

金道律师

2013·第二辑·总第二十二辑

编 委：胡祥甫

崔海燕

夏家品

执行编辑：张延来



金道律师事务所
BRIGHTIOUS LAW FIRM

目 录

卷首语

再看金道——蓦然回首,伊人阑珊

..... 黄 耀 001

金道论坛

网络信用炒作平台的法律治理——以淘宝信用为例 ... 申柱石 003

美国法院“刺破公司面纱”考量因素之实证研究及启示

..... 马齐林 012

债权转股权实施中的风险提示 黄 耀 肖彩霞 034

文书精品

股东会决议无权为股东增设竞业禁止义务

——湖州某公司决议纠纷案评析 黄 亮 041

李某涉嫌职务侵占罪一案的律师意见书 陈云丰 052

浙江 HJ 控股集团有限公司 SACC 房地产项目联合收购

之法律意见书 王扩海 061

案例评析

一起涉外销售代理合同纠纷案的代理纪实

——兼论涉外销售代理合同的订约及履约注意点

..... 崔海燕 王 嫣 075

金道沙龙

互联网大佬的法律故事之马云篇 张延来 083

汉朝名相第一 092

兰花春风送女出嫁 095

律师推荐

林罗斌 098

黄 河 100

金道动态

..... 102



再看金道

——蓦然回首，伊人阑珊

□ 黄 耀 *

伴随着我们金道所、金道人以及金道期刊的成长，这已是我第三次执笔撰写《金道律师》卷首语。犹记得初撰“感受金道”之时的拘谨生疏；且想起再写“又看金道”之际的字句斟酌……于是，此次，我决定借“再看金道”为题再续前话，并以此抛砖引玉。

“蓦然回首，那人却在灯火阑珊处”，三度回首金道时，我感受到对“她”愈演愈烈的爱。这份爱：不仅是我自身热爱律师工作的激情映射，更是对金道事业的崇高敬意和责任担当，如同来自灵魂深处的呐喊！

“守信如金，为业载道”，此乃金道，是我们每一位金道人铭记在心的信念和严以律己的准则。然而，其实能够赋予“金道”其他含义的解读还有很多。如若时刻心系“金道”，或许你将猛然发现：在执业过程的某个瞬间，往往会对“金道”迸发出其他独特的理解，注入自己特有的情愫。

在我看来，“金”还体现在闪闪发光的团队魅力上，而团队魅力源于每位金道人以德铸造的人格魅力。人格魅力既是团队协作所必

* 黄耀，本所高级合伙人，一级律师，浙江省律师协会金融与保险专业委员会副主任，浙江省律师协会民商专业委员会委员，浙江省律师协会建筑房地产专业委员会委员，浙江省律师协会企业重整重组及破产管理业务委员会委员，杭州市律师协会知识产权专业委员会委员，丽水市仲裁委员会仲裁员。



须的粘合剂,亦是取得客户群体深度信任的定心丸。何为人格魅力?我想概括为:专业、风格、阅历、品貌。专业先行:律师的专业能力表现为清晰的思维,精准的判断,权衡的方案;既能举重若轻,亦能举轻若重。风格相济:在良好的品行,渊博的知识,沉稳的社交的基础上,既要忠于法律、坚持原则,又要保持谦和、宽容的处世态度,不失灵活性。法律的本质是经验而不是逻辑,律师的经验是最微妙的话题,资深律师往往比年轻律师更令人信服,然而这也恰恰成为年轻律师坚持梦想的原动力。再说品貌,品貌无需帅美,而端正的坐姿,稳健的行走才是由内而外散发的气质,更为人格魅力锦上添花。

佛语云:“道心圆满”。我亦认为,律师之道取之于圆满。我在处理案件的时候总喜欢预设出各种可能发生的结果,并以此选择最佳方案,而最佳方案其实莫过于努力达成当事人双方利益最大化,损失最小化的“共赢结果”。从事法律工作30载,经历争议纠纷无数起,我认为竭尽全力争取自己当事人的权益固然非常重要,但鱼死网破、非此即彼并非最智慧的选择。律师,既要对得起当事人的委托,也要对得住社会大众的嘱托。有时候,在你不损害自己委托方权益的基础上,不妨给对方当事人一个友好的温馨提醒、一种设身处地的执业态度,这或许可以化干戈为玉帛,亦或赢得更多人的尊敬,赢得潜在案源。这便是我所理解的“圆满之道”。

要快乐,就别纠结。这是我QQ上的个性签名,送给所有的金道人,以此共勉。祝愿我们每一位金道人快乐执业,幸福生活。



网络信用炒作平台的法律治理

——以淘宝信用为例

□ 申柱石*

摘要:信用和支付是支撑电子商务发展的两大支柱。电子商务交易平台正是解决了卖家信用问题,才使得消费者放心进行网购。但网络信用制度的产生机制也使得不少经营者采用虚构交易等方式累积信用,后期甚至出现了大量的第三方信用炒作平台^①,帮助刚入门的淘宝卖家短时间内迅速积累高信用。这样的做法使得整个电子商务信用体系受到严重冲击,消费者不再将卖家的信用值作为购买参考,电商平台的整体信用也被拖入泥潭。法律上如何界定网络信用,是否有相应的途径治理炒信行为,从而还电子商务一片净土,本文试图做一分析。

关键字:网络 信用 炒作平台 治理

一、几个基本概念和事实

(一) 淘宝卖家信用

也可以叫做“淘宝信用”,是淘宝提供给卖家的一种展示其交易数量和信誉度的服务。根据淘宝官方规则描述^②,具体的运行机制是,淘宝会员在淘宝网每使用支付宝成功交易一次,就可以对交易对象作一次信用评价。评价分为“好评”、“中评”、“差评”三类,每种

* 申柱石,本所高级合伙人,中国电子商务协会政策法律委员会委员

^①在百度搜索“刷信用”,不完全统计有上百家刷信用的网站,一般除淘宝信用可刷,拍拍等平台的信用也都在可刷之列。

^②详见淘宝网服务中心:<http://service.taobao.com/support/knowledge-847753.htm>



评价对应一个信用积分,具体为:“好评”加一分,“中评”不加分,“差评”扣一分。最终,卖家根据不同的积分额度可以获得不同等级的信用等级和标识,具体对应关系如下图:

4分-10分	♥
11分-40分	♥♥
41分-90分	♥♥♥
91分-150分	♥♥♥♥
151分-250分	♥♥♥♥♥
251分-500分	💎
501分-1000分	💎💎
1001分-2000分	💎💎💎
2001分-5000分	💎💎💎💎
5001分-10000分	💎💎💎💎💎
10001分-20000分	👑
20001分-50000分	👑👑
50001分-100000分	👑👑👑
100001分-200000分	👑👑👑👑
200001分-500000分	👑👑👑👑👑
500001分-1000000分	👑
1000001分-2000000分	👑👑
2000001分-5000000分	👑👑👑
5000001分-10000000分	👑👑👑👑
10000001分以上	👑👑👑👑👑

(二)信用炒作及基本流程

信用炒作是指网络卖家采用虚假交易的方式累积信用值的行为,整个交易过程中没有实际的发货和支付行为,所以是虚假交易。消费者也不清楚虚假交易的存在,故无法判断卖家的真实信用到底如何。



信用炒作的基本流程如下表：

买家：	1.发布买号	2.接手任务	3.拍下付款	4.收货评价	5.完成任务
卖家：	1.发起任务	2.提交商品	3.淘宝发货	4.双方好评	5.完成任务

注意,这个流程看似跟真实交易一致,但区别在于买卖双方事先进行沟通,买方付款后卖方会通过其他方式将款项退还,卖方不会实际发货,买方伪装成已收货。所以整个流程走完之后,虽无实际交易,但在交易平台看来交易却完成了,故而能够累积信用积分。

(三)炒信平台及其危害

由于小范围的几个用户之间相互进行信用炒作,很容易被交易平台所识别并给予处罚,所以久而久之,一些大型的第三方炒作信用的平台网站开始出现,其作用在于汇集大量的淘宝网用户(包括卖家和买家),相互之间虚假交易,逃避淘宝平台的监管,而炒信平台在炒信双方之间起到中介和担保的作用,当然,炒信平台最终收取手续费作为盈利。

据了解,大型炒信平台网站用后数万甚至数十万用户,炒信规模非常之大,对类似淘宝、拍拍这样的电子商务交易平台信用冲击非常严重。基于目前淘宝自查机制的完善,炒信平台开始雇佣技术人员安全人员破解淘宝第二代刷信用监控系统,编写了一套针对该系统的刷信用安全守则,使得不诚信淘宝卖家得以更加隐蔽的完成信用的虚假累积。

二、“淘宝信用”的法律属性

(一)物权角度分析

《物权法》规定“物权,是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权”,而“物,包括



不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的,依照其规定”,由于“淘宝信用”不属于动产或不动产,加上物权的类型必须有法律明确规定,故淘宝卖家信用无法归于物权一类。

既然无法归类到物权,因此也难以引用“侵犯财产权”等相关案由和诉讼思路。

(二)知识产权角度分析

由于无法获知淘宝平台就“淘宝信用”相关文字、图形及技术(方法)是否申请了商标或专利,所以对于知识产权的分析难以做出结论。但从淘宝卖家信用的各种表现分析,淘宝使用了红心、钻石、皇冠等通用的图形作为信用标识,难以主张著作权和商标权保护。至于整个信用评价机制倒是存在申请方法专利的可能性,但炒信平台的炒信流程是否完全落入其专利保护范围是比较难以确定的。

从这个角度而言,借助知识产权途径打击炒信平台也难以奏效。

(三)反不正当竞争角度分析(商业信用、商品声誉)

《反不正当竞争法》第十四条:“经营者不得捏造、散布虚伪事实,损害竞争对手的商业信用、商品声誉”。

笔者认为,对于淘宝公司而言,“淘宝信用”具备双重意义,一是淘宝公司自身整体商业信用的重要组成部分,“淘宝信用”作为一套评价制度,其有效与否直接影响着淘宝平台本身在消费者心目中的可靠性和可信度^③;同时,“淘宝信用”也是淘宝公司为卖家提供的一种商品^④(服务),炒作淘宝信用的行为也构成对“淘宝信用”作为商品(服务)本身的声誉带来负面影响。

^③经常有消费者反馈“淘宝上的皇冠店铺都是假的,别信”,这样的认知不仅对淘宝卖家更是对淘宝本身产生负面影响,因为一个平台缺乏可靠的信用体系,是无法吸引用户驻留和使用的。

^④《反不正当竞争法》第二条:“本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。”从该条可以看出,不正当竞争规范的是市场竞争行为和市场秩序,与炒作信用在性质上是能够重合的,另外,不正当竞争法中所称的商品涵盖了服务,所以可以将淘宝信用容纳进去。



对于淘宝卖家而言,“淘宝信用”则其淘宝店铺在消费者心目中的信誉度和美誉度,因此淘宝卖家也可以作为“淘宝信用”的权利主体。

(四)产品质量标志角度分析

《反不正当竞争法》第五条:“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:(四)在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志,伪造产地,对商品质量作引人误解的虚假表示”。

如果把“淘宝信用”理解为淘宝公司设计的一种用于卖家店铺上的信用标志,那么上述该条第四款可以看出,“淘宝信用”属于商品(服务)质量标志,而通过虚假交易等炒作手法生成淘宝信用的行为则构成了对该条规定的违反。

需要注意的是,产品质量标志在法律上通常理解为“认证标志”、“名优标志”两种,这两种标志都有固定的含义,“淘宝信用”若要归类到其中去,则需要进行扩大化的而且一定程度上突破常规的解释。

三、反不正当竞争路径下的炒信平台治理

从上述对“淘宝信用”的法律属性分析来看,不正当竞争法中最能够找到充分并且合理的依据,在将淘宝信用定性为“商业信用、商品声誉”的前提下,淘宝平台或者淘宝守法卖家作为权利人(原告),可以针对炒信平台提起不正当竞争诉讼,具体分析如下:

(一)有关淘宝网与炒信平台之间是否属于“竞争关系”的分析

鉴于上述分析中侵犯“商业信用、商品声誉”的法律规定中,需要行为人损害竞争对手利益,因此有必要分析淘宝和炒信平台之间是否存在竞争关系,简要论述如下:

二者在具体业务上看似没有重合,不属于直接竞争对手,但双方同处在电子商务领域中的信用环节,在这个关键环节中,淘宝网



是通过着力打造诚信信用体系来实现整个商业模式上的盈利,而炒信平台则是通过虚假交易进而毁掉诚信体系来赚取不正当利润,二者在经营对象、客户群体、商业利益和价值取向上均存在交叉和冲突,应当认定为存在竞争关系。

另外,有关竞争对手这一前提存在的必要性,业内和行政执法实践中也多有竞争关系并非不正当竞争行为构成前提的观点^⑤。例如,世界知识产权组织国际局早在1996年就在其《反不正当竞争示范条款》注释中特别强调,竞争行为不是构成不正当竞争行为的条件,即使当事人的行为不是指向竞争对手,但据此获取了竞争优势或者增强了其自身的竞争能力,也是影响竞争的行为。再比如,国家工商行政管理局《关于在非相同非类似商品上擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似使用的定性处理问题的答复》中认为,仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为一般发生在相同或类似商品上,但经营者在非相同、非类似的物品上,擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似使用,造成或者足以造成混淆或者误人的,以违反反不正当竞争法第二条第(二)项的规定认定为不正当竞争行为。

(二) 诉讼主体与案由确定

诉讼主体方面,考虑到淘宝合法经营的卖家作为原告,其在竞争关系认定上的难度,由淘宝公司作为原告是最为合适的,淘宝合法卖家可以作为共同原告。

第一被告当然是信用炒作平台的经营者,为警示炒信卖家也可以将其作为第二被告。同时,考虑到日后从源头上杜绝炒信行为,可以援引侵权法三十六条,先行对炒信平台的网络服务提供商进行通知,要求其对于炒信网站进行断网,在其不予处理的情况下,一并将其

^⑤参见徐军永《不正当竞争不以存在竞争关系为必要》巴东法院网:<http://bdxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=2914>



作为共同被告诉至法院。

根据上述法律属性分析,诉讼时具体案由应选择“商业诋毁纠纷”(商业诋毁行为,是指经营者采取捏造、散布虚伪事实等不正当手段,对竞争对手的商业信用、商品声誉进行诋毁、贬低,以削弱其竞争实力的行为)。

(三) 诉讼请求与证据取得

原告诉讼请求拟包括:关停炒信网站、提供炒信卖家名单、批露炒信算法和流程等信息(类似于销毁侵权工具)、提供炒作交易记录、赔偿损失及合理开支。

其中“关停炒信网站”的合法性在于这是被告停止侵权所必需;“提供炒信卖家名单、批露炒信算法和流程等信息”的合法性在于该诉求类似于销毁侵权工具和避免损失进一步扩大的必要措施,因为卖家名单提供后可以用于淘宝平台依照规则实施处罚,而算法和流程的披露则可以用于平台日后改进其反炒作系统。此外,炒作交易记录则可以作为损失计算的参考。

可能有人会认为“提供炒信卖家名单、批露炒信算法和流程等信息(类似于销毁侵权工具)、提供炒作交易记录”,不应该作为诉讼请求,而是作为收集证据申请提出。事实上,笔者认为在法院没有就炒信行为作出侵权认定之前,要求其提供上述信息是没有法律依据的,毕竟这些信息属于被告的商业秘密也涉及到个人隐私。

原告证据固定方面,需要将炒信平台的网站信息(与炒信有关的信息,如炒信操作流程介绍、效果、案例等)予以公证,同时有必要以用户身份注册使用其炒信业务,并将使用过程予以公证。

四、诈骗罪治理思路的不可行性

当前部分业内观点认为炒作信用的行为涉嫌构成诈骗罪^⑥,因

^⑥参见:《张樊:严重炒作信用将构成诈骗罪》<http://www.fayanren.com/bencandy.php?fid=23&id=845>



此可以通过刑事途径解决。个人认为,这种观点在法律上很难成立,因为《刑法》第 266 条规定诈骗罪是指以非法占有为目的,用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取数额较大的公私财物的行为。可见诈骗是行为人通过虚构事实和隐瞒真相的方法,使受害人基于错误认识将财产处分给行为人。

反观炒作信用的淘宝店铺,其虽然依靠炒信平台实施了虚构事实(信用)的行为,但最终买卖双方(真实消费者和卖家)实际进行了交易,并不存在买方在虚假信用的诱导下单方面将钱款交付给卖家,使卖家获得财产的情形,故诈骗罪难以成立,进而炒信平台的共犯责任也便不存在了。

五、结论与再思考

将“淘宝信用”定性为“商业信用、商品声誉”进而对炒信平台发起不正当竞争之诉,在法律上是一条可行的路径。这一路径能否顺利走通的关键在于,主审法官需要对淘宝信用的机制和炒信平台的具体模式以及所造成的恶劣影响进行深入的研究和揣摩,对电子商务和网络经济环境下信用体系的作用也需要有深入的理解。

笔者就此问题也同北京法院的法官进行了探讨,他们认为也可以直接引用反法中的诚信原则,从而省却过多的技术细节。笔者也发现,2010 年度最高人民法院《知识产权案件年度报告摘要》中,最高人民法院也对适用反法第二条的原则规定设置了条件:一是法律对该种竞争行为未作出特别规定,二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害,三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性;对于竞争行为尤其是不属于反不正当竞争法第二章列举规定的行为的正当性,应当以该行为是否违反了诚实信用原则和公认的商业道德作为基本判断标准。



个人认为这样的思路虽然可行,但需要法官作出大胆突破,而且既然有具体的规定可以适用,按照法理还是规定先于原则比较妥当,毕竟原则的主观性太强,直接适用原则形成的判例在说理部分或略显苍白,对后续的案例也缺乏参考价值。



美国法院“刺破公司面纱”考量因素



实证研究及启示

□ 马齐林*

摘要：产生于美国衡平理念和判例实践的“刺破公司面纱”规则虽然在某种程度上对公司股东和债权人利益的失衡进行了救济，但由于该规则适用的严格性和无规则性，在公司法领域，“刺破公司面纱”规则仍然是其诞生一个世纪以来最令人费解的规则之一。我国现行《公司法》尽管规定了“刺破公司面纱”规则，但如何正确理解和妥善适用这一规则？仍然是困惑我国理论界和司法界的一个重要问题。文章以实证研究为视角，在对美国法院“刺破公司面纱”规则的考量因素进行研究的基础上，在建议我国最高人民法院应尽快出台相关的司法解释的同时，还就将来的司法解释的若干内容提出了建议。

关键词：刺破；公司面纱；考量因素；实证研究

一、引言

我国 2005 年新修订的《公司法》第 20 条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公

* 马齐林，本所律师，美国法学博士(S.J.D.)，浙江工商大学法学院民商法教授，杭州仲裁委员会仲裁员，浙江省中小企业法研究会副会长。



司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”这标志着我国以立法的形式确立了“刺破公司面纱”规则,对保护公司债权人利益、实现公司目的和维护社会正义具有重要意义。有学者甚至认为,我国《公司法》将“刺破公司面纱”规则写入成文法本身就是一大创举,是我国公司法对世界公司法的一大贡献,^①因为在我国将其统一、明确、系统地规定在成文法中之前,其他国家和地区虽然采用但均未以立法的形式规定过。^②然而,对产生于美国判例实践的“刺破公司面纱”规则(the Doctrine of “Piercing the Corporate Veil”),美国学界和司法界一直普遍认为,刺破公司面纱规则仍然是美国学者和法官面临的困惑之一。正如一位评论家所说,刺破公司面纱规则“像闪电一样,十分罕见,适用上非常严格,而且无规则可循。有限责任以及与其相反的刺破公司面纱规则是最混乱的,也是最令人费解的领域。这一点已经达成共识。”^③由于刺破公司面纱规则在审判实践中的重要性,美国学界近年来对该规则给予了极大关注。Kurt A. Strasser 教授研究认为,刺破公司面纱是公司法中用来判断公司股东是否对公司债务承担个人责任使用最广泛的一种规则,该规则同时也是公司法中诉讼最多和最具争议的规则之一。^④

我国修订后的《公司法》尽管确立了“刺破公司面纱”规则,但由于法律条文的抽象性和原则性,在我国以成文法为主要传统的法律背景下,仅仅通过一个简单的法律条文就企图解决纷繁复杂的刺破公司面纱诉讼,事实证明是不可能的,也是不现实的,所导致的直接

①刘俊海:《现代公司法》[M].北京:法律出版社 2011 年版,第 545 页。

②罗海盛:《我国公司人格否认规则缺陷评析的再思考》[J].《河南社会科学》2010 年第 5 期,第 70-72 页。

③STEPHEN B. PRESSER, PIERCING THE CORPORATE VEIL § 1:1 (2005).

④KURT A. STRASSER. Piercing the Veil in Corporate Groups [J]. Connecticut Law Review, 2005, 37 (3):637-666.



后果只能是法律条文的“束之高阁”。“刺破公司面纱”规则在我国仍然还是“镜中之花”。难怪中国的法官们普遍认为,虽然《公司法》明确规定了“刺破公司面纱”规则,但如何根据法律规定正确审理有关“刺破公司面纱”案件,一直是他们颇为头痛的问题。^⑤可以说,如何正确理解和妥善适用“刺破公司面纱”规则?无论现在还是将来仍将是困惑我国乃至世界理论界和司法界的一个重要问题。文章认为,根据美国法院审理涉及“刺破公司面纱”案件的考量因素,以实证研究为视角,对美国法院审理涉及“刺破公司面纱”案件的适用标准进行研究,在此基础上由我国最高人民法院结合我国实际尽快制定相关的司法解释,进而为我国各级法院审理刺破公司面纱案件提供有效的审判依据,不失为一种可行之策。

二、美国法院刺破公司面纱时的考量因素研究

股东有限责任是公司法的“基石”。^⑥通过公司形式(股东有限责任)对股东进行保护在美国经济和法律制度中是根深蒂固的。^⑦鉴于股东有限责任制度在经济和法律生活中的重要性,寻求刺破公司面纱的一方当事人的举证责任是非常苛刻的。^⑧刺破公司面纱规则认为,法院要从有利于维护有限责任制度的角度决定是否需要刺破公司面纱,并对刺破公司面纱判决提供一个充分而有力的理由。因此,刺破公司面纱的适用标准是非常严格的。在美国,各州法院在审理刺破公司面纱案件时经常结合多项考量因素来判断是否刺破公司面纱,其考量标准有“案件整体判断标准”(the “totality of the

^⑤ 2011年11月5日-6日,在广东深圳召开的由中国商法研究会公司法专业委员会和广东省法学会民商法学研究会联合主办的2011年民商法的法律适用研讨会暨广东省法学会民商法学研究会学术年会上,法官们普遍感到在什么情况下“刺破公司面纱”一直是令人非常困惑的问题。

^⑥ Escobedo v. BHM Health Assocs., Inc., 818 N.E.2d 930, 933 (Ind. 2004).

^⑦ Hambleton Bros. Lumber Co. v. Balkin Enters., Inc., 397 F.3d 1217, 1227 (9th Cir. 2005) (quoting WILLIAM O. DOUGLAS & CARROL M. SHANKS, *Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations* [J]. Yale Law Journal, 1929, 39(2): 193-218.

^⑧ Escobedo v. BHM Health Assocs., Inc., 818 N.E.2d 930, 933 (Ind. 2004) (quoting Aronson, 644 N.E.2d at 867); see also Mid-Century Ins. Co. v. Gardner, 11 Cal. Rptr. 2d 918, 922 (Cal. Ct. App. 1992).



circumstances”)、“双重判断标准”(“two-prong”)和“工具性标准”(“instrumentality”)等。^⑨“案件整体判断标准”要求法院审理刺破公司面纱案件应从案件的“整体情况”考虑。可以说,这一标准的适用完全取决于法官的自由裁量权,取决于法官个人的良心。此外,还有一些法院根据案件事实采用“双重判断标准”以确定刺破公司面纱是否合适。这一双重标准更准确地说就是对案件“整体情况”的全部因素的总结。采用这一标准的法院通常在以下情况下刺破公司面纱:(1)利益和所有权的结合导致公司和股东的单独存在荡然无存;并且(2)如果公司的行为被视为该公司的单独行为,就会产生一个不公平的结果。^⑩另一个著名标准就是“工具性标准”。该标准要求公司是否是该公司股东或该公司的母公司的一种工具或仅仅是“另一个自我”(“alter ego”)。如果法院认定,该公司实际上是该公司股东的一种工具或“另一个自我”,那么公司面纱将被刺破。

在美国司法实践中,法院刺破公司面纱的考量因素大致被分成几类:1. 欺诈/失实陈述 (fraud/misrepresentation);2. 股东控制/支配 (shareholder control/domination);3. 内部交易和资产混同 (insider trading and commingling of funds);4. 资金不足 (undercapitalization);5. 不遵守公司形式 (failure to follow corporate formalities);6. 业务经营或人员交叉重叠 (overlap of functions or personnel);7. 不公平/不公正行为 (unfairness/injustice);8. 公司领导权或/和公司记录不存在 (nonexistence of corporate leadership or/and records);9. 原告的风险承担 (assumption of risk);10. 其他因素。这些因素描述了刺破公司面纱经常用到的理由。

1. 欺诈/失实陈述

^⑨ WILLIAM MEADE FLETCHER. FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF PRIVATE CORPORATIONS [M]. Callaghan: West Group, 1931:617-635.

^⑩ Fontana v. TLD Builders, Inc., 840 N.E.2d 767, 776 (111. App. Ct. 2005); Peschel Family Trust v. Colonna, 75 P.3d 793, 796- 97 (Mont. 2003).



欺诈/失实陈述是刺破公司面纱案件使用最频繁的一个因素。欺诈是指故意隐瞒事实真相而作虚假陈述诱使另一方当事人从事一定的行为并使其造成损失或伤害。^①欺诈包括民事欺诈和刑事诈骗。欺诈往往与失实陈述联系在一起。在刺破公司面纱诉讼中,失实陈述一般包括有关该公司资产和财务状况的失实陈述,以及有关向当事人支付的失实陈述行为。美国Thompson教授认为,当该行为被法院认定为“欺诈”时,许多法院发现当一个普通法的欺诈索赔请求不能成立的话,则构成支持“失实陈述”的证据。^②

2. 股东支配/控制

为了刺破公司面纱,原告不仅要证明“支配和控制”行为的存在,而且还要举证证明存在欺诈或不公平的公司形式的滥用。^③为了刺破公司面纱,只有股东对公司的“支配/控制”是不够的,还必须有“欺诈或失实陈述”的证据。在这方面,刺破公司面纱的标准也是特别严格的。只有特定种类的欺诈或失实陈述才可足以成为刺破公司面纱的证据。为了某一目的,光凭股东是一个公司的支配/控制股东,或者因为股东和公司可能被认为是一个单独经济实体的一部分,并不能认定该股东的行为就是该公司的行为。相反,在适用以代理理论或“另一个自我”理论为基础的刺破公司面纱规则时,公司必须是一个“空壳”或为了欺诈,公司仅仅是作为一种工具而存在,除此以外,公司的存在没有其他目的。^④同样,为逃避债务仅仅利用公司形式也不足以构成刺破公司面纱的证据。^⑤如果一个公司从事了实质性的业务经营,该公司就不是一个“外壳”或“欺诈的工具”。特别是,公司经营行为的根本原因并不必然构成欺诈或不公平,这一点是没

^①BRYAN A. GAMER. Black's Law Dictionary (Pocket) [M]. West Group Publishing Co., 2006:300.

^②LEE C. HODGE & ANDREW B. SACHS. Empirical Study, Piercing the Mist: Bringing the Thompson Study into the 1990s [J]. Wake Forest Law Review, 2008, 43 (1):341-364.

^③ Aronson v. Price, 644 N.E.2d 864, 867 (Ind. 1995).

^④In re Sunstates Corp. S'holder Litig., 788 A.2d 530, 534 (Del. Ch. 2001).

^⑤Intel Containers Intern. Corp. v. Atlantrafik Exp. Serv. Ltd., 909 F.2d 698, 704 (2d Cir. 1990).



有争议的。否则,将会使欺诈或不公平变成毫无意义的因素,并导致不应该的制裁。^⑩

为了刺破公司面纱或确定股东的个人责任,一般需要证明股东对公司存在控制或支配行为、存在欺诈或滥用公司形式的情况,并且欺诈或公司形式的滥用造成原告的有形伤害。Fletcher 教授对此总结如下:

当原告证明以下事实时,法院将刺破公司面纱:

(1)控制或支配而不仅是股权的多数或完全控制,而且完全控制又不仅仅是经济上的控制,而是方针和公司经营活动上的控制,导致在该交易中公司没有自己独立的意志、意思表示或公司本身不再存在。必须有证据明确表明这种控制已经超越了一个正常的股东和公司之间通常的监督关系,必须证明股东事实上已经控制了公司在执行其经营方针过程中的日常活动。

(2)股东利用此种控制或支配实施欺诈或不当行为,违反其法定义务或应该承担的其他法律义务,或实施一个不诚实的和不公正的行为而侵犯了原告的合法权利。在刺破公司面纱案件中,要对股东上述行为举证证明是非常困难的。至少,原告必须证明股东的行为是故意的“不法行为”,比如,被告实施了一些“类似于欺诈或欺骗”行为。

(3)股东的上述控制或支配行为和对义务的违反与原告的伤害或不公正的损失之间存在直接的因果关系。^⑪除了完全的支配和控制行为以及利用公司形式进行欺诈或实施一些类似的不法行为外,法院一般要求欺诈或不法行为造成了原告的有形损害。^⑫例如,滥用

^⑩Outokumpu Eng'g Enters. v. Kvaerner EnviroPower, 685 A.2d 724, 729 (Del. Super. Ct. 1996).

^⑪ROBERT B. THOMPSON. Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise [J]. Vanderbilt Law Review, 1994, 47(1):1-42.

^⑫W. Passalacqua Builders v. Resnick Developers South, Inc., 933 F.2d 131, 138 (2d Cir. 1991); Morris v. Dep't of Taxation & Fin., 623 N.E.2d 1157, 1160-61 (N.Y. App. 1993).



公司形式导致公司资金不足,使原告无法获得足够的金钱救济。

3. 内部交易和资产混同

在刺破公司面纱案件的分析中,法院经常适用的另一个因素是,在不同的主体之间是否有不适当的交易存在。这些主体之间的交易可以通过被称之为“支配/控制”行为来证明,或者通过抽逃公司资金的方式证明。正如一些法院认为,不同主体之间的交易是合法的、也是司空见惯的,而且,当股东和公司之间或一个公司和另一个公司之间存在前述明显的、甚至控制性的股权时,并不一定表明存在不当控制或未能尊重对方各自独立的法律地位。^①例如,母公司要求子公司为母公司支付服务费的事实实际上支持了母公司的观点,即该母公司并不是其任何子公司的另一个自我。^②相比之下,公司资产混同可能会产生不适当的另一个自我关系的风险。“资产混同”包括股东和公司或者母公司与子公司的资产混同、股东抽逃公司资金或股东拥有的公司的投资由股东处理。如果一个公司的财产与其股东的财产相混同,法院更容易认定该公司是不独立的,而且与其股东混为一体。这种混同不同于典型的公司之间的交易,如母公司给其子公司融资进行其业务经营。

4. 资本不足

在刺破公司面纱案件中,资本不足是几个经常提到的因素之一。^③资本不足是指公司资本与公司业务性质和公司所参与的业务风险相关的资本额相比不足。^④一般来说,当我们判断公司资本是否充足时,往往是指公司成立时的资本是否充足,而不是看该公司成立后在运行过程中的资本是否充足。当公司成立时,拥有充足的资

^①In re Silicone Gel Breast Implants, 837 F. Supp. at 1134.

^②Joiner v. Ryder Sys. Inc., 966 F. Supp. 1478, 1486 (C.D. Ill. 1996).

^③WILLIAM P. HACKNEY & TRACEY G. BENSON. Shareholder Liability for Inadequate Capital [J]. University of Pittsburgh Law Review, 1982, 43(4):837-902.

^④Community Care Centers, Inc. v. Hamilton, 774 N.E.2d 559, 565 (Ind. Ct. App. 2002) (quoting FLETCHER, supra note 5, § 41.33).



本,但后来因经营失败导致公司资本减少,不属于公司资本不足。例如在公司破产背景下,法院为启动破产程序而评估正处于破产状态的公司的偿付能力所采用的标准可以为我们判断公司资本是否充足提供有益的指导。判断公司资本是否不足,一个最重要的标准是“熟练的金融分析师”标准。如果一个熟练的金融分析师认为,根据公司存在的某一时点的资本情况判断,公司资本不足以支撑该公司在该时点某一项业务的规模和性质,则可定性为公司资本不足。^③运用该标准的法院认为,根据公司成立后的资本判断资本是否充足会出现太多的资本不足的虚假结果。^④因为公司所有者(股东)没有义务对一个经营失败的公司继续注入资本,法院也不应该通过逆推的方式引进一种判断标准以公司最后经营失败认定公司资本不足。如果这种逆推分析判断标准被用于判断公司资本不足,那么,每一个陷入破产境地的公司都可称之为资本不足。而且,只有当公司资本不足表明公司形式仅仅是一个“外壳”或“另一个自我”时,才会涉及到公司资本不足。对一个从成立时资本充足的公司而言,导致公司资本不足的经营过程中的资本损失并不能提供公司资本不足的证据。

5. 不遵守公司形式

在特定案件中,法院在判断是否存在过度的支配和控制时,一般要考虑一系列因素,最经常提到的因素之一是该公司不遵守公司形式。比如,未保持公司独立的账簿,未聘请独立的监事,并未保持一个定期举行会议的独立的董事会。此外,缺乏对公司形式的遵守是否导致刺破公司面纱,是有争议的,除非它导致对公司的不当的“控制”或“操纵”。因此,对不遵守公司形式仅仅是判断和分析是否

^③In re Mobile Steel Co., 563 F.2d 692, 703 (5th Cir. 1977); see also In re Lifschultz Fast Freight, 132 F.3d 339, 351 (7th Cir. 1997) (quoting In re Mobile Steel, 563 F.2d at 703).

^④In re Lifschultz Fast Freight, 132 F.3d 339, 352 (7th Cir. 1997).



刺破公司面纱的一个因素。

6. 业务经营或人员交叉重叠

“业务经营或人员交叉重叠”是指母子公司之间存在共同的经营活动、共同的员工和共同的办公地点,比如共同的办公室、共同的商业活动和共同的雇员,包括董事及高级职员。原告有时也会提出以公司主体之间领导关系的重叠作为证据来支持其刺破公司面纱的诉求。然而,美国特拉华州最高法院已经明确,公司之间管理人员和董事的重叠并不少见,并且一般认为以此来认定公司已成为另一个自我,证据不足。对一个母公司的董事来讲,担任其子公司的董事是完全正当的,而且母公司的董事担任其子公司的董事这一事实并不能说明母公司要为子公司的行为承担责任……。公司人格独立在公司法原则中有其自己的逻辑。在母公司及其子公司同时行使职权的董事和管理人员的身份转换表明母子公司的相互独立性,尽管这些董事和管理人员职权性质相同。因此,股权控制以及管理人员和董事的重叠通常只是刺破公司面纱的先决条件,但股权控制以及管理人员和董事的重叠事实本身并不足以导致刺破公司面纱规则的适用。^⑤事实上,母公司和子公司经常存在董事会成员构成上的重叠,而分别保持独立的经营活动。^⑥因此,在确定是否刺破公司面纱的实践中,这个因素不是特别有用,当然也不是决定性的。

有时原告以母子公司具有同样的公司总部或多个公司都在同一个主要办公地点开展业务作为“公司支配和控制”的证据,但一些法院认为,仅仅因为一个公司拥有另一个公司的股权或两个公司具有相同的董事和公司管理人员或占据相同的办公空间,并不能否认

^⑤例如,在 *Akzona, Inc. v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.* 案例中,法庭认为管理人员和董事的重叠不足以刺破公司面纱。参见: *Akzona, Inc. v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*, 607 F. Supp. 227, 237 (D. Del. 1984)。

^⑥在 *Fletcher v. Atex, Inc.* 案件中,法院曾多次强调,诸如董事及高级职员的重叠并不构成刺破公司面纱的理由。参见: *Fletcher v. Atex, Inc.*, 68 F.3d 1451, 1460 (2d Cir. 1995); see also *Calvert v. Huckins*, 875 F. Supp. 674, 678 (E.D. Cal. 1995)。



两个公司各自不同的主体资格。两个公司的办公地点相同不构成刺破公司面纱的决定性因素。而且,还有许多完全正当理由可以支持两个公司可以共享一个办公地点。

7.“不公平/不公正”行为

美国俄亥俄州最高法院在阐述刺破公司面纱规则适用的新标准时认为,在以下情况下,公司面纱可能被刺破而且股东个人要对公司的不公平/不公正行为承担责任:(1) 股东对公司的控制如此彻底以至于该公司已经没有自己独立的意思表示、意愿或公司自身不再存在;(2) 股东通过实施诸如欺诈或者不法行为对公司进行控制以损害试图刺破公司面纱的当事人的利益;并且(3)原告的伤害或不公正的损失产生于上述股东对公司的控制或不公平/不公正行为。^②然而,该标准并不允许在任何不公正的情况下刺破公司面纱,因为根据该标准规定,不法行为与欺诈相似,在不公正或不公平的行为(正如该标准所包括的那样)就像欺诈行为那样严重或接近于欺诈行为的情况下,法院才会刺破公司面纱。

8. 公司领导权或/和公司记录不存在

“公司领导权不存在”是指公司从未委任过该公司的董事、高级职员或其他工作人员中的全部或部分,或者虽然委任了董事及管理人员,但董事或公司办公地很少举行会议或很少从事正式的经营活动。换句话说,即使公司存在董事及管理人员或工作人员,但公司业务是在没有相关职能部门和人员的情况下非正常运行。公司记录不存在是指公司根本就没有公司记录、财务或其他方面的记录。

9. 风险承担

风险承担是指交易双方当事人在交易过程中,在合同中明确约定,对交易中的风险由某一方当事人承担。如果法院认为原告应该

^②Condo. Unit Owners' Ass'n v. R.E. Roark Cos., 617 N.E.2d 1075, 1086.



承担风险,则公司面纱不应该被刺破。

10.其他因素

最后,法院在审理刺破公司面纱诉讼中,有时还会考虑其他各种因素,其中大部分一般被认为与刺破公司面纱有一定的相关性。比如公司财务报表或纳税申报表的填写等。一个母公司在其纳税申报表中包括其子公司有可能被认定为公司支配或控制行为的存在而且可能构成刺破公司面纱的一个“表面证据”。

总之,在判断是否要刺破公司面纱的案件中,法院一般适用一系列因素,其中没有任何一项因素本身足以决定刺破公司面纱。然而,这些因素旨在确定是否存在确定的、带有根本性的因素可以满足刺破公司面纱规则的适用。

三、刺破公司面纱案件的实证研究²⁸

(一)案件统计

我们收集了美国法院从1990年1月1日至2008年4月1日涉及刺破公司面纱的判例,这些判例做了以下统计(见表1):

表1 涉及刺破公司面纱案件的数据统计

案件总数	刺破公司面纱	没有刺破公司面纱	刺破公司面纱的比例
929	296	633	31.86%

表1显示了涉及刺破公司面纱案件的总体数据统计结果。在涉及刺破公司面纱的案件中,法院刺破公司面纱案件的比例为31.86%。然而,如果把涉及母子公司的案件排除在外,法院刺破公司面纱而追究自然人股东个人责任的案件比例则是39.29%。²⁹但是母

²⁸ 以下有关数据来自 John H. Matheson, Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil, 7 Berkeley Bus. L.J. 1 (2010).

²⁹ JOHN H. MATHESON, Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil [J]. Berkeley Business Law Journal, 2010, 7 (1):1-71.



子公司案件中,法院刺破公司面纱案件的比例为 20.56%。^⑩这表明,非母子公司案件被刺破公司面纱追究自然人股东个人责任的比例大约是母子公司案件被刺破公司面纱追究股东个人责任的两倍。因为在母子公司的背景下,可能承担责任的当事人是一个公司法人。导致这一结果的因素可能很多,但最明显的解释应该是,母子公司案件中,法院一般很难发现刺破公司面纱的有力证据。通常支持一个小公司的自然人股东承担个人责任的因素(如资产混同和不遵守公司形式等)可能较少发生在公司法人当中。因此,相对于公司股东而言,自然人股东可能更容易混同资产和不遵守公司形式。

(二)法院信息(包括联邦法院和州法院及其各级法院)

表 2 联邦法院和州法院刺破公司面纱案件的数据统计

	案件总数	占案件总数的比例	刺破公司面纱案件数量	没有刺破公司面纱案件数量	刺破公司面纱案件的比例
联邦法院	464	49.95%	137	327	29.53%
州法院	465	50.05%	159	306	34.19%
总计	929	100.00%	296	633	31.86%

如表 2 所示,在联邦法院和州法院及其各级法院之间,刺破公司面纱案件的比例没有太大的差异。总体上,在刺破公司面纱案件的比例方面,州法院刺破公司面纱案件的比例(34.19%)略高于联邦法院(29.53%)。

根据表 3 数据显示,美国不同级别的法院刺破公司面纱案件的比例基本接近。美国学者研究也表明,无论是联邦法院或州法院,对于法院是否有可能刺破公司面纱并没有统计学上的意义。^⑪而且,无

^⑩JOHN H. MATHESON. The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context [J]. North Carolina Law Review, 2009, 87(4):1091-1156.

^⑪ See coefficients for the variable 'Federal' in Block 4 of Models 1A/B-4A/B in the Appendix.



表 3 美国各级法院刺破公司面纱案件的数据统计

类别	案件总数	占案件总数的比例	刺破公司面纱案件数量	没有刺破公司面纱案件数量	刺破公司面纱案件的比例
区/初审法院	380	40.90%	95	285	25%
上诉/中级法院	454	48.87%	166	288	36.56%
最高法院	68	7.32%	25	43	36.76%
美国破产法院	27	2.91%	10	17	37.04%
总计	929	100.00%	296	633	31.86%

论是初审法院、上诉法院、中级法院,还是联邦/州最高法院或破产法院审理案件,对法院是否做出刺破公司面纱的判决都不会有太大的影响。^②

(三) 诉讼请求权类型: 诉讼理由对刺破公司面纱概率的影响

1. 单一诉讼理由刺破公司面纱的概率

表 4 单一诉讼理由刺破公司面纱案件的比例

案件类型	案件总数 ^③	占案件总数的比例	刺破公司面纱案件数量	没有刺破公司面纱案件数量	刺破公司面纱案件的比例
合同诉讼	598	64.4%	213	385	35.6%
侵权诉讼	289	31.1%	63	226	21.8%
法定理由诉讼	105	11.3%	32	73	30.5%

表 4 分析了刺破公司面纱案件的类型以及法院刺破公司面纱案件的比例。在表 4 中,合同案件刺破公司面纱的比例要高于侵权案件中刺破公司面纱的比例,即,与侵权案件相比,在合同案件中法院更容易刺破公司面纱。这一点与 Thompson 教授的研究发现是一

^②See coefficients for the variables 'Appellate Court,' 'Bankruptcy Court' and 'Supreme Court' in Block 4 of Models IA/B-4A/B in the Appendix.

^③有些案件是因为多种诉讼理由引起的,请参阅表 5,这是为什么五种类型案件的总和不等于案件总计中的数据。



致的。^④在统计数据中,侵权诉讼和合同诉讼与刺破公司面纱具有统计学上的显著关系,然而,刺破公司面纱和破产、刑事诉讼以及法定理由诉讼之间的关系在统计学上并不明显。在统计数据中,和侵权案件相比,合同案件和刑事案件的刺破公司面纱的概率有所增加。数据统计表告诉我们,案件类型与法院刺破公司面纱的概率密切相关。因此,当一项诉讼是合同诉讼、法定理由诉讼、破产诉讼或刑事诉讼时,法院更有可能作出刺破公司面纱的判决。

2. 多种诉讼理由刺破公司面纱案件的概率

表 5 多种诉讼理由刺破公司面纱案件的比例

案件类型	案件总数	占案件总数的比例	刺破公司面纱案件数量	没有刺破公司面纱案件数量	刺破公司面纱案件的比例
合同诉讼	491	52.9%	170	321	34.62%
侵权诉讼	210	22.6%	48	162	22.86%
法定理由诉讼	37	4.0%	16	21	43.24%
破产诉讼	25	2.7%	9	16	36.00%
刑事诉讼	26	2.8%	12	14	46.16%
合同/侵权诉讼	51	5.5%	16	35	31.37%
合同/法定理由诉讼	26	2.8%	6	20	23.08%
合同/破产诉讼	13	1.4%	4	9	30.77%
侵权/法定理由诉讼	15	1.6%	2	13	13.33%
侵权/破产诉讼	4	0.4%	1	3	25.00%
法定理由/破产诉讼	10	1.1%	3	7	30.00%
合同/侵权/法定理由诉讼	7	0.8%	2	5	28.57%
合同/侵权/破产诉讼	1	0.1%	1	0	100.00%
合同/法定理由/破产诉讼	9	1.0%	5	4	55.56%
侵权/法定理由/破产诉讼	1	0.1%	0	1	0.00%
其他	3	0.3%	1	2	33.33%
总计	929	100.0%	296	633	31.86%

^④法定理由,是指原告(受害人)根据有关法律规定而提起刺破公司面纱诉讼的法定事由,比如税法、环境保护法或劳动法等法律的特别规定。

^⑤ROBERT B. THOMPSON. Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study [J]. Cornell Law Review, 1991, 76(5): 1036-1074.



在刺破公司面纱案件中,原告往往提出不止一个单一的诉讼理由。表5揭示了多种诉讼理由导致刺破公司面纱案件的比例。在表5中有137个案件包含两种或两种以上的理由。表5表明诉讼理由的不同组合会影响刺破公司面纱的概率。表5的数据表明,对原告来讲,简单地增加额外的诉讼理由,即采用“厨房水槽”(“kitchen-sink”)式的诉讼,^③可能是不明智的。例如,在表5中,以法定理由诉讼刺破公司面纱案件的比例为43.24%,以合同债权为理由诉讼刺破公司面纱案件的比例为34.62%,而以合同/法定理由诉讼刺破公司面纱案件的比例则降低为23.08%,以侵权/法定理由诉讼刺破公司面纱案件的比例降低为13.33%。刺破公司面纱比例较高的案件涉及合同/法定理由/破产诉讼,比例为55.56%(见表5)。但刺破公司面纱案件的比例相对较低的案件涉及合同债权/侵权/法定理由诉讼,比例为28.57%。这些数据表明,在刺破公司面纱诉讼中,不同类型的案件会影响法院刺破公司面纱的概率。

(四) 法院在刺破公司面纱时的考量因素及刺破公司面纱的可能性分析

表6 各种考量因素对刺破公司面纱的影响

因素	所占案件的比例	存在与否	案件总数	所占比例	未刺破公司面纱	刺破公司面纱	未刺破公司面纱比例	刺破公司面纱比例
欺诈/失实陈述	49.19%	不存在	330	35.5%	305	26	92.1%	7.9%
		存在	127	13.7%	15	112	11.8%	88.2%
股东控制/支配	48.55%	不存在	235	25.3%	224	11	95.3%	4.7%
		存在	216	23.3%	51	165	23.6%	76.4%
内部交易和资产混同	38.11%	不存在	172	18.5%	161	11	93.6%	6.4%
		存在	182	19.6%	35	147	19.2%	80.8%
资金不足(资金总和不足)	32.62%	不存在	147	15.8%	136	11	92.5%	7.5%
		存在	156	16.8%	36	120	23.1%	76.9%

^③在英美法中,“厨房水槽”式的诉讼是指利用各种不同的诉讼理由或方法进行诉讼来解决问题或达到诉讼目的。



因素	所占案件的比例	存在与 否	案件总 数	所占比 例	未刺破 公司面 纱	刺破公 司面纱	未刺破 公司面 纱比例	刺破公 司面纱 比例
资金不足(资 金抽逃)	24.76%	不存在	126	13.6%	115	11	91.3%	8.7%
		存在	104	11.2%	22	82	21.2%	78.8%
资金不足(不 足以开展一项 业务)	23.36%	不存在	120	12.9%	111	9	92.5%	7.5%
		存在	97	10.4%	22	75	22.7%	77.3%
不遵守公司形 式	30.25%	不存在	158	17.0%	149	9	87.4%	12.6%
		存在	107	11.5%	7	100	20.8%	79.2%
交叉重叠	28.74%	不存在	97	10.4%	86	11	88.7%	11.3%
		存在	170	18.3%	74	96	43.5%	56.5%
不公平/不公正	28.53%	不存在	158	17.0%	149	9	94.3%	5.7%
		存在	107	11.5%	7	100	6.5%	93.5%
公司领导权或/ 和公司记录	22.07%	不存在	73	7.9%	15	58	20.5%	79.5%
		存在	132	14.2%	114	18	86.4%	13.6%
风险承担	3.88%	不存在	27	2.9%	21	6	77.8%	22.2%
		存在	9	1.0%	5	4	55.6%	44.4%

表 6 反映了各种具体因素所占案件的比例,以及法院认为某一具体因素存在与否及法院作出是否刺破公司面纱判决的概率。对各种具体因素的分析如下:

1. 欺诈/失实陈述

在研究刺破公司面纱的案件中,欺诈/失实陈述是最常见的一个原因。根据表 6 得知,在所有案件中,大约 49.2% 的案件涉及欺诈/失实陈述。当法院认为欺诈/失实陈述存在时,88.2% 的案件被刺破公司面纱,只有 11.8% 的案件被拒绝刺破公司面纱。当法院认为欺诈不存在时,只有 7.9% 的案件被刺破公司面纱,92.1% 的案件被拒绝刺破公司面纱。

2. 股东控制/支配

在刺破公司面纱的案件中,股东控制/支配是最常用的仅次于欺诈/失实陈述的第二个原因。根据表 6 得知,在所有案件中,大约 48.6% 的案件涉及股东控制/支配。当法院认为股东控制/支配存在



时(占有所有案件的 23.3%),76.4%的案件被刺破公司面纱,23.6% 的案件被拒绝刺破公司面纱。当法院认为股东控制/支配不存在时(占有所有案件的 25.3%),只有 4.7%的案件被刺破公司面纱,95.3%的案件被拒绝。

3. 内部交易和资产混同

在刺破公司面纱的案件中,涉及内部交易和资产混同的案件达到三分之一以上(占 38.1%)。表 6 的数据显示,19.6%的案件被发现存在内部交易和资产混同。当存在内部交易和资产混同时,80.8%的案件被刺破公司面纱,19.2%的案件被拒绝刺破公司面纱。法院发现 18.5%的案件不存在内部交易和资产混同,其中 93.6%的案件被拒绝刺破公司面纱,并在 6.4%的案件中刺破了公司面纱。

4. 资金不足

根据表 6,资金不足包括以下三个方面:(1)公司成立时资金总和不足;(2)公司成立后股东抽逃资金;(3)公司成立后资金不足以开展一项业务。根据表 6 所示的数据,24.8%的案件涉及公司成立后股东抽逃资金,其中 13.6%的案件不存在资金不足,11.2%的案件存在资金不足。在存在公司成立后股东抽逃资金的案件中,78.8%的案件被刺破公司面纱,21.2%的案件被拒绝刺破公司面纱。而在不存在公司成立后股东抽逃资金的案件中,91.3%的案件被拒绝刺破公司面纱,8.7%的案件被刺破公司面纱。在表 6 中,其他两种类型的资金不足情况基本相似。

5. 不遵守公司形式

如表 6 所示,在 28.5%的案件中,法院讨论了不遵守公司形式问题。凡法院认为不遵守公司形式存在的情况下(案件的 11.5%),其中 79.2%的案件被刺破公司面纱,20.8%的案件被拒绝刺破公司面纱。法院认为 17.0%的案件不存在不遵守公司形式的因素,其中 87.4%的案件被拒绝刺破公司面纱,12.6%的案件被刺破公司面纱。



6.交叉重叠

根据表 6, 法院发现 28.7%的案件涉及交叉重叠,18.3%的案件存在交叉重叠。当法院发现交叉重叠时,其中 56.5%的案件被刺破公司面纱,43.5%的案件被拒绝刺破公司面纱。凡法院没有发现交叉重叠时,88.7%的案件被拒绝刺破公司面纱,只有 11.3%的案件被刺破公司面纱。

7.不公平/不公正行为

在表 6 中,有 28.5%的案件涉及不公平/不公正行为。法院发现存在不公平/不公正行为的案件占总数的 11.5%,没有发现不公平/不公正行为的案件占总数的 17.0%,当法院发现存在不公平/不公正行为时,93.5%的案件被刺破公司面纱,只有 6.5%的案件被拒绝刺破公司面纱。当法院没有发现任何不公平/不公正行为时,94.3%的案件被拒绝刺破公司面纱,只有 5.7%的案件被刺破公司面纱。这些结果表明,在不公平/不公正行为存在与否和法院刺破公司面纱的判决之间存在密切的关系。

8.公司领导权或/和公司记录

如表 6 所示,在 22.1%的案件中,法院讨论了涉及公司领导权或/和公司记录是否存在的问题。法院认定公司领导权或/和公司记录不存在的案件占 7.9%,其中 79.5%的案件被刺破公司面纱,20.5%的案件被拒绝刺破公司面纱。法院认定公司领导权或/和公司记录存在的案件占 14.2%,其中 86.4%的案件被刺破公司面纱,13.6%的案件被拒绝刺破公司面纱。

9.承担风险

承担风险不同于上述其他因素,因为原告的损害不是被告的原因造成的而是因为原告在交易中自己应该承担风险。在刺破公司面纱的案件中,承担风险是讨论最少的一个因素。只有在 3.9%的案件中法院讨论了承担风险问题。但总的来说,承担风险的存在会导致



刺破公司面纱的概率降低。如表 6 所示,1.0%的案件法院认为存在承担风险因素和 2.9%的案件不存在承担风险因素。凡法院认为承担风险因素存在的案件,55.6%的案件被拒绝刺破公司面纱,44.4%的案件被刺破公司面纱。当法院认为承担风险因素不存在的案件,只有 22.2%的案件被刺破公司面纱,77.8%的案件被拒绝刺破公司面纱。

四、对我国最高人民法院制定司法解释的几点建议

通过对美国法院刺破公司面纱案件的实证研究,文章认为,在我国最高人民法院未来的司法解释中,有以下几点应该值得借鉴:

(一)刺破公司面纱规则的适用标准问题

根据我国《公司法》第 20 条规定,在刺破公司面纱诉讼中,如何正确理解“滥用公司法人独立地位和股东有限责任”是正确适用刺破公司面纱规则的前提。因为,“滥用”是一个内容非常含糊不清、极具弹性的词语。如何对“滥用公司法人独立地位和股东有限责任”进行合理界定,增强我国《公司法》第 20 条的可操作性,妥善合理地解决刺破公司面纱纠纷,便成为我国法官不可回避的一个问题。笔者认为,美国法院审理刺破公司面纱案件的的经验告诉我们,可采取列举和概括的方式对“滥用公司法人独立地位和股东有限责任”进行解释。凡存在以下行为之一的,即可认为被告存在“滥用公司法人独立地位和股东有限责任”之嫌疑:1. 欺诈/失实陈述;2. 股东控制/支配;3. 内部交易和资产混同;4. 资金不足;5. 不遵守公司形式;6. 业务经营或人员交叉重叠;7. 不公平/不公正行为;8. 公司领导权或/和公司记录不存在;9. 原告的风险承担;10. 其他行为。

根据刺破公司面纱适用标准的性质,每一种判断因素的存在与否总是会产生统计学上显著的正相关关系的预期。也就是说,当法院认定刺破公司面纱某一特定因素存在(而不是认定该因素不存在)时,刺破公司面纱的概率就会上升。因为一个因素的存在,应该



导致刺破公司面纱概率的增加。也就是说,当法院认定某一个因素不存在时,刺破公司面纱的概率应该降低。

应该注意的是,法院在判决刺破公司面纱时,一般考量所有因素。某一个单独因素的缺乏不应该成为法院拒绝刺破公司面纱的理由。当然,法官考虑是否刺破公司面纱时,应结合多项考量因素从案件的整体情况来判断,而不应该以某一种因素的存在与否作出判断。

(二)举证责任分配问题

从理论上讲,根据刺破公司面纱规则,尽管刺破公司面纱所适用的基本因素对公司的所有债权人(即刺破公司面纱案件的原告)都是公平的,但合同诉讼的原告应该比侵权诉讼的原告承担更为严格的举证责任,因为合同案件的原告作为合同债权人是自愿债权人,交易前有机会选择交易主体,而侵权案件的原告则不存在这样的选择。^②对于合同债权人而言,在签订合同之前,他们有机会调查公司资产,通过公平分析进行权衡。而侵权债权人通常没有这样的机会对交易公司进行调查。虽然美国法院普遍认为侵权债权人往往要比合同债权人更容易获得刺破公司面纱规则的保护。^③但根据上述数据显示,事实并非如此!侵权诉讼案件刺破公司面纱的比例均低于合同诉讼案件中刺破公司面纱的比例。文章认为,尽管理论分析认为侵权债权人往往要比合同债权人更容易获得刺破公司面纱规则的保护,但是对于侵权债权人(侵权诉讼原告)而言,侵权诉讼一旦发生,侵权债权人(受害人)往往处于信息上的弱势地位,他们比合同债权人更难举证证明被告存在适用刺破公司面纱的基本因素,因为他们根本无法也无权调查被告(公司)资产,无法就被告滥

^②Hickman v. Rawls, 638 S.W.2d 100, 102 (Tex. App. 1982) (citing Hanson Corp. v. Dal-Mac Constr. Co., 554 S.W.2d 712 (Tex. Civ. App. 1977)).

^③DAVID H. BARBER. Piercing the Corporate Veil, Willamette Law Review, 1981, 17(2):371-404.



用公司法人独立地位和股东有限责任进行举证。双方享有的信息完全不对称。

因此,文章认为,这或许是侵权诉讼案件刺破公司面纱的比例低于合同诉讼案件的一个重要原因。在刺破公司面纱诉讼中,为保护受害人(特别是侵权案件受害人)的合法权益,不宜机械地采用“谁主张谁举证”的原则,而应该在《公司法》总则中规定举证责任倒置原则,即首先由原告举证证明被告存在刺破公司面纱的基本因素,在原告无法证明时,被告(公司及其股东)就必须举证证明自己不适用刺破公司面纱的基本因素或没有“滥用公司法人独立地位和股东有限责任”。否则,被告将面临公司面纱被刺破的风险。

(三)刺破公司面纱案件的法院管辖问题

根据上述数据分析表明,法院的级别与刺破公司面纱的可能性从数据统计意义上讲没有多大的联系。在美国,无论是初审法院、上诉法院、中级法院,还是联邦/州最高法院或破产法院审理案件,刺破公司面纱案件的比例似乎不存在太大的区别。亦即,不同级别的法院刺破公司面纱的概率基本相同。所以,国内学者所主张的“刺破公司面纱案件应该实行专属管辖原则,由债务人公司所在地的中级人民法院作为一审法院,由高级人民法院作为二审法院。”观点^③是值得商榷的。文章认为,为减轻中级以上法院的工作压力和充分发挥审判监督职能,同时便于债权人提起诉讼,节约诉讼成本,保护处于弱势地位的公司债权人的合法权益,刺破公司面纱案件不宜实行专属管辖原则,而应该实行一般地域管辖原则,即“原告就被告”原则,以由各级人民法院管辖。这一点也被有关学者研究证实。^④

(四)刺破公司面纱诉讼中“公司债权人”(原告)的资格问题

^③刘俊海:《刺破公司面纱规则应用于司法实践的若干问题研究》[J].《法律适用》2011年第8期,第16-21页。

^④See coefficients for the variable 'Federal' in Block 4 of Models 1A/B-4A/B in the Appendix.



我国《公司法》第 20 条规定,公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。至于谁可以作为“公司债权人”向法院提起刺破公司面纱诉讼,国内学界众说纷纭。^①为了有效避免公司法人资格和股东有限责任的滥用和保护公司各类债权人的合法权益,结合美国法院的司法实践,文章认为,刺破公司面纱诉讼中所称的“公司债权人”或原告,应该是指各类债权人,除了包括合同债权人、侵权债权人、无因管理债权人和不当得利之债的债权人以外,还应该包括破产债权人和行政法律关系中的特殊债权人(如国家税收债权人)等。比如,在被告滥用公司法人资格和股东有限责任偷税漏税时,国家税务机关也有权根据《公司法》第 20 条规定向人民法院提起刺破公司面纱诉讼。

当然,在最高人民法院的司法解释未出台之前,上述几点也可供我国各级法院在审理刺破公司面纱案件时参考。

^①黄辉:《中国公司法人格否认规则:实证研究与改革建议》[J].《民商法的法律适用研讨会暨广东省法学会民商法学研究会 2011 学术年会论文集》(2011),第 310-356 页。



债权转股权实施中的风险提示

□ 黄 耀* 肖彩霞*

【摘要】 本文依据新实施的《公司债权转股权登记管理办法》，通过债权转股权的真实案例，从债权人的权益保护角度，提出实行债权转股权的潜在风险，并为防范风险而提出了相应的应对措施。

2012年1月1日，《公司债权转股权登记管理办法》(以下简称《办法》)正式实施，这是我国规范商业性债权转股权登记管理的第一部行政规章。该办法设立目的就是为了推动企业减轻债务负担、化解经营资金困难，帮扶破产企业实现重整计划、摆脱困境，促进相关企业优化资产结构、提升融资能力。

以前，我国存在两种债权转股权形式，一是国有企业政策性债权转股权；二是非政策性的即商业性的债权转股权。政策性债权转股权是根据国家划定的可实施债转股企业的范围，而商业性的债权转股权是针对特定公司的直接债权转为股权，是不可筛选的。

一、商业性债权转股权的简述

1. 债权转股权的界定

《办法》规定，债权转股权，是指债权人以其依法享有的对在中

* 黄耀，本所高级合伙人，一级律师，浙江省律师协会金融与保险专业委员会副主任。

* 肖彩霞，原本所律师，法律硕士。

① <http://wenku.baidu.com/view/a73723262f60ddccda38a06e.html>, 2012年2月13日



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。办法要求以公司增资的方式, 来实行商业性债权转股权。

2. 债权限定

《办法》明确了债权转股权中债权仅为三种: 一是公司经营中合同之债; 二是人民法院生效裁判确认的债权; 三是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。此外, 《办法》还规定, 债权转股权作价出资金额与其他非货币财产作价出资金额之和不得高于公司注册资本的 70%。

3. 债权作为股东出资的合规性

在国家工商总局的《办法》出台前, 因商业性债权转股权在经济市场较为活跃, 所以各地方政府也有相应暂行规定或办法, 但有所差异。从公司法的角度来看, 债权作为股东的出资形式并未被我国法律禁止。《公司法》第二十七条规定, “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”。《公司登记管理条例》第十四条规定, “股东的出资方式应当符合《公司法》第二十七条的规定。股东以货币、实物、知识产权、土地使用权以外的其他财产出资的, 其登记办法由国家工商行政管理总局会同国务院有关部门规定。股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资”。

另《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》第十四条规定, “债权人与债务人自愿达成债权转股权协议, 且不违反法律和行政法规强制性规定的, 人民法院在审理相关的民事纠纷案件中, 应当确认债权转股权协议有效。政策性债权转股权, 按照国务院有关部门的规定处理。”

在财政部 2007 年实施的《企业财务通则》第十四条也规定, “企



业可以接受投资者以货币资金、实物、无形资产、股权、特定债权等形式的出资。其中,特定债权是指企业依法发行的可转换债券、符合有关规定转作股权的债权等”。

从前述法律的相关规定看,特定债权作为股东的出资形式完全符合法律规定,实行商业性债权转股权并无障碍。本次办法的出台,虽是针对金融危机以来一些企业出现的现金流短缺和资金链条断裂的情况,但其实际上只是对商业性债权转为股权的进一步重申和规范。

二、商业性债权转股权案例

2009年1月,浙江汇钦房地产开发有限公司(以下简称“汇钦公司”)因企业运营资金紧张,向余先生个人借贷900万元人民币,借款期限为两年,月利息为2%。为担保债权实现以汇钦公司30%的股权进行质押,并办理了质押登记。该笔借款到期后,汇钦公司无力偿还借款。在余先生的多次主张债权的情况下,2011年1月汇钦公司与余先生签订了分期还款协议。但是恰遇房地产政策性调整,分期还款协议并未能履行,逾期了三期后,2012年1月,余先生与汇钦公司再次协商,经资产评估机构对债权进行评估及验资机构验资,双方达成债转股协议。经约定余先生的债权转为汇钦公司15%,公司通过增资方式,使得余先生持有汇钦公司15%的股权,解除原股权质押登记,并办理股权变更登记。债转股协议中还约定,2012年7月30日前,汇钦公司的其他股东可以依据借款本息计算股权受让款,回购余先生持有的汇钦公司的股权。

分析上述案例,余先生与汇钦公司实行债权转股权后,发生了几个转变,首先余先生法律主体身份转变。从汇钦公司的债权人变成了汇钦公司的出资人,股东;第二,法律关系发生转变。余先生与汇钦公司从短期借贷关系变为了长期投资收益关系;自债转股协议达成之日起,因为债权与股权抵销,余先生不能再主张债权。汇钦公



司的其他股东可以代企业清偿借款本息,取得余先生持有的汇钦公司15%的股权。第三,法律结果发生转变。借款本金和利息的受偿权转化为对股权分红的期待权。

三、商业性债权转股权的风险分析

依据本文案例所述,余先生的债权转为股权的实行符合《办法》的相关规定,现我们从债权人的角度,对此次商业性债权转股权的潜在风险进行分析。

1. 公司信息披露不全的风险。

债权转股权之前债权人与公司是信息不对称,债权人对行业不了解,公司信息不知晓,公司有可能会只披露甚至制造一些对其有利信息,以吸引债权人加入公司,达到债权转股权的目的。债权人也没有委托律师对公司做尽职调查,公司或有债权的存在,使得无法准确计算股权价值,影响债权人的判断。

2. 债权转股权验资产生的风险。

在审计验资的过程中往往会存在一些问题,例如实物出资价值核实不详;过分依赖以前公司设立、变更注册资本的验资报告及评估报告,而忽略了原股东出资的注册资本在公司存续情况;没有关注到应收项目掩盖抽逃出资;没有严审预付、外借、应收上搞先提后存虚假出资的情形等^②。验资机构的主客观因素会引起评估结果与公司实际情况之间的差距,这样会产生错误信息。如果依据不实信息确定交易基础,债权人用债权换取的股权就非物有所值。

3. 公司经营风险。债权转股权并不意味着公司长期盈利能力的提高。公司业绩好时股权投资的回报率就高;公司业绩不好时股权投资就没有回报或者丧失全部投资。余先生取得汇钦公司股权之时,恰逢房地产市场的政策调整期,房地产企业销售业绩大幅下滑。

^②焦亚娟,《浅谈验资风险的规避问题》,《财经界》,2010年24期,第84页



房地产行业原本就属于资金密集型行业,面对银行信贷政策的不断紧缩,房地产公司经营状况令人堪忧。债权转股权后,如果公司经营状况没有得到改善,那么何谈股权收益呢?债权人损失的不只是利息,而更可能连本金也沉没了。

4. 股权收益的取得风险。

公司无利可分或即使有盈利,当大股东利用资本多数决操控公司股权分红时,将严重损害小股东的利益。实行债权转股权之后,余先生仅取得了汇钦公司 15% 的股权,相对于汇钦公司其他股东来说属于小股东。如果汇钦公司的大股东或者汇钦公司的原股东联合利用资本多数决干扰股东大会决议,故意过分提取公积金,而不分红或者少分红,那么余先生不可能在短时间内获得股权收益,即使余先生可以通过法律救济的途径请求分配股利,但是成本也会大大提高。

5. 股权退出的风险。

债权转股权中股权的退出方式一般为:公司股权回购,公司股东受让,或向第三人对外转让。依据法定的公司股权回购的情形,较为合适的方式就是要减少公司注册资本,而减资又属于公司的重大事项,要股东会决议通过,因此大股东可能干扰公司股权回购。如果公司其他股东不受让该股权,那么向第三方转让股权就成为债权人退出公司的唯一无障碍方式。如果公司一直不分红,债权人为了是尽快退出公司,只能以较低价格简单易手。

四、债权转股权的风险防范措施

债权转为股权对债务人公司有利,但是对于债权人来说,往往是无奈之举,如果有其他的解决途径,应慎重选择债权转为股权。如果决定选择实行债权转股权,应采取有效的事前防范措施来应对商业性债权转股权的种种风险,同时综合考虑债务人债权转为股权的动机,财务状况、经营状况等,确定债权转股权的方式、股权退出计



划。

1. 对目标公司作尽职调查。

债权人可聘请外部的律师、会计师、税务师、评估师等事务所组成尽职调查团队,制定详尽且有针对性的尽职调查清单和问卷。通过对目标公司进行内外部调查,较为全面的掌握企业信息,降低信息不对称带来的风险,有效规避目标公司的道德风险、财务风险、经营风险和法律风险。依据完整、详实的尽职调查报告记载着的问题,合理估算目标公司的预期价值和确定公司股权价值,对或有负债的存在应在债券转股权的协议中作出限制性约定^③。此外,通过尽职调查,可以了解到公司在战略、管理理念、经营思路、企业文化等方面的信息,使债权人更加全面的了解公司。

2. 债权转股权协议约定至关重要,应当对相关事项合理安排。

I. 股权退出安排。债权转股权协议约定,应包括附条件的股权回购、股权回购的计划、债权人对股权回购的方式有选择权、股权回购的期限与价格、债务人及债务人股东对股权回购的担保和承诺。为了防止债务人公司大股东对分红的故意延迟,须将回购价格与回购时间长短挂钩,每一会计年度固定溢价率,依据回购的年数与年固定溢价率计算股权回购价格。为保证债务人及其股东依约履行股权回购,应要求债务人及其股东提供人保或物保,并另行出具保证不对债权人的股权退出和股权分红设置任何障碍的承诺函。

II. 或有债务的处理。依据尽职调查报告,对已查清对外担保事项应由债务人进行清理,能够终止的终止,不能终止的应要求被担保人提供合法有效的反担保。并且应在债权转股权协议中明确约定,债务人的其他或有债务,包括对外担保、未决诉讼或裁决、产品侵权及知识产权侵权等,如果使债权人(新股东)蒙受损失的,债务

^③赵小鹏,《房地产项目并购尽职调查》,《金融经济》,2011年第7期,第83页



人及其股东应向债权人(新股东)承担赔偿责任。

3.有效行使股东的知情权和查询权,定期查账以掌握公司实际经营状况。

我国公司法明确赋予了股东对公司经营状况重要信息的知情权,因为一般公司财务信息记载于公司会计报告、会计账簿中,所以股东对公司财务账目有查询权,但是实践中在行使知情权时常常会受到人为因素的干扰,往往股东没有真正行使知情权,因此,笔者建议债权人行使查询权,债权人在实行债权转股权之后,应定期请专业人员陪同查询公司财务状况,以维护自身的合法权益。



股东会决议无权为 股东增设竞业禁止义务

——湖州某公司决议纠纷案评析

□黄亮*

一、案情简介

李XX为湖州某股份公司(以下简称湖州公司)的股东,持有湖州公司3.4%的135万股股份,依法按期足额缴纳了认缴出资。2012年1月18日,湖州公司将各股东发出召开股东大会的通知,拟就公司章程增加对公司股东、高管及核心管理人员的竞业约定条款的议案进行表决。李XX于2012年2月3日与王XX签订《股份转让合同》,将其持有的股份全部转让给王XX,并向公司董事会提交《关于提请审议<股份转让协议>的临时议案》。2012年2月18日,湖州公司以88.11%同意的多数决的方式通过《股东大会决议》,该决议第一条第2款规定:“公司股东或管理层在公司持股或任职期间,以及在股权转让之日起两年内部的自身、亲属、委托他人经营与公司有竞争的业务。股东若违反上述规定的,其所持股份一律无条件按原始出资全额由公司收回或委托大股东收回,专项用于对公司有重大贡献员工的股权激励。”,并据此修改湖州公司章程,但并未对李XX提出的临时议案进行审议、表决。李XX出席股东大会,但在该决议上投反对票。李XX认为,《股东大会决议》该条规定违反我国法律法规的有关规定,应属无效。2012年4月,李XX以《股东会决议》程序违

* 黄亮,本所律师,法律硕士,《中国律师》杂志社、《中国律师网》特约撰稿人、特约评论员,杭州市律师协会公司与证券委员会委员。



法及内容违法为由,向法院起诉湖州公司,要求法院撤销《股东会决议》或者要求确认《股东会决议》无效。

李 XX 原在湖州公司担任销售经理一职,后因创设杭州公司经营与湖州公司同类业务而从湖州公司离职,两公司产生竞争关系,湖州公司董事长也一直因失去李 XX 这一销售骨干而痛心。在公司法律顾问的建议下,湖州公司拟以股东会决议的方式增加股东的竞业禁止义务,以保证湖州公司上市前股东的稳定性,同时也打压李 XX 所在的杭州公司的发展。李 XX 在收到湖州公司上述召开股东会通知后,慕名找到本律师以寻求法律帮助。在本律师的建议下,李 XX 在股东会决议表决时投反对票,并在股东会决议通过后,依法向法院起诉,确认该决议无效,或者撤销该决议。后经本律师与一审法院协商,将诉讼请求变更为确认关于股东竞业禁止义务的条款对未同意的股东无效,一审法院采纳了本律师的代理意见,以判决的方式确认该条款对李 XX 不发生法律效力。

一审判决后,湖州公司未上诉,该判决已发生法律效力。该判决生效后,湖州公司随即更改公司章程,删除了关于股东竞业禁止义务的条款,至此本案得以圆满解决。

二、争议焦点

1. 湖州公司未依法对李 XX 所提出的临时议案进行审议,该股东大会的召集程序是否违法?
2. 湖州公司是否有权通过股东会决议的方式约定股东的竞业禁止事宜?
3. 以多数决通过的关于股东竞业禁止的湖州公司股东会决议,对未同意的公司股东是否有效?

三、代理意见

湖州公司在召开股东大会决议时,未按我国《公司法》和公司章程规定的程序通知李 XX,也未依法对李 XX 所提出的临时议案进



行审议,该股东大会的召集程序、表决方式应属违法,应当依法予以撤销。我国《公司法》仅在第一百四十九条第一款第(五)项规定了董事、高级管理人员的竞业禁止义务,而作为公司股东却依法可经营同类业务,股东并无法定的竞业禁止义务。《股东大会决议》的内容超越了公司股东会的职权和法定的议事范围,其无权对股东及其亲属和第三人设定任何义务,且其据此要求包括李 XX 在内的股东承担民事责任违反我国法律规定,该决议应属无效;《股东大会决议》的内容侵犯了包括李 XX 在内的公司股东及其亲属、公司原股东及其亲属以及第三人的劳动就业权、股份所有权等权利,非法增设了股东及其亲属、甚至与公司无关的第三人的竞业禁止等义务,其内容违反我国法律法规的有关规定,应属无效。具体理由如下:

(一)湖州公司在召开股东大会决议时未按我国《公司法》和公司章程规定的程序通知李 XX,也未依法对李 XX 所提出的临时议案进行审议,该股东大会的召集程序、表决方式应属违法,应当依法予以撤销。

我国《公司法》第一百零三条第一款规定:“召开股东大会会议,应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东。”根据该条法律规定,股份公司应当在召开股东大会时应当将会议审议的事项告知各股东。股东大会会议审议的事项除审议的事项标题之外,还应当对审议事项的具体内容、提交表决议案的具体内容及其相关资料等明确告知各股东,便于各股东对股东大会会议的重要性及是否与会作为判断和选择。《公司章程》第十五条也有相同的规定。但湖州公司在 2012 年 2 月 18 日召开股东大会时,并未依法告知李 XX 会议审议事项的具体内容,也未将该相关决议具体内容告知李 XX,违反上述法律法规及公司章程有关约定,属于召集程序违法。

并且,我国《公司法》第一百零三条第二款规定:“单独或者合计



持有公司百分之三以上股份的股东,可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会;董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东,并将该临时提案提交股东大会审议。”《公司章程》第十五条也有相同的规定。李 XX 合法持有湖州公司 3.4% 的股份,于 2012 年 2 月 4 日依法分别向湖州公司的董事长、董事会办公室主任以及各股东等提出《关于提请审议〈股份转让协议〉的议案》的临时议案,要求湖州公司在股东大会审议该议案,通过有关股东大会决议并据此修改章程等,该议案属于股东大会的职权范围。但湖州公司董事会既未依法通知各股东,也未将该临时议案提交股东大会审议,显然属于程序违法。

因此,湖州公司在召开股东大会决议时未按我国《公司法》和公司章程规定的程序通知李 XX,也未依法对李 XX 所提出的临时议案进行审议,该股东大会的召集程序、表决方式应属违法,应当依法予以撤销。

(二)《股东大会决议》的内容超越了公司股东会的职权和法定的议事范围,其无权对股东及其亲属和第三人设定任何义务,且其据此要求包括李 XX 在内的股东承担民事责任违反我国法律规定,该决议应属无效。

我国《公司法》第三十八条和第一百条有关规定:“股东会行使下列职权:(1)决定公司的经营方针和投资计划;(2)选举和更换非由职工代表担任的董事、监事,决定有关董事、监事的报酬事项;(3)审议批准董事会的报告;(4)审议批准监事会或者监事的报告;(5)审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案;(6)审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案;(7)对公司增加或者减少注册资本作出决议;(8)对发行公司债券作出决议;(9)对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议;(10)修改公司章程;(11)公司章程规定的其他职权。”而《公司章程》第十二条并未对上述法律规



定的事项进行其他特别约定。根据该条法律及湖州公司章程有关规定,股东会是公司的权力机构,股东会依法行使职权,主要是决定公司的经营方针、投资计划、财务和利润方案、人事安排、增减注册资本、发行债券及修改公司章程等公司日常经营发展和运行管理事项,并依据法律和公司章程进行内部管理。

股东会虽然是股东行使股东权最主要的途径之一,但其议事范围并不包含公司如何管理股东的日常行为和个人生产经营活动,即股东会是股东规制和管理公司运行的途径,而不是公司规制和管理股东的途径,股东可以通过股东会为公司运行设定规制和义务,但股东会却无权为股东设定任何义务。股东也仅以出资为限对公司经营管理的后果即公司赢利或亏损承担责任,股东会无权对股东设定义务,否则即为无效。

然而,湖州公司于2012年2月18日以多数决的方式通过的《股东大会决议》第一条第2款规定:“公司股东或管理层在公司持股或任职期间,以及在股权转让之日起两年内不得的自身、亲属、委托他人经营与公司有竞争的业务。股东若违反上述规定的,其所持股份一律无条件按原始出资全额由公司收回或委托大股东收回,专项用于对公司有重大贡献员工的股权激励。”李XX在该决议上投反对票。该决议的实质超越了公司股东会的职权和法定的议事范围,不仅非法增设了股东竞业禁止义务,还增设了股东亲属、甚至与公司无关的第三人的竞业禁止等义务,其内容违反我国法律法规的有关规定,应属无效。

因此,《股东大会决议》因超越公司股东会的职权和法定的议事范围,非法增设了股东及其亲属、甚至与公司无关的第三人的竞业禁止等义务,并据此要求包括李XX在内的股东承担民事责任违反我国法律以及公司章程有关规定,应属无效。

(三)《股东大会决议》的内容侵犯了包括李XX在内的公司股



东及其亲属、公司原股东及其亲属以及第三人的劳动就业权、股份所有权等权利,非法增设了股东及其亲属、甚至与公司无关的第三人的竞业禁止等义务,其内容违反我国法律法规的有关规定,应属无效。

1.《股东大会决议》内容侵犯了包括李 XX 在内的公司股东及其亲属、公司原股东及其亲属以及第三人劳动就业权,非法增设了股东及其亲属、甚至与公司无关的第三人的竞业禁止等义务,应属无效。

劳动就业权是指劳动者享有平等就业和选择职业的权利。我国《宪法》第四十二条第一款规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”我国《劳动法》第三条规定:“劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。”该法第十二条规定:“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”根据上述法律有关规定,在我国,劳动就业权作为劳动者最基本的权利,即具有劳动权利能力与劳动行为能力的有劳动愿望的劳动者,依法要求国家和社会为其提供劳动机会,以从事有劳动报酬或经营收入的劳动的权利,任何单位或个人不得非法歧视或者限制公民的劳动就业权。

并且,我国《公司法》仅在第一百四十九条第一款第(五)项规定了董事、高级管理人员的竞业禁止义务,而作为公司股东却依法可经营同类业务,股东并无法定的竞业禁止义务。股东对公司承担法定义务之外的义务应当遵循自愿或协商原则。我国《公司法》中竞业禁止义务的设置理念是基于公司董事、高管人员实际管理控制公司的日常经营活动、存在损害公司利益的可能性,作为一般股东,并不承担此义务,但若其自愿对公司承担竞业禁止义务,且不损害他人、国家和集体利益的,应予以准许。



如上述,李 XX 对《股东大会决议》投反对票,即并未认可该决议的内容,该决议的内容对李 XX 不发生法律效力。同时,由于《股东大会决议》第一条第 2 款有关规定实质上是限制了公司股东及其亲属、公司原股东及其亲属以及第三人的择业以及经营与湖州公司同类业务等劳动就业权,非法增设了股东及其亲属、甚至与公司无关的第三人的竞业禁止等义务,违反上述法律规定,应属无效。

2.《股东大会决议》内容侵犯了包括李 XX 在内的股东的股份所有权和股份的自由转让权,应属无效。

我国《宪法》第十三条第一款规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”我国《民法通则》第四条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”我国《公司法》第四条规定:“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”该法第一百三十八条规定:“股东持有的股份可以依法转让。”根据上述法律有关规定,股份作为股东的合法财产不受侵犯,李 XX 持有湖州公司的股份是可以依法自由转让,不受任何限制。即李 XX 的股份的处置应属于李 XX 的自由,是否转让、以何种价格或条件转让,均应由李 XX 自主决定,任何单位或个人不得非法限制。如上述,《股东大会决议》不仅非法限制了包括李 XX 在内的公司股东及其亲属、公司原股东及其亲属以及第三人的择业以及经营与湖州公司同类业务等劳动就业权,非法增设了股东及其亲属、甚至与公司无关的第三人的竞业禁止等义务,还据此要求包括李 XX 在内的公司股东一律无条件按原始出资全额由公司收回或者委托大股东收回,显然侵犯了包括李 XX 在内的股东的股份所有权以及股份的自由转让权利,应属无效。

3.《股东大会决议》内容违反我国法律规定的公民承担民事责任的归责原则,应属无效。

我国《民法通则》第十一条规定:“十八周岁以上的公民是成年



人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。”根据该条法律规定,民事行为能力是指民事主体以自己的独立行为参加民事法律关系,取得民事权利,承担民事义务的资格和能力。该法第一百零六条规定:“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。”依照该条法律规定,公民承担民事责任的原因是:违反合同或不履行其他义务的;由于过错侵害国家、集体的财产、侵害他人财产和人身的,应承担侵权责任;没有过错,但法律规定应当承担民事责任的。可见,公民应承担的民事责任除了法定和合同的明确约定,并不是由其他个人或组织有权预先确定的。先给股东预设竞业禁止义务、再预设违背这项“非法”义务的违约责任强加给股东,均是违法的,更遑论股东对第三人违背这项“非法”义务承担违约责任的约定了。因此,《股东大会决议》内容违反我国法律规定的公民承担民事责任的归责原则,应属无效。

(四)本案案由为公司决议纠纷,包括公司决议效力确认纠纷和公司决议撤销纠纷两个案由,案涉《股东大会决议》既存在撤销的事由,也存在无效的事由,故法庭应当一并审理。

最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知第八部分第二十一条第 250 款明确规定了“公司决议纠纷”案由,其包括“公司决议效力确认纠纷”和“公司决议撤销纠纷”两个四级案由。本案在立案之时诉讼请求第 1 项中明确要求:“请求确认 2012 年 2 月 18 日《股东大会决议》无效,或者撤销该决议”,起诉状事实和理由也明确要求确认其无效或者撤销该决议,并提供相应的证据予以证明。虽因贵院立案庭审理之时,认为须明确该具体的诉讼请求,李 XX 才在该诉讼请求中将“或者撤销该决议”去掉,但因本案的事实



及相关的证据均表明案涉《股东大会决议》既存在撤销,也存在无效的情形,且从本案的案由最终确定为“公司决议纠纷”即可看出,法庭均未否定将撤销与无效两个案由一并审理。同时,诉讼请求中仅确定为“请求确认 2012 年 2 月 18 日《股东大会决议》无效”并不排斥《股东大会决议》撤销情形的适用。故,法庭应当同时对《股东大会决议》无效及撤销的事由审理,即对《股东大会决议》程序是否违法以及内容是否违法一并审理。

而根据庭审时湖州公司的陈述以及质证意见可以看出,湖州公司也认可其仅向公司股东告知了股东大会会议审议的事项标题,并未依法告知李 XX 会议审议事项的具体内容,也未将该相关决议具体内容告知李 XX,违反上述法律法规及公司章程有关约定,属于召集程序违法。同时,湖州公司也认可收到李 XX 提出《关于提请审议〈股份转让协议〉的议案》的临时议案,但其并未依法在股东大会会议召开时对该临时议案进行审议,显然也属于程序违法。故,该股东大会的召集程序、表决方式应属违法,《股东大会决议》应当依法予以撤销。

(五)李 XX 既无法定也无约定的履行对湖州公司的竞业禁止义务,但湖州公司却试图通过多数决的方式通过《股东大会决议》,据此修改公司章程,要求李 XX 履行对湖州公司的竞业禁止义务,显然无效。

我国《公司法》仅在第一百四十九条第一款第(五)项规定了董事、高级管理人员的竞业禁止义务,其设置理念是基于公司董事、高管人员实际管理控制公司的日常经营活动、存在损害公司利益的可能性。而作为公司股东却依法可经营同类业务,股东并无法定的竞业禁止义务。《公司章程》也未对股东的竞业禁止义务作为任何约定。李 XX 仅为湖州公司的股东,既非公司董事、高级管理人员或者员工,李 XX 并无法定或者约定的竞业禁止义务。



然而，湖州公司于2012年2月18日以多数决的方式通过的《股东大会决议》第一条第2款却规定了公司股东的竞业禁止义务，并以多数决的方式通过，但李XX对该《股东大会决议》投反对票，即并未认可该决议的内容，故该决议的内容对李XX不发生法律效力。

但湖州公司的目的并非仅仅限制表决同意的股东，其还试图据此修改公司章程，要求公司全部股东、公司原股东等人全部承担对公司的竞业禁止义务。因为我国《公司法》第十一条规定：“设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。”这显然侵犯了投反对票的股东、弃权的股东、公司原股东以及任何有可能成为公司股东的第三人的合法权利，强制要求未明确同意的股东等人履行非法的竞业禁止义务，明显违反我国法律法规有关规定，应属无效。

同时，虽李XX仅对《股东大会决议》第一条第2款有关约定由异议，但因其为《股东大会决议》的组成部分，且系一并表决，故《股东大会决议》因该条款的无效而应当全部无效。

(六)《股东大会决议》还侵犯了无须遵守公司章程的公司股东亲属、公司原股东及其亲属以及第三人的劳动就业权等权利，非法增设了其对湖州公司的竞业禁止等义务，其内容违反我国法律法规的有关规定，应属无效。

如上述，根据我国《公司法》第十一条有关规定，公司、股东、董事、监事、高级管理人员应当遵守公司章程的有关规定。但公司股东亲属、公司原股东及其亲属以及无公司无关第三人等并无法定的遵守公司章程的义务，且其也未明确同意《股东大会决议》的有关内容，即无任何法定或者约定的遵守公司章程的义务。但如上述，湖州公司却试图限制公司股东亲属、公司原股东及其亲属以及第三人的择业以及经营与湖州公司同类业务等劳动就业权，非法增设了其对湖州公司的竞业禁止等义务，违反我国法律有关规定，其内容也有



违我国法律规定的公民承担民事责任的归责原则,应属无效。

四、处理结果

一审法院认为:李 XX 为公司股东且无具体职务,其仅以出资为限对公司承担责任,《股东大会决议》第一条第 2 款规定违背了李 XX 的意愿,为李 XX 及他人设定竞业禁止义务,于法无据,应当认定该条款对李 XX 不具有法律约束力。故,一审法院依法作出判决:确认《股东大会决议》第一条第 2 款对李 XX 不具有法律约束力。一审判决后,双方均未上诉,该判决已发生法律效力。

五、法律思考

1. 公司在召开股东大会决议之时,应当按照我国《公司法》和公司章程规定的程序通知公司各股东,同时也应当依法对股东所提出的临时议案进行审议。否则,公司股东可以该股东大会的召集程序、表决方式违法为由,向法院申请撤销股东会决议。

2. 《股东大会决议》的内容不能超越公司股东会的职权和法定的议事范围,也不能非法为公司股东增设公司法以外的义务,更不能违反我国《公司法》、《民法通则》等法律法规的有关规定,否则将很有可能因涉嫌违法而被法院确认无效。

3. 我国《公司法》仅规定了董事、高级管理人员的竞业禁止义务,而作为公司股东却依法可经营同类业务,股东并无法定的竞业禁止义务。未经股东书面同意,公司以股东会决议、章程修改案等方式通过的关于增设股东的竞业禁止义务均属违法,对未认可该决议的股东不具有法律效力。

4. 公司章程、股东会决议作为股东参与公司经营管理的重要方式以及股东行使权利的重要手段,其具体条款的设置以及内容的合法性就显得尤为重要。合法、操作性强的公司章程、股东会决议是公司发展的助推器,否则将会成为公司发展的障碍,甚至有可能导致股东反目。



李某涉嫌**职务侵占**罪一案的律师意见书

□ 陈云丰 *

第一部分 案情简介

李某,案发前系 A 公司销售经理。2010 年 12 月期间, B 公司从 A 公司李某处购进大豆油,货款价值计人民币 19000 元。李某作为 A 公司销售经理从 B 公司收取了 19000 元货款。后 A 公司以李某收取货款后未上交公司且未在货款登记本登记签字等为由,向 C 公安局报案。期间,李某始终坚持自己已将货款上交给公司,只是因工作疏忽而忘记在货款登记本上登记签字。随后,李某因涉嫌职务侵占罪于 2011 年 6 月 24 日被刑事拘留,于同年 7 月 8 日被依法逮捕。该案经 C 公安局侦查终结后移送 D 人民检察院审查起诉。因证据不足,此案被退回公安机关补充侦查两次,后于 2011 年 12 月 30 日重新移送审查起诉。

第二部分 争议焦点

本案的争议焦点在于,能否仅凭李某未在货款登记本登记签字以及 A 公司财务人员未收到李某上交的货款的证言,进而得出李某

* 陈云丰,本所刑事法律部律师,××大学法学硕士。



未上交 19000 元货款这个唯一结论。换句话说,本案能否排除李某确已上交货款而未登记的可能性或者说合理怀疑。

第三部分 律师意见

D 人民检察院:

有关犯罪嫌疑人李某涉嫌职务侵占一案,目前正由贵院审查起诉。作为李某的辩护人,我们依法查阅并仔细研究了《起诉意见书》及全部在案证据材料,认真听取了李某本人的陈述和辩解,并进行了必要的核实,对案情有了较为深入的认识。

辩护人认为,《起诉意见书》指控犯罪嫌疑人李某的行为涉嫌职务侵占罪,事实不清,证据不足,且存在诸多疑点和矛盾,本案不能排除李某确已上交 19000 元货款而被冤枉的可能性。

为了使贵院在审查本案时能够更全面、客观地了解案件的真实情况,以便查清事实,正确适用法律,对李某作出公正处理,避免冤案的发生,辩护人发表以下律师意见,供贵院审查参考。

一、起诉意见书指控犯罪嫌疑人李某涉嫌职务侵占罪事实不清,证据不足,且存在诸多疑点和矛盾,本案不能排除李某确已上交货款而被冤枉的可能性

根据我国《刑事诉讼法》规定,刑事案件的证明标准,必须达到案件事实清楚,证据确实、充分。也就是说,据以定案的证据必须首先是真实的,证据与证据之间能够相互印证、环环相扣,形成严密的证据锁链,所得出的结论具有唯一性或排他性,即排除一切合理怀疑。

本案中,起诉意见书指控李某涉嫌职务侵占的证据包括两个方面:一是 A 公司提供的货款登记本;二是 A 公司法定代表人张某及其公司财务人员吴某等证人证言。



辩护人认为,本案存在诸多疑点和矛盾,不能仅仅依据李某未在贷款登记本登记签字以及A公司财务人员未收到李某上交贷款的证人证言就冒然定案,本案不能排除李某确已上交贷款而被冤枉的可能性。理由如下:

1.贷款登记本只能反映涉案的19000元贷款没有登记,但不能仅凭其没有登记,就据此反推李某没有上交或侵占该笔贷款。

首先,本案不能排除李某确已将19000元贷款上交给公司但未予登记的可能性。

从逻辑上分析,如果说在贷款登记本上有登记就可以证明贷款已上交的话,那么涉案的19000元在贷款登记本上没有登记是否就能必然得出没有上交的唯一结论呢?这在逻辑上显然是不能成立的。

也就是说,不能仅凭贷款登记本上没有涉案的19000元贷款的登记记录,就必然得出李某没有上交该笔贷款并占为己有的唯一结论。

换言之,本案存在李某确已将19000元贷款上交给公司但未予登记的可能性,故犯罪嫌疑人李某极有可能被冤枉。

其次,贷款登记本本身的真实性和合法性令人质疑,不能作为定案依据。

从账面本身来分析,贷款登记本账面上存在多处涂改的现象(详见侦查卷二第90、97、100、103、110、115、116),由此可见,A公司的贷款登记本账目非常混乱,存在随意涂改的情况。

因此,该贷款登记本的真实性和合法性令人质疑,不能排除其存在人为篡改或删除的可能性,故依法不能作为定案依据。

最后,A公司贷款登记本上存在较多交款后未签名确认的情况,这反过来可以证明李某有关其已上交贷款但却忘记签名确认的辩解具有真实性。



从贷款登记本的签名情况来看,其中有 100 多笔贷款没有交款人或业务员的签名,这表明 A 公司交款人上交贷款后不签名确认的现象相当普遍。

根据 A 公司法定代表人张某“出纳收取业务人员上交贷款后,会在应收款登记册上登记,并由交款人(业务员)签名”等证言(见卷二第 24 页)证实,A 公司收取贷款的流程是先收取贷款,后进行登记,而后才由交款人或业务员签名确认。

因此,辩护人认为,李某有关其已经将 19000 元贷款上交公司但却忘记签名确认的辩解完全可以成立,不能仅凭李某没有在贷款登记本上签名确认就据此推定其未上交该笔贷款。

本案不能排除李某已将 19000 元贷款上交给 A 公司,但 A 公司某些人员故意不予登记或登记后删除记录进而栽赃诬陷李某的可能性。

2.A 公司法定代表人张某有关“我公司业务员收取贷款后都交给出纳吴某,另外人不收钱的”的说法与吴某、李某某、孙某的证言自相矛盾,显然是张某在撒谎,其报案动机令人质疑,不能排除其诬告李某的可能。

根据吴某、李某某、孙某的证言(见卷二第 28、38、42 页)均能证实,A 公司业务员或配送员上交贷款,一般都是吴某签收的,如果吴某不在的话,就由财务室的李某某和孙某代为收取贷款,之后再转交给吴某,最后再由吴某交到银行。也就是说,本案当中,吴某、李某某、孙某作为财务人员,都可以收取业务员或配送员上交的贷款。

由此可见,A 公司法定代表人张某所作的“我公司业务员收取贷款后都交给出纳吴某,另外人不收钱的”的证言显然是在说谎,这不由得让人对其人品和报案的动机产生怀疑,不能排除其诬告李某的可能。

3. A 公司财务人员吴某、李某某、孙某,均与本案存在重大利害



关系,其所作“李某没有上交 19000 元货款”证言的真实性令人质疑,依法应不予采信,本案不能排除李某被栽赃诬陷的可能。

根据前文分析,吴某、李某某、孙某作为 A 公司的财务人员,均可以收取业务员或配送员上交的货款。也就是说,本案中,吴某、李某某、孙某都存在收取李某上交的 19000 元货款的可能。如果李某确已将 19000 元货款上交公司财务,那么就存在吴某、李某某、孙某收取李某上交的该笔货款后未交到公司的可能。那么,本案涉嫌职务侵占罪的就不是李某,而是 A 公司的某个财务人员。

因此,吴某、李某某、孙某三人虽一致指证李某没有上交 19000 元货款,但因其与本案存在重大利害关系,故其该证言的真实性令人质疑,依法应不予采信。此其一。

其二,A 公司财务人员尤其是孙某与李某存在矛盾和积怨,故其所做证词显然对李某不利。

根据在案证据证实,2010 年 12 月底,李某曾因上班迟到被公司财务人员扣款 50 元,为此其与孙某吵架,后李某被孙某打伤,并报文晖派出所处理。

由此可见,李某与 A 公司财务人员尤其是孙某存在较深的矛盾和积怨,故不能排除李某确已上交 19000 元货款但 A 公司财务人员故意不予登记入账进而栽赃诬陷李某的可能。

4. A 公司员工胡某有关“等我挂了电话和张某回到财务室一看,根本就没有监控”的证言太过蹊跷,疑点众多,不能排除 A 公司有关人员故意隐匿或毁灭监控进而诬陷李某的可能。

根据胡某陈述:“有次我打电话问李某他的 19000 元货款到底交给财务室谁了,但是李某就是说记不清了,反正交掉了。这时候我们老板张某就在旁边,听到李某这么说之后,就随口说了句‘不是有监控的吗,调出来看一下就知道这笔钱交给谁了’,但是等我挂了电话和张某回到财务室一看,根本就没有监控”。(见卷二第 46 页)



辩护人认为, 张某作为 A 公司的老板, 对公司财务室有没有安装监控应该是了如指掌的, 其随口说了句“不是有监控的吗, 调出来看一下就知道这笔钱交给谁了”, 恰恰证明财务室是装有监控的。如果财务室没有安装监控的话, A 公司的老板张某怎么可能会如此反问呢?

对此, 李某的供述(见卷二第 18 页):“公司员工上班有否迟到、早退, 公司都是看录像的”可以佐证。故胡某有关“等我挂了电话和张某回到财务室一看, 根本就没有监控”的说法过于蹊跷, 不能排除 A 公司有关人员故意隐匿或毁灭监控进而诬陷李某的可能。

在此需要特别指出的是, 由于本案报案人张某和吴某、李某某、孙某等证人与本案的处理均有重大利害关系, 故其证词难免带有某种倾向性和不确定性。而监控则是本案最有力的客观证据和直接证据, 通过调取监控就可以查明李某到底有无上交货款以及具体上交给哪个人。但办案机关却没有提取到监控这一客观证据。

因此, 辩护人认为, 既然李某一直喊冤并坚称自己确已将 19000 元货款上交公司, 那么本案或有冤情。

鉴于报案人张某和吴某、李某某、孙某等人的证词真伪莫辨, 故建议并恳请贵院, 本着对本案负责的态度, 高度重视, 全力追查监控的下落。如果 A 公司故意不提供监控或隐匿、销毁监控, 那么, 本案就存在报案人故意隐匿或毁灭李某确已上交货款的证据, 而后又以李某未在货款登记本登记签名为由嫁祸于李某并对其诬告陷害的可能。

5. 朱某、周某、叶某等证人证言虽不能证明李某上交了 19000 元货款, 但同样也不能证明李某没有上交该笔货款。

综上, 起诉意见书指控李某涉嫌职务侵占罪, 事实不清, 证据不足, 且存在诸多疑点和矛盾, 本案不能排除李某确已上交货款而被冤枉的可能性。



二、本案系一桩疑案,甚至极可能是冤案,恳请办案机关明察,高度重视,并予以妥善处理

首先,犯罪嫌疑人李某有关其已上交货款但忘记在货款登记本上登记签名的辩解具有合理性和真实性。

犯罪嫌疑人李某一直认为自己是被冤枉的,其供称“我在收到这 19000 元货款之后的后几天的一天上午,我就将这 19000 元货款上交给公司财务室了”,“当时我就很随便的将这 19000 元的货款放在财务室的桌子上,然后说‘这是莫干山路米老大这里结算过来的 19000 元货款’,后来我就忘记在货款登记本上登记了”(见卷二第 6 页)。

其次,退一步讲,如果李某有意侵吞这笔 19000 元货款,其怎么可能还会向客户出具已确定收到 19000 元货款的《证明》(见卷二第 61 页),并在 A 公司诉客户买卖合同纠纷一案中当庭作证其已收到 19000 元货款,这难道不是自陷其罪吗?

在此特别需要指出的是,李某是于 2010 年 6 月 24 日主动到江干公安分局接受调查的,如果李某确实没有上交这笔 19000 元货款并据为己有,其还会如此大胆和坦然地主动到江干公安分局去自投罗网吗?显然这不合逻辑和常理。

那么,本案或许存在一种可能,那就是李某确实已经将 19000 元货款上交给公司而又忘记在货款登记本上登记签名。

最后,现有证据不能证明李某主观上存在非法占有 19000 元货款的故意。

从李某的家庭条件和经济情况来看,李某出生在杭州市区,系独生子女,自幼家境较好,家教严格,家人和亲友都倍加关爱,其既不愁吃穿住,也从不缺钱花,故李某不会也不可能冒着坐牢的风险去侵吞这么小的一笔货款。

三、关于本案的处理意见或建议



鉴于本案系一桩疑案,甚至极可能造成冤案,建议并恳请贵院高度重视,慎重处理,依法对李某作出不予起诉的决定或退回公安机关由其作撤案处理!

综上所述,起诉意见书指控李某涉嫌职务侵占罪,事实不清,证据不足,且存在诸多疑点和矛盾,本案不能排除李某确已上交 19000 元货款而被冤枉的可能性。

恳请贵院在审查时充分注意本案的特殊情况,同时考虑到本案系一桩疑案,甚至极可能造成冤案,依法对李某作出不予起诉决定或退回公安机关由其作撤案处理!

第四部分 案件结果

D 人民检察院经审查起诉,采纳了辩护律师提出的全部意见,认为现有证据尚不能认定李某构成职务侵占罪,本案不能排除李某确实上交货款而未登记的可能性,并据此对李某作出了不起诉决定。

第五部分 法律思考

本案当事人李某于 2011 年 6 月 24 日被刑事拘留,李某家属于 6 月 28 日委托本律师介入。律师介入后于当日立即联系侦查机关,要求会见李某。同年 6 月 29 日,律师会见了李某,并在第一时间将会见情况与侦查机关进行交涉,同时要求侦查机关慎重妥善处理本案并对李某实行取保候审。

鉴于案件情况特殊,在审查逮捕期间,本律师就提出了本案不能排除李某已上交货款而被冤枉的可能性,并向 D 人民检察院侦监部门提交了书面律师意见,建议其对逮捕的必要性予以充分考虑并



要求对李某不予逮捕实行取保候审。但令人遗憾的是,侦监部门对律师的合理意见并未采纳。

在审查起诉阶段,律师紧紧抓住刑事诉讼证据规则即排除合理怀疑这一突破口,从案件现有证据入手,条分缕析,层层推进,提出了指控李某涉嫌职务侵占罪事实不清、证据不足、且存在诸多疑点和矛盾、不能排除李某确已上交货款而被冤枉的可能性等律师意见,同时据此提出了对李某不予起诉或撤案的处理建议。

公诉部门对上述律师意见表示认可,但因李某已被批准逮捕,考虑到侦监等相关部门的压力,承办检察官先是向律师传达了对李某作出相对不起诉(有罪不诉)的处理意见,但遭到律师及当事人李某的拒绝。

最后,在律师据理力争和坚持下,D人民检察院终于顶住压力,于2012年1月17日对李某作出了存疑不起诉的决定,李某最终讨回了公道和正义。



浙江 HJ 控股集团有限公司 SACC 房地产 项目联合收购之法律意见书

□ 王 耀* 王扩海*

第一部分 项目简介

2008年7月16日,浙江 HJ 控股集团有限公司(以下简称:浙江 HJ)与湖南省 CZ 市 AR 县人民政府,签订了《SS 水利生态综合项目开发协议书》,获得了相应地块一级开发资格。协议约定,由浙江 HJ 代建政府的 SS 水利系列基础设施工程;政府通过定向“招拍挂”方式,使浙江 HJ 分期、分批低价获取 500 亩建设用地使用权,进行房地产项目(即 SACC 房地产项目)开发;土地出让金部分与浙江 HJ 在一级开发过程中的投入相抵。

2008年11月28日、2009年7月13日、2010年4月30日,双方在《SS 水利生态综合项目开发协议书》的基础上,又签订了三份《补充协议》。补充协议就土地挂牌事宜、出让金支付事宜、税费优惠与奖励事宜、保证金支付与退还事宜、土地补偿事宜,作出了细化和具体化安排。

浙江 HJ 在房地产项目开发过程中,因受欧债危机、房地产宏观

* 黄耀,本所高级合伙人,一级律师,浙江省律师协会金融与保险专业委员会副主任,浙江省律师协会民商专业委员会委员,浙江省律师协会建筑房地产专业委员会委员,浙江省律师协会企业重整重组及破产管理业务委员会委员,杭州市律师协会知识产权专业委员会委员,丽水市仲裁委员会仲裁员。

* 王扩海,本所民商法律部律师。



调控、政府信用、公司管理等问题影响,遇到了资金周转瓶颈。为摆脱困境,浙江 HJ 及其法定代表人 CCY,分别以浙江 HJ 名义、CCY 个人名义、湖南房地产项目公司—湖南 HJ 置业有限公司(以下简称:湖南 HJ)名义进行融资,融入资金的形式包括但不限于金融借款、民间借贷、“高利贷”,先后融入资金高达人民币二亿多元。

2011年6月,浙江 HJ 的现金流断裂,各债权人纷纷主张债权,并诉至法院。与此同时,浙江 HJ 法定代表人的配偶提出离婚,部分股东也退出公司并主张股权分割与代位权,公司员工也纷纷离职并提起劳动仲裁。短短一年多时间,有近 30 起诉讼案件诉至法院,房地产项目开发与公司运营彻底陷入困局。

2012年2月,浙江 HJ 迫于政府、债权人、施工单位、合作伙伴、购房业主、股东、员工等多方面压力,不得不尝试将项目整体转让。自 2012年3月初至 2012年6月底,历时近四个月,在与三个谈判对象就三种整体转让方案谈判失败后,终于在 2012年6月29日与郴州市 CJTR 置业有限责任公司、江西 GZ 实业有限公司,成功达成联合收购合作意向,并顺利签订《联合收购协议》等系列文件。

本律师团队,作为浙江 HJ 的法律顾问,全程参与了联合收购的调查、谈判、文件拟制、法律意见出具,以及与本项目有关的全部诉讼、非诉讼法律服务,最终使得浙江 HJ 及 SACC 房地产项目起死回生,获得了浙江 HJ 及其法定代表人的充分认可。

第二部分 主体部分

《关于浙江 HJ 控股集团有限公司 SACC 房地产项目 联合收购之法律意见书》

致浙江 HJ 控股集团有限公司:

根据浙江 HJ 控股集团有限公司(以下简称:“贵公司”)与浙江



金道律师事务所(以下简称“金道”)签署的《专项法律顾问协议》,金道接受贵公司之委托,以特聘专项法律顾问的身份,指派 H 律师、W 律师、Z 律师、Q 律师组成律师团队,为贵公司“SACC 房地产项目”联合收购之目的,按照中国律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神,全程参与联合收购调查、谈判、合同文件拟制等事宜,并出具本法律意见书。

为出具本法律意见书,本所律师特作如下声明:

1.本法律意见书依据出具日前已经发生或存在的法律事实及我国现行法律、法规和有关规定出具。

2.本法律意见书系基于委托人提供的所有文件及信息均真实、完整的前提下出具,委托人应对所提供文件的真实性、完整性负责。

3.如委托人存在未能如实或者充分告知相关事实情况之情形,而导致本法律意见书与最终事实的偏差,则本法律意见书应予修正。

4.本法律意见书仅供委托人决策参考之用,不得用作其他用途。

鉴于浙江 HJ 控股集团有限公司(以下简称“浙江 HJ”)、郴州市 CJTR 置业有限责任公司(以下简称“郴州 TR”)、江西 GZ 实业有限公司(以下简称“江西 GZ”)经平等、友好协商,已就郴州 TR、江西 GZ 联合收购浙江 HJ 所有的“SACC 房地产项目”达成合作意向,本律师团队全程参与了联合收购调查、磋商、谈判等事宜,为全面促成三方正式成功合作,盘活 SACC 房地产项目,实现三方共赢,应浙江 HJ 控股集团有限公司之委托,本律师团队特出具本法律意见书。

一、本法律意见书依据的文件

为出具本法律意见书,金道律师查阅、参考的法律、法规、规范性文件及其他文件,包括但不限于:

- 1.《中华人民共和国合同法》;
- 2.《中华人民共和国物权法》;



- 3.《中华人民共和国担保法》;
- 4.《中华人民共和国土地管理法》;
- 5.《中华人民共和国城市房地产管理法》;
- 6.《中华人民共和国城乡规划法》;
- 7.《中华人民共和国建筑法》;
- 8.《中华人民共和国公司法》;
- 9.《中华人民共和国公司登记管理条例》;
- 10.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》;
- 11.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》;
- 12.《物业管理条例》。

二、合作方式

郴州 TR 和江西 GZ 联合采取项目现状整体收购 (参见附件 1) 的合作方式对浙江 HJ 所有的 SACC 房地产项目进行接盘。即郴州 TR 和江西 GZ 对浙江 HJ 的 SACC 房地产项目(以下简称项目)进行整体收购,收购内容包括湖南 HJ 公司所有股权、债权和债务、资产、收益等相关权利与义务。但不包括市政工程项目、水利工程项目、AR 二期约 230 亩土地及今后相关收益、项目一期规划的酒店用地(地块三)及今后收益。根据谈判进程,拟制合作协议,将相关合作意向以正式协议的形式最终固定下来。

三、收购操作细则

整体收购的土地资产、债权、债务、股权及遗留问题等处理细则如下:

1.土地资产约定:土地(土地证号为:XA 国用【2009】第 XX 号)浙江 HJ 按现状交付给郴州 TR 和江西 GZ(详见附件 1)。其中酒店用地,三方一致同意在任何时候无偿转让到浙江 HJ 指定的公司名



下,相应费用由浙江 HJ 承担,建设施工工作也由浙江 HJ 另行组织,与郴州 TR 江西 GZ 无关。

除酒店用地部分(地块三)以外的土地,浙江 HJ 负责将协议约定的土地证过户到郴州 TR 名下。办理土地证过户手续的一切税费及土地出让金全部由浙江 HJ 负责,但郴州 TR 应就土地过户事宜向浙江 HJ 一次性包干支付人民币贰佰万元整。

2.债权债务处理约定:项目收购前本项目、浙江 HJ、湖南 HJ 两公司的以及法定代表人 CCY,凡与此有关的所有债权债务由江西 GZ 负责处理和承担。

3.湖南 HJ 置业有限公司股权约定:浙江 HJ 和江西 GZ 同意公司 100%股权变更到郴州 TR 名下,法人代表和股东人员由郴州 TR 自行确定。浙江 HJ 负责从股东 NJG、CCH(注:其中 NJG 为股权质押的质押权人、CCH 为代持股的名义股东)处将公司 100%股权变更到郴州 TR 名下的工商登记手续,费用由浙江 HJ 承担,郴州 TR 应积极配合。

4.项目收益的约定:

(1)已开发土地(地块一)范围内的 20 栋房屋所有收益归江西 GZ 所有。

(2)后期约 60 亩(地块二)开发项目第一层、第二层 34000 平方米商业用房归浙江 HJ、江西 GZ 所有。其中浙江 HJ4000 平方米,江西 GZ30000 平方米。

(3)后期约 60 亩(地块二)开发项目中除了第一层、第二层 34000 平方米商业用房以外的所有房屋收益归郴州 TR 所有,但酒店用地(地块三)以及开发收益除外。

(4)税收奖励收益,三方按 4:4:2 比例分成,其中浙江 HJ 分得 40%,郴州 TR 分得 40%,江西 GZ 分得 20%。

5.其他项目遗留问题处理约定:项目原有遗留的其他问题由浙



江 HJ、江西 GZ 负责处理和承担。

6.关于附件一中各地块开发的约定:地块一由江西 GZ 负责开发建设,地块二由郴州 TR 负责开发建设,地块三由浙江 HJ 负责开发建设。

四、项目收购价款

项目整体收购价款,除项目现状在协议中列明的由江西 GZ 支付债权债务款项以外,郴州 TR、江西 GZ 分别按照下列约定向浙江 HJ 履行相应的付款或交付义务:

1.江西 GZ 应另行向浙江 HJ 支付人民币壹仟陆佰万元(1600 万元)转让费(税后),转让费江西 GZ 应于协议签订之日起三十天内支付人民币壹仟万元(1000 万元),协议签订之日起六十天内支付人民币陆佰万元(600 万元)。

2.郴州 TR 负责按照协议约定的商业用房的位置,向浙江 HJ 交付 4000 平方米一、二层商业用房,并由郴州 TR 负责交付并过户给浙江 HJ 或浙江 HJ 指定的第三方(本条款约定的商业用房,郴州 TR 只负责建筑工程及附属设施费用,其他所有的相应税费(包括应由开发商缴纳的税费)由浙江 HJ 承担。

五、项目保证金的约定

1.郴州 TR 应一次性向浙江 HJ 和江西 GZ 缴纳保证金人民币叁仟伍佰万元整,其中人民币叁仟万元整打入江西 GZ 指定的债权人帐户,人民币伍佰万元整打入浙江 HJ 指定帐户。

上述保证金的付款条件及时间为:

第一、浙江 HJ 负责协调政府将批复文件明确项目容积率为 4.0 (或确保总建筑面积达到 26 万平方米);

第二、浙江 HJ 确保其原来与 AR 县政府约定的优惠政策延续于本项目;

第三、浙江 HJ 负责土地产权处理清晰,土地使用权抵押、查封



问题得到妥善解决；

第四、与土地使用权抵押权人达成土地过户和付款手续的约定,浙江 HJ、江西 GZ 对所有债权债务及遗留问题得到妥善处理。

第五、《关于对 HJSACC 项目以联合整体收购形式进行重整的报告》(附件三)的请求事项获得政府正式批复,并出具相应法律文件。

付款时间:上述五项条件全部具备以后,郴州 TR 同时支付保证金。

2.该保证金作为郴州 TR 确保保质保量,确保约定面积及确保在约定时间内向浙江 HJ 及江西 GZ 交付第一层和第二层商业用房的保障。

3.该保证金浙江 HJ、江西 GZ 按郴州 TR 所交付的商业用房面积比例分批返还给郴州 TR(交付标准为郴州 TR 按分段验收方式所交付商业用房办理完毕商品房预售许可证,浙江 HJ、江西 GZ 同意商业用房以上部分郴州 TR 工程继续施工)。

六、项目规费、税收、帐户约定

1.规费:浙江 HJ、江西 GZ 所属店面在郴州 TR 报建时按各自比例交纳给郴州 TR。

2.税收:由郴州 TR 统一申报交纳,浙江 HJ、江西 GZ 按各自所属商业用房比例向郴州 TR 交纳。

3.政府按优惠政策奖励给项目的税收奖励,三方按 3:4:3 比例分配,其中浙江 HJ 占 30%,郴州 TR 占 40%,江西 GZ 占 30%。郴州 TR 应在返还资金到帐日三天内支付到浙江 HJ、江西 GZ 指定帐户。

七、浙江 HJ 权利与义务

1. 浙江 HJ 在收到江西 GZ 支付的第一笔人民币壹仟万元转让款后,负责与江西 GZ 一起与项目各主要债权人签订《债务调解协议书》,并配合江西 GZ 处理项目在建工程的结算、工程开工、以及其他



遗留问题处理等工作。

2.浙江 HJ 负责协调将 NJG、CCH 的湖南 HJ 置业有限公司的股权和法定代表人变更给郴州 TR, 涉及工商、法律等相关手续郴州 TR 应积极配合。

3.浙江 HJ 负责《关于对 HJSACC 项目以联合整体收购形式进行重整的报告》中相关条款的落实, 郴州 TR、江西 GZ 协助配合。

4. 浙江 HJ 负责在郴州 TR 交纳保证金后将项目所有相关资料移交给郴州 TR。

5.浙江 HJ 应确保原 AR 县政府给予湖南 HJ 和本项目有关税收与规费的优惠政策继续适用 (“优惠政策”是指:AR 县政府与浙江 HJ 于 2008 年 11 月 28 日签订的补充协议的第四条第 1 款和第 2 款, 详见协议附件 2)。

6.地块三如浙江 HJ 不用于酒店开发, 则应交予郴州 TR 进行开发建设。所建设房屋第一层和第二层归浙江 HJ 所有, 其他归郴州 TR 所有。

八、郴州 TR 权利与义务

1.负责按约定时间和条件足额支付保证金。

2. 郴州 TR 负责交付给江西 GZ 的第一层和第二层商业用房总面积 30000 平方米。自项目开工之日起四年内, 将自 AR 大道往七一西路再往滨江路方向范围内第一层和第二层共三万平方米商业用房交付给江西 GZ, 其中自 AR 大道至七一西路方向不少于壹万伍仟平方米第一层和第二层商业用房在项目开工后两年内交付给江西 GZ。剩余的壹万伍仟平方米商业用房郴州 TR 确保在项目开工后四年内向江西 GZ 全部交付完毕。

交付标准为, 郴州 TR 经验收合格后, 并且通过分段验收方式取得商品房预售许可证。店面交付后, 浙江 HJ 和江西 GZ 同意已交付商业用房以上部分郴州 TR 工程继续施工。



交付商业用房的位置为：七一西路大门出门向右到 AR 大道所有新开发的第一层和第二层商业用房全部归江西 GZ 所有。不足 30000 万平方米部分，七一西路大门出门左边扣除 2000 平方米第一层和第二层商业用房（归郴州 TR 所有）之外的位置开始优先为江西 GZ 补足。

3. 郴州 TR 在确保向浙江 HJ 和江西 GZ 交付上述商业用房外，如有剩余部分，则剩余部分商业用房归郴州 TR 所有。

4. 郴州 TR 所交付给浙江 HJ、江西 GZ 的商业用房，郴州 TR 除了承担项目建筑费用、配套附属设施费用外，其他一切费用（包括应由开发商缴纳的税费）由浙江 HJ 和江西 GZ 按所有的商业用房面积比例负担。

5. 郴州 TR 负责配合浙江 HJ、江西 GZ 与项目各主要债权人签订《债务调解协议书》，若浙江 HJ 或江西 GZ 在所属商业用房范围内将部分或全部商业用房需对外进行抵押、担保、转让时，郴州 TR 应无条件给予配合办理。

6. 负责及时为浙江 HJ、江西 GZ 商业用房再销售、银行按揭、办证、交付等各过程负责办理相关手续。所需交纳的一切费用由浙江 HJ 和江西 GZ 按照各自所有的商业用房面积比例交纳。

7. 协议约定的“第一层和第二层商业用房”是第一层和第二层所有建筑部分，其中“第一层”是指，正负零及与路面对应的一层。所交付的商业用房第一层和第二层的面积、位置应垂直对应和吻合。

8. 除地块二以外的债权债务及遗留问题与郴州 TR 无关。

九、江西 GZ 权利与义务

1. 负责将壹仟陆佰万元项目转让款按约支付浙江 HJ。

2 负责在本条所列范围内向各债权人支付款项（共计人民币壹亿元），其中：LYL 约人民币 5600 万元，LCM 约人民币 2000 万元，WLB 约人民币 2000 万元，JL 约人民币 200 万元，零星债务约人民



币 200 万元,具体按照与各主要债权人签订《债务调解协议书》为准。如债务总金额超过人民币壹亿元,超过部分由浙江 HJ 负责归还,如总金额少于人民币壹亿元,则少出的部分归江西 GZ 所有。

3. 负责按实际发生或结算金额支付已开发 20 栋多层商品房范围内各项工程款及收购前项目其它应付款的支付,共计约为人民币贰仟伍佰万元。该项费用总金额上下浮动在 5% 以内(含本数),江西 GZ 认可,由江西 GZ 支付。如超过 5%,则超过的部分由浙江 HJ 负责支付。

4. 负责地块一已开发 20 栋多层商品房范围内所有应收房款的收取,及未完工程的完成直至交付验收。该款项约为 5000 万元,如少于人民币 5000 万元的金额由浙江 HJ 补足,如超出人民币 5000 万元的部分归浙江 HJ 所有(以双方认可的房屋销售金额和有效的应收账款凭证为准,多退少补的结算,在房屋预售证拿到后的一个月內结清)。

5. 负责郴州 TR 所交纳人民币叁仟万元(3000 万元)保证金的返还。

6. 负责项目收购前各项遗留问题(含“C34 栋”房屋拆除)的处理,费用含在 2500 万元应付工程款之内。

7. 负责将上述收取的资金全部优先用于处理前期的债权债务。

8. 负责已建成的 20 栋房屋范围内所有工程综合验收合格,为业主办好三证(含契税证、房产证、土地使用权分证),缴清全部税费(办理完税务结算),安排好物业管理。并按照国家房屋保修标准进行保修,及其他一切工作,所需费用由江西 GZ 承担。本条款约定的房屋,涉及到办证、盖章等事宜,郴州 TR 应积极配合。

9. 郴州 TR 建成的商业用房可以交付以后,江西 GZ 应在郴州 TR 通知的时间内及时收房。否则郴州 TR 有权进行处置,收回保证金。



10.江西 GZ 与浙江 HJ 如发生任何纠纷,均与郴州 TR 无关,并不得影响郴州 TR 正常经营。

十、保密条款

三方就协议约定的合作事宜均负有保密义务,如有违反,按协议“违约责任”条款处理。

十一、违约责任

若三方任何一方未按协议约定义务履行而给其它任何一方造成损失时,除赔偿所有相应经济损失外另加壹仟万元违约金。

十二、附件包含的文件

- 1.湖南省 AR 县《HJSACC》建筑(高层部分)方案总平面图(2)。
- 2.浙江 HJ 与 AR 县政府签订有关该地块协议、补充协议。
- 3.关于对 HJSACC 项目以联合整体收购形式进行重整的报告。

十三、法律风险提示

鉴于本项目融资过程中问题的复杂性,在融资与开发陷入极度被动的情况下,达成如此联合收购意向实属不易。联合收购协议正式签订后,贵公司务必严格执行协议条款,积极履行合同约定义务,真正盘活 SAC 房地产项目,实现公司彻底走出困境的目标。

第三部分 经典评析

本案是浙江 HJ 的 SACC 房地产项目联合收购之非诉法律服务,但最终签订《联合收购协议》及系列文件,是建立在对该项目开发全程充分了解的基础之上,对各方面关系进行综合协调、梳理后达成的。本项目从某种意义上讲,也是浙江 HJ 及其法定代表人 CCY 的一部血泪史。本案也融入了本律师团队两年多的辛勤劳动,值得我们思考和总结的东西颇多。



一、本案涉案金额大,案情复杂

1.涉案标的总价值约人民币10亿元,仅涉案民间借贷金额就高达人民币2亿多元。

2.涉案主体众多。本案涉及湖南省CZ市AR县人民政府、浙江HJ及其房地产项目公司湖南HJ、各债权人、合作伙伴、公司股东、施工单位、购房业主等。

3.涉案的利益关系复杂。各方主体基于各自利益,与浙江HJ单线发生关系;或各方主体之间发生关系;或随着时间的推移,各方主体之间形成新的利益群体,本案的利益关系错综复杂。

二、涉案的纠纷复杂,诉讼与非诉交织在一起

在项目并购谈判过程中,相伴而生存在着诸多纠纷案件。诉讼案件与非诉讼案件交织在一起,民事案件与刑事案件交织在一起。

1.诉讼案件:如建设工程施工合同纠纷案件、房屋买卖合同纠纷案件、民间借贷纠纷案件(其中包括附土地使用权抵押、附房屋抵押、附动产质押、附股权质押、附连带责任保证等)、金融借款合同纠纷案件、离婚及代位权纠纷、劳动仲裁纠纷、拖欠农民工工资案、诬告陷害案等。

2.非诉案件:尽职调查非诉案件、代持股案件、债转股案件、股权质押及内部承包案件等。

三、案件的专业性强,对律师综合素质要求高

1.鉴于本案案情、涉案纠纷的复杂性,对经办律师提出了更高的要求。经办律师不仅要熟悉与之相关的法律、法规及司法解释,如《合同法》、《物权法》、《担保法》、《土地管理法》、《房地产管理法》、《建筑法》、《城乡规划法》、《公司法》,更要能将相应法律、法规及司法解释融会贯通,灵活运用。

2.经办律师要懂得房地产运作业务知识,熟悉房地产业务运作流程及务实。同时还要懂得项目并购沟通与谈判技巧,能够就委托



人的利益据理力争,又要能审时度势,适时妥协与变通,最终促成合作成功,实现双赢或共赢。

四、房地产项目成功并购谈判心得分享

1. 大局至上原则

本案操作过程中,本律师团队秉承的工作原则是,立足大局,以成功促成项目联合收购和实现共赢为目标,而不是单纯的实现委托人权益的最大化。只有并购成功,才能帮助委托人真正摆脱困境,甚至是摆脱牢狱之灾。一旦并购谈判成功,委托人自是有利可图,问题只在于利益的多与少,以及利益实现的时间及方式。

本着上述原则,本律师团队从项目整体宏观角度着眼,理顺了与本项目有关的各种法律关系,同时进一步理顺了与本案密切相关的政府关系,及相关利害关系人的关系。这是促成本项目成功的大前提,也是成功的关键因素。

2. 利益导向原则

在并购谈判过程中,本律师团队以各方当事人的“核心经济利益”为导向,进而辐射当事人其他利益。预设了多种可能性与合作模式,同时在各种合作模式基础上,细化各种可供选择的应变与调整预案。

本案的一大特点是,郴州 TR、江西 GZ 联合收购 SACC 项目,在收购过程中,各方分工不同,但又有交叉;各方的核心利益点不同,但也有重叠。浙江 HJ 主要负责协调政府、股东、债权人层面的关系,核心利益点为部分现金和第一层 4000 平方米店面的收益权。郴州 TR 主要负责项目建设,核心利益点为第一层、第二层 2000 平方米店面,第三层及以上楼层房屋的收益权。江西 GZ 主要负责债务清偿及处理前期遗留问题,核心利益点为第一层、第二层合计 30000 平方米店面收益权。

3. 法律文件拟制—大处着眼,小处着手,环环相扣



本案相关法律文件拟制,本着从大处着眼,小处着手原则,力求实现环环相扣,层层制约。具体思路如下:

(1)签订框架协议。框架协议在三方合作意向的基础上整理完成,另拟相应请示报告,形成配套文件。此套文件,用于政府公关工作,协调政府层面关系。

(2)签订正式协议。此协议在框架协议的基础上拟制,将合作框架的内容具体化,协议内容中关于利益分配的部分条款,与框架协议中的条款为“阴阳合同”条款(确保条款的有效性),是当事人之间真正执行的协议文本。

(3)签订补充协议。补充协议,是就正式协议中的某些专项问题进行的单独约定,如费用结算、销售及利润分配、税务承担、规费返利分配等专项问题。

(4)其他配套法律文件。即其他进一步细化当事人权利实现和义务履行的细则,以及防范和控制相应法律风险的文件。



一起涉外销售代理合同

纠纷案的代理纪实

——兼论涉外销售代理合同的订约及履约注意点

□ 崔海燕* 王 嫣*

一、案情简介

W 公司系一家从事销售代理的美国公司。

S 公司和 K 公司系同一集团控制下的关联企业。集团公司创建于 1995 年,总部位于中国皮革之都浙江省海宁市,是国内极具规模和影响力的皮革软体家具和汽车皮革制造商。

2000 年左右,作为出口导向型的生产型企业,在俄罗斯的量贩式销售模式成为 S 公司和 K 公司发展的瓶颈,S 公司和 K 公司急于通过出口市场的转变实现业务结构调整。为开拓北美市场,S 公司及 K 公司聘请了 W 公司作为其在北美地区的独家销售代理商。

2003 年 1 月 15 日,W 公司的代表 R 先生与 S 公司的代表徐先生签订了《代理协议》,约定 S 公司指定 W 公司作为所有产品销售的唯一及独家代理,在北美向车辆的生产商、供应商、分包商等开展

* 崔海燕,本所高级合伙人,副主任,国际经贸法律部负责人,浙江省律师协会理事,浙江省律师协会涉外与海事海商业务委员会副主任,杭州市律师协会国际贸易与涉外投资业务委员会主任,杭州仲裁委员会仲裁员。

* 王嫣,本所合伙人,国际经贸法律部副主任,杭州市律协涉外业务委员会委员,杭州市律协民事业务委员会委员。



代理销售；双方同时约定了按净销售额支付提成佣金的方式和比例，但若每月的提成佣金额低于 6000 美元的，则支付月定额佣金 6000 美元；关于协议期限，双方约定，除两种产品的协议的起始日期为 2002 年 11 月 1 日，而其它产品的起始日期为 2003 年 2 月 1 日，但届满日期均统一为 2007 年 10 月 31 日，自 2003 年 11 月 1 日开始的每年 11 月 1 日，除非一方提前至少 60 日书面通知，协议期限将被自动延长一年；适用法律约定为美国密歇根州法律。

2003 年 2 月 28 日，S 公司和 K 公司所在集团授权徐先生与 W 公司签署了《备忘录》，作为《代理协议》的附录，将 W 公司的代理范围扩大至 K 公司在内的集团的整体及合资企业。

双方建立合作关系后，W 公司为 S 公司及 K 公司先后引荐了福特、通用汽车、克莱斯勒等大量客户。但随着 S 公司及 K 公司在北美的市场从无到有的改变和发展壮大，佣金金额也水涨船高。双方因为佣金问题不断发生龃龉，S 公司及 K 公司于 2008 年 6 月 17 日发律师函通知不再延长《代理协议》，且拒绝支付已产生的佣金。

W 公司遂找到我所寻求法律帮助。在多次协调无果的情况下，我们代理 W 公司于 2009 年下半年向被告住所地嘉兴市中级人民法院提起诉讼。

原告的诉讼请求主要为四部分：

1. 根据 S 公司业务员袁某 2008 年 10 月 13 日通过电子邮件（以下简称“10 月 13 日电子邮件”）附件发给 W 公司的一份名为“佣金支付计划”的文件（以下简称“支付计划”）记载：截止 2008 年 10 月 10 日的“佣金余额”30 余万美元；
2. 2008 年 11 月至 2009 年 3 月根据原告所了解到的被告回笼货款金额所计得的新产生的佣金约 6 万美元；
3. 根据《代理协议》滚动期限的计算方法，《代理协议》应于 2012 年 10 月 31 日到期，故原告有权享有 2009 年 4 月至 2012 年 10 月



31日的每月定额佣金6000元,共计约26万美元;

4. 根据《代理协议》规定的所适用的法律美国密歇根州法律,在销售代理关系合同中,如被代理人未及时支付佣金的,除支付欠付佣金之外还应当向代理人支付损害赔偿金,赔偿金的金额为未付佣金的两倍或100000美元二者中的较低者。

因此,截止起诉之日,S公司及K公司共欠W公司款项60余万美元。

二、一审争议焦点

1. 原被告双方之间是否存在《代理协议》

本案中,由于时任S公司及K公司的副总裁徐先生具有涉外经历背景,因此《代理协议》的谈判协商等均由该徐先生代表公司出面进行,理所当然的是,《代理协议》及《备忘录》最终也是由副总裁徐先生代表S公司及K公司签署。

一审庭审出人意料的是,S公司及K公司代理人竟然抓住签署人的身份这一问题大做文章,矢口否认双方之间存在《代理协议》,如何证明已离职的徐先生的身份成为我们寻求案情突破所要解决的第一大难题。

为此我们在延期的举证期限内补证了三组证据:

(1)网络证据:我们通过查询了大量的网络信息,筛选出以下证据:皮革气味测定轻工标准基本信息、2009海宁市科技进步奖名单、媒体对徐先生的采访稿,信息内容中均体现徐先生所属单位曾为S公司。

(2)代理人搜集了《代理协议》形成前后双方之间沟通交流形成的书证,包括《代理协议》形成前双方之间就协议内容进行磋商沟通的传真往来;2005年徐先生与R先生之间就《代理协议》中佣金计算方法的理解进行的邮件和传真沟通,也印证了《代理协议》的真实存在。



(3)S公司和K公司曾委托其律师向W公司发过《律师函》，律师函的内容中提及双方之间存在一份“《销售代理协议》”。

由此徐先生的身份得以了锁定。

2. 10月13日电子邮件发件人身份

本案最大金额的一笔佣金所依赖的证据是10月13日电子邮件及附件支付计划，因此，此份证据成为本案关键。

庭审中，被告代理人称无法确认向W公司发送10月13日电子邮件的袁某系被告员工。代理人凭借直觉认为以庭下听审的一名人员正是熟知双方交易过程及纠纷经过的袁某，故请求法庭令被告代理人向袁某核实。果不其然，庭下人员正是袁某，袁某在没有思想准备的情况下承认了其自身身份及发送电子邮件的事实。

3. 案件适用法律

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第一百九十三条规定：“对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：(1)由当事人提供；(2)由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；(3)由我国驻该国使领馆提供；(4)由该国驻我国使馆提供；(5)由中外法律专家提供。”根据第5种和第1种查询途径，我们提供了美国密歇根州律师意见及《密歇根销售代理佣金法案》节选，以证明以下内容：

(1)密歇根州法律对当事人约定管辖法律持肯定态度。

(2)《代理协议》约定的滚动期限的含义。

(3)委托人故意不支付佣金的，应当支付法定赔偿金，金额为未付佣金的两倍或10万美元二者中的较低者；并对“故意”以案例进行了阐释。

(4)合理的律师费和法院费用应予支持。

被告辩称上述法律意见系原告聘请律师作出，不具有客观性。



三、一审判决结果

一审法院于2011年9月作出一审判决：

1. 原被告之间存在《代理协议》；

2. 原告未举证证明适用密歇根州法律即当然适用《密歇根销售代理佣金法案》且原告提供的法律条文中仅包含委托人义务、与本案有实质联系的其它法律条文未全面体现，故外国法无法查明，本案适用中国法；

3. 原告没有提供证据证明被告业务员袁某有权代表被上诉人对外核对账目，且“佣金支付计划”等语句具有不确定性，并非被告最终确认应当支付的佣金。

4. 定额佣金的约定显失公平。

故判决驳回原告全部诉讼请求。

一审的完全败诉令我们及当事人均感到异常失望和无奈，提起上诉成为我们为当事人争取合法利益的最后努力机会，为扭转局面，我们在二审代理中加倍投入了精力。

四、二审庭审焦点

1. 外国法律查明和适用

在二审过程中，在法庭释明由上诉人进一步提供密歇根州有关规定的情况下，上诉人又向法庭提供了美国律师对密歇根州相关法律的补充意见，该律师意见详细罗列了本案所涉的各个层面的法律规范：包括联邦法律、密歇根州成文法、判例法，对于合同的成立、合同的解释、成文法的立法意图、《密歇根销售代理佣金法案》对于委托人和销售代理人的概念和范围、惩罚性佣金的适用条件等问题进行了详尽的阐述，并引用了法律原文、相关案例及法律查询路径。

代理人从法院进行司法裁决所需依据的角度考虑，尽量做到补充证据全面覆盖本案法律关系及所涉的全部法律点。



2. 10月13日电子邮件附件“支付计划”中所载明的“佣金余额”是否是被上诉人自认的应付佣金金额

针对一审法院对于“支付计划”是否确定、是否处于磋商中的质疑,律师以文字和表格的形式,对根据该“支付计划”中的每一项金额的得出逐项进行逻辑和演算说明。

“支付计划”的内在逻辑是:“支付计划”是被上诉人自2008年5月底开始逐月计算并累计的佣金对账单,计算方式为根据当月收到客户货款乘以双方约定的佣金比例计得“应付佣金”金额,再减去客户欠付货款的金额,得出“佣金余额”金额。由此,“佣金余额”的性质一目了然,正是二被上诉人欠付上诉人的佣金金额。

五、二审结果

在一审不利的局面下,我们通过对证据的补强以及对焦点证据补充论证使得法官内心对于待证事实达到了盖然性的认定,上诉人一方在法律层面占据优势,最终迫使被上诉人接受了调解。

六、涉外销售代理合同的订约及履约注意点

众所周知,产品的营销是一个企业的生存和发展的命脉。然而因地域、语言、文化、认同度等的差别,中国企业开拓国际市场并非易事;因此,企业往往会委托目的市场当地的机构和个人进行销售代理。但不难理解的是,在市场逐渐得到培育和成熟后,基于对利益最大化的追逐,委托人往往企图独享销售代理成果,受托人自然不能坐视合同利益付诸东流,因而将委托人告上法庭。但正如一句普通法系的法谚所云:诉讼是对于原告的折磨。可见诉讼维权的成本和难度之大,尤其是对于外国原告。因此,在涉外销售代理合同的订约及履约过程中尽可能设定有利条款、保留有利证据,从而避免诉讼的发生或争取在诉讼中的有利地位对于国外销售代理人而言至关重要。通过本案的代理,我们总结了以下几项注意点:

1. 在中国进行的法律程序中应当适用法律应当尽量选择适用



中国法

与世界大多数国家的立法模式相同,对于涉外民商事案件的法律适用,我国也采取了首先尊重当事人意思自治这一民法的帝王规则。但是审判实践中外国法律的适用却极其困难和罕见。原因在于:首先,一个案件无论繁简,所涉的法律点却相当宽泛,不仅涉及与争议焦点直接相关的具体法律规定,还涉及到民法、合同法的基本原理、规则等,当事人举证义务相当繁重;其次,鉴于中国法官运用中国法的思维惯性,对外国法的准确理解和把握显然是对法官和律师工作的挑战;再次,由于我国民事诉讼法对于境外形成证据的形式要求(一般需要进行公证认证),证明外国法的证据准备时间长、费用高。

2. 管辖应当避免客场作战

在我们所见到的绝大多数由外方起草的合同文本中,往往会将争议解决的管辖机构约定为境外司法机构或不加以约定,前者看似对外方有利,实则不然,因为境外裁判文书在中国的执行仍属个案,而后者则往往使得外方只能被动地在被告住所地即委托人的主场作战。因此,为避免此种两难局面,我们建议国外销售代理方与国内委托人约定被告住所地之外的中国法院或国内仲裁机构为争议解决的管辖机构。

3. 注意运用中国交易习惯

由于英美法系与大陆法系法律制度及商业交易习惯的差异,英美国家的公司与中国公司之间的交易文件往往采用电子文件形式,书面文件则会采取代表人签字形式,而不拘泥于加盖公司公章。这种方式本是一种减少交易成本、提高交易效率的做法,但在严格书证主义的中国显然极具风险。

在本案中,代理人安排对案件关键证据电子邮件在国外办理了公证认证手续,以加强证据效力;同时引用了《浙江省高级人民法院



民事审判第四庭关于印发《关于涉外商事审判证据认定的意见》的通知》第二十一条第(四)款的规定 将提供反驳证据的压力抛给对方,通过艰难努力赢得了主动。

因此,我们仍然建议国外销售代理人对于关键交易文件,如双方代理协议、对账单等取得委托人的书面盖章确认,才不至于在争议发生之时陷于被动。

^①该规定的原文为:因电子邮件内容文本性质本身的限制(电子邮件基本上是后缀为.eml的只读文件,拒绝修改),再加上邮件抬头反映的发件人、发件时间、发件路径等资料清楚无误,除非收件人有真实的书面证据予以抗辩,否则,可以认定所见的内容即为邮件的内容。在此情况下,将提供反驳证据的压力抛给被告,为案件赢得了主动。



互联网大佬的法律故事之

马云篇

□ 张延来*

马云的创业故事已经被人讲了无数遍，但被很多人忽略的是，马云在创业和守业的过程中也曾多次面临法律上的抉择，这些抉择和意识也成为其企业成功的重要保障，跟富有进攻性的市场推广和产品创新相比，法律武器掌握得好在某种意义上更具有防守的价值。而这项价值在创立阶段，就被马云运用得很娴熟。

域名争夺战

1996年，马云来到国家体委推销“中国黄页”业务，网上流传着一段两分钟左右的视频记录下了当时的情形：马云辗转找到了体委宣传综合处的一位龚姓工作人员，简短介绍来意之后，立即抛出一个卖点，他告诉对方：“中国体育这个名字我们注册下来了”。遗憾的是，这个他所认为的重点却完全没得到重视，对方以没有按照流程预约为由拒绝进一步洽谈。

若干年后我们回过头来看，会惊讶于马云当时的域名意识，在

* 张延来，本所律师、专利代理人，中国电子商务政策法律委员会委员。



跟体育官员极为有限的几句沟通机会中，他选择了把域名作为重点，说明那时候，他已经深知域名对电子商务的重要性，也知道抢先注册是一种优势，但这种在朴素法律意识指导下获得的优势却没有被当时的体委官员所赏识。有其他资料记载，马云曾一度注册了中国体育、中国文化等域名，并提出免费赠送给中国体委和文化部，但对方并不领情。

时至今日，域名在电子商务活动中的重要性已经无需强调，人们称域名为“互联网上的商标”，而“先注册先取得”的规则也使得一批以囤积域名为业的人发了财^①，实际上，如果马云不是有更长远的理想而无暇顾及这些旁门左道，单靠他在域名上的敏锐嗅觉，相信他也能过上小康生活。不信，我们接着讲他的法律故事：

1998年底，马云坐在美国一家餐厅用餐，脑子里苦思冥想自己未来公司的名字，此前已经有上百个名字闪过脑海，但始终不够理想，于是他让自己的思绪重新回到创立公司的初衷，他觉得互联网就像一座宝藏等待人们去发现去挖掘，而他的公司应该就是那个最早打开宝藏的人，想到此，灵光一现：阿里巴巴！他的公司不就是那个打开宝藏的青年阿里巴巴吗！马云兴奋的叫来餐厅的服务生，结果服务生脱口说出：“阿里巴巴，芝麻开门”，接着马云甚至跑到马路上询问路人，得到的反馈也无一例外的好，于是一个响亮的名字就定下来了。可惜，好事多磨，当马云兴冲冲去注册这个域名的时候，发现已经被一位加拿大人捷足先登了，马云看看自己手里五十万人民币的启动资金，咬咬牙拿出了一万美金，换回了“alibaba.com”。

^①小贴士：百度贴吧曾看中“tieba.com”域名。当时该域名为一位国外域名商持有，开价仅几万元。百度当时没着急出手，随即该域名被国内投资者抢先收购。因为该投资者对百度贴吧有充足的了解，最终，百度不得不花了上百万元才购下该域名。

“汽车之家”也曾遇到这样的事，“汽车之家”最初使用的是“autohome.com.cn”，而“autohome.com”域名也在国外域名商手中，对方初报价几万美元，“汽车之家”稍一犹豫，这个域名便被国内投资者抢先买走，最终，“汽车之家”不得不为这个域名掏了近200万元。



顺便提一句，马云在得到 alibaba 域名之后还一并搞定了他认为本该是一家的阿里妈妈、阿里贝贝等域名，这一做法在法律界被称为联合注册保护，阿里妈妈后来被用于网络广告。

相比较浪漫主义者马云，技术出身的程炳皓显然更倾向于把钱花在购买服务器和美化网站上，一个域名在他看来显得尤为虚无，但开心网的失败在某种意义上跟域名之战不无关系。

很多人都还记得 2008 年，开心网小游戏的盛况，白领们在办公室开着电脑偷偷偷菜，即使出门在外，也不忘给朋友发个短信让他们帮忙给自己的菜地浇水。当时开心网的创办者程炳皓先生手头稍微比马云宽松一点，大约有 300 万启动资金，但这是他在前公司血汗积攒所得，所以花起来也格外谨慎。

他非常重视“开心”两个字，并希望以此命名网站。巧的是，他也碰到了一个外国友人（美国人），抢先注册了 kaixin.com 域名，于是一个同马云一样的“买还是不买”的困境出现了。对于这个域名当时的报价我在网络上找到了两个版本。一为 BTV 财经栏目报道说是 3.5 万元，一为“站长之家网”的一则消息说是 20 万美金。无论多少吧，程总当时应该也咬了咬牙，最终的决定是：不买。

后来这个域名到了一个中国同胞手中，他主动联系程总，愿以域名入股，可惜双方终未达成一致。再后来，程总采用了 kaixin001.com 作为域名，并且网站上线后很快取得成功。

好景不长，紧接着，出售阔绰的陈一舟先生出现了，以不低于 300 万的价格从中国同胞手中购入 kaixin.com，并配以一个外形和内容酷似程版开心网的网站上线运行，一段时间后 UI 的设计和友好程度大有超过程版开心网之势。

结果可想而知，就连笔者自己也曾一度被两个网站搞混，误以为自己以前登录的 kaixin001.com 是一个山寨网站。程版开心网的流量损失严重，更重要的是在新用户看来 kaixin.com 比 kaixin001.com



更像正版,后来的事情大家都知道了,两家开心网很不开心的对簿公堂。

最终程版开心网赢了官司,但失去用户的局面已经难以挽回。后来的社交网络新贵陆续涌现,再难见到两个开心网的身影,很多人认为商业模式的落伍是开心网退出历史舞台的主要原因,但笔者个人认为域名之争的确加速了这一过程,毕竟这种一山二虎的争夺使得任何一方也没时间去考虑商业模式如何升级的问题。而最终程炳皓也在公开场合也表示了自己在域名上失策的后悔。

公司	名称或域名	价格	取得方式
新浪	Weibo.com	800 万元	收购
京东	3.cn	300-500 万元	收购
天猫	Tianmao.com	12 万元	收购
谷歌	G.com	千万美金	收购
微软	Microsoft 名称	0 元	自行设计
Twitter	小鸟标志	15 美金	购买
耐克	勾型标志	35 美金	购买
思杰系统公司	Cloud.com	2 亿美金	购买
亚马逊	kindlefire.cn	80 万人民币	收购
苹果	iCloud.com	450 万美金	购买

网规之思

2009 年,网购市场风声水气,随之而来的假货问题也开始逐渐显现,在该年举办的第三届网货交易会上,马云提出了一个新概念:网商、网货与网规一并构成新商业文明的三大要素,并强调从 2010 年起,淘宝重点建设网规。当年的 11 月 11 日,淘宝将现有的 6 大类



70多套规则经过全面的梳理整合后,并作一套统一的淘宝规则。

正是从那时起,带有相当的非官方约束力(法律约束力)的网规开始走上网络经济的舞台,此后,陆续发生了围攻淘宝、欺诈门、差评师、发票门等等事件,这些与淘宝规则密切相关的事件逐渐地让人们认识到网规的重要性。

以一个例子来解释网规:在网络世界中,具备一定优势地位的公司(往往是互联网入口和流量的掌握者,例如平台企业、搜索企业和即时通讯企业)可以制定出一些游戏规则,在自己的互联网生态圈内适用。这些规则一般表现为网站协议、用户服务协议、网站管理公约等,这些条款因为取得了用户同意从而具备了法律效力,成为虚拟世界中通行的规范,我们可以称之为“网规”。相比较法律,网规可能更加与网商的利益息息相关,例如淘宝调整搜索排序的规则以及淘宝商城调整入驻规则,就都引发了网商的聚集事件。

如今,马云所倡导的网规还在急剧的变动和完善中,不断有新的领军电商推出新的网规(例如新浪微博推出的微博社区管理委员会制度),解决他们新碰到的问题,当然也一直伴随着褒贬和争议。我个人坚信,随着互联网经济变得高度成熟和复杂,网规必将成为互联网规则体系中的主角,法律会更大程度的认可网规的效力,同时不断的把网规吸收成自身的组成部分。

专利与股权之争

一个偶然的的机会,笔者发现马云也申请了一个专利,也是他唯一的一个专利。

与李彦宏、马化腾等技术出身的大佬(他们都有很多专利,见下表)不同,马云是文科生,他亲自发明并且申请的专利技术引起了我的兴趣,这个专利的发明人被注册为马云和蔡崇信,应用场景为电



互联网大佬专利一览表

序号	发明人	所在公司	发明专利数量(件)	涉及领域	备注
1	李彦宏	百度	36	搜索方法、排序、网络广告	1. 数据来源于 soopat; 2. 关键字搜索, 不能体现全貌; 3. 发明人可能不止一个。
2	周鸿祎	雅虎、奇虎、因特国风	25	网络名片、恶意程序清除方法、云安全、隐私保护方法、团购方法	
3	马化腾	腾讯	17	即时通讯方法; 浏览器; 输入法; 邮件系统; 播放器等。	
4	张朝阳	搜狐	2	搜索导航、竞价广告	
5	李开复	苹果、创新方	2	普通话识别、社区网络	
6	马云	阿里巴巴	1	电子支付	

子支付(支付宝),关于专利的权利要求,翻译成口语是这样的,这个专利核心保护的是一套网购付款的方法,核心步骤包括:1、买家付款给支付宝;2、支付宝通知卖家发货;3、买家收到货后支付宝付款给卖家。

明眼人一眼就能看出来,这个专利不就是支付宝吗?说实话,我看完这个专利,隐约有种感觉,就好像马云站在这个专利背后偷偷的笑。马云在很多公开场合提到过自己并非技术出身,所以对技术人才倍加尊敬,但他却亲自操刀搞起了发明创造,可想而知他本人对电子支付的重视,因为他知道把商业模式变成具有垄断效力的专利对他的商业布局有多大的帮助,果不其然,后来也终于有公司用电子支付专利来找他的麻烦,这个公司叫电通,因为这家公司与支付宝股权之争也多少有些联系,所以我们先说股权之争。

2011年央行发了个法律文件,明确企业从事电子支付业务要获得牌照才行。这个牌照有若干前提条件的,其中一条就是申请的企业需要没有外资背景,根据马云的回忆,央行也曾向支付宝发来质



询问,“询问支付宝是否存在外资,如果没有要公开声明”。但恰恰此时支付宝的出资人中还有雅虎和软银两家外资机构的身影。

面对这一问题,雅虎和软银提出的方案是协议控制,简单说就是让支付宝名义上是内资实际上为外资控制,但马云不认同这种方案,他认为主管机关不会那么轻易的就被糊弄过去,尤其是当时支付宝已有6个亿的用户。总之,马云通过一系列法律上的安排将支付宝转变成一家纯内资的公司并随后顺利的取得了支付牌照。要知道,当时国内较大规模的支付公司有上百家,支付牌照关系到他们的生死存亡,而事实也证明拿到了牌照的公司活了下来,没有拿到的退出市场。

尽管在支付宝股权变动中,外界质疑马云没有顾及合作伙伴的利益,但笔者认为至少他用完全符合中国法律的方式保证支付宝活了下来——没有了非法经营顾虑的支付宝后来一直成为国内支付领域的领军企业。而面对质疑,马云也回应道:“我记得15年前,美国人教我们做生意要遵守法律,今天他们却叫我们绕开法律”。

支付宝的事情注定还没完,就在股权之争的同时,前面我们提到的来“找麻烦”的公司出现了,一家叫电通的日本企业(大家可以网上搜索,是日本一家老牌电子支付公司)拿了自己注册的支付方法专利将支付宝一纸诉状告到法院。这个专利笔者研究了一下,保护的技术翻译成口语就是买家通过网络支付系统将货款付给卖家,唯一不同的是电通的专利省去了支付宝作为中间环节。电通的专利是电子支付中最为核心的步骤,专业上叫做基础性专利,只要做相关的行业,就很难绕过去。

电通也是大手笔,除了支付宝,财付通(腾讯旗下支付企业)也在被告之列,不仅如此,电通公司还向有可能构成侵权的6家第三方支付领域的其他公司发出了侵权警告函,一场电子支付领域的专利屠杀开始了。电通在起诉书中不要求被告赔偿一分钱,但要求被



告停止侵权,这个法律术语翻译成口语跟“关门大吉”也差不多。更有趣的是,电通为软银孙正义的关联公司,据马云所说,支付宝股权转让方案的主要反对者,正是孙正义。

现在,你大概知道了做企业有多难了吧,法律作为商战中的工具是非常厉害的,厉害到一个文科生也不得不疲于应对 VIE、方法专利这些艰深的概念以及央行、银监会、证监会的各种规定。

支付宝股权之争以阿里巴巴、雅虎和软银和解最终解决,电通的专利之诉在支付宝历经一审二审两次管辖权上的争夺之后,以电通的撤诉暂时告一段落。当然,电通手中的专利似乎成了悬在国内电商企业的达摩克利斯利剑,不知道什么时候就掉下来。

辞职后最大的心病

1999年马云创立阿里巴巴,时隔十四年后的2013年1月15日,马云发布了一封公开信,宣布从5月10日起不再担任阿里巴巴集团 CEO 一职,在事业顶峰之时激流勇退。业界公认,马云的知识体系非常庞杂,武侠、英语、道家、佛教、西方管理、共产党思维什么都有,但这里我不想一厢情愿的再硬塞一个“法律”进去,我只是把马云有关的一些法律事件记录在这里,供大家去参考。离任之前,马云在杭州召开了最后一场新闻发布会,这次是完全与法律有关,那就是知识产权保护和打假。摘录几句他的原话作为大佬故事马云篇的结尾吧:

“这是我离开 CEO 这个职位之前最后一次新闻发布会,我觉得如果打击假冒伪劣产品这个工作没做好,我一定会后悔”;

“十年来最让我痛心的就是买家说买到了假货”;

“互联网是打假最好的手段之一,电子商务本身既不造假,而是辨别侵权行为的一面最好的镜子。阿里巴巴在保护知识产权的资金



投入方面上不封顶,需要多少出多少”;

“假货是阿里巴巴未来 30 年的最大挑战,阿里巴巴必须严肃的对待假货,采取所有的方法去打击假货”;

“不这么做,阿里巴巴也会像其他消失的市场一样消失在历史的洪流中”。



汉朝名相第一

萧何出生于今江苏沛县，在青壮年时代，即以精通文墨、为人宽厚而名闻遐迩。当他担任秦沛令“主吏椽”时，就曾多次周济尚未发迹的刘邦。刘邦在反秦风暴中逐渐崭露头角后，萧何更是给了他莫大帮助。

当项羽率师北上，击破秦师主力章邯军数十万人于巨鹿战场、威震诸侯之时，刘邦则日夜兼程，挥师西进，乘虚攻入了秦都咸阳。萧何这时担任沛公（刘邦）主丞，在军中日夜操劳，督办众事。刘邦的义军一入咸阳，诸将纷纷涌向秦之府库，争抢金银财帛；连刘邦也被胜利冲昏头脑，一头扎进秦宫，贪恋着金玉、狗马、美女舍不得离开。这时，惟独萧何对金银财帛毫不动心，却急心如火地赶往秦丞相御史府，收取律令、图书、文献档案，细心地保藏起来。作为一位主丞，在反秦事业取得胜利，很可以借机攫取财物以饱私囊之际，萧何竟表现得如此廉洁。这在庸俗之辈看来，自然不可理解，而要视其为“该捞不捞”的“傻瓜”了。而对像萧何这样有远见的政治家来说，所考虑的则要深远多了。萧何亲自经历过秦末的苛政，对于秦王朝一朝覆灭的历史教训，他是深深记取的。他知道，饱受暴政和战争苦难的人民，他们所盼望于义军的，只能是清正廉洁的治理秩序，决不是贪婪的盘剥和聚敛！

刘邦被封为汉王以后，拜萧何为丞相，从此率师进入汉中，开始了经营巴蜀以图发展的事业。萧何为刘邦确立了养民、致贤的方略。他深知，国之兴亡，在于用人，而作为丞相的第一要务，正在于为国



进贤。他在总理百政、事务繁忙之中，总不忘访察、引荐天下的贤人。历史上传为美谈的“萧何月下追韩信”的故事，就发生在他担任丞相之后不久。他不避嫌疑，力荐韩信，充分表现了一位国相急公后己、为官廉正、见贤若渴、不计私利的度量和识见。朝信拜将以后，果然不负萧何的愿望，在楚汉相争中屡建功勋，并最终决定了项羽垓下之败的命运。

萧何治家也素以节俭闻名，平时置田宅，只挑些穷僻之处，从不占民良田。就是盖房，也不修高大的墙屋。他常对家人说，我的后人倘若贤仁，就让他们效法我的节俭吧；倘若不贤，豪门势家也不会看上这穷田陋房以施欺夺。

一位勤于民事、关心民生疾苦、秉性廉正的国相，在生性多疑的国君身边，有时不得不冒着风险为民请命。那是在刘邦当了皇帝以后，萧何看到长安一带耕地狭小，百姓缺衣少食，而天子的上林苑中，却弃置了大片空地供养禽兽，便劝谏刘邦说，皇上让老百姓到上林苑中垦种吧，不要再征收禾蒿充当兽食了。刘邦一听勃然大怒道：“你自己多受贾人财物，却为百姓算计我的上林苑！”当即下令给萧何戴上了刑具，交付廷尉关押起来。

几天之后，刘邦手下有位王卫尉，听说萧何被关押，便面见刘邦责问道：“萧相国究竟犯了什么大罪，皇上竟这样粗暴地关押他？”

刘邦很不高兴地答道：“我听说当年李斯作秦皇丞相，凡有善行，都归功皇上；有恶行，就自己承担。而今萧相国自己接受商贾小人的财物，却为百姓请命，想用我的上林苑收买人心，所以把他关押起来！”

王卫尉说：“办事忠于职守，只要对百姓有利，就舍身为之请命，这正是宰相该做的事啊！陛下怎么能疑心相国收受贾人的财物呢？您也不想想，当初您与项王相争数年，后来陈繇、黥布谋反，陛下亲身上前方征讨。当时萧相国镇守关中，关中稍有变敌，这函谷关以西



就不是您的天下了。萧相国这样的大利,尚且不图,难道还会贪图贾人的小利?”

刘邦听了,虽然不是滋味,可心想王卫尉的话毕竟有道理,于是当天就把萧何放了。

汉惠帝二年(公元前 193 年),年迈的相国萧何由于长期为国操劳,终于卧病不起。病危之际,还荐贤自代,推荐与自己闹过别扭的曹参为相。曹参为相后,举事无所变更,一遵萧何约束,使汉初百姓仍得休养生息。三年后,曹参病逝,老百姓作歌称道:

萧何为法,靦若画一;

曹参代之,守而勿失。

载其清净,民以宁一!

老百姓颂扬曹参之功,还不忘追怀萧何的恩德,这正是表达了人们对萧何这位汉初名相的长久敬仰的怀念之情!

(《新资治通鉴》第一卷 P871,光明日报出版社)



兰 花 春 风 送 女 出 嫁

郑燮,字克柔,号板桥。板桥出生在江苏兴化一个世代书香门第家庭。板桥在父亲的面命耳提下,熟读五经四书和历代诗文,二十四岁时考中秀才,此后的十几年间,他几次乡试均未考中。

板桥三十岁以后来到扬州,以卖诗文字画图谋生计,同时以此结识文人学士。长期的穷困潦倒,数次乡试落第,欲匡时救弊而不为世用,使他极度愤世嫉俗。

板桥四十岁时终于乡试中举,时隔四年赴京会试一举考中进士。第二年返回扬州,在家里候官达四年之久,乾隆六年,他被派遣到山东范县任县令。

板桥为官倡导简肃,把排衙喝道之类的礼仪看成是桎梏。他察看民愤,访问疾苦,不象别的官员那样坐着大轿,带着衙役鸣锣开道,大显威风,而是身着便服,脚踏草鞋到乡下察访。即使在夜间外出查巡,也只让一个差役提着写有“板桥”二字的灯笼引路,从不打“回避”、“萧静”之类的牌子。有人指责板桥这么做同州县一席的位子“实不相宜”,而他自己觉得“为吏之乐”正在于此。

乾隆十一年,板桥在范县连任五年之后,因为政绩昭著被调到潍县(今属山东)任县令。潍县濒临渤海,盛产海盐,素有“小苏州”之称。

板桥在新任上,更加兢兢业业,以“济苍生”为己任。遇到贫家寡妇的孩子没钱买本子时,他主动地解囊相送。当这些孩子放学遇到雨天不能回家时,他就把他们召集到县署吃饭。他想到孩子的家长



做双新鞋很不容易，踩到泥泞的道上容易损坏时，又找出自己的旧鞋让他们穿着回家。

板桥在潍县任官七年，有五年发生旱蝗水灾，昔日的“小苏州”，如今已是生灵涂炭，哀鸿遍野。板桥一方面向朝廷如实秉报灾情，请求赈济；一方面以工代赈，兴修城池道路，招引远近饥民赴工就食。他责令邑中大户轮流在道边苍口开厂煮粥，囤积居奇者将积粟按通常市价平糶给饥民。板桥自己也节衣缩食，为饥民捐出官俸，并刻了枚“恨不得填满了普天饥债”的闲章自励。

灾情每况愈重，上述措施并没有彻底解决问题。在最危急的时刻，板桥毅然决定打开官仓放粮，其他官员劝他不要冒然行事，等呈批后再说。

板桥忧心如焚地说：“等到层层报批下，恐怕百性要饿死完了，还要我这个县令干什么！如有追究，由我完全负责！”

板桥当机立断，从官仓拨出大批谷子，由百姓凭领条借出，秋后再归还官府。可是，秋后灾情并未好转，板桥又当着百姓的面将所有借条一把火烧了。板桥这一举措，使饥民“活者无算”。

当时，山东巡抚包括向板桥求字画。板桥画竹并题诗画面以赠：

“衙斋卧听萧萧竹，
疑是民间疾苦声。
些小吾曹州县吏，
一枝一叶总关情。”

诗情画意，表述了板桥为官时刻把百姓的冷暖放在心上。

乾隆十七年，潍县又遇到天灾。板桥关心民瘼，呈请赈济饥民。在请赈中惹怒了上司，不幸遭到打击报复，被加上一个子虚乌有的罪名。板桥愤然辞官，上司藉此罢免了他。

板桥在倾城相送之下，与潍县的士绅和百姓依依惜别，面对潍县人民的一片深情，他感动得热泪盈眶。



板桥身穿毡衣,头戴岚帽,只雇了三头毛驴,踏上归途。一头自己骑着,垫着简单的行李,一头驮着书,一头由小皂吏骑着作前导。

板桥回到扬州,生活仍很贫寒。他在赠女儿嫁奁诗中写道:

“官罢囊空两袖寒,
聊凭卖画佐朝餐。
最惭吴隐奁钱薄,
赠尔春风几笔兰。”

掌上明珠出阁,他也仅能用几笔兰花春风相送,聊表父亲的心意。

为了弥补生活的需要,板桥贴出了卖字画的“润例”。他的字画有三不卖:达官显贵不卖,生计够了不卖,自己不喜欢的不卖。板桥出外卖字画时,经常准备着一个大口袋,将卖字画所得的钱和购买的食物统统放到里面。回家路上遇到贫苦的亲友或是行乞的老人、妇孺,板桥慷慨解囊,往往人不到家,口袋就空空如也了。

板桥一生历尽坎坷,廉洁爱民,于乾隆三十年放下了手中的如椽之笔,与世长辞了。他身后留下的中畜是成百上千幅的“日画日诗日书三绝”,更重要的是留下了一个两袖清风的清廉楷模。

(《新资治通鉴》第一卷 P927,光明日报出版社)



林罗斌 律师 高级合伙人

专长:民商事、建筑房地产、投融资

学历:西南政法大学毕业,获法学学士、法律硕士学位

荣誉:浙江省律师协会民商委员会委员和建筑房地产委员会委员、杭州仲裁委员会仲裁员、温州仲裁委员会仲裁员;2003 年度获温州市“优秀律师”,

2009 年获温州市第四届“十佳律师”。

执业经历:自 1993 年以来执业至今,三级律师,原任浙江震瓯律师事务所副主任,现任浙江金道律师事务所合伙人、建筑房地产部律师。

重大成功案例:

全国第一例业主因设计面积减少而诉设计单位赔偿 1800 多万元损失的案件,代理被告设计单位浙江嘉华建筑设计研究院有限公司获得胜诉;

全国轰动的温州四十多个百万富翁状告亿万富翁房地产开发商温州世贸房地产开发有限公司的预售合同纠纷案件,代理被告房地产开发商取得有利的判决,此案被编入《中国大陆最具影响的房地产案例分析研究汇编》一书;

2008 年,有受害人超过 100 多个,涉案数额超过了 1 个多亿的高秋荷集资诈骗案件。通过成功的辩护,使高秋荷被判处无期徒刑。



—— | 律师推荐 | ——

全道律师

联系方式：

电话：0571-87007108

手机：13750883777(杭州), 13906661829(温州)

传真：0571-87006661

邮箱：llb@zjblf.xom 541931412@qq.com



黄河 律师 合伙人

教育背景:

华东政法大学法学学士学位,
浙江大学金融学硕士研究生。

2011年加盟浙江金道律师事务所,此前在律师事务所和投资机构工作多年,期间与银行、券商、区域股权交易中心以及金融证券主管部门建立了良好的工作关系。

执业领域:投融资法律服务、金融法律服务、大客户财富管理法律服务以及企业法律顾问服务等。

在投融资领域、融资租赁领域、私募股权基金的组建和运作等领域有多年的工作和执业经验,曾办理多起股权投资、房地产融资、项目融资以及船舶融资等业务,提供的服务范围包括:股权和资产收购、收购融资、房地产融资、项目融资、船舶融资、私募股权基金设立、投资工具结构设计和退出策略建议等诸多方面、审查、修订融资租赁合同及其他法律文件,参与融资租赁、信托等金融工具相结合的法律方案设计。

在新型金融证券法律服务的探索和实践,新三板、区域股权融资挂牌、中小企业私募债以及资产证券化等法律服务领域办理过业务,积累了丰富的实践经验。

在大客户财富管理法律服务,力求为诸多家族企业和私人客户资产保值、增值提供优质、全面的法律服务,提供服务范围包括:家族企业的投资方案和管理、股权结构和法人治理结构优化和设计、多元多渠道融资规划和运作、企业传承规划;全球税务筹划和个人



信托基金安排等;婚姻/继承财确权和析产的法律保护。

先后服务过的部分客户包括:中国农业银行、中国银行、华夏银行、中国电信浙江分公司、联强国际(中国)贸易有限公司、浙江空管局、浙江东红船业有限公司、杭州市萧山区金诚小额贷款有限公司及著名演员葛优。

联系方式:

电话:0086-571-87007171

手机:18658195151

传真:0086-571-87006661

邮箱:hh@zjblf.com huanghelawyer@gmail.com



金道动态

※7月15日,由吴红亮、邱华、张峰律师组成的金道律师团队与杭州万轮科技创业中心签订战略合作协议,确定金道律师事务所为万轮科技园区独家律师事务所合作机构。

※7月11日,本所高级合伙人、西湖区人大代表朱智慧律师参加了区人大翠苑代表组对区住房与城乡建设局的定向视察活动。在视察过程中,朱智慧律师就有关公共停车场产权确定、吸引民营资本进入公共停车场建设等事项提出了相关建议。

※6月28、29日,2013年杭州市律师实务理论研讨会在之江饭店举行,李冰冰律师撰写的论文《民事诉讼法修改后案外人保护的途径》获得一等奖、胡东迁律师和陈士松合著的论文《论非法集资案件中担保合同的效力及权益保护》获得二等奖、俞菊明律师和郑梁合著的论文《股东资格确认案件的若干实务探析——以有限责任公司实际出资人要求确认股东资格为角度》获得优秀奖,胡祥甫主任作为评委会主任参加会议并进行了论文点评。

※6月28日,以本所高级合伙人钱雪慧为负责人的课题“特许经营植入中国市场环境下的法律问题”成功申报浙江省法学会课题。该课题组成员不仅包括钱雪慧律师团队中的律师,还加入了“布丁酒店”的法务人员,大大加强了课题研究的实践性和广泛性。



※6月25日,事务所主任胡祥甫律师、党支部书记王全明律师一起参加了在杭州之江饭店隆重举办的“庆祝建党92周年暨纪念协会党委成立十周年论坛活动”。本次会议和论坛得到市人大、政协、省司法厅、市司法局、市人民检察院、市中级人民法院等部门领导莅临指导,市司法局局长吴声华作了主题报告发言。

※6月22日,胡祥甫主任在西子宾馆参加行政审判体制与行政审判工作专题调研会。

※6月21日,本所高级合伙人钱雪慧律师以及徐杨超律师来到杭州市看守所,为300多名在押的戒毒人员普及预防毒品的法律知识。之后,两位律师还与吸毒人员进行了问答式互动,志愿者活动收到了较好的效果和评价。

※6月7日至11日,由浙江省人民政府主办的第十五届浙江投资贸易洽谈会在宁波开幕。本所国际经贸法律部作为省内优秀的涉外律师团队,受邀参加了6月9日上午举行的境外投资对接会的专场活动,为参加境外投资促进活动的所有企业提供法律咨询服务。

※2013年6月1日~3日,由中国电子商务协会主办,义乌市人民政府等协办的第三届中国义乌电子商务及网络商品博览会(以下简称义乌网博会)在浙江义乌国际博览中心举行。本所受邀担任本届网博会的唯一法律服务提供商并设置专用展台,电子商务法律部申柱石、徐旭升、张延来律师、杨宠助理具体经办并全程参与。

本所电子商务法律部的成立旨在为电子商务的服务,为网商的发展提供全方位法律帮助。



※6月1日,本所高级合伙人夏家品律师以社区律师身份,为笕新社区党委换届提供法律服务支持,这是律师全面、深入、优质服务社区工作的又一次有益探索。

※5月31日,胡祥甫主任作为市人大代表,随市人大西湖区代表团考察浙江大学创新产业。

※5月28日,本所高级合伙人夏家品律师作为下城政协特聘委员、政协法律服务团委员,随下城政协副主席、统战部部长周钢旁听了法庭庭审并专题调研下城区法院、检察院实施新修订后《刑事诉讼法》情况。下城区法院院长何敏、下城检察院副检察长汪群英等接待调研并发言。

※日本某株式会社系全球著名拉链生产商,排名世界第一。该株式会社自2011年起委托本所李俊凤律师、王嫣律师为其代理浙江省范围内的商标侵权案件。至2013年5月,已经结案的三起案件,共为客户取得赔偿25万元。为客户挽回重大经济损失,取得良好社会效果。

※2013年5月22日,胡祥甫主任在市政府三楼会议室参加市人大对修改后的刑诉法检查汇报会议。

※5月17日,最高人民法院就正在草拟中的民间借贷司法解释草案在杭州金苑宾馆召开了研讨会。本所凌栋律师应浙江省典当行业协会邀请,代表浙江本地的典当行业参与了研讨会,并在会议期间就浙江本地民间金融实践、法律实务、典当行业特殊性等问题积极发表意见,与到会领导及各界朋友开展了有益的讨论。



※2013年5月10日,本所钱雪慧律师接受中共杭州市委统一战线选派,圆满完成了杭州市社会主义学院举办的为期一个月的“无党派人士理论培训班”,并被评为杭州市社会主义学院2013年党外人士理论培训班优秀学员。

※5月9日,胡祥甫会长随同市人大领导朱金坤等人考察拱墅区、上城区养老服务中心,并进行座谈。

※5月8日晚上,应浙江工业大学之江学院人文科学分院邀请,本所吴萃律师在该校厚德台一楼学术报告厅对法学专业的学生举办了“刑辩律师之成长路径”的专题讲座。

※4月25日下午,本所崔海燕律师和俞菊明律师在杭州之江饭店参加了杭州市律协国际贸易与涉外投资业务委员会、公司与证券业务委员会联合主办的“股东僵局解决路径研讨会”,并担任了演讲嘉宾。

崔海燕律师最先从“股东知情权”这一角度破题,详细阐述了在办理股东知情并权诉讼时,实务中遇到的执行问题。

俞菊明律师紧接着就“公司章程设计与公司僵局防范”展开了精彩的演讲,为到场律师在通过公司章程设计以防范僵局的问题上提供了新的思路。

※2013年4月21-26日,本所钱雪慧律师参加井冈山干部培训学校学习,感受革命之旅,感受红军艰苦奋斗精神,圆满完成革命理想信念教育课程。

※4月25日,省司法厅、省检察院于4月25日在省律协联合召



开的“新刑诉法实施后律师刑辩工作座谈会”。我所高级合伙人、市律协刑委会秘书长王晓辉律师参加了座谈会。

※4月20至21日,本所高级合伙人、刑事部主任胡东迁律师和高级合伙人、刑事部副主任王晓辉律师参加了浙江省律师协会刑事专业委员会2013年第一次年会。在这次会议上,包括胡律师和王律师在内的19名刑辩律师就自己所承办的成功案例进行了研讨和经验分享。

※4月24日,本所高级合伙人、民盟杭州市委法工委副主任朱智慧律师所负责的课题《关于建立社区(园区)法律服务中心的建议》、本所律师、民盟杭州市委法工委委员史源律师负责的课题《动漫产业现状及发展》分别被确定为2013年民盟杭州市委立项课题。

※4月15日,本所黄亮律师应邀参加西溪街道楼宇集群工会联合会在欧美中心(EAC)的举办“构建和谐劳动关系从规范劳动用工开始”——人力资源和劳动政策解读答疑会,约50余名企业人事主管参加了本次活动。

※4月8日,基于金道在律师界的迅猛发展和良好声誉,被钱伯斯列为《2013钱伯斯亚太指南》浙江律师事务所名录。该指南对本所的介绍如下:

“该所在杭州发展迅猛,具有处理争讼性工作的雄厚实力,曾经参与众多复杂刑事案件,也活跃于公司、知识产权和房地产相关的商事诉讼。除了个人和公司客户外,其团队也是国际律所处理跨境交易的经常之选”。

金道被收入《2013钱伯斯亚太指南》标志着金道获得了国际法



律界的认可,金道将继续努力,不断在专业和品质上追求卓越。

※3月28日下午,西湖区人大常委会翠苑工委主任徐麟在翠苑组人大代表会议上宣读了《关于表彰区人大翠苑代表组履职积极分子的决定》,对本所高级合伙人、西湖区人大代表朱智慧等五名优秀人大代表予以表彰,并颁发了荣誉证书。