

辽宁省律师协会  
企业法律顾问专业委员会 2019--2022 年度  
《企业法律实务操作指引》选编

张玉良 主编

辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会 编著

辽宁省律师协会

辽宁省律师协会  
企业法律顾问专业委员会 2019--2022 年度  
《企业法律实务操作指引》选编 编委会

主 编 张玉良 辽宁省律师协会副会长  
副 主 编 阚雪飞 辽宁省律师协会企顾委主任  
孙福谋 辽宁省律师协会企顾委副主任  
牛春豹 辽宁省律师协会企顾委副主任  
孙智红 辽宁省律师协会企顾委副主任  
吕 慧 辽宁省律师协会企顾委副主任  
潘 波 辽宁省律师协会企顾委副主任  
杨 猛 辽宁省律师协会企顾委秘书长

编委会委员

巴靖宇 胡光磊 孙宏林 刘晓华 王长城  
王卓莹 郑 辉 迟 璟 安明雅 刘曙伟  
赵红燕 阚浩然 张景谊 杨爱东 刘 俐  
王忠生 马建伟 钟 诚 黄 昆 高 雷  
孙 威 史书敬 安天甲 胡大勇 岳轶文  
赵娇婷 黄 哲 石俊宁 高艳清 吕庆龙  
刘 刚 李君武 王洪雁 董 蕾 赵 通  
马丹宁 周金鹏 李英勇 王素莹 廖晓川  
谢长丽 康 旭 于 浩 曾祥辉 赵 军  
韩大庚 姜 琳 殷建刚

## 目录

第一章 辽宁省民营企业法治体检操作指引 .....	4
一、法治体检的目的和要求 .....	5
二、法治体检的范围 .....	7
三、法治体检的内容 .....	10
四、法治体检的流程 .....	13
五、法治体检的形式 .....	17
第二章 辽宁省律师协会律师承办房地产企业法律顾问操作指引 .....	94
一、总 则 .....	5
二、房地产企业法律顾问服务内容 .....	7
三、业务中的律师职业操守 .....	10
四、客户的开拓 .....	13
五、法律顾问服务的实现 .....	17
六、特殊法律问题的处理 .....	20
七、工作成果的提交及后续工作 .....	23
八、其他事项 .....	24
第三章 《民法典》合同编适用指引 100 问 .....	94
一、合同通则 .....	5
二、典型合同 .....	7
三、准合同 .....	10
第四章 “法治体检”的源起、现状及方向研究报告 .....	94
一、“法治体检”的源起 .....	5
二、“法治体检”的现状 .....	7
三、“法治体检”的方向 .....	10
四、政策文件 .....	10
第五章 辽宁与其他省区涉企法治服务及其问题治理对比研究 .....	94
一、涉企法治服务的价值与规范 .....	97
二、辽宁与其他省区涉企法治服务典型经验借鉴 .....	103
三、辽宁省涉企法治服务发展现状 .....	121
四、辽宁省涉企法治服务的现存问题及解决方案 .....	122
第六章 辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会对于我省国有企业改制的建 议 .....	143
第七章 辽宁律师服务保障民营经济发展工作报告 .....	94

未经允许 严禁转载

未经允许 严禁转载

## 第一章

# 辽宁省民营企业法治体检

## 操作指引

未经允许 严禁转载

未经允许 严禁转载

转载

未

## 一、法治体检的目的和要求

民营企业“法治体检”专项活动作为是公益性的免费服务活动，需要充分发挥律师政治优势、专业优势和实践优势，围绕促进依法经营、构建和谐劳动关系、营造法治环境，引导律师积极参与企业决策论证，提供法律咨询、权益保护等服务。帮助民营企业完善治理结构，健全管理制度，防范法律风险，化解矛盾纠纷，促进依法办企，将法律保护关口前移，帮助民营企业有效预防和化解法律风险。

在专项活动过程中，对于能够及时解决的法律问题，律师团队应当通过提供法律咨询、法律意见、法律风险提示等方式提供初步服务；对于不能及时解决的法律问题，应当在体检报告中明示，充分解析，从民事法律风险、行政法律责任和刑事法律风险角度，提出合规调整建议、整改合理化方案；对涉及法律修改、政策调整及需要有关部门解决的问题，应认真研究并提出工作建议，通过司法行政机关和律师协会的渠道向有关部门反映。

## 二、法治体检的范围

省律师协会、各市地律师协会，面向全省民营企业，安排部署此次“法治体检”专项行动。

## 三、法治体检的内容

### 3.1 公司法人治理

体检内容主要包括：公司是否办理《法人营业执照》；是否存在经营未获得特许审批的项目的情况；是否按时报送工商年检报告；股东是否有认缴出资额过大的情况；股东是否有财产混同的情况；股权架构设计是否合理；是否及时、合规办理工商变更登记手续等。

### 3.2 劳动者关系

体检内容主要包括：企业是否签订劳动合同；是否为员工购买社保；劳务派遣用工管理风险；HR 管理文件合规风险等问题。

### 3.3 合同管理

体检内容主要包括：是否制作业务合同范本；合同内容是否经过公司法务部门或者律师的审查；合同签订法律风险；合同履行法律风险；合同管理不当

法律风险；是否定期组织与合同的签订、履行、解除相关的培训；是否建立合同档案管理机制等。

### 3.4 知识产权

体检内容主要包括：企业是否存在未申请知识产权保护的情况；企业有无知识产权的许可、转让、管理不当的问题；企业是否存在商业秘密未进行保护的情况；企业的知识产权有无被他人侵犯情况；企业是否对主营业务有关的商标进行注册；企业有无侵犯他人商标权、专利权、著作权等知识产权的情况。

### 3.5 财税合规

体检内容主要包括：是否有健全规范的财务制度并严格执行；主管会计和出纳是否由不同人员担任；是否依法纳税；是否按规定代扣代缴个人所得税等问题；是否进行正确的税收策划；是否建立发票管理制度等。

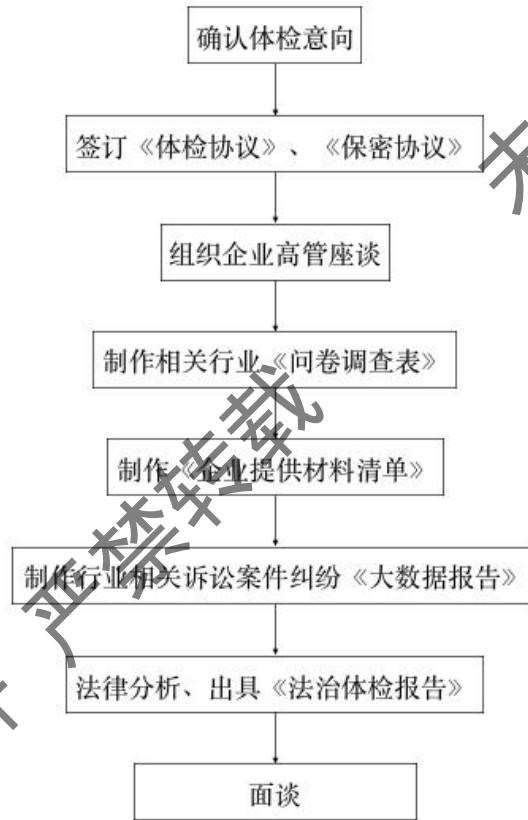
### 3.6 规章制度与流程管理

体检内容主要包括：企业《员工手册》是否合规；企业决策机制是否健全；股东会或董事会会议召开时间和召开程序是否符合公司章程，是否制作了会议记录；行政规章制度、财务制度、HR 管理制度、合同管理制度是否有配套的内部流程管理，如盖章流程、报销流程、请假流程、合同审批流程等。

### 3.7 其他

内容主要包括：企业是否有专职法务机构和法务工作人员、是否外聘法律顾问；企业自身是否存在不正当竞争的情况；企业是否存在重大未结诉讼或仲裁案件等。

## 四、法治体检的流程



#### 4.1 确认体检意向

律师服务团队对企业进行登门走访，了解企业接受法治体检的意向。

#### 4.2 签订《体检协议》《保密协议》

本着平等自愿的原则，律师服务团队与企业就律师为民营企业提供免费法治体检服务事宜签订协议，以资共同遵守。

在体检过程中，律师服务团队在企业内知悉的信息涉及企业商业秘密，股东、员工的个人信息，财务信息，应当与企业签订《保密协议》。

#### 4.3 组织企业高管座谈

律师服务团队与企业高管座谈，目的是向对方介绍本次体检的基本情况，政策宣讲、明确体检涉及的内容、确认各部门负责本项目的对接人、说明体检工作流程与时间表、介绍体检团队律师及分工等。初步了解企业的基本经营状况、人员结构、管理制度等方面的信息，收集和了解企业在其经营当中遇到的主观和客观的实际困难，收集和了解业务转型升级过程中遇到的综合性法律问题等。

#### 4.4 制作相关行业《问卷调查表》

有针对性地与企业收集具有行业特质的相关法律应用信息，进一步对企业进行了解，为法律分析提供依据。

#### 4.5 制作《企业提供材料清单》

结合《问卷调查表》以及前期对企业基本情况的了解，收集事实材料，运用法律知识，从管理流程、业务流程、组织架构、法治环境等方面进行法律分析。

#### 4.6 制作行业诉讼案件纠纷《大数据报告》

律师服务团队通过向企业说明行业常发、多发、易发纠纷，以及解决方案，让企业客观地从企业合规管理层面、项目合规管理层面、团队培训层面，完善企业法治建设。

#### 4.7 法律分析、出具《法治体检报告》

律师服务团队通过上述一系列的体检内容，结合行业特点、企业特性，系统性梳理体检企业法律问题。《法治体检报告》是对企业进行法治体检的成果。依据体检过程中收集的企业信息和事实材料，通过法律分析，从民事法律风险、行政法律责任和刑事法律风险角度，提出有针对性、可操作性的合规调整方案和建议。为贯彻习近平总书记关于生态文明建设的重要论述，对环境保护有行业要求的民营企业，在专项活动过程中，尤其应当重点从环境保护角度进行法治体检服务。

#### 4.8 面谈

法治体检后，律师服务团队应当就《法治体检报告》的内容与企业进行详细解读和介绍，使企业真正了解《法治体检报告》中反映出来的企业自身的问题，及时有效地防范企业经营风险，规避企业管理风险。

### 五、法治体检的形式

#### 5.1 《免费法治体检协议》

#### 5.2 《保密协议》

#### 5.3 《问卷调查表》

#### 5.4 《企业提供材料清单》

#### 5.5 《大数据报告》

#### 5.6 《法治体检报告》



# 免费法治体检协议

甲方（企业）：

乙方（律所/律师团队）：

辽宁省律师协会监制

二〇一八年十二月

鉴于

司法部办公厅和中华全国律师协会共同主办的民营企业“法治体检”专项活动。关注民营企业法治需求，维护民营企业合法权益，帮助民营企业完善治理结构，健全管理制度，推动法律保护关口前移。需要充分发挥律师在法治社会建设中的作用，发挥律师专业特长和实践优势，为民营企业发展提供优质的法律服务，实现本次专项活动的初衷和意义。

甲、乙双方本着平等、自愿的原则，共同参与本次“法治体检”专项活动，就双方权利、义务约定如下。

## 1. 定义

法治体检是指乙方通过政策解读、专业背景和实践经验为甲方提供系统性的或专项性的法律合规分析和法律风险评估，发现潜在的法律风险和管理风险，提出有效防范法律风险的措施和具有操作性的治理方案，为企业防范经营风险和规避管理风险提供解决方案。

## 2. 法治体检的内容

### 2.1 公司法人治理

体检内容主要包括：公司是否办理《法人营业执照》；是否存在经营未获得特许审批的项目的情况；是否按时报送工商年检报告；股东是否有认缴出资额过大的情况；股东是否有财产混同的情况；股权架构设计是否合理；是否及时、合规办理工商变更登记手续等。

### 2.2 劳动者关系

体检内容主要包括：企业是否签订劳动合同；是否为员工购买社保；劳务派遣用工管理风险；HR 管理文件合规风险等问题。

### 2.3 合同管理

体检内容主要包括：是否制作业务合同范本；合同内容是否经过公司法务部门或者律师的审查；合同签订法律风险；合同履行法律风险；合同管理不当法律风险；是否定期组织与合同的签订、履行、解除相关的培训；是否建立合同档案管理机制等。

### 2.4 知识产权

体检内容主要包括：企业是否存在未申请知识产权保护的情况；企业有无知识产权的许可、转让、管理不当的问题；企业是否存在商业秘密未进行保护的情况；企业的知识产权有无被他人侵犯情况；企业是否对主营业务有关的商标进行注册；企业有无侵犯他人商标权、专利权、著作权等知识产权的情况。

## 2.5 财税合规

体检内容主要包括：是否有健全规范的财务制度并严格执行；主管会计和出纳是否由不同人员担任；是否依法纳税；是否按规定代扣代缴个人所得税等问题；是否进行正确的税收策划；是否建立发票管理制度等。

## 2.6 规章制度与流程管理

体检内容主要包括：企业《员工手册》是否合规；企业决策机制是否健全；股东会或董事会会议召开时间和召开程序是否符合公司章程，是否制作了会议记录；行政规章制度、财务制度、HR 管理制度、合同管理制度是否有配套的内部流程管理，如盖章流程、报销流程、请假流程、合同审批流程等。

## 2.7 其他

内容主要包括：企业是否有专职法务机构和法务工作人员、是否外聘法律顾问；企业自身是否存在不正当竞争的情况；企业是否存在重大未结诉讼或仲裁案件等。

## 3. 法治体检的期限

以甲、乙双方约定的时间为准，即\_\_\_\_年\_\_月\_\_日至\_\_\_\_年\_\_月\_\_日，时间不超过一个月。

## 4. 法治体检的方式

乙方对甲方进行法治体检，采取面谈、座谈会、咨询、法律文件等方式，为甲方提供免费服务。乙方最终以《法治体检报告》的形式，采用面谈的方式向甲方就《法治体检报告》的内容与企业进行详细解读和介绍。

## 5. 权利与义务

5.1 法治体检过程中，甲方应积极配合乙方依体检流程开展工作。

5.2 法治体检过程中，乙方应依约定完成法治体检内容，从民事法律风险、行政法律责任和刑事法律风险角度，提出有针对性、可操作性的合规调整方案和建议。

5.3 因甲方原因导致无法依体检流程实现体检目的的，乙方可以终止本协议。

## 6. 其他

6.1 本协议自双方签字盖章后生效。

6.2 本协议壹式贰份，甲、乙双方各执壹份，具有同等法律效力。

6.3 本协议附件是本协议不可分割的一部分，与本协议具有同等法律效力。

(以下无内容)

甲方（盖章）

项目负责人

日期

乙方（签字/盖章）：

项目负责人：

日期：

# 保密协议

甲方（企业）：

乙方（律所/律师团队）：

鉴于乙方为甲方提供免费法治体检服务，在服务过程中，乙方在企业内知悉的信息涉及企业商业秘密，股东和员工的个人信息，财务信息，为有效保护企业相关信息的安全性，甲、乙双方约定以下内容。

## 1. 保密信息的范围

1.1 保密信息是指由甲方通过文字、电子、数字方式或其他任何方式向乙方提供的各类信息。保密信息包括但不限于：

1.1.1 数据库所有的数据；

1.1.2 客户或潜在客户的身份及其他相关信息、客户联系方式和客户销售策略等；

1.1.3 市场研究结果，市场渗透资料，及其他市场信息；

1.1.4 销售和市场计划、规划及策略；

1.1.5 销售额、成本和其他财务数据；

1.1.6 经营秘密、技术秘密、设计及专有的经营和技术信息，与本协议所涉及产品及其程序设计、源码等有关的方法、经验、程序、步骤；

1.1.7 产品、零件及服务的供应源；

1.1.8 任何其他秘密工艺、配方或方法；

1.1.9 本项目进行中形成的技术、产权、软件成果、研究思路在对外公布之前。

1.2 无论甲方在提供信息时是否标明“保密”，乙方均应按保密信息对待，除非甲方明确说明不属于保密信息。

1.3 本协议同样适用于本协议签订之前甲方已经向乙方提供的保密信息。

1.4 特别强调的是，保密信息不包括以下信息：

1.4.1 甲方已经公布于众的资料，但不包括甲乙双方或其代表违反本协议规定未经授权所披露的；

- 1.4.2 乙方已经独立开发的及未曾违反任何法律、法规或甲方的任何权利的信息，并且该等信息是在乙方依照本协议条款从甲方获悉该等信息之前独立开发的；
- 1.4.3 乙方在依照本协议条款从甲方获悉之前已经占有的信息，并且就乙方所知乙方并不需要对该等信息承担任何具有约束力的保密义务；
- 1.4.4 在双方签订本协议以后并非由于乙方的过错而被公众所知的信息；
- 1.4.5 乙方在未违反其对甲方承担的任何义务的情况下从第三方获得的信息。

## 2. 保密信息的使用

- 2.1 乙方应使所有保密信息得到最严格的保密，除双方明确约定在项目中需要使用以外，不得使用该等保密信息。在履行上述义务时，乙方均应采取不低于保护其自身保密信息所用措施同样严格的措施，并责成其每一位有可能得到保密信息的董事、管理人员、雇员或代理人（以下合称乙方人员）履行本协议中约定的义务。
- 2.2 乙方人员违反本协议约定的，视为乙方违反本协议约定。
- 2.3 除非事先取得甲方的书面同意，否则乙方不得复制、出版或向第三方披露任何保密信息。
- 2.4 如果具有司法管辖权的法庭或政府主管部门要求乙方披露保密信息，乙方应事先通知甲方，使甲方能够查验需要披露的保密信息。

## 3. 保密期限

自甲方向乙披露相关信息之日起，一年。

## 4. 违约责任

乙方如果违反其在本协议项下的保密义务，应同时向甲方承担赔偿责任甲方因上述违约而导致的全部实际损失，包括但不限于律师费、调查费、公证费、诉讼或仲裁费等费用支出。

## 5. 其他

5.1 本协议为《免费法治体检协议》的附件，其履行与终止均以主协议的继续有效为前提。

5.2 本合同壹式贰份，甲乙双方各持壹份，均具有同等法律效力，自双方签字盖章后生效。

(以下无正文)

甲方（盖章）：

项目负责人：

日期：

乙方（签字/盖章）：

项目负责人：

日期：

## 法治体检表

提示：请如实填写，以便准确了解情况、有效评估。我们承诺所有信息将被保密。请在解答相关问题或在选项后的方框上打钩（√）

### 1. 基本情况

- 1.1 企业性质：国有及控股  私营  集体  联营
- 1.2 企业类型：合伙企业  有限责任公司  股份有限公司
- 1.3 企业划型：初创  微型  小型  中型
- 1.4 是否外资企业：是  否
- 1.5 业务范围：本省  本省及周边省区  全国  全国及境外
- 1.6 是否设立了分公司或子公司：是  否
- 1.7 员工人数：
- 1.8 所属行业：
- 1.9 经营范围：

### 2. 公司法人治理

1	公司是否合规办理《企业法人营业执照》	
2	是否存在经营未获得特许审批的项目的情况	
3	股东（大）会、董事会、监事会的成员选任是否符合公司法的规定	
4	是否按照公司法及公司章程的规定定期召开股东会、董事会并做好记录	
5	监事或监事会是否能够按规定正常执行职务	
6	股东会、董事会、监事会有无有效的议事规则	
7	企业决策机制是否健全	



8	经理、财务人员等的聘任是否符合公司法及公司规定	
9	企业的土地、房产及其他固定资产是否办理产权登记	
10	企业是否按时报送年度报告	
11	股权架构设计是否合理	

【法律处方】提供企业法人治理结构指导、企业改制法律服务，以法律顾问方式帮助企业完善公司法人治理。

### 3. 劳动者关系

1	企业是否与员工依法签订劳动合同	
2	劳动合同内容是否符合法律规定	
3	是否建立健全劳动用工法律文件	
4	企业是否设有人力资源部门	
5	企业招聘员工时是否存在就业歧视	
6	企业是否按时发放工资	
7	企业是否依法为员工缴纳社会保险	
8	企业是否建立健全企业保密及竞业禁止制度	
9	企业是否为劳动者提供必要的劳动保护条件	
10	企业各项制度是否向劳动者进行公示	
11	企业是否建立劳动争议应对机制	

【法律处方】帮助企业梳理劳动者关系相关法律文件，提供劳动用工设计，为企业节省用工成本。提供用工合理把关，降低企业用工风险。

### 4. 合同管理

1	是否制作业务全流程合同模板	
2	所有交易活动是否均签订了书面合同	
3	企业是否建立合同审查审批授权机制和合同履行台账管理	
4	企业是否建立公章及合同专用章管理制度	
5	企业是否建立合同归档及专人分类管理制度	
6	企业是否建立签订重大合同前的调查、评议制度	

7	企业是否建立合同纠纷处理机制	
8	是否定期组织与合同的签订、履行、解除相关的培训	

【法律处方】提供业务全流程合同模板，建立健全合同审批授权机制，提供合同签订、履行、解除全过程相关培训。

## 5. 知识产权

1	企业是否注册商标并及时续展	
2	注册商标的注册类别是否覆盖了主营产品	
3	是否有正在申请的专利，是否按时缴费	
4	企业是否具备有效的、可行的内部保护机制	
5	企业是否存在针对人才流动中的知识产权流失的风险防范措施	
6	企业是否正在面临侵权或有被侵权的危险	
7	企业是否存在商业秘密流失的情况	

【法律处方】提供商标、著作权、专利权专项法律服务，根据调查情况为企业提供知识产权侵权纠纷处理等法律服务。

## 6. 财税合规

1	企业是否有健全规范的财务制度并严格执行	
2	主管会计和出纳会计是否由不同人员担任	
3	是否依法纳税	
4	是否按规定代扣代缴个人所得税	
5	是否进行正确的税收策划	
6	是否建立发票管理制度	

【法律处方】根据调查情况为企业法律角度的税收策划服务。

## 7. 其他

1	企业是否有专职法务机构和法和工作人员、是否外聘法律顾问	
---	-----------------------------	--

2	企业自身是否存在不正当竞争的情况	
3	企业是否存在重大未结诉讼或仲裁案件	
4	企业对金融环境是否有意见或建议	
5	企业对税收环境是否有意见或建议	
6	企业对公平竞争环境是否有意见或建议	
7	企业对法治环境是否有意见或建议	

【法律处方】其他方面提供法律意见，收集整理企业对经营环境提出相关意见和建议，向有关部门反馈。

## 企业法治体检材料清单

为履行《免费法治体检协议》可能要求贵公司提供的相关文件资料，请贵公司配合准备，便于律师服务团队更好地提供服务。

1. 公司《章程》；
2. 股东会、董事会、监事会决议；
3. 代持协议、股东出资证明文件；
4. 现行人力资源管理制度，《员工手册》，各部门职责；
5. 公司劳动合同、竞业禁止合同、保密协议范本，股权激励协议、高管及员工劳动合同；
6. 员工管理类文件，如岗位说明书、试用期转正通知书、工资发放表、员工社保清单；
7. 员工与公司间纠纷的相关法律文件（诉讼、仲裁、调解协议、和解协议等）；
8. 所有行政许可批复、许可证（特许经营权证），业务授权文件；
9. 产品或服务清单（产品品牌、型号、价格、服务种类、方式、收费模式）；
10. 业务合同范本及其他合同等；
11. 合同纠纷产生的与其他企业的往来函件；
12. 各部门规章制度与流程管理文件；
13. 涉诉案件清单（诉讼地位、纠纷类型、诉讼请求、诉讼标的等）。

\*\*有限责任/股份有限公司

法治体检报告

未经允许 严禁

未经允许 严禁转载

未

载

未经允许 严禁转载

律师服务团队:

日期:

未经允许 严禁转载

## 目录

1. 公司法人治理法律风险及建议
2. 劳动者关系法律风险及建议
3. 合同管理法律风险及建议
4. 知识产权法律风险及建议
5. 财税合规法律风险及建议
6. 规章制度与流程管理法律风险及建议
7. 其他法律风险及建议

1. 公司法人治理法律风险及建议
  - 1.1 公司法人治理民事法律风险
  - 1.2 公司法人治理行政法律责任
  - 1.3 公司法人治理刑事法律风险
  - 1.4 律师建议
2. 劳动者关系法律风险及建议
  - 2.1 劳动者关系民事法律风险
  - 2.2 劳动者关系行政法律责任
  - 2.3 劳动者关系刑事法律风险
  - 2.4 律师建议
3. 合同管理法律风险及建议
  - 3.1 合同管理民事法律风险
  - 3.2 合同管理行政法律责任
  - 3.3 合同管理刑事法律风险
  - 3.4 律师建议
4. 知识产权法律风险及建议
  - 4.1 商标、著作权、专利权民事法律风险
  - 4.2 商标、著作权、专利权行政法律责任
  - 4.3 商标、著作权、专利权刑事法律风险
  - 4.4 律师建议
5. 财税合规法律风险及建议
  - 5.1 财税合规民事法律风险
  - 5.2 财税合规行政法律责任
  - 5.3 财税合规刑事法律风险
  - 5.4 律师建议
6. 规章制度与流程管理法律风险及建议

6.1 规章制度与流程管理民事法律风险

6.2 规章制度与流程管理行政法律责任

6.3 规章制度与流程管理刑事法律风险

6.4 律师建议

## 7. 其他法律风险与建议

7.1 其他民事法律风险

7.2 其他行政法律责任

7.3 其他刑事法律风险

7.4 律师建议



## **\*\*律师事务所/律师团队**

### **法治体检分析报告**

为了解企业内部法治环境现状，助力企业经营环境改善，通过为企业法治体检的方式，市律师协会组织本所对企业法治环境情况进行专题调研。本所调研的企业共有\_\_家，出具《法治体检报告》\_\_份。其中，（不同行业）\_\_家，现将服务过程中了解的有关情况分析报告如下：

1. 企业发展法治体检总体评价
2. 企业普遍存在民事法律风险问题及原因分析
3. 企业普遍存在行政法律责任问题及原因分析
4. 企业普遍存在刑事法律风险问题及原因分析
5. 改善企业发展法治环境的意见和建议

## 第二章

# 辽宁省律师协会 律师承办房地产企业法律顾问业务 操作指引

## 一、总 则

### 特别说明

本操作指引仅仅是律师承办房地产企业法律顾问业务操作指引的参考和提示，不能以此作为判定律师执业是否尽职合规的依据，更不能作为追究律师责任的依据。

#### 1.1 本指引的制定目标

为对律师从事房地产企业法律顾问业务提供基本参考，提高工作的深度和广度、确保工作质量和工作效率的平衡，并在服务社会、为客户防范法律风险的同时防范自身的执业风险，特制订本指引作为工作理念、工作内容及工作要点等方面的提示。

#### 1.2 本指引的性质

本指引系对律师从事房地产企业法律顾问业务时的操作指导性文件，供律师从事相关业务时参考使用，相关服务内容可参见中华全国律协编著《律师业务指导目录》。本指引无强制性效力，尤其不作为判断律师执业过错的依据。

#### 1.3 房地产企业法律顾问业务相关定义

本指引所使用之下述术语，非经特别说明，其定义如下：

房地产企业法律顾问业务

系指律师事务所依法接受房地产开发企业聘请，指定律师以其专业知识和技能为房地产开发企业，在约定的工作范围和工作期间提供多方面的法律服务的专业性活动。

房地产企业法律顾问

系指合法开办及依法存续，接受本指引所提及的房地产企业聘请为其提供企业法律顾问服务的律师事务所。

(3)顾问律师

系接受聘请后的律师事务所所指派的，为聘请方提供具体法律顾问服务的执业律师，但不包括不具律师执业资格证的助理。

聘请方

系指与律师事务所签订企业法律顾问服务合同，聘请律师事务所指派律师为其提供法律服务的房地产开发等本指引述及的企业法律顾问服务对象。

#### 1.4 企业法律顾问业务的服务对象

本指引的适用范围，系在《中华人民共和国律师法》以及相关法律规范的授权范围之内以及未禁止范围之内，以企业法律顾问形式向房地产开发企业提供的各类法律服务。其中：

1.4.1 房地产企业法律顾问服务，服务范围包括房地产开发企业从设立、经营管理期间到终止时止的所有活动，包括但不限于设立、经营、变更、上市、清算、解散等过程中的所有法律事务。

1.4.2 房地产企业法律顾问业务，主要包括：项目前期土地开发阶段、招标投标阶段、项目建设期间以及项目销售期的专业法律服务。同时房地产开发企业作为一般企业，也存在诸如公司股权、劳动人事、合同管理、财务税收等方面的法律顾问、非诉讼及诉讼业务。

#### 1.5 房地产企业法律顾问的工作目标

律师为客户提供的房地产企业法律顾问服务，应在法律允许的范围内，以律师的专业法律知识和业务素养、工作技能为基础，通过各种方式的执业行为为客户提供专业服务解决法律问题、防范法律风险，以维护其合法权益。

同时，应努力传播法律风险意识，帮助客户提高法律风险预见、控制和解决的能力，以最大限度实现客户合法权益的最大化和风险损失或风险控制成本的最小化，并促进客户法律风险意识、法律风险管理水平的提升。

## 二、房地产企业法律顾问服务内容

### 2.1 服务内容概述

房地产开发企业对于法律实体问题及程序事宜的重视程度日趋凸显，企业法律顾问服务的广度和深度亦逐渐扩张，因此，不同的房地产开发企业基于其企业性质、体量大小、商业地产抑或住宅地产的市场领域不同，服务内容定有所不同。但是总体来说，房地产开发企业一般的服务内容如下：

2.1.1 项目前期：房地产开发企业在此阶段，主要是对于土地使用权取得一级一级开发业务部分，需要律师的专业服务意见；

2.1.2 招标投标：律师在此阶段，主要针对房地产开发企业对于土建、甲委产品、服务及工程的采购提供咨询意见；

2.1.3 建设期间：在此阶段，律师为建设工程施工合同的签订、律协、变更、解除等内容，提供顾问服务意见；

2.1.4 销售阶段：针对商业广告宣传、买卖合同及补充协议文本的制定、修改等内容提供服务。

2.1.5 其他日常服务：包括公司股权、劳动人事、合同管理、财务税收等方面的法律顾问服务。

### 2.2 项目前期

律师在本阶段可以提供的法律服务包括但不限于：

2.2.1 参与和项目土地方及有关合作各方的项目合作谈判，并负责起草合作开发协议书、合作开发合同、备忘录和相关法律文件；

2.2.2 参与项目运作方式和运作方略的法律策划，为项目合作的法律风险提供法律建议；

2.2.3 参与项目公司的成立，并负责起草项目公司章程等法律文件；

2.2.4 参与项目土地使用权取得的全过程始终，包括但不限于征地方案的确定——征地过程中集体土地拆迁补偿方案、拆迁补偿协议的法律审查——选择拆迁公司并审查拆迁公司的资质——拆迁委托协议的起草和签订——国有土地危

改项目拆迁补偿协议的起草和签订——土地使用权出让合同的签订——土地使用权转让合同的签订等有关项目土地使用权取得或变动的全过程；

2.2.5 项目前期法律手续的办理，其中包括但不限于项目公司或综合性开发公司成立的手续办理；

2.2.6 取得项目的特别程序：参与土地使用权的招标投标、拍卖、挂牌交易过程，协助开发公司取得项目开发权；

2.2.7 属于项目转让的，按照并购的程序，完成项目转让的尽职调查、确定收购模式与程序、完成相关项目（资产）转让协议、股权转让协议或收购协议等类似文本的起草工作；

2.2.8 见证相关协议的制作；

2.2.9 项目立项、规划审批、建设开工许可报批等政府部门审批事项的报批、报建等有关法律文件的草拟和法律审查等。

## 2.3 招标投标

律师在本阶段可以提供的法律服务包括但不限于：

2.3.1 审查施工招投标单位的合法性。审查招标书的合法有效性。

2.3.2 草拟招标文件或审查招标书、投标须知、合同条件、协议条款。

2.3.3 审查投标方的资质及其文件资料的合法有效性并出具法律意见书。

2.3.4 参加招标会、开标会、评标会，保证程序的合法性。

2.3.5 草拟、审查中标工程承包合同。

2.3.6 协调、处理在招标过程中招标方与投标方之间发生的争议或纠纷。

## 2.4 建设期间

律师在本阶段可以提供的法律服务包括但不限于：

2.4.1 工程招标投标文书和相关法律文件的起草或审查；

2.4.2 工程招标投标过程的法律见证或合法性审查；

2.4.3 项目建设工程对外承包方式的法律建议；

2.4.4 包括勘察设计委托合同、建设工程监理委托合同、建设工程施工合同等在内的全部建设工程施工合同的谈判、起草和签订；

2.4.5 项目货物供应与采购合同的谈判、起草和签订；

2.4.6 项目采用新技术、新材料的法律可行性论证；

2.4.7 项目建设施工过程中施工合同履行的跟进；

2.4.8 项目建设施工过程中相关文书，其中包括但不限于各项变更洽商函、文件的法律审查；

2.4.9 竣工验收阶段的法律参与；

2.4.10 竣工结算的介入；

2.4.11 保修阶段及保修结算的法律配合等。

## 2.5 销售阶段

2.5.1 参与公司与销售代理商关于代理销售事宜的谈判，起草、审查、修改公司与代理商的代理销售协议书，达到双方同意签约的条件；

2.5.2 协助公司审查有关楼宇预、销售的广告内容；

2.5.3 协助公司起草、修改《购房须知》《订购书》《预售合同》补充条款《房屋管理、使用、维修公约》《租赁合同》等相关的法律文件；

2.5.4 解答公司或购房人、承租人针对上述法律文书而提出的法律问题，协助公司提高成交率；

2.5.5 协助公司就土地使用权或在建工程或房地产实物抵押融资的法律可行性进行法律论证；协助公司草拟审核贷款合同、抵押合同及其他有关文件；协助公司解决按揭贷款、长期融资、投资过程中的日常法律事务。

2.5.6 公司组织预销售展示、交易活动提供相应的法律服务。

2.5.7 根据公司法律工作中的实际需要，为公司员工组织各种类型的法律培训。

### 三、业务中的律师职业操守

#### 3.1 法律顾问工作的基本原则

房地产企业法律顾问工作以维护客户合法权益为中心，按客户的工作指示及时介入，通过提供法律意见或建议、参与决策、设计解决方案、参与事务处理过程等方式，尽可能通过预先采取防范措施的方式避免客户损失及不利影响的扩大，或以合法手段尽量扩大其收益。

房地产企业法律顾问律师在履行职责时应严格遵守法律规定，以维护客户合法权益及遵守律师职业操守为底线，拒绝为企业违法行为或取得违法利益的行为提供服务。

#### 3.2 对法律环境及行业状况的关注

由于法律规范体系始终处于不断变化中，因此律师应当充分注意到房地产行业相关法律环境的变化，以及公司治理、市场交易、税收等法律规范的变化，以确保工作成果的合法性、有效性和及时性甚至前瞻性。

同时，还应关注社会、经济等形势所发生和可能发生的变化，以便为客户提供更为实际有效的服务、提醒客户预防相关的法律风险。

#### 3.3 对客户行业的关注

律师应充分关注或研究律师职业之外的企业法律顾问职业，关注法律规范对该行业的知识结构、工作方法等要求，以便于更好地理解客户需求、完善知识结构和方式、扩大服务范围 and 深度，促进客户法律事务处理水平的提升和自身工作技能的提升及工作经验的累积。



### 3.4 保密义务

律师在为客户提供法律顾问服务过程中，对于接触、了解到的各级国家秘密、客户商业秘密，以及不宜公开的信息、个人隐私等，均负有保密的义务。该等义务既属于法律规范、行业行为准则所要求的义务，也属于服务合同中的附随义务。

具体义务范围及承担方式除依前述规范规定外，还应严格按照法律顾问合同相关条款履行。

### 3.5 律师服务中的风险控制

律师在关注客户的法律风险及法律安全的同时，应充分关注自身服务环节中可能出现的执业风险，发现可能存在风险时应及时采取措施加以控制。

律师应严格按照顾问合同的规定及授权权限提供法律服务，不得超越委托权限，且在提供服务时不得从事与职责无关的事务，不得以顾问律师身份从事任何营利性活动谋取私利。

律师以书面方式提交工作成果，其文字内容应措辞严谨、考虑周全，避免因文字表述不当而引起歧义或成为工作过失甚至追究执业过错的依据。

### 3.6 避免涉及客户内部冲突

律师在为客户提供法律顾问服务过程中，应当关注客户内部的部门之间、个人之间是否存在利益冲突，并在实际工作中尽最大可能避免因卷入相关冲突而影响判断的独立性和解决方案的客观性。

当面临客户内部不同意见时，应当理解并向冲突各方解释，顾问律师为企业服务，只能对依法代表企业或依授权代表企业的一方的意见为准。

### 3.7 服务团队的协作

受指派的顾问律师必须已依法取得律师执业证并在律师事务所执业的执业律师，未经指派的律师个人不得以任何形式或名义担任法律顾问，律师助理人员除协助律师完成法律顾问工作外不得独立担任法律顾问。

以团队方式为客户提供服务的，应当明确团队各成员之间的分工，以及共同的服务标准、工作质量标准、工作接口，并及时确定具体的责任人和及时通报制度，避免因工作质量控制和沟通上的缺陷而影响客户利益。

### 3.8 尊重同行

顾问律师在为客户提供法律顾问服务过程中，对于在工作中涉及的其他律师，均应保持应有的尊重和礼仪，相互配合，充分沟通和协商以顺利完成各自应对客户完成的工作，不应以任何方式贬低同行的工作方案及业务能力。对于工作方案的优化及工作失误的处理，应尽量建议客户保持谅解和通融。

### 3.9 行业形象的维护

如因服务所必需，在遇到其他律师为同一客户提供的服务存在工作缺陷时，应当尽可能避免直接指责其他律师的过失、过错，更不应因借机质疑其执业能力等行为损害律师行业整体形象，如需解释则以客观描述加法律背景或解决方案后果分析等方式实现，或以提出优化解决建议的方式供客户选择。

### 3.10 疑难问题的处理

在为法律顾问客户提供服务过程中如涉及自己并不熟悉的业务领域，或遇到疑难问题，应以客户利益最大化为导向，通过虚心向本所同事或律师同行请教，或业务交流、问题论证等方式，为客户寻求最佳解决方案，避免因业务技能或专业法律知识的缺失而导致执业过错。

### 3.11 律师与律师事务所关系的处理

顾问律师应当明确，法律顾问服务系律师事务所与客户之间的服务合同关系，承办律师系事务所指派完成具体的服务工作。因此，当为客户服务过程中涉及客户与事务所利益的冲突时，或可能给事务所带来非正常风险时，应当及时通报律师事务所以便于协调和防范风险。

顾问律师在为客户提供企业法律顾问服务时，应当遵守事务所的相关规定。

## 四、客户的开拓

### 4.1 对目标客户的关注

律师对于潜在客户，可通过关注其企业行业特征、商业模式、产业链前后端、行业发展趋势，以及企业发展战略、发展目标、成长历史、经营业绩、产品或服务品牌、知识产权、业务范围等，以便了解目标客户可能涉及的法律问题，并制订适宜的营销策略。

### 4.2 法律服务需求的发现

在分析潜在客户的需求时，除分析相关行业的法律规范体系及企业涉及的公司法、合同法、劳动法、税法等共同涉及的法律规范体系外，还应关注企业曾经出现过的问题、同行业其他企业曾经出现过的问题等、处理法律事务的偏好，便于了解其具体的法律服务需求、可能需要的法律事务类型，以便于服务合同洽谈的顺利进行。

### 4.3 法律服务的创新

由于法律体系在不断完善过程中，而社会的法律服务需求也在不断向更高的管理和战略层面发展、向更深的操作层面延伸、向更宽的行业及领域跨度交叉，因此鼓励律师结合市场需求和自身的知识结构并参考《律师业务目录》中列举的内容，不断创新开发新的业务领域。

同时，还可结合信息化的发展趋势和其他领域的业务创新，不断探索新的法律服务模式，以更为丰富的方式提供法律服务。

### 4.4 法律服务的专业化

为提高工作的质量和效率，鼓励律师法律服务向专业化发展，即在特定的专业领域和细分市场向客户提供专业、细致的服务并减少同业竞争的同质化。

#### 4.5 避免不正当竞争

律师在开拓潜在客户和营销企业法律顾问业务过程中，应遵守相关法律及律师行为规范的相关规定以保证开拓方式的正当性，避免以不正当竞争或虚假宣传等方式争取客户。

#### 4.6 客户业务的取舍

律师应根据客户的需求和自身的业务领域、工作经验、工作时间等，综合考虑是否有充分的能力和资源为客户提供良好的服务，必要时考虑以整所团队对外的合作等方式，或在征得客户后与其他所律师共同提供服务的方式，避免因能力或其他方面的限制而影响服务质量并导致律师执业风险。

#### 4.7 法律顾问服务的投标

对于以招投标方式确立法律顾问服务关系的客户，律师事务所应当认真了解相关招标文件的要求并结合自己的资源水平、业务经验等实际情况决定收费标准以及是否参与，避免因恶性竞争而导致成本过高或因工作经验等原因无法胜任相关工作而导致执业过错。

#### 4.8 利益冲突审查

律师在与客户签署法律顾问合同前，应根据《律师执业避免利益冲突规则》的规定由律师事务所按利益冲突审查的要求，审查是否与律师事务所的现有客户存在利益冲突，尤其是核对现有客户的代理合同或法律顾问合同中有无利益冲突方面的特别约定条款，避免因利益冲突而产生执业过错。

对于可能产生利益冲突的潜在客户，应遵照法律规范、律师行业规则以及与客户间服务合同的规定执行，对于依据前述内容仍旧无法界定的，可采取披露、签署谅解备忘录等方式处理。

#### 4.9 服务内容的梳理及确定

顾问律师应与客户充分沟通，展示法律服务的价值，启发其对法律服务的认识、发现其法律服务需求，并引导客户明确具体的法律服务需求以及法律顾问服务的方式、范围、要求等可在服务合同中明确。

法律顾问服务的实现方式，可分为常规服务、上门服务、派出服务、巡回服务、远程服务等方式，因不同服务方式的成本不同，应在确定收费标准时加以考虑。

#### 4.10 法律顾问服务事项的确定

法律顾问合同是律师事务所与客户建立法律服务关系并指派顾问律师完成工作所达成的一致，也是客户与律师事务所建立的权利义务体系。常规法律顾问服务事项可参见各地律师协会的推荐文本。

法律顾问的报酬由律师事务所统一收取，顾问律师不得直接从聘请人处收取任何报酬。但可在合同中约定，顾问律师在为聘请方提供法律服务时，必要的交通费、差旅费等由聘请方承担。其他如基本费外的减免或增加条件等，也应在法律顾问合同中明确约定。

法律顾问合同应当由聘请方与律师事务所之间签订，并通过正规渠道支付款项、提供发票。

#### 4.11 对聘请方单位的了解

律师事务所在与聘请方签订企业法律顾问合同前，应对聘请方资信进行调查或核实，调查核实的内容包括但不限于：

- (1)是否依法成立、合法存续；
- (2)目前的基本状况；
- (3)证照上所核准的经营范围；
- (4)实际上的主营业务范围；
- (5)聘请法律顾问的基本目的及要求；
- (6)具体的联系人、通信地址等。

如果涉及自然人，还应了解其国籍及居住地（以证、照为准）、职业及其他自然状况、聘请法律顾问的基本目的及要求。

#### 4.12 法律顾问服务合同

法律顾问合同应当包括但不限于以下条款：

(1)事务所的名称、当事人的名称或姓名，以及双方的住所地、通讯方式等身份事项条款；

(2)法律顾问服务的工作范围、工作方式、工作地点、顾问律师、授权范围等，必要时还可增加工作量、服务质量等要求；

(3)法律顾问合同履行期限及起止时间，法律顾问费用的种类、金额及支付方式，以及法律顾问合同的续签等；

(4)各方的违约责任，以及因任何一方违约而发生合同变更或解除时的处理以及损失承担方式；

(5)双方为履行法律顾问合同而必须具备的硬件条件、工作接口、指定联系人，以及需要常驻现场办公时的办公条件要求等条款；

(6)解决争议的处理原则及解决方式，合同中止及终止的条件、最终处理时的法院管辖、合同的生效等条款，尤其要明确无固定期限的法律顾问合同的解除条件。

除上述常规工作内容外，其他非常规类型的法律顾问服务，如各类专项法律顾问服务，应与聘请方明确工作范围、工作方式、收费方式等问题，以便于合同的履行。

#### 4.13 对于法律服务的风险提示

律师应当在签订企业法律顾问合同时提醒聘请方双方的工作交接事项，以提高工作效率、确保工作质量，包括但不限于以风险提示书等形式提醒聘请方关注包括但不限于以下领域的风险：

(1)律师事务所及其指派的顾问律师，仅在授权委托范围内依法独立提供法律服务，有权拒绝为实施违法行为及违背事实、违背律师职业道德等行为提供服务；

(2)聘请方应就其民事行为、所提供的法律依据、证据、文件的真实性等自行承担法律责任及不利后果，受聘方一般不作真实性方面的实质性审查；

(3)聘请方提交处理的法律事务，应当提供明确的工作目标、质量要求、完成时间等工作需求指示，并预留足够的工作时间。

## 五、法律顾问服务的实现

### 5.1 对聘请方情况的了解

律师从事法律顾问业务，应通过聘请方网站、宣传册等关注聘请方的基本情况，并同时关注其所在行业的普遍情况，以及与该企业、该行业相关的法律环境状况，以便于更深入地提供适合聘请方或其行业实际情况的解决方案。

在确定法律顾问服务关系后，顾问律师应尽快熟悉聘请方的内部情况，包括但不限于企业性质、经营范围、内部组织结构及负责人、隶属关系、主要关联方等，以便于了解其法律服务需求及管理习惯。

### 5.2 法律事务与企业管理

律师应当理解，许多客户所存在的问题系系统问题而非个案问题，因此应当具备一定的企业管理知识，以便在直接处理法律事务的同时能从企业管理的角度理解企业的需求或工作成果质量标准，并尽可靠使解决方案便于企业操作和实现其发展目标，从而为律师业务开拓更为广阔的空间。

### 5.3 对工作任务的明确

在接受聘请方的工作指示时，除具体的工作内容外，还应与聘请方明确工作目标、完成时间、质量标准、内容要素，以及相关事务的背景情况、处理中的主要风险、主要防控目标等，以便于充分满足当事人的服务要求。

#### 5.4 工作质量的确定及控制

顾问律师应按聘请方的工作指示和需求确定完成工作的质量。通常情况下，应以实现聘请方工作目标为导向而完成相关法律事务并确定相关的工作质量标准。同时，视当事人的接受程度以合适的方式表述及提交工作成果。

律师事务所应定期听取顾问律师的工作汇报、定期走访聘请方征求意见，不断提高服务质量。

顾问律师因故不能履行法律顾问职责时，律师事务所应当与聘方协商另行指派顾问律师以保证工作的连续性和工作质量。

#### 5.5 法律问题的调研

顾问律师在为聘请方提供法律意见前，应当充分了解所交办事项的预期目标及背景资料，并通过充分的法律调研以及必要时的尽职调查，以便在充分认识、理解法律环境的前提下，为维护聘请方的合法权益找出解决之道。

顾问律师的法律调研应充分注意从国家法律、行政法规、部门规章、地方性法规、地方政府规章、强制性质量标准等不同层面的合法性要求，以确保结论的准确性。

#### 5.6 必要的尽职调查

在为聘请方提供法律顾问服务过程中，一般对聘请方所提供的资料本身的真实性、合法性、准确性不作实质审查，但聘请方所提供的其他方的文件除聘请方申明外，应当视需要进行相关审查。

如有必要，对涉及其他方身份事项、资产状况、法定资格资质等事项，应当通过尽职调查核实其合法性、真实性、完整性，但具体视聘请方需求而定。

#### 5.7 专业人员及专业知识

顾问律师对于法律顾问工作中涉及的专业知识，应建议聘请方交由聘请方相关部门解决，律师的意见仅供参考且相关意见并非律师职责，以免引发执业风险。



对于法律顾问工作中涉及的与技术人员的合作，应当明确相关技术问题技术人员的解释为准，律师不进行实质性审查。

## 5.8 法律顾问服务的配套工作

事务所为聘请方提供法律顾问服务，应注意建立健全规范化的服务体系，从商务礼仪、工作技能、文档管理、聘请方接待维护等制度建设和业务培训，以及工作流程、文书格式等方面的标准化等质量控制，以确保服务质量的标准化以及自身整体实力的提升。

## 5.9 工作记录及档案管理

顾问律师在提供法律顾问服务过程中，应当记录为聘请方提供服务的交办事宜、工作要求、工作内容、工作时间、工作成果等相关事项，原则上做到一次一记、一事一记，便于不断积累工作经验及以及总结后提高工作质量及工作效率。

## 5.10 法律顾问工作的报告

顾问律师可定期或在年度法律顾问服务终了时，或单项法律顾问服务终了时，以工作成果报告的形式将工作记录整理成工作报告等方式提交给聘请方，便于说明工作情况、工作量情况等，供下一阶段合作时的调整收费参考或工作改进依据。

## 5.11 执业风险的防范

顾问律师在履行法律顾问合同期间，应严格依据合同规定提供法律服务，避免服务与合同要求不符或因工作过失、过错而造成顾问单位的经济损失或其他损失。

同时，律师应不断改进工作程序和工作方法，以确保工作的效率和质量。同时对于顾问单位的系统性问题，应建议其通过完善相关制度、流程、文本体系等管理手段加以解决。

## 5.12 非法要求的拒绝

律师事务所及顾问律师应就其所提供的法律意见的合法性承担法律责任，但对聘请方提出的违法要求应当予以拒绝，以避免聘请方及律师陷入更大的风险，并维护职业的尊严。

同时应解释相关违法行为的后果，并建议顾问单位遵守法律规定以避免相关法律风险。

## 六、特殊法律问题的处理

### 6.1 对突发事件的处理

对于聘请方所遇到的突发性的法律事务，如群体性事件、突发性事故、影响巨大的媒体报道、情绪激动的投诉、肢体冲突等，顾问律师应当协助聘请方冷静处理，首先确保冲突缓和以尽最大可能避免直接的消极后果的产生，再尽最大可能平息事态以免受到更大不利影响，尤其应避免因处理措施不当而导致不利影响的扩大甚至导致更大的不利影响。

### 6.2 对法律培训的处理

对于聘请方要求的法律知识培训，应尽可能按照听众的层次、需求，从生动性、实用性角度解释相关的法律规范，并解释相关案例的关键所在以及法规规定的影响、实际工作中的注意事项等，必要时以精致的图表等形象生动地展示所要宣读的内容，避免只讲述枯燥的法学理论。

### 6.3 对诉讼事务的处理

顾问律师针对聘请方已经发生的争议，应当尽可能从企业利益角度考虑更为稳妥的解决方案，如果对聘请方有早，则应尽可能通过协商、调解、出具律师函等方式解决争议、维护权益，避免简单地采用诉讼手段解决问题而损害聘请方利益。

#### 6.4 对合同事务的处理

顾问律师参与聘请方的合同事务，在合同审查、修改、起草中均应以交易目的为导向，优化安排合同中的法律关系和商务内容，以实现质量与安全的平衡，确保当事人合法权益的最大化和法律风险的最小化。

顾问律师在处理合同事务，包括参与合同谈判过程中，应以其中的法律条款为主，并对可能产生法律风险的商务条款、技术条款加以关注，但相关内容应以相关专业人员的意见、是否交易及具体条款的确定以聘请方意见为准，律师仅提供参考意见或建议。

#### 6.5 对咨询事务的处理

对于聘请方的其他咨询事项，顾问律师应在向其解释相关法律规定、提供参考解决方案排忧解难以维护其合法权益的同时，应尽可能用稳妥的方式将各类矛盾化解在萌芽状态，防止不稳定因素激化引起更大的利益冲突。

#### 6.6 对于国有企业的服务

顾问律师在担任企业法律顾问的工作中，应当参照国家相关部门对于中央企业的法务工作要求，除常规的合同审查外，逐渐介入企业的决策审查、制度审查，并向聘请方企业规章制度对于企业发展的促进作用，以及规章制度与法律法规的相互作用、功能搭配，帮助企业完善其管理架构、规章制度体系、流程体系，同时确保其相关规章制度的合法化。

#### 6.7 帮助企业完善规章制度

顾问律师在帮助聘请方完善规章制度时，应注意到制度、流程、文本的标准化和体系化才能发挥最大的效能，并充分考虑管理手段与绩效考核、激励机制的关系，既提升企业防范法律风险的能力又提升企业的管理水平，帮助企业建立合理、规范的完整体系，包括但不限于：

6.7.1 基本管理制度，即以公司治理结构相关的职能设置、各类会议议程、表决方式等，以规范公司决策、治理中的秩序并促进其合法化、规范化。

6.7.2 业务规范体系，即将企业在计划、采购、生产、销售以及广告、知识产权、技术开发、人力资源、财务与资产、公共关系、企业文化等方面的工作内容加以规范化和合法化、体系化。

6.7.3 行为规范体系，即协助企业按整个企业组织结构明确各部门、各职位的工作范围、责任范围等并形成书面规范，尤其是负责其中对合法性的审查以及整个体系中存在的法律风险的防控。

## 6.8 企业的法律风险管理

顾问律师应推动企业从法律风险管理的视角，面对虽未发生但极有可能发生的法律风险后果，采取系统梳理、制订预防措施并植入现有管理制度、管理流程、各类文本的方式，以管理手段系统、全面地解决法律风险问题，并提升企业的管理水平和效率。

企业法律风险可分为公司治理、合同管理、采购、生产、储运、销售、知识产权、人力资源、广告宣传、售后服务等模块，企业可根据自己的实际情况选择相应的模式采取防范措施，从制度、流程、文本体系上杜绝常见的法律风险。

## 6.9 协助企业提升合同管理水平

合同是企业经营不可或缺的途径，防范合同法律风险即可防范绝大多数企业风险。在该领域，顾问律师可向企业提供以下服务：

6.9.1 建立标准化的合同文本体系，在广泛收集企业常用合同文本的基础上梳理出企业的完整常用文本体系并加以分类以形成体系；

6.9.2 根据企业实际情况和相关法律环境的要求以及企业的主观意愿，对常用合同文本进行格式的规范化、内容的精细化修改，在不影响企业的使用习惯和生产运营的前提下提高合同文本的安全系数。

6.9.3 在前两者的基础之上，帮助企业建立合同管理制度、合同管理流程，明确各部门、各职位的工作界面和职责，以制度化、程序化、标准化的方法进一步防范合同法律风险，形成事前预防、事中控制、事后补救相结合的法律风险管理系统。

6.9.4 合同管理体系应覆盖供应商管理、合同谈判、合同文本使用、合同审批、授权委托、图章使用、合同签订、合同履行、争议处理、售后服务，以及合同登记、合同管理制度执行情况检查、合同管理统计分析等全方位的防范体系。

## 6.10 重大事项的汇报

顾问律师在受指派提供法律咨询服务过程中如遇重大法律问题，或因参与重大项目法律服务、参与商务合同谈判而需要事务所配合时，应及时向律师事务所汇报以调配资源确保工作质量及效率。

律师事务所及顾问律师在提供法律服务过程中如遇重大社会影响事件、突发事件，在提供法律意见前应按相关规定向当地司法行政机关或律师协会报告。

## 七、工作成果的提交及后续工作

### 7.1 以书面方式提交工作成果

除现场答复外，顾问律师提交工作成果应当以邮件等可以保留内容及发送记录并便于管理的方式，避免因工作成果内容及提交环节中产生执业风险。

对于涉及重大企业商业秘密或聘请方提出保密要求的工作事项，其工作成果应直接交给法定代表人或其指定联系人，以免泄密相关信息。

### 7.2 对于工作成果的提醒

以邮件方式提交工作成果，应对工作成果的工作内容范围、应由其他部门处理的事项、提醒聘请方注意的事项进行简要说明，既履行应尽的告知义务也避免聘请方发生误读。

### 7.3 律师的责任声明

在正式的法律意见书以及以书面方式提交的工作成果中，顾问律师应以适当的方式事先申明律师意见根据聘请方所提供的背景信息而做出，且仅对相关问题

涉及法律意见的部分负责，对法律以外的相关专业领域所提供的评价应由聘请方的技术部门、财务部门自行判断，律师意见仅供参考。

#### 7.4 资料的保存

顾问律师在实际工作中应当充分注意资料的保存及文档管理，避免因文档管理不善而导致的重复劳动及效率低下。相关档案管理应确保一户一卷、一事一档。

同时，顾问律师应当及时总结项目工作中的经验及教训、不断探索更优的工作方法并如实加以记录，作为不断自我提升、持续改进的基础。

#### 7.5 律师意见的统一

顾问律师所提交的工作成果或所答复，如在合作团队中存有不同意见，应通过探讨论证加以统一，如果无法统一则应以不同可能性的方式加以表述，以避免聘请方对工作能力产生误解，或被律师的不同观点而误导。

#### 7.6 持续关注与循环改进

顾问律师应始终关注所提交的工作成果、解决方案在正式提交后的结果，如解决方案的运用效果、是否切合实际、是否解决了实际问题，等作为经验的积累和后续改进的基础，通过不断的经验积累和反思，循环改进工作方法及质量。

### 八、其他事项

#### 8.1 聘任期内工作情况的述职

顾问律师应按合同要求或视需要，向聘请方定期或在聘任期满前提出书面述职报告，以描述聘任期内的工作事项、工作内容、工作时间、工作结果等内容，以体现律师工作的价值，并增强聘请方的信任。

## 8.2 法律顾问合同的续签

在法律顾问合同行将届满前，顾问律师应主动向聘请方述职并就工作质量、工作方法是否需要改进，以及法律顾问是否续聘征询聘请方意见。若聘请方同意续聘则应及时确定后续的工作内容范围、收费标准等合同条款并及时签约，否则应提醒法律顾问服务的截止时间。

法律顾问合同因期满或法律服务事项完成而终止后，顾问律师要及时写出总结报告，律师事务所应及时归卷备查。

## 8.3 法律顾问合同的提前终止

如法律顾问合同因某种原因提前终止，推荐以书面方式就责任的截止时间、后续风险的承担、费用的结算、相互维护名誉的要求等善后处理事项签署协议，以免因未尽事宜产生矛盾。

如遇企业法律顾问服务合同提前终止，律师事务所与顾问律师应及时进行总结，制订预案，必要时向司法行政部门、律师协会进行汇报。

## 8.4 案卷材料的归档

每一年度终结，或法律顾问服务合同关系终结，顾问律师应及时整理服务中所接收的各类资料以及完成的工作成果并制作工作总结报告一并归档，以便于妥善保管和今后查询。

### 第三章

## 《民法典》合同编适用指引 100 问



## 一、合同通则

### 01 问：签订合同是否一定要采用书面形式？

答：不一定，依据《民法典》第四百六十九条之规定，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。但鉴于口头合同存在难以举证的不利风险，因此建议签订书面合同，明确合同双方的权利义务，避免发生争议。

另外，以下合同应当采用书面形式：（1）借款合同，自然人之间的除外；（2）租赁期限六个月以上的租赁合同；（3）融资租赁合同；（4）保理合同；（5）建设工程施工合同及建设工程委托监理合同；（6）技术开发、转让、许可合同；（7）物业服务合同；（8）建设用地使用权出让、流转合同；（9）居住权合同；（10）地役权合同；（11）保证合同、抵押合同、质押合同。

### 02 问：一份合同文本应当包括哪些内容？

答：根据《民法典》第四百七十条之规定，一份完整的合同一般需包含以下内容：合同双方的姓名或者名称和住所；标的、数量；质量；价款或者报酬；履行期限、地点及方式；违约责任；争议解决方法。

### 03 问：在淘宝网店购物，商家在店铺首页张贴“商品一经售出概不退换”的告示，是否有效？

答：无效。根据《民法典》第四百九十七条规定，有下列情形之一的，该格式条款无效：（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十六条，经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。

淘宝商家张贴的告示内容属于明显加重消费者责任、排除消费者权利的情形，应当属于无效格式条款，不具有法律约束力。

**04 问：已经签订的合同未按照法律、行政法规办理报批手续的，合同效力如何？**

答：根据《民法典》第五百零二条第二款之规定，依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。根据前述规定，批准是合同的法定生效要件，未经批准的合同，属于生效条件未成就的合同，属于未生效的合同。实务中，如当事人希望另一方继续履行合同，则应当请求另一方履行报批义务，进而通过报批义务的履行促进合同生效；如当事人不想继续履行合同，则应当请求解除合同，从而使当事人摆脱合同的束缚。

需要注意的是，实务中关于法条中“批准、备案和登记”这三个概念容易混淆，如《中华人民共和国商标法》第四十三条第三款规定，商标使用许可未经备案不得对抗第三人。前述“备案”应当类似于“登记”的效力。因此，合同是否确实需要履行报批手续，还应当根据案件具体情况，结合相关法律规定做出具体分析。

**05 问：无权代理人以被代理人的名义订立合同，合同效力如何？**

答：系效力待定合同。根据《民法典》第五百零三条之规定，无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认；第一百七十一条，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力；第一百七十二条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。

可见，代理人以被代理人名义订立的合同，在被代理人追认之前，对被代理人不发生效力，合同处于效力待定状态。如果构成表见代理的，则合同有效。

06 问：法定代表人、负责人超越权限订立的合同，效力如何？

答：根据《民法典》第五百零四条之规定，法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。

在通常情况下，法定代表人或负责人代表法人或非法人组织所实施的法律行为，其效力应当归属于法人或非法人组织。然而当法定代表人、负责人所谓的代表行为超出代表权限实施法律行为，除非相对人知道或者应当知道法定代表人或负责人超越代理权，否则，法定代表人或负责人超越权限而与相对人订立的合同，对法人、非法人组织发生效力。

07 问：当事人超越经营范围订立合同，合同效力如何认定？

答：根据《民法典》第五百零五条之规定，当事人超越经营范围订立的合同的效力，应当依照本法第一编第六章第三节和本编的有关规定确定，不得仅以超越经营范围确认合同无效。

实践中，对于超越经营范围一般可分为：对一般经营范围的超越和对禁止经营、限制经营以及特许经营事项的超越。结合《民法典》第一百五十三条“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”之规定，对一般经营范围限制的超越，只是违反了管理型强制性规定，并不会导致合同无效；如果超越经营范围所订立的合同违反了特许经营、禁止经营以及限制经营的规定，则其违反的是效力性强制性规定，应当认定合同无效。

08 问：合同中约定“合同履行过程中，乙方出现人身安全问题均由乙方自行负责”，该约定是否有效？

答：无效。根据《民法典》第五百零六条之规定，合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身损害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

可见，生命健康权系法定不得免责的事项，即便当事人事前在合同中约定免责，该条款也是无效的。根据我国法律，侵犯他人生命健康权，不仅要承担相应的民事责任，在情形严重时还有可能承担刑事责任。

**09 问：合同成立后，有些条款没有约定或者约定不明的，怎么办？**

答：最好协商一致后签订补充协议。根据《民法典》第五百一十条之规定，合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

**10 问：合同双方互负债务且未约定先后履行顺序的，任何一方是否有权拒绝先履行？**

答：有。根据《民法典》第五百二十五条之规定，当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。实践中，当事人行使前述规定的同时履行抗辩权的，不负证明对方当事人未履行合同义务的举证责任，但如援用同时履行抗辩权的一方当事人主张对方当事人部分履行或履行不适当，则应负举证责任。

**11 问：合同双方互负债务，后履行方涉及多起诉讼案件，先履行方是否一定能够行使不安抗辩权？**

答：不一定。根据《民法典》第五百二十七条之规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

根据前述规定，先履行方是否有权行使不安抗辩权，其重点在于后履行方的涉诉情况是否达到足以使后履行方丧失履行债务的能力。如后履行方虽涉及多起

诉讼，但败诉少于胜诉，或败诉风险较小，或败诉对其履行能力没有构成根本性否定，则先履行一方不能行使不安抗辩权。

**12 问：承办人以单位名义对外签订合同、从事行为，承办人变更后，单位是否有权拒绝履行合同？**

答：根据《民法典》第五百三十二条之规定，合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

根据该条规定，承办人在其职务范围内以单位名义所从事的行为，代理本单位，其行为后果归属单位。即使承办人发生变化，因该合同的主体是单位而非承办人个人，故合同主体并未发生变更，单位作为合同主体仍应履行合同义务。

**13 问：签订《商品房买卖合同》后房价大幅度下跌，合同中约定的购房价格明显高出市场价，购房人是否有权以《民法典》第五百三十三条规定的情势变更为由，主张变更或解除合同？**

答：该种情形应当属于商业风险而非情势变更，购房人无权主张变更或解除合同。

一般认为，情势变更主要表现为自然灾害、政府行为、社会事件等。司法实务中，常见情势变更情形如下：（一）疫情及其防控措施；（二）超出当事人订立合同时的预见能力且不属于商业风险的价格异常涨落；（三）政策变化或法律规范变化；（四）政府行为。

**14 问：债务到期，债务人无财产向债权人履行债务，同时急于向第三人追究到期债权，债权人如何维护自己的权益？**

答：债权人可以自己的名义向人民法院提起诉讼，要求代债务人向第三人索要到期债权，但债务人对第三人尚未到期的债权不在此列。根据《民法典》第五百三十五条之规定，因债务人急于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围

以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

**15 问：债务人不履行债务，且低价转移财产的，债权人怎么办？**

答：根据《民法典》第五百三十九条之规定，债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为；第五百四十一条，撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

根据前述规定，如果债务人转让价为不合理的低价，并且影响债权人的债权实现，则债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债权人应当自知道债务人低价转移财产之日起1年内，或低价转移财产行为发生之日起5年内行使撤销权。

**16 问：施工合同约定工程质量应当达到“合格”标准，而补充条款中又约定，建设工程质量应当达到“优秀”标准。该工程质量标准究竟如何确定？**

答：根据《民法典》第五百四十四条之规定，当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。根据我国法律法规，目前对建设工程验收只有“合格”或者“不合格”标准，没有“优秀”的标准。可见，虽然补充条款将工程质量标准进行了变更，但由于变更后的质量标准内容无法理解、无法执行，因此在法律上应当推定合同内容“未变更”。当事人应当按照原有合同的约定履行义务，任何一方不得要求对方履行变更约定中不明确的内容，工程质量标准应当为“合格”。

**17 问：债权人转让合同权利的，是否应该通知债务人？由谁通知？**

根据《民法典》第五百四十六条之规定，债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生法律效力。债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外。

可见，债权转让应当通知债务人，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。那是否只能由债权人通知呢？我国现行《民法典》并未限制仅能由债权人作为通知主体，受让人亦可以对债务人发出债权已经转让的通知，但受让人应当能够提供充足的证据，证明债权转让的事实。

**18 问：债权转让后，原债权人是否有权以自己的名义向债务人主张合同权利？**

答：没有。根据《民法典》第五百四十五条之规定，债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（一）根据债权性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。第五百四十六条规定，债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外。

根据前述规定，债权人可以将合同权利全部或部分转让给第三人，转让只要通知到债务人即可而无需征得债务人的同意。因此，转让行为一旦完成，原债权人不再是已转让债权的主体，亦即丧失以自己名义向债务人主张合同权利资格。

**19 问：当事人在什么情况下有权解除合同？**

答：《民法典》第五百六十二条、第五百六十三条分别约定了合同的约定解除、合同的法定解除两种解除合同的方式。具体而言，双方当事人协商一致，可以解除合同，或存在法律规定合同解除情形的，一方当事人也可以行使合同解除权。

但需要注意的是，当符合合同约定的解除事由发生时，不一定都能够导致合同解除。根据《全国法院民商审判工作会议纪要》第 47 条，合同约定的解除条件成就时，守约方以此为由请求解除合同的，人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方的合同目的实现，根据诚实信用原则，确定合

同应否解除。守约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持。

**20 问：成立但未生效的合同，是否一概不能适用《民法典》规定的合同解除制度？**

答：不一定。根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 37 条、38 条规定，法律、行政法规规定合同需要批准生效的，批准是法定的生效条件，未经批准合同属于未生效。尽管合同未生效，但报批义务及相关条款独立生效，一方当事人可以请求报批义务人履行报批义务。报批义务人不履行报批义务的，一方当事人请求解除合同并请求其承担就报批义务约定的违约责任的，人民法院应予支持。由此可见，需要办理报批手续才生效的合同可以适用《民法典》规定的合同解除制度。

**21 问：债务人与债权受让人互负债务，债务人可否向受让人主张抵销？**

答：可以。根据《民法典》第五百四十九条之规定，有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（一）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；（二）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。

根据前述规定，当债务人接到债权转让通知时，债务人对原债权人也享有到期债权的，债务人有权向新的债权人即债权受让人主张抵销。但债务人向受让人主张抵销，必须要对原债权人享有债权且该债权是到期债权，即该债权先于转让的债权到期或者同时到期。否则，债务人无权主张抵销。

**22 问：《民法典》第五百六十八条针对法定债务抵销进行了规定，关于抵销的范围与顺序应当如何确定呢？**

答：根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》43 条之规定，双方互负的债务数额，是截止抵销条件成就之时各自负有的包括主债务、利息、违约金、赔偿金等在内的全部债务数额。行使抵销权一方享有的债权不足以抵销全部债务数



额，当事人对抵销顺序又没有特别约定的，应当根据实现债权的费用、利息、主债务的顺序进行抵销。

**23 问：债务免除可否附有条件或期限？**

答：关于债务免除是否可附有条件或者期限，实践中一直存在争议。通说认为，法律并没有规定债务免除不得附有条件或者期限，根据合同意思自治原则，债务免除附有条件或者期限，并不损害债务人的利益。因此，无论债务免除是采用契约说还是单方行为说，均认为免除可以附条件或者期限。

**24 问：公司通过股权收购形成母子公司关系时，母公司与子公司的债权债务是否混同？**

答：不能发生混同。公司通过股权收购形成母子公司的关系时，并不发生公司法人人格消灭的情况，因母子公司均具有法人人格，不能将二者的债权债务混同。

**25 问：缔约过失责任中，损失赔偿责任的范围包括哪些？**

答：司法实践中一般认为，缔约人故意或过失违反依据诚实信用原则所应负的先合同义务，致使另一方的信赖利益受损，应承担的民事责任。其构成要件是：（一）缔约一方违反先合同义务（缔约中存在过错）；（二）客观上造成另一方信赖利益的损失；（三）违反先合同义务的行为与对方所受到的损失之间存在因果关系。缔约过失责任的赔偿范围是信赖利益损失，对信赖利益进行赔偿的结果，是使当事人达到合同未曾发生时的状态，通常包括缔约费用、履约费用以及支出上述费用所失去的利息，但不能超出合同履行利益。

**26 问：违约方是否有权根据《民法典》第五百八十条起诉合同终止？**

答：一般在出现合同僵局的情形下，应当允许违约方向法院或仲裁机构请求裁判终止合同关系，使当事人从难以继续履行的合同中脱身，有助于维护公平和

诚信原则、降低交易成本。在司法实践中，违约方起诉终止合同的前提和条件应从两个层面考虑：一是是否形成合同僵局；二是在出现合同僵局的情形下，是否有必要打破僵局即人民法院是否支持违约方终止合同的请求。同时，为防止违约人恶意违约，从终止合同中获取非法利益，应严格限定违约方起诉终止合同的前提和条件。

### 27 问：违约之诉是否可主张精神损害赔偿？

答：可以。过往的司法实践中，精神损害赔偿长期存在于侵权之诉中，合同违约之诉中当事人不得请求精神损害赔偿。当出现违约责任和侵权责任竞合时，受害人只能选择其中一种提起诉讼。《民法典》第九百九十六条之规定在我国首次确立了在违约之诉中可以主张精神损害赔偿的制度，具体的规定为：因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。可见，根据前述规定，当事人有权在违约之诉中提出的精神损害赔偿请求，但应当需要满足以下条件：（1）精神损害赔偿请求权的主体必须为“自然人”；（2）双方当事人存在合法有效的合同关系，这种合同一般带有一定的人格权特征；（3）一方当事人违反了合同的约定，构成违约；（4）违约方的违约行为不仅造成了守约方的物质损失，还给守约方造成人格权等方面的损害，导致守约方精神损害；（5）精神损害应达到严重的程度，即一般的或者轻微的精神方面损害，并不一定都可以获得赔偿。

### 28 问：可预见规则是否同时适用于实际损失和可得利益？

答：是的。可预见规则是指合同当事人因违约给相对人造成损害时，违约方仅就其在缔约时预见到或者应当预见到的损失承担赔偿责任。《民法典》第五百八十四条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。对比原《合同法》第一百一十三条与《民法典》第五百八十

四条，二者区别在于后者将“但是”之前的逗号修改为分号，因此，我们认为实际损失与可得利益均受可预见规则限制。

**29 问：合同中约定的违约金过高，人民法院一般如何进行调整？**

答：根据《民法典》第五百八十五条第二款之规定，约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。司法实践中，一般认为，我国对违约金采取以补偿性为主，惩罚性为辅的立法原则，违约金的主要功能在于弥补守约方的损失。因此，人民法院在审理案件时，一般会综合考虑违约行为的具体情节、过错程度，进而对当事人因违约行为所遭受的实际损失及可得利益进行判断，并依据公平原则及诚实信用原则，对违约金进行调整。

**30 问：主张对方违约责任的，计算违约造成的损失额时，是否包括合同履行后可以获得的利益？**

答：可以，但不得超过违约方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。根据交易的性质、合同的目的等因素，可得利益损失主要分为生产利益损失、经营利润损失和转售利润损失等类型。确定可得利益损失数额，必须以“可预见”为限，包括以实际损失、合同约定、类比同类型合同中守约方可得利益为参考等方式来计算赔偿数额。

**31 问：《民法典》定金罚则的适用条件是什么？**

答：根据《民法典》第五百八十七条之规定，债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍返还定金。可见，《民法典》明确了定金罚则的适用条件是必须达到“不履行债务或履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的”。只有在一方不履行债务，或者不完全履行债务，除非

违约一方基于合同所产生的期待利益丧失，订立合同的目的不能达到的，才可以视为根本违约而运用定金罚则。

**32 问：当债权人迟延受领时，债务人如何维护自身权益？**

答：根据《民法典》第五百八十九条之规定，债务人按照约定履行债务，债权人无正当理由拒绝受领的，债务人可以请求债权人赔偿增加的费用。在债权人受领迟延期间，债务人无须支付利息。根据前述规定可知，债务人不得强制债权人受领，当债权人受领迟延，债务人不能依此提出违约、解除合同的要求，但可以请求债权人赔偿增加的费用。

司法实践中，判定债权人构成受领迟延一般应当满足以下条件：（1）有明确的给付内容；（2）需要债权人配合才能完成履行行为；（3）债务人有履行债务能力；（4）债务人在限定期限内提出合法给付；（5）债权人有不提供必要协助或拒绝受领的事实。

**33 问：《民法典》规定的违约方对第三人替代履行与第三人代为清偿制度的区别？**

答：第三人替代履行指的是《民法典》第五百八十一条规定的“当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用”的情况。比如，承租人在租赁物需要维修时可以请求出租人在合理期限内维修，出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。

经研究可知，第三人替代履行与第三人代为清偿均系由第三人履行相关的义务，但二者有本质的区别。第三人代为清偿后，直接取得债权人对债务人的债权，产生了法律上的债权转让的后果。但是在第三人替代履行中，第三人与债权人、债务人之间的债务没有关联，第三人是由债权人寻找确定，用以履行原本由债务人履行的义务。故债权人与第三人应订立新的合同，合同标的是原债权债务关系中债务人的义务，合同对价由债权人支付。

### 34 问：定金合同何时生效？

答：根据《民法典》第五百零二条之规定，依法成立的合同，自成立时生效，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。而定金合同即属于法律另有规定的除外情形。《民法典》第五百八十六条规定，当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。需要注意的是，定金不得超过主合同标的额的 20%，超过部分不产生定金的效力。

可见，定金合同在双方签订盖章时并未生效，应自实际交付定金时定金合同生效。

### 35 问：合同履行中，因债权人单方过错使债务人未能履行合同，债务人应否承担违约责任？

答：关于因债权人单方过错致使债务人未能按约履行合同，债务人应否承担违约责任，学理上认为，根据合同分配风险规则，履行障碍的风险由造成障碍者承担，即债权人造成了履行障碍，其过错行为致使债务人履行不了合同，当然应由债权人承担合同未能履行的法律后果。如，《民法典》第八百三十二条规定，由于托运人、收货人的过错造成运输过程中货物的毁损、灭失的，承运人不承担赔偿责任。又如，《民法典》第八百九十三条规定，寄存人交付的保管物有瑕疵或者根据保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人；寄存人未告知，致使保管物受损失的，保管人不承担赔偿责任。

## 二、典型合同

### 36 问：在合同履行过程中发生交付延迟的情况下，标的物毁损、灭失的风险由谁负担？

答：根据《民法典》第六百零四条、第六百零五条之规定，标的物风险自交付时由出卖人转至买受人，故标的物交付前，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。但若因买受人的原因致使标的物不能按约定的期限交付的，买受人应当自

违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险；法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

依照法律规定，标的物风险自交付时起，由出卖人转移至买受人。在合同履行过程中发生交付迟延的情况下，就要考虑按此规则处理是否会导致对当事人各方的不公平，在标的物延迟交付是由买受人过错造成的情况下，如果仍然坚持标的物的风险自交付起转移，则显然对出卖人是不公平的，故在判断风险负担时，应当与当事人履行合同是否符合合同约定结合起来。

**37 问：合同约定的检验期明显过短，买受人无法在该期限内对商品质量是否合格作出判断，怎么办？**

答：根据《民法典》第六百二十二条之规定，在一些买卖合同中，出卖人往往通过格式条款约定了较短的检验期，买受人无法在该期限内对商品质量是否合格作出判断，或者消费者没有能力对商品内在的质量作出检验鉴定。在这种情况下，合同约定的检验期仅为对标的物外观瑕疵提出异议的期限。若约定的检验期限或者质量保证期短于法律、行政法规规定期限的，应当以法律、行政法规规定的期限为准。

诚信原则是民法的一项基本原则，民事活动必须遵守。如果买卖合同约定的检验期限明显过短，不利于买受人行使权利的，应依据诚信原则认定约定的检验期限为当事人进行外观瑕疵检验的期限。这里主要包含两方面的内容：一是规制过短的检验期限，以保护买受人对隐蔽瑕疵提出异议的合法权利；二是在当事人约定与法定权利冲突时，否定当事人之约定，以保护当事人的法定权利不受侵犯。

判断当事人约定的检验期限是否过短，主要从下述三个方面考量：（1）应当根据标的物的性质和交易习惯，在全面考虑案情的情况下，判断约定的检验期限对于隐藏瑕疵的检验是否过短。（2）买受人是否存在怠于通知的行为。若买受人在异议期限内发现隐蔽瑕疵却没有及时通知出卖人的，应当视为标的物质量符合约定。（3）买受人对不能及时检验隐藏瑕疵是否存在过失。

38 问：双方当事人签订分批交付标的物的合同，在分批交付中，如果某一批标的物出现出卖人不交付或者交付不符合约定的情况，买受人有权要求解除部分或全部合同吗？

答：根据《民法典》第六百三十三条之规定，在分批交付中，如果出现出卖人不交付或交付不符合约定的情况，买受人有权根据不同情形分别要求解除部分合同或全部合同。

（一）针对某一批次的标的物要求解除：

法律规定：“出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除”。首先，适用此条款的重要前提应是每批次交付的标的物应具有相对的独立性；其次，在针对某一批次标的物的履行过程中，出卖人对其中一批标的物不交付或交付不符合约定的违约行为必须达到构成根本违约的严重程度。如果没有达到这一严重程度的，则不适用本条款规定。

（二）针对未来待交付标的物要求解除：

法律规定：“出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使之后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及之后其他各批标的物解除”，适用此条款应注意以下两点：1、此次出卖人应履行交付义务，其已经不存在不交付该批标的物或交付不符合约定的违约情形。2、买受人有充分的理由断定出卖人此次的违约行为，将导致之后其他批次标的物的交付不能实现合同目的。因此，如果出卖人对某批标的物的根本违约将导致对该批之后各批的根本违约，买受人就有权就该批以及其后的各批标的物解除合同。但此时解除权针对的是该次交付以及以后的交付，而不及于之前已经履行的部分。

（三）买受人解除的一批标的物与其他标的物存在相互依存关系，其解除效力及于整个合同：

法律规定：“买受人如果就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除”，本条规定是在上述两个解除条件的基础上，赋予了买受人宣告解除整个合同的权利，首先在合同履行过程中，出卖人的某一批次标的物的交付行为已经符合上述第（一）种

规定解除的情形；其次，尽管合同项下的标的物系分批交付的，但其均属于同一个合同，在功能上存在一定的关联性，且有着共同的合同目的。该批次违约的标的物与其他各批次已交付和未交付的标的物之间存在相互依存关系，某次违约交付将导致整个合同的履行不可能完成或没有意义。在这种情况下，买受人可以就

**39 问：在分期付款买卖合同中，买受人未依约定支付价款，出卖人有权直接解除合同吗？**

答：根据《民法典》第六百三十四条之规定，首先，分期付款是指买受人将应付的总价款在一定期限内至少分三次向出卖人支付，如果在出卖人将买卖标的物交给买受人之前或同时，买受人已经支付了首期或多期款项，则余下的分期还应该至少为两期。

其次，出卖人向买受人请求支付全部价款或者主张解除合同，需要具备以下条件：第一，买受人支付迟延；第二，延迟支付价款金额达到全部价款的五分之一；第三，出卖人已经向买受人进行了付款催告；第四，经出卖人催告后，买受人在合理期限内仍未支付到期价款。在上述条件都满足的情况下，出卖人有权解除合同。

**40 问：所有供电企业对所有用电人都有强制缔约义务吗？**

答：根据《民法典》第六百四十八条之规定，供电人的强制缔约义务是指供电人不得拒绝用电人通常、合理的用电需求。根据法律规定，向社会公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求。向社会公众供电的供电人是指经国家批准，取得供电营业许可的供电企业。用电人提出用电申请后，供电企业审查用电要求是否合理，对于合理的用电需求，供电人不得拒绝、拖延，应当尽快确定供电方案并以书面形式告知用户，签订供用电合同。

但是需要注意的是，并非所有供电企业对所有用电人都有强制缔约义务，按照《电力法》及《供电营业区划分及管理办法》的规定，供电企业须在批准的供电营业区内向用户供电。供电营业区的设立、变更应考虑电网的结构和供电合理



性等因素，由供电企业报经省级政府电力管理部门审查批准。供电企业通常不得超越出核准的供电营业区供电，用户只能向其所处供电营业区内的供电企业要求订立供用电合同，供电营业区之外的供电企业对该供电营业区之内的用户没有强制缔约义务。

#### 41 问：父母赠与子女的房产可以要回吗？

答：根据《民法典》第六百五十八条、第六百六十三条之规定，由于赠与合同是无偿、单务合同，受赠人是赠与合同的受益人，基于公平和诚信原则，法律赋予赠与人法定撤销权，规制受赠人的“忘恩负义”行为。

对于父母赠与子女的房产，如果未办理过户登记手续，父母可以任意撤销赠与子女的房产；当过户手续已经办理后，在发生以下三种情况时，父母可以要回赠与子女的房产：第一，接受赠与的子女严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；第二，对赠与人有扶养义务而不履行；第三，不履行赠与合同约定的义务。

#### 42 问：赠与人的继承人或法定代理人可否可以行使法定撤销权？

答：根据《民法典》六百六十四之规定，受赠人因违法行为致赠与人死亡或丧失民事行为能力后，赠与人无法行使法定撤销权，可以由赠与人的继承人和法定代理人行使。这里的“违法行为”是指故意或过失违法行为，不包括意外事件和正当防卫等非违法行为；“死亡”包括自然死亡和宣告死亡；“丧失民事行为能力”主要指完全丧失行为能力。

如果受赠人的违法行为致使赠与人部分丧失民事行为能力的，在赠与人对赠与合同和法定撤销权尚有判断、辨别能力的情况下，可以由赠与人行使法定撤销权。依据法律规定，赠与人本人行使法定撤销权的期间是自知道或者应当知道撤销原因之日起 1 年内；在因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的情况下，其继承人或者法定代理人行使法定撤销权的期间是自知道或者应当知道撤销原因之日起 6 个月内。

#### 43 问：赠与人需要对赠与财产承担瑕疵担保责任吗？

答：根据《民法典》第六百六十二条之规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。因为赠与合同中受赠人是无偿获益的，一般在赠与人没有主观恶意的情况下，赠与人对赠与财产不承担瑕疵担保责任；但是在附义务的赠与中，由于受赠人在接受赠与财产之外，还履行了合同的附随义务，并非完全无偿接受赠与，故赠与财产有瑕疵的，赠与人应在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任；但是，如果赠与财产价值远远超过了赠与合同所附的义务，因超过部分可以看作无偿赠与，对超过的部分，赠与人不承担瑕疵担保责任；

赠与人不承担赠与财产的瑕疵担保责任，须以赠与人主观上无恶意为前提，如果赠与人在交付赠与财产时故意不告知受赠人赠与财产的瑕疵，因其具备主观上的恶意，在此情形下，赠与人应负瑕疵担保责任；

赠与人对赠与财产的瑕疵虽没有故意不告知，但如果保证赠与财产无瑕疵的，也应负瑕疵担保责任。如果因赠与财产的瑕疵，造成受赠人损失的，赠与人应承担损害赔偿责任。当然，赠与人因保证无瑕疵而承担赔偿责任时，应当仅在其所保证的无瑕疵的范围内承担赔偿责任，对未保证部分所造成的损失，赠与人不负赔偿责任。

#### 44 问：出借人预先在借款本金中扣除利息的，借款人该怎么办？

答：根据《民法典》第六百七十条之规定，借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。因此，出借人预先在借款本金中扣除利息，借款人可以以实际收款额（扣除利息后的实到借款额）为借款本金计算，偿付后续的各期还款。

#### 45 问：民间借贷中高利贷事件频出，作为借款人是否应承担高额利息？

答：根据《民法典》第六百八十条之规定，禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。同时，根据《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》第二十五条规定：“出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。前款所称“一年期贷款市场报价利率”，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。”目前，一年期贷款市场报价利率为3.85%，因此，法律认可的民间借贷利息最高为15.4%，超出部分不受法律保护，也就是说超出15.4%以外的利息可以不予支付。

**46问：借款合同没有约定利息，出借人可以向借款人主张利息吗？**

答：根据《民法典》第六百八十条第二款之规定，借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。《民法典》第六百七十六条规定，借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。根据上述规定可知，借款合同当中没有约定利息的，出借人不能主张借款期限内的利息，但借款合同明确约定了还款期限，借款人逾期还款的，出借人可以主张逾期还款利息。

**47问：主债权债务合同无效，保证合同是否无效？**

答：根据《民法典》第六百八十二条第一款之规定，保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

**48问：保证合同无效后，债权人、债务人、保证人应承担何种法律责任？**

答：根据《民法典》第六百八十二条第二款之规定，保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第十七条 主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：（一）债权人与担保人均有过错的，担保人承担

的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；（二）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；（三）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

**49 问：签订的保证合同中对保证方式没有约定或约定不明的，是否需要承担保证责任？承担何种保证责任？**

答：根据《民法典》第六百八十六条之规定，当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。第六百八十七条规定，当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：（一）债务人下落不明，且无财产可供执行；（二）人民法院已经受理债务人破产案件；（三）债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；（四）保证人书面表示放弃前款规定的权利。

司法实践中，一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，除《民法典》第六百八十七条第二款但书规定的情形外，有权拒绝向债权人承担保证责任，也就是说只有在债务人财产不能或不足履行债务时，才由保证人承担保证责任，法律另有规定的除外。

**50 问：保证合同的保证期间约定不明时，如何确定保证期间？**

《民法典》第六百九十二条第二款之规定，债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

51 问：债权人转让债权是否必须通知保证人，未通知保证人，保证人如何承担保证责任？

答：根据《民法典》第六百九十六条之规定，债权人转让全部或者部分债权，未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。

保证人与债权人约定禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人不再承担保证责任。

52 问：同一个债务有多个保证人的，各保证人应如何承担保证责任？

答：根据《民法典》第六百九十九条、第七百条之规定，同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

53 问：承租人使用租赁物过程中，造成租赁物损坏的，是否应当赔偿？

答：根据《民法典》第七百一十条、第七百一十一条之规定，根据承租人使用租赁物的方式以及租赁物的属性进行判断，若承租人按照约定的方法或者根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损耗的，不承担赔偿责任，否则应当赔偿。承租人对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确，按照合同有关条款、合同性质、合同目的或者交易习惯仍不能确定的，应当根据租赁物的性质使用，否则构成滥用。例如：在房屋租赁关系中，因房屋属性以及气候环境造成的房屋自然老化，或者房屋装修在正常使用下出现的损耗，均不在承租人的赔偿范围内。但如果承租人在未经出租人同意的情况下拆除了房屋的承重结构，就应当承担相应的赔偿责任。

54 问：出租人在房屋租赁合同到期前将房屋出售的，承租人是否可以继续居住？

答：根据《民法典》第七百二十五条之规定（买卖不破租赁），在房屋租赁合同到期前，不论房屋所有权如何变动，都不影响承租人的权利。即使新房东要求承租人搬离，承租人也可以根据租赁合同主张继续履约。只不过，承租人的履约对象由原房东变更为了新房东，承租人不应将房租支付给原房东。

**55 问：出租人在房屋租赁期间出卖房屋，承租人是否可以行使优先购买权？如何行使？**

答：根据《民法典》第七百二十六条之规定承租人行使优先购买权，须满足如下条件：第一，出租人出卖租赁房屋的行为需发生在租赁期间内。租赁期间开始之前或者届满之后出租人出卖租赁房屋，与承租人无关，自然也不存在优先购买权问题。第二，出租人的行为系出卖租赁房屋，即以出租人收取购房款为对价转移房屋所有权而非赠与等无偿行为，或继承，或者以公益为目的而由政府实施的征收、征用行为；第三，须出卖租赁房屋的行为现实发生。

出租人出卖房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有同等优先购买的权利，但是房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的除外。出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。

**56 问：什么是融资租赁合同？**

答：根据《民法典》第七百三十五条之规定，融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。可见，融资租赁是一种以融物交易为基础，融资交易为目的，同时具备融物与融资的双重属性的法律关系。

**57 问：融资租赁合同中，虚构租赁物的合同效力？**

答：融资租赁中的融资交易以融物交易为基础，租赁物的真实性直接影响融资交易的成立以及融资租赁合同的效力。根据《民法典》第七百三十七条之规定，

虚构租赁物的融资租赁合同无效。但融资租赁合同无效并不一定意味着交易本身所对应的法律关系无效，我们理解应基于真实交易目的进行进一步精细化的区分：

（一）对于双方以虚假意思表示订立的合同，根据《民法典》第一百四十六条之规定，应当为无效，隐藏的民事法律行为按照有关法律规定处理。此种情况下，融资租赁合同无效不导致隐藏的法律行为效力。

（二）双方恶意串通、以虚构租赁物签订合同的，损害他人合法权益的，根据《民法典》第一百五十四条之规定，应当为无效，该种情形中，合同完全无效。

#### 58 问：融资租赁之出租人未取得行政许可的合同效力？

答：根据《民法典》第七百三十八条之规定，出租人是否具有租赁物经营使用的行政许可，对于融资租赁合同效力没有影响。该条规定源自《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2014〕3号）第三条（2020年最新司法解释已修正删除该条），在融资租赁中，租赁物的占有和使用主体为承租人，出租人并不经营和使用租赁物，因此，融资租赁合同的效力不应受到出租人没有经营使用行政许可的影响。但是，合同效力不受影响并不意味着出租人可以豁免经营特殊租赁物的行政许可程序，出租人仍应依法取得相应的资质。

#### 59 问：《民法典》融资租赁合同中，关于租赁物权属认定有何变化？

答：根据《民法典》第七百四十五条之规定，出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。本条属于对现行原合同法第二百四十二条的修正，删除了租赁物不属于破产财产的规定。对于融资租赁中租赁物占有和使用权分离情况下，《民法典》在确认了出租人对租赁物所有权的同时，对善意第三人的信赖利益保护进行了平衡。

#### 60 问：融资租赁合同中，出租方关于租赁物取回享有选择权吗？

答：《民法典》第七百六十条规定了合同无效时的租赁物归属原则，赋予出租人在无过错的情形下的选择权，即出租人可以请求出租人返还租赁物，也可以

请求出租人支付货币补偿。对融资租赁公司而言，在发生本条规定情形时，可以根据利益最大化的原则，做出最优选择。

#### 61 问：什么是融资租赁保理？

答：融资租赁公司以保理方式融资，即融资租赁保理，由融资租赁公司与保理商（通常为商业银行）签订保理合同，融资租赁公司将融资租赁合同项下应收租金债权转让给保理商，保理商支付租赁公司融资款项，并作为租金债权人直接向承租人收取租金。融资租赁保理兼具融资租赁法律关系、保理法律关系基本特点，且相互融合。其中，基础法律关系为融资租赁，融资租赁公司基于该等法律关系对于承租人享有租金收取权利。保理融资项下，主要参与主体包括保理商、债权人（融资租赁公司）和债务人（承租人），融资租赁公司以对债务人享有的租金债权为转让标的，与保理商签订保理合同，融资租赁公司获得保理商的融资款，融资租赁公司与保理商之间成立债权转让法律关系，保理商与债务人成立债权债务关系。

#### 62 问：什么是保理合同？

答：根据《民法典》第七百六十一条之规定，保理是一种以应收账款转让为基础，兼具应收账款转让和融资双重属性的法律关系。保理融资发展至今，基本法律关系要素、交易结构基本成熟且系统化，本次《民法典》合同编新增“保理合同”为有名合同，意味着《民法典》已从法律层面为保理融资业务开展确定依据，《民法典》生效后，将与此前已实施的《商业银行保理业务管理暂行办法》（银监会令 2014 年第 5 号）、《关于加强商业保理企业监督管理的通知》构成较为系统、完整的行业发展法律依据。

#### 63 问：是否只有应收账款可以开展保理业务？

答：原银监会制定的《商业银行保理业务管理暂行办法》（银监会令 2014 年第 5 号）明确禁止商业银行以“未来应收账款”开展保理业务，而根据《民法典》第七百六十一条之规定，明确“将有的应收账款”可以作为保理基础资产，



拓宽了保理业务底层资产的范围，开展保理的应收账款不再局限于已形成的应收账款。

**64 问：应收账款不存在，是否影响保理合同的效力？**

答：保理以应收账款真实性为前提，应收账款债权作为保理的基础资产，亦是保理人提供保理融资的信赖基础。一般而言，应收账款不存在，以应收账款为转让标的而成立的保理就失去了成立的基础，保理人无权向债务人主张债权。但是，根据《民法典》第七百六十三条之规定，应收账款债务人与债权人虚构应收账款，保理人的权利不因底层应收账款为虚构而受影响，债务人不得以此对抗保理人。但是，该条款的适用以保理人善意为前提，保理人明知虚构的，不适用该规定。

**65 问：保理合同权利人转让合同项下权利，是否有特殊规则？**

答：根据《民法典》关于债权转让的一般规则，债权转让应当由债权让与人向债务人发出债权转让通知，并对债务人发生债权转让的效果。但是，《民法典》规定的保理法律关系中，保理人可越过债权人直接向债务人发出转让通知，以维护保理人的利益。同时，为平衡债务人的信赖利益，保理人应表明其身份并附有必要凭证。

**66 问：多重保理的清偿顺序是怎样的？**

答：关于多重保理的清偿顺序，在《民法典》之前一直处于空白状态。本次《民法典》首次对多重保理的清偿顺序作出了明确的规定，根据《民法典》第七百六十八条之规定，确立了“登记优先、时间优先、通知优先”的基本原则。存在多重保理的，按照登记优先于未登记，在先登记优先于在后登记，在先送达通知优先于在后通知的顺序清偿，未登记也未通知的按照比例清偿。《民法典》生效后，应收账款债权转让登记使得登记的债权人利益保护得到强化，但另一方面，对于应收账款未登记、登记顺序在后的保理人而言，可能存在债权无法实现或无法完全清偿的风险。

67 问：在承揽合同中，承揽人违反主要工作亲自完成的义务，需要承担怎样的法律责任？

答：根据《民法典》第七百七十二條之規定，承攬人承擔親自完成主要工作義務的情形有兩種：一是承攬合同中已明確約定，承攬人需親自完成主要工作；二是承攬合同中對此未作明確約定，承攬人也應親自完成主要工作。在此兩種情形下，承攬人若未親自完成這一義務，即構成違約。

此時，定作人可以選擇兩種方式要求承攬人承擔合同責任：一種是通知承攬人解除合同，法律賦予定作人解除合同選擇權，是基於承攬合同是基於定作人對承攬人有特別的人身信任，如果該承攬人不親自履行合約，就無法實現定作人訂約的目的，那麼因解除合同給定作人造成損失的，定作人也可以要求承攬人承擔損害賠償責任。如甲向知名服裝公司乙公司定作一批西裝，乙公司在未經甲同意情況下，將該批服裝交由其他服裝公司制作，雖然完成服裝的質量與乙公司的無太大差別，但甲訂約目的之一是乙公司的知名度，因此甲以該批服裝非乙公司完成為由，可以解除該承攬合同。

另一種是定作人可以要求承攬人對第三人完成的工作成果承擔相關責任。定作人已知主要工作是承攬人交由第三人完成，但未要求解除合同，則視為定作人同意承攬人將主要工作交由第三人完成的行为。但承攬合同的當事人仍然是定作人與承攬人，定作人與第三人不存在承攬合同關係，根據合同相對性原則，承攬合同的義務人依然是承攬人，承攬人應當對義務履行的情況向定作人負責，應就第三人完成的工作成果向定作人負責。例如，第三人未按照約定時間完成工作的，承攬人應當向定作人承擔違約責任；交付的工作成果不符合約定的質量的，承攬人應當按照定作人的要求重作、修理、更換或者賠償損失等；交付的工作成果不符合約定的數量的，承攬人應當按照定作人的要求在合理的期限內補齊，並賠償定作因此受到的損失。

68 问：在承揽合同中，定作人已经按照约定提供了材料，承揽人过度消耗材料的，应当如何承担责任？

答：根据《民法典》第七百七十五条之规定，定作人已经按照约定提供材料的，承揽人应当合理使用定作人提供的材料。在完成承揽工作时，承揽人应尽量避免材料的损失和浪费，依照承揽合同约定或者符合承揽工作的性质的方式，严格控制材料的损耗量。承揽人完成承揽工作时，存在过度消耗材料情形的，定作人可以在补足之后，主张由承揽人承担额外发生的材料费用，或者要求由承揽人按照定作人提出的条件自行补足。如果材料的过度消耗导致完成承揽工作必须额外支出过高的费用，或者严重影响工期的，定作人可以主张解除合同。

**69 问：在承揽合同中，定作人解除合同会产生怎样的法律后果？**

答：根据《民法典》第七百八十七条之规定，在承揽合同中，定作人解除合同的，承揽人应当将已完成的部分工作交付定作人。定作人提供原材料有剩余的，也应当返还定作人。定作人按合同约定预先支付报酬的，承揽人在扣除已完成部分的报酬后，应当将剩余价款返还定作人。对于承揽人而言，如果为了加快工作进度，擅自开始完成承揽工作，在接到定作人解除合同的通知后，没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿，并应依照过错程度自行承担相应损失。

**70 问：在建设工程合同中，发包人是否可以对建设工程支解成若干部分再发包给数个承包人？**

答：根据《民法典》第七百九十一条之规定，严禁对建设工程进行支解发包、转包（支解分包）。

其一，支解发包是指发包人将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给几个承包人的情形。建设工程的发包是采取总承包方式还是单项工程承包方式，可以由发包人根据实际情况自行确定。但是不论发包人采取何种方式与承包人签订合同，都不得将建设工程支解发包，即不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给几个承包人。因为如果允许发包人将应当由一个承包单位整体承包的工程，支解成若干部分，分别发包给几个承包单位，将

会使得整个工程建设在管理和技术上缺乏应有的统筹协调,往往造成施工现场秩序的混乱、责任不清,严重影响工程建设质量,出了问题也很难找到责任者。

其二,转包是指建设工程的承包人将其承包的建设工程倒手转让给第三人的行为。支解分包是转包的一种方式,是指承包人将其承包的工程划分成若干部分,分别转给他人的行为。依照法律规定,承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人,因为转包行为具有很大的危害性。实践中,一些单位将其承包的工程压价转包给他人,从中牟取不正当利益,形成“层层转包、层层扒皮”的现象,导致严重偷工减料;一些建设工程转包后由一些不具备相应资质条件的包工队施工,留下严重的工程质量隐患,甚至造成重大质量事故。

承包人擅自将其承包的工程项目转包,破坏了合同关系应有的稳定性和严肃性。在建设工程合同订立过程中,发包人往往经过慎重选择,确定与其所信任并具有相应资质条件的承包人订立合同,承包人将其所承包的工程转包给他人,擅自变更合同,违背了发包人的意志,损害发包人的利益,这是法律所不允许的。

**71 问: 承包人将建设工程转包、违法分包的, 发包人是否可以解除合同?**

答: 可以。根据《民法典》第八百零六条之规定, 建设工程施工对承包人的资质要求高, 转包和违法分包不仅会拉长利益链条、层层剥利, 导致实践用于工程建设的工程款低于建设工程施工合同约定的工程款, 而且会导致由不具有建筑施工资质的施工人进行工程施工, 既损害建筑市场秩序, 又影响建设工程质量安全, 损害发包人的利益。因此, 多部法律、行政法规和部门规章都禁止承包人转包和违法分包。

建设工程施工合同实际也属于一种承揽合同。承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作, 交付工作成果, 定作人给付报酬的合同。故承揽合同的特点在于, 承揽人是否能够按合同约定交付工作成果, 与承揽人自身的能力、条件、设备等密切相关。定作人向承揽人支付的对价, 与相应的工作成果和承揽人的劳动均成立对待给付关系。因为承揽人的劳动会直接影响其所交付的劳动成果。因此, 无论是承揽合同还是建设工程施工合同, 定作人或者发包人支付的价款, 是要求

承揽人或者承包人亲自完成相应的工作成果，未经定作人或者发包人同意，承揽人或者承包人无权将工作交由他人完成。因此，在承包人将建设工程转包、违法分包的情况下，发包人亦享有解除建设工程施工合同的权利。

**72 问：建设工程施工合同无效后，如何处理？**

答：根据《民法典》第七百九十三条之规定，（一）建设工程施工合同无效，工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。因为建设工程施工合同无效，发包人取得的财产形式上是承包人建设的工程，实际上是承包人对工程建设投入的劳务及建筑材料，无法适用无效恢复原状的返还原则，只能采取折价补偿的方式处理；

（二）建设工程施工合同无效，工程经验收不合格的，一般分两种情况：1、建设工程质量虽然不合格，但经过修复，可以使缺陷得到弥补，符合国家或者行业强制性质量标准。这种情况下，发包人仍然可以接受建设工程，并在修复后继续利用建设工程。发包人可以要求承包人承担修复费用。承包人自然也可以请求参照合同约定折价补偿。2、建设工程的质量缺陷无法通过修复予以弥补，建设工程丧失利用价值。对于没有利用价值的建设工程，只能毁掉重新进行建设，承包人自然没有请求折价补偿的权利。对于因工程不合格而造成的损失，依法应按照国家过错原则承担。因向发包人交付质量合格的工程，是承包人的主要合同义务，故通常情况下，造成质量不合格的原因是承包人的过错，但实践中也经常出现工程质量缺陷是由于发包人原因导致的情况，如提供的图纸不符合规范，提供的施工材料达不到应有的质量标准等。所以，对于工程质量不合格的问题，应分清原因，按照过错程度，由过错方依法承担相应责任。这样处理，符合公平原则和按照过错承担无效合同赔偿责任的原则。

**73 问：关于工程质量、施工材料和设备的质量要求低于国家有关建设工程安全强制性标准的约定有效吗？**

答：工程质量、施工材料和设备的质量要求低于国家有关建设工程安全强制性标准的约定无效。为了保证建设工程质量，维护人民群众生命财产安全，我国

对建设工程采取严格的质量管控。发包人与承包人不得在施工合同中违反法律、行政法规和建设工程质量、安全标准，作出降低工程质量的约定，不得约定使用不符合安全和质量要求的建筑材料和设备。审判实务中，如果施工合同关于工程质量、施工材料的约定不符合国家规定的标准，应当依法认定无效。对无效导致的损失，由有过错的一方承担；双方都有过错的，根据过错大小分担。

74 问：《建设工程施工合同》中约定的质量保证期与缺陷责任期的区别有哪些？

答：根据《民法典》第七百九十五条之规定，施工合同的内容一般包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、相互协作等条款。

本条规定的质量保证期除当事人在合同中有特别的约定外，通常是指工程的保修期限。保修期与缺陷责任期的区别主要体现在两个方面：（一）承担的义务及后果不同。缺陷是指建设工程质量不符合工程建设强制性标准、相关文件以及承包合同的约定。缺陷责任期内，由承包人原因造成的缺陷，承包人负责维修，并承担鉴定及维修费用；如承包人未履行缺陷修复义务，则发包人可以按照合同约定扣除工程质量保证金，并由承包人承担相应的违约责任。缺陷责任期届满，发包人应当返还工程质量保证金。而保修期内，承包人承担的是对建设工程的保修义务，保修义务属于法定义务，不能通过合同约定予以排除。发包人返还工程质量保证金后，承包人仍应按合同约定的各部分工程的保修年限承担保修责任。承包人不承担保修义务，发包人可自行委托他人修复并要求承包人承担修复费用。

（二）期限不同。缺陷责任期一般为一年，最长不超过两年，由发、承包双方在合同中约定。而对于保修期必须符合法律行政法规等规定的保修责任期下限。

75 问：在《建设工程施工合同》中，什么情况下，承包人可以顺延工程日期？

答：根据《民法典》第八百零三条之规定，发包人违反约定，未按照约定的时间和要求提供材料、设备、场地、资金、技术材料的，可能影响承包人正常的施工进度，导致工程延期竣工。这种情况下，承包人可以请求顺延工程日期。

《建设工程施工合同（示范文本）》通用条款 7.5.1 约定了工期顺延的事由：

(1) 发包人未能按合同约定提供图纸或所提供图纸不符合合同约定的；(2) 发包人未能按合同约定提供施工现场、施工条件、基础资料、许可、批准等开工条件的；(3) 发包人提供的测量基准点、基准线和水准点及其书面资料存在错误或疏漏的；(4) 发包人未能在计划开工日期之日起 7 天内同意下达开工通知的；(5) 发包人未能按合同约定日期支付工程预付款、进度款或竣工结算款的；(6) 监理人未按合同约定发出指示、批准等文件的；(7) 专用合同条款中约定的其他情形。但是《建设工程施工合同（示范文本）》对于工期顺延的约定事由只是指导作用，实际交易中是否采用，还取决于当事人的意思自治，建议在专用合同条款中进行约定。

76 问：承包人在什么情况下，可以解除《建设工程施工合同》？

答：依照《民法典》第八百零六条之规定，发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

对发包人而言，在《建设工程施工合同》履行的不同阶段，都应承担相应的协助义务，以便于承包人顺利完成建设工程施工任务。这类协助义务既可能来源于双方约定，也可能来自法律规定或者诚信原则。在《建设工程施工合同》中，发包人的主要义务是支付建设工程价款。实践中，除支付建设工程价款外，发包人还应依据合同约定、法律规定履行其他义务，主要包括提供施工图纸、办理相应审批手续、提供适于施工的施工场地、防止承包人施工受到干扰等。如果发包人未履行法律规定或合同约定的义务，致使承包人无法继续履行建设工程施工合同，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

77 问：《建设工程施工合同》解除后，如何处理？

答：依照《民法典》第八百零六条之规定，合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，根据《民法典》第七百九十三条的规定处理：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人请求承包人承担修复费用；（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任”。

**78 问：建设工程价款优先受偿权的权利主体有哪些？**

答：根据《民法典》第八百零七条之规定，发包人未按照约定支付价款的，承包人可催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。本条规定排除了分包人、实际施工人等与发包人没有合同关系的施工人。

（一）建设工程的勘察人、设计人不享有建设工程价款优先受偿权；（二）转包合同和分包合同的承包人不享有建设工程价款优先受偿权；（三）支解发包情况下，承包非主体工程的承包人不享有建设工程价款优先受偿权；（四）实际施工人不享有工程价款优先受偿权。

**79 问：装饰装修合同承包人是否享有建设工程价款优先受偿权？**

答：装饰装修工程承包人所享有的工程款中也包含农民工等建筑工人的工资利益，依法理应当享有建设工程价款优先受偿权，但是装饰装修的承包人可以享有建设工程价款优先受偿权要满足两个前提条件：（一）装饰装修工程的发包人为装饰装修工程所依附的建筑物的所有权人或者发包人属于有权处分该建筑物



的人；（二）承包人只能在装饰装修工程折价或者拍卖的价款范围内享有优先受偿权。

需要注意的是，装饰装修工程价款的优先受偿权仅限于因装饰装修而使该建筑物增加的价值范围，承包人不得仅因装饰装修工程价款未按照合同约定支付便要求对建设工程整体进行处分。在司法实践中，因装饰装修而使建筑物增值的范围一般应当根据当事人双方的约定判断，如果合同中约定了洽商变更的条例及例外情形，则常常需要借助于司法鉴定来综合判定。

#### 80 问：建设工程价款优先受偿权的范围？

答：建设工程价款优先受偿权的范围包括全部工程价款，而非限于承包人的劳务成本或者承包人实际投入建设工程的成本。根据国务院有关行政主管部门的规定，常用的关于建设工程价款组成部分的规定有两个：一是住建部、财政部印发的《建筑安装工程费用项目组成》第一条第一款规定：“建筑安装工程费用项目按费用构成要素组成划分为人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金……”二是原建设部《建设工程施工发包与承包价格管理暂行办法》第五条第一款规定：“工程价格由成本（直接成本、间接成本）、利润（酬金）和税金构成。”

因此，目前而言，建设工程价款优先受偿的范围包括人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金。而建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等不属于建设工程价款优先受偿的范围。需要注意的是，如果以后国务院行政主管部门关于建设工程价款范围的规定发生了变化，则建设工程价款范围的规定

#### 81 问：旅客因参加活动而免费乘坐旅行巴士，意外受伤或死亡的，巴士运营方是否应当赔偿旅客所遭受的损失？

答：根据《民法典》第八百二十三条之规定，在此种情况下，巴士运营方是否应当赔偿旅客所遭受的损失，需要明确旅客遭受的意外是因何而起。如果旅客

遭受的意外是因承运人过错造成的，比如驾驶失误或其他行为直接造成了旅客的受伤或死亡的，则巴士运营方应当赔偿旅客损失；如果承运人能够证明旅客遭受的意外属于旅客故意或重大过失造成的，或者伤亡是旅客自身健康原因造成的，例如：旅客在运输途中突发心脏病、旅客从车上跳窗自杀等造成自身身体受损的，承运人不应当承担赔偿责任，即巴士运营方无需赔偿旅客损失。

### 82 问：旅客是否可以在高铁上霸座？

答：根据《民法典》第八百一十五条之规定，旅客应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号乘坐。旅客无票乘坐、超程乘坐、越级乘坐或者持不符合减价条件的优惠客票乘坐的，应当补交票款，承运人可以按照规定加收票款；旅客不支付票款的，承运人可以拒绝运输。

高铁“霸座”事件是指2018年8月21日当事男子孙赫霸占某女乘客高铁列车座位的事件。该事件发生于从济南开往北京的G334次列车上。孙赫在女乘客上车前，先坐在了属于女乘客的座位上，女乘客上车后，继续“霸座”，并拒绝与乘务人员的沟通，称“无法起身，不能归还座位”。经列车长和乘警劝说无果后，被占座女乘客被安排到商务车厢。

2018年8月23日，济南铁路局方面称，涉事男乘客的行为属于道德问题，不构成违法行为。2018年8月24日，中国铁路济南局集团公司表示，孙某被处治安罚款200元，并在一定期限内被限制购票乘坐火车。

### 83 问：火车票丢失去挂失补办，工作人员要求加收5元工本费，合理吗？

答：不可以。根据《民法典》第八百一十五条第二款之规定，实名制客运合同的旅客丢失客票的，可以要求承运人挂失补办，承运人不得再次收取票款和其他不合理费用。遇有不能正常运输的特殊情形和重要事由，承运人应当及时告知旅客并采取必要的安置措施。

### 84 问：委托开发完成的发明创造，申请专利的权利归何方所有呢？

答：根据《民法典》第八百五十九条之规定，委托技术开发合同的当事人可以在《技术开发合同》当中约定委托开发完成的发明创造的权利归属。如果法律没有相关的规定，并且当事人并未在《技术开发合同》中进行约定或约定不明确，则委托开发完成的发明创造申请专利的权利属于研究开发人，但研究开发人取得专利权的，委托人有权依法实施该专利。研究开发人转让专利申请权的，委托人可以优先受让该专利申请权。

**85 问：受让人或者被许可人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益，应由何方来承担责任呢？**

答：根据《民法典》第八百七十四条之规定，《技术转让合同》的让与人转让的和《技术许可合同》的许可人许可的是某一项技术成果，让与人和许可人有义务保证受让人和被许可人按照合同约定实施专利、使用技术秘密不会导致侵害他人的合法权益。如果技术的受让人和被许可人按照合同约定实施专利、使用技术秘密引起侵害他人合法权益的，该侵权责任由让与人和许可人承担，但是合同当事人另有约定的除外。由让与人和许可人承担责任应具备以下三个条件：

第一，受让人和被许可人严格按照合同约定使用专利或专有技术，不存在超过约定范围使用合同标的技术的行为。

第二，受让人和被许可人不存在故意，即受让人和被许可人并不知道自己实施的技术成果是侵犯他人合法权益的。如果受让人和被许可人明知该技术成果让与人和许可人不能合法拥有，则让与人、许可人与受让人、被许可人构成了侵权法上的共同侵权行为人，对此应负连带责任。

第三，受让人和被许可人使用合同标的技术的行为事实上构成了侵权，举证责任应由提出侵权赔偿请求的人负担。

**86 问：《技术咨询合同》和《技术服务合同》的受托人正常工作所需费用应由何方负担？**

答：根据《民法典》第八百八十六条之规定，在《技术咨询合同》和《技术服务合同》履行的过程中，受托人为了履行合同约定的事项往往需要支出一定的工作费用，这些费用应当由何方来负担，在实践中极易引起争议。如果受托人正常履行合同，完成合同约定的咨询或服务，则委托人应当向受托人支付报酬，这是作为《技术咨询合同》和《技术服务合同》委托人的主要义务。但是，如果合同中未特别约定，委托人支付的报酬通常已经包含了受托人开展技术咨询、技术服务所需要支付的相关费用。因此，如果在《技术咨询合同》和《技术服务合同》中并未特别约定委托人在报酬之外需要另行支付受托人开展工作所需的费用，那么该费用应由受托人负担。

**87 问：若寄存人未告知保管人保管物需要采取特殊保管措施，致使保管物受损失的，保管人是否要承担赔偿责任？**

答：根据《民法典》第八百九十三条之规定，保管人无需向寄存人承担赔偿责任。寄存人在寄存特殊物品时具有告知义务，若保管物有瑕疵或者根据保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人。

若寄存人违反告知义务，致使保管物遭受损失的，保管人不承担赔偿责任。由于保管物本身的性质或者瑕疵使保管人的人身、财产遭受损失的，除保管人知道或应当知道而未采取补救措施外，寄存人还应当承担赔偿责任。

**88 问：若寄存人寄存货币、有价证券等贵重物品时，并未告知保管人保管物系贵重物品，该物品毁损灭失后，保管人应如何赔偿寄存人？**

答：根据《民法典》第八百九十八条之规定，保管人可以按照一般物品予以赔偿。寄存人具有告知保管人保管物系特殊物品的告知义务。若保管物为货币、有价证券或者珠宝等贵重物品，则寄存人应当向保管人进行声明。声明的内容包括保管物的种类、性质、价值或数量。保管人对保管物验收后进行保管，或者以封存的方式进行保管。由于保管物系贵重物品，保管人必须采取特别措施谨慎保管。保管物声明由双方进行核对，以预防事后发生纠纷。

若寄存人并未声明保管物为货币、有价证券或者其他贵重物品，或是将贵重物品与一般物品一起交付给保管人，且未经保管人验收或者封存。如果货币、有价证券或者其他贵重物品与一般物品一并毁损、灭失，保管人不承担货币、有价证券或者其他贵重物品毁损、灭失的损害赔偿责任，但应当按照一般物品予以赔偿。

**89 问：存货人在储存期限届满前提取仓储物，能否要求保管人减收仓储费？**

答：根据《民法典》第九百一十五条之规定，存货人提前提取仓储物，不减收仓储费。在《仓储合同》订立过程中，保管人已经为保管行为做了履行准备，且合同履行过程中已经占有了保管人的仓储条件，故为了保护保管人对于合同履行完毕之后所获得收益的预期，也为避免当事人清算的繁琐，仓储人此种情况下无须减收仓储费。

**90 问：受托人是否有权请求委托人支付为处理委托事务所支付的必要费用及利息？**

答：根据《民法典》第九百二十一条之规定，委托人应当预付处理委托事务的费用，由于受托人无垫付费用的义务，受托人因处理委托事务垫付的必要费用后，委托人应当偿还该费用及利息。委托人应当支付受托人自垫付之日起所垫付费用的利息。当事人双方在委托合同中对利率有约定且合法的，应按约定计算；没有约定或者约定不明确的，应当按照法定利率计算。

**91 问：如果受托人因过错给委托人造成损失，委托人是否可以要求受托人承担赔偿责任？**

答：根据《民法典》第九百二十九条之规定，受托人在处理委托事务过程中，应当勤勉注意，避免给委托人利益造成损失。对于因受托人的过错导致委托人受

损时，受托人应当承担赔偿责任。在构成受托人赔偿责任的过错要件方面，依受托人的注意义务而定，根据委托合同是否有偿，有所不同。

委托合同中的注意义务是指，受托人在处理委托事务过程中，应当对委托事务处理过程、结果以及对委托人利益的影响，给予一定程度的注意，以免产生不利于委托人的后果。具体而言：第一，在无偿委托合同中，委托人单方面获益而受托人未获报酬；因此，对受托人的注意义务不能提出过高要求，尽到一般注意义务即可，同时，只有当受托人故意或者重大过失造成委托人损失时，才负有赔偿责任。所谓故意，是指受托人明知或者应当知道损害可能发生，但却促使或者放纵该损害的发生。所谓重大过失，是指受托人在其注意义务范围内，能够预见而没有预见，或者已经预见但轻信可以避免从而导致损害的发生。第二，在有偿委托合同中，因委托人支付了报酬，应当加重受托人的注意义务，此时受托人应尽善良管理人的注意义务，只要受托人因过错（即使是轻过失）造成委托人损失的，均应承担赔偿责任。

**92问：当业主不缴纳物业费时，物业服务企业能否采用断水、断电的方式催交物业费呢？**

答：根据《民法典》九百四十四条之规定，物业服务企业不得采取断水、断电的方式向业主催费。这种做法是完全没有法律依据的。即使双方在《物业服务合同》中约定物业服务企业在业主欠费情况下有权停水停电，这种约定也是无效的。水、电、气、热等资源的供应属于公共服务的提供，物业服务企业并不是上述公共服务的提供者。水、电的供应主体始终是供水和供电企业，存在供水、供电合同关系的当事人还是供水、供电企业和用户。物业服务企业并不是供水、供电合同的当事人，与用户之间并不存在供水、供电合同关系。业主拒绝支付物业费属于对于物业服务企业履行合同义务的抗辩，至于是否具有法律依据则应当通过诉讼或者仲裁解决，物业服务企业滥用停水停电等措施缺乏合同依据。

**93问：如行纪人发生“高买低卖”“低买高卖”，其中的差额由谁负担？**

答：根据《民法典》第九百五十五条之规定，若委托人指定了卖出价格或买入价格，行纪人应当按照委托人的指定价格处理委托事务。如行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意；未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。

行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬；没有约定或约定不明确且重新协商又不能达成一致的，行纪人无权要求获得额外报酬，交易行为所获得的额外利益归属于委托人。

委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

**94 问：行纪人可否“自买自卖”？“自买自卖”后还能否向委托人索要报酬？**

答：根据《民法典》第九百五十六条之规定，行纪人可以以自己的名义介入买卖活动，并向委托人索要报酬，但前提是该商品具有市场定价，且委托人未表示行纪人不得“自买自卖”。如行纪人卖出或者买入商品具有市场定价，只要委托人没有相反的意思表示，行纪人自己可以作为买受人或者出卖人，行纪人处理上述委托事务后，仍可要求委托人支付报酬。

**95 问：委托人接受中介服务后“跳单”，中介人能否要求其支付报酬？**

答：根据《民法典》第九百六十五条之规定，“跳单”又称“跳中介”，是在中介人向委托人提供中介服务后，委托人利用中介人提供的服务，而甩开中介人私下与相对人订立合同，或者另行委托其他中介人与相对人订立合同的现象。当委托人“跳单”时，中介人有权要求其支付报酬。判断委托人是否构成“跳单”，要满足如下三个条件：第一，委托人接受了中介人的服务；第二，委托人利用了中介人提供的信息机会或者媒介服务；第三，委托人绕开中介人直接与相对人订立合同。

**96 问：合伙人对于合伙债务应当如何承担？**

答：根据《民法典》第九百七十三条之规定，所谓合伙债务，是指合伙关系存续期间，为实现共同事业目的，以合伙名义对合伙外的人所承担的债务。合伙债务承担债务的主体是合伙，履行或承担债务的财产范围是合伙的共有财产和每个合伙人的个人财产。各合伙人对合伙债务承担连带责任，即各合伙人均负有清偿合伙债务的义务，连带地向债权人承担责任。清偿合伙债务超过自己应承担份额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。关于合伙债务的承担还需要注意以下几个问题：

（一）合伙人成为合伙的债权人，产生合伙债务清偿效果

当合伙人成为合伙的债权人，使其债权及所负连带债务因发生混同而消灭时，其他合伙人免除合伙债务清偿责任，该合伙人可就超过自己应承担的份额向其他合伙人追偿。

（二）合伙人退伙后合伙债务承担

为充分保护债权人的利益和交易安全，退伙的合伙人，对其退伙前所发生的合伙债务仍承担连带清偿责任。债务范围限于退伙前发生的合伙债务，这里包括虽然退伙前尚未发生，但是基于退伙前的原因于退伙后发生的债务。退伙的合伙人即便按照合伙合同约定或者合伙人协商一致已经承担自己应当承担的份额，倘若合伙债务仍未全部清偿，仍对合伙债务负有连带责任，但就其清偿的数额超过按份之债部分，有权向未足额承担份额的其他合伙人追偿。当然，如果合伙债权人认可合伙人内部承担债务的约定，则应由约定的合伙人独立承担清偿责任。当然，如果合伙人认可内部承担债务的约定，则应由约定的合伙人独立承担清偿责任。

（三）新入伙合伙人对入伙前的合伙债务承担清偿责任

受让合伙人财产份额的第三人，本与入伙前产生的合伙债务无关，但因其取得合伙财产份额，获得了合伙人资格，与原有合伙人享有同样的权利，视为认可合伙关系存续期间的一切活动的法律效果，包括合伙的亏损。此外，对于债权人来说，其无法知晓合伙成员变动情况，为保障债权利益，新入伙的合伙人也应当对其入伙前的合伙债务承担连带责任。

97 问：合伙人对于亏损分担的约定能否对抗第三人？



答：根据《民法典》第九百七十二、九百七十三、九百七十四条之规定，虽然合伙人有权按照《合伙合同》的约定或合伙人协商确定的比例进行亏损分担，但其关于亏损分担的约定属于合伙内部关系，不得以此对抗第三人。合伙亏损的分担属于合伙内部事务，合伙人可以自行对亏损分担的形式和比例进行约定，但不得以其约定改变其对外责任的形式，即使合伙人内部达成一致意思表示，也不能对抗第三人，即合伙的债权人有权要求各合伙人承担全部清偿责任。

### 三、准合同

**98 问：管理人的管理行为同时有利于自己和他人，是否构成无因管理？**

答：根据《民法典》第九百七十九条之规定，无因管理的构成只要求管理人的管理行为在主观上是为避免他人的损失，至于是否同时有利于自己在所不问。所以管理人的管理行为同时有利于自己和他人也构成无因管理。

**99 问：甲乙订立委托合同，甲受乙委托处理某项事务，事后发现委托合同无效或者被撤销，在此情况下，甲处理事务的行为是否构成无因管理？**

答：根据《民法典》第九百七十九条、第九百八十四条之规定，一般情况下，无因管理是在管理人与受益人之间无事先接触的情况下发生的。如果当事人事先订立了委托合同，该委托合同被宣告无效或者被撤销时，由于受托人在处理委托事务时，是为了履行委托合同约定的义务，因而，当事人之间并不存在无因管理关系，在委托合同被撤销或者被宣告无效后，不应当按照无因管理的规则处理当事人之间的关系，而应根据《民法典》合同编关于合同无效或被撤销的规定确定当事人之间的权利义务关系。

**100 问：在给付型不当得利中，善意得利人是否承担返还原物的义务？**

答：根据《民法典》第九百八十五条、第九百八十六条之规定，在给付型不当得利的情形下，如果得利人取得利益时为善意的，在原物存在时，应返还原物；

原物不存在时，如果原物因意外事件毁损灭失，得利人不承担返还义务；如果原物因有偿转让等其他情形而不存在的，得利人实际取得的利益高于受损人的客观损失的，返还范围以客观损失额为限；得利人实际获利低于受损人的客观损失的，只需返还实际获利额。得利人所受利益是否尚存的时点，以受损人提出返还请求时为准。得利人主张取得的利益已经不存在的，应就此事实承担举证责任。

## 第四章

# “法治体检”的源起、现状及方向 研究报告

研究人员：孙智红、张玉良、阚雪飞、孙福谋、杨猛

单位：辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会

## 摘要

自 2018 年 11 月份开始，辽宁省范围内持续开展民营企业“法治体检”活动，该项活动由辽宁省司法厅、辽宁省工商业联合会、辽宁省律师协会领导部署，截至目前已经有 300 余位律师、600 余家企业参与此项活动。

辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会（简称法顾委）负责该项活动具体的实施工作，制作完成 2 份《辽宁省律师协会民营企业“法治体检”操作指引》（非疫情版和疫情版），举办 10 余场培训，体检律师为参与体检的企业制作完成 600 余份《“法治体检”报告》，在此基础上，在向政府献言献策的部分，法顾委形成了 2 份沉甸甸的《民营企业“法治体检”分析报告》。

经过近 3 年多的实践积累，课题组成员总结和归纳“法治体检”的源起、现状及方向形成本研究报告，作为对辽宁省“法治体检”工作的课题研究抛砖引玉。

## 引言

本研究报告主要针对“法治体检”的源起、现状及方向三部分内容展开论述，由于是国内首创，没有国外经验可供借鉴，课题组主要依据习近平总书记的讲话内容和国家层面、辽宁省层面领导部署部门的文件精神，研究有代表性的民营企业发生的重大事件，归纳背景事件反映出的社会经济问题，收集其他省市关于“法治体检”创新举措，结合近三年来开展辽宁省民营企业“法治体检”工作中遇到的实际问题，形成本研究报告。

本研究报告的制作目的是为“法治体检”长效开展奠定理论基础，充分挖掘“法治体检”的活动的社会意义，总结“法治体检”过程中的实践经验，从实际出发从可操作性、针对性、可行性、实用性的角度完善“法治体检”活动的体检内容和流程，给民营企业和民营企业带去法治思维，为提升民营经济整体法治素养具有重大现实意义。

## 一、“法治体检”的源起

### 1.政策文件的解读

#### 1.1 国家层面

2018年11月1日习近平总书记在民营企业座谈会上发表了一篇重要讲话，全文不到七千字，总结大三点内容：充分肯定我国民营经济的重要地位和作用；正确认识当前民营经济发展遇到的困难和问题；大力支持民营企业发展壮大。提出六小点举措：减轻企业税费负担、解决民营企业融资难融资贵问题、营造公平竞争环境、完善政策执行方式、构建亲清新型政商关系、保护企业家人身和财产安全。

为什么这个时候国家重申民营企业的经济地位？通过对当时重大经济事件的了解，2018年中国经济界出现了不同的声音，特别是提到民营经济应该离场的声音，这个声音源于“中兴事件”的发酵。

2018年的时候，我们通过各种媒体（包括网络）看到有关中国中兴通讯公司在美国受到制裁的一些报道。这是一起中兴给员工发2016年度奖金导致的制裁。原因是在2016年3月7日，美国政府以中兴向伊朗出口为由，宣布对中兴进行了出口管制，也就是美国供应商在向中兴出口任何货物之前，必须先获得一份美国商务部出具的出口许可，让中兴的供应链大大受损。中兴是怎么处理的呢？2016年11月、2017年7月中兴向美国政府提交的两封信中称，公司已经或即将对此前认定违规的39名员工进行了处分。

2018年2月，美国商务部工业和安全局要求中兴通讯提供阶段性报告，要求提供向美国政府提交的两封信中提到的所有员工的职位，权责，工资和奖金信息。根据美方展开的调查，最终中兴通讯承认：“直到被要求阶段性报告一个月之后，中兴并没有对员工开出处分信函，而且除了一名员工之外，所有相关员工都拿到了2016年的奖金。”结果是，中兴与美国的司法部和美国的检察官达成的一份认罪协议。中兴通讯公司前后在美国受到的罚款达到了22亿美元。

当时正处在中美贸易战的时期，而国内的一些媒体报道这个事件以后，大家发生了热议，有人认为这是中美贸易战过程中，美国打压中国高新企业的一个举措；一些专业人士则从不同的角度看待中兴事件。特别是合规专家就说：如果通信公司中兴通讯公司做好了企业合规管理，它也不会受到美国的制裁。

有一篇区块链上的文章：中兴通讯遭到美国的封杀，我们拿什么来赢得尊重？这其实是很有“民族情”色彩的一个题目，也引起很多人的感情共鸣。中兴事件不断发酵，2018年中国经济界出现了一些不同的声音，特别是有一些说民营经济该离场的，潜台词是什么？我央企合规做得已经很好了，民营企业在合规问题上丢人丢到国外了。这个观点发表以后，在国内引起了强烈的反响，引起了一些参与声音。

在这一事件背景下，习总书记发表了上述的讲话，在总书记号召下，中央一些国家机关、中央政法委、最高法院、最高人民检察院都先后发布了一些规范性的文件。其中，最高人民检察院的发布了规范办理涉民营企业案件的11个执法司法的标准，这11个标准是对过去已经有的标准的一个总结，最高检那时还没有想出来更新的一些政策措施来支持民营经济的发展，“中兴事件”中得到启发，2020年人大会上提到的企业合规不起诉的试点。同期，最高院和中央政法委颁布了一些新的规则和标准。司法部办公厅印发《关于开展民营企业法治体检专项活动的实施方案》的通知。可以说全国范围内的民营企业“法治体检”活动拉开帷幕。

## 1.2 辽宁省层面

2018年11月18日辽宁省律师行业党委、辽宁省律师协会在辽宁省铁岭市举行行业党委、律师协会会长办公会扩大会议，专题传达和部署对全省律师开展民营企业法治体检活动的工作安排。

2018年11月21日，辽宁省司法厅、辽宁省律师协会制定《关于组织全省律师为民营企业开展法治体检工作计划》。在全省14个市组建14个律师服务团队。

## 2、为什么是“民营企业”的“法治体检”

通过解读政策文件精神，结合“中兴事件”反映出的“合规”问题，以及2021年新华社北京5月13日电 国务院国资委近年来全面推进中央企业合规管理工作，推动将合规要求覆盖央企各业务领域、各职能部门、各级子企业和全体员工。目前，中央企业已全部成立合规委员会。市场经济是法治经济。市场主体越多元、竞争态势越复杂，对企业竞争行为规范性的要求也就更高。近年来，在全球市场竞争中持续强化企业合规已成为一项新趋势，我国中央企业的合规管理也在探索中不断强化。

事实上“合规”对于中央企业并不陌生，2021年4月13日，《合规管理体系要求及使用指南》ISO 37301:2021发布，ISO是1946年10月在伦敦成立国际标准化组织的英文缩写，中国既是发起国又是首批成员国。此标准的公布，将对每一个想要发展的中国企业都产生重要影响。我国的中央企业已全部成立了合规委员会，合规委员会的工作机制已经相对成熟。以下是针对中央企业“合规”管理指引频繁出台的时间线：

2014年，《合规管理体系指南》ISO 19600:2014

2016年，《反贿赂管理体系要求及使用指南》ISO 37001:2016

2017年，《合规管理体系指南》GB/T35770-2017

2018年，《中央企业合规管理指引（试行）》

2021年，《合规管理体系要求及使用指南》ISO 37301:2021

不难看出，国家层面上的“法治体检”为什么主要还是针对民营企业开展。

### 3、民营企业“法治体检”是启动第二次法律资源再分配

民营企业“法治体检”是国内首创，具有重大的历史意义。

法律资源是法律信息、法律服务和法律制度的总和，法律作为一种稀缺的社会资源，对一个法治国家的市场和经济起着决定性的作用，当稀缺性成了法律资源的属性，法律资源分配的不平衡就会直接导致社会、经济发展的不平衡，同时，现有的法律资源也不能发挥其应有的作用，法律资源配置失衡的问题也会进一步加剧，并引发更严厉的后果，特别是经济欠发达地区，法律资源配置不平衡所引发的不利后果就越明显。

从中国法律资源配置的现实情境来看，法律资源分布的不合理直接导致了实力越强的企业占据了过多的法律资源，法律资源的分布明显呈现两极化特征。法律资源的有限性，并不意味着我们将其笼统地、均等地安排给各个地区，而只有合理地配置法律资源，才能发挥法律资源的最大效益。在中国经济的发展过程中，法律资源配置的不平衡问题逐渐凸显，根据有关数据统计，民营经济总量已超过我国国民经济总量的一半，特别是近30年以来，民营经济取得了突破性的成就，根据数据显示，1985年，在全国工商税收当中，个体经济仅占3%，2014年商事制度改革以来，新登记企业保持较快增长势头，每年以超过23%的速度增长，2016年全年新登记企业552.8万户，平均每天新登记企业达1.51万户。截至2015年



底，私营企业由2011年的967.68万户增长到1908.23万户，接近翻番。全国登记个体工商户由2011年的3756.47万户增长到5407.92万户，增长43.96%。2015年10月1日，“三证合一”“一照一码”登记制度改革全面实施，当年11月、12月全国新登记企业数量连创新高，分别达到46万户、51.2万户。据统计，在新登记的企业中，96%属于民营小微企业。目前，私营企业数量已占全部企业数量的85%左右。而在2019年1-7月份，民营经济所带来的税收占比超过全国税收的50%，成为政府税收、国家财力贡献的坚实力量。但民营经济虽然总量大，但是大部分民营企业的体量一般都很小，绝大多数的民营企业都是小微企业。民营经济的发展虽然取得了很大的进步，但也存在着不可忽视的问题，其中法律资源分布不平衡的问题开始凸显，体量小、抗风险能力较弱的民营企业只占有了少部分的法律资源，而体量大、资本雄厚、抗风险能力强的国有企业却占据着绝大多数的法律资源，法律资源配置的严重失衡，一定程度上扩大民营企业与国有企业的差距，加剧了民营企业的发展负担，不仅严重阻碍了民营经济的发展，更与现代法治的公平正义理念背道而驰。

中国法律资源配置失衡的结构性问题虽然有历史性的原因，但绝非不可改变，优化法律资源配置的核心就是要将法律服务公共化，实现社会主体公平享有公共法律资源的能力，要扭转实力强占有法律资源就多，实力弱占有法律资源就少的失衡局面，法律资源的再平衡也是法律均衡理论的积极体现。在法律资源有限的社会中，社会主体利用其他的资源优势主导并支配着法律资源的分配，要减少法律资源配置不均带来的消极影响，势必要构建一定体系和制度，来对法律资源进行二次分配，以谋求法律资源分配的公正。当前，法律资源配置失衡一方面有其自身因素，同时，过度地进行法律服务市场化也直接加剧了这种配置的不公平，法律资源占有与其财富直接挂钩，而市场本身缺乏对法律资源宏观调控的能力，如此，形成了强者越强、弱者更弱的失衡局面，弱势群体本应该享有的法律资源越来越稀少，而大部分的法律资源则被优势主体所占据，最后形成了弱势群体法律资源被变相剥夺，从而导致法律资源失衡局面进一步恶化的不利后果，最终引发社会矛盾，加剧社会分化。

尽管缺乏具体的统计数据，但从民营企业和国有企业对法律资源的占有量而言，我国法律资源严重失衡已是不争的事实，由于部分民营企业天然的趋利性，

环境污染、不遵守劳动法、山寨产品、虚假宣传、诚信度低，负面形象一度使民营企业的公众形象受损。媒体公布的调查数据显示，2016年1月~10月期间，仅温州、杭州两地因企业失信而上“黑名单”的企业数量暴增40多万，郑州暴增26万多，比此前十多年失信企业的累计数量高出数倍。法律观念和法律资源的缺失导致民营企业实行频发、公众形象滑坡。民营企业和国有企业的物质财富配置不均等，而物质财富明显对其享有的法律资源配置有极大趋导作用。法律资源分配失衡的最直接表现就是公共法律服务体系发展的不平衡，要将法律资源公共化、均衡化，就要探索建立新的法律服务体系，政府就必须主动履行其在法律资源均衡化发展中的责任，主动发挥政府在法律资源分配中的积极作用，而建立新的法律服务体系就是对首次法律资源分配不公正的纠正，最终目标就是要使得社会整体的法律资源合理化、均衡化分配，当然，法律资源的均衡化绝不意味着“平均主义”，而是要充分考虑社会主体之间的差距，给予各个社会主体合理的、应有的法律资源。

当前，我国法律服务覆盖面狭窄、分布不均等问题引发了一系列的社会矛盾，特别是加剧民营企业和国有企业之间的分化，而“法治体检”体系的建立，就是在我国法律资源配置失衡的背景之下，国家启动的第二次的法律资源再分配，以实现法律资源的优化与平衡，因此，“法治体检”体系的建立也正是法律资源配置再平衡的逻辑展现。开展民营企业“法治体检”，不仅有利于促进民营企业与律师工作的深度对接，增强律师行业服务经济社会的使命感，有利于推动民营企业以强健体魄登上时代舞台，增强民营企业健康发展的安全感，更有利于筑牢民营企业法治意识，在合法合规经营中取得支持，增强政策保障的获得感。

## 二、“法治体检”的现状

### 2、国内各地“法治体检”的情况

#### 2.1 北京地区“法治体检”实践

在深入贯彻总书记在民营企业座谈会上的指示精神基础上，北京市司法行政机关及律师行业也进行了积极的实践探索，以民营企业所担忧、所期盼的为出发点，直面问题，绝不回避，充分利用首都的地理、经济和人才优势，同时发挥法律服务资源优势，为民营企业提供高品质、高效率的“法治体检”服务。同时，注重从源头治理，将专业理论知识向实践转化，组织相关的专业委员会制定业务开展的书籍，并采用多角度开展法治宣讲，打消企业的疑虑，积极调动民营企业的积极性，同时积极做好“法治体检”的前期工作，组织市律师协会遴选出 90 多名精通涉企业务、专业知识过硬的“律师服务团队”，并根据各自的擅长领域和实践经验，组成不同的服务小组，直接深入北京市的各个民营企业当中去。

2017 年至 2018 年，北京市律师协会为民营企业提供法律服务相关的培训研讨活动近 300 次，参与学习的律师、企业代表等达 36800 余人次，内容涵盖法律风险防范、融资途径、科技创新、劳动关系等众多业务领域。以劳动用工方面为例，2018 年北京市律师协会共派出 50 人次律师，审阅调解案卷 2994 卷，涉及人数 6772 人次，综合合格率 69.67%；审阅法援案卷 1498 卷，综合合格率 89.27%。

北京市司法行政机关以目标和问题为导向，坚持对民营企业“法治体检”服务的精准性，通过设立法律服务窗口、建立 12348 企业法律风险在线监测、“法治体检”微信平台和组织专家调研等方式，在认真听取和了解民营企业提出的困难和新问题的基础上，全面深入了解了民营企业的法律困惑和法治需求，为“法治体检”服务的深入和精确开展打好了基础。在充分调研民营企业需求的基础上，制定具体的工作方案，并最终形成专题报告，以更加具体化的规范为核心，增强“法治体检”工作的操作性，并由组建的各个服务小组将措施进行相应的细化，全面细致地挖掘和梳理企业存在的法律问题，并及时提供相应建议和对策，通过多种方式，扩大“法治体检”的覆盖面，形成完整的《律师服务民营企业工作记录》，根据企业在法律风险防范意识、风险点控制能力、内部管理机制、内部利益分配机制、权益维护机制等方面的问题，将企业面临的短期困扰与长期规划中的法律制约环节查清摸透，及时撰写整理成系统的“法治体检”报告手册，提出

专业的应对措施和建议，同时为企业制定完善的改进方法和计划。最后，将“法治体检”报告汇总，对“法治体检”过程中民营企业存在的共性问题进行统筹分析和归纳总结，提出专业的法律意见，上报有关政府部门，为政府制定行业规章制度和出台相应政策提供参照，并根据企业类型和管理结构，为企业提供更加有针对性和可操作性的法律意见和解决方案。

北京市司法行政机关联合当地的律师协会，从坚持需求导向、问题导向、目标导向，充分发挥司法行政机关的长处，整合法律资源，从多角度、多途径为民营企业提供免费的法律服务，组建专业化的“法治体检”团队，从人才资源队伍中选出具有丰富的实践经验的法律人才，为民营企业提供全方位的法律帮助，“法治体检”队伍具备更强的专业化和团队化，同时结合北京当地民营企业的实际发展需求，将体检内容进行进一步的细化和深挖，包括政策宣传、法律解答、纠纷调解多方面进行服务，并最终形成报告和总结，为下一步的“法治体检”工作的优化和完善打好基础。

进入2022年之后，北京市司法局又与市政务服务局联手拓展政务服务平台功能，启动法律服务进政务服务中心合作事项，在全市率先建立“公共法律服务企业法治体检中心”，通过“人工+智能”双服务，最大限度满足企业、群众的法律服务需求。城市副中心政务服务联动法律服务，标志着副中心营商环境再上新台阶，作为京津冀协同发展“桥头堡”的作用更加彰显。选聘2家业务能力强的律师事务所全天候在岗，将政务服务中心二层智能全息展示中心（MR室），拓展成为“副中心小微企业法治体检中心”，并在一层开设了3间“法智小屋”，网上对接区公共法律服务中心法律援助、公证服务、行政复议等法律服务部门，提供实时线上服务，目的就是让企业和群众走进一扇门，就可以享受到“政务业务+法律服务”一站式服务。

## 2.2 浙江地区“法治体检”实践

浙江是“法治体检”体系建设的发源地，“法治体检”的前身是“法律体检”，“法律体检”最早首创于2005年，并于2007年在浙江舟山首次推出，2008年，为应对国际金融危机的威胁，浙江省司法行政机关就开始创新法律服务的工作模式，提出“法律体检”的新理念，同时积极将其实践，组织法律工作者进入企业，为企业排忧解难，成为浙江律师服务民营企业的一个典范，“法律体检”虽然本

身也是为民营企业提供法律服务的一种创新方式，但限于当时的条件，“法律体检”的服务范围和深度都有一定的局限。

浙江是民营经济的大省，据有关数据统计显示，该省民营企业占企业总数的比例超过 90%，破解民营企业发展所面临的难题显然是政府部门的第一要务，为此，浙江也为民营企业发展、营商良好营商环境进行了多方位的实践探索，浙江省司法行政机关积极作为，主动出击。2018 年 11 月，浙江各地司法行政机关在充分领会司法部政策和精神的基础上，制定并出台了具体的实施意见和工作方案，以确保“法治体检”工作有章可循，同时，联合省、市、县三级司法行政机关，发动全省的法律工作者，按照专业特长和优势，组建各具特色的专业队伍，在对企业调查摸底后，充分了解辖区民营企业受检意愿和重点体检对象的基础上，通过 12348 浙江法网、12348 热线、报纸、网站等多种方式开通民营企业“法治体检”申请通道，吸引了民营企业的广泛参与。浙江省基层司法行政机关也积极响应，创新法律服务工作模式，积极探索出了预检、选检和特检三种模式，开始积极主动寻找“法治体检”的突破口，与市工商联、市场监管局联合出台了专门的专项活动方案，集中开展“法治预检日”活动，并梳理出“法治体检”服务的重点民营企业名单，精心编制好相应的体检计划书，合理安排体检时间表，并联合该市总商会和行业商会，通过发放律师“法治体检”便企联系卡和律师服务民营企业服务券等方式，开通民营企业预检通道。成立民营企业“法治体检”律师宣讲团 15 个，与该市总商会、镇街道商会、行业商会等联合搭建线上线下服务平台，线上通过微信公众号和朋友圈等多种方式及时推送巡检预告，线下则在征求企业意愿的前提下，根据企业的需求派驻专业的法律服务团，特别是在中小微企业集聚的各开发区推行“律师+法务部”的巡检模式，开展营商法律风险防范专题 10 多场，为超过 120 家的民营企业化解涉企矛盾 53 个，回收“法治体检”调查问卷 142 份，出具相应的法律建议书 35 份，风险提示 102 个。最后，充分发挥其法律服务的行业特长和优势，因地制宜，将“普通巡检”升级到“专职特检”，当地法律服务工作者集结并合理分组，与温商、台商等区域商会以及科学技术、新生代企业家、女企业家协会合作，针对旗下民营企业特点展开多样式体检服务。光机电、服装、箱包等专业法律服务团和中小微企业法律服务团，精准对接战略性新兴产业、行业龙头民营企业，实施“对口检”；专业律师

事务所和基层法律服务所，为 490 余家重点民营企业开展“顾问检”，村社区法律顾问走访服务区域内未聘法律顾问民营企业，为有需求中小微企业提供“就近检”。浙江金品律师事务所商会律师赴安徽、深圳等地，针对对外投资经营的本土民营企业，对在外投资分基地、重点项目“跟踪体检”，将法治服务触角延伸到投资地，成为浙江省“法治体检”专项活动的“开路先锋”。

浙江省衢州市司法行政机关也积极回应，集中开展有关专项活动，将其列为工作重点，并下发文件，要求律师事务所、基层法律工作者和公证处认真开展民营企业专项体检活动。通过 12348 衢州法网和微信公众号等多渠道向民营企业发出邀请，并通过传媒设立项目专栏，向社会宣传民营企业“法治体检”专项行动，使广大民营企业充分了解并能积极主动参与体检，并动员更多相关力量参与，在了解全市民营企业的数量、规模和分布后统筹优化，组建了 12 支专业法律队伍，通过建立律商协作平台，不断拓展和挖掘服务广大民营企业的范围和深度，通过多种方式，联合开展“六个一”专项活动。平台建立以来，共组织开展专题研讨、企业法律培训 8 场次，培训企业法务人员 597 人次，受惠企业近 600 家。同时，重点关注和解决民营企业面临的突出问题，发挥司法行政机关立法、执法、司法、守法普法“四位一体”职能优势，帮助民营企业找出其经营管理当中真正“痛点”，推出针对民营企业多方面的“法治体检”服务清单。由法律服务人员走访企业，根据各民营企业的不同需求，帮助其在企业治理结构和内部管理等多方面进行“问诊把脉”，帮助企业查明问题，化解法律风险，共为企业登记设立和股权分配、章程和规章制度完善进行审查 10422 次，为企业决策、管理、分配、职工权益保障等进行检视 11369 次，帮助企业进行人力资源、财务税务、会计核算合规性审查论证 10404 次，为企业查找并解决问题 1.98 万个。针对企业突出的困难问题，组织法律专家精心解剖会诊，掌握企业面临的法律纠纷、财产处置等情况，为企业合规经营、妥善解决争议、化解矛盾纠纷提供意见建议和维权方案，共调解处置企业诉讼、仲裁纠纷 1.01 万件，为企业和企业家产权纠纷保护提供服务 1.11 万件，为企业提供知识产权服务 4510 件，在民事领域提供服务 1.4 万件，并及时将收集的意见汇总和梳理，形成相应的分析报告上报政府部门，同时积极协调政府有关部门回应和解决民营企业的诉求，及时有效指出并化解民营企业所存在的法律风险。

### 2.3 江苏地区“法治体检”实践

江苏是“法治体检”内容最为丰富的地区，也是率先创新推出访、诊、治、调体检四步法的地区，首创法企同行活动，为企业提供定制和特色服务，具体而言，一是突出“访”，以提升民营企业“法治体检”覆盖面，二是突出“诊”，以提升民营企业法律风险研判精确率，三是突出“治”，以提升民营企业法律服务精准度，四是突出“调”，以提升服务民营企业长效性。

江苏省司法厅会同工商联及有关商会、协会，通过“访、诊、治、调”四步法，为民营企业在设立、公司法人治理、日常经营等方面所产生的法律风险提供精准“药方”，建立由律师、公证员和调解员组成的工作小组，为提升对民营企业法律风险研判的精确率，对民营企业各个经营管理各个领域和各个环节进行全面排查，做到“六个必查”。针对排查中发现的风险，及时进行分析研判，建立完善民营企业法律风险和需求数据库，依据共性问题全面反馈、分类处理的原则，按照不同的问题采取不同的措施，针对个案问题，采用特殊情况特殊处理的原则，及时提出针对性的对策，建立专门的一对一服务模式，而对于产生的一般性、普遍性问题，则及时研究防控举措和法律建议，并通过 12348 公共法律服务平台、行业协会网站等渠道向社会公开发布，为民营企业提供定制和特色服务。

2019 年 1 月份，苏州市司法局亦在响应江苏省司法厅的号召和指示精神下，成立几十位骨干律师组成的“苏州市民营企业法律服务团”，与市工商联共同选定 30 家重点民营企业作为首批“法治体检”的对象，为每家对象企业指定了负责体检的法律服务团成员。同年 12 月，共安排 11 组律师团共 32 位律师实地走访了苏州威芳服饰有限公司等 12 家重点民营企业，制定了走访日程计划，做到“四个必检”“四个必知”和跟踪服务，通过“一对一”的“法治体检”，法律服务团深入企业制造车间，与一线研发制造人员进行交流，与企业管理人和员工进行零距离的接触，发现了民营企业在用人制度、管理机制和风险防范等方面的法律风险问题，并针对民营企业的共性问题和个性问题，通过法律咨询或出具法律意见书等形式为民营企业开出“良方”，切实帮助民营企业化解和防范法律风险。

江苏淮安也吹响民营企业“法治体检”集结号，早在 2016 年，淮安市司法局就创新服务模式，与市工商联携手将服务范围覆盖到民营企业，并完成了对全

市 1000 余家民营企业的体检工作。同时，淮安市司法局创新工作方法，组织多名骨干律师制作编印《民营企业法治体检手册》，内容涵盖企业风险的各个方面，并就民营企业“法治体检”设计了民营企业调查问卷 100 项和“法治体检”指标 100 项，从更加精准、更加规范的角度，让“法治体检”行动由靶向瞄准了靶心。

在“法治体检”中频出新招，以线上和线下互为融通的理念，探索出了“1+3 法治体检”新模式，继续发挥传统服务方式的功能承载作用，做好民营企业的跟踪服务，同时分别依托淮安护航防控服务中心、非公（民营）企业服务中心两大服务阵地，并定期召集业务部门、法律业务骨干，对“法治体检”中发现的问题进行分析研判，打造民营企业“法治体检”数据库，实现数据导航、资源共享，为民营企业实施了精准的“法治体检”，同时为民营企业出现的法律问题开出了对症良方，也为“法治体检”体系的建设迈出了扎实的一步。

#### 2.4 广东地区“法治体检”实践

2018 年 11 月，广东省司法行政机关制定并出台了专门“法治体检”方案，并联合省工信厅、省工商联、省贸促会出台《关于做好律师服务民营企业有关工作的通知》，该省 21 个地方的司法行政机关均出台了“法治体检”专项活动实施方案等一系列活动。在利用律师资源丰富的基础上，积极鼓励律师参与社会公益法律活动，开展“律师进园区助民营企业”活动，组织律师走进工业园区（“双创”基地）开展法律服务活动，制定劳动争议解决、融资并购、资产重组、“走出去”等律师服务民营企业工作指引，与有关商会协会签订框架合作协议，组织引导律师免费为工商联商会协会担任法律顾问，积极利用中小微企业服务券支付法律服务费用，探索建立政府购买法律服务制度。根据有关数据统计，在 2019 年当中，广东省“法治体检”的工作成果丰硕，无论是调查问卷、体检报告，还是出具法律意见或建议，都达到了一定的规模，取得了良好的社会效果，不仅调动了全省法律服务工作者特别是律师群体的热情，为民营企业送去了法律关怀，更进一步促进了民营企业经营管理的正规化、法治化，进一步激发和促进了民营经济的市场活力。

“民营企业法治体检自测系统”是广东地区“法治体检”工作的一大亮点，在深入调研的基础上，依托人工智能、云计算等高新技术，实现了“法治体检”



工作的便捷化，这也是政府依靠高新技术，创新服务的一个典型代表，为“法治体检”的工作创新树立了榜样。具体而言，该系统在全面深入了民营企业需求和困难的基础上，以问题为导向，在充分尊重民营企业选择权的基础上，不仅解决了民营企业获取法律服务难的短板，更为民营企业在发展过程中所遭受的“痛点”提供了系统性的建议和意见，同时结合科技优势，对企业所遇到的问题进行采集，并对其中的法律风险点进行系统性的分析，依托网络数据平台的优势，帮助企业快速指出企业治理中的弱点，并有针对性地给出相应的法律建议。

自测性的“法治体检”也为民营企业打造出了一件自我保护的法治利器，有了它，民营企业就可以近乎零成本享有高质量的法治服务与法治保障，补足了民营企业长期以来获取法律服务不够便捷、收费高的短板，自测性的“法治体检”系统不仅能供企业自行决定且免费使用，并可以全天在线，通过技术性处理，全面检测民营企业所面临的法律风险，并将检测结果进行一定的提炼和加工，全面、清晰地将测评结果展示给测评企业。同时，该系统以低成本、零收费为优势，借助高新技术，为民营企业带来了实实在在优惠，与其他地区对民营企业进行的“法治体检”的临时性不同，广东地区的创举无疑给企业派驻了长期驻扎的法律顾问团，使得民营企业在发展过程中随时能享受免费的“法治体检”活动，民营企业有了自己的“家庭医生”。

### 三、辽宁省“法治体检”的情况

2018年12月27日辽宁省律师协会发布《辽宁省律师协会民营企业法治体检操作指引》，可以说，辽宁省在民营企业法治体检这项工作的推进上走在了全国的前面。

在这个过程中，发生了全球性的大事件，2019年年底新冠疫情暴发，影响了这项工作的持续推进，2020年3月25日辽宁省司法厅、辽宁省工商业联合会、辽宁省律师协会发布《关于深入开展民营企业“法治体检”活动服务疫情防控和企业复工复产的实施意见》（辽司[2020]12号），该实施意见明确提出：各市司法行政机关、工商联和律师协会要从政治和全局的高度，切实增强服务民营企业疫情防控和复工复产的责任感、紧迫感，抓好活动组织实施，积极参与“法治体检”活动，努力为民营企业提供专业便捷的法律服务。

为此，辽宁省律师协会在召开会长办公会时，特意就民营企业“法治体检”工作进行了安排和部署。辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会（以下简称“企顾委”）作为专门服务于企业的专业委员会，积极承担了此项重点工作。

2020年3月27日辽宁省律师协会发布《辽宁省律师协会民营企业法治体检操作指引（疫情版）》，并在全省范围内开展了疫情期间的法治体检，受疫情影响，这次体检全省地区30家有代表性的民营企业参与本次体检活动。其中大型企业6家，中型企业18家，小微企业6家；制造业9家，建筑业5家，批发业5家，房地产业4家、商务服务业4家，电力热力燃气及水生产和供应业1家，采矿业1家，交通运输业1家。

2020年的11月份形成了《“法治体检”分析报告》。其内容以向各家企业出具的《“法治体检”报告》为基础，从中总结的企业向政府部门献言献策内容为参考，分行业、分区域总结疫情期间民营企业经营管理过程中反映的突出问题，提出政策建议，向政府相关部门反馈企业诉求。在疫情期间这一特殊历史时期，为民营企业的发存和发展提供了发声的桥梁。

2021年在全省范围内开展了疫情期间的法治体检，也是受疫情影响，这次体检全省涉及的城市有大连、铁岭、葫芦岛、营口、阜新、鞍山、本溪、锦州、朝阳。总计有41家有代表性的民营企业参与本次体检活动。其中大型企业4家，中型企业10家，小微企业27家；房地产业5家，建筑业3家，道路运输1家，零售业4家，批发业2家，餐饮业1家，信息传输业2家，制造业10家，商务服务3家，橡胶和塑料制品业3家，金属及非金属矿物制品业3家，科学研究和技术服务业1家，农副食品加工业1家，居民服务业1家，公共设施管理业1家。

2021年的11月份形成了《2021年辽宁省民营企业“法治体检”成果分析报告》。本分析报告包含了2020年《辽宁省民营企业“法治体检”企业法律风险分析报告》中仍然存在的问题，归纳了今年41份《“法治体检”报告》中总结的企业向政府部门献言献策的新内容，分行业、分区域总结民营企业经营管理过程中反映的新问题，最后提出政策建议，向政府相关部门反馈企业诉求。

#### 四、“法治体检”存在的问题

##### 1、保障机制不完善

首先，“法治体检”工作的开展缺失相应的制度保障，顶层设计仍然不足，法治营商环境的建设各自为政，作为中央主管部门司法部缺乏对“法治体检”工作的统一领导和安排。在“法治体检”工作具体开展的过程中，更缺少其他部门的协调与配合，整体工作推进较为缓慢，成效不佳，未形成统一的协调协作机制，各地方“法治体检”工作进度不一。

其次，“法治体检”体系是司法行政机关为民营企业搭建的免费法律服务体系，触及了部分群体的利益，特别是在法律服务市场化的情景之下，司法行政司法在推进法律服务转型的过程中，明显存在一定的阻碍。加之相关的保障制度缺失，多数地区“法治体检”工作流于形式，特别是没有形成统一的运行机制和操作规范，容易导致在“法治体检”工作过度干预企业经营，体检过程随意、不规范、不统一，给民营企业造成不必要的负担，引发部分民营企业对“法治体检”工作的反感，给“法治体检”工作的有效推进造成负面性影响，使得“法治体检”工作没有充分发挥优化法律资源配置的重要作用。

最后，“法治体检”体系工作在实际运转的过程缺乏必要的财政支持，直接导致“法治体检”开展的成效不够理想、范围不够广泛、工作不够深入和细致，对“法治体检”体系覆盖面与建设质量都造成了一定程度的影响，而“法治体检”是政府履行政府责任，为民营企业提供的一项免费的法律服务，基于非营利性目的而开展，地方财政对于“法治体检”的投入和支持有限，保障机制明显缺失。

## 2、服务平台建设滞后

虽然部分地区已经开展了自检平台的试点，创新出了“法治体检”的新模式，但从实践情况来看，自检平台的服务内容单一，如只能针对民营企业的民事法律风险进行评估，而缺乏行政法律风险和刑事法律风险的测评。现如今，部分地区“法治体检”体系的构建主要是以传统性质服务产品为载体，以上门巡诊为主要方式，尚未开展多元化的服务模式和途径，同时，缺少刑事法律风险体检内容，使得民营企业的刑事风险依然面临严峻刑事法律风险，最后，各个地域之间存在一定的差异性，而相对应的公共法律服务却没有实行差异化、个性化服务。

就目前而言，各地区开展的“法治体检”工作主要以上门自检的方式进行，同时，在对民营企业“法治体检”工作开展之后，司法行政机关的数据传递依然依赖传统方式，效率低下而进度缓慢，严重影响了“法治体检”整体的工作效率，

缺乏现代的信息化服务方式和平台，没有很好地利用现代的技术，服务平台建设滞后。

虽然部分地区已经开始了工作模式的创新，推出了线上“法治体检”的自测自检系统，取得了不错的社会效果，也确实为部分民营企业带来了实实在在的好处，但因其覆盖范围有限，服务平台建设缺乏现代化，现代科学技术模式单一，导致该自检系统发挥出的作用有限，无法满足我国各地区“法治体检”的实际需要，服务平台的建设仍然滞后。

### 3.服务效能亟待提升

刑事犯罪风险防控是企业刑事合规的主要目标，目前而言，只有少部分的大型民营企业具备企业刑事合规的内部机制和预防模式。总体而言，民营企业法律风险防范内容仍然过于单一，而民营企业在参与各类复杂的经济活动中时，常常面临多样化的法律风险，在经营过程中不仅需要面对民商事法律风险和行政法律风险，如劳动关系、企业和税务管理等，更需面对严峻的刑事法律风险，而长期以来，各地“法治体检”的实践主要集中于民营企业的民事法律风险和行政法律风险，没有投入必要的精力和成本去加强民营企业及民营企业家的刑事法律风险防控。

对于民营企业和民营企业家而言，刑事法律风险一旦转换成刑事法律后果，往往破坏力极强，企业难以招架，而民营企业天生又具备逐利性，寻求企业发展和财富增长是民营企业发展的根本动力，不少民营企业家对自己行为的性质往往认识不足。民营企业家在追逐经济利益时，往往对商业风险具备较强的认知能力，甚至具备一定的民事风险防控意识，但往往缺乏对刑事法律风险的认知，而刑事法律风险的复杂性决定了民营企业的刑事法律风险防控不能仅依靠企业的自我管理。

在“法治体检”过程当中，绝大多数地区都采用统一的标准和模式进行，各地区未针对不同情况提供个性化的服务，未针对行业种类、规模的差异化需求提出不同的服务内容和偏好，服务单一化、简单化，未针对不同情况采用灵活的服务方式和服务内容，无法展现个性化服务，导致在“法治体检”工作实际开展的过程千篇一律，服务单一，无法满足不同的企业需求，没有真正做到为民营企业排忧解难。

在员工权益保护方面，除大型民营企业、上市民营企业外，许多民营企业存在用工不规范、拖欠工资、劳动强度大、工作时间长、拒缴“五险一金”、随意辞退等现象，与工会合作进行劳动用工方面的“法治体检”是工作的重点内容之一。但有些地方工会对“法治体检”的重大意义认识不足，没有将其上升到推进基层治理体系和治理能力现代化的高度进行看待，体检内容格式化、固定化倾向较为明显。二是有些地方工会“运动式”“任务化”开展“法治体检”，缺乏常态化的制度安排，没有针对辖区内不同企业的实际有针对性地细化体检方案，难以做到“一企一策”，有些地方甚至有“走过场”的表征。三是有些地方工会的“法治体检”存在形式主义倾向，线下布置填表，集中时间突击，线上常态化信息收集不到位，劳动关系“法治体检”的效能有待进一步挖掘。

#### **4、资源供给严重失衡**

##### **4.1 社会力量参与不足**

在我国各地区开展的“法治体检”的工作来看，参与“法治体检”主要以司法行政机关的工作人员为主，同时，还有少部分的法律工作者参与，组成成员不够丰富。同时，司法行政机关的工作人员在履行基本司法行政职能时，对“法治体检”的工作往往难以兼顾，常常面临多重任务的重压，使其精力分散，工作动力严重不足，“法治体检”工作开展常常面临无人可用的尴尬境地，因此，也造成了“法治体检”工作效率和成效的下降。面对民营企业迫切的法律需求，司法行政机关常常显得心有余而力不足，而高强度的工作也容易招致司法行政机关工作人员的反感，严重影响“法治体检”工作的开展，难以有效、切实发现并解决民营企业所存在的法律风险，致使“法治体检”体系的建设的长效性受到影响。

##### **4.2 人才队伍建设不足**

在法治观念不断深化社会各领域的同时，法律实践也在不断深化，法律实践的品质依赖于法治队伍的质量，思想政治素质、业务工作能力和职业道德水准决定着法治队伍的质量。正所谓治国经邦，人才为先，法治人才队伍建设是法治工作的基础性和先导性工作，习近平同志也曾指出建设法治队伍对于全面推进依法治国的的重要性，因此，缺乏相应的法治人才队伍支持，法治工作必然“成色不足”，法治工作的开展需要有扎实的专业人才支撑。

“法治体检”作为一项专业的法律服务，需要专业的法治人才队伍为支撑，不仅要求有扎实的理论功底，更要求有丰富的实践经验，基层地区缺乏吸引人才的资源和条件，使得法治人才队伍专业素质不高，服务意识薄弱，服务不到位问题突出，同时缺乏培养法律人才的培养机制，不仅无法吸引优秀法律人才队伍的加入，反而导致本土成长起来的优秀人才开始外流。缺乏吸引人才的土壤，从而导致“法治体检”工作人才队伍素质不高，理论功底不强，实践经验不丰富，直接影响“法治体检”人才队伍的体系建设及“法治体检”工作的开展。

## 五、“法治体检”的方向

### 1、法治化原则

当前我国许多地区“法治体检”仍存在诸多短板，行政职能履行混乱，缺乏必要的制度保障，导致法律公共服务不到位、形式主义严重、缺乏主动帮助企业排忧解难的意识、滥用行政权力、对民营企业的经营过度干预等问题较为突出，对此，必须以法治化为手段和导向，将法治化嵌入“法治体检”体系建设的内核当中，使“法治体检”的体系建设和工作开展有法可依，有法必依。

历史经验表明，只要权力缺乏制度化的刚性制约，就势必存在权力寻租的不当倾向，从某种意义上而言，法治是依法治企业和依法行政的有机统一，法律既要保护企业的正当权利及利益，又要切实地为公权力的行使划分一定的边界。换言之，法治化是“法治体检”的基础工程，是公共法律服务创新的优选路径，法治亦应当是“法治体检”体系建设的价值导向及核心要义。只有不断运用更加精细化的标准来衡量“法治体检”体系建设的社会成效，不断地进行自我修正和创新，才能促进“法治体检”体系的稳定性和可持续性，因此，“法治体检”必须在法律的框架内进行，法具有最强的权威性和稳定性，有利于民营企业形成对“法治体检”制度的充分信心，更能将“法治体检”的整个体系纳入法治化轨道，充分和保障“法治体检”体系的持续运作，并不断稳定、优化“法治体检”体系。

首先，要建立完善的行政执法体制，促进行政立法工作，筑牢公共行政法治基础。“法治体检”体系建设的首要任务就是补充配套的法律法规短板，换言之，“法治体检”必须在法律的框架内进行，各级人大及其常委应在其立法权限内，以行政执法需求为准则，坚持服务企业的核心理念，就行政执法的目的、程序等问题配套相应的法律法规，不断加强和完善顶层设计，并进一步提高行政立法、

行政规定和行政决策的质量，确定活动开展的合法性依据，明确规范行政行为、行政标准，规范行政执法程序，同时，明确各部门的职责和分工，提高行政效率，避免各部门职能设置不当，在行政机关组织开展“法治体检”工作中应当依照法定程序而为，强化对“法治体检”制度的监督和企业的救济渠道，建立完善的监督和救济机制，提升解决焦点和关键问题的能力，加强对违法决策的制约和问责。

其次，要明确企业的服务需求、细化服务流程、加强服务管理、增强服务保障、落实监督责任，建立经费统筹制度，将经费预算纳入法治化轨道，切实保证“法治体检”的体系财政支持。最后，建立正向激励制度，提升对“法治体检”工作法治化建设的新理念，防止行政权力的过度使用，给企业造成不必要的负担，使公共政策能够得到稳定和持续的执行，以服务型和法治政府的定位来严格要求自身，推进政府公共法律服务的法治进程。

良法与善治是每一个人的理想，也是人们对法的追求目标，法治化为现代政府的治理注入了活力，只有将政府管理从人治转为法治，才能为善治提高必要的基础，否则，法治国家也就无从谈起，因此，构建“法治体检”法治化轨道显得尤为必要，只有依法治权，才能确保公权力不被滥用，防止权力异化。法律的生命在于实施，静态的法律文本无法创造社会价值，而法治化最重要的表征即执法的法治化。推进“法治体检”的法治化进程，除了要完善相关法律制度规范体系之外，还应当加强执法程序的法治化，保障“法治体检”运维通畅、高效。“法治体检”工作开展的重点，就是要打造衔接流畅、公开透明、及时到位的行政服务机制，提高法律服务的水平，实现法律资源使用的最佳效果，最后，形成有法可依、权责清晰、长效持久的“法治体检”体系。

## 2、服务平台现代化原则

构建便民化的“法治体检”窗口，积极构建网络和信息化的公共服务平台，以公共法律服务网站、微信公众平台、微博和 APP 客户端等网络信息终端为基础，建设新的多元化的“法治体检”平台。同时，丰富平台内容，建立民事、行政、刑事法律风险体检及防御全方位覆盖，实现网络信息平台的信息能及时交互，建立智能化服务模式，开辟多条民营企业服务平台通道，联结“法治体检”数据平台，建立民营企业网上体检专业通道，提供多角度、一键式的法律服务，建立多种服务平台融合机制，共享各类法律服务平台资源，充分发挥数据化、多样化、

便捷化的法律服务体系优势，建立健全民营企业普法工作体系，为民营企业提供一站式服务，将法律进民企活动向法治化纵深推进，为民营企业“法治体检”提供更多选择。

科学技术的发展为简化行政程序、降低行政成本、提高行政效率提供了某种技术条件，政府各个部门要以提升公共法律服务水平为目标，充分利用现代化的技术优势，建立实时数据分析系统，不断深挖“法治体检”的服务质量，以适应不断变化的市场环境和民营企业的需求。坚持以民营企业需求为导向，采用数据挖掘、融合、模型和仿真技术，整合利用不同行业种类、不同地区和不同企业主体的数据，实现智慧管理、优化决策、科学化设计体检流程，充分运用多元化手段，实现以数据为依托、以法律服务为核心、以地区间协作为基础的“法治体检”综合服务平台。

最后，利用大数据技术，打通平台间联结的壁垒，实现多类服务平台数据的互联互通，建立信息共享机制，进一步实现各平台、各地区的协同、合作与联动，结合大数据分析，在数据孤岛间搭建连接的桥梁，融合法律与科技，扫清数据盲点，积累足够的样本，为政府决策提供依据和参考。借助互联网建立信息存储、交换和共享平台，将存在于各地区、各行业的民营企业信息等数据互融互通，彻底解决服务效率低、行政反应慢问题，提高“法治体检”的服务效率和质量，同时建立网络和信息平台上实时查询反馈通道，使民营企业能够在网络平台上自助、随时查询法律服务的受理、跟踪情况和反馈意见等。建立线上线下一体化服务平台，提高网络办事的实效性，打破多平台的融合障碍，建立多平台有效、实时的链接机制，优化整合当地法律资源，以现代化技术建立“法治体检”一体化运作模式。

### 3、服务个性化原则

#### 3.1 全面化原则

作为事先防控机制的“法治体检”制度应当是最简、最有效的企业风险防控方式，在“法治体检”中，绝不能轻视甚至忽视对民营企业刑事法律风险的防控，相反，更应当重点凸显出对刑事法律风险的防控目标要求，通过对民营企业的全面体检，实现民营企业法律风险防控的全覆盖，努力做到不重不漏，不给民营企业的发展留下后患，特别是刑事法律风险高发的民营企业，亦应当重点关注。建



立健全事前刑事法律风险防控机制，将刑事法律风险挡在民营企业的发展之外，通过建立“法治体检”体系，推动民营企业以严格的刑事法律标准来识别、评估和预防企业的刑事风险，帮助民营企业和民营企业家补齐法律风险防控短板。总之，“法治体检”制度是化解民营企业民事、行政法律风险的有效思路，更是消弭民营企业刑事法律风险的根本和最佳途径，激发民营企业生长活力的最佳途径。

### 3.2 行业区分原则

企业法律风险的产生一般来源三种因素，主体、环境和行为，不同的行业面临着不同程度的监管要求，如劳动密集型行业一般容易涉及劳动关系法律风险，比如人力资源公司。当然，即便是同一个行业类别，上下游的企业所面临的法律风险也形态各异，这就要求我们在对民营企业进行“法治体检”的过程中要有一定的倾向性，是根据企业所属行业的特性的不同有针对性地进行“法治体检”。

民营企业行业的差异性决定了其对法律服务需求的多样性，仅以一种固有、单一的“法治体检”模式根本无法适应众多民营企业的法律服务需求，不同的行业所处的市场环境不同，因而面临的法律风险也各不一样。要提高“法治体检”工作的精准度和成效，首先就必须准确而全面地识别出法律风险，需结合企业所处行业的特点及发展趋势将法律风险类别化，如医药化工企业，易涉及知识产权和行业监管法律风险；制造业、流通业等行业，容易滋生债务风险；IT、信息业和高科技行业，容易产生不正当竞争和商业秘密风险；房地产业，容易陷入行业政策和金融政策调控风险等。

### 3.3 规模区分原则

从目前来看，我国民营企业特别是中小民营企业法律风险防范现状不容乐观，中小民营企业最大的法律风险是看不到或无视法律风险，中小民营企业基于自身原因，不具备完整的组织架构，没有足够的人力和财力去组建法治队伍，管理制度也相对落后，自身法律风险与大企业相比而言往往更多，也更普遍，但值得注意的是，企业的规模并不与企业所面临的法律风险成正比。客观而言，我国中小民营企业大多数处于非垄断性行业，企业与企业之间的竞争程度超乎想象，不仅面临同行业其他中小企业的竞争，还需面对风险防范机制较为完整的大型企业对市场的不断挤压，其风险隐患一旦发展成为现实，就会把中小民营企业卷入法律诉讼中，从而严重损害企业的竞争力。根据有关统计数据显示，中国每年倒闭

的企业超过百万，而其中又以中小民营企业为主，这也意味着中国大多数的中小民营企业的法律风险防控能力匮乏，面临的严峻形势已超出我们想象。

对我国而言，中小民营企业的力量不可忽视，数量不仅庞大，更是最具发展空间和体现市场生命力的市场主体，中小民营的发展事关群众的切身利益，其对加快中国经济增长、扩大城乡就业都具备重要意义，中小民营的法律风险防控对促进我国经济持续、健康、平稳发展意义不言而喻。因此，把中小民营企业作为“法治体检”的重点服务对象，适当将“法治体检”的资源向中小民营企业倾斜，同时鼓励大型民营企业能够积极参与，不断扩大“法治体检”制度受益面和影响力，也有利于将“法治体检”的效果落到实处，切实帮助民营企业防范和化解法律风险。

#### 4、常态化原则

企业的经营和环境都是一个动态变化的过程，法律风险的防控体系也应当表现为动态化，对民营企业法律风险的防控是基于企业内外部环境变化的动态过程，“法治体检”制度，亦需时刻对企业面临的法律风险保持足够敏感并做出恰当的反应。具体而言，“法治体检”的制度构建本身要坚持常态化原则，一个体系的创设绝不可目光短浅，只注重眼前的效果和利益，而忽视了体系的生命力，导致服务流于形式，企业法律风险的多变的特性决定了，只有形成长效性机制，定期开展，持续升级对企业的“法治体检”，才能建立起与企业内、外部环境变化相协调的法律风险防控体系。

##### 4.1 鼓励社会力量参与

要充分意识到法律人才队伍对“法治体检”工作的重要性，优秀的法律人才是“法治体检”形成成效的基础，亦是体检工作长效、专业开展的重要保证。司法行政机关在开展“法治体检”工作中不能只靠自己，而应当积极引入社会力量的参与，丰富法律人才队伍，充分调动法律职业群的工作热情。同时，面临优秀法律人才流失，应当探索建立人才培养机制，加强对人才的吸引，积极协调法律职业群体，开展法律服务宣传和教育，进一步扩充法律人才的规模，为“法治体检”的顺利开展打下坚实基础。

##### 4.2 提升服务队伍专业化

法律的专业属性意味着法律行业有极高的门槛，而“法治体检”工作的专业性更进一步增加了这份工作对人才队伍专业化的要求，法律队伍的专业化程度决定了“法治体检”工作的服务品质，因此，提升服务队伍专业化程度的重要性已不言而喻。有基于此，要积极吸纳法律专业的人才，如司法机关、高校的法律专业人才，为公共法律服务队伍注入血液，扩大法律人才资源的范围，进一步打造高质量、专业化的法律人才队伍。同时，不断加强对服务队伍的专业培养，积极探索跨地区的经验交流，定期组织经验分享交流会，促进各地区人才队伍共同提升，共同进步，提升整个地区法律人才队伍的整体素质和技能，实现“法治体检”服务队伍的专业化。

#### 4.3 提升法治体检报告的价值

法治体检应当充分发挥律师的专能力，确保律师法治体检报告的鉴证性作用。一是要保持法治过程以及体检报告的一致性、可比性，二是要在法治体检报告中提供对使用者更相关的信息以增加法治体检报告的价值。在律师法执行了法治体检工作的情况下，保持法治体检报告的一致性，将有助于使用者更容易识别已按照律师执行准则的法治体检工作，从而增强法治体检报告的可信性，同时也有助于使用者理解和识别发生的异常情况。

## 第五章

# 辽宁与其他省区涉企法治服务 及其问题治理对比研究

研究人员：孙福谋、张玉良、阚雪飞、孙智红、杨猛

单位：辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会

2022

## 研究概述

### 研究背景与意义

法治与法治服务，是建设中国特色社会主义市场经济体制和国家治理模式的重要组成部分。依法治国战略是我国最基本的治国方略之一，开展法治建设面向全社会提供法治服务，是党和国家面对高速发展的市场经济，转换社会治理模式的重要举措。

针对企业提升和强化法治服务，是进一步深入改革开放的重要举措，也是进一步加速社会主义市场经济健康发展的重要内容。针对企业提供法治服务，重点在于提升营商环境的建设。

为深入贯彻习近平总书记关于优化营商环境的重要指示精神，全面落实辽宁省委、辽宁省政府关于营商环境建设工作的决策部署，全力打造办事方便、法治良好、成本竞争力强、生态宜居的营商环境，实现辽宁省营商环境根本好转，辽宁省人民政府印发了《辽宁省营商环境建设行动方案（2021—2025年）》，在全省推动建设市场化、法治化与国际化的营商环境。在此背景下，开展对于涉企法治服务问题的研究恰如其分。

### 研究对象

本课题的研究对象，是健全辽宁省涉企法治服务治理体系。这一研究对象的具体展开，包括两个方面：一个是对当前涉企法治服务治理领域中存在的问题进行总结和分析，涉及治理体系的要素组成，以及实践的新变化、新问题，明确本

课题研究指向，描述其表现并分析其成因。另一个是分析加强涉企法治服务中公正司法与文明执法的实现机制，在依法治国与《民法典》颁布施行的大背景下，如何创新工作机制，释放治理效能。

## 研究方法

比较研究涉及两个层面，一个是辽宁省与其他省区的对比分析，一个是辽宁省不同区域内涉企法治服务状况的比较。就第一个层面的比较研究而言，主要是考察其他省区在涉企法治服务治理体系建设上的经验教训，为探索辽宁省涉企法治服务治理体系及其实践策略，提供有益参考。就省内区域的比较研究而言，主要是考察辽宁省内主要区域涉企法治服务的具体生态和治理状况，在梳理共性问题 and 关照具体重大问题的基础上，完善辽宁省统一的具有整体覆盖能力的涉企法治服务治理体系。

## 引言

党和国家实践依法治国理论和提出建设服务型政府的命题之间存在着符合经济社会发展需要的和谐自洽，是具有中国特色社会主义治国理念的重要组成部分。向企业提供法治服务，就是建设法治国家和服务型政府的重要表现；研究依法治国和服务型政府的理论和实践，对提升企业的法治服务具有重要现实价值，确切地说，就是研究当下的营商环境建设问题。

法治是最好的营商环境。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央全面推进依法治国，将改善营商环境举措体现到立法、执法、司法、守法等各个环节，取得显著成效。习近平总书记指出，“要改善投资和市场环境，加快对外开放步伐，降低市场运行成本，营造稳定公平透明、可预期的营商环境”“投资环境就像空气，空气清新才能吸引更多外资”。由此，我们首先要明确涉企法治服务的价值定位。

### 一、涉企法治服务的价值与规范

#### 涉企法治服务的价值定位

坚持党的领导。党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保障。要依靠党委总揽全局，要依托党委凝聚力量，要依赖党委攻坚克难。坚持党的统一领导，做好统筹协调和落实工作。不同区域和部门应把思想和行动统一到党中央关于营造法治化营商环境的决策部署上来，落实涉企法治服务各项措施。

尊重市场规律。经济学家考什克·巴苏曾说过：“一个经济体的成败取决于多种变数，其中往往被忽视的是那些方便企业和营商的细节。”要尊重市场经济规律，通过市场化手段，在法治框架内调整各类市场主体的利益关系。

坚守法治底线。坚持用法治思维和法治方式优化营商环境，把依法办案作为推进法治化营商环境建设的基本前提，始终坚守法治底线，不断提高审判质量、效率和司法公信力，用法治为守法经营企业撑腰，用法治保护和激发市场主体活力。

### 涉企法治服务的规范配置

当前，关于涉企法治服务的规范主要表现为一系列营造法治化营商环境的法律法规与政策。在法律层面，涉企法治服务规范主要表现为《民法典》等有关经济法律、《优化营商环境条例》，以及有关司法解释与部门规章。

《民法典》是市场经济主体交往的基础法律。《民法典》是一部具有商法品格的法典，它对于营商环境的改善，具体表现在以下几个方面：第一，法人分类使得我们主体的多样化得以实现；第二，民事法律行为更强调意思表示的真实和自由；第三，在物权编提高财产的效率，并且提供了许多关于融资担保的工具；第四，在合同编增加了许多新的有名合同。<sup>1</sup>

国务院的《优化营商环境条例》是优化营商环境立法体系的基础和核心。《优化营商环境条例》已经2019年10月8日国务院第66次常务会议通过，现予公

<sup>1</sup> 王涌：《民法典诠释营商环境优化的四个理由》，载《中华工商时报》2020年9月18日版。



布，自2020年1月1日起施行。《优化营商环境条例》开宗明义，国家持续深化简政放权、放管结合、优化服务改革，最大限度减少政府对市场资源的直接配置，最大限度减少政府对市场活动的直接干预，加强和规范事中事后监管，着力提升政务服务能力和水平，切实降低制度性交易成本，更大激发市场活力和社会创造力，增强发展动力。各级人民政府及其部门应当坚持政务公开透明，以公开为常态、不公开为例外，全面推进决策、执行、管理、服务、结果公开。优化营商环境应当坚持市场化、法治化、国际化原则，以市场主体需求为导向，以深刻转变政府职能为核心，创新体制机制、强化协同联动、完善法治保障，对标国际先进水平，为各类市场主体投资兴业营造稳定、公平、透明、可预期的良好环境。

各级人民政府应当加强对优化营商环境工作的组织领导，完善优化营商环境的政策措施，建立健全统筹推进、督促落实优化营商环境工作的相关机制，及时协调、解决优化营商环境工作中的重大问题。县级以上人民政府有关部门应当按照职责分工，做好优化营商环境的相关工作。县级以上地方人民政府根据实际情况，可以明确优化营商环境工作的主管部门。国家鼓励和支持各地区、各部门结合实际情况，在法治框架内积极探索原创性、差异化的优化营商环境具体措施；对探索中出现失误或者偏差，符合规定条件的，可以予以免责或者减轻责任。

3. 《行政许可法》《行政强制法》《行政处罚法》等行政管理法律法规，是保障政府机关职务行为沿着法治轨道运行，限制公权力和保护私权利的重要法律规范。政府机关沿着国家和地方各级立法机关制定的具有行政法属性的法律法规或其他规范性文件指引，严格保守法律规范的授权，建设法治政府、诚信政府、有限政府和服务型政府，将对企业法治服务的提升起到至关重要的作用。

各级人民政府应当加强对优化营商环境工作的组织领导，完善优化营商环境的政策措施，建立健全统筹推进、督促落实优化营商环境工作的相关机制，及时协调、解决优化营商环境工作中的重大问题。县级以上人民政府有关部门应当按照职责分工，做好优化营商环境的相关工作。县级以上地方人民政府根据实际情况，可以明确优化营商环境工作的主管部门。国家鼓励和支持各地区、各部门结合实际情况，在法治框架内积极探索原创性、差异化的优化营商环境具体措施；对探索中出现失误或者偏差，符合规定条件的，可以予以免责或者减轻责任。

4. 《最高人民法院关于为改善营商环境提供司法保障的若干意见》于 2017 年 8 月 7 日印发执行，以期为改善投资和市场环境，营造稳定公平透明、可预期的营商环境，加快建设开放型经济新体制提供更加有力的司法服务和保障。意见强调了依法平等保护各类市场主体，推动完善社会主义市场经济主体法律制度，准确把握市场准入标准，服务开放型经济新体制建设；保障市场交易公平公正，切实维护市场交易主体合法权益；加强破产制度机制建设，完善社会主义市场经济主体救治和退出机制；推动社会信用体系建设，为持续优化营商环境提供信用保障。

### 营商环境法治服务的内涵

营商环境的相关理论与实践主要起源于世界银行的相关研究。世界银行关于营商环境的相关研究包括投资环境调查（Investment Climate Survey）、营商环境与企业表现调查（Business Environment and Enterprise Performance Survey）、营商环境报告（Doing Business Report）、物流绩效指数（Logistics Performance Index）等。

从广义上而言，“营商环境”视为企业经营活动的全要素环境。在针对中国外商投资企业营商环境评价时，应将营商环境视为“影响外商投资企业投资经营活动各有关因素的总和，由一个国家或地区社会、经济、政治、文化、法律、自然条件、地理位置以及人口素质等多种因素构成”。从狭义上而言，“营商环境”主要指向影响企业运营周期中的非物质的、无形的软环境，“营商环境就是发展环境，当然也就包括物质环境（硬环境），考虑到物质环境在一定时期内的可更改性较低，所以一般将短期内可更改性较大的软环境视作营商环境”。

法治，作为体现现代国家综合竞争的重要元素之一，已经作为良好营商环境的基本特征和指标，广为接受。我国进一步深化改革，提升和发展法治经济，对于提升营商环境的法治服务，提出了进一步要求。从某种程度上来说，营商环境建设与法治服务提升是一对互为表里的概念，和相辅相成的机制。

市场经济本质上是法治经济，法治是影响一个地区乃至一个国家经济发展的重要指标之一，是构建公平有序的市场机制的根本保障。法治化营商环境是中国经济发展到一定程度的结果，也是经济改革、经济发展内在要求的体现。进一步而言，在中国经济发展转型过程中，需要法治服务于经济发展，为经济发展保驾护航，通过法治化营商环境建设推动经济迈向高质量发展。

目前，我国经济发展转型升级到了爬坡越坎的关键阶段，原有在人力、土地、资源等方面的后发优势正逐步丧失，改革开放步入深水区。当今世界营商环境的优劣已经成为决定人才、资源、资金、技术等高端要素资源的流向与集聚，以及能否在全球经济竞争中获胜的关键因素，要实现经济可持续发展与产业升级转型就必须更加重视营商环境的软转型，其中良好的法治化营商环境又是营商环境的

核心内容，对于法治经济发展具有重大而深远的意义。可以说，在我国经济由高速增长阶段转向高质量发展阶段，传统的劳动力等要素成本优势加速弱化，法治化营商环境已经超越招商政策和要素成本，成为各地吸引企业投资和发展的核心竞争力。因此，构建法治化营商环境成为我国社会主义市场经济改革的重要方向，是完善市场经济体制的重要内容，也是加快我国经济发展转型升级、提升区域核心竞争力和实现可持续发展的重要举措。

### 营商环境建设的主要内容

通常来讲营商环境法治服务的内容主要包括：营商法律环境、营商执法环境、营商司法环境、营商守法环境。

#### 1. 营商法律环境

营商法律环境更多应从宏观层面进行评判比较合理，可以指向营商法规政策的体系健全性、内容科学性以及实际效果等，具体内容包括：一是良好的营商法律环境应具有健全的法规政策体系。这不仅涉及公司法、合同法、商业法、商标法、物权法和民事诉讼法等企业经营和权益保障的一系列法律制度，还包括土地管理、矿产资源和能源、财政税收、金融监管、对外贸易、涉外投资等促进商品和要素自由流动、平等使用的各类法规，而且基于营商环境实践中党政机关制定政策性文件常常发挥取代甚至超越法律角色的特点

#### 2. 营商执法环境

提升法治服务最重要的表征体现在执法过程之中，执法环境是实现法治化营

商环境的关键环节。推进法治化营商环境建设，除了要完善相关的法律制度规范体系，还应加强营商执法环境的改善。执法是行政机关管理经济社会事务和履行政府职能的主要方式，也是营商环境法治化程度的最直接体现。

### 3. 营商司法环境

司法是以法治规范权力的最后一道防线，优越的法治化营商环境必然要求公正、透明和有效的司法环境作为保障。公正是司法的生命线，司法系统能否公正有效地适用法律，直接关系到法律所保障的信用以及人们对法律本身的信任，因而也就影响到市场的良性运行和经济效率

### 4. 营商守法环境

法治化营商环境最终有赖于对法治的普遍信仰和严格守法，其中一直受到学界的关注的是全民守法的层面，而更多有识之士则考虑政府机关及其员工的职务行为的守法性，是法治社会的基石，也是良好营商环境创建的根本。

## 二、辽宁与其他省区涉企法治服务典型经验借鉴

### 辽宁省推动涉企法治服务建设典型经验借鉴

当前，辽宁省委、省政府将优化营商环境提到事关全省发展全局的高度，全力打造“办事方便、法治良好、成本竞争力强、生态宜居”的市场化、法治化、国际化营商环境，统筹谋划、综合施策、全力推进。全省营商环境不断改善、持续向好，市场信心不断提升，这集中表现为一批具有典型示范意义的司法和执法案例。

## 1.大连船舶重工集团海洋工程有限公司破产重整案

2019年1月，大连中院依法裁定受理大连船舶重工集团海洋工程有限公司（简称“大船海工”）重整案，并于次月指定管理人。

大船海工是国内建造历史最悠久、经验最丰富、完工产品最多的海洋工程建造公司之一，是辽宁海工装备制造业最高水平的国有船企代表。企业在自升式钻井平台领域处于国内绝对领先地位，承接多座半潜式钻井平台，制造了全球首个8.5万立方米三耳C型液罐双燃料动力乙烷运输船。

由于国际石油价格大幅下挫，国外买方纷纷弃船，导致企业发生严重债务危机，债权人申请破产重整。所涉债务中，有38家外协单位数千农民工的6.2亿元劳务费。

重整中，由于行业高度专业性和特殊性，潜在投资人先后退出重整，企业原股东均无意参与重整，导致僵局。为挽救企业，积极发挥破产重整制度的市场经济调节作用，在法院、政府、企业多方努力下，管理人提出公司管理层“自救式”重整方案，即以中国某保险公司的保险赔款为主要资金来源，以现金清偿、留债、转股等多种形式进行清偿，部分普通债权人进行债转股成为公司的新股东，外协劳务费债权参照职工债权全额清偿，原经营管理层仍负责重整后的经营。

今年6月，大连中院裁定批准重整计划，使普通债权清偿率由清算状态下的2.8%上升到了重整情况下的25.06%，有效避免了众多外协企业和中小供应商发生连锁破产效应的风险，亦公平、公正调整企业原出资人权益。

在重整期间，企业承接、中标各类船舶海工项目达 20 亿元，并交付多个钻井平台及气体运输船，充分展现了持续经营能力和未来发展潜力，为广大债权人坚定了挽回经济损失的信心。

海洋事业关系民族生存发展状态，关系国家兴衰安危。本案充分体现了人民法院服务海洋强国战略的大局意识，成功挽救了辽宁海工装备制造业龙头企业，最大限度地为债权人挽回损失，保障农民工合法权益，开创国内非上市公司“自救式”重整先河，为辽宁赢得了海洋产业发展新机遇。

## 2. 营口某银行股份有限公司诉某建筑安装公司等 7 家公司及 7 人金融借款合同纠纷案

4 月 9 日，营口中院受理营口某银行股份有限公司诉某建筑安装公司等 7 家公司及 7 人金融借款合同纠纷案。银行向营口中院提出对 7 家公司申请保全。由于被申请人某建筑安装公司无力偿还债务，4 月 19 日上午 9 时，法院依申请对借款保证人辽宁东盛科技集团有限公司（以下简称东盛集团）等其余 6 家公司银行存款账户进行冻结。

东盛集团是一家集生物降解材料研发及制造、绿色包装制品制造、农产品保鲜材料研发及制造、品牌管理与平台运维于一体的全产业链集团公司，是营口对外贸易的领军企业之一。在得知银行存款被冻结后，企业立即与申请人营口某银行股份有限公司沟通并达成和解意向，于当日 14 时向法院申请对冻结账户解除冻结。

在接到申请后，营口中院一方面依据辽宁高院出台的《关于对涉企案件实行

生产经营影响评估的办法（试行）》，对诉讼保全行为可能对上述企业资金的流动性、企业商誉、企业维持正常运营秩序的影响程度等进行评估，积极促成多方和解。另一方面，与申请人某银行进行沟通，征得其同意后，决定立即解除对东盛集团银行账户的冻结，于当晚 18 时解除完毕。后该案全面和解，4 月 21 日，银行申请撤诉。

本案中，法院秉持善意文明执行理念，为保证申请人合法权益，依申请进行诉讼保全；为最大程度减轻被执行人与担保人的诉累，维护涉诉企业国际信誉和正常生产经营，法院积极促成多方和解，第一时间解封企业账户，将司法活动对企业生产经营的影响降到最低，为优化法治化营商环境贡献力量。

### 3. 大连机床集团有限责任公司破产重整案

大连机床是我国高端数控机床制造业的龙头企业。2017 年，受多重因素影响，陷入严重的经营及债务危机。2017 年 11 月 10 日，市中院裁定受理大连机床等 4 家公司重整案，后续裁定 23 家公司进行合并重整。重整过程中，市中院指导管理人坚持市场化和法治化相结合，引入重整共益债务融资，采用资产出售，引入央企通用技术集团参与重组投资，2019 年 4 月 19 日，市中院依法裁定批准大连机床系列企业重整计划。重组后的通用技术大连机床，生产经营迅速恢复。日前，重整计划已全部执行完毕，宣告大连机床重整成功。本案是新经济形态下人民法院积极运用重整制度化解企业高额负债、强化府院联动助力国企改革脱困、有力服务保障供给侧结构性改革的成功典范。

### 4. 辽宁省积极开展省级法治政府示范创建活动，大连被命名为第一批



## 全国法治政府建设示范市

出台省政府部门政务服务事项目录，实现“清单之外无权力、清单之外无审批”。减少审批环节自由裁量权，全面推行“双随机、一公开”监管。信用体系建设逐步完善。初步建立公共信用信息共享平台，初步实现重点领域联合惩戒、信用监管。在医疗卫生、生态环境等14个领域建立了信用监管制度，让失信者“一处失信、处处受限”，让守信者一路绿灯，涵养良好信用环境。以“政府拖欠、政府违约、新官不理旧账”等问题为重点，连续第三年开展政府失信行为专项整治，累计兑现政策资金超过500亿元。为降低制度性交易成本和生产要素成本，辽宁省建立完善市场准入负面清单信息公开机制，进一步降低就业创业门槛。依法整治违规涉企收费，着力破除招投标、投融资等隐性壁垒。放宽市场主体登记场所限制，支持“一照多址”“一址多照”等企业开办经营模式。同时，全面落实减税降费政策，加大违法违规行为整治力度。出台《关于强化知识产权保护的实施意见》，加快知识产权保护中心建设，近三年共处理各类知识产权案件17229件。加大破坏生态环境行为整治力度，提高企业污染排放成本，让违法企业寸步难行，让守法企业感到公平。

### 5. 统筹推进“数字辽宁”建设

辽宁省委、省政府在省营商局加挂了省大数据局牌子，将分散在各部门的大数据相关职能划转到省营商局统一管理，将营商环境、大数据、政务服务、信息化项目审批、建设和运维管理等各项职能归集到一起，由一个部门统筹推进。成立省直28个部门为成员单位的“数字辽宁建设工作领导小组”，统筹政策制定、工作协调、监督检查和重大决策等各项工作，强化数字化发展协同推进。同时，

从国内科研院所、高等院校、政府部门、知名企业中选聘 53 名在数字政府、数字经济等领域具有较深学术造诣和丰富实践经验的专家学者，组建了“数字辽宁”建设专家咨询委员会，作为“外脑”，为“数字辽宁”建设提供智力支撑。

## 6. 搭建“1+N”规划制度体系

辽宁省制定了《数字辽宁 2021 年工作要点》，确定了四方面 15 项重点工作，推动大数据、云计算、人工智能等数字技术与政府、经济、社会各领域深度融合。在数字基础设施领域，构建全省一体化数据中心体系。在数字政府领域，完善基础支撑体系建设，加速政务数据融合、共享和应用，推进“一网通办”“一网统管”“一网协同”进程，政务服务网上实办率达到 70% 左右，移动端高频事项办理率达到 60%，省级服务器上云率达到 70% 以上。在数字社会领域，推进城市、教育、医疗、文旅、就业、养老、乡村服务等应用场景加快数字化转型。在数字经济领域，实现数字经济规模同比增长 10% 左右。

## 浙江省涉企法治服务建设典型经验借鉴

1.原告杭州某科技有限公司、某家居股份有限公司与被告浙江某建材股份有限公司、浙江某新能源有限公司、云南某环保科技有限公司、盛某侵害商标权及不正当竞争纠纷案

杭州某科技有限公司、某家居股份有限公司对第 730979 号“奥普”商标（核定使用商品类别第 11 类，包括照明器材、取暖器、排风扇等）和第 1187759 号“奥普”商标（核定使用商品类别第 11 类，包括热气淋浴装置、浴用加热器等）享有商标权，该两枚商标分别于 1995 年 2 月 21 日和 1998 年 6 月 28 日核准注册。

浙江某新能源有限公司和云南某环保科技有限公司对第 1737521 号“浙江高院发布首批优化营商环境典型案例”商标（核定使用商品类别第 6 类，包括金属建筑材料等）享有商标权，该商标核准注册于 2002 年 3 月 28 日。该商标历经多次诉讼，后由最高人民法院审查，最终被商评委撤销。两原告认为各被告在产品、外包装、经销店门头、办公楼、杂志广告、官网及其他网站、微信公众号中使用“AOPU 奥普”“奥普 AOPU 吊顶”“浙江高院发布首批优化营商环境典型案例金属建材”“奥普吊顶”标识的行为，构成商标侵权；云南某环保科技有限公司注册使用“奥普”字号等行为构成不正当竞争；浙江某建材股份有限公司在中小企业股权报价系统中使用“奥普建材”名称进行股权交易构成不正当竞争。两原告遂向杭州市中级人民法院提起诉讼，请求判令各被告停止侵害、消除影响，连带赔偿经济损失 2000 万元。杭州中院经审理认为，在涉案被诉侵权行为期间，两原告的涉案两枚权利商标为驰名商标。被告在与之有密切关联的金属吊顶商品上使用复制、模仿涉案“奥普”驰名商标的被诉侵权标识，足以使相关公众认为被诉侵权标识与涉案权利商标具有关联，从而减弱驰名商标的显著性，亦不当利用了该驰名商标的市场声誉，损害了两原告的利益，构成商标侵权；使用“奥普”字号以及使用“奥普建材”名称进行股权交易的行为构成不正当竞争。鉴于各被告的侵权获利已远超 300 万元法定赔偿最高限额，该院综合案件相关事实，认定经济损失以及合理费用共计 800 万元。遂判决：各被告停止侵害、登报消除影响，并连带赔偿经济损失及合理费用 800 万元。双方当事人均不服，向浙江省高级人民法院提起上诉，浙江高院二审维持原判。

本案是加大知名品牌保护力度、遏制恶意注册行为、规范市场经营行为和优化营商环境的典型案。原、被告之间的商标争议持续长达十余年，其间历经了

多次民事和行政诉讼。二审裁判以鼓励诚实竞争、遏制仿冒搭车为导向，通过对民事诉讼的审理范围、诉讼时效、驰名商标认定等问题的一一梳理分析，最终就被告的商标使用行为作出侵权认定，并通过高额判赔有力维护了“奥普”商标的巨大品牌价值，强化了知名品牌保护，严厉打击了不诚信的商标攀附、仿冒搭车行为，并对双方长达十余年的使用争议作出明确的市场划分。

## 2. 宁波某建材公司与宁波某化工公司合同纠纷案

宁波某建材公司与宁波某化工公司于 2012 年 3 月签订《企业搬迁及土地置换协议书》一份，约定宁波某化工公司收购及置换宁波某建材公司的厂房及整体资产，宁波某化工公司支付宁波某建材公司 3000 万元及置换 50 亩土地使用权。后宁波某化工公司仅支付 3000 万元，未再置换 50 亩土地使用权。双方多次协商未果，2019 年，宁波某建材公司向宁波市镇海区人民法院起诉，要求宁波某化工公司支付合同价款及相应利息损失。案件受理后，镇海法院即向双方送达《自动履行告知书》，告知自动履行人员将纳入法院建立的“诚信履行名单库”，给予授信融资支持等多项“红利”；案件宣判前，承办法官加强判前说理，围绕当事人争执焦点，用通俗易懂的语言阐明拟作出判决的法律依据和逻辑推理；判决时，充分考虑宁波某化工公司的实际履行能力和筹措资金时间，合理确定履行期限为 45 日，于 2019 年 10 月 15 日判决宁波某化工公司支付宁波某建材公司合同价款 4836 万余元及相应利息损失，于判决生效之日起 45 日内履行完毕。2019 年 11 月 14 日，宁波某化工公司支付 6676 万余元，自动履行完毕判决义务。宁波某化工公司主动履行判决义务后，镇海法院为该公司出具“自动履行证明书”，将其纳入“诚信履行名单”，名单推送至“信用宁波”“普惠金融平台”，为其

消除涉诉带来的不良影响，并整合金融、行政等力量，在适当领域和场景对名单成员实施联合激励措施。

本案中，镇海法院着眼当事人的“一件事”，加强全流程引导，通过立案时告知自动履行的激励措施，加强判前说理、阐明判决的法律依据，充分考虑当事人的履行能力合理确定判决履行期限，自动履行后出具诚信证明、消除涉诉后的不良影响，同时整合金融、行政等力量，在适当领域实行联合激励等一系列自动履行正向激励措施，督促当事人主动履行裁判义务，依法保障胜诉当事人及时实现权益，提高执行合同质效。本案是浙江法院巩固强化“基本解决执行难”成果，加强立审执兼顾，推行自动履行正向激励机制，促进形成“自动履行为主、强制执行为辅”工作机制的缩影。本案的自动履行具有积极的示范效应，有利于引导形成尊重裁判、崇尚诚信的社会风尚，营造优化营商环境良好氛围。

### 3.浙江某农村商业银行与嘉善某钢结构安装公司申请实现担保物权案

嘉善某钢结构安装公司是2001年在嘉善注册成立的一家钢结构安装及生产销售公司，注册资金2300万元，拥有土地50亩，厂房2万平方米。因其自身经营需要，于2017年3、4月间多次向浙江某农村商业银行贷款合计1800万元，并以其自有的土地、房产设定了最高额抵押。浙江某农村商业银行于2019年6月4日向嘉善县人民法院申请实现担保物权，嘉善法院于2019年6月24日裁定准许拍卖、变卖嘉善某钢结构安装公司所有的不动产用于清偿本案抵押债权。2019年7月29日，浙江某农村商业银行申请强制执行。嘉善法院在执行过程中查明，因嘉善某钢结构安装公司为第三方提供担保涉及诉讼，其账户被法院冻结、不动产被查封，致使其无法开展正常经营，不能归还贷款，也无法进行转贷。而

浙江某农村商业银行收回不良贷款，坚决要求法院快速拍卖变现。嘉善法院经调查发现，嘉善某钢结构安装公司有市值近 1 亿的固定资产，属于有再生产能力的企业。在本案双方协商期间，恰逢嘉善法院“生道执行”平台上线运营。嘉善法院迅速反应，在征询嘉善某钢结构安装公司的意见后，将该案件纳入了“生道执行”平台，利用平台背后的大数据支持，对该公司涉案情况、股东情况、限高失信情况、拥有的知识产权情况、企业发展前景等方面进行了全面测评，形成一份完整的《企业增值信用报告》。之后，法院再次组织双方进行协商，浙江某农村商业银行原本不同意债务人分期履行，但在仔细审阅《企业增值信用报告》后，终于吃下了“定心丸”，最终双方签署了执行和解协议。目前，嘉善某钢结构安装公司已履行二期款项合计 266 万余元，并实时上传付款凭证至“生道执行”平台，方便法院和债权人监督管理。

“生道”是保民生、保企业之道，是“放水养鱼”，而非“竭泽而渔”。嘉善法院上线“生道执行”平台，对有再生产能力的企业类被执行人，借助大数据、区块链等技术优势，让债权人看到希望，大大提高了执行案件的和解成功率。“生道执行”平台同时动态管控被执行人的财产，放缓、逐步执行，使企业类被执行人实现自救，最终实现共赢。“生道执行”，是嘉善法院充分发挥执行工作职能，努力保障胜诉当事人合法权益的有益探索，也是善意文明执行理念的生动实践，有助于优化营商环境，服务保障“六稳”“六保”工作，促进经济社会高质量发展。

#### 4.浙江淘宝网络有限公司诉周某网络侵权责任纠纷案

原告浙江淘宝网络有限公司系淘宝网的经营商，被告周某系淘宝网的注册用

户。被告用其身份信息注册了两个淘宝账号，该两个账号经常在淘宝平台通过输入某一类型商品，然后根据搜索结果在同一时间大批量快速下单购买，买入商品后不久，即以“假货”“商品品牌与实际不符”等理由向卖家发起仅退款不退货申请。经统计，2018年6月7日至2018年7月31日1个多月期间，被告就发起了624笔仅退款不退货申请，退款总金额32697.07元，其间退款申请率、退款成功率分别达到98%、96%以上。处理退款过程中，淘宝网平台接到相关卖家反馈，被告有通过微信向卖家索要赔偿以及发送虚假退货物流等情形。原告认为，被告的行为直接干扰了淘宝网的正常运作及经营秩序，侵犯了淘宝网对平台享有的管理权益，破坏了淘宝网努力建设并维护的诚信、公平、健康的购物生态环境，要求被告赔偿原告经济损失1元，以及合理支出（律师费）10000元。

杭州互联网法院经审理后认为，在案证据足以说明，被告发起的仅退款（不退货）申请明显不符合常人的购物习惯，其申请仅退款比例远远高于淘宝网正常商品交易的平均水平，且批量下单和退款的时间高度重合，申请退款理由重复单一，其实施的行为足以界定为滥用淘宝网平台会员权利，损害了诚信合法经营的淘宝网卖家声誉，干扰了淘宝网的正常运营秩序，并让淘宝网为处置被告的不实投诉多支出了人力物力，给淘宝网造成了实际经济损失。因此淘宝网平台有权对行为人提出损害赔偿，遂于2019年9月5日判决被告周某赔偿原告浙江淘宝网络有限公司经济损失1元，并赔偿原告合理支出（律师费）10000元。被告上诉后，杭州市中级人民法院于2020年4月17日判决维持原判。

本案系全国首例“职业吃货”案。职业吃货是指批量买入商品后短时间内发起仅退款不退货，威胁商家进行不当投诉而获取非法利益的职业买家。与电子商

务的发展同步，以“职业吃货”为代表的网络黑灰产业也随之兴起，严重危及互联网商业生态环境的健康发展。同时，由于第三方平台经营者在交易中所处的独特地位，“职业吃货”不仅损害了正常经营者的合法利益，还会侵犯平台经营者的正当权益。本案通过支持第三方平台的诉讼维权行动，判决恶意的“职业吃货”败诉，充分体现了人民法院服务和保障数字经济健康发展，推动构建诚信、有序互联网营商环境的重要作用。

免罚·指导·修复典型案例库建设。在扎实推进浙江高质量发展建设共同富裕示范区过程中，为进一步优化法治化营商环境，提升行政执法机关服务企业、服务基层、服务发展的能力，温州组建了全省首个地市级免罚·指导·修复典型案例库，创新推出“免罚·指导·修复”涉企行政执法监督“三部曲”，激发各类市场主体经济活动，相关工作入选“在全国或全省形成一定影响力的两个健康改革事项清单”。2021年7月15日施行的新修订的《行政处罚法》中，增加的“首违不罚”“无过错不处罚”“从旧兼从轻”等规定，吸收借鉴了温州从2019年2月在全市范围内推行的相关做法。个性化信用修复，助力企业修复“不良”信用。企业的不良信息会对企业信用和美誉度造成损害，产生不良信息后，就要涉及信用修复的问题。根据《浙江省公共信用信息管理条例》《浙江省公共信用信息修复管理暂行办法》等有关规定，温州在企业信用修复方面，试水个性化精准帮扶，行政执法机关按照“谁主管谁负责”的原则，对照《浙江省公共信用信息目录》逐条逐项对涉企不良信息进行排摸梳理，精准区分一般不良信息和严重不良信息类别，并根据企业的实际情况区别对待，制定个性化修复方案，实行清单化管理，修复一个销号一个。市司法局针对可修复的不良信息，企业若有证据证明不良信息为错误认定及记入的，或不良信息提供单位认为涉企不良信息存在错误



的，均可予以修复。该项政策助力千余家企业修复了信用信息，不再影响他们参与工程招投标、融资贷款、荣誉称号授予等工作开展，比如温州联通家具配件有限公司，通过信用修复后，顺利中标入围拿到 8000 多万元订单。

## 广东省法院涉企法治服务建设典型经验借鉴

### 1.深圳西满塑料包装制品有限公司破产重整案

深圳西满塑料包装制品有限公司（以下简称西满公司）成立于 1995 年，主要经营各种塑料包装的生产与销售，涉及饮用水、食用油等多种民生用品配套生产。2013 年起，西满公司进行产业升级，引进国际先进的水灌装线代工生产纯净水，投资兴建多家子公司，耗费了巨额资金，由于银行收紧贷款，公司大量引入民间资金进行借贷，因此陷入严重的经营困难和财务危机。经债务人申请，2016 年 7 月 8 日，深圳中院裁定受理西满公司破产重整，并依法指定广东经天律师事务所担任管理人。

西满公司进入破产程序后仍然正常经营，在职员工包括子公司达 1000 余人，每月尚有盈余 10 余万元。经管理人审查确认，西满公司有 138 家债权人，债权总额 8.91 亿元，资产经评估约为 8389 万元。经公开招募投资人，2017 年 4 月 7 日，西满公司向深圳中院提交重整计划草案，但债权人会议和出资人会议未表决通过。经协商，原重整投资人退出重整，西满公司重新引入新的投资人并重新制作了重整计划草案。2020 年 1 月 13 日，西满公司再次表决，各表决组与出资人会议均表决通过。2020 年 1 月 21 日，深圳中院裁定批准西满公司重整计划。疫情发生后，深圳中院指导西满公司加速执行重整计划并尽快恢复生产。在管理人

监督下，西满公司严格按照政府和相关部门要求准备防疫物资，做好防疫管控措施等准备工作，并于2020年2月9日向有关部门申请复工，于2月12日获得批准。2月14日开始有序恢复部分生产，为企业客户供应纯净水、油脂等民生物资配套塑料包装产品。截至目前，企业正在逐步恢复正常经营。

本案深圳法院积极利用重整开展企业“救治”工作，促进债务人重整期间持续经营，保留了运营价值，为第一次引进重整方失败后继续寻找重整方最终重整成功创造了条件。在西满公司重整计划草案通过后，深圳中院克服疫情因素影响，急事快办，加快推进破产程序，督促重整资金到位，保障各方合法权益。该案入选广东高院首批疫情防控民事行政纠纷典型案例。

## 2. 跨境合作网拍香港破产人罗兆辉在港资产案

2002年10月9日，香港特别行政区高等法院原讼法庭作出破产命令，宣告罗兆辉破产。香港破产管理署署长被委任为破产人财产临时接管人。2002年12月19日破产人债权人大会中，清盘人邓忠华被委托为清盘人，负责处置和分配罗兆辉的资产。在清盘过程中，发现罗兆辉名下皇爵发展有限公司持有5个香港特别车辆牌号，具有一定的价值。为了实现破产财产处置价值最大化，香港清盘人希望借助网络拍卖的形式提高处置价值。由于香港并无破产财产网络拍卖平台，2019年2月初，香港清盘人向深圳破产法庭提出申请，希望借助深圳破产财产拍卖平台处置香港破产人财产，以提高财产处置价值和成功率。

深圳中院认为，由于管理人和境外破产代表是债务人在某些特别程序中的代表，并非官方机构，故境内管理人为境外破产代表提供协助，不涉及司法管辖权

问题。经审查，同意根据香港清盘人的申请，由境内管理人自治组织作为境内管理人的代表，协助境外破产代表处置目标财产。处置过程中，第一次拍卖起拍价为 388 万，因无人报名流拍。经征询香港清盘人意见，将起拍价降到 38 万，经竞价由一名香港籍人士以 60 万总价成功拍下。

本案中，深圳中院指导境内破产管理人自治组织首次协助境外破产代表人对香港破产人财产进行网拍，彰显了我国破产审判的专业性、开放性。深圳中院对跨境合作网拍的性质认定、有关事项合法性审查、与深圳破产管理人自治组织的关系处理，对增加粤港合作互信，促进两地更紧密经贸关系，促进粤港澳大湾区司法协助提供了宝贵的经验。

### 3. 翡翠国际货运航空有限责任公司破产清算案

翡翠国际货运航空有限责任公司（以下简称翡翠航空）成立于 2004 年，经营范围包括国际国内航空货邮运输业务、自用飞行器的租赁与维修、进出口贸易服务与货物仓储服务等，是首家中外合资的国际航空货运公司，由深圳航空与汉莎货运、德国投资与开发有限公司共同投资成立，全盛时期拥有六架波音 747 飞机。然而，自 2006 年 8 月开航以来，先后经历了全球金融危机、欧洲债务危机导致的经济衰退期，国际订单急剧减少。2011 年 12 月 26 日，翡翠航空被迫停航；2012 年 6 月 1 日，公司董事会决定自行解散；2013 年 1 月 8 日，中国商务部原则同意债务人提前解散；1 月 18 日，深圳市经济贸易和信息化委员会正式批准债务人的解散申请；3 月 25 日，中国民用航空局注销债务人的公共航空运输企业经营许可证。此后，翡翠航空清算组在清理财产、编制资产负债表和财产清单后发现，翡翠航空不能清偿到期债务，且严重资不抵债，负债率为 263.92%，

故依法向深圳中院申请破产清算。

2013年9月17日，深圳中院受理翡翠航空破产清算案，并依法指定管理人广东晟典律师事务所接管。2014年12月1日，深圳中院依法裁定宣告翡翠航空破产。在处置翡翠航空主要破产财产3架波音航空器以及与之相配套的11台通用电气发动机时，由于财产的特殊性，上述航空器及发动机先后经历了6次拍卖均流拍，起拍价从13亿连续降至3.9亿仍无人竞买。经过充分的调研和论证，深圳中院决定将翡翠航空的3架飞机试水网络拍卖，依托阿里巴巴旗下淘宝网提供的平台，通过电子竞价方式拍卖破产财产，网拍辅助机构仅收取必要的服务费用，并特别许可竞买人自行对飞机进行专业检测。2017年9月17日，管理人在破产网拍平台上发布拍卖公告，正式启动波音飞机的网络拍卖。网络拍卖了促进破产财产的快速成交，其中2架航空器均在首轮网络拍卖中经过近30次竞价后成交；另1架经流拍调价后再次拍卖。在深圳中院的监督下，深圳企业破产学会增设外币账户，接收外币保证金及拍卖款项的入账，在符合国家外汇管理相关法律法规及制度的前提下，保证境外竞买人顺利参与拍卖活动，并最终由境外竞买人以色列的ACE公司竞得，成交价实现49%的溢价率。管理人在深圳中院监督下顺利协助境外买受人办理拍卖标的注销国籍登记、所有权登记及出口报关手续等。在向ACE公司交付航空器时，由于该航空器无法自行飞离中国，深圳中院多次协商，最终促成双方参照国际贸易规则EX-WORK完成交付。

本案是全球范围内首次商用飞机在线拍卖，吸引了国际航空界的广泛关注以及境外竞买人参与竞买，并由境外公司竞拍成功，得到了世界银行等国际组织的高度关注和肯定。深圳中院首创破产财产跨境网拍，打造破产财产网拍的“广东

样本”。通过管理人和平台宣传，凭借信息的公开透明，通过市场自由选择，公平竞价，并且根据实际情况，将整体拍卖调整为3个标的分别拍卖，促进拍卖标的首次成交，溢价率、成交率均\*\*优于传统拍卖方式，切实维护了债权人的合法权益。

#### 4.广东邯彩新材料科技有限公司破产重整案

广东邯彩新材料科技有限公司（以下简称邯彩公司）系混合所有制企业，成立于2009年4月30日，注册资本及实收资本均为3000万元，主要生产、销售复合彩色钢板。由于市场环境发生变化，流动资金周转不灵，企业深陷经营困境，累计亏损超过7000万元，负债超过1亿元。企业转型经营加工业务和出租物业勉力养活50名员工。后因涉诉，厂房、主要设备及车辆均被查封，邯彩公司不能清偿到期债务、明显缺乏清偿能力，债权人向佛山市顺德区人民法院申请对其进行破产清算。顺德法院于2019年5月20日裁定受理邯彩公司破产清算，并依法指定佛山市贝思特会计师事务所有限公司担任管理人。

顺德法院审查认为，邯彩公司拥有完整的生产产能、较高的技术能力，具备重整价值和条件。为避免公司被清算，管理人采用“资产出租+员工由租转雇”的模式，引入邯彩公司的老客户邯航公司，由其租赁邯彩公司现有的厂房、设备并聘用现有员工，使员工得以继续就业，邯彩公司产能得以维持。由于邯彩公司原部分厂房已经出租，为确保公司资产整体处置，顺德法院积极协调街道办，解决了原租赁户搬迁问题，避免了矛盾激化。由于各方努力，本案出现意向投资人。邯彩公司股东提出破产重整请求，顺德法院于2019年9月29日裁定对邯彩公司进行重整。为实现债权人利益最大化，管理人引入保底投资人机制，并在顺德法

院的监督下通过网络司法拍卖形式，采用“保底投资人+网拍竞价”模式公开招募投资人。最终，该项目被另外一家公司以9000万元，超出保留价12.5%的高价竞价投得，并按计划完成各项清偿方案。在邯彩公司被执行过程中，抵押权人曾公开竞拍对邯彩公司房产抵押债权，起拍价为5950万元，但已流拍。疫情防控期间，顺德法院指导管理人灵活运用各项措施，稳步推进财产分配，重整计划于2020年2月25日执行完毕。经过重整，盘活资产9630万元、房产17400.21平方米、土地面积23303.60平方米，邯彩公司的资产价值提升了50%，抵押债权人7173万元债权得以全额受偿，劳动债权、税收债权清偿率100%，普通债权清偿率达62.62%。邯彩公司投资人在将邯彩公司原业务继续出租的基础上，注入物流产业。现该公司从事物流业的员工有200多名，邯彩公司的成功重整实现了产业转型，场地利用率得到进一步提升。

本案是中小企业破产重整也是法院推动企业复工复产的典型案列。特别是在疫情防控期间，本案从裁定受理破产至重整计划执行完毕仅用时9个月，从启动重整程序起算不到5个月。重整过程中，本案通过“保底投资人+公开招募”等做法，有效压缩时间成本，既让债权人吃下定心丸，又让重整救治得以顺利推进；成功处置了执行程序中流拍的资产，凸显了重整程序的功能和特点。

## 5.坚持“严监管”与“助发展”并重

广东省佛山市市场监管局为贯彻落实“六稳”“六保”工作要求，坚持“严监管”与“助发展”并重，主动作为、精准施策，在提升监管针对性和服务及时性的同时，继续大力推进包容审慎监管，以科学合理监管营造公平竞争营商环境。具体内容是：在具体案件办理中以包容审慎监管清单为指引，以事实为根据，

综合考虑违法行为的性质、情节以及社会危害程度，结合行政指导等措施，对主观上没有违法故意、客观上没有造成实际危害后果并能主动纠正的轻微违法行为，依法可处罚款的，实行首次轻微违法不罚，采取既有温度又有力度的行政指导和柔性执法，努力做到宽严相济、法理相融，为市场主体成长和发展营造宽松环境提供助力。截至目前，2021年以来共免于行政处罚的企业为46家，不予行政处罚的企业为424家，免于罚款金额共计665.2万元人民币，取得了良好的法律效果和社会效果。

### 三、辽宁省涉企法治服务发展现状

“十三五”时期，省委、省政府高度重视营商环境建设工作，把优化营商环境作为事关辽宁全面振兴全方位振兴的战略问题深入实施，全省营商环境不断优化、持续向好。根据国家发展改革委最新公布的2020年全国营商环境评价结果，代表辽宁省参评的沈阳市、大连市分别获得“优异”和“优秀”评价，并双双进入全国进步速度最快的城市行列。

制度体系不断完善。制定、出台并修订了全国第一部省级优化营商环境地方性法规《辽宁省优化营商环境条例》和相关一系列规章、规范性文件。强化营商环境顶层设计，成立省营商环境建设领导小组，成立全国第一家省级营商环境机构，构建了省、市、县（市、区）全覆盖的营商环境建设组织体系。

“放管服”改革逐步深入。聚焦企业全生命周期，推进简政放权不断深入。推行“双随机、一公开”监管模式，建设“互联网+监管”系统，积极推行包容审慎监管，加大重点领域执法力度。

政务服务水平显著提高。推进政务服务标准化建设，推动实现“三集中三到位”和政务服务“最多跑一次”，建立首问负责、否定备案等制度，政务服务“好差评”实现全覆盖。推动实现辽宁政务服务网与国家一体化在线政务服务平台全面对接。创新投诉机制，实现全省“一个号码管服务”。

法治化营商环境建设初见成效。持续优化行政执法体制机制，深入推进规范公正文明执法。积极推进生态环境、农业农村、文化市场、应急管理等领域综合行政执法体制改革。全面推行行政执法“三项制度”，开展流程再造，最大程度减少审批自由裁量权。

社会信用体系逐步完善。信用立法、信息归集、联合惩戒、信用应用等工作机制不断完善。确立了省、市、县三级信用信息共享平台建设模式。

优化营商环境整体氛围正在形成。全省上下优化营商环境行动更加自觉，建设市场化、法治化、国际化营商环境的发展目标逐步成为共识。各地区、各部门积极探索、勇于创新，形成了一大批创新成果。

#### 四、辽宁省涉企法治服务的现存问题及解决方案

##### 现存问题一：保障机制不完善，缺少协调配合

现阶段，全国各地区开展“法治体检”工作缺乏相应的制度保障，顶层设计仍然不足，法治营商环境的建设各自为政，作为中央主管部门司法部缺乏对“法治体检”工作的统一领导和安排，其他相关部门之间缺少协调与配合，整体工作推进较为缓慢，成效不佳，未形成统一的协调协作机制，各地方“法治体检”工



作进度不一。

### 治理解决方案：健全保障机制，实现部门联动

首先，各市司法局、市工商联和市律师协会要提高政治站位，增强大局意识，周密部署“法治体检”工作，明确工作安排。密切司法行政机关、律师协会与工商联、企业协会商会之间的信息联通、业务沟通，加强协同配合和力量统筹，及时协调解决工作中的困难和问题。各区司法局、工商联要结合各区实际，同步开展落实“法治体检”行动，加强与市司法局、工商联的联系，及时汇报工作中遇到的情况；市司法局、工商联要强化对各区专项行动的协调指导，实现上下联动、资源共享、成果互补，为企业提供优质高效法律服务。

第二，建立完善的行政执法体制，促进行政立法工作，筑牢公共行政法治基础。“法治体检”体系建设的首要任务就是补充配套的法律法规短板，换言之，“法治体检”必须在法律的框架内进行，各级人大及其常委应在其立法权限内，以行政执法需求为准则，坚持服务企业的核心理念，就行政执法的目的、程序等问题配套相应的法律法规，不断加强和完善顶层设计，并进一步提高行政立法、行政规定和行政决策的质量，确定活动开展的合法性依据，明确规范行政行为、行政标准，规范行政执法程序，同时，明确各部门的职责和分工，提高行政效率，避免各部门职能设置不当，在行政机关组织开展“法治体检”工作中应当依照法定程序而为，强化对“法治体检”制度的监督和企业的救济渠道，建立完善的监督和救济机制，提升解决焦点和关键问题的能力，加强对违法决策的制约和问责。

第三，良法与善治是每一个人的理想，也是人们对法的追求目标，法治化为

现代政府的治理注入了活力，只有将政府管理从人治转为法治，才能为善治提高必要的基础，否则，法治国家也就无从谈起，因此，构建“法治体检”法治化轨道显得尤为必要，只有依法治权，才能确保公权力不被滥用，防止权力异化。法律的生命在于实施，静态的法律文本无法创造社会价值，而法治化最重要的表征即执法的法治化。推进“法治体检”的法治化进程，除了要完善相关法律制度规范体系之外，还应当加强执法程序的法治化，保障“法治体检”运维通畅、高效。“法治体检”工作开展的重点，就是要打造衔接流畅、公开透明、及时到位的行政服务机制，提高法律服务的水平，实现法律资源使用的最佳效果，形成有法可依、权责清晰、长效持久的“法治体检”体系。

#### **现存问题二：工作流于形式，未发挥法律资源配置作用**

现阶段，大多数地区“法治体检”工作流于形式，没有形成统一的运行机制和操作规范，在“法治体检”工作中存在过度干预企业经营，体检过程随意、不规范、不统一的情况，给民营企业造成不必要的负担，引发部分民营企业对“法治体检”工作的抵触情绪，给“法治体检”工作的有效推进造成负面性影响，使得“法治体检”工作没有充分发挥优化法律资源配置的重要作用。

#### **治理解决方案：了解企业诉求，制定服务方案**

健全充分听取民营企业意见的工作机制，全面了解民营企业的利益诉求，进而明确服务需求、细化服务流程、加强服务管理、增强服务保障、落实监督责任。建立正向激励制度，提升对“法治体检”工作法治化建设的新理念，防止行政权力的过度使用，给企业造成不必要的负担，使公共政策能够得到稳定和持续的执

行，以服务型和法治政府的定位来严格要求自身，推进政府公共法律服务的法治进程。

### **现存问题三：缺少资金支持，工作成效不佳**

“法治体检”体系是司法行政机关为民营企业搭建的免费法律服务体系，基于非营利性目的而开展，在实际运转的过程缺乏必要的财政支持，导致“法治体检”开展的成效不够理想、范围不够广泛、工作不够深入和细致，对“法治体检”体系覆盖面与建设质量都造成了一定程度的影响，工作推进存在明显障碍。

### **治理解决方案：建立财政制度，领导带头助力公益**

第一，建立经费统筹制度。将经费预算纳入法治化轨道，切实保证“法治体检”体系的财政支持。

第二，强化领导带头作用。各职能部门的领导干部要充分发挥“关键少数”作用，热心助推公益事业，认真履行推进“法治体检”工作第一责任人的职责，重点问题亲自研究、亲自部署、亲自协调、亲自督办。

第三，完善激励机制。参与“法治体检”工作的律师团队、司法行政人员要勤勉敬业、恪尽职守，严守职业道德，保守民营企业的商业秘密和内部信息，切实让民企受惠，不增加民企负担。对于作出突出贡献的集体和个人，予以评优评先、优先选聘、表彰奖励等。

### **现存问题四：服务平台建设滞后，无法满足实际需求**

现阶段“法治体检”体系的构建主要是以传统性质服务产品为载体，以上门巡诊为主要方式，尚未开展多元化的服务模式，司法行政机关的数据传递仍依赖传统方式，效率低、进度缓，严重影响了“法治体检”工作的整体效率，没有很好地利用现代化技术，服务平台建设滞后。虽然部分地区已经开始了工作模式的创新，推出了线上“法治体检”的自测自检系统，取得了不错的社会效果，也确实为部分民营企业带来了实实在在的好处，但因其覆盖范围有限，服务平台建设缺乏现代化，现代科学技术模式单一，导致该自检系统发挥出的作用有限，无法满足我国各地区“法治体检”的实际需要，服务平台的建设仍然滞后。

#### **治理解决方案：建设便民服务平台，科学行政打通数据壁垒**

第一，构建便民化的“法治体检”窗口，积极构建网络和信息化的公共服务平台，以公共法律服务网站、微信公众平台、微博和 APP 客户端等网络信息终端为基础，建设新的多元化的“法治体检”平台。同时，丰富平台内容，建立民事、行政、刑事法律风险体检及防御全方位覆盖，实现网络信息平台的信息能及时交互，建立智能化服务模式，开辟多条民营企业服务平台通道，联结“法治体检”数据平台，建立民营企业网上体检专业通道，提供多角度、一键式的法律服务，建立多种服务平台融合机制，共享各类法律服务平台资源，充分发挥数据化、多样化、便捷化的法律服务体系优势，建立健全民营企业普法工作体系，为民营企业提供一站式服务，将法律进民企活动向法治化纵深推进，为民营企业“法治体检”提供更多选择。

第二，利用科学技术简化行政程序、降低行政成本、提高行政效率。政府各部门要以提升公共法律服务水平为目标，充分利用现代化的技术优势，建立实时

数据分析系统，不断深挖“法治体检”的服务质量，以适应不断变化的市场环境和民营企业的需求，坚持以民营企业需求为导向，采用数据挖掘、融合、模型和仿真技术，整合利用不同行业种类、不同地区和不同企业主体的数据，实现智慧管理、优化决策、科学化设计体检流程，充分运用多元化手段，实现以数据为依托、以法律服务为核心、以地区间协作为基础的“法治体检”综合服务平台。

第三，利用大数据技术，打通平台间联结的壁垒，实现多类服务平台数据的互联互通，建立信息共享机制，进一步实现各平台、各地区的协同、合作与联动，结合大数据分析，在数据孤岛间搭建连接的桥梁，融合法律与科技，扫清数据盲点，积累足够的样本，为政府决策提供依据和参考。借助互联网建立信息存储、交换和共享平台，将存在于各地区、各行业的民营企业信息等数据互融互通，彻底解决服务效率低、行政反应慢问题，提高“法治体检”的服务效率和质量，同时建立网络和信息平台上实时查询反馈通道，使民营企业能够在网络平台上自助、随时查询法律服务的受理、跟踪情况和反馈意见等。建立线上线下一体化服务平台，提高网络办事的实效性，打破多平台的融合障碍，建立多平台有效、实时的链接机制，优化整合当地法律资源，以现代化技术建立“法治体检”一体化运作模式。

#### **现存问题五：服务内容单一，存在风险防控漏洞**

在“法治体检”过程当中，绝大多数地区都采用统一的标准和模式进行，各地区未针对不同经济情况、行业种类、企业规模的差异化需求采用灵活的服务方式，提供有针对性的服务内容，无法展现个性化服务，导致在“法治体检”工作开展过程中千篇一律，无法满足不同企业的实际需求，没有真正做到为民营企

业排忧解难。同时，缺少刑事法律风险体检内容，使得民营企业依然面临严峻刑事法律风险，对于民营企业和民营企业家而言，刑事法律风险一旦转换成刑事法律后果，往往破坏力极强，企业难以招架，而民营企业天生又具备逐利性，寻求企业发展和财富增长是民营企业发展的根本动力，不少民营企业家对自己行为的性质往往认识不足，在追逐经济利益时，往往缺乏对刑事法律风险的认知，而刑事法律风险的复杂性决定了民营企业的刑事法律风险防控不能仅依靠企业的自我管理。

**解决方案：形成风险防控闭环，个性化因企制宜**

### 1. 实行全面化原则

作为事先防控机制的“法治体检”制度应当是最简、最有效的企业风险防控方式，在“法治体检”中，绝不能轻视甚至忽视对民营企业刑事法律风险的防控，相反，更应当重点凸显出对刑事法律风险的防控目标要求，通过对民营企业的全面体检，实现民营企业法律风险防控的全覆盖，努力做到不重不漏，不给民营企业的发展留下后患，特别是刑事法律风险高发的民营企业，亦应当重点关注。建立健全事前刑事法律风险防控机制，将刑事法律风险挡在民营企业的发展之外，通过建立“法治体检”体系，推动民营企业以严格的刑事法律标准来识别、评估和预防企业的刑事风险，帮助民营企业和民营企业家补齐法律风险防控短板。总之，“法治体检”制度是化解民营企业民事、行政法律风险的有效思路，更是消弭民营企业刑事法律风险的根本和最佳途径，激发民营企业生长活力的最佳途径。

### 2. 实行行业区分原则

民营企业行业的差异性决定了其对法律服务需求的多样性，仅以一种固有、单一的“法治体检”模式根本无法适应众多民营企业的法律服务需求，不同的行业所处的市场环境不同，因而面临的法律风险也各不相同。要提高“法治体检”工作的精准度和成效，首先就必须准确而全面地识别出法律风险，需结合企业所处行业的特点及发展趋势将法律风险类别化，如劳动密集型行业一般容易涉及劳动关系法律风险；医药化工企业，易涉及知识产权和行业监管法律风险；制造业、流通业等行业，容易滋生债务风险；IT 信息业和高科技行业，容易产生不正当竞争和商业秘密风险；房地产业，容易陷入行业政策和金融政策调控风险等。当然，即便是同一个行业类别，上下游的企业所面临的法律风险也形态各异。笔者根据民营企业不同的行业特征，从民营企业治理与运营法律风险情况两大方面着手，系统梳理出 16 项常见民营企业的法律风险作为参考：1.公司设立法律风险；2.出资、增资、减资法律风险；3.股东主体与权益法律风险；4.董事、监事、高级管理人员及“三会”法律风险；5.股权转让、并购重组法律风险；6.业务经营法律风险；7.财务与税务法律风险；8.合同管理法律风险；9.重大资产法律风险；10.投融资与担保法律风险；11.人力资源管理法律风险；12.产品质量与安全生产法律风险；13.环境保护法律风险；14.关联交易与同业竞争法律风险；15.知识产权法律风险；16.诉讼、仲裁、行政、刑事法律风险。

### 3.实行规模区分原则

对我国而言，中小民营企业的力量不可忽视，数量不仅庞大，更是最具发展空间和体现市场生命力的市场主体，中小民营的发展事关群众的切身利益，其对加快中国经济增长、扩大城乡就业都具备重要意义，中小民营的法律风险防控对

促进我国经济持续、健康、平稳发展意义不言而喻。根据有关统计数据显示，中国每年倒闭的企业超过百万，而其中又以中小民营企业为主，这也意味着中国大多数的中小民营企业的法律风险防控能力匮乏，面临的严峻形势已超出我们想象。

因此，把中小民营企业作为“法治体检”的重点服务对象，适当将“法治体检”的资源向中小民营企业倾斜，针对中小民营企业开展实地走访、线上普法、网络问诊、调查交流等方式进行法治体检，指导中小民营企业依法合规经营、防范化解法律风险、帮助企业稳产稳工稳岗。同时，鼓励大型民营企业能够积极参与，不断扩大“法治体检”制度受益面和影响力，也有利于将“法治体检”的效果落到实处，帮助企业健康发展，为中小企业提供法治保障。

#### **现存问题六：资源供给严重失衡，队伍建设力量不足**

##### **1. 社会力量参与不足**

在我国各地区开展的“法治体检”的工作来看，参与“法治体检”主要以司法行政机关的工作人员为主，同时，还有少部分的法律工作者参与，组成成员不够丰富。同时，司法行政机关的工作人员在履行基本司法行政职能时，对“法治体检”的工作往往难以兼顾，常常面临多重任务的重压，使其精力分散，工作动力严重不足，“法治体检”工作开展常常面临无人可用的尴尬境地，因此，也造成了“法治体检”工作效率和成效的下降。面对民营企业迫切的法律需求，司法行政机关常常显得心有余而力不足，而高强度的工作也容易招致司法行政机关工作人员的反感，严重影响“法治体检”工作的开展，难以有效、切实发现并解决民营企业所存在的法律风险，致使“法治体检”体系的建设的长效性受到影响。



## 2. 人才队伍建设不足。

“法治体检”作为一项专业的法律服务，需要专业的法治人才队伍作为支撑，既要求有扎实的理论功底，更要求有丰富的实践经验，正所谓治国经邦，人才为先。现阶段部分基层地区缺乏吸引人才的资源和条件，使得法治人才队伍专业素质不高，服务意识薄弱，服务不到位问题突出，同时缺乏培养法律人才的培养机制，不但无法吸引优秀法律人才队伍的加入，反而导致本土成长起来的优秀人才开始外流，缺乏吸引人才的土壤，从而导致“法治体检”工作人才队伍素质不高，理论功底不强，实践经验不丰富，进而直接影响“法治体检”人才队伍的体系建设及“法治体检”工作的开展成效。

**治理解决方案：加大宣传提高参与度，加强法治队伍建设**

### 1. 鼓励社会力量参与

法治体检工作的成效依赖于法治队伍的质量，要充分意识到法律人才队伍对“法治体检”工作的重要性，优秀的法律人才是“法治体检”形成成效的基础，亦是体检工作长效、专业开展的重要保证。

司法行政机关在开展“法治体检”工作中不能只靠自己，而应当积极引入社会力量的参与，丰富法律人才队伍，充分调动法律职业群的工作热情。各级司法机关会同同级工商联、律师行业组织开展公益性法治体检活动，打造政治过硬、热心公益、作风扎实的法治队伍，党员律师、市律协及相关专业委员会负责人带头参加，引导律师积极服务民营企业，参与企业决策论证，提供法律咨询、权益保护等服务。同时，面临优秀法律人才流失，应当探索建立人才培养机制，加强

对人才的吸引，积极协调法律职业群体，开展法律服务宣传和教育培训，进一步扩充法律人才的规模，打造业务能力强、职业道德水高的法治队伍，为“法治体检”的顺利开展打下坚实基础。

加大法治宣传力度，引导民营企业依法经营依法治。充分发挥网络、视讯号、微信公众号、短视频 APP 等现代化媒体优势，对与民营企业发展相关的民商事法律法规等进行法律解读和舆论引导，积极推送相关主题宣传活动消息，大力宣传民营企业守法诚信典型案例，全面开展“法治体检”工作，提高公众知晓率，提升法律人才参与度。

## 2.提升服务队伍专业化

法律的专业属性意味着法律行业有极高的门槛，而“法治体检”工作的专业性更进一步增加了这份工作对人才队伍专业化的要求，法律队伍的专业化程度决定了“法治体检”工作的服务品质，因此，提升服务队伍专业化程度的重要性已不言而喻。有基于此，要积极吸纳法律专业的人才，如司法机关、高校的法律专业人才，为公共法律服务队伍注入血液，扩大法律人才资源的范围，进一步打造高质量、专业化的法律人才队伍。同时，不断加强对服务队伍的专业培养，积极探索跨地区的经验交流，定期组织经验分享交流会，促进各地区人才队伍共同提升，共同进步，提升整个地区法律人才队伍的整体素质和技能，实现“法治体检”服务队伍的专业化。

未经允许 严禁转载

## 第六章

# 辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会 对于我省国有企业改制的建议

未经允许 严禁转载

未经允许 严禁转载

未经允许 严禁转载

## 辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会 对于我省国有企业改制的建议

国有企业改制是将国有企业的资产量化为股份并改变原有企业内部治理结构的过程，也是我国目前国有企业改革的重要手段和方向。2020年6月30日，中共中央总书记、国家主席习近平主持召开中央全面深化改革委员会第十四次会议并审议通过了《国企改革三年行动方案（2020-2022年）》。截至2021年年底，中国国有企业公司制改革基本完成，中央党政机关和直属事业单位所管理企业中公司制企业占比97.7%，地方国有企业中公司制企业占比99.9%，实现了历史性突破，国企改革三年行动70%目标任务顺利完成。为助力辽宁省政府圆满完成国企改革工作目标，结合辽宁省法治营商环境建设的要求，以及2022年中央企业合规管理强化年的要求，我委遵照国务院和辽宁省两级政府国企改革的指导意见和专项方案，充分利用负面清单政策优势，以制度创新为核心，形成更为具体可行的体制细则进行引导和规范，对我省国企改革提出如下建议：

### 一、按照不同功能对省内国有企业进行细化分类，实现精准改革。

首先，制定省内国企的分类清单，建立完善省内国有企业的分类标准和规范；其次，在分类改革的基础上，组建国有资本投资、运营公司，以“管资本”为主监管国有资产，对国有资本运营质量、国有企业财务状况和国有产权流转进行分类监管；同时，在分类推进省内国企混改的过程中建立完善不同类别国企国有资产管理指标体系。不仅将大大改善省内国企的运营效率，更能吸纳和逐步带动更多国企和各种资本在省内的深度合作，形成省内经济联动发展的新兴模式；同时为辽宁省国企改革提供可复制、可执行、可借鉴的中长期规划和切实可行的方案细则框架。

国企分类管理起源于国有企业目标的双重性，要同时兼顾经济效益和社会效益。分类推进国有企业改革，能够有效推动国有企业同市场经济深度融合，促进国有企业经济效益和社会效益有机统一。

### 1、不同类别的国企应有不同的企业使命。

公益类国企要以弥补市场空白、追求社会效益为使命；掌握国家经济命脉商业类国企要以保障国家经济安全、发挥在国民经济中的主导作用为使命；自然垄断商业类国企要承担巩固社会主义基本经济制度的使命；而充分竞争型商业类国企则要以国有资产的保值增值、追求经济效益为使命；

### 2、不同类别的国企应配套不同的法律架构。

在《公司法》《预算法》《税法》《劳动法》《刑法》《消费者权益保护法》《证券法》等法律法规的框架下，有针对性地建立完善省内国企改革的规范性政策文件、不同类别企业的管理和监管流程、办法和企业公司章程等多层次架构配套体系，弥补国有资产管理体制的法律制度建设滞后的现状。不同类别的国有企业不同程度地贯彻“一企一策”。

### 3、不同类别的国企应有不同的资本运营目标。

公益类国企应当以国家安全和公共利益为主要经营目标；掌握经济命脉型和自然垄断型商业类国企要分别从功能性和国家战略的角度追求国有资本的投资效益；充分竞争型商业类国企则要追求全面的投资回报，最大限度地实现国有资本的增值效应。

### 4、不同类别的国企应有不同的政府授权模式。

公益类国企和自然垄断型商业类国有企业应当以政府特许经营经营为主；掌握经济命脉型商业类国有企业要以政府管制授权经营为主；充分竞争型商业类国有企业则应该以企业自主经营为原则。同样的，不同授权模式的企业，监管力度当然也应当有所区别。

### 5、不同类别的国企股权结构和比例应有所差异。

公益类国企应当以国有独资为主；自然垄断和掌握国家经济命脉型商业类国有企业应以国有控股为主；充分竞争型商业类国有企业则要普遍实行股权多元化，在公司法的框架下，由市场和企业自行设置符合市场竞争要求的股权结构和比例。

### 6、不同类别的国企绩效考核指标应各有侧重。

首先，各类别国企均应当综合考评经营业绩指标、保值增值能力与市场竞争力等方面的各项指标；但不同类别的国企绩效考核指标又应当各有侧重。公益类国企应当以国家安全和公共效益为主，自然垄断型商业类国有企业要站在国家战略的高度，掌握经济命脉型商业类国有企业要从企业的社会功能性出发，充分竞争型商业类国有企业则要从市场角度，以企业的市场竞争力和经济效益为主要考核依据。

#### 7、不同类别的企业应介入不同程度的预算管理。

公益类国有企业应当实施严格的政府预算管理。掌握经济命脉型和自然垄断型商业类国有企业应实施有限的政府预算管理；充分竞争型商业类国有企业则应当完全交由企业自主经营管理，不需要政府预算管理。

#### 8、不同类别的企业高管薪酬结构应区别对待。

公益类国有企业高管不应采用绩效导向，可参考一定的标准合理确定基础年薪；自然垄断型和掌握经济命脉型商业类国有企业均应当合理限制高管基础年薪上限；充分竞争型商业类国有企业则要全面以业绩导向为主，按照企业绩效参考市场和行业标准由企业自主决定高管年薪。

### 二、形成与省内国企分类改革相匹配的分类监督制度，完成监督制度创新

1、省内国资管理机构应将监管聚焦于“国有资本”的投向、运作、回报等多个方面，形成从“管企业”到“管资本”的跨越式探索。

2、省内国资管理机构应以产权关系为监管核心，不僭越公司章程与相关法律规定，依法履行出资人职责。在企业战略目标与组织结构等方面的制定上，根据不同类别国企所承载的社会功能和企业经营目标的不同，分类型成相互监督与制衡的公司治理机制。

3、对于公益性国有企业，可以构建以党组织为监督主体的监督体系，辅助必要的外部监督机制；对垄断型国有企业则应参照公务员制度对国有企业负责人进行监督，并兼顾环境保护、成本节约以及社会满意等社会责任目标。针对竞争性的国有企业，应对其负责人进行市场化的监督与激励，通过强化法人治理结

构、完善相关法律规范等方式开展依法监督，同时发挥市场机制，使企业能够在市场调节下实现自我约束的良性发展机制。

### 三、建立完善省内国有企业混改中经营者的权利救济体系，打造与国际接轨的营商环境

#### 1、完善配套的省内司法救济制度

首先，混合所有制企业中的国有股东在面临产权纠纷的情况下，应当学会利用诉讼制度保护自己的合法权益，而不是动辄就倚仗政府背景，寻求行政权力的庇护，这是缺乏法治精神的体现，亦不符合建设法治政府的要求。其次，针对法庭诉讼标的的限制，对内地企业产权纠纷案件可以适当地放宽标的的限制，以避免法庭不能对国有企业混改中被侵权的一方产生有效的保护。最后，辽宁可以吸纳一定数量的涉外法律专业的司法人员，建立专门的产权纠纷调解中心和仲裁中心，对于标的额较小、争议不大的产权纠纷案件，鼓励通过仲裁的方式进行调解和解决。

#### 2、建立完善多元的救济制度

通过建立产权保护基金制度、建立产权交易风险准备金制度、规范和引导企业公司章程制定依法实现省内国企的分类自治体系。特别是通过公司章程、股东协议等方式对于注册资本认缴及分取红利、股东会重大事项决策程序、股东禁止行为和禁止关联交易及执行董监高人员的义务等相关问题依法进行约定，作为混改国企内部最为重要的治理依据，应当纳入管理模式、监管模式的体系中，对其合法性、合规性以及实际履行状况进行分类管理和监管。

### 四、律师在国企改革中能提供的法律服务

#### （一）律师承办国有企业改制法律服务的一般业务流程

- 1、开展尽职调查，编制《尽职调查报告》；
- 2、协助产权持有单位或改制企业完成国有产权界定的工作，代理产权持有单位或改制企业处理国有产权方面的纠纷；

3、制作《改制方案》《职工安置方案》，涉及国有产权转让的，制作《国有产权转让方案》；

4、编制各类规范性法律文书，参与谈判，审核其他交易方提供的材料或法律文件；

5、依法对产权持有单位或改制企业报批的《改制方案》《国有产权转让方案》出具《法律意见书》，涉及职工安置的，一并发表意见；

6、对改制企业的职工（代表）大会、董事会、股东（大）会进行见证并出具见证意见，协助完成国有企业各项内部审核与批准程序；

7、协助改制方案、国有产权转让方案的实施和完成产权交易工作，协助公司或企业办理工商变更登记手续。

## （二）律师在国有企业改制中提供的具体法律服务

### 1、开展尽职调查

国有企业改制与重组过程中，律师依据国有企业的改制、重组、产权交易等商业计划，对有关资料、文件、信息以及其他事实情况，从法律专业角度进行调查、研究、分析和判断。

### 2、产权界定法律事务

改制过程中涉及就某一项或几项资产进行产权界定，法律依据主要是根据《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》（国资法规发〔1993〕68号）及国家国有资产管理局、财政部、国务院清产核资领导小组办公室《关于印发〈关于清产核资中全民所有制企业、单位对外投资的清理和界定的暂行规定〉的通知》（1992年11月10日）等有关法律法规、规范性文件。律师需要从产权的形成、变化、归属划分几个方面提出书面法律意见。提示改制企业就产权界定事项向国有资产监督管理部门提出确认申请。

### 3、清产核资法律事务

改制过程中，律师协助进行清产核资并出具清产核资法律意见，出具清产核资法律意见的主要依据是国务院《企业国有资产监督管理暂行条例》和《关于规



范国有企业改制工作的意见》以及《国有企业清产核资办法》《国有企业清产核资工作规程》《国有企业资产损失认定工作规则》等法律、法规及其他规范性文件的规定。

根据《国有企业清产核资办法》第十条第二款以及《国有企业清产核资工作规程》第二十一条规定，在资产清查中应做好企业抵押、担保等事项的清理，应当认真对企业总部及所属子企业对内或者对外的担保情况、财产抵押和诉讼等情况进行全面清理，并根据实际情况分类排队，并采取有效措施防范风险。

#### 4、制作《改制方案》《职工安置方案》等

《改制方案》应当遵循国家和本省有关法规规定，解析和应对改制企业的现有问题，处理改制过程中遇到的问题。国有企业产权转让方案应当符合《企业国有产权转让管理暂行办法》第二十九条规定的要求。企业改制方案、企业国有产权转让方案一般包括如下内容：（1）改制企业基本情况；（2）改制的目的以及必要性、改制目标以及可行性；（3）改制的方式及相应的资产重组方案（包括土地使用权、非专利技术以及商标的处置方案）；（4）债权债务（包括拖欠职工工资费用等）处置方案；（5）改制后企业的资本组织形式、注册资本、股权结构；（6）职工安置方案（含离退休人员及费用管理方案）；（7）参与改制其他投资方的基本情况；（8）与改制相关的协议书草案；（9）公司章程（草案）；（10）改制的实施方案和时间安排；（11）其他需要说明的问题。

#### 5、国有产权转让方案的实施和产权交易工作

（1）协助产权主体或改制企业实施和落实国有产权转让方案的具体内容，协助完成交易挂牌的准备改组工作。

（2）协助产权主体或改制企业与产权经纪组织签订《委托出让代理协议》，对协议内容和条款提出修改意见。

（3）协助产权主体或改制企业向产权交易所提交产权交易必备的各类法律文件，协助产权主体或改制企业向产权交易所签发包含各类保证、承诺内容的书面文件。

(4) 协助产权主体或改制企业与产权交易受让人订立《产权交易合同》，并对合同内容和各项条款提出修改意见。《产权交易合同》的主要条款应符合《企业国有产权转让管理暂行办法》第十九条的规定。

(5) 协助产权主体或改制企业取得产权交易所签发的产权交割单，配合产权主体或改制企业办理产权交割手续。

## 6、企业改制涉及的法律文书的报批、备案、确认工作

- (1) 协助或代理改制方案的报批工作，对报批程序提供咨询意见。
- (2) 代理国有产权转让方案的报批、备案工作，对报批、备案程序提供咨询意见。
- (3) 协助改制企业与债权金融部门办理改制确认手续，对确认手续所涉及的法律问题提供咨询意见。
- (4) 协助产权主体或改制企业进行清产核资、财务审计、资产评估，对所涉及的核准或备案程序问题提供咨询意见。
- (5) 协助“利用外资改组国有企业”有关事项的报批工作，对报批程序提供咨询意见。

## 7、改制后的公司治理法律服务

- (1) 协助改制后的公司制企业完善公司治理结构；
- (2) 协助改制后的公司制企业建立规章制度；
- (3) 协助改制后的公司制企业健全激励约束机制；
- (4) 协助改制后的公司制企业完善公司董事诚信体系建设；
- (5) 协助改制后的公司制企业完善外部治理体系，有效防范法律风险。

由于国企改制程序繁多、周期较长、所涉法律法规及规范性文件繁杂、涉及人员众多、资产巨大、财务复杂，所以迫切需要专业律师全程参与、指导企业管理层完成改制过程和法律程序。

(三) 建议政府机关为律师队伍提供支持

1、宣传导向：国企改革所反映出的问题同样是法治营商环境的建设成果的重要体现，因此在面临国企改革问题应当加大依法依规改制宣传，通过政府平台宣传国企改革成果、经验和教训，对于违法违规行为进行报道，突出律师队伍在国企改革过程中的重要性。

2、加大监管力度：要求国企改革领导班子责任制，分工明确，专业人办专业事，责任追究终身制。同时，通过数字法治建设监管国企改革全流程。

3、组织座谈与交流：法律是市场秩序稳定的保障，是经济运行的基本规则，律师队伍是以法律为终生职业的专业群体，信仰法律，有严格的执业素养，专业性决定了工作内容的复杂性，需要多种形式的交流，依法依规办事才能形成全社会的共鸣。另一方面，对于国企改革是政府是否有专门的部门统一监管？参与企业改制的各部门的职能分工是什么？通过座谈与交流使律师队伍更了解政府部门的管理分工，有利于国企改制的顺利进行。国企改革涉及国有资产，也涉及每名职工的切身利益，多维度、多层次、多方式的交流与沟通对于国企依法改制非常必要。

辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会

2022年3月11日

未经允许 严禁

## 第七章

# 辽宁律师服务保障民营经济发展 工作报告

未经允许 严禁转载

未经允许 严禁转载

未经允许 严禁转载

# 辽宁律师服务保障民营经济发展 工作报告

“法治是最好的营商环境”。习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上提出的这一重要论断为优化营商环境、支持民营经济主体平等竞争、促进民营经济高质量发展指明了方向。为贯彻落实习近平总书记在民营企业座谈会上的重要讲话和关于民营企业发展的重要指示批示精神，司法部印发了《关于充分发挥职能作用为民营企业发展营造良好法治环境的意见》，要求各级司法行政机关从讲政治、讲大局的高度把党中央关于支持民营企业发展的决策部署学习好、领会好、贯彻好，努力为民营企业发展营造良好的法治环境。辽宁省司法厅、省工商联、省律师协会积极响应号召，多措并举在各领域设置联动机制，组织创新拓展公共法律服务渠道，为民营企业提供优质高效的法律服务。为此辽宁省律师协会围绕促进依法经营、构建和谐劳动关系、营造法治环境，组织引导全省律师积极开展服务民营企业专项活动。其中开展的“法治体检”活动成效尤为显著，并实现常态化。

## 一、充分认识支持和促进民营企业发展的重要意义，部署工作安排

### （一）支持和促进民营企业发展的重要意义

支持民营企业发展，是党中央的一贯方针。改革开放40年来，民营企业蓬勃发展，民营经济从小到大、由弱变强。时至今日，民营经济贡献了50%以上的税收，60%以上的国内生产总值，70%以上的技术创新成果，80%以上的城镇劳动就业，90%以上的企业数量，可见民营企业在稳定增长、促进创新、增加就业、改善民生等方面发挥了重要作用，成为推动经济社会发展的重要力量。习近平总书记在民营企业座谈会上强调民营经济是我国经济制度的内在要素，民营企业和民营企业家是我们自己人。要不断为民营经济营造更好发展环境，帮助民营经济解决发展中的困难，支持民营企业改革发展。辽宁省律师行业党委、辽宁省律师协会召开会长办公扩大会议，充分传达、学习、领会习近平总书记的重要指示，

部署全省律师开展民营企业经济发展活动的工作安排，并决定在全省范围内组织开展具有辽宁特色的律师服务民营企业专项公益活动，为重点民营企业开展全面的“法治体检”，作为保障民营经济发展的出发点。

尤其在“新冠肺炎”疫情影响下，全省各行各业遭受了严峻的考验，辽宁省司法厅、辽宁省工商业联合会、辽宁省律师协会根据司法部、全国工商联、全国律协《关于深入开展民营企业“法治体检”活动服务疫情防控和企业复工复产的通知》（司发通【2020】30号）文件要求下，联合下发《关于深入开展民营企业“法治体检”活动服务疫情防控和企业复工复产的实施意见》（辽司【2020】12号）文件，要求各市司法行政机关、工商联和律师协会从政治和全局的高度，努力保障民营经济发展，切实增强服务民营企业疫情防控和复工复产的责任感、紧迫感，抓好活动组织实施，积极参与“法治体检”活动，与民营企业“零距离”接触，深入了解民营企业当前面临的困境，为其提供专业便捷的法律服务。

## （二）部署工作安排

### 1. 成立民营企业法治体检工作领导小组

辽宁省司法厅、辽宁省工商业联合会、辽宁省律师协会根据司法部、全国工商联、全国律协《关于深入开展民营企业“法治体检”活动服务疫情防控和企业复工复产的通知》（司发通【2020】30号）的文件精神，成立民营企业法治体检工作领导小组，统筹安排全省民营企业法治体检工作。

### 2. 制定为民营企业开展法治体检工作计划

根据三部门联合下发的《关于深入开展民营企业“法治体检”活动服务疫情防控和企业复工复产的实施意见》（辽司【2020】12号）文件精神，辽宁省司法厅、辽宁省工商业联合会、辽宁省律师协会制定《关于组织全省律师为民营企业开展法治体检工作计划》。在全省14个市组建14个律师服务团队。沈阳市、大连市律师团队为500名律师，鞍山市律师团队为200名律师，其余11个市的律师团队为100名律师。

### 3. 成立业务指导小组，制定实施方案

### (1) 成立业务指导小组

省律协召开会长办公会，专门就民营企业“新冠肺炎”疫情期间“法治体检”工作进行了安排和部署。辽宁省律师协会企业法律顾问专业委员会作为服务于企业的专业委员会，承担了此项业务工作。并成立律师为民营企业开展法治体检工作业务指导小组，由主管副会长张玉良、企业法律顾问专业委员会主任阚雪飞负责指导全省主要业务工作。各市分别成立法治体检工作业务指导分组，由省企业法律顾问专业委员会骨干委员负责指导业务工作。

### (2) 制定实施方案，方案分三个阶段逐步有序、高效完成

第一阶段：“制定《操作指引》”，全省相关律师进行业务培训。2019年，省律协企业法律顾问专业委员会拟定了《辽宁省民营企业法治体检操作指引》，并在全省范围内由省律协、各市律协组织了相关培训工作。2020年，新冠疫情暴发，省律协企业法律顾问专业委员会迅速以《辽宁省民营企业法治体检操作指引》为基础，结合新冠肺炎疫情的特殊实际情况，有针对性地拟定了《辽宁省民营企业“法治体检”操作指引（疫情版）》。该指引包括“指引制定的目的和要求”“指引所涉及的具体内容”“法治体检流程”“后附”四大部分内容，其中“指引所涉及的具体内容”涵盖了“公司法人治理、劳动者关系、合同管理、知识产权、财税合规、规章制度与流程管理、其他”八大板块。

第二阶段：“法治体检实操”阶段。操作指引确定后，每年要从全省筛选出30家以上各个领域的且具有代表性的民营企业，并陆续对上述企业开展专项“法治体检”活动。

第三阶段：“体检汇总成文”阶段。通过对省内民营企业进行走访体检并形成初步法治体检报告后，经省级律协业务指导小组集体讨论，将各地上传的“法治体检”报告进行热点问题的筛选与汇总。最终以国家现有生效法律、法规及疫情期间已发布的新政、新规为依据，借鉴其他省、市疫情期间发布的新政、新规，分行业、分区域总结疫情期间突出问题，形成了《疫情期间“法治体检”分析报告》。

## 二、多渠道配合，发挥联动机制，具体落实民营企业法治体检方案

2020年，在省司法厅、省工商联、省律协、各地市司法部门的协调下，全省共筛选了30家有代表性的民营企业参与本次体检活动。其中大型企业6家，中型企业18家，小微企业6家；制造业9家，建筑业5家，批发业5家，房地产业4家、商务服务业4家，电力热力燃气及水生产和供应业1家，采矿业1家，交通运输业1家。形成体检报告及调查问卷各30份

2021年在沈阳、大连、铁岭、葫芦岛、营口、阜新、鞍山、本溪、锦州、朝阳共10个城市开展法治体检活动。涉及被体检企业200余家，形成体检报告及调查问卷各200余份。

通过律师对省内民营企业进行走访体检并形成初步法治体检报告后，省律协业务指导小组将各地上传的“法治体检”报告进行热点问题的筛选与汇总，形成了《疫情期间“法治体检”分析报告》。并将该报告报送领导小组，由领导小组递交相关政府部门。该报告实事求是地反映出企业向政府相关部门建言献策及反馈企业诉求的内容，得到省政府高度评价，作为省政府制定相关政策的参考与依据。

## 三、“法治体检”工作主要成果

### （一）“法治体检”工作常态化

“法治体检”工作至今已开展两年有余，并将持续开展，针对“新冠肺炎疫情”期间“法治体检”工作积累、总结了丰富的经验，形成了丰硕的活动成果。

### （二）“法治体检”分析报告客观反映了我省民营企业在发展过程中存在的问题及相应的解决策略

#### 1. 参与“法治体检”的民营企业基本情况。

2020年4月，省内30家有代表性的民营企业参与体检活动。其中大型企业6家，中型企业18家，小微企业6家；制造业9家，建筑业5家，批发业5家，房地产业4家、商务服务业4家，电力热力燃气及水生产和供应业1家，采矿业1家，交通运输业1家；有28家是受延期复工限制的企业。2021年10月，省内



100 余家有代表性的民营企业参与本次体检活动。其中大型企业 4 家，中型企业 10 家，其余为小微企业；房地产业 5 家，建筑业 3 家，道路运输 1 家，零售业 4 家，批发业 2 家，餐饮业 1 家，信息传输业 2 家，制造业 10 家，商务服务 3 家，橡胶和塑料制品业 3 家，金属及非金属矿物制品业 3 家，科学研究和技术服务业 1 家，农副食品加工业 1 家，居民服务业 1 家，公共设施管理业 1 家，其余为小微企业。

## 2. 分析报告涉及了民营企业自身所存在的问题

### (1) 普遍性问题。

管理方面：多数中小微企业存在管理不合规的问题。企业投资人、管理层不懂现代企业管理。表现为：用个体户思维管理现代企业（公司）。公司资产任意支取、企业管理者一言堂、发展无长远规划，经营理念与企业组织形式不匹配，管理思维与现代企业发展不匹配。对公司法人治理结构、合伙企业管理模式一无所知。所有权与管理权职能不分、忽视三会（股东会、董事会、监事会）作用和管理合伙人职能，管理制度形同虚设，忽视核心团队建设与人才培养，阻碍企业发展。企业员工缺乏岗位合规培训。表现为：员工缺乏岗前合规培训。员工对企业经营和管理制度一知半解，责任心没有充分被调动。员工缺乏合规考核。企业人力资源部门的职能没有被充分发挥，劳动与所得不能客观呈现，员工积极性无法调动。

业务方面：多数中小微企业存在业务方向不稳定的问题。受疫情影响严重，各地因突发性疫情暴发，人员接触风险性高的企业就要遇临停产、停工、停业。企业追求赚快钱得多，踏实干实业的少，必然忽视经营管理合规；必然忽视人才培养。省内人才流动性大，与省内企业经营业务方向不稳定，和企业内部环境不合规有必然联系。

### (2) 代表性问题。

民事法律风险：与公司有关的纠纷案件增多。企业法人治理结构不健全引发的此类纠纷，如损害公司利益责任纠纷，损害股东利益责任纠纷，股东知情权纠

纷，公司解散纠纷，申请公司清算等。劳动纠纷只升不降。企业管理不合规和业务不稳定，使得企业合规管理内循环不健康；员工自身成长与收入无法匹配引发的员工流动；以及处理员工纠纷时企业人力资源部门不专业或不作为，是劳动纠纷发生的主要原因。经营合同纠纷不断。多数企业的合同纠纷都是在业务高风险的背景下发生。企业领导者在高利润项目面前，多数会选择承担高风险，在发生合同违约时处于被动局面。这与企业自身内循环不健康、管理不合规、畸形发展有直接关系。

刑事法律风险：涉及刑事案件对于一家企业来说将会是灭顶之灾。体检过程中，我们发现不合规经营，法律意识淡薄，导致企业或企业领导者在不知情的情况下，就可能触犯或者涉嫌违反《公司法》的犯罪、商业贿赂犯罪、公司管理人员犯罪、金融票据犯罪、涉税犯罪、知识产权犯罪、不正当竞争犯罪、非法经营活动犯罪（共计56个罪名）。

### (3) 特殊性问题。

疫情期间企业员工劳动保障和复工复产，难！根据人力资源和社会保障部办公厅疫情期间关于裁员的特殊规定可以看出，国家不支持、不鼓励在疫情期间对企业员工进行裁员。但疫情对于企业的损失是巨大的，裁员或不裁员，企业都面临资金短缺的问题。当企业没有足够的资金储备（资本公积、资本公益、发展基金）、没有面对不可抗力的市场战略、经营策略准备的情况下，是很难渡过难关的。疫情后期，各市、区市场监督管理窗口开放办公后，有大量企业前往办理注销。企业合规经营反映在企业经营管理中的方方面面，在任何时候都是非常重要的。

## 3. 分析报告涉及了民营企业外部经营环境问题

### (1) 行政职能方面。

人力资源社会保障行政部门、市场监管：在体检过程中了解到，省内各市关于劳动用工工时制备案问题没有充分落实（如不定时工时制的备案问题），导致

企业无法灵活用工，引发劳动纠纷不断。我国《劳动合同法》从2013年7月开始施行，而类似的行政职能还需相关部门不断加强完善。

财政部门、发展改革、人民银行、国有资产管理、金融监管等部门：受疫情影响，社会经济发展遭受重创，企业经营遭受前所未有的历史考验，资金链是企业生存的命脉，为帮助企业走出困境，需要有创造性的金融产品。

税务部门：因税收引发的行政诉讼是明显上升的趋势。辽宁企业居于税赋的高地，税收政策法律化是大趋势，在此前应当加强税务系统工作人员的法律学习，依法进行税收监管。

## (2) 社会组织方面

各省企业商会、地方企业社团：法人治理、企业合规建设，离不开社会力量的参与，参与国家法治建设的核心任务是按计划、有方法地组织会员企业领导者学法、懂法、用法。而在过去的实践中，这些方面还存在很大的探讨空间。

各专业协会：律师协会、会计师协会、税务师协会是国家法治建设的专业力量，会员运用专业知识帮助企业解决生产经营过程中的专业问题，因此各协会的任务更加重大。例如推行法律服务的产品化，企业法律顾问服务内容存在必然性和或然性，细化企业法律顾问服务内容，让法律服务内容产品化，让更多的企业了解法律服务的直观价值，有利于更多的律师走进企业，为企业提供有针对性的常年服务。

## (3) 司法支持方面

各级法院：随着与公司有关的纠纷案件日益增多，与此类案件立案难、审判实践少、执行难等问题不断显现出来。体检团队律师反馈，与公司有关的纠纷案件存在大量二审发回重审的案件，有的团队二审发回重审率达到80%以上，司法成本、时间成本、社会成本明显超过普通民事案件。从民事审判思维到商事审判思维的差异化转变，应当得到各级法院的重视。企业因债务被执行，既要考虑债权人利益同时尽快能让债务人不因被执行单位财产而无法经营。法院执行款迟迟不拨付的问题，越来越多地反映出来，胜诉案件执行款已经到达法院账户，但申

请执行人收不到执行款。疫情期间在企业停产停工的情况下，劳动者要求全薪工资，竟然得到法院支持。法院在审理国字号企业在平等民事主体纠纷中，存在犹豫和立场不坚定的问题。

各级检察院、公安机关：报案难：经济犯罪侦查部门，存在股东报案后迟迟不予受理，刑、民推诿的情况。企业家人身权保障：例如扫黑除恶中有的案件矫枉过正问题；存在抓、捕过程中证据不全等问题。

#### 4. 相关问题的建议与解决方案

(1) 加强全社会的基本法律常识学习。

企业投资人、管理者：学习《公司法》有利于保护股东权益、稳定核心管理团队；有利于改善企业合规经营理念，助力企业发展。学习《劳动法》有利于规范企业管理制度，减少劳资纠纷。

政府相关部门：学习《公司法》《劳动法》是国家法治社会建设的一部分；有利于帮助企业实现法律赋予的权利；有利于拉近与发达地区行政服务、行政管理水平。

(2) 加强《公司法》专业律师的培养。

从律师协会角度，鼓励公司法务回到律师事务所执业：从实践经验的角度讲，有在企业任职经历的律师更懂企业、更懂企业管理，更能服务好企业，而目前从事企业法律顾问的律师大多数没有在企业里工作的经验。为让全社会学好《公司法》、用好《公司法》，从专业协会角度，应当为社会输送大量的《公司法》专业律师。

省内各律师事务所成立《公司法》研究小组：针对越来越多的企业法律服务需求，解决疑难法律问题，研发常年法律服务产品，加强培养《公司法》专业律师人才。

(3) 设置企业税收优惠政策，刺激民营企业“造血”能力。

因地方政府关于税的征收减免不具备独立的立法权，不能实现在征收环节直接进行优惠减负，仅可在法律、行政法规已经规定的范围内制定减免税政策。根

据《财政部税务总局关于实施小微企业普惠性税收减免政策的通知》，建议因疫情原因导致中小企业发生重大损失，正常生产经营活动受到重大影响，缴纳房产税、城镇土地使用税确有困难的，可申请房产税、城镇土地使用税减半征收。此外，建议税务部门进行分配进入本级财政收入的部分进行返还、补贴等予以帮扶，实现为企业减轻负担的目的。

(4) 以政策为导向，支持省内的人才、资金、资源的内循环。

受疫情影响：全球的主要国家都在暂时性的逆全球化，大国都在搞贸易保护。一个以国内循环为主、国际国内互促的双循环发展的新格局正在形成。这样的形势下，通过循环来激活内需，集中力量办好自己的事，通过内需来促经济，充分发挥省内大市场优势，逐步形成以省内大循环为主体、省内省外双循环相互促进的新发展格局，提升产业链供应链现代化水平，大力推动科技创新，加快关键核心技术攻关，打造辽宁省未来发展新优势。

创新融资产品和服务：政府积极推动运用供应链金融、商业保理、应收账款抵质押、知识产权质押等融资方式扩大对中小企业的融资供给。相关政府部门充分发挥互联网金融便利快捷的优势，尽快开发疫情期间适合中小企业的融资产品，满足中小企业需要。发挥各地中小企业融资服务平台作用，积极开展线上政银企对接。协调银行、保险机构开放信贷、保险理赔绿色通道，加快放贷速度和理赔进度。

强化融资担保服务：引导各级政府性融资担保、再担保机构提高业务办理效率，取消反担保要求，降低担保和再担保费率。对于确无还款能力的中小企业，为其提供融资担保服务的各级政府性融资担保机构应及时履行代偿义务，视疫情影响情况适当延长追偿时限，符合核销条件的，按规定核销代偿损失。

推动和提升本地知名品牌，保护本地商品销售：为了拉动内需，刺激本地居民消费，首先要助推本地的知名商品的销售和服务，为本地商品的生产和服务提供更多的政策优惠，降低企业生产成本，从而降低消费价格，吸引消费者购买。

其次,建议本地政府采购应优先考虑采购本地产品,并以政府文件形式进行规定、传达和执行。

#### (5) 加强政府诚信体系建设

加强政府诚信体系建设、提高政府公信力是我国几代领导人一直坚持的治国理念。诚信建设是系统性问题,从学校教育、社会诚信体系建设、到政府诚信体系建设,每一个环节都需要几代人的努力。而政府诚信体系建设是整个系统中最为关键的一部分,能起到对全社会的指引、评价、预测、教育和强制的作用。

市场经济是法治经济,构建法治化营商环境,构建亲清政商关系、为市场主体平等竞争,厚植蓬勃发展土壤,辽宁省律师协会将在辽宁省司法厅的领导下继续开展“法治体检”工作,切实做好法治建设的“先锋队”,不留余力地为保障辽宁民营经济的高速发展出谋划策,将民营经济发展落到实处。只有保障民营经济发展,才能汇聚磅礴之力,收长远之功,促进国家治理能力和治理体系现代化,为实现中华民族伟大复兴的中国梦打下坚实的基础。