方政府还应主动承担监管职责，有效降低此类事件再发的几率和解决问题的难度。对此，地方政府除应贯彻落实2016年11月14日包括人社部、发改委等在内的12部委联合发布的《关于开展农民工工资支付情况专项检查的通知》，结合本地实际制定执法检查方案，分解落实工作任务，充实一线执法人员，认真组织执法检查，将保障农民工工资支付纳入政府考核评价指标体系，加大部门协调配合力度，完善突发事件应急处置机制等之外，地方政府还应切实履行其对建筑市场及从业人员的监管职责，包括：

1. 严格执行市场准入制度，总包单位应选择具有相应资质的施工人，对没有相应资质的企业或个人，一律严格禁入建筑市场；
2. 规范招投标流程，包括明确发包主体，防止规避资质管理等；
3. 推广使用合同管理信息系统，从合同签订到履行付款等环节全部

实行网上联合控制，减少人为因素的干扰，有效控制工程项目合同的送审与报批，降低违法分包等法律风险发生概率，切实防控并减少因此给建设单位与社会经济秩序导致的风险；4. 依法加强建筑市场信用体系建设。

司法机关应慎用刑事手段

恶意欠薪是构成拒不支付劳动报酬罪的最基本犯罪行为。根据《刑法》第二百七十六条规定，恶意欠薪包括两种行为，一种是以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬，另一种是有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬。从该条规定来看，拒不支付劳动报酬罪打击的应是有支付能力而拒不支付劳动报酬的行为，故“有支付能力”是构成该罪的重要前提。当然，个别情况如无支付能力而逃匿的，也应当适用此罪进行处罚。^⑥由此看来，通过刑罚手段打击恶意



欠薪的行为应当限定于刑法规定的恶意欠薪范畴以内，而不应无限扩张。对于“恶意欠薪”的行为，表面上看是雇主直接拖欠劳动者工资，比如包工头拖欠农民工工资的行为。但实际生活中往往存在以下一种常见情况，以工程建设为例，包工队的工头拖欠农民工工资，但造成的原因是由于乙方（承包方）没有把工资及时交付给包工队的工头；而乙方没有及时交付又是因为甲方（发包方）的拖欠造成的。对于这种情况，由于包工头并无恶意欠薪之故意，造成欠薪之事实系因有支付能力的承包方没有及时将工资交由包工头所致，因此，笔者认为不应以拒不支付劳动报酬罪对包工头定罪量刑。

⑥薛洁、王绩伟、蔡科臣：《认定拒不支付劳动报酬罪应注意三个问题》，载《检察日报》2014年2月10日第03版。

互联网冲击下 劳动关系演变规律的经济学分析

○段海宇 广东瀛尊律师事务所

劳动关系的本质特征是劳动者对用人单位的组织从属性，但是，由于互联网平台对劳动者个人的赋能，团队化向个体化的转变成为可能；用户也因为互联网平台的互动、支付、交付和监督体系的完善，相较传统科层制组织交易节省了交易成本，也越来越信任互联网平台上的供应商（本文的供应商特指企业家、劳动者或其联合体）。这两者结合，导致劳动者倾向于脱离传统的科层制组织，即不再寻求与组织建立劳动关系。同时，现代组织在互联网技术帮助下，原来需要近距离监督的事情在互联网平台上可以轻易完成，跨组织的协作越来越容易实现，这必然导致企业倾向于尽可能少地雇佣员工，更少地与劳动者建立劳动关系。

那么，这种演变的内在原因是什么呢？本文结合诺贝尔经济学奖获得者罗纳德·科斯的交易成本和管理成本理论，从组织角度对劳动关系的演变规律做一些阐释和分析。

交易成本和管理成本

罗纳德·科斯在《企业的性质》一文中，以“交易成本”和“管理成本”的概念对企业的产生作出了经典的解释。他认为“市场的运行是有成本的，通过形成一个组织，并允许某个权威（一个‘企业家’）来支配资源，就能节约某些市场运行成本。”他提出，企业之所以存在是因为它可以节约外部交易成本。科

斯同时提出了另一个重要概念——管理成本，他认为企业管理也是需要组织成本、机会成本、代理成本等成本的。

因此，我们可以得出结论，企业是否有必要存在，取决于内部管理成本和外部交易成本的比较，如果管理成本小于交易成本，供应商自然就会选择组成企业；如果管理成本大于交易成本，供应商自然就会选择解散企业。

人力资源成本

人力资源成本，也可以分为外部交易成本和内部管理成本。

人力资源交易成本可以分为寻找成本、信息成本、议价成本、决策成本、监督成本和违约成本。例如企业为了吸引优秀人才，参加优秀雇主评比活动而支付的品牌建设费用、向人力资源服务机构或个人支付的摊位费、介绍费、猎头或劳务派遣、劳务外包等中介服务费等都是寻找成本。

人力资源管理成本包括人力管理体系构建成本、培训成本、考核成本、保持成本（指企业支付的薪酬福利、交通费、医疗保险费、办公费用等）和遣散成本。

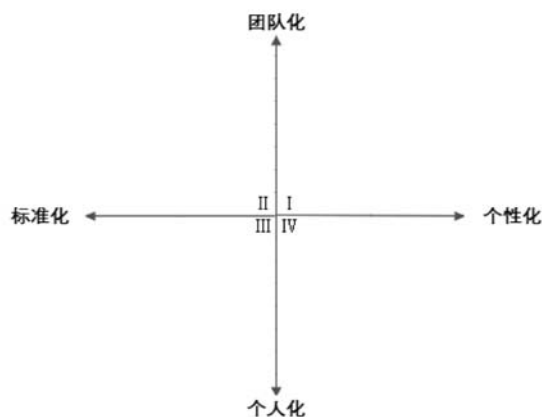
在科层制组织中，组织企业与劳动者的纽带就是我们所讲的劳动关系。在科层制下，企业家和劳动者形成紧密的内部管理组织，对外表现的就是相互结成一个等级森严的组织并严格按照劳动规章制度进行运作。

整体而言，劳动关系这种用工模式相比非劳动关系，前者的人力资源成本主要为管理成本，后者的人力资源成本主要为交易成本。根据前面的分析，如果管理成本高于交易成本，则供应商自然会倾向于选择劳动关系，如果管理成本小于交易成本，则供应商自然会倾向于选择非劳动关系。

所以，利用科斯的交易成本和管理成本理论，我们不仅可以发现劳动关系的本质，而且可以通过内部管理成本和外部交易成本之间的比较，发现劳动关系的边界。

互联网冲击下的人力资源交易成本 交易成本和管理成本塑造作业类型

这里我们用一个象限图，根据不同产品及其作业的标准化/团队化程度，将作业分成四种不同类型。横轴代表产品的个性化/标准化程度，纵轴代表作业的个人化/团队化程度。之所以如此区分，是因为作业的标准化/团队化程度，会影响乃至决定一个团队的组织方式。



作业类型象限图

其中，第 I 象限表示需要团队化协作才能完成、提供个性化产品的作业方式。这种作业常见于奢侈品行业，例如手工打造劳斯莱斯幻影的作业流程。第 II 象限代表需要团队化协作才能完成、提供标准化产品的作业方式。自 1913 年，世界第一条汽车流水装配线在福特的工厂诞生之日起，现代社会大部分的工业

产品都是如此打造的。第 III 象限代表个人即可完成标准化产品，例如银行催收业务、交通事故案件的处理等，这类作业的处理流程和所需要的知识与技能往往是固定的，在各种办公软件和操作工具不断诞生、个人可以被互联网平台赋能的今天，越来越多之前需要团队化协作才能完成的业务，现在只需要一个人即可完成。第 IV 象限代表个人即可完成、提供个性化产品的业务，例如手工艺品的制作。

作业的团队化或个人化为什么会出现呢？从交易成本和管理成本角度，我们以上图来解析。

纵轴越往上表示作业对团队化要求越高，它表示相关产品不是一个人能够完成的，顾客需要找到若干提供相关作业的个人，由他们协作提供产品。如果由科层制组织来完成的话，就可以让顾客免去了寻找供应商，与每一位供应商单独谈判的麻烦。在这里，顾客信任的是组织，而不是这个组织里的每个人。

纵轴越往下表示作业对个人化要求越高，它表示顾客只需与单个供应商协商，并监督这个供应商的生产、服务状况即可。例如，顾客在寻找律师代理案件时，一般都是直接通过人脉网络完成对律师的寻找，并且一对一地进行信息交流、讨价还价、交易决策和跟踪监督。这时，科层制下的反应机制反而显得繁琐，顾客对个体供应商的信任很多时候高于该个体供应商所在的科层制组织。所以在现实的个人化作业中，顾客往往首先知道的是办理该类业务的个人，而不是公司。

横轴越往右表示作业个性化程度越高，这类作业所需的知识难以通过科层制的知识管理的方式被沉淀下来，而更依赖于个人的智慧。科层制组织在降低这类作业的交易成本上的作用是有限的，更依赖个人根据特定情况的自主发挥。

横轴越往左表示作业标准化程度越高，这类作业所需的知识容易通过科层制的知识管理体系沉淀下来，辅助个人提供更加高效和有质量保证的服务，从而降低作业的决策成本和监督成本。

互联网平台降低人力资源交易成本

在互联网特别是移动互联网的背景下，我们发现，人力资源交易成本大大地降低了。

第一，就搜寻成本来讲，过去由于传播技术的限制，搜寻的人力资源信息范围有限，信息传播速度也很慢，但是随着互联网科技的进步，人力资源的真实信息的获取越来越容易，传播速度越来越快，使得用人单位的人力资源品牌建设信息传播成本得以大大的降低。

第二，就信息成本来讲，互联网平台可以通过大数据、云计算实现对供应商的供应能力和顾客需求的精准分析，实现了供给侧与需求端的精准匹配和跨区域合作的临时搭建，而且大大降低了信息成本。

第三，就议价成本来讲，当所有用人单位和劳动者的岗位、职级、薪酬、绩效等交易信息都在互联网上呈现时，互联网平台交易系统就能够自然地解构出其中的价格信息。这样的交易价格是经过市场价格机制发现的，具有相对的公允性，用人单位和劳动者双方自然能够在此基础上更快地达成价格共识，从而降低议价成本。

第四，就决策成本来讲，人力资源运营和管理团队的内部管理和协作能够通过 SaaS 等互联网手段大幅度降低，使得用人单位可以更低成本实现行业的信息化建设，帮助用人单位实现跨行业、跨地域的大数据共享，如此势必降低决策成本。

第五，就监督成本来讲，当用人单位与劳动者的协作可以更加便捷地在互联网上进行，双方之间的监督成本也自然随之下降。

第六，就违约成本来讲，当就业市场的信用机制建立以后，就业市场便能共享信用数据，任何一方的违约被发现的可能性就大幅度提高，一处失信，处处受限，用人单位和劳动者的违约成本将大大提高，这势必降低双方的违约率。

这也就意味着，互联网平台能够以比传统科层制组织更低的成本实现企业与劳动者的供需对接，并且帮助双方找到合适的合作伙伴。组织不再需要为了整合更多业务领域和地域资源而扩大规模。

互联网冲击下不同作业类型下的劳动关系演变

互联网平台的发展，必然导致组织制度也发生相应的变化，它们对作为组织劳动力的劳动关系的需要

也在发生变化。

就第Ⅰ象限的个性化、团队化作业而言，这类作业提供的是个性化产品，供应商倾向于独自完成自己的作业流程，对组织的依赖较低，组织对个人的监督也难以进行，因此，组织也倾向于不建立紧密型组织。但是由于这类作业往往非常复杂，例如装配一辆手工打造的幻影劳斯莱斯，其业务难以被拆分，需要固定团队的长期协作。因而即使利用互联网，其目的不是打破相互之间的紧密关系，反而是为了建立更加紧密的协作关系。它们将保有在降低监督成本、协同成本上的优势，同时又将受惠于平台在降低搜寻成本、信息成本等方面的作用，例如需要团队化协作的 IPO 法律业务等。

就第Ⅱ象限的标准化、团体化作业而言，这类作业因其标准化，相关知识和技能能够通过外部渠道模块化快速获得，其学习效率非常高；另外，这类标准化作业对个体的要求相对较低，业务也更容易被拆分，互联网平台正好可以通过个体的临时组合和跨地域的协同作业来降低交易成本，因此，他们越来越倾向于打破劳动关系的枷锁，建立松散的协作关系。但是，这类作业由于是团体化的，为了降低成员之间的磨合成本，供应商对建立劳动关系有一定的需求。

就第Ⅲ象限的标准化、个人化作业而言，这类作业因为一个人就可以完成，因此，对建立人身隶属性的组织没有需求，加上作业的标准化，相关知识和技能能够通过外部渠道模块化快速获得，其学习效率非常高，也不需要建立封闭性组织来学习。即使要建立组织，供应商也倾向于建立松散型组织来实现品牌和内部业务转介来降低信息成本，例如阿里巴巴等。即使要建立劳动关系的组织形式，往往仅承担法定的执业资格管理的职能，其存在仅因为法律法规要求，例如很多从事简单诉讼法律服务这类标准化作业的律师事务所之所以存在，只是因为法律要求律师必须以律师事务所的名义对外执业。

就第Ⅳ象限的个性化、个人化作业而言，这类作业的知识封闭性比较强，个人就可以完成，提供个性化产品，但其互联网化速度比较慢，导致对个性化作

业的分析和在此基础上的资源调配依赖于相关领域的
数据积累和技术发展，需要一定的过程，这就是为什么
尽管互联网已经非常发达，但是大型的能够完全通过
互联网提供个性化法律服务的互联网平台至今尚未出现
的根本原因。

互联网冲击下的人力资源管理成本

根据前面的分析，可以发现，劳动关系在互联网时代是有缺陷的。尤其是，跨公司的大规模协作已经开始实现了。外包越来越普遍，许多原本在公司内部完成的流程已经开始向外部转移；开源的技术贡献也逐渐成为主流，公司内部的技术正在无边界地向外扩张；更重要的是，互联网让社会化协作成为可能，无组织的组织力量开始显现，“百度百科”就是最典型的例子。

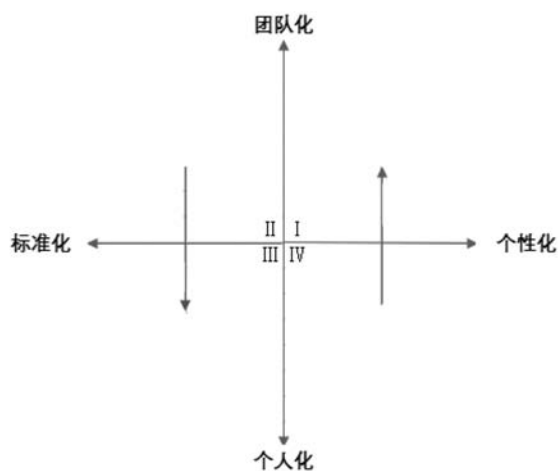
通过后端“云平台”加前端灵活创新的方式，互联网可以打破公司和劳动关系的边界，形成一种平台式的新架构和跨组织的协作关系。在这样的关系中，由平台提供用户体系、支付体系、信用体系、交易流程、服务标准控制等多方面的基础服务，并且以数据为导向，更高效地匹配资源。“滴滴打车”是最典型的例子。它并不拥有一辆出租车，但通过互联网，它让愿意提供出行服务的车主与有出行需求的人进行交易的成本降低了。这样的成本远远低于由出租车公司组织出行服务时的交易成本。同时，由于平台的技术支持，大量的普通车主也拥有了提供出行服务的能力，闲置的社会资源因此被激活，这实际上正是我们常说的互联网条件下平台对个人的赋能。从根本上说，互联网的基础设施使得全社会的协同成本下降了。它打破了信息的不对称，去除了不必要的中间渠道，搭建了线上的协作平台和协作关系，从而使得平台组织交易的成本有可能低于甚至远远低于公司内部管理成本。这时，科层制和劳动关系就变得没有必要了。

所以说，去科层制和劳动关系是互联网带来的一次新的商业运动。在许多领域，过去的“公司+雇员”模式，都正在逐渐被“平台+个人”模式取代。

劳动关系的位移

随着人工智能、大数据、云计算技术的进步，组织可以更加及时地响应并满足顾客的个性化需求，例如在工业 4.0 智能工厂，工厂可以非常迅捷地采集顾客的个性化数据并立即组织生产，如此，导致第Ⅳ象限的个人化的个性化需求作业变成团队化的个性化需求业务。

而由于互联网平台对个人的赋能，过去必须要好几个人协作才能完成的工作，现在一个人借助互联网工具或许就能完成了。如此，导致第Ⅱ象限的团队化、标准化作业变成个人化、标准化作业。



作业变动趋势

综上，随着人工智能、大数据、云计算技术进步，团队化、个性化作业和个人化、标准化作业会越来越多。随着团队化、标准化需求作业越来越少，劳动关系这种制度适用范围会越来越少；另外，随着个性化需求作业越来越多，它更多依赖于智慧和创造力，劳动关系这种容易压制个体创新的制度也不适用了。两者结合，可以预见，未来劳动关系适用的范围会越来越少，即使适用劳动关系，也会越来越倾向于适用有利于发挥员工主动性创造性的非标准劳动关系，例如不定时工时制、综合计算工时制或者非全日制等弹性工作制。

论工程建设项目必须招标范围和规模的规制

○刘义 广东联建律师事务所



我国法律对工程建设项目必须招标范围的规定是从工程项目的性质和资金来源上作出界定的，使得规制的范围发生蔓延，不利于建设项目交易主体的选择，也不利于推动基础设施投资领域的改革。适时地对必须招标工程建设项目范围的规定进行修改，一方面是使得招标投标制度回归交易工具的本位，另一方面促进经济建设发展的需要。

法律对工程建设项目必须招标范围的规定

《中华人民共和国招标投标法》（自 2000 年 1

月 1 日起施行，以下简称《招标投标法》）第二条规定，在中华人民共和国境内进行招标投标活动，适用本法。此后，招标投标作为选择交易主体的一种方式为大家所理解和接受。在《招标投标法》中明确必须进行招标的工程建设项目，第三条规定“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项

目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。”该条规定就是我国工程建设项目强制招标的法律渊源。

鉴于《招标投标法》第三条对必须招标工程建设项目仅从原则上进行规定，为具体贯彻执行该条对必须招标工程建设项目范围的规定，该条第二款授权国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订具体的范围。根据授权规定，原国家发展计划委员会制订了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（第3号令）。第3号令通过列举的方式对《招标投标法》第三条的规定进行了具体化，列举了关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目等必须招标工程建设项目范围。除上述范围外，第3号令对属于上述范围的工程建设项目在规模上进行了细化。也就是说，工程建设项目同时满足招标范围和规模标准时才属于必须招标项目。《招标投标法》和第3号令是目前确定必须招标工程建设项目法律依据。该依据的施行对全面贯彻落实工程建设项目招标投标制度起到了积极的作用，但其在范围以及规模标准的界定上存在的问题也日益显现，并且不能适应当前政府对工程建设和建筑市场的管理形势，也不利于基础设施和公用事业项目的投资主体的改革要求。

必须招标工程建设项目范围和标准规定存在的问题

1. 多个层级上均存在概念模糊、实际执行中难以界定的问题

此处我们将概念分为多个层级，即性质上的概念，如公共利益、公共安全的概念；领域性的概念，如城市设施和具体项目的概念，如新能源、科技等。《招标投标法》第三条的规定意图从关系社会公共利益、公共安全的性质界定必须招标的范围，其初衷显然是好的，但是此处的规定并没有考虑到公共利益和公共安全无法从法律上作出明确的界定，其法律界限

并不清晰，且该类概念随着社会的发展其范围可能也在不断的发生变化。由于《招标投标法》是从性质上作出的原则性限定，第3号令在落实该原则时必然陷入尴尬境地。第3号令第二条和第三条中意图从工程的领域和性质上细化，自然同样存在概念不清的问题。如新能源、城市设施项目，这些概念都只是一种宽泛的界定，无法通过法律条文的具体界定以供法律实施中供相关主体予以执行。由于法律条文的规定中出现了这种宏观社会管理或者经济上的概念，而不是一个严谨的法律概念，因此导致执行中基于理解的不同造成实际执行的不同，进而造成政府的监督管理和实际的建设主体迷茫、无所适从，导致监管的泛化和范围的蔓延。

2. 设定公共利益、公共安全的限定条件，实际上扩大了对社会经济主体的过度干预

在国际组织和一些施行招标投标制度较成熟和完善的国家中，罕有制订专门的招标投标法，招标投标制度一般规定在有关的采购指南（示范法）中。如联合国制订的《货物、工程和服务采购示范法》及其《立法指南》，又如美国招标投标的立法法规《竞争和合同法》、《武装部队服务采购法》、《联邦采购流水线法》、《联邦采购政策办公室法》等。国际组织和有较完善的招标投标制度的国家中主要是针对政府部门的采购活动，主要从采购主体上限制招标的范围。由于《招标投标法》以及第3号令从关系公共利益、公共安全方面对必须招标工程建设项目进行了设定，这将会包含一切市场主体进行的工程建设项目。政府通过对招标投标的规定实际上干涉了市场主体的交易决策。

3. 因必须招标工程建设项目范围的限制造成交易被否定，影响市场已经形成的交易秩序

因市场交易对象被严格限定以招标方式选择，市场交易主体必然会以各种手段规避招标投标的规定，以确保按照自己的意愿确定交易对象。根据《中华人民共和国合同法》第52条的规定，违反法律、行政法规的强制性规定的，合同无效。基于法律的这一规定，因没有履行法律规定的招标投标义务，工程建设

项目的合同被司法机关认定为无效合同，交易双方通过履行合同形成的秩序因合同效力被否定导致需要重新建立新的秩序，不利于交易主体对交易行为的信赖，增加直接和间接的市场交易成本。

对法律规定的工程建设项目 必须招标范围和分析

如前述介绍国际组织及国家的立法情况，像我国这样单独制订“招标投标法”的并不多见，有关招标投标的规定多是作为相关的采购法律规定的组成部分。

从上世纪 80 年代开始，我国多个领域引入招标投标制度，特别是与工程建设有关的领域，如 1989 年 8 月 26 日交通部发布的《公路工程施工招标投标管理办法》，1992 年 12 月 30 日建设部发布的《工程建设施工招标投标管理办法》，1997 年 8 月 18 日国家计委发布的《国家基本建设大中型项目实行招标投标的暂行规定》等。基于招标投标制度在各个领域中探索及获得的经验教训，立法工作仍然采用中国特色的分阶段的形式，并没有将招标投标的立法工作纳入政府采购法中，而是先于“政府采购法”单独制订。《招标投标法》施行，对招标投标活动进行全面规范，该法是对所有的招标投标活动确立了基本的原则。2003 年 1 月 1 日施行的《中华人民共和国政府采购法》规定政府采购工程进行招标投标的，适用《招标投标法》。

将招标投标制度独立于政府采购法制订有着其特定的时代背景。上世纪 90 年代开始起草《招标投标法》时，招标投标制度在我国已经推行十余年，但是政府采购的法律概念才刚刚引入。当时市场经济并没有全面建立起来，投资的主体仍然是政府和国有企业，民营经济虽有一定的发展但是并没有大量的成为基础设施、公用事业等项目的投资主体，参与度极低。人们对政府采购的概念还不清楚，招标投标制度主要应用于机电设备进口、成套设备采购，特别是工程建设领域，以解决这些领域存在的采购问题。在长期的实践中，招标投标制度反而较政府采购的概念为市场主体所熟悉。基于这样的背景，《招标投标法》第三条规定的必须招标的工程建设项目范围的界定

标准与国际上惯常的界定标准并不一致，其规定的范围是从工程性质和资金来源两个方面进行界定，包括三类：一是大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目；二是全部或者部分使用国有资金投资或者融资的项目；三是使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金项目。

随着市场经济的发展，我国的投资主体多元化。基础设施和公用事业领域也在不断开放，允许各类主体进入进行投资建设及经营，公共基础设施和公用事业的范围也在不断扩展，其概念和外延随着经济的发展也在不断变化难以界定。同时，“公共利益”和“公共安全”，主要是经济和社会学领域的概念，在法律上并没有明确的界定。《招标投标法》将这些概念和外延均没有明确界定标准的词语用作必须进行招标工程建设项目范围的界定标准，实际上造成了执行上的困难，且无限泛化了必须招标的范围，将众多的工程建设项目纳入了必须招标的范围。

前文提及，国际上罕有独立制订招标投标法的情形，原因在于招标投标制度是工具而不是目的。政府采购法或者公共采购法是设定政府采购行为的规范，供政府采购时遵照执行，使得政府采购行为公开、公正进行，避免损害公众利益。招标投标仅为众多采购方式中的一种，并不能完全替代其他的采购方式。基于招标投标制

度的工具性质，决定了其没有必要独立立法，而是作为采购法中的一种重要交易工具或者制度进行规定。我国将招标投标法单独立法，且先于政府采购法制订，造成招标投标法不仅仅是程序规则的规定也包含了实体法的部分内容。《招标投标法》由于独立立法的体例且缺乏政府采购或者公共采购这一范围的限定，使得法律的实际执行中没有主体的必要限定，造成概念模糊和范围蔓延，进而影响市场经济主体的交易活动和秩序，有过度干预市场主体经济行为之嫌，

基于招标投标制度的工具性质，决定了其没有必要独立立法，而是作为采购法中的一种重要交易工具或者制度进行规定。

与当下倡导的自由市场经济理念不符。

实践中，由于必须招标的工程建设项目范围极为宽泛，被认定无效的合同在工程建设领域比较常见。为了规避必须招标的规定，各种手段层出不穷，违规、违法现象普遍存在，反而影响了建筑市场的正常发展和交易的公平、公开性。

对必须招标工程建设项目范围和标准修订的建议

通过法律执行实践，对必须招标的工程建设项目范围的规定进行修订且应缩小必须招标的范围已经成为共识，但多大程度上缩小必须招标的范围往往存在争议。

如前文所述，招标仅为政府采购的一种交易方式，为了能够从根源上解决必须招标工程建设项目的范围问题，应改变现有的立法体例将招标投标相关的法律纳入政府采购法中，将招标投标的强制规制限定在政府采购的范畴；不属于政府采购范围内的工程建设项目均不在限制必须招标的范围内，使得市场经济主体自行确定交易对象，完成相关的工程建设项目。

那么将必须招标的工程建设项目范围限制在政府采购的范围是否因此损害公共安全和公共利益呢？

本文试从两方面分析。首先是关于公共安全问题。基础设施和公用事业的建设，基本的流程为立项、设计、施工、投入使用。至立项时基本上完成分析论证工作，工程建设项目的勘察、设计、施工、设备采购等是伴随着整个建设过程的，每一个环节均有相应的技术规范要求以及相应法律规定的监督制度。如设计中的图纸审查、施工中的监理和质量监督制度。我国在各项行政管理中重事前监督，忽略事中和事后监督的弊端已广为诟病，也是政府管理改革的重点方向。招标管理属于事前管理，无论是否是通过招标选择的工程承包主体，如果对相关主体不进行过程的监管，也是无法实现安全的目的。其次是关于公共利益问题。政府采购使用的是国有资金或者是属于公共部门管理的项目等，为保证资金的有效使用和管理的及时性，有必要采取一定的方式确保在交易对象的选择上公开、公正，以此来实现对公共利益的保

护。对于非国有资金或者公共管理部门的市场主体，其投资建设、管理基础设施或者公用事业项目，往往是通过其他法律途径获得相应的资格或条件，相关的法律制度设计中有相应的监管措施，市场主体应积极地完善各项工作确保符合相应的监管措施，否则将无法实现投资的目的。同时在建设过程中仍然要在立项、勘察、设计、施工、使用过程中遵守相关技术规范和监督管理要求。因此，对非国有资金工程建设项目即使属于基础设施或者公用事业，也并不需要通过市场主体选择中的交易方式的规制来实现公共利益的保护。再者，就是经济学上的问题，即市场主体是自己利益的最好守护者，对公共利益的损害、对公共安全的危害并不符合市场主体的利益追求。

基于上述分析，从长远考虑，为根本解决必须招标工程建设项目范围和标准对市场的不利影响，应从立法上革除招标投标法与政府采购法分开立法的体例，将招标投标法并入到政府采购法中使其回归应有的本位，即作为一种选择交易对象的工具保障交易的公开、公平。同时通过招标投标法吸纳入政府采购法中，将必须招标的工程建设项目范围和标准限定在政府投资或者管理的范畴，避免范围的过度蔓延。

如果采用渐进方式，先行解决急需解决的问题，则根据《招标投标法》的授权，发改部门（原计划部门）应对第3号令进行修改，将第二条和第三条列举的内容做出大范围减缩，尽量减少必须招标范围的列举或者将比较原则的概念做出进一步的细化明确。在条件成熟时通过修订《招标投标法》第三条将关于大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目从规定中删除，使得必须招标的工程建设项目限定在资金来源和管理主体上。

如招标投标制度是一种工具一样，法律也仅仅是社会管理和经济发展的工具之一。为了促进社会管理的科学和经济的发展，必须根据社会和经济的发展适时调整法律这一工具，使得法律工具适应现实的需要。因此在必须招标的工程建设项目范围和标准的规制不能适应当前要求时应及时予以修订，以促进和保障市场主体对工程建设项目的投资和经济的发展。

对场外大宗商品现货交易市场的法律定位探讨

○凌青 广东中安律师事务所



“场外交易市场”，简单来说就是“由省级地方人民政府审批和监管的交易场所，与证监会审批和监督的场内交易场所是两个相互区别的概念。”目前，场外交易市场中的大宗商品现货交易市场面临诸多投诉，其合法性基础及该种交易类型的定性一直存在争议，争议最为集中的问题是涉嫌非法期货从而构成非法经营罪，为此，笔者依据现有法律的规定对此作探讨。

期货交易与非期货交易的界定

什么是期货交易？

为配合与规范 2011 年 11 月公布的《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》的实施，国务院修订了原 2007 年 4 月施行的《期货交易管理条例》，并于 2012 年 12 月 1 日起正式施行新修订的《期货交易管理条例》。条例中明确界定了什

么是期货交易，为清理整顿与打击非法期货交易活动提供了法律依据。

其中第二条将期货交易清楚地定义为：“采用公开的集中交易方式或者国务院期货监管机构批准的其他方式进行的以期货合约或者期权合约作为交易标的的交易活动。”其内容涵盖两个方面：一是期货交易的方式是公开的集中交易方式；二是期货交易的标的是标准化合约。这两个特征并列共存，缺一不可，否则都不符合期货交易的内涵与外延。

什么是非法期货交易？

根据《期货交易管理条例》第四条、第六条的规定，以及中国证监会关于《期货交易管理条例》修订的解读意见，我们可以将非法期货交易界定为：凡属期货交易定义范围内的交易活动均可依法认定为期货交易，未经依法批准的即为非法期货交易行为。也即非法期货交易首先要满足期货交易的特征，其次

是该交易行为未经依法批准。

同时,根据中国证监会关于《期货交易管理条例》修订的解读意见,对比新旧条例的删减条文,我们还可以进一步看出立法者如何看待和明确“非法期货交易”的定义:新的《期货交易管理条例》删去了旧条例中有关“变相期货交易”的规定,也即之前有关变相期货交易的界定已经不再是期货交易的认定标准,立法者认为,修订后条例中有关期货交易的定义,已经能够完全反映期货交易的基本特征,满足期货交易特征而未经批准,即构成非法期货交易,因此没有必要再对变相期货另作规定;相反,不满足期货交易特征的交易活动,则不属于非法期货的范畴,由国家其他有关部门监督管理,不适用该条例。

几种公开的集中交易方式

根据《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见》(以下简称“国办发 37 号文”)第二条第(二)项,以及证监办 111 号文第二条第(二)项等规定,集中交易的核心要素是交易双方人数众多,具体包括集合竞价、连续竞价、电子撮合、匿名交易、做市商机制等。

“集合竞价”,是指买卖双方按照自己所能接受的心理价格自行进行买卖申报,由现货市场电子交易系统对全部有效申报进行一次集中撮合的处理过程。其具体的特征表现为:1. 买卖双方可以通过交易系统自由申报自己的价格;2. 买卖双方申报的价格不是随时撮合成交,而是在一个规定的时间点一次性撮合成交处理。

“连续竞价”,是指现货市场按照“价格优先、时间优先”等原则形成成交价。连续竞价的根本特征与集合竞价大致一样,区别在于:买卖双方申报的价格由交易系统随时撮合成交,其优先撮合成交的规则是“价格优先和时间优先”,而集合竞价则表现为在一个时间段内只有一次撮合成交机会。

“电子撮合”,是指众多的买方和卖方同时通过电子交易系统进行撮合配对、点选成交或其他方式促成合约成立的交易方式。电子撮合的根本特征在于:

1. 优先撮合的规则不完全依靠价格和时间这两个参照体系,也可以加入其他参考体系;2. 撮合成交不一定由交易系统自动配对生成,也可以由买卖双方在交易系统中自己点选成交。

“匿名交易”,是指对于一项交易标的物,交易者完全不需要知道对手方的身份、年龄、信用状况等除价格以外的交易信息而进行的交易。

“做市商机制”,是指具备一定实力和信誉的法人、其他经济组织等,不断地向买卖双方提供报价,并按照自身提供的报价付出资金或商品与之成交,从而为市场提供即时性和流动性,并通过买卖价差获取利润而形成的交易制度。严格意义上讲“做市商机制”根本不属于集中交易方式的一种,因为买卖中的一方是做市商,不存在买卖双方人数众多的情形,且做市商机制也是国际公认的场外交易方式,但即便监管机构将之列为集中交易方式的一种,其特征也非常明显,那就是做市商应当自行对外报价。

标准化合约的特征

由于期货交易中不可或缺的条件之一是“交易标的为标准化合约”,国办发 37 号文第二条第(五)项与《期货交易管理条例》第二条同样有明确的规定,标准化合约仅指“期货合约”与“期权合约”。因此有必要进一步阐明有关期货合约与期权合约的特征,这样才能够通过对比看出某一交易活动是否符合期货交易的定义。

所谓期货合约,是指“由交易场所统一制定的、规定在将来某一特定的时间和地点交割一定数量标的物的标准化合约”。根据这一定义,结合国办发 37 号文第二条第(五)项,我们看出期货合约同时具有如下几个根本特征:1. 除价格外,其他条款固定,价格则由交易产生;2. 合约涉及的标的物的交割的时间和地点是特定的,不是随时可以申请交收的;3. 每一种期货合约都有固定的到期日,即合约的交割日,投资者所持有的期货合约,要么在合约最后交易日前通过反向交易对冲,要么在到期时强制平仓或交收。

所谓期权合约，是指“由交易场所统一制定的、规定买方有权在将来某一时间以特定价格买入或者卖出约定标的物（包括期货合约）的标准化合约”。根据这一定义，结合国办发 37 号文第二条第（五）项，我们看出期权合约同时具有如下几个根本特征：

1. 期权合约交易的是一种权利，即买方可以在特定时间段内以特定价格买卖一定数量商品的权利，而不是商品本身；2. 期权合约同样有到期日，在到期日前，权利人可以行使权利，也可以弃权；3. 期权合约的价格叫权利金或期权费，是权利的对价，而不是商品本身的价格，期权合约的价格是变量，是可以通过交易产生的；4. 期权对应的商品本身的价格是特定的，不可变量。

同时符合上述特征的，可以构成期货合约或期权合约，反之则不构成期货合约或期权合约。

现行大宗商品现货交易场所的交易机制是否构成期货交易？

1. 目前的大宗商品现货交易场所采用的交易方式并不具备国家明文规定的集中交易方式的前述特征，因而并不构成集中交易方式。理由如下：

由于交易价格是由交易场所根据国际现货报价提供，双方均须直接依据该价格成交，而无权在此基础上以另外的价格成交，故并无竞价的可能，更不存在“时间优先、价格优先”的成交价形成原则，所以不属于集合竞价或连续竞价的范畴；由于交易系统设置一笔买卖只能与特定的买卖对手方成交，故不存在电子撮合的情形；交易系统可以明确显示买卖对手方的情况，所以也不属于匿名交易；做市商机制的核心特征是由做市商按照自身提供的报价与对手方成交，但现有的交易并不存在由会员单位自身报价的情形，而是由交易场所作为第三方提供国际公允的商品买卖价格，并由买卖双方以此价格为基础成交商品买卖，故也不满足做市商机制的特征。

故而本交易属于典型的场外“一对一交易”，只不过为了节约成交的成本，通过计算机网络系统完成交易各环节而已，并不符合集中交易的任何一种交易

方式的特征。

2. 现货交易场所交易的标的物与标准化合约也有非常明显的区别。理由如下：

现货交易中所形成的每一份合约并未设置固定的到期日或固定的交割日期，实物交收可以随时申请，不会因为存在所谓“到期日”而导致到期强行交割或平仓，也就是说，交易的标的并不是期货合约；现货交易中的成交价格是大宗商品现货的即时价格，而不是将来以特定价格买卖某种商品的选择权的对价；且现货交易中，一旦成交不可以放弃买卖。因此交易的标的也不符合期权合约的特征。

综合前述期货交易的定义，如果大宗商品交易场所的交易既不满足集中交易方式的特征，也不符合期货合约或期权合约的特征，那么我们当然可以得出结论：目前现行的交易机制不构成期货交易。

应该如何定性？

由于交易双方并未采用集中交易方式成交，而是明确知悉交易对手方的典型的场外“一对一”交易，而且交易双方都没有定价权，只能依据交易所发布的交易价格成交商品买卖，并且既可以选择价格结算也可以选择实物交收，那么我们怎么准确定性这种交易机制呢？

其实，国际市场中有一种衍生品工具所采用的交易机制与目前的现货交易机制非常相似，都是以第三方发布的公允价格作为结算依据，都是以当期的固定价格与未来的浮动价格进行价格结算，且都是一对一交易，这种衍生品工具就是“大宗商品价格互换协议”。

“大宗商品价格互换协议”是国际公认的场外非标准化风险管理工具，并成立有国际权威的行业协会——“国际互换与衍生工具协会”，而黄金、天然气、汇率、利率等都是价格互换的品种。

如果一定要对目前的大宗商品现货交易机制定性的话，笔者更倾向于将其定性为“大宗商品价格互换系统”。当然，由于非会员单位方同时有权申请以实物交收方式结清合约，所以也可以将其定性为“场外货物定价销售系统”。



私自录音，如何才能合法有效？

○廖璐 广东中熙律师事务所

在谈生意、发生纠纷时偷偷录音，这样的做法越来越常见。私自录音，顾名思义，是指未经他人同意或采取自以为不被他人知道的方法，对他人的谈话进行录音的行为。私自录音在证据的类别上属于《中华人民共和国民事诉讼法》第63条证据种类中的第（四）项视听资料，对于私自录音的行为，其在民事诉讼中的证据效力不能一概而论。

迥异的判决

陈A是珠海某物流公司股东。张C与陈A于2008年3月就合作经营物流综合项目签订《合作协议》，约定张C负责协助开展对外关系的协调工作，陈A负责具体经营，同时陈A同意以（不低于6000万元）作为张C的项目分红，并在协议生效日起7年内分期付清，其中2010年12月31日前，陈A应

向张C支付至少6000万元的25%即1500万元。2010年11月，张C向珠海市香洲区法院起诉，要求陈A履行到期付款义务。

该案经过一审、二审、广东省高级人民法院（以下简称省高院）再审和最高人民法院（以下简称最高法）提审，一审支持、二审驳回张C的诉讼请求。在省高院再审及最高法提审中张C提交了其与陈A之间谈话的录音材料。省高院认为，该录音材料系张C在未取得陈A同意的情况下单方录制，根据《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》（法复〔1995〕2号）的相关规定，该录音材料不具证明力，因此驳回了张C的再审申请。

但最高法根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条“以侵害他人合法权益或者

违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”的规定，认为张 C 提交的录音证据并非以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得，法复〔1995〕2 号批复所指的“未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为”应当理解为系对涉及对方当事人的隐私场所进行的偷录并侵犯对方当事人或其他人合法权益的行为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零六条关于“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据”的规定明确了该司法精神。张 C 与陈 A 的谈话系在宾馆大厅的公共场所进行，录音系在该公共场所录制，除张 C 女儿外未有其他人在场，未侵犯任何人的合法权益，对该录音证据予以采纳。最终最高法采纳了张 C 方提供的一段由张 C 女儿私自录制的录音，使得判决结果最终逆转。

那么，私自录音什么情况下合法，什么情况下能被法院作为证据采纳？

相关法律规定

《中华人民共和国民事诉讼法》第 63 条规定：“证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”

最高人民法院于 1995 年 3 月 6 日对河北省高级人民法院作出的答复《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》（以下简称《批复》）如下：“证据的取得必须合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。”

2002 年 4 月 1 日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《若干规定》）第六十八条规定：“以侵害他人合法权益或者违反法

律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”

第七十条第（三）项规定：“一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件。”

2001 年 12 月 30 日《最高人民法院民一庭负责人就民事诉讼证据的司法解释答记者问》就“依据司法解释，未经对方同意录制的音像资料能不能作为证据”的问题答道：关于非法证据标准问题，最高人民法院曾经作出法复（1995）2 号，将录音资料的证据合法性标准限定在经对方当事人同意，未经对方同意私自录制的，不具有合法性，不能作为证据使用。

从这几年审判实践的效果来看，采用这种非法证据的标准，虽然有它积极的一面，但是经过实践和理论上的进一步研究，许多人认为，未经对方当事人同意私自录制音像资料的情况是很复杂的，实践中一方当事人主张同意对方当事人录制其谈话的情形是极其罕见的。而依据这个《批复》，审判人员即使确信证据内容的真实性也无法对权利人予以保护，因此，对于这些证据材料应当根据不同情况区别对待。为此，《若干规定》第六十八条重新明确了非法证据的判断标准，即除以侵害他人合法权益（如违反社会公共利益或者社会公德侵害他人隐私）或者违反法律禁止性规定的方法（如擅自将窃听器安装到他人住处进行窃听）取得的证据外，其他情形不得视为非法证据。2015 年 2 月 4 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第一百零六条规定：“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。”

新旧司法解释的法律适用

《批复》是一种法定的司法解释形式，上述案例中对于司法解释的不同理解是造成判决结果不同的重要原因。《批复》对于私自录音的规定与《若干规



定》、《民事诉讼法解释》的规定存在冲突，根据新法优于旧法的原则，应适用后者的规定，即录音证据不以是否取得对方当事人同意为认定是否合法的条件，而是要看证据的取得是否侵害他人合法权益，是否违反法律禁止性规定，或是否以严重违背公序良俗的方法形成或获取。

民事诉讼中当事人私自录音证据的效力判断

民事诉讼承担举证责任的主体是当事人，但由于利益上的对抗性，对方当事人往往不愿如实反映情况，如果一律不允许私下录音录像，则当事人不可能取得有利的诉讼证据。有的当事人或证人，出于各种原因会口头承认某些事实，但让其出具书面证据时，则极其谨慎，更多的是予以拒绝。所以，基于举证责任的要求，当事人客观上有时不得已会私自录音。

私自录音存在侵犯他人权利的可能性，但有时它又会是一种抑制违法行为、进行救济的必要的、无奈的甚至是唯一的可选手段。一律否定单方录制视听资料的合法性，无异于排除了这种证据形式。社会电子工具普及使得我们手中具有多种录音录像功能的工具，很多人总是会不由自主地进行录音，但是在诉讼时它是否能被采纳作为证据使用以支持自己的诉讼主张，多数人并不清楚。通过上述案例、相关法律的规定及分析可知，司法实务中对于当事人私自录音能否作为证据的问题，需要根据具体情况具体分析。

在诉讼实践中，要使私自录音作为证据成为判决依据，一般须同时具备三个条件：

1. 合法性。主要是指录音资料的形成或获取程序上的合法：第一，不能侵害他人的合法权益。第二，不能违反法律的禁止性规定。例如，在他人住处擅自

安装窃听装置进行窃听获取证据的行为明显侵犯他人的隐私权，就属于违反法律禁止性规定取得的证据，不能作为诉讼证据使用。当然，以威胁、引诱等违反法律及有关规定的的方式所取得的当事人录音资料，明显是当事人作出的违背自身本意的意思表示，也是缺乏合法性而不能作为证据使用的。第三，不能严重违背公序良俗。

2. 真实性。即录音资料的内容及形式上不能有任何疑问。举证一方要保证出示的录音不存在剪辑、增加、删改、编辑等伪造、变造的情形，内容上完整，具有客观真实性和连贯性。此外，还应尽量提供录音的原件，若录音材料为复制件的，还要与原件进行相应的核对、说明等。

3. 需结合其他证据加以证明。录音材料的提供者还应当尽可能地提供其他形式的证据予以佐证，也就是说在仅有录音资料的情况下，是无法孤证定案的。

我们在采取“偷录”的方式获取录音资料的时候，也需要注意从客观条件和谈话技巧等方面入手以保证录音证据的真实性、合法性及关联性。在实际操作过程中：首先，录音时应当尽量选择先进、质量好的录制设备和杂音干扰少的录音环境，以保证录音内容的完整、清晰；其次，谈话技巧上开始录音时可以表明一下自己的身份及录制时间，并巧妙地引导或提示对方提到自己的身份信息，以证明对方的身份，增强证据的可信程度；再次，谈话内容要紧紧围绕争议要点、案情及想要证明的事项进行，尽量不提或少提与案情无关的个人信息，否则可能涉嫌侵犯他人隐私；最后，双方交谈时要控制情绪、保持理智，避免出现无谓的人身攻击或过激言论，以免被认定为有威胁、引诱对方使得对方违背自身意愿所述案情之嫌。总之，要严格遵守录音程序的合法性。

健身机构常见法律纠纷及风险防范

○李红 北京德恒（深圳）律师事务所

随着生活水平提高，越来越多的人选择去健身机构健身。这些健身机构大多以“健身房”“健身中心”“康体中心”“健身工作室”等命名，一般经营主体有公司——具体包括股份有限公司（例如大家熟悉的中航健身会——深圳市中航健康时尚集团股份有限公司早已在新三板挂牌）、有限责任、一人有限公司、各类公司的分支机构即分公司等，另外一种常见的经营主体就是个体工商户。本文中统称为健身机构。笔者拟通过分析部分地区尤其是广东省近几年健身机构的部分判例，对健身机构常见的法律纠纷进行总结，提示风险防范途径。

一、经营场地纠纷

健身机构一般开设在住宅区、商业中心、写字楼等人口密集的地方，经营场地一般是通过租赁取得。出租场地应当是合法建筑、权属清晰、规划用途符合实际用途，这是健身机构得以正常经营的基础保障。若出租场地存在法律问题，极易引起租赁纠纷。

（一）不符合建设工程规划许可要求的房屋租赁合同无效

房屋建筑的合法性首先就是土地取得合法、符合城市规划。现实中，有些投资人将违规建设或者搭建房屋出租收取租金。该类房屋有些从外观看上去并没有异样，实际也可以使用，但往往到办理卫生许可证、消防验收时问题才会暴露。笔者在多年前承办过一起房屋租赁纠纷案件。开发商将搭建的建筑出租，由于



开发商有大房产证，承租人签了合同还完成了租赁合同备案，但是在装修完成后，消防验收无法通过。笔者经过对比竣工验收图和房屋现状，才发现出租的部分是违章搭建，但是此时承租方装修已经完成，所有设备物品均到位，甚至已经作了宣传，结果却因为消防无法通过，只得要求解除合同，虽然官司赢了，但是时间、经济损失巨大。

（二）开发商未经业主同意将住宅小区架空层出租被业主起诉

在（2017）粤01民终17404号案件中，一小区的开发商将住宅小区的架空层出租开设健身场馆，但小区业主起诉开发商，要求确认关于房屋销售合同中的关于架空层收益权归开发商的约定无效。法院后来依据《物权法》支持了小区业主的请求，可以想见，这将会严重影响健身机构经营的稳定性。

（三）将停车场出租作为健身机构因消防不合规被责令停业

在（2017）粤04民终1332号案件中，出租方将停车场改造后出租用于经营健身机构，在装修完成后消防验收无法通过，健身机构被责令停业。

（四）转租合同超过原租赁合同期限部分无效

在（2017）粤01民终1067号案件中，转租方将房屋转租用于经营健身机构，但转租合同期限超出原租赁合同期限，导致超出部分被认定无效，给经营者造成了损失。

风险防范提示：健身机构对于经营场地的依赖性



强，且一般都需要根据场地情况设计装修并且购置健身器材，一旦租赁合同关系不稳定，经营受到重大影响。经营者在签署房屋租赁合同时，应当充分了解房屋情况、查看房屋权利证书以及基础合同，以降低租赁房屋问题带来的经营风险。

二、经营模式争议

实践中，健身机构的经营方式有独立经营、特许经营（即加盟）、委托经营、承包等模式。

（一）特许经营纠纷

特许经营是特许经营权拥有者以合同约定的形式，允许被特许经营者有偿使用其名称、商标、专有技术、产品及运作管理经验等从事经营活动的商业经营模式。在该模式中，特许方提供成熟的经营模式、商标、技术等给被特许方使用，被特许方支付特许经营费。在规范的法律关系中，特许方与被特许方一般是签署《特许经营协议》或者《加盟协议》，被特许方按照约定独立经营，独立承担经营风险和责任。假设如果一方在特许经营过程中实际参与了另一方的对外经营活动，则可能被要求承担连带责任。笔者关注到有一案例，特许方直接参与了被特许方经营活动的收款环节，在被特许方发生纠纷时，特许方一同列为被告。

（二）委托经营或承包经营纠纷

在委托/承包经营关系中，存在房屋租赁关系与委托/承包关系同时存在，有时房屋租赁关系会被一并概括在委托经营或者承包关系中。在相关协议中，

厘清各种法律之间的关系，尤为重要。

（三）合伙/合作经营纠纷

自然人之间合伙经营健身机构，则合伙各方应当订立合伙协议，就合伙比例、各自权利及责任、退伙甚至争议解决相关费用如律师费等事宜要作出约定。（2016）粤0114民初10687号案件中，二合伙人合作经营健身房，后来一人退伙，双方发生争议。

风险防范提示：现实中经营方式并不限于上文所述，但降低此类经营风险的核心是相关各方将各方权利义务书面约定清楚，以便发生争议主张权益时有据可依。

三、会员权益纠纷

健身机构一般采取会员制，即消费者支付年费或者半年费、季度费、月度费用购卡成为会员，在相应期间自行安排前往健身机构健身；如需要私人健身教练指导健身的，则需要另行付费购买私教课程。基于会员制的特点，消费者权益纠纷主要情况如下：

1. 冲动付费购卡后无法坚持运动，要求转让会籍或者退费

例如（2016）粤0304民初15021号案件中，张某要求将会员卡转由其家人使用，由于在购卡的协议中约定了健身课不可以转让，张某的主张因不符合合同约定，未得到法院支持。

2. 对健身机构服务质量或者私教服务不满意，要求退费

例如（2017）粤0606民初9369号案件中，吴某在春节过后认为健身机构健身人多环境不好，要求退费。因合同约定不得退卡，法院驳回其请求。

（2016）粤0605民初18011号案件中，黄某因健身机构更换瑜伽老师要求退费，未被支持。另在（2017）粤1322民初2121号案件中，严某购买会员资格和私教服务后，原定私教离职但不同意另行安排私教，要求退费。法院认定健身机构不存在违约，但基于严某未享受私教服务，且会员期将满，判令服务合同解除，健身机构退还私教费。

3. 健身活动中发生伤亡，要求退费和赔偿

（2015）穗越法民一初字第5753号案件中，刘

某因购买健身卡后参加瑜伽活动受伤，起诉要求退还会员费并赔偿医疗费，得到法院的支持。另如（2016）粤0608民初931号案件中，李某在健身机构运动后病发，等到被其他会员发现救治无效身亡。法院考虑到健身机构未尽到合理限度的注意义务以及缺乏应急预案处理，判决承担部分赔偿责任。

4. 健身机构经营不善停业，会员要求退费

有些健身机构在收取了会员费用后，停业走人，消费者退费无门，该类案件各地均有报道。

风险防范提示：从会员权益纠纷类案件可以看出，健身机构作为服务产品提供者，需要明确合理约定会员权利义务，尽到经营者的健身场地管理的责任；其次，虽然经营一般健身运动场馆已经不需要许可，但是健身作为体育运动，具有一定的专业性和危险性，对于具有高度危险性的运动项目如游泳、攀岩等经营项目经营者还要取得《高危险性体育项目经营许可证》，因此经营者要充分预估相关风险，制定必要的管理制度和应急方案，以减少事故发生，同时应当投保相关责任险，以分散风险。

四、经营者与健身教练人员之间的纠纷

健身机构离不开健身教练，具体形式有私人健身教练、巡场教练、操课教练等。有的健身机构与健身教练签署劳动合同，有的签署合作协议，当然，也有什么都不签的，所以纠纷就更容易产生。因为如果未签订劳动合同但是被认定构成劳动合同关系，则健身机构除要支付工资外，将面临要求承担未签订劳动合同的双倍工资差额以及缴纳社保、工资基金等用人单位的法律责任。

（一）承揽关系

（2014）穗荔法民一初字第1451号案件中，某健身机构的经营者，委托喻某销售健身卡，喻某要求确认其与该健身机构之间存在劳动合同关系。法院查明健身机构对喻某不进行管理，只是根据销售金额按照比例提取费用，故认定双方构成承揽关系而非劳动合同关系。

（二）劳动关系

（2017）粤0304民初5145号案件中，某健身公

司与健身教练李某签署协议确认所欠工资金额。李某持该协议要求确认双方成立劳动合同关系，得到支持。

（2015）深福法民四初字第969-973号案件中，胡某与某健身公司未签署任何协议，但是有发工资和考勤的事实，后来法院认定双方成立劳动关系。

（三）合作关系

（2017）粤03民终15853号案件中，某健身机构与健身教练侯某签署协议约定为合作关系，原因是该健身机构所提交的《教练合作协议》中明确约定，侯某以合作教练的身份与健身机构合作，侯某自由安排上课时间，给会员提供教练服务等，以课时进行结算分成，侯某确认知悉并同意双方仅属合作关系，故法院认定双方不存在劳动关系。


（四）健身教练离职后与健身机构之间的竞业争议

有一些健身教练在健身机构积累了一定的客户资源后，会开设个人健身工作室，此前在健身机构接受健身教练授课的会员有些会希望继续跟着健身教练上课，这样在原健身机构与新的个人工作室之间就会发生竞争关系。一些健身机构会与健身教练约定保密责任和竞争限制条款，收取保证金或者约定较为严厉的违约责任，来提高健身教练挖前健身机构会员的成本。

风险防范提示：以上可见，健身机构与在其单位执教的健身教练之间是否存在劳动关系，一是看签订的合同，二是看健身机构与教练之间是否存在如考勤、以工资名义发放工资等事实劳动关系的情况，健身机构可以从这两方面规范教练用工管理事宜。而对于离职后的竞争限制，就需要通过协议来约束。

结语

除了上述纠纷类型外，还有一些其他纠纷，如知识产权类纠纷，包括健身机构未经允许使用他人影视作品、文字、图片引发的著作权侵权纠纷，健身机构未经允许使用他人商标引发的商标侵权纠纷，装修设计纠纷，租金纠纷等。了解相关法律规定和案例，并不能帮助健身机构、消费者或者健身教练完全避免风险，但是可以为作出更好的决策和制度安排提供支持。



应收账款质押的法律分析及风险防范

○金振朝 广东卓建律师事务所

《物权法》第 223 条、228 条首次以法律的形式确立了应收账款属于可以出质的权利范围，并规定了质权设立要件和出质后的应收账款转让限制。为履行应收账款质押登记职责，保障应收账款融资业务的顺利开展，中国人民银行设计并建成了动产融资统一登记系统。

为配合该系统上线，中国人民银行、中国人民银行征信中心先后制定了《应收账款质押登记办法》（以下简称《办法》）《中国人民银行征信中心中征动产融资统一登记平台操作规则》（以下简称《规则》）。下面结合案例，对应收账款质押的有关法律问题及风险防范进行分析。

案情简介

2012 年 10 月 18 日，K 银行与 H 公司签订了《流动资金借款合同》和《质押合同》，合同约定，H 公司从 K 银行借款 1650 万元，借款期限为 2012 年 10 月 18 日至 2013 年 10 月 17 日，由出质人 H 公司以

其依法可以出质的普通应收账款提供质押担保等内容。同时，双方签订了《应收账款质押登记协议》，协议约定，出质人以质押合同项下应收账款出质；应收账款质押登记通过中国人民银行征信中心的应收账款质押登记公示系统办理质押登记，将出质人未来一年内为中国石油天然气股份有限公司及其下属企业提供服务产生的所有应收账款一并质押并办理登

记等内容。而后，H公司届期一直未偿还借款。

后因Q公司与H公司之间发生买卖合同纠纷，于2012年11月29日向中级法院提起诉讼，H公司败诉。该案判决执行过程中K银行以该案执行的到期债权系其质押物，其享有优先受偿权为由，提出执行异议。后又撤回异议，以借款合同纠纷为由另行提起民事诉讼，请求确认其对到期债权有优先受偿权。原审法院遂裁定：因该案的继续执行需等待与K银行借款合同纠纷的判决结果，故应先行退出该执行程序，待影响案件执行的情形消除后，继续执行。

在K银行与H公司借款纠纷一审中，中级法院判决：K银行的主张，事实清楚，证据充分，故H公司依法应当承担清偿借款本金及其利息的责任，K银行的应收账款质押登记有效；K银行对H公司质押的应收账款依法享有优先受偿权。

Q公司（第三人）不服原审判决，向高级人民法院提起上诉称，H公司转让债权未履行通知义务，该债权转让对次债务人不发生效力，同时，K银行对出质人的基本信息登记错误，质权未设立。

二审判决：虽然上述登记关于出质人信息有误，但没有影响到信息公示系统依照本案质押登记的其他信息确认出质人及质权，Q公司上诉主张的本案系债权转让关系，应当向债务人履行通知义务这点，没有事实和法律依据，维持原判。

上诉人不服，向最高人民法院提起再审，最高人民法院维持二审判决理由并裁定驳回再审申请。

律师分析

应收账款质押登记的内容

1. 质权人和出质人的基本信息

《办法》规定，出质人或质权人为单位的，应填写单位的法定注册名称、注册地址、法定代表人或负责人姓名、组织机构代码或金融机构代码等。出质人或质权人为个人的，应填写有效身份证件号码等信息。第15条还规定，质权人办理登记时所填写

的出质人法定注册名称或有效身份证件号码变更的，质权人应当在变更之日起4个月内办理变更登记。未办理变更登记的，质押登记失效。第13条规定，发起登记的当事人应如实登记动产权属信息，确保登记内容真实、完整、准确。

上述出质人法定注册名称或有效身份证件号码变更导致质押登记无效之规定，颇值得商榷。其一，出质人法定注册名称或有效身份证件号码变更未必一定能在4个月内为质权人所知晓，若对质权人的不知情有无过错不进行区分，则该规定为出质人逃避出质义务打开了方便之门；其二，只要不是刻意规避，注册名称或有效身份证件号码的变更通常皆有一定的联系，质权人、第三人皆可以通过公开渠道获知出质人的变更信息并在与其交易时进行适当的注意，尤其是第三人可以通过变更前的信息进行应收账款质押登记的查询，故注册名称或有效身份证件号码的变更并不必然影响质押登记的公示效果。

如因登记内容填写错误，导致登记不能查得或不能正确公示权利的，或因虚假或不实登记给他人造成损害的，由发起登记的当事人承担全部责任。根据该条规定，若出质人将登记信息填写错误，可能会影响质权的设立。对于该错误信息，笔者认为要看是否达到影响应收账款债权可识别程度。

2. 应收账款描述

登记公示的目的是向社会公众告知应收账款已被质押的事实，从而维护交易安全。为了使公众获知应收账款质权的具体范围，应收账款质押登记应当包含应收账款描述。

据《办法》第4条规定，“本办法所称的应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利，包括现有的和未来的金钱债权及其产生的收益……”，即可以质押的应收账款范围不仅包含了现有债权，还包含了未来将会产生或者可能产生的债权。应收账款不以设质时已存的财产为界，亦可以是未来预期的收益，且不以是否已届履行期限为限。

3. 登记期限

《办法》第12条、第13条对应收账款质押登记期限和展期作出了规定。质权人自行确定登记期限，登记期限以年计算，最长不得超过5年。登记期限届满，质押登记失效。在登记期限届满前90日内，质权人可以申请展期。质权人可以多次展期，每次展期期限不得超过5年。《规则》规定也不尽一样^①。但同样缺乏法律依据，《物权法》并未授权《办法》和《规则》规定登记期限，也没有规定质人行使质权的期限，上述规定应为与我国先行法律冲突。

4. 登记协议

按照《办法》规定，质权人办理质押登记前应与出质人签订协议。协议应载明如下内容：质权人与出质人已签订质押合同及由质权人办理质押登记，并将协议作为登记附件提交登记公示系统。若出质登记因为欠缺《登记协议》，虽有《登记协议》但未上传登记公示系统或内容不符合上述规定，按照规定都可能导致登记无效和质权未能设立。根据物权法定原则，物权的种类、内容、效力和公示方法，概由法律规定，不仅当事人不得任意约定改变或者创设，《办法》也不应擅自篡越。

次债务人的权利和义务

这里所谓次债务人，即应收账款对应的付款方，也称第三债务人。对于应收账款转让，根据法律规定，必须通知次债务人后始对次债务人发生法律效力。但对于应收账款质押，《物权法》的规定中并没有将通知次债务人作为质押合同生效或者质权设立的要件。在设质阶段，出质人、质权人是否将质押事项通知次债务人，并不影响应收账款质押的效力。在本案中，Q公司上诉主张本案系债权转让关系，应当向债务人履行通知义务，没有事实和法律依据。应收账款作为一种权利，可以作为质押标的，质权属于担保物权，合同债权转让则属于债的范畴。

所以，根据《物权法》第228条第1款规定“以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自

信贷征信机构办理出质登记时设立”。因此，只要有书面合同并办理登记，质权即成立。不能因为未将质押登记事项通知应收账款债务人，就否定质押登记的效力和质押权人享有的质权。

应收账款质权的实现

《物权法》第219条规定，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。该条关于质权的实现方式规定于动产质权部分，根据《物权法》第229条的规定，权利质权的实现也同样适用上述规定。

首先，作为法定担保物权的一种，应收账款质权一旦依法设立，质权人就取得了以应收账款协议折价和拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿的权利。除了以应收账款折价需要与出质人达成一致外，根据上述分析，质权人以拍卖、变卖的方式行使质权的，可以直接委托有关拍卖、变卖机构进行，拍卖、变卖成交后，出质人或者质权人通知次债务人，自通知到达次债务人之日起，发生应收账款转让的效力。这里存在的问题在于，应收账款存在巨大的差异性和不确定性，如何按照市场价格确定折价或者变卖价格？笔者认为，这里可以参照民法上的“帝王条款”之诚实守信原则，将市场价格解释为公平合理价格方为合适。

其次，根据债法原理，合同债权大多可以转让，那么，应收账款出质后能否转让？《物权法》第228条第2款有明确规定，即非经质权人同意，出质后的应收账款不得转让。经质权人同意后转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第三，出质的应收账款先于主债权到期并获得清偿的，该如何处理？《物权法》中并未作出明确规定。笔者认为，应当参照《物权法》第225条关于票据、存单、仓单、提单的兑现日期先于主债权到期和第228条第2款关于出质后的应收账款转让之规定，获

^①《规则》第十五条第三款规定：“发起登记的当事人可以根据权利公示需要自行选择登记期限，期限范围是1至30年。”第十七条规定：“在登记到期前90天内，可以申请展期登记。登记期限届满未展期的，登记不再对外提供查询。用户可进行多次展期，但每次展期期限不得超过30年。”

得清偿的款项应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第四，出质人可以替代给付，以供债权清偿。出质人为了取回质押财产或者解除应收账款质押，可以代替债务人履行债务。出质人替债务人履行债务后，质权人应当向出质人返还质押财产或者解除应收账款质押，但前提应当是质押财产并未以协议折价、拍卖或变卖方式处置。

第五，质权人能否直接向次债务人主张债权？根据《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106条的规定，“质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。”因此认为质权人有权在应收账款质押的范围内向次债务人主张权利。

风险防范对策及建议

强化贷前调查，防范信用风险

1. 严格客户准入。应收账款质押仅是第一还款来源的补充和风险缓释，一旦客户第一还款来源出现问题，就容易形成贷款风险。因此，贷前调查应更多关注第一还款来源，同时，还需对应收账款债务人的经济情况、偿债能力、信用等级、信誉等进行认真审核评估。

2. 严格应收账款审核。一是尽量选择《应收账款质押登记办法》明确的应收账款品种，对于不在《办法》范围内的应收账款，应谨慎对待；二是关注企业应收账款的账龄、占比、周转率、平均回收期等指标，在综合考虑用信人的资信状况、偿债能力，信贷业务的期限、风险度，质权实现难易程度等因素的基础上，合理确定应收账款质押率；三是在办理应收账款质押时，通过收集留存企业销售合同的原件、卖方企业的发货单、买方企业的收货单及货物验收合格入库的证明等企业真实交易的情况，最大限度地保证办理质押的应收账款均为企业的真实交易。

规范业务操作，防范操作风险

1. 规范签订应收账款质押合同。在贷前调查的基础上，依法在借款合同、质押合同中明确约定风险防范措施。应针对应收账款质押的特点，在合同中加入特定条款。另外，在签订合同时还要注意应收账款和贷款期限的差异问题，尽量使应收账款的到期日早于或等于借款合同的还款日等。

2. 规范办理应收账款质押登记公示系统登记。根据《办法》，应收账款质押登记由质权人办理，登记内容由登记当事人自行录入，登记内容的真实性、合法性和准确性由发起登记的主体负责。同时，由于登记应收账款质押业务不要求提交质押合同，仅要求登记质权人、出质人、质押物等信息，因此在质押登记时应正确录入相关信息，对用于质押的应收账款情况清楚地进行界定，在“质押财产描述”一栏，尽量对应收账款进行详尽的描述，如清楚登记应收账款基础合同的总价款、履行期限、支付方式、债务人的基本情况、收费项目等要素。

强化贷后监管，确保债权实现

1. 设立应收账款回款专户。银行在发放贷款时，可以要求出质人在贷款银行处设立应收账款回款账户，要求应收账款债务人将相关款项支付到回款账户，来防范出质人在应收账款回款后不用来还款而挪作他用的风险。同时可以和出质人约定，在贷款未偿还前，应收账款在贷款额度内不得转出或保持一定的份额，来确保质权担保足值。

2. 加强贷后动态监控。银行应加强贷后动态监控，监督出质人及其债务人的业务往来，了解出质人、应收账款债务人财务变化状况，重点关注应收账款的变动情况。如果出质人擅自转让、恶意减免出质应收账款的，银行应及时要求其停止不当行为并向法院诉讼行使撤销权或要求其提前清偿贷款。总之，一旦质押应收账款出现坏账或其他减损情况，银行应尽快与出质人、应收账款债务人协商，要求补充提供担保或尽早采取措施以实现质权。





师与生

参加实习人员集中培训有感

○袁帅 广东鹏翔律师事务所

从进入律师行业伊始，每位实习人员都会接触到各种称谓：“师父”“老板”“主任”“律师”“博士”等等，听得大家云里雾里。如今实习了快一年的时间，笔者依旧对称谓这个问题感到十分困惑。直到2017年5月参加年度第一期实习人员集中培训后，笔者对这个疑问似乎得到了解答，至少在那一个月的培训期内，“老师”与“学生”的称谓让笔者觉得十分恰当。

师者，所以传道授业解惑也。何人能为师？韩愈给出了自己的答案。在笔者看来，老师肩负的首要任务就是传道解惑，其次还需要以自身的行为与品格去影响、塑造学生。在这次培训中，笔者看到许多在法律实践中摸爬滚打多年的老师，他们身经百战，并在各自的业务领域已经具有相当的权威，由他们为我们这些新晋的准律师授业自然是再合适不过了。更为重要的是，老师们都是怀着倾囊相授的心态，尽可能地在两三个小时的既定授课时间内将自己所知都一一道出，以至于很多时候，老师们还会因为没

能将每个方面都讲到而表示抱歉。这种“为人师者”的精神及责任感让笔者深深敬佩。

当然，这里的老师不仅仅是以律师、法官、检察官等为代表的法律专业人士，通过这次培训，也让笔者更加熟悉律协和司法局的各位老师。虽然之前因为申请实习的相关事宜去过律协几次，但是对于律协并不很了解，所能听到的一些信息也只是路人甲乙的闲言碎语而已。这次培训，让笔者更加直接、全面地了解到了律协的工作职能及工作内容。尤其是通过律协这个大家庭，笔者看到了有那么一批人，也许他们不是律师，但一直在尽心竭力地真正地维护着律师的权益，凝聚着律师这个大家庭，并努力在法院、检察院以及司法行政部门之间牵线搭桥，促成法律职业共同体内部的交流，向着建设法律职业共同体而努力。

对于笔者来讲，看到有这么多人是在为实现“法律职业共同体”这一目标努力，作为实习人员又有什么理由袖手旁观、置身事外呢？我相信，在我们这一群有激情、

有担当的师生们的共同努力下，我们的执业环境以及国家的司法环境一定是向着越来越好的方向发展。

培训中，除了站在讲台上的各位老师，还有很多默默无闻，每天负责打卡、考勤、换水、摄影、主持、搬动桌椅等琐事的老师。记得有一次笔者正准备要换掉一桶饮用水，还没等我把桶扛出来，就看到那个熟悉的中年男老师走过来说：“我来吧。”笔者当时一边笑道：“没问题，这肉又不是白长的”，一边把水换了。后来回想起这件事，先是打趣地怀疑自己是否真的看起来很虚弱，但随后心中却是升起一阵暖意，本来这样的体力活交给笔者这样的年轻人做就好了，但是这位老师真正地把它看作是自己的工作、自己的职责，这种坚持亲历亲为的行为就是认真、负责、有担当的表现。此乃另一种“传道”方式也。

这次培训课程的覆盖面之广，从认知律协、司法局到法院、检察院，从学习执业纪律、情绪管理、形象维护到演讲口才，从了解民事、行政到刑事业务……可以说，短短一个月的课程涵盖了我們作为一名合格律师需要了解学习的方方面面，特别是在执业纪律和业务实践这两个方面，让笔者很受启发。



执业纪律是整个培训的重点内容之一，但却也是最容易被忽视的方面。其中一个原因就是很多律师过于自信，认为那些大是大非的道理都已经明白。然而，以利益冲突为例，大多数人都能识别直接的利益冲突，但是对于间接的利益冲突呢？识别出间接的利益冲突后又应该怎样去做呢？诸如此类细节问题，如若律师在执业初期在没有系统学习执业纪律的情况下，很容易就稀里糊涂地违规了。所以这样的课程设置以

及考评方式确实会督促我们牢牢把握律师的底线。

对于实务课程的安排，笔者也欣喜地看到包括金融、环境、海商、医疗在内的这些极具专业性的课程设置。或许我们中绝大多数人会认为自己这一辈子都没有机会去接触这些领域，但是万一呢？毕竟现阶段我们也才刚刚起步，接触到的案件种类和范围有限，对自己能力的评估以及执业方向的计划也是局限的。再者，这些案件中的很多方面都是可以和自己现在所专注的领域相关联的。就笔者而言，不管是环境还是医疗案件，其中很容易夹杂着不同行政机关的各种行政行为，由此衍生而来的行政法律事务完全可以和笔者现在的方向相衔接。至于专业“食槽”的问题，笔者认为这是可以借助外部力量来克服的，并且在这个克服过程中，我们的知识面与学习能力也会不断拓宽与提高，毕竟善于学习的能力和敢于挑战的精神对一名优秀的律师来讲也是不可或缺的。

在培训中，自然不能缺少“同学”这个角色。很难得有这样的机会，在走进社会之后还能和这么一群有想法的同仁成为同学。其中的一些，包括笔者在内，明显还带着学生气息，另一些已然有了几年甚至十几年的工作经验。那些年纪大一些的同学就像学校里的师兄师姐一样，给了像笔者这样的年轻人很多安全感。在笔者看来，能达到这样的契合大抵是因为我们都有一个共同的职业目标——“律师”吧。

同学之间总会交流，而这种基于实习人员的共同身份的交流则更亲近、更平等。我们可以共同商讨法律问题，交流实习期间的迷茫与困惑，倾吐心中的苦闷与生活的不易……而在这个过程中你会发现，原来你遇到的很多问题大家都会遇到，这不仅是因为工作中所处位置不同或是经验浅薄导致的，更像是你成为律师必经的磨难，就像是唐僧西天取经。同学之间除了交流，更多的是互帮互助。这种温暖而又似曾相识的感觉，是每个人在学生时代的亲身体验。只不过遗憾的是，大家都还没来得及更深入地相互了解，就发现已经要“毕业”了，这也着实让人有些无奈。但这份同学情谊的种子已经埋下了，珍惜了，就会在心里萌芽，抽叶，开花，结果。

今年年初，我受邀出席了“律伴盛典”。那天，我足足花了半个小时选了一件红色的外套出席活动。到达会场，看到了很多熟悉的面孔：律伴创始人黄智勇律师，华商所的合伙人何贤波律师，中伦（广州）所的合伙人王永红律师，还有深圳大学的朱谢群老师等等。

律师要擅于给自己“贴标签”？

王永红律师当天演讲发言的主题是“律师之专业化”，讲述了他执业二十多年以来坚定地以知识产权为主业方向的经验和感想，当然彼时的坚持已经助他成为了此时的律界大咖。

关于律师专业化的话题，也算是老生常谈。王永红律师之所以给我留下深刻的印象，那是因为作为执业二十多年的律师，他没有大腹便便的外表，没有油腻世故的腔调，依然精神奕奕，实属难得。王律师发言中提到一个词“贴标签”——用于客户、同行、同事非常鲜活快速地识别自己，从而达到业务优化组合。一言以蔽之，专业的人做专业的事！

初出茅庐的时候，我也时常关注别的律师如何贴标签，是非诉讼（IPO），刑事辩护还是民商事诉讼？是涉外，外商投资，反倾销，并购，知识产权，还是婚姻？有一次与一位同事聊到专业化的问题，他说他对刑事辩护非常有兴趣，但无奈刑案不足以让

他吃饱。相比较现在刘平凡律师打造的刑辩团队——牛团队、草原狼、刑辩力等，那时的刑事辩护专业化还只是萌芽阶段。但我由衷地认为，深圳的刑辩律师是律师专业化标签最明显的群体之一。

在律伴盛典举办之前不久，黄智勇律师来我们方根所做客。他提到，知识产权业务并不是他的全部，甚至都没有超过业务总量的50%，而其它的民商事诉讼超过半数，但知识产权是他的一个抓手，客户会因此认识他，并且还会带来其他的业务。这次盛典中黄律师再次提到标签和抓手的问题，我原以为黄律师把如此“发家致富”的秘诀只传给我——传女不传男，传本（地）不传外（地），没想到，男女老少都传了。

我2008年转入华商所，当时没人介绍，是我自己慕名投奔而去，因为华商所的非诉讼业务做得好啊！那时何贤波律师已是证监会发行审核委员会的候补委员。何律师在本次活动中提到他执业17年来几乎没进过法院的门。对于这一点我现在完全能够理解和接受了。专业化就是有专门见法官的律师，也有专门不见法官的律师。

那时我的非诉讼业务基础非常薄弱，愣是没弄明白何律师所谓的“律师工作底稿”是什么。后来还是我在华商所的小姐妹邓娇律师告诉我的。邓娇律师2015年通过新三板业务成功转型为非诉讼律师。邓娇说，底稿

我也说说律师之专业化

○王美英 广东方根律师事务所

就是“证据”，我问，能否让我看看你的底稿，邓娇说底稿都在项目上。我还是没看到底稿长成什么模样。

2016年初，中国基金业协会要求私募基金管理人登记须提交律师事务所出具的法律意见书。我时任深圳金地投资的常年法律顾问，近水楼台我把金地投资的这一块业务接下来了。但我没干过，我只知道工作底稿就是证据！我不能干砸了，我必须对得起客户。自接到业务后一个月内我闭门不出，都在研究怎么取证（尽调），怎么出意见。法律意见书的第一个问题是要证明公司合法存在。什么？！公司经过工商登记不就存在了吗？还用得着证明吗？非也。翻开《公司法》，公司合法成立的必要条件：有章程，有经营机构，有独立的财产等等，必须逐项认证。这份法律意见书在客户的催促和我的焦灼中诞生了。那一个月我不敢想别的，只想怎么认证十三项小问题，然后得出唯一的大结论——金地投资公司的私募基金管理人登记申请符合法律法规及基金业协会的要求。后来我的法律意见书通过了基金业协会的审查。我终于知道律师工作底稿是什么样的了。

何贤波律师在本次盛典发言中说到，他的短板是没做过诉讼，又不是学法律出身的，碰到与诉讼相关的问题还有些把握不准。我心里无奈地嘀咕，诉讼可不也是我的短板，我的短板是没有长板！

我对专业化泛化的理解

1998年夏天，我通过电视看见洪水冲过我的家乡，总理在长江大堤上骂王八蛋工程。随后五年，有一项叫做“移民建镇”的工程在洪水经过的地方轰然进行——在政府的引导下农民将房屋迁到高处平地，形成新的村落。那时的我稚气天真，也疑惑过，脚下这块土地曾经是秦始皇的，现在是政府的了？政府安排给谁就是谁的？

十年后，2008年我已在深圳执业三年了。那时家乡的农民不再种地，土地成了荒野，村庄也不经常有人居住，大都住到城里去了。农民看似摆脱了土地的束缚，但实际上村里的角角落落上建起了大大小小的房子，虽然没人居住，但得先占住——占有即拥有。这难道不是民法上的先占原则？这当然也是农村人的狡诈！我想，作为律师应该好好研究土地法，弄清楚城镇土地的确权、纠纷处理。这将会成为热点！

这几年，我有时也想为自己贴上一个醒目的标签。如2013年我想专注于电商物流业法律研究，然而未深入，也未成功。此后一直也没有遂愿贴上其它明显的标签。后来遇见了我现在的合伙人郑志明律师，他教会我如何接地气，如何让我们的法律服务产品温润如玉，让客户握着不陌生、不扎手，同时也不失应有的价值。郑律师像父母，延续了父母言传身教式的影响，而黄智勇律师像兄长。当我还在村口上小学时，他已经到城里上大学了，假期回来老家会告诉我，城里的姑娘已经踩着高跟鞋，穿着迷你裙，唱着多来米发索拉西。写到这儿，我有些窃喜。

这几年担任金地投资的常年法律顾问，我接触了许多城乡交界处的土地、房屋产权、租赁、历史遗留问题等，重新燃起了我对土地法律方面的研究热情。在此之前，我还为深圳市绿意华海实业公司处理了有关土地方面的事务，厘清了些许深圳特区土地国有化之前流转的基本方向、途径。

我还有一个客户——中涛环保，我与中涛环保的薄涛总经理认识已经十年。薄总早年建议我将环保领域的法律研究透彻，将会大有可为。中涛环保这两年的法律事务还不尽是行业特有的事务，用法律术语说，这些事务还只是“种类物”，不是“特定物”，还不足以使我成长为环保行业的法律专家。但薄总的胸怀和野心一定会激励着我去研究这个行业。

我能否将土地（目前限旧城改造方向）、环境保护、基金投资作为我的主业方向、我的标签？我要再想想。无论是土地还是环保，它们都是行业，而不是具体的业务品种，这与证券、知识产权、民商诉讼明显不同。行业法律服务会横跨证券、知识产权、民商诉讼等服务。但这又有什么关系呢？这只是标签，只是抓手，只要对行业足够熟悉，我将能够为我的客户提供全面的法律服务，不是吗？如遇到证券问题我的触角可及何贤波律师，知识产权可及黄智勇律师。所谓律伴结盟的意义就在于此吧。

回头再看看律伴盛典，本次来结盟的以小型律所为主，小所开始结盟。想必天下合久必分、分久必合，即是如此。

市律协与龙岗区看守所就律师会见相关问题达成共识

4月25日下午，市律协曾迈副会长、李军强理事等一行赴龙岗区看守所就近期律师反映现场排队会见一号难求的问题与龙岗区看守所沟通交流。龙岗区看守所目前通过网上预约与现场排队会见两种渠道仍无法满足会见安排需求。双方经过沟通与交流对会见安排问题提出相对切实可行的解决方案，还就如何共建良好会见环境、加强律警常态化的交流合作机制、保障律师执业权益做了进一步的交流。



市司法局、市律协共同举办 2017 年度律所及律师年度考核培训会

4月23日下午，市司法局和市律协召开了2017年度深圳市律师事务所以及执业律师年度考核暨行政审批业务培训会。全市律所（含法律援助机构、合伙所、分所）的行政主管或证照管理员近700人参加了此次培训。今年考核的律所共有785家，同比增加13%，执业律师11607名，同比增加17%，再创历史新高。此次律师事务所年度考核工作将采取市、区司法行政机关和市律协同步考核、形式审查与实地检查相结合、集中力量统一管理等方式进行，而执业律师年度考核，则进一步精简了工作流程。



省律协到我会检查维权中心和投诉中心运行工作情况

4月20日上午，省律协惩戒委员会主任孙成等一行到我会检查维权中心和投诉中心运行工作情况。我会副会长章成、维权委员会主任方壮毅、调查委员会主任赵东川、惩戒委员会主任廖耀雄等参加了工作会议并认真汇报相关情况。2017年，我会维权中心共受理了64起维权申请，投诉中心共受理303件投诉案件。为切实做好“两个中心”工作，市律协完善规章制度、规范工作流程，确保维权中心和投诉中心的工作规范高效运行。



2018 年度全市一村一法律顾问培训成功举办

4月12日下午，由市司法局、市律协联合举办的2018年度全市一村（社区）一法律顾问培训在福田会堂举行，全市社区法律顾问及对口支援河源、揭阳一村（社区）一法律顾问律师共500余人参加了培训。此次培训特邀省司法厅律师工作管理处科长梁金玲传达2018年度全省村居法律顾问工作重点；陈伟律师、辛先霞律师为广大律师分享多年社区法律顾问工作的经验。市律协林昌炽会长指出，自2006年开展律师进社区工作以来，广大律师为百姓定纷止争、村居法治建设付出辛勤劳动；希望全市律师为建设公益法律服务体系、建设法治城市和法治广东做出新的贡献。



深圳律协律师调解中心及律师调解中心驻深圳中院调解室同时揭牌成立

为充分发挥律师在预防和化解矛盾纠纷中的优势，深化多元化纠纷解决机制改革，深圳律协切实落实《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〉》精神，挂牌成立了律师调解中心；并在深圳中院及市司法局的大力支持下，于深圳中院诉调中心设立了律师调解室。3月30日下午，深圳律协律师调解中心及律师调解中心驻深圳中院调解室揭牌仪式成功举行。深圳律协律师调解中心首批担任调解员的律师有271名，他们均具有五年以上执业经验，且调解经验丰富。



市律协与宝安区看守所共话建立良好律警关系

3月20日上午，市律协副会长章成、曾迈一行赴宝安区看守所走访交流。双方围绕当前律师较为关注的执业权益及执业便利有关问题进行座谈。市律协表示，宝安区看守所自启用新的服务大厅以来，规范了相关工作程序，为律师会见提供了更好的服务，同时也提出了意见建议，希望安检程序、会见等候时间长、复印不便等问题得以改善，为律师会见提供更多的便利。与会人员还就如何进一步共建良好律警关系、保障律师执业权益等议题开展交流。



深圳市律师协会与高雄律师公会签署合作协议

3月20日，高雄律师公会理事长郭清宝一行6人到访我会，就共建两岸律师业合作交流机制与我会进行座谈。会上，韩俊副会长、郭清宝理事长分别代表深圳市律师协会、高雄律师公会签署《合作协议》。根据协议，双方将在进一步深化业务合作、提升两地律师专业素养等方面开展切实可行的措施。《合作协议》的正式签订将为今后大陆与台湾律师之间的沟通交流提供良好的平台，同时双方将以粤港澳大湾区建设和“一带一路”战略发展为契机，共促两地律师业发展取得新成果。



2018年第一期实习人员集中培训顺利开班

3月19日上午，市律协2018年度第一期实习人员集中培训开班仪式在国际人才大厦五楼多功能厅举行。市律协会长林昌炽，监事刘鸿，理事、实习委主任胡宁可等参加了本次仪式。胡宁可主任作培训动员讲话，希望学员们珍惜培训机会，严格遵守纪律，认真学习专业知识，不断提升综合素质，为成为律师行业的栋梁之才不懈奋斗。林昌炽会长代表深圳律协对参加本期培训的学员表示欢迎，并介绍了本届律协工作情况，他还勉励学员们积极进取，认真学习，圆满完成培训课程，不负行业期望，不辱律师使命。



南山区律工委“民生法治进社区”开讲

3月30日下午，2018年南山区“民生法治”进社区活动启动仪式在南山街道举行。南山区司法局副局长林锡丰、市律协南山区律工委副主任胡春学等参加开幕仪式。2018年民生微实项目由南山司法局主办、律协南山区律工委和南山律师创新发展中心承办。本届民生微实项目由胡春学律师担任讲师团团长。今年，南山区一批优秀的律师将走进社区，为南山居民带来16场法律讲座，引领居民群众养成懂法、守法、用法的良好习惯。



第九期青年律师研修班赴中国政法大学开展外训

4月10日，深圳律协第九期青年律师研修班在中国政法大学仲裁研究院举行开班仪式，开启为期五天的外训，旨在提升商事仲裁业务能力。深圳律协副会长杨逍、尹成刚，法大仲裁研究院院长杜新丽教授出席开班仪式。开班仪式由仲裁研究院秘书长兼副院长姜丽丽主持。尹成刚副会长表示，深圳律协希望通过培训能够打造深圳仲裁律师的品牌和中坚力量。杨逍副会长勉励学员在培训期间应牢记八个字“融入、珍惜、学习、凝聚”，他指出，本期学员承载着深圳律师仲裁品牌再造辉煌的重要使命。



第一期小型律所主任管理能力研修班正式起航

4月13日，第一期“小型律所主任管理能力研修班”开班仪式顺利举行。首期小型律所主任研修班，经过笔试、面试的层层选拔，最终确定45名学员。开班仪式上，林昌炽会长指出，小型律所的发展关系到整个律师行业的发展，关心关爱小型律所的发展，不仅是为了兑现本届律协的竞选承诺，更是为了培养一批具有较强竞争力律所管理型、复合型人才，解决制约深圳律师业发展的小型律所管理短板，全面提升深圳律师行业的整体发展水平。开班仪式结束后，正式开始了第一堂课，林昌炽会长为学员们讲授“小型律所的发展与未来”。



粤港澳律师共探劳动法律业务

4月27日下午，市律协劳专委举办了粤港澳大湾区劳动法律业务研讨会，邀请香港的 Deacons 律师行陈艾姿律师、廖海燕律师，澳门 MdME 律师事务所劳工及出入境民事务主管 Isolda Brasil 律师作主题演讲及专题对话。三位律师从劳动合同与法律、雇主权利、工资计算、工作时间、法定假日工作、加班、奖金发放、劳动关系终止等八个层面，为与会律师介绍了澳门、香港不同法律体系下，劳动法律的实践经验与现状。本次研讨会帮助律师更好地掌握粤港澳大湾区背景下三地员工关系管理的异同，有助于提升律师办理劳动非诉业务水平与处理能力。



龙舟竞渡

胡巨勇

思念成河，每个人的血脉都流淌着一条叫汨罗的江。

缅怀似鼓，历史的心跳击打着—个民族的疼痛。

为了遇见，以爱的名义出发，时光的浪花溅起的是家国情怀。

千帆竞过，飞驰的龙舟寻觅的是自由的走向。

长楫破波，苍茫的水域被无数只龙舟掏空喧嚣。

因为敬畏，我们用传承把赞美延伸；

因为感恩，我们用怀念把爱续写。

千年之前，你用风骨和节操渡人；

千年之后，我们用华夏的图腾祭奠你。



