



第5期 2010年3月

法律观察

Legal Insight

Legal Insight  
法律观察

**V&T** V&T LAW FIRM  
万商天勤律师事务所

**V&T** V&T LAW FIRM  
万商天勤律师事务所

5

主编：王霁虹

编委：张 志

徐 猛

李 宏

徐志光

徐寿春

编辑：黄彬琳

第5期 2010年3月

# 法 律 观 察

# Legal Insight

V&T LAW FIRM  
万商天勤律师事务所

[www.vtlaw.cn](http://www.vtlaw.cn)

北京

地址：北京市朝阳区东四环中路39号  
华业国际中心A座3层（100025）

电话：86-10-82255588 85711188

传真：86-10-82255600

深圳

地址：深圳市深南大道4013号  
兴业银行大厦21楼（518048）

电话：86-755-83026386 83026389

传真：86-755-83026828 83026990

上海

地址：上海市浦东新区福山路458号  
同盛大厦11楼（200122）

电话：86-21-50819091

传真：86-21-50819591

© 万商天勤律师事务所版权所有



# 目录

- 02 事务所动态
- 15 万商天勤律师事务所2009年度业务发展报告
- 24 跟随及本土化策略在律师事务所营销中的运用  
张志
- 26 现行法律体系下矿业权转让制度的研究  
徐猛 周游
- 31 论ADR争议解决机制在中国建设工程领域的应用  
王霁虹
- 36 对赌协议及其对企业在创业板上市的影响  
郭磊明
- 40 上市公司破产重整相关法律问题探讨  
李季先
- 44 开发商参与土地一级开发相关法律问题探讨  
何帅领 张振堂
- 48 由“京城环保第一大案”看重大环境污染事故罪的认定  
王霁虹 石杰
- 53 从实际案例看重复保险与保险竞合的区别  
栾永明
- 58 商标反向假冒亦构成商标侵权  
陈祥龙
- 60 从“事件式”信息营销活动看当前个人信息权的法律保护  
齐岩冰
- 65 万商天勤2009年总结表彰大会暨2010年新年联欢会图片集锦

## 事务所动态

- 本所入选Chambers首届中国卓越建筑律师事务所大奖提名
- 王霓虹律师入选Who's Who Legal 全球顶尖建筑律师
- 本所正式启动证券项目申报内核制度
- 本所承办的海南海峡航运股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市
- 本所承办的黑牛食品股份有限公司IPO项目通过中国证监会审核
- 本所承办的云南临沧鑫圆锆业股份有限公司IPO项目通过中国证监会审核
- 本所承办的威海华东数控股份有限公司公开增发A 股股份项目通过中国证监会审核
- 本所为华侨城集团资产整体上市项目提供法律服务
- 本所承办的航天科技控股集团股份有限公司重大资产重组项目通过中国证监会审核
- 本所承办金世旗国际控股股份有限公司申请豁免要约收购项目获得中国证监会核准
- 本所担任北京爱国者存储科技有限公司常年法律顾问
- 本所承办的中国信达资产管理公司5.7亿元债权处置项目取得突破性进展
- 本所为北京外企人力资源服务有限公司股权转让项目提供专项法律服务
- 本所担任国投财务有限公司2010年度常年法律顾问并为其增资扩股项目提供专项法律服务
- 本所为北京怡成生物电子技术有限公司私募股权融资项目提供法律服务
- 本所为华侨城多期短期融资券、中期票据提供法律服务
- 本所签约青岛海力威密封有限公司提供IPO专项法律服务
- 本所签约广西新未来信息产业股份有限公司提供IPO专项法律服务

- 本所担任环境保护部信息中心常年法律顾问
- 本所为外交公寓建外项目提供专项法律服务
- 本所为北海“南国天堂文化旅游城”地产并购项目提供法律服务
- 本所担任深圳市华来利小额贷款股份有限公司、深圳市富海荣基投资担保有限公司常年法律顾问
- 张志律师在香港两岸四地律师高峰论坛发表专题演讲
- 王霓虹律师在“2009高速铁路国际峰会”发表专题演讲
- 张志律师出席中信银行信用卡中心高端合作伙伴酒会
- 李宏律师应邀出席中国产业发展促进会2009年度会议
- 徐猛律师担任中国民航工程咨询公司项目评审专家
- 徐猛律师主持北京市律师协会“合伙的艺术”年会
- 王霓虹律师参加中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁规则》修订座谈会
- 王霓虹律师在美国律协第39届环境法大会发表专题演讲
- 徐猛、王霓虹律师荣获“社会公益法律服务先进个人”表彰
- 刘利彪律师担任深圳市中小企业改制上市专家服务团专家
- 梁华律师受邀出席“深圳市房地产买卖合同示范文本”研讨会
- 美国Greenberg Traurig(GT)律师事务所高级合伙人访问本所
- 徐猛律师获长江商学院EMBA学位

### ■ 本所入选Chambers首届中国卓越建筑律师事务所大奖提名

全球著名的法律评级机构钱伯斯 (Chambers and Partners) 近期公布了首届中国法律卓越奖候选名单, 本所荣膺中国卓越建筑律师事务所大奖提名。

总部位于伦敦的Chambers and Partners是世界各地法律评级的先驱, 自1985年就开始向全世界发布法律职业知名律所和律师的排名, 旨在表彰各专业领域表现出众的律所, 并综合其过去一年的出色项目、卓越谋略和优质服务等因素进行广泛且独立的调查而提名, 在业界属于世界权威评价。钱伯斯首届中国卓越律师事务所颁奖典礼将于2010年4月20日在北京中国大饭店举行。

### ■ 王霁虹律师入选Who's Who Legal 全球顶尖建筑律师

基于多年来在城市基础设施、建筑、地产领域的斐然业绩和专业影响力, 王霁虹律师被Who's Who Legal 评为2010年度全球顶尖建筑律师。本年度在全球范围内共有424名建筑律师入选, 其中中国选区有四名律师, 王霁虹律师为唯一入选的中国律师, 其他三名律师分别为来自众达(Jones Day)律师事务所的Ashley Howlett和来自品诚梅森(Pinsent Masons)律师事务所的John Bishop和Hew Kian Heong。

Who's Who Legal乃全球知名的法律排名机构, 针对全球30个活跃商事法律领域, 通过对各个国家客户及专业人士的调查和访问, 提名各个领域的顶尖律师, 从而满足优质客户在最短时间找到专业律师的服务需求。

### ■ 本所正式启动证券项目申报内核制度

基于对事务所证券法律业务的风险防范、品牌维护及良性发展的考虑,历经半年之久的酝酿和多次讨论后,由本所合伙人李宏律师牵头起草的《证券法律业务发展指引及管理暂行办法》、《证券法律业务收案制度》、《证券法律业务内核工作小组工作规则》和《证券法律业务技术支持小组规则》于2010年开始正式实施。本所同时成立了万商天勤资本市场业务发展与指导委员会,下设收案审查小组、技术支持小组和内部审计小组,委员会成员均由本所具有丰富证券法律执业经验的合伙人担任。

3月12日,本所举行了证券项目申报首次内核会议,李宏律师做了制度启动发言。首次内核会议由毛国权、薛莲、李季先三名内核成员组成内核小组,对徐春霞律师承办的浙江展诚建设集团股份有限公司IPO项目进行了内部审计,内核成员提问及经办律师答复约1个小时,该项目顺利通过了内部审计。

证券业务乃本所重要支柱业务,占本所业务创收额的50%以上。随着本所证券业务的持续扩张,风险及质量控制为本所合伙人高度重视。为从根本上把握本所证券业务的服务质量,从源头上控制证券业务的风险,本所率先推行了能有效控制质量和风险的证券项目申报内核制度。该项制度的实施对年轻律师的业务提升起到了很好的带动作用。

### ■ 本所承办的海南海峡航运股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市

由温焱、王冠律师承办的海南海峡航运股份有限公司首次公开发行股票并上市项目于2009年12月16日在深圳证券交易所中小板挂牌上市,募集资金13.3亿元。海峡航运是国内首家客滚运输上市公司,也是海南省首家中小板上市公司。海峡航运的上市结束了海南省近7年内没有新上市公司的历史,该公司是南海区域内客滚运输的龙头企业。



**■ 本所承办的黑牛食品股份有限公司IPO项目通过中国证监会审核**

由李季先、郭磊明、张菁律师承办的黑牛食品股份有限公司首次公开发行股票并上市项目,于2010年1月8日顺利通过中国证监会发行审核委员会2010年第3次会议审核。黑牛食品股份有限公司是全国大型的豆奶粉生产企业之一和国内最具核心竞争力的营养麦片生产企业之一,并在食品行业具有举足轻重的地位,是豆奶粉国家标准、营养麦片行业标准的制定单位之一。公司生产的豆奶粉被国家绿色食品发展中心认定为"中国绿色食品", "黑牛"豆奶粉被中国名牌战略推进委员会评定为"中国名牌产品"。

**■ 本所承办的云南临沧鑫圆锆业股份有限公司IPO项目通过中国证监会审核**

由本所承办的云南临沧鑫圆锆业股份有限公司首次公开发行股票并上市项目,于2010年2月26日顺利通过经中国证券会发行审核委员会2010年第30次会议审核,获有条件通过。云南临沧鑫圆锆业股份有限公司是目前国内锆产业链最为完整、锆金属保有储量最大、锆产品产销量最大的锆系列产品生产商和供应商,主要生产的生产能力、产销量均位居国内第一。该项目的签字律师为胡刚、孙冬松。

**■ 本所承办的威海华东数控股份有限公司增发A股股份项目通过中国证监会审核**

由本所承办的威海华东数控股份有限公司增发A股股份项目于2010年2月8日顺利通过中国证券监督管理委员会发行审核委员会2010年第28次会议审核,获无条件通过。该项目的签字律师为胡刚、孙冬松。

### ■ 本所为华侨城集团资产整体上市项目提供法律服务

“华侨城A” (SZ: 000069) 发行股份购买华侨城集团相关资产项目, 于2009年11月11日正式实施, 实现华侨城集团整体上市。整体上市完成后, “华侨城A” 总股本由26.2109亿股上升至31.0748亿股, 总市值达到656.3亿元。本所宋阳、郭磊明律师作为华侨城集团公司的律师为该项目提供了法律服务。

### ■ 本所承办的航天科技控股集团股份有限公司重大资产重组项目通过中国证监会审核

由温焜、王冠、罗超律师承办的航天科技控股集团股份有限公司重大资产重组项目于2009年12月21日通过中国证监会并购重组委员会审核。本次重组的顺利完成, 将使航天科技成为以航天智能控制技术为核心的、军民结合产业化发展的重要平台。

### ■ 本所承办金世旗国际控股股份有限公司申请豁免要约收购项目获得中国证监会核准

由温焜、王冠律师承办的金世旗国际控股股份有限公司向中国证券会申请豁免要约收购中天城投 (证券代码: 000540) 股权业务, 于2010年2月10日获得中国证券会的核准。本次股权收购是金世旗国际控股股份有限公司履行其2009年6月作出未来12个月内增持中天城投不超过2%股权的承诺。通过本次收购, 金世旗国际控股股份有限公司进一步巩固了其控股股东地位, 并有效提升中小股东对于中天城投股票的信心。

### ■ 本所担任北京爱国者存储科技有限公司常年法律顾问

2010年3月17日, 本所李宏、关键、卢二松律师受聘担任北京爱国者存储科技有限公司的常年法律顾问。北京爱国者存储科技有限公司主要从事研究、开发、生产广义移动存储产品, 是国内著名的移动存储设备供应商, 同时也是首个进驻奥林匹克博物馆的中国高科技品牌。

**■ 本所承办的中国信达资产管理公司5.7亿元债权处置项目取得突破性进展**

本所受中国信达资产管理公司北京办事处委托,自2006年起为其与北京金马长城房产建设有限责任公司借款纠纷5.7亿元债权处置项目提供专项法律服务,债权系原中国银行及中国工商银行不良贷款债权,2004年转让至中国信达资产管理公司北京办事处。本所组成了由徐猛、茅麟、杨立峰等律师组成服务团队,经过长达3年的努力,历经2次拍卖,最终协助客户以3.76亿元完成以物抵债,成功获得飘亮广场一层及地下一层约30000平米商业面积的所有权,取得了突破性进展。

**■ 本所为北京外企人力资源服务有限公司股权转让项目提供专项法律服务**

自2009年11月起,本所受北京外企人力资源服务有限公司(FESCO)委托,为其旗下子公司股权挂牌转让项目提供专项法律服务。本所联合上海办公室组成了以合伙人徐猛为主办律师,合伙人陈凯、董越、文成炜、吴卿、马俊、杨海波等为具体承办律师的强劲项目服务团队,为客户提供了从前期尽职调查、交易所挂牌、到商务谈判、后期股权变更登记的全过程、全方位的法律服务。普华永道作为财务顾问也参与了该股权转让项目。

**■ 本所担任国投财务有限公司2010年度常年法律顾问并为其增资扩股项目提供专项法律服务**

国投财务有限公司系于2009年2月经中国银监会批准设立的企业集团财务公司,经过一年来的发展,总资产已经达到534,644万元。继2009年本所提供服务以来,凭借专业的金融机构法律服务经验,2010年本所继续受聘担任其常年法律顾问,由合伙人徐猛、马婧、文成炜等律师为其日常运营提供全方面法律支持。

此外,本所还就其增资扩股事宜提供专项法律服务,目前已完成申报文件的准备工作,近期将正式呈报中国银监会。

### ■ 本所为北京怡成生物电子技术有限公司私募股权融资项目提供法律服务

本所受北京怡成生物电子技术有限公司委托,为其私募股权融资项目提供专项法律服务。本项目由徐猛、文成炜、吴卿等律师主办,为客户提供前期尽调、商务谈判、文件起草等全程法律服务。目前,北京怡成生物电子技术有限公司已经成功完成A轮融资,融资额为7000万人民币。

### ■ 本所为华侨城多期短期融资券、中期票据提供法律服务

本所受华侨城集团公司委托,为其发行2010年度第一期短期融资券(20亿)和第一期中期票据(20亿)提供法律法律服务,都将于近期向全国银行间债券市场机构投资者发行。自2008年,本所已协助华侨城集团公司完成超过100亿的融资融券法律服务。该项目主办律师为宋阳律师和郭磊明律师。

### ■ 本所签约青岛海力威密封有限公司提供IPO专项法律服务

本所徐猛律师受青岛海力威密封有限公司委托,为其改制上市项目提供专项法律服务。青岛海力威密封有限公司是专业从事高分子新材料的中外合资企业,主要研发生产橡胶密封件、橡胶减振制品及其它橡胶模压制品,为中国一汽等众多知名汽车厂提供配套服务。此外,公司研制的铁路建设减振制品,已经进入产业化阶段,随着中国高速铁路建设的高速发展,将给公司带来更大的契机。

### ■ 本所签约广西新未来信息产业股份有限公司提供IPO专项法律服务

受广西新未来信息产业股份有限公司委托,本所受聘担任其首次公开发行股票并上市的专项法律顾问,徐猛、文成炜、周游等律师担任该项目承办律师。目前该项目已进入上市辅导阶段,预计2010年中后期进行正式申报。广西新未来信息产业股份有限公司是广西自治区唯一一家生产氧化锌压敏电阻器芯片、成品及避雷器、SPD防雷模块、防雷产品等敏感元器件的厂家,产品主要应用于家用电器、工业电器和电力领域等领域,客户主要为台湾九尹、台湾光碁、韩国三星和LG以及美的、春兰等知名企业。2008年,广西新未来信息产业股份有限公司被中国电子元件行业协会评为全国百强企业,它也是广西唯一一家进入全国百强的企业。

#### ■ 本所担任环境保护部信息中心常年法律顾问

基于在政府采购法律服务的专业经验，本所在环境保护部信息中心对法律服务机构的遴选中最终胜出，受聘担任其常年法律顾问。环境保护部信息中心承建的“国家环境信息与统计能力建设项目”是由中央投资的全国范围内实施的信息化项目，项目投资额约10亿，采用政府采购的方式进行。目前由王霁虹、高丽春、石杰、谢颐、张晓峰律师组成的专业团队，正在为该项目提供全面法律支持。

#### ■ 本所为外交公寓建外项目提供专项法律服务

作为外交部隶属机构，北京外交人员房屋服务公司是为各国驻华使馆、国际组织代表机构、各新闻机构驻京代表处及其人员在华工作和生活提供办公、住宅用房及其相关服务的专业公司。本所王霁虹、高丽春、张晓峰律师受该公司委托，为其位于建国门外的外交公寓东区改造工程项目提供前期策划、实施及合同管理等全过程法律服务。

#### ■ 本所为北海“南国天堂文化旅游城”地产并购项目提供法律服务

王霁虹、肖延人、谢颐律师受客户委托，就关联方收购并开发建设“南国天堂文化旅游城”地产项目事宜提供方案设计与交易架构论证、尽职调查、协议草拟和修订以及谈判等专项法律服务。该项目土地开发面积约36万平方米，本所已完成对投资人、项目公司以及项目的法律尽职调查工作和相关法律论证，即将就交易双方股权收购协议事宜展开谈判。

#### ■ 本所担任深圳市华来利小额贷款股份有限公司、深圳市富海荣基投资担保有限公司常年法律顾问

深圳市华来利小额贷款股份有限公司是经深圳市政府正式批准设立的深圳市第一家专营小额贷款业务的公司，深圳市富海荣基投资担保有限公司是一家注册资金为1.52亿人民币的专业投资担保公司，本所刘利彪律师接受上述公司聘请，担任其常年法律顾问，提供投资、担保等金融法律服务。

#### ■ 张志律师在香港两岸四地律师高峰论坛发表专题演讲

2009年11月28日,首次两岸四地律师高峰论坛在香港举行,此次会议旨在探讨大中华地区经济迅速发展下的法律服务合作,来自港澳台及京沪粤9个城市的律师代表200余人应邀参会。香港特区政府行政首长曾荫权、律政司司长黄云龙到会致辞。本所张志律师在会上发表了《大中华法域下中国律师的合作共赢》的专题演讲。

#### ■ 王霁虹律师在“2009高速铁路国际峰会”发表专题演讲

随着中国高速铁路时代的来临,“2009高速铁路国际峰会”于2009年11月20—21日在北京希尔顿逸林酒店隆重召开。来自法国、英国、美国、比利时、韩国、西班牙等国家铁路以及我国京沪、京津等高速铁路的专家及代表,共同探讨高速铁路发展的经验和理念。在飞速发展的高铁建设中,融资问题无疑成为与会代表所关心的热点。王霁虹律师在会上发表了题为《特许经营融资模式在铁路实践中的探索》专题演讲,就特许经营融资模式在铁路项目中的运用,特别是特许经营招投标及合同谈判过程中的热点和疑难法律问题与参会人员进行了深入交流,并就基础设施特许经营立法提出了相关建议。

#### ■ 张志律师出席中信银行信用卡中心高端合作伙伴酒会

2010年1月28日,张志律师受邀出席中信银行信用卡中心高端合作伙伴酒会。本所自2009年起受邀担任中信银行信用卡中心的法律顾问,栾永明、杨磊、黄晓娅等律师作为主要承办律师参与了法律顾问服务工作。

#### ■ 李宏律师应邀出席中国产业发展促进会2009年度会议

本所合伙人李宏律师作为中国产业发展促进会的常务理事及法律顾问,于2009年12月18日参加了该机构第一届理事会第五次会议,参加此次会议的还有来自中国城市建设与房地产、环保与节能减排、高新技术、投资等各行业的大型企业和国内外从事产业发展和政策的研究机构,以及政府部门代表,共同围绕产业政策、产业发展战略和规划进行了广泛而深层次的沟通交流。

### ■ 徐猛律师担任中国民航工程咨询公司项目评审专家

应中国民航工程咨询公司邀请,徐猛律师近期受聘担任中国民航工程项目评审专家,参与其国内机场、航空公司重大建设项目、投资项目、合资项目以及并购项目的评审,为项目可能涉及的各类法律风险提供专业意见。

### ■ 徐猛律师主持北京市律师协会“合伙的艺术”年会

2009年11月14日,由北京市律师协会主办,本所徐猛律师主持的“合伙的艺术”主题年会成功举行,本次年会邀请了来自于全国16家著名律师所的合伙人演讲嘉宾,8位资深司法官员和管理学家等特别嘉宾,以及全国各地200多位律师共同参会。本次年会是“纪念北京律师恢复三十周年系列活动”之一,徐猛律师作为北京律师协会律师事务所管理指导委员会副主任,参与组织并策划了此次活动,与各方来宾就事务所管理进行了充分的经验交流。

### ■ 王霁虹律师参加中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁规则》修订座谈会

2010年3月17日,王霁虹律师受中国国际经济贸易仲裁委员会邀请出席《仲裁规则》修订征询意见的座谈会。座谈会就贸仲2005年《仲裁规则》(2005年5月1日起施行)的修改、完善进行了讨论。王霁虹律师结合仲裁及律师实践,围绕:“规则在适用中存在哪些不便操作、不可操作之处?规则如何体现贸仲的特色?如何体现吸引力和竞争力?规则规定可以适用其他仲裁规则是否有必要?适用其他规则时仲裁程序是否存在不便操作之处?规则第二条第八项的规定是否需要改进?是否要增加合并审理的规定?”等多项议题发表了针对性的意见和建议。

### ■ 王霁虹律师在美国律协第39届环境法大会发表专题演讲

2010年3月17日至26日,美国律师协会第39届环境法大会在盐湖城召开,中国律协派团首次参加。王霁虹律师作为中华全国律师协会环境与资源法专业委员会参会团的重要成员,分别在美国律协环境法大会和华盛顿威尔逊中心的中国环境论坛上发表了题为《中国环境资源领域的法律实践及问题》的英文演讲,得到了与会者的一致好评。随后,代表团还访问了美国司法部及环保署,就两国关心的环境资源问题以及未来合作等事宜进行了友好交流与沟通。此次出行开启了中美两国环境、资源与能源律师有史以来的第一次深入学术交流。

### ■ 徐猛、王霁虹律师荣获“社会公益法律服务先进个人”表彰

2010年1月,北京市朝阳区司法局举行了社会公益律师表彰大会,本所徐猛律师和王霁虹律师分别荣获“社会公益法律服务先进个人”。徐猛律师作为中国红十字会基金会法律顾问,服务其助医、助学项目;王霁虹律师则作为延庆县人民政府、中华环境保护联合会、中华环境保护基金会的法律顾问,为政府事务、环境保护提供全面法律支持,两位律师服务社会公益的事迹,受到了主管部门的充分肯定。

### ■ 刘利彪律师担任深圳市中小企业改制上市专家服务团专家

为抵御金融海啸对深圳中小民营企业的不断侵袭,随着《关于扶持深圳市中小企业改制上市的若干措施》的出台,深圳市中小企业改制上市专家服务团在深圳市政府的支持下,不断为深圳市中小企业改制上市提供着个性化的服务。本所刘利彪律师近期受聘担任服务团专家,为中小企业提供上市培育、融资环境改善以及融资难题解决等特色服务。



### ■ 梁华律师受邀出席“深圳市房地产买卖合同示范文本”研讨会

2010年2月3日,梁华律师接受深圳市房地产协会邀请,参加了其主办的深圳市房地产买卖合同(预售)示范文本(2009版)征求意见稿研讨会。万科、中海、招商、华侨城、金地、华来利、东海等知名房地产企业代表也应邀出席了此次会议,梁华律师就“征求意见稿”设计的多个问题提出了重要建议。

### ■ 美国Greenberg Traurig(GT)律师事务所高级合伙人访问本所

2010年1月28日,美国GT律师事务所高级合伙人、国际著名反倾销法律专家Philippe M.Bruno先生,应本所合伙人董越律师邀请访问了本所,徐猛、马婧等合伙人接待了美国同行。双方就事务所规模和优势业务等方面进行了深入交流,并达成了日后在证券国际板、反倾销反垄断、国际投资和国际贸易方面加强信息沟通、业务培训、项目合作的意向。GT律师事务所是全球著名的律师事务所,也是美国本土最大的律师事务所,在美国拥有1800名律师,31个分支机构。

### ■ 徐猛律师获长江商学院EMBA学位

长江商学院是国际著名的商学院,2009年名列全球商学院第六名,拥有大批学贯中西、知识渊博的教授,和事业有成、积极进取的企业家及政府官员等社会精英学员。徐猛律师于2007年入学,经过长达两年的EMBA学习,于2009年10月顺利毕业并取得工商管理硕士学位。

# 万商天勤律师事务所2009年度业务发展报告

2009年,是祖国成立60周年和北京律师制度恢复重建30周年,也是全球金融危机最严重的一年。在广大客户的信任和支持下,万商天勤全体律师坚持专业、高效、勤勉、敬业的理念,对内加强人才培养,对外重视深度服务,成功地消化了金融危机造成的不利影响,扩大了优势领域业务,提升了万商天勤品牌价值,整体业务收入比2008年增长幅度超过20%。

2009年,万商天勤以其综合实力被《亚洲法律杂志(ALB)》评选为中国律师事务所20强,以其证监业务被中国证监会《中国资本市场发展报告(2008)》排名第6名,以其建筑业务荣获钱伯斯(Chambers)中国建筑律师事务所大奖提名。

## 一、证券及资本市场业务

中国证监会于2009年发布了《中国资本市场发展报告(2008)》,对全国律师事务所中从事证券法律业务的律师事务所进行了业务排名,本所位居综合排名第6。其中,股票首次公开发行(IPO)法律服务排名第7,再融资法律服务排名第5,境外发行法律业务排名第5。

2009年在证券市场低迷的情况下,本所律师实际承办证券项目57个,顺利完成了19个IPO、再融资、收购兼并、重大资产重组项目,协助客户从资本市场完成募集资金超过100亿人民币;还有近40个项目已经或正在准备呈报证监会审核。本所还同时担任30余家上市公司常年法律顾问,为其日常事务提供法律支持。

万商天勤2009年证券及资本市场业务一览表

证券及资本市场业务	顺利完成或通过证监会审核项目	证监会已受理在审项目	正在办理项目
首次公开发行并上市项目	8	7	27
上市公司再融资项目	5	2	-
上市公司收购及重大资产重组项目	6	1	1

## 1、首次公开发行 (IPO) 项目

- 2009年8月11日, 本所承办的北京久其软件股份有限公司首次公开发行股票并上市项目, 在深圳证券交易所中小板挂牌上市, 实际募集资金4.2亿; 久其软件是国内第一家从新三板转中小板的企业, 特别在新三板和主板交易制度的对接等方面, 为其他新三板企业转主板或创业板提供了可借鉴的经验和操作方法。
- 2009年8月28日, 本所承办的保龄宝生物股份有限公司首次公开发行股票并上市项目, 在深圳证券交易所中小板挂牌上市, 募集资金4.1亿; 保龄宝是国内主要的益生元(低聚糖)制造商, 在营养健康配料领域处于领先地位, 是我国功能糖行业发行的第一支股票。
- 2009年11月3日, 本所承办的深圳市美盈森环保科技股份有限公司首次公开发行股票并上市项目, 在深圳证券交易所中小板挂牌上市, 募集资金11.4亿; 美盈森是国内领先的环保包装企业, 能为客户提供包装一体化解决方案。
- 2009年11月6日, 本所承办的武汉南国置业股份有限公司首次公开发行股票并上市项目, 在深圳证券交易所中小板挂牌上市, 募集资金6亿; 南国置业是2009年6月中国证监会重启IPO审核后, 首单获准公开发行的房地产企业, 是国内知名的商业地产开发企业。
- 2009年12月16日, 本所承办的海南海峡航运股份有限公司首次公开发行股票并上市项目, 在深圳证券交易所中小板挂牌上市, 募集资金13.3亿; 海峡航运是国内首家客滚运输上市公司, 也是海南省首家中小板上市公司, 其上市结束了海南省近7年内没有新上市公司的历史。
- 本所承办的深圳市漫步者科技股份有限公司首次公开发行股票并上市项目, 于2009年末通过中国证监会发行审核委员会审核, 并于2010年2月5日在深圳证券交易所中小板挂牌上市, 募集资金12.3亿; 漫步者是国内多媒体音箱行业的龙头企业, 近年来取得了多项行业第一, 特别在工业设计和技术进步等方面引领着国内多媒体音箱的发展。
- 本所承办的黑牛食品股份有限公司首次公开发行股票并上市项目, 2010年1月8日通过中国证监会审核; 黑牛食品股份有限公司是全国大型的豆奶粉生产企业之一和国内最具核心竞争力的营养麦片生产企业之一。
- 本所承办的云南临沧鑫圆锗业股份有限公司首次公开发行股票并上市项目, 2010年2月26日通过中国证监会审核; 云南临沧鑫圆锗业股份有限公司是目前国内锗产业链最为完整、锗金属保有储量最大、锗产品产销量最大的锗系列产品生产商和供应商, 主要产品的生产能力、产销量均位居国内第一。

同时, 本所2009年度正在承办过程中的IPO项目包括:

- 红塔证券股份有限公司首次公开发行股票并上市项目(证监会已受理)
- 江苏辉丰农化股份有限公司首次公开发行股票并上市项目(证监会已受理)
- 四川雅化实业集团股份有限公司首次公开发行股票并上市项目(证监会已受理)
- 深圳市永达电子股份有限公司首次公开发行股票并上市项目(证监会已受理)
- 海南康芝药业股份有限公司首次公开发行股票并上市项目(证监会已受理)
- 四川创意电子信息股份有限公司首次公开发行股票并上市项目(证监会已受理)
- 北京天立环保科技股份有限公司首次公开发行股票并上市项目(证监会已受理)
- 上海银行股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 深圳海洋王照明科技股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 浙江展诚建设集团股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 广东鸿特精密技术股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 北京市春立正达科技开发有限公司首次公开发行股票并上市项目

- 宁波四维尔汽车装饰件有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 青岛黄海制药有限责任公司首次公开发行股票并上市项目
- 上海同福易家丽建材市场经营管理有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 北京邦讯技术有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 南昌天高新材料股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 泉州市群峰机械制造有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 北京佰能电气技术有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 威海光威集团有限责任公司首次公开发行股票并上市项目
- 武船重型工程有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 广西新未来信息产业股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 青岛海力威密封有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 北京怡成生物电子技术有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 浙江万盛化工有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 沈阳萃华金银珠宝股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 瑞达信息安全产业股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 江苏红叶视听器材股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 江苏丹毛纺织股份有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 北京海吉星医疗科技有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 北京华油兴业物资有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 深圳市南北医药有限公司首次公开发行股票并上市项目
- 东莞市松山湖控股有限公司股票首次公开发行股票并上市项目
- 深圳华北工控股份有限公司首次公开发行股票并上市项目

## 2、上市公司再融资项目

- 2009年4月, 本所作为云南省城市建设投资有限公司法律顾问, 协助其完成非公开发行股份的实施, 募集资金20亿; 云南城投是证券市场首家以土地一级开发为主营业务经过重组上市的公司, 这是其重组后的首次融资。
- 2009年10月, 本所作为山东华泰纸业股份有限公司法律顾问, 协助其完成增资发行A股的实施, 募集资金12.6亿; 华泰纸业为亚洲最大的新闻纸生产企业。
- 2009年11月, 本所作为名流置业集团股份有限公司法律顾问, 协助其完成公开发行公司债券的实施, 募集资金18亿; 本所已协助其完成证券市场的三次再融资, 累计融资50多亿。
- 2009年10月16日, 本所承办的贵州赤天化股份有限公司公开发行A股项目通过证监会的审核, 本所作为其法律顾问协助客户于2010年3月完成实施, 募集资金约12亿。
- 本所承办的威海华东数控股份有限公司公开增发A股股份项目, 于2010年2月8日顺利通过中国证监会审核。

同时, 2009年本所律师顺利承办的再融资项目还包括:

- 华远地产股份有限公司再融资项目 (证监会已受理)
- 山东威高集团医用高分子制品股份有限公司由香港联交所创业板转至香港联交所主板上市项目 (证监会已受理)

### 3、上市公司收购及重大资产重组项目

- 本所承办的ST幸福股权分置改革暨吸收合并华远地产的重大资产重组项目,是境内房地产公司成功借壳上市的典型案例,2009年荣获第三届新财富最佳案例。
- 2009年2月26日,本所承办的西南证券借壳长江水运股份有限公司在上海证券交易所挂牌上市;西南证券是我国资本市场第7家借壳上市的券商。
- 2009年7月23日,本所承办的山东鲁信高新技术产业股份有限公司重大资产重组项目通过中国证监会审核;鲁信高新将成为以创业投资业务为主营业务的A股上市公司,为沪深两市纯正的创投第一股。
- 2009年8月20日,本所承办的贵州航天电器股份有限公司股权划转申请豁免全面要约收购项目,获得中国证监会核准;航天电器是我国电子元器件行业高端领域、高端产品研制生产的主要企业之一。通过本次股权内部划转,贵州航天成为航天电器第一大股东,将整合其实际控制人中国航天科工集团在贵州所属资源,将航天电器打造成为国内电子元器件行业的龙头和旗舰企业。
- 2009年11月11日,“华侨城A”(SZ: 000069)发行股份购买华侨城集团相关资产项目正式实施,华侨城集团实现整体上市,本所作为华侨城集团公司的律师为该项目提供了法律服务。
- 2009年12月21日,本所承办的航天科技控股集团股份有限公司重大资产重组项目,获得中国证监会核准;本次重组的顺利完成,将使航天科技成为以航天智能控制技术为核心的、军民结合产业化发展的重要平台。

同时,2009年本所律师正在承办的重大资产重组项目还包括:

- 远东实业股份有限公司重大资产重组项目(证监会已受理);
- 岳阳恒立冷气设备股份有限公司重大资产重组项目。

### 4、上市公司常年法律顾问

基于对IPO、再融资、重大资产重组等业务的沉淀和积累,本所同时担任内蒙古伊利实业集团股份有限公司、华远地产股份有限公司等30多家上市公司的常年法律顾问,为其日常事务提供全面法律服务。

### 二、基础设施、建筑及房地产业务

2009年,本所在基础设施、建筑及房地产领域的法律服务继续保持行业领先地位,并入选首届钱伯斯(Chambers & Partners)建筑律师事务所大奖提名,合伙人王霁虹律师入选Who's Who Legal 全球顶尖建筑律师。本所强劲的专业律师团队能够为客户提供从成立项目公司、项目融资、到工程建设招投标、合同谈判、合同履行、索赔反索赔、竣工结算、后期维修与租赁,以及工程相关保险、担保、环保、并购、上市等在内的全过程专业服务。

#### ■ 中央电视台新台址建设工程以及工艺工程项目

自2004年起作为CCTV的常年法律顾问,本所为该项目提供了全过程、全方位的法律服务,得到业主高度认可。该项目的服务过程中,所处理问题涉及了包括设计、总承包商、工程监理、招标代理机构、项目管理公司、重要分包商、设备材料供应商、保险公司、酒店顾问、酒店管理公司、跟进审计单位等项目合作方在内的诸多方面。2009年本所先后为新台址后期工程服务、火灾后的保险理赔处理、因火灾引发的数百个酒店采购合同的终止、续订等提供法律支持。

### ■ 中国国家博物馆改扩建工程项目

中国国家博物馆工程乃中国建国十大建筑之一,正在天安门广场进行的改扩建工程项目由本所全程提供法律服务。日前旧馆改建已基本完工,新馆将于明年竣工,本所正在继续跟进服务。2009年在本所协助下,著名的“复兴之路”展览项目如期完成并成功举行。

### ■ 国家体育馆及奥运村特许经营项目 (BOT)

本所作为面向全球公开招标的国家体育馆及奥运村特许经营项目业主——北京国奥投资发展有限公司的常年法律顾问,就其作为项目法人投资的国家体育馆和奥运村项目的特许经营合同谈判,场馆及地产项目的建设、后期运营提供全程法律服务。本所在奥运期间的法律支持尤为客户认可,并获得合同对方的赞赏。2009年,本所进一步为国奥公司在四川、成都、桂林、马来西亚等地投资的地产项目继续提供服务,同时为该公司主打的旅游地产板块的未来上市提供股份制改造和上市前准备工作的法律支持。

### ■ 山西太焦与侯月铁路(嘉峰至南陈铺)

该条铁路为铁道部首条以BT特许经营方式投资建设的铁路项目。本所受中铁十二局委托,代表投资人进行BT特许经营合同的谈判及后续的法律支持。

### ■ 天津武清区新技术产业园区BT项目

本所受客户委托,为中水电路桥有限公司参与投资建设的BT项目——武清开发区三期35.5平方公里土地一级开发项目提供全程跟进谈判、合同起草等法律支持,其中包括130万平方米村民回迁安置房项目以及园区内的配套基础设施项目。

### ■ 中化泉州重油深加工项目

本所作为中化国际石油公司法律顾问,为其在泉州投资200亿的重油深加工(500万吨/年)项目建设,提供全过程法律服务。2009年,本所继续为其EPC合同起草、谈判,海堤共建、工程索赔等重大疑难问题提供了有力的法律支持。

### ■ 福建、四川特许经营高速公路并购项目

作为中国水电路桥有限公司的律师,为其投资建设的福建武邵和四川成名BOT特许经营高速公路及四川成简BT高速公路特许经营谈判及项目股权转让提供系列法律服务。

### ■ 科学院力学研究所“钱学森工程科学实验基地”

本所作为中国科学院力学研究所的常年法律顾问,为其“钱学森工程科学实验基地”项目提供招投标、合同谈判等全过程法律服务。该项目将作为中国科学院国防科技项目的重要科研实验基地。

### ■ 中国药品生物制品检定所办公大楼项目

中国药品生物制品检定所是国家检验药品生物制品质量的法定机构和最高技术仲裁机构,本所受其委托,为其新办公大楼建设前期土地使用权获得和授予及建设提供法律服务。

### ■ “华联在杭州”系列房地产开发项目

本所作为国资委直属大型国有上市企业华联发展集团的法律顾问,为其“华联在杭州”系列房地产开发项目提供法律服务,包括杭州首条步行街、国内首条影视星光大道“星光大道一期”和“星光大道二期”项目、星光国际公馆项目、UDC时代大厦写字楼项目、杭州万豪酒店项目、钱塘会馆项目、星光国际广场项目等。2009年10月,星光大道一期全面开街经营,作为中国内地第一条由中宣部批准、杭州市政府和中国电影协会联合命名的文化艺术星光大道,将成为促进文化产业发展、旅游资源开拓、繁荣区域经济、服务社会大众的城市平台。此外,在杭州钱江新城CBD核心区华联置业正着力开发UDC时代大厦、华联万豪酒店以及国际公馆三大项目,建成后将成为钱江新城又一标志性建筑。

■ 千岛湖大型旅游综合体项目

本所作为华联发展集团的法律顾问,为其在浙江开发建设的重点项目—千岛湖大型旅游综合体项目提供全程法律服务,包括多个旅游景区、五星级度假酒店、大型高尔夫球场、大型养生园等,项目投资约人民币20亿元,建设周期预计8年。

2009年本所同时担任诸多房地产、建筑类公司的法律顾问,为北京、深圳、上海、重庆、成都、云南、杭州、北海、海南等地的商业地产、住宅地产、以及旅游、酒店等各类地产形态提供全过程、全方位的开发、建设、经营、并购等法律服务。

- 首都机场地产集团有限公司(常年法律顾问)
- 中国民航机场建设总公司(常年法律顾问)
- 华润深圳湾发展有限公司(常年法律顾问)
- 华润置地(深圳)有限公司(常年法律顾问)
- 华润(深圳)有限公司(常年法律顾问)
- 深圳市住房公用设施专用基金管理中心(常年法律顾问)
- 山东港湾建设有限公司(常年法律顾问)
- 中国移动广东公司深圳分公司生产调度中心(深圳移动大厦项目)
- 太平置业(上海)有限公司(上海太平金融大厦项目)
- 华侨城集团公司(股权重组上海天祥华侨城有限公司项目)
- 华侨城集团公司(受让上海某地块土地使用权及城市综合开发项目)
- 华侨城集团公司(股权收购上海市农工商集团下属普陀区“合利坊”项目及房地产开发建设项目)
- 深圳万年投资发展有限公司(收购广州天马河项目)
- 北京胜策房地产开发有限公司(中国红街项目)
- 北京新华联伟业房地产有限公司(新华联大厦项目)
- 北京金麟置业有限公司(王府井海港大厦项目)
- 北京必胜房地产开发有限公司(碧水庄园项目)
- 北京神华房地产有限责任公司(华城项目)
- 北京广厦京都置业有限公司(炫特区项目)
- 北京柏基置业有限公司(海棠公社项目)
- 北京外交人员房屋服务公司(外交公寓建外项目)
- 深圳市腾凯实业有限公司(腾阁项目)
- 深圳市万和兴实业开发有限公司与深圳市新世界地产开发有限公司合作开发房地产项目
- 深圳市又一居投资有限公司(惠州市某房地产公司,涉及追究前手股东一个多亿的职务侵占、挪用、虚假出资、诈骗等犯罪行为专项法律顾问)
- 深圳华侨城房地产有限公司(上海苏河湾项目)
- 中冶置业(昆山)有限公司(中冶昆庭项目)
- 北京常营兴业房地产开发有限公司(北海“南国天堂文化旅游城”地产并购项目)
- 同仁医疗集团(云南“滇池印象”项目)
- 云南曲靖市东方置地房地产开发有限公司(约80万平方米房地产项目)

- 重庆国奥实业发展有限公司 (江北农场地产并购及开发项目)
- 成都国奥投资股份有限公司 (公司设立事项以及双流县东升城区地块开发项目)
- 成都瑞安房地产股份有限公司 (成都中华汇项目)
- 安邦财产保险股份有限公司 (重庆房地产项目纠纷)
- 北京华夏顺泽投资有限公司 (海南、四川、江苏和北京投资多个房地产和一级土地开发项目)

### 三、金融服务业务

2009年, 本所继续为多家银行、资产管理公司、投资公司、企业集团、私募股权基金、财务公司提供多样化的金融法律服务。本所被中国信达资产管理公司评为“优秀法律服务中介机构”。

- 中信银行 (常年及专项法律顾问)
- 南洋商业银行 (中国) 有限公司北京分行 (常年及专项法律顾问)
- 中国信达资产管理公司 (常年及专项法律顾问)
- 中船重工财务有限责任公司 (常年法律顾问)
- 国投财务有限公司 (组建及增资扩股)
- 国家开发投资公司 (短期融资券、中期票据)
- 中国建银投资有限责任公司 (资产取回权申报)
- 台湾永丰金融控股股份有限公司 (大陆银行及证券合作项目)
- 中信产业投资基金管理有限公司 (PE投资)
- 中国科技产业投资管理有限公司 (PE投资)
- 无锡鸿意地产发展有限公司 (资产交易)
- 华侨城集团 (短期融资券及中期票据)
- 民安保险 (中国) 有限公司 (常年法律顾问)
- 深圳市汇信通担保有限公司 (常年法律顾问)
- 深圳市富海荣基担保有限公司 (常年法律顾问)
- 深圳市华来利小额贷款股份有限公司 (常年法律顾问)
- 深圳市金湾投资有限公司 (云南收购煤矿项目)
- 北京外企服务集团公司 (股权转让项目)
- 上海华大天源生物科技有限公司 (股权转让项目)
- 新加坡退景企业私人有限公司及马来西亚A.M.E建筑工程私人有限公司 (股权转让项目)

### 四、其他主要业务

此外, 本所在政府法律事务、环境资源与能源、电信、国际业务、诉讼及仲裁等业务领域均取得稳步发展, 成为客户长久信赖的合作伙伴。

- 本所继续担任全国人大机关采购中心、北京市环境保护局、北京市延庆县人民政府、深圳市宝安区人民政府、国家体育总局航空无线电模型运动管理中心、深圳市政府采购中心、深圳市盐田区人民政府、深圳市盐田区民政局、深圳市大工业区管理委员会、深圳市光明新区管理委员会、深圳市人民政府深港西部通道建设办公室等政府部门的常年法律顾问;



- 在环境保护部信息中心政府采购项目对法律服务机构的公开竞选中, 本所最终受聘担任其常年法律顾问, 为环境保护部信息中心政府采购项目提供全面法律支持;
- 本所先后受中国林业集团、山东泰山阳光集团等能源开发企业为森林、煤矿等特许权项目提供专业法律支持;
- 本所继续担任深圳移动公司、广东移动公司客户服务中心等电信企业的常年法律顾问;
- 本所担任北京首都农业集团有限公司、三星 (samsung) 电子 (深圳) 有限公司、深圳市燃气集团股份有限公司等国内外知名公司的常年法律顾问; 为香港罗申美企业顾问有限公司等数十家公司, 提供破产清算、注销清算、设立公司、尽职调查等专项法律服务;
- 本所先后受广州宝洁有限公司等国内外客户的委托, 办理诉讼及仲裁案件50多项。

## 五、品牌建设

作为《亚洲法律杂志 (ALB) 》评选的2009年亚洲区十家最值得关注的律师事务所之一, 本所以为客户创造价值为目标, 在不断开拓业务的同时, 加强品牌建设, 得到如下行业荣誉:

- 徐寿春律师受聘担任中国证监会第一届创业板发行审核委员会委员; 同时入选《亚洲法律杂志 (ALB) 》2009年度热门律师
- 王霁虹律师入选Who's Who Legal 全球顶尖建筑律师
- 陈凯律师入选“上海市静安区第六批优秀中青年拔尖人才”
- 韩俊律师荣获深圳市律师协会20周年庆典“突出贡献个人奖”
- 徐猛律师担任北京市律协新一届理事及能源法专业委员会副主任
- 徐寿春律师担任北京市律协证券法律专业委员会主任
- 王霁虹律师担任北京市律协建设工程法律专业委员会主任
- 温焯律师担任公司法专业委员会副主任
- 韩俊律师担任广东省律师协会WTO法律专业委员会主任
- 张志、徐志光律师担任第一届中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会调解中心专家
- 张志、陈冰梅、刘宇光律师担任深圳仲裁委员会 (第四届) 仲裁员
- 徐猛、王霁虹荣获北京市朝阳区公益法律服务先进个人称号

## 六、制度建设

在事务所人员规模不断扩大的同时, 本所管委会进一步加强了以控制证券业务风险和合伙人执业风险为目标的制度建设。

- 本所在同行内率先建立了证券业务内核制度, 加强证券业务风险质量的控制。万商天勤《证券法律业务发展指引及管理暂行办法》、《证券法律业务收案制度》、《证券法律业务内核工作小组工作规则》和《证券法律业务技术支持小组规则》, 成为提高服务质量、化解客户风险的有力保障。
- 本所在同行内率先成立了资本市场业务发展与指导委员会, 对本所证券项目进行收案审查、技术支持、内部审核。
- 通过了《北京市万商天勤律师事务所分所管理办法》、《关于一级 (或无限) 合伙人承担执业风险管理责任的暂行办法》, 分别从分所管理及人员管理方面, 严格防范各种执业风险。

## 七、文化建设

本所重视文化的整合、建设和发展,积极倡导“合作、发展、共享”的观念,强调律师和律师事务所的社会责任,强调对青年律师的培养。

- 为提升律师的业务能力和加强对年轻律师的培养,事务所实施每月业务学习制度,并在过去的一年得到了很好的贯彻和执行。
- 毛国权、卢二松、茅麟、罗超、初艳慧、黄彬琳、吴安静七位员工荣获“2009年度万商天勤优秀员工奖”。
- 为促进优秀法律人才的培养,本所出资同时在北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学设立了“万商天勤奖学金”。
- 2009年末,本所举行了第三届新年联欢会,主管领导、客户代表、全体员工共聚一堂,共享丰盛宴席和娱乐节目。

综上,万商天勤2009年业务发展在证券及资本市场、基础设施、建筑、房地产、金融支柱领域均保持稳定攀升,其它业务领域包括融资租赁、环境、资源、能源、并购、电信、政府法律事务、保险、知识产权、酒店管理、医药医疗、诉讼与仲裁等法律业务领域也取得了可喜的发展和突破。在业务稳健发展的同时,事务所紧抓品牌建设、制度建设和文化建设,综合实力得到了全面提升。展望2010年,全体万商天勤人心怀责任与希望,迈向更高起点。

# 跟随及本土化策略 在律师事务所营销中的运用



张 志

作为一家从事商事法律服务的律师事务所,万商天勤的业务涉及房地产开发、公司证券、金融保险、城市基础设施、国际酒店管理、环境保护等诸多领域,通过经年历练,万商天勤拥有了一大批忠实可信的客户伙伴,也成就了素质优越、勤勉高效的律师团队。

题述策略的倡导一方面基于我们已经累积的资源,另一方面则来源于对以下问题的认识:

## 1、法律服务的特点

如其他类型的服务,律师事务所提供的法律服务同样具有无形性、不可分性、易变性和易逝性的特点。所不同的是,法律服务具有鲜明的附随需求性和本土依赖性。所谓附随需求性,是指律师事务所提供的服务必须伴随客户的业务运营、扩张、转型和危机处理需求,不断提供个性化的服务,律师的服务往往是不可复制的。所谓本土依赖性,是指法律服务对本土社会资源的依赖性极强,法域及地域差别不仅会增加服务内容的复杂性,增加服务成本,也会隐藏巨大的法律风险。很难想象,一个不熟悉本土法律环境、人文环境、甚至历史背景,极少掌握本土社会关系的律师,可以提供高质量的法律服务。

## 2、存量客户是第一市场

就律师事务所而言,等待客户选择往往是获得市场机会的最主要方式。将存量客户作为市场拓展的第一目标,通过深度营销获得新的业务机会,应当成为律师事务所最明智的营

销战略。因此，有必要对重要存量客户的业务运营状况及趋势做出分析，以便积极应对其可能提出的服务需求，防止丢失业务机会。

同时，在事务所内部管理上，推行业务分工和合作，会使存量资源的发掘更加充分和有效。应当使每一位律师能够意识到，在客户和案源拓展上，既要眼光向外寻求增量资源，更要眼光向内发掘存量资源。在业务定位、合理分工和相互支撑的团队环境中，事务所的同事就是自己最大的客户，他们已经拥有的客户就是彼此拓展业务最大的资源。

### 3、存在是获取市场机会的前提

经济最活跃的地区往往蕴藏着巨大的法律服务需求，律师事务所应当将眼光投向这些地区。而基于法律服务特点，存在是获取市场机会的前提。这也恰好与法律服务的本土依赖性的要求相适应。

基于以上认识，我们确定以存量客户作为第一市场资源，适应客户需求不断更新服务内容和方式，并跟随客户的投资路径前往其域外扩张普遍到达的经济热点区域。通过在当地设立机构，招募和培训熟悉本地环境的律师为客户提供本地化的服务，并借此获得更多的市场机会。

# 现行法律体系下矿业权转让制度的研究



徐 猛



周 游

矿产资源是自然资源的重要组成部分,是人类社会发展的重要物质基础。一方面,矿产资源中的石油、天然气、煤等资源,作为现代工业的“血液”,对我国国民经济实现稳定、快速的发展具有重要意义;而另一方面,在面临全球气候变暖、能源危机等诸多令人堪忧的问题下,合理利用不可再生的矿产资源,实现社会经济的可持续性发展,也早已成为我国的基本国策之一。胡锦涛总书记在2004年3月10日中央人口资源环境工作座谈会上指出,可持续发展,就是要促进人与自然和谐,实现经济发展和人口、资源、环境相协调,坚持走生产发展、生活富裕、生态良好的文明发展道路,保证一代接一代地永续发展。而近日,全球瞩目的联合国气候变化大会在哥本哈根揭幕,此次由190多个国家和地区的代表参加的气候会议,势必对未来矿产能源的利用及保护,新能源的开发与发展产生重大而深远的影响。由此可见,进一步规范矿产资源的勘查、开发利用和保护工作,实现可持续发展和协调发展的目标,是未来我国能源立法的重要方向。

## 【摘要】

矿产资源是自然资源的重要组成部分,是人类社会发展的重要物质基础。我国的矿业权流转制度已逐步形成了包括矿业权的出让与矿业权的转让在内的两大部分。本文试图结合律师实践经验,对我国现行的矿业权转让制度加以分析,并对未来我国有关矿业权转让制度的能源立法提供一些可供参考的思路和建议。

## 【关键词】

矿业权 探矿权 采矿权 流转 转让 监管

## 一、矿业权的法律性质分析

### 1、矿业权的概念

所谓矿业权,是指自然人、法人和其他社会组织依法享有的、在一定区域和期限内进行矿产资源的勘查、开采等一系列经济活动的权利<sup>1</sup>。2000年11月1日颁布的《矿业权出让转让管理暂行规定》明确,矿业权主要包括探矿权与采矿权。《矿产

<sup>1</sup> 刘欣,《物权法背景下的矿业权法律制度探析》,2008年

资源法实施细则》第六条规定,探矿权,是指在依法取得的勘查许可证规定的范围内,勘查矿产资源的权利;采矿权,是指在依法取得的采矿许可证规定的范围内,开采矿产资源和获得所开采的矿产品的权利。

## 2、矿业权的法律特征

### (1) 矿业权是一种财产权

财产权,是以财产利益为内容,直接体现财产利益的民事权利。矿业权的权利对象是矿产资源。矿产资源是指由地质作用形成的,具有利用价值的,呈固态、液态、气态的自然资源。矿产资源具有经济价值,这种价值包括资源自身的价值、劳动力价值和稀缺价值。而矿业权作为一种权利,它的价值则与矿产资源的价值紧密相关。因此,矿业权与物权、债权、知识产权等权利一样,具有财产权的属性。

另一方面,矿业权是一种特殊的财产权。由于矿产资源属于不可再生资源,根据资源的储量、储藏条件的不同,资源的价值也往往表现出诸多不确定性。对于同一处矿产资源而言,由于开采者的技术条件等主观因素的不同,其资源的价值也往往会表现出巨大的差异。在笔者的执业经历中,曾遇到在A企业手中已近枯竭的煤矿,转让给B企业后的年产量甚至超过了A企业的累积产量的情况。因此,正是由于矿业权的价值与矿产资源的价值紧密相连,矿业权的价值也同样具有上述特点。

### (2) 矿业权具有物权的属性

物权,是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。探矿权是在依法取得的勘查许可证规定的范围内,勘查矿产资源的权利,这是一种对特定区域、特定矿产进行勘察的权利,它是一种以权利为标的的物权。而采矿权则是以矿产资源为标的的物权,强调对矿产资源拥有的占有、使用、收益与处分的权利。矿业权具有对世性与排他性,因而具有物权的属性。

目前,法学界对矿业权的物权属性有不同的观点,主要包括“准物权说”、“用益物权说”、“特别物权说”等等。而“用益物权说”作为学术界较为流行的学说,已被我国立法机构所采纳。我国《物权法》第三篇(用益物权)第123条规定,依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。根据物权法定的原则,矿业权已被我

国法律承认为用益物权,因而受到《物权法》等相关法律的保护。

## 二、矿业权转让的相关制度

矿业权的流转机制,是在国家宏观调控下,基于矿业权流转的需求和矿产资源所有权中的权能让渡而建立的、使矿业权得以有序化进行的制度安排,是发挥经济杠杆作用的一种市场机制,即平等的竞争机制和公平合理的分配机制,其目的在于增强矿业生产要素重组的灵活性和资源的有效配置效率,实现经济效益最大化<sup>2</sup>。在计划经济体制下,我国曾在1986年制定的《矿产资源法》中全面禁止以买卖、出租或其他形式转让矿业权。随着中共十四大提出建立社会主义市场经济体制的改革目标,1996年颁布实施的《矿产资源法》改变了计划经济体制下单一的矿业权流转制度,使我国的矿业权流转制度逐步形成了包括矿业权的出让与矿业权的转让在内的两大部分。而矿业权流转制度的形成,直接将矿业权流转市场划分为两个层次。矿业权的出让是国家作为矿产资源的所有权人向矿业权申请人授予矿业权的行为,是矿业权流转的一级市场。矿业权的转让是矿业权人将矿业权转移的行为,包括出售、作价出资、合作、重组改制等。矿业权的转让是矿业权流转的二级市场。但是96年的《矿产资源法》第六条规定:“除按下列规定可以转让外,探矿权、采矿权不得转让:①探矿权人有权在划定的勘查作业区内进行规定的勘查作业,有权优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权。探矿权人在完成规定的最低勘查投入后,经依法批准,可以将探矿权转让他人;②已取得采矿权的矿山企业,因企业合并、分立,与他人合资、合作经营,或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的,经依法批准可以将采矿权转让他人采矿;禁止将探矿权、采矿权倒卖牟利。”可见,虽然以市场化改革为目标,96年的《矿产资源法》还是将“允许矿业权的转让”作为“矿业权不得转让”的例外加以规定,仍然带有计划经济时代的影子。

我国法律规定,“矿业权”应适用不动产法律法规的调整原则。再加上矿业权的流转对国民经济和国家财政税收的重要影响,我国制定了一系列较为严格的法律法规对矿业权的

2 刘欣,《物权法背景下的矿业权法律制度探析》,2008年

转让加以规范和限制。这些限制性条件主要体现在如下几个方面。

### 1、矿业权受让方的主体资格条件

矿业权转让的受让方即探矿权或者采矿权转让的受让人,应当符合我国法律法规规定的有关探矿权申请人或者采矿权申请人的资格条件。随着我国改革开放的不断深入和市场经济的不断发展,矿业权主体已不再限于全民、集体所有制企业和我国公民,而是逐渐放开,包括外商投资企业、私营企业在内的多种所有制形式企业在满足一定条件后,均有资格取得或受让矿业权<sup>3</sup>。针对开办矿山企业,1994年颁布实施的《矿产资源法实施细则》对国有矿山企业、集体所有制矿山企业、私营矿山企业和个体采矿的申请开办条件作出了较原则性的规定。这其中主要条件包括:①应当具有供矿山建设使用的与开采规模相适应的矿产勘查资料;②经过批准的无争议的开采范围;③有与所建矿山规模相适应的资金、设备和技术人员;④有与所建矿山规模相适应的,符合国家产业政策和技术规范的可行性研究报告、矿山设计或者开采方案;⑤矿长具有矿山生产、安全管理和环境保护的基本知识等等。

依照《国土资源部关于贯彻实施〈矿产资源勘查区块登记管理办法〉、〈矿产资源开采登记管理办法〉和〈探矿权采矿权转让管理办法〉的通知》的精神,我国各个省、直辖市、自治区针对本行政区域内的矿产资源的开发管理,在《矿产资源法》等法律法规的基础上,对矿业权受让的主体资格条件制定了更为具体的规定。例如《云南省探矿权采矿权管理办法》中规定,探矿权申请人取得探矿权的条件除应当具备相应的勘探资质外,还包括:①具备法人资格,但社会团体和国家机关不得作为探矿权申请人;②具备与申请勘查矿种及规模相适应的资金;③注册资金不得低于300万元,提供的银行资金证明不得低于申请项目实施方案安排的本年度勘查投入资金。《云南省探矿权采矿权管理办法》还规定了依法取得采矿权的主体资格条件包括:①具备法人资格,但社会团体和国家机关不得作为采矿权申请人,自然人可以申请开采用作普通建筑材料的砂、石、粘土等小型矿山采矿权;②具备与开采矿种及规模相适应的资金、专业技术人员和专用设备;③拟建规模为大

中型矿山或者申请开采储量规模为中型以上矿产地的,注册资金一般不少于5000万元或者前3年平均纳税额不低于500万元,项目资本金不得低于矿山开发利用方案或者初步设计概算投资额的35%;④拟建规模为小型矿山的,注册资金不得少于500万元,项目资本金不得低于矿山开发利用方案或初步设计概算投资额的50%。自然人申请开采用作普通建筑材料的砂、石、粘土等小型矿山采矿权除外。

另外,由于某些矿产资源具有重要的战略意义,我国法律规定包括黄金、放射性矿产、盐资源在内的特种矿产资源的矿业权专属于某些特定主体享有。

### 2、矿业权转让行为的客体应当满足的条件

#### (1) 探矿权转让应当满足的条件

《探矿权采矿权转让管理办法》中规定转让探矿权应当具备的条件主要包括:

①自颁发勘查许可证之日起满2年,或者在勘查作业区内发现可供进一步勘查或者开采的矿产资源。在实践中,可以由转让申请人提交相应的地质资料、矿产资源勘查报告或经批准的储量报告,作为已达到“在勘查作业区内发现可供进一步勘查或者开采的矿产资源”条件的证明。必要时可由转让审批机关向下级地矿行政管理机关行文核实。

②完成规定的最低勘查投入。《矿产资源勘查区块登记管理办法》中规定探矿权人在第一个勘查年度,每平方公里最低投入2000元;第二个勘查年度,每平方公里最低投入5000元;从第三个勘查年度起,每个勘查年度每平方公里最低投入10000元。要证明已达到此条件,须由转让申请人提交工作量清单和单位会计报表作为证明,必要时可由转让审批机关向原登记机关或下级地矿行政管理机关核实。

③探矿权属无争议。

④按照国家有关规定已经缴纳探矿权使用费、探矿权价款。探矿权使用费是国家将矿产资源探矿权出让给探矿权人,按规定向探矿权人收取的使用费;探矿权价款是指国家将其出资勘查形成的探矿权出让给探矿权人,按规定向探矿权人收取的价款。在《探矿权采矿权使用费和价款管理办法》和《财政部、国土资源部关于〈探矿权采矿权使用费和价款管理办法〉的补充通知》中对探矿权的使用费和探矿权价款的数额和计算方式做了详细规定。

3 参见《中华人民共和国矿产资源法实施细则》第七条,1994年3月26日颁布

⑤ 国务院地质矿产主管部门规定的其他条件。

另外,针对拟转让部分探矿权的情况,《矿业权出让转让管理暂行规定》中明确规定,需要部分出售矿业权的,必须在申请出售前向登记管理机关提出分立矿业权的申请,经批准并办理矿业权变更登记手续。

#### (2) 采矿权转让应当满足的条件

《探矿权采矿权转让管理办法》中规定采矿权的转让应当符合的条件主要有:

① 矿山企业投入采矿生产满1年。实践中,转让申请人应当向采矿权转让的审批部门提交矿产资源开发利用情况报告和投产以来各年(包括当年)的销售纳税单。另外,《矿业权出让转让管理暂行规定》中规定,采矿权申请人领取采矿许可证后,因与他人合资、合作进行采矿而设立新企业的,可不受投入采矿生产满一年的限制。

② 采矿权属无争议。

③ 按照国家有关规定已经缴纳采矿权使用费、采矿权价款、矿产资源补偿费和资源税。采矿权使用费,是国家将矿产资源采矿权出让给采矿权人按规定向采矿权人收取的使用费;采矿权价款,是国家将其出资勘查形成的采矿权出让给采矿权人,按规定向采矿权人收取的价款。在《探矿权采矿权使用费和价款管理办法》和《财政部、国土资源部关于〈探矿权采矿权使用费和价款管理办法〉的补充通知》中,同样对采矿权使用费、采矿权价款的收取标准作了详细规定。矿产资源补偿费则是国家凭借对矿产资源的所有权向采矿权人征收的费用,体现了矿产资源所有权的收益权,它所调整的是矿产资源所有权人与采矿权人之间的经济关系。而资源税则是国家对使用某种自然资源的单位和个人,为取得应税资源的使用权而征收的一种税,矿产品或者生产盐的单位和个人为资源税的纳税义务人,应缴纳资源税。

④ 国务院地质矿产主管部门规定的其他条件。国有矿山企业在申请转让采矿权前,应当征得矿山企业主管部门的同意。

此外,我国法律规定采矿权原则上不得部分转让。

### 3、矿业权转让的要式性

由于矿业权适用不动产法律法规的调整原则,矿业权的转让具有要式性。我国法律规定,国务院地质矿产主管部门和

省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门是探矿权、采矿权转让的审批管理机关。矿业权人在申请转让探矿权或者采矿权时,应当向审批管理机关提交下列资料:转让申请书;转让人与受让人签订的转让合同;受让人资质条件的证明文件;转让人符合规定的探矿权、采矿权转让条件的证明;矿产资源勘查或者开采情况的报告;国有矿山企业转让采矿权时,还应当提交有关主管部门同意转让采矿权的批准文件等等。

### 4、矿业权转让的形式

矿业权转让的主要形式可以包括矿业权的出售、交换、赠与、继承以及作价出资等等。在特定条件成就时,作为抵押权客体的矿业权也可能转移给抵押权人。所以广义上来说,矿业权的转让形式也包括抵押<sup>4</sup>。

按照有关规定,采矿权人不得将采矿权以承包等方式转给他人开采经营。这里的“承包”应当作广义理解,包括劳务承包和经营性的承包。如前所述,受让采矿权的主体应当拥有相关的资质和符合相应的条件,“承包方”则通常不具有相应的资质和条件。由于某些矿种的开采具有很高的专业性和危险性,在很多情况下,没有资质的“承包方”就成了矿难、地质灾害频发,矿区周边生态环境失控的根源所在。因此,禁止采用承包方式变相转让采矿权,是符合我国国情与国家长远利益的。

### 三、主要问题与建议

据官方统计,1998年至2002年11月,全国共有偿转让采矿权1178个,其中1998年采矿权转让22个,1999年转让29个,2000年转让73个,2001年转让500个,2002年转让554个;转让油气矿624个,转让的油气矿均为上市形式。另外,截止到2002年,全国有效期内的探矿权8520个。从1998年到2002年11月,全国共转让探矿权959个,其中油气探矿权835个<sup>5</sup>。

从上面的数字可以看出,除开油气矿的转让,其他矿种在5年内的转让次数非常少,明显不符合市场的实际情况。虽然目前矿业权流转的一级、二级市场已经形成,但由于配套制度缺乏可操作性、主管机关监管力度不到位、政策法规的不健全

4 刘欣,《物权法背景下的矿业权法律制度探析》,2008年

5 曾绍金,《探矿权采矿权市场建设理论与实践》,2003年版



等种种原因,导致了现实中大量违法转让、隐形转让和私下交易现象的存在。针对目前存在的问题,笔者认为,可以尝试从以下几个方面对矿业权转让制度的立法加以完善。

### 1、完善矿业权的分类管理制度

建立统一的矿产资源分类目录,针对不同矿种,采取不同的矿业权转让审核制度。对于大多数矿种的矿业权转让,应当减少审批环节,加快审批进度,可以与行业监督相结合,采取改审批制为核准制、备案制的监督方式;对于那些对国民经济发展具有重要地位、开采技术要求高、开采难度大、具有重要战略意义的矿产资源,则应该严格限定转让条件,并加强对这些矿种矿业权转让的监督。最终做到对矿业权二级市场监督的“有抓有放”,既保证矿业权二级市场活跃、健康的发展,又能保证国家利益、公众利益的实现。

### 2、制定全面、统一的资格审查标准

矿业立法应当考虑对矿产资源的综合利用和合理开采,加强周边生态环境的保护,并严格保证矿区的生产安全以及工人的健康利益。而一般来说,具有较强技术、资金实力和管理能力的矿业企业,更能有效地保障前述利益的实现。因此,制定一套完善、可操作性强、与矿业权分类管理制度相配套的受让方资格审查标准,改变目前资格审查具体标准大多由各个省、直辖市、自治区来制定的现状,是促进我国矿产资源开发与社会、环境协调发展的重要手段。

### 3、积极探索和发展创新的交易与监管方式

发挥政府的社会公共服务职能,加强矿业相关信息的公开与透明化,也是改变目前小矿多、“黑矿”多现象的重要手段。在建立了矿业权分类管理制度和完善统一的资格审查制度的前提下,可以进一步建立区域性的矿业权交易中心和与之配套的交易信息网,并由行业协会或者交易中心制定详细的交易规则。参照已有的产权交易市场的运作经验,为了发挥信息发布、价格发现、交易撮合、市场监管等功能,矿业权的交易中心可以有以下职能:(1) 审查矿业权交易主体的资格和交易条件;(2) 依法组织矿业权交易,维护交易双方的合法权益,并为矿业权交易提供服务;(3) 收集、发布矿业权出让、转让信息;(4) 为矿业权转让企业提供评估、法律咨询、矿业权

拍卖等方面的服务;(5) 负责对交易对象即矿业权的真实性、规范性和合法性进行审查;(6) 制定和健全自律性管理的规章制度等<sup>6</sup>。

鉴于矿产资源的开发利用在我国国民经济发展中的重要地位和目前面临的生产安全事故频发、周边环境恶化的严峻形势,因此加强对矿产资源开发的法律制度和立法的研究是十分有必要的。限于时间与篇幅所限,本文主要针对目前我国矿业权流转二级市场的相关制度和法律问题加以分析和阐述。当前矿业权的流转制度亟待在法律理论和制度设计上实现突破,并在实践中不断总结和完善。矿业权流转二级市场的健康、有序的发展,是我国社会主义市场经济发展的必然要求;建立与之相适应的法律制度体系,是未来我国能源立法的重要发展方向。

<sup>6</sup> 陈亚赞,《矿业权流转法律制度研究》,2009年

# 论ADR争议解决机制 在中国建设工程领域的应用



王霁虹

## 【摘要】

ADR争议解决机制为社会各界所熟知，并已经在国际建设工程领域广泛开展和应用，但在中国的建设工程领域，无论是在制度层面还是在操作层面都存在严重的缺失。笔者以自身多年的建设工程争议处理经验，对ADR争议解决机制在中国建设工程领域的应用问题，从机制构建、具体方式选择、规则制定、相关文书效力等方面进行了探讨。

## 【关键词】

ADR争议解决机制 中国 建设工程争议

ADR(Alternative Dispute Resolution)即替代性纠纷解决方法，是一切诉讼外纠纷解决方法的总称，目前较为常见的具体方式包括：调解 (Conciliation / Mediation)<sup>1</sup>、谈判 (Negotiation)、裁判(Adjudication)、早期中立评价(Early Neutral Evaluation)<sup>2</sup>、小型审判 (The Mini-Trial)<sup>3</sup>等。当然，仲裁不属于其列。

在国际建设工程领域，ADR方式已经运用的较为普遍，且以裁判(Adjudication)方式较为典型。如FIDIC合同中的DAB (Dispute Adjudication Board, 争议评判委员会) 制度及世界银行施工合同中的DB (Dispute Board, 争议委员会) 制度等。该方式是由当事人在建筑工程合同中订立一条裁判条款，约定在合同履行中发生争议的，由一位本行业的专家或多位专家组成的专家委员会对双方的争议事项作出决定，如当事人在规定期限内对该决定不提出“不满”意见，则该决定对双方

1 英文中“conciliation”和“mediation”翻译成中文，都叫“调解”，但二者还是存在一定的区别：在英国和欧洲一些国家，“Conciliation”重在体现调解员对双方分别做工作，或召集当事人自行协商，促成当事人达成和解，类似国际法上的“斡旋”；而“Mediation”，则体现出调解员直接主持当事人之间的谈判，并提出建议作为谈判的基础，类似国际法上的“调停”；而美国正好与此相反。然而，在实践中，这两个词是经常混用的，并不是区分的十分严格。

2 是指由中立的或独立的专家，就争议的事实问题、法律问题以及可能会出现的结果作出客观的分析与评论。

3 所谓“小型”审判，并非是指争议的案件小，而是指这种“审判”不是真正意义上的法院审判，而是一种“虚拟”审判。它通常适用于在事实和法律上较为复杂的争议，如产品责任、建筑工程和反垄断等。在这种程序中，通常由有经验的律师或专家充当“审判者”，实际上是提出中立的建议，由双方当事人出庭，出席听证会，通过“审理”后，双方可以了解到己方在案件中的有利方面和不利方面，并征求中立者对案件可能发生的结果作出预测，从而，使双方再次回到谈判桌上来。

具有约束力。

此外,在国际建设工程领域,还有一种ADR方式也在逐步开始推广使用,那就是机构裁判,该等裁判类似于仲裁制度,但较仲裁制度更为简便,应用起来更为灵活,且周期短,是对于建设工程争议的一种快速的非诉解决方式。以新加坡调解中心在《建筑及建造业安全付款法》框架下建立的新加坡调解中心裁判机制(SINGAPORE MEDIATION CENTER ADJUDICATION UNDER THE BUILDING AND CONSTRUCTION INDUSTRY SECURITY OF PAYMENT ACT(CAP.30B))最为典型。

在中国的建设工程领域,由于缺乏相关的法律法规的规定,且FIDIC合同等也并未在中国广泛使用,所以裁判(Adjudication)、调解(Conciliation / Mediation)等ADR方式并未开始使用。但近期,笔者注意到,中国的仲裁、律师等专业人士也在讨论将上述方式引入中国的建设工程领域,建立一种快速、公平的建设工程争议之非诉解决机制。其中,以中国国际经济贸易仲裁委员会提出的“建设工程争议专家评审机制”<sup>4</sup>为其典型代表。

作为一名专业的建设工程律师,在笔者多年的律师执业及仲裁员生涯中,对于目前制度框架下以非诉方式解决建设工程争议的难度以及建立中国的建设工程争议的制度的迫切性都深有体会。对于贸仲拟设立的“建设工程争议专家评审机制”以及《中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程争议专家评审规则(草案)》中的一些条款也非常赞同。但对于将ADR机制引入中国的建设工程领域及其制度设置问题,笔者也有一些自己的看法,在此与各位共同探讨。

### 一、中国建设工程领域ADR机制的构建方式

由目前国内外现有相关制度来看,在建设工程领域,ADR机制的构建方式主要有以下三种:一是法律规定,二是合同约定,三是第三方设置。

4 按照其提出的《中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程争议专家评审规则(草案)》,建设工程争议专家评审是一种建设工程合同争议的解决方式,建设工程合同的当事人可以按照合同或者其他书面形式的约定,将争议提交专家组进行评审,由专家组作出评审决定,评审决定在满足一定条件后即对当事人具有约束力。并拟在中国国际贸易仲裁委员会下专设一个机构负责以该等方式处理争议,设置专家名册,进行程序管理等。

### (一) 法律规定

法律规定,就是在建设工程相关法律法规中,对以ADR方式解决建设工程争议及其具体方式、规程、效力等进行规定,类似于目前中国的法律法规中对于仲裁的规定。

在该等方式中,大都通过法律规定指定一个第三方作为实施机构,并由该实施机构对具体的程序性问题再制定出操作规程。较为典型的的就是新加坡的做法,其在《建筑及建造业安全付款法》下确定机制,然后再由机制的具体实施机构——新加坡调解中心(SINGAPORE MEDIATION CENTER)制定具体的操作规程。

该等方式下所构建的ADR机制,从制度上而言非常完整,且因其有法律法规的支撑,其操作更为规范,在适用上更具有普遍性,其所作出的裁判(ADJUDICATION)的效力相对较高,与诉讼方式的衔接性更为紧密,也更容易被公众所接受。但是,因其整个就是构建的基础就是法律,而立法所需时间较长。对于目前中国建设工程领域争议解决而言,如以该等方式构建ADR机制,道路比较漫长。

### (二) 合同约定

合同约定,就是在合同中,设置ADR方式解决争议的相关条款,对于该方式的具体形式、适用范围、规则、效力等进行一一约定。较为典型的的就是FIDIC合同中的DAB制度以及世界银行贷款项目施工合同的DB制度。

该等方式的特点在于不依赖于法律法规及第三方的规定,而是全部由合同双方自行约定。但也正是因其在制度的设置及适用上的自由性,所以其要求当事人具有高度“理性”,且其对于监理的依赖性较高,由此对于监理的水平也有较高的要求。这恰恰与中国目前的工程实践之间存在较大差距。就笔者了解的情况,目前在国内,即便是采用该等合同文本(或以其作为模板)订立建设工程合同的项目(包括央视新址),成功的以该方式解决争议的案例也非常少见。

### (三) 第三方设置

第三方设置,就是在法律规定及合同约定之外,由一个在业界较有威望及公信力的机构,设置一套ADR的规则体系,倡导建设合同的当事人在该机构、按照其规则、以非诉方

式快速解决建设工程争议。目前, 贸仲拟设立的“建设工程争议专家评审机制”就属于这一类型。

笔者认为, 在中国现有的法律制度、合同管理体系和工程争议现状来看, 第三方设置的方式构建ADR机制是最为快速又容易为大家所接受的方式。但因第三方设置方式没有法律的支撑, 属于民间的争议解决方式, 无论是该等方式的采用还是其对于争议所作出的“裁判”的效力, 都依赖于建设工程合同当事人的认定。所以, 如果将第三方设置与合同约定相结合, 设立一种第三方+合同的方式的话, 在目前中国的建设工程现状下, 更具有可操作性。

所谓的第三方设置+合同, 就是在第三方设置的基础上, 在建设工程合同(尤其是建设工程合同示范文本)中设置呼应条款。该呼应条款需对以下信息予以约定: ①约定一旦发生争议, 双方到第三方以ADR方式解决, 并服从第三方规定的相关程序性规定; ②约定在争议解决期间, 是否影响其他条款之履行, 工程是否要停工, 停工期间的费用承担以及工期延误的责任承担问题; ③约定以ADR方式解决争议所需费用的承担; ④约定第三方的“裁决”的效力; ⑤该呼应条款自身效力的独立性的约定。

## 二、中国建设工程领域ADR机制下具体方式的选用

在中国建设工程领域ADR具体方式的选用至关重要, 是该ADR机制的立足点。就目前而言, “调解”和“裁判”两种方式在国际建设工程领域应用得最为普遍。但在中国现有的法律框架及建设工程领域的现状下, 哪一方式更为适宜, 还需进行相应的论证工作。

目前, 贸仲拟设立的“建设工程争议专家评审机制”中“评审”一词的使用, 以及其推出的《中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程争议专家评审规则(草案)》, 感觉其拟建立的这一机制更像“裁判”, 也就是由专家或专家小组对于建设工程争议进行评判的制度。

但笔者认为, 在目前ADR机制尚无法律支撑, 也未与诉讼、仲裁等机制相衔接的情况下, 该机制的具体适用及其“裁判”文件的效力都依赖于双方当事人的认定, 而如果其“裁判”文书无法为双方所共同认可的话, 就不会发生任何效力, 前面所有的“裁判”过程都将功亏一篑。所以, 笔者更倾向于

“调解”, 由第三方的专家或专家小组作为中立者, 依照法律规定或者工程实务及经验对于双方的争议进行专业的分析, 提供专业的处理意见供双方考虑, 在这个基础上促使(或主持)双方达成和解, 并协助其拟定、签署和解协议, 协议经双方签订则具有法律效力。当然, 在“调解”的方式下, 经双方当事人要求, 专家也可制作裁判文书, 将双方达成的共识固化下来, 并经双方签署同意后, 产生约束效力。笔者认为, 该等“调解”的方式符合中国现有的相关法律规定及合同管理实务, 且易为公众所接受。

## 三、中国建设工程领域ADR机制下规则的制定

因ADR机制是一个全新的、涉及建设工程多个方面的制度。所以, 笔者认为, 在中国建设工程领域, 无论是采用“调解”还是“裁判”方式构建, 在其ADR机制<sup>5</sup>的具体规则制定方面, 在借鉴新加坡、香港等国家和地区现有的规则基础之上, 还需广泛接受社会各界的意见, 设立一个为各界所认同的规则体系。

首先, 需取得建设行政主管部门合同管理机构的认同。因在中国的工程建设领域, 无论是勘察合同、设计合同、施工合同、监理合同、劳务分包合同还是招标文件, 我国的建设行政主管部门和工商总局都推出了示范文本, 且该等文本在中国具有较大的影响力。而如前所述, 合同中的“ADR机制呼应性条款”对于ADR机制的适用非常重要。所以, 就需征求和考虑建设行政主管部门的意见, 制定出规范、完善的规则体系, 取得其合同管理机构的认同, 使其在其示范文本中设置ADR机制适用条款, 这样才能使ADR机制具有生命力。

其次, 还需征求广大建设工程企业的意见。在目前ADR机制无法律规定予以支撑的情况下, 其适用更多的依赖于建设工程合同当事人的认同, 所以作为主要合同主体的建设工程企业的意见是必须要重视的。只有制定出为广大建设工程企业所认同的规则, 建设企业才会甘于将其争议纳入ADR机制下予以解决。

再次, 还需征求法院及仲裁机构的意见。因ADR机制是解决建设合同争议的首选方式, 但如果双方无法采用该等方

<sup>5</sup> 此处的“ADR机制”是对未来拟建立的“调解”或“裁判”等具体方式的概括性的总称, 下同。

式解决争议,或者虽已解决争议并达成了和解意见(或作出了“裁判”文书)但一方或双方不予履行的话,诉讼或仲裁就成为了争议解决的最终方式。如果此前ADR机制下的相关文书能够为法院或仲裁机构认可并作为证据材料的话,则ADR机制可能会受更多人的重视。但是,这就需广泛征求法院及仲裁机构的意见,制定出一个能够符合法院和仲裁机构要求的,足够严谨的规则。

最后,还需征求广大工程领域律师的意见。目前,工程律师的服务已经不再仅限于诉讼、仲裁等争议的解决环节,而是已经覆盖到建设工程的整个过程,为建设工程业主或建设企业提供全过程法律服务,在合同架构、争议解决方式选择等方面都有着非常重要的影响力。所以,该等机制下规则的设置还要对律师的意见予以足够的重视,使其愿意提议客户将ADR机制争议解决方式。

#### 四、中国建设工程领域ADR机制下相关文书的效力问题

由目前国际建设工程领域实践来看,ADR机制下的文书,除了申请、专家选定等程序性文件外,实质性文件主要有两种:一种是在第三方专家“调解”基础上产生的,由当事人双方自行订立(或在第三方专家的指导下订立)的和解协议;一种是由第三方专家根据ADR机制规则,依照其“裁判”过程中的情况,出具的“裁判文书”。

对于专家“调解”下所产生的“和解协议”,属于目前《合同法》的范畴,只要其中不含违反法律规定的内容,且经双方当事人签署即具有法律约束力。如一方不履行其义务的,需承担违约责任。专家在其中所起的作用主要是以自身丰富的知识及经验,根据现有相关法律规定,对双方的争议进行分析,并提供专业的处理意见供当事人参考,不一定在于文书上面。当然,如当事人有需求,专家也可为其拟定主要条款并“和解协议”的签订提供指导性意见。

对于专家直接出具的“裁判”文书的效力,鉴于目前中国的法律法规并未对此有相关规定,故其不具有法律上的强制力,其效力还主要在于双方当事人的认定。当然,在ADR机制规则中,可以对“裁判文书”生效的情形予以明确规定,如:双方在合同中或其争议解决协议中对其效力予以认定的,或在该等文书出具后签收的方式来确认其效力的,等等。此外,也

可规定该等文书不生效的几种情形,如:借鉴《民事诉讼法》中督促程序(申请支付令)的书面异议即终结督促程序的做法,规定“当事人提出的书面异议后,裁判决定不生效”,或者即便当事人在合同中约定“裁判文书对双方当事人具有约束力”,也可以为当事人再设置一个其他的救济途径使当事人可以不再受该“裁判文书”的约束等等。

#### 五、中国建设工程领域ADR机制所涉及的具体问题

在中国建设工程领域ADR机制的设置方面,还存在一些具体问题,如专家的问题、程序时间的设置问题等等。

##### (一) 关于专家的问题

在建设工程争议专家ADR机制中,专家是处理争议的核心。专家的资质、能力、水平等是直接关系其程序能否顺利进行、调解是否能够成功、其裁判决定是否能够取得当事人认可的重要因素。

所以,笔者认为,在目前中国的法律框架下,以第三方设置的方式构建该机制的首要问题,就是第三方要确定一个专家的资质标准,并配备一个可随时更新的权威专家库,供当事人选择。否则,该等机制将无法取得当事人的认同,其制度形同虚设。

##### (二) 关于程序时间设置问题

由香港、新加坡等国家现有的相关规定来看,快速、高效解决建设工程合同争议是ADR争议解决机制较仲裁、诉讼程序的一大优势。从现实操作性来分析,如果争议能够在发生后的第一时间以ADR争议解决机制的方式得以快速解决,对于有关合同的后续顺利履行还是很有帮助的,这一点也正体现了ADR机制的特点和重要价值。

笔者认为,当事人选择ADR方式解决过程争议就是为了快速推进工程建设,一个“快”字是该机制迎合市场的切入点,与目前市场经济条件下的需求相适应。所以,在未来将设置的ADR机制的程序中,一定要将程序时间设定为一组合理范围内尽可能短的时间。

除上述问题之外,ADR的费用的承担问题、第三方当事人加入评审程序的问题也是该规则设置中不可忽视具体问

题,在此不做一一赘述。

## 六、结语

综上所述,笔者认为,将ADR争议解决机制引入中国的建设工程领域是非常必要,也是非常迫切的。但是,在中国现有的法律框架下及建设工程合同管理体制下,要将ADR机制应用于中国的建设工程领域,在其构建形式、具体方式的选用、规则的设置、文书的效力等方面均需进行周密的考虑,还需要广大业界人士进行充分的讨论与研究。

## 对赌协议及其对企业在创业板上市的影响



郭磊明

### 【摘要】

对赌协议是企业投资特别是对于创业企业投资时常用的手段，本质是对于企业估值不确定的一种调整机制。一般而言，以被投资企业财务指标作为对赌条件的对赌协议是具有法律约束力的，以其他条件特别是和被投资企业本身无关的指标作为对赌条件的对赌协议是否具有法律约束力要根据实际情况判断。在目前的法律框架下，企业若想在创业板上市需要提前清理已存在的对赌协议，否则会因股权的权属存在不确定性以及和现有的禁售承诺相冲突导致和现有上市规则冲突。从长远来看，可以考虑在适当规范的情况下放开对于对赌协议网开一面。

### 【关键词】

对赌协议 创业企业 创业板上市 法律效力

### 一、对赌协议的概念

对赌协议来自于英文的Valuation Adjustment Mechanism (VAM)，直译过来就是“估值调整机制”。一般认为，对赌协议是投资人与融资方在达成投资协议时，对未来被投资企业财务状况变化的一种约定。双方以被投资企业当前业绩为议价基础确定投资条件，根据双方认可的业绩增长情况，以具体业绩指标作为协议条件，如果约定的条件出现，投资人可以行使一种估值调整权利的协议。对赌标的通常被设定为企业股权，也有的设置为直接支付现金及利息。

投资人通常通过对赌协议来控制投资风险，因为一旦企业财务指标达不到要求，将会按照实际的财务指标调整其投资的股权（股票）的价值。而对于融资方而言，签订对赌协议的好处是暂时无须出让企业控股权，同时能够以较高的估值使被投资企业获得现金以保证其正常发展需求。而且只要在协议规定范围内达到对赌条件，相关股权无须调整，资金利用成本相对较低。但是，由于对赌条件一般都比较苛刻，如果被投资企业不能满足对赌要求，融资方和企业将付出高昂代价。这种风险极大的操作和赌博很像，这也是对赌协议为什么会被称为“对赌”的原因。

在实际应用上，投资人和被投资企业的实际控制人之间对赌比较常见，除此之外，还有投资人和企业管理层之间的对赌，投资人和企业原股东之间的对赌，企业现有大股东和小股东之间的对赌等等。

在对赌的条件上，中国的投资人通常只采用财务绩效条款，且大都以单一的净利润为条件，以股权调整或现金补偿为筹码。其实对赌不仅可以赌被投资企业的销售收入、净利润

等财务绩效,还可以涉及非财务绩效、企业行为、企业股价、股票发行和管理层去向等方面。例如,对赌互联网企业的用户数量、技术研发企业的技术实现阶段、连锁企业的店面数量等非财务指标。在极端情况下,也有以企业之外的其他指标作为对赌条件的,其中最近颇为知名的是深南电与高盛旗下的新加坡子公司杰润以石油价格对赌。

## 二、对赌协议的应用及其本质

对赌协议最初是被用于私人股权资本对于国内企业的投资之中。以凯雷、摩根、高盛等国际私人股权资本巨头为例,凯雷对徐工科技的投资,摩根对于永乐电器、蒙牛乳业和山水集团的投资,以及高盛对于无锡尚德和雨润食品的投资中,都采用了对赌协议。

一般而言,此类对赌协议都以被投资企业未来会计年度的盈利为条件,结果通常分为两种,第一种是,如果达到条件则投资方增加投资,达不到条件则不追加投资,如在凯雷在与徐工签订的对赌协议中约定,如果徐工机械2006年的经常性EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization, 未计利息、税项、折旧及摊销前的利润)达到约定目标,则凯雷在徐工的出资购股85%的金额3.15亿美元,增资额为6000万美元;如果达不到约定目标,则凯雷的购股金额为2.55亿美元。另一种结果则往往约定,如果融资方不能达到规定条件,需要补偿投资方。如在高盛对于雨润食品的投资中,双方约定,如果雨润年度盈利未能达到2.592亿元,高盛有权要求大股东以溢价20%的价格赎回所持股份。

由于对赌协议看起来是一个“零和”游戏,所以在我国虽然发展迅速,但是却屡遭非议。有人这样认为:对赌协议表面上披着期权协议的外衣,实际上是期货市场之外的场外交易,属于私下交易,不受监管和保护。北京工商大学证券期货研究所所长胡俞越说,场外交易是个无底洞,一旦中了圈套就没有办法解套。鼓动企业签署这些华尔街骗子们兜售的这些协议的是谁?有关方面要挖挖这个黑洞,这样坑蒙拐骗我们的企业是不行的!<sup>1</sup>

笔者认为,这是一种误解。对赌协议之所以在我国遭到

强烈的谴责,原因是赌标准设定过高,利益明显偏向机构投资者,而融资方缺乏经验,也是造成自己最终处于不利局面的一个重要原因。随着本土股权投资机构的兴起,这种状况正在逐步得到改善。

对赌协议在西方资本交易中特别是股权投资中广泛存在,在国际资本对国内企业的投资中也被广泛采纳。其中的主要原因就是对于企业估值中的不确定性。投资人判断企业未来价值时,往往涉及“战略层面”和“执行层面”两个问题。从本质上来讲,对赌协议是投资人就企业经营中“执行层面”的不确定性进行风险补偿。如果投资人对企业“战略层面”和“执行层面”均存有疑虑,则很容易做出不投资的决定。但有时候投资人认同企业的战略、核心竞争力和商业模式,只是对企业的“执行力”存在疑问。如果投资人决定投资,一旦被投资企业经营出现问题,无疑将遭受重大损失,而如果投资人决定不投资,也会错过一个颇有潜力的投资机会。在这种情况下,通过“对赌”来对风险进行控制,自然要好过错过一个颇有潜力的投资机会。

从本意而言,投资人特别是作为风险投资的投资人由于投资期限较长,其实并不希望对赌,因为对赌的期限一般都在3年以下,被投资企业为了实现设定的对赌条件,容易采用一些短期行为,从而损害企业的长远利益。但是,从另一方面来看,投资人进入企业后往往都是财务投资者和小股东,不参与具体的经营管理事务,因此,投资人希望通过对赌,激励创业团队对企业的价值和未来成长作出稳健可靠的判断,不要不用不着边际的未来计划忽悠资本。此外,国内目前没有更多的机制和手段保护投资人的利益,对赌逐渐成为行业惯例,在资本交易中广泛存在。对赌是企业创业团队努力工作的压力和动力,也是投资人控制投资成本、保护自己的手段。不过,出于长远利益的考虑,目前许多投资人都将对赌时间相应延长,以期创业团队能够考虑长远,打造企业的长期价值。

## 三、对赌协议的法律效力

### 1、以企业财务指标作为对赌条件的对赌协议的法律效力

目前有着一种颇为流行的观点,就是在对赌协议下,无论管理层、公司实际控制人能否达到对赌协议,投资人都能获利:如果达到协议标准,投资人虽然付出了部分股权,但却得

<sup>1</sup> 《对赌协议:国际资本掠夺我国财富的致命武器》, <http://www.cass.net.cn/file/20090423230823.html>



到股价上升的回报；而在未达到协议标准的情况下，投资人则可通过更多的股权甚至企业控制权来弥补股价下跌的损失。这种对于投资人来讲只有利益，没有损失，合同，明显违反公平原则，是没有法律效力的。

我们认为，这种看法明显忽略了一个事实，就是对赌协议背后必然有投资的产生。对于被投资企业而言，在获得投资后取得了企业发展必要的资金，无论对赌的另一方是企业的实际控制人还是管理层，都有着明显的益处，也就是，对赌协议不仅仅是只对投资人有利益的。

另外，资本的筹集不可能没有代价，如果对赌条件没有实现，即使投资人收回了成本，也难以弥补其融资成本，更难以弥补其未能向其他项目投资的机会成本。在极端情况下，被投资企业亏损严重甚至资不抵债，投资人即使拿到企业股权，也有可能颗粒无归。

综上，对赌协议属于合同的一种，一般都是自愿签订的，而且从签订对赌协议的合同方来看，不是具有专业投资经验的基金、投资公司，就是企业实际控制人、创业团队，而且我国法律、行政法规并没有不允许投资进行估值调整的规定，因此以企业财务指标作为对赌条件的对赌协议是具有法律约束力的。

## 2、以其他指标作为对赌条件的对赌协议的法律效力

如上所述，以企业财务指标作为对赌条件的协议属于投资估值的调整，具有法律约束力。但是对于以其他指标特别是非企业指标作为对赌条件的协议其法律效力如何呢？让我们以深南电和杰润之间的对赌协议作为例子进行分析。

2008年3月12日，深南电与杰润签订了对赌协议。协议有两份。第一份协议有效期从2008年3月3日至12月31日。双方约定，国际原油月均价高于63.5美元/桶，则杰润公司支付给深南电每月30万美元，而若原油月均价低于62美元/桶，则深南电需支付杰润公司（62美元-浮动价）×40万桶等额的美元。第二份协议约定从2009年1月1日开始，为期22个月，红线抬高至64.5美元/桶，且杰润公司具有优先选择权。

这个协议之所以引发公众的注意力是因为油价在2008年出现了戏剧性的变化，从而导致深南电的亏损和收益严重不对等。2008年7月份，当油价上升到145.78美元时，油价曾高出

红线83.78美元，但深南电的收益钉死在30万美元；2008年12月，原油价格收盘价44.60美元计算，差价17.40美元桶×40万桶，仅12月份深南电就要付给杰润696万美元。

就在业界普遍预期杰润将与深南电对簿公堂的时候，杰润与深南电分别在2008年11月6日和11月10日以不同的理由，终止了此前在3月12日签订的有关油价的“对赌”交易。

油价对赌戏剧性的结局并不能引发我们对于深南电和杰润之间的对赌协议法律效力的思考。我们认为，这种以油价对赌的协议与以投资为目的而进行的估值调整的对赌协议有着本质的不同，油价对赌与企业的投资或者经营并没有实际关联，与真正的“赌博”如赌下期香港六合彩号码并无实质性差异，这不仅是有违社会公德的行为，也涉嫌违反《治安管理处罚法》和《刑法》。

此外，上述油价对赌协议虽然没有实物交割，而且交易双方交易条件并不一致，议究其本质而言仍属于一种期货的交易。

《期货交易管理条例》第四条规定：“期货交易应当在依法设立的期货交易所或者国务院期货监督管理机构批准的其他交易场所进行。

禁止在国务院期货监督管理机构批准的期货交易场所之外进行期货交易，禁止变相期货交易。”这种以油价对赌为名进行的“变相期货交易”显然违反了上述规定。

综上，对于以非企业的指标进行的“对赌”需要慎重考虑，极有可能因为违反社会公德及国家法律、行政法规的强制性规定而不具有法律约束力。

## 四、对赌协议对于企业上市的影响

我国证券监管机构并不排斥对赌协议。例如，对赌协议在上市公司的股权分置改革中经常能够看到。首先做出尝试的华联综超在股改方案中约定：如果2006年度公司扣除非经常性损益后的净利润未达到1.51亿元，非流通股股东承诺按照现有流通股股份每10股送0.7股的比例，无偿向支付对价的股权登记日在册的流通股股东追加支付对价。

在管理层激励中，也常见对赌协议的身影。如伊利股份在股改方案中约定：如果公司2006年和2007年净利润增长率大于或等于15%，非流通股股东将把转增股本支付对价剩余的1200万股作为股权激励送给管理人员。而华联综超则约定：如果公司2006年度扣除非经常性损益后的净利润达到或高于

1.51亿元,追加支付对价提及的700万股股份将转用于公司管理层股权激励,公司管理层可以按照每股8元的行权价格购买这部分股票。

对于尚未上市的企业,如果存在对赌协议,则会给其上市带来不利的影响:

### 1、股东的股份可能存在权属纠纷

《首次公开发行股票并上市管理暂行办法》第十三条和《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十七条有相同规定:发行人的股权清晰,控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东所持发行人的股份不存在重大权属纠纷。

如果存在对赌协议,发行人的股东持有的股份可能会根据对赌协议进行调整,与上述规定不符。

### 2、违反股东的禁售要求

各证券交易所在公司上市时对其控股股东及其他股东都有一定的禁售要求。例如,《深圳证券交易所创业板股票上市规则(征求意见稿)》就有下述规定:

5.1.5 发行人公开发行股票前已发行的股份,自发行人股票上市之日起一年内不得转让。

5.1.6 发行人向本所提出其首次公开发行的股票上市申请时,控股股东和实际控制人应当承诺:自发行人股票上市之日起三十六个月内,不转让或者委托他人管理其直接或者间接持有的发行人公开发行股票前已发行的股份,也不由发行人回购其直接或者间接持有的发行人公开发行股票前已发行的股份。

发行人应当在上市公告书中公告上述承诺。

自发行人股票上市之日起一年后,出现下列情形之一的,经控股股东和实际控制人申请并经本所同意,可豁免遵守上述承诺:

(一) 转让双方存在实际控制关系,或者均受同一控制人所控制的;

(二) 本所认定的其他情形。

根据上述规定,如在禁售期内根据对赌协议需要调整股东股权的,将会违反其上市承诺。

综上,根据目前的规定,对赌协议虽然在企业上市前和

上市后均可以起到了良好的应用,但企业如果在上市申请时存在对赌协议的情况,将会给其带来不利的影响;从监管层来讲,也很难批准一个存在对赌协议的企业上市。因此,企业在准备上市时还是应当考虑终止对赌协议,以免给其上市带来不利影响。

值得注意的是,由于对赌协议在创业企业中经常会运用,而且在香港等成熟证券市场不乏带有对赌协议的企业上市,的例子,我们认为,可以适当考虑这种现实需求,在尽量避免损害中小股东利益的情况下对于对赌协议网开一面。具体说来可以考虑从以下几方面控制:

1) 对赌协议的完全履行不会造成公司实际控制人的变更

这样公司即使存在对赌协议,也不会造成公司控制权的变更,也符合创业企业个人影响浓厚的特点。

2) 对赌协议应当在上市前公开

公开对赌协议的作用是一方面可以将其纳入公众视野进行监督,另一方面其他资人也有权决定是否投资这类的企业。

3) 对赌协议内容需公平合理,且在一年或者六个月之前签订

审核对赌协议的内容以及规定相应的存在时间有利于避免企业的短期行为,也防止了实际控制人或者其他股东变相变现股份,从而逃避禁售期的问题。

4) 如根据对赌协议需调整股权的,应当在禁售期结束后调整

这样可以避免与企业上市前禁售承诺的冲突。当然,证券交易所也可以根据实际情况同意在禁售期内调整。

# 上市公司破产重整相关法律问题探讨



李季先

## 【摘要】

上市公司破产重整是我国新破产法中的一项重要制度创新,也是最大限度预防上市公司破产、保护投资者利益的一项有效法律制度。本文分析了破产重整的实施条件,并重点探讨了上市公司破产重整中的重整申请、股东权保护机制、股权重组、信息披露及税收优惠等核心问题,旨在拓展律师的法律视野,为有志于从事相关证券业务的律师在上市公司重整法律实务中准确适用法律、解决法律冲突提供一个参考指南。

## 【关键词】

上市公司重整 重整程序 重整利益衡平 重整信息披露、重整税收优惠

2006年8月27日通过的新《中华人民共和国企业破产法》(下称“《破产法》”)颁布和实施后,以上市公司破产重整为代表的新类型破产案件逐渐增加,存在退市与破产风险上市公司的规模也在不断扩大。据2009年已上市公司年报披露,沪深两市共有百余家上市公司存在退市与破产风险,有几十家ST公司已经进入或即将进入破产程序。这客观上造就了庞大的上市公司破产重整法律服务市场,但种种迹象表明,这个对众多法律服务机构充满诱惑的服务市场进入并不容易,这其中首要的困难就是破产重整牵涉太多专业问题和法律新问题,大多数法律机构知识储备不足。

## 一、上市公司破产重整的含义与条件

### (一) 含义

上市公司破产重整(corporate reorganization),是指上市公司因严重亏损,陷入经营、财务困境,出现无力清偿到期债务等破产情形时,债权人等利害关系人可向人民法院申请宣告上市公司破产还债;在人民法院受理破产申请后的3个月内,被申请破产的上市公司的上级主管部门向法院申请对该公司进行为期不超过两年的整顿,经上市公司与债权人会议就减免债务达成和解协议的,不对无偿付能力的债务人的财产立即进行清算,法院裁定中止破产程序,上市公司进入整顿(即重整)阶段。

法院裁定准许重整后,即正式启动重整程序。上市公司重整程序开始后,必须给予上市公司一定期限的重整保护期,重整保护期一般不超过六个月。重整保护期的法律效力包括:债

权暂时被冻结、债权被停止计息；执行中止、防止启动破产清算程序；公司股票暂停交易；公司经营权与财产管理处分权移交重整机构、禁止清偿债权；股东在重整保护期内的股份转让权受到限制；中止对上市公司的其它强制执行程序；成立关系人会议，作为利害关系人表达其意思的机关；符合条件的债权人应在法定期间内向法定的机关申报债权等。经过重整，公司按照和解协议清偿部分债务后，法院将终结对该企业的破产程序并且予以公告，上市公司可以继续经营其业务。

## （二）重整条件

根据我国上市公司的基本状况和法律环境，上市公司的破产重整原因可以归纳为以下四种情形：

- 1、公司最近三年连续亏损，已面临暂停或终止上市；
- 2、公司资产、财务状况出现重大异常或业务遭受重大损失；
- 3、由于重大违法违规行为被查处，非通过重整不足以解决的；
- 4、公司出现破产原因或者临近破产边缘。

另外，除上述显性法律条件外，鉴于上市公司破产重整在法律适用上存在《破产法》、《公司法》、《证券法》交叉的问题，根据一般法理，可以进入重整程序的上市公司还应当具备以下潜在条件：一是当地政府或主管部门的同意或认可（上市公司重整的审批表面上司法审批，但实际上行政审批的压力很大，因此要求至少是得到有关部门默许是必要的）；二是作为债务人的上市公司应当具有通过重整恢复正常经营状态的希望；三是债务人仍为一个具有完全民事能力的法人，对于已作出破产宣告或者已处于清算中的上市公司，不宜再启动上市公司破产重整程序。

## 二、上市公司重整的实施程序

### （一）上市公司重整的申请人

上市公司破产重整始于重整申请，但不是谁都可以提起重整申请。下述主体为重整申请人，可因前述法定原因而对陷入困境的上市公司向法院提出开始重整程序的申请：

- 1、上市公司
- 2、符合一定条件的债权人
- 3、持有公司股份达10%以上的公司股东

上市公司重整申请采用当事人申请主义，由上述法定的相关当事人的申请引发，法院一般不宜依职权主动作出公司破产重整的裁定。

### （二）上市公司破产重整的程序

#### 1、重整申请

根据《破产法》第2条的规定，主要是债权人可以申请（在现实成功申请案例中居多，投资者申请较少），但是上市公司的债权人一般会数量众多，因此召开债权人会议几乎是必须的。对于公司是否破产重整因为是公司经营的重大事项，关系到债权人的利益也关系到投资者的利益，参照《公司法》第44条的规定，由拥有债权三分之二数额表决权的债权人通过，这样才能体现债权人的利益又保证了效率。同时，提议破产重整的债权人会议必须提供破产重整的可行性报告交由债权人会议讨论表决，必须要求三分之二债权数额表决权通过。

#### 2、重整机构

公司重整的具体实施主体是重整机构，重整机构由重整人、重整监督人和关系人会议组成，并取代原董事会、监事会和股东大会行使职权。其中，重整人是公司原董事会职权停止后为实际执行重整工作而设立的执行机构，负责重整期间公司事务的经营管理；重整监督人负责监督重整人的职务行为厂以保证重整程序的公正进行，维护各方当事人的利益；关系人会议是由债权人和公司股东组成的行使其自治权利的意思表示机关，是公司重整期间的最高意思机关，关系人会议的职权集中体现在讨论与接受重整计划上。

#### 3、重整计划

上市公司重整计划是指由重整人或上市公司其他利害关系人（包括债权人、股东等）拟定的，以复兴公司、清理债务为主要内容并经关系人会议通过和法院认可的法律文书。重整计划对上市公司及关系人产生约束力。重整计划的内容一般应包括：债务重整方案、资产与业务重整方案、经营管理重整方案、股权重整方案、融资方案，包括公司增资的规模、公司增资的方式、债务融资、重整计划的执行期限等。重新计划由法院指定的重整人执行。重整人在执行重整计划过程中，应尽到善良管理人的义务，接受监督人的监督，违反此义务而给债务人或关系人造成损害时，应负赔偿责任。

#### 4、重整终止与完成

##### (1) 重整终止

根据《破产法》，发生下列情形，法院可以依职权裁定终止重整：重整计划未获关系人会议通过。重整计划在关系人会议上未获依法通过的；关系人会议通过的重整计划未获法院认可；重整计划因情势变迁或有由不正当理由致使不能或无须执行时。重整终止之后，因重整程序开始而终止的破产程序、和解程序或一般民事执行程序及因财产关系所产生的诉讼程序，均应恢复继续进行；因没有申报而在重整期间内不能行使的债权或股权，在重整终止后均应忧复其效力；因裁定重整而停止的股东大会、董事会及监事会的职权，均予以恢复。

##### (2) 重整完成

公司重整因重整计划的执行完毕而完成，重整完成以后，公司的重整人应召集重整后的股东大会，股东大会应改选重整后的董事会及监事会，并且应由董事会向主管机关申请变更登记，并会同重整人向法院申请裁定重整结束，法院裁定后，公司重整程序正式结束。重整完成后产生以下法律效力：已经申报的债权没有受清偿的部分，除依重整计划的规定，移转由重整后的公司负担者外，与未申报的债权一样，其权利本身归于消灭；股东权经重整而变更或减除的部分其权利消灭，未申报的无记名的股东的股权应与其产生同样的后果；破产重整裁定前公司的破产、和解、强制执行及因财产关系所产生的诉讼等程序，应失去效力；重整机构归于消灭；重新成立的公司股东大会、董事会、监事会领导公司开展公司业务。在符合公司法和证券法有关规定的情况下，经向证券监督管理部门申请并获批准，重整后的上市公司的上市资格也可能得以恢复或维持，债权人、股东、上市公司实现多赢。

#### 三、上市公司破产重整涉及的主要利益平衡问题

上市公司的破产重整是为防止上市公司破产清算而进行的挽救性措施，是企业资产重组、股权重组的重要方面，其主要涉及到投资者、债权人等各方面的利益诉求，特别是中小投资者的利益，上市公司面临破产时，中小投资者的投资面临着全面蒸发的危险，但是由于中小投资者由于在公司的经营管理中由于表决权的限制，对公司的经营管理实际上处于不知情也不能控制的境地，对上市公司进行破产重整也是挽救中

小投资者投资的重要方面，因此，在上市公司破产重整的过程中必须进行利益的衡平，这也是上市公司破产重整的指导性思想。譬如《破产法》第70条第2款规定：“债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。”第85条规定：“债务人的出资人代表可以列席讨论重整计划草案的债权人会议。重整计划草案中涉及出资人权益调整事项的，应当设出资人组，对该事项进行表决”。这实际上是赋予了上市公司相关投资者的重整申请提出权和对重整计划在一定范围内的实质性参与权。

不过在《破产法》规定的上市公司破产重整利益平衡措施中，笔者认为允许对重整计划持异议的股东有要求公司回购股份是不妥的，不仅与重整制度的原则相违，也与《公司法》第143条第1款第(4)项的规定相悖。根据《公司法》，股东要求公司回购股份仅限于股东“对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议”，而在重整程序中并不存在以股东大会名义作出决议的情况，股东是不能因债权人会议作出的重整决议而要求公司回购其股份的，而且在重整计划草案中也不一定采取公司合并、分立的措施。仅仅因为对重整计划持异议就可以要求公司回购其股份，那么所有的股东都可能因此而要求公司回购其股份，公司重整将难以进行。特别是在法院强制批准重整计划草案时，允许对重整计划持异议的股东要求公司回购其股份，实际上是允许所有的股东藉此逃避法律义务，这将使重整计划中的股权调整措施无法实施。

#### 四、上市公司破产重整的信息披露问题

上市公司破产重整是证券市场投资者关注和引发股价波动的重要事项，上市公司重整的信息披露也是上市公司的法定义务。上市公司在进入破产重整程序后，破产重整作为上市公司经营中的重大事项，除了要根据《证券法》第67条、70条、193条的规定向社会公众履行法定的信息披露义务之外，还应当根据《破产法》第8条等规定向人民法院、债权人披露大量的事实与信息，而这些事实与信息通常是不为公众所知的，否则就有可能导致重整失败。譬如在中航油重组过程中，就因违背信息披露义务、欺骗德意志银行，几乎导致整个重

组计划流产。

### 五、上市公司破产重整中的税收优惠

目前我国法律及财政部和国家税务总局所发文件中没有专门针对上市公司破产重整的法律文件,涉及破产或重组案件中税收问题的主要集中在以下几个方面:

一是在企业债务重组过程中,根据《企业债务重组业务所得税处理办法》(国家税务总局令[2003]6号)及其他相关配套规定,债务人以非现金资产清偿债务、以债务转换为资本方式进行债务重组、债务重组中债权人对债务人的让步以及关联方之间发生的含有一方向另一方转移利润的让步条款的债务重组分别可以采用税前扣除成本、当期债务损失确认冲减应纳税所得、允许分期纳税等税收筹划措施。

二是在金融机构的破产案件中,2003年7月3日发布了《关于被撤销金融机构有关税收政策问题的通知》,财政部和国家税务总局也于2003年5月20日发布了《关于大连证券破产及财产处置过程中有关税收政策问题的通知》,规定对被撤销金融机构接收债权、清偿债务过程中发生的部分印花税、房产税、城镇土地使用税和车船使用税、契税、增值税、营业税、城市维护建设税、教育费附加和土地增值税等予以免征、减征的优惠政策。

三是在上市公司重组改制上市过程中,有关税务主管部门有过针对个案的减免税通知。如《国家税务总局关于中国移动通信集团公司重组上市过程中有关契税问题的通知》规定,对重组中的资产转化、股权转让免征契税;又如《财政部、国家税务总局关于中国远洋运输(集团)总公司重组上市有关税收政策问题的通知》规定,中国远洋运输(集团)总公司在重组改制上市过程中发生的境内资产评估增值总计2.2亿元,对其应缴纳的企业所得税不征收入库,直接记为中国远洋运输(集团)总公司的资本公积,作为国有资本。

四是对“债转股”、“企业整体资产置换”等特殊的上市公司债务重组的税收优惠政策。2005年3月,财政部、国家税务总局发出通知明确规定,按“债转股”企业与金融资产管理公司签订的债转股协议,债转股原企业将货物资产作为投资提供给债转股新公司的,免征增值税;《关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》(国税发[2000]118号)则对企业整体资产置换做了以下规定:企业整体资产置换原则上应在交易

发生时,将其分解为按公允价值销售全部资产和按公允价值购买另一方全部资产的经济业务进行所得税处理,并按规定计算确认资产转让所得或损失。

# 开发商参与土地 一级开发相关法律问题探讨



何帅领



张振堂

## 【摘要】

土地一级开发也称土地储备开发、土地整理、土地综合整治、土地成片开发等，目前尚无统一的学理定义，各地具体政策与法规与规章的规定也不同。本文就土地一级开发的概念、各地关于开发商参与土地一级开发的相关规定以及开发商参与土地一级开发应注意的法律问题进行了初步介绍与探讨。

## 【关键词】

土地一级开发 法律、法规和规章 项目合法性 签约程序 开发合同中的要点

## 一、土地一级开发的概念

土地一级开发也称土地储备开发、土地整理、土地综合整治、土地成片开发等，目前尚无统一的学理定义，各地具体政策与法规与规章的规定也不同。归纳而言，土地一级开发是指由政府或其授权委托的企业，对开发范围内的土地统一进行征收、拆迁、安置、补偿以及市政基础设施建设，以达到土地出让条件的行为。相对而言，通常将土地出让后进行的房地产建设称为二级开发。

土地一级开发这一概念是在北京市2000年12月8日通过的《中关村科技园区条例》中正式出现的。2001年4月30日，国务院在《关于加强国有土地资产管理的通知》中指出：“为增强政府对土地市场的调控能力，有条件的地方政府要对建设用地试行收购储备制度。”之后，土地储备开发制度得到快速发展，成为我国一项基本土地制度。

## 二、各地关于开发商参与土地一级开发的相关规定

目前我国并无统一的关于土地一级开发的法律、法规和规章，但各地方政府均有自己的规定，各有特色。下面就几个比较有代表性的省、市的有关土地一级开发的规定进行简要介绍：

### 1、北京市

北京关于土地一级开发的法规主要有：《北京市国有建设用地供应办法（试行）》、《北京市土地储备和土地一级开发暂行办法》、《北京市土地一级开发及经营性项目用地招拍挂

出让流程示意图》等。北京土地一级开发的模式为政府主导型和企业主导型两种土地一级开发模式并存。开发商可通过以下两种方式参与一级开发：政府委托管理，即开发商受托负责土地开发具体管理，按照规定开发商的管理费用不高于土地储备开发成本的2%；政府委托开发，即开发商受托负责实施土地开发，包括负责筹措资金、办理规划、项目核准、征地拆迁和大市政建设等手续并组织实施，按照规定开发商利润率不高于预计开发成本的8%。2009年之后，北京市的土地一级开发的开发模式逐渐转变为政府主导型，开发商参与土地一级开发的机会越来越少，逐渐淡出。

## 2、上海市

上海是最先试水土地储备制度的地方政府。与北京模式不同，上海主要是由政府授权直属的多家大型国有企业进行土地一级开发。土地开发企业隶属于政府，代表土地储备中心行使土地储备职能。上海的相关法规有《上海市土地储备办法》等。

## 3、重庆市

重庆的土地一级开发模式属于典型的政府主导型模式。土地一级开发的主体是重庆市政府，代表市政府实施一级开发的机构是几个国有控股企业。出让所得综合价金扣除应支付的土地储备开发成本后的10%，作为土地储备开发发展专项资金存入土地储备开发资金专户。

## 4、成都市

成都市关于土地一级开发的规定是《关于积极引进和规范社会资金进行一级土地整理意见的通知》。该通知主要内容包

括：首先，规定一级土地整理是依据土地利用总体规划和城市总体规划，按照城市、区域功能定位和经济社会发展要求，对新征收土地、旧城改造土地实施成片整理、征地补偿、拆迁安置、土地平整，完成地上及地下市政基础设施、城市公共公益配套设施建设，按期达到土地出让标准的土地初级开发行为。

其次，强调市政府对储备土地的统一开发管理。市土地储备中心纳入储备范围的土地，未经市政府批准，各区不得引进社会资金进行一级土地整理。

第三，引入竞争机制。一级土地整理项目范围、规模、内容明确后，应积极引入市场竞争机制，以招投标或挂牌方式确

定投资商。

第四，采取土地收益梯度分成方式。保证土地成交价格越高、政府收益越大的动态收益分配机制。

## 5、海南省

海南的土地一级开发特点是：资源丰富，竞争者较少，政策优惠。2006年海南省出台的《关于规范企业参与土地成片开发的通知》指出：“土地出让收入扣除土地开发成本后余下的纯收益部分，按照市、县政府所得不得低于30%的比例，确定市、县政府与主开发商的分成比例。”海南土地一级开发商最高可以得到70%的利润，与其他地区相比，这一政策非常具有吸引力。但2010年春节前后，海南房地产被热炒飙升，估计近期海南国土部门会出台相关政策，土地一级开发模式可能也会逐渐发展为政府主导的模式。

## 三、开发商参与土地一级开发应注意的法律问题

### 1、项目合法性问题

对于土地一级开发商来说，在投资开发土地一级开发项目时，首先需要考虑的问题是土地一级开发项目是否合法。由于目前国家对土地一级开发没有法律层面的规定，各地规定并不一致，而且各地地方政府操作也比较乱，实践中有些项目的合法性方面存在问题。若项目合法性方面存在瑕疵，将会给开发商带来很大的潜在法律风险，因此，开发商应重视项目的合法性问题。开发商可主要从以下几个方面对土地一级开发项目的合法性进行审查：

#### (1) 项目是否符合城市总体规划和土地利用总体规划

实践中，有些地方急于进行城市建设，甚至在城市总体规划和土地利用总体规划还没有编制和批准的情况下，就委托开发商开始进行土地一级开发，这对于开发商来说风险很大，若将来城市总体规划和土地总体利用计划得不到批准，地方政府又无力偿还开发商已发生开发的成本，开发商将面临投入资金无法收回的风险。

#### (2) 立项文件的合法性

开发商在签订合同之前应认真审核项目立项文件的合法性，比如是否经有审批权限的政府批准立项、是否存在立项文件的内容与实际操作不一致的情形，等等。在实践中存在着一些须经省级政府批准但只有地方县级政府或经济开发区管委会的批文的情形，若出现上述情形，开发商须对立项文件进行补



充和完善。

### (3) 其他相关项目文件的合法性

开发商还应认真审核其他项目文件的合法性,比如控制性规划文件是否已经批准,征地拆迁文件合法性等。另外,开发商为外商投资企业的,须注意审查自身是否符合《外商投资产业指导目录》等相关外商投资的法律法规的规定。

## 2、签约程序问题

综合分析各地有关土地一级开发的规定,大多规定政府要求通过招标方式确定土地一级开发商。但实践中,很多地方并未严格遵守招标确定开发商的程序,而是直接与开发商签订土地一级开发协议。对于开发商来说,则须注意签约程序的合法性,以防上级政府以未通过合法程序而不认可开发商的一级开发主体地位。就此问题,即使地方政府已就一级开发事宜与开发商协商一致,开发商也应建议地方政府按照规定通过招标形式签约。当然,由于有关土地一级开发的地方规定并非属于法律或行政法规层面,即使不通过招标形式通常也并不会因此导致一级开发合同无效。

## 3、开发商应把握的土地一级开发合同中的要点

开发商签订一份内容完善的土地一级开发合同,能够有效防范土地一级开发过程中的各种风险,比如拆迁难风险、政策变化风险、土地出让价格风险等。从开发商的角度而言,签订土地一级开发合同时应注意把握以下要点:

### (1) 约定征地拆迁安置补偿工作由政府负责承担

对于开发商来说,在目前国情下很难自主完成拆迁安置补偿工作。在此情况下,开发商应要求在土地一级开发合同中约定征地拆迁安置补偿工作由政府方面承担,开发商只负责承担相关费用。通常情况下,开发商可采取如下两种方式承担费用:政府包干和据实支出。政府包干,即开发商与政府约定一个包干费用,由政府包干完成征地拆迁安置补偿工作。据实支出,即开发商根据政府拆迁安置工作的进展逐步据实支出费用。开发商可根据项目具体情况决定采取适当的费用承担方式。

### (2) 约定分期分块滚动开发、减轻资金压力

对于开发商来说,土地一级开发占用资金量大、周期长、利润率低,因此,若想减轻资金压力,可在合同中约定采用分

期分块滚动开发的方式,即将项目范围内的土地,根据规划情况分割成不同的区域地块,按照优先顺序分期先后投资开发各区域地块,成熟一块、出让一块,出让后收回成本和收益再投入下一区域地块,这样滚动开发可有效减轻资金压力,同时也可降低投资风险。

### (3) 约定政策变化时由政府承担责任

政策变化风险对开发商来说是不可预知的风险,比如国家或上级政府对项目规划作出重大调整或被撤。对于该等风险,开发商可在合同中约定由政府承担政策变化风险。但须注意的是,在约定土地出让收益分成方式时,若项目重大调整或被撤时尚无土地出让收入,则存在开发商投资回报落空的风险,在此情况下,须明确约定政策变化时开发商收回资金和收益的方式。

### (4) 约定土地开发成本的组成

土地开发成本是土地一级开发合同重要条款之一,开发商订立合同时必须明确约定。通常情况下,开发商应将就土地一级开发项目支出的所有费用均计入土地开发成本。但须注意的是,开发商计入的成本最终须经政府审核确认,若开发商的某项支出政府审核后不认可,且也未在合同中列明,开发商将不得自行承担该等费用。同时,在合同中列明土地开发成本有利于开发商预估和控制项目投资总额,也可使开发商有理由拒绝投入政府要求承担合同中未列明的费用。

值得注意的是,各地政府规定的土地开发成本(主要包括征地拆迁补偿、市政基础设施建设费用等)虽然大致相同,但也有很多不同之处,开发商须根据各地规定灵活掌握。比如,对于融资成本(贷款利息)各地约定就不一致,北京相关规定中明确规定土地开发成本包含贷款利息,而成都相关规定中就明确约定不能将融资成本(利息)作为开发成本。

### (5) 约定收益分配方式

对开发商来说,可根据项目具体情况约定不同的收益分配方式。通常情况下,土地一级开发的收益分配方式有如下几种:

A. 固定收益: 开发商的投资收益=土地开发成本×固定收益率。也可约定每年固定收益率,按每年投入的开发成本计算投资收益。相对下述按比例分配收益方式而言,开发商采用固定收益率方式,资金及收益收回的安全性较高,可有效规避土地出让价格风险,但通常收益率不会太高。

B. 按比例分配收益: 开发商的投资收益=(土地出让收入-土地开发成本)×开发商分配比例。相对于固定收益方式而言, 按比例分配收益方式中开发商收益比例通常较高, 而且关键是有利于开发商受让开发项目中出让地块的国有建设用地使用权, 进行二级开发。实践中, 很多开发商参与土地一级开发就是为了便于二级拿地, 采取按比例分配收益方式, 可使一级开发商在土地出让竞价中处于非常有利的地位, 因为土地出让价格中含有一级开发商按约定比例可分取的收益, 土地出让价格越高一级开发商可分取的收益也越多。但采取该种方式, 开发商须注意防范土地出让价格风险, 有必要约定出让价格低于开发成本时的处理方法和责任承担。

C. 固定收益+按比例分配收益: 开发商的投资收益=固定收益+按比例分配收益。这种方式具有上述两种方式的优点, 开发商既保证了固定收益, 又有参与分配的权利, 但政府通常会相应调低固定收益率和收益分配比例。

#### (6) 约定成立项目公司

开发商就单个土地一级开发项目成立项目公司, 可以有效地隔离和规避单个项目风险, 避免连锁反应。而且由于土地一级开发投资项目大、投入资金多, 需要开发商专门设立公司在投资地进行长时间、持续性的具体操作。同时, 成立项目公司也通常是政府对投资开发商的要求。

#### (7) 约定适当的融资方式

若开发商自有资金不足或有可能进行项目融资, 可在合同中约定可供选择的融资方式。尤其是约定股权融资方式, 即约定通过转让部分股权(或设立项目公司时引入合资方的方式)的方式进行融资, 以便在必要时引入合作投资方或部分转让项目。

综上所述, 开发商投资于土地一级开发项目时, 首先应根据当地政府发布有关土地一级开发的相关规定, 审核项目的合法性, 并按照规定的合法程序与地方政府或其授权委托的机构签订土地一级开发合同。若是与政府授权委托的机构签约, 开发商应注意要求签约单位提供有权政府部门的授权委托文件。由于目前土地一级开发相关法律法规的缺乏, 开发商与政府之间签订的土地一级开发合同就成为双方之间的“法律”, 开发商在签约时一定要把握住合同要点, 将相关要点在合同中明确约定。

# 由“京城环保第一大案” 看重大环境污染事故罪的认定<sup>1</sup>



王霁虹



石杰

## 【摘要】

被称为“京城环保第一大案”的门头沟污泥倾倒入案，自开审之始便引起了媒体的广泛关注。因其涉嫌重大环境污染事故罪，本文以该案为线索，对目前中国现有法律框架下的重大环境污染事故罪的认定问题进行初步分析。

## 【关键词】

重大环境污染事故罪 污泥 危险废物 重大环境污染事故

2009年9月22日，一件涉嫌重大环境污染事故罪的案件在北京市门头沟法院开庭审理。何某等5人，被控将6500吨污水处理厂污泥，倾倒入位于北京地下水水源保护区的门头沟区永定镇上岸村的大沙坑，造成当地空气被严重污染、地下水保护受到严重威胁，经评估污染损失达上亿元，该案被媒体称为“京城环保第一大案”<sup>2</sup>。因该案以“重大环境污染事故罪”提起公诉，本文就以该案为线索，对我国的重大环境污染事故罪的认定进行初步的探讨，以求教于同仁。

## 一、重大环境污染事故罪的构成要件

依照《刑法》第三百三十八条之规定，重大环境污染事故罪，系指违反国家的规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的行为。<sup>3</sup>要认定何某等人的行为是否构成重大环境污染事故罪，必须正确理解和把握该罪的构成要件，即犯罪主体、犯罪的主观要件和犯罪的客

1 因笔者并未参与该案的审理，本文中关于该案的信息全部来源于媒体报道，如有不实或不当之处，望各位同仁多加指导。

2 参见徐滔法律服务网：<http://www.xutao.com/docs/nanjianjujiao/20090922/123DFC85BC8.shtml>；<http://www.xutao.com/docs/nanjianjujiao/20090923/123E5E3DD3F.shtml>。

3 《刑法》第三百三十八条规定：“违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

观要件<sup>4</sup>。

犯罪主体要件,是刑法规定的,实施犯罪行为的人(包括单位)本身必须具备的条件。犯罪主体要件由刑法明文规定。因<sup>5</sup>《刑法》第三百三十八条对重大环境污染事故罪的主体要件并无特别规定,所以符合《刑法》规定的一般主体要件的,即凡是达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的人以及单位,均可成为本罪的主体。从司法实践来看,多是从事生产经营活动的单位或个体经营户实施本罪。

犯罪的主观要件,是指刑法规定成立犯罪必须具备的,行为人对其实施的危害行为及其危害结果所持的心理态度。由<sup>6</sup>上述《刑法》第三百三十八条的规定可知,对于重大环境污染事故罪的主观要件也无专门规定,所以,行为人主观上的故意和过失均可做为本罪的主观要件。从司法实践来看,该罪的主观要件主要表现为过失,即当事人对于“造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”的发生通常持过失的心理态度,行为人对这种损失及严重后果本应预见,但由于疏忽大意而没有预见,或者虽已预见但轻信能够避免。虽然,通常而言,行为人对违反国家规定排放、倾倒、处置危险废物这一行为本身有时常常是为意为之,但这并不影响本罪的过失犯罪性质。

犯罪的客观要件,是刑法规定的,说明行为对刑法所保护的法益的侵犯性,而为成立犯罪所必须具备的客观事实特征。犯罪的客观要件具有法定性,是成立犯罪所必须具备的条件<sup>7</sup>。《刑法》第三百三十八条将重大环境污染事故罪的犯罪客观要件规定为“行为人违反国家规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物,造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”。由该规定可知,重大环境污染事故罪的客观要件包括危害行为、行为对象和危害结果三个部分,缺一不可。

4 本文采用张明楷先生的观点,犯罪的构成要件由犯罪主体、犯罪的主观要件和犯罪的客观要件三要件构成。参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2004年版,第五章犯罪构成。

5 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2004年版,第七章犯罪主体要件。

6 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2004年版,第八章犯罪的主观要件。

7 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2004年版,第六章犯罪的客观方面。

### (一) 重大环境污染事故罪的危害行为

重大环境污染事故罪的危害行为,由《刑法》第三百三十八条规定,即行为人违反国家规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物的行为。其中含有两个重要信息:一是行为人实施了向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物的行为,二是该等行为违反了国家规定。

“排放”是指把各种危险废物直接排入土地、水体、大气的行为,包括溢、泄、漏、跑等;“倾倒”是指通过车、船、航空器或者其他运载工具,向土地、水体、大气倾倒危险废物的行为;“处置”是指以焚烧、填埋或者其他改变其物理、化学、生物特性的方法处置危险废物的行为。

“放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物”即其上述“排放、倾倒或者处置”行为的行为对象,将在下文“行为对象”部分做详细阐述。

“违反国家规定”,是指行为人违反了我国的法律法规之规定,其中既包括《刑法》,也包括全国人大及其常委会制定的法律,以及国务院制定的相关行政法规、发布的决定或命令,主要是指《环境保护法》、《固体废物污染环境防治法》、《危险废物经营许可证管理办法》等,因其中对于有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物处理处置有着明确的规定,所以,凡是违反该规定将其“向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置”的行为均符合《刑法》第三百三十八条的规定的重大污染事故罪的犯罪行为的特征。

### (二) 重大环境污染事故罪的行为对象

如前所述,重大环境污染事故罪的行为对象是“有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物”。由字面理解,其核心词即为“危险废物”,而“有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他”系对“危险废物”的具体描述。也就是说,重大环境污染事故罪的行为对象是危险废物,具体包括放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物,“危险废物”之外的一般废物不是该罪的犯罪对象。

关于危险废物,《固体废物污染环境防治法》(2005年修订)第八十八条有明确的界定:“危险废物,是指列入国家危险

废物名录或者根据国家规定的危险废物鉴别标准和鉴别方法认定的具有危险特性的固体废物。”

就目前而言，“国家危险废物名录”即为2008版《国家危险废物名录》<sup>8</sup>。“国家规定的危险废物鉴别标准和鉴别方法”则为2007年版的危险废物鉴别标准系列，包括《危险废物鉴别标准 腐蚀性鉴别》(GB5085.1-2007)、《危险废物鉴别标准 急性毒性初筛》(GB5085.2-2007)、《危险废物鉴别标准 浸出毒性鉴别》(GB5085.3-2007)、《危险废物鉴别标准 易燃性鉴别》(GB5085.4-2007)、《危险废物鉴别标准 反应性鉴别》(GB5085.5-2007)、《危险废物鉴别标准 毒性物质含量鉴别》(GB5085.6-2007)、《中华人民共和国危险废物鉴别标准 通则》(GB5085.7-2007)。

也就是说，在目前的法律框架下，只有列入《危险废物名录》的废物和依据上述2007年版的危险废物鉴别系列标准所规定的鉴别标准和鉴别方法认定的具有危险特性的固体废物，才属于重大环境污染事故罪的犯罪对象。

### (三) 重大环境污染事故罪的危害结果

与其他过失犯罪一样，重大环境污染事故罪为典型的结果犯罪，构成该罪客观上要求须具备“造成了重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”方可认定。由《刑法》第三百三十八条之规定，重大环境污染事故罪的危害后果为并行的两个：一是造成重大环境污染事故；二是致使公私财产遭受重大损失或者致使人身伤亡的严重后果。即行为人实施了“违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物”的行为，导致发生了“造成重大环境污染事故”，并且“致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡”的严重后果。所以，要认定何某等人的行为是否属于重大环境污染事故罪的犯罪行为，就需要对其行为是否造成了“重大环境污染事故”和“致使公私财产遭受重大损失或者致使人身伤亡”予以逐一认定。

### 1、重大环境污染事故

因该罪的罪名就为“重大环境污染事故罪”，所以，行为人的行为是否造成了“重大环境污染事故”，是认定其危害结果的首要环节。以前的司法实践中，判定是否造成了“重大环境污染事故”的主要依据是国家环境保护局1987年颁布的《报告环境污染与破坏事故的暂行办法》。该办法按照环境污染与破坏事故的危害程度，将其分为一般环境污染与破坏事故、较大环境污染与破坏事故、重大环境污染与破坏事故、特大环境污染与破坏事故等四种，并规定了重大环境污染与破坏事故的认定程序<sup>9</sup>。

但随着2006年3月31日《环境保护行政主管部门突发环境事件信息报告办法(试行)》的施行，《报告环境污染与破坏事故的暂行办法》(环办字〔1987〕317号)同时废止，且《环境保护行政主管部门突发环境事件信息报告办法(试行)》中已没有“重大环境污染事故”的说法，而代之以“突发环境事件”。虽然，《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2006〕4号)中也有“《国家突发环境事件应急预案》中突发环境事件分级Ⅱ级”的说法，但Ⅱ级以上的突发环境事件(重大环境事件)是否就等同于“重大环境污染事故”？还需最高人民检察院、最高人民法院或国家环境保护部等部门对其作出说明。

需注意的是，即便“Ⅱ级以上的突发环境事件”就是《刑法》第三百八十三条规定的“重大环境污染事故”，但在《国家突发环境事件应急预案》中，对于突发环境事故本身也有认定的标准<sup>10</sup>；《环境保护行政主管部门突发环境事件信息报告办法(试行)》对于突发环境事件的报告程序也有严格的规定<sup>11</sup>。也就是说，按照上述规定，重大环境污染事故(“Ⅱ级以

9 参见《报告环境污染与破坏事故的暂行办法》第六条、第七条。

10 参见《国家突发环境事件应急预案》第1.3款事件分级，其将重大环境事件(Ⅱ级)界定为符合下列情形之一的事件：(1)发生10人以上、30人以下死亡，或中毒(重伤)50人以上，100人以下；(2)区域生态功能部分丧失或濒危物种生存环境受到污染；(3)因环境污染使当地经济、社会活动受到较大影响，疏散转移群众1万人以上、5万人以下的；(4)1、2类放射源丢失、被盗或失控；(5)因环境污染造成重要河流、湖泊、水库以及沿海水域大面积污染，或县级以上城镇水源地取水中断的污染事件。

11 参见《环境保护行政主管部门突发环境事件信息报告办法(试行)》第七条之规定，重大(Ⅱ级)、特别重大(Ⅰ级)突发环境事件，市(区)、县级环境保护行政主管部门应当在发现或得知突发环境事件后1小时内，报告同级人民政府和省级环境保护行政主管部门。省级环境保护行政主管部门在接到报告后，除认为需对突发环境事件进行必要核实外，应当立即报告国家环境保护总局。需要对突发环境事件进行核实的，原则上应在1小时内完成。

8 2008年6月6日，国家环境保护部颁布了新的《国家危险废物名录》，该名录自2008年8月1日起施行，1998年1月4日原国家环境保护局、国家经济贸易委员会、对外贸易经济合作部、公安部发布的《国家危险废物名录》(环发〔1998〕89号)同时废止。

上的突发环境事件”),不仅需要市(区)、县级环境保护行政主管部门按照《国家突发环境事件应急预案》规定的标准予以认定,还需按照规定的程序报告同级人民政府和省级环境保护行政主管部门,并进而上报到国家环境保护总局。否则,因无法认定该等重大环境污染事故(“Ⅱ级以上的突发环境事件”)的发生,也就无法认定该等事故是由行为人的违法行为造成的。

此外,即便是各级环境保护主管部门通过事后追认的方式确认已造成重大环境污染事故(“Ⅱ级以上的突发环境事件”),因相关的环境保护主管部门没有及时履行《环境保护行政主管部门突发环境事件信息报告办法(试行)》中的职责,也需追究其行政责任。

## 2、致使公私财产遭受重大损失或者致使人身伤亡的严重后果

关于“公私财产遭受重大损失”,《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2006〕4号)规定了三种情形:①致使公私财产损失三十万元以上的;②致使基本农田、防护林地、特种用途林地五亩以上,其他农用地十亩以上,其他土地二十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的;③致使森林或者其他林木死亡五十立方米以上,或者幼树死亡二千五百株以上的。<sup>12</sup>其中,“公私财产损失”,包括污染环境行为直接造成的财产损毁、减少的实际价值,为防止污染扩大以及消除污染而采取的必要的、合理的措施而发生的费用。<sup>13</sup>

关于“人身伤亡的严重后果”,《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定了三种情形:①致使一人以上死亡、三人以上重伤、十人以上轻伤,或者一人以上重伤并且五人以上轻伤的;②致使传染病发生、流行或者人员中毒达到《国家突发公共卫生事件应急预案》中突发公共卫生事件分级Ⅲ级情形,严重危害人体健康的;③其他致使“人身伤亡的严重后果”或者“严重危害人体健康”的情形。<sup>14</sup>

12 参见《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2006〕4号)第一条。

13 参见《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2006〕4号)第四条。

14 参见《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2006〕4号)第二条。

## 二、“京城环保第一案”中的重大环境污染事故罪的认定

如前所述,“重大环境污染事故罪”的犯罪的主体要件和主观要件在《刑法》第六章第六节破坏环境资源保护罪中,都不具有明显的特殊性。且就目前该案的庭审情况来看,“京城环保第一案”中的犯罪嫌疑人——何某等五人在犯罪主体及主观要件的认定方面尚无障碍<sup>15</sup>。所以,认定何某等的行为是否构成重大环境污染事故罪的关键,就在于犯罪客观方面的判定,也就是其犯罪行为、犯罪对象及犯罪后果是否全部符合《刑法》第三百三十八条的规定。

### (一)关于犯罪行为的认定

判定本案中的犯罪嫌疑人何某等5人是否有《刑法》第三十八条规定的重大环境污染事故罪的犯罪行为,就是看其是否有违反法律规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物的行为。

从媒体对该案的报道来看,何某等人对公诉机关指控的“将污水处理厂污泥倾倒进北京地下水水源保护区的门头沟区永定镇上岸村的大沙坑”的行为予以认可<sup>16</sup>。且该行为明显违反了《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第十七条的规定:“收集、贮存、运输、利用、处置固体废物的单位和个人,必须采取防扬散、防流失、防渗漏或者其他防止污染环境的措施;不得擅自倾倒、堆放、丢弃、遗撒固体废物。禁止任何单位或者个人向江河、湖泊、运河、渠道、水库及其最高水位线以下的滩地和岸坡等法律、法规规定禁止倾倒、堆放废弃物的地点倾倒、堆放固体废物。”

所以,对何某等人之行为与刑法规定的重大环境污染事故罪的犯罪行为的符合性方面,难度不大,只要能够进一步认定其“犯罪对象”,也就是其所倾倒的确为“危险废物”,则本案中的何某等人的“犯罪行为”的认定就将较为明朗。

### (二)关于犯罪对象的认定

如前所述,“重大环境污染事故罪”的犯罪对象是“危险

15 参见徐滔法律资源网: <http://www.xutao.com/docs/nanjianjujiao/20090923/123E5E3DD3F.shtml>

16 同上

废物”，所以何某等所倾倒之“污水处理厂污泥”是否为“危险废物”就成为了判定何某等人的行为是否构成“重大污染事故罪”的重要环节。

因本案中何某等人倾倒污泥的时间跨度较长，且主要为2006年10月至2007年7月间<sup>17</sup>，所以，判定其所倾倒之污泥是否属于“危险废物”，还要根据其实施倾倒行为时的“国家危险废物名录”和“国家规定的危险废物鉴别标准和鉴别方法”予以认定，即1998年1月4日原国家环境保护局、国家经济贸易委员会、对外贸易经济合作部、公安部发布的《国家危险废物名录》（环发〔1998〕89号），和1996年国家环保总局和国家技术监督局联合发布的3项《危险废物鉴别标准 腐蚀性鉴别》（GB 5085.1—1996）、《危险废物鉴别标准 急性毒性初筛》（GB 5085.2—1996）、《危险废物鉴别标准 浸出毒性鉴别》（GB 5085.3-1996）。

因何某等人所处理的污泥为北京市清河、酒仙桥两家生活污水处理厂的污泥<sup>18</sup>，不在当时的《国家危险废物名录》（环发〔1998〕89号）之中。所以，判定何某等人的行为对象与《刑法》第三百三十八条之规定是否相符，还需聘请有资质的环境监测机构对其所倾倒之污泥进行采样，并按照前述三项《危险废物鉴别标准》（1996年）所规定的方法和程序进行鉴别，以确认其是否属于“危险废物”之范畴。

### （三）关于犯罪结果的认定

如前所述，重大环境污染事故罪的犯罪结果要求“造成重大环境污染事故”和“致使公私财产遭受重大损失或者致使人身伤亡的严重后果”。下面，本文从这两方面对何某等人的行为与该罪的犯罪结果的符合性认定问题进行分析。

#### 1、造成重大环境污染事故

鉴于，何某等人倾倒污泥的时间主要为2006年10月至2007年7月间，所以如其行为造成了“重大环境污染事故”，也应发生在此期间或其后。而《报告环境污染与破坏事故的暂行办法》（环办字〔1987〕317号）已在2006年3月31日失效，即便是此后生效的《环境保护行政主管部门突发环境事件信息

报告办法（试行）》中的“重大突发环境事件（Ⅱ级）”可以作为判定何某等人的行为是否构成重大环境污染事故的参考，但也需按照“重大突发环境事件（Ⅱ级）”的认定标准和报告规程行事。

也就是说，依照现行法律规定，如果要认定何某倾倒污泥的行为造成了“重大环境污染事故”或“重大突发环境事件（Ⅱ级）”的话，首先，需比照《国家突发环境事件应急预案》规定的“重大环境事件（Ⅱ级）”的认定标准，看其是否有那五种情形之一；其次，还要看当地的环境行政主管部门是否依照《环境保护行政主管部门突发环境事件信息报告办法（试行）》之规定，就该“事件”或“事故”的发生履行了认定和报告手续；两者缺一不可。

#### 2、致使公私财产遭受重大损失或者致使人身伤亡的严重后果

关于“公私财产遭受重大损失”，《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条有明确的规定。该案中，公诉机关指控的“经评估污染损失达上亿元”就属此列，这也是该案被媒体界定为“京城第一污染案”主要原因。由庭审情况来看，这也是双方讨论的焦点。

关于“致使人身伤亡的严重后果”，因《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条规定的较为明确，故较为容易认定，就目前媒体报道的庭审情况而言，似乎不存在该等情形。但是，需注意的是，潜伏性是环境污染的典型特征，有些污染尤其是土壤污染及地下水污染对人体所造成的伤害并非立竿见影，本案中现在没有发现，不代表将来也不会出现。

#### 三、结语

综上所述，重大环境污染事故罪的认定不仅需要确认为人倾倒废物的行为真实存在，还需对其所倾倒之废物是否属于危险废物、倾倒行为是否造成了重大环境污染事故、致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果等因素逐一予以确认。就媒体所披露的“京城第一污染案”的庭审情况，在现有的法律框架下，对于何某等人的重大环境污染事故罪的认定，无论是从制度层面还是实践操作层面，都存在较大的难度。

<sup>17</sup> 参见徐滔法律服务网：<http://www.xutao.com/docs/nanjianjujiao/20090923/123E5E3DD3F.shtml>

<sup>18</sup> 同上

## 从实际案例看重复保险与保险竞合的区别



栾永明

### 【摘要】

重复保险和保险竞合，彼此之间既存在联系也有区别，是保险理赔过程中时常涉及的难点与重点问题，本文试从案例分析入手来揭示与探讨这两个概念之间的区别与联系，着重指出由于两者之间的区别所导致的保险责任承担方面的不同结果，以及保险竞合在立法与研究方面存在亟需完善的不足之处。

### 【关键词】

重复保险 保险竞合 保险法 保险责任 保险利益  
补偿原则 保险金额 财产保险

重复保险与保险竞合，均涉及保险公司保险责任的承担，是保险赔付时常涉及的重点问题，下面笔者以自己曾经处理过的两起案例来试析两者的区别。

### 一、两个案例

案例一：发生重复保险，就保险公司的保险责任承担发生争议。

2004年4月，李某向A保险公司投保了家庭财产保险及附加盗窃险，保险合同约定保险金额为15万元，保险期限为2004年4月19日零时起至2006年4月18日24时止。9月，李某所在公司为每名职工在B保险公司投保了家庭财产保险及附加盗窃险，每人的保险金额为15万元，期限为2004年9月6日零时起至2006年9月5日24时止。A保险公司和B保险公司都向李某出具了保险单。2005年8月，李某出差回家后，发现家中财产被盗，李某及时向派出所报案，并同时通知了两家保险公司。经公安局现场勘验后认定，李某被盗物品价值10万元。因公安机关一直未能破案，李某便向两家保险公司提出各赔偿10万元的要求。但两家保险公司都以李某重复投保，造成保险合同无效为由拒绝赔偿。李某遂起诉至法院，请求法院判令A保险公司和B保险公司按保险合同的约定各赔偿10万元。

案例二：发生保险竞合，就保险公司的保险责任承担发生争议。

2003年10月10日，张某以其所有的小汽车向A保险公司投保了第三者责任保险，保险期限一年。同年11月20日，某外贸公司为其聘用的所有员工向B财产保险公司投保了雇主责任



险, 保险期限同为一年, 该公司的一名工作人员赵某, 也在被保险名单内。2004年9月30日, 张某驾驶小汽车在行驶时不慎撞上了在人行道上的赵某。当时赵某正在去参加一起商务谈判的路上。张某将赵某送到了医院。住院期间赵某共花去医药费18000元。经交通事故管理部门认定, 这起交通事故由张某承担全部责任, 赵某没有责任。张某付清了赵某所有的医药费及其他各项费用, 共计18800元。随后, 张某向A保险公司提出18800元的保险赔偿要求。11月10日, 外贸公司以所雇员工赵某因工伤为由向B保险公司索赔。在由哪家保险公司赔偿和如何赔偿的问题上, 张某、外贸公司、A保险公司和B保险公司产生纠纷。

## 二、重复保险与保险竞合

### (一) 重复保险

#### 1、重复保险的概念

重复保险, 又称复保险, 是指投保人就同一保险标的, 同一利益, 就同一保险事故, 在同一保险期间, 分别与两个以上保险人订立数个保险合同。重复保险有广义和狭义之分, 其区别在于重复保险的成立要件, 是否以各保险合同约定的保险金额总和超出保险标的价值为必要。广义的重复保险, 是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故与数个保险人分别订立数个保险合同的行为, 不论各保险合同约定的保险金额总和是否超出保险标的的价值。狭义的重复保险指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别向二人以上的保险人订立保险合同, 且保险金额之总额超过保险价值的保险。

我国的保险立法对陆上保险和海上保险作了不同规定。我国《保险法》第41条第3款规定: “重复保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别向二人以上保险人订立保险合同的保险。” 该规定显然采取广义重复保险之含义; 而我国《海商法》第225条规定: “被保险人对同一保险标的就同一保险事故向几个保险人重复订立合同, 而使该保险标的的保险金额总和超过保险标的的价值的, 除合同另有约定外, 被保险人可以向任何保险人提出赔偿请求。被保险人获得的赔偿金额总和不得超过保险标的的受损价值。各保险人按照其承保的保险金额同保险金额总和的比例承担赔偿责任。任何一个保险人支付的赔偿金额超过其应当承担的赔偿

责任的, 有权向未按照其应当承担的赔偿责任支付赔偿金额的保险人追偿。” 该规定采取的则是狭义复保险之含义。

各国保险立法均对重复保险加以规定, 其意义在于一方面防止投保人或被保险人出于恶意重复投保, 以期在保险事故发生时, 只受一个损害, 却可能获得重复的保险赔偿, 有违保险制度补偿损害和避免不当得利的原则。另一方面, 重复保险制度尚具有保护投保人或被保险人利益的功能, 投保人可能是善意, 纯粹出于多一份安全保障的考虑, 防止出现因保险人破产或偿付能力下降而承担损失不能完全补偿的风险, 从而增强保险对投保人或被保险人的安全保障。

依保险标的的不同, 保险划分为财产保险和人身保险, 财产可用金钱估价, 而人身利益无法以金钱衡量。因此, 基于重复保险补偿损失和防止不当得利的主要目的, 我国保险法将重复保险规定于财产保险合同一节中, 即只适用于财产保险, 而不适用于人身保险。<sup>1</sup>

#### 2、重复保险的构成要件

##### (1) 保险标的和保险利益必须同一

投保人对同一保险标的有相同的保险利益, 投保人与不同的保险人就该同一的保险标的及保险利益订立数个保险合同, 成立重复保险, 如甲就其所有的房屋基于所有权。就同一保险标的及保险利益与数个保险人成立重复保险合同, 不以相同的投保人为限, 如甲及其家庭成员就其共有的房屋基于所有权分别与数个保险人成立保险合同, 同样构成重复保险。

若投保人就不同的保险标的与数个保险人订立数个保险合同, 自然不能成立重复保险。即使同一保险标的, 因不同保险利益, 也可以订立数个保险合同, 而不构成重复保险, 如甲就其所有的房屋所有权的保险利益投保, 乙就该房屋的抵押权的保险利益投保, 因保险利益不同, 依然是单保险而非复保险。

<sup>1</sup> 理论上, 多数学者也认为只有财产保险才存在复保险的适用, 但也有人提出不同的看法, 认为复保险不限于财产保险的适用。一是认为对任何险种都应适用; 二是主张适用于健康保险、伤害保险及丧葬费用保险合同; 三是主张适用于生存保险合同、以他人作为被保险人的死亡保险中若受益人与被保险人有经济上的利害关系的保险合同、健康保险及伤害保险中涉及残废和医疗给付的保险合同; 四是认为适用于投保人基于对被保险人的经济上保险利益而投保的死亡给付保险, 如信用寿险合同、限额型医疗费用保险合同、限额型失能给付保险合同三种情形。参见徐卫东: 《保险法学》, 科学出版社2004年版, 第255页。

### (2) 投保的保险事故必须同一

投保人就同一保险利益向数个保险人投保,须所投保的保险事故相同才能构成复保险。保险利益相同但保险事故不同,不能成立重复保险。如投保人以同一保险标的、同一保险利益分别与数个保险人全部订立火灾险,则成立重复保险;若是分别订立盗窃险、火灾险或其它险种,因保险事故不同,则不成立重复保险。

### (3) 必须与数个保险人订立数个保险合同

投保人以同一保险利益、同一保险事故分别与2个以上的保险人订立2个以上的保险合同,成立重复保险;否则,不能成立重复保险。若投保人与一个保险人订立一个或数个保险合同,各合同均是单保险而不是复保险;若投保人与数个保险人订立同一个保险合同,则为共同保险,也不是复保险。

### (4) 保险期间必须相同或重合

保险期间相同,即投保人就同一保险标的、同一保险事故和保险利益,和不同保险人订立的数个保险合同,其保险责任起讫时间完全相同;保险期间重合,即数个保险合同责任起讫时间部分相同。保险人的责任起讫期间不相同或者不重合,各保险人不会同时对保险事故的发生承担保险责任,这样的保险合同不能成为重复保险。投保人以同一保险标的或者保险利益、同一保险事故,但以不相重合的保险期间,与数个保险人分别订立保险合同,各保险合同为单保险。

## 3、重复保险合同中投保人的通知义务

我国《保险法》第41条规定:“重复保险的投保人应当将重复保险的有关情况通知各保险人。重复保险的保险金额总和超过保险价值的,各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外,各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿义务。”由此来看,投保人订立重复保险合同的,对各保险人均承担重复保险的如实通知义务。

### (1) 通知事项

上述法条中所谓“有关情况”我国《保险法》未有明文规定,但参照各国立法例,应以投保人已知或应知的事实为限,主要是指保险人的名称和住所、保险标的、保险价值、保险费、保险金额、保险责任范围、保险期间和保险金给付等情况。

### (2) 不为通知的法律效果

投保人违反重复保险的通知义务,如不通知或者虚假通

知,或者因为过失而未能及时通知等,将发生何种法律后果,我国《保险法》没有作出明确规定。一般认为,在投保人图谋超额保险金利益为复保险而故意不为通知的,保险公司有权解除保险合同;投保人善意(如因过失或疏忽)而未通知保险人的,除法律另有规定或合同另有约定外,保险人不得解除或终止保险合同,并以不超过保险价值为限,承担比例分担的给付义务。<sup>2</sup>

## 4、重复保险中保险人的责任分担

根据国际习惯做法,在重复保险的情况下一般采用下列三种分摊方式进行赔付:

(1) 保险金额比例责任分摊方式。即将各保险公司保险金额作基数汇总求和,求得每家应分摊的比例,按比例分摊赔款。

(2) 限额责任分摊方式。即按照各家保险没有重复的情况下单独应负的赔偿金额作基数汇总起来得出每家应分摊的比例,按比例分摊赔款。

(3) 出单顺序责任分摊方式。即按照各家保险公司出单顺序赔偿,由先出单的公司首先赔偿,损失金额超过第一家保险公司的保险金额时,才由第二家公司赔偿超出部分,以此顺序负责赔偿。

我国《保险法》第41条第2款规定,重复保险的保险金额的总和超过保险价值的,各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外,各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿责任,即采取保险金额比例责任分摊方式。

需要指出的是,我国的这种做法有导致被保险人无法获得完全补偿的可能。当重复保险的保险人中有一人以上破产或丧失清偿能力时,由于各保险人所应承担的比例是固定的,被保险人因为某保险人的破产,而不能领取的金额,无法由其他未破产保险人支付,将造成被保险人意外的损失,违反保护被保险人利益的原则。<sup>3</sup>

<sup>2</sup> 参见徐卫东:《保险法学》,科学出版社2004年版,第257页。

<sup>3</sup> 也有学者主张,除非保险合同对各保险人的给付保险赔偿金的责任已有明确约定,各保险人按照其保险金额与各保险合同约定的保险金额的总和之比例,分担其对被保险人承担的保险责任;任一保险人对被保险人承担的责任超过其所应当承担的分担额的,有权向其他保险人追偿。参见邹海林:《保险法教程》,首都经济贸易大学出版社2002年版,第199页。

## （二）保险竞合

### 1、保险竞合的概念

保险竞合是指同一保险事故发生导致同一保险标的受损时，两个或两个以上的保险人对此均负保险赔偿责任的情形。保险竞合通常发生在以下两种情况：投保人以自身为被保险人投保二个以上种类不同的保险；不同的投保人投保不同种类的保险，在保险事故发生时导致二个以上的保险人对同一保险事故所致同一保险标的物的损失都应对同一人负赔偿责任。保险竞合在财产保险与人身保险中都存在。

### 2、保险竞合与民法上的法律责任竞合

保险竞合与民法上的法律责任竞合相比，民法中的法律责任竞合，是指由于某种法律事实的出现导致两种或两种以上的责任的产生，这些责任之间是相互冲突的，其核心在于对受害人提供更有效的法律救济。保险竞合的目的在于一方面防止被保险人获得不当得利，另一方面在于在不同的保险人之间寻求合理的赔偿责任的分配。

### 3、保险竞合的解决

实务中，保险竞合一般通过在保险合同中订立关于保险合同竞合的条款来解决，以防止被保险人获双重受偿及超额保险所致的道德危险。

在保险条款中确立保险责任分配时，通常采用三种条款来表述：

溢额保险条款：某一损失发生，如还有其他保险人的，本保险人仅就全部损失扣除其他保险人应负担赔偿额之后的余额（即超额部分）负责赔偿；

不負責任条款：某一损失发生，如还有其他保险人的，本保险人不負責赔偿；

比例分攤条款：各保险人按比例分攤。

（1）各保险人关于责任分配条款相同时，按比例分攤即可。

（2）各保险人关于责任分配条款不相同，则分别不同情形处理：

#### a. 负责条款与溢额保险条款的竞合

出现此种情形，少数人认为应依保险人之保险金额的比例分攤，多数主张以有“不負責任条款”的保险人为第一责任人，若有“溢额”，则由有溢额保险条款的保险人负责。

#### b. 比例分攤条款与溢额保险条款的竞合

出现此种情形，少数人认为应依保险人之保险金额的比例分攤，多数主张以有“比例分攤条款”的保险人为第一责任人，若有“溢额”，则由有溢额保险条款的保险人负责。

#### c. 比例分攤条款与不負責任条款的竞合

出现此种情形，少数人认为应依保险人之保险金额的比例分攤，多数主张以有“比例分攤条款”的保险人为第一责任人。若有“溢额”，则由有不負責任保险条款的保险人负责。

从现实情况来看，我国各保险公司所使用的保险条款，对保险竞合如何处理，多无约定，而对保险竞合的处理，我国法律又没有明确规定。通常来说，被保险人可以有两种以上的方式进行索赔，在保险竞合的情况下提供保险保障的保险人都有赔偿的义务，被保险人可以依据任何一张保单来提出索赔。发生保险竞合时，由于没有法律规定可以遵循，因此，一般是由保险人和被保险人协商处理，这样就给处理此类案件带来了麻烦与争议。故笔者认为，保险立法与理论研究在这方面的空白有待弥补，比如可以在司法解释中增加规定按照比例分攤的原则和遵守溢额保险原则（保险人仅就全部损失扣除其他保险人应负担赔偿额之后的余额负责赔偿，两者的总和不能超过受害者最大的损失）予以解决此类案件。

## （三）重复保险与保险竞合的区别

保险竞合与复保险相比较，二者主要区别是：

1、重复保险须为同一投保人，基于同一保险利益，就同一保险事故与数个保险人分别订立数个保险合同；保险竞合的投保人可以分别为不同主体。

2、保险竞合的投保人对同一保险标的可以具有不同的保险利益；重复保险的投保人必须对同一保险标的具有同一保险利益。

3、我国保险法对复保险的法律后果有明确规定，对保险竞合的后果没有具体规定。

4、重复保险产生的原因是投保人的误会或意图谋利；保险竞合产生的原因是保险条款及险种在承保标的及风险上的交叉及某些情况下被保险人在特定情形上身份的重叠。

## 三、对两起案件的评析

### （一）对前案的评析

前案是一起家庭财产保险合同纠纷，但因投保人就同一

保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别和两家保险公司订立保险合同，构成重复保险，产生争议，争议的焦点是该两份财产保险合同是否有效以及出险后应当如何赔偿。

我国《保险法》第5条规定：“保险活动当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”第41条规定：“重复保险的投保人应当将重复保险的有关情况通知各保险人。重复保险的保险金额总和超过保险价值的，各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外，各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿赔偿责任。”

根据《保险法》第41条的规定，投保人与数个保险人订立重复保险合同时，应当将订立重复保险合同的有关情况通知对方。在不同的时间先后订立重复保险合同的，在订立后一个重复保险合同时，应当将前一个保险合同的有关情况通知保险人；在后一个重复保险合同订立后，应当将该合同的有关情况及时通知前一个保险合同的保险人；在不同的时间先后订立超过两个以上的重复保险合同的，应当分别通知各保险人。对于重复保险的通知义务，是保险人的知情权和决定赔偿数额的重要依据。我国保险法规定重复保险投保人负通知义务的理由，主要是避免投保人利用重复保险合同，故意使其保险金额的总额超过保险价值而从中渔利。因此，重复保险中投保人的通知义务的意义就在于杜绝投保人恶意利用重复保险，而图谋不当得利。我国保险法没有就投保人违反通知义务的法律后果做出规定，保险法只是就一般保险合同中投保人违反如实告知义务做出了规定。但是，保险法所规定的关于违反如实告知义务的原则并不适用于重复保险。投保人如果没有违反重复保险的通知义务，保险人不得以违反如实告知义务为由，解除重复保险合同或不承担保险责任，即不能适用违反如实告知义务的规定。因为重复保险制度的目的在于防止投保人谋取不当得利和避免保险人的超额赔偿，即降低投保人超额保险的道德危险，而如实告知义务的目的，则在于确定和控制保险危险的程度。在本案中，李某就其家庭财产在两家保险公司投保，在同一保险期间内就同一保险事故分别向两家保险公司主张同一保险利益，因此属于重复保险。由于重复保险合同是双方当事人自愿签订的，而我国法律对此又未予以禁止，所以李某与两家保险公司分别签订的财产保险合同均为有效合同，两家保险公司以重复保险合同无效为由拒不承担赔偿责任的理由不成立。

那么，李某能否依照两份合法有效的保险合同获得双份赔偿呢？《保险法》第40条规定：“保险标的的保险价值，可以由投保人和保险人约定并在合同中载明，也可以按照保险事故发生时保险标的的实际价值确定。保险金额不得超过保险价值，超过保险价值的，超过的部分无效。保险金额低于保险价值的，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿赔偿责任。”第41条第2款规定：“重复保险的保险金额总和超过保险价值的，各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外，各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿赔偿责任。”可见，财产保险合同以赔偿被保险人的实际财产损失为目的，被保险人仅有权按其实际损失请求保险人赔偿，不得获得超过其实际损失以上的赔偿。就本案而言，两家保险公司的保险金额总和为30万元，其承担责任的比相等，它们对于李某受到的10万元的经济损失应当平均分担，即各承担5万元的赔偿赔偿责任。《保险法》第45条第1款规定：“因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。”李某从保险公司获得赔偿后，必须将对第三人的求偿权让给保险公司，即保险人享有代位求偿权，本案破案后追回的财产应当归保险人所有。

## (二) 对后案的评析

本案例是一起机动车辆保险第三者责任险和雇主责任险发生竞合的保险纠纷，其中的焦点问题是对被保险人如何赔付。

我国有关于重复保险的规定，但是，对于保险竞合，法律没有规定，通常做法是被保险人可以有两种以上的方式进行索赔。在保险竞合的情况下，被保险人可以依据任何一张保单提出索赔，而提供保险保障的保险人都有赔偿的义务，但是，根据保险的补偿原则，被保险人从某一保险人那里得到补偿后，就丧失了向另外保险人索赔的权利。如果被保险人从某一保险人没有获得损失的完全补偿，不足部分可以向另外一家保险公司索赔。而对于重复保险的赔偿的处理，通常由保险人进行分摊。我国法律规定的赔偿方式是比例分摊方式。

具体到本案中，赵某因受伤而导致的损失，已从A保险公司得到完全补偿，所以外贸公司就丧失了向B保险公司索赔的权利。

## 商标反向假冒亦构成商标侵权



陈祥龙

### 【摘要】

商标反向假冒是商标侵权的法定表现形式之一。商标反向假冒虽然不是常见的一种商标侵权，但是也有其鲜明的特征和严重的侵权性。

### 【关键词】

商标 反向假冒

### 一、问题的提出

商标侵权的典型表现，一般为未经商标注册人的许可，在同一种商品或类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标。如某甲公司享有一注册商标A，核定使用商品为排水管道，而乙公司在未征得甲公司事先同意的情况下，在其生产的排水管道产品中使用了A商标，则乙公司的行为构成侵权。

但构成商标侵权的并非只有上述一种情形。

【案例】：1994年5月，新加坡鳄鱼公司经销商以230元的单价购进北京市服装厂制作的“枫叶”牌西服，将附着于其上的“枫叶”注册商标更换成“鳄鱼”商标，然后在北京市百盛购物中心的“鳄鱼”服装专柜上以560元的单价出售给顾客，因此举被北京市服装厂察觉而提起诉讼。法院最后认定该行为构成不正当竞争，并判决被告赔礼道歉、赔偿损失。

该案例是我国司法历史上首例反向假冒商标侵权案例，当时由于立法上对反向假冒行为尚未作出明确规定，法院最后以不正当竞争为由判决被告承担法律责任。之后，第九届全国人大常委会作出了《关于修改中华人民共和国商标法的决定》，将商标反向假冒正式列为商标侵权的法定表现形式。

### 二、商标反向假冒的几个基本特征

修订后的《商标法》第52条规定，“未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的”，属于侵犯注册商标专用权的行为。

通俗的理解，商标的反向假冒就是以合法渠道买了别人的商品，“撕下”该商品的商标换上自己的商标，然后将更换

后的商品再投放市场的行为。

因此,构成商标反向假冒,存在以下几个基本特征:

- 1、被侵犯的商标必须是注册商标,即商标依法在国家商标局注册而获得商标专用权;
- 2、商品本身是合法取得的,且是由被侵权商标权利人所生产或销售的;
- 3、商标反向假冒的目的是盗用他人商品的质量信誉,从而隐瞒商品真实来源,获取不正当利益。

### 三、商标反向假冒的解决途径

商标反向假冒属于《商标法》规定的商标侵权行为,商标权利人发现他人存在商标反向假冒行为的,一般可通过以下几种途径予以解决:

- 1、行政解决。商标权利人在发现商标反向假冒行为后,可以依法请求当地工商行政管理部门进行处理。工商管理部门经过调查,认定侵权行为成立的,将责令侵权人停止侵权行为,并可处以罚款。权利人也可要求工商行政管理部门就侵权赔偿额进行调解,调解不成的,可向人民法院提起诉讼;
- 2、司法解决。考虑到行政途径解决在保密性、效率及赔偿金额调解方面存在的不足,商标权利人也可以直接通过向法院起诉的方式来处理侵权事宜。但在起诉之前,需要委托律师进行相关证据的收集和诉讼准备,以便在法院诉讼中赢得主动。

### 四、商标反向假冒所需承担的法律后果

通过法院诉讼,并依法认定商标反向假冒侵权事实存在的情况下,法院除要求侵权人停止侵权行为外,还会根据权利人的诉讼请求判决赔偿额。根据《商标法》的规定,商标侵权的赔偿数额一般可通过以下方式予以确定:

- 1、侵权赔偿额,为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益;
- 2、侵权赔偿额,为被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失,包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支;
- 3、如上述侵权人因侵权所得利益,或被侵权人因被侵权所受损失难以确定的,由法院根据情节判决给予50万以下的赔偿额。

需要说明的是,在大多数商标侵权案件中,由于计算侵权人所得利益及被侵权人所受损失方面的证据,特别是财务资料的获得方面存在很大的困难,因此,大多数案件中商标权利人并不能完全举证对方的获利或自己的损失,在这种情况下,往往法院根据实际情况判决的赔偿数额会在50万元以下。

# 从“事件式”信息营销活动 看当前个人信息权的法律保护



齐岩冰

## 【摘要】

本文结合当前对于个人信息保护的社会呼声日渐高涨,《个人信息保护法》通过在即等社会背景及我国电信市场营销的具体实际,通过对宪法、民法通则、合同法、电信条例等法律法规、规章、司法解释关于个人信息权保护的相关规定的系统归纳,对目前深圳市部分电信公司开展的“事件式”营销活动的内涵、意义和合法性进行了全面审视,对该营销方案在不同层面面临的不同的法律风险进行了深入阐述,并对方案的合法性调整提出了针对性的建议。

## 【关键词】

个人信息 事件式营销 电信市场 法律保护

据悉,深圳市某电信公司在市场营销活动中,创造性地开展了“事件式”的营销方式,从而使市场营销的针对性和精确度得到大幅提高。具体而言,该电信公司通过监测用户的短信内容、通话记录、身份特征、位置等各种信息,来发现客户的实际消费倾向或业务需求,比如当在系统中监测到用户发送的短信内容中包含指定的关键字,如刘德华、张学友,就将这些歌星的彩铃或铃声推荐给用户,从而实现精确营销;或者利用这些信息用该电信公司的短信端口帮其他客户群发广告短信;或者利用从第三方获得的客户身份信息来对客户进行群发短信等营销活动。上述“事件式”营销方式在社会引发了诸多争议。事实上,此种利用客户短信内容等通信信息开展市场营销活动的做法,在深圳市并非仅上述一家电信公司如此运作,多家电信公司具体做法各异,但基本思路大体一致。

笔者认为,上述做法涉及当前社会普遍存在的一大热点问题,即个人隐私及通信秘密的法律保护问题。因为我国宪法和民法通则对于该种问题语焉不详,社会各界众说纷纭;虽然《个人信息保护法》专家建议稿从2003年就开始起草,2005年初已经完成并提交国务院启动立法程序,但时至今日,该法并未提交全国人大常委会进行审议,何时通过、颁布更是不得而知。目前,对于个人信息的法律保护,仅散见于行政法规、最高法院司法解释、合同法、人大答复以及部分部门规章、规定等法律文本之中,并无相关专门的系统的法律文件进行界定和规束。鉴于此种国情,笔者认为,对于前述市场营销方案的合法性和合理性,应综合我国关于个人信息的法律法规之规定,根据我国电信市场及个人信息保护的具体实际,分情况加

以分析定夺。

### 一、个人信息法律概念界定

据《个人信息保护法》专家建议稿课题组介绍,所谓个人信息,是指现实生活中“能够识别特定个人的一切信息”,其范围很广,包括文档、视频音频文件、指纹、档案等。但是,理论上,只有涉及未被合法或依约公开的个人隐私以及合法拥有者对于他人个人信息的侵权滥用,才会被法律法规纳入注意的视野。因此,普遍被公众关注、并且构成前述营销方式涉及法律问题的核心要素的,是构成个人隐私的个人信息的保护与利用问题。

按照目前社会各界特别是法律界的共识,隐私权是一种具体的人格权,是指自然人享有的私人生活安宁与私人信息不被他人非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开的一项人格权。个体的隐私权是人的基本权利之一,包括个人和生活不被干扰权利与个人资料的支配控制权,具体到网络与电子商务中的隐私权,隐私权的保护涉及到对个人数据(包括企业的商业秘密)的收集、传递、存储和加工利用等各个环节的保护隐私权利的问题。从权利形态来分有隐私不被窥视的权利、不被侵入的权利、不被干扰的权利、不被非法收集利用的权利;从权利的内容分可以有个人特质的隐私权(姓名、身份、肖像,声音等)、个人资料的隐私权、个人行为的隐私权、通讯内容的隐私权和匿名的隐私权等。其中,隐私不被窥视、侵入的权利主要体现在用户的个人信箱、网上账户、信用记录的安全保密性上;隐私不被干扰的权利主要体现在用户使用信箱、交流信息及从事交易活动的安全保密性上;不被非法收集利用的权利主要体现在用户的个人特质、个人资料等不得在非经许可的状态下被利用上。作为个人信息保护的一项基本原则,一旦获取个人信息的事由不再存在,就该销毁个人信息,不应无限期保留。

上述社会共识正是目前个人信息法的立法意指所在,也是民众普遍的精神反映,因此,在对上述营销方案展开分析之前,就不得不关注类似的社会背景。

### 二、我国关于保护个人隐私权及通信秘密的相关法律规定

我国《宪法》第38条规定了公民的人格尊严不受侵犯:

“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”,第40条规定了公民的通信自由和通信秘密受法律保护:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”这是《宪法》从最高立法的角度对隐私权所作的原则性保护,为通信隐私权在其他法律部门中获得保护提供了根本依据。

由于我国《民法通则》没有作出保护隐私权的明文规定,只是在其101条和120条将隐私权作为名誉权的一部分加以保护。其第101条为:“公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉”;第120条为:“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的,有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失”。最高法院就在有关的司法解释中对名誉权的保护作了扩张性解释,将侵犯隐私权视为侵犯名誉权来予以对待。如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第160条规定:“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私,或者捏造事实公然丑化他人人格,以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为”;《最高人民法院〈关于审理名誉权案件若干问题的解答〉》第七问:“对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,按照侵害他人名誉权处理”;《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释〉》第1条:“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理”。这些司法解释为隐私权的保护提供了基本法律的适用原则和依据。

另外,依据全国人大常委会法工委办公室《关于如何理解宪法第四十条、民事诉讼法第六十五条、电信条例第六十六条问题的交换意见》(法工办复字[2004]3号):“同意湖南省人大常委会法规工作委员会来函提出的意见。”湖南省人大常委会法规工作委员会的请示意见为,(1)公民通信自由和通信秘密是宪法赋予公民的一项基本权利,该项权利的限制仅限于宪法明文规定的特殊情形,即因国家安全或者追查刑事犯



罪的需要,由公安机关或检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查。(2)移动用户通信资料中的通话详单清楚地反映了一个人的通话对象、通话时间、通话规律等大量个人隐私和秘密,是通信内容的重要组成部分,应属于宪法保护的通信秘密范畴,等。该意见虽然只是人大系统内部的交换意见,并不具有直接的立法意义,但是显示出了我国立法机关对公民通信秘密之隐私的保护意向和保护原则,而这也是即将出台的《个人信息法》本照的立法精神。

按照上述法律、司法解释及法律界的理论认识,在我国构成侵害他人隐私权的,主要可分为两种情况:一是不涉第三方的侵害:如未经权利人同意,实施了秘密窃取、侵入、破坏、篡改、捏造等指向权利人合法隐私权的行为;二是涉及第三方的侵害:如前述未经权利人同意的非法行为实施后并行进行散布或透露;或者依照权利人同意等合法的方式取得权利人的隐私,但未经权利人同意进行面向第三人的披露等,该等情况较为吻合本文指向的电信“事件式”营销的模式。

### 三、电信领域的法规、规章对于公民个人隐私权的保护规定

《中华人民共和国电信条例》第五十八条规定:“任何组织或者个人不得有下列危害电信网络安全和信息安全的行  
为:……(二)利用电信网从事窃取或者破坏他人信息、损害他人合法权益的活动;”第六十六条规定:“电信用户依法使用电信的自由和通信秘密受法律保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关、国家安全机关或者人民检察院依照法律规定的程序对电信内容进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由对电信内容进行检查。电信业务经营者及其工作人员不得擅自向他人提供电信用户使用电信网络所传输信息的内容。”公安部于同年12月30日颁布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第七条规定:“用户的通信自由和通信秘密受法律保护。任何单位和个人不得违反法律规定,利用国际联网侵犯用户的通信自由和通信秘密。”《广东省通信短信息服务管理办法(试行)》第十二条规定:“短信息服务提供者(包括基础电信业务经营者和增值电信业务经营者)应当登记用户的有效身份,并对用户的个人资料和短信息内容保密,未经用户同意,不得向他人泄露或用于其他商业目的,但法律另有规定的除外。”

虽然这些规定还很不全面、具体,并且缺失相应的制裁措施,但其基本内容已经明确无误的显示出,利用电信网从事窃取或者破坏他人信息、损害他人合法权益的活动,危害电信网络安全和信息安全的,以及电信业务经营者及其工作人员擅自向他人提供电信用户使用电信网络所传输信息的内容的,都属于违法行为,是被国家明令禁止的。

### 四、我国合同法相关规定及深圳市某电信公司《移动通信客户服务协议》的相关约定

我国合同法第60条规定:“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”该电信公司与客户之间确立的通信服务关系在本质上是一种合同关系,因此,理应受到合同法的约束,对自己掌握的客户资料和信息具有法律规定的保密义务,未经客户同意不得泄露给第三人。在此方面上述深圳市某电信公司与客户之间签订的《移动通信客户服务协议》有明确的约定,在协议“其他事项”中指出:“乙方(即该电信公司)对甲方(即客户)的客户资料负有保密义务,但乙方根据法律法规的规定配合公安机关、人民法院、人民检察院、国家安全机关及依据法律法规有权进行调查的其他部门的工作要求的除外。”因此,如果该电信公司擅自将客户资料泄露给第三人,就构成了违约。

值得注意的是,该电信公司如果只是利用客户资料对客户本身进行营销,而并未对客户资料进行泄露,并不构成违背合同法及前述法律法规规定,按照该电信公司与客户签订的《移动通信客户服务协议》,“为方便甲方准确了解各类业务信息,甲方同意乙方以短信息、彩信、WAP PUSH、外呼等方式向甲方发送与移动通信服务相关的信息。”也就是说,只要该电信公司在不泄露客户信息,并且向客户传送的信息仅限于与移动通信服务相关的信息的情况下,就是合乎合同约定的。

鉴于前述《移动通信客户服务协议》是该电信公司单方面拟定、重复使用并在订立时未与客户协商的格式合同,那么,上述约定是否具有法律效力,就需要本照《消费者权益保护法》、《合同法》的有关规定进行判断。《消费者权益保护法》第二十四条规定:“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定,或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、

通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的,其内容无效。”

《合同法》第三十九条:“采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”,第四十条:“格式条款具有本法第五十二条(法定无效情形)和第五十三条(法定免责无效情形)规定情形的,或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。”综合以上规定,格式条款无效的情形,除了一般法定无效之外(合同法第五十二、五十三条),必须满足:对合同接受方不公平、不合理,或者减轻、免除提供方损害接受方合法权益应当承担的民事责任、加重接受方责任、排除接受方主要权利。反观上述《移动通信客户服务协议》,因为发送的信息内容与该电信公司向客户提供的服务内容完全相符,并不符合《电信条例》、《治安处罚法》关于违法信息内容的界定,也不涉及客户的个人信息及其外泄,只要该种发送不是类似于短时间大批量的骚扰性发送,就很难认定为不公平、不合理,或者减轻、免除提供方的责任、加重接受方责任或排除接受方主要权利,因此,该种约定一经客户阅知同意并签字,就可以有效约束双方当事人。

### 五、关于“事件式”营销方式的法律认识

综合上述法律法规及规章的规定,可以看出,以侵犯通信秘密的方式侵害公民隐私权是为国家法律法规所禁止的。但这并不意味着该电信公司的相关营销活动就必然因此而违法,我们必须对相关营销活动涉及的具体情况进行具体分析才能做出合理的结论。

对照上述第二、三部分,可以对电信经营者依据自身合法掌握的用户信息侵害公民隐私权及通信秘密的法定构成条件做出如下整合:对于实施披露者,条件为:一是未经权利人同意;二是实施了披露行为;三是披露者主观上是故意的;四是已经为不特定的第三人知晓。对于未予披露者,条件为:一是利用自身掌握的客户信息实施了损害客户合法权益的行为(含未经客户同意应用于商业目的);二是实施人主观上是有过错的;三是存在客户自身合法权益受到损害的客观事实;四是该等客观事实与行为人的侵权行为具有法律承认的因果关系。其中,对于该营销方案的第三种营销方式(即利用从第三方获得的客户身份信息来对客户进行群发短信等),又可分为两种情况,一种是非法获取的隐私,需要满足以下条件:一是获取

的方式或渠道违法(包括但不限于知道或应当知道获取的方式或渠道违法、自己违法获取或他人违法获取);二是未经客户同意,对该等信息进行了披露或有损客户合法权益的控制、应用及商业性应用;三是行为人实施侵权行为时主观具有过错;四是如果进行披露的,客观上已经被其他第三方知晓。另一种是合法获取的隐私,需要满足的条件同营销方案的前两种情况。因此,前述“事件式”营销方案是否构成对公民隐私权的侵害,也应以此为基础加以认识。

1、上述国家规定及合同约定并未显示出该电信公司拟采取的仅在该电信公司与客户之间发生的(也就是不存在其他第三方)的“事件式的营销方式”就是违法的。理由是,对照上述整合的基本条件,该电信公司并未将用户的电信信息向他人提供,也没有为他人所获知,因此,不能认定该电信公司的上述做法违背了《电信条例》的规定。只要该电信公司据此向客户发送的信息内容和方式不是国家法律法规和部门规章所禁止的(如广告法、电信条例第五十七条,国家工商总局、信产部工商广字【2005】22号文件,信产部信部电【2004】136号文件,以及广东省通管局粤通【2003】30号文件等),并且并没有对电信用户的名誉进行歪曲、侮辱、诽谤致使电信用户受损,也没有致使电信用户遭受其他合法权益的侵害或者对于该等侵害没有过错,而是依照《移动通信客户服务协议》的约定将内容限定在与移动通信服务相关的业务信息,并采取公平合理的发送方式,就是合法的,也不构成对客户的违约。

2、如果该电信公司利用客户信息从事了超出该电信公司与客户之间的范围的商业营销活动,如为SP提供短信端口从事短信群发,其合法性就会遭受质疑。尽管该种营销活动并未表明该电信公司将客户信息内容和客户个人信息直接提供给集团客户,但一方面,该电信公司通过收集归纳客户信息的方式帮助SP发布营销短信,已经超出了《移动通信客户服务协议》里约定的该电信公司只是提供增值电信应用服务平台的承诺,并且该电信公司在此种情况下已构成SP的营销代理人或与SP成立了除提供端口平台之外的其他服务关系(以有偿的方式接受SP的委托从事有利于SP的收集客户信息及选择性分发营销内容等工作,以实现SP的商业目的),该电信公司的行为效果在法律上归属于SP,因此,此时就视同该电信公司未经客户同意将客户信息泄露给第三人;另一方面该电信公司此时从事的服务也脱离了《移动通信客户服务协议》约定的与移

动通信服务相关的业务信息的范畴,构成用于其他商业目的,不但触犯了电信条例第六十六条及《广东省通信短信息服务管理办法(试行)》第十二条的规定,而且构成对《移动通信客户服务协议》的违背,既违法违规同时又违约,并且在违法性方面应与其他SP等第三方承担连带责任。

3、对于该电信公司利用从第三方获得的客户身份信息来对客户进行群发短信等营销活动的合法性问题,应区分第三方的来源是否合法、客户是否同意、客户是否是与该电信公司建立移动通信服务关系的客户以及是否非法泄露给其他第三方、是否进行侵权性使用等方面综合加以考量。

首先,按照第三方信息来源的合法性进行区分,如果该第三方是信息来源是已经为大众周知的合法渠道,如新闻媒体合法报道,客户自行对外披露等,该客户信息已不构成客户个人隐私范畴,则该电信公司此时发送短信只要保证内容合乎前述法规及规章要求,在方式上不构成对客户合法权益的侵犯,就不会因此承担侵犯客户隐私的法律责任;相反,如果来自于第三方的个人信息依然是未经客户同意不得泄露、披露、公布的个人隐私,即便该电信公司获得的渠道是合法的,该电信公司也不免除为客户保密的法定义务,如果未经客户同意加以商业利用,或者将其泄露或变相泄露给其他第三方的,该电信公司将会承担相应的法律责任。特别是如果第三方违法(违约)透露或取得客户信息的方式本身就是违法的,该电信公司在此情况下加以利用,就应与该第三方承担连带的侵权责任。

其次,无论如何,只要取得客户同意(不存在欺诈、胁迫、与第三方恶意串通等情形),且发送的短信息内容方式合法,不构成对客户合法权益的侵犯的情况下,该电信公司对客户信息的利用就是合法的。如果该客户本身已经与该电信公司建立了移动通信客户服务协议,该电信公司向其发送不超出移动通信服务业务的范畴的信息,就是合同授权的行为,但如果此时该电信公司利用的是该电信公司并不能从移动通信服务关系中得知的其他客户信息,此种利用就超出了合同法及服务协议要求的保密义务的范畴,就必须另外征得客户的同意,否则即为侵权。

## 六、对于“事件式”营销方案的适法性调整

基于以上法律分析,结合目前对于个人信息保护的社会呼

声日渐高涨,新的立法审议通过在即,全社会及广大公民对于个人信息的保护观念普遍提升,司法机关对于个人隐私的决断比较倾向于此种社会效果等社会大背景,笔者认为,对于“事件式”营销方式涉及的具体营销方案,必须做出如下适法性调整:

对于第一种营销方案,只要该电信公司将营销控制在该电信公司与客户之间并且不超出移动通信服务业务范畴,保证内容与方式合法,就不会面临来自法律方面的责难;而对于涉及第三方的短信营销及利用来自于第三方的客户信息,只要构成个人隐私,原则上需要征得客户同意方可为之;在未征得客户同意的情况下,如果该电信公司对该种信息控制得当,在保障措施上不会出现任何差错,保证该种利用绝对不会被客户通过任何可能的方式知晓或猜疑,在短信内容与方式、频率上不违背法律、法规及信产部规定,即便面临较大的法律风险,该种风险暂时或许得到控制。并且,如果客户发现并认为该电信公司侵权,在取证上也会面临较大困难。但即便如此,如果该客户通过申诉或诉讼的方式请求国家权力介入调查,或在行政部门的抽检(如工商、通管等部门抽查)等方式被披露出来,该电信公司的营销行为就可能面临不利的法律责任与后果,其社会口碑和商业信誉也将会面临极为严峻的考验。因此,该电信公司在这样的背景和 risk 下,就需要停止未经客户同意涉及第三方营销以及利用来自于第三方信息进行营销的设想与做法,并对第一种仅在该电信公司与客户之间的营销进行修改,排除第三方的存在并严格限定业务范围,除非该种设想与做法取得客户的同意,进而取得合法化的证明。

## 万商天勤2009年总结表彰大会暨2010年 新年联欢会图片集锦

2009年12月31日上午10:00, 万商天勤律师事务所在北京华贸中心商务会所隆重举行了2009年总结表彰大会暨2010年新年联欢会, 领导嘉宾、客户代表及全体员工百余人共聚一堂。

作为特别来宾, 北京市律师协会张学兵会长、王隽副会长、刘军副秘书长, 北京司法局王文锦副处长, 以及北京市朝阳区司法局曹宏副处长、牛旭科长分别到会致辞。

管委会主任张志律师从深圳特别发来新年贺电, 上海所合伙人陈凯律师和深圳所合伙人王云律师分别亲临现场。



北京市律师协会张学兵会长致辞



北京市律师协会王隽副会长致辞



北京司法局王文锦副处长致辞



北京市朝阳区司法局曹宏副处长致辞



客户代表北京久其软件董事会秘书王海霞女士致辞



客户代表中化国际石油公司法律部部长张海枫女士致辞



合伙人王霁虹主持总结表彰大会



徐猛主任发表新年贺词



合伙人徐寿春作《万商天勤2009年业务发展报告》



合伙人李宏作《万商天勤2009年品牌发展及制度建设报告》



上排从左至右：  
王冠、毛国权、卢二松、茅麟  
下排从左至右：  
黄彬琳、初艳慧、吴安静

万商天勤2009年优秀员工合影



领导嘉宾与合伙人交流



客户嘉宾与律师交流



新年联欢会主持人(吴安静、杨立峰)



游戏主持人(张瑀、蔡超)



节目1-纤夫的爱  
(卿森全、李昕)



节目2-剑舞  
(马现茹)



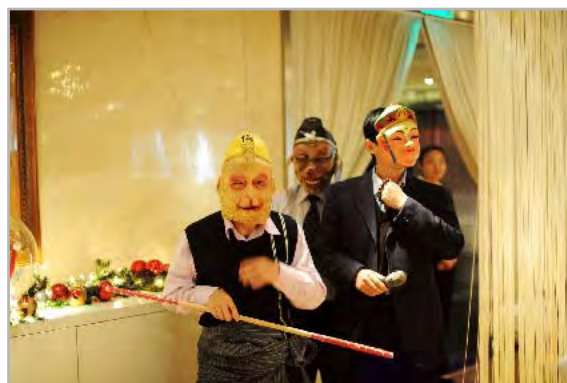
节目3-三句半“串烧2009”  
(徐猛、马婧、吴卿、茅麟、周游、李佳、文成炜、杨立峰、吕丹丹)



节目4-独唱“忽然之间”  
(张瑀)



节目5-双语诗朗诵“再别康桥”  
(高临男、吴卿、吴安静)



节目6-大话西游之2009时尚版  
(何帅领、张建港、张振堂、辛海玉)



节目7-律师客串“建国大业”  
(王霁虹、高丽春、肖延人、石杰、谢颐、张晓峰、刘川、江晓影)



节目8-歌舞表演小虎队之爱  
(卢二松、薛莲、李娜、李昕、盛芝然、卿森泉)



游戏1-“要抱抱”



游戏2-“挤气球”



幸运抽奖



快乐男律





资深型男靓女



行政部美女



大合唱：“万商天勤欢迎你”



新年合影-2010