

# 浅析高校“双创”空间创业孵化过程中的法律风险

——以创新创业平台和学生创业者双主体为视角

牛宏伟

(北京大学深圳研究生院, 广东深圳, 518055)

**[摘要]** 随着党和国家对创新创业愈发重视,各高校纷纷建立了自己的学生创新创业平台。而“双创”平台与学生创业者无疑是大学生创新创业过程中最为重要而又密切相关的两个主体。以此双主体为视角进行切入,剖析学生创新创业过程中的各种法律风险,创业者可能会遇到与“双创”平台的法律纠纷、专利权归属不清和企业设立、融资、税收及管理等一系列法律问题,而“双创”平台则会面对入驻团队的日常管理、知识产权甚至融资担保等方面的法律风险。对此,提出相应的防控与救济措施,希望在实践中尽量避免或减轻以上法律风险可能带来的损失,更好地为高校学生创新创业保驾护航。

**[关键词]** 创新创业;法律风险;专利权;企业设立;融资;税收

**[中图分类号]** G647.38 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1674-893X(2020)03-0013-08

## 一、引言

早在2002年,党的十六大报告就指出,“创新是一个民族进步的灵魂,是一个国家兴旺发达的不竭动力,也是一个政党永葆生机的源泉”。2007年,党的十七大报告进一步指出,“以创业带动就业,完善支持自主创业、自谋职业政策,加强就业观念教育,使更多劳动者成为创业者”,“提高自主创新能力,建设创新型国家”。2012年,党的十八大报告再次提出“实施创新驱动发展战略”。纵览以上历次会议,党中央都对“创业”“创新”给予了高度的重视,彰显了其非同寻常的意义。

党的十八大以来,习近平总书记把创新摆在了国家发展全局的核心位置,高度重视科技创新,围绕实施创新驱动发展战略,加快推进以科技创新为核心的全面创新。习总书记在参加第十二届全国人大三次会议上海代表团审议时提出,“创新是引领发展的第一动力,抓创新就是抓发展,谋创新就是谋未来”;在中国科学院第十七次院士大会、中国工程院第十二次院士大会上提出,“科技是国家强盛之基,创新是民族进步之魂”;在全国科技创新大会、两院院士大会、中国科协第九次全国代表大

会上提出,“一切科技创新活动都是人做出来的”。党的十九大报告进一步指出,“创新是引领发展的第一动力,是建设现代化经济体系的战略支撑”。由此可见,习总书记把创新推至了一个新的高度,并强调创新的实质在于人才,希冀从培养人才着手,推动大众创新、万众创新的新局面。

为了响应党中央的号召,自2002年教育部正式发文确定清华大学、北京大学、中国人民大学等9所高校为创业教育的试点院校至今,各地均已形成了较为完备的大学生创新创业孵化基地,如北京赛欧科技园大学生创业孵化基地、首都大学生创业就业孵化基地、陕西省大学生创业孵化基地、重庆市大学生创业孵化基地、吉林省大学生创业园、湖南省大学生创新创业孵化基地,等等。

在此背景下,本文拟从高校“双创”平台(以下简称“平台”)与大学生创业者双主体出发,旨在分析在大学生创新创业过程中双主体可能存在的一系列法律风险,并寻找在各种风险下有效的防范控制手段和风险发生后的救济措施,从而使上述两个主体能够及时感知风险、预防风险以及降低风险损失,促使双主体能够做出正确的规划与部署,以期

**[收稿日期]** 2019-10-11; **[修回日期]** 2020-06-15

**[基金项目]** 深圳市创客专项计划项目“北京大学深圳研究生院青年创新创业中心(筑底空间)”(CKKJ20160401153029544)

**[作者简介]** 牛宏伟,山东枣庄人,北京大学深圳研究生院副院长,主要研究方向:高校创新创业管理与指导,联系邮箱:niuhw@pkusz.edu.cn

对大学生创新创业活动和平台的构建有所裨益。

## 二、大学生创新创业过程中存在的主要法律风险

### (一) 大学生创业者可能承担的法律风险

#### 1. 创客团队与平台的法律纠纷风险

由于本部分内容既属于创客团队的法律风险,又属于平台的法律风险,两者作为同一纠纷中的双方当事人,案件事实、争点、纠纷的成因等都具有高度的牵连性,而平台作为行使公权力的一方,通常应承担更多的义务和责任。因此,大学生创客团队与平台的法律纠纷将在下文详细讨论,在此便不再赘述。

#### 2. 有关专利权归属不清的法律风险

众所周知,一项科技成果的取得需要经过基础研究、应用研究、开发研究等复杂过程,需要大量的物质投入和艰辛劳动<sup>[1]</sup>。在此背景下,大学生创客团队通常无法独立具备资金、硬件设施、科研经验等全部条件。于是,在大学生创业过程中形成的专利权会出现一个有趣的现象,这种专利权通常是多方合作、共同作用的产物:某些社会资助企业向在校大学生提供相应的前期技术、硬件设备、科研环境;而平台则会提供科研基金、科研师资等支持。在此情形下,由于多方主体均对成果产生了原因力,专利权的归属难免出现争议。那么,这种专利权到底应当归属于谁呢?笔者认为应尝试通过以下两个层面来厘清专利权归属。

第一层,考察大学生创客团队与社会资助企业的关系,这种关系又分为两种表现形式:委托开发关系和合作开发关系。若两者间的关系为委托开发时,双方对专利权的归属有约定时应按约定处理;没有约定或约定不明时,据我国《合同法》第339条规定,当认为:①专利申请权属于“研究开发人员”(即创客团队);②当创客团队转让专利申请权时,委托人(即社会资助企业)享有优先受让权;③创客团队最终取得专利权的,社会资助企业可以免费实施该项专利。若两者间的关系为合作开发时,双方对专利权的归属有约定时应按约定处理;没有约定或约定不明时,据我国《合同法》第340条规定,当认为:①专利申请权由合作开发人共同享有;②合作开发当事人一方不同意申请专利的,另一方不得申请专利;③一方转让其专利申请权的,他方享有优先受让权;④取得专利权后,放弃自己共有的专利申请权的一方可以免费实施该项专利。

第二层,考察大学生创客团队与高校科研指导老师的关系。在高校老师指导创客团队完成发明创造的过程中,应着重考察哪一方提供了关键的创意、对最后形成专利起到了关键作用、对专利提供了更大的原因力。自然,该方对专利的完成具有更强的因果关系,也应当享有专利的所有权。换句话说,若创客团队为专利的创造贡献了更大的原因力,则专利权原则上应归属于创客团队;若科研指导老师为专利的创造贡献了更大的原因力,则专利权原则上应归属于指导老师。而值得肯定的是,科研指导老师对创客团队的指导行为通常应被解释为职务行为。据我国《专利法》第6条第一款规定:“执行本单位的任务或者主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位;申请被批准后,该单位为专利权人”,即在上述“指导老师为专利的创造贡献了更大的原因力”之情形中,当认为指导老师职务行为中的专利权应归属于其用人单位,即指导老师任职的高校。

#### 3. 创业企业设立时的法律风险

创业企业在新成立时,存在诸多的法律风险,诸如创业企业的组织样态选择、公司设立条件未满足的风险、登记审批程序不合法的风险,等等。

创业企业在面对企业样态选择时,创业者们首先应明确不同样态的企业组织形式的差异,尤其是有关责任承担的区别。根据《民法总则》的编章结构,不难发现个体工商户位于“第二章自然人”,有限责任公司、股份有限公司位于“第三章法人”,而个人独资企业与合伙企业则位于“第四章非法人组织”。对于属于自然人范畴的个体工商户,据《民法总则》第56条规定,个体工商户的债务应以个人财产或家庭财产承担无限连带责任。对于有限责任公司和股份有限公司,据《民法总则》第60条和《公司法》第3条规定,法人以其全部财产独立承担民事责任,而股东应以其认缴的出资额为限对公司承担有限责任。对于个人独资企业,据《个人独资企业法》第2条规定,投资人应以其个人财产对企业债务承担无限责任。而对于合伙企业,据《合伙企业法》相关规定,普通合伙人对合伙企业承担无限连带责任,而有限合伙人则以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担有限责任。因此,仅从责任承担的角度考量,创业企业选择成立有限责任公司或股份有限公司时,更利于创业者规避其债务承

担风险。

而当创业企业选择以公司样态进入市场时，接下来便会面临具体的设立条件的限制。根据我国《公司法》第23条和第76条规定，设立公司应具备以下条件：（一）股东或者发起人符合法定人数：有限责任公司由1~50人出资设立；股份有限公司由2~200人发起设立，其中须半数以上的发起人在中国境内有住所（参酌《公司法》第24条和第78条）。（二）有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额，或全体发起人认购的股本总额或募集的实收资本总额（尽管《公司法》于2013年取消了法定最低注册资本制，但公司章程规定的出资额仍可约束股东按额缴纳出资<sup>[2]</sup>）；（三）依法制定公司章程；（四）有公司名称，建立符合公司要求的组织机构；（五）有公司住所。

另根据我国《公司法》第6条规定，针对公司设立，我国原则上采取准则主义、例外时采取核准主义。而依学界通说，我国采取的是以设立登记为成立要件主义，而非对抗要件主义<sup>[2]</sup>。即在公司设立程序方面，对于创业企业设立一般公司而言，其需要取得设立登记，否则不能成立公司；而对于那些法律、行政法规要求需获得批准的特殊公司，则需要取得相关行政机关的批准，否则也不能成立公司。因此，对普通的创业企业而言，在满足公司设立条件的前提下，仍须要完成注册登记的程序要求，否则无法成功设立公司。

#### 4. 创业企业融资中的法律风险

首先，初创企业的经济实力较为薄弱，因此需要大量的外来资金来支撑企业的建立及运转。而在资金源的选择上，由于创业大学生群体欠缺生活阅历、社会经验、判断能力，很有可能误入歧途，选择一些P2P网络贷款或高息贷款作为资金来源。同时，由于创业企业一般无力提供适额的担保，很多初创企业均走向了民间借贷的道路，而民间借贷高额的利息及不规范的管理都有可能导导致不利后果。最后的结果往往是，创业企业无力偿还巨额本息，影响企业的资金链条，最终使企业走向灭亡。

其次，由于创业企业有时需要在短时间内获取大量融资，很多时候创业者将贷款对象瞄准了非特定自然人主体，许诺借款人以高于市场的利息以寻求快速融资。虽然这种方法能在短期内解决资金不足的问题，但极易导致某些严重的后果，有时甚至会构成非法集资罪、集资诈骗罪等，将面临刑法的

制裁。

最后，创业者若选择以公司的形式进入市场，且一旦公司章程约定了各投资者的出资额，投资者们便面临着自身出资不足的风险，甚至还要承担共同出资人出资瑕疵的担保责任。根据我国《公司法》第28条和第83条规定，在股东或发起人未完全履行出资义务或迟延履行出资义务时，应承担相应的违约责任。我们进一步思考，这里违反的是什么约定/合同呢？施天涛老师认为违反的是发起人协议，且尽管有限责任公司不存在法律意义上的发起人，但股东实际上充当了发起人的角色，故也一定存在明示或默示的发起人协议，因此无论哪种情形发起人协议均充当了约定各出资人出资义务的合同角色<sup>[2]</sup>。笔者赞同此种观点，且笔者认为当欠缺明示的发起人协议时，或可进一步将公司章程解释为发起人协议，毕竟公司章程得到大家的意思合致，且明确规定了各发起人的出资额。因此，当某一发起人出资不足时，他本人应承担补缴出资的责任，而其他发起人也应承担连带责任（参酌《公司法》第93条）。

#### 5. 创业企业人力管理中的法律风险

本部分中所谓创业企业人力管理的风险，主要是指创业企业与雇员签订劳动合同过程中所涉及到的合同风险以及违反相应公法规制而被行政处罚的风险<sup>[3]</sup>。创业企业成立后，需要招募一定数量的工人以维持必要的生产经营。在这个过程中，创业企业需要缔结一系列的劳动合同，从而受到《劳动法》《劳动合同法》的约束，因此也会面临违反劳动合同约定及相关法律法规的风险。

具体而言，创业企业应当着重关注劳动合同中的工伤纠纷、休息休假、合同解除条款、保密协议及竞业限制等几个方面。在工伤纠纷中，创业企业首先应注意及时缴纳工伤保险费，其次在工伤发生后应及时配合、协助社会保险行政部门进行工伤认定的调查。在休息休假中，创业企业应当严格遵从《劳动法》关于工作时长、休息权的规定。在劳动合同解除条款方面，创业企业应关注解除权行使的条件以及解除后的经济补偿金。在保密协议及竞业禁止方面，则需要设置相应的保密条款和竞业禁止条款以防止创业企业智力成果的泄露，从而避免智力成果泄露带来的经济损失。

#### 6. 创业企业税收中的法律风险

我国《企业所得税法》针对创业企业设置了一

系列的税收优惠,如:符合条件的小型微利企业减按20%的税率征收企业所得税、科技型中小企业研发费用以更高比例进行加计扣除、重点群体创业税收扣减、创业企业投资者自持有股权满2年后可按投资额的70%抵减创投企业的应纳税所得额。不仅如此,近期国家发改委等7部委正紧锣密鼓地制定支持创投发展的八大政策,以期配合去年出台的《创业投资企业管理暂行办法》,为创业企业提供更大的税收优惠支持。

税收优惠对创业企业而言自然是一件好事。但问题是,如果创业企业不了解相应的优惠政策则无法及时申报减免税,从而加重了企业的税收负担。同样地,如果创业企业错误地理解了税收优惠项目的门类及适用条件,也会造成违规避税的情形,形成偷税、逃税,受到税务机关的罚款,甚至构成违法犯罪而被判处刑罚。以上种种,不论是加重了企业的经营成本,还是造成了违规避税的不良后果,对创业企业而言都可谓是一种法律风险。

## (二) 平台可能承担的法律风险

### 1. 对创客团队进行日常管理中的法律风险

平台负责对入驻其下的创客团队进行日常管理,这种管理涉及方方面面,但通常只在三个阶段易发生法律纠纷:批准入驻阶段、分配创业基金阶段、强制退出阶段。究其原因,应是上述三个阶段与创客团队的利益密切相关,而对利益分配的不满则会导致法律纠纷的出现。

关于批准入驻阶段,平台对批准哪些创客团队入驻、拒绝哪些创客团队入驻有时未形成一个明确的标准,带有某些负责人强烈的主观意愿,这自然会造成某些创客团队的不满,从而引起法律纠纷。另外,有时平台虽有明确的入驻标准,但未进行公开透明的评选,也容易导致落选创客团队的怀疑,引起无端的猜忌。再者,即便是同时具备明确的入驻标准、透明的评选过程,但落选者难免心生不悦甚至怀恨在心,并恶意造谣中伤平台。

关于创业基金分配阶段,由于创业基金是创客团队形成初创企业的关键资金支持,一定程度上可以说创业基金决定了“创客团队的转型”(或称“创业企业的出生”)。其重要程度不言而喻。当然,一旦涉及金钱分配,便少不了矛盾纠纷,创客团队对创业基金分配多寡的纠纷更是不胜枚举。原因不外乎基金分配欠缺明确的标准、基金分配过程不透明、对必要时平台行使自由裁量权的质疑。以上种

种,均对平台基金分配造成了一定的阻碍,也加大了平台与创客团队之间的间隙,以致造成法律纠纷。

而关于强制退出阶段,通常双方对违规事实并无太大争议。此时,最大的纠纷在于创客团队对平台是否有权对自己进行强制退出产生质疑。双方无法达成共识,而平台又无法给出明确的法律依据,从而加剧了双方的矛盾,最后恼羞成怒、对簿公堂。

### 2. 对创客团队融资担保的法律风险

笔者认为对创客团队融资担保的法律风险问题实际上是个误导性的问题。换句话说,它应当有个适用的前提条件,即平台有资格为创客团队进行融资担保。那么平台到底有没有资格为创客团队进行法律担保呢?我们不妨一一检索相应的法律。笔者之所以提出了这个问题,是因为实践中经常听到有人讨论平台对创客团队融资进行担保而产生的法律风险,故在此略做探讨,希望可以避免不必要的口舌与争执。

我国《担保法》第9条规定:“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。”而平台作为高校法人的分支机构(分支机构并非独立的民事主体,仅作为高校法人的一部分)<sup>[4]</sup>,通常亦非从事营利性活动(排除该法第16条的适用,即“从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的,如无其他导致保证合同无效的情况,其所签定的保证合同应当认定为有效。”),自然也不得成为保证人。另据我国《物权法》第184条第3项规定:“下列财产不得抵押:……(三)学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施……”尽管该法第53条(“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体,以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的,人民法院可以认定抵押有效”)为其创制了例外,但根据法条用语该例外也仅限于社会组织为自身债务设立的抵押,因此高校也无法成为适格的抵押人。

虽然上述两法并未就以公益为目的的事业单位等社会组织的质押作出明确的禁止性规定,但笔者认为,据《担保法司法解释》第3条的规定,即“担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则”,并结合立法目的上的考量,法律规定禁止抵押的财产同样禁止质押。一个佐证便是《关于

制止地方政府违法违规融资行为的通知》(财预【2012】463号)的规定：“地方各级政府及所属机关事业单位、社会团体……不得以机关事业单位及社会团体的国有资产为其他单位或企业融资进行抵押或质押。”

因此，平台并无可能成为创客团队适格的担保主体，自然不存在相应的融资担保风险。至于平台中的个人(如平台负责人)或者其他的相关主体(如某一校友乃至校友会组织)提供的担保，只需适用一般的担保法规定，与本文主旨无涉，便不一一赘述了。

### 3. 专利权归属不清的法律风险

专利权归属不清的法律风险，既属于创客团队一方的风险，又属于平台一方的风险。而在上文，笔者已充分探讨过该问题，故在此部分不再赘述。

## 三、法律风险的防控与救济

(一) 大学生可能承担的法律风险的防控与救济

### 1. 与平台纠纷风险的防控、救济

笔者在上文分析中提到，创客团队有时对平台的批准入驻、基金分配、强制退出的决策会有争议。在纠纷防控的层面，仅从大学生创客团队一方无从解决，因此我们重点探讨在纠纷发生后，大学生创客团队应当如何救济自己的合法权利。

讨论这个问题的前提便是，我们需要界定平台行使批准入驻、基金分配、强制退出权力时的法律主体定性。笔者认为，首先应当肯定的是高校具有成为行政主体的资格。司法实践中，在2003年“田勇诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、毕业证”一案中，法院认为被告北京科技大学虽然不是法律意义上的行政机关，但是其属于“代表国家行使对受教育者颁发学业证书、学位证书的行政权力”。其次，平台作为高校法人的分支机构，自然在相关职权的行使上应解释为代理高校法人从事法律行为<sup>[5]</sup>。最后，在平台行使诸如批准入驻、分配创业基金、强制退出等权力时，带着浓厚的公权力色彩，承担着类似于公权力机关进行公共利益分配的角色，因此当认定为平台在行使行政职权。综上所述，在以上情形中宜认为平台(作为行政主体)在行使自己的行政职权。

将平台的上述行为解释为行使行政职权的范畴，带来的法律后果便是在此过程中产生的相关法律纠纷应适用《行政法》《行政诉讼法》的规定。

所以，当大学生创客团队对平台的上述决定不服时，首先可以申请上一级行政主体进行行政复议；若对复议的结果仍不满意，可进一步向相关法院提起行政诉讼，以维护自己的合法权益。

### 2. 专利权归属不清风险的防控、救济

根据上面分析，由于大学生创业过程中产生的专利权通常是多方合作、共同作用的产物，极易出现专利权归属上的法律纠纷。为防止上述纠纷的发生，应着重考虑以下几个方面。第一，创客团队应与其他方在相关协议中明确约定专利权的归属，以当事人之间的约定排除法律规则的适用。第二，当同社会资助企业约定不明时，应进一步甄别创客团队与社会资助企业间的关系，如是委托开发关系抑或是合作开发关系。如是前者当通过我国《合同法》第339条之规定解决权属纠纷，如是后者当通过我国《合同法》第340条之规定解决权属纠纷。第三，当同平台约定不明时，应确定哪一方为专利权的产生提供了关键的创意、提供了更大的原因力，由此来确定专利权的归属。

当然，一旦上述纠纷没有被成功防控，创客团队可以通过诉讼或者仲裁的途径解决专利权归属纠纷。而应注意的是，对于有关专利权案件的管辖，通常由专门的专利权法院或省市中院或省高院指定的中院及基层法院管辖，因此，创客团队应在上述法院中选择对自己更为便利的管辖法院进行起诉。

### 3. 创业企业设立时风险的防控、救济

由上文分析得知，从规避责任承担风险的角度，创业企业在设立时应选择承担责任较小的法人组织样态，即设立有限责任公司或股份有限公司的形式，仅须各出资人以自己的出资额为限承担责任。

而对于不满足《公司法》规定的设立条件之风险，大学生创业者首先应对《公司法》有所了解，并严格按照《公司法》第23条和第76条规定的5个条件来设立创业企业。

最后，对于创业企业设立时程序不合法之问题，大学生创业者应结合创业企业所从事的业务并结合相关行业法规的规定，判断其应适用设立准则主义还是设立核准主义。对于前者，大学生创业者仅需取得设立登记；而对于后者，大学生创业者则需要取得相关行政机关的批准。

### 4. 创业企业融资中风险的防控、救济

由于创业企业的经济实力较为薄弱,而对资金的需求又十分迫切,在实践中存在大量的创业企业因未能合理地处理融资风险而走向失败的情形。融资风险作为一种常见的、重要的风险,自然应引起创业企业的高度重视。

而对于防控融资风险,通常从以下方面着手。第一,创业企业应保证从正规的渠道进行融资,坚决杜绝从P2P网络贷款平台、高息贷款平台等非正规渠道进行融资。第二,创业企业应尝试通过质押知识产权方式向银行进行融资,尽量避免向不特定公众吸收存款的行为,远离非法集资罪、集资诈骗罪的隐患。第三,创业企业应在日常经营过程中,注意维护自身的资质信用,避免被列入失信企业名单。

对于每个单独的投资人个人而言,应按照自己认缴的出资额严格履行自己的全面出资义务,防止因违反出资额的约定而带来的不利后果。而对于某个投资人与其他共同出资人而言,每个投资人应监督其他共同出资人按其认缴的出资额出资到位,以避免因共同出资人瑕疵出资时而向公司债权人承担连带责任。

#### 5. 创业企业人力管理中风险的防控、救济

根据上文分析,创业企业人力管理的风险主要集中在劳动合同约定不合理和对相关法律规定的违反。

创业企业要想对人力管理风险进行有效的防控,首先应关注合同的内容层面。具体而言,创业企业应在合同上以相关条款明确约定用人单位和劳动者的权利义务,主要包括薪资、工作时间、休息休假、社会保险等。另外,创业企业需要考虑设置解除劳动合同的条款(如劳动者懒工、怠工超过一定期限),以期在某些必要情形下摆脱劳动合同的束缚。

其次,创业企业应按规定为劳动者缴纳工伤保险、职业病医疗保险等社会保险,以降低意外事件给企业带来的巨大打击,从而提高企业的抗风险能力。再次,创业企业应使劳动合同符合《劳动法》及相关行政法规的强制性规定(如有关最低工资标准、工作时长、休息休假等规定),以防止遭受相应的行政处罚。

最后,创业企业应注意防止企业智力成果的外泄,可通过与职工签订保密协议或竞业禁止协议等方式,以保障职工不敢轻易泄露工作过程中获悉的

商业秘密、智力成果。

#### 6. 创业企业税收风险的防控、救济

根据上面分析,创业企业因不知悉税收优惠政策而加重了企业的经营成本,或者因错误地理解了税收优惠政策而导致出现了违规避税的不良后果,以上均对创业企业构成法律风险。

因此,在创业企业防控税收法律风险层面,首先创业企业应及时了解相应的税收优惠政策,从而做到合法避税,以降低企业的税负,节省企业的运营成本。其次,创业企业应准确了解每一个税收优惠政策所适用的对象、适用的条件等,以避免违规避税带来的不利后果。当然,对于有能力的企业而言,聘请专业的税务咨询师更是一个理想的选择。

#### (二) 高校可能承担的法律风险的防控与救济

##### 1. 与创客团队纠纷风险的防控、救济

经上面分析可知,高校具有成为行政主体的资格,高校在行使批准入驻、创业基金分配、强制退出权力时属于行使自己行政职权的范畴。而行使行政职权,应把握评判标准一致、过程公开透明等原则,即平台应提前公布批准入驻、基金分配、强制退出等行为的评判标准,并公开上述行政行为的过程并积极接受监督,以避免不必要的纠纷。

另外,平台应耐心向创客团队解释自己行政裁量权的正当来源,如平台在批准创客团队申请入驻时有取舍的权利。所谓行政裁量权,是指在行政管理的事项中(包括行政决策、行政执行、行政监督、行政处罚等),行政机关和执法人员在法律规定的范围内享有一定限度的自主决定权。正如美国行政法学者施瓦茨所言,“行政裁量是行政权的核心,没有行政裁量就没有行政管理”<sup>[6]</sup>。那么,为什么行政权是必要的呢?姜明安教授认为,行政裁量权是法律应然向法律实然转化中的矛盾导致的。他认为,行政裁量权的必要性和合理性来源于以下四点:①行政管理事务的无限性与法律的有限性间的矛盾使然;②行政管理事务的专业性与立法者的非专业性间的矛盾使然;③政治、政策需要相对灵活性与法律需要相对稳定性的矛盾使然;④形式正义要求公平性与实质正义要求公正性间的矛盾使然<sup>[7]</sup>。因此,基于以上种种原因,平台在行使行政职权的过程中应当享有一定的行政裁量权。而平台本身在具备相应的行政裁量权的前提下,若遭受落选创客团队的诽谤及恶意中伤,自可寻求相应的名誉权救济甚至可对诽谤者提起刑事自诉以维护自

己的合法权益。

而关于某些极端情况(如：法律政策重大变更、某类创业领域不再被保护)出现时，平台是否有权单方解除入驻协议甚至将某些创客团队强制退出，应参酌行政优益权的概念。根据莫于川教授的观点，行政优益权是指国家为行政主体行使职权提供的行为优先条件和物质保障条件<sup>[8]</sup>。而根据江必新法官的观点，在行政合同中，行政机关享有行政优益权，指根据公共利益的需要，行政机关可以依职权执行合同，可以在行政合同中规定当事人对于第三人享有某些特权，可以自由解除合同、变更合同，具有超过民商事合同的指挥和监督权力等<sup>[1]</sup>。因此，当出现诸如上述极端情形时，平台一味严守行政合同会导致不公平现象的出现，从而对社会公共利益造成重大的损害。此时，平台可基于行政优益权单方解除入驻协议，从而将某些创客团队强制退出。但值得注意的是，行使行政优益权一定要符合比例原则，即在只有不得不行使行政优益权之情形时(只有通过行使行政优益权才能解决问题，通过其他替代途径解决不了问题)，平台才得以行使该权力。另外，平台在行使行政优益权后，若给行政相对人造成损失的，应给予一定的补偿。

#### 2. 专利权归属不清风险的防控、救济

根据上文分析，当高校科研指导老师为专利的创造贡献了更大的原因力时，平台应享有专利的归属权。因此，对于平台来说，为避免同大学生创客团队产生不必要的法律纠纷，可事先就专利权的归属以协议的方式作出明确约定。当然，对于科研指导老师主张专利权归属的情形，应明确告知其《专利法》第6条第1款的规定，以避免不必要的口舌之争。

而对于专利权归属纠纷没有被成功防控时，可参照上文分析，选择对自己更为便利的管辖法院进行起诉。

#### 四、结语

经过上述分析，大学生创新创业过程中存在的法律风险主要为：创业过程中专利权归属不清的风险，创业企业责任过高及创业企业设立不成的风险，创业企业通过非正规渠道融资及投资人出资瑕疵的风险，创业企业劳动合同约定不合理和违反相关公法规定的风险，创业企业未及时知悉税收优惠政策及错误理解税收优惠政策的风险，平台与大学生创业者间的法律纠纷风险。

针对预防层面，平台与大学生创业者应当首先形成良好的法律风险防范意识，这也要求相关高校积极地对大学生创业者展开法律风险教育并进行自我学习，从而使良好的法律风险防范意识成为实现创新创业可持续发展的基本保证<sup>[9]</sup>。其次，平台与大学生创业者应事先同可能产生纠纷的他方进行明确约定(如：对平台与创客团队之间的权利义务作出约定、对创业过程中的专利权归属作出约定等)，这当然也涉及合同起草、条款拟定等技术层面的要求。再次，一旦平台与大学生创业者未与相对方作出明确约定，应寻求法律规则默认的保护，这便要求平台与大学生创业者对相关法律规定有一定了解；同时，也使大学生创业者不因违反相关法律、行政法规的强制性规定而遭受处罚。从次，大学生创业者应注意选择合理合法的渠道来源(如正规的融资渠道)，从而规避面临行政处罚甚至刑罚的危险，以避免自己陷入不必要的麻烦。最后，大学生创业者应考虑购买相应的社会保险，以提高自己的抗风险能力，维持企业的正常、稳定运转。

而针对救济层面，平台与大学生创业者应考虑采取仲裁或者诉讼等争议解决方式。而一旦进入诉讼，平台与大学生创业者应注意选择管辖法院的问题，在法律允许的范围内选择对自己更为便利乃至审判更有利于自己的法院进行起诉。

以上所述种种，看似繁多，但仍有可能对大学生创新创业过程中的一些法律风险有所遗漏。不足之处，笔者希望能够得到诸君的批评指正。藉此，以构建完善的创新创业法律风险理论体系，更好地保护平台与大学生创业者的合法权益，从而为大学生创新创业活动服务。

#### 参考文献：

- [1] 江必新，梁风云. 行政诉讼法理论与实务[M]. 北京：北京大学出版社，2009.  
JIANG Bixin, LIANG Fengyun. Theory and practice of administrative procedural law[M]. Peking: Peking University Press, 2009.
- [2] 施天涛. 商法学(第3版)[M]. 北京：法律出版社，2006.  
SHI Tiantao. Commercial law (3rd edition)[M]. Peking: Law Press, 2006.
- [3] 沙良永. 新时期大学生创业面临的法律问题分析[J]. 教师教育论坛，2011(9): 70-73.  
SHA Liangyong. Analysis of legal problems facing

- college students in the new era[J]. *Teacher Education Forum*, 2011(9): 70-73.
- [4] 江平. 民法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.  
JIANG Ping. *Civil law*[M]. Peking: China University of Political Science and Law Press, 2000.
- [5] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013.  
ZHU Qingyu. *General theory of civil law: The general theory of civil law*[M]. Peking: Peking University Press, 2013.
- [6] 伯纳德·施瓦茨. 美国最高法院史[M]. 毕红海, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.  
BERNARD S. *History of the supreme court of the United States*[M]. Trans. BI Honghai, et al. Peking: China University of Political Science and Law Press, 2005.
- [7] 姜明安, 毕雁英. 行政法与行政诉讼法教学案例[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006.  
JIANG Mingan, BI Yanying. *Administrative law and administrative procedure law teaching case*[M]. Peking: Peking University Press, 2006.
- [8] 莫于川. 行政职权的行政法解析与建构[J]. *重庆社会科学*, 2004(1): 74-81.  
MO Yuchuan. *Analysis and construction of administrative law of administrative power*[J]. *Chongqing Social Sciences*, 2004(1): 74-81.
- [9] 黄艳葵. 大学生创新创业法律风险防范意识培养的问题与对策[J]. *法制与经济*, 2017(4): 17-19.  
HUANG Yankui. *Problems and countermeasures of cultivating college students' awareness of legal risks in innovation and entrepreneurship*[J]. *Legal System and Economy*, 2017(4): 17-19.

## On the legal risks in incubating college I&E platform: A perspective of the university's innovation and entrepreneurship platform and students as dual subjects of entrepreneurship makers

NIU Hongwei

(Peking University Shenzhen Graduate School, Shenzhen 518055, China)

**Abstract:** With the Communist Party and the national increasing attention to innovation and entrepreneurship, many universities have established their own innovation and entrepreneurship platforms for college students (I&E). Undoubtedly, the "I&E" platform and college students are the most important and closely related subjects in the process of college students' innovation and entrepreneurship. This article intends to make a thorough analysis of various legal risks in the process of college students' innovation and entrepreneurship from the perspective of these two subjects. On the one hand, entrepreneurs may encounter legal disputes with the platform, unclear ownership of patent rights and a series of legal problems such as enterprise establishment, financing, taxation and management. On the other hand, "I&E" platform will face legal risks as the daily management of the resident team, intellectual property rights and even financing guarantee and other risks. To solve this problem, it is necessary to propose corresponding prevention and relief measures with the hope to avoid or reduce the above legal risks in practice and to better escort college students' innovation and entrepreneurship.

**Key Words:** innovation and entrepreneurship; legal risk; patent rights; establishment of enterprises; financing; taxation

[编辑: 何彩章]