



总第 90 期

90

2021 年 | 第 1 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线 专业见解

立深圳法援千秋伟业 助律师行业固公益魂

律师担任遗产管理人的作用与实务探讨

从金融机构视角看知识产权质押融资的“风高浪急”

香港经济融入内循环存在的堵点及改善建议

辩护的本质是辩证



深圳市司法局召开律师、公证行业突出问题专项治理工作动员部署会

2021年3月16日下午，深圳市司法局召开了深圳市律师、公证行业突出问题专项治理工作动员部署会，全面落实全国、省、市政法队伍教育整顿动员部署会议精神，对为期8个月的全市律师、公证行业突出问题专项治理工作进行细化和具体安排。深圳市司法局党委委员、副局长、二级巡视员任继光，市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记曹海雷出席会议，会议由市司法局一级调研员、律公处处长熊松青主持。曹海雷书记对律师、公证行业突出问题专项治理相关工作进行了部署，任继光副局长作了动员讲话，市司法局律师公证管理处（法律职业资格管理处）全体人员，各区司法局、新区政法办分管局领导及部门负责人，市律师行业党委副书记、纪委书记、党办主任，深圳市律师协会、公证协会、深圳公证处、前海公证处、先行公证处领导班子，共60余人参加了此次会议。

曹海雷书记对律师、公证行业突出问题专项治理下一步工作安排进行了详细部署，强调要着力抓好律师与司法人员不正当接触交往、律师、公证员违法违规执业，公证服务态度和服务质量、“套路贷”问题及公证机构内部管理制度建立和执行等专项治理重点，重点围绕把握学习教育、深入排查、集中整治、总结提升四个环节，并要求各单位认真研究落实工作方案，扎实完成每个阶段的工作任务，有力有序推进专项治理。

任继光副局长指出，律师、公证行业是法律服务业的重点行业。司法部高度重视这两大行业的问题整治，在这次队伍教育整顿中，专门将这两大行业列入“自选动作”里进行专项治理。各级司法行政机关、行业党委及行业协会要强化责任意识，把工作重心和主要精力聚焦到此次律师、公证队伍教育整顿上来。严格落实总书记对新时代法治工作队伍建设的重要要求，强化政治理论、专业知识和职业道德教育培训，不断提升律师、公证员队伍业务能力和执业道德水平，锻造一支遵守宪法法律、忠于事实真相、严守执业纪律的律师、公证员队伍，切实推动我市律师、公证行业紧跟时代步伐、在新时代履行好职责使命。

深圳市委常委田夫同志在调研 律师工作座谈会上的讲话*

我们要高举中国特色社会主义法治的伟大旗帜，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻落实习近平法治思想，切实把思想和行动统一到习近平总书记和党中央关于全面依法治国决策部署上来。

我们要加强党对律师工作的全面指导，落实“四讲四抓”工作要求，坚定不移地走中国特色法治道路。在市律师协会党建工作中，要以律师协会的改革、创新、发展为依托，要高站位、宽视野、扬优势，在法治轨道上推进城市治理体系和治理能力现代化，为全面建设中国特色社会主义新征程，坚定地提供法律保障。希望我们市律师行业党委和市律协，在党的建设方面，把好方向、服务大局、促进发展，强化思想建设、组织建设、制度建设、纪律建设和作风建设，提高全行业党建引领能力，进一步强化行业党建工作。同时，要坚持以“四大工程”为抓手，不断夯实党的建设基础，提高律师事务所党组织的战斗堡垒作用和党员律师的先锋模范作用，引导律师行业提高政治站位，听党的话跟党走。

党的十八大以来，习近平总书记高度重视依法治国，亲自谋划、亲自部署、亲自推动。国家厉行法治，就要落实依法治市、依法行政和建设法治社会的工作要求，对标国际一流水平，大力开展现代法律服务，提升法律服务竞争力，服务基层社会治理，服务营商环境建设，不断开创深圳法治城市建设的新局面。

当前，全市上下正在推进“双区”建设，我们律

师行业也迎来了新的发展机遇。律师行业要紧紧围绕我市的中心工作，发挥行业优势，担当起法治城市示范建设的主力军。市律师协会要创造性地开展工作，既要加强行业管理，更要探索行业发展的新路程、新经验，不断提高服务水平。

深圳要打造国际一流的市场化、国际化、法治化的营商环境，律师队伍作为依法治国、依法治市的一支重要力量，将是不可或缺的一部分。所以，深圳要围绕中心、服务大局，坚持建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的德才兼备的律师队伍。

在新形势下，在涉外律师队伍建设方面，党和国家给律师行业下达了新任务。深圳是一个外向型、创新型的城市，但在涉外律师队伍建设方面，与北京、上海仍有很大差距，国家级顶尖律师人才和涉外律师人才数量较少。在下一步工作中，要特别加强培养通晓国际法律规则，善于处理涉外法律事务的高素质法律人才队伍。加大与港澳法治领域的合作力度，服务好一带一路、“双区”建设，服务好国家战略发展，打造我们粤港澳大湾区的核心引擎，充分发挥深圳律师队伍的作用。

深圳市委市政府将大力支持律师工作开展和人才队伍建设，希望深圳律师能够抓住双区建设驱动双重叠加的重大机遇，以先行示范区的责任担当，在更高的起点、更高的层次、更高的目标上，实现深圳律师事业的更大发展，为深圳先行示范区建设做出更大的贡献。

* 2021年1月15日上午，深圳市委常委、市政府党组成员田夫率队就深圳律师行业党建与行业发展工作到市律师协会调研，并组织召开座谈会。本文根据田夫同志在会上的讲话录音整理而成。

(粤B) L017010071



印刷日期 2021年4月20日

编委会主任 林昌炽
编委会成员 章成 蔡华 杨逍
尹成刚 曾迈 江定航
韩俊 汪腾锋
主编 杨逍
执行主编 侯昆霖 陈伟
栏目编辑 周争锋 陈伟 杨新发
陈旭绯 颜宇丹 杨银笛
胡聪 屈文静 刘伟健
责任编辑 伍春红
编辑 黄红珍 王颖 杨柳
美术编辑 蔡永军
电话 0755-83025789
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

特别说明：《深圳律师》发表的文稿所表达的观点，
纯系作者见解，不代表编辑部的意见和立场。

目录 CONTENTS

卷首语 | FOREWORD P1

01 深圳市委常委田夫同志在调研律师工作座谈会上的讲话

特别报道 | SPECIAL REPORTS P4-10

04 立深圳法援千秋伟业 助律师行业固公益魂

热点 | HOTSPOT P11-23

11 金税三期系统下企业的法税风险防控 / 郭扬来
14 律师担任遗产管理人的作用与实务探讨 / 龙奎任
18 简析《律师事务所相关业务会计处理规定（征求意见稿）》对律所财税事项的影响 / 王永敬
孔维辉
22 律师助力企业构建合规管理体系的作用 / 刘平凡



论道 | DISCOVERY P24-31

24 民间借贷“新规”六大要点解读 / 王雷
26 从金融机构视角看知识产权质押融资的“风高浪急” / 赵宇 谢敏茹
30 浅谈用人单位管理权与员工隐私权的边界 / 李红

实务 | PRACTICE P32-41

32 浅析商誉的转移问题 / 车小燕
34 香港经济融入内循环存在的堵点及改善建议 / 唐志峰
36 竣工验收备案审核纠纷对建设主管部门的几点启示 / 谭娇玲
39 辩护人如何应对刑事程序中违法处置犯罪所得的行为？ / 胡聪

生活 | LIFE P42-46

42 敬畏庭审 饱含热泪 / 王天培
45 辩护的本质是辩证 / 杨新发



律协动态 | INFORMATION P47

立深圳法援千秋伟业 助律师行业固公益魂

采访深圳市律协法律服务援助基金会初创人员

○王颖 伍春红 / 采访整理

深圳市律协法律服务援助基金会（以下简称“基金会”）由深圳市律师协会发起成立，于2020年11月产生了第一届的理事会和监事会，目前处于初创期。从萌生成立基金会的想法到征得主管部门深圳市司法局的支持，从起草章程到推选理事长、监事长，从四处奔走筹集资金到申请登记，直到2021年1月29日获得了民政局批准成立，取得《基金会法人登记证书》，基金会的筹备成立阶段前后历时近两年。勇毅笃行，功在不舍，这过程里凝聚了初创人员的热情和坚毅。据我们了解，以律师协会发起公益性质的法律服务援助基金会深圳是首开先河，基金会的诞生是特区律师敢闯敢试的精神再放出的光芒，特区律师行业真正践行了深圳作为社会主义先行示范区的先行先试。本期我们对参与基金会初创的代表进行了采访，了解基金会的背景起源和初创期的不易和感动。

生存的价值：基金会成立的意义



采访对象：深圳市司法局党委委员、副局长、二级巡视员 任继光

Q：您对于成立基金会非常支持，还亲自参与指导了基金会的筹备工作，能否谈谈您对成立基金会的看法？

任继光：我认为基金会的成立很有必要。我在市公安局任职期间，参与组织成立了深圳市警察基金会，经过多年的发展，警察基金会目前总资产达到4个亿，它服务于深圳2万多名警察。警察基金会募集的资金，用于表彰英烈，慰问伤患，即慰问、抚恤、奖励为维护深圳社会治安做出突出贡献的警务人员及其家属，救助有特殊困难的民警和离退休民警。后来，我到市司法局任职，2018年分管律师工作，昌炽会长提出成立基金会的想法，我觉得这个想法非常好，它将服务

于深圳1.7万的律师，明确以深圳律师为主体开展法律服务援助，和警察基金会的慈善性质无异，是善事、好事，也得到了市司法局党委的同意。筹备阶段，我带着市局律公处和昌炽会长一起，走访了十多家大所，发动大所的力量，筹集资金，也得到律所和律师的大力支持。总体来说，深圳律师行业，特别是大型律所所有担当和大局意识，能够理解基金会成立的意义。

它的意义是什么呢？很大程度就是看筹集的资金将来怎么用。“取之于行业，用之于行业”，这是基本原则，具体用于抚慰律师的伤老病死，奖励有特殊贡献的律师，帮扶有困难的律师，助力行业发展，服务政府、企业、法治建设的公益事业之上。

Q：对于基金会将来的运作发展，请您提些意见。

任继光：第一，基金会要合规发展，这是最为基础的要求。要争取全行业支持，就要健全管理模式，完善运作和监管机制，保证不出问题，认真探索可持续发展的路径。第二，基金会要持续发展，就要继续筹资，除了在行业内筹资，还可以向企业筹资，企业也是律师提供法律援助的重要对象。当总资产达到比较大的数额时，比如5000万，可以借鉴警察基金会的做法，不动本金，只用利息，确保基金会正常和有效地运作，实现其为服务保障改善民生，促进社会公平正义的公益目标。

生存的灵魂：基金会的背景起源和愿景



采访对象：深圳市律协法律服务援助基金会理事长、深圳市律师协会第四届会长 徐建

Q：为什么要成立深圳市律协法律服务援助基金会？

徐建：盖茨和巴菲特捐尽家财的举动引领了全球富人新一轮的行善潮流。中国的慈善事业随着经济的发展也方兴未艾，公益慈善的终极目的是实现社会的公平正义，作为以公平正义为己任的律师更应责无旁贷。由律协发起设立法律服务援助基金会是全国首创，初衷是引导律师凝聚社会力量，用法律服务援助公益，用专业服务回馈社会，筹集资金支持法律援助和律师事业的发展，保障社会的公平正义。这样的宗旨理念是好的，但是要得到社会的支持，特别是得到成功的

企业家的捐助，必须针对他们的痛点量身定做。

在当下，我认为企业家最大的痛点莫过于法律风险，在法治尚不完备的情况下，每个企业家都有可能遭遇法律风险。一个人可以一辈子不害人，但不能保证一辈子不被害。一旦受了冤枉，企业被查封，人被拘留，纵有亿万身价，也难以动用一分找律师维权。如果企业家事先捐助到这样的基金会，一旦发生法律风险，基金会就可以优先为其聘请最好的律师进行辩护维权，使其免受冤狱，得到公正的处理。甚至可以组成律师团队托管企业，保障其正常经营减少损失避免破产。

我认为，建立针对企业家的法律风险的公益基金会是一种刚需。如果这一观点能形成共识，我们就此设计企业家规避法律风险的公益产品就会受到欢迎。另外，经过 40 年的发展，律师队伍中也有一批先富起来的人，有的已经加入了亿万富翁的行列，其中不乏乐善好施之人，像我自己算不上财务自由的人也慈善捐助了 400 多万。应该引导这批先富起来的律师履行社会责任，用捐款来支持深圳建立法治城市，援助

律师立法调研，开拓法律服务产品，弘扬律师文化，培养青年律师，安置老律师，使人生更有意义。我相信随着公益平台的搭建，会有更多的律师加入到公益事业中来。这样也会使律师和社会各界的关系更加的和谐融洽，这种无声的广告，会提升深圳整个律师界的素质和形象，也会为全国律师树立榜样。

Q：您当选基金会理事长有何感想？

徐建：2005 年我离任深圳律协会长后，应聘到母校中国人民大学律师学院做首任院长，前年学院步入正轨，我退下来本想安度晚年，没想到市律协和市司法局又决定成立法律服务援助基金会，并推选我担任理事长。一开始我拒绝了，快七十的人了，哪有精力再开创，加上疫情之下律师企业都很困难，捐款更难，做不好会误了深圳律师业的大事。后来在蒋局长和林会长再三邀请下，特别是讲了基金会对律协发展的重要性以及对我的信任和期望，感动了我。毕竟离开十多年了，大家还想着你信任你，盛情难却之下就再做最后一次开荒牛吧！希望能得到大家的支持。

他们的团体费是根据律所的规模来收取，是有差别的收取，总体收取的会费总额比深圳高，去年开始，为了帮扶老律师、青年律师和孕产期女律师，我们减收了会费，但只减不加，这样协会的财力和竞争力也削弱了不少，为了夯实行业发展基础，我们需要另辟途径。二是为了支持深圳律师业的发展、研究与创新，特别是助力推进涉外律师人才培养，打造与先行示范区相匹配的律师人才队伍。深圳要营造国际化营商环境，为了适应发展趋势，2019 年我们组织 20 多位涉外律师人才前往美国学习，但是当时该项目的经费捉襟见肘，我们到处筹措资金，如果想要在涉外人才培养上使其常态化进行，那资金的保障是必需的，此事也让我坚定了想要成立基金会的想法。三是为了鼓励深圳律师在专业服务和履行社会责任中提升自我价值。希望把深圳这座城市“赠人玫瑰，手有余香”的特质在行业中传承，借此平台奉献我们律师行业的爱心，将基金会打造成净化律师的心灵家园。借用电视剧《胡雪岩》里一句话：“为官不可贪，为商不可奸，要想行善事，手中先有钱”，因此，我们成立基金会，募集资金来行善。



采访对象：深圳市律师协会第十届会长、基金会第一届顾问团顾问 林昌炽

Q：您作为发起单位的代表，提出成立基金会，初衷是什么？

林昌炽：协会作为创始发起单位成立基金会，这是我们这一届律协的收官之作。我提出这样的想法，最原始的动机有三：一是希望基金会能围绕协会中心工作发挥“血库”的作用。协会收入的主要是会费，两年前我们推动了会费改革，当初设想是“有增有减”“增>减”，也去考察调研了北京、上海、广州等不少较大的城市，

Q：基金会正式成立前，做了哪些筹备工作？

林昌炽：首先是争取主管部门市司法局的同意和支持，市局非常支持，态度很明确，溪林局长和继光副局长亲自参与组织筹划和宣传发动。第二，选好理事长，该人选要市局和行业都认可的，热爱行业，在行业内有突出成就的，我们认为徐建会长非常适合。第三，设计好章程。基金会的运作要具备一定的独立性，但机制上又要能为协会所掌控，尤其是财务管理方面，同时又要避免受到协会现有架构过多的制约，这就需要认真、科学地设计章程。第四，选好秘书长，方惠秘书长既有韧劲又有创办基金会的经验，她在筹备阶段发挥了积极的作用。第五，开展资金募集工作，这非常关键也很不容易。成立基金会需要一笔原始基金，我们获得 50 家律所（包括个人）的捐助，筹得 600 万元。

Q：筹备过程里遇到什么困难？

林昌炽：这其中筹集原始资金是最难的。疫情之下，总体经济形势不好，对律师行业的冲击也不小，再要律

所捐资确实很难；再者，有些律所对成立基金会不理解，需要不断地沟通、解释，还有一些深圳的分所受制于总所，捐款不易。但是，纵使有各种情况，深圳的大所还是慷慨解囊，非常有担当；小所、律师个人也当仁不让地捐款，众人拾柴火焰高，得道多助。其次的困难是争取民政局批准成立，基金会的字号、架构有一定的特殊性，“律协”是字号，代表着由协会发起和主导创立，能体现协会的意志，协会有成熟的制度，具备一定的实力、魅力和活力；“法律服务援助”体现其公益性质，为律师所用，律师、律所是援助的主体也是受援的主体。

Q：基金会的公益目标和愿景是怎样的？

林昌炽：基金会致力于为困难群众提供法律服务援助，为困难企业在运营中涉及的法律需求提供法律服务，为中小微企业参与实施“走出去”战略所涉及的法律需求提供法律服务，为困难律师提供援助以及促进全民普法。希望基金会能让深圳律师国际化不是梦，让民营企业发展不是梦，让一流法治化营商环境不是梦。

生存的经脉：基金会章程



采访对象：深圳市律协法律服务援助基金会理事、广东经天律师事务所合伙人 杜艳芝

Q：您参与主导了基金会章程起草工作，您在起草章程时，主要考虑了哪些方面的问题？

杜艳芝：基金会是由律协发起的，《律师法》第四十二条规定，律师必须依法承担法律援助义务，深圳律协章程的第六十五条对律师的表彰就包括了从事热心公益事业和积极参加法律援助活动。因此，市律协发起成立基金会是贯彻实施律师法的一个具体行动。

章程作为基金会的总的行动纲领和准则，总计是八章，六十四条。基金会属于非公募基金会，行动总则是坚持中国共产党的全面领导。当时在确立基金会的宗旨时，在“凝聚社会力量，发挥律师作用。用法律服务援助公益，以专业服务回馈社会”颇花了一点功夫，希望简洁明了，体现基金会的特点，强调以专业能力和公益心服务社会和回报社会。基金会的业务范围是通过资助深圳的律师事务所和律师为困难群众、困难企业、中小微企业提供法律服务援助，推动特区立法，参与弘扬社会主义法治的文化交流等活动。在组织架构方面采用了简捷方式：理事会决策—秘书处执行—监事会监督—财产依法使用，做好自律，并接受主管部门、捐赠人和社会监督。

我们目前收到的捐款，超出预期，律师的公益心也大大超出了我们的预估，因此对于基金会后续运作我们充满信心。我们希望在专业上倾注爱心，温暖社会的每一个人，尤其是遭遇困境的人，从每一个人获得的幸福感几何级提高全社会的幸福指数。

生存的骨骼：基金会的组织架构和发展计划

采访对象：深圳市律协法律服务援助基金会理事长、
深圳市律师协会第四届会长 徐建

Q：您打算如何打造基金会？

徐建：这对我来说是新课题，没有前车之鉴。首先需要的是改革创新精神和迎难而上的勇气，要恶补公益慈善课，找出规律入乡随俗，然后再易风易俗；要创新基金会体制机制，明晰战略定位，创新公益产品。其次，要自觉接受司法局和民政局的领导，依法

依规开展活动。尽快建立基金会的各项制度，将理事会领导下的秘书长负责制落到实处，秘书处要尽快招揽人才落实机构。最后，要充分发挥深圳市律协金字招牌的影响力，发挥五十家创会律所和个人的示范效用，用非公募形式推广公益产品；要降低门槛，使每个律所每个企业每个人都可以在基金会下设立专项基金，自主开展公益募捐活动。我相信，坚持创新发展、专业发展和规范发展，善始善终，善作善成，精诚团结，奋发有为，把基金会打造成一流的基金会是很有希望的。



采访对象：深圳市律协法律服务援助基金会
秘书长 方惠

Q：基金会目前处于初创阶段，可否介绍一下近期计划？

方惠：基金会于今年年初取得法人登记证书，意

味着获得了法人资格。下一步，我们将要紧锣密鼓地开展以下三个方面的工作：第一，计划今年5月之前，举办基金会成立大会，加大宣传，宣传基金会的宗旨、性质及其重要意义，增强全行业的公益意识，并广泛地争取行业的支持；第二，建立健全组织架构及工作机制，包括制定和完善内部管理制度、建立专业化的执行团队等等，基金会将设立综合部、发展部、项目部和宣传部，合力做好基金会日常工作；第三，今年5月至10月，将投入运营第一批公益项目，完备公益资源分配以及完善公共服务平台的管理，以项目为导向，传播公益法律服务理念，建立公益协作联盟，资助律师成立公益法律服务团队，让更多的深圳律师关注和参与社会服务工作。基金会在本质上是一种信托关系，因而做好捐赠人服务将是我们的核心工作。

Q：基金会主要业务是提供法律服务援助，这和政府提供法律援助的区别是什么？它和律协公益委的区别又如何？

孙程旭：这也是我们做劝募工作时需要解释的一个重要的问题。其一，受援的对象不同。深圳有很多慈善基金会，目前没有专门的法律服务援助基金会，深圳市律协法律服务援助基金会的成立，填补了这个空白。我们知道，广东省司法厅发起成立了广东省法



采访对象：深圳市律师协会公益委主任 孙程旭

律援助基金会，它更多是依托政府法律援助项目开展公益活动，比如支持“1+1”中国法律援助志愿行动项目、支持援藏法援项目、法援惠民助力乡村振兴项目等等，是面向弱势群体、社会底层的援助；而深圳市律协法律服务援助基金会，成立的目的之一是给需要开展公益法律服务的律师、律所予以援助和开展合作。受援的对象是律师、律所和民营企业等，由律师、律所向弱势群体及有需求的对象提供法律服务，最终受益的对象有重合，但外延更广。其二，性质上的区别。政府提供法律服务援助是行政行为、政府行为，基金

会由律师行业主导，是非政府性的公益行为。从这点上看，律师在提供公益法律服务援助时，基金会提供的平台给予的获得感及认同感会更强烈些。

基金会和协会公益委，这是两个不同的范畴。协会是行业自律组织，是服务管理律师，基金会最后的落点是服务社会，两者的受众是不一样的。行业的自律组织要受到律师代表大会和协会的章程制约，在这样的框架下，有些有利于行业发展的有意义的举措不一定能够得到实施，基金会就在这个框架之外发挥作用，使其得以实现和解决。

生存的血肉：各方的拳拳之心、殷殷之情

聚沙成塔，集腋成裘，基金会的原始基金达600万，超出了初创代表们的预期。深圳律师行业对公益慈善事业的重视和支持是强烈的，50个律师事务所及律师个人积极踊跃捐款，为基金会的最终设立作出了重大的贡献。

创始出资单位及个人（按银行到账时间排序）：

1	深圳市律师协会	26	北京市竞天公诚（深圳）律师事务所
2	林昌炽	27	北京市浩天信和（深圳）律师事务所
3	广东开野律师事务所	28	广东经天律师事务所
4	尹诗的	29	王丽娜
5	深圳慈善公益网	30	广东德纳律师事务所
6	广东宝城律师事务所	31	徐建
7	广东普罗米修律师事务所	32	国浩律师（深圳）事务所
8	广东融关律师事务所	33	北京市中伦（深圳）律师事务所
9	北京市盈科（深圳）律师事务所	34	张丽杰
10	广东嘉得信律师事务所	35	北京市百瑞（深圳）律师事务所
11	广东卓建律师事务所	36	刘鸿
12	北京市京师（深圳）律师事务所	37	广东晟典律师事务所
13	北京德恒（深圳）律师事务所	38	北京天驰君泰（深圳）律师事务所
14	广东诚公律师事务所	39	广东海埠律师事务所
15	北京市天同（深圳）律师事务所	40	广东联建律师事务所
16	广东深宝律师事务所	41	北京市炜衡（深圳）律师事务所
17	广东广和律师事务所	42	广东万诺律师事务所
18	北京大成（深圳）律师事务所	43	万商天勤（深圳）律师事务所
19	广东瀛尊律师事务所	44	曾迈
20	广东星辰律师事务所	45	黄云
21	广东华商律师事务所	46	广东君言律师事务所
22	汪腾锋	47	广东惟通至道律师事务所
23	广东信达律师事务所	48	北京市金杜（深圳）律师事务所
24	上海段和段（深圳）律师事务所	49	广东生龙律师事务所
25	上海市锦天城（深圳）律师事务所	50	广东中熙律师事务所

李景武 深圳市律协法律服务援助基金会监事长、北京市盈科（深圳）律师事务所主任



深圳市律协法律服务援助基金会监事会坚持以“多放绿灯，守住底线”为工作监督思路，共同用心运营基金会，合力建设公共法律服务体系，为深圳打造一流的法治化营商环境。律协法律服务援助基金会是具有创新力和公信力的公益平台，这与盈科律所“无公益，不盈科”的理念不谋而合。一直以来，盈科律师在立足本职之外，积极投身法律援助和公益活动，为有效维护弱势群体的合法权益做出努力，努力传播正能量。未来，希望能继续携手行业同仁为促进社会进步贡献自己的力量，为深圳市法治建设作出贡献。

闵齐双 深圳市律协法律服务援助基金会副理事长、广东嘉得信律师事务所主任



深圳市律协法律服务援助基金会在筹备之时，我代表广东嘉得信律师事务所积极响应和参与，我认为基金会的设立填补了律师行业这方面的空白，在推动社会公平正义，构建社会和谐，营造良好的营商环境，引导律师为社会发展提供专业服务，都有着重要意义。我们捐助的资金不仅能够用于帮助经济困难或者特殊案件当事人提供免费法律服务，同时，企业和企业家的最大的风险就是法律风险，当企业和企业家遇到法律风险的时候，援助基金会给予及时、专业的法律援助，希望援助基金会成为深圳的样板，全国的范例。

钱伯明 深圳市律协法律服务援助基金会副理事长、北京市中伦（深圳）律师事务所合伙人



中伦律师事务所致力于为全球客户提供高质量的商事法律服务，经过近 30 年的不断发展与壮大，现已发展成为中国领先的律师事务所，在扩展业务及市场的同时，中伦及其合伙人本着“不忘初心、牢记使命”的情怀，积极投入公益慈善事业。早在 2014 年，中伦即在北京市民政局正式注册成立了“北京中伦公益基金会”，专注于支持公益法律服务、环保、教育等领域。本次对深圳市律协法律服务援助基金会的捐助，旨在为深圳律师事业发展贡献自己的一份力量与爱心，亦是中伦深圳分所积极参与公益事业的开端。

张丽杰 深圳市律协法律服务援助基金会第一届顾问团顾问、市律师行业党委第一副书记



深圳市律协法律服务援助基金会的设立，是我市公共法律服务体系建设的一项很好的补充，同时也将是律师行业创新发展、我市一流法治化营商环境营造的重要推动力。我们相信基金会能最大限度地实现行业力量的聚合，对行业而言，是建立完善行业扶危济困长效机制，提升行业整体发展的有力举措；基金会以“用法律援助服务公益，以专业服务回馈社会”为宗旨，坚守这一理念，行业的大爱和高度的社会责任感会得到充分彰显，更是能打造成为构建和谐社会的一面重要创新窗口。基金会未来的发展值得期待。

魏汉蛟 深圳市律协法律服务援助基金会第一届顾问团顾问、深圳市律师协会监事长



基金会将成为我市律师群体积极推进构建公共法律服务体系的实体平台之一，是我市律师发挥专业优势参与服务公益法律事业、参与科学立法、推动粤港澳大湾区、中国特色社会主义法治示范区建设的一项重要举措，代表着新时期律师参与法律援助事业新领域的到来。愿全体律师参与到基金会的建设与活动中来，践行社会责任与担当，输送专业法律知识，提供公益法律服务和资金支持，帮助更多经济困难的群众维护合法权益，共同为加快法治城市示范的建设而努力，深圳律师大有可为！

金税三期系统下企业的法税风险防控

○郭扬来 广东宝城律师事务所

随着国税与地税的合并，以及基于大数据集中采集和运用的金税三期系统的正式运行，税务监管的强度越来越大。税务稽查的手段和方法也更具针对性、有效性，税务机关的日常纳税评估检查也变得更加科学、精准、严厉。因此，在税务合规方面对企业提出了更高的要求，如果不能进行合理的税务风险防控，将对企业的合规经营产生严重影响。

基于此，本文将以金税三期系统的上线，税务机关利用大数据进行税务监管为背景，重点阐述企业将面临的法税风险及防范措施，以期能为企业提供一些帮助。



一、税务强监管下对企业产生的影响

金税三期系统上线和国地税征管系统的合并，弥补了国地税未合并之前存在的一些监管盲区或多头监管的情形，也加强了税务机关税收监管的手段。例如在实务中，以往国税检查出企业房产税、个税、土地增值税等方面的问题也有不深入追究的情况；地税检查出增值税或企业所得税的问题，同样也存在不深入追究的情况，但国地税合并后，这些监管盲区将不复存在了。

企业信息对比数据增多，日常监管力度加强。现有国地税日常监管评估或大数据的风险指标对比，提取指标的税局往往不考虑其负责税种之外的纳税情况。可预期的是，今后全税种纳税信息都可实现对比分析，因此，对企业的合规要求更高。

国地税联合行动变多，违法成本企业不可承受。随着《国家税务局地方税务局联合稽查工作办法》等系列文件的公布，国地税合并后税务稽查都是针对全税种进行的，因此，企业更要做好税务风险防控，实现合规经营。

二、企业在国地税合并及金税三期系统全面监管下或将存在的财税风险

国地税未合并之前，因交叉监管中存在的漏户和归属权限不清等盲区，将在国地税合并后逐户进行彻底清理。同时，以大数据著称的金税三期系统上线后，对征管信息进行了全面整合，对纳税人涉税行为的管理，将会更加集中于所有税种的全面监管，将实现覆盖税务总局、国税、地税各级机关以及与其他政府部门的网络互联，逐步建成基于互联网的纳税服务平台。因此，企业将面临更大的挑战和潜在风险，具体如下：

首先，在国地税合并过渡期间及时报税，如果未按规定时间向税务机关报税，或报税不完整，则会引起税务机关的关注。国地税合并后税务机关的监管更加严格，除经常性的进项认证、抵扣比对发现异常情况后会进行检查外，总局“金税三期”风控系统会对开票企业的开票情况、受票企业进项抵扣情况进行自

动筛查，例如能够准确比对出贸易公司“进项品名”与“销项品名”是否一致，开票与抵扣是否正常合理，金额波动是否存在异常。税务机关采取的“以票控税”的监管手段，使得发票检查趋于常态化，一旦涉嫌违法行为则可能面临刑事责任等风险。

其次，对连续亏损三年的企业也会引起税务机关的注意，因为金税三期系统进行大数据风险指标对比后会向税务机关进行提示，专管员会要求企业对连续三年的亏损情况展开自查，分析亏损原因。

第三，要注意容易出现涉税违法犯罪的情况。例如出现企业增值税额与企业毛利不匹配、企业期末存货与留底税金不匹配、企业增加了实收资本增资而印花税却为 0、企业增值税额在经营期限内长期偏低、企业所得税贡献率长期偏低、企业应纳税额变动太大等情形，金税三期系统通过比对收入、成本、利润、库存、资产资本、国地税数据、往期税收数据等要素来判定企业的纳税异常，从而进行预警，帮助税务机关进行精准的税收监管。

此外，为了避免少缴个人所得税，出现使用现金发放工资、未全员全额申报个税及人员平均工资较市场偏低等情况，以及业务招待费报销、差旅费报销是否违反中央八项规定，业务招待费报销是否有经办人、部门经理以及公司总经理审核签批、是否有超标准的情况等，现在也很容易引起税务机关的特别关注。

三、企业的税务风险防控措施

（一）加强税收风险管控，提高税法遵从度

以往国税局只负责增值税、消费税、车辆购置税、企业所得税；地税局负责的税种比较多，如个人所得税、土地增值税、契税、城建税、印花税等各税种，国税局不关注地税负责的税种，地税局也不关心国税局负责的税种，但国地税合并后进行全税种的统一监管，这就要求企业财务人员一定要全面掌握各个税种的政策规定。

（二）加强企业财务人员的税务知识学习，做好企业财税筹划，充分享受税收优惠

自 2016 年营改增以来，税收法规以及相关政策频繁出台，因此，企业财务部门需要对最新政策内容进行持续学习，争取精准把握，并把政策传递给公司相关业务部门。同时，可以通过专业律师对税务风险防控的讲解、培训，特别是对最新税务政策、税收优惠政策和税收相关法律法规的更新内容的解读，提升企业管理者和财务人员税务方面的知识。更为重要的是，专业律师可以帮助企业减少因信息不对称产生的税务风险，还可以根据最新的税收优惠政策，帮助企业进行合理的税收筹划，从而减少企业经营成本，提高企业的经营利润。

（三）实现凭证和发票的规范化管理

企业经营中涉及的税种很多，都要严格按照税法规定开展相应业务处理。例如增值税，其属于流转税，逐环节征税，逐环节扣税，必须对各个环节加强管理，对取得的增值税专用发票进行认证抵扣，才能保证进项税的抵扣更加准确，尽量降低企业税负和纳税成本。

以大数据著称的金税三期系统更是一个强大的稽查系统，营改增后，除了一些定额发票外，其余发票基本都由税控设备开具。现在发票开具以后，都会上传到税务系统，只要出现开具与自己经营项目不符或者虚开发票这样的行为，金税三期系统会随时进行税务预警。发票在会计工作中占据了不可或缺的地位，无论是销售购进、记账都离不开它。企业需要通过提高防范意识，加强增值税发票的管理，提升对发票的真伪鉴别能力，例如可以通过国税局发票真伪查询系统查询真伪，疑点发票可向税务机关求助、查证，进而对增值税专用发票可能出现的法律风险进行规避。企业只要存在虚开发票、修改报表、虚列成本、修改账簿、签订虚假合同、虚列费用等偷税行为，后续会计再用这些手段为企业逃避税款，均构成违法，被税务机关发现后，等待会计和企业的将是法律的严惩。因此，企业应杜绝开具与自己经营项目不符的发票，加强法律意识，切勿碰触底线。

（四）完善费用报销制度，规范报销流程

很多企业的报销流程并不规范，然而，在税收监

管趋严的背景下，企业报销一定要有严格的管理制度，如果报销招待费和差旅费等费用时手续不齐全或者是具体项目记录不清楚，一旦被税务机关稽查，则可能会被认定为虚假消费，为企业带来税务风险。因此，严格的报销制度是税务监管的要求，也是以后企业审计时的重要证据。

（五）建立工资绩效考核制度

国地税合并后，工资偷税的监管较之前严格了许多，严打工资偷税将是必然趋势。之前个人所得税归地税管理，很多企业的企业所得税归属于国税管理，这样会有一个信息不对称和共享的问题。以后想在工资上做手脚，就不存在可能性了。个人所得税申报是税务部门今后整治的重点，对个人所得税进行全员全额明细申报时，须如实申报和核对人数、收入和税额。

企业建立工资绩效考核制度，杜绝使用现金发放工资、通过个人账户发工资、采取银行转账代发工资等情形，实现全员全额申报个人所得税，通过规范工资绩效考核制度，来保证税务风险降到最低。

四、结语

依法合规经营是现代企业经营管理的基本原则，也是坚持正确经营方向的保证，更是企业自我发展、自我保护及风险防控的根本所在。牢固树立合法合规经营的理念，避免只顾经营不注意风险的局面发生。不依法办事，就会给企业带来损失，没有合规经营就没有企业生存和发展的空间，甚至导致企业存在涉税风险的发生，损伤企业整体形象和声誉。企业必须增强依法合规经营意识，不断增强法制观念，规范财务管理制度、优化治理结构，将公司治理和财务风险管理相结合，健全企业内部的风险防控机制，确保税务风险降到最低。

国地税合并及金税三期系统的上线运行后，税务稽查将会更加全面和严格，税务部门近年来的“征、管、查”均围绕“以票控税”来开展，尤其是针对虚开发票的企业，将被采取上下游企业一起查的连动打击模式，违法的企业将无处可逃。

律师担任遗产管理人的作用与实务探讨

○龙奎任 广东广和律师事务所

《民法典》规定了遗产管理人制度，其中第1145条和第1146条规定了遗产管理人的产生，第1147条规定了遗产管理人应当履行的职责，第1148条规定了遗产管理人的民事责任，第1149条规定遗产管理人有获得报酬的权利。遗产管理人制度，是指在继承开始后遗产交付前，有关主体依据法律的规定或有关机关的指定，以维护遗产价值和遗产权利人合法权益为宗旨，对被继承人的遗产实施管理、清算的制度，有管理和保全财产、维护遗产权利人的利益、实现遗产公平分配、保障交易安全等主要功能。随着目前我国进入老龄化社会，遗产继承案件数量越来越多，种类复杂各异，如无遗产管理人制度，在被继承人死亡后遗产交付前，很可能有使遗产处于无人管理的状态，继承人往往不具备管理和分配遗产的能力或精力，专业知识欠缺，很难妥善管理遗产，有的继承人已经占有遗产，难免会产生转移、私分、侵吞遗产等情形。《民法典》设立的遗产管理人制度有利于促进公平、有序地对遗产进行分配，实现各继承人对遗产的继承权。同时，对司法实践中存在的问题，解决了遗产纠纷的诉讼担当问题，明确了遗产管理人和遗嘱执行人的权利和责任，但关于遗产管理人的选任与履职及责任承

担方面，在实务中仍需进一步探讨与实践。

一、《民法典》关于遗产管理人的具体规定

（一）遗产管理人的产生方式

遗产管理人是对被继承人的财产进行妥善保存和管理分配的人。《民法典》1145条规定：“继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。”据此规定，遗产管理人的产生有以下几种方式：

一是意定，由遗嘱执行人担任，继承开始后，遗嘱指定的遗嘱执行人优先成为遗产管理人。遗嘱执行人是根据立遗嘱人的生前意愿确定的，最能体现当事人的遗嘱自愿、意思自治和对个人财产的处分自主。但这里存在一个问题，即法定继承和遗嘱继承并存的情况下，遗嘱执行人是仅就遗嘱继承部分担任遗产管理人，还是有权管理全部遗产。若遗嘱执行人的管理权限局限于遗嘱继承部分，法定继承财产按无遗嘱执行人的规则处理，即根据第1145条另行确认遗产管

理人，由此发生遗嘱执行人和遗产管理人并存的局面，两者可能会发生权责冲突；若遗嘱执行人的权限扩展到全部遗产，虽无遗嘱执行人和遗产管理人相互掣肘之虞，但无疑加重了遗嘱执行人的管理责任。

二是选定，由继承人共同推选。在没有遗嘱执行人的情况下，继承人应当及时推选遗产管理人。推选遗产管理人是继承人之间集体民主协商的过程，但推选的“通过”是少数服从多数还是全体一致同意，法律没有规定，有待进一步明确。

三是法定，继承人未推选，由继承人共同担任。在继承人未推选遗产管理人的情况下，由继承人共同担任遗产管理人。

四是指定，没有继承人或者继承人均放弃继承，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任。

五是法院指定，在对遗产管理人的确定有争议时，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人^①。

（二）《民法典》中关于确定遗产管理人争议的解决方式

《民法典》1146条规定，“对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。”这里法律规定的是“可以”而不是“应当”，所以“有争议”并不必然导致法院指定，需由利害关系人向人民法院申请指定，将确定权让渡给了法院，才由人民法院指定。而利害关系人具体包括哪些，法条尚未明确，笔者认为可参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》第二十四条的规定，即继承人、受遗赠人的债权人、债务人，共同经营的合伙人作为利害关系人，可以向人民法院申请指定遗产管理人。

（三）遗产管理人的职责

《民法典》1147条规定，遗产管理人应当履行下列职责：（一）清理遗产并制作遗产清单；（二）向继承人报告遗产情况；（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；（四）处理被继承人的债权债务；（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；（六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。此规定采用了“列举+兜底条款”的方式，前5项是具体职责，第6项是

托底条款。这六项职责实际上是权利和义务的混同，每一项可谓是其权利也是其义务，规定的比较笼统、不够明确。例如清理遗产时，非继承人担任的遗产管理人是否受继承人监督；清理遗产的期限如何设定；继承人是否需协助遗产管理人清理遗产，遗产管理人清理遗产时若受到继承人的阻挠又如何救济；遗产管理人“采取必要措施防止遗产毁损、灭失”时，何为必要措施、有权采取哪些具体措施、能否采取财产保全措施；在“处理被继承人的债权债务”时，遗产管理人有无诉权、遗产管理人能否作为被告……这些问题，都需要法律进一步解释和明确。而在未出台相关法律与司法解释的情况下，由“谁”担任遗产管理人才能更圆满地解决这些问题？

二、律师担任遗产管理人的作用

（一）律师具备遗产管理人应具备的条件

对遗产管理人应具备的条件，《民法典》并没有作出明确规定，设立遗产管理人制度的目的是为了妥善管理和分割遗产，实现对继承关系当事人利益的平等保护，结合遗产的性质和管理的特征，笔者认为，遗产管理人应具备以下条件：

第一，具备完全民事行为能力。行为人具有相应的民事行为能力是民事法律行为有效的条件之一。

第二，具有良好的人品和信誉。我国现行法律对担任涉及财产、财务管理方面职务和职业的人员在品行方面作出了限制，具体可见《企业破产法》第24条与《公司法》第146条的规定。参照相关规定，遗产管理人同样不能有经济、财产等方面故意犯罪的记录以及个人征信不良记录、法院执行失信等记录。毕竟遗产在正式分割前往往具有一定隐蔽性，有些财产需要调查寻访才能取得和掌握，这些财产可能只有遗产管理人知晓，因而无论在选任还是指定遗产管理人时都要严格考察其是否有经济、财产等方面故意犯罪的记录，是否具有良好信誉和人品等。

第三，具备较强的沟通能力。遗产管理的目的之一是依法、合理、有序分配遗产，最终达到家庭美满、社会和谐的管理效果。这就要求遗产管理人要有较强

^①见《民法典》第1146条规定。

的沟通能力，以及时调解并化解继承人之间的矛盾。

第四，具备一定的财产管理能力。遗产管理属于财产管理范畴，一般要保证所保管遗产的安全和保值，因而要求遗产管理人具有一定的财产管理能力和对市场风险的把控能力。一般情况下对不动产要做好管理维护，而对被继承人私人投资的财产要根据市场情况及时与继承人沟通处理或紧急情况下自行处理，以免受市场价值波动影响，财产贬值后产生管理不当的风险。

结合上述条件，律师是担任遗产管理人的不二人选。原因在于，律师在执业过程中，不仅需受《律师法》与职业道德的双重约束，并在办理不同类型的民商事案件中，积累了各行各业的知识与从业技能，完全符合遗产管理人的任职条件。

（二）律师担当遗产管理人能更圆满地履行职责
根据《民法典》1147 条规定，遗产管理人应当履行五项具体职责。律师担当遗产管理人可根据其积累的知识经验与职业能力更圆满地履行职责：

第一，清理遗产并制作遗产清单。这是至关重要的第一步，“遗产”包括积极遗产和消极遗产。据此，律师在清理遗产时，收集并清点其有权管理的积极遗产，包括但不限于动产和不动产、货币财产、无形资产、对外债权、对外投资、依法可以追回的财产、债务人与相对人未履行完毕合同的情况；并且，需调查遗产，区别共有财产或夫妻共同财产，与财产保管人进行沟通、调解、谈判，甚至通过诉讼等法律途径确认或追回积极遗产。就消极财产而言，主要是遗产债务，但我国尚未设立遗产债权公示催告程序，关于遗产债务的明确在实践中可能较多地涉及到诉讼等法律途径确定债务的承担。

律师编制的遗产清单应逐一登记遗产标的和遗产债务的种类、数量、状况、制作日期，并经律师签名，承担编制之责。

第二，在清理遗产的过程中，应主动定期向继承人报告遗产情况。律师在履职完毕后可根据实际情况召开继承人会议，向继承人书面报告遗嘱执行结果。书面报告书中应包括遗产清单、管理遗产的账目和管理费用、债权债务和遗产税费处理支付情况、遗产分配方案和分配给继承人、受遗赠人的证明等。若继承人提出异议，遗产管理人应予以回应。

第三，在防止遗产毁损或灭失上，应根据遗产的性质与特征分情况采取必要措施予以处置。例如，若遗产的财产权属关系存在争议或者尚未确定，律师应当依法采取不同方式确权；若遗产为闲置的不动产并具备对外出租条件的，经人民法院许可或者继承人同意，律师可以对外出租，但出租期限以有利于资产将来出售价值最大化为原则；若遗产易损、易腐、价值明显减少、不适合保管或者保管费用较高的，律师可在与继承人沟通后依法及时变卖；关于遗产中的现金、银行存款及有价证券等，律师应当指定专人保管与核算，并严格执行财务管理制度；关于被继承人对外投资拥有的资产，因其受市场波动影响大，律师应当及时书面通知被投资企业，并依法行使出资人查阅信息、分取红利、参与决策、选举表决等权利。最后，遗产需要办理保险的，律师应当办理必要的保险手续，并将相关费用记录在册。

第四，处理被继承人的债权债务。对此应首先确定被继承人债务的范围。“被继承人的债务”在此处应作广义理解，既包括被继承人的生前债务，如因合同、侵权、不当得利、无因管理等产生的债务，也包括继承开始时产生的债务，如必留份和为维持生存所需要的酌给遗产之债、遗赠之债，还包括遗产管理费用、死亡宣告或公示催告等诉讼费用、遗产清算费用等。《民法典》及相关司法解释目前尚未规定上述债务的清偿顺序，基于此，律师在实务操作中可参考《企业破产法》的规定。

第五，必要的遗产管理行为可能包括必要的修缮和保存、收取资金或租金、订立租赁合同、取得占有、转移所有权、通知终止合同、债权让与和免除、交付遗赠并办理登记、支付债务、提起诉讼或仲裁、商标续展注册、为维持专利权而交纳专利年费、继续营业、购买保险等事实行为或法律行为。作为执业律师，非常熟悉上述行为的操作和流程，但在实际操作中应把握必要的限度。

三、律师担任遗产管理人的实务探讨

（一）律师担任遗产管理人的产生方式

主要区分为两种情形：第一种情形为生前由被继承人指定；第二种情形则是由相关权利人的委托或指

定，具体包括：由继承人推选；村民委员会、民政部门委托指定；法院根据申请指定。

（二）被继承人指定律师为遗嘱执行人

首先，被继承人可在遗嘱中指定律师为遗嘱执行人，并与律师签订书面委托合同，明确双方的权利与义务、报酬、变更遗产管理人的情形、允许律师辞去遗产管理人的情形等需要约定的事项。

其次，律师可协助被继承人制定遗嘱，以帮助被继承人实现其分配身后遗产的真实意愿。《民法典》第 1142 条规定，立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。律师应在了解被继承人需求的情况下，明确被继承人身后遗产的范围，帮助被继承人制定不存在法律风险与推翻可能性的遗嘱，以确保后续遗产分割的顺利进行。

最后，《民法典》第 1147 条对遗产管理人的职责规定应理解为排他性授权，故在律师履行职责过程中，若遇继承人通过买卖等方式处分须用于特定遗赠或清偿债务之遗产的，律师有权依据被继承人的授权及《民法典》第 1147 条向继承人提出下列主张：如在继承人擅自处分遗产的情况下，遗产未转移占有或登记的，律师可向继承人主张返还遗产；遗产已移转占有或登记，但不构成第三人善意取得的，律师可向第三人主张返还遗产；遗产已被第三人善意取得的，律师可向继承人主张赔偿损失。此外，若银行或第三人拒绝律师支取或返还被继承人的存款和保管财物等，律师有权根据被继承人的授权与《民法典》第 1147 条的规定请求其配合，或是以诉讼方式追讨。

由于篇幅有限，故仅在此探讨被继承人生前指定律师为遗嘱执行人，在继承开始时，律师担任遗产管理人的情况。

四、律师担任遗产管理人的责任

根据《民法典》1148 条的规定，遗产管理人因故意或者重大过失给继承人、受遗赠人、债权人造成损害的，应当承担民事责任。可见，律师担任遗产管理人承担的民事责任是一种侵权责任，归责原则是过错责任原则。结合《民法典》179 条规定，承担民事责任的方式主要有：停止侵害；排除妨碍；消除危险；

返还财产；恢复原状；修理、重作、更换；继续履行；赔偿损失；支付违约金；消除影响、恢复名誉；赔礼道歉。法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。我国目前对遗产管理人在遗产管理中因故意或者重大过失给继承人、受遗赠人、债权人造成损害的，应根据具体情况来选择适用上述十一项民事责任中的一项或几项方式。对于是否适用惩罚性规定，《民法典》继承篇并无规定。

而律师担任遗产管理人，若因故意或者重大过失给继承人、受遗赠人、债权人造成损害的，不仅应当承担民事责任，可能还面临因当事人投诉导致受到行业协会的处分。

五、律师担任遗产管理人的职业前景

律师可与公证员共同担任遗产管理人。《民法典》目前对于遗产管理人制度的规定仅在大方向作了指引，实践中律师在担任遗产管理人时，可与公证处合作，以更具效率的方式定分止争。民法典虽取消了公证遗嘱的优先效力，但以往的司法实践中都是由公证机构办理遗嘱保管、遗嘱检认、遗产清点、遗产清单、遗产移交、债务提存，且根据我国《公证法》12 条第（三）项的规定，公证机构可以保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书，明确赋予了公证机构“保管遗产”的职能，及《公证法》11 条第四项规定了公证机构办理财产分割公证事项的职能，由此可见公证机关享有法律赋予的一定的权限。律师可与公证员共同担任遗产管理人，在保管遗产和对遗产进行分割上与公证处通力合作，不仅能提高公信力，减少继承人因分产不实产生的争议，也能降低律师担任遗产管理人的履职风险。

随着我国经济的蓬勃发展，公民个人财产不断积累，《民法典》新增遗产管理人制度，填补了《继承法》的制度遗漏，正是对现实需要的回应。而律师这一职业特性，在很大程度上贴合了遗产管理人的担任条件与职责。由律师担任遗产管理人，能更有力地保护遗产不受转移、侵占和损毁，保障国家、债权人、继承人和受遗赠人的合法权益，且尽可能地减少继承纠纷，化解继承人之间的矛盾，节约司法资源。律师会被遗产管理人制度选择，且在遗产管理人制度的施行完善中贡献力量，前景广阔，亦是极大挑战。

简析

《律师事务所相关业务会计处理规定（征求意见稿）》

对律所财税事项的影响

○王永敬 孔维辉 广东晟典律师事务所

为规范律师事务所相关业务的会计核算，提高律师事务所会计信息质量，财政部办公厅于 2021 年 2 月 9 日发布《关于征求〈律师事务所相关业务会计处理规定（征求意见稿）〉意见的函》（财办会〔2021〕3 号）（以下简称“财办 2021 年 3 号文”），从适用范围和基本原则、会计科目设置和主要账务处理、财务报表列示和披露、附则这四个方面对律师事务所从事公益法律服务、开展业务协作等相关业务的会计核算进行了明确规定。会计处理及其财务信息是依法申报纳税的基础，财办 2021 年 3 号文的主要内容后续正式落实为《律师事务所相关业务会计处理规定》后，将会对律师事务所的税务事项处理带来较大影响。为此，笔者结合现行相关税收法律法规及规范性文件规定，简析财办 2021 年 3 号文对律师事务所财税事项的影响。

一、明确了会计核算依据，夯实涉税财务会计信息基础

目前，律师事务所并不存在专门的会计核算文件

依据，其会计核算一直参照执行《会计师事务所、资产评估机构、税务师事务所会计核算办法》（财会〔2001〕61 号）（以下简称“财会 2001 年 61 号文”）的相关规定。财办 2021 年 3 号文提纲挈领，明确规定在中国境内设立的合伙律师事务所及个人律师事务所均应当按照《小企业会计准则》规范的会计要素确认、计量和记录要求，进行会计核算，并按照《小企业会计准则》的规定编制财务会计报告。其意蕴在于，将律师事务所的会计要素确认、计量、报告框架纳入《小企业会计准则》的会计要素框架。

据此，财办 2021 年 3 号文要求律师事务所按照《小企业会计准则》对其经济资源、业务活动按资产、负债、所有者权益、损益类（收入、费用、利润）等会计要素分类确认、计量和列报，并按《小企业会计准则》的规定编制会计报告。在这些会计要素框架下，财办 2021 年 3 号文规定了若干与律师事务所业务特性相匹配的会计科目进行相关会计核算。该等会计科目的名称或其核算实质，可溯源财会 2001 年 61 号文规定的会计科目。

可见，财办 2021 年 3 号文的宗旨在于针对律师事

务所的业务特性，以《小企业会计准则》为纲、为主体，以财会 2001 年 61 号文所列会计科目为目、为增补，纲举目张，规范律师事务所会计核算和财务报告事项，同时也夯实了律师事务所的涉税财务会计信息基础。

二、会计处理更符合业务实际，提高与相关税法及税收规范性文件的契合度

在明确规定律师事务所应按照《小企业会计准则》进行会计核算的基础上，财办 2021 年 3 号文对资产类会计科目、负债类会计科目、所有者权益类会计科目和损益类会计科目进行了调整及增补，以满足律师事务所业务开展和拓展过程中特殊的会计记账、核算需求，有助于增加律师事务所和律师的税收遵从度，促进法律行业合规发展。

（一）代垫费用可不纳入损益类（涉税）核算

财办 2021 年 3 号文规定，在“其他应收款”科目下增设“代客户垫款”明细科目，核算律师事务所代客户支付的过户费、诉讼费、仲裁费、鉴定费、评估费、查询复制费等各项垫付款项。据此，业务过程中涉及的代客户垫付的各项费用，在发生垫付时按客户欠律师事务所债务以“其他应收款——代客户垫款”核算，在收到垫款时也不再按业务收入核算纳税。据此，律师事务所对服务合同中涉及此类费用的约定与处理，应与服务收费严格区分开来，以避免因该类垫付费用的法律合同形式没有体现其费用经济实质所带来的涉税风险或税负加重。

（二）公益法律服务办案支出可予以所得税税前抵扣

财办 2021 年 3 号文规定，在“应付账款”科目下增设明细科目“公益法律服务办案款”，核算律师事务所在从事法律援助等公益法律服务过程中发生的各项尚未支付的款项。律所在确认上述款项时，借记“主营业务成本——公益法律服务成本”科目，贷记“应付账款——公益法律服务办案款”科目；律所在偿付上述款项时，借记“应付账款——公益法律服务办案款”科目，贷记“银行存款”等科目。据此，因办理公益法律服务所发生的各项支出可在所得税前抵扣。

关于“公益法律服务成本”“公益法律服务办案款”直接通过“应付账款”计量和支付，而不涉及费

用归集结转核算。笔者认为，其规范内涵可宽松理解为，对该等成本的支出，以合法性、正当性为基准，而并非完全苛求成本或费用票据为依据。实践中亦然，该等费用通常直接付给具体提供公益法律服务的律师事务所个人，并不能且不应苛求该个人提供票据。

（三）应支付给业务协作方的款项按代收代付处理，可不确认会计损益（应税所得）

财办 2021 年 3 号文规定，在“其他应付款”科目下增设“业务协作款”明细科目，核算律所之间或律所与其他专业单位进行业务协作时，发生的各项应支付给业务协作方的款项。律所在确认收入时，不包括与业务协作方进行业务协作而需向其支付的款项。律所在确认业务协作款时，按应向客户收取的总金额，借记“银行存款”“应收账款”等科目，按应支付给业务协作方的业务协作款，贷记“其他应付款——业务协作款”科目，按应确认为收入的金额，贷记“主营业务收入”科目；律所在实际支付业务协作款时，借记“其他应付款——业务协作款”科目，贷记“银行存款”等科目。

如前所述，律师事务所对服务合同中涉及业务协作费的约定与处理，应与服务收费严格区分开来，以避免因该类业务协作费的法律合同形式没有体现其费用经济实质所带来的涉税风险或税负加重。易言之，应将服务收费中涉及将分给业务协作方的费用剥离出来。

（四）执业风险基金可费用化以所得税税前扣除

财办 2021 年 3 号文规定，增设“2801 执业风险基金”科目，核算律师事务所根据有关法律法规提取的执业风险基金。律所在提取执业风险基金时，借记“管理费用——执业风险基金”科目，贷记“执业风险基金”科目；律所在依法赔偿时，借记“执业风险基金”科目，贷记“银行存款”等科目；提取的执业风险基金不足以赔偿时，按照其差额借记“管理费用”科目。

执业风险基金的提取，一方面为律师事务所稳健运营夯实了风险垫，另一方面也为律师事务所的节税甚至优化涉税运营结构提供了筹划空间。

（五）执业责任保险费可予以所得税税前扣除

财办 2021 年 3 号文规定，在“管理费用”科目下增设“执业责任保险费”明细科目，核算律所根据有关法律法规发生的执业责任保险费。律所在确认执业责任保险费时，借记“管理费用——执业责任保险费”

科目，贷记“银行存款”等科目。

在此财税规范性文件及文件意蕴之下，面临律师事务所执业损害赔偿的频发，多购买执业责任保险对律师事务所具有税务规划和执业风险管理双重功能。

（六）合伙人律师报酬纳入应付职工薪酬科目，涉及纳税调整问题

财办 2021 年 3 号文规定，在“应付职工薪酬”科目下增设“应付合伙（或个人）律师酬金”明细科目，核算合伙律师事务所的合伙律师或个人律师事务所的个人律师〔以下简称“合伙（或个人）律师”〕为律所提供法律服务、参与经营管理而获得的，除利润分配之外的各种形式的报酬，包括工资、奖金、津贴、补贴、福利费、社会保险费、住房公积金、工会经费、教育经费、非货币性福利等。律师事务所在确认合伙（或个人）律师的上述报酬时，借记“主营业务成本”“其他业务成本”“管理费用”等科目，贷记“应付职工薪酬——应付合伙（或个人）律师酬金”科目；律师事务所在实际向合伙（或个人）律师支付上述报酬时，借记“应付职工薪酬——应付合伙（或个人）律师酬金”科目，贷记“银行存款”等科目。据此可知，律师事务所支付给合伙律师的除利润分配之外的各种形式的报酬在会计上予以费用化，计算利润总额时可予以扣除。

《国家税务总局关于律师事务所从业人员取得收入征收个人所得税有关业务问题的通知》（国税发〔2000〕149 号）规定，律师个人出资兴办的独资和合伙性质的律师事务所的年度经营所得，从 2000 年 1 月 1 日起，作为出资律师的个人经营所得，按照有关规定，比照“个体工商户的生产、经营所得”应税项目征收个人所得税。在计算其经营所得时，出资律师本人的工资、薪金不得扣除。与上述会计处理方式存在差异，应予以纳税调整。

笔者认为，财政部通过财办 2021 年 3 号文已经承认并规定律师事务所的合伙人（出资人）既可以基于合伙经营获得利润分配，也可以通过向律师事务所提供服务（劳务）获得薪酬收入，并严格区分了两种收入的财税性质。在此背景及趋势下，税务机关继续按照国税发〔2000〕149 号文的规定，对律师事务所发放给合伙人的薪酬实施纳税调整管理，在经济实质、规范目的、政策时效性等方面均不甚妥适。

对于计算律师事务所合伙人应纳税所得额时的无票直接扣除费用，《国家税务总局关于律师事务所从业人员有关个人所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2012 年第 53 号）规定，合伙人律师在计算应纳税所得额时，应凭合法有效凭据按照个人所得税法和有关规定扣除费用；对确实不能提供合法有效凭据而实际发生与业务有关的费用，经当事人签名确认后，可再按下列标准扣除费用：个人年营业收入不超过 50 万元的部分，按 8% 扣除；个人年营业收入超过 50 万元至 100 万元的部分，按 6% 扣除；个人年营业收入超过 100 万元的部分，按 5% 扣除。

（七）专职律师分成收入涉税问题可专项考虑

《国家税务总局关于律师事务所从业人员取得收入征收个人所得税有关业务问题的通知》（国税发〔2000〕149 号）第五条规定，律师事务所支付给雇员（包括律师及行政辅助人员，但不包括律师事务所的投资者，下同）的所得，按“工资、薪金所得”应税项目征收个人所得税。作为律师事务所雇员的律师与律师事务所按规定的比例对收入分成，律师事务所不负担律师办理案件支出的费用（如交通费、资料费、通讯费及聘请人员等费用），律师当月的分成收入按本条第二款的规定扣除办理案件支出的费用后，余额与律师事务所发给的工资合并，按“工资、薪金所得”应税项目计征个人所得税。律师从其分成收入中扣除办理案件支出费用的标准，由各省税务局根据当地律师办理案件费用支出的一般情况、律师与律师事务所之间的收入分成比例及其他相关参考因素，在律师当月分成收入的 30% 比例内确定。

根据《小企业会计准则》第四十九条规定，应付职工薪酬是指小企业为获得职工提供的服务而付给职工的各种形式的报酬以及其他相关支出。一般企业在计算和代扣代缴职工薪酬的个人所得税时，通常不涉及税前直接扣除一定比例费用。因此，律师事务所应结合其专职律师分成收入按国税发〔2000〕149 号规定执行，并在进行会计核算时需注意该成本的扣除上限。

（八）设立事业发展基金具有重要意义

财办 2021 年 3 号文规定，将“应付利润”科目调整为“应付合伙（或个人）律师利润”科目，核算事务所向合伙（或个人）律师分配的利润；在“盈余

公积”科目下增设“事业发展基金”明细科目，核算事务所根据有关法律法规提取的事业发展基金，取消“盈余公积”科目下的“法定盈余公积”“任意盈余公积”明细科目。

依该规定，律师事务所向合伙（或个人）律师分配利润之前可以依法提取事业发展基金，且允许律师事务所留存未分配利润。因此，“应付合伙（个人）律师利润”“盈余公积——事业发展基金”两个科目，类似于天平砝码，起到律师事务所调节积累或分配额、适用税率及应交税额的作用。实际上，也具有鼓励律师事务所注重积累、做大做强的政策导向和实际作用。

三、反思与建议

（一）公益法律服务收支应按代收代付处理，不计入损益，不应涉税

财办 2021 年 3 号文规定公益法律服务的收款计入主营业务收入，其支出计入主营业务成本。律师事务所通常是将政府补贴的公益法律服务收款全部结算给具体经办人，并无利润，也实现了所得税的零应纳税所得。但将公益法律服务的收费计入律师事务所主营业务收入，会导致律师事务所产生增值税且无从抵扣，徒增税负。将公益法律服务收支事项纳入律师事务所收入及成本损益计算，不符合律师事务所主体及业务的经济实质，理由为：

1. 《律师法》规定，律师事务所是律师执业的机构组织，以律师执业为核心及基础，而非以律师事务所经营为核心及基础，类似于律师的联合体，法律未将律师事务所作为企业，也不需办理企业登记。
2. 企业以企业拥有的资源为基础从事经营，企业收到的业务款项具有经营属性，应作为收入核算并纳税，因此企业收到的公益性补贴款等可视为企业的业务收入。而律师事务所所以律师的专业劳务为基础进行运营，合伙人、律师按其涉税身份差异就其专业劳务收入纳税。经办律师取得该等收入时，也将会承担个人所得税的纳税义务。
3. 经营的终极目的及其经济实质是追求盈利和回报。在律师事务所将公益法律服务收费全部转交给经办律师的情况下，律师事务所对该收费并无经营的法律形式及经济实质。在会计处理和税务政策上不宜将

其视为律师事务所的收入。

4. 政府发放的公益法律服务补贴具有公益性、非经营性、非营利性，将该类补贴作为经营收入，与公益法律服务补贴的本质和宗旨相悖。

因此，将公益法律服务的收支按代收代付处理，更符合该类事项的经济实质。建议该业务会计处理方式调整为“在收到公益法律服务补贴经费时，借：银行存款，贷：其他应付款——应付公益法律服务办案费；向经办律师转付时，借：其他应付款——应付公益法律服务办案费，贷：银行存款”。

（二）在“其他应付款”科目下设“应付案件费用”明细科目，用以核算应由客户承担的各项费用

财办 2021 年 3 号文规定在“其他应收款”科目下增设“代客户垫款”明细科目，用以核算律师事务所为客户垫付过户费、诉讼费、仲裁费、鉴定费、评估费、查询复制费等各项费用。该等垫款，时常有长期收不回或最终收不回的风险。为了防范运营风险，律师事务所通常会预收该等款项，然后在服务过程再为客户交款，最终多退少补。因此，在“其他应付款”科目下设“应付案件费用”明细科目，用以核算预收客户前述费用，更有利于律师事务所防范风险和清晰核算。

笔者认为，根据该类费用的非涉税性质，律师事务所预收的该类费用，即使不在“其他应付款”科目下设“应付案件费用”明细科目核算，将其放在财办 2021 年 3 号文规定的“其他应付款”科目下增设“代客户暂收款”中或类似科目中核算，也不改变其涉税实质或财务实质。

四、结语

随着我国经济实力的不断提升和法治化进程的深化，市场经济与法治化已形成良性循环，在市场经济快速发展的今天，法律服务需求亦日趋增加。作为主要法律服务主体的律师事务所要做大做强，其财务会计制度完善度、财务会计处理规范性、涉税事项合规性也显得越来越重要。财办 2021 年 3 号文的问世，旨在制订更符合律师行业实际情况的会计核算规则，以规范律师事务所财税管理、提高其会计信息质量，充分体现了中央财税行政部门对律师行业的社会价值及重要性的认同，显示了促进律师事务所规范稳健发展的良好意愿。

律师助力企业构建 合规管理体系 的作用

推行国家层面的企业合规第三方监管机制将促进律师的企业合规业务

○刘平凡 广东际唐律师事务所

大多数企业的合规管理都是头痛医头，脚痛医脚，甚至是为了应付上级要求而被动开展工作。笔者从事刑事律师业务 20 余年，注意到企业之所以涉嫌违法犯罪，很多是因为企业治理出了问题。合规是企业核心竞争力的重要方面。促使企业通过依法合规经营，助推实现高质量发展，是律师新的业务领域，也是对我们律师履职能力的一个考验。

法治是最好的营商环境。2020 年 3 月，最高人民检察院启动涉案违法犯罪依法不捕、不诉、不判处实刑的企业合规监管试点工作，并确定上海市浦东新区、金山区检察院，广东省深圳市南山区、宝安区检察院，江苏省张家港市检察院，山东省郯城县检察院为试点单位。2020 年 12 月 25 日，最高人民检察院召开企业合规试点工作座谈会，最高检党组书记、检察长张军突出强调要“严格依法推进试点”——“要落实好认罪认罚从宽制度，对于不捕、不诉的企业，可以敦促其作出合规承诺”“要把合规承诺与‘挂案’清理工作结合起来，给涉案企业一个明确的整改方向”“刑事处罚和行政处罚要衔接好，督促涉案企业把合规承诺落实到位”。

近日，最高人民检察院将加强与中央有关部门沟通联系，牵头研究起草企业合规第三方监管机制建设指

导意见，推动建立国家层面的第三方监管机制。最高检 2021 年将按计划、分步骤开展第二期企业合规试点工作。对于第二期企业合规部分试点单位探索的独立监管人制度，张军指出，“企业的合规承诺想要落实落地，就必须建设好、使用好第三方监管机制，第三方包括律师、审计师、会计师，也可以包括工商联、企业协会等。”

合规管理工作是一项复杂的系统工程，涵盖立法、执法、司法、企业管理等多个层面，需要汇集各方智慧，凝聚多方力量。作为法律服务提供者，律师熟练掌握法律法规，深谙法律适用的规则与技巧，拥有广泛的工作触角和敏锐的风险预判能力，在分析行业态势、把握监管政策以及搭建政商沟通渠道等方面，拥有天然的优势。一言以蔽之，国家层面的企业合规第三方监管机制将进一步规范和促进律师企业合规业务。同时，企业构建合规管理体系在律师的规范助力下，也能够行稳致远。具体而言，律师助力企业构建合规管理体系的作用，主要从以下几个方面体现：

一、精准识别与防控企业的运营风险

企业运营风险的识别与防控是合规管理的基础，其目的是通过识别企业潜在的合规风险行为，采取积极的管理措施管理风险，以避免企业合规目标无法达成。合规义务及隐藏风险的识别，除了需要企业内部力量，也

可借助律师的专业法律服务，这样企业不仅可以了解浅表的权利义务内容，还可以从深层次上把握国家的立法本意，分析监管态势，即便是在无明确法律法规依据可供参考时，企业依然能做出正确的决定。

二、系统化设计合规管理体系

合规管理是舶来品，目前在世界范围内通行的操作指南、指引等，都是英美等发达国家基于合规实践形成的智慧成果，在法治环境、市场状况、执法逻辑等方面，与我国都有着显著差异。我国企业在构建合规管理体系的过程中，如直接照搬外国经验，显然会水土不服。同时，合规管理又是复杂的系统工程，不仅涉及各项制度建设，还要考虑权责划分和责任落实，以及业务流程和岗位权力的全面覆盖，终极目标是从制度合规走向体系的合规。这就要求律师在帮助企业构建合规管理体系时，通盘考量并做好顶层设计，以兼顾局部与整体、风险防控与企业发展为基调，既着眼于单项制度的建立，也注重制度的系统化设计；既着眼于合规部门的独立性，也注重其与法务、风控、审计等其他岗位的协同配合；既着眼于职责划分的各司其职，也注重彼此间的分工协作，最终实现合规管理与财务管理、市场管理的彼此衔接、相互配套，形成嵌入与融合的综合效应。

三、制定实操、落地的企业合规操作指引

合规管理在企业的真正落地，离不开清晰、简洁、易懂的合规操作指引。合规操作指引，是将企业经营所有环节和流程进行明确并制定操作规范，只要据此操作，则可最大限度地避免合规风险。然而，企业经常会出现这样的问题：合规岗位因履行管理和控制职能而招致业务岗位的非议，市场营销人员与承担合规管理职能人员的理念分歧和操作冲突，比如营销人员费尽千辛万苦拉来了客户，签约时被法务部门告知存在重大风险不能通过等等，上述问题的根源是企业没有厘清合规义务的分配，合规管理也没有嵌入企业的经营过程。由于没有为业务人员设定恰当的合规义务，导致其开拓业务时没有进行基本的合规审查，直到签约环节才交由合规部门审查，合规部门发现存在风险不予通过，就被认为是故意刁难。如果在合规操作指引中将业务人员应履行的合规审查义务予以明确，如接洽潜在签约对象时，应当对潜在签约对象进行身份信息、登记信息、信用信息、许可信息、重大交易必备文件等基本情况作审查，就能够有效缓解业务与合规之间的冲突，提高企业运营效率。

四、推动建立健全企业合规文化

建立合规管理体系不是企业合规管理的终点，引导企业所有员工（包括企业家和管理人员）树立合规意识，养成合规习惯，并最终在企业内积淀起合规文化才是终极目标。合规文化是企业长期传承、沉淀出来的以规则为导向的行为规范、思维方式和价值观的总和，体现的是企业面对规则的姿态，也是企业做好合规的动力之源。文化是看不到且不可量化的，但管理体系能够以可视、可感知的方式固定合规价值理念与导向，并与组织结构和控制系统相互作用，从而产生合规的行为规范。律师通过参与企业合规管理体系构建的全过程，为企业搭建合规管理组织架构，制定覆盖全体员工的行准则，建立并完善适合企业实际的合规管理制度，提供形式多样且有针对性的合规培训与指导，将合规理念和义务渗透并融入到企业运营的各个环节，就能逐渐在企业内部培育合规文化的土壤，以润物无声的方式将合规文化内化于心、外化于行，成为企业所有个体的行动自觉，为企业建立起最坚实稳固的合规风险防线。

民间借贷“新规”6大要点解读

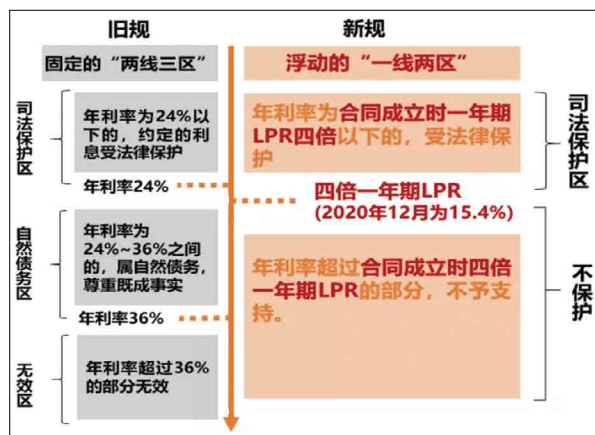
○王雷 广东华商律师事务所

2020年年底，最高人民法院通过《关于修改二十七件民事类司法解释的决定》，对其2020年8月20日发布的《关于修改〈关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉的决定》进行了再次修改，自2021年1月1日起施行（以下合称《新规》）。

两次修改相较2015年颁布并施行的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（下称《旧规》）做出了多项重大修改。下文笔者将结合《新规》的相关要点进行一一解读。

一、利率保护上限调整

利率保护上限，通俗地说，就是最高法为民间借贷利率规定了一个最高值，超过这个最高值的利息，即使借贷双方约定，起诉时法院也不会支持。《新规》实施后，法院将“固定的两线三区”调整为“浮动的一线两区”（见下图）。



图中的LPR是Loan Prime Rate的缩写，即“贷款市场报价利率^①”。在LPR报价行名单上的各大商业银行每月向全国银行间同业拆借中心提交本行向优质的客户执行的贷款利率，全国银行间同业拆借

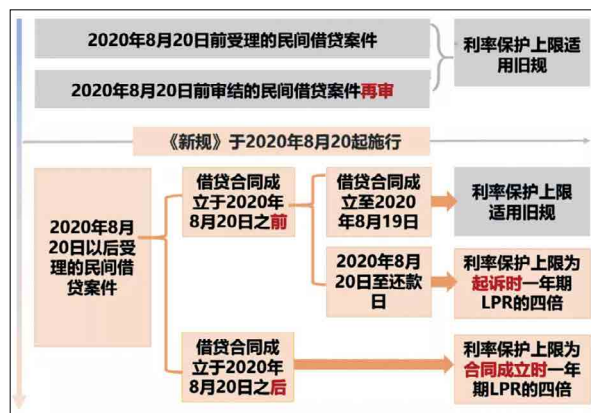
中心去掉最高报价和最低报价后取算数平均值得出LPR，并于每月20日公开发布，读者可在货币政策司官方网站查询最新数据。

相较以往的固定利率，以浮动的LPR为基准计算利率保护上限能够及时反映金融市场的波动情况，体现了对市场规律的尊重。但是近期LPR持续下行趋势可能抑制民间借贷行为的活跃度，反映出法规对民间金融市场的管控。

此外，《新规》第二十九条沿用《旧规》规定，借款合同中约定的违约金、服务费、中介费、保证金、延期费等其他费用属于“变相利息”，与约定利息合并计算后超过四倍LPR的部分同样不予支持。

二、《新规》施行前后对利率保护规则的影响

《新规》第三十一条规定，人民法院2020年8月20日之后新受理的一审民间借贷案件，采取分情况处理的方式^②。对于《新规》施行前后的利率保护规则，笔者梳理如下（见下图）。



三、复利上限调整

现实生活中不少借款合同采用复利（俗称“利滚

利”）的方法计息，这时候怎么确定保护上限呢？

根据《新规》第二十七条，法院依然支持“利滚利”的约定，但每一期的利息不能超过四倍LPR，超过部分不能算入下一期借款本金。此外，整个借款合同完成后，总共的本息和不能超过以最初本金为基数，四倍LPR为利率的借款本息之和。

四、逾期利息计算

还款日到了，约定的本息还没还完，未还的钱应该如何计算利息呢？

《新规》对逾期利率依然采取有约定从约定，约定不得违反法律规定的态度。其中值得一提的是，借贷双方既没有约定借期内利率，也没有约定逾期利率的情况（即无息借款），出借人虽然没有要求借款人支付利息，但借款人自然有义务按期归还本金，逾期不还的，属于《民法典》中的违约行为，应当承担违约责任。

《新规》第二十八条规定了“逾期还款违约责任”的具体计算标准。借款人应当参照合同成立时一年期LPR承担逾期还款违约责任。

五、转贷限制



根据《新规》，套取金融机构贷款转贷的借贷一律无效，无需“借款人存在高利转贷且借款人事先知道或应当知道”的前提条件。同样，向其他营利法人借贷、向本单位职工集资再转贷的，不再要求借款人事先知道或应当知道，只要在此种情形下转贷，即为无效。

而根据我国《民法典》第一百五十七条，一旦借款合同被认定为无效，借款人只需返还本金，无需支付任何利息。由此可见，立法者实际上通过降低借款合同无效的门槛，加大了对上述行为的惩罚力度，强

化了金融监管制度。

六、借贷关系无效情形的认定

《新规》新增了以下几种合同无效情形^③：

1. “以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的民间借贷合同无效”，非法吸收存款取得的资金，实为赃款，用其转贷自然无效。

2. “未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的民间借贷合同无效”。

《新规》增加了“职业放贷”情形下民间借贷合同无效的规定。适用该条款需要三个条件：首先，放贷人没有取得放贷资格。根据《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》，发放贷款需经中国人民银行及其他有权机关批准。其次，行为人以营利为目的而进行借贷。最后，放贷人向“社会不特定对象提供借款”。根据《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》，“经常性地向社会不特定对象发放贷款”指两年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金10次以上，贷款到期后延长还款期限的，发放贷款次数按照一次计算。亲友、单位内部人员等一般不属于“不特定对象”。最高院在其编著中提出，民法上对于职业放贷的标准不能严于刑事司法解释的标准^④。所以，日后对第三个条件的判断应当参照当地法院的指导标准，且严于“两年十次”的刑事标准。

3. “违反法律、行政法规强制性规定的民间借贷合同无效”。

《旧规》中，只有违反“法律、行政法规效力性强制性规定的”借款合同无效。《新规》中则删除了“效力性”的字眼，仅保留了“强制性规定”。我国强制性规定区分效力性和管理性，合同违反效力性强制性规定的，一定无效，违反管理性强制性规定的，则不一定无效。

笔者认为，虽然司法解释对原文有所删改，但这并不意味着法院会扩大认定合同无效的情形。这一更改的主要目的可能是出于统一不同法律规范间的语言表达，与《民法典》第一百五十三条相对应。实务中仍需依据《九民纪要》的精神，慎重判断“强制性规定”的性质。

① LPR分为一年期和五年期两个品种，民间借贷利率皆参照一年期LPR计算，本文以下所称“LPR”，除非特别说明，皆以合同成立时一年期LPR为准。

② 第三十一条规定：2020年8月20日之后新受理的一审民间借贷案件，借款合同成立于2020年8月20日之前，当事人请求适用当时的司法解释计算自合同成立到2020年8月19日的利息部分的，人民法院应予支持；对于自2020年8月20日到借款返还之日的利息部分，适用起诉时本规定的利率保护标准计算。

③ 详见《新规》第十三条的规定。

④ 参照最高人民法院民事审判第二庭编著《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第341页。

从金融机构视角看 知识产权质押融资 的“风高浪急”

○赵宇 谢敏茹
北京市君泽君（深圳）律师事务所

知识产权质押融资是知识产权权利人将其合法有效的专利权、注册商标权、著作权等知识产权出质，从银行等金融机构取得资金的一种融资方式，对于促进自主创新成果的商品化、产业化，引导科技创新型企业实现知识产权的市场价值，解决中小企业融资难、融资贵具有重要意义。然而，长期以来，由于知识产权的特殊性，以及价值评估难、风控管理难、后期处置难及相关配套机制的缺失等，导致知识产权质押融资业务规模小、难度高、风险大，许多银行等金融机构对这一业务领域望而却步。近期，随着国家政策的鼓励和支持，知识产权质押融资业务得到了更为广泛的关注和重视，可谓“乘风破浪正当时”。本文从金融机构视角试对知识产权质押融资业务的主要法律风险点及风控路径进行探析。

一、“抢滩登陆”：知识产权质押融资备受关注

2010年8月12日，《财政部、工业和信息化部、银监会、国家知识产权局、国家工商行政管理总局、

国家版权局关于加强知识产权质押融资与评估管理支持中小企业发展的通知》（财企〔2010〕199号）明确指出：“知识产权质押融资是知识产权权利人将其合法拥有的且目前仍有效的专利权、注册商标权、著作权等知识产权出质，从银行等金融机构取得资金，并按期偿还资金本息的一种融资方式。”可见，知识产权质押融资是以专利权、注册商标权、著作权等知识产权作为债务担保出质给债权人的特殊融资方式。

长期以来，可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权均可以为企业融资提供质押担保。1995年《担保法》出台，其中第七十九条即已规定“以依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。”2007年出台的《物权法》，第二百二十三条进一步规定“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：……（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权。”可见，知识产权质押早已

有明确规定。而今年施行的《中华人民共和国民法典》第四百四十条^①、第四百四十四条^②也基本沿袭了《担保法》和《物权法》的规定内容。

《物权法》出台之后，关于知识产权质押融资的政策文件陆续出台，释放国家各部委大力支持知识产权质押融资的明确信号：

2008年6月5日，国务院发布的《国家知识产权战略纲要》明确提到“（12）推动企业成为知识产权创造和运用的主体。促进自主创新成果的知识产权化、商品化、产业化，引导企业采取知识产权转让、许可、质押等方式实现知识产权的市场价值。”

2010年8月12日，《财政部、工业和信息化部、银监会、国家知识产权局、国家工商行政管理总局、国家版权局关于加强知识产权质押融资与评估管理支持中小企业发展的通知》（财企〔2010〕199号）公布，除明确知识产权质押融资的定义外，还要求建立促进知识产权质押融资的协同推进机制、创新知识产权质押融资的服务机制、建立完善知识产权质押融资风险管理机制、完善知识产权质押融资评估管理体系、建立有利于知识产权流转的管理机制等。

2013年1月21日，《中国银监会、国家知识产权局、国家工商行政管理总局、国家版权局关于商业银行知识产权质押贷款业务的指导意见》（银监发〔2013〕6号）公布，对商业银行等提出充分发挥知识产权质押融资的积极作用、认真调查知识产权质押标的、合理确定知识产权质押贷款条件、建立和健全知识产权质押评估管理、完善知识产权质押合同、切实办理知识产权质权登记、改进登记制度、加强知识产权质押贷款贷后管理、优化知识产权质押贷款业务政策环境等各项要求。

然而长期以来，由于种种内外因素交织导致知识产权质押融资业务未能在商业银行间广泛开展。直至2020年，国家为解决新冠疫情期间中小微企业融资难、融资贵的问题而出台贷款贴息等一系列配套政策，知

识产权质押融资作为解决中小微企业融资困境的重要途径之一，备受关注且日趋完善。2020年4月30日，《财政部办公厅、国家知识产权局办公室关于做好2020年知识产权运营服务体系建设工作的通知》（财办建〔2020〕40号）第二条甚至确立了为期三年的刚性绩效指标，指出“知识产权转让、许可数量年均增幅20%以上；知识产权质押融资金额和项目数年均增幅30%以上……”可以预见，知识产权质押融资将会成为中小微企业备受关注的贷款融资方式，成为银行等金融机构纷纷抢滩登陆的新高地。

二、“风高浪急”：知识产权质押融资面临的艰难险阻

虽然关注度不断提升，但不可否认，由于知识产权价值确定难、权利维护难等特点，质押融资业务始终面临风险难以控制的险境，属于“风高浪急”的业务领域。

（一）知识产权的市场价值确定难

首先，知识产权自身的无形性、独特性、复杂性等特征，使其价值难于确定。根据《资产评估执业准则——无形资产》第九条规定“无形资产作为企业资产组成部分的价值可能有别于作为单项资产的价值，其价值取决于它对企业价值的贡献程度。”知识产权作为无形资产，其价值往往取决于企业的运营状况。而受制于产权状态、获利能力、技术水平、知识产权取得成本、市场状况、政策法规等因素影响，知识产权价值波动大、预期不稳，难以进行全面、客观的价值判定^③。因此，银行等金融机构在贷款发放前委托评估机构作出的价值评估，在流转处置时很可能面临受让方不认可评估结果的风险。并且，由于知识产权的潜在意愿购买方群体规模小，即使能够通过评估确定知识产权的公允价值，也很可能出现“有价无市”的处置变现难题。

①《民法典》第四百四十条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：……（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；……”。

②《民法典》第四百四十四条规定：“以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。”

③丘志乔，中国知识产权质押融资实证分析与研究[M]，知识产权出版社，2018（6）：117。

（二）知识产权的权利维护管理难

1. 权利登记可能被撤销或宣告无效

除著作权外，专利和商标均需通过登记取得专有权。但即使取得权利证书后，专利权和商标权的权属确权也并非牢不可破。

首先，《专利法》第 45 条规定“自国务院专利行政部门公告授予专利权之日起，任何单位或者个人认为该专利权的授予不符合本法有关规定的，可以请求专利复审委员会宣告该专利权无效”，《商标法》第 44 条规定“已经注册的商标，违反本法第四条、第十条、第十一条、第十二条、第十九条第四款规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局宣告该注册商标无效；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效”及第 45 条规定“已经注册的商标，违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，自商标注册之日起五年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时间限制。”可见，即使专利或商标已完成登记注册并形成权利证书的，仍可能被宣告无效，届时质权人的权益将面临较大风险。

此外，专利和商标均可能因权利人的不当使用而被提前终止或撤销。《专利法》第 44 条规定“有下列情形之一的，专利权在期限届满前终止：（一）没有按照规定缴纳年费的；（二）专利权人以书面声明放弃其专利权的。”专利权很可能因权利人的消极心理、急于缴纳专利维持费等原因而被提前终止；而《商标法》第 49 条规定“商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项的，由地方工商行政管理部门责令限期改正；期满不改正的，由商标局撤销其注册商标。注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。商标局应当自收到申请之日起九个月内做出决定。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。”即商标注册人违法使用商标或无正当理由连续三年不使用商标的，注册商标将很可能被撤销。

2. 知识产权应用后容易受到侵权

通过整理近五年的知识产权侵权纠纷情况可见（见下表），知识产权相关的纠纷案件数量呈现逐年递增的趋势。



▲ 近五年知识产权案件情况统计

通过案例分析可见，知识产权的侵权风险从四面八方而来，较难得到有效的预防和控制，试举几例：

较为常见的知识产权侵权类型为外部的抄袭和模仿。例如北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第 1039 号案，在“于正《宫锁连城》抄袭琼瑶《梅花烙》被停播”事件中，法院认定于正构成知识产权侵权。

知识产权侵权还可能来自于曾经的授权许可合作方。例如，在广药集团停止向鸿道集团许可使用王老吉商标后，围绕商标授权问题展开了商标、包装、广告语等一系列的诉讼纠纷。

知识产权侵权是相互关联的，牵一发而动全身。例如北京知识产权法院（2017）京 73 行初 3836 号案，广州市黑人日用品有限公司虽然以黑人牙膏的头图在蚊香等其他分类上注册了商标，但黑人牙膏生产商好来化工公司通过证明黑人头图的著作权归属，最终成功申请宣告广州市黑人日用品有限公司注册的商标无效。可见，知识产权承载的权利类型很可能同时包括著作权和商标权或者更为广泛，并且会互相影响，具有相当的复杂性。

可见，基于知识产权的价值和权属特点，知识产权质押融资业务面临着较高的风险控制需求。

三、“通航有道”：知识产权质押融资可循的风控路径

尽管知识产权质押融资业务“风高浪急”，但近年来却不乏抢滩登陆者，并且已纷纷探索建立以北京模式、上海浦东模式、武汉光谷模式等为代表的多层次风险分担机制，通过与担保机构合作、政府信用再

担保、政府建立风险担保基金等方式分散金融机构的贷款风险。然而，前述的多层次风险分担机制仅起到分散金融机构风险的作用，而并未能根本上降低知识产权质押融资业务的风险，属于“治标不治本”的处理路径，而且过分依赖于政府主导，与市场化发展相悖。为此，笔者认为，银行等金融机构如要掌握切实可行的风控路径，需要重点从贷前审查及合同管控、知识产权质押状态下尽职的动态管理两方面着手。

（一）贷前审查及合同管控

如前所述，因知识产权具有市场价值确定难、权利管理维护难等特点，因此发放贷款前对知识产权质押物进行充分的审查和筛选至关重要。而结合《知识产权资产评估指南》第二条规定“本指南所称知识产权资产，是指知识产权权利人拥有或者控制的，能够持续发挥作用并且带来经济利益的知识产权权益。”笔者认为知识产权审查和管控的关键要点应至少包括：

1. 权利状态审查

结合前述分析，知识产权的权利状态可重点审查：知识产权的期限情况，例如保护期限是否已届满或即将届满，授权许可期限情况等；知识产权的类型化筛选，例如是否属于近年来较为容易受到侵权的著作权；知识产权的权利状态调查，例如权利共有情况、邻接权情况、已有授权许可情况，以及是否与其他权利或权益（诸如应收账款等）密切相关而需要捆绑质押等；知识产权潜在涉诉、执行、纠纷等风险调查。

2. 商业价值审查

知识产权价值评估的关键是知识产权已具备商业价值，企业正在使用并且已经带来经济利益。而企业的运营状况显然也是影响知识产权价值的重要因素，其中包括：审查企业的过往经营状况及信用记录，包括企业持续经营时间、注册资本数额、近两年企业及实际控制人信用记录是否良好等；审查知识产权投入成本及商业化的效益，包括查阅三年一期财务报表中知识产权投入成本、销售收入等财务数据、从经销模式、授权许可情况等看知识产权载体产品的潜力和效益等；审查企业的持续盈利能力，包括企业负责人项目从业经验、资金投入计划、实际控制人是否愿意提供个人连带责任担保等；审查企业贷款及质押的权限情况。办理知识产权质押融资时还建议审查公司章程

中是否提出需由股东会等权利机构作出同意借款担保的决议等。

知识产权质押融资通过事前审查能够适当降低风险，但仍建议银行等金融机构通过合同加以管控，例如合理控制贷款期限和质押放贷率等，必要时配套增加许可费用及应收账款等质押、增加办理质押融资保证保险等担保增信措施。

（二）尽职的动态管理要求

银保监发〔2019〕34 号等多项文件均提出商业银行开展知识产权质押融资业务应当加强对押品的动态管理，定期分析借款人经营情况，对可能产生风险的不利情形要及时采取措施，而且银行是否尽职管理往往会关系到最终能否申报知识产权质押融资贷款坏账补偿等权益。动态管理可重点关注以下事项：

定期审查质押知识产权的状况，包括审查专利年费是否按时缴纳、知识产权实施许可的审批同意、许可费用提前清偿或提存的处理、知识产权效力被撤销或被宣告无效或被侵权的风险审查等；定期审查企业的经营状况，包括是否存在影响其持续盈利能力的重大事项、是否有失信记录等；发生风险事件时，银行等金融机构应当按照贷款合同的约定尽职向借款人追偿贷款或要求借款人及时补充增信担保等。

综上所述，即使知识产权质押融资风险重重，但银行等金融机构一方面可建立多层次风险分担机制分散贷款风险，另一方面可依靠尽职审查和动态管理等风控措施，从根本上降低知识产权质押融资的各项风险，在充分争取利好政策支持的同时，系统性加强风险管控，积极开展并稳步推进知识产权质押融资业务的开展。

四、结语：“乘风破浪正当时”

随着国家相关政策方针的不断出台和落地，知识产权质押融资获得前所未有的发展前景，商业银行、政策性融资担保机构、保险公司等纷纷入场，而政府相关部门也正在积极探索建立更加便捷的质押登记流程，更加专业的知识产权动态管理服务，更加完善的知识产权评估机构库、专家库和数据库，以及更加统一高效的知识产权质押处置平台等。随着市场规模的逐渐扩大、制度机制的不断完善及风控水平的不断提高，知识产权质押融资业务未来可期。

浅谈 用人单位管理权 与员工隐私权的 边界

○李红 广东星辰律师事务所



在员工关系中，用人单位享有管理权，员工有义务接受单位管理，遵守用人单位的规章制度。但是，用人单位的管理权并非没有边界。本文通过对近日一则“智能坐垫”的新闻及一件因高清摄像头引发的劳动争议案件的分析，提示用人单位在员工管理过程中遵守我国《民法典》，保护员工隐私及个人信息。

一、一则新闻、一个案例引发的思考

近日网上有一则关于“智能坐垫”的新闻：某公司给员工配发了“智能坐垫”，该坐垫可感应记录心跳、呼吸等个人健康数据，有员工发帖吐槽，智能坐垫变

身“监视器”，多名员工因离开工位时间过长，遭遇了人事部门的“关注”，感觉自己像在坐牢，在被监控。

不久前，深圳市中级人民法院在其公众号上发布了《深圳法院劳动争议审判白皮书（2005-2020）》，并同时发布了十二个典型案例，其中第10号案例《张某某与A公司劳动合同纠纷案》是一起因企业在办公场地安装摄像头引发的纠纷：员工张某岗位是信贷部审批副经理，其用两把雨伞撑在其工位上以遮挡A公司在其工位正上方安装的一个高清摄像头，并就此事通过邮件向公司领导、工会反映，希望解决；A公司多次警告而员工拒不收起雨伞，公司遂以张某严重违规为由解除劳动合同。张某主张A公司构成违法解除劳动合同，要求A公司支付赔偿金，一审法院（前海法院）、二审法院（深圳中院）均认定公司解除劳动合同合法，再审法院（广东高院）亦驳回了员工的再审申请。

针对上述新闻和案例，笔者不禁思考，其中涉及的用人单位的做法是否妥当？有无侵犯员工隐私构成不当收集个人信息？用人单位的自主管理权的边界在哪里？

二、《民法典》关于隐私保护和个人信息处理的规定

根据《民法典》第1033条规定，个人隐私事项包括“私人生活安宁”“私密活动”“私密部位”“私密信息”等。对个人隐私，除法律另有规定或者当事人明确同意，任何组织或者个人不得侵犯。

《民法典》第1034条规定，受保护的个人信息是指“能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息”“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定”。第1035条规定，对于个人信息的处理（收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等），要遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，且要征

得当事人同意、公开处理信息规则、明示处理信息的目的、方式和范围、不得违反规定和约定等。

三、“智能坐垫”“高清摄像头”涉嫌侵犯员工隐私权和违规收集数据

根据前述法院发布的典型案例介绍，人民法院裁判认定A公司安装摄像头不存在违法性时认为，摄像头安装区域“是多人工作的公共场所，而非个人单独的工作场所，亦非劳动者的私人生活区域”，以此来论证A公司安装高清摄像头的合理性；对于员工就电脑密码被拍摄到、个人身体部分“走光”等，员工张某对A公司做法的质疑，法院认为“电脑密码并非属于个人隐私信息”，规范着装即可以避免“走光”。笔者对法院的相关观点不赞同。

首先，办公场地并非没有隐私。根据前述《民法典》规定，隐私并非仅仅指个人单处的房间，在多人办公的场地中，员工坐在自己的位置上也可能会有“私密活动”，也有“私密部位”“私密信息”需要保护。职工是一个活生生的人，其在办公室的工位上工作过程中，会有不愿被人察觉的动作。案例中，摄像头在女员工工位正上方，必然会涉嫌拍摄到员工身体私密部位；而“智能坐垫”新闻中，员工身下的“智能坐垫”所收集到的数据，极大可能会涉及员工的身体部位隐秘信息。

其次，在员工坐垫上收集数据、在员工工位正上方安置高清摄像头，显然不具备正当和必要性。

不可否认，一些特殊行业例如银行等单位或者一些特殊岗位，需要严密的监控和持续的录像，以保证对场地内所有行为的持续的数据收集，以及对人员及行为的持续监督和管控。笔者曾经处理过一件劳动争议案件，用人单位是一家黄金首饰加工企业，由于黄金价值高，企业在员工操作台上方安置了监控摄像头，操作员均着工装、戴工帽——这家企业安装摄像头显然是合理和必要的。而前述新闻中，相关用人单位了解员工情况，显然不必要从坐垫上收集身体数据；前述案例中A公司“为保证办公场地人财物安全”，根本不必要在一个信贷审批员岗位职工工位上方安置高清摄像头获取其个人信息。

第三，用人单位的做法违反程序性规定。在上述新闻和案例中，均未提及用人单位曾就其做法征求过员工的意见或得到员工同意这一内容，如用人单位擅自收集员工的影像、体温、动作等身体数据，也违反《民法典》1035条规定的应当征得员工同意的这一程序要求。

四、用人单位确需收集员工个人信息时应当遵循“合法、正当、必要”原则

根据我国《民法典》上述规定及《劳动合同法》规定，笔者认为，如用人单位认为确有必要安装摄像头收集与员工相关数据的，至少应当做到：

1. 从员工管理角度来说，用人单位收集个人信息，涉及到员工的切身利益，依照我国《劳动合同法》第四条的规定，应当依民主程序制定；从个人信息的保护角度来说，依照《民法典》第1035条规定，应征得员工同意。

2. 用人单位应向员工告知信息收集、存储、使用、加工、传输等相关处理规则，让员工知道其个人数据被收集后会被正当使用，安全存储，让员工有充分的知情权。

3. 即使得到员工的同意收集个人信息，用人单位也不应过度甚至滥用力，而应遵循合理必要原则。例如，公司如果确实要在办公室安装摄像头的，也应避开涉及员工隐私的角度和位置。

4. 用人单位妥善保管相关信息，使用完毕后，应当立即销毁。如因管理不当导致员工个人信息或者隐私泄露的，用人单位应当承担法律责任。

隐私权作为一种人格权，是指自然人所享有的私人生活安宁权，以及私人信息秘密受到保护、不被他人非法侵扰、知悉、收集、利用和公开的权利。隐私权的目的是保持个体的心情舒畅、维护个体的尊严。员工虽然有义务接受用人单位的管理，但并不意味着隐私权的减少或者丧失。用人单位在管理中如果不注意保护员工的隐私和个人信息，不仅不能换来员工的忠诚，还有可能构成侵权。毕竟，员工不是机器，与其依赖机器收集员工身体及生理数据来试图掌控员工的行为，不如用人性化、科学的管理手段，激发员工的内在动力。

去年，我们国家出台了诸多知识产权方面的法律法规及政策文件，可见国家对于知识产权的重视程度又迈上一个新的台阶，司法领域也出现了很多经典的案例，引发了全社会对于知识产权领域更多的关注，笔者受到“红罐”案的启发，对于商誉分配以及转移进行了思考，撰文以供同行探讨。

本文从最高院审理加多宝公司与广药集团“怕上火喝XXX”广告词纠纷案说起。该案经最高院审理，最终确定加多宝公司与广药集团对“怕上火喝XXX”广告词的使用均有贡献，故二者均可继续使用“怕上火喝XXX”广告词。案件判决后，再次引起业界的极大关注和讨论，其中便涉及到商誉的分配和转移问题。

一、商誉的定义

在讨论商誉分配和转移之前，有必要对商誉的含义进行阐述。目前，关于商誉的论述浩如烟海，其中比较权威的观点当属美国当代著名会计理论学家亨德里克森在其专著《会计理论》中介绍的三个论点，即好感价值论、超额收益论和总计价账户论。三者之中，笔者比较赞同好感价值论。好感价值论认为，商誉产生于企业的良好形象及顾客对企业的好感，这种好感可能起源于企业所拥有的优越的地理位置、良好的口碑、有利的商业地位、良好的劳资关系、独占特权和管理有方等方面。根据该定义，可见商誉是由企业良

好的形象与消费者对企业的好感所构成。窃以为，归根到底，商誉的实质就是消费者对企业的社会评价，或者说是好感度，它是企业与消费者长期互动，并导致其良好形象被消费者认可的必然结果，它存在于消费者的心智之中。

二、商誉的形成

如前所述，商誉系商家或商品的社会评价，它是经过相对漫长的时间积淀而来。就如人之交往，前期可能通过名字或外表了解（好比商标的指示功能），慢慢地可能会根据人之品行进行加深判断（商誉的积累），了解越深，评价越客观、越稳定，当然想转移也愈发困难。在商家与消费者二者的相互关系中，消费者的评价始终处于主导地位，任何脱离消费者评价的商誉都毫无意义。正因消费者的主导地位，企业要想积累商誉，通常都是以消费者的需求为导向，积极对消费者开展“追求”，或者管控品质，或者提升服务，当然，商业宣传、制造舆论也是不可或缺的一环，以争取博“美人一笑”，这其中也免不了各种知识产权的身影，尤其是识别类知识产权，例如商标、装潢等。为简化阐述，笔者以商标为例，阐述识别类知识产权在商誉形成或者变化过程中的作用。笔者认为，在整个商誉积累的过程中，商标的作用是很有限的，好比媒人，在商家与消费者之间建立对话的桥梁，起到一

个领路人的角色。但商誉最终是否得以建立，还得看双方之间是否能“看对眼”或者建立“好感”，只有当“妾有心，郎有意”的局面真正出现，商誉才得以积累。因此，商标只是商誉积累的其中一环。

三、商誉的分配或转移

目前，行业内存在将商标知名度等同于商誉的观点，个人对此有不同的看法。商标知名度只是评价商标指示功能强弱的标准，但因其并未体现消费者的评价，故而商标知名度并不能完全等同于商誉，知名度高的商标与良好的商誉未必划等号，具体原因后续再阐述。笔者认为，商标的指示功能可以通过判决等形式分配，但商誉是无法通过转让或判决等形式直接进行分配。究其原因，笔者认为，是因为商标与商誉的属性存在以下不同所导致。

首先，二者制度价值不同。如前所述，识别类知识产权仅发挥引流功能，而商誉的建立需要消费者结合商品或商家其他因素综合评价，这已超出商标所能承载的功能。举个简单的例子，现在有部分企业热衷于低俗营销，或者恶劣事件营销，显然，无论是低俗营销还是恶劣事件的发生，无疑会使得社会大众认知其商标，发挥或强化了商标的指示功能，但由于相关事件在消费者心目中形成负面形象，导致其在消费者群体中评价较低，导致其商誉不佳，这也就说明商标与商誉并不能完全等同，商标知名度高不能当然等同于商誉好。

其次，掌控力及掌控主体不同。商标专用权是一种法定权利，权利人可以对其进行占有、使用等，而商誉是消费者对于商家或商品的评价，其存在于消费者的心智之中，是消费者对于商家或商品的主观好恶，它无法被商事主体直接分配。

最后，物理属性及形成方式不同。如前所述，商标专用权是一种法定权利，可以经行政机关授权而获得；而商誉形成于消费者的心智之中，它是基于消费者认知的评价，相关主体无法通过具体行为将商誉从消费者心中去除，这也决定了商标专用权的转移不等于商誉的转移。转移事件一旦发生，其必然会引起消费者对受让人的再次评价，然后产生新的商誉，典型的例子便是商标转让。随着市场经济的逐步发展，总

有一些曾经辉煌一时的品牌被市场竞争所淘汰，当此类品牌落寞后，鉴于商标的指示功能及企业商誉并不会立马消失，一些企业就企图通过受让商标的形式实现商誉转移，以实现此类商标的“东山再起”。但受让过后，相关商标却长时间未能“重出江湖”，其中当然有商家品牌策略的原因；另外一个重要的原因在于，商标转让并不代表商誉的转移。由于消费者对受让人的生产能力、品控能力、企业形象、营销策划等是否与原企业的一致存疑，因此消费者会陷入一个重新认知和重新评价的过程。当然，鉴于原有商标指示功能仍然存在，只要受让人操作得当，相关商品或企业的商誉可以实现逐步转移。

既然商誉无法被直接分配，那是否说经营者对商誉的运营就束手无策呢？当然不是。虽然说商誉不等同于商标的指示功能，但在维持消费者认知的前提下，是可以通过各种营销手段实现商誉之转移的，这也是本文的核心观点，即商誉不可分配，但可以采取营销手段实现逐步转移。关于商誉转移的问题，笔者的粗浅认知如下：

1. 最好维持经营主体的稳定性。市场竞争存在优胜劣汰，难免一些企业会出现经营困难甚至濒临破产的状况。只要不是发生导致消费者丧失信任的事件，其企业的商誉依然是客观存在的。此时，相关主体如果想接盘，优选通过股权重构的方式，通过掌握相关企业的控制权，进而延续原有企业在消费者群体中的社会评价，而不是单纯地受让知识产权。

2. 如果只能选择受让知识产权，前期应低调甚至不宜公开宣传，否则消费者的认可度会减损，企业也须付出更大的努力才能实现商誉的转移。受让方应利用消费者认知的时间差，积极采取行动，通过各方面的努力以适配原来的商誉，待条件成熟后再进行宣传，进而达到转移消费者认可的目的。

四、总结

商誉对于企业虽然极其重要，但其不具有资产属性，其存在于消费者的心智之中，系消费者对于企业或商品的认可或评价，不能通过直接的分配确定归属。但对于商誉的转移也并非束手无策，只要方式得当，商誉实现转移具有可操作性。

浅析 商誉的转移问题

○车小燕 上海市锦天城（深圳）律师事务所

商誉

香港经济融入内循环存在的堵点及改善建议

○唐志峰 德和衡简家骢永本金月（前海）联营律师事务所

香港是一个高度法治化、市场化、国际化的经济体，其区位优势明显，背靠大陆面向世界；国际化程度高，一直是我国与世界联结的“超级联系人”，是世界公认的“国际金融都会”。人才优势明显，香港整体环境国际化、充满活力、跨国企业多，有利于培养世界视野，对年轻外来人才相当有吸引力。今后我国形成双循环格局，香港除了保持其在外循环当中的作用外，还需要发挥其地理、国际化、人才、科技等优势助力双循环发展。

笔者八年前开始在香港工作，设立了深圳第一家香港律师分所，长期与香港律师交流及合作。去年，笔者推动成立了德和衡粤港澳三地联营律师事务所，进一步推动香港律师进入中国内地市场。

在香港经济融入内循环这个问题上，我们主要从两个层面去考虑。一是从律所的角度帮助港澳律师融入大湾区市场；二是以律师的身份帮助香港企业融入大湾区市场。

香港经济融入内循环存在的堵点

从律所的角度来讲，联营所的优势在于可以同时联动两地律师，不管是在个案服务上还是业务板块的开拓上，都能迅速组成包含深港两地律师的团队来共同服务或者推进，事务所的两地律师也在合作中相互磨合，对彼此的法律制度、工作方式和机制、思想观念上有一定了解，效率和效益不断提升。

但由于香港拥有高度自治权且两地长期各自发展，因此在融入中存在诸多障碍。主要分两方面去看：

（一）香港律师在工作方式、机制及思想观念上要跟上内地市场的需求

受香港文化、经济等各方面因素影响，香港律师在工作习惯上更趋于按规办事，维护老客户，不轻易突破现有制度，服务思想上偏保守，服务方式也比较传统；而内地正处于发展活跃期，经济快速发展，各种新经济形态不断诞生，内地律师也因客户的多元化需求在服务上不断创新，寻求更多的方式来提高效率

及效益。因此，香港律师要融入内地市场，首先要了解内地市场的变化，调整自身的服务理念及工作方式。

（二）内地政府要打造安全友好的执业氛围

2020年8月，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议决定：授权国务院在广东省广州市、深圳市、珠海市、佛山市、惠州市、东莞市、中山市、江门市、肇庆市开展香港法律执业者和澳门执业律师取得内地执业资质和从事律师职业试点工作。符合条件的香港法律执业者和澳门执业律师通过粤港澳大湾区律师执业考试，取得内地执业资质的，可以从事一定范围内的内地法律事务。对于港澳律师，这既是机遇也是挑战。机遇在于为港澳律师扩大了法律服务市场；挑战在于要尽快学习内地的法律制度，克服差异化司法环境。目前，香港律师要进入内地执业可能会感受到以下顾虑，这也是内地政府在促进法律融合的过程中需要考虑的情况。

1. 律师执业风险保障机制没有很好的衔接

香港律师的执业保险只能覆盖其在香港地区开展的业务，对在内地开展的业务不承担赔偿责任。内地保险公司的对应险种的覆盖范围、赔偿额度是否能达到香港保险同等的保障程度尚不清楚，这种执业风险顾虑一定程度限制了香港律师进入内地。

2. 内地对香港律师在内地执业还不够友好

以联营所为例：

第一，联营所作为一种新型的服务形态，理论上应得到政策上的倾斜扶持，尤其在业务办理上。但事实上，联营所不仅在实务办理过程与传统律所没有区别，还因为其联营的特性导致业务范围受限，例如无法开展刑事业务，或是联营所成立时间较短，人数不足导致无法开展证券业务或某些招投标等，这些限制意味着从事上述业务的香港律师无法通过联营所进入内地市场。

第二，内地税负成本高。香港税制以其简单、低税率著称，且实行属地征收原则，纳税人仅对源自香港的所得承担缴纳义务，源自香港以外的所得无须缴税。相比起香港，内地征收税种多，税率高，相同情形下两地缴纳的税费可能相差数倍。税负相差过大将影响香港律师和香港企业进入内地市场的积极性，对此建议对大湾区范围内的税制进行调整，统一税制并

给予税收上一定优惠。

第三，外国律师引进制度存在漏洞。联营所无法直接招聘外国律师，需以港澳联营方派驻形式来聘用外国律师，这很大程度地影响内地律所的国际化。在引进外籍人才方面，海南自由贸易港已经放开对律所聘用外国律师的限制，对此可参考2020年6月1日出台的《海南自由贸易港建设总体方案》中便利外籍高层次人才来华工作、任职、出入境、停居留的相关规定，在更广范围内打破对外籍人才的国别限制，进一步便利外籍人员来华工作。

减少两地规则制度衔接障碍的建议

从服务客户的角度来讲，我们认为应注重打通两地的规则，减少制度障碍。

对于城市管理、营商环境等港澳领先、能够复制的部分，可以采用拿来主义，直接为我所用。在前海深港现代服务业合作区及河套深港科技创新合作区，先行先试一大批拿来主义的法律法规。但复制规则不能流于形式和表面，还需要研究其中配套制度和设备。以商事登记制度为例，在香港设立公司特别快捷的原因之一是很多公司的功能都交由秘书公司托管，我们某些地方政府学习商事制度，设立了国有的商事秘书公司，提供无偿的托管服务。一开始吸引到大量公司入驻，但很快便出现了问题。由于是秘书公司提供无偿服务，公司运营的经费来源于政府拨款，出现十几个人服务十几万家企业的局面，服务流于形式，当企业出现问题时，可能出现无法通过秘书公司提供的信息找到企业，出现纠纷送达难等问题。究其根本，就是在于政府没有深入研究香港秘书公司能够做起来的原因，设立内地秘书公司时没有为其配备相关的制度、人员和管理等配套设施，导致内地秘书公司未能发挥其应有的作用。此外，政府将资源倾斜到不具备相应服务能力的秘书公司，而真正具有服务能力的律所、会计事务所却未纳入该体系当中，导致市场资源的浪费。

对于一时难以直接复制的规则，可以在大幅借鉴的基础上，加快制定与之接轨的制度规则体系。

在人员出入境、货物通关模式、资金跨境流动、关税、税制等无法直接拿来或者接通的规则，我们可以学习借鉴先进的理念和做法，尽量向其靠近。

一、基本案情

2014年3月原告黄某某等74人与第三人深圳市某置业有限公司（以下简称“置业公司”）分别签订了《深圳市房地产买卖合同（预售）》，购买置业公司开发的商品房，合同对所购房产的房号、面积、价款、付款时间、交房标准、交房时间及对应的违约责任进行了明确的规定。黄某某等74人依据买卖合同约定，履行了付款义务。

2012年11月26日，涉案房屋项目的桩基工程和地下室、主体工程分别取得建筑施工许可，2014年7月23日，燃气工程取得建筑工程施工许可。置业公司就涉案房屋工程向深圳市住房和建设局（以下简称“市住建局”）申请竣工验收备案，并提交了相应材料。2015年2月4日，被告市住建局对涉案房屋工程出具了《深圳市建设工程竣工验收备案（回执）》，予以竣工验收备案。

当黄某某等74人收到置业公司的入伙通知书，

对房屋进行验收时发现置业公司交付的房屋存在严重的质量问题，如：厨房无烟道、厕所无下水道，无法实现居住功能。为此，黄某某等74人提起诉讼，请求法院依法撤销市住建局对置业公司涉案房屋出具《深圳市建设工程竣工验收备案（回执）》的备案行为。

二、原被告及第三人意见

（一）原告起诉意见

黄某某等74人认为市住建局负有对建设工程质量监督管理的法定义务，负责对建设工程竣工验收备案管理，对涉案房屋存在的质量问题不予确认，受理了置业公司就涉案房屋的建设工程竣工验收备案的申请，并准予备案，未履行对涉案房屋质量的监督职能，损害了其合法权益。

（二）被告答辩意见

被告市住建局认为对涉案房屋项目进行竣工验收

备案符合法律规定。其委托代理人提出：

1. 涉案房屋工程竣工验收备案符合相关规定。2012年11月26日，涉案房屋项目的桩基工程和地下室、主体工程分别取得建筑施工许可，2014年7月23日，燃气工程取得建筑工程施工许可，根据相关规定^①，置业公司提交了相应资料就涉案房屋工程申请竣工验收备案，市住建局经审核后予以竣工验收备案。

2. 竣工验收备案为告知性备案。根据《国务院关于取消第二批行政审批项目和改变一批行政审批项目的管理方式的决定》，竣工验收备案为告知性备案，建设主管部门只作形式审查，不作实体审查，只要申请人提交的资料符合要求，主管部门应予以备案，置业公司在申请竣工验收备案时，提交了完备的资料，市住建局应予以办理。

3. 黄某某等74人所提的房屋质量问题属建设工程保修制度的范畴。根据《深圳市建设工程质量监督管理条例》第四条、第六条、第十二条的规定，市住建局作为市建设行政主管部门，依法具有对管辖范围内的建设工程履行质量监督的行政职责，委托深圳市建设工程质量监督总站（以下简称“质监总站”）具体实施，根据《建设工程质量管理条例》第二条、第三条的规定，建设工程质量由各参建单位负责。市住建局已依法对涉案项目发了施工许可证，由质监站在施工许可范围内对涉案项目的施工及竣工验收程序进行监督，市住建局已依法履行建设行政主管部门的监督职责，且依法办理竣工验收备案手续，因此，黄某某等74人在竣工验收备案完成后以房屋存在质量问题为由，主张撤销竣工验收备案没有法律依据。根据《建筑法》第六十二条规定、《建设工程质量管理条例》第三十九条规定、《商品房销售管理办法》第三十三条规定，我国建筑工程实行质量保修制度，项目竣工验收后，由建设单位向房屋买受人承担保修责任，黄某某等74人主张房屋存在质量问题属民事诉讼管辖范围之列，与涉案房屋的竣工验收备案行为无关。

（三）第三人意见

第三人置业公司认为：1. 置业公司根据法律规定开发建设涉案项目，并严格按照法定程序办理了相关验收手续，取得了《深圳市建设工程竣工验收备案（回执）》；2. 置业公司按照合同的约定已如期交房，涉案的74户业主中已有69户办理了入住手续并开始使用涉案房屋；3. 黄某某等74人已对涉案房屋进行装修和改造。

三、法院认定与判决

深圳市宝安区人民法院经审理，将本案的争议焦点概括为“被告对涉案项目予以房屋建筑项目竣工验收备案行为是否合法”。国务院制定的《建设工程质量管理条例》第四十九条第一款规定：“建设单位应当自建设工程竣工验收合格之日起15日内，将建设工程竣工验收报告和规划、公安消防、环保等部门出具的认可文件或者准许使用文件报建设行政主管部门或者其他有关部门备案”。《深圳市建设工程质量监督管理条例》第五十九条第一款规定：“建设单位应当自房屋建筑工程竣工验收和消防、电梯、燃气等工程验收合格之日起十五日内，将竣工验收报告和有关合格证明文件或者准许使用文件报建设行政主管部门备案”。《建设工程质量管理条例》是现行有效的行政法规，《深圳市建设工程质量监督管理条例》是现行有效的较大市地方性法规，非经济特区法规。根据《中华人民共和国立法法》第七十九条第二款的规定，行政法规的效力高于地方性法规、规章，故国务院制定的《建设工程质量管理条例》也应适用于本案。

本案中，置业公司在申请竣工验收备案时，除了提交房屋建筑工程竣工验收报告和消防、电梯、燃气等工程验收报告资料外，还应提交规划、环保等部门出具的认可文件或者准许使用文件报建设行政主管部门办理备案手续。被告市住建局在办理备案的过程中未审查规划、环保等行政主管部门出具的认可文件，即向第三人办理了竣工验收备案，备案行为与上述法

竣工验收备案审核纠纷 对建设主管部门的几点启示

○谭娇玲 广东联建律师事务所

规的规定不符。鉴于涉案项目大部分业主已办理入伙手续，部分业主还办理了房地产证，若撤销该竣工验收备案将会对整个小区业主的共同利益造成重大影响。因此依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六条、第七十四条第一款、第七十六条的规定，确认被告市住建局于2015年2月4日作出的涉案房屋建筑项目竣工验收备案行为违法；责令被告采取相应的补救措施。

四、律师分析

（一）行政执法人员应该增强依法行政的意识

我国是一个有着几千年封建历史的国家，“人治”思想根深蒂固，封建专制意识浓厚，官本位思想、特权思想盛行，这些都是行政执法人员迈向依法行政的绊脚石。本案中，由于被告市住建局依法行政意识较薄弱，适用法律法规错误，违法向第三人置业公司办理了竣工验收备案，最终导致败诉的后果。《建设工程质量管理条例》是国务院制定的行政法规，《深圳市建设工程质量管理条例》则是深圳市制定的较大市地方性法规，根据《中华人民共和国立法法》第七十九条第二款的规定，行政法规的效力高于地方性法规、规章，市住建局在本案中应当适用“上位法”《建设工程质量管理条例》，而非“下位法”《深圳市建设工程质量管理条例》。

依法行政是行政法的基本原则，是指行政机关实施行政管理，应当依照法律、法规、规章的规定进行；没有法律、法规、规章的规定，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。深圳作为改革的前沿阵地，行政执法所面临的环境更为复杂，相应地，对行政执法人员的法律素养也提出了更高的要求。为此，行政执法人员应该增强依法行政的意识，提升行政执法水平，推进行政执法规范化建设。

（二）建筑工程竣工验收备案的应有之义

建筑工程竣工验收备案不具有行政监督管理的性质，仅是一种法律程序。根据《建设工程质量管理条例》《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》等，我国确立了建筑工程竣工验收备案法律制度。建筑工程的竣工验收备案，是指建设单位自工程竣工验收合格后，在法定期限内依法向建筑工程所在地的县级

以上地方人民政府建设行政主管部门提交建筑工程竣工验收材料，建设行政主管部门验证文件齐全后，予以收讫，备份在案，以供查考的行为，是建设行政主管部门对建设单位竣工验收这一行为作出的确认。

由此可知，竣工验收备案仍然属于行政行为的一种，但不具有行政监督管理的性质，对于建筑工程质量的监督管理，是在建筑工程的规划设计、施工、监理过程之中，由建设行政主管部门以建设用地规划许可、建设工程规划许可、施工许可等形式来实施的，另外，在建设过程中则是由建设监理单位和建筑工程质量监督机构对建设工程质量进行监督。竣工验收备案更多是作为一种法律程序体现的“正当性”，建设行政主管部门在受理该类告知性备案时，只作形式审查，不作实体审查，基于此，也应符合程序正当的基本要求，使备案行为体现其意义。本案中，被告市住建局在办理备案过程中未审查规划、环保等行政主管部门出具的认可文件，即向第三人办理了竣工验收备案，未能完全履行形式审查的义务。在行政执法实践中，行政机关往往在形式审查上过于粗放，没有意识到形式审查的程序价值，甚至把形式审查简单地定义为“收材料”。行政机关应明确竣工验收备案的应有之义，并予以严格执行。

（三）行政部门在法规适用上应审慎注意

深圳作为改革的腹地，不断探索和推进经济改革，为摆脱老旧规定对经济发展的束缚，通常会灵活根据经济发展的状况调整现有的法律规定，尽管大多数调整都是在法律约束之下进行的，但依然存在少数法规条例有违反上位法之嫌。本案中，《建设工程质量管理条例》是国务院制定，于2000年1月30日发布实施的行政法规，《深圳市建设工程质量管理条例》则是由深圳市制定，于2003年7月1日发布实施的较大市地方性法规，其中《深圳市建设工程质量管理条例》的第五十九条第一款规定与上位法《建设工程质量管理条例》的第四十九条第一款规定相抵触，缩小了承担义务者即建设单位的履行义务范围。基于对深圳特区改革和涉案人员共同利益的全局性考虑，法院通常不会直接以法规条例的效力为由否定行政行为的合法性。但，行政机关应由此得出一点启示，在今后的执法活动中，适用特区制定的法规条例时应持审慎态度，避免出现本案情况，影响行政机关的公信力及法治形象。

辩护人如何应对刑事程序中违法处置犯罪所得的行为

○胡聪 泰和泰（深圳）律师事务所

一、问题的缘起

《刑事诉讼法》第一百四十四条规定，人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产；《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》（下称《刑诉法解释》）第三百五十九条规定，人民法院对查封、扣押、冻结的被告人财物及其孳息，应当妥善保管，并制作清单，附卷备查；《公安机关办理刑事案件程序规定》（下称《公安办案规定》）第二百二十七条规定，在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件，应当查封、扣押；《人民检察院刑事诉讼规则》（下称《刑事诉讼规则》）第二百一十条亦有类似规定。

由上述规定可知，侦查机关有权对犯罪嫌疑人的犯罪所得采取查询、查封、扣押、冻结等措施，但法律未赋予公安机关、检察机关处置相关犯罪所得的权力，而实践中尤其是存在大量涉案财物的案件中，常

会出现在侦查阶段或审查起诉阶段就已经处置财产的情况。以笔者办理的一起传销案件为例，公安机关在审查起诉阶段经报请县政府同意，即已将冻结的8400多万元涉案资金提前上缴国库。面对此种情况，辩护人应如何应对？本文主要探讨该种未经审判即处置犯罪所得的情形^①。

二、犯罪所得处置的规则与法理

《刑法》第六十四条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理；更为明确的规则体现在《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》中，依据该规定之第三十六条，查封、扣押、冻结的涉案财产，待人民法院作出生效判决、裁定后，由人民法院通知查封、扣押机关上缴国库，或由人民法院通知有关金融机构上缴国库，同时，对于被扣押、冻结的债券、股票、基金份额等财产，经履行审查程序的，以及扣押、冻结的汇票、本票、支票的有效期

^①根据相关律师同行的总结，审判之前的涉案财产处置存在的主要问题有，一是在案件侦查期间，查封、扣押、冻结被告人或第三人合法财物，严重影响相关人员的权益；二是到期不依法解除对无关财物的控制措施；三是财物被控制后保管单位混乱；四是对财务进行查封、扣押、冻结，违反法定程序；五是违反“物随案走”的规定；六是未经法院审判，部分扣押财物已被拍卖；七是大量拍卖财物被贱卖；八是因争夺管辖权、经济驱动等原因违法异地扣押财物，参见《彭吉岳讲如何做好刑事案件涉案财产的辩护》，京都律师事务所微信公众号2020年7月14日推送。

即将届满的，可以在判决生效前依法出售或者变现，所得价款由扣押、冻结机关保管^②。

由以上规定可知，刑事犯罪所得应当经人民法院判决后上缴国库，或者由查封、扣押机关上缴，或者由执行冻结的有关金融机构上缴，而对于有价证券等财产，可以有条件依法出售或变现，变现所得按照裁判执行。在这个意义上，未经审判根本不存在所谓的犯罪所得，至多是“涉嫌犯罪所得”。

之所以只有经人民法院依法裁判才能处置犯罪所得，最重要的原因，一是保护公民的合法财产权益，未经法定程序不得剥夺公民的财产权；二是赋予救济、体现程序公正，即在审判程序中，被告人及相关诉讼参与人有权举证、质证、发表意见等以图救济，经法庭查清案件事实依法作出裁判，方能符合程序正义；三是贯彻无罪推定原则，即未经人民法院依法判决对任何人都不得确定有罪，既然有罪无罪尚未确定，何来处置犯罪所得一说？四是维护法院独立的审判地位，防止公安机关、检察机关以财产处置结果绑架法院作出有罪判决，或法院基于财产已被处置从而妥协作出偏离事实的判决。

三、辩护人如何应对？

未经审判直接处置犯罪所得显然违法，辩护人需要积极运用现行法律所设置的规则，提出一系列质疑意见，包括申诉与控告、提出管辖权异议等书面申请或意见。诚如陈瑞华教授所言，任何一项诉讼权利，只有经过激活，才能转化为现实的利益，辩护人只有通过积极有效的申请，才能保证委托人的各项诉讼权利落到实处，在此过程中，辩护人需要承担相应的举证责任和论证责任^③。

（一）申诉与控告

《刑事诉讼法》第一百一十七条规定，辩护人对于司法机关及其工作人员有贪污、挪用、私分、调换、违反规定使用查封、扣押、冻结的财物的，有权向该机关申诉或者控告，受理机关应当及时处理，对处理不服的，可以向同级人民检察院申诉；人民检察院直

接受理的案件，可以向上一级人民检察院申诉。情况属实的，通知有关机关予以纠正。

《公安办案规定》第一百九十六条与上述规定相对应，同时第一百九十七条明确，上级公安机关发现下级公安机关对申诉、控告事项不按照规定处理的，应当责令下级公安机关限期纠正，必要时也可以直接作出处理决定。《刑事诉讼规则》第五百五十五条与刑事诉讼法上述规定相对应，同时明确人民检察院在审查逮捕、审查起诉中发现有《刑事诉讼法》第一百一十七条规定的违法情形的，可以直接监督纠正^④。

由上述规定可知，辩护人既可以向作出违法行为的机关提出申诉或控告，也可以向上级公安机关或检察院（检察院直接受理的案件）提出申诉或控告。至于是申诉还是控告，如果是针对行为机关违法处置财产的结果，希望纠正违法行为，则属于申诉；如果是针对相关责任人，希望惩治违法违规人员，则属于控告。当然，二者密不可分，也可以一并提出。

（二）管辖权异议

《刑事诉讼法》第二十四条规定，上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件；《刑诉法解释》第十六条规定，有管辖权的人民法院因案件涉及本院院长需要回避等原因，不宜行使管辖权的，可以请求移送上一级人民法院管辖。上一级人民法院可以管辖，也可以指定与提出请求的人民法院同级的其他人民法院管辖；《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》第十条规定，庭前会议中主持人可以就是否对案件管辖有异议向控辩双方了解情况，听取意见；第十一条规定，辩护人对案件管辖提出异议，应当说明理由，人民法院经审查认为本院不宜行使管辖权的，可以请求上一级人民法院处理。

据此，对于未在审判程序之前解决的违法处置财产问题或在审判程序中才发现的问题，辩护人应当依法申请召开庭前会议，并提出管辖权异议，目的是纠正违法行为及将案件移送上级人民法院管辖（或由上级法院指定下级其他法院管辖），使得案件得到公正审判。提出移送管辖的主要理由是，在法院尚未作出

裁判前，有关单位已经违法处置相关财产（尤其是已提前上缴国库、挪作他用、花费开支等），使得受理法院难以对案件作出公正处理：即便经审判认为应发还相关财产，也会因财产已被处置难以发还，或判决难以执行等，导致法院最终偏离事实作出裁判，如经审判本应判决予以处置，裁判后也会被质疑法院被财产处置机关绑架从而枉法裁判，被质疑未审先判、有罪推定，致使法院及其裁判的公信力受到质疑和诟病，权衡利弊，确有必要移送管辖。

（三）申请法律监督

《人民检察院组织法》第二条赋予检察院以法律监督权，该法第二十条明确，检察院行使对诉讼活动的法律监督权。申诉、控告本属于法律监督的范畴，但对于检察机关前期未能及时依法纠正的违法处置财产问题或在审判程序中才发现的问题，因审判程序中公诉人代表国家行使公诉权，其作为检察机关委派履行公诉职责的工作人员，享有诉讼活动监督权，故辩护人可以当庭向其提出法律监督申请^⑤。

需要指出的是，依照《刑事诉讼法》第一百一十七条、《刑事诉讼规则》第五百七十条的规定，对于人民法院违法处置犯罪所得的行为，检察机关亦享有法律监督权。

此外，针对检察院前期不履行法律监督职责或出庭公诉人拒不接收辩护人提请的法律监督申请、拒不履行法律监督职责的，辩护人还可以依据《刑事诉讼规则》第六百六十五条的规定，向检察院负责案件管理的部门提出法律监督申请。

（四）申请回避

就审判人员的回避而言，除非违法处置的行为与其有直接关联，否则一般而言难以依据刑诉法及其解释的规定申请回避。但是，如针对庭前会议中辩护人据此提出的管辖权异议，合议庭未予以处理，或针对辩护人庭审中提出的法律监督申请，合议庭制止辩护人陈述意见的，可以认为构成《刑诉法解释》第二十四条第（六）项所规定的“有其他不正当行为，可能影响公正审判的”情形，辩护人可以据此提出回避申请。

⑤公诉职责与法律监督密不可分，甚至有观点认为公诉权具有法律监督性质，参见《最高人民法院关于印发〈最高人民法院关于进一步加强对公诉工作强化法律监督的意见〉的通知》，该通知提出“要正确把握公诉权的法律监督性质，在依法履行指控犯罪职能的同时，着力强化诉讼监督，维护法律的统一正确实施，努力使二者紧密结合、互相促进，推动公诉工作全面协调发展”。

就公诉人的回避而言，如违法处置的行为与其有直接关联，则因其为申诉或控告涉及的责任人员，与被告人存在控告关系，属于《刑事诉讼法》第二十九条所规定的“与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的”情形，辩护人可以据此提出回避申请。如辩护人在侦查、审查起诉阶段已就相关违法行为向公安机关提出申诉或控告且检察机关知悉的，或辩护人曾向检察机关提出申诉或控告的，或有证据显示检察机关在审查逮捕、审查起诉中已获知相关情况的，但均未予以及时纠正，辩护人同样可以依据《刑诉法解释》第二十四条第（六）项之规定，提出回避申请。

至于实践中常出现的针对辩护人提出的上述回避申请，法庭常援引《刑诉法解释》第三十条的规定，当庭驳回并不得申请复议，这就涉及法庭对于回避申请是否有实质审查权及该规定如何解释与适用的问题，在此不展开讨论。

（五）记入法庭笔录

如经上述努力，违法行为仍未得到妥善处理的，辩护人可以依据两高三部《关于依法保障律师执业权利的规定》第三十八条第二款之规定，要求法庭将律师不服法庭决定保留意见的内容详细记入法庭笔录，作为上诉理由，或者向同级或者上一级人民检察院申诉、控告。

四、余论

就辩护人的上述应对举措而言，并非为应对而应对，为异议而异议，需避免被法庭质疑为程序“死磕”，从而失去与司法人员之间应有的尊重与信任。实践中即便穷尽了所有可能的救济手段，也不一定可以纠正违法行为，或涉及的犯罪成立不存在疑问，纠正与否不能改变案件的定性，因此，辩护人应当根据具体的案情选择适当的方式提出意见，尤其是存在其他侦查活动违法的情况下，应当与其他问题配合一并提出，以达到争取有利管辖、引导法庭关注侦查活动违法、排除非法证据、追究司法人员责任、争取无罪或罪轻，及获得舆论、公众的理解与支持等目的，服务于辩护策略，最终达到当事人利益的最大化。

②《人民检察院刑事诉讼规则》第四百二十九条、《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百八十八条等亦有相类似规定。

③见陈瑞华《刑事辩护的艺术》，北京大学出版社2018年版，第13-17页。

④《刑事诉讼规则》第五百六十七条至第五百六十九条详细规定了侦查活动监督的详细规则。

敬畏庭审 饱含热泪

○王天培 广东瀚宇律师事务所

2020年8月某天，一件建设工程案件庭审后，我迫不及待地给张正乾主任打电话报喜道：今天开庭的表现，我给自己打99分！我心想，保留1分，别让自己骄傲！

初出茅庐

初出茅庐的我，发现自己很没出息。案件做得好，我会兴奋得手舞足蹈；对案件没有思路时，我会彻夜失眠。情绪总是随着案件办理的好坏而波动，这让我伤透了脑筋。因此，为了不留一丝一毫的遗憾，每个案件不论大小，我都会扑进去翻来覆去地研究。

本次开庭的建设工程案件是仲裁案，我们团队代理的是仲裁申请人。此前我并未参与该案，仲裁申请书、证据等均是团队其他律师整理的。开庭前两周，团队才决定让我也参与该案庭审。拿到该案件的案卷材料之后，我做了三件事：第一，仔细阅读案卷材料，将案卷反映的所有事实全部梳理出来，并在每个事实后面标注相应的证据页码；第二，查询并总结案件可能涉及的所有相关法律规定；第三，拟写案件分析，掌握案件突破点、薄弱点，针对薄弱点查找大量裁判案例，并将案例中所有于案件有利的裁判观点做总结。

这三件事做完，我自认为对案件已经比较有谱了。

主任突然“袭击”

开庭前一天，张主任（也是我们团队负责人）突然来个袭击，说“来，我们演练一下”。我一直觉得在主任面前演练，要比在法官或仲裁员面前实战更让人紧张！忽闻主任说要演练，我和我的伙伴们都吓得“花容失色”。我也瞬间被推出去做了“主讲人”。在演练的过程中，我将自己的“没出息”展现得淋漓尽致，手非手，腿非腿，都抖成了筛子。演练完后，主任平静地看着我说：“满分100分，自信和气场占30分，事实表述占70分，我给你打50分，自信和气场满分，事实表述20分”。听完主任的打分，我倍感意外，没想到紧张得全身发抖的我，自信和气场还能得满分；也没想到自认为对案件已经了如指掌了，居然连事实表述都不符合主任的要求。

演练完后，主任提供了两个把控案件的重要思路。正是这两个思路让我醍醐灌顶，瞬间明白了我的问题所在——第一，我对案件虽然非常了解，但是我的了解是散乱的，不成系统的；第二，我对案件的准备，虽然比较全面，但是没有重点。

明白问题所在后，我向胃里灌了250毫升的咖啡，开始撸起袖子拟写开庭提纲。12页的开庭提纲写完后，已经是夜里11点了，我心里欢呼雀跃地走出律所。那一刻，我觉得我准备好了。次日上午，对案件进行仔细琢磨后，我又补充了2页开庭提纲，便心满意足地出发了。那一刻，我确信我准备好了。

99分的庭审

在仲裁庭外等了一个小时后，终于等到开庭。我找到申请人席安安静静地落座，将准备好的材料按照事先编好的顺序井井有条地铺满整个桌面，颤抖的左右手互相握了握，等待着仲裁员宣布开庭。

这是我的第一次仲裁开庭，由于实在太紧张，一开始我就闹了一个乌龙。在首席仲裁员说道“代理人可选择宣读诚信声明”时，我回道：“不用了”。我误以为首席仲裁员问的是，他要不要向我宣读诚信声明，原来他的意思是让我宣读我的诚信声明。我瞬间被自己的“愚蠢”逗乐了，紧张的情绪在那一刻居然莫名消散。

明确和完善仲裁请求后，就是双方举证。

在举证阶段，我按照重新拟写的证据目录进行了举证。之所以这样做，是因为我认为举证是非常重要的

的一个环节——在“事实和理由如与申请书一致，无需再陈述”的情况下，举证是再一次声明事实和理由的机会。我希望我举证完能带来这样的效果：第一，案件的前因后果，仲裁员已基本清楚；第二，我主张的所有事实对应的证据及证据页码，仲裁员都知道。为了能达到这样的效果，我在说完证据名称后，会言及这个证据证明了些事项，分别对应着证据材料的第几页第几行。我的搭档寇彪律师提议，我可以在说明所有证明事项之后，最后再简明扼要地总结证据的证明目的。寇律师的提议非常好，也让我恍然明白了一个道理：证明事项和证明目的，有时候是两码事。

接下来到了事实调查阶段，这也是本次庭审最令人难忘的一个阶段。仲裁员调查的每一个问题，都来自我那14页的开庭提纲，仿佛他们预览过我的开庭提纲一样。对方律师是金杜所很优秀的律师，反应灵敏逻辑清晰。我很庆幸自己准备充分有备而来，否则我很难是他的对手。在事实调查阶段，我们就同一个事实都有若干轮的回答，仲裁员满脸喜悦的说“你们不是高手么，来，再辩一轮”。事实调查阶段俨然成了辩论阶段，仲裁员称我也是“高手”之一，听得我热泪盈眶。

四个小时的激烈庭审，让我感受到了入职律师行业以来，从未有过的痛快！在这个标的额近3000万的建设工程案件庭审中，我认为我已经发挥出了最佳的水准。没有一丝一毫的遗憾，所以我给自己打99分，保留1分是想告诫自己——继续努力。

心得感悟

作为一名律师，我认为，把案件做好是最最重要的事！怎样才算“做好”了呢？我的评判标准是：第一，已全力以赴；第二，对案件没有任何遗憾。过去开庭次数屈指可数的我，怎样才能把案件做好呢，我小结了一下自己的感悟：

一是全面把控，重点出击。如前所述，我初出茅庐，经验尚不足。所以，想做好案件，我只能不断下苦功夫。我会把案件的所有事实都罗列出来，同时把涉及的所有相关法律规定都找出来，理清主体间法律关系，分析请求并找出请求权基础。在这个过程中，我是全面准备的，既找出案件的所有突破点，也找出案件的所

有薄弱点；既准备己方观点，也准备着对方的可能观点。但是，主任的办案思路让我明白了一个道理，每个案件都有着重要的“抓手”。有时候，找准“抓手”对办案能起到事半功倍的效果。全面准备是我作为律场新人一贯以来的笨方法，找准“抓手”是我从主任身上学来的智慧。全面准备，重点出击——亲测好用。

二是从容自若，严防套路。说起这点，我又不禁想起我的第一次独立开庭。第一次独立开庭是我拿到律师证的次日，拿律师证之前，即在做实习律师期间，开庭未曾发言过。所以，第一次独立开庭的时候简直是紧张到窒息。没想到第一次开庭遇到的对手就是某律所主任，不仅如此，对方还当庭掏出一堆皱皱巴巴的没有证据目录、没有证据名称、没有证明目的、没有页码的杂乱不堪的证据。而且，那次开庭是庭前质证。我刚紧张巴巴的坐下，书记员就说“现在由被告进行质证”。我反复问了三句“现在由被告进行质证？”我脑海里冒着一堆问号：“法官还没来怎么就质证？”“对方还没举证，我怎么就要质证？”由于太紧张，又缺乏经验，我对于对方律师当庭提交的完全看不出内容的证据进行了当庭质证，完全忘记可以庭后再提交质证意见这码事。那次开庭，我有一种被“套路”了的感觉。

这次开庭的建设工程案件，对方仿佛也想“套路”我们。对方律师早就于几个月前接受了委托，并参与了选定仲裁员等程序。但是，他既不提交证据，也不提交答辩状。开庭当日才拿出精心准备的精致的如同《倚天屠龙记》那么厚的一沓证据，以及一篇近乎“完美”的答辩状。由于我对该案件做好了全面准备，所以对方可能抗辩的点都在我的准备范围之内。但是我的主任看了案卷材料不到3分钟就通过我方证据——对方当事人向我方当事人的发函中掌握到该案件的重点——工程量问题。没想到对方当庭提交的厚厚的一大本证据全部都是围绕着工程量问题！这让我对主任不由得心生佩服。

通过这两次开庭我发现，“套路”真是无处不在啊！对于预先已知的“套路”和当庭出现的“套路”，唯有淡定自若地对待，方能不乱方寸。

三是敬畏庭审，有备而来。在实习期间，由于指导律师不让开庭发言，在庭审过程中我只能扮演木偶。

扮演木偶的期间，我真的没有感觉到庭审的重要性。误认为庭前、庭后提交的各种文书，决定着案件的走向。开完人生中第一个庭，我就发现我的这种观点是“愚蠢”的。

对于办案而言，庭审是己方观点和对方观点在法官面前发生的最直接、最有力的一次碰撞，也是法官全面了解案情最重要的一次机会。对于律师而言，庭审是律师的“培训班”，律师不仅能够通过庭审迅速地认识到自己的不足；还能通过与对方律师的交流，学会扬长避短。对于当事人而言，庭审也是当事人对律师能力、水平和责任心的一种检验。我现在认为，庭审是案件办理最神圣的时刻，是值得所有人去敬畏和尊重的。

庭审如此重要，我们必然不能打无准备的仗。因此，我会为每一个案件的开庭，都精心准备一份开庭提纲。制作开庭提纲的时候还要切忌掩耳盗铃，对于法官可能会问的问题，或者对方可能的辩论意见或反制方案，我们必须要想出应对方案，而不能有侥幸的心理。一份好的开庭提纲能够在一定程度上避免或减少因经验的不足或者临场反应的滞后带来的难堪。

四是庭后复盘，为时不晚。庭审并非案件办理的终点，庭审结束也并不意味着放松时刻的到来。因为，庭后工作是一次重要的复盘机会。庭审过后，我们终于真真正正地了解到法官和案件相对方关注的问题和他们的思路，也真真正正地认识到我们遗漏的问题和薄弱点。同时，对于庭审中我们未能表现好的地方，也可以通过庭后工作予以弥补。例如，我在第一次独立开庭的时候，庭审发挥得并不好，所以在庭后，我又精心准备了代理意见、情况说明、参考案例等材料，并针对对方当庭提交的证据补充了书面的质证意见。若非当庭裁判，庭后复盘，为时不晚！

五是永葆初心，饱含热泪。记得在实习期满参加市律协面试考核的时候，我向三位考官陈述我的目标是成为德智体美劳全面发展的、具有工匠精神的优秀律师。三位考官听到“德智体美劳”后，都被逗笑了。但是在进入律师行业之后，我发现这句话最能概括我的所有价值追求。我希望自己能永远保持着这种价值观，去热爱这个职业，敬畏这个职业，永葆初心、饱含热泪。我认为，办好案件和做好律师，不光能力和经验重要，心态和价值观也一样重要。

辩护的本质是辩诬

○杨新发 广东卓建律师事务所

对于刑事律师而言，刑事辩护始终是不可或缺的主战场，甚至是决定律师行业存在必要性的基石。

但是，许多律师面对“为坏人辩护”的质疑与指责而束手无策。客观地说，这一窘迫与社会的偏见有关，但根本原因是部分律师特别是个别刑辩大佬们的“自我作死”造成的——有些律师并没有理解辩护的本质，或者虽然明白辩护的本质，但为了一己私利而故意做歪曲或偏离的辩护。

在文章展开之前，先讲几个小故事。

第一个故事，是辩护人坑害被告人的故事。被告人因过失杀人（这是当年刑法规定的罪名，现在变更为“过失致人死亡”）被起诉，其家属聘请了一名刑法学教授（同时也是当地最有名的刑辩律师）为其辩护。该教授为了达到自己的辩护目标，在会见时告诉被告人如何陈述、如何狡辩。但是，在庭审时，被告人并没有按照教授设计的思路进行陈述，引得教授大

怒，教授就提出了被告人的行为属于“故意杀人”而不是“过失杀人”的辩护意见。这样一来，辩护律师和公诉人的身份来了一个互换——辩护人认为是“故意杀人”，公诉人认为是“过失杀人”。这场闹剧最终以被告人拒绝该律师辩护而告终。那时对于律师的管理还不够完善，该律师并没有受到任何处罚，但他的奇葩操作被广为流传。

第二个故事，是我的亲身经历。我大学的刑法老师是兼职律师，但他常常感慨：刑事辩护没有赢过，民事代理没有输过。我们感到不解，因为他是刑法学专家，也是刑事辩护的行家和名家。后来，老师带着我们班学生去旁听他的庭审辩护，老师很卖力，也很有辩护技巧，但我们学生都认为他在狡辩。

第三个故事，就是前年的某上市公司董事长猥亵幼女案，辩护律师说他的当事人是“有底线的”“十六岁以下的女孩绝对不碰”，此言一出，舆论哗然，纷

纷指责该律师的不当言论。

看完这三个故事，我们就知道社会为何对辩护律师有这么多的误解。

现在，我再谈谈自己的观点。律师辩护的本质是辩诬。

辩护律师的职责是什么？

我国《刑事诉讼法》第 37 条有明确的规定，辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。

因此，律师辩护的本质是辩诬——洗清对犯罪嫌疑人、被告人的诬告、错告，而不是帮犯罪嫌疑人、被告人逃脱法律的惩罚。

而辩护人对犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的维护，也是为“辩诬”这个根本目标服务的。如果不能维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，任由司法人员刑讯逼供、诱供和栽赃，势必无法将“辩诬”落到实处。

而在实践中，有些律师偏离了“辩诬”这个根本方向，甚至背道而驰，大搞“行为艺术”，大讲“辩护技巧”，搞“表演式辩护”“煽情式辩护”。这种辩护虽然能够一时地蒙骗当事人和社会公众，但最终无法达到为当事人“辩诬”的目的，反而给法官留下一个“当事人不老实”“律师讲废话”的恶劣印象，降低了当事人获得公正判决、律师得到法官尊重的几率。

律师如果不能理解、信守“辩诬”这个本质，要想取得好的辩护效果，只能是缘木求鱼——其结果是损害当事人对律师的信任、造成诉辩审三方的对立、损害司法审判的效果、危害社会公众对法治的信仰。

律师的辩护是“对事不对人”。针对社会上“律师为坏人辩护”的质疑和指责，有些律师以“罪犯也有人权”“在法庭没有判决之前还是无罪之身”予以辩解和反驳，这种辩解和反驳当然是有道理的，也是合法的，但并不能得到社会的普遍认同。为什么？因为，社会上的提问是有逻辑错误的，而律师们的回应落入了陷阱。

辩护的本质是“辩诬”，其辩护的指向是“事”

而不是“人”，要围绕“事”做文章：

1. 当事人有没有犯“事”——是否参与，参与程度如何，在其中起到了何种作用，获得了何种利益；
2. 当事人犯了多大的“事”——造成了什么样的危害后果；
3. 当事人犯“事”的主观方面——是基于什么原因犯“事”，是故意还是过失，是主动还是被动，是“追求”还是“放任”；
4. 当事人对犯“事”的认识与补救——认罪态度如何，有没有自首和立功，有没有阻止损害后果的扩大，有没有减轻损害后果，有没有退赃和赔偿损失，有没有寻求被害人的谅解；
5. 当事人犯“事”的偶然性与惯常性——有没有前科，是不是累犯，是单次犯罪还是多次犯罪。

在刑事案件中，没有“好人”与“坏人”的概念，只有“犯罪行为”与“非犯罪行为”、“罪犯”与“非罪犯”的概念。

一方面，“好人”与“坏人”没有明确、统一、客观的标准，有些大贪官还是好丈夫、好父亲、好儿子；另一方面，“好人”也可能做坏事，“坏人”也可能做好事，只有“对事不对人”，对具体事情进行评价，对“好人”做的坏事予以制裁、对“坏人”做的好事予以表彰，才能起到祛邪扶正、惩恶扬善的效果。

王阳明说：无善无恶心之体，有善有恶意之动。世上本来就没有绝对的“好人”与“坏人”之分，只有“好事”与“坏事”之分——动善念就是好人，动恶念就是坏人，做好事时是好人，做坏事时是坏人。

如果我们不去为“坏人”辩护，任由“坏人”受到不实指控和不公正的处罚，“坏人”就会破罐子破摔，失去改过自新成为“好人”的动力和机会。

如果我们对“好人”做的坏事予以宽纵而不予惩罚，就会让价值导向发生偏离乃至背离，“好人”会继续做坏事，从而逐渐变成“坏人”，危害社会。

因此，社会各界应当积极支持律师的依法辩护，律师更无需因“为坏人辩护”而苦恼和纠结。因为，我们的辩护是“对事不对人”，是对事负责，而不是对人负责，是为了追求公正，是为了惩恶扬善。

沪深两地律协共话律师业发展

2021 年 3 月 25 日下午，上海市律师协会会长季诺、副会长杨波、徐培龙等一行 14 人到访深圳市律师协会，双方就青年律师培养、信息化建设、法律服务援助基金会工作进行座谈交流。会长，林昌炽会长简要介绍了深圳律师行业基本情况以及十届律协在为会员谋福祉、推动行业发展等方面的主要做法。季诺会长随后介绍了上海市律师协会的基本情况。深圳律协尹成刚副会长在分会场介绍了深圳市律协法律服务援助基金会成立的初衷、组织架构、运作机制以及未来运作构想；杨道副会长介绍了青年律师发展基金、青年律师研修班、青年律师秀、深圳智慧律师系统建设等方面的具体做法。经过深入的交流互动，双方一致认为，沪深两地律师业

发展具有很多共性，存在的问题也具有普遍性，双方表示今后要加强互动，联合举办影响远、意义大的活动，树立两地律师形象，推动两地律师业新发展。



深圳律协秘书处赴多家律所学习交流 倾听会员服务需求

2021 年 3 月 2 日 -5 日，深圳律协秘书处秘书长团队和部门负责人首批走访了国浩所、泰和泰深圳分所、华商所、盈科深圳分所、中熙所、金杜深圳分所、宝城所、普罗米修所、卓建所、晟典所、广和所等 15 家律所，学习律师事务所在行政管理服务方面的好做法和好经验。各律所也对市律协秘书处进一步提升会员服务水平提出不少意见和建议：一是推进信息化建设，实现会员业务线上办理、群体性敏感案件和涉黑、涉恶案件线上报备、智慧律师系统更为贴近律所需求等；二是建立健全与公检法单位的常态化沟通机制，进一步保障律师执业权利；三是起草律所管理规范指

引，为律所尤其是新设律所、中小型律所规范化建设提供参考标准；四是搭建学习交流平台，为律所提供契合行业特色的培训，加强律协与律所之间、律所与律所之间的经验交流和信息互通；五是发展与境外主要城市律师协会的友好合作关系，服务深圳律师“走出去”，推进涉外法律服务发展；六是关爱青年律师群体，对青年律师予以更多的福利倾斜。2021 年是深圳律协秘书处“会员服务提升年”，秘书处将重点在信息化建设、交流平台搭建、品牌宣传、律所主任培训、律师权益维护、律所规范建设等方面深挖有利于律师业发展的务实举措，努力提升会员获得感、幸福感和安全感。

市委政法委组织召开我市 2020 年度律师工作联席会议

2021 年 2 月 26 日上午，市委政法委副书记米勇主持召开我市 2020 年度律师工作联席会议。市中级人民法院、市人民检察院、市公安局、市国家安全局、市司法局、市律协等各单位有关负责人员参加会议。会议研究讨论了律师参与人民法院执行难的相关问题。为解决执行难问题，同时为落实 2019 年最高人民法院、司法部、中华全国律师协会印发的《关于深入推进律师参与人民法院执行工作的意见》，市司法局联合市



律师协会起草了《深圳市关于进一步落实律师参与人民法院执行工作的若干办法（草案）》，会上各成员单位对草案进行了沟通、探讨。米勇副书记指出，自我市政法系统建立律师工作联席会议制度以来，市司法局和市律协主动担当，坚持问题导向，把工作当中

涉及到的难题、经验梳理形成规范性文件并得以实施。希望各单位密切协作、充分沟通，根据会议讨论的具体意见对议题作出相应修改并形成制度性成果，为全市政法工作和深圳法治建设乃至法治中国规划建设作出更多成绩。

深圳市人民检察院检察长王雁林同志调研律师工作

2021年1月28日上午,深圳市人民检察院党组书记、检察长王雁林率队到我会调研,就如何进一步提升和推进律检工作共建开展座谈会。

在交流环节,王雁林同志认真听取了参会律师代表发言,并就有关公诉人量刑建议权、认罪认罚见证律师的选择、案件材料移交阅卷内容的完整性、辩护人相关材料接收和送达、检察机关行使侦查监督权不充分等问题及建议作出了回应解答。长期以来,市人民检察院与市律协保持良好互动与深入交流,在法治示范区建设中共同促进了检察工作和律师工作取得各项阶段性成果。为打造良性互动的检律合作共同体,下一步,市人民检察院与市律协仍将携手同行,加深律师工作与检察工作的协同发展,互通互融、互学互鉴,发挥法律职

业共同体在法治建设中的作用,以各项活动及合作,进一步推动法律职业共同体新型关系的构建。



深圳市委常委田夫同志调研律师工作

2021年1月15日上午,深圳市委常委、市政府党组成员田夫率队就深圳律师行业党建与行业发展工作到深圳律协调研,并组织召开座谈会。会议由市司法局党委书记、局长蒋溪林主持。田夫同志高度肯定了市司法局对全市律师行业党委的领导工作和对全市律师行业的管理工作,充分肯定深圳律师行业的工作成效和深圳律师为服务深圳经济社会发展、疫情防控工作作出的突出贡献。他指出,在市委市政府的领导下,深圳律师行业在疫情严峻形势面前发展不停步,为全市夺取疫情防控和经济社会发展双胜利提供了坚实的法治保障,市委市政府充分肯定深圳律师队伍在深圳法治城市建设、法治政府建设、法治社会建设中发挥的重要作用。面对律师

行业发展新机遇,他提出“提高政治站位,坚持党建引领”“对标法治城市示范,提升法律服务能级”“聚焦行业短板,加强人才培养”三点希望。



在神兽獬豸^①把守的大门前
我披上黑色的律师袍
穿过头顶上庄严的国徽
走进了神圣的法庭
将在一场没有硝烟的战场上
用法律的武器
那把闪亮的正义宝剑
誓死捍卫道德、公平和公正
让真相在阳光下一一还原

我用凝结着智慧结晶的辩词
在高悬国旗的法庭中
在肃穆与尊贵的公堂上
在一次次光明与黑暗之争
把人间的高尚与卑劣
坦白与狡诈,崇高和无耻
以事实依据这把生命之剑
让魑魅魍魉^②无所遁形于光天化日之下
在我雄辩中瑟瑟发抖
让裁判官分辨出是非曲直
识别出善恶忠奸
然后写进那最高效力的判词里

我从充满荆棘的小路走来
孤身一人,在挖掘真相的路途上
荆棘与荆棘之间艰难前行
荆棘已把我刺伤
但我身上背着当事人的重托
为了冤屈者不再冤屈
沉冤者得以昭雪
即使荆棘之路没有尽头
我已伤痕累累也不会停止前行

我手捧着暗红色的执业证书

誓言以律师的良心和尊严
来荣耀神圣的使命
在这博大法制舞台上
一幕幕上演的人间悲剧中
把那些有关生与死、爱与憎
正义与邪恶、真理与谬误
拨乱济危,成为最后的胜者之王
以现代司法制度中一员的名义
做委托人最值得信赖的保护神
我会收集沿途的荆棘
编成王冠,为自己神圣
而又充满风险的职业
加冕

○马辉 广东德纳律师事务所律师

荆棘、王冠与宝剑

①古代有一种能辨是非曲直,可识善恶忠奸神兽名为獬豸,又称独角兽,很多法院门口摆放着独角兽雕像。
②原为古代传说中的鬼怪。指各种各样的坏人,出自《左传·宣公三年》。

