



总第 91 期

91

2021 年 | 第 2 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线 专业见解

聚焦两会，深圳律师积极参政议政

十年磨一剑，砥砺擎初心

阿里巴巴被行政处罚案件的法律思考

浅析袭警罪

法律之平等也应体现在细节



深圳市律师行业突出问题 专项治理工作

总体要求

坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想，**坚持党对律师工作的领导，坚持以人民为中心的发展思想，坚决整治律师行业突出问题，教育引导广大律师坚持正确政治方向，培养一支与党同心同德的人民律师队伍，依法依规诚信执业，为建设更高水平的平安深圳、法治深圳作出新的更大的贡献。**

工作要求

- 提高政治站位，高度重视和落实专项治理工作；
 - 加强督促检查，有的放矢精准施策；
 - 加强宣传引导，树立律师行业正面形象。

两项重点整治任务

- 与司法人员不正当交往
- 违法违规执业

三大工作目标

- 坚持正确政治方向
- 坚守执业为民取向
- 树立良好队伍形象

四项主要任务

（一）学习教育阶段（3月）

1. 强化政治教育
2. 开展党史学习教育
3. 开展法律法规学习
4. 开展警示教育

（二）自查核查阶段（4-6月）

1. 开展谈心谈话
2. 落实自查自纠
3. 梳理违法违规案件
4. 配合联合排查

（三）集中整改阶段（7-9月）

- 对违法违规行为依法依规处理
1. 查处典型案例
 2. 开展专项清理
 3. 督促整改落实

（四）总结提升阶段（10月底）

1. 落实与司法人员接触交往规范机制
2. 完善禁止律师炒作案件的机制
3. 完善律师执业监督机制

江山代有才人出

“人事有代谢，往来成古今”，又到深圳律协换届时。案头摆放着本届编印的第68至90期深圳律师杂志，“文章千古事，得失寸心知”。这些杂志饱含作者及编辑人员的辛勤汗水，更承载着本届经历的沧桑巨变，峥嵘岁月。

在第68期卷首语中，我曾以“传承，创新，发展”为题，如数家珍，概述历届理事会成绩单。有道是，千秋功过，任人评说。但丑媳妇也得见公婆，今不揣冒昧，在换届之际，尝试自我评判一番。

重承诺，勇担当，补短板，夯基础。

一，律师党建，不遗余力，遍地开花，硕果累累。

二，设立深圳律师学院、律师党校，圆历届律协夙愿。

三，创设深圳市律协法律服务援助基金会，公益先行，定向法援。

四，举办首期涉外律师领军/后备人才境外培训。扬帆起航，怀梦致远。

五，承办第十届中国律师论坛、第二届广东企业法律服务论坛，举办深圳律协成立三十周年纪念大会，盛况空前，展深圳律师风采。

六，代为起草政府扶持律师业、推动政府购买法律服务系列文件，完成《深圳经济特区律师条例》送审稿，夯实行业发展基础。

七，“智慧律师系统”上线运行，持续升级迭代。

八，加强秘书处建设，营造风清气正、政通人和律协形象。

九，“1+1”志愿者，承载荣光，英模辈出。

十，“战役有法”，安民护商。捐款捐物，当仁不让。

本届大部分专门、专业委员会、区工委表现优良，仅以监事会考核为优秀的专门委员会为例，勾勒其亮点或特点：

1. 维权委：唯一由非理事担任主任的专门委，干出非一般的成绩。
2. 实习委：今天的尺度，明天的高度。不要人夸好颜色，只留清气满乾坤。
3. 创新委：以创新和规范助力专业发展，用专著和大赛拓宽生存空间。
4. 会员委：从闲棋冷子，到举足轻重。会员有所呼，我必有所应。
5. 纪律委：引导会员防范风险，创新执纪工作机制。行业自律，我自担当。
6. 青工委：以永不返航的勇气和锐气，总共举办了七期青年律师

研修班。7. 律所委：沙龙论坛提升管理水平，科技驱动律所未来发展。8. 涉外委：选拔人才，筑涉外服务高地。留洋深造，师夷长技以制夷。9. 财务委：健全制度，严格审批。用好钱袋子，开辟新路子。10. 战略委：务虚部门干出实绩，精雕细琢铸造经典。11. 培训委：点面结合，高密度巡回讲座。线上线下，一系列专业培训。12. 文艺委：一个团（律师艺术团），一首歌（《我们深圳律师》），一台戏（协会30周年庆典）。

有些事项，深圳律协会长会、理事会屡次冲击，多次讨论，未能达成共识，形成决议。如改革委员会会费标准、与预审监管支队共建远程视频会见系统等。民主决策机制与对多元价值观的包容，正是深圳律协特色及魅力所在。今将探索过程记录并公诸于众，“以俟夫观人风者得焉”。

有些事项，未来得及最后完成。如扶持律师业系列政策出台及《深圳经济特区律师条例》修改公布实施，联营律师事务所发展环境的大幅度改善，为律师界谋得合理、简便、安全的税负等。但已尽本届所能，有待后来人继续努力。“功成不必在我，功成必定有我”。

未来业界趋势：党建引领，行业共识。律师作用，日益凸显。涉外业务，备受考验。疫情防控，成常态化。法律科技，方兴未艾。规范执业，警钟长鸣。春江水暖鸭先知，律师行业管理者，不可不察焉。

本届本为三年，因为疫情等原因超期服役。经历律师协会成立30周年、深圳经济特区建立40周年，建党100周年这些“大日子”。疫情肆虐、专项治理这些“大事件”，此情可待成追忆。祝愿本届同仁千帆阅尽，经凶险岁月磨砺仍不失为律师业奉献的赤子之心，更要祝福后来人更上一层楼。接力棒将传至第十一届深圳律协。八届律协会长张勇尝言：“每次换届都是一出大戏”。遂篡改古人诗语之：竞选演说众口传，至今回响在耳边。律界代有才人出，引领风骚会有年。

林昌炽

2021年7月26日

于树经山房

(粤B) L017010071



印刷日期 2021年7月30日

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 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 翁瑞婕
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 江山代有才人出 / 林昌炽

专题报道 | SPECIAL REPORTS P4-13

04 聚焦两会，深圳律师积极参政议政

特别策划 | SPECIAL PLANNING P14-23

14 十年磨一剑，砥砺擎初心
——深圳律师学院访谈录

论道 | DISCOVERY P24-35

24 阿里巴巴被行政处罚案件的法律思考 / 冯江
29 《网络直播营销管理办法（试行）》对直播行业的影响 / 易怀炯 洪瑞成
33 浅析袭警罪 / 秦建军



实务 | PRACTICE P36-43

36 新颖性宽限期情形在现有技术 / 设计抗辩中的
适用 / 孙大勇 周芮 任婉霞
40 索取“喝茶费”“进场费”行为的罪与罚
/ 刘京柱 刘茹



生活 | LIFE P44-47

44 法律之平等也应体现在细节 / 方亮 邓欣玮
46 穿越千年，看北宋开封人的安逸富足生活
/ 曾祥义



律协动态 | INFORMATION P48



聚焦两会

深圳律师积极参政议政

2021年5月13日-16日、5月15日-19日，深圳市政协七届一次会议和深圳市第七届人大一次会议相继举行。我市有14名律师代表、9名律师委员积极履职，聚焦深圳法治先行示范城市建设、传递基层一线声音。他们贴近民生、倾听群众、认识大局、共促发展，用法治专业能力肩负起律师群体对参政议政的特殊责任，面向社会政治经济的方方面面，书写他们与深圳社会同呼吸、共命运的新时代答卷。

为充分发挥高质量党建的引领和保障作用，在市两新组织党工委和市司法局大力支持下，自2019年以来，深圳市“两代一委”和民主党派律师积极参与参政议政工作，为深圳的社会发展和民生改善做出贡献。在制度上，修订《深圳市律师协会参政议政促进委员会工作规则》关于委员任职资格，积极拓展律师参政议政的新领域；在成果上，汇编出版《深圳律师党代表、人大代表及政协委员建议、提案、议案汇编(2016-2019年)》，巩固和展示我市律师参政议政的成果；在工作机制上，组建了“市律协参政议政顾问群”，60余位“两代一委”律师密切沟通省市统战部组织，对重大、热点的行业问题，积极反馈他们的意见和建议；在立法上，积极参与市委市政府、律师行业、法律共同体建设等调研立法工作，提出专业意见和建议，进一步促进律师群体提升参政议政的能力，为深圳法治示范城市建设添砖加瓦。



第七届深圳律师市级“两代表一委员”名单

(按姓氏笔画排序)

律师党代表

江定航 上海市锦天城(深圳)律师事务所
罗振辉 广东诚公律师事务所
黄辉 广东盛唐律师事务所
滕海迪 北京市金杜(深圳)律师事务所

律师人大代表

刘南筠 广东中熙(龙华)律师事务所
刘震国 北京德恒(深圳)律师事务所
闵齐双 广东嘉得信律师事务所
张丽杰 万商天勤(深圳)律师事务所
张弢 广东金地律师事务所
赵广群 广东微众(盐田)律师事务所
郭小明 北京市通商(深圳)律师事务所
郭丽 北京市中伦(深圳)律师事务所
郭娟 北京市东元(深圳)律师事务所

黄振辉 广东深宝律师事务所
曾迈 广东世超律师事务所
曾常青 广东宝城律师事务所
谢兰军 北京中银(深圳)律师事务所
樊成玮 广东仁人律师事务所

律师政协委员

王丽娜 广东连越(深圳)律师事务所
许宜群 广东鑫涌律师事务所
吴波 广东宝城律师事务所
张斌 广东卓建律师事务所
陈君尧 广东瑞特律师事务所
周璇 北京市竞天公诚(深圳)律师事务所
黄善端 华商林李黎(前海)联营律师事务所
黄德华 广东微众律师事务所
曹叠云 北京大成(深圳)律师事务所



市人大代表、市律师行业党委第一副书记 张丽杰

律师参政意识强、议政水平高

○伍春红 编辑部

自2000年当选为深圳市第三届人大代表,至今,张丽杰律师已经连续担任了五届人大代表,履职长达20年有余。在张丽杰担任人大代表的20余年中,她先后提出100多件议案,其中90%都与法规的制定和修改相关。她提出的议案关乎社会热点,贴近民众呼声,加上认真准备,她提出的近一半的立法议案已经得到采纳,议案质量有目共睹。今年,张丽杰代表领衔提出的《关于制定〈深圳经济特区人工智能产业发展促进条例〉的议案》与《关于制定〈深圳经济特区轨道交通条例〉的议案》又获立案。

张丽杰认为,履行人大代表的职责,秉承的是法律人的历史使命感,怀着的是中国法治梦,应该利用好自己的专业知识,积极推动立法,弥补法律的缺失。她今年提出的两件议案也是立法议案。

2020年3月深圳市科创委表示,深圳已形成完整的人工智能产业链,涵盖基础层、技术层和应用层三个环节,构成梯次接续的企业生态体系。“随着人工智能产业的蓬勃发展,为进一步促进特区内人工智能产业的健康发展,加强对人工智能产业的管控,预防并切实解决人工智能相关的社会问题,制定深圳经济特区人工智能产业促进发展条例势在必行。”张丽杰代表从人工智能的社会舆论热点和当前问题出发,建议立法应当着重从以下方面加以规范:一是创建人工智能运用领域白名单与黑名单;二是引入人工智能产品强制保险机制并设立赔偿基金;三是明确规定人工

智能技术采集、使用个人数据的方式与范围。

谈及另一件议案,张丽杰介绍到,“截至2020年底,深圳市城市轨道交通线网运营里程达411公里,仅次于上海、北京、广州和成都,位居全国第五。但从轨道交通领域的立法实践来看,在全国轨道交通运营里程排名前十的内地城市中,仅有深圳市和天津市未就城市轨道交通颁布地方性法规。因此,深圳市亟需通过轨道交通立法,积极发挥立法的引领、推动作用,保障轨道交通建设可持续发展,全面提升轨道交通规划建设和运营服务水平。”就《深圳经济特区轨道交通条例》的具体内容而言,她建议从以下方面加以规范:一是对城市轨道交通规划、建设流程进行框架性规定;二是探索规定城市轨道交通综合开发,引领站城一体化;三是强化城市轨道交通的运营管理和安全管理;四是做好城市轨道交通运营应急处置工作。

议案立案后,她作为市人大常委会,将积极参加立法调研活动。张丽杰代表表示,“我会继续以饱满的热情参与人大组织的立法前调研、立法草案的起草、论证、协调、审议及立法后的评估工作,认认真真地履行自己的职责”。

她指出,律师队伍已经成为依法治国的一支重要力量,政府重视律师在参政议政中发挥的作用,同时律师参政意识强、议政水平高,通过提交议案、提案、建议等各种方式向党和政府建言献策,得到社会各界的尊重和认可。

市司法局党委、市律师行业党委专书记曹海雷(中)与四位律师党代表



市司法局党委委员、市律师行业党委专书记曹海雷(中)与四位律师党代表

市司法局党委书记、局长蒋溪林与部分深圳律师人大代表、政协委员





市党代表 滕海迪

增加涉外法律人才培养，助力跨境争议解决

○翁瑞婕 编辑部

今年的政府工作报告，以肩负好习近平总书记、党中央赋予深圳的新时代历史使命为主线，在围绕粤港澳大湾区、深圳先行示范区“双区”建设和实施深圳综合改革试点等重大战略进行部署，系统谋划未来五年和更长一段时期发展目标。报告中提到要建设粤港澳大湾区国际仲裁中心，市党代表滕海迪律师对此非常关注。

作为一名从事涉外业务的律师，滕海迪表示，当前大量跨境争议的解决，大多选择香港或者新加坡的仲裁机构，这与当地司法水平密切相关。在深圳国际仲裁院的仲裁名册里已经有大量外籍仲裁员，如何提升我们的国际仲裁中心的吸引力，让外国企业在中国对中国的司法和仲裁有信心，这是建立一个国际所认可的国际仲裁中心要思考的问题。对于报告中提出要“建设粤港澳大湾区国际仲裁中心”，滕海迪表示“这对深圳市成为大湾区多样化争议纠纷解决高地是好消息。”她说，“我们的法官、仲裁员也应当进一步开阔国际视野，要‘走出去’，增加涉外法律人才的培训。

同时也希望能全面提升律师在为中国企业‘走出去’中的重要作用，为企业保驾护航。”

报告中提到“坚持科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，建设中国特色社会主义法治城市示范”。这充分说明党和国家政府践行依法治国的理念。滕海迪律师说，“律师是建设中国特色社会主义法治城市的生力军，律师队伍更是多元化解解决社会矛盾的重要力量。作为法律共同体，律师在两新组织内起到不可或缺的作用。”今年深圳律师界党代表同比增加100%。党代会共有17个代表团，市两新组织党工委为第13代表团，其中律师代表共有4名代表，行业党委书记曹海雷同志也是第13代表团的，可以说律师行业共有5名代表。对此，她表示，律师这一特殊的群体，敢讲话、讲真话。律师担任两代一委，参政议政，在确保党、政府的立法和政策依法依规时，也能从法律人的视角为党和政府献计献策，若网在纲，她期待着律师行业继续保持参政议政的热情。



市人大代表 赵广群

努力展现法律从业者的群体担当和专业价值

○王颖 编辑部

今年，深圳市七届人大一次会议共收到人大代表提出的议案7件，其中2件不符合立案的基本条件，

未予立案。决定立案的代表议案共5件，内容涉及轨道交通、人工智能、专门教育、燃气、光明科学城发

展等方面。这5件议案中有3件是由代表中的深圳律师领衔。赵广群律师领衔提出的《关于制定〈深圳经济特区专门教育条例〉的议案》是予以立案的其中一件。赵广群律师表示，议案立足于落实《预防未成年人犯罪法》和20号文（《中共中央办公厅国务院办公厅印发〈关于加强专门学校建设和专门教育工作的意见〉的通知》）要求，希望通过立法推动社会公平与正义在教育领域的全面落实，从而助力我市创建文明城市、创办人民满意的教育。“我希望市人大能在今年组织几场专门的调研活动，在科学调研和论证的基础上，将其列入明年的立法计划。作为律师界的人大代表，接下来我将充分利用自身的专业优势，深入调研，收集建议，与有关专家学者一道，继续参与草案条款的完善，推动其早日变为地方法规，为制定‘良法’提供必要的智力支持。”赵广群律师说。

对于“律师中的人大代表”这个标签，赵广群律师认为，人大代表来自人民，所以代表首先要干好本行，发挥代表的责任和担当。“我在本届代表任期内，将更多聚焦律师行业的健康发展，努力推动我市的司法办案



市人大代表 郭丽

律师代表尽职尽责做好监督

○翁瑞婕 编辑部

“法律赋予人民代表大会的最主要职能之一就是监督。人大代表该如何监督？”带着这样的思考，市人大代表郭丽律师在今年的两会上，提交了一份《关于建立对重大政府投资项目设立单独的批准和听证制度的建议》。

由于律师的职业特性，使他们会接触到社会的各个方面，尤其是社会矛盾多发点和冲突点，这在一定程度上也让律师对社会管理过程中出现的问题更有感触。在参政议政的过程中，律师所提出的问题以及解决方案也有一定的针对性。

环境不断向好，坚决维护律师的合法执业权利，以让深圳广大律师享有更好的职业尊严感和获得感为目标。”赵广群律师说，“我还向大会提交了《关于进一步保障律师调查取证权建立深圳律师查询全国人口信息机制的建议》，并获立案办理。这五年，我将充分利用人大履职平台，持续为我市近两万律师同仁依法执业和事业发展鼓与呼，牢记律师的行业使命与担当。”

赵广群律师注意到，本届市人大代表中的律师代表数量比往届有明显增加。他认为，这是对习近平总书记关于协调推进“四个全面”战略布局的最直接的回应，是本届人大决心为先行示范区建设提供坚强法治保障的部署之一，是深圳建设法治示范城市的内在要求。深圳市人大未来五年要制定和修订的法律超过一百部，将重点围绕“双区”建设和深圳实施综合改革试点开展立法。这预示着律师在参与我市经济社会发展和民主法治建设的时代大潮中，将有更加广阔的政治舞台和发声机会，律师们应当好好珍惜和主动作为，为创建社会主义现代化强国的城市范例展现出法律从业者的群体担当和专业价值。

作为一名连任代表，郭丽律师始终牢记“敢于监督、勤于监督、善于监督”的职责使命。郭丽律师表示，在当今的国际大背景以及疫情冲击下，政府更应该把钱花在刀刃上，帮老百姓管好“钱袋子”是最为实际和紧迫的。现实中，人大审议并通过政府预算及投资，都是概括性投票通过。这样一种审议方式，势必会导致有些并非必要或者可行的重大投资通过。因此，她希望通过建立对重大政府投资项目设立单独的批准和听证制度的建议，推动建立科学合理的人大审议政府预算及投资制度。

今年深圳律师界人大代表有15名，同比增长15%。郭丽律师认为，“律师兴，则法治兴！越来越多的律师走上参政议政的舞台，一定程度反映越来越多的律师主动地去承担社会责任。这反映了深圳越来越重视律师在法治建设中的声音。”

对于今年政府的工作报告，郭丽律师也表示，“一

如既往的鼓舞人心。靓丽的数字彰显了过去五年的成就，众多目标提出也描绘了未来的蓝图。”她提出，政府在做好产业布局的同时，也要兼顾好老百姓的民生问题。比如，类似“道路反复开挖”这些政府多头管理的问题，效率低下、资源浪费的情况也要进一步地进行整治。



市人大代表、市律师协会副会长 曾迈

参政议政从关注身边问题做起

○伍春红 编辑部

“加快营造彰显公平正义的民主法治环境，一体推进法治城市、法治政府、法治社会建设，发展国际化专业化法律服务，构建一流的企业合规法务示范体系，建设粤港澳大湾区国际仲裁中心，打造法律服务枢纽城市和模范法治社会，建设更高水平的平安深圳，创建全国市域社会治理现代化标杆城市。”

——2021年深圳市政府工作报告

谈及今年的政府工作报告，曾迈代表表示，政府对于未来5年的工作提出了“五个率先”，其中第2个就是关于法治的，为此她提到关于深圳法治建设方面的四个建议：一是全面推进政府、国企聘请社会律师担任法律顾问制度的法律意见。二是财政支持法治社会建设，政府的重大项目应当有法务的专项预算费用。三是允许符合条件的外国律师事务所及律师担任深圳特区内律师事务所的法律顾问，为深圳企业走出去、走向全球，提供贴身的高品质的法律服务。四是延伸政府公共法律服务的触角。深圳已实现了一村（社区）一法律顾问工作全覆盖，而深圳作为“创业之都”，民营企业占比超九成，企业的法律服务需求也很大。建议政府公共法律服务的触角从服务社区、居民，延伸到服务民企、企业家，尤其是创业者，助力打造更好的营商环境。

曾迈律师是连续当选市人大代表，在第六届期间也

提出多项议案和建议。她认为，律师是最合适参政议政的优秀人才，因为律师本来就是一名社会工作者，以专业的法律服务，传达社会主义法治理念，依法依规维护委托人的合法权益。律师担任两代表一委员最突出的优势是具备法治思维，这是律师职业的天然特点，是律师法律知识、法律素养、法治精神等多方面的综合反映，也是参政议政必备的基本素养。律师担任人大代表提出议案或建议，会以解决问题为出发点，认真考虑其合法性、合理性和可行性。其次，具备同理心。律师常年从事商事活动、民商事纠纷等，要想获得“双赢”“多赢”，就要站在别人的立场设身处地的思考问题、解决问题。这种同理心，是律师经过职业生活的日积月累所养成的，对于两代表一委员履职特别可贵，能使得自身在履职时更加耐心倾听反映者的诉求，并对反映的问题作全面分析，从而推动问题的解决。

她还表示，希望律师同行能够更多地关注政治、关注社会发展、关注身边的民生、热心参政议政。她认为，参政议政是一个宽泛的概念，有多种渠道，并不是只有两代表一委员的身份才能参政议政。参政议政无处不在，我们可以从关注身边的问题做起，关注行业发展、社会民生，运用律师的专业优势提供专业服务，通过各种途径建言献策。就如她所关注到来深就业高校应届毕业生住房困难的问题一般，也是从关心律所身边的应届毕业生而起。



市政协委员 王丽娜

讲政治的律师才是成熟的律师

○王颖 编辑部

王丽娜律师是第五届、六届、七届市政协委员，最初担任市政协委员的她，是作为全国首次通过公开竞争投票方式产生的政协委员。至今她已连任三届11年，多次荣获“优秀委员”，先后提过“建议设立电梯更新改造资金池”“为优秀企业家营造优良创新创业环境”“推进政府采购招标电子化”“为深圳法治建设鼓与呼”等提案。值得一提的是，她关于为优秀企业家营造优良创新创业环境的提案，引起了市政府高度重视，推动了我市将11月1日确立为深圳企业家日，鼓舞了深圳的优秀企业家干事创业、开拓创新，提振了民营企业信心。

王丽娜委员认为，“律师首先且最重要的是要讲政治，要加强政治理论学习和培训，讲政治的律师才是成熟的律师。律师担任政协委员，有其自身优势，律师这个群体，能够接触最广泛的社会层面，政治、经济、社会、民生等各个领域，使我们在工作中容易捕捉到小切口问题，进而会发现大投入的面上的情况。同时我们拥有较好的口才，熟悉法律知识，所提出的问题不仅都是在法

律框架内，而且接地气，都是反映民生福祉的问题。”王丽娜律师如是说，“虽然今年市政协委员略有增加，但是深圳律师界政协委员数量较上海、重庆等地相比，仍有较大差距，与深圳整体地位不相匹配，究其原因，或许深圳律师的整体素质还有待提高，深圳律师界突出人士还有待增加。”她还说到，律师协会应该更加重视两代一委的作用，行业的难点痛点可以通过两代一委进行发声，能够起到事半功倍的效果。

在今年的政府工作报告中，充分释放“双区”驱动“双区”叠加效应，同时也提到了对法治城市建设的重视。王丽娜委员建议，律师要学会且善于读政府工作报告，很多商机蕴藏在其中，例如，政府每年对知识产权非常重视，今年政府工作报告中对智能化、数字化、国际化等尤为强调，养老产业也有涉及，深圳律师应该抓住机遇，在这些领域中多研究、多投入。她还建议，律协统一组织理事会成员学习政府工作报告，学习顶层设计，引领行业发展，培养行业领军人才，推动深圳律师行业发展与深圳地位相匹配。



市政协委员、省律师协会监事长 吴波

积极建言是政协委员认真履职的最好表现

○伍春红 编辑部

吴波委员在市政协七届一次会议上提交了两份提案，均获采纳立案。

其一，《关于加强宝安中心区裕安西路道路管理的提案》。吴波委员指出，宝安区在粤港澳大湾区中

具有地理中心优势，目前在“双区”发展推动下，宝安中心区的交通状况不仅要有高标准化发展，更要满足市民出行便利需要，为此她针对宝安中心区的交通状况进行了调查，并提出此提案。

其二，《关于加快制定〈深圳经济特区个人破产清算管理人管理办法〉的提案》。作为一名专业律师，吴波的业务领域涉及清算与破产，在该领域她深耕细作，对今年施行的《深圳经济特区个人破产条例》（下称《条例》）及实施后的相关情况也特别关注。吴波指出，《条例》构建起完整的现代破产制度和市场退出制度，为诚实但不幸的市场主体提供了遭遇债务危机的后续保障，不仅有利于深圳鼓励创新创业，也有利于深圳营造国际一流的法治化营商环境，《条例》在深圳率先落地，具有重要的意义。她指出，首批个人破产清算案件已陆续立案，但与《条例》相配套的相关制度仍需要进一步完善，比如个人破产清算管理人的管理办法就还没有出台。对此，吴波委员建议由深圳市破产事务管理署牵头进行调研，按程序尽快出台《深圳经济特区个人破产清算管理人管理办法》，匹配《条例》落地实施后的实际需求。

“担任政协委员，既是一份荣耀，更是一份责任，任职期间，应当关注民生实事，关注深圳的建设，为深圳的发展尽自己一份力，而政协委员履职最好的表现方式，是通过提案建议积极建言”她如是说。



市政协委员 陈君尧

律师应在参政议政过程中不断提高自己的履职能力

○王颖 编辑部

陈君尧律师是本届新当选的市政协委员，今年，他提交了《关于设立深圳市职业训练局的提案》。他

在参会期间，吴波委员认真聆听了政府工作报告，她认为“整个报告，成绩靓丽丰硕，未来规划务实”，她谈了如下感受：一是过去法治创新可圈可点，希望“十四五”开局年保持良好的创新动力，继续引领。工作报告里提到两个率先，率先推出首部《个人破产条例》，率先成立首个个人破产管理署，以法律形式确定一项与国际接轨的容错机制，体现了城市的包容与文明。如何让两率先继续引领，目前需要加快速度，配置个人破产管理人机制的设立，这一制度也将是全国“率先”。二是希望以P2P网贷平台整治取得良好效果为契机，加强金融行业合规管理。工作报告指出，“三大攻坚战取得决定性成就”，其中提到“积极防范化解重大风险，全部清退在营P2P网贷机构”。如此大规模的行业清退，尽管取得很好业绩，但为了规范金融行业带来的风险与对社会冲击，有预见性地搭建合规监管体系是必要的。三是工作报告提到“办好深圳国际马拉松”让她非常期待。作为一名马拉松爱好者，她亲自体验过深圳马拉松比赛，认为深圳马拉松比赛从组织、宣传、品牌建设来看，均存在不如人意的地方，还有很大提升空间，希望主管部门能更新办赛理念，建立全新的品牌意识，用心用力，期待深圳国际马拉松比赛早日成为真正的有品质的国际大赛，成为深圳一张靓丽的名片。

表示，深圳产业工人队伍建设是深圳超大型城市形成和持续发展的重要支撑和基础保障，建设一支与深圳

产业发展相适应的高技能素质、结构合理的产业工人队伍，是深圳可持续发展的必然要求。“仅按照2019年参加我市城市职工基本养老保险人数同比例测算，我市产业工人就有626万人，而且主要集中在第二产业，若包括未参加社保和在第三产业的工人，实际在深圳工作的产业工人队伍更为庞大。据统计显示，在这支庞大的产业队伍中，技术工人总量不足，制造业人员高技能人才仅占5%。技术工人队伍中，初级工、中级工占比达到73%，高技能人才远低于工业发达国家水平。此外，74%的农民工为初中以下文化程度，六成以上没有接受过非农执业技能培训。”陈君尧律师说，“我市产业工人的技能素质低、结构不合理状况，不但无法支撑我市先进制造业、先进第三产业发展，

客观上也是造成我市企业招工难、用工难，以及产业工人收入不高的主要原因。”为此陈君尧律师建议，突破人社与教育的部门界限和体制瓶颈，利用深圳立法权，统筹协调成立法定机构性质的执业训练局。

律师队伍是推进全面依法治国的重要力量。律师在日常工作中通过发挥自身的专业优势，能广泛接触到社会各阶层，帮助人民群众化解纠纷，切实保护群众的合法权益。在参政议政中，陈君尧律师认为，律师应该表现出法律职业工作者应有的高度责任感，在履职中充分发挥律师在调查研究和文字写作方面的突出能力，倾听人民群众的呼声，将这种呼声通过议案、提案等方式呈现出来，做到民有所呼、我有所应。



市政协委员 黄善端

律师在我市以至我国政治生活中的任务和使命加重

○伍春红 编辑部

黄善端律师系在深圳执业、前海工作的港籍内地律师特邀香港委员。他今年提出的几个建议也都和这几重身份有关，“我与其他港澳委员一起提出了在日后通关恢复正常后在口岸设立港澳委员服务站的建议。服务站将作为港澳委员在服务往返内地港澳居民和其他民众的窗口，让我们可以通过更加直观、亲切的方式向港澳民众展现政协委员风采，讲好政协故事”黄善端委员介绍。他还重点针对包括法律服务在内地的深港专业服务合作提出了建议，强调要深化、优化深港专业服务合作，建议加强对各类专业服务的调研工作，特别是要对香港专业服务及其从业者的意向和需求加强调研，以做到“对症下药”，以具有实效的

举措精准推进两地专业服务合作。

今年律师在政协委员的占比有明显增长，对此，黄善端委员认为，“律师在法治建设中的角色和优势不言而喻。从我所在的港澳台侨外委来看，根据有关人员的介绍，专业人士在政协委员的占比中明显比往届要高。这也反映了我市政协越发专业化的趋势。律师占比增加，一方面反映了这种专业化趋势，同时也反映了律师作为专业人士在政治工作中重要性的提升。但要强调的是，我们律师不能简单地把这一现象视为律师地位的提升，更要视为律师在我市以至我国政治生活中任务和使命的加重。我们必须以更大的任务感和使命感为我国和我市的政治制度和治理体系的建设作出律师贡献。”

十年磨一剑 砥砺前行初心

深圳律师学院访谈录

○王颖 伍春红 / 采访整理

人才是行业发展的战略资源，对行业起到关键性影响作用。加强律师人才培养、健全律师培训机制向来是律师行业管理工作中非常重要的一部分。为此，深圳市律师协会从第七届开始萌发“设立律师学院”的构想，经历八年的探求和力推，在第十届期间2019年揭牌成立了“深圳律师学院”。围绕着“设立律师学院”的目标和培养律师人才的初心，第七届至第十届，四届律协工作团队竭尽心力地付出。

宝剑锋从磨砺出，至今，深圳律师学院成立运作了两年多。从2011年宏图构想的展现，到现在蓝图实现，这十年学院的创立之路与起始阶段的摸索之路，在行业发展中留下浓墨重彩的一笔。回顾过去，立足现在，为了更好地展望未来，近日我们特别采访了学院院长林昌炽、常务副院长尹成刚、副院长江定航、杨道、执行院长方惠以及曾在擘画路上艰苦探求的九届代表高树会长、七八届代表梁建东副会长。

十年磨一剑 砥砺前行初心

学院发展历程

2011
1月

2011年1月，中共广东省委印发《法治广东建设五年规划（2011-2015年）》（粤发〔2011〕3号），内容涵盖依法执政、科学立法、依法行政、公正司法等法治建设的各个方面，其后（2011年8月），中共深圳市委印发《关于贯彻〈法治广东建设五年规划（2011-2015年）〉的实施意见》（深发〔2011〕15号），该《意见》提出要“加强法律服务工作者队伍建设”，具体做法包括“……筹备设立‘深圳律师学院’，提升深圳律师业务水平与道德素质”等。

2011
3月27日

2011年3月27日，深圳市第七届律师代表大会第二次会议通过了《深圳市律师业“十二五”发展规划（2011-2015）》。该《规划》中列举了13条“十二五”期间促进律师业发展的措施，其中一条是“设立深圳国家律师学院”，该举措备受律师代表及社会各界关注。

2011
10月14日

2011年10月14日，深圳市律师协会向深圳市司法局提交《关于落实市委文件精神，尽快挂牌筹建“深圳律师学院”的报告》，阐明了设立“深圳律师学院”的必要性，提出学院的组织架构及工作职能、场地及经费来源等筹建工作的设想。

2013
12月28日

2013年12月28日，“前海国际律师培训中心（律师学院）”合作框架协议签署暨揭牌仪式顺利举行。深圳市律师协会、清华大学法学院、清华大学深圳研究生院及香港律师会四方签署了合作框架协议。



2015
3月

2015年3月，借力龙岗区“法治之区”建设，深圳市律师协会九届理事会提出了“建设中国法治创新服务基地”，草拟了《关于中国法治创新服务基地建设方案的报告》，提交给龙岗区委区政府，而后经进一步完善细化建设设想，又提交了基地建设规划方案。方案中提出基地下设律师行业发展与国际法律服务交流中心（国际律师学院）。

2018
10月29日

2018年10月29日，经深圳市司法局、南山区委区政府、南山区司法局的大力支持与协调，深圳律师学院、深圳市律师行业党校落户签约仪式顺利举行，正式确定了南山区金融服务创新技术基地的2栋2A/B单元作为深圳律师学院、深圳市律师行业党校的办学场地。

2019
1月25日

2019年1月25日，深圳市律师行业党校、深圳律师学院揭牌成立。深圳市副市长、市公安局局长徐文海，深圳市司法局党委书记、局长蒋溪林等百余人参加揭牌仪式。



回首过往征程

2011年3月，七届深圳律协团队制定的《深圳市律师业“十二五”发展规划（2011-2015）》发布，该《规划》中提出“提升深圳律师业务与道德素质，争取与支持在深设立‘国家律师学院’”。具体设想是“在我市设立‘深圳律师学院’，可以考虑与香港律师会为此进行合作，争取在2-3年内完成筹建工作，并争取国家主管部门支持，将其升格为‘国家律师学院’。律师学院应多层次提升我市律师的业务与道德素质，创造深圳律师特有的品牌，提升深圳律师在全国业界的地位”。律师学院的可行性探索经历了不同时期的论证及筹备建设的努力，在学院定位、发展方向、运营管理、教学研模式、职业认证、专业研究、通识教育普及等方面积累了充分的理论基础和大胆尝试的经验，为律师学院的成立奠定了基础。



采访对象：梁建东
七届、八届深圳市律师
协会副会长

Q：请您讲讲当年协会设立律师学院的构想，为此做了哪些工作来，过程如何？

A：律师再教育是由这个行业的性质所决定，新领域、新概念、新规范决定着这个职业必须不断学习，才能胜任。所以，组织好律师的学习与提升是历届律协都非常重视的问题，但苦于律师的不同状况、不同需求、不同的专业领域，对职业培训的需求是不同的，同时，由于师资力量缺乏，大部分律师的职业培训是零散的、随意的。于是，便有了设立培训常设机构，系统地培训，负责律师不同层次的需求。

确切地讲，“设立律师学院”应该早有呼吁，真正提到议事日程上应该是2011年。首先，这个构想衍生于“青年律师研修班”。当时，根据深圳市司法局的工作部署及深圳市律师行业“十年千人”人才计划，举办了首期“深圳青年律师研修班”，通过组建深圳律师讲师团、邀请国内著名法学专家和公检法单位领导授课、组织赴北京大学深造等多途径，为学员创建了广阔的学习平台，办得相当成功。但是，青年律师研修班的培训对象主要是40岁以下的青年律师，且小班制的教学每期也只能培训四五十人，那么如何构建普惠式的职业培训机制呢？如何能让更多律师享受到这种高端的专业化培训呢？成立律师学院是出

路。其次，是基于深圳律师发展的情况和社会需求的必要考虑。深圳律师人数每年以逾10%的增速递增，但有的律师职业道德水平不高，诚信观念不强，业务不精，而社会和广大人民群众对法律服务的需求日益增长，对律师的职业道德素养和业务能力提出了更高要求，但当时律师教育培训机制无法解决这个突出问题，因此，对深圳律师开展系统化和专业化的学院式的继续教育刻不容缓。最后，中共中央、市委出台的文件给了这个设想莫大的支撑。2011年初，中共中央办公厅、国务院办公厅转发《司法部关于加强和改进律师工作的意见》，要求“以提高律师服务能力为重点，大力加强律师教育培训工作，完善培训体系，健全培训机制，提高培训水平。”当年8月，深圳市委印发《关于贯彻〈法治广东建设五年规划（2011-2015年）〉的实施意见》，该意见明确提出要“大力发展法律服务业”，把“筹备设立深圳律师学院”纳入法治广东建设的五年规划。

为了能够尽快启动筹建工作，我们进行了广泛调研，而且向市司法局提交了相关的报告，阐明了筹建深圳律师学院的必要性。报告中列明“深圳律师学院”的组织架构、工作职能、师资力量、场地及经费来源等，可行性调研是很充分的。当时构想律师学院的教学课程主要分为实习人员培训、律师继续教育、专业班三个层次；场地方面尽量寻求独立教育基地，考虑向政府申请划拨土地建设专门的律师学院，或者与国家重点院校教育基地、深圳现有其他教育资源场地合作；经费方面想着从协会节余会费中划拨部分款项、向市政府申请补贴和接受律师个人、律师事务所在内的社

会捐赠（必要时成立基金）三方面筹集。

2012年3月协会换届，八届律协团队接过接力棒。鉴于当时深圳前海深港现代服务业合作区开发开放利好政策的到来，张勇会长提出要紧抓前海战略开发的机遇，设立“前海国际律师培训中心（律师学院）”，把培训中心建设成为服务深港两地、辐射东南亚的一流律师培训机构作为目标。为了该培训中心的设立，我和张勇会长曾多次赴清华大学法学院、清华大学深圳研究生院和香港律师会商谈培训中心筹建事宜，实



采访对象：高树
九届深圳市律师协会会长

Q：九届律协工作团队在推动律师学院建设工作上做了哪些探索和实践？

A：九届理事会在任期间围绕律师人才培养的目标，设想筹建中国法治创新服务基地。这个基地的设想不仅仅是为了培养人才，是以培育高层次、复合型、应用型人才，研发、孵化新型法律服务产品和研究推动法治社会创新体系建设为重点，想要打造深圳律师专业品牌，推进深圳律师业向专业化、规范化、国际化迈进，可以说目标更宏远吧。

2014年10月底，时任龙岗区委书记杨洪主持召开区委常委（扩大）会议，会议提出构建“法治之区”的宏伟蓝图。这个信号促进了我们后来与龙岗区深入的沟通合作。11月初，我和魏汉蛟监事长、张斌副会长等去了龙岗区司法局座谈，当时想着沿袭七届、八届“筹建设立律师学院”目标去寻求支持方的。希望在龙岗区委、区政府、区司法局在专业法律人才培养、推进公共法律服务、“筑巢引凤”政策等方面的大力扶持和建设“法治龙岗”的新机遇下，能够支持筹建国际律师学院，打造国际化法律服务人才孵化基地。龙岗区司法局充分肯定了在龙岗区筹建国际律师学院的设想，认为这一做法将造福龙岗，加快一流法治城区进程。我们就达成了共识，努力去推动促成合作。

地考察培训中心创立条件及相关硬件设备等。经过不断地与各方的磋商和努力，在2013年底，前海国际律师培训中心（律师学院）揭牌。协会与清华大学法学院、清华大学深圳研究生院、香港律师会四家单位共同签署合作框架协议。可以说，前海国际律师培训中心是“深圳律师学院”的前世。但由于换届之后，一些承继的影响，造成一些客观障碍无法得到解决，该项目的具体运作得不到延续，尤其是场地及经费没有最后落实，就搁浅了，但它的探索是非常有益的。

之后，我们与中国人民大学法学院、律师学院进行交流座谈，学习他们的先行经验，还多次拜访杨洪书记交流意见和想法。结合龙岗区法治之区建设的目标，同时紧跟时代节奏，我们也想要干一番法治创新，于是提出了“建设中国法治创新服务基地”，还提交了基地建设规划方案给龙岗区委区政府。我们设想该基地下设法治创新研究院、中国公司法务研究院、司法部港澳台法律培训交流中心、律师行业发展与国际法律服务交流中心（国际律师学院）四大机构，想借力龙岗，积极争取司法部、厅资源，打造高端法治创新服务高地，建设结构合理、全面服务法治需求的律师队伍体系。该基地下设律师行业发展与国际法律服务交流中心（国际律师学院），其功能涵盖了“设立律师学院”的设想。设想打造法律服务人才综合性培训基地：常态化开展律师培训，包括促进国际法律人才交流和培训、举办青年律师及申请律师执业人员培训和律师继续教育培训；与深圳大学法学院合作建立深圳律师研究院，组织律师服务创新研究与推广，促进律师业务发展。当时，该基地创建规划已得到司法部、全国律协等上级部门的充分认可，也有望列入2015年龙岗区重点建设项目。

我们方案中还提出，申请将龙岗区政府迎宾馆二楼免费作为基地的办公场地，设想建有能容纳800人的多功能报告厅、20多间会议室和教室、教员与学员宿舍、食堂等等，涉及改造、筹建、工程建设等费用。但是，囿于种种原因，该基地项目最终没有落地，很是遗憾。但可以说，该基地的设想是很有战略性和综合性的，我们的探索和努力会是成功路上的试金石。

立足现在新篇

深圳律师学院，是经深圳市司法局批准设立从事法律教育培训业务的非营利性机构，隶属于深圳市律师协会，致力于律师培育，为律师行业发展打造专业研发、职业进阶、培训管理、合作交流的信息化教学研平台，建立科学、完善的培训管理体系，为提高深圳律师专业素养和业务水平提供专业化服务。

深圳律师学院运用信息化、实践型、创新性的知识管理教学机制，实行“专业指导+实践引领+平台服务”三位一体的培训模式，打造“深圳律师人才培养”“法务管理与多元化社会发展”“国际化法律教育合作交流”“专项法律研究实验室”等专业教学研究体系，融合相关社会组织及社会企业，建设以培养专业深圳律师人才为基础的应用型律师教育培训机构。



采访对象：尹成刚

深圳律师学院常务副院长、
深圳市律师协会副会长

Q：深圳律师学院的办学宗旨是什么？在教育资源上获得哪些支持？

A：学院以“开展深圳律师行业业务与服务技能、职业道德与纪律、党建、律所规范化管理等方面的职业培训和相关法治建设、法治创新和行业教育课题研究；建立科学、完善的培训教育体系；创办规范化、专业化、市场化、品牌化、国际化的律师学院；培养高层次、复合型、应用型法律专门人才和管理人才，建设结构合理的深圳律师队伍”为办学宗旨。

在教育资源上获得的支持比较有限，也将逐步寻求更有力更广泛的支持。首先，在司法局的支持下，

律师学院展开了切实有效的普法教育；其次，通过协会的30个专业委员会的现有资源，集合深圳本土法律精英，为学院奠定坚实的专业基础；再者，与国内重点法学院校深度合作，尤其是与西南政法大学校友会的合作，在学术及行业前沿职业生态两方面提升教育品质；学院还通过合作交流及教学研平台技术服务的拓展，与多名国内外知名法律专家建立战略合作关系。

Q：律师学院在运作方面，获得哪些好的经验，又有哪些有待加强的？

A：区别于其他重点省市的律师学院，深圳律师学院选择不依附于传统院校、不联合承办的独立创办模式，致力于打造国内标杆性实习律师岗前培训全流程教学研基地，融合创新性国际化人才需求及实践型本土化人才培养，为深圳律师提供信息化知识管理教学研服务平台，从而开启深圳律师学习力创新实践。但是，学院处于起始阶段，职业化教学体系尚未建立、学院的智库建设还相对薄弱，仍需要经费保障、师资资源等支持，希望随着学院运作越来越成熟能够逐步解决。

Q：律师学院在律师人才培养上的方向是什么？

A：律师学院关注涉外法律服务创新和专业人才培养，致力于培养高层次、复合型、应用型法律专门人才和管理人才，主要开展实习人员岗前培训、执业律师继续教育培训、律师党性锻炼以及司法部门委托



采访对象：江定航

深圳律师学院副院长、
深圳市律师协会副会长

的行业培训。

Q：律师学院和申执委、培训委发挥的作用有何联系？

A：过去，实习人员职前培训主要由协会申执委（申请律师执业人员工作委员会）负责，执业律师继续教育培训由职业培训委员会负责。现在，由律师学院和前述两个委员会及青工委共同承担行业人才培养的工作。针对实习人员的岗前培训，申执委自2017年创新性地加入户外拓展训练；加强实习人员党建工作，每期岗前培训成立临时党总支，从源头抓好政治引领，培训中融入党的规则和理念，进一步增强学员的党性意识；设置更加系统、全面的课程，增设了律师口才与提高技巧、律师职业精神修炼、涉外法律服务等多门课程。这些创新，律师



采访对象：方惠

深圳律师学院执行院长

Q：请您介绍一下律师学院成立两年多以来的办学情况。

A：律师学院成立两年多以来，一直努力地打造专业研发、职业进阶、培训管理、合作交流的信息化教学平台，探索学院发展道路。

在开展申请律师执业人员集中培训方面，共承办了13期，培训实习人员4643名。其中，2020年因疫情原因，开创线上在线直播培训，开展了5期线上培训，线上直播200场。针对实习人员集中培训该项常态化培训任务，律师学院主要从以下三方面开展工作：一是搭建培训服务平台。学院在协会内部原有的培训基础上，从讲师邀约、课程安排、课堂管理、课后反馈、组织团建、活动策划等一系列工作环节，结合流程化管理和精细化服务搭建一体化专业服务培训平台。二

学院也很好地延续着。

从教学大纲的设计和具体课程设置的关系来说，申执委、培训委发挥了基础性作用，而律师学院目前肩负了课程设计和师资资源链接的重任，希望律师学院能够与时俱进，在执行层面积极发挥能动性，使得培训的形式和课程能更多元，比如开展演讲比赛、职业生涯规划、业务实践与拓展等方面的课程。疫情期间，为保证实习人员和执业律师的培训不间断，律师学院通过开展线上培训发挥了很大的作用。因此，律师学院和申执委、培训委的联系是非常密切，互相补台、互相配合。希望律师学院能够在后续工作中，更加充分地调研了解行业培养人才的具体需求，就教学方面更加积极地与申执委、培训委充分沟通，共同提升服务水平。

是规范培训服务。律师学院制定培训服务工具包，按照前期筹备、职责分工、后勤配置、课堂管控、会务精要、活动细则、讲师及学员的沟通协调、危机公关等工作要求，形成标准化程序文件，做到规范化实行。三是组织文化建设。集中培训过程中举办各项团建活动，在培训的基础上拓展服务，包括为学员提供课余加班场地、举办沙龙分享等活动。

在承办协会内部培训活动方面，律师学院至今共完成267场协会常规专题讲座、研讨会、巡回培训、大型专题培训及青训营等培训相关活动，该类培训参加人数逾140万人次。通过与协会内部培训的浅层整合，律师学院以协办的方式，逐步调研每项培训的定位、需求、受众情况及讲师类型并开展培训效果评估工作，掌握协会内部培训动态并制定未来培训发展的方向。

律师学院在成立之初与南山区司法局签订了合作协议，为此，按照协议要求，针对南山律师及社区法律顾问组织开展培训共计34场，涉及公司、知识产权、刑事、税务、诉讼技能等专业知识和党建工作及党性教育等方面。

总结这两年多以来的办学情况，我们也积累了一

些有益的经验。

一是课程设置方面，打造职业培训全流程平台服务。学院结合国际律师教育经验，植根深圳本土化律师实践，设立实习人员集中培训、职业进阶、涉外法务、法务管理四个基本课程，层层递进，由点及面，将转化型学习的理念融合贯通于课程设置及教学方法，注重全面提升法律专业水平和培养社会责任感。概括来说，集中培训课程，为实习律师提供全流程培训服务，打造线上线下的学习服务平台；职业进阶课程，针对不同职业阶段，定期举办青年律师研修班、律所管理及团队带头人能力提升训练营等专题培训；涉外法务课程，跟进涉外领军人才库的建设，配套相对应的涉外法务理论、实务、管理研修课程；法务管理课程，融合深圳本土律所及法务公司的人才需求，通过联合办学及合作交流的课模式，为深圳律师提供实践型培训平台。

二是开展多方面合作交流，促进学院教学研模式的多样化开展。包括以下几项：通过联合职业技术学院，共同开发法务人才专项赋能课程，满足深圳本地律所人力需求；依托国内法学院校学术基础，优化学院特色化信息化平台技术；与国外院校共享教育及行业资源，通过专业学术及跨文化法律职业交流，努力

拓展涉外法律人才培养渠道；支持并协助法学研究机构，注重理论与实操有机结合，共同开展行业相关研究；融合社会组织、社会企业的改革，通过培训服务支持非营利组织的法务管理，并建立非盈利法务服务链接；建立企业法务培训联盟，协助企业建立规范化培训。

三是通过课堂检测和构建知识管理，提升学员学习效果。学院引进阿里钉钉系统及百度大数据管理系统，对课堂管理实现信息化检测，包括课前信息采集、课堂需求征集、课堂内容管理，搜集课堂情况记录，筛选比对课堂数据，建立课后反馈机制，对课堂知识点的落实及有效学习提供测评报告，以提升课堂品质，保证课堂学习效率。此外，学院还根据培训对象的差异性培训需求，分析、筛选、融合课程及课堂知识，又根据课堂测评报告进行知识点归集，为培训对象以点带面拓宽知识维度。

深圳律师学院不是社会办学，不能商业化运作，我们的所有运作行为都是公益的，发展经费上仅仅依托协会的部分会费，运作起来有一些难度，没有比较完善的场地和配套设施，办学条件比较简单，希望日后能获得坚实的资金支持、场地支持等，加之不断提升我们的培训服务水准，望能打造出学院的品牌效应。

着眼长远伟略

深圳律师学院作为深圳律师及准律师职业教育的一种模式，仅正式试炼了两年多，未来的路还很长远。潮平两岸阔，风正一帆悬，学院的发展及定位尚需丰满，冀望多方力量共同参与，朝着更加成熟的方向发展，不断完成向律师职业队伍输送人才的使命。



采访对象：林昌炽
深圳律师学院院长、深圳市律师协会会长

Q：您对律师学院将来的发展有什么样的憧憬？

A：设立“律师学院”是由第七届余俊福会长提出的，其时描绘了很有前瞻性的蓝图，经过八届、九

届以及我们十届的精心筹划和切实摸索，直到2019年1月正式挂牌设立。律师学院承载了几届协会工作团队的希冀和心血，至今成立两年多，也步上正轨了。看着学院从蓝图变为现实，我非常感慨，也很期待它的愿景能变成实景。

首先，律师学院的目标是培养一支政治素质高、与深圳粤港澳大湾区、先行示范区“双区”驱动定位相匹配的国际化的律师队伍，培养满足法治国家建设需求和深圳建设一流营商环境需要的法律人才，这个目标希望能逐渐达成。第二，走市场化、品牌化发展道路，“市场化”是深圳最显著的特色，坚持市场化的思维，才能使学院有活力；创建在行业内社会上良好声誉的专业培训品牌，是学院运营管理应该追求的目标。第三，能得到政府的经费支持。协会近两年来不断争取市委、市政府出台律师业扶持政策，其中提出将律师继续教育与实习人员培养纳入政府财政

预算，以律师的高质量发展反作用于经济、社会的发展；第四，有一定规模的稳定的办学场地。幸得南山区司法局的大力支持，学院有了办学场所，但现时场地面积与行业的培训规模和需求还不相适应，希望将来能建成校园式的学院，建有法律人文气息的建筑，拥有一支优秀的专职教员队伍，编有体系化课程的专用教材等等。第五，取得教育主管部门的办学许可，成为真正意义上的培训机构，这是学院得以长治久安的关键，是将来走市场化运营道路的硬核。第六，加挂深港律师学院的牌子，采取“一体化”运营。这需要加深与香港律师界的联系与合作。第七，注重律师行业党校的运作，律师学院与律师行业党校是同时挂牌的，两者的关系好比“落霞与孤鹜齐飞，秋水共长天一色”，党校是提高律师政治觉悟和思想道德素质的熔炉，学院是提升律师执业能力和职业素养的平台，两者共同发挥好作用便相得益彰。



采访对象：杨道
深圳律师学院副院长、深圳市律师协会副会长

Q：您对学院在青年律师培养方面有哪些建议和期许？

A：学院成立以后，在疫情期间开展网上直播课，有一些针对青年律师提升执业能力的课程，并且与协会青工委共同合办了几期青年律师研修班。在青年律师培养方面，希望学院将来能有更积极的作为。第一，希望与协会青工委有更深度的合作，对青年律师开展更全面的培训。除了提升业务能力的内容，建议开设职业形象塑造、专业语言运用、与客户沟通接洽的技巧等等提升“软实力”的课程。这些软实力是律师自

我营销的重要展现，在一定程度上影响委托人交付的决定。目前，青年律师比较欠缺这方面的专业培训。第二，建立青年律师与律所求职人才的双向畅通渠道。一方面，从求职角度来为青年律师提供了解律所、了解团队的平台，有不少想要转所的青年律师，因为缺乏相应的渠道和较全面的信息，浪费很多时间进行遴选，甚至寻求新的团队时颇费周折，若能建立平台给予律所、团队充分的展示，也就给予青年律师充分的指引和帮助；另一方面，可从用才的角度来实现青年律师人才的连接，针对律所的招聘需求，定向推荐适合的青年律师。第三，培养辅助律师工作的人才，尤其是法律秘书。法律秘书目前大多就职于公安、检察、法院等机关，但律所其实也很需要这类人才，协助律师或律师团队进行工作计划管理、案件管理等工作。学院培训的对象可以扩大，还可以考虑接受律所的资助，为律所定向培养这类岗位的专业人才。

阿里巴巴

被行政处罚案件的法律思考。

○冯江* 广东百利孚律师事务所

2021年4月10日，国家市场监督管理总局公布了对阿里巴巴集团控股有限公司（以下简称“阿里巴巴集团”）滥用市场支配地位案的处罚决定^①。该决定认定阿里巴巴集团实施的“二选一”行为构成滥用市场支配地位，依法处以182.28亿元的罚款。该案引起了社会普遍的关注。

一、“二选一”行为的性质

经查，国家市场监督管理总局认定阿里巴巴集团在中国境内网络零售平台服务市场具有支配地位。自2015年以来，阿里巴巴集团借助市场力量、平台规则、数据、算法和多种奖惩措施，对平台内商家提出“二选一”要求，禁止平台内商家在其他竞争性平台开店或参加促销活动，获取不正当竞争优势，排除、限制了相关市场的竞争，妨碍了商品服务和资源要素自由流通，侵害了平台内商家的合法权益，损害了消费者利益。

“二选一”是对电商平台独家交易协议等行为的通俗说法，一般是指电商平台通过各种手段阻止商家进驻其他电商平台的行为。虽然电商平台缺乏对消费者的控制力，但对商家具有锁定效应，因此，对商家或明或暗的“二选一”行为便成为电商平台经常采用的竞争手段。

“二选一”包括合意性“二选一”和强制性“二选一”。合意性“二选一”是指平台和商家双方在互相尊重和完全自愿的情况下达成的独家交易协议，一般不涉嫌违法。强制性“二选一”是指电商平台利用自身的市场支配地位和手段迫使商家“选边站”的独家交易等行为。商家反映强烈的多是指强制性“二选一”，一般具有较大的违法嫌疑。《反垄断法》《反不正当竞争法》和《电子商务法》等法律法规对“二选一”行为作出了规制。

二、《反垄断法》对“二选一”行为的规制

（一）相关市场的界定

尽管界定相关市场并非任何反垄断案件中竞争分析的必经程序，但是，根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》规定，界定相关市场对识别

竞争者和潜在竞争者、判定经营者市场份额和市场集中度、认定经营者的市场地位、分析经营者的行为对市场竞争的影响具有重要的作用。所以，相关市场的界定是作为分析阿里巴巴集团“二选一”行为是否涉嫌滥用市场支配地位行为的起点。

1. 相关商品市场。根据行政处罚决定书，受阿里巴巴集团“二选一”行为直接影响的主体有两类，一是竞争对手的其他电商平台，二是平台内选择受限的商家。如果是平台内商家的举报或诉讼，只涉及单边市场，相关商品市场界定为平台内商家主营商品的零售市场。如果是竞争对手的举报或诉讼，涉及双边市场，是同业竞争者，因而没有界定两边市场的必要，但只需界定其中一边市场，为不同类别商家提供的网络零售平台服务属于同一相关商品市场，故相关商品市场整体界定为网络零售平台市场。

2. 相关地域市场。中国境内网络零售平台市场与境外市场不具有紧密替代关系，故相关地域市场界定为中国大陆地区。

（二）市场支配地位的认定

市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。根据《反垄断法》第十八条、第十九条，《电子商务法》第二十二条及国家市场监督管理总局《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第十一条规定，认定电商平台经营者具有市场支配地位应重点考虑以下因素：

1. 市场份额

《反垄断法》第十九条规定，一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的，即可以推定该经营者具有市场支配地位。根据行政处罚决定书，2015-2019年期间，阿里巴巴集团网络零售平台商品交易额在中国境内网络零售商品交易总额中，份额分别为76.21%、69.96%、63.58%、61.70%、61.83%，已经超过二分之一。

2. 网络零售平台市场竞争状况

相关市场竞争状况重点考虑的是现有竞争者的数量、市场份额、资金技术实力。根据行政处罚决定

* 冯江律师，系第十届深圳市律师协会公平交易法律专业委员会主任。

① 国市监处〔2021〕28号行政处罚决定书，文中简称“行政处罚决定书”。

书，2015—2019年，中国境内网络零售平台服务市场的HHI指数（赫芬达尔—赫希曼指数）分别为7408、6008、6375、5925、5350，CR4指数（市场集中度指数）分别为99.68、99.46、98.92、98.66、98.45，显示相关市场高度集中，同业竞争者数量较少。

3. 对网络零售平台市场的控制能力

第一，阿里巴巴集团具有控制服务价格的能力。阿里巴巴集团在与平台内商家的商业谈判中，通常以格式合同方式，直接规定交易佣金费率和年度营销推广费支出水平，平台内商家谈判能力较弱。第二，阿里巴巴集团具有控制平台内商家获得流量的能力。其通过制定平台规则、设定算法等方式，决定平台内商家和商品的搜索排名及其平台展示位置，从而控制流量，对平台内商家的经营具有决定性影响。第三，阿里巴巴集团具有控制平台内商家销售渠道的能力。阿里巴巴集团经营的淘宝和天猫平台商品交易额在中国境内网络零售商品交易总额中占比超过50%，是商家开展网络零售最主要的销售渠道，与阿里巴巴集团签订“二选一”独家交易协议的商家数量之庞大可以作为衡量电商平台市场控制力的指标之一。

4. 雄厚的财力和先进的技术条件

第一，阿里巴巴集团具有雄厚的财力。2015—2019年，阿里巴巴集团净利润年均增长率24.1%，市值从2015年12月的1.32万亿元增长至2020年12月的4.12万亿元，强大的财力可以支持其在相关市场及关联市场的业务扩张。第二，阿里巴巴集团具有先进的人工智能技术，并建立了相应的安全系统。阿里巴巴集团凭借进入网络零售平台服务市场的先发优势，积累了大量的平台内商家和消费者，拥有海量的交易、物流、支付等大数据，大数据的规模效益具有递增效应，对比其他竞争性平台优势明显。

5. 商家在交易上高度依赖阿里巴巴集团

第一，阿里巴巴集团平台对平台内商家具有很强的路径依赖、网络效应和锁定效应。证据表明，阿里巴巴集团平台拥有大量消费者用户，且平均消费水平远超其他竞争性平台。同时，其消费者用户黏性很强，跨年度留存率达98%。因此，阿里巴巴集团对平

台内商家具有很强的跨边网络效应和锁定效应，商家的销售额高度依赖电商平台的庞大消费者群体和巨大流量。第二，阿里巴巴集团平台是品牌形象展示的重要渠道，经营者和消费者对其拥有很高的认可度。第三，平台内商家从阿里巴巴集团平台转换到其他平台的成本很高。平台内商家积累的用户和数据是重要资源和无形资产，难以迁移到其他竞争性平台。

6. 网络零售平台市场的进入难度大

进入网络零售平台服务市场不仅需要投入大量资金建设平台，建立物流体系、支付系统、数据系统等设施，还需要在品牌信用、营销推广等方面持续投入，进入相关市场成本较高。与阿里巴巴集团建立“二选一”独家交易关系的商家越多，越能提高其商业吸引力，吸引更多的消费者从而增强其市场势力，而这种市场势力又更有利于电商平台与其他商家达成独家交易，最终导致市场发展成为“赢家通吃，一家独大”的局面。

7. 阿里巴巴集团在关联市场具有显著优势

阿里巴巴集团在物流、支付、云计算等领域进行了生态化布局，为其网络零售平台服务提供了强大的物流服务支撑、支付保障和数据处理能力，进一步巩固和增强了阿里巴巴集团在关联市场的市场力量。

综上，市场监管总局根据《反垄断法》第十八条、第十九条规定，认定阿里巴巴集团在中国境内网络零售平台服务市场具有支配地位。

（三）滥用市场支配地位行为的认定

“二选一”限制了市场交易行为，损害市场竞争秩序。本质上这是一种通过限制商家的选择权，来封锁、排斥竞争对手的行为，遏制在位竞争者的发展，影响潜在竞争者进入市场，阻碍了资源和信息自由流动，排除和限制了市场竞争。

“二选一”行为损害了其他竞争对手平台、商家和消费者的利益。互联网平台的商家有权同时在多个互联网电商平台开展经营活动，“二选一”使得互联网电商平台的商家被迫放弃与其他电商平台合作，强迫商家放弃一部分经营利益。对消费者来说，无法通过单独一个电商平台获得足够的公平交易权和交易选择权。互联网电商平台之间的竞争被削弱，损害了消费者的福利。

行政处罚决定书阐明，国家市场监督管理总局认定阿里巴巴集团在中国境内网络零售平台服务市场实施“二选一”行为违反《反垄断法》有关规定，构成滥用市场支配地位的行为。

三、《反不正当竞争法》对“二选一”行为的规制

《反不正当竞争法》第十二条规定：“经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：1. 未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；2. 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；3. 恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；4. 其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”

市场监管总局公布的2018年查处不正当竞争行为典型案例之一的浙江海盐查处嘉兴市洞洞网络科技有限公司利用网络技术手段妨碍竞争案，就是一个外卖平台利用技术手段迫使商家“二选一”的典型案例。其违反了《反不正当竞争法》第十二条第二款第（二）项的规定，构成不正当竞争行为。因此，《反不正当竞争法》第十二条是规制互联网领域“二选一”行为的有力武器。

四、《电子商务法》对“二选一”行为的规制

《电子商务法》第二十二条规定：“电子商务经营者因其技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素而具有市场支配地位的，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。”该条规定有利于解决认定电子商务经营者是否具有市场支配地位的困境，强调电子商务经营者不得实施滥用市场支配地位行为，同时起到宣示和引导作用。

《电子商务法》第三十五条规定：“电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内商家在平台内的交易、交易价格以及与

其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内商家收取不合理费用。”该条规定主要是针对电商平台内中小商家的保护，避免电商平台滥用相对优势地位行为欺凌商家，同时也保护与电商平台交易的其他经营者。

五、规制“二选一”行为适用的法律和维权方式

（一）适用《反垄断法》和维权方式

受害者（包括商家、消费者等）可以依照《反垄断法》规定向反垄断执法机构举报，反垄断执法机构有权对电商平台涉嫌“二选一”行为立案调查，如果电商平台实施的“二选一”行为违反《反垄断法》，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。违反《反垄断法》的处罚责任较重。

受害者（包括商家、消费者等）可以直接向法院提起反垄断损害赔偿诉讼。《反垄断法》第五十条规定：“经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。”受害者更需要的是获得赔偿来弥补损失。但是，需要受害者证明电商平台的相关市场范围，证明涉嫌电商平台具有市场支配地位、实施了滥用市场支配地位行为，证明“二选一”行为与损害赔偿之间的因果关系。对受害者来说，处于弱势，举证责任较重，导致受害者在反垄断损害赔偿诉讼中，因举证不能而败诉情形的占大多数。因此，直接向法院提起反垄断损害赔偿诉讼，需要考虑诉讼风险较大。

受害者（包括商家、消费者等）向法院提起反垄断后继损害赔偿诉讼。即在电商平台“二选一”行为被反垄断执法机构行政处罚之后，提起行政处罚后的后继损害赔偿诉讼。以往的诉讼实践中，由于行政处罚决定书所披露的信息有限，记载事项的范围存在争议，人民法院一般会认可行政处罚决定，但并不能减轻受害者的举证责任，尤其是损害赔偿的举证责任。因此，导致受害者在诉讼中因举证不能而败诉的情形不少。希望下一步市场监管总局与最高人民法院能够建立反垄断执法协调机制，使得行政处罚与后继损害赔偿诉讼衔接机制逐步畅通，不断完善。

（二）适用《反不正当竞争法》和维权方式

与《反垄断法》相比，《反不正当竞争法》第十二条的适用门槛较低，不需要证明涉嫌电商平台具有市场支配地位。与《电子商务法》相比，《反不正当竞争法》第十二条适用范围更广，不限于电子商务领域，适用于所有互联网领域。因此，依据《反不正当竞争法》规制电商平台的“二选一”行为有着一定的优势。

受害者（包括商家、消费者等）可以向市场监管机构投诉举报，市场监管机构有权对电商平台涉嫌“二选一”行为立案调查，依照《反不正当竞争法》第二十四条规定予以处罚。

《反不正当竞争法》第十二条对于“二选一”等行为的规制也有局限性，仅限于规制通过“技术手段”实施的互联网不正当竞争行为。在“二选一”的实施方案上，电商平台多数是通过下架商品、屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、中断、消减和拖延商家在平台上的交易等隐蔽技术手段迫使商家就范。对于商家而言，还有可能是事前格式合同约定或者交易规则制定被“自愿”接受的，有可能超出“技术手段”范围。这导致市场监管机构的调查取证工作可能存在一定的困难。

《反不正当竞争法》另一不足之处是行政处罚责任较轻。其第二十四条规定，被认定为不正当竞争行为，由市场监管机构责令停止违法行为，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。

（三）适用《电子商务法》和维权方式

《电子商务法》第二十二规定为市场监管机构和人民法院提供了判断电商平台是否具有市场支配地位因素，有利于解决认定电商平台的市场支配地位的困境。但是，不足之处是在适用时，需要转至适用《反垄断法》关于滥用市场支配地位第十七条、第十八条和第十九条规定。

虽然《反垄断法》第十七条可以适用于所有领域的经营者，但需要证明经营者具有市场支配地位为前提条件，门槛较高。《电子商务法》第三十五条适用主体仅限于在电子商务领域的经营者，鉴于证明滥用市场支配地位存在一定困难，《电子商务法》第三十五条可以在无需证明市场支配地位的前提下，对

排除限制竞争行为进行规制，弥补了《反垄断法》的高门槛问题，《电子商务法》第三十五条为市场监管机构和人民法院提供了更加可行的判断标准。

受害者可以向市场监管机构投诉举报，市场监管机构有权对电商平台涉嫌“二选一”行为立案调查，依照《电子商务法》第八十二条规定予以处罚。但《电子商务法》不足之处同样是行政处罚责任较轻。

（四）适用法律和维权方式的选择

对于被迫“二选一”的电商平台内的商家，《电子商务法》《反不正当竞争法》都可以作为法律武器。受害者（包括商家、消费者等）可以依照《电子商务法》《反不正当竞争法》向市场监管机构举报，如果市场监管机构对电商平台予以行政处罚，受害者可以考虑提起行政处罚后的后继损害赔偿诉讼。与受害者直接向电商平台提起损害赔偿诉讼相比较，后继损害赔偿诉讼的风险比直接提起损害赔偿诉讼风险小得多，不失为一种可选择的维权方式。但是，后继损害赔偿诉讼需要先经过行政调查和行政处罚程序，还有人民法院诉讼程序，存在行政程序风险和诉讼程序风险，程序繁琐，周期较长，这是其不足之处。

对于“二选一”造成竞争损害的经营者（包括竞争对手、其他经营者等），运用《反垄断法》，可能是一个较合适的反击手段。受到损害的经营者有权向市场监管机构（包括反垄断执法机构）举报，如果反垄断执法机构对电商平台予以行政处罚，受到损害的经营者可以考虑提起行政处罚后的后继损害赔偿诉讼。

对于“二选一”造成损害的广大消费者，在维权方式上，广大消费者可以依照《电子商务法》《反不正当竞争法》和《反垄断法》向市场监管机构（包括反垄断执法机构）举报，如果市场监管机构对电商平台予以行政处罚，可以考虑提起行政处罚后的后继损害赔偿诉讼，广大消费者可以采用集体诉讼方式。消费者组织也可以考虑代表广大消费者提起行政处罚后的公益诉讼。

综上所述，受到损害的商家、消费者和竞争对手等如何选择适用《电子商务法》《反不正当竞争法》和《反垄断法》以及选择不同的维权方式，各有利弊，需要根据具体案情综合考虑。



《网络直播营销管理办法（试行）》 对直播行业的影响

○易怀炯 洪瑞成 泰和泰（深圳）律师事务所

2021年4月23日，国家互联网信息办公室、公安部、商务部、文化和旅游部、国家税务总局、国家市场监督管理总局、国家广播电视总局（以下简称“七部门”）为加强网络直播营销管理联合发布《网络直播营销管理办法（试行）》（以下简称《管理办法》）。《管理办法》对直播营销平台、直播间运营者、直播营销人员、直播营销人员服务机构的直播营销活动提

出一定要求，并定于2021年5月25日开始施行。本文将分析《管理办法》对直播营销活动的影响。

一、主体界定

《管理办法》将开展直播营销活动的主体划分为直播营销平台、直播间运营者、直播营销人员、直播营销人员服务机构，并于第2条第2至5款规定：“直

播营销平台，是指在网络直播营销中提供直播服务的各类平台；直播间运营者，是指在直播营销平台上注册账号或者通过自建网站等其他网络服务，开设直播间从事网络直播营销活动的个人、法人和其他组织；直播营销人员，是指在网络直播营销中直接向社会公众开展营销的个人；直播营销人员服务机构，是指为直播营销人员从事网络直播营销活动提供策划、运营、经纪、培训等的专门机构”。

而就直播营销平台，《管理办法》第2条第2款于界定后进行了进一步的列举，明确包括互联网直播服务平台、互联网音视频服务平台、电子商务平台。需要注意的是，《电子商务法》出台后，就开展直播营销的平台是否构成《电子商务法》第9条规定的电子商务经营者以及《消费者权益保护法》第44条网络交易平台提供者存在一定争议。例如，北京互联网法院（2019）京0491民初26890号《民事裁定书》依照《电子商务法》第9条第2款认为，尽管原被告双方签订买卖合同系发生于“快手短视频”，但“快手短视频”平台是社交平台，不是电子商务平台。前述问题并未伴随着《管理办法》的出台而得到解决，从《管理办法》第1条及第2条第2款前部的规定来看，应当认为直播营销平台构成电子商务经营者及网络交易平台提供者。但从《管理办法》第2条第6款的规

定来看，七部门显然不认为开展直播营销的平台必然构成电子商务经营者，类推来看，亦不认为直播营销平台必然构成网络交易平台提供者。

我们认为，平台设置（有无自设的交易版块、跳转服务及直播弹窗）、平台规则、API接口开放情况、获利情况、平台对交易的控制程度等等因素均系判断直播平台是否构成电子商务经营者及网络交易平台提供者需要考虑的。如快手、抖音等直接于平台内设置交易版块（店铺、商品浏览）的平台，显然构成电子商务经营者及网络交易平台。而并未设置交易版块的平台，则应依照其他因素进一步判断是否构成电子商务经营者及网络交易平台。因此，直播平台应关注后续的执法及司法动态，了解自身负有的合规义务并主动遵守。

二、直播营销平台的合规意义

值得注意的是，《管理办法》分别通过第2章及第3章专门划定了直播营销平台以及直播间运营者和直播营销人员的义务。无论从条文数量还是具体义务来看，直播营销平台的义务显然更重。

从规定来看，直播营销平台负有建立合规机制及措施（包括但不限于网络和数据安全、营销行为规范、个人信息保护）、配备直播内容管理专业人员、制定管理规则及平台公约等义务。具体如下表所示^①：

《管理办法》第2章规定的合规义务			
条款	义务	条款	义务
第5条	备案、评估及取得许可	第10条	风险识别、控制及警示
第6条第1款	建立合规机制及措施	第11条	导流服务的责任和义务
第6条第2款	配备内容管理专业人员，具备维护内容安全的技术能力，技术方案符合国家标准	第12条	未成年人保护
第7条第1款	制定并公开管理规则及平台公约	第13条	虚拟形象安全评估及标识
第7条第2款	直播营销人员服务机构、直播间运营者规范	第14条第1款	建立分级管理制度，采取适当措施
第7条第3款	制定直播营销商品和服务负面目录	第14条第2款	违法违规处置、记录及报告
第8条第1款	身份认证及报送	第14条第3款	建立黑名单制度
第8条第2款	直播营销人员动态身份核验	第15条	投诉举报机制及协助义务
第9条	直播营销信息内容管理	第16条	提示及代扣代缴义务

^①详见《网络直播营销管理办法（试行）》第2章。

诸如信息安全管理、营销行为规范、未成年人保护、消费者权益保护、个人信息保护、网络和数据安全管理等方面，《管理办法》的规定过于宽泛，因此直播营销平台显然应该关注《网络安全法》《电子商务法》等法律、行政法规、国家标准及行业标准。值得注意的是，《数据安全法（草案）》《个人信息保护法（草案）》均已提请审议，近期很可能通过，通过后亦系直播营销平台经营管理过程中应着重关注的对象。

举例说明，《管理办法》第7条第2款要求“直播营销平台应当与直播营销人员服务机构、直播间运营者签订协议，要求其规范直播营销人员招募、培训、管理流程，履行对直播营销内容、商品和服务的真实性、合法性审核义务”。不难看出，相关规范及审核义务实质上是负担在直播间运营者或直播营销人员服务机构上的。

但是根据《电子商务法》第38条的规定，直播营销平台明知或应知销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要措施的，应与直播间运营者或直播营销人员服务机构承担连带责任。结合《管理办法》第2章要求，直播营销平台建立或采取的信息发布审核、实时巡查等机制、措施，直播营销平台证明自身不明知或不应知的难度是相当大的。因此，《管理办法》第7条第2款的规定并不免除直播营销平台基于《电子商务法》应承担的责任，直播营销平台仍应就直播营销内容、商品和服务的真实性、合法性进行适当审核。

再如，《管理办法》第9条第2款规定，“直播营销平台应当加强直播间内链接、二维码等跳转服务的信息安全管理，防范信息安全风险”，并结合第15条第2款的规定，“消费者通过直播间内链接、二维码等方式跳转到其他平台购买商品或者接受服务，发生争议时，相关直播营销平台应当积极协助消费者维护合法权益，提供必要的证据等支持”。这就使得直播营销平台可能需要依照《消费者权益保护法》就跳转服务负担一定的义务。譬如，《消费者权益保护法》第44条就规定：“消费者通过网络交易平台购买商

^②参见：解正山《数据泄露损害问题研究》，载《清华法学》2020年第4期。

品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿；网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺的，应当履行承诺。网络交易平台提供者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的，依法与该销售者或者服务者承担连带责任。”

对此，我们认为直播营销平台应结合跳转服务的具体模式予以区分对待。一方面，对于直播营销平台主动接入的SDK，主动设置的弹窗、链接及二维码等跳转服务，直播营销平台负有较高的信息安全保护义务^②，应通过协议、制度、措施确保第三方足以遵守相应的保护义务。个人敏感信息传输时，应根据法律规定再次告知数据主体并征得同意。同时，直播营销平台应对对于跳转后的平台进行审查，必要时（如探针埋点识别到的跳转数量较大）还应就跳转后的商品、服务、销售者或服务者的基本信息（包括真实名称、地址和有效联系方式等）进行审查。

另一方面，原则上直播营销平台应通过协议、管理规则等方式，排斥直播间运营者及直播营销人员私自设置的链接及二维码等跳转服务。从我们的实践经验来看，直播间运营者及直播营销人员在营销行为规范遵守、未成年人保护、消费者权益保护、个人信息保护等方面的意识和能力是有所欠缺的。排斥私自设置跳转服务，既可以避免前述主体的不当引流造成平台流量流失，也可以确保直播及相关行为处于平台的控制之下。

最后，《管理办法》第14条还要求直播营销平台针对直播间运营者建立分级管理制度，并根据级别确定服务范围及功能，对重点直播间运营者采取安排专人实时巡查、延长直播内容保存时间等措施。其中“交易量和金额”系分级管理制度的重要指标。这就要求直播营销平台采取必要的措施，对相关数据予以采集，并作为分级的重要依据，倘若直播

平台未对跳转服务有较好的把控，这显然是难以实现的。值得注意的是，延长直播内容保存时间被明确提出。考虑到《管理办法》的出台目的，特别在付费引流及直播内容可能构成商业广告的情况下，直播平台是否应“将直播内容视作《电子商务法》第31条发布的商品和服务信息，并在确保完整性、保密性、可用性的情况下，自交易完成之日起保存不少于三年”存在争议。对此，我们建议平台应对《管理办法》实施后的执法及司法动态予以密切关注。

至于直播平台基于其他方面应尽的义务（如《管理办法》第12条规定的未成年保护机制），大平台基本上已按照相关要求予以建立，其他平台可适当参照大平台的处理机制予以处理，本文不予赘述。

三、直播间运营者和直播营销人员的合规义务

从《管理办法》第3章的规定来看，直播间运营者和直播营销人员也应负担一定的合规义务。例如，直播营销人员及直播间运营者应年满16周岁。发布内容应符合法律法规和国家有关规定，不得含有违法和不良信息，不得以暗示等方式误导用户。

另外，《管理办法》第19条（对应《广告法》）、第21条（对应《电子商务法》第39条第2款）、第22条（参照《电子商务法》第27条第1款、《消费者权益保护法》第45条第1款）、第23条（对应《消费者权益保护法》）实质上要求直播间运营者、直播营销人员遵照《广告法》《电子商务法》《消费者权益保护法》履行义务，这显然有利于进一步明确营销及交易中各方的权利义务关系。

当然，部分直播内容还是存在比较明显的违规现象的，因此我们建议直播间运营者和直播营销人员主动对直播内容、商品、服务、营销文案、布景、着装等部分进行审查。同时，我们发现，部分直播平台所采取的措施并不能有效防止未成年人进入特定直播间，这一方面可能会损害未成年人的身心健康。另一方面，由于未成年人民事行为能力的不足，在交易未获代理人同意、追认的情况下，可能会导致直播间运营者和直播营销人员的损失，这在直播营销的内容是定制商品或服务的情况中尤为明显。因此，我们建议，直播营销中包含可能影响未成年人身心健康内容的，

直播间运营者和直播营销人员应主动提示（聊天窗口、弹幕提示或直播营销人员直播时提醒）。同时，应主动提示用户购买商品或服务应具备相应的民事行为能力。

整体来看，《管理办法》显然主要针对直播营销平台、直播间运营者、直播营销人员提出了要求，而直播营销平台的义务又较直播间运营者及直播营销人员的义务更重。对于直播营销人员服务机构则未列专门的章节予以规定，而是于前述主体的相关规定中一笔带过。

四、《管理办法》的作用和意义

从《管理办法》第4章的规定来看，除了明确有关部门需要开展监督检查活动、推动行业自律，且直播营销平台应当对监督检查予以配合外，似乎并未具体说明直播营销平台、直播间运营者、直播营销人员、直播营销人员服务机构应承担的法律责任。尽管如此，《管理办法》绝对不是没牙的老虎。

首先，《网络安全法》《电子商务法》《广告法》《消费者权益保护法》等法律、行政法规和国家有关规定早已划定相应的法律责任，此次《管理办法》的出台，更多是明确相关组织及个人应尽的义务。

其次，在以往的执法实践中，各部门执法所依照的规定都不自觉会延续既往的习惯。譬如，公安部门往往依照《网络安全法》，市场监管部门则往往依照《消费者权益保护法》，尽管违法违规事实是一致的，但不同部门所适用的法律可能截然不同。更不要说《电子商务法》《广告法》等能否直接适用于直播营销活动存在争议的法律，在各部门的执法过程中分歧肯定更大。《管理办法》的出台，意味着各部门间联合开展专项整治及执法活动将更为有序。如《电子商务法》第76条第2款与《网络安全法》第64条两罚则在适用上的分歧，或可进一步得到解决。

最后，从目前各个与互联网相关的专项整治行动来看，行业监管势必不断加强。以往未激活的罚则，未来被激活的可能性将大大提高。同时，也是为了出师有名，《管理办法》较为充分地展现了七部门对于直播营销平台、直播间运营者、直播营销人员在直播营销活动中主要应尽的合规义务的态度。因此，相关企业及从业人员应提前做好布局，尽早开展相应的合规工作。

POLICE

浅析袭警罪

○秦建军 北京市盈科（深圳）律师事务所

2021年3月1日，《中华人民共和国刑法修正案（十一）》实施。其第三十一条规定：“将刑法第二百七十七条第五款修改为：‘暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；使用枪支、管制刀具，或者以驾驶机动车撞击等手段，严重危及其人身安全的，处三年以上七年以下有期徒刑。’”即，暴力袭警由刑法第二百七十七条原第五款中妨害公务罪的从重处罚情节独立为“袭警罪”^①并配置独立的法定刑。2021年3月，杭州市下城区人民法院以袭警罪判处被告人高某有期徒刑一年三个月，该案成为《刑法修正案（十一）》施行后全国首例袭警罪案件^②。

本文通过袭警罪的构成要件、认定中应注意的问题等维度全面解读袭警罪，以期对该罪名予以准确适用，不足之处恳请读者指正。

一、袭警罪的构成要件

（一）犯罪客体为复杂客体，即不仅损害民警

的人身、财产权利，同时侵犯公安机关的执法权威、尊严和公信力，扰乱国家正常的警务秩序^③。但犯罪客体的侵害程度并不一定能成为评判行为是否构成犯罪的核心因素，认定某行为是否构成袭警罪，不能将暴力袭击行为产生的结果作为核心影响因素去评判是否构成袭警罪，即遭受暴力袭击的民警的伤情程度实质上并不影响某行为是否构成袭警罪，因为袭警行为不同于一般的故意伤害行为，不能仅以造成民警身体伤害作为入罪标准，对实施袭警行为虽未造成民警轻伤以上后果，但手段恶劣、情节严重，符合刑法第二百七十七条第五款规定的行为，仍以袭警罪处罚。若行为人并未对正在依法执行职务的民警实施暴力行为，而仅以暴力相威胁，或采用其他方法阻碍民警执行职务的，则不构成袭警罪，符合刑法第二百七十七条第一款规定的，以妨害公务罪定罪处罚。此外，根据刑法的谦抑性原则，袭警罪的设立并不意味着需要将轻微的袭警行为纳入刑法评价范围，未达到犯罪程度的警民冲突可依法予以治安管理处罚或纳入社会纠纷

① 2021年3月1日施行的最高人民法院、最高人民检察院关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定（七）。

② 开化县检察院《判了，男子持铁棍袭击民警获刑1年3个月》，载于新浪网，访问于2021.4.20，网址：https://weibo.com/u/5973015599?refer_flag=1001030103_&is_all=1&is_search=1&key_word=%E7%94%B7%E5%AD%90%E6%8C%81%E9%93%81%E6%A3%8D%E8%A2%AD%E5%87%BB%E6%B0%91%E8%AD%A6#_0。

③ 彭勇《正确把握袭警罪设立的必要性及法律适用》[J].法制与社会,2021年3月25日出版,09期,第40-41页。

解决机制^④，不宜追究行为人的刑事责任，以体现宽严相济的刑事政策。

(二) 犯罪客观方面，行为人实施了暴力袭击的行为。认定本罪的核心因素是行为人须对民警实施了暴力袭击的行为。袭击表明暴力行为针对的受体明确，且袭击行为的发起主动，暴力袭击行为需具有导致危害后果发生的现实危险性和紧迫性。

(三) 犯罪主体是一般主体，即达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。

(四) 犯罪主观方面是故意，包括直接故意或间接故意。暴力需经由意志指向“依法执行职务的人民警察”，而过失因缺乏意志的指向而不被追究刑事责任。关于袭警罪的故意内容，首先要求行为人对“自身行为属于暴力且暴力指向依法执行职务的民警”具备认识，意志上对“依法执行职务的民警被暴力袭击”持积极或放任的态度。实践中需严格区分以攻击、伤害民警人身为目的的暴力袭击行为和以抗拒执法为目的的反抗行为，前者主观恶性和人身危险性更大，涉嫌袭警罪，而后者虽伴有一定程度的撕扯、蹬踹等暴力行为，但其社会危害性较小、程度较低，可不以袭警罪论处。

二、认定袭警罪需注意的问题

(一) 关于新法的时间效力

根据刑法第十二条规定的“从旧兼从轻原则”，若行为人的暴力袭警行为发生在2021年3月1日《刑法修正案（十一）》实施前，但在2021年3月1日后尚未处理或正在处理的，仍适用刑法第二百七十七条第一款、原第五款关于妨害公务罪的规定。

(二) 关于对“暴力袭击”的理解

2020年1月10日公布并实施的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见》^⑤（以下简称《指导意见》）第一条将“暴力袭击”界定为以撕咬、踢打、抱摔、投掷或打砸、毁坏、抢夺民警正在使用的警用车辆、警械

等警用装备方式对民警人身进行攻击。

(三) 关于对“正在依法执行职务”的理解

1. “正在”依法执行职务，是指民警在规定的地点、依法执行公务行为，一般情况下是指民警在正常上班时间执行公务的行为。但上述《指导意见》第五条规定：“民警在非工作时间，依照《中华人民共和国人民警察法》等法律履行职责的，应当视为执行职务。”

2. “依法执行职务”，指职务的执行在实体、程序上均须合法，而判断合法应以行为时的具体状况为基础客观判断^⑥，即：（1）民警具有执行该职务的权限，执行职务应当在其法定职权范围内，如果民警的行为明显超过其权限范围，则该行为丧失合法性的基础，就不能认定民警是在依法执行职务；（2）民警执行职务的行为符合法定的条件、方式与程序，即民警的职务活动应在法定条件下进行，否则不能要求法律对其职务行为提供保护；（3）民警执行职务应基于正当目的，基于国家、集体或公民个人合法权益的需要，如民警假借职务之名行违法之实，则应否定该民警职务行为的合法性。但上述条件并不意味着要求执行职务的行为不存在任何瑕疵，如未及时出示证件、言语存在粗暴之处等，相对于被告人的严重妨害公务、直接侵权行为，一般的程序瑕疵不足以构成行为人无罪抗辩的理由。

(四) 关于对“人民警察”的界定

我国现行《人民警察法》第二条第二款规定：“人民警察包括公安机关、国家安全机关、监狱、劳动教养管理机关的人民警察和人民法院、人民检察院的司法警察。”若行为人袭击的对象不是人民警察而是其他国家机关工作人员，则不构成袭警罪。

(五) 关于警务辅助人员（辅警）能否成为袭警罪保护的对象的意见

截至2021年4月20日检索国家法律法规数据库，我国现行适用于全国的规范性文件对辅警的法律地位未做出明确规定，仅有安徽、黑龙江、湖南、河南、江苏、

山西、天津、宁夏、深圳^⑦、杭州、宁波等部分地方性法规。

1. “否定说”，即辅警不是国家机关工作人员，依据刑法第三条的“罪刑法定原则”及当然解释原理，不能将辅警（即便在执行公务）纳入民警之列。

2. “肯定说”，即辅警属于刑法第二百七十七条第五款规定的“人民警察”，其可被认定为袭警罪的保护对象。理由是：

(1) 袭警罪旨在保护民警的职务活动而非民警的身份，民警并非是拥有特权的主体，正在执行职务期间的辅警实施的职务活动基本等同于正式民警。

(2) 辅警作为受公安机关委托从事警务活动的人员，其所执行的职务属于公务。实务界和学界普遍认为，对国家机关工作人员的认定应以是否从事公务为核心标准，而公务应具管理性（对国家事务、社会事务及集体事务等公共事务进行组织、领导、监督、管理）、国家代表性（从事的活动代表国家，体现国家公权力）等特征。辅警从事的协助治安管理、交通管理等工作，并非以其个人名义实施，往往体现国家机关意志，并对相对人的人身权、财产权等构成一定程度的约束和限制，因此应认定其在从事公务。

(3) 辅警虽不具有与正式人民警察完全相同的职权，但其都是在公安机关统一领导下依法参加警务活动，暴力袭击辅警在危害性、严重性上与袭击民警没有本质区别，应综合运用各种法律解释方法，分析其实质内涵，从国家机关工作人员的公务属性入手，将辅警纳入国家机关工作人员的范围之内，对辅警予以同等保护^⑧。

(4) 袭警罪条款位于刑法第二百七十七条第五款，其保护的客体之一为国家的公务秩序，而这与妨害公务罪保护的客体一致，故可结合妨害公务罪的保护对象对袭警罪参照适用。2000年4月24日，最高人民法院《关于以暴力威胁方法阻碍事业编制人员依法执行行政执法职务是否可对侵害人以妨害公务罪论处的批复》^⑨中认为：“对于以暴力、威胁方法阻碍国有事业

单位人员依照法律、行政法规的规定执行行政执法职务的，或者以暴力、威胁方法阻碍国家机关中受委托从事行政执法活动的事业编制人员执行行政执法职务的，可以对侵害人以妨害公务罪追究刑事责任。”^⑩

(5) 自《刑法修正案（十一）》实施以来，检察机关对多起暴力袭击辅警的犯罪嫌疑人采取强制措施或提起公诉，人民法院对多起暴力袭击辅警的被告人依法审判。^⑪

3. 笔者建议由全国人大常委对警务辅助人员（辅警）是否适用刑法第二百七十七条第五款之规定做出立法解释。

(六) 关于对袭警行为结果加重犯的处理

《指导意见》第三条第二款规定：“暴力袭警，致使民警重伤、死亡，符合刑法第二百三十四条、第二百三十二条规定的，应当以故意伤害罪、故意杀人罪定罪，酌情从重处罚。”

(七) 关于以驾驶机动车等手段严重危及民警人身安全的行为如何定性的问题

1. 根据刑法第二百七十七条第五款关于“……以驾驶机动车撞击等手段，严重危及人身安全的，处三年以上七年以下有期徒刑”之规定，以袭警罪定罪处罚。

2. 根据上述《指导意见》第三条第一款关于“驾车冲撞、碾轧、拖拽、剐蹭民警，或者挤别、碰撞正在执行职务的警用车辆，危害公共安全或者民警生命、健康安全，符合刑法第一百一十四条、第一百一十五条、第二百三十二条、第二百三十四条规定的，应当以危险方法危害公共安全罪、故意杀人罪或者故意伤害罪定罪，酌情从重处罚”之规定，酌情从重处罚。

3. 由此可见，《指导意见》与刑法第二百七十七条第五款就上述情形下如何定罪问题的规定不尽一致，建议两高一部就《指导意见》予以修改，以解决司法实践中的困惑。

④叶琦《论袭警罪设立的必要性与立法构想》[J].上海公安高等专科学校学报,2011年01期,第19-21页,第32页。

⑤截至2021年4月20日检索国家法律法规数据库,该《指导意见》仍有效。

⑥参见张明楷:《刑法学》(下)第5版,法律出版社2016年版,第1030-1032页。

⑦以笔者所在的深圳市为例,《深圳经济特区警务辅助人员条例》(2019年4月24日,深圳市第六届人大常委会第三十三次会议修正),第3条规定:“本条例所称警务辅助人员(以下简称辅警),是指由公安机关统一招聘和管理,履行本条例规定的职责,为公安机关日常运转和警务活动提供警务辅助支持的非人民警察身份的工作人员。辅警分为勤务辅警和文职辅警。”

⑧叶琦《论袭警罪设立的必要性与立法构想》[J].上海公安高等专科学校学报,2011年01期,第19-21页,第32页。

⑨截至2021年4月20日检索国家法律法规数据库,该批复仍有效。

⑩曹劼《论妨害公务罪——兼论对妨害公安机关人民警察履行职务行为的刑法规制》[D],苏州大学2011年硕士学位论文。

⑪南国今报今视频《广西首例袭警罪宣判!女子开车撞击辅警获刑10个月》,载于搜狐网,访问于2021.4.18,网址:https://www.sohu.com/a/459021634_120993828。

新颖性宽限期情形 在现有技术 / 设计抗辩中的适用

○孙大勇 周芮 北京大成（深圳）律师事务所
任婉霞 企业法务

根据《专利法》第六十七条的规定，在专利侵权纠纷中，被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的，不构成侵犯专利权。而《专利法》第二十四条规定了三种不丧失新颖性的情形，在2021年6月1日实施的新专利法中，更是增加了一种不丧失新颖性的情形，那么这些新颖性宽限期情形与现有技术 / 设计抗辩之间是否有更深的联系与适用？笔者将在本文中对新颖性宽限期情形在现有技术 / 设计抗辩中的适用进行思考和讨论。

一、现有技术 / 设计抗辩

现有技术 / 设计抗辩是目前专利侵权诉讼中常用的一种抗辩策略，其法律依据系《专利法》第六十七条^①，在专利侵权纠纷中，被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的，

不构成侵犯专利权。

具体而言，现有技术 / 设计抗辩是指，被诉落入专利权保护范围的全部技术特征，与一项现有技术方案中的相应技术特征相同或者等同，或者所属技术领域的普通技术人员认为被诉侵权技术方案是一项现有技术 / 设计抗辩中的现有技术或设计是指，在申请日以前已经被国内外公众所得知的技术或设计。值得注意的是，现有技术 / 设计抗辩与专利无效不同，现有技术 / 设计抗辩的核心比对基础是判断被控侵权产品使用的是否是现有技术 / 设计，而并非是对专利本身新颖性、创造性的否定，不能够将现有技术 / 设计抗辩与专利无效混为一谈。

现有技术 / 设计抗辩中的现有技术或设计是指，在申请日以前已经被国内外公众所得知的技术或设计。值得注意的是，现有技术 / 设计抗辩与专利无效不同，现有技术 / 设计抗辩的核心比对基础是判断被控侵权产品使用的是否是现有技术 / 设计，而并非是对专利本身新颖性、创造性的否定，不能够将现有技术 / 设计抗辩与专利无效混为一谈。

二、新颖性宽限期条款

现行《专利法》第二十四条规定了新颖性宽限期条款，也即在专利申请日之前6个月内有三种不丧失新颖性的情形，包括：1. 在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；2. 在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的；3. 他人未经申请人同意而泄露其内容的情形。在2020年修改且在2021年6月1日实施的新《专利法》中，还增加了一种情形，即在国家出现紧急状态或者非常情况时，为公共利益目的首次公开的，也不丧失新颖性。新颖性宽限期条款主要是针对专利申请时因前述几种情形造成丧失新颖性而导致的专利授权障碍进行特别豁免，根据《专利法》规定，在申请日之前6个月内，因前述几种情形对专利技术 / 设计的公开，不构成影响该专利新颖性的现有技术 / 设计。

实际上，就申请阶段享有专利宽限期的具体操作，《专利法实施细则》和《专利审查指南（2010）版本》作了更为详细的规定：在现行《专利法》第1、2种情形时，申请人应当在提出专利申请之日起2个月内进行享有新颖性宽限期的声明；在现行《专利法》第3种情形时，在申请人获知他人未经同意泄露该内容情况之日起2个月内进行声明；只有当申请人的声明满足上述时效要求，才能够获得专利申请过程中新颖性宽限期，否则将不享有《专利法》第二十四条规定的新颖性障碍豁免。

值得注意的是，上述权利人关于不丧失新颖性声明的2个月时效系除斥期间，并不因其他事由中断或者重新计算，也就是说，申请人或权利人一旦未在申请时或者知道他人泄露之日起2个月内进行享有宽限期声明，则申请人或权利人不再享有该几种情形下的新颖性宽限期。

三、问题的提出

《专利审查指南（2010）》（以下简称《专利审查指南》）所提到的“不丧失新颖性”条款是针对正在申请过程中的专利申请，其第二部分第三章第5节中明确^③，“申请专利的发明创造在申请日以前六个

月内，发生专利法第二十四条规定的三种情形之一的，该申请不丧失新颖性。即这三种情况不构成影响该申请的现有技术。”《专利审查指南》第一部分第三章《外观设计专利申请的初步审查》第5.3节关于不丧失新颖性的公开部分明确规定：“适用本部分第一章第6.3节的规定。”可见，《专利法》第二十四条适用于发明、实用新型和外观设计三种专利申请的审查，故以上规定实质上是将享有新颖性宽限期的公开情形排除在专利申请的现有技术 / 设计之外，使得其不属于影响涉案专利新颖性、创造性的现有技术 / 设计。

虽然《专利审查指南》中对于这种现有技术排除是针对涉案专利，而并非是针对被控侵权产品。但即使比对象是现有技术和被控侵权产品，其核心立足点仍然是涉嫌落入涉案专利的被控侵权产品的技术特征，故本文讨论的第一个问题是：现有技术 / 设计抗辩过程中，能否以该现有技术系享有新颖性宽限期的特定情形为由打破侵权人的现有技术 / 设计抗辩？

除此之外，在专利申请过程中，新颖性宽限期并非自动享有，而是需要申请人按规定进行声明才能享有，于是产生第二个问题：在申请新颖性宽限期能够打破侵权人现有技术 / 设计抗辩的前提下，申请人进行新颖性宽限期声明应当如何作出，有何限制？如果未按规定作出，有何后果？

第三个问题，也是实践中经常遇到的：如果在申请日之前6个月内，享有新颖性宽限期的情形下，如申请人进行展览后，媒体进行了报道、转载和转发，此种情况下专利权人是否仍然能够对现有技术 / 设计抗辩进行新颖性宽限期豁免的主张？

四、新颖性宽限期与现有技术 / 设计抗辩之间的联系与适用

（一）在申请人按照规定声明的前提下，现有技术落入新颖性宽限期的特定情形能够打破侵权人的现有技术 / 设计抗辩

对于新颖性宽限期情形在现有技术 / 设计中抗辩的司法运用，目前实践中案例并不多，但一些地区法院发布的文件中作了部分明确的规定，如《北京市高

^① 参见全国人民代表大会常务委员会，《中华人民共和国专利法》第67条，http://www.gov.cn/flfg/2008-12/28/content_1189755.htm，2020年2月19日访问。

^② 参见北京市高级人民法院，《北京市高级人民法院专利侵权判定指南（2017）》第137条，<http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2017/04/id/2820737.shtml>，2020年2月19日访问。

^③ 中华人民共和国国家知识产权局，《专利审查指南（2010）》，第二部分第三章第5节，2010.1。

级人民法院专利侵权判定指南（2017）》第138条规定，根据专利法第二十四条的规定享有新颖性宽限期的技术不得作为现有技术援引用于抗辩^④。重庆市高级人民法院发布的《知识产权民事诉讼证据指南》第25条中作了更为具体的规定^⑤，规定享有新颖性宽限期的技术或者设计不能被援引作为现有技术或设计抗辩，但是规定申请人未按规定提出声明和提交证明文件的除外。

值得注意的是，重庆市高院特别明确了专利申请人在时效内提交的不丧失新颖性声明是权利人反驳被控侵权人现有技术/设计抗辩的必要条件，虽然该规定是地方性规定，但是笔者认为该规定对现有技术/设计抗辩与新颖性宽限期情形的联系适用具有明确的参考意义。在权利人本身未提出合规声明的情况下，需要自行承担未予提出合规声明的后果。既然在专利申请过程中未提供合规声明就不能给予新颖性宽限期，那么在专利授权以后也应当具有相同效果。也即未按时效提出声明的符合新颖性宽限期情形的技术不能从现有技术中予以排除，即使该专利通过授权，被控侵权人仍然能够以该技术作为现有技术进行抗辩。

（二）授权以后的专利侵权确权纠纷中，对于不同情形下的新颖性宽限期，声明的具体条件不同，反驳现有技术/设计抗辩的效果也不同

根据前面介绍，在专利申请授权过程中，不同情形下的新颖性宽限期情形对于权利人声明的具体期限和条件不一样。在现行《专利法》第二十四条第1、2种情形下，由于申请日前6个月在中国政府主办或者承认的国际展览会上进行展出，或者在规定的学术会议、技术会议上首次发表的，均系申请人自身作出的行为，因此申请人在专利申请时必然知晓其公开的情况，故在该两种情况下，要求专利申请人在申请之日起两个月内进行声明。一旦申请时没有声明，则后期无论在专利无效过程中还是在专利侵权诉讼过程中，均不能主张该技术享有新颖性宽限期。

例如在(2016)京73行初2783号高鹏伟与国家知识产权局专利复审委员会专利无效纠纷一案中，专利申请人在专利申请时未主张享有新颖性宽限期，后期在专利无效过程中才予以主张，法院就以其未按时声明为由不予支持。在(2018)渝民终232号高新区永航摩托车销售中心广东大联统公司与重庆斯沃德公司侵害外观设计专利权纠纷一案中，专利权人因为在外观专利申请前6个月内对专利设计进行了展会公开，但是申请时并未进行不丧失新颖性的声明，使得其之前形成的展会公开构成了涉案专利现有技术，被控侵权人以其展会公开的技术提出现有技术抗辩成功。

而对于现行《专利法》第二十四条第3种情况，即他人未经许可泄露专利技术的，司法实践中通常是沿用专利申请过程中《专利法实施细则》和《专利审查指南》的规定，认定权利人或者申请人需在应当知晓或者知晓之日起2个月内进行不丧失新颖性的声明。但是由于被控侵权人很难证明申请人或者专利权人“知晓”或者“应当知晓”的具体日期，因此如无其他证据，对于该种情形下不丧失新颖性声明时效期间的起算点，法院通常推定自申请人或者专利权人在诉讼程序或者无效程序中接收到与该新颖性宽限期公开的相关文件开始起算。在侵权程序中，该时效往往从权利人第一次收到对方提交的相关证据之日起算，而并非从法院判决之日起算；在无效程序中，也通常认定该时效由权利人收到无效宣告请求人相关证据和理由之日起算。

例如在(2018)京73行初4521号苏玉科与国家知识产权局专利无效一案^⑥中，法院认为，申请人在提出专利申请时常常不知道曾经有人未经其同意而公开了他那里获知的发明创造，因此不可能要求申请人在提出专利申请时就予以声明。因此，《专利法实施细则》第三十条第四款仅仅规定国务院专利行政部门在认为必要时，可以要求申请人在指定期限内提交证明文件。《专利审查指南》是对上述规定的进一步细化。

虽然上述规定在文字上表述为“申请人”，规范的像是专利申请过程，但是由于新颖性条款不仅适用于专利授权阶段，也适用于专利确权阶段，作为一种补救措施的新颖性宽限期的规定，同样适用于专利授权、确权的整个过程，从而认定专利权人可以在收到无效理由和证据之日起两个月内进行声明。

（三）对于《专利法》第二十四条第3种情况，专利权人提出新颖性宽限期声明的，应当证明泄露者有违反保密合约、采用威胁、欺诈或者间谍活动的手段

对于《专利法》第二十四条第3种情形，即他人未经许可泄露专利技术享受新颖性宽限期的情况，专利权人提出新颖性宽限期声明的，司法实践中往往还要求权利人举证证明自身对该技术泄露不具有漠视和放任，如权利人与泄露方明示或者默示了保密约定等。如果无证据证明他人违反保密合约、采用威胁、欺诈或者间谍活动的手段，那么权利人主张的新颖性宽限期可能不被法院支持。

例如在(2019)京73行初11870号汕头市创高玩具有限公司与国家知识产权局专利无效一案^⑦中，权利人虽然主张经销商未经其同意泄露了该技术，但是二者签订的合同中却并不包含有保密条款或者保密义务，因此对权利人的新颖性宽限期声明，法院未予以认可，从而认定专利无效。由此可以看出，实践中对于《专利法》第二十四条第3种情况下新颖性宽限期声明，司法中的审查还是较为严苛的。

（四）当享有新颖性宽限期的技术在申请日之前被第二次公开，就不能继续享有新颖性宽限期，该第二次公开能够构成涉案专利现有技术

在笔者曾遇到的一个咨询案例中，专利权人在申请日之前6个月内将专利设计在一个中国政府承认的展会进行了样品展示，展会进行时，权利人又通过朋友圈等渠道对展会情况和样品图片进行了第二次宣传，在这种情况下，涉案专利是否还能够享有新颖性宽限期来对抗被控侵权人的现有技术抗辩？

这种案例目前在司法实践中比较少见，我们可以参照适用《专利审查指南》中对专利审查过程的相关

规定。《专利审查指南》第二部分第三章第5节^⑧规定，专利申请人提出申请之前发明创造再次被公开的，只要该公开不属于上述三种情况，则该申请将由此在后公开而丧失新颖性。在该咨询案中，权利人发朋友圈宣传展会情况的事实明显已经构成对涉案专利设计的第二次公开，不能继续通过主张新颖性宽限期而对抗被控侵权人的现有技术/设计抗辩。

值得注意的是，随着自媒体的高度发展，权利人一旦参与展会、技术会议或者技术未经许可而被他人泄露，那么在展会或技术会议上公开的方案内容或者未经许可被他人泄露的方案内容继续被报道、转载或者转发将十分常见。这种转载、转发应当视为第一次公开的延续，还是直接视作为第二次公开？笔者认为，应当视作为第二次公开。原因在于：首先，新颖性宽限期属于法定的例外规定，对此应该严格适用，避免产生不可预期性；其次，对于相关报道、转载或者转发而言，发布主体与第一次公开不同，发布时间与第一次公开也有所差异，并且第二次发布主体对报道、转载、转发的内容进行选择、摘选也构成对发布内容的第二次加工，属于第二次公开；第三，如果认定这种报道、转载和转发属于第一次公开的延续，那么享有专利权宽限期的公开情形和其他公开情形的界限将非常模糊，使得公众难以判断。因此，无论从形式上还是从内容上，笔者认为相关的报道、转载和转发均构成第二次公开，而不应视作为第一次公开的延续，从而对抗被控侵权人提出的现有技术/设计抗辩。

综上，虽然现有技术/设计抗辩和新颖性宽限期之间适用关系的案例目前而言并不太多，但很显然，其系现有技术/设计抗辩中可能遇到的一种需要引起关注的特殊情况。为避免《专利法》规定的不丧失新颖性的公开导致专利被无效或者被控侵权人成功主张现有技术/设计抗辩，建议专利申请人尽可能先向专利行政部门提出专利申请再做相关公开，若确实因实际需要必须提前公开，就尽可能把握好声明时限，避免专利申请权益受到不必要的损失。

^④北京市高级人民法院，《北京市高级人民法院专利侵权判定指南（2017）》第138条，<http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2017/04/id/2820737.shtml>，2020.02.21 最后访问。

^⑤重庆市高级人民法院，《重庆市高级人民法院知识产权民事诉讼证据指南》第25条，https://www.sohu.com/a/274254149_465968，2020.02.21 最后访问。

^⑥北京知识产权法院，(2018)京73行初4521号苏玉科与国家知识产权局一审行政判决书 <https://law.wkinfo.com.cn/>，2020.02.21 最后访问。

^⑦北京知识产权法院，(2019)京73行初11870号，汕头市创高玩具有限公司与国家知识产权局其他一审行政判决书 <https://law.wkinfo.com.cn/>，2020.02.21 最后访问。

^⑧国家知识产权局，《专利审查指南（2010）》，第二部分第三章第5节，2010.1.21。



索取“喝茶费、进场费”行为的罪与罚

○刘京柱 刘茹 广东丹柱律师事务所

“喝茶费”的说法起源于香港，因欠高利贷被香港黑社会人员控制需要支付喝茶费，在性质上和保护费并无区别。后来随着经济商业活动的复杂多变，“喝茶费”的范畴变得名目繁多，涵盖好处费、贿赂费、中介费、服务费、进场费等多方面的意思，也从灰色地带扩大到房地产市场交易、商铺租赁、招商投资等经济领域，逐

渐衍变成一种司空见惯的潜规则。

一、常见表现形式

结合历年裁判案例，我们发现当前收取“喝茶费”“进场费”等类似费用的表现形式主要有以下几种：

1. 在商品房买卖环节中，开发商或房产中介（包括

机构和个人）利用房源紧俏，声称有内部渠道可以帮助购房者获取特殊房源或优先选房机会，但前提是购房者需向其交付一笔房屋合同价格以外的额外费用，并美其名曰“喝茶费”；

2. 在商铺转让、租用环节，特别是“旺铺”“好地段”，商铺的出租方普遍要求承租人在租金之外另行支付一笔不菲的费用，进场收“进场费”，转让收“转让费”，生意好收“喝茶费”，重新签合同收“更名费”；

3. 商超、卖场、大型零售企业利用其大规模销售的优势，向中小供应商收取门店赞助费、商品上架费、进场费、促销服务费、节日广告费等“入场费”，向供应商转嫁成本进而实现商品采购和店铺低成本运营；

4. 招商公司要求前来投资的商户与其签订意向合作条件书，收取投资意向金、“进场费”“饮茶费”；

5. 企业负责人和业务人员利用销售产品之紧俏或者在市场上畅销、利润率高之机，抓住客户购货心切或急于达成合作的心理，向客户收取“茶水费”“介绍费”；

6. 基建工程中，建设单位的部门负责人或与建设单位具有一定利益关系的人员将本公司承接的工程转包给他人，或者介绍他人承包相关工程，或者介绍施工队到本单位施工或者为他人介绍独立项目，同时收取一定的“介绍费”“手续费”“信息费”或“好处费”；

7. 小区管理处通过指使保安员阻止业主违建、装修建材运入、渣土废料运出、装修工人进场，对装修工地清场、驱赶工人等手段，强行向装修公司或业主多次索取“喝茶费”和“好处费”；

8. 承办婚宴的酒店强行向新人收取高额的“婚庆进场费”“场地展示费”或“清洁费”；

9. 机场、火车站向出租车汽车驾驶员强制收取“进场费”；

10. 其他活动中，非国家工作人员或者国家工作人员利用职务便利，明收暗要“喝茶费”“关系费”“好处费”和“业务介绍手续费”，承诺为他人疏通关系，谋取利益。

二、罪与非罪的界分

收取“喝茶费”“进场费”等类似费用的情形（以下统称“喝茶”）虽然多如牛毛，但在实际操作上极具隐蔽性，社会舆论对这类费用也褒贬不一，法律的滞后

性也往往在纠纷产生时才得以充分显现。由于法律对于这类费用没有明文规定，司法实践中也缺乏统一的评判标准，对收取“喝茶费”行为之罪与非罪的界定问题便成为一大难题。为解决这一问题，本文结合几个案例予以具体分析。

案例1：某房企中介人员陈某告知购房者先交一定数额的“诚意金”，等到项目选房结束，如有清退房源，会将具体房源信息告知购房者，双方达成意向后，可直接到售楼部网签备案合同，现场交纳剩余的“喝茶费”，一般数目在几万元至数十万元不等（名为喝茶，实际提供居间服务）。

该案例中，陈某收取喝茶费实质上间接损害了其他购房人的公平竞购权，实属有违公平公正原则和社会公序良俗，损害了社会公共利益。但是，这种居间介绍业务的核心是靠资源、人脉关系去完成，虽然违反诚实信用原则，损害他人应受民事法律所保护的权益，且具有一定的社会危害性，但远远没有达到刑事违法犯罪这样的严重程度，属于一般民事违法行为。当不能实现预期目的时，购房人可以显失公平、违反诚实信用原则致使双方利益严重失衡为由，要求撤销关于“喝茶费”的约定，也可以陈某未促成购房合同成立不得要求支付报酬或者陈某收取“喝茶费”构成不当得利为由主张返还“喝茶费”（实质上是中介费或者服务费），从而实现自身权利的救济。

上述案例1，如果行为人由房企中介人员扩大到房产开发企业、房地产经纪、估价机构及其工作人员，则这种通过内定房源，胡乱收取购房者“喝茶费”等房屋合同价格以外的额外费用，进而操纵房地产市场价格的行不仅会损害社会公共利益，更是以类似垄断等竞争性方式扰乱了对公共资源的合理配置，导致一手盘的隐形购房成本增加，极易侵害新房销售备案价格的管理制度，扰乱正常的房地产市场交易秩序，此时迫切需要行政手段介入加以规制。因此，该行为便具备了行政违法性，可能面临罚款、停业整顿等行政处罚。与民事、刑事违法行为不同，行政违法体现的是国家与个人的关系，具有公权性质，是指行政主体或行政相对人所实施的违反行政法律规范，侵害受法律保护的行政关系但尚未构成犯罪的有过错的行为，往往与民事违法或刑事违法出现竞合。《房地产经纪管理办法》第三十四条规定，

房地产经纪机构及其人员捏造散布涨价信息，或者与房地产开发经营单位串通捂盘惜售、炒卖房号，操纵市场价格，或者对交易当事人隐瞒真实的房屋交易信息，低价收进高价卖（租）出房屋赚取差价，构成价格违法行为的，由县级以上人民政府价格主管部门责令改正、没收违法所得、依法处以罚款；情节严重的，依法给予停业整顿等行政处罚。

案例 2：某社会人员李某冒充开发商企业高管的身份，对有意向的购房人谎称好的房源已售完，剩下的房屋位置及楼层较差，同时向购房者“透露”自己有途径能拿到内部房源或者特定房源，购房人只需支付一定数额的“茶水费”即可购买。李某在成功获取数位购房者给付的“茶水费”后，将巨额“茶水费”挥霍殆尽（名为喝茶，实际骗取他人财物）。

而在该案例中，从作案手段来看，李某在其明明不具备真实房源及内部渠道的情况下，虚构有能力获得内部房源或特定房源的事实，使得数位购房人陷入认识错误并实施了交付财物的处分行为，证明从一开始就具有欺骗购房人并非法占有购房人财物的主观故意，后将购房人给付的款项挥霍殆尽，更能印证其非法占有意图显而易见。从客观结果来看，李某虚构事实的欺骗行为造成数位购房人的财产严重损失，其行为实质地具有社会危害性并符合诈骗罪的犯罪构成，应当受到刑事制裁。因此，李某的行为属于刑事违法行为，若其诈骗的财物金额达到了“数额较大”（3千元至1万元，因地区而有所不同）的追诉标准，认定其构成诈骗罪自当无异议。

案例 3：某零售商超的经理刘某的主要职责是下单、跟催、议价及推选供货商，部分供货商为进驻商超，与该商超签订购销协议达成长期合作，便找来刘某商议。刘某同意帮助供货商促成与商超之间的合作，但需要从供货商缴纳的“进场费”收取一定比例的回扣（名为喝茶，实际暗中收受贿赂）。

该案例中，出现了行政违法与刑事违法的竞合。刘某作为商超的负责人员，以向供货商收取回扣为条件，承诺为特定供货商谋取利益，同时由于其并不符合国家工作人员的身份，故其行为构成非国家工作人员受贿罪，具备刑事违法性。而对于供应商贿赂刘某、排斥正当竞

争的行为，不仅涉嫌构成对非国家工作人员行贿罪，同样面临行政法规加以规制。《反不正当竞争法》第七条第一款、第二款规定：“经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：（一）交易相对方的工作人员；（二）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；（三）利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。”同时第十九条规定，经营者违反本法第七条规定贿赂他人的，由监督检查部门没收违法所得，处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照。

综上，区分收取“喝茶费”“进场费”罪与非罪的界限，其实质是看喝茶行为是属于民事违法行为、行政违法行为还是刑事违法行为。简单来说，违法行为严重触犯法律，可能受到刑事制裁的，就属于刑事违法行为；轻微违法行为，尚达不到刑事处罚标准的，又不需要行政手段加以规制的，则属于民事违法行为；如果可以进行行政处罚，则属于行政违法行为。

三、此罪与彼罪的界限

收取“喝茶费”“进场费”等费用，可能会涉嫌诈骗罪、合同诈骗罪、职务侵占罪、敲诈勒索罪、非国家工作人员受贿罪、受贿罪等刑事犯罪。就常见刑事犯罪之间的界限，本文结合裁判案例作出如下具体分析：

1. 区分诈骗罪与合同诈骗罪，主要看行为人有无履约能力

例如，行为人以租赁店铺需支付“转让费”“喝茶费”等名义，虚构已承租店铺的事实，骗取被害人（承租人）财物，数额较大，其行为构成诈骗罪。但如果是行为人在没有出租商铺给他人的能力，也没有与商铺所有权人签订商铺租赁合同授权的情况下，对外谎称商铺所有权人同意出租，但需要收取“喝茶费”，并冒用他人名义与被害人（承租人）签订了商铺租赁合同并收取租金，骗取承租人财物，数额较大，则其行为构成合同诈骗罪^①。

2. 区分诈骗罪与职务侵占罪，主要看行为人有无利用职务便利

例如，行为人利用其负责接待潜在商户以及介绍项目情况的工作便利，与前来投资的商户签订意向合作条件书，收取投资意向金、进场费、饮茶费等并占为己有，该行为性质应当具体情况具体分析。

（1）如果公司并未授权行为人有权直接决定与客户签订意向书，且不属于其职务范围，则入驻申请需要公司的审批，且意向金应按公司规定由财务专门收取。行为人在未经公司授权下与客户签订意向合作条件书，签订的客户资料亦未上报公司及意向合作条件书上的公章亦为假的，足以证明该行为人开始接触客户时已产生非法占有客户资金的主观故意，其伪造委托书、意向合作条件书等，虚构帮客户签订合同的事实，骗取客户财物，其行为符合诈骗罪的构成要件，“饮茶费”或“进场费”亦应作为诈骗金额的一部分予以认定^②。

（2）如果与客户签订合作协议或者租赁协议、收取进场费是行为人的职务行为，但是行为人私自克扣收取客户缴纳的进场费不上缴至其所在公司，并将本单位的钱财占为己有，数额较大，则其行为构成职务侵占罪^③。另外，如果行为人利用其职务便利，多次以拓展产品业务需交纳商场入场费、公关费、广告费或会务费等费用为由，通过虚开发票向公司申请报销相关费用从而套取公司资金进行侵占，数额较大，也可认定其行为构成职务侵占罪^④。

3. 区分敲诈勒索罪与其他犯罪，主要看作案手段是否达到敲诈勒索程度

行为人的威胁行为达到敲诈勒索的程度，可能涉嫌构成敲诈勒索罪。例如，小区管理处主任或者工作人员利用其作为物业服务公司的管理人员的管理权限并负责对小区装修手续办理及部分片区管理期间，利用有关业主及装修公司搞房屋违建之机，以非法占有为目的，通过指使保安员阻止业主违建装修建材运入，渣土废料运出，装修工人进场，对装修工地清场、驱赶工人等手段，

继而以此为要挟，强行向装修公司或业主多次索取“喝茶费”“关系费”和“好处费”，数额巨大^⑤。

但如果出现行为人的威胁行为尚未达到敲诈勒索的程度，则不构成敲诈勒索罪。例如在何朝东、袁洪全敲诈勒索一案^⑥，行为人何某以若原铺位的承租人不给“茶水费”，就通过竞价将租金抬高作为要挟，同时又以串通投标帮原承租人低价获得投标作为利诱，向原承租人索要财物。从作案手段来看，上述作案手段虽然有一定的威胁成分，但是该威胁是比较轻微的，尚未达到让对方心生恐惧而不得不给予被告人财物的程度，因此行为人的威胁行为尚未达到敲诈勒索的程度，不应以敲诈勒索罪追究其刑事责任。从利益受损方来看，商铺的原承租人虽然被要挟给了行为人财物，但是从长远来看行为人采取串通投标的方式帮助原承租人低价竞标，实际上原承租人获取了更大的利益，而真正利益受损的是因未能按照预期实际竞标导致中标的租金过低的招标方，因此行为人的犯罪行为主要是侵犯了招标人的利益，从侵犯的客体来看扰乱了正常的招投标市场秩序。行为人采取威胁加利诱的方式，实施串通投标的行为，并从中获取利益，属于投标人互相串通投标报价，损害招标人利益的情形，且情节严重，应当以串通投标罪追究行为人的刑事责任。

四、总结

“喝茶费”“进场费”作为我国市场经济发展的产物，虽然普遍不具正当性和合法性，但由于其名目繁多、操作五花八门，在司法实践中仍难以对索取“喝茶费”“进场费”的行为进行准确识别和定性。刑法作为保障法，是法律规范体系的最后手段。因此，在区分索取“喝茶费”“进场费”行为罪与非罪时，需首先考虑民法、行政法对此有无调整的可能性。只有在民法、行政法及相关司法解释对这一行为尚不足以制裁和惩治、利益难以得到保护的情况下，才会适用刑法这一带有强制力的规范，进而展开此罪与彼罪的刑罚规制探讨。

①参见鲁恺合同诈骗一审刑事判决书，审理法院：广东省惠州市惠阳区人民法院，案号：[2019]粤1303刑初161号。

②参见谢镇威职务侵占一审刑事判决书，审理法院：广东省东莞市第三人民法院，案号：[2018]粤1973刑初2495号。

③参见姚彬职务侵占罪案，审理法院：北京市石景山区人民法院，案号：[2007]石刑初字第00485号。

④参见孙浩职务侵占一审刑事判决书，审理法院：湖南省湘潭市岳塘区人民法院，案号：[2017]湘0304刑初214号。

⑤参见阳星炜敲诈勒索罪二审刑事裁定书，审理法院：广东省深圳市中级人民法院，案号：[2019]粤03刑终2719号。

⑥案号：[2017]粤1972刑初1296号，审理法院：广东省东莞市第二人民法院。

法律之平等 也应体现在细节

○方亮 邓欣玮 上海市锦天城（深圳）律师事务所



“法律的平等”是一个宏大的命题，探讨“何谓法律的平等”之前，无法不先思考“法律为什么要平等”，那必然涉及一个更为宏大的命题——正义。正义乃是法律的最高价值，实现正义也是法律的终极目的，我们总是把法律设想为是正义的化身，把它看作是正义的工具，而“平等的法律”则是最好的工具。

正义有着一张普罗米修斯的脸，众多思想家和法学家为尝试揭开正义之面纱做出了许多努力，如柏拉图认为正义存在于社会有机体的各个部分间的和谐关系之中；亚里士多德强调平等是正义的尺度；莱斯特·沃德主张一种更为平均主义的正义观；罗尔斯则把正义总结为两个原则：平等自由原则、机会的公正平等原则与差别原则……尽管至今没能对正义的内涵得出一致的结论，不过有一点我们大抵是认可的，即正义往往和公平相关，且公平、正义这两个词通常是

一起出现的，“平等”也被视为衡量“正义”的尺度。抛开法律，现实生活中亦是如此，人们往往是在比较之中来思考公平正义这个问题，这包括比较自己

与他人，比较他人和他人。回到法律上，这就要求相同性质的行为要受到相同性质的法律评价，若罪责相当，那刑罚也要相当，法律的平等概念油然而生。

公众对法律的失望往往最先是因为他们在比较之中发现自己或者他人受到了不平等的对待，那么便会认为正义受到了侵犯从而失去法律维护正义的信心。然而，人的主观认知与内心情感总是复杂万变、难以把握的，故我们需要从形式上制定平等的程序来调节这种矛盾。具体到刑事诉讼过程中，不仅是被告人，律师也具有平等诉求，即要求受到与公诉人一致的平等对待。

关于律师与公诉人之间的平等，最近有两件小事引发我的思考。

第一件事，2020年12月中，我们到贵州某县看守所会见当事人，基于过往经验，我们事先已有预估，会见时可能不会有暖气，也就穿得比较多，秋裤那是必需的。可在会见过程中，即使我们把整个房间窗门关得紧紧的，仍然感觉冷得很。我们发现会见室是有空调的，赶紧出去请求民警打开空调，但民警回复空

调开不了，因为装修时空调插座装错了型号，导致空调插头插不进去。民警还说，已经向领导反映了，很快就会解决。

由于天气实在太冷了，我们想着或许讯问室可以使用空调，于是到隔壁讯问室查看，发现讯问室是空的，讯问室的插座也存在同样的问题，但不同的是插座旁边安装了转换插座，讯问室的空调插头是可以插上。我们就赶紧征求民警意见，却被告知讯问室不能使用，因为怕民警过来提审没有空房间。



左图为讯问室插座，右图为会见室插座

12月的贵州县城实在是太冷了，我们还要持续会见一个上午，突然我们想到过会会有另外一位律师朋友前来会见，就赶紧给他打电话，请他买两个转换插座过来，并将会见室和讯问室的插座型号录了视频发给他，以免他买错。不一会儿，这位律师朋友带着我期望的转换插座来到了会见室，我们总算不用再饱受严寒的考验。

第二件事，还是这个案件，由于本案检察院提出抗诉，依法必须开庭，为了方便审理，贵州省某中院决定在一审县法院开庭，辩护人就位等待开庭时，突然发现辩护席竟然没有显示器，众所周知开庭过程中书记会同步记载庭审笔录，辩护人和公诉人也需要通过显示器查看笔录内容。目光投向公诉席，赫然发现一个黑色的显示器静静地立在公诉席桌面上。为什么辩护人没有，检察员却有呢？我们本能向书记员询问，书记员回复这是县法院的法庭，他们也不知道

原因。作为辩护人，此类小事见怪不怪，倒也不大在意，正常开庭，我们所有的注意力都倾注于庭审之上，直到庭审结束，我们起身路过书记员席，才发现原本放在公诉席桌面上的黑色显示器正静静地靠在桌角处。原来法庭早已做出了一个“平等”的安排。这也难怪，本案毕竟有庭审直播，差别对待总是不好，索性撤掉公诉席的显示器，这样倒也能显示出“法律的平等”。



中国庭审公开网庭审直播截图

中国的法治建设取得了很大的成绩，这一点毋庸置疑，比如中国庭审公开网公开庭审，就是司法公开的里程碑事件。在考量中国法治状况时，我们不能罔顾历史，净挑毛病，把我们的法治改革说得一无是处，但同时也不能只顾眼前，躺在功劳簿上睡大觉。

从上述两件小事可以看出，法律上的平等绝不是孤零零地躺在宪法中的没有生命的条文，它不是口号上的平等，也不仅仅是立法上的平等，它需要每一名法律人乃至每一个人，通过几年甚至几十年的努力，将平等的观念植入血液和骨髓，使之成为习惯、成为理所当然。同时还需要制定一系列法治保障措施，在不平等时有纠偏的法治程序和救济渠道，如此一来，法律的平等才能真正实现，法律的正义也能得以维护。

什么时候，我们再去那个县看守所，民警在讯问室安装转换插座时也能将会见室的插座一并处理；什么时候，我们再去那个县法院开庭，辩护席和公诉席的硬件设备一样，而不是撤掉公诉席显示器以在庭审直播时显示“平等”；什么时候律师与检察员不被区别对待，而能得到同等的尊重，那时，中国法治将更强起来了。

中学时代，我们从历史课本上可知宋朝是一个偏安一隅的封建王朝，但却有中国四大发明中的三大发明，也产生了一大批科学家；从《清明上河图》我们知道，北宋都城开封是一个繁华的中原大都市。春节假期，我看了纪录片《追寻宋金时代的别样生活》，纪录片反映了北宋时期都城开封人的别样生活。受纪录片启发，最近，我又带着强烈的兴趣一口气读完了《东京梦华录》这本名著，该书详尽地记载了北宋开封人的富足生活，他们富足的生活状况仍然值得现代人回味和思考。

在中国历史上，北宋是一个值得后人回忆的时代。它结束了唐朝末年战乱割据60年的分裂，但它却不是一个华夏大一统的中原王朝，却是一个和平日久战争最少的王朝，自建国之日起，北宋就极少经历战争。正如《东京梦华录》序言所载：“太平日久，人物繁阜。垂髫之童，但习鼓舞；班白之老，不识干戈。”自从澶渊之盟订立起，北宋经历了一百二十年的和平发展，人民安居乐业。因此，北宋开封人过上了长期和平、安逸富足的生活。

读完《东京梦华录》，我们发现，北宋开封人的衣、食、住、行，吃、喝、玩、乐等方面，处处都体现着安逸和富足一面，也反映出北宋时代藏富于民的社会景象。

开封人的吃喝

得益于北宋时代煤炭、石油等新兴燃料的发现和广泛应用，开封人过上了一日三餐的生活。一日三餐逐渐成为了当时人们生活的习惯。然而开封人并没有止步于

此。他们在不断追求更多的饮食花样和更多的美味佳肴。

北宋时代，饮食文化空前发达，主要体现在以下方面：

第一，开封城取消了宵禁制度，吃货们可以通宵达旦地吃到自己想吃的的美味佳肴。《东京梦华录》卷二之《州桥夜市》一文记载：“冬月，盘兔、旋炙猪皮肉、野鸭肉、滴酥水晶鲙、煎夹子、猪脏之类，直至龙津桥须臾肉止，谓之‘杂嚼’，直至三更”。另，《东京梦华录》卷三之《马行街铺席》一文记载：“夜市直至三更尽，才五更又复开张。如要闹去处，通晓不绝”。

第二，人们已经掌握了储存冰块和制作冷冻食品的技术，吃货们夏天可以吃上冰棍。《东京梦华录》卷二之《州桥夜市》一文记载：“夏月，麻腐、鸡皮麻饮、细粉素签、沙糖冰雪冷元子……沙糖绿豆甘草冰雪凉水、荔枝膏……皆用梅红匣儿盛贮”。

第三，开封已经形成了菜系划分的初步形态，吃货们可以根据各自的饮食习惯选择菜系和菜品。根据《东京梦华录》卷四之《食店》一文的记载，开封城里的餐馆已经对菜系有了初步划分，已有“南食”“北食”“胡饼”“川饭店”之类的划分。

第四，开封城里遍地酒楼，其中有豪华大型酒楼七十二家，其余小型酒楼遍地，吃货们下馆子吃饭很方便。《东京梦华录》卷二之《酒楼》一文记载：“大抵诸酒肆瓦市，不以风雨寒暑，白昼通夜。骈闳如此……在京正店七十二户，此外不能遍数，其余皆谓之脚店”。

第五，开封城里酒楼菜品花样繁多，酒菜便宜实

惠，吃货们可以轻松消费。根据《东京梦华录》卷二之《饮食果子》一文记载，开封城里酒楼的菜品样式多达几百种，花样繁多，做法精细、味道醇正。每份菜品不过十五钱。

开封人的玩乐

由于北宋时代社会长期和平，人民安居乐业。因此开封人在吃饱喝足之后，已经开始追求精神生活，享受娱乐，开封人的玩乐享受文化也空前发展，主要体现在以下方面：

第一，开封人的娱乐文化项目繁多，各种娱乐项目竞相发展。

根据《东京梦华录》卷五之《京瓦伎艺》一文记载，开封城的大街小巷、酒肆瓦市发展出了小品说书、酒楼小唱、杂剧杂技、相扑、皮影戏、散打跳舞、马戏等花样繁多的娱乐项目，并且这些娱乐场所不分春夏秋冬、风雨寒暑，天天人满为患。

第二，开封社会风气开放包容，遍地酒楼妓馆，到处妓女陪侍，开封人可以公开招妓陪侍。《东京梦华录》卷二之《酒楼》一文记载：“凡京师酒店，门首皆缚彩楼欢门。唯任店入其门，一直主廊约百余步，南北天井两廊皆小阁子。向晚灯烛荧煌，上下相照，浓妆妓女数百，聚在主廊之上，以待酒客呼唤，望之宛若神仙”。另，《东京梦华录》卷二之《潘楼东街巷》一文记载：“下桥南斜街、北斜街，内有泰山庙，两街有妓馆。桥头人烟市井，不下州南。以东牛行街、下马刘家药铺、看牛楼酒店，亦有妓馆，一直抵新城”。

社会服务业发达

开封人衣食住行、吃喝玩乐极为方便，与开封城发达的社会服务业是分不开的。

开封已经有了比较发达的社会服务业，各类服务中介机构已发展成行，各类服务人才相继出现。社会分工细化促进了服务业的发展。主要有以下方面的表现：

第一，出现了各类搬家公司和租车车行。根据《东京梦华录》卷三之《般载杂卖》一文记载，开封城已出现了各种类型的交通车辆，可供搬家和租车出行。其中已经发展出“太平车”“平头车”“独轮车”“浪子车”“痴车”等各类型车辆，可供普通百姓租赁使用。《东京梦华录》卷四之《杂货》一文记载：“寻常出街市干事，稍似路远倦行，逐坊巷桥市，自有假赁鞍马者，不过百钱”。

第二，产生了类似于当今家政制度的专业服务机构和服务经纪人。

《东京梦华录》卷四之《杂货》一文记载：“若凶事出殡，自上而下，凶事各有体例。如方相、车舆、结络、彩帛皆有定价，不须劳力”。

《东京梦华录》卷四之《修整杂货及斋僧请道》一文记载：“倘欲修整屋宇，泥补墙壁，生辰忌日，欲设斋僧尼道士，即早晨桥市街巷口皆有木竹匠人，谓之杂货工匠……罗立会聚，候人请唤”。《东京梦华录》卷四之《筵会假赁》一文记载：“凡民间吉凶筵会……自有茶酒司管赁。吃食下酒，自有厨司。……总谓之‘四司人’。承揽排办，自有则例，亦不敢过越取钱。虽百十分，厅馆整肃，主人只出钱而已，不用费力”。《东京梦华录》卷三之《雇觅人力》一文记载：“凡雇觅人力、干当人、酒食作匠之类，各有行老供雇。觅女使即有引至牙人”。

商品贸易繁荣

在开封社会服务业发达的同时，商品贸易日益繁荣。开封城内产生了各类专门商品市场，出现了专门医院和药房。根据《东京梦华录》卷三之《相国寺内万姓交易》一文记载，开封著名的相国寺也成为了专门商品市场，每月五次开放，万姓交易。各类商品、各类商家汇聚于相国寺，好不热闹。根据《东京梦华录》卷三之《马行街北诸医铺》一文记载，马行街以北，出现了各类专门药铺和医馆，如小儿科、妇产科、耳鼻喉科等专门医馆药铺。

穿越千年，看北宋开封人的安逸富足生活

——读《东京梦华录》有感

○曾祥义 广东万勤律师事务所

“战疫有法 有我”，深圳市律师行业向广大律师发出战疫倡议

当前，全球新冠肺炎疫情持续蔓延，新冠病毒出现新的变异，国内、省内再次出现中高风险地区，我市面临着较大的境外输入风险及国内疫情传播风险。为持续巩固来之不易的防控战果，为贯彻落实市委常委会会议暨新冠肺炎防控领导小组（指挥部）会议精神，深圳市律师行业党委及深圳律协向广大律师同仁发出倡议，倡导全市律师积极响应，同心协力，战疫有法，担当作为，一起携手全力配合本次疫情应对处置工作，为全面打赢疫情防控阻击战发挥律师行业专业优势，

为打赢疫情防控硬仗贡献力量。



深圳律协召开全市律师行业突出问题专项治理自查核查阶段工作动员部署会

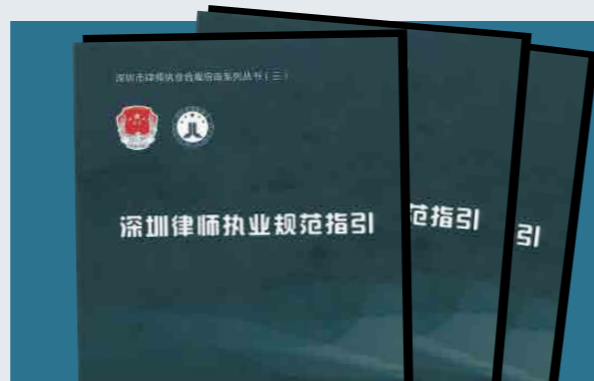
2021年5月25日，林昌炽会长主持召开了第十届理事会第二十七次会议暨全市律师行业突出问题专项治理自查核查阶段工作动员部署会。会议通报了全市律师行业突出问题专项治理学习教育阶段和自查核查阶段的工作情况，并对下一步工作进行部署：一是引导律所落实谈心谈话工作；二是持续公布律师执业纪律典型案例（每周一个），以案警示，引导律师建立好执业风险的“防火墙”；三是严格按照程序做好投诉案件查处工作；四是配合市司法局，就律师行业专项治理重点做好自查核查工作筹备，有序开展随机

抽查工作；五是持续引导广大律师秉持“人民律师”的价值导向，坚持为人民群众办实事、办好事。



深圳市司法局与深圳律协联合编印《深圳律师执业规范指引》

近日，深圳市司法局与深圳律协联合编印深圳市律师执业合规指南系列丛书（三）——《深圳律师执业规范指引》。该《指引》包含总则、律师业务推广、律师参与诉讼或仲裁规范、律师与律师事务所关系规范、律师与同行的关系规范、律师与律师协会关系规范、附则共八章的内容，为律师规范执业提供了明确清晰的操作指引。该《指引》的编印，是市司法局、市律协引导律师执业合规的重要内容，也是市律协严格落实律师行业突出问题专项治理工作、深化学习成果的重要创新举措。



我是党员向我看

钟胜荣 广东中安律师事务所

生自百姓中
心为百姓牵
洪流有方舟
险道有护栏
举起的誓言
请你来检验
轮回的日月
是我守护你身边

生自人民中
情为人民献
小路变大道
青山变金山
期待的目光
梦里常闪现
美好的憧憬
我们一起来实现

党旗映红天
党徽贴胸前
我是党员向我看
聚起同心圆
挽起千年梦
阔步向前艳阳天

* 该为歌曲《我是党员向我看》的歌词，系钟胜荣律师为献礼中国共产党百年华诞而作。

胜利的号角

○摄影 / 田锡平 广东融商诚达律师事务所

图为“胜利的号角”雕塑。位于井冈山风景区桐木岭，作为红军故乡情景再现工程。“胜利的号角”雕塑以红军军号为主体，雕塑高8.1米，基座宽10.27米，寓意了1927年8月1日中国共产党发动南昌起义，打响了武装反抗国民党反动派的第一枪，创建人民军队，从此在胜利的号角声中，中国革命逐步走向胜利。



胜利的号角