



第10期 2012年4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

10

第10期 2012年4月

主编：王霁虹

编委：张 志

徐 猛

李 宏

徐志光

徐寿春

刘利彪

编辑：黄彬琳

V&T LAW FIRM

万商天勤律师事务所

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：上海市浦东新区银城中路488号
太平金融大厦15楼（200120）

电话：86-21-50819091

传真：86-21-50819591

成都

地址：成都市高新区高朋大道3号
东方希望A406（610041）

电话：86-28-85973458

传真：86-28-85113076

重庆

地址：重庆市南岸区江南大道8号
万达广场2栋2509号（400060）

电话：86-23-62515572

传真：86-23-62515572

法 律 观 察

Legal Insight

目录

- 02 事务所动态
- 20 万商天勤律师事务所业务发展报告（2011-2012年度）
- 29 关于首次公开发行股票并上市中重大税收违法的理解与适用
徐寿春
- 39 关于《关于完善创业板退市制度方案》（征求意见稿）的几点看法
徐猛 吴卿
- 43 《招标投标法实施条例》重点法律问题解读
王霁虹 张晓峰
- 47 非上市公司股权激励研究
徐猛 马婧
- 51 上市前重组的税收问题
文成炜
- 54 上市公司分拆下属子公司境内外分拆上市思考
吴卿
- 57 商业性债转股的相关法律问题研究
周游
- 61 银行对外开具保函的法律性质浅论
茅麟
- 66 政府采购程序下的BT项目是否需要提供担保
王霁虹 谢颐
- 68 《物权法》关于留置权规定对动产抵押的影响
马婧
- 71 从一起外墙广告位排除
妨碍纠纷谈建筑物共有部分的所有权和使用权
韩俊 张翔
- 77 对注册会计师开展司法会计鉴定业务的思考
赵峰
- 81 商标异议程序相关法律问题研究
高巍
- 84 公司劳动人事管理亟待注意及解决的若干问题
卢二松 李凌洁
- 89 年休假若干法律问题解读
吴安静
- 93 员工离职后的提成支付问题
沈威卫
- 96 海上保险合同诉讼时效中断问题研究
郭雍
- 99 建设工程法律词汇辨析：单项工程与单位工程
张晓峰
- 103 图片集锦

事务所动态

- 本所荣获“北京市司法行政系统先进集体”称号
- 本所被评为“深圳市优秀律师事务所”
- 万商天勤设立重庆分所
- 本所入选ALB法律大奖“年度房地产律师事务所”和“年度管理合伙人”两项提名
- 本所承办的中新天津生态城项目入选《商法》杂志“年度杰出交易大奖”
- 本所荣获Finance Monthly“2011年度中国最佳基础设施律师事务所-Infrastructure Law Firm of the Year”
- 本所荣获Dealmakers Monthly“2012年度中国最佳建筑律师事务所—Construction Law Firm of the Year”
- 本所荣获Lawyers World“2012年度中国最佳建筑律师事务所—Construction Law Firm of the Year”
- 王雾虹律师被全国律协授予“全国优秀律师”
- 王雾虹律师入选“律政年度精英建筑律师”
- 韩俊律师被评为“深圳市优秀女律师”，并当选深圳市律师协会第八届理事
- 本所承办的邦讯技术股份有限公司IPO项目通过中国证监会审核
- 本所担任北京永信国际投资（集团）有限公司常年法律顾问
- 本所受邀为美国雪佛龙公司提供法律服务
- 本所担任北京奥林匹克公园管理委员会常年法律顾问
- 本所入选四川省政府国有资产监督管理委员会中介机构备选库
- 本所继续担任成都双流国际机场股份有限公司的常年法律顾问
- 本所继续担任中国人寿保险股份有限公司四川分公司常年法律顾问
- 本所为四川省天府新区双流区域基础设施和生态建设BT项目提供法律服务
- 本所代理香港瑞安地产集团商事纠纷案件获胜
- 本所继续担任华侨城（亚洲）控股有限公司常年法律顾问
- 本所继续担任深圳妈湾电力有限公司常年法律顾问
- 本所担任中银保险有限公司常年法律顾问
- 本所继续担任北京久其软件股份有限公司、中船重工财务公司、中船重工科技投资发展有限公司2012年度常年法律顾问
- 本所继续担任国投中鲁果汁股份有限公司常年法律顾问，并为其新加坡上市子公司提供司法重组专项法律服务
- 本所继续担任北京华业地产股份有限公司常年法律顾问，并为其收购陕西盛安矿业公司项目提供专项法律服务
- 本所继续担任深圳市华来利实业有限公司常年法律顾问
- 本所担任美国福瑞博德软件开发（深圳）有限公司常年法律顾问
- 本所担任深圳市英龙投资控股有限公司常年法律顾问
- 本所担任华润置地（南宁）有限公司常年法律顾问
- 本所为北京外企人力资源服务有限公司（FESCO）在重庆、杭州投资项目提供法律服务
- 本所为富海银涛资产管理公司系列私募基金设立及其私募股权投资业务提供法律服务
- 本所为华侨城集团公司2012年度第一期超短期、短期融资券发行提供法律服务

- 本所担任四川信托有限公司单一资金信托计划项目法律顾问
- 本所担任江苏无锡古运河投资发展有限公司债券发行专项法律顾问
- 本所担任上海银行股权投资某商业银行项目专项法律顾问
- 本所担任中保大厦有限公司股权收购项目专项法律顾问
- 本所担任上海鼎坚投资管理有限公司并购某白酒企业项目法律顾问
- 本所担任中建国际设计顾问有限公司在美国、澳大利亚等地分别收购设计公司项目法律顾问
- 本所担任北京华图供应链管理股份有限公司与德国BLG汽车物流公司设立中外合资企业项目专项法律顾问
- 本所担任天象集团跨境投融资专项法律顾问
- 本所承办珠海金峰航重大债务重组项目
- 本所为中国船舶重工集团公司第七二五研究所大型磁粉技术投资合作项目提供法律服务
- 本所承办的房地产诉讼项案件被列入北京市第二中级人民法院“心秤工程”案件
- 王霓虹律师受聘担任住房和城乡建设部建设工程监理与项目管理战略发展专家委员会成员
- 王霓虹、石杰律师参与《环境保护法》修改研讨
- 王霓虹律师为中国建筑业协会作专题讲座
- 王霓虹为中国路桥海外投资进行法律培训
- 徐猛律师担任商用飞机维修地项目评审项目专家
- 徐猛律师访问澳大利亚布里斯班中华总商会
- 韩冬律师当选为成都市高新技术开发区法律服务协会执行会长
- 韩俊律师担任主任的涉外法律业务委员会荣获“深圳律协2011年度优秀委员会”
- 韩俊律师再次荣获广东省律协“2011年度优秀专业委员会主任”
- 韩俊律师出席“在美上市中国企业策略选择之上市、私有化和再上市”讲座及研讨活动
- 韩俊律师邀出席ICC国际商会2012新规则的研讨及交流活动
- 韩俊律师受邀担任广东律师继续教育讲堂主讲嘉宾
- 韩俊律师出席并主持“中美贸易近期发展及美国金融改革法案”专题讲座及研讨活动
- 韩俊律师主持“境外并购与反垄断审查”讲座及研讨活动
- 韩俊律师出席并主持“海外投资、上市及税务筹划”研讨会
- 韩俊律师出席“中国律师海外发展的尝试及海外投资”讲座并致辞
- 韩俊律师参加广东省律协主任会议并分享工作经验
- 张晓峰律师为中石油二建公司中高层管理人员进行培训
- 本所律师应邀参加关于应对欧盟委员会针对中国陶瓷餐具的反倾销调查法律研讨会
- 本所受委托起草《深圳经济特区健康促进条例》草案建议稿
- 本所积极参与信访工作受到表彰
- “万商天勤杯”首届非诉律师大赛顺利闭幕

■ 本所荣获“北京市司法行政系统先进集体”称号

在2012年1月4日北京市司法局召开的全市司法行政系统2012年工作会议上,市司法局与市人力社保局联合对司法行政系统先进集体、先进个人进行了表彰。本所凭借一贯卓越的专业表现与服务品质,荣获“北京市司法行政系统先进集体”称号。

此奖项由北京市人力资源和社会保障局与北京市司法局共同组织评选,每三年评选一次,此次评选旨在表彰2009-2011三年年度工作司法行政系统的先进个人,全市共有20家律师事务所和15名律师被授予北京市司法行政系统先进称号。

■ 本所被评为“深圳市优秀律师事务所”

2012年3月14日,在深圳市司法局主持召开的全市律师工作会议上,市司法局对全市优秀律师事务所、优秀律师进行了表彰。本所凭借一贯卓越的专业表现与服务品质,在全市数百家参选律所中脱颖而出,被评为“深圳市优秀律师事务所”,这不仅是上级司法机关和行业协会对本所近年来所取得成绩的充分肯定,也是社会各界对本所多年来服务社会、为客户提供优质法律服务的高度认可。此次评选由深圳市司法局联合深圳市律师协会共同组织评选,全市共有10家律师事务所被授予深圳市优秀律师事务所光荣称号。

■ 万商天勤设立重庆分所

3月17日,本所与西南政法大学联合主办的“中国非诉讼法律实务论坛”暨北京万商天勤(重庆)律师事务所开业仪式、万商天勤奖学金设立仪式在重庆成功举行,重庆司法局、市律师协会、南岸区司法局、中国国际贸易仲裁委员会西南分会、西南政法大学的领导分别到会致辞,本所王霁虹、张志、李宏、徐猛、徐寿春、刘利彪、蔡耀忠、陈凯、韩冬等数十位合伙人均到会祝贺。重庆分所的设立是万商天勤大力发展西南地区法律的重要战略,重庆分所将致力于为当地企业和外来投资提供高端商务法律服务。

同时,为鼓励西南地区年轻一代优秀学生致力于法学研究,本所出资30万元在西南政法大学民商法学院设立了“万商天勤奖学金”。此前本所先后在北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学设立奖学金,此次是本所首次在西南地区设立奖学金。

■ 本所入选ALB法律大奖“年度房地产律师事务所”和“年度管理合伙人”两项提名

在Asian Law Business (ALB) 近日公布的2012法律大奖候选名单中, 本所分别入围“年度房地产律师事务所”和“年度管理合伙人”两项提名。本所房地产团队经过近十年的沉淀和积累, 其房地产、建设工程及城市基础设施业务居于业内引领地位, 形成了成熟的服务品牌和良好的服务口碑; 王霁虹律师担任万商天勤律师事务所管理合伙人期间, 她不断尝试品牌管理的创新和改革, 协同全体合伙人的共同努力下, 进行了一系列战略调整及规划, 引导万商天勤稳步踏入国内一流律所行列。

■ 本所承办的中新天津生态城项目入选《商法》杂志“年度杰出交易大奖”

《商法》(China Business Law Journal) 杂志于近日公布了2011年度杰出交易大奖。其中由中国和新加坡两国总理牵头、由本所合伙人王霁虹律师担任主办律师的中新两国间的标志性合作开发项目获得“基础设施、能源和项目融资”杰出交易大奖。

中新天津生态城坐落于天津市滨海新区, 占地30平方公里, 计划用10-15年时间建成一个可供35万居民生活、工作和休闲的现代化宜居示范城镇, 生态城建成后将成为能实行、能复制、能推广、能为其他城市可持续发展的样板, 目前已有来自新加坡、马来西亚、台湾、香港、日本等地的知名投资商、开发商和建筑商落户生态城。

■ 本所荣获Finance Monthly “2011年度中国最佳基础设施律师事务所-Infrastructure Law Firm of the Year”

在全球知名金融杂志Finance Monthly近日公布的“Global Awards 2012”评选中, 本所成功摘得“2012年度中国最佳基础设施律师事务所”大奖。此次成功摘得此项大奖, 是对本所过去一年在基础设施领域成绩给予的充分肯定。本所去年曾获得其“2011年度中国最佳建筑律师事务所”大奖。Finance Monthly 是Parity Media 媒体集团旗下知名金融杂志, 主要侧重于收购兼并、上市、再融资等领域实务的研究。

■ 本所荣获Dealmakers Monthly “2012年度中国最佳建筑律师事务所—Construction Law Firm of the Year”

2012年2月, 英国法律媒体Dealmakers Monthly公布了“2012年度最佳律师事务所”评选结果, 继2011年摘得“中国最佳建筑律师事务所”大奖之后, 本所再次斩获该项大奖。Dealmakers Monthly杂志主要侧重于银行、公司、私募股权、风险投资、房地产等法律领域, 及时发布来自于法律和金融机构的专家对全球最新交易信息的权威性解读。

■ **本所荣获Lawyers World “2012年度中国最佳建筑律师事务所—Construction Law Firm of the Year”**

在Lawyer World举行的“Global Awards 2012”评选活动中,本所凭借在业内的雄厚实力再次荣获“年度中国最佳建筑律师事务所”大奖。Lawyers World为全球知名法律杂志,主要侧重于公司、收购兼并、再融资、金融、资本市场、私募、风险投资及破产等领域。

■ **王霁虹律师被全国律协授予“全国优秀律师”**

在2011年12月25日召开的第八次全国律师代表大会上,王霁虹律师被中华全国律师协会授予全国优秀律师,受到大会的隆重表彰。此次评选经过了层层评选、公示和投票等程序,王霁虹律师从众多候选人中脱颖而出,被评为“2008-2010年度全国优秀律师”。

作为中国城市建设领域法律服务的领航者,王霁虹以自己不断的探索和勤奋,不断诠释和创新着中国建筑法律服务的概念;多年来,她以自己不倦的努力和从不懈怠的服务品质,吸引了一个个的中外客户,闯出了在中国城市建设领域的服务口碑;十年来,她先后为上百家中外知名客户的数百个城市的地标性建筑和国家重点建设项目提供专业服务,所涉项目投资额超过3000亿元。

■ **王霁虹律师入选“律政年度精英建筑律师”**

2011年12月22日,由《方圆律政》主办的“2012:责任与全球化——年度精英律师揭晓酒会”在中国大饭店举行,在获奖的十位年度精英律师中,王霁虹律师被授予“律政年度建筑律师”,评委席这样评价道:“她曾深度介入诸多国家重点公共建筑等项目的全过程法律服务;多次参与建设部、铁道部的规范性文件起草、修订工作;担纳诸多政府课题的研究,为主管城市建设的官员授课。她曾获得ALB最热门律师,钱伯斯中国建筑领域领军律师第一等多项荣誉。”在会后的媒体采访中,王霁虹律师特别感言:作为一名律师,为企业发现风险、把控风险、保驾护航,使企业走出国门、走向全世界的过程中,走的更加安全,走的更加长久,这就是中国律师的责任,也是我们的历史使命!王霁虹律师的获奖标志着本所在建筑、基础设施领域中继续处于引领地位。

■ 韩俊律师被评为“深圳市优秀女律师”，并当选深圳市律师协会第八届理事

韩俊律师凭着对律师事业的热爱，长期热心于广东省、深圳市律协服务工作，担任律协专业委员会领导工作，积极参加律协青年律师和女律师的传帮带，以身作则，勇于承担力所能及的社会工作，她的杰出的表现，多次受到主管部门与行业协会的嘉奖。2012年3月，韩俊律师再次被深圳市司法局授予“深圳市优秀女律师”荣誉称号。

2012年3月31日-4月1日，深圳市第八次律师代表大会在深圳市委党校隆重举行，经与会全体律师代表投票选举，本所韩俊律师光荣当选第八届深圳律协理事。

■ 本所承办的邦讯技术股份有限公司IPO项目通过中国证监会审核

由毛国权、孙冬松律师承办的邦讯技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市项目，于2012年1月11日顺利通过中国证监会创业板发行审核委员会审核。邦讯技术股份有限公司是一家国内领先的无线网络优化系统提供商和设备供应商，专业从事无线网络优化系统的设计、实施和代维服务以及无线网络优化系统设备的研发、生产和销售，是行业内为数不多的系统集成、设备销售和代维服务等综合实力较强的企业之一，能够提供符合GSM、WCDMA、CDMA2000、TDSCDMA、WLAN等各标准的全套系列设备与解决方案。

■ 本所担任北京永信国际投资(集团)有限公司常年法律顾问

近日，由王霁虹、石杰、谢颀、高磊等律师组成的专业团队，获聘担任北京永信国际投资(集团)有限公司的常年法律顾问。北京永信国际投资(集团)有限公司是香港永信国际发展有限公司在中国大陆投资设立的一家国际化战略投资集团公司，主要从事金融、矿业、地产、贸易、文化旅游等产业。目前本所正在为其投资内蒙某煤制天然气和煤电项目及相关地产项目提供全程法律服务。

■ 本所受邀为美国雪佛龙公司提供法律服务

受美国石油巨头雪佛龙公司委托，本所担任其法律顾问，并组成王霁虹、石杰、蒋洁等强劲能源律师团队为其在中国境内的环境和能源投资项目提供法律服务。近日，本所受雪佛龙中国项目公司优尼科东海有限公司委托，为雪佛龙与中国石油天然气集团公司共同合作开发的川东北天然气项目提供专项法律服务。川东北天然气项目是我国陆上最大天然气对外合作项目，也是亚太地区最大的陆上能源项目之一。该项目区块面积近2000平方公里，位于四川省和重庆市东北部，包括铁山坡、渡口河、七里北、碾子坪和罗家寨气田，该项目的总体开发方案将分为三个阶段，为期30年。

■ **本所担任北京奥林匹克公园管理委员会常年法律顾问**

本所近日受聘担任北京奥林匹克公园管委会常年法律顾问,王霁虹、石杰、张晓峰等组成专业律师团队为其提供全面的法律支持工作。奥林匹克公园管委会是北京市为加强对奥林匹克公园在赛后的日常管理、协调及发展工作成立的,负责奥林匹克公园发展规划和相关政策,参与制定奥林匹克公园建设规划,负责区域内大型活动的组织管理和服务保障工作的北京市政府派出机构。

■ **本所入选四川省政府国有资产监督管理委员会中介机构备选库**

四川省国资委按照《四川省国资委及所出资企业中介机构聘用管理办法》的有关规定和企业使用“四川省国资委中介机构备选库”的实际需要,通过必选的方式对备选库进行了动态调整,经过实地考察、评比得分等程序,经省国资委第21次主任办公会审查通过,确定北京万商天勤(成都)律师事务所进入中介机构法律服务类备选库。

■ **本所继续担任成都双流国际机场股份有限公司的常年法律顾问**

作为成都双流国际机场股份有限公司常年法律顾问,韩冬律师及其团队积极的服务态度和精湛的专业水准不断获得客户的肯定和信任,于近日继续获聘担任2012年度常年法律顾问。

■ **本所继续担任中国人寿保险股份有限公司四川分公司常年法律顾问**

作为中国人寿保险股份有限公司四川分公司常年法律顾问,2012年2月本所继续获聘担任2012年度法律顾问。韩冬律师带领团队勤勉尽责的态度不断得到客户的肯定,特别是在人寿保险公司购买成都市行政办公中心五号大楼的尽职调查专项服务中,协助客户进行了有效的风险防范。

■ **本所为四川省天府新区双流区域基础设施和生态建设BT项目提供法律服务**

本所王霁虹、高磊等律师受中国水利水电路桥工程有限公司委托,为其拟投资建设的四川省天府新区双流区域基础设施和生态建设项目提供专项法律服务。本项目包括红星路南延线以及兴隆湖的投资建设。其中红星路南延线设计总长度18.7公里,规划红线宽度60米,规划绿线宽度60米,兴隆湖总用地面积5112亩。本项目总投资超过20亿元,采用BT投资建设模式。本所律师为客户提供包括项目合法性论证、融资架构设计、合同审查和修改等全过程法律服务。

■ 本所代理香港瑞安地产集团商事纠纷案件获胜

本所合伙人王霁虹、高丽春律师受香港瑞安地产集团境内房地产公司及某外资银行委托, 承办了两单位与某房地产咨询公司之间标的金额超过人民币1亿元的纠纷案件, 本所律师于立案后在两个多月的时间内完成对被告的财产保全措施、开庭审理并收到了胜诉的民事判决书, 取得了切实的诉讼代理效果。

■ 本所继续担任华侨城(亚洲)控股有限公司常年法律顾问

本所张志律师受聘继续担任华侨城(亚洲)控股有限公司常年法律顾问。华侨城(亚洲)控股有限公司于2005年11月2日在香港联交所主板上市(股份代码: 3366.HK), 其前身为华力控股(集团)有限公司。华侨城(亚洲)致力于推进国际化发展战略, 并培育最具创新能力的(华力)系高端纸包装和印刷服务商。

■ 本所继续担任深圳妈湾电力有限公司常年法律顾问

本所徐志光律师受聘继续担任深圳妈湾电力有限公司的常年法律顾问。深圳妈湾电力有限公司是由深圳能源集团股份有限公司控股的中外合资企业, 注册资本19.2亿元人民币, 主要从事电力开发建设及电厂生产经营。

■ 本所担任中银保险有限公司常年法律顾问

应中银保险有限公司的邀请, 本所何帅领、黄玲、张建港律师参加了中银保险2012年度常年法律顾问的公开选聘, 经过激烈竞争, 本所凭借自身优势从多家优秀中介机构中胜出, 最终获选成为中银保险有限公司2012年度常年法律顾问单位, 为其提供非诉及诉讼相关法律服务。

中银保险有限公司是中国银行全资附属的全国性财产保险公司, 公司成立于2005年1月5日, 总部设在北京。中银保险业务范围全面, 成功参保了众多大型商业保险项目, 显示出较好的成长性和较强的竞争力, 并逐渐树立起良好的企业品牌形象。

■ 本所继续担任北京久其软件股份有限公司、中船重工财务公司、中船重工科技投资发展有限公司2012年度常年法律顾问

在徐猛律师、马婧律师两位合伙人的带领下, 多位律师组成的企业常年顾问项目组立足企业风险管理, 以其细致高效的服务赢得了客户的长期信任, 已连续多年担任多家公司常年顾问。2012年, 本所继续受聘担任北京久其软件股份有限公司、中船重工财务公司、中船重工科技投资发展有限公司常年法律顾问。

■ 本所继续担任国投中鲁果汁股份有限公司常年法律顾问, 并为其新加坡上市子公司提供司法重组专项法律服务

基于多年来良好的合作, 本所继续受聘担任国投中鲁果汁股份有限公司常年法律顾问, 具体承办律师包括徐猛、高巍以及茅麟律师。国投中鲁果汁股份有限公司是第一家在国内主板上市的浓缩果汁加工企业。

近期, 受国投中鲁果汁股份有限公司委托, 徐猛、茅麟、高巍律师就其在新加坡上市子公司新湖滨公司在新加坡证券交易所司法重组项目提供中英文全程涉外法律专项服务。

■ 本所继续担任北京华业地产股份有限公司常年法律顾问, 并为其收购陕西盛安矿业公司项目提供专项法律服务

本所徐志光、王云律师受聘继续担任北京华业地产股份有限公司的常年法律顾问, 为华业地产在北京、深圳、大连、武汉、长春等地的房地产开发项目提供法律服务。近期, 徐志光、王云律师受北京华业地产股份有限公司委托, 为其收购陕西盛安矿业公司项目提供专项法律服务。

■ 本所继续担任深圳市华来利实业有限公司常年法律顾问

本所徐志光律师受聘继续担任深圳市华来利实业有限公司的常年法律顾问。深圳市华来利实业有限公司成立于1995年6月, 注册资本人民币10000万元, 是以房地产开发与金融服务为主业, 集物业管理、百货零售、金融服务、基金创投、风险投资、项目投资、高科技产业等多元化经营于一体的企业集团。

■ 本所继续担任美国福瑞博德软件开发(深圳)有限公司常年法律顾问

本所韩俊律师受聘继续担任美国福瑞博德软件开发(深圳)有限公司常年法律顾问, 为其提供的法律服务主要涉及跨境并购、技术服务合同、知识产权、商业秘密保护、劳动合同等领域。美国福瑞博德软件开发(深圳)有限公司系中国IT外包行业领军企业, 是中国领先的技术解决方案和外包服务提供商, 主要为北美及欧洲地区的金融服务、高科技、零售/消费品、制造业、运输及物流客户提供解决方案与软件开发服务。

■ 本所担任深圳市英龙投资控股有限公司常年法律顾问

本所高立立律师受聘担任深圳市英龙投资控股有限公司的常年法律顾问。深圳市英龙投资控股有限公司成立于1993年, 是一家集建筑建造、地产置业、物业服务、新兴产业等领域投资的多元化经营金融和产业控股集团, 企业注册资金20010万元, 总产值超过10亿元, 在国内的广州、东莞、惠州、北京等地市设立直属分公司, 并在港澳地区和海外设立办事处和分支机构。

■ 本所担任华润置地(南宁)有限公司常年法律顾问

本所高立立律师受聘担任华润置地(南宁)有限公司的常年法律顾问。华润置地有限公司(HK 1109)是华润集团旗下的地产业务旗舰,是中国内地最具实力的综合型地产开发商之一,华润置地(南宁)有限公司成立于2008年2月,注册资本金12亿港元,主营以“万象城”大型购物中心为主力品牌和主导产品的综合性商业地产的开发、经营及管理,横跨地产、商业、酒店等领域。

■ 本所为北京外企人力资源服务有限公司(FESCO)在重庆、杭州投资项目提供法律服务

本所受北京外企人力资源服务有限公司(FESCO)委托,为其与ADECCO PERSONNEL LIMITED共同投资在重庆设立中外合资企业提供全程中英文法律服务,同时还为其与ADECCO PERSONNEL LIMITED共同投资在浙江杭州设立中外合资企业,暨将现有的内资企业变更为中外合资企业项目提供全程中英文法律服务。本所徐猛、高巍、吴卿等律师就中外合资公司章程、合资合同、商标许可协议的制定与修改提供专业的涉外法律服务,并参与和外方的合同谈判工作。

■ 本所为富海银涛资产管理公司系列私募基金设立及其私募股权投资业务提供法律服务

本所徐志光律师受深圳市富海银涛资产管理有限公司委托,为其系列私募基金设立及其私募股权投资业务提供法律服务。深圳市富海银涛资产管理有限公司旗下包括股权投资基金和地产投资基金,受托金额近50亿人民币和部分外币,自2008年投入运营以来,已经累计投资过20家优质企业,以制造业升级、医疗、传媒、新能源、消费、地产行业为投资主线。

■ 本所为华侨城集团公司2012年度第一期超短期、短期融资券发行提供法律服务

本所宋阳、郭磊明律师受华侨城集团公司委托,担任其2012年度第一期超短期融资券发行的专项法律顾问,华侨城集团公司本期发行超短期融资券金额为人民币20亿元,短期融资券金额为人民币24亿元。

■ 本所担任四川信托有限公司单一资金信托计划项目法律顾问

2011年末,栾永明律师受四川信托有限公司委托,为其稳健1号金融票据权益投资单一资金信托计划项目提供专项法律服务。四川信托有限公司是在四川省信托投资公司、四川省建设信托投资公司历经十一年整顿重组,最终吸收和兴证券股权、华西证券股权和川信红照壁大厦三项资产进行合并的基础上,引入战略投资者而设立的信托公司,注册资本为13亿元人民币。

■ **本所担任江苏无锡古运河投资发展有限公司债券发行专项法律顾问**

本所袁成律师、颜强律师和高森律师受江苏无锡古运河投资发展有限公司委托,担任其2012年度人民币公司债发行专项法律顾问。江苏无锡古运河投资发展有限公司本期发行人民币债金额为人民币8亿元。

■ **本所担任上海银行股权投资某商业银行项目专项法律顾问**

陈凯律师受上海银行委托,向该收购项目提供全程法律服务。上海银行作为国内规模最大的城市商业银行之一,拟收购外地某地方性商业银行增发的股份。

■ **本所担任中保大厦有限公司股权收购项目专项法律顾问**

陈凯律师受中保大厦股东委托,就其与某境外受让方进行该公司股权收购项目提供全程法律服务。中保大厦有限公司是国内三家主要国资保险公司共同投资设立的项目公司,主要业务是开发建设并管理位于上海陆家嘴金融贸易区的甲级写字楼中保大厦。

■ **本所担任上海鼎坚投资管理有限公司并购某白酒企业项目法律顾问**

本所袁成律师、高森律师受上海鼎坚投资管理有限公司委托,担任该公司并购某知名白酒企业项目的法律顾问,该项目涉及金额约人民币1亿元。上海鼎坚投资管理有限公司是美国Gateway Arch Capital Group (总部在圣路易斯)在中国设立的全资子公司,鼎坚投资业务范围涵盖风险投资、私募和投资银行;涉足领域包括化工、医药、保健、清洁技术、机械制造、机械电子、快速消费品和其他能产生附加价值的制造性和服务性行业。

■ **本所担任中建国际设计顾问有限公司在美国、澳大利亚等地分别收购设计公司项目法律顾问**

受中建国际设计顾问有限公司委托,陈凯律师担任其在美国、澳大利亚等地通过股权并购、增资入股等多种方式收购设计公司项目的专项法律顾问,对其跨境投资业务提供法律支持。中建国际设计顾问有限公司创立于1994年,是在城市建设和开发领域从事综合专业服务的大型设计咨询机构,涉及广泛业务领域,曾成功主持设计了国家游泳中心"水立方"等六个2008年北京奥运会比赛场馆,实现了大量自主创新和绿色理念的科技成果。

■ 本所担任北京华图供应链管理股份有限公司与德国BLG汽车物流公司设立中外合资企业项目专项法律顾问

陈凯律师受北京华图供应链管理股份有限公司委托,就华图供应链管理股份有限公司与德国BLG汽车物流公司在天津设立中外合资企业项目担任专项法律顾问。

■ 本所担任天象集团跨境投融资专项法律顾问

本所董瑞律师、陈凯律师担任天象集团跨境投融资项目专项法律顾问。天象集团系安徽省领先的综合型民营企业,在房地产、教育、商业、医疗、工业、食品等领域都取得了良好的业绩,鉴于本所在资本市场的突出优势,天象集团特选择本所作为其跨境投融资专项法律顾问。

■ 本所承办珠海金峰航重大债务重组项目

受客户委托,本所徐猛、马婧、高巍、茅麟等律师组成的重大债务项目组自2011年9月介入珠海金峰航债务重组项目,该项目涉及逾十亿资产及负债,涉及近十家债权人。经过4个月的努力,目前已经取得突破性进展,即将进入实质重组阶段。

■ 本所为中国船舶重工集团公司第七二五研究所大型磁粉技术投资合作项目提供法律服务

本所受中国船舶重工集团公司第七二五研究所委托,就其拟投资研发最新型磁粉生产及成型技术合作项目进行尽职调查。本所徐猛、高巍律师协助客户就技术研发的合作模式、技术研发的历史沿革及法律风险等方面提供了专项法律服务。

■ 本所承办的房地产诉讼项案件被列入北京市第二中级人民法院“心秤工程”案件

由深圳所张志律师与北京所徐猛、吴卿律师合办的房地产诉讼项目被列入北京市第二中级人民法院“心秤工程”案件。北京市千喜合房地产开发有限公司诉北京嘉利恒德房地产开发有限公司、北京豪威嘉业房地产开发有限公司房地产合作开发合同纠纷一案,历时5年,自2007年起历经一审、二审,现又经北京市高级人民法院发回北京市第二中级人民法院重审,案情复杂,牵扯业主等当事人甚广,从而被二中院作为样板案件。“心秤工程”系二中院以庭审为依托,有序组织群众旁听,开展审后释法和法律讲堂等普法活动。

■ 王霁虹律师受聘担任住房和城乡建设部建设工程监理与项目管理战略发展专家委员会成员

住房和城乡建设部为充分发挥专家在建设工程监理与项目管理改革发展和政策咨询方面的重要作用,促进建设工程监理与项目管理发展,成立了“住房和城乡建设部建设工程监理与项目管理战略发展专家委员会”,本所合伙人王霁虹受聘担任期首批专家成员。委员会成员均由在建设工程监理和项目管理领域有较为丰富的理论知识和实际工作经验的技术、经济、管理、法律等方面的专业人士组成,协助住房和城乡建设部针对建设工程监理与项目管理的发展战略、政策制定和决策建议。

■ 王霁虹、石杰律师参与《环境保护法》修改研讨

2月17日,本所合伙人王霁虹律师应邀参加了由中华环保联合会主办的《中华人民共和国环境保护法》修改专家研讨会,有六十多名来自环境法学界、实务界及律师界的专家参加了此次研讨会。全国人大环境与资源保护委员会主任委员汪光焘等负责立法的官员到会,并介绍了本次《环境保护法》修改的相关立法背景。研讨会上,王霁虹律师建议在《环境保护法》中增设环境公益诉讼制度,并提议将目前《环境保护法》第二十八条规定的排污费作为未来环境公益基金的来源之一。在此之前,王霁虹、石杰律师已对《环境保护法》修订,提供了书面意见,就实践中倍受关注的环境影响评价制度修正、环境污染损害赔偿制度完善等问题,提出了禁止环评后补、增设违反建设项目环境影响评价制度的法律责任、将环境污染损害赔偿范围由目前的“直接受到损害的单位或者个人的损失”依法适当调整等修改建议,并已被中华环保联合会吸纳后提交给全国人大环资委。

■ 王霁虹律师为中国建筑业协会作专题讲座

3月25日,王霁虹律师受中国建筑业协会工程项目管理委员会邀请,为该协会与中国国际经济技术法律人才学会联合举办的“新形势下建筑业企业法律风险管控暨疑难复杂法律问题处置研讨会”,进行了题为“转型期中国企业投资BT项目与海外投资的法律风险及防控”的专题讲座。王律师针对建筑企业从承包商向投资人过度的转型期所面临的经营理念、知识更新、管理人才、经营能力等多方面挑战,以及BT特许经营这一新兴的建设工程项目融资方式在基础设施领域的应用,同大家分享了具体的操作模式特别是其在该领域内的实践经验,其针对BT特许经营实践中遇到的中国特许经营立法现状、所涉及的各个部门、各方参与人的风险分担原则及应对措施、政府方与投资人的权利义务划分、BT与垫资施工关系、回购担保、保险等热点问题的深刻剖析,赢得律师同行及企业代表的热烈掌声。

■ 王霁虹为中国路桥海外投资进行法律培训

王霁虹律师受邀于2月22日为中国路桥工程有限责任公司中层以上干部进行建筑企业海外市场开拓专题培训, 题目为“中国企业投资海外地产及基础设施特许经营项目的法律风险及防控”。王律师在培训过程中介绍了建筑企业新时期面临的转型与挑战, 并且结合实例, 讲解了中国企业海外投资房地产、BT、BOT等基础设施特许经营项目应注意的特殊法律问题, 并特别提示了中国企业在海外投资房地产、基础设施项目中应注意的政治风险、国有化风险、对所投资行业的产业限制、投资形式的要求、土地政策风险、居住时间的限制、股权配比要求、HSE方面的特殊要求、用工风险、利润汇出风险、争议解决风险等十一个方面的法律风险及防范措施。

■ 徐猛律师担任商用飞机维修地项目评审项目专家

本所合伙人徐猛律师作为中国民航工程咨询公司专家组成员, 近期参与天津宜捷海特合资公司项目专家评审工作。该公司主要经营业务是商用飞机的维修保养, 项目建成后将是中国大陆地区最先进的主要的商务飞机维修基地。

■ 徐猛律师访问澳大利亚布里斯班中华总商会

徐猛律师应澳洲ACMC公司邀请, 于2012年2月1日起访问布里斯班中华总商会, 与商会会长深入商谈了中国企业在澳洲投资的相关法律问题。期间, 徐猛律师受到昆士兰州经济与文化部长、布里斯班市长的接见。

■ 韩冬律师当选为成都市高新技术开发区法律服务协会执行会长

成都市高新技术开发区高新技术企业集中, 2011年进入“千亿工业园区”行列, 在科技部举行的综合评比中, 连续保持中西部第一名。为保障成都高新技术开发区的经济发展, 成都市高新技术开发服务协会于2011年末正式成立, 本所韩冬律师当选为区法律服务协会执行会长。2012年3月, 韩冬律师作为高新区法律服务协会代表参加了由成都市司法局主办的“走基层进万家·法律服务园区行”系列活动。

■ 韩俊律师担任主任的涉外法律业务委员会荣获“深圳律协2011年度优秀委员会”

2012年1月6日上午, 深圳市律师协会2011年度工作总结表彰大会在福田中心商务大厦隆重召开。本所韩俊律师担任主任的涉外法律业务委员会在众多专门委员会、专业委员会中脱颖而出, 经监事会考评高票当选“深圳市律师协会2011年度优秀委员会”, 涉外委员会在韩俊律师的带领下在2011年取得了突出的成绩, 受到了协会领导及全体律师的一致认同和高度评价!

■ 韩俊律师再次荣获广东省律协“2011年度优秀专业委员会主任”

2012年2月11日上午,广东省律协理事会在广州白云国际会议中心举行,省律协33个专门、专业委员会主任分别向理事会就2011年度工作述职。经认真评选,本所韩俊律师继2010年度之后再次被评为广东省律师协会“2011年度优秀专业委员会主任”。韩俊律师所在省律协WTO法律专业委员会的工作受省到司法厅、省律协领导及与会律师的一致认可和高度评价!

■ 韩俊律师出席“在美上市中国企业策略选择之上市、私有化和再上市”讲座及研讨活动

2月23日下午,本所合伙人韩俊律师出席由广东省律协、深圳律协主办的“在美上市中国企业策略选择之上市、私有化和再上市(‘PPP’策略)”(‘PPP’ Strategy for Chinese US-listed Companies - Public to Private to Public)讲座及研讨活动并致辞,哈佛大学工商管理学硕士(MBA)、金牛投资管理有限公司首席合伙人James O’Neill先生主讲(James O’Neill拥有二十五年的股权投资和融资经验,完成全球二十笔公开发行和私募配售(股票和债券)交易累计金额达四十五亿美金),来自政府、企业及深圳、广州、东莞等地的律师及各界人士约160余人参加,活动全程采用英文,配中文翻译。

■ 韩俊律师受邀出席ICC国际商会2012新规则的研讨及交流活动

2011年12月12日,本所合伙人韩俊律师应中国国际贸易仲裁委员会华南分会的邀请,出席了有关ICC国际商会2012新规则的研讨和交流活动,贸仲华南分会副秘书长刘晓春、该会发展促进处处长谢卫民、英国Evershads(安睿)律师事务所巴黎分所Sharon Shi、伦敦分所合伙人Marry Angeline及多名深圳律师参加。ICC国际商会2012新规则于2012年1月1日起施行,Evershads(安睿)律师事务所为目前全球最大的国际律师事务所之一,在全球有46家分所,4500多名律师。

■ 韩俊律师受邀担任广东律师继续教育讲堂主讲嘉宾

2011年12月,本所合伙人韩俊律师受省律协邀请担任广东律师继续教育讲堂主讲嘉宾。12月17日,韩俊律师前往广东省电视台参加广东律师继续教育讲堂课程的录制,结合自己亲身办理的一起具有典型意义的“外墙广告排除妨碍纠纷案”就建筑物共有部分和共有设施的所有权和使用权等法律问题进行了认真、细致的讲解,为广大律师上了生动的一课,反响强烈!

■ 韩俊律师出席并主持“中美贸易近期发展及美国金融改革法案”专题讲座及研讨活动

2011年11月3日, 本所合伙人、广东省律协WTO法律专业委员会主任、深圳市律协涉外法律业务委员会主任韩俊律师出席并主持了由广东省律协与深圳律协联合主办的“中美贸易近期发展及美国金融改革法案”讲座及研讨活动。

该活动采用全英文进行, 演讲嘉宾美国辛辛那提法学院院长Louis Bilionis、访问助理教授Felix B. Chang、美国标准纺织有限责任公司副总裁及首席法律顾问Walter Spiegel分别就中美贸易近期发展及美国金融改革法案发表了专题演讲, 来自深圳、广州等地的70余名律师参加了本次讲座和研讨。

■ 韩俊律师主持“境外并购与反垄断审查”讲座及研讨活动

2011年11月8日下午, 韩俊律师出席并主持了广东省律协与深圳市律协共同主办的“境外并购与反垄断审查”的讲座及研讨活动。该活动采用全英文进行, 配中文翻译。演讲嘉宾美国律师、北大国际法学院讲师Leland Benton和Michael Lwin先生分别就境外并购和反垄断审查发表了专题演讲。来自广州、深圳的100余名律师参加了本次讲座和研讨。

■ 韩俊律师出席并主持“海外投资、上市及税务筹划”研讨会

2011年11月12日, 由省律协主办、省律协WTO法律专委会及北京市大成(广州)律师事务所联合承办的“海外投资、上市及税务筹划”研讨会在广州外商大酒店举行。韩俊律师出席并主持了研讨会, 省律协副会长朱征夫、大成律师事务所高级合伙人兼大成全球法律服务网络联席会议轮值主席肖金泉、中国贸促会广东省委员会法律部部长游盛华、大成广州(香港)律所主任兼大成全球法律服务网络联席会议轮值主席郭锦凯等出席并发表了热情洋溢的致辞, 研讨会特邀了德勤华永会计师事务所、招商证券(香港)有限公司、香港两家著名律师行、大成律师事务所(北京、纽约)分所的资深专家发表主题演讲, 来自广州、深圳、东莞、香港、美国等地的三百余名涉外及证券律师参加了活动。

■ 韩俊律师出席“中国律师海外发展的尝试及海外投资”讲座并致辞

2011年11月16日下午, 由广东省律协与深圳市律协共同主办的“中国律师海外发展的尝试及海外投资”讲座及研讨活动在深圳举行, 韩俊出席并致辞, 广和(南美)律师事务所负责人胡小领主讲, 来自深圳、广州的多名律师参加了活动。

■ 韩俊律师参加广东省律协主任会议并分享工作经验

2012年3月23日上午,广东省律协委员会主任会议在广州珠江宾馆举行,省律协会长、副会长及省律协33个专门、专业委员会主任均参加,韩俊律师应邀出席并作为优秀主任就2010、2011年的工作经验进行专门介绍,深受好评!

■ 张晓峰律师为中石油二建公司中高层管理人员进行培训

2月11日,张晓峰律师受邀为中石油第二建设公司中高层管理人员进行为期一天的法律培训。张律师结合生动的案例,详细讲解了企业在招投标、合同谈判及签署、施工项目管理、FIDIC合同应用、企业多元化经营等方面应当注意的法律风险及防范措施,获得了参会人员的一致好评。

中石油二建公司是国家化工石油工程施工总承包一级企业,兼有化工石油设备管道安装、防腐保温、无损检测工程专业承包一级,钢结构工程专业承包二级,一、二类压力容器设计及一、二、三类压力容器制造安装,压力管道安装等资质,在中国及国际工程承包市场开展石油化工工程建设承包业务。

■ 本所律师应邀参加关于应对欧盟委员会针对中国陶瓷餐具的反倾销调查法律研讨会

2月24日,本所委派高巍、吴卿、茅麟律师参加了由唐山市国际贸易促进委员会组织的关于应对欧盟委员会针对中国陶瓷餐具的反倾销调查法律研讨会。会上,本所律师与当地二十余家排名前列的中国陶瓷企业就欧盟反倾销调查的法律程序及中国企业的应对措施进行了充分而富有成效的交流。

■ 本所受委托起草《深圳经济特区健康促进条例》草案建议稿

本所刘宇光律师近期受深圳市健康教育与促进中心委托主笔起草《深圳经济特区健康促进条例》草案建议稿。《深圳经济特区健康促进条例》的起草制定工作是深圳市乃至全国健康教育与健康促进事业发展历程中的一项开拓性工作,对于推进深圳市乃至全国健康促进事业的发展具有极为重要的示范引导作用。

■ 本所积极参与信访工作受到表彰

根据2012年2月27日深圳市司法局发布的《关于表彰深圳市律师参与信访工作先进集体与先进个人的决定》，本所荣获深圳市律师参与信访工作“先进集体”荣誉称号，本所禹喜斌律师、杨磊律师荣获深圳市律师参与信访工作“先进个人”荣誉称号。

本所律师始终坚持社会主义法律工作者的政治定位，切实履行维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义的社会责任，积极参与党委政府领导下的维护社会稳定工作，积极参与信访值班和各类公益事业，为深圳的经济发展和社会稳定做出了应有的贡献。

■ “万商天勤杯”首届非诉律师大赛顺利闭幕

受中国政法大学邀请，本所赞助的“万商天勤杯首届非诉律师大赛”于近日成功闭幕。本所作为主办方，在赛前辅导、初赛、决赛均进行了全面的工作支持，旨在补充法学本科生的非诉实务知识和法律实践能力，经过几个月的筹备，大赛取得了圆满成功。

2月29日，徐猛律师作为90届校友回到母校，应选手们的要求讲授“非诉法律业务的特点及非诉律师的素质培养”，与小校友们分享非诉讼业务的基本技能，同时也对学生就业及未来职业规划提出了有益的建议。

2012年3月19日晚，首届万商天勤非诉律师大赛决赛在中国政法大学学生活动中心成功举办，本所王霁虹、何帅领、高丽春律师受邀担任评委。大赛决赛以当前火热的“项目特许经营”为题材，选手们围绕工程投资、融资、建设、移交、回购和担保等事项展开了生动的现场谈判。本所律师对选手们的精彩表现提出了实务指导意见，并与参赛选手进行了亲切的互动与交流。经过激烈角逐，大赛的冠亚季军分别由王安妮、罗文彬和吴盈盈三位同学夺得，并赢得本所带薪实习奖励。

2012年正值法大60周年校庆之际，本所数十名律师校友特别对中国政法大学即将到来的60周年校庆送去了深厚的祝福和期盼。

万商天勤律师事务所业务发展报告 (2011—2012年度)

挟近几年持续上升之强劲势头, 2011年仍是万商天勤人继续进取, 不断突破的一年。除证券、房地产及建筑领域等强势业务, 金融、保险、环境、资源和能源、跨境投资等业务保持稳健发展, 创收总额过亿元, 业务增长率超过20%; 同时, 本所增强了西南法律服务市场的开发力度, 新设成都和重庆分所。

在满怀激情服务国内外客户的同时, 我们的律师亦丝毫不懈怠业务的学习与提升。律师们也十分注重将实务经验进行总结和升华, 在全力服务客户之余, 完成了证券和基础设施领域两本专著的写作(将于今年出版发行)。

深感于法律人在中国社会法制建设过程中重要的推动作用, 本所律师积极参与各项立法, 包括《原子能法》、《民事诉讼法》等法律法规的起草、修订工作, 并提出了切实可行的建议。

本所大力发展业务的同时也不忘支持法学实践教育, 继续作为法学院实习基地并资助了来自于北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学近50名优秀学生, 还与中国政法大学成功举办了“首届万商天勤杯非诉律师大赛”, 充分体现了本所积极回馈社会的努力和信心。

一、荣誉奖项

过去一年,在全所同仁的共同努力下,万商天勤先后获得数十项荣誉及专业奖项:

- 2012年,本所被北京市司法局授予“北京市司法行政系统先进集体”称号
- 2012年,本所被深圳市司法局评为“深圳地区年度最佳律师事务所”
- 2012年,本所入选ALB法律大奖“年度房地产律师事务所”和“年度管理合伙人”两项提名
- 2012年,本所承办的中新天津生态城项目入选《商法》杂志“年度杰出交易大奖”
- 2011-2012年,本所荣获Finance Monthly “中国最佳基础设施律师事务所”
- 2011-2012年,本所荣获Dealmakers Monthly “中国最佳建筑律师事务所”
- 2011-2012年,本所荣获Lawyers World “中国最佳建筑律师事务所”
- 2011年,本所入选Chambers & Partners “资本市场一债券及股权领域领先律所”及“中国建筑领域领先律所”名录
- 2011年,本所入选China Law & Practice “房地产和建设工程年度最佳团队”、“能源和基础设施年度最佳团队”以及“深圳地区最佳律师事务所”三项大奖提名
- 2011年,本所入选建筑时报和McGraw Hill Construction联合评选的“最值得推荐的30家中国工程法律律师事务所”
- 2011年,本所荣获 InterContinental Finance Magazine “年度建设工程及房地产最佳律师事务所”
- 2011年,本所荣获Acquisition International “建设工程法律大奖”
- 2011年,本所荣获Lawyer Monthly “中国年度最佳资本市场法律顾问”、“中国最佳建筑律师事务所”两项大奖
- 2011年,本所荣获Corporate INTL “2011年度中国最佳建筑律师事务所”

■ 2011年,本所被Dealmakers Monthly在建筑、金融、公司、资源与能源、争议解决五项业务领域授予专业大奖

■ 2011年,本所入围“2011中国上市公司最信赖律师事务所”

二、证券及资本市场业务

过去一年,本所证券及资本市场业务蓬勃发展,在业内名列前茅。根据《新财富》近日公布的“2011年IPO发行人律师TOP25”(其根据律师事务所2011年从A股IPO业务中获取的律师费用为依据),本所位居第9。同时,根据本所“资本市场业务发展与指导委员会”过去一年的内核工作统计,2011年本所完成12个证券项目的内核及上报工作;2012年截止3月底,本所内核工作小组完成8个IPO项目的内核工作并上报中国证监会。

(一) 主板首次公开发行股票法律业务

1、邦讯技术股份有限公司IPO项目

行业类别: 通讯电信业

证监会核准日期: 2012年1月11日

邦讯技术股份有限公司是一家国内领先的无线网络优化系统提供商和设备供应商,专业从事无线网络优化系统的设计、实施和代维服务以及无线网络优化系统设备的研发、生产和销售。

2、广东长青(集团)股份有限公司IPO项目

股票名称及代码: 长青集团(002616)

证券类别: 深圳证券交易所A股

行业类别: 工业制品及工业用品

募集资金: 6.586亿元

上市日期: 2011年9月20日

广东长青(集团)股份有限公司是目前国内最大的燃气具及其配套产品的制造和出口商之一,从事燃气具及配套产品的生产和销售以及生物质发电业务,拥有国家环保局颁发的“环境污染治理设施运营资质证书”。

3、安徽省司尔特肥业股份有限公司IPO项目

股票名称及代码: 司尔特(002538)

证券类别: 深圳证券交易所A股

行业类别: 化学原料及化学制品制造业

募集资金: 9.88亿元

上市日期: 2011年 1月18日

安徽省司尔特肥业股份有限公司是一家集磷复 肥生产及各类化肥贸易为一体的现代化高科技股份公司, 为安徽省最大的磷复肥生产和出口基地之一, 中国化肥百强企业, 中国磷复肥行业十强。

(二) 创业板首次公开发行股票法律业务

4、浙江星星瑞金科技股份有限公司IPO项目

股票名称及代码: 星星科技 (300256)

证券类别: 深圳证券交易所A股

行业类别: 光电子器件及其他电子器件制造业

募集资金: 5.25亿元

上市日期: 2011年8月19日

浙江星星瑞金科技股份有限公司是从事手机、平板电脑等液晶显示器视窗防护屏的研发、生产、销售的高新技术企业, 为诺基亚、三星、摩托罗拉、索爱、RIM等国际知名品牌手机视窗防护屏的供应商。

5、广东鸿特精密技术股份有限公司IPO项目

股票名称及代码: 鸿特精密 (300176)

证券类别: 深圳证券交易所创业板

行业类别: 普通机械制造业

募集资金: 3.6亿

上市日期: 2011年2月15日

广东鸿特精密技术股份有限公司是一家专门生产铝合金压铸件的现代化企业, 以生产销售汽车发动机、变速箱铝合金压铸件以及通讯产品中的铝合金铸件为主, 是国内外知名汽车厂家的一级供应商。

6、天立环保工程股份有限公司IPO项目

股票名称及代码: 天立环保 (300156)

证券类别: 深圳证券交易所创业板

行业类别: 专用设备制造业

募集资金: 11亿

上市日期: 2011年1月7日

天立环保工程股份有限公司一直致力于工业炉窑节能环保事业的发展, 通过不断的技术创新和管理改进, 为高能耗、

高污染行业提供工业炉窑节能减排系统解决方案, 从源头防治工业炉窑污染严重的问题, 为我国的环保事业做出了巨大贡献。

(三) 上市公司再融资法律业务

7、天润曲轴股份有限公司非公开增发A股项目

股票名称及代码: 天润曲轴 (002283)

证券类别: 深圳证券交易所A股

行业类别: 交通运输设备制造业

募集资金: 10.8亿元

证监会核准日期: 2011年6月10日

天润曲轴股份有限公司是以生产“天”牌发动机曲轴为主导产品的中国规模最大的曲轴专业生产企业, 是奔驰、康明斯、上海汽车、意大利依维柯、印度利兰、中国主要柴油机公司等主机厂首选整机配套产品。本所多年来一直担任天润曲轴股份有限公司常年法律顾问。

(四) 上市公司重大资产重组法律业务

8、北京航天长峰股份有限公司重组项目

股票名称及代码: 航天长峰 (600855)

证券类别: 上海证券交易所A股

行业类别: 专用设备制造业

交易金额: 3.52亿元人民币

证监会核准日期: 2011年11月19日

航天长峰本次向控股股东中国航天科工防御技术研究院非公开发行39,013,425股股份收购其所持有的北京航天长峰科技工业集团有限公司100%股权。通过本次重组, 将使航天长峰成为中国航天科工集团公司民用安保业务的核心平台, 有力提升上市公司核心竞争力。

9、昆明百货大楼股份有限公司重组项目

股票名称及代码: 昆百大A (000560)

证券类别: 深圳证券交易所A股

行业类别: 零售业

交易金额: 3.15亿元人民币

证监会核准日期: 2011年9月14日

昆百大A本次向关联方西南商厦非公开发行股份购买其持有的昆明新西南商贸有限公司100%的股权。通过本次重

组,将有效解决昆百大A与大股东之间的同业竞争并降低关联交易,强化上市公司的独立性,增强上市公司核心竞争力和持续盈利能力。

10、中国重工重大资产重组项目

股票名称及代码:中国重工(601989)

证券类别:上海证券交易所A股

行业类别:交通运输设备制造业

交易金额:1000亿人民币

证监会核准日期:2011年1月31日

本所作为中国重工实际控制人、资产注入方中国船舶重工集团公司法律顾问,协助客户实现了将下属的大连船舶重工有限公司、渤海船舶重工有限公司、山海关船舶重工有限公司、青岛北海船舶重工有限公司四大造船企业的民品资产整体收购的目标。

(五) 境外资本市场法律业务

11、担任御泰中彩(香港证券交易所上市公司,代码:555)的专项法律顾问,就发行总额为港币9.647亿元的可转换债权提供中国法律顾问服务。

12、担任华侨城(亚洲)(香港证券交易所上市公司,代码:3366)的关联公司OCT Travel Investment Limited的专项法律顾问,就在香港发行总额为10亿元人民币的人民币债券提供中国法律顾问服务。

三、城市基础设施、房地产及建筑业务

城市基础设施、房地产及建筑业务作为本所的核心业务,在过去一年继续领跑市场,获得国内外数十项专业大奖。本所继续为诸多以设计施工难度著称的国家重点建设项目、地标性建筑项目服务,也承接了诸多引领现代地产发展理念的地产项目、成片土地开发项目、新农村建设项目、卫星城建设项目、旅游开发及酒店管理项目,深得客户的认可与信赖。

(一) 城市建设基础设施

1、特许经营项目

- 国家体育馆及奥运村特许经营项目(BOT)
- 天津武清区“武清新城”综合开发项目(BT)
- 贵阳市东部新城“四路四沟”、土地一级开发及回迁

房建设项目(BT)

- 西安沣渭新区项目(BT)
 - 重庆渝广高速公路项目(BOT)
 - 重庆梁忠高速公路项目(BOT)
 - 四川成简快速路项目(BT)
 - 郑州市三环路快速化工程项目(BT)
- 2、新城开发及成片土地开发项目
- 中新天津生态城项目
 - 北京首都第二机场新航城项目
 - 天津武清区“武清新城”综合开发项目
 - 贵阳市东部新城“四路四沟”、土地一级开发及回迁房建设项目
 - 西安沣渭新区项目
 - 天府新区双流区域“三纵一横”重大基础设施建设项项目
 - 福建海西新区项目
 - 福建武夷新城曲靖市城市综合体项目
 - 深圳市水贝村城市更新改造项目
 - 北京市顺义区北石槽镇西部地块整体开发项目
 - 北京市垡头文化休闲产业核心区项目
 - 北京市门头沟赵家洼村等一系列土地一、二级开发项目
 - 海南乐东龙腾湾土地一级开发项目
 - 广西钦州茅尾海综合整治工程填海造地开发项目
- 3、交通基础设施项目
- 担任上海申通地铁集团有限公司常年法律顾问
 - 担任成都双流国际机场股份有限公司的常年法律顾问
 - 担任辽宁省机场管理集团公司常年法律顾问
 - 为深圳市路桥建设集团在深圳地铁第一期、第二期交通疏解项目提供法律顾问服务
 - 为中国交通建设股份有限公司承建的河北黄骅港项目提供法律服务

(二) 建筑及房地产

1、大型工程及房地产项目

- 国家博物馆改扩建工程

- 中央电视台新址工程
- 中国工艺美术馆·中国非物质文化遗产展示馆建设项目
- 中国科学院力学研究所“钱学森工程科学实验基地”
- 中国药品生物制品检定所办公大楼
- 担任首都机场地产集团常年法律顾问
- 担任中海地产常年法律顾问
- 担任华业地产常年法律顾问
- 担任华侨城(亚洲)控股有限公司常年法律顾问
- 担任深圳华侨城房地产有限公司常年法律顾问
- 担任华侨城(上海)置地有限公司常年法律顾问
- 担任华润置地(南宁)有限公司常年法律顾问
- 担任深圳市华来利实业有限公司常年法律顾问
- 担任深圳市英龙投资控股有限公司常年法律顾问
- 担任华夏顺泽投资集团有限公司的常年法律顾问
- 中国再保险(集团)股份有限公司办公楼装修、租赁项目
- 安邦保险房地产投资纠纷项目
- 北京建设大厦办公及酒店租赁项目
- 大连某地产并购项目
- 广东现代国际展览中心三期建设经营项目
- 广州天天河房地产开发有限公司收购大庆某综合开发项目
- 深圳市腾凯实业有限公司“品尚居”房地产开发项目
- 惠州市四海达房地产开发有限公司“21克拉”房地产项目
- 辽宁省民航房地产开发有限公司项目转让
- 国奥投资发展有限公司首个限价房项目
- 深圳市鹏瑞地产开发有限公司开发的“深圳湾一号”项目
- 深圳市前海颐大厦项目(包含白金五星级大酒店和高档商务公寓)
- 金蝶软件(中国)有限公司南京软件科技园项目
- 天俊股份嘉宏湾花园房地产开发项目
- 妈湾公司投资开发的妈湾电力花园2期房地产项目
- 华来利控股山语清晖房地产开发项目

2、旅游地产项目

- 华联发展集团浙江“千岛湖大型旅游综合体项目”
- 天津东丽湖大型旅游综合项目
- 深圳市深圳湾欢乐海岸都市娱乐综合体开发建设项目
- 深圳欢乐海岸都市娱乐综合体的全球顶尖华人会所“华会所”项目
- 受聘担任大德汇通投资控股集团常年法律顾问, 为其在江西、武汉、山东、辽宁、海南等省投资打造数个大型的旅游地产开发项目提供法律服务

3、酒店管理项目

- 担任深圳华侨城国际酒店管理有限公司常年法律顾问
- 担任深圳华侨城洲际大酒店常年法律顾问
- 担任深圳威尼斯皇冠假日酒店常年法律顾问
- 担任深圳海景奥思庭酒店常年法律顾问
- 担任深圳华侨城城市客栈有限公司常年法律顾问
- 担任深圳中海圣廷苑酒店常年法律顾问
- 深圳华侨城酒店置业有限公司投资深圳市宝安中心区五星级酒店及酒店公寓建设项目
- 深圳华侨城房地产有限公司投资深圳市深圳湾的欢乐海岸都市娱乐综合体的行政公寓引进万豪酒店集团管理进行管理的项目
- 华侨城(上海)置业有限公司投资大型城市综合体项目之“上海华侨城”万豪宝格丽酒店项目
- 华联发展集团杭州千岛湖投资建设五星级酒店引进万豪酒店集团万丽品牌酒店管理项目
- 三亚顺泽福湾五星级酒店建设开发项目
- 七天酒店(深圳)有限公司酒店项目

四、银行、金融及私募投资业务

过去一年, 本所继续活跃于金融市场, 协助企业发行公司债、短期融资券及中期票据等金融衍生品法律服务; 为企业集团财务公司、不良资产处置及破产清算项目提供金融法律支持; 担任多家银行、资产管理公司、私募股权基金的常年法律顾问。

(一) 金融衍生品业务

- 香港华侨城有限公司10亿元人民币债发行项目
- 国家开发投资公司2011-2013年度短期融资券、中期票据注册及发行项目
- 中粮集团发行2011年度第一期10亿元短期融资券及第二期20亿元中期票据项目
- 中粮集团发行2011年第二期30亿元短期融资券和第三期40亿元中期票据项目
- 华侨城集团发行2011年度第一期、第二期44亿元中期票据项目
- 华侨城集团发行2011年度第一期、第二期、第三期54亿元短期融资券项目
- 方大集团股份有限公司2011年度第一期2亿元短期融资券项目
- 海南省发展控股有限公司发行公司债券项目
- 丰嘉投资管理有限公司在马鞍山设立基金项目
- 四川信托有限公司发行“临沂万兴都商业地产贷款集合资金信托计划”项目提供法律服务
- 四川信托有限公司发行“广州建和广场贷款集合资金信托计划”项目
- 四川信托有限公司发行“厦门世界贸易中心物业租赁收益权投资单一资金信托计划”项目
- 四川信托有限公司发行“平安置业江宁技术开发公司贷款单一资金信托计划”项目
- 江苏无锡古运河投资发展有限公司债券发行项目

(二) 私募股权融资业务

- 北京怡成生物电子技术有限公司私募股权融资项目
- 德同资本成功完成百年栗园1亿元融资项目
- 担任硅谷天堂创业投资有限公司常年法律顾问
- 光大金控资产管理有限公司首家股权投资基金项目
- 智基创投作为领投投资人参与某红筹架构的教育机构C轮融资项目
- 富海银涛资产管理公司系列私募基金设立及其私募股权投资项目
- 深圳市汇马投资发展有限公司收购卫奇实业(深圳)有限公司股权项目

(三) 银行、财务公司及资产管理公司业务

- 担任平安银行总行常年法律顾问
- 担任国投财务有限公司常年法律顾问并为其增资扩股项目提供法律服务
- 平安置业投资有限公司通过四川信托有限公司、平安信托有限公司发放信托贷款项目
- 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
- 担任中信银行股份有限公司信用卡中心常年法律顾问
- 担任平安银行股份有限公司法律顾问
- 担任中船重工财务公司常年法律顾问
- 担任深圳市汇信通投资担保有限公司法律顾问
- 担任深圳市又一居担保有限公司法律顾问
- 担任中国储蓄银行昌平支行法律顾问
- 担任四川信托有限公司信托融资项目法律顾问

(四) 金融资产处置业务

- 代表深圳市兴创业科技有限公司完成广州合银广场公司的巨额债务重组暨股权投资项目
- 深圳妈湾电力公司投资的湖南某公司清算项目
- 中国最大的破产案件南方证券股份有限公司破产案件证券资产的清理和处置项目
- 华润深国投信托有限公司新亿胜(武汉)置业公司房地产项目发行信托产品项目
- 深圳市信和明资产管理有限公司信合置业项目
- 珠海金峰航重大债务重组项目

五、保险业务

过去一年,本所继续担任多家大型保险公司的常年法律顾问,为其并购事项、投资项目、监管合规及保险产品结构设计、保险理赔与代位追偿、保险资金运用等全方位保险法律服务。

- 中国人民财产保险股份有限公司
- 幸福人寿保险股份有限公司
- 阳光人寿保险股份有限公司
- 中国太平保险集团

- 中国平安财产保险股份有限公司
- 中国再保险(集团)股份有限公司
- 安邦财产保险股份有限公司
- 民安保险(中国)有限公司
- 中国大地财产保险股份有限公司
- 中银保险有限公司
- 中国人寿保险股份有限公司四川分公司

六、环境资源与能源业务

作为环境、资源及能源领域的先行者,过去一年,本所继续服务于政府环境主管部门、国内外大型企业以及国内外的环保组织和机构,包括具体的项目、个案服务以及行业规章、国家法律等规范性文件的制定和修改等多个层面,表现卓越。

- 为美国某跨国能源巨头在中国境内天然气项目提供环境合规法律服务
- 为某大型跨国公司血铅事件处理提供法律服务
- 担任环境保护部信息中心常年法律顾问,为其投资额约10亿元的“国家环境信息与统计能力建设”项目提供全过程法律服务
- 连续第7年担任北京市环境保护局常年法律顾问
- 协助某国际咨询公司参与多家中国能源供应商的海外拓展法律服务
- 担任中石化石油有限公司常年法律顾问
- 担任美腾风能(香港)有限公司常年法律顾问
- 担任亚非原子服务顾问有限公司常年法律顾问
- 担任深圳妈湾电力有限公司常年法律顾问
- 担任深圳市燃气集团常年法律顾问
- 担任深圳市金达莱环保股份有限公司常年法律顾问
- 担任江西金达莱环保研发中心有限公司常年法律顾问
- 担任北京中科博联环境工程有限公司常年法律顾问
- 北京华业地产股份有限公司收购陕西盛安矿业项目
- 作为唯一律所参与《原子能法》起草工作

七、跨境投资业务

本所律师凭借在不同类型的跨境投资与合作领域拥有

的丰富实践经验,包括直接投资、兼并收购、合资企业、招投标、融资、工程承包等领域,为客户提供包括项目流程管理、融资法律服务、税务咨询等全面的配套服务,协助客户组织项目团队、协调各境内外中介机构、控制交易流程。

- 微软(中国)有限公司
- 戴尔(中国)有限公司
- 沃尔沃(中国)有限公司
- 索尼音乐娱乐中国控股有限公司
- 麦顿中国基金有限合伙人
- 德同资本中国成长基金有限合伙人
- 杰非德风险投资公司
- 欧瑞莲化妆品(中国)有限公司
- Yilio集团有限公司
- 哈佛大学
- 美国休闲服饰品牌Abercrombie & Fitch (A&F)
- 香港瑞安房地产有限公司
- DB&B工程设计公司
- 鞍山钢铁集团公司中外合资项目
- 美腾风能(香港)有限公司并购项目
- 智基创投股份有限公司投资项目
- 德同资本投资项目
- Coca-Cola 公司在中国各省投资设立控股子公司项目
- 巴拿马Modena Corporation中国市场经营项目
- CP Equity设立中国市场投资基金项目
- 香港中国保险集团投资有限公司转让股权项目
- 北京华图供应链管理股份有限公司与德国BLG汽车物流公司设立中外合资企业项目
- 天象集团投资德国汉堡海港新城和澳大利亚黄金海岸房地产项目
- 上海兰舍空气技术有限公司向瑞士森德集团(瑞士上市公司)出让控股权项目
- GE集团入股上海科兴药业公司项目
- ADLP partner 中外合资项目
- City-Yuwa Partners 并购项目
- Daiwa Capital Markets Hong Kong Limited发行债券项目

- 美国Truth Hardware债务纠纷案
- 康玛(美国)技术检测有限公司投资项目
- 国投中鲁果汁股份有限公司新加坡上市子公司司法重组项目
- 北京外企人力资源服务有限公司(FESCO)与ADECCO PERSONNEL LIMITED共同投资在重庆、杭州设立中外合资企业项目

八、IT及高科技、食品、医疗业务

本所律师一如既往地关注信息技术的发展、行业演进及政府监管的变化所带来的法律影响,受聘担任IT、高科技、食品、医疗等行业公司的法律顾问,为其融资、投资、并购、上市和知识产权等业务提供法律服务。

- 担任国有特大型高科技企业中国航天科工集团公司法律事务服务机构
- 担任戴尔(中国)有限公司常年法律顾问
- 担任北京爱国者存储科技有限公司常年法律顾问
- 担任方大集团常年法律顾问
- 担任康佳集团常年法律顾问
- 担任北京久其软件股份有限公司常年法律顾问
- 担任中船重工科技投资发展有限公司常年法律顾问
- 担任国投中鲁果汁股份有限公司常年法律顾问
- 担任航天恒星科技有限公司常年法律顾问
- 担任美国福瑞博德软件开发(深圳)、(无锡)有限公司常年法律顾问
- 担任五洲卫通网络通信(深圳)有限公司常年法律顾问
- 担任华夏城视网络电视股份有限公司常年法律顾问
- 担任格雷柏机械有限公司常年法律顾问
- 担任宇阳科技发展有限公司常年法律顾问
- 担任怡锋工业设备(深圳)有限公司专项法律顾问
- 担任清溢光电股份有限公司常年法律顾问
- 担任迈瑞生物医疗电子股份有限公司投资项目法律顾问
- 担任深圳乐歪歪科技发展有限公司常年法律顾问
- 康玛产品测试(深圳)有限公司内部合规性调查及治理项目

九、知识产权业务

过去一年,本所继续为国内外众多知名客户提供广泛而深入的知识产权纠纷法律服务,包括企业知识产权体系的规划、专利、商标、著作权、计算机软件、互联网、电子商务、商业秘密保护及反不正当竞争等各个方面的法律维权服务。

- 微软(中国)有限公司提供反盗版侵权法律服务
- 代表方大集团股份有限公司诉日本松下专利侵权案
- 代理民安保险(中国)有限公司应诉美国Getty Images公司著作权纠纷案
- 代理民安保险(中国)有限公司委商标权纠纷案
- 代理海王集团股份有限公司诉台湾统一药业商标侵权案
- 代理深圳市华侨城威尼斯酒店有限公司商标权纠纷案
- 代理金蝶软件(中国)有限公司诉用友软件公司不正当竞争案
- 代理香港华锋实业有限公司与橡果信息科技(上海)有限公司商标转让纠纷案件
- 代理七天四季酒店(广州)有限公司商标异议诉讼案件
- 代理深圳酷比通信设备有限公司著作权纠纷案件
- 代理深圳市一达通企业服务有限公司外观专利侵权纠纷案件
- 扬智科技股份有限公司商业秘密侵权调查及诉讼法律服务
- 香港MTI Millennium Co.Limited专利维权项目法律服务
- 代理锡林浩特市敦特饭店商标侵权纠纷案件
- 代理郴州希典科技有限公司商标侵权纠纷案件
- 代理忠成数码科技有限公司深圳分公司专利侵权纠纷案件
- 代理深圳清溢光电股份有限公司专利纠纷案件

十、诉讼与仲裁业务

本所在过去一年,协助客户为其涉及证券、金融、工程、知识产权等各类纠纷的争议案提供解决方案,最大限度地降低客户成本,并使客户取得有利地位。

- 成功为美国公司资产收购、国际销售代理、国际贸易、美国伊州联邦法院诉讼等事宜提供法律服务
- 受方大集团委托诉某跨国公司侵犯专利的案件取得实质性进展
- 代理深圳东部华侨城有限公司“6.29事故”责任调查
- 代理上海开开实业股份有限公司应对光大银行、广东发展银行等票据纠纷诉讼
- 代理深圳市航天广宇实业有限公司与中电国合公司不当得利纠纷案件
- 代理曲靖市东方置地实业有限公司诉讼案件
- 代理惠州市东江湾房地产开发有限公司诉讼案件
- 代理金蝶软件(中国)有限公司仲裁案件
- 代理北京天平房地产开发有限责任公司乐府江南工程纠纷案
- 代理丰台区产业园某酒店公寓数亿元工程纠纷案
- 代理江苏省南通六建集团有限公司混凝土购销合同纠纷案
- 代理深圳市国际酒店管理有限公司与珠海市兆宏盛世实业有限公司关于特许经营与酒店管理合同纠纷的仲裁案件
- 代理华联发展集团与深圳市航运集团有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案
- 代理东莞市华源集团有限公司与东莞市恒锋实业有限公司之间解除委托合同纠纷案
- 代理北京君合百年房地产开发有限公司在与中科建设总公司建设工程合同纠纷案
- 代理中国中材集团有限公司与星光建材集团的合同纠纷案
- 代理北京高盛华房地产开发有限公司与北京卓宝防水工程有限公司建设工程合同纠纷案
- 代理北京君合百年房地产开发有限公司与北京首都市政公用工程有限责任公司建设工程合同纠纷案
- 本所承办的“北京市千喜合房地产开发有限公司诉北京嘉利恒德房地产开发有限公司、北京豪威嘉业房地产开发有限公司房地产合作开发合同纠纷案”被列入北京市第二中级人民法院“心秤工程”案件
- 承办深圳首例“外墙广告排除妨碍纠纷案”并取得胜诉

关于首次公开发行股票并上市中重大税收违法的理解与适用



徐寿春

根据《首次公开发行股票并上市管理办法》（下称“《主板首发办法》”）和《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》（下称“《创业板首发办法》”），与税收有关的发行条件包括：

1、发行人依法纳税，享受的各项税收优惠符合相关法律法规的规定，发行人的经营成果对税收优惠不存在严重依赖；

2、最近36个月内不得有违反...税收...法律、行政法规的情形，受到行政处罚，且情节严重；

3、发行人及其控股股东、实际控制人最近三年内不存在损害投资者合法权益和社会公共利益的重大违法行为。

如何正确理解与适用《主板首发办法》和《创业板首发办法》发行条件中涉及税收的相关规定是证券从业律师执业过程中经常遇到的重要问题。

一、纳税人（扣缴义务人）的义务

1、根据《税收征管法》，纳税人（扣缴义务人）的义务包括：如实、按时申报；足额、按时缴纳（解缴）；减税、免税、退税要书面申请；发票的开具、使用和取得要合法；延期缴纳要报省级税务机关批准。

2、根据《税收征收管理法实施细则》，纳税人（扣缴义务人）的义务还包括：保证涉税资料（账簿、记账凭证、报表、完税凭证、发票和出口凭证等）的合法性、真实性和完整性。

二、根据《税收征管法》和《税收征收管理法实施细则》，税收违法行为及相应的法律责任包括：

类别	违法行为	法律责任	法条
违反税务登记管理制度的行为	未按规定申报办理税务登记	可以处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款	《税收征管法》第六十条第一款
	未按规定申报办理变更税务登记		
	未按规定申报办理注销税务登记		
	未按规定使用税务登记	可以处2000元以上1万元以下的罚款；情节严重的，处1万元以上5万元以下的罚款	《税收征管法》第六十条第三款
	转借、涂改、损毁、买卖、伪造税务登记证件		
	纳税人未按规定办理税务登记证件验证或者换证手续	由税务机关责令限期改正，可以处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款	《税收征管法实施细则》第九十条
	纳税人通过提供虚假的证明资料等手段，骗取税务登记证	处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款	《税务登记管理办法》第四十四条
	扣缴义务人未按照规定办理扣缴税款登记	税务机关应当自发现之日起3日内责令其限期改正，并可处以2000元以下的罚款	《税务登记管理办法》第四十五条
	未按照规定将其全部银行帐号向税务机关报告	可以处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款	《税收征管法》第六十条第一款
违反账簿管理制度的行为	未按照规定设置、保管账簿或者保管记账凭证和有关资料	可以处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款	《税收征管法》第六十条第一款
	未按照规定报送财务、会计制度或者财务、会计制度办法		
	扣缴义务人未按照规定设置、保管代扣代缴、代收代缴税款账簿或者保管代扣代缴、代收代缴税款记账凭证及有关资料	可以处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上5000元以下的罚款	《税收征管法》第六十一条
	未按照规定安装税控装置，或者损毁或者擅自改动税控装置	可以处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款	《税收征管法》第六十条第一款
违反纳税申报制度的行为	纳税人未按照规定的期限办理纳税申报和报送纳税资料，或者扣缴义务人未按照规定的期限向税务机关报送代扣代缴、代收代缴税款报告表及有关资料	可以处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款	《税收征管法》第六十二条

	纳税人、扣缴义务人编造虚假计税依据	并处5万元以下的罚款	《税收征管法》第六十四条
违反税款征收制度的行为	偷税行为。即纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记帐凭证、或者在账簿上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假纳税申报，不缴或少缴应纳税款的；缴纳税款后，以假报出口或者其他欺骗手段，骗取所缴纳的税款行为	对纳税人偷税的，由税务机关追缴其不缴或者少缴税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款50%以上5倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。扣缴义务人采取前列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，由税务机关追缴其不缴或者少缴税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款50%以上5倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任	《税收征管法》第六十三条、《刑法》第二百零一条
	纳税人不进行纳税申报，不缴或者少缴应纳税款	由税务机关追缴其不缴或者少缴税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款50%以上5倍以下的罚款	《税收征管法》第六十四条
	抗税。以暴力、威胁方法拒不缴纳税款	除由税务机关追缴其拒缴的税款、滞纳金外，依法追究刑事责任。情节轻微，为构成犯罪的，由税务机关追缴其拒缴的税款、滞纳金，并处拒缴税款1倍以上5倍以下的罚款	《税收征管法》第六十七条、《刑法》第二百零一条
	纳税人欠缴应纳税款，采取转移或者隐匿财产的手段，妨碍税务机关追缴欠缴的税款	由税务机关追缴欠缴的税款、滞纳金，并处欠缴的税款50%以上5倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任	《税收征管法》第六十五条和《刑法》第二百零三条
	骗取出口退税的行为。以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款	由税务机关追缴其骗取的退税款，并处骗取税款1倍以上5倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。对骗取国家出口退税款的，税务机关在规定期间内停止为其办理出口退税	《税收征管法》第六十条和《刑法》第二百零四条
	纳税人、扣缴义务人在规定的期限内不缴或者少缴应纳或者应解缴的税款	经税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，税务机关除依照《税收征管法》第四十条的规定采取强制执行措施追缴其不缴或少缴的税款外，可以处不缴或者少缴的税款50%以上5倍以下的罚款	《税收征管法》第六十八条
	扣缴义务人应扣未扣、应收不收税款	由税务机关向纳税人追缴税款，对扣缴义务人处应扣未扣、应收未收税款50%以上3倍以下的罚款	《税收征管法》第六十九条
	纳税人、扣缴义务人逃避拒绝或者以其他方式阻挠税务机关检查	由税务机关责令改正，可以处1万元以下的罚款；情节严重的，处1万元以上5万元以下的罚款	《税收征管法》第七十条

	非法印制、转借、倒卖、变造或者伪造完税凭证	由税务机关责令改正,处2000元以下1万元以下的罚款;情节严重的,处1万元以上5万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任	《税收征管法实施细则》第九十一条
	为纳税人、扣缴义务人非法提供银行账户、发票、证明或者其他方便,导致未缴或者少缴税款	除没收其违法所得外,可以处未缴、少缴或者骗取的税款1倍以下的罚款	《税收征管法实施细则》第九十三条
	税务代理人违反税收法律、行政法规,造成纳税人未缴或者少缴税款的	除由纳税人缴纳或者补缴应纳税款、滞纳金外,对税务代理人处纳税人未缴或者少缴税款50%以上3倍以下的罚款	《税收征管法实施细则》第九十八条
	纳税人、纳税担保人采取欺骗、隐瞒等手段提供担保	由税务机关处以1000元以下的罚款;属于经营行为的,处1万元以下的罚款	《纳税担保试行办法》第三十一条
	非法为纳税人、纳税担保人实施虚假纳税担保提供方便	有税务机关处以1000元以下的罚款	
	纳税人采取欺骗、隐瞒等手段提供担保,造成应缴税款损失	由税务机关按照《税收征管法》第六十八条规定处以未缴、少缴税款50%以上5倍以下的罚款	《纳税担保试行办法》第三十二条
违反发票管理的 行为	非法印制发票	由税务机关销毁非法印制的发票,没收违法所得和作案工具,并处1万元以上5万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任	《税收征管法》第七十二条和七十一条
	从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人有本法规定的税收违法行为,拒不接受税务机关处理	税务机关可以收缴其发票或者停止向其发售发票	《税收征管法》第七十二条
	未按照规定印制发票或者生产发票防伪专用品的;为按规定领购发票的;未按规定开具发票的;为按规定取得发票的;未按规定保管发票的;未按规定接受税务机关检查的	对有前款所列行为之一的单位和个人,由税务机关责令限期改正,没收违法所得,可以并处1万元以下的罚款。有前款所列两种或两种以上行为的,可以分别处罚	《发票管理办法》第三十六条
	非法携带、邮寄、运输或者存放空白发票	由税务机关收缴发票,没收违法所得,可以并处1万元以下的罚款	《发票管理办法》第三十七条
	私自印制、伪造变造、倒买倒卖发票,私自制作发票监制章、发票防伪专用品的	依法予以查封、扣押或者销毁,没收违法所得和作案工具,可以并处1万元以上5万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任	《发票管理办法》第三十八条

	违反发票管理法,导致其他单位或者个人未缴、少缴或者骗取税款的	没收非法所得,可以并处未缴、少缴或者骗取税款1倍以下的罚款	《发票管理办法》第三十九条
	虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的犯罪	处3年以下有期徒刑或者拘役,并处2万元以上20万元以下罚金;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。有前款行为骗取国家税款,数额特别巨大,情节特别严重,给国家利益造成特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。 单位犯本条规定之罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处3年以下有期徒刑或者拘役;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑	《刑法》第二百零五条
	伪造或者出售伪造的增值税专用发票的犯罪	处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处2万元以上20万元以下罚金;数量较大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金;数量巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。 伪造或者出售伪造的增值税专用发票,数量特别巨大,情节特别严重,严重破坏经济秩序的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。 单位犯本条规定之罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;数量较大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑;数量巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑	《刑法》第二百零七条

	非法出售增值税专用发票的犯罪	处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量较大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量巨大的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产	《刑法》第二百零七条
	非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的犯罪	处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金	《刑法》第二百零八条
	非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的犯罪		分别依照《刑法》第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条的规定定罪处罚
	伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的犯罪		《刑法》第二百零九条
其他机构未能协作的行为	纳税人、扣缴义务人的开户银行或者其他金融机构拒绝接受税务机关依法检查纳税人、扣缴义务人存款账户，或者拒绝执行税务机关作出的冻结存款或者扣缴税款的决定，或者在接到税务机关的书面通知后帮助纳税人、扣缴义务人转移存款，造成税款流失的	处10万元以上50万元以下的罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员1000元以上1万元以下的罚款	《税收征管法》第七十三条
	银行和其他金融机构未依照税收征管法的规定在从事生产、经营的纳税人的账户中登录税务登记证件号码，或者未按规定在税务登记证件中登录从事生产、经营的纳税人的账户账号的	处2000元以上2万元以下的罚款；情节严重的，处2万元以上5万元以下的罚款	《税收征管法实施细则》第九十二条
	税务机关依照《税收征管法》第五十四条第（五）项的规定，到车站、码头、机场、邮政企业及其分支机构检查纳税人有关情况时，有关单位拒绝的	处1万元以下的罚款；情节严重的，处1万元以上5万元以下的罚款	《税收征管法实施细则》第九十五条

三、重大违法行为的认定原则

重大违法行为的认定应把握违法行为的“重大性”，综合考虑违法行为的事实、实质、情节和社会危害程度等因素。

下列违法行为应被认定为重大违法行为：

1、主管税务机关在行政处罚文书中已认定为重大违法行为的；

2、根据国家或地方相关主管部门制定的判断标准，属于重大违法行为的。

四、重大税收违法行为的标准

(一) 国家税务总局关于重大税收违法行为的规定

1、根据国家税务总局2000年9月11日颁布的《大案要案报告制度(试行)》(国税发〔2000〕156号)，下列案件(即大案要案)应当自发现或者接到之日起10日内向国家税务总局报告：

(1) 单位偷税、逃避追缴欠税数额在250万元以上，个人(包括个体工商户)偷税、逃避追缴欠税数额在50万元以上的；

(2) 抗税数额在30万元以上，或者聚众抗税，或者冲击、打砸税务机关，或者围攻、殴打税务人员，或者暴力抗税致人重伤、死亡的；

(3) 骗取出口退税款数额在200万元以上的；

(4) 虚开增值税专用发票涉及税款数额在300万元以上的；

(5) 伪造增值税专用发票，或者出售伪造的增值税专用发票，份数在250份以上的；

(6) 非法出售增值税专用发票，或者非法购买增值税专用发票，或者购买伪造的增值税专用发票，份数在250份以上的；

(7) 盗窃或者骗取增值税专用发票份数在200份以上的；

(8) 非法出售其他发票，或者伪造、擅自制造其他发票，或者出售伪造、擅自制造的其他发票，份数在1000份以上的；

(9) 违法数额、数量不足本条前列相关规定的标准，但已经造成税款损失100万元以上或者具有其他严重情节的；

(10) 违法数额、数量不足本条前列相关规定的标准，但

涉及税务人员徇私舞弊问题并且已经造成税款损失50万元以上或者具有其他严重情节的。

2、根据国家税务总局《关于进一步加强重大税收违法案件管理工作的意见》(国税发〔2007〕39号)：

(1) 重大税收违法案件是指涉案税款数额达到一定标准或者违法行为情节严重、有较大社会影响的各类税收违法案件。

(2) 国家税务总局组织查办的案件包括：党中央、国务院等上级机关、上级领导和国家税务总局领导批办的案件；涉嫌偷税、逃避追缴欠税、骗税或者抗税，税款数额特别巨大、违法行为情节特别严重的案件；涉嫌虚开增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，虚开的税款数额特别巨大、违法行为情节特别严重的案件；违法行为涉及多个地区，在全国范围内有特别重大影响的案件；国家税务总局认为需要组织查办的其他案件。

(3) 省税务机关组织查办的案件包括：涉嫌偷税、逃避追缴欠税、骗税或者抗税，税款数额在1000万元以上的案件；涉嫌虚开增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，虚开的税款数额在1000万元以上的案件；违法行为涉及省内多个地区，在全省范围内有重大影响的案件；国家税务总局认为需要省税务机关组织查办的案件；省税务机关认为需要组织查办的其他案件。

(4) 国家税务总局督促查办的案件包括：涉嫌偷税、逃避追缴欠税、骗税或者抗税，税款数额在1000万元以上的案件；涉嫌虚开增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，虚开的税款数额在1000万元以上的案件；在全国范围内有重大影响或者国家税务总局认为需要督促查办的其他案件。

(5) 省税务机关督促查办的案件标准和省以下税务机关组织查办、督促查办的案件标准，由各省税务机关根据当地税收违法案件情况及稽查工作需要自行制定。

(二) 相关省、市税务部门关于重大税收违法行为标准的规定

1、北京市

下列案件，区县国税局、直属分局自发现或者接到之日起5日内向市局报告：

(a) 企业、单位偷税、逃避追缴欠税，城近郊区县国税局、直属分局查补税额在100万元以上、远郊区县国税局查补税额在50万元以上的，个人（包括个体工商户）偷税、逃避追缴欠税数额在30万元以上的；

(b) 抗税数额在30万元以上，或者聚众抗税，或者冲击、打砸税务机关，或者围攻、殴打税务人员，或者暴力抗税致人重伤、死亡的；

(c) 骗取出口退税，税款数额在100万元以上的；

(d) 虚开增值税专用发票，涉及税款数额在100万元以上的；

(e) 伪造增值税专用发票，或者出售伪造的增值税专用发票，份数在150份以上的；

(f) 非法出售增值税专用发票，或者非法购买增值税专用发票，或者购买伪造的增值税专用发票，份数在100份以上的；

(g) 盗窃增值税专用发票，或者骗取增值税专用发票的；

(h) 非法出售其他发票，或者伪造、擅自制造其他发票，或者出售伪造、擅自制造的其他发票，份数在500份以上的；

(i) 违法数额、数量不足本条前列相关规定的标准，但已经造成税款损失50万元以上或者有其他严重情节的；

(j) 违法数额、数量不足本条前列相关规定的标准，但涉及税务人员徇私舞弊问题的。

2、四川省

达到以下标准的，均列为我省地税系统的大案要案，各地应按国税发[2000]156号文件规定向省局报告：

(a) 单位查补税额在100万元以上，个人（包括个体工商户）查补税额在20万元以上的；

(b) 抗税数额在10万元以上的；

(c) 涉及税务人员徇私舞弊问题且造成税款损失20万元以上或具有其他严重情节的；

(d) 非法印制发票的；

(e) 涉税违法行为涉嫌犯罪被公安机关或人民检察院立案侦查，或已被人民法院判刑、处罚金、没收财产的。

3、黑龙江省

各市、地局向省局呈报大案要案的标准：

(a) 单位偷税、逃避追缴欠税数额在100万元以上，个人

（包括个体工商户）偷税、逃避追缴欠税数额在30万元以上的；

(b) 抗税数额在30万元以上，或者聚众抗税，冲击、打砸税务机关，围攻、殴打税务人员，暴力抗税致人重伤、死亡的；

(c) 骗取出口退税款数额在100万元以上的；

(d) 虚开增值税专用发票涉及税款数额在100万元以上的；

(e) 伪造增值税专用发票，或者出售伪造的增值税专用发票份数在100份以上的；

(f) 非法出售增值税专用发票，或者非法购买增值税专用发票，购买伪造的增值税专用发票份数在100份以上的；

(g) 盗窃或者骗取增值税专用发票份数在100份以上的；

(h) 非法出售其他发票，或者伪造、擅自制造其他发票，出售伪造、擅自制造的其他发票份数在800份以上的；

(i) 违法数额、数量不足本条前列相关规定的标准，但已经造成税款损失100万元以上，或者涉及税务人员徇私舞弊问题并且已经造成税款损失50万元以上，或具有其他严重情节的；

(j) 各地认为需要报告的其他案件。

4、福建省（《税务违法案件审理委员会工作细则（暂行）》）

税务违法案件审理委员会是本级局讨论重大、疑难、复杂案件的决策机构。

省局审理委员会讨论下列案件：

(a) 省局各直属单位查办的税款在一百万元以上的各类税收违法案件。

(b) 各地、市局查办的偷税一百万元，骗税五十万元以上的案件。

(c) 省局各直属单位及各地、市审理委员会上报的其它重大、疑难、复杂案件，须经审理委员会讨论的。

5、浙江省

(1) 省局组织查办的案件包括：省委、省政府、省纪委、国家税务总局等上级机关、上级领导批办的案件；省局领导批办的案件；在全省范围内有重大影响的案件；涉嫌偷税、逃避追缴欠税，税款数额在1000万元以上的案件；抗税数额在

10万元以上,或者聚众抗税,或者冲击、打砸地税局,或者围攻、殴打地税工作人员,或者暴力抗税构成犯罪的案件;非法出售、伪造、擅自制造、倒卖、盗窃发票5000份以上(或税收通用完税证200份以上)的;国家税务总局要求省局组织查办的案件;省局认为需要组织查办的其他案件。以上案件自发现之日起3日内,案发地地税局必须向省局报告,由省局决定该案件是由省局组织查办或指定案发地地税局查处。在此期间,案发地地税局不得中止案件的查处工作。

(2) 市局组织查办的案件包括:市委、市政府、市纪委、省局等上级机关、上级领导批办的案件;市局领导批办的案件;在全市范围内有重大影响的案件;涉嫌偷税、逃避追缴欠税,税款数额在500万元至1000万元的案件;抗税案件;非法出售、伪造、擅自制造、倒卖、盗窃发票2000份至5000份(或税收通用完税证100份至200份)的;市局认为需要组织查办的其他案件。市局组织查办案件的具体标准和规程由各市根据本通知精神确定。

(3) 省局督促查办的案件主要包括:涉嫌偷税、逃避追缴欠税,税款数额在500万元至1000万元的案件;抗税案件;非法出售、伪造、擅自制造、倒卖、盗窃发票2000份至5000份(或税收通用完税证100份至200份)的。省委、省政府、省纪委、国家税务总局等上级机关、上级领导批办的或者在全省范围内有重大影响的举报案件。省局认为需要督促查办的其他案件。

(4) 市局督促查办案件标准由各市根据本地区实际情况制定相应办法。

6、大连市

下列案件属于重大税收违法案件:

- (a) 单位偷税数额在50万元(含50万元,下同)以上,个人(包括个体工商户)偷税数额在5万元以上的;
- (b) 单位逃避追缴欠税数额在100万元以上,个人(包括个体工商户)逃避追缴欠税数额在10万元以上的;
- (c) 单位拒绝缴纳税款数额在100万元以上,个人(包括个体工商户)拒绝缴纳税款在10万元以上的;
- (d) 单位查补税款数额在200万元以上,个人(包括个体工商户)查补税款在20万元以上的,且违法情节复杂的;
- (e) 协助偷逃税款数额在10万元以上的;
- (f) 抗税数额在5万元以上,或者聚众抗税,或者冲击、

打砸税务机关,或者围攻、殴打税务人员,或者暴力抗税致人重伤、死亡的;

(g) 骗取减免税款数额在10万元以上的;

(h) 非法出售税务机关管理的发票,或者伪造、擅自制造税务机关管理的发票,或者出售伪造、擅自制造税务机关管理的发票,数额在50份以上的;

(i) 作为A类管理的涉税违法检举案件;

(j) 国家税务总局、辽宁省地税局、大连市地税局领导批转或者政府有关部门转来的要求限期复查处理结果的案件;

(k) 其他需要组织查办和督促查办的案件。

五、首次公开发行并上市中涉税案例的主要情形

据不完全统计,发行人、控股股东或实际控制人在税收方面存在的违法行为主要有以下几种情形:

- 1、报告期内发行人财务会计报表及相关财务资料申报不实,收入的确认不符合《企业会计准则》的相关规定,存在较大金额的少缴(或晚缴,但在查实后已补缴)增值税或所得税;
- 2、因报告期内存在税收违法行为,发行人被主管税务机关处以罚款等行政处罚;
- 3、发行人存在较大金额的应缴未缴税款,未经省级税务机关批准缓缴;
- 4、发行人报告期内存在大额未分配利润或盈余公积转赠股本的情形,对控股股东应缴纳的个人所得税,发行人未履行代扣代缴义务,截止申报日,控股股东仍未缴纳;
- 5、控股股东报告期内溢价转让发行人股份,收取大额转让价款,截止申报日,巨额个人所得税既未申报、也未缴纳。

六、理解及适用

鉴于发行人、控股股东或实际控制人的税收违法行为绝大多数属于未如实申报或未及时申报,税款应缴未缴,甚至因此被处以行政处罚,律师在首次公开发行并上市的法律服务中可以按照下列标准处理:

- 1、区别对待纳税人和代扣代缴义务人的不同法律责任;
- 2、区别对待法人和个人的不同纳税责任;

3、对于发行人或控股股东、实际控制人已经被处以税收行政处罚的报告期内行为，应在取得充分依据的前提下，对该等处罚是否属于因重大税收违法行为导致的行政处罚发表明确意见；

4、对于报告期内发行人、控股股东或实际控制人，存在其所在省级税务机关认定的标准以上的税款应缴未缴的，律师应在取得充分依据的前提下，对该等税收违法行为是否属于重大税收违法行为发表明确意见。必要时，应取得省级税务机关对该等税收违法行为的认定意见；

5、除变更设立股份有限公司时应缴纳的个人所得税外，非经省级税务机关批准缓交，截止申报日，相关纳税义务人应当已经履行完毕纳税（包括补缴）的义务；

6、《法律意见书》应对发行人及控股股东、实际控制人所涉未依法纳税及行政处罚事项作详细披露，并对该事项是否构成发行上市的法律障碍发表明确意见；

7、关于滞纳金性质

根据《税收征管法》第三十二条的规定，纳税人未按照规定期限缴纳税款的，扣缴义务人未按照规定期限解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。

根据《国家税务总局关于偷税税款加收滞纳金问题的批复》（国税函〔1998〕291号），滞纳金不是处罚，而是纳税人或者扣缴义务人因占用国家税金而应缴纳的一种补偿。只要纳税人或者扣缴义务人未按照法律、行政法规规定或者税务机关依法确定的期限缴纳或者解缴税款的，税务机关均应当从滞纳税款之日起，按日加收滞纳金。

关于《关于完善创业板退市制度方案》 (征求意见稿)的几点看法



徐 猛



吴 卿

为推进创业板市场的制度建设,促进创业板市场持续、健康、稳定发展,深圳证券交易所总结主板、中小企业板市场退市制度的实践经验、教训的基础上,借鉴成熟资本市场经验,2011年11月28日深圳证券交易所制定并公布了《关于完善创业板退市制度的方案》(征求意见稿)(以下简称“《征求意见稿》”)。

笔者通过深交所网站仔细地阅读全文后,总体感觉《征求意见稿》对创业板的退市制度规定得比较全面,看得出许多措施是经过深思熟虑的。但是,仍有几点值得研究和完善。

一、当前退市制度现状

资本市场对深交所和上交所现行的退市制度的多数看法是,现行制度不仅未有效地让未达标的上市公司“自觉”退市,而且也未对“停而不退”的上市公司达到积极“清理”的程度,更未对其他上市公司起到良好的“警戒”作用。因此,“吐故纳新、优胜劣汰”的市场机制并未形成。

据21世纪经济报道,来自上交所和深交所的统计数据 displays,自A股设立至今的21年间,除了因吸收合并以及分立等特殊原因而退市的上市公司外,真正意义上因监管规则而退市上市公司只有42家,年均退市公司只有2家,占目前上市公司总数的1.82%。自2008年至今的四年间,A股还没有出现一家因监管规则而退市的上市公司,迄今为止最近的一家退市的上市公司还是2007年12月退市的*ST联谊¹。

1 《A股退市机制反思 21年仅摘牌42家公司》,21世纪经济报道,2011年12月5日,第7版。

而放眼成熟资本市场的，纽交所的年均退市率为6%、纳斯达克是8%、英国AIM是12%，其退市比例都远远高于我国上交所及深交所。

非吐故不能纳新，本次《征求意见稿》体现了监管者希望加大力度维护市场秩序的良苦用心和重大决心。

二、新旧退市制度主要内容及对比

(一) 新旧退市条件对比

No.	现行制度				征求意见稿			
	退市条件	退市风险警戒	暂停上市	终止上市	退市条件	暂停上市	终止上市	备注
1	连续亏损	两年	三年	四年(年度报告)	不变	三年	四年	
2	追溯调整导致连续亏损	两年	三年	四年(年度报告)	不变	三年	四年	
3	净资产为负	一年	两年	两年半(中期报告)	不变	一年	两年	暂停缩短一年,终止缩短半年
4	审计报告为否定或拒绝表示意见	一年	两年	两年半(中期报告)	不变	两年	两年半	
5	未改正财务会计报告中的重大差错或虚假记载	两个月	四个月	六个月	不变	四个月	六个月	
6	未在法定期限内披露年度报告或中期报告	法定披露期限结束后当天	两个月	三个月	不变	两个月	三个月	
7	公司解散	披露可能被解散公告后次一交易日	--	公司因故解散	不变	--	公司因故解散	
8	法院宣告公司破产	披露相关破产受理公告后的次一交易日	--		不变	--		
9	连续120个交易日累计股票成交量低于100万股	连续120个交易日	--	再次出现连续120个交易日	调整	--	连续120个交易日	出现一次即终止上市

10	连续20个交易日股权分布或股东人数不符合上市条件	提出解决方案获我所同意,恢复交易当天	解决方案公布后六个月仍不符合上市条件	十二个月仍不符合上市条件	不变	解决方案公布后六个月仍不符合上市条件	十二个月仍不符合上市条件	
11	公司股本总额发生变化不再具备上市条件		一旦发生,即暂停上市	在本所规定的期限内仍不能达到上市条件	不变	一旦发生,即暂停上市	在本所规定的期限内仍不能达到上市条件	
12	--	--	--	--	36个月内累计受到交易所公开谴责三次	--	36个月内	新增
13	--	--	--	--	连续20个交易日每日收盘价均低于每股面值	--	连续20个交易日	新增

(二) 新制度主要内容

概括的来说,《征求意见稿》主要从六个方面、四个板块,对创业板的退市制度进行完善。

其中,六个方面主要包括:(1)丰富退市标准体系,增加了两个退市条件;(2)完善恢复上市的审核标准,不支持通过“借壳”恢复上市;(3)缩短现行部分退市条件的退市时间,加快退市速度;(4)改进创业板退市风险提示方式;(5)实施“退市整理期”制度,设立“退市整理板”;(6)明确退市公司去向安排。

其中,四大板块可概括为:(1)退市条件:对个别退市标准/条件进行了调整和增加;(2)恢复标准:明确恢复上市的审核标准,排除借壳炒作的可能性;(3)退市提示:改“退市风险警示处理”为退市信息披露和揭示;(4)退市整理:新增退市整理板进行交易后,统一进入股份转让系统。

三、新制度的创新点

研读《征求意见稿》后,我们认为《征求意见稿》值得关注的突破,并不在于缩短了两个退市条件的时间,或者是引进

了“一元退市规则”,也不是在完善《深圳证券交易所创业板上市公司公开谴责标准》的基础上推出了“36个月内累计公开谴责3次退市”的条件,而是以下几点:

1、设退市整理板,摒弃了“退市风险警示处理”,定时揭示风险

风险警示处理是我国退市制度中特有的规则。根据上市规则规定,当上市公司出现财务状况或者其他状况异常,导致其股票存在终止上市风险,或者投资者难以判断公司前景,其投资权益可能受到损害的,交易所会对该公司股票交易实行风险警示处理:包括退市风险警示处理和其他风险警示处理。

然而,在当前的资本市场,被实施退市风险警示的上市公司,往往因为有重组的预期而遭到恶炒,非但没有达到警示效果,反而成为上涨的“预言”,为此《征求意见稿》摒弃了该警示处理,改为定期刊登、披露风险提示公告,并向投资者发出正式通知。

笔者认为,这一举措,一方面对创业板的ST公司进行了特别对待,一方面实实在在的为投资者考虑,充分向其揭示风

险,另一方面也体现了监管者规范市场、净化市场的。

2、杜绝借壳炒作,不支持借壳方式恢复上市

尽管监管层在答记者问时,着重强调了深交所仍然“非常鼓励创业板公司进行重大资产重组,以提高创业板公司的核心竞争力,促进创业板公司进一步做大做强”,但为“杜绝炒壳现象”,深交所《征求意见稿》第二条明确规定,“不支持暂停上市公司通过借壳方式恢复上市”。

纵观纳斯达克退市规则以及香港创业板退市规则,我们并未找到类似的可借鉴条款,也就是说,这一条款是管理层根据当前A股市场的国情而推出的。如这一条款实施,将使得一直以来方兴未艾的借壳上市方式成为过去式。

当然,我们也应该看到,“不支持”并不等于“不允许”。根据该条款,如某一暂停上市的公司通过自身的积极努力的引入新股东进行重组,如股东大会一致通过并受到投资者的广大支持,如完全符合2011年9月最新修订的、接近IPO标准的重组规则,我们相信管理层也是允许的。

从中,我们可以看到监管者希望通过杜绝炒作、内幕交易,化解风险、肃清屡组屡败还屡不死的ST股的同时,还稍许留了些口子。当然,“矫枉是否应该过正”本身就是值得商榷的命题,我们也期待市场给予我们答案。

四、新制度的不足

我们认为《征求意见稿》也还存在一些不全面之处。举一例来看,当前的上交所及深交所《股票上市规则》还是《创业板股票上市规则》,在其退市制度中,都有一条模糊期限的规定。如《创业板股票上市规则》第14.3.14第二款即规定了,“本所为作出是否终止公司股票上市的决定,可以要求公司提供补充材料,公司应当在本所规定期限内提供有关材料。公司补充材料期间不计入本所作出有关决定的期限内”。

根据该规定,补充材料的期限不受退市期限限制,而补充材料本身也无期限限制,这难免会给退市前的公司一直通过“补充材料”来拖延退市,挑战退市期限。当前的《征求意见稿》并未在该条款加以调整或约束。

五、结论

创业板作为一个全新的市场,没有沉重的历史包袱,又有制度创新的需求,通过创业板先行完善退市制度,是符合我国

资本市场改革和发展的需要的。

为此,在《征求意见稿》征求意见之际,我们深深地期望,在借鉴他国经验的基础上,在对退市条件进行拟定的过程中,我们的创业板退市制度“既能加天线又能接地气”,既能有效优胜劣汰,又能提高上市公司普遍危机意识,引导投资者向价值投资转变,那么创业板的样板作用,也就毋庸置疑了。

《招标投标法实施条例》重点法律问题解读



王霁虹



张晓峰

《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《条例》)于2012年2月1日起正式施行,《条例》对《招标投标法》中的一些原则性条文进行了细化规定,并对实践中的一些做法进行了明确。《条例》的颁布、实施是规范招投标活动、统一招投标规则的重大举措,对于招投标领域预防、惩治腐败、促进公平竞争具有重要的指导意义。

需要注意的是,《条例》针对一些实务中的惯常做法,做出了新的不同的规定。笔者现将《条例》中值得关注的重点问题简析如下。

上篇: 招标人面临更严格限制

《条例》对招标投标法中部分原则性规定的细化使招标投标制度更具有操作性,但是值得注意的是这些具体化的规定对招标人的招标活动进行了一定程度的限制,其中包括禁止招标人利害关系人参与投标、限制标底使用并禁止最低投标限价、禁止使用“短名单”、禁止以特定行业业绩作为加分条件或中标条件、明确采用邀请招标的范围以及明确界定串通投标及虚假招标的行为等。

一、禁止招标人的利害关系人参与投标

在《条例》颁布之前,实践中常见招标人的下属单位及其他关联单位作为投标人参与投标,该做法并未被法律明确禁止。

考虑到投标人与招标人的这种特殊关系在很大程度上影响了招投标活动的公正性,《条例》第34条规定:“与招标

人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人，不得参加投标。”该规定相当于关上了招标人的下属单位、关联单位或其他利害关系人参加投标的大门。

需要注意的是，《条例》并未对所谓的“利害关系”做出更为明确、具体的界定，在认定这种关系的时候可能会产生争议。此外，这种利害关系并不需要实质已经损害到招投标活动，而是只需要对招投标的公正性构成潜在威胁即可。

二、限制标底的使用并禁止最低投标限价

在既往的招投标活动中，如招标人编制标底的，招标人通常将标底乘以一定系数后作为拦标价。

《条例》第50条明确规定标底仅作参考，不得以投标报价是否接近标底作为中标条件，也不得以投标报价超过标底上下浮动范围作为否决投标的条件。该规定禁止了前述惯常做法。

同时，《条例》第27条规定招标人不得规定最低投标限价，该规定与既往的有些做法也不相符。

需要注意的是，《条例》规定标底仅作为评标参考，但具体标底在评标中怎样使用（比如：能否作为商务评分的依据之一），并不清晰，有待实践中招投标管理部门的进一步解释。

三、禁止招标人采用“短名单”

按照《招标投标法》的规定，招标人不得在招标的过程中指定某货物和服务的品牌、原产地、供应商等。但是在既往的招投标实践中，招标人基于各种因素的考虑，可能会提供一份可供投标人选择的品牌、原产地、供产商的名录，投标人只能在该名录中选择供应商或分包商，该名录即所谓的“短名单”。

《条例》颁布前，短名单在各地的招标监管中宽严不一，有的地区明确禁止短名单，有的地区默许短名单的存在。

《条例》第32条明确规定，招标人不得限定或指定特定的专利、商标、品牌、原产地或供应商。“限定”一词表明，招标人在实践中经常采用的以“短名单”方式限定货物、服务提供者的做法将不被允许。

另外需要注意的是，在《条例》实施后，招标人在描述技术要求时，在列举的品牌后加上“或同档次”等字样，是否属于“限定品牌”，可能会存在争议，有待招投标行政管理部门的进一步解释。

四、禁止以特定行业业绩作为加分条件或中标条件

在实践中出现的虚假招标、“明招暗定”的现象，多会以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。对此现象，《招标投标法》虽予以明确禁止，但缺乏具体的执行标准。为此，本《条例》明确列举了七种以不合理的条件限制、排斥投标人的行为。其中包括招标人不得以特定行业的业绩作为加分条件或中标条件。

笔者认为，投标人在相关的特定行业的业绩是衡量其是否具有完成项目能力的重要评判标准之一，不应对此一概否定。如果限制业绩作为评分标准，可能体现了公平原则，但将会导致整个招标失去竞争性，无法体现优中选优的精神。

在《条例》实施后，招标文件中与行业业绩要求相关的评分办法具体如何设置，有待进一步观察。

五、明确可采用邀请招标的情况并增加可以不进行招标的项目

《招标投标法》将招标区分为两类，即公开招标和邀请招标。但《招标投标法》第11条关于可以采用邀请招标方式的项目的规定并不十分明确，在实践中出现了本应当公开招标的项目以法律规定不明确为借口规避公开招标的问题。

为此，《条例》明确规定：除因技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择和采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大两种情况外，凡属国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，均应当公开招标。

此外，《条例》也补充了可以不进行招标的项目。例如出现以下情况时可以不招标：需要采用不可替代的专利或者专有技术；采购人依法能够自行建设、生产或者提供；已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供；需要向原中标人采购工程、货物或者服务，否则将影响施工或者功能配套要求等。

六、明确列举了17种串通投标行为以及5种弄虚作假行为

《招标投标法》虽明确禁止投标人之间、投标人与招标人之间的串通投标的行为，但只作了原则性的规定，对于哪些行

为可以被认定为串通投标的行为缺乏可参照的标准。《条例》以三个条款的篇幅明确列举了17种可以被认定为串通投标的行为,为依法认定和严厉惩治这类违法行为提供更明确的执法依据。

同时,《条例》进一步明确了5种《招标投标法》第33条中涉及的弄虚作假行为,并细化了相关的法律责任。

下篇: 投标人将获得更加公平的竞争环境

《招标投标法实施条例》的出台体现了中国政府对于招标投标管理的思路,在规范资格预审程序、投诉程序、防止虚假招标和串通投标方面做出了许多细化的规定,增强了招投标制度的可操作性,为投标人创造了更加公平的投标竞争环境。

一、细化资格预审程序

招标投标法允许招标人进行资格审查,但是没有关于资格审查的方式、时限等程序性的具体规定。实践中,不乏招标人以不合理的资格预审排斥、限制投标人的现象。

《条例》第15至22条对资格审查的操作方式进行了规定。首先,招标人应当在国家发改委依法指定的媒介发布资格预审公告。发改委于2000年7月发布了《招标公告发布暂行办法》,关于资格预审公告的发布应当按照此规定执行。其次,规定资格预审的发售期和提交时间均不得少于5日,对于资格预审文件的修改应至少在截止时间前3日。再次,对于资格预审,应当组建资格审查委员会,其组成遵守评标委员会及其成员的相关规定。最后,对于资格预审还设定了异议程序。

对于不遵守资格预审相关程序规定的行为,《条例》第63、64条规定,由有关行政监督部门责令改正,并可对招标人处以一定数额的罚款。

二、规范投诉的程序

招标投标法第65条规定了招投标的投诉制度,《条例》增设第五章的内容,对投诉与处理的程序进行了细化。

《条例》规定: 投标人或者其他利害关系人认为招标投标活动不符合法律、行政法规规定的,可以自知道或者应当知道之日起10日内向有关行政监督部门投诉。但是,对资格预审文件、招标文件的异议、对开标及中标结果的异议应当先向招

标人投诉。投诉人就同一事项向两个以上有权受理的行政监督部门投诉的,由最先收到投诉的行政监督部门负责处理。行政监督部门应当自收到投诉之日起3个工作日内决定是否受理投诉,并自受理投诉之日起30个工作日内做出书面处理决定。

三、细化了虚假招标的认定条件

实践中盛行的招标人“明招暗定”虚假招标,表现形式之一是以不公平、不合理的条件限制、排斥投标人。对此,招标投标法虽有明确的禁止性规定,但实践中因缺乏具体的认定标准而使得该规定的实施效果欠佳。

《条例》第32条明确列举了属于以不合理的条件限制、排斥潜在投标人的情形,包括: 提供差别信息、设定与项目无关的门槛条件、以特定行政区域或行业业绩、奖项作为加分或中标条件、采用不同的资格审查或评标标准、使用专利、商标、品牌、原产地或供应商“短名单”、限定投标人所有制形式或组织形式等。

有上述以不合理的条件限制、排斥潜在投标人情形的,由相关的行政监督管理部门责令改正,并可对招标人处以一万元以上五万元以下的罚款。

四、界定了17种串通投标行为

针对实践中普遍存在的“围标”、“串标”问题,《条例》分别第39、40、41条对17种串通投标的行为予以了界定。

投标人间协商投标文件实质内容、约定中标、弃标、组织成员协同投标、投标人之间为中标或排斥其它投标人的其他联合行动、不同投标人的投标文件编制者相同、投标委托代理人相同、投标项目管理成员相同、投标文件异常一致或者投标报价呈规律性差异、投标文件混装、投标保证金转出账户相同、招标人开标前向投标人泄露保密信息、明示或暗投标人压低或抬高报价、授意投标人撤换、修改投标文件、明示或暗示投标人为特定投标人中标提供方便以及招标人与投标人为谋求特定投标人中标而采取的其他行为等均属于串通投标的行为。

有上述串通行为的,中标无效,没收违法所得,处以罚款;对违法情节严重的投标人取消其一定期限内参加依法必须进行招标的项目的投标资格,直至吊销其营业执照;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

五、招标人应退还投标保证金及利息

《条例》规定，招标人最迟应当在书面合同签订后5日内向中标人和未中标的投标人退还投标保证金及银行同期存款利息。这一规定，打破了惯常的做法。在既往的实践中，投标保证金一般打入招标代理机构的账户，招标代理机构在签署合同之后一段时间才退还投标保证金，这一期限有的可达两个月之久，期间的利息由招标代理公司享有已成惯例。《条例》新规不仅明确了退还投标保证金的期限，还进一步规定应当同时退还相应利息，利息以保证金金额的同期存款利息计，这对投标人无疑是一种保护。

六、投标人联合体成员变更受限制

《条例》对联合体投标做出了更为严格的规定：招标人接受联合体投标并进行资格预审的，联合体应当在提交资格预审申请文件前组成。资格预审后联合体增减、更换成员的，其投标无效。

这一规定与《工程建设项目施工招标投标办法》第43条“联合体在投标文件截止之日前成员发生变化，而只要新联合体成员符合资格预审要求的，经招标人同意，新联合体的投标仍然有效”的规定相比，显然更为严格，同时，对其他未中标的投标人也更为公平。

实践中，在特许经营项目招标中存在如下特殊情形：联合体中标且签署合同之后，成立项目公司时或项目公司成立后，项目公司除联合体成员之外新引入了一家或几家其他投资人做股东，该新的投资人同时作为工程的分包商承担部分施工任务。

该情形是否属于联合体成员的变更，是否被法律禁止，实践中可能存在争议。笔者认为，前述情形涉嫌违法，理由有二：第一，虽然特许经营投资人的招标不是施工招标，不属于招标投标法规定的必须招标的项目范围，但是，特许经营项目的招标同样应当遵循招标投标法规定的公开、公平、公正和诚实信用的原则。新投资人在特许经营合同签订后未经过公开的竞争程序直接入股项目公司，对其他未中标的投标人是一种不公平。第二，分包工程的施工属于招标投标法规定的必须招标的项目范围，新加入的投资人既然没有参与特许经营项目的投标，就不能直接作为分包商进行施工，而应当参加合法的分包工程投标程序。因此，就前述做法，建议在实践中应

慎重采用。

总体来看，《条例》对《招标投标法》进行了较好的完善和补充，但其过分地强调形式上的公平，牺牲了招投标活动的效率和效益，其与既往的招标惯例相悖且不合理的规定在未来的招标活动中怎样执行，其效果如何，我们拭目以待。

非上市公司股权激励研究



徐 猛



马 婧

目前我国对于上市公司股权激励制度的规定比较完善,但是对于非上市公司的股权激励制度,并无明确的法律法规作指导,除国有企业需要适用有关部门颁布的关于国有企业股权激励的部门规章外,其他企业可以根据自己的发展策略和长短期经营目标,借鉴国内外经验,根据激励对象所在的不同层次和岗位设计不同的股权激励方式。本文主要总结目前非上市公司所实施的股权激励方案特点、股权激励方案要素、股权激励主要几种方案的实施及存在的风险。

一、非上市公司股权激励的特点

上市公司已有完善的股权激励制度和成熟的股权激励方案,非上市公司可以借鉴,但与上市公司相比较,非上市公司股权激励具有以下特点:

1、从股权激励的方式来讲,上市公司股权激励一般是以限制性股票、股票期权等股权形式来实行,也允许使用股票增值权这种非股权形式。与上市公司相比,非上市公司股权激励的方式更加灵活、多样。除股权形式外,可以使用更多的非股权形式激励,如虚拟股票、增值权、利润分享计划、长期福利计划等。

2、从股权激励的对象来讲,由于《公司法》对股东人数的限制规定,有限公司股东不得超过50人,非上市股份公司股东不得超过200人,因此非上市公司股权激励对象往往限于高管和核心技术人员。当然,为了规避公司法的规定,可以通过设立代持股机构(如公司、合伙企业、信托、自然人等)解决,但对于拟上市的公司要注意证监会对代持股持否定态度,发起

人股东人数按直接持股和间接持股累加计算,上市时有法律障碍。

3、从股权激励的股票来源来讲,上市公司实施股权激励股票来源有三种:一是原股东转让给激励对象,但必须通过向公司赠予或转让股份,再由公司将股份授予激励对象;二是公司向股权激励对象定向增发;三是公司从二级市场回购股份,一年内转让给激励对象。

由于《公司法》没有规定有限责任公司可以回购本公司股权用于奖励员工,股票来源一是公司股东(通常是大股东或实际控股股东)转让,二是公司向激励对象增资。

非上市股份公司不能公开发行股份,因此股权激励股票来源一是公司向股东回购股份后授予激励对象,二是股东转让,三是公司向激励对象增发股份。

4、从行权价格定价方式来讲,上市公司行权价格确定的一般做法是以期权协议签订时本公司股票的市场价格作为期权的行权价基础,由于非上市公司不存在这样的基础,一般的做法是以财务指标为主要确定因素并结合与同行业同水平公司的比较情况进行确定行权价。

5、从股权激励的效果来讲,上市公司股权激励对象所授期权可以在二级市场变现,而非上市公司一方面由于股权流通性较差,股权激励的价值不能通过公开的证券交易市场实现;另一方面,由于股权在证券一、二级市场上的巨大差价,非上市公司股权在公司上市以后将成倍增值,给激励对象带来很大的经济收益。当然如果非上市公司业绩很好并且并不打算上市,设计完善的股权激励方案同样可以达到公司与员工双获益的效果,华为公司可以是很好的参考案例。

二、非上市公司股权激励方案设计中的要素

非上市公司股权激励方案形式多样,但对股权激励方案进行设计时无外乎要考虑以下几个要素:

1、定人:要考虑股权激励授予企业的哪些人,是全员持股还是少数持股,少数持股的人员层次及岗位构成。

2、定量:即对授予的激励股权总量的控制,根据不同行业、不同规模、企业不同发展阶段决定授予股权的总量,并且最好不要一次性授予全部,可以分为当期及预留两部分。有限公司预留需要设计代持机构模式。

3、定价:即股权授予价格及股权退出价格。非上市公司股

权激励行权价格通常参照每股净资产,进行平价、折扣或溢价出售。股权回购或转让需要根据主动离职、被裁、因公殉职以及因病死亡等各种不同情况制定不同的政策。

4、定时:即确定股权授予日、有效期、等待期、可行权日及禁售期等。通常股权授予日与获授股权首次可以行权日之间的间隔不得少于一年,并且需要分期行权。

5、定股份来源:即用于股权激励的股份的来源。非上市公司实施股权激励的股份通常来自大股东转让或赠与,或者增资扩股。因股份出让会影响未来公司的治理结构及控制关系,现有股东需要慎重确定出让股份的比例。

6、定资金来源:即激励对象购买股份的资金来源,主要有被激励者直接出资、被激励者工资/奖金/分红抵扣、以及企业资助等,几种方式可以组合适用。确定资金来源需要综合评估公司现金流、被激励者收入状况等因素。

7、定业绩考核指标:根据激励对象完成业绩情况确定最终的股权激励数量。

非上市公司具体股权激励方案即是对上述各要素有机地、根据实际情况进行组合,或者创新出适合企业的股权激励方案。

三、非上市公司几种主要股权激励模式

(一) 实践中非上市公司股权激励模式包括权益结算模式和现金结算模式两大类。

权益结算中的常用方式包括股票期权、限制性股票、业绩股票、员工持股计划等,这种激励方式的优点是激励对象可以获得真实股权,公司不需要支付大笔现金,有时还能获得现金流入;缺点是股本结构需要变动,原股东持股比例会稀释。

现金结算中的常用方式包括虚拟股票计划、利润分享计划等,其优点是不影响公司股本结构,原有股东股权比例不会造成稀释。缺点是公司以现金形式支付,现金支付压力较大。而且,由于激励对象不能获得真正的股票,对员工的激励作用有所影响。

(二) 几种股权激励模式的具体操作方法:

1、股权期权,是指非上市公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的价格和条件购买本公司一定数量股权的

权利。

特点: 股权期权是一种权利,而不是一种义务,激励对象到期可以选择“行权”也可以选择不“行权”。激励对象选择行权时还要看其能否通过努力实现公司的行权业绩考核指标。

优点: (1) 对于激励对象而言,不行权就没有任何额外的损失,风险可控。(2) 企业没有任何现金支出,有利于企业降低激励成本,是企业以较低成本吸引和留住人才的一个有效方法。

股权期权模式比较适合那些初始资本投入较少,资本增值较快,在资本增值过程中人力资本增值效果明显的公司。如马云初始创建阿里巴巴给创业团队的期股激励。

2、限制性股权,是指非上市公司按照预先确定的条件授予激励对象一定数量的本公司股权,激励对象只有在工作年限或业绩目标符合股权激励计划规定条件的,才可真正享有限制性股权并从中获益。

特点: 限制性股权的三个关键词是“业绩目标”、“授予”和“限制”,主要特征为: 一般选择公司制定某项战略目标后作为授予时机,授予价格一般是无偿赠送或远低于市场价格,股权出售受到限制,且不得转让,公司有权收回或回购受限股权。

优点: 有利于促进激励对象集中精力以实现长期战略目标。同时,激励成本较低,只有实现了战略目标,激励对象才可能从中获益。对被激励者而言,风险也较低,实现战略目标将有较大收益,未实现也没有损失。

限制性股权这种模式比较适合于发展比较稳定的大型公司,采用限制性股权这种模式更能体现风险和收益对称,激励和约束的平衡。

3、业绩股权,是指在年初确定一个较为合理的业绩目标,如果激励对象到年末时达到预定的目标,则公司授予其一定数量的股权,或提取一定的奖励基金购买公司股权。

特点: 业绩股权的流通变现通常有时间和数量限制。激励对象在以后的若干年内经业绩考核通过后,可以获准兑现规定比例的业绩股权,如果未能通过业绩考核或出现有损公司的行为、非正常离任等情况,则其未兑现部分的业绩股权将被取消。

优点: 从本质上讲,业绩股权是一种“奖金”延迟发放,

但它弥补了一般意义上的奖金的缺点,具有长期激励的效果。

一方面,业绩股权与一般奖金不同,它不是当年就发放完毕,还要看今后几年的业绩情况;另一方面,如果企业效益好,就会使激励效果进一步增大。对激励对象而言工作绩效与所获激励之间的联系是直接而紧密的,且业绩股权的获得仅决定于其工作绩效。对于股东而言,业绩股权激励模式对激励对象有严格的业绩目标约束,权、责、利的对称性较好,激励目的明确,能形成股东与激励对象双赢的格局,故激励方案较为易为股东大会所接受和通过。

缺点: 由于一般是针对某一特定目标,业绩股权激励模式的激励时限较短,不会超过这一特定目标的实现周期。而且,激励成本较高,对公司现金流形成一定的压力。

业绩股权激励模式只对公司的业绩目标进行考核,因此比较适合业绩稳定型的非上市公司及其集团公司、子公司。

4、虚拟股权计划: 虚拟股份是指公司现有股东授予被激励者一定数额的虚拟的股份,被激励者不需出资,享受公司价值的增长,利益的获得需要公司支付,不需要股权的退出机制,但是被激励者没有虚拟股票的表决权、转让权和继承权,只有分红权。被激励者离开公司将失去继续分享公司价值增长的权利;公司价值下降,被激励者将得不到收益;绩效考评结果不佳将影响到虚拟股份的授予和生效。

优点: 不是以增加股东为前提,因此不会对所有权产生稀释;无需激励对象出资购买,故而对授予对象成本压力较小。

这一模式比较适合现金流量比较充裕且比较稳定的非上市公司。

四、非上市公司股权激励方案需要注意的风险

1、股权稀释风险: 在以权益作为结算工具的情况下,不论是“股权”或是“期权”的授予,其结果必然使现股东的股权被稀释,现股东的控制权在一定程度上将会削弱。对于有上市打算的公司来讲,如果股权激励计划对大股东的股份稀释过大,有可能造成公司实际控制人发生变更,从而对公司的上市主体资格造成负面的影响。即使公司不打算上市,如果股权激励方案设计的不合理,也有可能致公司容易陷入“公司僵局”,使得公司股东无法做出有效的决议。

2、股权纠纷风险: 由于股权激励计划直接与公司经营状

况和员工绩效直接挂钩,而民营非上市企业财务很不规范,有的企业明明是盈利的,却在财务报表上显示为亏损,这就造成绩效考核的失真,从而引发公司与员工的矛盾。另外,员工取得公司股权以后,作为新股东,有可能与老股东在公司经营管理、发展战略上出现分歧,股东之间出现矛盾并导致纠纷的风险就大大提高。最重要的是,因员工离职等原因,导致公司需要回购股权激励的股份时,往往会面临非常大的困难。

3、股权激励方案不完善引发纠纷风险:在股权激励方案中,如果缺乏对各种触发机制的事先约定,比如对公司实际控制人变更、组织机构变化、员工职位变化、离职、退休、死亡、工伤等各种情况没有事先约定,导致不仅没有达到长期激励效果,还引发各种纠纷。

4、股权激励不规范的风险:很多企业为图方便,避免频繁变更企业工商登记资料,往往采取股权代持的方式。如果员工离职,再通过私下转让的方式解决股权回购的问题。另外,当股权激励对象数量较大时,为了维持公司的股东人数符合《公司法》及《证券法》的规定,公司高管或其他雇员集合资金注册新公司,由新公司向目标公司增加注册资本或受让公司股权。这种方式如果操作不当,就有可能涉嫌非法集资。

五、国有非上市公司股权激励的特殊规定

国有非上市公司在进行股权激励方案设计时,要符合国家有关部门颁布的部门规章。主要规章汇总如下:

1、国务院办公厅转发财政部、科技部关于国有高新技术企业开展股权激励试点工作指导意见的通知(国办发〔2002〕48号)。

2、财政部、科技部关于实施《关于国有高新技术企业开展股权激励试点工作的指导意见》有关问题的通知(财企〔508〕号 2002年11月18日)。

3、国务院国有资产监督管理委员会办公厅、科学技术部办公厅关于高新技术中央企业开展股权激励试点工作的通知(国资厅发分配〔2004〕23号)。

4、国务院国有资产监督管理委员会、财政部关于印发《企业国有产权向管理层转让暂行规定》的通知(国资发产权〔2005〕78号)。

5、国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业职工持股、投资的意见(国资发改革〔2008〕139号)。

6、国务院国有资产监督管理委员会关于实施《关于规范国有企业职工持股、投资的意见》有关问题的通知(国资发改革〔2009〕49号)。

六、北京市对于在中关村园区内的企业股权激励有专门规定

北京市工商行政管理局关于印发中关村国家自主创新示范区企业股权激励登记试行办法的通知(京工商发〔2010〕94号)。

上市前重组的税收问题



文成炜

从上市审核角度，证监会对于同业竞争一致采取“零容忍”的态度，对于关联交易，证监会也重点关注其必要性，并鼓励拟上市公司减少关联交易。因此，对于很多拟上市公司，在准备上市过程中的一件重要的事项就是将实际控制人控制的相关企业进行重组整合。实践中，采取不同的方式对所控制的企业实施重组，将产生不同的税负。

一、股东将持有的其他公司的股权对拟上市公司进行增资

此种方式下，股东以其持有的其他公司的股权作为出资，投入到拟上市公司，增加其持有的拟上市公司的股本，并将该公司变为拟上市公司的子公司。即“换股方式的重组”。在2009年1月国家工商行政管理总局颁布《股权出资登记管理办法》后，该方式得到普遍认可。

(一) 特殊性税务处理

根据《财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税〔2009〕59号，下称“59号《通知》”）的规定，若适用特殊性税务处理，必须满足以下条件：

1、重组被界定为59号《通知》中的股权收购，即一家企业（收购企业）购买另一家企业（被收购企业）的股权，以实现对被收购企业控制的交易。收购企业支付对价的形式包括股权支付、非股权支付或两者的组合。

2、具有合理的商业目的，且不以减少、免除或者推迟缴

纳税款为主要目的。

3、收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的75%，且收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%。

4、企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动。

5、取得股权支付的原主要股东，在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权。

满足上述条件的“换股方式的重组”，收购企业和被收购企业股东则均不必缴纳企业所得税。

（二）一般性税务处理

按照59号《通知》的规定，若不能达到上述条件，则重组过程中需要按照一般性税务处理规定执行。例如股东以持有的被收购企业40%的股权对拟上市公司进行增资，股权重组完成后，拟上市公司只能持有被收购企业40%的股权；亦或者本次增资过程中不仅仅是“换股方式的重组”，而是作为换股对价，拟上市公司支付的对价中现金部分的比例超过15%。此等情形下，造成增资行为不符合59号《通知》中的股权收购，则不能使用特殊税务处理，而仅能按照一般性税务处理：

1、被收购方应确认股权、资产转让所得或损失。

2、收购方取得股权或资产的计税基础应以公允价值为基础确定。

3、被收购企业的相关所得税事项原则上保持不变。

也就是说，按照《关于企业取得财产转让等所得企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告2010年第19号）规定，“企业取得财产（包括各类资产、股权、债权等）转让收入、债务重组收入、接受捐赠收入、无法偿付的应付款收入等，不论是以货币形式、还是非货币形式体现，除另有规定外，均应一次性计入确认收入的年度计算缴纳企业所得税。”被收购企业的股东因增资行为转让了股权，应当一次性确认收入并交纳企业所得税。

股权收购的方式相比较其他方式而言，被收购企业的资产不发生转移，仍在被收购企业名下，因此，不存在契税等税收负担的问题。

二、合并方式实施重组

《公司法》中对企业合并行为一致都有规定，因此，公司合并方式实施重组的案例非常多。由于母公司和欲注销的子公司均为公司法中独立法人资格的主体，而我国也未明文限制母公司不能对全资子公司实施吸收合并，因此，在公司欲注销其下属全资子公司时，为降低税收负担，往往不再采取直接注销的方式，而是吸收合并的方式进行。

（一）特殊性税务处理

59号《通知》中对于合并方式重组的特殊性也做了相应的规定，同样的，只有满足一定条件，才能适用特殊性税务处理：

1、重组被界定为59号《通知》中的合并，即“一家或多家企业（被合并企业）将其全部资产和负债转让给另一家现存或新设企业（合并企业），被合并企业股东换取合并企业的股权或非股权支付，实现两个或两个以上企业的依法合并。”该定义与《公司法》中的合并无实质性差异。

2、具有合理的商业目的，且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。

3、企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动。

4、企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%，以及同一控制下且不需要支付对价的企业合并。

5、企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权。

满足上述条件的合并，可以按照特殊性税务处理规定执行，即合并企业与被合并企业均不必缴纳企业所得税。

（二）一般性税务处理

由于非同一控制下企业合并有“捆绑上市，拼凑业绩”的嫌疑，因此，证监会对于非同一控制下的合并审核相当严格。根据保荐代表人培训中的精神，非同一控制下合并，如果是相同、相似产品或者同一产业链的上下游的企业，则资产、收入、利润三项指标：（1）任何一个超过100%，则需要运营36个月方可申报；（2）任何一个指标在50-100%之间，则需要运营24个月方可申报；（3）任何一个在20-50%之间，则需要运营1个会计年度方可申报；（4）均小于20%，申报上市方不受影响。

如果非同一控制下合并是非相关行业企业,则资产、收入、利润三项指标:(1)任何一个超过50%,则需要运营36个月方可申报;(2)任何一个在20-50%之间,则需要运营24个月方可申报;(3)均小于20%,则申报上市不受影响。

因此,通常情况下,拟上市公司为了争取上市时间,在上市前实施的合并都是同一控制下的合并。故适用一般税务处理的情况比较少见。按照59号《通知》的规定,一旦需要按照一般税务处理,则对于被合并企业而言,需要按照注销清算和公允价值销售进行所得税处理,税收负担较重。

(三) 其他税收优惠政策

由于企业合并中,被合并企业需要办理注销,因此,存在资产权属变更转移税收问题,为了减轻企业负担,国家税务总局先后出台了相关政策:

1、营业税

根据《关于纳税人资产重组有关营业税问题的公告》(国家税务总局2011年第51号),纳税人在资产重组过程中,通过合并、分立、出售、置换等方式,将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、债务和劳动力一并转让给其他单位和个人,不属于营业税征收范围,其中涉及的不动产、土地使用权转让,不征收营业税。

2、契税

根据财政部、国家税务总局《关于企业改制重组若干契税政策的通知》(财税〔2008〕175号),企业合并两个或两个以上的企业,依据法律规定、合同约定,合并改建为一个企业,且原投资主体存续的,对其合并后的企业承受原合并各方的土地、房屋权属,免征契税。

3、土地增值税

根据财政部、国家税务总局《关于土地增值税一些具体问题规定的通知》(财税字〔1995〕48号)规定,在企业兼并中,对被兼并企业将房地产转让到兼并企业中的,暂免征收土地增值税。

4、印花税

根据财政部、国家税务总局《关于企业改制过程中有关印花政策的通知》(财税〔2003〕183号),以合并或分立方式成立的新企业,其新启用的资金账簿记载的资金,凡原已贴花的部分可不再贴花,未贴花的部分和以后新增加的资金按

规定贴花。企业因改制签订的产权转移书据免于贴花。

可见,通过合并方式实施重组不会增加企业的税收负担,因此,该方式是大多数拟上市公司认可的一种重组方式。

三、公司将资产销售给拟上市公司后将公司注销

该种方式的重组非常少见,由于资产销售产生巨大的税收负担,特别是涉及土地增值税,由于近几年土地增值速度非常大,由于土地转移发生的土地增值税使得企业苦不堪言。因此,除非不得已,且涉及的资产价值较少,企业筹备上市过程中很少采取直接销售的方式实施重组。

例如,辉煌科技在招股说明书中披露,采用设立新公司,然后购入原有公司主要经营资产(包括存货、土地、房产、技术、商标等总价值仅为1,793.64万元)的方式的原因:

1、郑州辉煌完成的增资扩股存在瑕疵。该瑕疵形成了郑州辉煌整体变更设立股份有限公司并进行股票发行上市的实质性障碍。

2、股东们对于实现股票发行上市在认识上出现了分歧。

拟上市公司在准备上市过程中进行的相应重组情况在所难免,但公司设立的目的是为股东赚取利润,如果在准备上市过程中导致企业为此付出巨大的经济代价,则无疑影响了企业上市的积极性。选择适当的方式实施重组,降低企业改制重组的成本,对于企业经营来说十分必要,也是中介机构作出改制重组方案首要考虑的核心问题。

上市公司 分拆下属子公司境内外分拆上市思考



吴 卿

春节刚过，一则关于中石化将分拆旗下油服业务香港上市的消息就引起了各大媒体转载。尽管该消息由中石化专人以了澄清，但也使得曾经一度偃旗息鼓的分拆上市概念又引起了热议。

实际上，境内上市公司分拆所属企业在境内创业板上市的路径开通一事曾在2010年上半年引起热议，但自证监会于当年下半年的保代培训会上予以辟谣以来，至今仍未见到任何新的信号或者政策倾向。

那么，境内上市公司分拆下属子公司上市之路是否就无解了呢？笔者试图从境内上市公司分拆后到境内外上市的成功案例，对境内上市公司分拆子公司上市的可操作性及当前环境的限制性予以分析。

一、什么叫分拆上市

一般意义上的分拆上市，通常是指母公司将其部分业务或者某个子公司独立出来后将其单独上市。

分拆上市有广义及狭义之分。广义的分拆上市包括已上市公司或者尚未上市的集团公司将其部分业务从母公司独立出来单独上市，比如华润集团，旗下有多家不同领域的上市公司；狭义的分拆上市指的是已上市公司将其部分业务或者某个子公司独立出来，另行公开招股上市。比如联想集团及神州数码。据了解，联想集团于1994年在香港上市，2000年左右联想集团将其核心业务进行拆分，并将独立后的神州数码于2001年在香港上市。

本文所说的分拆上市，专指已上市公司分拆其业务或子公

司另行上市。子公司上市后,母公司仍占相对控股地位,按照持股比例享有被投资企业的净利润分成,即获取股权投资收益。

二、境内上市公司分拆创业板上市政策背景及限制

根据报道,早在2010年三四月份,包括上海证券报等在内的各大媒体纷纷指出,监管层在创业板发行监管业务情况沟通会上发出“明确允许”符合六大条件的上市公司可分拆到创业板上市的消息,引起业界人士热议,也使得不少企业抓住机会开始积极谋划分拆上市。

前述六大条件指的是,在被分拆的子公司符合创业板上市的门槛要求的前提下,上市公司如符合下列条件,可予以分拆上市:

- 1、上市公司公开募集资金未投向发行人(即,拟创业板上市的下属子公司)业务;
- 2、上市公司最近三年盈利,业务经营正常;
- 3、上市公司与发行人不存在同业竞争且出具未来不竞争承诺,上市公司及发行人的股东或实际控制人与发行人之间不存在严重关联交易;
- 4、发行人净利润占上市公司净利润不超过50%;
- 5、发行人净资产占上市公司净资产不超过30%;
- 6、上市公司及下属企业董、监、高及亲属持有发行人发行前股份不超过10%。

通过逐一分析该六大条件,我们发现,对于已经上市的主板公司来说,这并不是苛刻条件,尤其是三年盈利、发行人净利润、净资产等财务性的指标。可以相信,在该条件出台时,监管层是希望对与上市公司主营业务不同的子公司、对上市公司业绩贡献不大但又成长迅速的子公司,给予一个到创业板融资的特别平台的。

然而,到了下半年的保荐人培训会上,监管层多次澄清,部分媒体关于允许主板企业在创业板分拆上市的说法是不准确,其对分拆上市的口径也从“明确允许”转为“从严把握”与“不鼓励”。

三、分拆上市的可行性及成功案例

那么,境内上市公司分拆下属子公司上市之路是否就无

解了呢?

实际上,早在证监会出台《关于规范境内上市公司所属企业到境外上市有关问题的通知》(证监发[2004]67号)后不久,就有不少境内上市公司通过分拆方式在香港成功上市。境内A股市场在2010年当年也不乏有分拆成功的案例:在2010年4月,中兴通讯参股的国民技术在“政策鼓励”出台时立即通过了审批,2010年12月,康恩贝以牺牲控股权的方式分拆佐力药业也最终通过了首发申请。

(一) 分拆后H股上市成功案例

经笔者查阅,境内A股上市公司分拆后在香港联交所创业板成功上市的案例主要有:同仁堂、青鸟天桥、TCL集团(介绍上市方式,可忽略)、新疆天业、海王生物、华联控股等多家上市公司。其中具有代表性的主板上市公司分拆到香港创业板上市的案例,是2006年新疆天业(新疆天业股份有限公司,600075)进行分拆后,在香港创业板上市的天业节水(新疆天业节水灌溉股份有限公司,0840)。

根据公告披露的内容,天业节水是在原新疆石河子市绿洲节水灌溉有限公司基础上,于2003年12月18日以整体变更方式设立的股份有限公司,注册资本人民币31,712万元,主要从事高科技节水灌溉业务。分拆天业节水后,新疆天业将专注于氯碱化工核心业务及其下游产业链塑料新型建材产品的发展。

2005年4月,证监会作出《关于同意新疆天业结束灌溉股份有限公司发行境外上市外资股的批复》(证监会国合字[2005]11号),2006年2月,天业节水获批在联交所创业板上市。

据新疆天业介绍,作为国有控股A股上市公司,其若采取A股分拆H股在主板上市,需要获得证监会、国资委甚至A股股东等等的审批或审议,程序复杂,因此天业节水选择于2006年在香港联交所创业板上市,并希望有机会成熟后再由创业板转主板。本次上市,在境内仍然涉及到新疆兵团发改委、国家发改委、新疆兵团国资委、国务院国资委、新疆上市办、中国证监会等多家机构。

(二) 分拆后A股上市成功案例

境内上市公司分拆到A股创业板上市的成功案例较少,最

典型的是中兴通讯分拆国民技术，康恩贝分拆佐力药业。

1、国民技术(300077)

根据披露的信息，国民技术股份有限公司原名深圳市中兴集成电路设计有限责任公司，2000年设立时，中兴通讯股份有限公司持股60%。经过历次股权转让及增资后，截至2009年，中兴通讯仅持股26.67%，为第二大股东，从而使国民技术成为中兴通讯的参股公司。

2010年4月，经中国证券监督管理委员会证监许可[2010]432号文核准，国民技术在创业板上市，发行A股27,200,000股。

2、佐力药业(300181)

浙江佐力药业股份有限公司成立于2000年1月。2003年至2004年，浙江康恩贝制药股份有限公司(600572)受让股权，成为佐力药业控股股东。然而2007年上市筹备前，康恩贝将其股权直接或间接转让给自然人，从而使持股比例从57%降至26%。

纵观康恩贝及佐力药业披露的财务信息，佐力药业尽管仍属于康恩贝的子公司，但其在2007年脱离康恩贝的控股后，到2010年间，已经减少并终止关联交易，同时其财务数据也符合“发行人净利润不超过50%”，“净资产不超过30%”等“分拆上市”的条件。

最终，佐力药业于2011年2月上市。

四、分析及结论

(一) 境外分拆上市分析

从目前的案例来看，我们可以看到，境内上市公司分拆后到境外(香港)上市，并无政策性限制。因此，如果上市公司确实需要将其旗下子公司业务进行分拆，而其子公司的业务成长前景又好，又符合证监会《关于规范境内上市公司所属企业到境外上市有关问题的通知》等境内监管要求以及境外上市条件，那么分拆后到境外上市不失为一种值得一试的路径。

(二) 境内分拆上市分析

值得我们注意的是，尽管2010年下半年证监会已经澄清分拆上市的政策倾向，佐力药业仍然在2011年分拆上市，这也说明分拆上市并非是一种不可能的上市模式。

当然，我们更应该看到，在A股上市的案例中，分拆上市

的发行人并非是上市公司控股子公司，或者是原为控股子公司，逐渐通过股权转让、减资等方式变为上市公司的参股公司，从而一定程度上规避政策限制。

由于监管层对上市公司分拆后在境内上市的方式持保留态度，因此，在未等到证监会的分拆细则出台前，该种方式的操作性并不强。这也恰能解释，早在2010年5月就公布启动分拆上市的辽宁成大，其控股子公司成大生物在A股创业板分拆上市一事至今也未有进一步的进展的原因所在。

(三) 小结

鉴于任何一个监管层都不会愿意看到一部分人“搞垮一个上市公司，然后再拿一个公司来圈钱”的恶性循环，当前政策倾向于“对于拟分拆到创业板上市的公司，即使发行人不是上市公司控股，而是由上市公司实际控制人控制的，也需要从严把”，其持保留态度的出发点也存在合理性。

但是，笔者认为，有时候，疏导也许比围堵会更有效。政策的不支持可能会使一些与上市公司主营业务不相关但优质的下企业失去上市融资发展壮大的机会。从之前设置的六大条件及上市公司已有的案例来看，只要门槛、标准及条件设置得当，就可以大大减少甚至杜绝监管层所顾虑弊端。

一方面，从已经分拆并上市的公司来看，无论是境内还是境外，并没有实质性的材料或数据证实原上市公司“是被分拆搞垮”。

另一方面，不同业务的子公司从原上市公司中独立出来予以上市融资，首先这能够使子公司获得融资机会；其次，这能够调整母子公司之间的经营架构及业务规划；另外，这也能使原上市公司获得不菲的“投资收益”。此外，对于投资者来说，在上市公司旗下的子公司，尤其是控股子公司，其法人治理、信息披露、关联交易等方面，比起一般拟上市公司上，相对而言更显成熟、透明和规范。

总之，如何在分拆之益与分拆之弊中衡量取舍，这是一个考验资本市场成熟与智慧的问题。

商业性债转股的相关法律问题研究



周游

2011年11月23日,国家工商行政管理局制定并颁布了《公司债权转股权登记管理办法》,对各企业在实施债转股过程中的登记问题进行了明确。这是我国规范商业性债转股登记管理的第一部行政规章,也结束了境内公司在办理商业性债转股工商登记时无法可依的局面。

一、什么是债转股

(一) 债转股的定义

按照《公司债权转股权登记管理办法》(以下简称“《债转股登记办法》”),债权转股权即我们通常所称的债转股,是指债权人以其依法享有的对在中国境内设立的有限责任公司或者股份有限公司的债权,转为公司股权,增加公司注册资本的行为。也就是说,债转股实际上是债权物权化的一种形式。通常,我们将债转股区分为商业性债转股和政策性债转股。

为了盘活国有商业银行的不良资产,促进国企转换经营机制,建立现代企业制度,彻底扭转国有大中型企业亏损的不利局面,1999年4月至10月,经国务院批准,信达、东方、长城和华融4家金融资产管理公司相继成立,分别承担建行、中行、农行和工行所剥离的不良资产的收购、管理和处置。1997年7月30日,原国家经贸委、中国人民银行共同下发了《关于实施债权转股权若干问题的意见》,原则上同意信达等四家金融资产管理公司作为投资主体实行债权转股权。此类型的债

权转股权一般被称之为政策性债转股。

除政策性债转股外，其他公司制企业所实施的债权转股通常被称之为商业性债转股。由于政策性债转股具有其特定的主体、历史背景和审批条件，因此本文将主要针对商业性债转股加以论述。此外，可转换公司债券在广义上也被认为是债转股的一种形式，但由于相关法律法规对其发行、转换比例、转换价格等有着特殊和具体的规定，因此也不包含在本文所述的商业性债转股中。

（二）债权出资与债转股

“债转股”实际上是股东以债权出资的一种形式。从《公司法》理论的角度来说，只要符合“可以用货币估价并可以依法转让”的合法、有效的债权，均可以用于出资。但与其他财产权利不同（如物权），债权是一种期待请求权，债权能否最终实现是具有不确定性的——这种不确定性将导致公司的资本存在出资不实的可能。而以公司本身为债务人的债权出资，则可以最大限度地回避上述问题。由于我国现阶段还不具备完善的商业信用体系，因此在强调公司资本的确定、不变和维持原则的前提下，以第三方债权出资尚不具备普遍适用的可能性。

正是由于上述原因，包括《债转股登记办法》在内，我国现行的法律法规中还未就以第三方债权出资的相关问题作出明确规定。

二、债转股的法律背景

我国的《公司法》采用的是法定资本制。《公司法》对公司股东的出资形式、出资期限以及出资限额作出了明确的规定。

2005年10月《公司法》修订前，我国的《公司法》对公司股东的出资形式一直是采取列举的方式加以规定：“股东可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资”。前述规定的出资形式中并未包括债权的形式，也未采用类似“……土地使用权作价出资等”的表达方式。因此从严格意义上来说，在2005年10月《公司法》修订（2006年1月实施）前，债权并不是一种我国《公司法》所认可的出资

形式。

2005年10月《公司法》修订后，公司股东的出资形式有了很大的变化：“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外”。前述规定以一个富有弹性的抽象标准“可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产”取代了原来机械、固化的全面列举式的规定，实质性地扩大了股东出资的范围，同时也将符合条件的债权纳入了可用以出资的财产范围。但2005年10月《公司法》修订后，并未出台一部国家统一的法律法规对债转股的出资形式加以具体规定。同时，各地的工商行政管理部门对于是否可以采用债转股的出资形式也持不同的态度。

2009年起，重庆市、天津市、上海市、北京市以及浙江省等地方工商行政管理部门陆续出台了各自的有关“债转股”的登记管理规定。2011年11月23日，国家工商行政管理局制定并颁布了《公司债权转股权登记管理办法》，对各企业在实施债转股过程中的工商登记问题进行了明确，这也是我国规范商业性债转股登记管理的第一部行政规章。

三、上市公司的相关案例以及对用以出资的债权性质的认定

A股上市公司中也不乏商业性债转股的案例。经查询公开资料，目前已上市的A股公司中有广东鸿特精密技术股份有限公司、甘肃独一味生物制药股份有限公司、江苏双星彩塑新材料股份有限公司、安徽德力日用玻璃股份有限公司、山东宝莫生物化工股份有限公司等上市公司在其股权变动的过程中存在债转股的情况。

经查询上述公司的公开披露资料，上述公司在其历史上的债转股过程中均未履行评估程序，同时也未特别就“以债权出资未履行评估程序是否符合法律规定”作出详细解释。事实上，在《债转股登记办法》颁布前，对“用以债转股的债权是否需要经评估程序”的问题一直存在争议。例如，按照债权的形成方式不同，在《北京市工商行政管理局公司债权转股权登记管理试行办法》中就对债转股的程序作出了不同的

要求：以货币给付方式形成的债权转为股权的，无需经评估机构评估；以非货币给付方式形成的债权转为股权的，应当由具有评估资格的资产评估机构评估。

由于公司注册资本的衡量标准是货币，其他任何用于出资的非货币财产均应转换为这一标准，因此《公司法》规定：

“对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价”。换句话说，在讨论债权出资是否需要评估的问题时，也就是在讨论债权是应被界定为“非货币财产”还是“货币”。笔者认为，即使债权是以货币的给付为内容，在很多情况下（例如债务人面临破产），债权的价值仍要取决于债务人的偿还能力等多方面的因素。换句话说，债权不同于货币资产（货币资产的价值是确定的），债权的实际价值并不一定等于其账面价值。因此，债权理应被界定为非货币资产，在其作为出资时应按照《公司法》的规定进行评估。同时，《债转股登记办法》中要求所有用以债转股的债权均应履行评估手续的规定实际也认可了“债权应界定为非货币资产”的观点。

四、债转股债权的范围与基本法律程序

（一）债转股债权的范围

在《债转股登记办法》颁布前，各地方对可以债转股的债权范围有各种不同的规定。例如重庆市和天津市规定债转股的债权必须以货币给付为内容，而浙江省规定债转股的债权除可以是以货币给付为内容外，还可以是以实物给付为内容的合同之债。如上文所述，考虑到现实中债权产生原因和性质的复杂性，《债转股登记办法》最终选择了采用列举的方式规定以下三种债权可按照《债转股登记办法》转为股权：

（1）公司经营中债权人与公司之间产生的合同之债，债权人已经履行债权所对应的合同义务，且不违反法律、行政法规、国务院决定或者公司章程的禁止性规定；

（2）人民法院生效裁判确认的债权；

（3）公司破产重整或者和解期间，列入经人民法院批准的重整计划或者裁定认可的和解协议的债权。

（二）债转股应履行的程序

（1）签订债转股协议。各方应当就债转股的相关事宜签订债转股协议。

（2）评估。用以转为股权的债权，应当经依法设立的资产评估机构评估，债转股的作价出资金额不得高于该债权的评估值。

（3）取得必要的内部和外部的审批手续。由于债转股实际是公司的增资行为，因此应当按照《公司法》和公司章程的规定经股东（大）会审议通过。国有企业、外商投资企业等还应按照现行的法律、法规规定取得有权机关的批准。

（4）验资。债转股应当经依法设立的验资机构验资并出具验资证明。验资证明中应当载明债权的基本情况，债权的评估情况，债转股的完成情况和经批准的相关情况（如有）。

（5）办理工商变更登记。

五、与债转股有关的其他法律问题

（一）有关撤销权的行使

《合同法》第74条规定了债权人的撤销权：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为”。

债转股完成后，对债转股中的债权人享有债权的第三人（以下简称“第三人”）可否对债转股行为行使撤销权？对于该问题笔者认为：

（1）由于股权也是一种资产形式，因此债转股的债权人不能被认定为“存在放弃其到期债权或者无偿转让财产的情形”；

（2）如果债转股双方存在恶意串通的情形，并造成了对“第三人”的损害时（例如债转股债权人通过将其对关联公司的债权以明显过高的价格转为股权的方式逃避债务），按照《合同法》第74条的立法精神，“第三人”应仍享有撤销权。

（二）债转股过程中的所得税问题

根据《财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》的规定，发生债转股的，应当分

解为债务清偿和股权投资两项业务, 确认有关债务清偿所得或损失。对于符合上述通知中第五条规定的特殊性税务处理条件的, 对债务清偿和股权投资两项业务可暂不确认有关债务清偿所得或损失, 股权投资的计税基础以原债权的计税基础确定, 企业的其他相关所得税事项保持不变。

银行对外开具保函的法律性质浅论



茅麟

笔者近日参与了一起涉外借款担保合同纠纷案件，本案历经一审、二审及再审程序，已经H省高院做出再审判决。本案中，人民法院对于银行对外开具保函性质及法律效力的认定，引起了笔者的注意。

一、基本案情

1994年5月，LL公司与HY公司就购买客船联合经营业务签订《合作协议》，协议约定：LL公司提供够穿计划指标、提供客船运行航线、向银行提出贷款申请和厨具银行所要求的贷款文件；HY公司提供豪华客船、负责安排对银行贷款的担保、持LL公司提供的贷款文件筹措购船资金。双方另就关税承担和利润分配等进行了约定。

1994年7月，AX公司向ZH银行出具“不可撤销的反担保函”，内容为“鉴于LL公司（简称被担保人）就购买豪华客船向贵行申请出具金额为USD 4,500,000元期限为六年的不可撤销担保函，应被担保人要求，本反担保人兹向你行开立此不可撤销的人民币反担保函，担保责任如下：1、本反担保函为无条件的不可撤销的担保函，担保金额为USD 450,000元及利息和费用之等值人民币金额，实际担保金额以你行付款日当日牌价计算之实际金额为准；2、反担保人保证在接到你行书面通知七日内代为偿还被担保人在你行保函项下未能偿还的全部或部分到期应付金额、利息、费用；……本反担保人对你行提出的索偿通知不以任何理由拒付，并放弃一切抗辩和追索的权利；……5、反担保人同意你行根据被担保人的申请直接开立和修改保函；6、本反担保函自签发之日生效，至你行保函失

效之日三十天后失效。”

1994年9月, LL公司、HY公司及香港HX公司签订一份《补充协议》, 协议约定: “原《合作协议》中, HY公司与LL公司合作的一切事宜均改由香港HX进行, 一切权利均转为HX公司拥有。”

同日, LL公司向ZH银行出具《开立保函申请书》, 主要内容为: “申请银行开立以香港GH银行为受益人、金额为450万美元并加计相应利息的不可撤销、不可转让的担保函, 保函失效日为2000年12月31日。我公司做如下保证和声明: ……3、无论对外担保的还款到期日提前或延期, 或由于商务方面的任何纠纷导致保函受益人索赔, 或发生影响还款的任何其他时间, 我公司都保证履行和承担对外或对贵行的还款义务; ……6、对贵行在担保期间提出要我公司对外还款的要求, 放弃一切抗辩的权利; ……9、我公司同意贵行按国际惯例和有关法规及贵行内部有关规定办理该保函项下的一切事宜, 并承担由此产生的一切责任。”

1994年9月, 香港HX公司与加拿大X公司签订《客船购买协议》, 因此向香港GH银行申请开立金额为USD 4,500,000元的L/C信用证。

1994年11月, ZH银行向香港GH银行开立《不可撤销的担保函》, 内容为: “鉴于香港HX公司与加拿大X公司签署《客船购买协议》, 我行在此开立以你方为受益人的无条件、不可撤销担保函。我方保证支付你方应买方申请为够穿开立的或将开立的信用证项下的应付款项及/或为支付相关信用证项下应付款项提供贷款或任何融资。本担保函担保金额为USD 4,500,000, 另加利息及逾期利息……”

香港HX公司自香港GH银行取得450万美元贷款够穿后, 只偿还了部分款项。1999年3月, 香港GH银行致函ZH银行: “借款人HX公司欠款已逾一年, 请贵行按照保函条款对我行进行赔付, 以偿还借款人拖欠的款项。”1999年7月, ZH银行依保函约定, 向香港GH银行赔付USD 3,449,000元。

另查, ZH银行向香港GH银行开立保函时, 未经国家外汇管理局审批。1999年10月, 国家外管局H省分局对此作出批复: “你行于1994年为HX公司出具的, 以香港GH银行为受益人的融资保函, 由于HX公司不能按期还款, 致使受益人提出索赔。经审查, 现同意你行履行担保责任, 对外履约剩余借款本金合计美元3449000元,”

1999年11月, ZH银行向LL公司提出索赔, 要求LL公司承担付款责任。1999年12月, ZH银行向AX公司发出《关于履行反担保责任的通知》, 要求AX公司承担付款责任。因LL公司无及AX公司拒不承担责任, 故ZH银行向人民法院提起诉讼。

二、判决结果

(一) 一审及二审判决

一审法院认为: ZH银行为香港HX公司借款而向香港GH银行出具保函的行为发生在1994年, 根据当时的《境内机构对外提供外汇担保管理办法》的规定, 应经国家外汇管理局审批, 国家外管局H省分局不是有权审批机关。因此, 根据《担保法》解释的规定, 未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的, 对外担保无效。

本案中, 香港HX公司与香港GH银行之间的借款合同为主合同, ZH银行与GH银行之间的担保合同是从合同。从LL公司在《开立保函申请书》的内容来看, LL公司与ZH银行之间属反担保关系, 是从合同的从合同。根据《担保法》的规定, “主合同无效, 担保合同无效, 但另有约定的除外”。因LL公司在《开立保函申请书》承诺“在任何情况下都愿意承担对ZH银行的还款义务”, 故ZH银行与GH银行香港分行之间的担保合同无效, 并不导致LL公司与ZH银行之间的反担保关系无效, LL公司应当对ZH银行承担还款责任。

至于AX公司与是否应承担反担保责任, 一审法院认为: AX公司的《不可撤销的反担保函》的被担保人为LL公司, 而在ZH银行向GH银行开立的保函中, 被担保人变更为HX公司, 与AX公司的担保意思不一致。根据《担保法》“债权人与债务人协议变更主合同的, 应当取得保证人书面同意, 未经保证人书面同意的, 保证人不再承担保证责任”的规定, AX公司不再承担保证责任。一审法院还认为: 无论ZH银行的对外担保行为是否有效, 均与AX公司没有任何关系, 因为AX出具的反担保合同作为担保合同的从合同, 其所拟义务承担反担保责任的主合同(即被担保人为LL公司的对外担保合同)根本不存在。

ZH银行上诉后, 二审维持原判。

(二) 再审判决

ZH银行再审提出：本案纠纷中存在二个方面的法律关系。1、HX公司向GH银行借款、ZH银行承担保证责任，这是借款担保关系；2、ZH银行向GF银行开立保函是应LL公司的申请，AX公司为此提供担保。ZH银行向GH银行进行赔付后，成为债权人，LL公司基于《开立保函申请书》的承诺成为债务人，AX信托是上述债务的担保人。在第2个法律关系中，债务人（被担保人）始终是LL公司，并不存在被担保人变更的情况。

再审法院审理后认为：ZH银行的对外担保行为中，被担保人是HX公司而非LL公司，而AX公司向ZH银行出具的反担保合同是应LL公司的要求，被担保人是LL公司；AX公司没有为HX公司提供担保，维持原判。

三、对于本案的分析

笔者认为，本案的焦点问题有二：一为如何理解本案中所谓的“担保及反担保关系”；二是本案中的被担保人是否存在变更。遗憾的是，一审、二审及再审法院对此均未能做出正确认定，浅述如下：

（一）处理本案的法律依据

本案的担保行为发生于1994年，而我国《担保法》于1995年10月1日起实施，根据《担保法解释》第一百三十三条“担保法施行以前发生的担保行为，适用担保行为发生时的法律、法规和有关司法解释”、“担保法施行以后因担保行为发生的纠纷案件，在本解释公布施行后尚在一审或二审阶段的，适用担保法和本解释”的规定，处理本案除适用我国《担保法》及《担保法解释》之外，还应当考虑适用《民法通则》及解释、《经济合同法》及《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》（下称《保证纠纷若干问题规定》）等法律法规的规定。

（二）LL公司申请ZH银行开立保函的法律性质

保函，是银行应申请人的请求，向受益人开立的一种书面信用担保凭证，保证在申请人未能按双方协议履行其责任或义务时，由担保人代其履行一定金额、一定时限范围内的某种支付或经济赔偿责任。

本案中，LL公司向ZH银行出具《开立保函申请书》，申请

ZH银行开立以GH银行为受益人的不可撤销担保函。根据《开立保函申请书》的内容，LL公司申请ZH银行开立担保函，并同意承担相应的还款责任，ZH银行予以认可并实际履行了开立担保函的义务。

笔者认为：LL公司与ZH银行之间的法律关系并非担保或反担保法律关系，而是基于《开立保函申请书》的内容而产生的委托（担保）合同关系，LL公司的委托内容即为“代为出具《担保函》”。由于LL公司的信用问题，其自己出具的保函显然无法为GH银行所接受。因此，其付费委托ZH银行出具相应的保函，由银行以自身的信用优势开立保函，以确保商事活动能够更高效、经济的开展。这也是银行依法开展保函业务的初衷与目的。

根据《民法通则》的相关规定，“被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任”，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失”。而LL公司也据此在《开立保函申请书》承诺“我公司同意贵行按国际惯例和有关法规及贵行内部有关规定办理该保函项下的一切事宜，并承担由此产生的一切责任。”因此，ZH银行因履行该委托（担保）合同而遭到GH银行的索赔，相应的责任应当由委托人LL公司承担。

（三）ZH银行开立以GH银行为受益人，以HX公司为被保证人的保函，并非单方变更被担保人的行为

1、HX公司成为保函的被担保人，属于被担保权利的转移，并非被担保人义务之转移

从民事权利、义务及法律关系的角度而言，当事人之间权利义务的设定，通常产生于法律规定或合同约定。基于权利与义务的可分性，合同当事人可以将自己的权利让渡给第三人，却由自己履行相对应之义务。

本具体到案中，LL公司作为保函开立申请人，将该保函的被担保之受益权利让渡给了其合作对象HX公司，而由其自己履行相应偿付义务，并且这完全符合民事权利、义务设定的基本原理，也不违法相应法律法规的规定。在实践中，保函的申请人和受益人并不一致的情况也并不罕见。

2、LL公司自始至终均表示自己承担还款责任

1994年9月，LL公司向ZH银行出具《开立保函申请书》中

明确提到“……3、不论出现下列哪种情况，我公司都保证履行和承担对外或对贵行的还款义务……9、我公司同意贵行按国际惯例和有关法规及贵行内部有关规定办理该保函项下的一切事宜，并承担由此产生的一切责任”；

1994年10月，LL公司致函ZH银行：“请按附件一格式开出保证HX公司代我公司购买客轮付款的担保书，其担保的条件我方均与接受，并承担全部责任。”

从上述事实可以看出，LL公司自始至终一直向ZH银行表示申请开立保函的还款责任由自己承担，完全没有债务转让的意思表示。ZH银行依照LL公司的指示开出保函，应视为LL公司对其委托担保合同中的合同权利（即被担保权）的自由处分，LL公司的合同义务并不因合同权利的转让而一并转让，其仍应承担相应的偿付义务。

3、《保证纠纷若干问题规定》第14条规定并不适用于本案的情形

《保证纠纷若干问题规定》第14条规定：“被保证人经债权人同意在保证责任期限内，将债务转移给他人，未经保证人同意的，保证人不再承担保证责任，但保证人追认除外”。

结合《保证纠纷若干问题规定》第12条的规定来看，该规定的立法用意非常明显：即为了保护保证人的责任在保证人不知情的情况下被单方扩大。如上所述，本案中，债务人一直为LL公司，并无任何债务转移行为发生，担保人AX公司的保证责任也没有任何变化。因此，《保证纠纷若干问题规定》第14条规定并不适用于本案的情形。原判决认定“LL公司和ZH银行未经AX公司同意，将担保的主合同内容LL公司购船变更为香港HX公司，而AX公司并没有为香港HX公司提供担保……”是不正确的。

（四）AX公司向ZH银行出具的《不可撤销的反担保函》，是基于LL公司与ZH银行之间委托担保关系而提供的担保行为

如前所述，ZH银行向GH银行开立担保函，是基于LL公司与ZH银行之间的委托担保合同关系。而AX公司也正是据此向ZH银行出具了《不可撤销的反担保函》，对LL公司的付款义务提供了保证担保。ZH银行依照LL公司的指示，开立以GH银行为受益人、HX公司为被担保人的保函行为，是依约履行上述“委托担保合同”的行为，并非是对“委托担保合同”

的变更或者修改。尽管该份对外保函因违反了我国相关对外担保的程序性规定而有所瑕疵，但这并不能影响“委托担保合同”的效力。并且，“委托担保合同”的目的已经达到，通过ZH银行出具的保函，HX公司已经顺利的申请开立了信用证，购买了相应的客船。

在此法律关系中，LL公司与ZH银行之间的“委托担保合同”是主合同，AX公司出具的保函是从合同，担保关系合法有效。AX公司出具的担保函虽名为“反担保”，实则为担保。

（五）关于AX公司的担保责任认定问题

在本案中，ZH银行主动向GH银行偿付了全部欠款。但是，ZH银行向GH银行开立的保函未经国家外管局审批，该保证违反了我国的强制性规定，根据我国的法律规定应当认定为无效合同，GH银行对此存在明显过错。那么，AX公司到底是否应当向ZH银行承担担保责任？应当承担多大的责任？笔者认为：正确认定AX公司的担保责任范围，前提是要明确ZH银行应当承担的责任范围，宜从以下几个方面进行综合考虑：

1、ZH银行对外担保的效力

如上所述，ZH银行向GH银行开立的保函未经国家外管局审批，该保证违反了我国的强制性规定，根据我国的法律规定应当认定为无效合同。但是，该保证行为发生在香港，且主合同（即HX公司与GH银行之间的借款合同）的当事人均为香港公司。如果适用香港或第三国法律，该保证行为是否一定会导致无效？

由于无从得知上述合同的冲突规范约定，笔者也并不了解香港的法律规定，因此对此问题无法进一步展开讨论。值得注意的是，国际法上有“直接适用的法”的观点——所谓“直接适用的法”，是指国家制订了一系列强有力的法律规范用以调整部分特殊的涉外法律关系，这些具有强制力的法律规范，可以排除传统冲突规范的援引，直接被适用于涉外民事关系。

由于目前我国的立法中对“直接适用的法”问题并未做出明文规定，出于简化讨论的目的，我们暂且将我国的规定作为处理本案的准据法，认定ZH银行的对外担保无效。

2、ZH银行的对外担保无效后应承担的责任

《担保法》第五条第二款的规定：“担保合同被确认无效

后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”《担保法解释》第七条规定:“主合同有效而担保合同无效,债权人无过错的,担保人与债务人对主合同债权人的经济损失,承担连带赔偿责任;债权人、担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”此时,对于ZH银行的责任承担分为以下两种情况:

(1) 如果GH银行在主合同中约定适用香港法律或第三国法律,则应认定GH银行对担保合同的无效不存在过错。此时按照《担保法解释》第七条第一款的规定,ZH银行对GH银行的损失承担完全的赔偿责任;

(2) 如果GH银行在主合同中约定适用中国法律,则应认定GH银行对担保合同的无效存在过错。此时按照《担保法解释》第七条第二款的规定,ZH银行对GH银行的损失,承担不超过HX公司不能清偿部分的二分之一的赔偿责任。

3、关于AX公司的担保责任

首先,如上所述,ZH银行依LL公司申请向GH公司开立相应保函后,无论该保函是否有效,均需要承担相应的责任。而影响ZH银行责任大小的关键,也不在于ZH银行是否存在过错,而在于该保函的受益方GH银行是否对此存在过错。因此,ZH银行在本案中是否存在过错对于ZH银行的责任并无影响,不能作为AX公司的免责理由。

其次,从本案相关合同签订的目的来看,全部合同的目的均已经达到——通过ZH银行出具的保函,HX公司已经顺利的从GH银行申请开立了信用证,购买了相应的客船;ZH银行履行了担保责任,向GH银行承担了付款责任。从善意履行合同的角度,AX公司应当依照《不可撤销的反担保函》的约定承担担保责任。

再次,LL公司应对ZH银行的损失承担赔偿责任。而AX公司在向ZH银行出具的《不可撤销的反担保函》中也承诺:

“1反担保人保证在接到你行书面通知七日内代为偿还被担保人在你行保函项下未能偿还的全部或部分到期应付金额、利息、费用;……本反担保人对你航提出的索偿通知不以任何理由拒付,并放弃一切抗辩和追索的权利……”可见,AX公司的担保责任等同于被担保人LLC公司的付款责任,应对ZH银行的全部损失承担担保责任。

因笔者水平有限,文中观点难免出现偏颇、错漏之处,特

抛砖引玉,请各位同行指正。

政府采购程序下的BT项目 是否需要提供担保



王霁虹



谢 颐

在基础设施特许经营领域立法缺失和滞后的情况下,为了给需要进行的BT (built-transfer) 特许经营融资项目寻找一个有效的法律依据,有的地方政府参照政府采购法适用政府采购程序来选择BT投资人,进而得出采用政府采购程序无须要求政府方面提供回购担保的结论。然而, BT项目是否完全适用政府采购法? 将BT项目纳入政府采购范围是否即意味着投资者的投资得到了有效保障? 笔者从如下方面对政府采购和BT项目进行比较,以求教于同仁。

一、BT项目应不属于政府采购法调整的范围

(一) 严格来说, BT项目不属于政府采购的“建设工程”范围

与政府采购法中所指的一般的建设工程项目不同, BT项目超越了单纯的建筑施工领域, 其将投融资与施工建设相结合, 属于一种基础设施的投融资建设模式。而政府采购法对采购对象中建设工程范围的界定仅局限于项目的建设, 而不包涵建筑工程的投融资行为, 因此, 严格来讲BT项目并不属于政府采购所指的建设工程。

(二) 政府采购项目与BT项目的采购价格不同

通常意义下政府采购建设工程项目, 只按造价向承包商支付采购价款, 而BT项目属于投资类项目, 投资人不仅承担建筑施工风险, 还需承担较高的融资风险, 因此, 投资人在造价之外还应获得较高的投资回报。而政府采购项目一般不会考虑投资人的投资利润回报, 因此在采购价格上政府采购项

目与BT项目不同。

（三）政府采购预算要求与BT项目的回购期限不符

根据相关法律规定，政府采购应当严格按照批准的预算执行，采购预算是采购文件的重要组成部分。我国各级政府的预算按预算年度编制，负有编制部门预算职责的部门在编制下一财政年度部门预算时，应当将该财政年度本部门政府采购的项目及资金预算列出，报本级财政部门汇总，最后由政府报经同级人大审查、批准后才能生效并执行。

但是，BT项目的建设及回购期通常会跨越三至五个年度，如果要求BT项目完全按照政府采购模式运作，就意味着预算审批机关需要在当前年度对今后三至五年甚至更长年度的预算预先做出批复，这无疑与预算法的现行规定产生了冲突。

可见，BT项目与政府采购项目虽在资金来源方面存在一定的相似性，但是由于BT项目属于一种新兴的基础设施投融资模式，政府采购法在立法时并没有将其考虑在内。

二、即使将BT项目纳入政府采购范围，也不能保证回购款支付完全没有风险

（一）政府采购法并未提供更充足的支付保障

根据政府采购法的相关规定，纳入政府采购范围的项目，需要提前制定政府采购的预算，除此以外，政府采购法并未对采购资金的足额到位提出更多强制性的要求与保障措施。可以说，对于供应商而言，政府采购项目和BT项目一样，更多的是依靠政府信用作为项目的保证。

而在实践中，未纳入政府采购体系的BT项目，政府根据投资人要求将回购款的支付纳入政府财政预算并提交相应人大批复，也已经是一项通行做法，在此方面，政府采购并未显示出更多的优势。

（二）政府采购法并未对采购人支付采购款的义务做出强制性规定

虽然我国预算法中规定各级政府财政部门必须依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定，及时、足额地拨付预算支出资金，但对于政府未按照预算足额拨付预算资金的行

为，并未明确其法律后果，因此，在政府一方出现逾期支付回购款的违约行为时，作为供应商仍只能依据政府采购合同追究其违约责任，维护自身合法权益。

（三）政府采购法并未禁止为供应商提供担保

我国政府采购的相关法律法规，并未禁止为政府采购项目提供担保。在政府采购合同的缔结过程中，双方是平等的民事主体，双方当事人可以自愿、平等地缔结合同条款，设置合同条件。特别是对于BT项目的投资人而言，动辄上亿的投资，使投资人面临的投资风险相比较于一般的政府采购项目更加巨大。因此，投资人为了确保按时获得回购款，依法可以要求政府就回购款的支付提供相应担保。

综上所述，鉴于BT项目的回购期较长，且目前对回购款的落实尚缺少明确的法律保障，在各地政府纷纷尝试发行还债资金与BT项目回购款来源相同的地方政府债的情况下，地方政府的回购能力进一步受到挑战和质疑。笔者认为，即使采用政府采购程序选择BT项目投资主体，投资人从有效保护其投资成本和投资回报的角度出发，要求政府方面就回购款的支付提供必要的担保与保障措施，仍然十分必要。

《物权法》关于 留置权规定对动产抵押的影响



马婧

一、《物权法》对留置权适用范围的扩大

我国对留置权的规定有一个发展过程。在《物权法》颁布前,《担保法》第八十四条第一款对留置权的适用范围的规定是限制性的:“因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权,债务人不履行债务的,债权人有权留置。”该条第二款规定:“法律规定可以留置的其他合同,适用前款规定。”我国《海商法》中有关于船舶留置权和货物留置权的规定。

根据《担保法》及其他相关规定,首先,留置权的产生是基于合同之债,并且债权人只能在法律规定的特定少数几类合同项下才能享有留置权。其次,留置物必须与债权具有同一法律关系。《担保法》及《海商法》所规定适用留置权的几种特定合同具有共同特点,即合同的履行使留置物价值保存或增加,没有债权人的劳动或服务或为留置物提供、增附材料,留置物的价值就会减少。如在修理合同中,修理行为使得修理物价值增值,修理费债权与修理物具有同一法律关系,修理物是修理合同的标的物。如果银行向修理厂提供贷款,银行的债权与修理物就不具有同一法律关系。为更明确留置物与担保债权的关系,《担保法》司法解释第一百零九条规定:“债权人的债权已届清偿期,债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系,债权人可以留置其所占有的动产。”

《物权法》突破了留置权的适用范围,该法第二百三十条规定:“债务人不履行到期债务,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产,并有权就该动产优先受偿。”第二百三十一条规定:“债权人留置的动产,应当与债权属于同一法律关系,但企业之间留置的除外。”

《物权法》的上述规定，废除了企业之间留置权发生时债权与留置物之间属于同一法律关系的要求，不再限定留置权适用的合同类型，留置权适用于一切债权人合法占有留置物的场合。再以银行向修理厂提供贷款所产生的债权为例，根据《物权法》对于留置权的规定，只要银行合法占有了修理厂的动产，就可以留置该动产并以留置物优先受偿已到期债权。

二、《物权法》关于留置权规定对动产抵押效力的影响

《物权法》放宽了对留置权的限制，方便了债权人以留置方式实现债权，但另一方面却使留置物上已存在的抵押权面临落空的风险。

在动产上出现几种担保物权竞合时，留置权优先原则是我国立法所一贯坚持的。《担保法》司法解释第七十九条第二款规定：“同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。”《物权法》第二百三十九条规定：“同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。”

历来学者在解释留置权优先原则时，通常认为如此立法是基于法理及实践两方面的考虑。首先从法理方面而言，留置权是法定担保物权，优先于意定担保物权。留置权法定，是因为立法者认为留置权的产生，与保存或增加动产的价值有关，动产上凝结了留置权人的劳动或服务，如果先于留置权实现抵押权，会导致留置权人凝结在动产上的价值被用于实现与自己无关的债权，留置权人没有为动产提供增值服务的动力，而动产价值的贬损，也不利于抵押权人权利的实现，因此从公共政策导向出发，由法律直接规定在某些情况下，债权人可以行使留置权；其次从实践的角度，留置物在留置权人控制之下，留置权人较其他担保权利人可以更主动地实现担保物权。

由于《物权法》对留置权适用范围扩大及不再要求留置物与债权的牵连关系，留置权的产生已不一定与保存或增加动产价值相关。本人认为，在此情况下，留置权优先的公共政策导向基础已发生变化，仍坚持毫无区别地规定留置权优先，则会产生以损害其他担保物权人的利益来优先保障留置权人的利益，这一政策导向并不公平。抵押权人即使完成抵押登记这一权利公示程序，仍无法得到风险控制预期效力，下面的案例可以说明这一问题。

三、案例

企业A以机器设备为抵押物向银行融资一百万元，双方办理了抵押登记。后企业A将机器设备出租给另一企业B经营，企业B合法占有企业A的机器设备。企业A与企业B除租赁关系外还存在买卖关系，企业A欠企业B货款，企业B根据《物权法》关于留置权的规定，对企业A的机器设备行使留置权，以保全其货款债权。在此情形下，银行的抵押债权排在留置权之后，银行面临债权落空风险。

在《物权法》颁布之前，根据当时法律对留置权的规定，企业B基于租赁合同和买卖合同是无法将企业A的机器设备留置的，银行的抵押担保没有风险。但是根据《物权法》的规定，企业B只要合法占有企业A的机器设备，有对企业A的到期债权，企业B即可以对机器设备行使留置权，并且该留置权还优先于银行的抵押权。比较银行和企业B，同为企业A的债权人，法律赋予的权利保护是失衡的，动产抵押事实上已处于效力不稳定状态。

除机器设备外，可以既作为抵押物又可以作为留置物的其它动产，如原材料、半成品、产成品，由于更多地成为经济交易往来中的标的物，在被抵押后又被留置的可能性更大，使得这类动产更不宜用来作为抵押担保。

四、化解风险的办法

从上述分析可知，动产抵押风险客观存在，在立法和司法部门对《物权法》留置权没有作出解释和完善之前，需要提高对动产抵押风险的认识，并采取一定的化解风险措施。

《物权法》第二百三十六条规定：“法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。”有人主张根据该条规定，银行可以与企业约定不得将抵押物留置，以化解动产抵押权被留置权优先受偿的风险。

本人认为《物权法》第二百三十六条的规定，无法解决本文所分析的动产抵押所面临的风险问题。首先根据合同相对性原则，银行与企业的约定只在银行与企业之间有效，不涉及企业的债权人。第二，留置权的产生是单方行为，而不是合意，即只要留置权人合法占有留置物，并且对企业有到期债权，留置权人就可以依法行使留置权，无须债务人同意。因此银行与企业排除留置权的协议，不能阻止企业债权人行使留置权。《物权法》第二百三十六条的规定，适用于发生在在不涉

及第三人的债权人与债务人协议排除留置权的情形,如货运人与货主约定,在货主欠货运费的情况下,货运人不得留置货物。

本人认为,金融机构化解动产抵押风险的办法之一,是用动产质押代替动产抵押。由于质权自出质人交付质押物时设立,质押权人占有质押物,可以控制质押物不被出质人的债权人占有,质权人的债权是可以得到有效保全的。但动产质押影响出质人对质押物的充分利用,也提高了质押权人(或受托管理人)对质押物管理水平的要求,增加了融资成本。

从一起外墙广告位排除妨碍纠纷 谈建筑物共有部分的所有权和使用权



韩俊



张翔

一、引言

随着城市的不断更新与发展，城市的高层建筑不断拔地而起，成为一道道亮丽的风景线，而在这些建筑外墙上各式各样显著而巨幅的广告牌，则是这一道道风景线上美丽的装饰品，吸引着无数人的眼球，也为广告商带来了巨大的商机！

实践中，房地产开发商一般都会在房地产买卖合同中与业主约定：建筑物的外墙面及电梯等共用部分所有权或使用权归开发商所有，开发商拥有外墙广告设立、监管及收益的权益。之后，开发商及物业公司就依据该合同规定及双方约定将建筑外墙的广告位无偿或有偿的提供给某些投资者使用从而获取利益，这种做法非常普遍，也产生了很多的争议和纠纷。

开发商的这种约定是否有效？外墙面等共有部分所有权到底归谁？外墙面等共有部分广告位的使用权又归谁？若开发商同意部分业主有偿或无偿使用外墙面等共有部分，是否侵犯了其他业主的利益？业主可以通过何种方式维护自身的合法权益？开发商及使用外墙面等共有部分广告位的业主该承担违约责任还是侵权责任？物业公司该承担什么责任？未经业主大会或业主委员会授权，单个业主是否可以向法院起诉？

接下来，本人将就一起外墙广告位排除妨碍纠纷案与读者一同来探讨上述问题。

二、案情概述

本案系本律师代理的由深圳市某人民法院审理的一起真实案例。

2009年4月至5月间,刘某等三名业主先后与深圳某知名房地产开发有限公司签订了《房地产买卖合同》,分别购买了由该开发商开发的位于深圳繁华区某大厦的商铺,并分别出租给了三个商户用以经营餐饮;深圳某知名饭店发展有限公司也购买了该大厦最大面积的一处商铺用于经营餐饮,成为该大厦最大的业主;此外,还有两名商户从其他业主手中承租了该大厦的另外两处商铺,同样用于经营餐饮。

在各业主与开发商签订的《<深圳市房地产买卖合同>补充协议》约定:大厦外墙面使用权属于开发商,开发商拥有外墙广告的设置、监管及收益的权利。

该大厦物业由开发商下属深圳某物业管理有限公司进行物业管理,各业主与物业公司签订了《业主公约》、《商铺管理协议》等法律文件,约定各业主不得擅自占用公共场所及公共设施、设备,装置或搭建任何形式的物体或结构,包括但不限于招牌、告示、通知、广告等。

另,该大厦在案发时尚未成立业主委员会,也未召开过业主大会。

2009年6月,刘某等三人发现开发商及物业公司未经全体业主同意,擅自同意最大业主该知名饭店有限公司及其他两个承租商户在商铺所在大厦的外墙、门厅、电梯等共有部位设置了大量户外广告和室内招牌用于招徕顾客,由于广告牌位置显著,吸引了大量顾客流向这些商户经营的餐厅,而同为餐饮经营者的刘某等三名业主的承租商户,则因为缺少广告宣传而顾客大减,造成了极大的经济损失。于是刘某等三人与开发商、物业公司协商,希望能悬挂自己承租户餐厅广告或拆除其余商户设置的广告,却遭到了开发商、物业公司的拒绝。在多次与协商未果后,刘某等三业主将开发商、物业公司、最大业主及其他两个承租户起诉至法院。

三、诉讼及审理过程

2010年4月,刘某等三业主经多方咨询共同委托律师提起共同诉讼,将上述五被告起诉至深圳市某人民法院,法院最终受理了此案,受案案由为排除妨碍纠纷。

刘某等三业主的主要诉讼请求为:

- 1、要求被告停止对共有部分的侵权使用行为,并予以恢复原状;
- 2、要求各被告连带赔偿经济损失;

3、被告将共用部分用于广告位出租、经营等收益及使用费补充至大厦的专项维修基金。

开发商及物业公司答辩认为:

1、房地产买卖合同明确约定外墙广告的使用权、收益权、监管权是开发商予以保留的,与业主无关;

2、开发商及物业公司并未向其余三被告收取任何费用,所以没有侵犯其他业主利益;

3、广告位的设立是由城管部门审批的,责任方在城管部门;

4、涉案业主、商户物业面积大小不同,对共有面积享有的权益大小也不同,开发商对广告位的安排是从整体的、大多数业主的利益出发,尽可能提升物业形象,主要由最大业主使用,并不损害其他业主的利益;

5、单个业主不应通过诉讼维权,应当等待业主委员会成立后重新再确定;

6、原告主张赔偿经济损失无法律依据和证据支持。

三广告位使用被告答辩认为:

1、被告也是业主,有权使用共有部分;

2、被告使用广告位也是合理利用共有部分;

2、被告广告位的设置已经得到城管部门的行政审批。

2011年4月,法院作出判决如下:

1、开发商、物业公司及三广告位使用被告应于判决生效之日起十五日内将大厦外墙面、电梯轿厢等业主共有部分的广告招牌、标识拆除,恢复原状;

2、驳回原告的其他诉讼请求;

3、案件受理费由物业公司负担。

四、案件焦点、法院认定及判决分析

本案争议焦点有以下几个:

(一) 建筑物外墙、电梯等共有部分所有权归属归谁?

(二) 三业主能否以各自名义直接就共有部分的侵占行为提起诉讼,即各业主是否独自享有诉权?

(三) 本案系侵权之诉,还是违约之诉?如何选择适用?

(四) 擅自侵占、使用外墙、电梯等共有部分的法律后果和责任?

(五) 擅自侵占、使用共有部分的经济损失能否主张?

(六)擅自侵占、使用共有部分的经营性收益应归谁?是归业主个人?还是应补充至物业专项维修基金?

具体分析:

(一)关于外墙、电梯等共有部分的权属问题。

1、建筑物所有权的内涵。

根据《物权法》的规定,业主的建筑物区分所有权,包括了以下三方面的基本内容:

一是对专有部分所有权。

二是对建筑区划内的共有部分享有共有权。即每个业主对专有部分以外的走廊、楼梯、过道、电梯、外墙、水箱、水电气管线等共有部分,对小区内道路、绿地、公用设施、物业管理用房以及其他公共场所等共有部分享有占有、使用、收益、处分的权利;对建筑区划内,规划用于停放汽车的车位、车库有优先购买的权利。

三是对共有部分享有共同管理的权利,即有权对共用部位与公共设备设施的使用、收益、维护等事项通过参加和组织业主大会进行管理。

2、物权法及司法解释明确规定“共有部分所有权属于全体业主”。

(1) 物权法的规定:

第七十二条规定:“业主对建筑物专有部分以外的共有部分,享有权利,承担义务。”

第七十三条规定:“建筑区划内的道路,属于业主共有,但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地,属于业主共有,但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房,属于业主共有。”

(2) 最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》:

第三条 除法律、行政法规规定的共有部分外,建筑区划内的以下部分,也应当认定为物权法第六章所称的共有部分:

(一) 建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分,通道、楼梯、大堂等公共通行部分,消防、公共照明等附属设施、设备,避难层、设备层或者设备间等结构部分……

3、法院判决认为:

(1) 业主共有部分应当符合以下两个实质标准:首先,不

属于专有部分;其次,不属于市政公用部分或者其他权利人所有的部分及设施。

(2) 依据《最高人民法院〈关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉》第三条的规定:建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分,通道、楼梯、大堂等公共通行部分,消防、公共照明等附属设施、设备,避难层、设备层或者设备间等结构部分,均应当认定为物权法所称共有部分。因此,涉案大厦外墙、电梯和其他共有设施为共有部分,其所有权属于全体业主共有。

(3) 开发商在房地产买卖合同中关于外墙面使用权属于开发商,开发商拥有外墙广告的设置、监管及收益的约定,系格式条款,排除了业主的主要权利,应属无效约定,不能作为认定权利归属的依据。

法院在判决中最终认定开发商在房地产买卖合同中的这项约定无效,本人认为法院在判决中关于外墙、电梯等共有权属的最终认定是完全正确的。

(二)三业主能否以各自名义直接就共有部分的擅自侵占和使用行为提起诉讼,即各业主是否独自享有诉权?

1、有关共有和共同管理权利应由业主共同决定。

(1) 《物权法》第七十六条 下列事项由业主共同决定:

- (一) 制定和修改业主大会议事规则;
- (二) 制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约;
- (三) 选举业主委员会或者更换业主委员会成员;
- (四) 选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人;
- (五) 筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金;
- (六) 改建、重建建筑物及其附属设施;
- (七) 有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

决定前款第五项和第六项规定的事项,应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决定前款其他事项,应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

(2) 《最高人民法院〈关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉》第七条明确规定:“改变共有部分的用途、利用共有部分从事经营活动、处分共有部分,以及业主大会依法决定或者管理规约依法确定应由

业主共同决定的事项,应当认定为物权法第七十六条第一款第(七)项规定的有关共有和共同管理权利的‘其他重大事项’”。

2、《物权法》明确规定由业主大会和业主委员会对共有部分的擅自侵占和使用等行为代表业主进行维权。

《物权法》第八十三条规定:“业主大会和业主委员会,对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为,有权依照法律、法规以及管理规约,要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失”。

依据上述规定,业主大会和业主委员会可依据《物权法》、《物业管理条例》及本小区的管理规约要求侵权人或违约人承担相应责任;如果以物业公司作为原告起诉,应当要经过业主大会和业主委员会的授权,这种授权应当在物业服务合同或者在物业管理公约中予以明确。

3、依据《物权法》及相关司法解释,业主对于侵害自己合法权益的行为享有诉权,且明确规定了侵权人应当承担民事责任的具体形式。

(1)《物权法》第八十三条规定:“业主对侵害自己合法权益的行为,可以依法向人民法院提起诉讼”。

(2)《最高人民法院<关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释>》第14条规定:“建设单位或者其他行为人擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动,权利人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的,人民法院应予支持。”

4、单个业主可否直接起诉,各级法院做法不一。实践中:

A、大部分法院认为:单个业主主张共有部分权利,法院一般不予受理;

B、个别法院认为:单个业主起诉,涉及到自己利益的问题,可以审理判决,如小区停车位,自己的车没地方停等。

本案在立案之初遇到了巨大的困难,法院立案庭一直不予受理,经过律师多次详细解释、提供法律依据,向上级法院请示最终被法院受理。

(三) 本案是侵权之诉还是违约之诉,如何选择适用?

依前所述,外墙面等共有部分属于全体业主所有,其使用必须经全体业主按《物权法》规定的表决规则同意并通过,故开发商、物业公司擅自同意其他业主和承租户占用共有部分并设立广告牌行为显然侵犯了刘某等三名业主的共有和共同管理的权利,构成了共同侵权,属于侵权之诉。

同时,依据在各业主与物业公司签订的《业主公约》、《商铺管理协议》等文件中明确约定:各业主不得擅自占用公共场所及公共设施、设备,装置或搭建任何形式的物体或结构,包括但不限于招牌、告示、通知、广告等。可见物业公司及其他业主违反了上述约定,构成了违约行为。

但由于合同的相对性,刘某等三业主若提起违约之诉,则只能对与其有合同关系的物业公司等相对方起诉,而无法涵括与其无合同关系的其余三被告,故本案最终选择了侵权之诉,将五被告同时起诉,以节约诉讼资源和成本,并切实、高效地维护当事人的合法权益!

(四) 擅自侵占、使用外墙、电梯等共有部分的法律后果和责任?

法院判决认为:

(1) 业主共有权系业主依据法律、合同及业主公约对共有部分享有的占有、使用、收益及处分的权利,业主不能单独对共有部分进行占有、使用、收益和处分,而是要按照建筑物区分所有权的规则来行使基于共有而产生的权利。但本案各被告使用外墙或电梯张贴广告标识,未经业主大会或全体业主表决同意,侵害了原告共同共有权和共同管理权,违反了《物权法》、《业主公约》等的规定,应对现使用的位于共有部位的广告标识予以拆除、恢复原状。

(2) 物业公司作为专业的物业服务公司,大厦物业管理服务的受托人,熟知《物权法》及《物业管理条例》等法律法规的规定,其职责是按照法律法规及业主公约的规定,依法依规行使共有设施、设备的管理权,而不应该擅自行使业主的共有权、共同管理权。本案中物业公司未经业主大会或全体业主批准,默许各被告占用外墙、电梯广告位,具有过错,同样负有拆除涉案广告标识的义务。

(3) 法院最终支持了原告要求判令各被告停止对共有部分侵权行为,并予以恢复原状的诉讼请求,本人认为法院的上述认定和判决是准确、到位的。

(五) 擅自侵占、使用共有部分的经济损失能否主张?

法院判决认为:

(1) 按照生活经验和法则, 经营收益、商业风险与物业性质、经营项目、经营方式、资金投入等具有密切联系, 与他人是否使用物业外墙、电梯进行广告宣传之间并无必然的因果关系。

(2) 各原告将其名下的物业用于出租获取经营收益, 以及租客租用各原告物业进行经营, 均属从事商业经营行为, 任何经营行为存在商业风险, 商业风险的责任由经营人自身承担, 不能将经营不善的责任转嫁他人。

(3) 各原告所主张的被告侵害其共有和共同管理权的行为与各原告主张涉案物业承租人的经营损失之间, 亦无法律上的因果关系。

(4) 原告要求各被告赔偿其经济损失的主张, 理由不成立, 并予以驳回。

对于上述判决内容本人并不赞同, 本人认为:

(1) 原告主张经济损失有法律依据。

《最高人民法院〈关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉》第十四条规定: “建设单位或者其他行为人擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动, 权利人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的, 人民法院应予支持。”

(2) 被告侵害原告共有和共同管理权的行为与原告的承租人的经营损失之间存在因果关系。

众所周知, 广告对企业的经营行为有着重要的影响, 有利于广告主提升商誉、扩大影响, 从而招徕更多的顾客, 这对直接面对消费者的餐饮业尤其如此。对在同一物业从事餐饮的同业竞争者而言, 在物业各处有无明显的广告牌是非常有影响的, 就餐顾客更倾向于选择有明显广告标识的商家, 从而造成了原告的承租商户的经营损失。试问: 如果广告不能带来更多的顾客及收益, 为何很多企业和商家还要一掷千金大做广告呢?

(六) 擅自占用共有部分的经营性收益应归谁? 是归起诉的业主个人? 还是应补充至物业专项维修基金?

依据法律规定, 擅自占有共有部分的进行经营性活动的收益应归全体业主享有。

(1) 共有部分属于全体业主共同所有, 利用共有部分产生的收益理所当然应归全体业主享有。

(2) 司法解释对于擅自占用共有部分经营产生的收益如何处理有明确规定。

根据《最高人民法院〈关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉》第十四条, 行为人占用、处分业主共有部分, 擅自进行经营性活动的, 权利人可请求行为人为人将扣除合理成本之后的收益补充至专项维修资金。

法院判决认为:

(1) 原告可行使“请求行为人为人将扣除合理成本之后的收益补充至专项维修资金”这项请求权。

(2) 开发商、物业公司与其余各被告均明确表示双方之间未形成租用外墙、电梯广告位使用权的法律关系, 也不存在收取广告位使用费的情况, 因此开发商、物业公司不存在“占用共有部分擅自进行经营性活动的情形”。

(3) 原告要求判令开发商、物业公司将扣除成本之后的收益补充至专项维修资金请求不能成立, 予以驳回。

本人认为法院的观点有失片面, 理由如下:

“擅自进行经营性活动”包括两个部分: 一为开发商、物业公司向其余被告提供广告位收取租金或使用费的经营性活动; 二是其余三个被告在共有部分设立广告标识从事的经营性活动。

本案中即便开发商、物业公司与其余三被告未形成租用外墙、电梯广告位使用权的法律关系, 未就提供广告位收取租金或使用费, 但其余三被告使用广告位用于经营及招徕顾客是显而易见的事实, 且实际已产生经营收益及价值, 故应当属于“擅自进行经营性活动”。

《最高人民法院〈关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉》第十四条规定: “建设单位或者其他行为人擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动, 权利人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的, 人民法院应予支持。属于前款所称擅自进行经营性活动的情形, 权利人请求行为人为人将扣除合理成本之后的收益用于补充专项维修资金或者业主共同决定的其他用途的, 人民法院应予支持, 行为人对成本的支

出及其合理性承担举证责任”。

依据上述规定,法院应判令其余三被告将“占用共有部分擅自进行经营性活动的收益”补充至大厦专项维修资金,而且由该三被告对成本支出及其合理性承担举证责任。

五、经验总结

本案系物权法颁布实施及建筑物区分所有权司法解释出台后出现的新型的物权纠纷,目前虽然只有极少部分业主能够意识到自己的共有和共同管理的权利正被侵犯,且实践中立案难度也很高,但随着城市房地产市场的日益发展以及物权法制观念的不断普及,关于高层建筑外墙等共有部分所有权、使用权的纠纷将会不断涌现。

结合本案办理实际,本人以为律师在代理此类案件的时候,有以下几点需要予以重视:

(一) 慎重选择诉讼策略。这类案件一般存在侵权之诉与违约之诉的竞合,作为代理律师要慎重选择代理策略,维护好委托人的利益。

(二) 选择被告时避免遗漏。侵犯业主共有部分共有和共同管理权利的案件的被告一般包括开发商、物业公司及具体实施侵权行为的业主。

(三) 确定诉讼请求时避免遗漏。

这类案件的诉讼请求一般包括:1、停止侵害、恢复原状;2、赔偿损失;3、判令被告将扣除合理成本之后的收益用于补充专项维修资金或者业主共同决定的其他用途,这是最高法院建筑物区分所有权司法解释的明文规定,也是实践中最容易遭到忽视的一点;4、诉讼费的承担。

(四) 全面搜集和准备有利证据。

代理律师要仔细审查房地产买卖或租赁合同、业主公约、商铺管理协议、物业管理协议的内容,从中寻找对委托人有利的内容并加以利用,同时代理律师为证明被告侵权事实一般都需要提交照片或视频证据。

对注册会计师开展 司法会计鉴定业务的思考



赵 锋

说明：笔者近年来，代理了大量的经济犯罪的案件，并以注册会计师的身份协助四川省人民政府，参与制定本省《注册会计师司法会计鉴定业务的实施细则》。笔者结合其近年来开展的司法会计鉴定工作和代理的经济犯罪案件的经验，对司法会计鉴定的现状，面临的主要问题及建议进行了一些思考。

一、司法会计鉴定业务领域的发展状况

（一）司法会计鉴定的概念

司法会计鉴定是司法鉴定的一种，是经济案件诉讼活动中的一项重要内容。司法会计鉴定，是指在诉讼活动中，司法会计鉴定人接受有法定司法鉴定决定权的机关或部门的指派或委托，运用财务会计专门知识和方法对诉讼涉及的财务会计专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。

（二）司法会计鉴定的起源及发展

我国司法会计鉴定起源于20世纪50年代，由前苏联传入我国，但真正进入发展的阶段是在20世纪80年代中期。当时为了打击严重经济犯罪斗争的需要，检察机关在受理贪污罪、贿赂罪的侦察中，涉及到大量财务会计事实需要查证，检察机关开始关注司法会计鉴定。1985年最高人民检察院率先在省、市两级检察机关建立司法会计技术门类，并把它纳入检察机关刑事技术工作的序列，开展了一系列的理论研究和实务工作。此后，一些地方的公安、法院等部门为了侦查和审判工作的需要，也开始开展了司法会计鉴定活动。但直到20世纪末，司法

会计鉴定尤其是刑事案件的司法会计鉴定主要由公安、检察等司法机关内设机构承担,仅有一些法院在审理民事、行政案件时,在开始委托注册会计师、审计师进行相关的司法会计鉴定工作。

随着我国经济案件的日益增多,国家司法制度的改革和完善,司法会计鉴定在经济诉讼案件和仲裁等工作中广泛应用。同时,我国司法鉴定管理体制改革也开始启动,1998年,国务院在机构改革“三定”方案中明确把指导面向社会服务的司法鉴定作为政府司法行政部门的一项职责,随后司法部颁布了《司法鉴定机构登记管理办法》,全国各地纷纷设立面向社会服务的司法鉴定机构,开展包括司法会计鉴定在内的司法鉴定活动。2005年2月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称“决定”),加强了对司法鉴定人和司法鉴定机构的管理,明确规定了“侦查机关根据侦查工作的需要设立的鉴定结构,不得面向社会接受委托从事司法鉴定业务”,“人民法院和司法行政部门不得设立鉴定机构”。这标志着我国司法鉴定管理体制改革进入了实质性阶段,由此,以注册会计师为主体开展的面向社会服务的司法会计鉴定工作也纳入了规范化、法制化的健康发展轨道。

(三) 学科发展状况

如前所述,司法会计鉴定作为一项为诉讼服务的司法活动,是伴随着我国司法制度的改革和完善而发展的,相对于已有悠久历史的会计学、审计学,司法会计鉴定的学科发展尚处于初级阶段。改革开放后的二十几年来司法会计鉴定历经了“一元论”、“专业论”、“二元论”观点的发展演变,目前,“二元论”理论观点已被司法实践所接受,成为司法会计领域的主流观点。

“二元论”司法会计观是80年代后期提出的一种观点,其主要创建人是长期在检察系统从事技术工作的于朝老师,其核心思想是从司法实践的角度将司法会计定义为诉讼活动,并依据诉讼法和刑事侦查学原理,将司法会计活动的基本内容概括为司法会计检查和司法会计鉴定活动。在此基础上,一是以诉讼中侦查、调查原理为依据,借鉴审计学的查账查物技术,将诉讼法规定的勘验检查与司法会计实践相结

合,建立司法会计检查学;二是以司法鉴定的“同一认定”和“种属认定”理论为指导,将司法鉴定与会计要素相结合,建立司法会计鉴定学。最终,在司法会计基本理论的指导下,将司法会计检查理论与司法会计鉴定理论统一于司法会计理论体系之中,形成“二元论”司法会计理论体系。

(四) 司法会计鉴定与鉴证业务的区别

司法会计鉴定作为司法会计学的一个组成部分,与会计学及审计学分属不同的的学科门类,它虽然在工作对象资料及会计标准引用等方面与注册会计师从事的鉴证业务有一定的相似之处,但从国家制度设置、活动属性、工作成果使用及法律后果等方面均具有很大的差异。对于注册会计师而言,在实务层面的区别,主要包括以下方面:

1、活动内容及性质不同。司法会计鉴定活动是鉴定人对诉讼活动中涉及的专门性问题进行鉴别与判断,是通过鉴定结论证明案件中的待证事实,所提供的是一种直接证明。鉴证业务活动的内容是对鉴证对象信息(或鉴证对象)进行评价或计量并提出结论,本质上是对经济活动或其所涉及的某方面进行评价,其作用是增强鉴证对象信息的可信度,所提供的是一种附加保证。²

2、思维方式不同。司法会计鉴定的思维方式是先有问题后论证,其工作重点不止于“查明”而在于“论证”,逻辑形式是演绎证明。以报表审计为代表的鉴证业务是通过查账来发现问题,并止于“披露”和“评价”问题,其逻辑形式是归纳证明。

3、报告格式不同。司法会计鉴定的报告格式适用司法部颁发的《司法鉴定文书示范文本》(司法通[2002]56号)中的规定,针对鉴定业务不同的性质和作用,司法鉴定文书分为司法鉴定意见书、司法鉴定检验报告书、司法鉴定书证审查意见书和司法鉴定咨询意见书。要求论据充分、论证严谨、结论明确,其构成包括绪言、资料(案情)摘要、检验过程、分析说明、鉴定结论等部分。鉴证业务的报告格式则适用《中国注册会计师审计准则》的相关规定,报告为标准格式,包括无保留意见、保留意见、否定意见、无法表示意见四种类型,其构成包括引言段、范围段、(说明段)、意见段。

1 于朝 司法会计学【M】中国检察出版社

2 许为安 司法会计鉴定与注册会计师鉴证业务差异辨析【J】中国司法鉴定

二、注册会计师从事司法会计鉴定业务面临的主要问题

由于司法会计鉴定与注册会计师传统鉴证业务存在的差异,因此,注册会计师在开展这一新领域业务时必然面临着知识结构调整、思维方式转变等问题,主要包括以下方面:

(一) 法律知识欠缺,影响鉴定质量和效率

注册会计师从事鉴证业务,要求具备的是丰富的财务会计学与审计学方面的理论及经验。而从事司法会计鉴定不仅要精通会计、审计和调查技能,而且还必须掌握一定的法律理论与方法,懂得鉴别证据、能够准确把握案情明确鉴定思路,以及作出符合法律规范的鉴定报告。

经济案件特别是经济犯罪案件大多案情错综复杂,对其涉案金额的认定是司法会计鉴定面临的最常见的问题,而对于涉及不同罪名的案件其金额认定方法各不相同,必须根据其犯罪构成加以分析,如在挪用公款与贪污或职务侵占案中,其认定标准不相同,计算方法也不相同;再有,同样是对于经济损失的认定,在民事案件与刑事案件中因其适用不同的法律,也有不同的认定标准。对于这些问题,注册会计师仅仅依靠财务会计专业知识已不能解决,如果注册会计师在开展司法会计鉴定工作时没有提前学习相关法律知识,则会影响鉴定工作的顺利进行甚至导致鉴定工作出现偏差。

此外,由于办案人员多数并不具备财务会计方面的知识背景,在办理经济案件时,常常还需要司法会计鉴定人员的提前配合,如参与司法会计检查环节的工作,配合办案人员提取证据,查找线索等等,此时,更需要承担司法鉴定工作的注册会计师具备相关法律知识,以实现和办案人员的良好沟通和配合。

(二) 部分办案人员对注册会计师承担司法会计鉴定工作存在误区

由于司法会计鉴定最早起源于检察机关,早期从事司法会计鉴定的人员都是检察或公安系统内部的技术人员,因此,办案人员对于注册会计师承担司法鉴定工作往往存在误区,主要表现在以下两个方面。

一是由于部分办案人员延袭了司法鉴定管理体制改革以前内部人办案的思路,以及对司法会计检查与司法会计鉴定

工作划分不清,过于强调司法鉴定工作的特殊性,对于具有独立身份的注册会计师不信任,怀疑注册会计师的专业胜任能力。

二是部分办案人员对司法会计鉴定的范围不明确,提出超出司法会计鉴定范围的鉴定事项,要求注册会计师回答非财务会计专业知识所能判断的问题,这不仅加大了鉴定人的工作难度,而且会为鉴定报告在审判阶段的采信带来极大的风险隐患。

(三) 学科建设尚不完善,缺乏鉴定工作执业标准和专业培训

由于司法会计鉴定作为一门学科的起步较晚,目前尚处于发展阶段,尚未制订出面向社会服务的司法会计鉴定执业标准,因此,注册会计师在承担司法会计鉴定工作的过程中也面临着缺乏执业标准的问题,影响司法鉴定工作质量的提高。

此外,由于司法鉴定管理体制改革的以前,司法会计鉴定工作主要是由司法部门内部机构承担,因此,相关专业人员主要集中在公安、检察机关内部,包括财经院校在内的教育科研机构均较少开展对司法会计专业的研究和培训工作,因此,注册会计师在开始从事司法会计鉴定工作时往往缺乏接受专业培训和开展工作交流的渠道,只能依靠自学和在实践中探索,这也导致很多注册会计师在接受司法鉴定委托后仍然出具审计报告,影响鉴定工作的开展。

三、对注册会计师拓展司法会计鉴定业务的建议

(一) 调整知识结构,加强对法律知识及司法鉴定专门知识的学习

司法会计鉴定是经济与法律的交叉学科,要成为一名合格的司法会计鉴定人员也必须是兼具经济与法律专业知识的复合型人才,因此,注册会计师在拓展司法会计鉴定业务时首先必须调整自己的知识结构,在已有的财经专业知识基础上,加强对法律知识及司法鉴定专门知识的学习,以满足鉴定工作的需要。

司法会计鉴定是为诉讼服务的司法活动,因此,注册会计师在准备从事司法会计鉴定业务时,首先应学习掌握诉讼法方面的知识,了解不同类型的诉讼在鉴定程序等方面的要

求。其次,司法鉴定结论是法定的证据形式之一,司法会计鉴定报告的用途即是为诉讼提供证据,因此,注册会计师还应学习证据学相关知识,掌握不同诉讼中的证据规则和要求,保证所作出的鉴定结论作为诉讼证据的合法性。此外,司法鉴定的目的是为了查明案情,司法鉴定结论必须与案件的待证事实具有相关性,因此注册会计师还必须学习和了解实体法知识,如在承担刑事案件的司法鉴定工作时,必须了解不同罪名的犯罪构成,在鉴定侵权损失时,必须了解对损失构成的法律界定等。

(二) 加强宣传交流,提高注册会计师从事司法会计鉴定工作的社会认知度

我国司法鉴定管理体制尚在不断完善之中,目前对于司法会计鉴定人主体资格的认定还存在一定的分歧,因此,注册会计师在拓展这一领域业务时应加强宣传交流,提高注册会计师从事司法会计鉴定工作的社会认知度。

根据我国司法制度安排,司法鉴定的启动权主要集中在公、检、法司法机关及仲裁机构,因此注册会计师应加强与司法机关及仲裁机构的沟通交流,让其充分认识司法会计鉴定在诉讼中的作用以及注册会计师的专业优势,扩大业务领域与范围。此外,律师作为诉讼案件的代理人或辩护人也常常是司法会计鉴定报告的使用者,注册会计师也应加强与律师的合作与交流,扩大司法会计鉴定工作的影响力。

(三) 加强专业建设,尽快制定司法鉴定业务执业准则

司法会计鉴定的专业建设尚在起步之中,还面临着许多空白。目前,注册会计师作为这一新领域的主力军,有责任承担专业建设的重任,而且,通过制订执业标准,也能真正树立注册会计师在这一领域的权威地位,为司法会计鉴定业务的拓展起到巨大的推动作用。

商标异议程序相关法律问题研究



高巍

一、商标异议人的主体资格问题研究

根据我国《商标法》第三十条规定，“对初步审定的商标，自公告之日起三个月内，任何人均可以提出异议。公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告”。因此，商标法对于商标异议人的主体资格没有任何限制，任何人均有权提出异议申请。

理论上一般将异议主体分为两类：(1) 利害关系人：异议人认为商标局初步审定的并予公告的商标与自己已经注册的商标或者初步审定、公告在先的商标相同或者近似（指定商品/服务相同或者类似），为了保护自己的商标专用权，要求商标局对该商标不予注册。(2) 提出商标异议的主体还可以是利害关系人之外的其他自然人、企业、机关、团体或者其他组织，只要认为正在公告的商标不符合《商标法》规定的相关条款，均有权在三个月公告期内提出异议。商标法不限制异议主体资格的目的是为了保证商标审查、注册程序的公开、公正、公平，将商标审查工作置于公众的监督之下，保持高度的透明度。

二、商标异议事由问题研究

（一）异议事由

《商标法实施条例》第二十二条规定，“对商标局初步审定予以公告的商标提出异议的，异议人应当向商标局提交商标异议书一式两份。商标异议书应当写明被异议商标刊登《商标公告》的期号及初步审定号。商标异议书应当有明确的请求和事实依据，并附送有关证据材料。商标局应当将商标异议书

副本及时送交被异议人,限其自收到商标异议书副本之日起30日内答辩。被异议人不答辩的,不影响商标局的异议裁定。当事人需要在提出异议申请或者答辩后补充有关证据材料的,应当在申请书或者答辩书中声明,并自提交申请书或者答辩书之日起3个月内提交;期满未提交的,视为当事人放弃补充有关证据材料。

从异议人提出异议的理由来看,异议理由通常可以分为绝对事由和相对事由。绝对异议事由包括商标法第十条规定的不得作为商标使用的标志、第十一条规定的不得作为商标注册的标志、第十二条规定的仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状故不得注册的三维标志、第四十一条第一款规定的以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的情形。

相对异议事由主要是指以被异议商标的注册损害了在先权利为由提出的异议,包括商标法第十三条规定的复制、摹仿或翻译他人的驰名商标、第十五条规定的代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标抢先注册、第三十一条规定的损害他人现有在先权利及以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标等情形。

(二) 关于相对异议事由的提出主体是否为“任何人”

司法实践中,对于题述问题目前有两种观点:

1. 北京市高院认为:“任何人”均可基于绝对事由提出异议的,但“任何人”基于相对事由提出异议时,必须证明自己与该相对事由的关联性。即绝对异议事由是任何人都可以提出异议的理由,但相对异议事由只能由在先权利或利害关系人主张。如以被异议商标的注册损害了其在先权利为由提出异议的,异议人应证明其系该在先权利的权利人或利害关系人,或者经该在先权利人的特别授权。这主要是因为相对异议事由通常涉及私权,异议人未经该私权人或利害关系人的合法授权,其援引该私权对被异议商标提出异议可能违背该私权主体的意志,故异议人未经许可无权援引该私权阻碍被异议商标的注册。在私法和私权复兴的年代,商标局、商标评审委员会也应尊重他人的私权,不得违背私权主体的意志擅自以他人私权阻碍被异议商标的注册。

2. 商标评审委员会则在诸多判例支持如下观点:现行法

律并未规定“任何人”必须证明其与该相对事由的利害关系,且异议程序的目的是尽量保证注册商标符合法律的规定。

第一种观点已有司法判例予以支持。详情如下:被异议商标为第1470498号“大家樂及图”商标,其申请日为1999年6月21日,申请人为梅江酒厂,指定使用于第33类烧酒、米酒等商品。商标局经初步审查后予以公告,大家乐公司提出异议,商标局裁定其异议理由不成立。大家乐公司不服该裁定并申请复审,其主要复审理由为:“大家樂”系其享有版权的独创性作品,被异议商标损害了大家乐公司的在先权利。大家乐公司主张版权所依据的引证商标为第236313号“大家樂及图”商标、第254294号“大家樂DAH JIA LEH及图”商标和第382393号“大家樂DAH JIA LEH及图”商标,均系其从原注册人处受让取得。

北京市第一中级人民法院认为,大家乐公司受让引证商标并不必然受让引证商标作品的著作权,在无相反证据的情况下,引证商标所涉著作权也应由其原始注册人享有。商标评审委员会仅凭大家乐公司享有引证商标专用权就认定其对相关作品享有著作权缺乏根据,其认定被异议商标构成对大家乐公司在先著作权的侵犯亦缺乏根据,遂判决撤销被诉裁定。商标评审委员会及大家乐公司均不服并提出上诉。2010年9月3日,北京市高级人民法院驳回上诉,维持原判。

因此,目前在司法实践中,商标异议人以相对事由提起异议的,一般应为在先权利人或在先权利利害关系人。

三、企业商号权是否可以作为在先权利

(一) 企业商号权是否可以纳入在先权利

北京市一中院在默克股份两合公司诉中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标异议行政纠纷案(2010)一中知行初字第2633号判决书认为:“《商标法》第三十一条中的“在先权利”应做广义理解,既包括法定权利,亦包括受法律保护的民事权益。鉴于《中华人民共和国反不正当竞争法》(简称《反不正当竞争法》)第五条规定,经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易,损害竞争对手:(三)擅自使用他人的企业名称或者姓名,引人误认为是他人的商品。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第六条规定,具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号,可以认定为反不正当竞争

法第五条第(三)项规定的“企业名称”。由此可知,符合条件的字号受《反不正当竞争法》第五条保护,属于受法律保护的民事权益,故其属于《商标法》第三十一条中所称“在先权利”的范围。

(二) 外国公司可否使用关联公司商号作为在先权利

北京市一中院在俞忠诉中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠纷案(2010)一中知行初字第1874号判决书中认可了这一方式。

本案中,3M公司在评审程序中主张的在先权利为企业商号权,并提交了其关联公司3M中国有限公司的经营情况方面的证据以及与被异议商标同为第7类商品但类似群组不同的引证商标的知名度方面的证据。原告认可3M公司与3M中国有限公司存在投资上和经营范围上的关联性,本院对此予以确认。

现有证据可以证明,3M公司自1984年11月9日即在中国上海投资设立了3M中国有限公司,3M公司引证商标在世界上多个国家多类别商品或服务上获准注册,并且最早于1999年4月被商标局作为重点商标予以保护。引证商标与被异议商标同为第7类商品,虽然类似群组不同,但3M中国有限公司在实际使用中已经在第7类其他商品如“液压泵,油管和压接头”及“接续工具”等商品上进行了经营活动。可见,3M公司及其关联公司在中国开展经营活动的时间远远早于被异议商标申请注册时间,通过其经营及对引证商标的使用,其商标及商号“3M”在被异议商标申请之前已经被相关领域的公众所广泛知晓。故3M公司主张其商号权的证据充分,本院予以确认。

北京市一中院在株式会社野村综合研究所诉中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠纷案(2010)一中知行初字第1380号判决书也持有同样观点。

一院中认为:“在本案中,野村综合研究所主张的“现有在先权利”为“野村”商号权。基于查明的事实,野村综合研究所的关联公司野村证券在被异议商标申请注册日之前就已经在中国大陆开展金融服务业务,其提供服务的内容与被异议商标指定使用的服务类似,且具有较高的行业知名度。被异议商标的注册申请会导致金融服务领域的相关公众对野村证券及关联公司所提供的金融服务的混淆、误认。因此,被异议

商标的申请注册损害了野村综合研究所主张的“野村”商号权。”

根据上述判例,外国公司可以其大陆的关联公司商号主张在先权利。

(三) 外国公司可否以自身未在中国注册的商号主张在先权利

最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释(法释〔2007〕2号)第六条规定:“企业登记主管机关依法登记注册的企业名称,以及在中国境内进行商业使用的外国(地区)企业名称,应当认定为反不正当竞争法第五条第(三)项规定的“企业名称”。具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号,可以认定为反不正当竞争法第五条第(三)项规定的“企业名称”。根据上述规定,外国公司可以自身未在中国注册的商号主张在先权利。

公司劳动人事管理 亟待注意及解决的若干问题



卢二松



李凌洁

自《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称“《劳动合同法》”）于2008年1月1日施行以来，由于国家法律规定日趋严谨且劳动争议解决成本大幅下降，我国劳动争议纠纷案件持续保持快速上升趋势。笔者在为公司企业提供常年法律顾问服务期间，也随之接触并协助处理大量的劳动争议纠纷案件。在此过程中，笔者注意到，虽然前述案件的出现已逐渐引起公司对劳动人事规范管理的关注及重视，但仍有以下部分问题尚待公司充分注意及解决。

一、劳动合同的订立、续订及终止程序的规范

在《劳动合同法》实施前，公司与员工未及时订立书面劳动合同的情况大量存在。由于《劳动合同法》第八十二条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。因此，在《劳动合同法》施行初期，由于此类情况导致的劳动争议纠纷案件大量涌现，用人单位也为此支付了高昂的成本。目前，笔者所服务的公司均已逐渐意识到及时订立书面劳动合同的重要性，大部分能在员工新入职期间，及时与其签订劳动合同。但公司往往容易疏忽的是，在员工劳动合同期满后，不能及时与其办理续订劳动合同手续。根据《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》（以下简称“会议纪要”）第28条规定，劳动合同期满后，劳动者仍在用人单位工作，用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的，用人单位应当自劳动合同期满的次日起至满一年的前一日向劳动者每月支付两倍的工资。

由此可知,未及时处理续订劳动合同手续,员工将同样有权要求公司承担未订立书面劳动合同的法律责任。

除前述问题外,公司特别需要注意的是,在与员工签订的劳动合同期限届满前,应当至少提前30日将终止或者续订劳动合同意向以书面形式通知员工,并保留相应的证据,否则将为此支付赔偿金。以北京市规定为例,根据《北京市劳动合同规定》(市政府令第91号)第四十七条规定,用人单位违反本规定第四十条规定,终止劳动合同未提前30日通知劳动者的,以劳动者上月日平均工资为标准,每延迟1日支付劳动者1日工资的赔偿金。

笔者在此特别建议,公司在日常管理过程中,不仅在续订劳动合同时应注意根据法律规定终止或者续订劳动合同的意向以书面形式通知员工,在订立劳动合同过程中也应考虑采取书面形式通知员工并留存证据,以便在出现员工拒绝订立书面劳动合同并拒绝继续履行的情况下,可用以证明公司方面已尽到诚实信用义务,从而最大可能地避免承担不必要的赔偿责任。

二、试用期的正确使用

试用期是指用人单位和劳动者为相互了解、选择而约定的不超过六个月的考察期。试用期制度的设立有助于用人单位与劳动者双方做出理性的选择。但笔者注意到,公司在有关试用期的约定上,往往存在试用期时间约定不符合法律规定、在发现员工不符合要求的情况下却又难以解除劳动合同等问题或困惑。为充分化解法律风险,有效利用试用期制度,笔者在此提出以下建议:

(一) 合理合法的确定试用期时间

根据《劳动合同法》第十九条第一款规定,劳动合同期限三个月以上不满一年的,试用期不得超过一个月;劳动合同期限一年以上不满三年的,试用期不得超过二个月;三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同,试用期不得超过六个月。根据会议纪要第10条规定,《劳动合同法》第十九条所称的“以上”、“不满”的界定,应与《民法通则》第一百五十五条的规定相一致。而我们知道,《民法通则》第一百五十五条规定,民法所称的“以上”包括本数,“不满”不包括本数。因此,依照前述规定,如公司与员工约定的劳动合同期限为一年,试用

期最长为二个月。公司应根据自身情况及上述法律规定,在劳动合同中合理合法的确定试用期时间。提请公司注意的是,根据《劳动合同法》第八十三条规定,用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的,由劳动行政部门责令改正;违法约定的试用期已经履行的,由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准,按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

(二) 尽可能明确员工的具体录用条件

根据《劳动合同法》第三十九条第一项规定,如果员工在试用期间被证明不符合录用条件,公司可以解除劳动合同。所谓“录用条件”,应以法定最低就业年龄等基本录用条件以及用人单位招用员工时规定的文化、技术、身体、品质等条件为标准。但在实践中,公司往往在与员工真正产生争议时,难以明确招聘时的录用条件,而即便有录用条件,也经常因为条件设定的过于宽泛简单而难以套用。笔者也注意到,部分公司为解决发现员工不符合要求却又难以解除劳动合同的难题,采取在口头约定的试用期内暂缓签订劳动合同,待试用期考核通过后再行签订正式的劳动合同或者单独签订试用期合同等方式予以处理。但暂缓签订劳动合同的处理方式实际将产生未及时处理书面劳动合同的法律风险,而单独签订试用期合同的处理方式更直接与《劳动合同法》第十九条第四款规定相抵触。因此,为解决前述问题,笔者建议公司应在发布招聘信息时,尽可能对员工的录用要求予以细化。在正式录用员工前,公司应考虑以签订员工入职承诺书的形式,由员工对公司的录用条件以及员工对本人的学历学位、工作经历、身体状况以及是否与其他用人单位存在尚未解除或终止的劳动合同等情况的陈述以及本人所提交的各类凭证文件的真实性作出书面确认,并考虑在正式签订的劳动合同中直接对试用期的考核要求及方法做出明确具体的约定。

(三) 以不符合录用条件为由解除劳动合同应在试用期内提出

《劳动合同法》第二十一条规定,在试用期中,除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外,用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的,应当向劳动者说明理由。虽然用人单位可援引《劳动合

同法》第三十九条第一项,以不符合录用条件为由解除劳动合同。但需要特别注意的是,根据劳动部办公厅1995年1月19日对《关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示》的复函规定,对试用期内不符合录用条件的劳动者,企业可以解除劳动合同;若超过试用期,则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。因此,公司如确有证据证明员工不符合录用条件,应在试用期届满前以书面形式通知员工解除劳动合同并说明理由。

此外,由于员工在试用期间享有全部的劳动权利,公司应在与员工订立劳动合同后,及时按照国家和地方规定的险种为员工建立社会保险关系,以避免员工在试用期间以此为由提出解除劳动合同并要求支付经济补偿金的请求。

三、工时制度的正确把握

根据国家现行规定,企业应当实行职工每日工作8小时,每周工作40小时的标准工时制度。用人单位因工作性质和生产特点不能实行标准工时制度的,应保证劳动者每天工作时间不超过8小时、每周工作时间不超过40小时,每周至少休息一天,职工少休息的一天,将不视为加班。此外,根据一些企业的生产实际情况还可实行不定时工作制度和综合计算工时工作制。实行不定时工作制度综合计算工时工作制的企业应按劳动部《关于企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的审批办法》(劳部发[1994]503号)(以下简称“审批办法”)的规定办理审批手续。但笔者在多年的法律服务过程中发现,用人单位少见在劳动合同中有约定实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的,而即便有约定,也极少根据规定办理过审批手续。在涉及特殊岗位(如安保、司机、厨师等)的加班工资争议中,常常因此出现败诉的结果。因此,对于工时制度的正确把握与确定,应引起公司的关注。我国有关特殊工时制度的主要规定如下:

(一) 可以实行不定时工作制的岗位

不定时工作制是指因企业生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,无法按标准工作时间安排工作或因工作时间不固定,需要机动作业的职工所采用的弹性工时制度。可以实行不定时工作制的岗位包括:

1、企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值

班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工;

2、企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊,需机动作业的职工;

3、其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,适合实行不定时工作制的职工。

(二) 可以实行综合计算工时工作制的岗位

综合计算工时工作制是指采用以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间的工时制度。但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间相同,即平均每日工作不超过8小时,平均每周工作不超过40小时。可以实行综合计算工时工作制的岗位包括:

1、交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊,需连续作业的职工;

2、地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工;

3、其他适合实行综合计算工时工作制的职工。

(三) 特殊工时制度的审批要求

根据审批办法规定,中央直属企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的,经国务院行业主管部门审核,报国务院劳动行政部门批准。地方企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的审批办法,由各省、自治区、直辖市人民政府劳动行政部门制定,报国务院劳动行政部门备案。以民航业为例,劳动部曾于1995年12月21日根据中国民用航空总局民航人函[1995]1087号文,作出《关于民航实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的批复》(劳部发[1995]458号),同意其来文中对所属企业(包括实行企业化管理的事业单位)部分工作岗位的职工实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的意见。而北京市根据审批办法,亦先后制定《北京市企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的暂行办法》、《北京市企业实行综合计算工时工作制和不定时工作制的办法》。根据北京市现行规定,企业实行综合计算工时工作制和不定时工作制,应向企业营业执照注册地的区、县劳动和社会保障局申报审批。企业中的高级管理人员实行不定时工作制,不办理审批手续。国家和

本市已规定实行特殊工时制度的企业可不再履行审批手续。

四、竞业限制条款的合理制定

竞业限制是指用人单位与负有保密义务的劳动者签订协议,约定劳动者在劳动合同终止或解除后的一定期限内,不得在生产同类产品、经营同类业务或有其他竞争关系的用人单位任职,也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务。竞业限制起源于公司法中的董事、经理竞业禁止制度,其核心目的在于保护企业的竞争利益和商业秘密。《劳动合同法》第二十三条第二款规定,对负有保密义务的劳动者,用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款,并约定在解除或者终止劳动合同后,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。《劳动合同法》第二十四条对竞业限制的范围和期限作出了进一步的规定,即竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定,但竞业限制的最长期限不得超过二年,且竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。由于劳动者违反竞业限制义务是《劳动合同法》规定的仅有的两种可以约定由劳动者违约金的情形之一。公司应根据自身运营需要高度重视对该制度的使用,但也不应将适用竞业限制的人员范围任意扩大,不必要地加大公司成本。

需注意的是,竞业限制条款对劳动者具有约束力的前提是,用人单位按照约定向劳动者支付经济补偿。然而,笔者注意到,《劳动合同法》本身对经济补偿的给付标准并没有做出明确的规定,因此,虽然部分公司与其员工签订了竞业限制协议,但对于经济补偿的约定仍存在问题。有很多公司出于节约成本或其他考虑,在协议中约定经济补偿的支付已包含在劳动关系期间支付给劳动者的工资中。由于《劳动合同法》第二十三条第二款规定已明确规定,经济补偿应在解除或者终止劳动合同后,在竞业限制期限内按月给予。前述约定能否获得仲裁机构或法院的认可存在极大的不确定性。为使竞业限制条款充分发挥其效力和作用,笔者建议公司应在与劳动者协商确定竞业限制条款时,参照当地法规政策规定,对补偿费的给付标准进行合理的约定。根据北京市现有文件规定,如用人单位与劳动者对补偿费的给付标准不能协商一致的,

可以按照双方劳动关系终止前最后一个年度劳动者工资的20%-60%确定补偿费数额。根据《上海市高级人民法院关于适用《劳动合同法》若干问题的意见》(沪高法[2009]73号)第十三条规定,双方就补偿金的标准协商不能达成一致的,用人单位应当按照劳动者此前正常工资的20-50%支付。目前,各地规定大体相同,但仍然会存在一些差异,公司在具体确定给付标准时应注意查询了解当地的法规政策。

五、规范规章制度的制定程序

根据《中华人民共和国劳动法》(以下简称“《劳动法》”)、《劳动合同法》等法律规定,用人单位的规章制度不仅是用人单位规范内部管理的文件,同时也是用人单位据以作出扣减工资、解除劳动合同等用工管理决定的重要依据。根据《劳动合同法》第四条规定,用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中,工会或者职工认为不适当的,有权向用人单位提出,通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示,或者告知劳动者。但在实践中,笔者注意到,在发生劳动争议纠纷时,用人单位要么没有相应的规章制度,要么找出来的规章制度根本没有履行过任何的民主审议程序、公示程序,最终的结果往往导致用人单位向仲裁机构或法院提交的处理决定或规章制度不被认可。

目前,各地仲裁机构及法院普遍的观点是,用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度,虽未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序,但内容未违反法律、行政法规及政策规定,并已向劳动者公示或告知的,可以作为用人单位用工管理的依据。但对于《劳动合同法》实施后,如用人单位未经法定民主程序与工会或职工代表协商制定、修改的规章制度是否可做为处理劳动争议的依据,存在一些细微的差异。《湖南省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》规定,《劳动合同法》施行后,用人单位制定、修改直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者决定重大事项时,未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序的,

原则上不能作为用人单位用工管理的依据。但规章制度或者重大事项的内容未违反法律、行政法规及政策规定,不存在明显不合理的情形,并已向劳动者公示或告知的,可以作为人民法院裁判的依据。而广东省、浙江省则在此基础上额外要求“劳动者没有异议”,方可做为裁判依据。

基于上述规定,笔者建议,公司应高度重视涉及薪资(包括绩效工资)、岗位、考勤、奖惩、假期等方面规章制度的建立与完善,对具体用工管理事务作出明确的规定。如公司已设立工会,公司应将规章制度通过工会提交职工大会或职工代表大会讨论,并留存会议记录;如公司尚未设立工会,亦未曾组织过职工大会或职工代表大会,公司应至少将规章制度交由全体员工以书面方式传签确认,有公司网站的,可将规章制度提前在网站上发布,供员工讨论。笔者同时建议,公司在与员工签订或续订劳动合同时,可将规章制度列为劳动附件,由员工进行确认,以便在争议发生时,作为公司已履行公示或告知义务的证明。

六、依法办理社会保险缴纳事宜

《劳动合同法》第三十八条第一款第(三)项规定,用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的,劳动者可以解除劳动合同。在此情况下,用人单位应当向劳动者支付经济补偿。正是因为前述规定,很多用人单位仅因为未缴纳或未足额为劳动者缴纳社会保险,而被判令承担高额的经济补偿金。目前,各地法院针对前述情况,以出具会议纪要或地方司法解释方式,对该等情形的处理做出了一些矫正。会议纪要第31条明确规定,《劳动合同法》实施后,用人单位未按本市规定的险种为劳动者建立社会保险关系,劳动者请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的,应予支持,但经济补偿金支付年限应从2008年1月1日起开始计算。劳动者以用人单位未足额缴纳或欠缴社会保险费为由请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的,不予支持。前述规定,在一定程度上保障了劳动关系的稳定和用人单位的权益。但尽管如此,由于国家对于社会保险缴纳问题日益重视并加大了处罚力度,笔者在此仍然提请公司在与劳动者订立劳动合同后,及时为劳动者建立社会保险关系,并按照国家 and 地方规定如实申报社会保险缴费基数,足额缴纳单位应承担部分的社会保险费。

以上是笔者在多年法律服务过程中经常遇到的问题,希望通过本文能够引起公司对上述问题的关注和重视,强化和完善公司的劳动人事管理制度,以最大可能的化解劳动人事管理过程中可能出现的法律风险。

年休假若干法律问题解读



吴安静

年休假是时下白领们较为热衷的话题。随着年假制度的普及,年假不再是外企员工独占的福利,越来越多的私企员工也开始享受年假的美好。尽管如此,在一部分人享受悠长假期的同时,还是有一部分人不知年假何滋味。实际上,年假是法律赋予每位工作达到一定年限的劳动者的法定权利,未休年假可以获得相应补偿,而企业更有安排职工休年休假的义务。

实践中,企业职工对于自己应享有的年休假的权利以及未休年假应获得补偿不甚了解,另一方面,企业对于自身的义务,以及如何在年休假问题上避免法律风险,也存在一知半解或误解的情况。那么年假制度到底是如何规定的?满足什么样的条件可以休年假?年假有几天?未休年假如何补偿?如果没休年假就与公司解除劳动关系怎么办?

本文旨在对职工以及企业关心的年休假的重要问题进行解答,同时一并对年假制度及其他相关问题进行介绍,以期为企业及职工提供有益的参考。

一、年休假制度的发展历程

年假,从法律语言来说,是指带薪年休假。我国的带薪年休假制度初步确立于《中华人民共和国劳动法》(1995年正式实行)。该法规定劳动者连续工作一年以上的,享受带薪年休假。但是,《中华人民共和国劳动法》仅从法律层面上确立了这一制度,对于带薪年休假的天数,未休假的补偿等进一步的细化规定,则授权给国务院具体制定。

2007年,国务院制定完成《职工带薪年休假条例》(2008

年1月1日起实行),带薪年休假制度自此有了相对明确具体的实践依据。2008年,对上述条例进行细化规定的部门规章《机关事业单位工作人员带薪年休假实施办法》以及《企业职工带薪年休假实施办法》相继出台。可以说,我国的年休假制度已较为完整地建立起来。

二、年休假基本规定

对于职工而言,根据相关法律法规,职工连续工作1年以上的,可以享受带薪年休假。职工的范围包括机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工。在年休假期间,职工享受与正常工作期间相同的工资收入。

对于有权享受年休假的职工,根据其工作年限的不同,享受不同天数的年休假。累计工作已满1年不满10年的,年休假5天;已满10年不满20年的,年休假10天;已满20年的,年休假15天。

当然,并不是所有满足一定工龄的职工都可以享受年休假,在以下五种情况下,职工不享受当年的年休假。(一)职工依法享受寒暑假,其休假天数多于年休假天数的;(二)职工请事假累计20天以上且单位按照规定不扣工资的;(三)累计工作满1年不满10年的职工,请病假累计2个月以上的;(四)累计工作满10年不满20年的职工,请病假累计3个月以上的;(五)累计工作满20年以上的职工,请病假累计4个月以上的。

年休假是法律赋予职工的权利,相应的,单位有义务根据生产、工作的具体情况,统筹安排职工年休假,同时,在安排职工休年休假时,单位应当考虑职工本人的意愿。

既然安排年休假是单位的义务,那么对于单位来说,在何种情况下才可以不安排年休假呢?如果单位不安排年休假,会有怎样的后果?

根据相关规定,单位确因工作需要不能安排职工休年休假的,在经职工本人同意的情况下,可以不安排职工休年休假,但是,单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬。也就是说,如果单位不能安排职工休年休假,首先需要本人同意不休年休假,其次还需支付相应报酬。

但是,如果用人单位履行了其义务,安排职工休年休假,但是职工因本人原因不能休年休假时是否还需支付300%的

年休假报酬?笔者认为,在这种情况下,用人单位已履行其安排年休假的义务,而职工自动放弃其权利。根据相关规定,用人单位可在职工书面提出不休年休假的情况下,只支付其正常工作期间的工资收入。

年休假可以集中安排,也可以分段安排,一般不跨年度安排,除非单位确实因为生产、工作特点,有必要跨年度安排职工年休假的,可以跨1个年度安排。换句话说,特殊情况下,单位也仅可以跨一个年度安排年休假,也就意味着,年假一般情况下不可累积,当年假需当年休。

三、年休假相关的具体问题

了解了年休假的基本规定后,笔者拟就年休假相关的具体问题分点解析如下:

(一)“连续工作满12个月以上”“累计工作时间”如何理解

《企业职工带薪年休假实施办法》明确“职工连续工作满12个月以上的,享受带薪年休假”,此处的职工连续工作满12个月以上,既包括职工在同一用人单位连续工作满12个月以上的情形,也包括职工在不同用人单位连续工作满12个月以上的情形。

累计工作时间,包括职工从事全日制工作期间,以及依法服兵役和其他按照国家法律、行政法规和国务院规定可以计算为工龄的期间。

(二)新进职工年休假如何计算

职工新进用人单位且其工作时间已累计满一年,当年度年休假天数,按照在本单位剩余日历天数折算确定。折算方法为:(当年度在本单位剩余日历天数÷365天)×职工本人全年应当享受的年休假天数。

需要注意的是,折算后不足1整天的部分不享受年休假。

(三)与其他法定假日及假期是否有冲突

职工依法享受的探亲假、婚丧假、产假等国家规定的假期以及因工伤停工留薪期间不计入年休假假期。

职工享受寒暑假天数多于其年休假天数的,不享受当年的年休假。确因工作需要,职工享受的寒暑假天数少于其年休

假天数的,用人单位应当安排补足年休假天数。

同时,一旦职工已享受当年的年休假,年度内又出现职工请事假累计20天以上且单位按照规定不扣工资的;累计工作满1年不满10年的职工,请病假累计2个月以上的;累计工作满10年不满20年的职工,请病假累计3个月以上的;或者累计工作满20年以上的职工,请病假累计4个月以上的情况之一的,不享受下一年度的年休假。

(四) 无法安排年休假的补偿

用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数,应当在本年度内对职工应休未休年休假天数,按照其日工资收入的300%支付未休年休假工资报酬。

需要注意的是,此处日工资收入的300%包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。也就是说,如果某职工未休年休假正常工作,且公司已正常支付其工作时间的工资后,仅需再支付日工资200%的未休假补偿。

(五) 未休年休假工资报酬的计算方法

计算未休年休假工资报酬的日工资收入按照职工本人的月工资除以月计薪天数(21.75天)进行折算。

上述月工资是指职工在用人单位支付其未休年休假工资报酬前12个月剔除加班工资后的月平均工资。在本用人单位工作时间不满12个月的,按实际月份计算月平均工资。

(六) 解除劳动关系时未休年休假如何处理

用人单位与职工解除或者终止劳动合同时,当年度未安排职工休满应休年休假的,应当按照职工当年已工作时间折算应休未休年休假天数并支付未休年休假工资报酬。计算方法为:(当年度在本单位已过日历天数÷365天)×职工本人全年应当享受的年休假天数-当年度已安排年休假天数。

同样,折算后不足1整天的部分不支付未休年休假工资报酬。另外用人单位当年已安排职工年休假的,多于折算应休年休假的天数不再扣回。

(七) 年休假天数、未休年休假工资报酬与法定标准冲突如何解决

劳动合同、集体合同约定的或者用人单位规章制度规定的年休假天数、未休年休假工资报酬高于法定标准的,用人单位应当按照有关约定或者规定执行。

劳动合同、集体合同约定的或者用人单位规章制度规定的年休假天数、未休年休假工资报酬低于法定标准的,用人单位应当按照法定标准执行。

(八) 劳务派遣单位职工的年休假问题

被派遣职工在劳动合同期限内无工作期间由劳务派遣单位依法支付劳动报酬的天数多于其全年应当享受的年休假天数的,不享受当年的年休假;少于其全年应当享受的年休假天数的,劳务派遣单位、用工单位应当协商安排补足被派遣职工年休假天数。

(九) 《机关事业单位工作人员带薪年休假实施办法》与《企业职工带薪年休假实施办法》的适用

《职工带薪年休假条例》的调整对象,除企业职工以外,还有机关、团体、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工。针对不同的调整对象,人事部专门就机关、事业单位的职工年休假问题出台了《机关事业单位工作人员带薪年休假实施办法》(2008年2月15日施行);人力资源和社会保障部则专门就企业、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工年休假问题出台了《企业职工带薪年休假实施办法》(2008年9月18日施行)。

尽管有两个不同的实施办法,但是除非《机关事业单位工作人员带薪年休假实施办法》另有规定,机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的职工,也可以依照《企业职工带薪年休假实施办法》执行,接受后者的调整。

四、结论及建议

对于劳动者而言,符合《职工带薪年休假条例》规定的职工,可根据本文的解析了解自身享有的权利,在单位未能依法安排年休假时拿起法律的武器,维护自身的权利。

对于用人单位而言,根据《职工带薪年休假条例》,用人单位不安排职工休年休假又不依照条例及本办法规定支付未休年休假工资报酬的,将面临行政处理以及支付赔偿金的不利后果。

因此,笔者在此建议企业的法务或者人力资源部门,为了维护职工权益以及避免单位面临有关行政部门的行政处罚,应建立完善的年假统计工作,做好年假统筹管理以及合规性检查。

首先,在职工入职时,企业应核实职工的工作年限,以确定职工实际应休的年假时间。职工的累计工作时间可以根据职工档案记载、单位缴纳社保费记录、劳动合同或者其他具有法律效力的证明材料确定。发生争议时,职工的工作时间往往需要上述材料进行证明,因此提前掌握该些信息可使企业处于较为主动的地位。

其次,企业应视工作安排,主动安排年假,在因工作需要,无法安排年假的情况下,足额支付职工的年假补偿。需要注意的是,公司已正常支付其工作时间的工资后,仅需再支付日工资200%的未休假补偿。当然,企业可以通过其他的财务安排来完成对未休年假的补偿,笔者在此处不再赘述。

最后,如果用人单位安排职工休年假,但是职工因本人原因且书面提出不休年假的,用人单位应保存好该书面材料。一旦发生年假纠纷,该材料将成为用人单位依法履行其义务的凭证。

员工离职后的提成支付



沈威卫

提成是一种极为常见的薪酬和奖励制度。但是,由于对提成性质认识的不同,劳动者与用人单位之间因提成发生的纠纷非常普遍。本文拟就提成的相关问题作一简单梳理。

一、提成的法律性质

司法实践中,劳动者与用人单位的提成纠纷经常被仲裁委员会以不属于劳动争议受案范围为由不予受理;在诉讼过程中,用人单位也多以提成工资属于经营收入而非劳动法所调整的工资范畴进行抗辩。那么,提成是不是劳动收入?是否是属于劳动争议范围呢?

(一) 提成属于工资总额中的计件收入

一般来讲,工资是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定,以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬。根据国务院批准的《关于工资总额组成的规定》第四条规定,工资总额由下列六个部分组成:(1)计时工资;(2)计件工资;(3)奖金;(4)津贴和补贴;(5)加班加点工资;(6)特殊情况下支付的工资。同时该法规第六条规定:计件工资是指对已做工作按计件单价支付的劳动报酬。即计件工资包括:(1)实行超额累进计件、直接无限计件、限额计件、超定额计件等工资制,按劳动部门或主管部门批准的定额和计件单价支付给个人的工资;(2)按工作任务包干方法支付给个人的工资;(3)按营业额提成或利润提成办法支付给个人的工资。

根据上述规定,经营者按营业额提成或利润提成办法支付给个人的工资,性质上属于计件收入。既然是工资收入,由

此引起的涉及劳动者与用人单位之间的提成纠纷当然属于劳动争议范畴。

（二）提成不同于经营收入

提成作为工资总额中的计件收入，与经营收入显著不同，后者通常适用合同法、公司法、证券法等法律调整。所谓经营收入，是指用人单位或其代表在经营中所获取的增值收益。增值收益与工资特别是提成工资确实有着直接的联系，提成即是劳动者在用人单位增值收益的基础上根据协议约定或规章制度规定的比例范围获取的佣金，但两者仍有不同：第一，主体不同。提成是劳动提供者获得的劳动报酬，主体是劳动者；经营收入则是劳动使用者通过经营活动获得的增值收益，主体是用人单位（雇主）或其承包经营者。第二、内容不同。提成主要与劳动者付出的劳动力相对应；经营收入则主要与雇主对资本的经营活动相联系。第三、责任承担不同。提成的获得者只对自己付出的劳动数量和质量负责，不直接承担用人单位的经营风险；经营收入的获得者除享受经营过程中资本的增值收益外，还必须承担企业的经营风险和责任。

在特定情形下，作为工资收入的提成与经营收入可能会出现交叉，如果提成仅与劳动者个人工作实绩而非公司的全部经营业绩挂钩，以该种形式支付的酬劳应视为工资收入。但有一个例外情形，对于担任企业经营者的董事长、总经理、厂长、经理等人员，虽然实行与企业全部经营业绩挂钩的薪酬机制，但仅是由于其职权、职位、职责不同所致，与用人单位形成的仍是劳动关系，由此形成该类薪酬的请求权也应纳入劳动争议范畴。当然，如果上述人员同时为企业出资人或股东的，还可根据其出资比例享受企业经营活动的增值收益部分，对于该部分收入则不受劳动法、劳动合同法等法律的调整，而受公司法、合同法、合伙企业法等法律的规制。

二、提成的计算依据

（一）提成协议或提成制度是提成的计算依据

现实生活中，用人单位一般通过制定提成制度或与劳动者签订提成协议来作为计算提成的依据。

提成制度是用人单位制定的有关提成款的内部规章制度，虽然并非用人单位与劳动者双方自愿达成的协议，但一旦经过职工代表大会通过，即具有约束力，应当纳入劳动合同范

畴，由双方共同遵照执行。而最高院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（法释[2001]14号）对规章制度的合法性也给予了肯定。第19条规定，用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。这里所谓民主程序，根据《劳动合同法》第四条的规定，是指对于劳动报酬等涉及劳动者切身利益的规章制度或重大事项，应当经过职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或职工代表平等协商确定。对此，用人单位应当留有书面证据证明规章制度的制定已经过民主程序讨论，否则以其制定的关于劳动报酬（含提成制度）的规章制度作为提成的计算依据便存在瑕疵，在司法实践中可能不予认定。

当然，未经民主程序制定的提成制度的效力在实践中也非一概否之，劳动者按照提成制度的规定要求用人单位支付提成而用人单位以提成制度违反民主程序或尚未生效进行抗辩的，如劳动者有证据证明该提成制度已经执行或用人单位有根据提成制度发放提成的惯例，或者用人单位无法提供提成制度无效的的证据，该提成制度仍可作为提成的计算依据，这在仲裁及审判实践中已有认可的判例。此外，根据《劳动合同法》第八十条规定，用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。劳动者以其信赖的提成制度完成业绩，用人单位由于制定程序违法使其提成利益无法实现，劳动者亦可以该条诉讼之。

另外，提成协议是用人单位与劳动者之间在劳动合同之外就提成款另行签订的协议。从性质上说，提成协议应属于劳动合同的附件，与劳动合同一并遵守。

（二）提成制度变动或与提成协议出现冲突时的处理

在实践中经常出现两个问题，一是提成制度变动时提成的计算问题，二是提成制度与提成协议冲突时的处理。对于第一个问题，由于一些公司管理不规范，在仲裁或诉讼中经常会出现不同的销售提成版本。用人单位的提成制度不会一成不变，根据需要也会不时调整，但在新的提成制度正式公布之前，仍应按照原制度执行。规章制度虽不是法律，但亦应参照

法的不溯及既往原则,新公布的提成制度仅针对公布之后的提成计算行为,除非新的提成制度对劳动者更为有利。

对于第二个问题,较之提成制度相比,提成协议或劳动合同更能真实地反映双方意思表示,因此,如出现提成协议或劳动合同与提成制度内容相抵触时,应以前者内容为准。当然,如果两者内容相一致或提成制度的内容超出提成协议或劳动合同内容且不违反国家法律、法规的强制性规定的,该提成制度应作为劳动合同的补充。

三、员工离职后提成的结算

(一) 案例

甲某在本市一家公司从事销售工作,2009年6月公司通知与其终止劳动关系,甲某在办理手续时提出5月、6月均有相关销售业绩,要求公司支付2009年5月、6月的销售提成款。公司则表示,销售款尚未到账,所以,个人提成无法支付。什么时候款项到账,什么时候付款。甲某与公司协商未果,将公司告上仲裁庭。

上述是一起员工离职后关于提成结算纠纷的典型案列,即员工离职时相关款项未到账,应如何结算提成的问题。目前在司法实践中,有两种观点。

第一,大部分劳动仲裁委员会或法院对于提成的处理根据劳动合同约定或用人单位规章制度规定的时间及方式予以发放,如果没有合同约定或相关规章制度规定,即使之前用人单位有发放惯例,劳动者提出支付请求而用人单位予以否认的,仲裁委员会和法院也不会支持劳动者的主张。如果约定或规定款项到账的,只有在条件成就时才能予以提成结算。

第二,有的仲裁委员会或法院则认为劳动者离职时用人单位要支付全部的提成工资。理由为劳动部《工资支付暂行规定》第九条规定,劳动关系双方依法解除或终止劳动合同时,用人单位应在解除或终止劳动合同时一次付清劳动者工资。同时,劳动者已离开用人单位而无法掌握其经营情况,用人单位何时收回款项,劳动者不得而知,等销售款项到账或条件成就时予以结算提成是不合理的。

本人认为第一种观点更具合理性。首先,约定或规定提成的支付条件具有合法性。我国《劳动法》第47条规定,用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益,依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。因此,用人单位制定提成

制度或与劳动者订立提成协议约定提成支付条件符合《劳动法》关于工资分配方式的规定,其“款项收回”作为支付提成的前提条件,并未违反劳动法律法规中关于工资支付保障制度的强制性规定,应为合法有效。其次,款项到账作为提成支付条件,符合提成设立初衷,具有合理性。提成的设立就是为更好地激发劳动者的积极性,为企业创造更大的价值。款项未到账,利润就未产生,具有潜在风险性,在企业利润尚不存在时即要求公司兑现提成的承诺,显然是不公平的。而协助企业收回款项、最终实现利润本是业务人员的基本职责。最后,对于《工资支付暂行规定》第九条“一次付清劳动者工资”应做正确理解。工资作为对劳动者完成一定劳动所给的报酬,存在与一定数量的劳动或成果的对应关系。劳动者离职时,一定数量的工作已完成或一定的劳动成果已出现时,即应付给其报酬而不得拖欠。比如基本工资、加班费等,这种工资的支付条件是提供了一定数量的劳动,这在离职时是已经发生的、确定不变的事实。而对于提成,如离职时相应的款项尚未收回,代表劳动者相应的劳动成果还未出现,公司的利润尚未产生,以此为基础的提成支付条件也未成就,这类工资在离职时即无法一次性结清,但并不代表用人单位以后可以不再支付,而是应在款项到账后及时将离职员工的提成款项结清。

(二) 小结

在当前法律法规的前提下,为维护各方利益,减少纠纷发生,在实践中应注意以下问题:

(1) 用人单位与劳动者应尽量在劳动合同中明确工资构成及工资支付条件,尤其是提成、奖金等容易产生纠纷款项的适用标准、适用条件、支付时间等。

(2) 用人单位制定提成制度时,应经过民主程序并向劳动者出示,在其同意后将其列为劳动合同附件使用。

(3) 在劳动者离职时,就尚未结清的提成款,双方应签订书面协议,明确提成款的支付数额、条件及支付时间。

(4) 关于与支付提成相关的材料(如销售合同、回款情况、提成结算情况)应妥善保管,避免日后发生纠纷。

海上保险合同诉讼时效中断问题研究



郭雍

《海商法》对海上保险合同纠纷规定了较《民法通则》更为严格的诉讼时效中断制度。《民法通则》第一百四十条规定：“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。”《海商法》第二百六十七条规定：“时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。”也就是说，在海上保险合同纠纷中，诉讼时效中断事由除了“提起诉讼和仲裁”以外，只有“被请求人同意履行义务”，对“被请求人同意履行义务”具体含义的理解，就决定着作为海上贸易一方当事人的投保人或被保险人，在保险事故发生后，要求保险公司赔偿或给付保险金的请求权能否得到法院的保护。

一、各地法院对“被请求人同意履行义务”的不同观点

（一）上海海事法院观点

上海海事法院在“龙腾贸易有限公司 (LONGTENG TRADING) 诉中国太平洋财产保险股份有限公司浙江分公司海上保险合同纠纷案(2009)沪海法商初字第325号”中认为：

“被保险人于保险事故发生的次日即向保险人报案，保险人直至半年后才发出拒赔通知书，在此之前，被保险人并不知晓保险人拒绝赔偿，故保险人在接受报案至作出拒赔通知前应视为‘被请求人同意履行义务’，可构成诉讼时效的中断。”

（二）宁波海事法院观点

宁波海事法院在“赵典藏等与中国人民财产保险股份有限公司

限公司温州市分公司船舶保险合同纠纷案(2006)甬海法温商初字第39号”中认为:“事故发生后,被保险人即通知保险人,并按保险人指示采取了一系列施救措施,并以书面报告的形式要求理赔;保险人接理赔报告后,要求被保险人联系施救单位,并随后由其自行联系施救单位编制施救方案和预算报告;报告作出后,再请示其上级单位委托保险公估。保险人上述一系列行为,均具‘同意履行义务’的意思表示效力,构成诉讼时效中断。理由在于,保险人的施救行为属于同意履行义务的明示的意思表示,对保险事故进行理赔是保险人的一项合同义务,因此,在船舶保险合同语境下,《海商法》第二百六十七条第一款中‘同意履行’的客体,不限于支付保险赔款,还包括理赔义务在内,至于赔偿金额和期限是否明确可在所不问。依目的解释,法律规定诉讼时效,是为了促使权利人及时行使权利,避免当事人之间法律关系长久处于不稳定的状态。如果许可保险人一方面以诸如资料未齐、损失未确定、内部审核、向第三人起诉等为由拖延赔付,另一方面又不作拒赔表示,待两年届至,得能再以诉讼时效作抗辩,既非立法之本意,也与诚实信用原则不符。鉴于目前海上保险业务中,保险人对保险理赔往往采取‘拖字诀’,不理不赔,或理而不赔,或利用被保险人对《海商法》有关诉讼时效特别规定的疏忽,让被保险人因此吃了不少哑巴亏。海上保险合同纠纷中,既不能无视《海商法》的特别规定,也不能轻率地在‘被请求人同意履行义务’与保险人同意支付保险赔款之间划等号。通过案件审理中对法律的恰当解释,公平保护当事人正当利益,实践意义甚巨。”¹

二审浙江高院维持原判(浙江省高级人民法院(2007)浙民三终字第110号)

(三) 天津市高级法院观点

天津高院在“百事昌化学公司与中国人民财产保险股份有限公司北京市分公司海上保险合同纠纷上诉案(2005)津高民四终字第160号”中认为:“诉讼时效因为被请求人同意履行义务而中断,这种‘同意履行义务’必须是非常明确的,包括确认了具体的赔偿数额。并且是没有任何附加条件的。其次,法律之所以规定诉讼时效,目的是防止权利人懈怠行使权利。诉讼时效的起算点是‘保险事故发生之日’,而不是保险公司

的‘拒赔’。”

从上述可以看出,上海海事法院对“被请求人同意履行义务”的解释是,保险人未明确做出拒赔通知前,应当视为保险人“同意履行义务”;宁波海事法院的解释是,保险人的合同义务,不仅包括赔偿义务,也包括理赔义务,保险人的协助施救等行为,具有“同意履行义务”的意思表示;天津法院则将保险人“同意履行义务”限定为“同意赔偿,并明确了具体赔偿数额”。

由于语言所具有的开放性和流变性,使得以语言文字为载体的法律条文,在被理解的过程中,难免会出现差异。究竟何种解释更符合立法原意?在没有其他法律规定可以明确法律条文的具体含义,而过往判例又有不同观点时,我们只有通过法学基础理论推导该条文的具体含义。

二、从法学方法论角度分析海上保险合同纠纷中“被请求人同意履行义务”的具体含义

“法学方法论”,也有学者称为“法律解释学”,是法学基础理论之一,旨在为实践中模糊的法律规则寻找确定的答案。法学方法论的主要方法有文义解释方法、体系解释方法、目的解释方法、历史解释方法、评价解释方法等。

首先,从文义解释方法看海上保险合同中保险人的“义务”。

根据法律原理,行为人的“义务”要么来源于当事人之间的约定,要么来源于法律的规定。《海商法》对保险人的义务未做详尽的规定,但《保险法》第二十三条规定:“保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后,应当及时作出核定……保险人应当将核定结果通知被保险人或者受益人;对属于保险责任的,在与被保险人或者受益人达成赔偿或者给付保险金的协议后十日内,履行赔偿或者给付保险金义务。”第二十四条:“保险人依照本法第二十三条的规定作出核定后,对不属于保险责任的,应当自作出核定之日起三日内向被保险人或者受益人发出拒绝赔偿或者拒绝给付保险金通知书,并说明理由。”从该规定可以看出,在保险合同关系中,保险人的义务不仅包括“赔偿或者给付保险金”,还包括“收到赔偿或者给付保险金的请求后,及时作出核定”、“将核定结果通知被保险人或者受益人”、“对不属于保

¹ 宁波海事法院(2006)甬海法温商初字第39号判决

险责任的,应当向被保险人或受益人发出拒赔通知书”等理赔义务。因此,将保险人的“义务”仅理解为赔偿义务,显然是对“义务”进行了缩小解释。

其次,从体系解释方法看“被请求人同意履行义务”的范围。

体系解释方法是从法律制度体系的整体框架下理解法律条文,通过对一般法律原则、相关立法规定、上下文语境,部门法基本原则等进行考察,运用逻辑和类推的方式,推导出条文的具体含义。海上保险合同关系属于平等主体之间的民商事关系,民商事关系最基本的原则是公平和诚实信用。由于保险合同关系的特殊性,保险人在赔偿或给付保险金之前,要对保险事故进行核定,核定前,有时(如宁波海事法院审理的“浙乐油18”轮案)还需对投保标的进行历时长久的救助过程,在经历了救助和核定过程后,等保险人做出拒赔决定时,被保险人的诉讼时效从保险事故发生之日起算,可能已所剩无几。同时,也为保险人利用该规定故意拖延时间留下了空间,显然不利于法律对民商事关系中公平与诚实信用原则的保护。

第三,从目的解释方法角度分析“被请求人同意履行义务”的立法原意。

目的解释,是指以历史回顾的方式,探寻立法意图,分析立法者要保护的法益和想要实现的目的,进而根据立法者的价值判断和利益选择对法律条文作出解释。

诉讼时效制度的立法目的在于“防止权利人怠于行使自己的权力”,《海商法》的立法目的在于“促进海上运输和经贸的发展”,海上保险的主要职能是“通过分摊风险,提供经济补偿,降低海上贸易的风险,促进海上运输和经贸的发展”。《海商法》之所以规定较《民法通则》更为严格的诉讼时效制度,根据商法的基本原则,目的在于缩短商事交易周期,促进商事交易的简便和迅捷。

由于海上保险合同关系的特殊性,在发生保险事故后,保险人还需履行查勘检验、核定案情、分析案情、计算赔偿金额等理赔流程,再做出是否赔偿或支付保险金的决定,在保险人做出决定前,被保险人不是怠于行使权利,是由于相对人的最终行为结果不确定,而无法行使权利。因此,如果将海上保

险合同纠纷诉讼时效中断事由之“被请求人同意履行义务”进行缩小解释,必然有违立法原意。

建设工程法律基础词汇辨析： 单位工程与单项工程



张晓峰

在《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2008) (简称《2008清单规范》)中,建设工程按照其范围大小,划分为工程项目、单项工程、单位工程、分部分项工程。四者为层层包含关系,即:工程项目包含单项工程,单项工程包含单位工程,单位工程包含分部分项工程。

但是,何为单项工程、何为单位工程,《2008清单规范》没有明确的界定。在一些标准规范及相关法律规定中,对于单项工程和单位工程的界定存在互相矛盾之处。笔者尝试对二者进行辨析并提出观点。

一、辨析“单项工程”和“单位工程”具有重要的法律意义

辨析单位工程与单项工程有许多重要的意义,比如:有助于工程的分类、计价、归档、验收等。此处主要说明辨析单位工程与单项工程的法律意义,主要体现在如下两方面。

(一) 只有清晰界定二者的含义才能确定施工总承包发包的最小单位。

《建设工程质量管理条例》(简称《条例》)禁止肢解发包,并且设置相应的处罚措施。关于什么叫肢解发包,《条例》的定义为:“建设单位将应当由一个承包单位完成的建设工程分解成若干部分发包给不同的承包单位的行为。”但是,对于什么叫“应当由一个承包单位完成的建设工程”,是否就是指单位工程或单项工程,条例没有明确的说明。

肢解发包问题,实质就是最小发包单位的界定问题。各地

对施工项目的最小发包单位均有细化规定。比如：

《上海市建筑市场管理条例》第二十三条第二款规定：

“建设单位或者总承包单位发包施工项目的，以建设工程中的单项工程为最小标的。”

《江苏省建筑市场管理条例》第十一条第三款规定：

“施工或者监理业务的发包，以工程项目的单位工程或者标段为允许划分的最小发包单位。”

需要注意的是，上海和江苏两地对于施工总承包最小发包单位的规定是截然不同的。上海规定的最小单位是单项工程；江苏规定的最小单位是单位工程。上海规定的“单项工程”和江苏规定的“单位工程”是否指同一范围？上海和江苏关于单位工程和单项工程的范围认定是否存在矛盾？回答这些问题的前提是厘清单位工程和单项工程的定义。

（二）只有清晰界定二者的含义才能确定工程竣工移交使用的最小单位。

《建筑法》和《建设工程质量管理条例》均规定，建设工程经验收合格的，方可交付使用。

但是，关于工程验收和移交使用的最小单位是什么，《建筑法》、《建设工程质量管理条例》以及相关的规章，没有明确的界定。在实践中，业主单位与施工单位也有同样的困惑。比如：一个房屋建筑工程一共12层，其中的7-12层已经全部完工，1-6层还在进行最后的装修收尾工作。此时，是否可以同时对7-12层进行区域的四方验收，以便于业主先行使用。先行进行区域验收及使用的做法是否涉嫌违法，如果违法，其法律依据何在。

要回答这个问题，同样需要界定单位工程与单项工程的含义。

二、两种不同观点

辨析单位工程与单项工程的关键在于确定单位工程的定义，单位工程的定义确定了，单项工程的定义或者其是否有存在必要的问题也就迎刃而解。

单位工程的定义，争议的焦点在于其能否独立发挥生产能力或效益，有如下两种观点。

（一）第一种观点认为，单位工程指能够独立组

织实施，竣工后不可以独立发挥生产能力或效益的工程。

例如：土建、电器照明、门窗工程、给水排水等。单项工程指在一个建设项目中，具有独立的设计文件，能够独立组织施工，竣工后可以独立发挥生产能力或效益的工程。例：一所学校的教学楼、实验楼、图书馆等。

第一种观点的支持依据来自有关法规，由于涉及法规较多，笔者仅罗列部分：

1、《建设工程价款结算暂行办法》支持第一种观点。

《建设工程价款结算暂行办法》第十四条规定：“……工程竣工结算分为单位工程竣工结算、单项工程竣工结算和建设项目竣工总结算……1、单位工程竣工结算由承包人编制，发包人审查；实行总承包的工程，由具体承包人编制，在总包人审查的基础上，发包人审查。2、单项工程竣工结算或建设项目竣工总结算由总（承）包人编制，发包人可直接进行审查，也可以委托具有相应资质的工程造价咨询机构进行审查。政府投资项目，由同级财政部门审查。单项工程竣工结算或建设项目竣工总结算经发、承包人签字盖章后有效……”

从上述规定可以看出，《建设工程价款结算暂行办法》将施工总承包人承包的工程认定为单项工程，将施工总承包人下属的分包人（即该办法所述的具体承包人）承包的工程认定为单位工程，也就是专业分包工程。也就是说，该办法认为，专业分包工程是单位工程，那么专业分包工程的上位概念即总承包工程是单项工程。

《办法》从侧面支持了第一种观点。

2、《上海市建筑市场管理条例》支持第一种观点

《上海市建筑市场管理条例》第二十三条规定：“一个建设工程的勘察、设计、施工项目，可以全部发包给一个承包单位总承包；也可以将一个建设工程的勘察项目、设计项目、施工项目分别发包给承包单位总包。建设单位或者总承包单位发包施工项目的，以建设工程中的单项工程为最小标的。”

第二十四条规定：“设计总包单位可以单项工程为最小标的，分包给其他设计单位。施工总包单位可以单位工程为最小标的，分包给其他施工单位。分包单位应当自行组织完成其承包的全部业务，不得将承包的业务再进行分包。”

从以上规定可以看出，上海规定将单位工程作为专业分包的最小单位，将单项工程作为施工总承包的最小单位。众

所周知,门窗工程、幕墙工程等专业工程为实践中常见的分包工程,由此说明,《上海市建筑市场管理条例》支持第一种观点,即单位工程为竣工后不可以独立发挥生产能力或效益的工程,如土建、电器照明、门窗工程、给水排水等。

3、教育部《教育部委托投资咨询评估管理办法》支持第一种观点

《教育部委托投资咨询评估管理办法》第5条规定:“设计概算包括:单位工程概算书、单项工程综合概算书、建设项目总概算书(表)等……(4)对单位工程概算书和单项工程综合概算表的评审。各专业是否按规定编制了单位工程概算书,工程量计算规则是否正确,数量是否准确无误,工程取费是否合理。单项工程综合概算表是否按单位工程概算书的结果编制、汇总,数据是否一致。在评审报告中应说明对分项工程、单位工程及单项工程审查的结果,并就影响投资的问题与编制单位进行沟通。”

从以上规定可以看出,该办法将工程分为单位工程、单项工程、建设项目。单位工程对应的是各专业,也就是专业工程。由此说明,《教育部委托投资咨询评估管理办法》从侧面支持了第一种观点。

(二)第二种观点认为:单位工程指具有独立的设计文件,竣工后可以独立发挥生产能力或工程效益的工程。

例如:办公楼、厂房等。单位工程的上位概念就是建设项目,无需额外设置单项工程的概念。

第二种观点的支持依据来自标准规范和有关法规,由于涉及的规范和法规较多,笔者仅罗列部分。

1、《建筑工程施工质量验收统一标准》支持第二种观点。

《建筑工程施工质量验收统一标准》(GB50300-2001)(简称《验收规范》)第4.0.2项规定:“单位工程的划分应按下列原则确定:(1)具备独立施工条件并能形成独立使用功能的建筑物及构筑物为一个单位工程。(2)建筑规模较大的单位工程,可将其能形成独立使用工程的部分为一个子单位工程。”《验收规范》并无关于单项工程的规定。

《验收规范》第6.0.3项、第6.0.4项、第6.0.7项关于竣工验收的程序规定如下:

“6.0.3 单位工程完工后,施工单位应自行组织有关人员进行检查评定,并向建设单位提交工程验收报告。(强制性条文)”

6.0.4 建设单位收到工程验收报告后,应由建设单位(项目)负责人组织施工(含分包单位)、设计、监理等单位(项目)负责人进行单位(子单位)工程验收。(强制性条文)

6.0.7 单位工程质量验收合格后,建设单位应在规定时间内将工程竣工验收报告和有关文件,报建设行政主管部门备案。”

从上可以看出,《验收规范》的观点为,单位工程是能够行为独立使用功能的工程,并且,单位工程是竣工验收的最小单位。很明显,《验收规范》支持第二种观点。

2、《建设工程文件归档整理规范》支持第二种观点。

《建设工程文件归档整理规范》(GB/T 50328—2001)(简称《归档规范》)相关规定如下:

“2.0.1 建设工程项目 (construction project)

经批准按照一个总体设计进行施工,经济上实行统一核算,行政上具有独立组织形式,实行统一管理的工程基本建设单位。它由一个或若干个具有内在联系的工程所组成。

2.0.2 单位工程 (single project)

具有独立的设计文件,竣工后可以独立发挥生产能力或工程效益的工程,并构成建设工程项目的组成部分。

2.0.3 分部工程 (subproject)

单位工程中可以独立组织施工的工程。”

从以上规定可以看出,《归档规范》支持第二种观点。

3、《江苏省建筑市场管理条例》支持第二种观点。

《江苏省建筑市场管理条例》第十一条第三款规定:“施工或者监理业务的发包,以工程项目的单位工程或者标段为允许划分的最小发包单位。”

从以上规定可以看出,《江苏省建筑市场管理条例》规定以单位工程为最小发包单位,从侧面支持第二种观点。

此外,在一些书籍、法规中同时出现了以上两种观点,在此不再一一列举。

三、笔者观点及结论

(一)笔者支持第二种观点。理由如下:

首先,《建筑工程施工质量验收统一标准》、《建设工程

文件归档整理规范》等规范都属于国家标准,并且,《验收规范》的6.0.3、6.0.4项属于强制性条文,必须严格执行。既然国家标准的强制性条文规定了单位工程可以进行单独验收,从侧面说明了单位工程具备了移交和竣工备案的条件,进而说明单位工程在竣工验收后应当具备独立的使用功能。

其次,既然单位工程能够单独验收,独立发挥使用功能,就不宜在建设项目和单位工程之间再设置一个单项工程的概念,如果设置了,单项工程怎么定义就会成为一个难题。

因此,笔者认为,在现有的法律环境下,宜按照第二种观点理解单位工程,即单位工程指具有独立的设计文件,竣工后可以独立发挥生产能力或工程效益的工程。无需额外设置单项工程的概念。《上海市建筑市场管理条例》等法规的规定属于用词不当,建议尽快进行统一修改。《2008清单规范》中有关“单项工程”的表格可以取消。

(二) 在单位工程按照第二种观点理解的前提下,工程施工总承包发包和竣工验收的最小单位是单位工程。

1、工程施工总承包竣工移交的最小单位是单位工程。

如前述分析,我国的相关验收规范的验收程序均在单位工程的基础上建立,因此,应当理解为,工程竣工验收及移交的最小单位是单位工程。回到本文在第一条所述的案例中,12层的楼房只完成6层的施工任务,该已完成部分不是整个单位工程,是不能够进行竣工验收的。

2、工程施工总承包发包的最小单位是单位工程。

从工程发包的概念来看,将单位工程界定为发包的最小单位更为符合工程的实际。举例说明,一个房屋建筑项目由A、B两栋楼,每一栋楼为一个单位工程,两栋楼具有独立的施工界面,可以同时施工。在此种情形下,将A、B两栋楼分别委托不同的施工单位来施工为实践中非常常见的现象,也可以加快工程的施工进度。如果强制要求一个项目只能发包给一个单位,反而不利于工程的推进。

因此,如果按照第二种观点界定单位工程,将单位工程作为施工总承包工程发包的最小单位是不存在争议的。

万商天勤2012新年年会图片







2011年度优秀员工揭晓



“神马杯”我最喜欢的年会艺人揭晓



最性感女艺人

寇科研

评委会评语:

“她”甜美、性感、娇羞，身姿比芙蓉姐姐更窈窕，面庞比凤姐更勾魂，一头浓密亮丽的黑发带走了无数少男的心。不得不令人怀疑，上帝怎么会将如此多的优点集中在她一人的身上。这就是她，一个如诗画般的完美性感女神：寇科研小姐。

年度hold住哥

何帅领

评委会评语:

他爱出国，也爱考察；爱徒弟，不爱妖怪；爱念经，更爱Only You。不是专员，不是传人，他是唐长老，他是何帅领；他跟小说里一样，也不一样，他对女儿国女王一直念念不忘；她和你想的不同，他情到深处，甜到哀伤。

最销魂舞林高手

高丽春

评委会评语:

他翩若惊鸿，矫若游龙，他曼妙的舞姿，犹如春夜里划破天空的一道霹雳，把在场的所有观众雷得外焦里嫩，谁都没有想到，在他斯文的外表下，竟隐藏着一个如此不羁的灵魂。他是律师中舞跳得最好的，也是舞蹈界律师作的最棒的。他领舞的“律师的私生活”，使他荣获本届最销魂舞林高手，他就是我们的舞王——高丽春。

年度时尚先生

石有明

评委会评语:

时尚是什么？DIOR、CHANEL、LV？不，这些都是浮云，2011年的时尚属于一名英雄，一名偶像，一名美国人民的救世主。他从不拘泥于世俗的眼光，以大无畏和创新的精神，将高开叉性感红色小裤衩外穿，闪瞎了全球潮男靓女的眼睛，让全世界的时尚顿时暗淡无光。一直被模仿，从未被超越，他已然成为时尚界的奇葩，服装界的翘楚。他就是超人——石有明先生。

年度师奶杀手

徐猛

评委会评语:

他独立而有个性，他理智而又冷静，他能文而又善武，他爱人就如爱己。他是谜样的男子，拥有穿越时空的深邃眼眸，人生就是他眼底里的一抹伤怀。他的灵魂纤细而轻盈，现实世界不是他最后的归宿，只是印证他的灵魂与想象的证据。他不是周润发、黄晓明，他是万千师奶的偶像和梦中情人，他就是许文强的扮演者——徐猛。

上半生成就奖

徐寿春

评委会评语:

他身在证监会，他心系V&T，他神龙见首不见尾，他用自己的上半生为证券业务呕心沥血地忘我工作，本届组委会殷切地希望他下半生也能像他的上半生一样取得更辉煌的成就，最终能获得我们万商天勤第50届神马奖的终身成就奖——徐寿春。

重庆分所开业典礼



万商天勤在西南政法大学设立奖学金签约仪式

首届万商天勤杯非诉律师大赛



赛前宣讲及活动现场

