



第2期 2008年10月

法律观察

Legal Insight

主编：王霁虹

编委：张 志

徐 猛

李 宏

徐志光

张丽杰

徐寿春

编辑：黄彬琳

第2期 2008年10月

法 律 观 察

Legal Insight

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：上海市浦东新区福山路458号

同盛大厦11楼（200122）

电话：86-21-50819091

传真：86-21-50819591

© 万商天勤律师事务所版权所有

目录

02 事务所动态

12 上市公司重大资产重组的若干法律问题（一）

毛国权

15 买壳上市的基本架构

文成炜

18 国内建设工程纠纷的主要特点和表现形式

王霁虹

22 深圳市人大法律助理制度的实践与思考

张志

25 收购国有企业的几个法律问题

徐猛

29 企业纳税筹划如何应对反避税政策和税务稽查风险

李季先

32 共有专利权许可问题研究

张晓峰

38 电子商务法视角下的许霆案

郭向东

43 从最高人民法院一起案例看商场、超市第35类注册商标服务类别保护的新变化

刘宇光

48 对于机动车辆第三者责任险中医疗费用理赔之我见

潘心持

51 《劳动合同法》热点问题及解决办法

董越

事务所动态

- 本所成功承办“建设工程争议解决及专家评判机制”研讨会
- 本所承办的保龄宝生物股份有限公司首次公开发行股票并上市项目顺利通过审核
- 本所承办的山东华泰纸业股份有限公司公开增发A股项目顺利通过审核
- 本所为东莞证券有限责任公司股权变更、增资扩股及设立集合资产管理计划等项目提供法律服务
- 本所为深圳市蓝瑞投资有限公司提供股权收购项目法律顾问服务
- 本所为第一创业证券有限责任公司收购百福期货经纪有限公司及百福期货经纪有限公司（后更名为第一创业期货有限责任公司）增资扩股事宜提供专项法律服务
- 本所承办的四川绵阳高新发展（集团）股份有限公司定向发行项目获准发行
- 本所为国家开发投资公司等共同设立国投财务有限责任公司提供专项法律服务
- 本所与南洋商业银行合办房地产“开发贷及按揭贷”讲座
- 本所为国奥投资发展有限公司成都、重庆地产项目提供法律服务
- 本所为天津翔宇公园地下商业广场租赁项目提供法律服务
- 本所为深圳能源集团的控股企业清算、注销项目提供法律服务
- 本所获聘担任国投中鲁果汁股份有限公司常年法律顾问
- 本所代理青岛北海船舶重工有限责任公司成功办结青岛渔业污染案件

- 徐寿春律师应邀在清华大学法学院授课
- 郭磊明律师当选深圳证券交易所第五届上市委员会委员
- 张丽杰律师荣获全国优秀律师称号
- 张丽杰律师受聘北京大学深圳医院理事会理事
- 张丽杰律师被深圳市国资委聘为深圳市机场（集团）有限公司董事
- 张丽杰律师作为省人大代表应邀旁听死刑被告庭审辩护
- 王霓虹律师接受《亚洲法律杂志-中国版》(ALB)采访
- 刘宇光律师应邀参加深圳市首届立法辩论会
- 王霓虹、陈铭么律师应邀参加房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标资格审查办法专家论证会
- 上海得勤律师事务所主任吴晨尧访问本所
- 本所接待河源律师协会考察团参观访问

■ 本所成功承办“建设工程争议解决及专家评判机制”研讨会

9月26日，由本所和伟凯德律师事务所（White & Case）共同承办的“建设工程争议解决及专家评判机制”会议在北京凯宾斯基饭店隆重举行。此次会议由中国国际经济贸易仲裁委员会和中国建筑业协会联合主办。本所合伙人王霁虹律师作为演讲嘉宾发表了“国内建设工程纠纷的主要特点和表现形式”专题演讲，并主持了“专家评判机制在中国的应用和发展”专题讨论。王霁虹律师回顾和总结了近十年来中国建筑市场及相应建筑纠纷的深刻变化，分析了当前中国建设工程纠纷呈现出的七个鲜明特点，受到国内外与会人员的高度认可。

此次会议汇聚了来自国内外建筑工程领域的专家，其他演讲嘉宾还包括住房和城乡建设部王宁司长、天津大学何伯森教授、香港特许仲裁学会郑若骅主席、中建股份有限公司法律部谭敬慧副总经理、小浪底建设局曹应超总经济师、伟凯德律师事务所（White&Case）合伙人John Bellhouse和合伙人Phillip Capper、贝克·麦坚时律师事务所(Baker&Mckenzie)合伙人Andrew Wglionby、以及品诚梅森律师事务所(Pinsent Masons)合伙人John Bishop。

此次会议的成功举办为中国国际经济贸易仲裁委员会未来推行“专家评判机制”提供了从理论到实践的有利论证，这不仅标志着中国国际经济贸易仲裁委员会在推动中国纠纷解决新机制过程中的主导地位，标志着中国建筑市场及其纠纷解决机制进一步向国际化方向发展，也标志着本所在该领域研讨中处于业内引领地位。

■ 本所承办的保龄宝生物股份有限公司首次公开发行股票并上市项目顺利通过审核

由李宏、徐春霞、崔国峰律师承办的保龄宝生物股份有限公司首次公开发行股票并上市项目近期顺利通过中国证监会发行审核委员会审核。保龄宝生物股份有限公司是中国糖城——山东省禹城市第一家通过中国证监会审核的股份公司，主要从事以农副产品为原料经生物发酵技术深加工提取、生产、销售低聚糖、果葡糖浆、糊精、赤藓糖醇等产品，主要客户包括：可口可乐、百事可乐、蒙牛、伊利、脑白金等行业内龙头企业。其顺利通过中国证监会审核并在不久的将来成功上市是中国民营经济蓬勃发展的又一例证，也是对包括律师在内的中介机构的辛勤工作的充分肯定。

■ 本所承办的山东华泰纸业股份有限公司公开增发A股项目顺利通过审核

由徐寿春、胡刚律师承办的山东华泰纸业股份有限公司公开增发A股项目，于9月5日顺利通过中国证监会发行审核委员会2008年第129次工作会议审核，获有条件通过。山东华泰纸业股份有限公司属于造纸行业，其主导产品为中高档新闻纸、双胶纸和书写纸，系国内最大的新闻纸生产企业。本所自2000年起即与山东华泰纸业股份有限公司建立了长期稳定的合作关系。

■ 本所为东莞证券有限责任公司股权变更、增资扩股及设立集合资产管理计划等项目提供法律服务

本所胡治家、周杨律师近期受聘担任东莞证券有限责任公司股权变更、增资扩股及设立集合资产管理计划等项目的专项法律顾问。东莞证券有限责任公司于1988年6月成立，是全国性综合类证券公司、规范类证券公司，并为全国首批承销保荐机构，其业务范围涵盖了证券经纪、资产管理、投资银行、自营、研究资讯等业务领域，公司经纪业务在东莞地区的市场份额超过60%。

■ 本所为深圳市蓝瑞投资有限公司提供股权收购项目法律顾问服务

胡治家、孙俊霞律师受聘为深圳市蓝瑞投资有限公司收购深圳市金牛投资（集团）有限公司股权项目提供法律服务。现该股权收购项目已接近尾声，经挂牌和招投标程序，深圳市蓝瑞投资有限公司中标，从而得以收购标的公司10家股东持有的74%的股权。收购完成后，深圳市蓝瑞投资有限公司将成为标的公司的控股股东。目前相关各方正在办理股权转让手续。

■ 本所为第一创业证券有限责任公司收购百福期货经纪有限公司及百福期货经纪有限公司（后更名为第一创业期货有限责任公司）增资扩股事宜提供专项法律服务

本所胡治家律师、郑三明律师接受第一创业证券有限责任公司委托，为第一创业证券有限责任公司收购百福期货经纪有限公司提供专项法律服务，先后协助客户对收购方案进行了可行性分析论证，审查收购过程中的各类法律文件，为客户揭示了项目风险，获得了客户肯定。目前第一创业证券有限责任公司已成功完成对百福期货经纪有限公司的收购工作。

鉴于本所律师前期的优质服务，第一创业证券有限责任公司继续委托本所担任百福期货经纪有限公司增资扩股事宜的专项法律顾问。目前，百福期货经纪有限公司增资扩股工作亦已在本所律师协助下圆满完成。胡治家律师近期已受聘担任百福期货经纪有限公司常年法律顾问。

■ 本所承办的四川绵阳高新发展（集团）股份有限公司定向发行项目获准发行

由温烨、李大鹏律师承办的四川绵阳高新发展（集团）股份有限公司（以下简称“绵阳高新”）定向发行项目于2008年9月28日通过中国证监会审核委员会的审核，获准发行。作为四川省上市公司中的ST公司，绵阳高新在本所以及相关中介机构的协助下，顺利完成股权分置改革及相关重大重组，公司质量得以大幅提升，保障了公司及广大股东的权益。此次定向发行的获准，势必推进上市公司的实质性发展。此前，由温烨律师率领的律师团队先后成功协助甘肃独一味生物制药股份有限公司首次公开发行（A股）并上市，协助广东科达机电股份有限公司、贵州中天诚投股份有限公司及甘肃莫高实业发展股份有限公司完成定向发行。目前，温烨律师主办的数家公司拟首次公开发行股票（A股）项目及上市公司公开增发、重大资产重组项目（含发行股份购买资产项目）已完成材料申报，正在中国证监会进行审核。

■ 本所为国家开发投资公司等共同设立国投财务有限责任公司提供专项法律服务

企业集团财务公司属于非银行金融机构，对于企业集团实现资金集中管理、降低财务成本有着重大的战略意义。本所徐猛、文成炜律师凭借多年为众多金融机构服务的经验，成功获选担任国投财务有限责任公司设立项目的专项律师，为其申请设立、开业等提供全程法律服务。国投财务有限责任公司设立申请日前已通过银监会批准，筹建工作正在进行中。

■ 本所与南洋商业银行合办房地产“开发贷及按揭贷”讲座

本所近日与南洋商业银行北京分行合作举办房地产“开发贷及按揭贷”讲座。南洋商业银行是在中国内地较早开展业务的外资银行之一，目前总部设于上海，在北京、深圳、大连、蛇口、广州、海口均设有分支行。2008年7月版《亚洲周刊》罗列的亚洲300大银行中，以资产总值计，南商名列154位(香港区位列第8)，其中南商以资产回报率计算，在300大银行中排第14位(香港区位列第4)。近期，本所作为南商北京分行的法律顾问，与该行共同举办了房地产企业贷款知识讲座，徐猛、马婧、茅麟律师分别进行了精彩专题演讲，受到了南商的一致好评。

■ 本所为国奥投资发展有限公司成都、重庆地产项目提供法律服务

应国奥投资发展有限公司委托，王霁虹、肖延人、谢颐等律师为其竞买成都某地块、项目/股份公司设立(含职工参股)及创立大会的筹备和见证等提供法律服务。该地产项目是国奥投资发展有限公司继成功开发、建设奥运村后，将“绿色、科技、人文”理念再次充分体现的又一力作。截止08年8月31日，该公司已经顺利取得了该竞买地块的使用权，项目/股份公司也于近日在成都市注册登记完成。目前，本所律师正在随项目进展提供法律跟进服务。

同时，王霁虹、何帅领、肖延人律师还为国奥投资发展有限公司并购重庆江北农场地产项目提供法律服务，该地块土地面积约410669平方米。本所律师为上述股权/地产项目收购提供了方案设计、项目尽职调查、法律文件草拟和谈判以及项目接管、移交等全过程法律服务，并就该地块的土地取得、项目立项与设计方案、钉子户、集贸市场以及高压线等重大法律问题出具了相应的法律意见，目前收购工作已顺利完成。

■ 本所为天津市南开区翔宇公园地下商业广场租赁项目提供法律服务

本所王霁虹、谢颐、林立律师受天津地下铁道总公司的委托，为其位于天津市中心城区的翔宇公园地下商业广场系列租赁项目提供专项法律服务。天津地下铁道总公司作为业主分别邀请了华润万家超市有限公司、深圳人人乐(天津)商业有限公司，以及物美集团进行谈判，本所律师全程参与了该项目的前期招商引资、项目的可行性论证，审定了不同的合同文本，参加了合同的谈判。经过近一个月的谈判、论证，近期业主最终与深圳人人乐(天津)商业有限公司达成合作协议。

■ 本所为深圳能源集团的控股企业清算、注销项目提供法律服务

深圳市能源集团有限公司近日委托本所对其持股的深圳市汇能工贸公司等十家企业进行清算、注销，并委托本所代其选定会计师事务所提供审计服务。本所合伙人徐志光律师担任该项目的负责律师，并组成了由王云、干作广、陈秀丽律师等为经办律师的服务团队提供服务。深圳市能源集团是全国电力行业第一家在深圳上市的大型股份制企业，也是深圳市第一家上市的公用事业股份公司。深圳能源集团目前在深圳市国有企业综合实力排名中位居第一，连续6年入选中国工业企业500强，并成为广东省工业龙头企业。

■ 本所获聘担任国投中鲁果汁股份有限公司常年法律顾问

由徐猛律师率领的工作组近日通过公开选聘，成功担任国投中鲁果汁股份有限公司的常年法律顾问。国投中鲁是国内第一家在国内主板上市的浓缩果汁加工企业，拥有世界先进水平的生产设备和强劲的设备改进和技术消化能力，其产量、出口、效益连续多年位居全国第一，2005年被评为“中国名牌”，2006年被商务部审定“最具市场竞争力品牌”。

■ 本所代理青岛北海船舶重工有限责任公司成功办结青岛渔业污染案件

青岛北海船舶重工有限责任公司是国内最大的造修船企业之一，于2004年迁址青岛经济技术开发区海西湾开建新造修船基地，基地规划陆域面积400余公顷，岸线长度9公里，码头长度近6公里，主要建设造船、修船、海洋工程和钢结构、游艇船机四个生产区。在建设过程中，该公司因施工原因与周边几十户渔民发生渔业污染纠纷。本所徐猛律师接受青岛北海船舶重工有限责任公司委托，经过一年多认真细致的工作，终于促成争议双方调解结案。

■ 徐寿春律师应邀在清华大学法学院授课

9月23日，徐寿春律师受清华大学法学院邀请，为其商法专业二年级硕士研究生讲授《首次公开发行A股股票并上市的律师实务》，受到学生的一致好评。徐律师专业的金融证券讲座，为在校学生带来了丰富的实践经验，还为有志于从事证券律师的学生带来了前沿的职业信息。

■ 郭磊明律师当选深圳证券交易所第五届上市委员会委员

根据《深圳证券交易所上市委员会工作细则》的规定，深圳证券交易所将成立第五届上市委员会。本所合伙人郭磊明律师当选为深圳证券交易所第五届上市委员会委员，是本届上市委委员中仅有的两位在深执业律师之一。加上此前担任上海证券交易所上市委员会委员的徐寿春律师，本所已有两位律师分别担任上海、深圳证券交易所上市委员会委员。

■ 张丽杰律师荣获全国优秀律师称号

在10月25日开幕的第七次全国律师代表大会上，本所张丽杰律师被中华全国律协授予全国优秀律师称号，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，张丽杰律师从众多候选人中脱颖而出，被评为“2005-2007年度全国优秀律师”。

■ 张丽杰律师受聘北京大学深圳医院理事会理事

8月6日，张丽杰律师被聘为北京大学深圳医院理事会理事。北京大学深圳医院是深圳市事业单位改革首批确定组建理事会的10家试点单位之一。深圳市事业单位改革是深圳市近年来继国有企业改革之后的一项重要改革，建立以理事会（管委会）为核心的法人治理结构是此次事业单位改革的重要举措。该理事会作为决策权力机构，负责确定事业单位的发展战略和发展规划，行使事业单位重大事项决策权，其成员由政府部门代表、社会人士代表、行政执行人等组成。

■ 张丽杰律师被深圳市国资委聘为深圳市机场（集团）有限公司董事

9月8日，张丽杰律师被深圳市人民政府国有资产监督管理委员会聘为深圳市机场（集团）有限公司董事。深圳机场在深圳市属国有企业中举足轻重，被市国资委列入深圳做大做强的八大产业集团之一，获得深圳市委、市政府和国资委党委的高度重视和大力支持。国资委的相关领导表示，此次聘请张丽杰律师担任深圳机场的董事，主要是考虑到张丽杰律师的业务素质好，大局意识强，沟通协调能力强，有改革创新的精神，事业心和责任感都很强。

■ 张丽杰律师作为省人大代表应邀旁听死刑被告庭审辩护

备受关注的深圳货柜车司机金喜明开车故意杀人案经深圳市中级人民法院一审判决后，肇事司机因不服死刑判决提起上诉。9月8日，广东省高级人民法院在深圳就该案进行二审开庭，7名广东省人大代表旁听观摩了庭审。担任广东省人大代表、广东省女律师协会副会长张丽杰律师应邀旁听此次庭审后，充分肯定了广东省高院的审判，法院能够做到充分保障被告人的辩护权利，这有助于查明事实，保障人权。张丽杰律师对采访庭审的记者表示，此次法院邀请代表来旁听死刑二审开庭，给代表有了直观的感受，为代表对法院增进了解提供了很好的平台，整个庭审过程是一场对公正的完美演绎。

■ 王霁虹律师接受《亚洲法律杂志-中国版》（ALB）采访

随着2008奥运会的成功召开以及《中华人民共和国循环经济促进法》的出台，社会各界越来越重视节能减排、环境保护、循环经济及资源利用。《亚洲法律杂志-中国版》（ALB）在2008年第9期关于环境法专题《Green is gold》报道中，就奥运期间本所协助北京市环境保护局制定系列规范性文件和应急措施保障北京空气质量保障，以及律师在未来环境保护深层次服务领域的发展机遇和挑战等问题特别采访了王霁虹律师。

■ 刘宇光律师应邀参加深圳市首届立法辩论会

9月10日，深圳市人大常委会为正在拟定的《深圳经济特区无线电管理条例》召开了立法听证会，本所刘宇光律师作为深圳市律协推选的代表参加了此次辩论会。刘宇光律师在辩论会上发表的专业意见得到了深圳市人大委员和参会各方代表的肯定和认可，刘律师的精彩发言不仅展现了我所律师的风采，还体现出我所在电信领域的强大专业实力。

参加这次立法辩论的深圳律师均是深圳市人大为《深圳经济特区无线电管理条例（草案）》举行公开听证会而邀请的法律顾问团成员，他们分别代表政府主管部门、电信运营商、无线电生产经营者、无线电爱好者和普通公众等利益主体，为各自方的利益展开了立法辩论。此次引入律师团为各大利益主体公开进行立法辩论和博弈的方式，在深圳是第一次，在全国亦是第一次。

■ 王霁虹、陈铭么律师应邀参加“房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标资格审查办法专家论证会”

9月25日至27日，王霁虹、陈铭么律师受北京市建设工程发包承包交易中心邀请，参加了由住房和城乡建设部召开的《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标资格审查办法》专家论证会。此次会议同时邀请了各省市工程招标办负责人、有关专家和部分企业代表，对即将出台的《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标资格审查办法》（送审稿）作最后修改论证。

■ 上海得勤律师事务所主任吴晨尧访问本所

9月27日，上海得勤律师事务所主任吴晨尧律师来本所访问，李宏、徐寿春、王霁虹律师进行了热情接待，双方就两所的发展概况及特色业务进行了友好交流，并就未来的业务互补及团队合作进行了深入交流。

■ 本所接待河源律师协会考察团参观访问

河源市律师协会肖伟星会长率考察团一行25人，于8月12日到深圳办公室参观访问，张志律师接待了考察团一行并进行座谈。座谈会上，张志律师向考察团成员介绍了我所的基本情况，详细就我所信息化建设方面的经验和做法进行了介绍，肖伟星会长对我所在信息化建设方面的成功经验表示赞赏。肖伟星会长认为，事务所信息化建设不仅可以提高律师的工作效率，还可以提升事务所的管理水平，并表示在河源市的各律师事务所推广我所的信息化建设的成功经验。会后，考察团参观了我所的办公环境并合影留念。

上市公司重大资产重组的 若干法律问题（一）



毛国权律师 北京

【摘要】

上市公司重大资产重组包括购买、出售股权类或非股权类资产、以及其他性质类似的资产交易，均需要严格按照法律法规进行。上市公司可以与交易对方根据交易目的、交易标的、支付对价等要素，协商设计、共同实施共赢的交易结构。上市公司董事会、股东大会在审议重大资产重组事项之时，应关注交易定价、交易条件等实质性事项，也应关注交易是否构成关联交易等程序性事项。

【关键词】

上市公司 重大资产重组 交易结构

中国证监会颁布的《上市公司重大资产重组管理办法》（以下简称“《管理办法》”）自2008年5月18日已施行。根据该办法以及律师实务，本文简要总结了上市公司重大资产重组的若干重要法律问题。

一、重大资产重组的定义与标准

1、定义

上市公司重大资产重组是指上市公司及其控股或者控制的公司在日常经营活动之外购买、出售资产或者通过其他方式进行资产交易达到规定的比例，导致上市公司的主营业务、资产、收入发生重大变化的资产交易行为。

因此，必须强调的是上市公司重大资产重组，不仅仅包括作为一个独立法人的上市公司本身的资产重组，还包括其控股或者控制的下属公司名义进行的资产交易，该下属公司的范围一般应包括上市公司合并报表内的企业。

除直接的购买、出售性质的资产交易外，重大资产重组还包括其他方式的资产交易，即实质上构成购买或出售资产、且达到规定计算标准的下述资产交易：

- (1) 与他人新设企业、对已设立的企业增资或者减资；
- (2) 受托经营、租赁其他企业资产或者将经营性资产委托他人经营、租赁；
- (3) 接受附义务的资产赠与或者对外捐赠资产；
- (4) 中国证监会根据审慎监管原则认定的其他情形。

2、计算标准

资产交易构成重大资产重组还需要达到规定的财务计算标准，即分别按照资产总额、营业收入、净资产额之一计算时，资产交易涉及的财务指标占上市公司合并财务会计报告相应科目的比例达到50%以上（如果是净资产指标，且超过5000万元人民币）；但需要注意到，中国证监会还具有特殊权限，在资产交易未达到规定标准之时，如果发现存在可能损害上市公司或者投资者合法权益的重大问题的，可以根据审慎监管原则责令上市公司按照重大资产重组交易办理。

另外，如果上市公司在12个月内连续对同一或者相关资产进行购买、出售的，则以其累计数分别计算相应数额，但已按照规定报经中国证监会核准的资产交易行为，无须纳入累计计算的范围。但什么是“同一或者相关资产”，中国证监会将拥有较大的裁量权，容易引起争议或者徒然增加交易成本。按照《管理办法》规定：交易标的资产属于同一交易方所有或者控制，或者属于相同或者相近的业务范围，或者中国证监会认定的其他情形下，可以被认定为同一或者相关资产。很明显，第一个标准“属于同一交易方所有或者控制”可能会太严格，例如同一交易方的“房地产资产”与“发电资产”在经营上不是同一或相关资产；而第二个标准“相同或者相近的业务范围”、第三个标准“中国证监会认定”都需要进一步的明确指引。

二、重大资产重组的基本交易结构

从上市公司角度看，重大资产重组的交易性质可以分为购买与出售，而交易构成要素可包括交易对方、标的资产与支付对价等；交易对方可以是关联人或非关联人，标的资产可以分为股权类资产（还可以分为控股股权与非控股股权）与非股权类资产，上市公司购买资产时支付对价可以有货币、股份。

在理论上，由于交易构成要素不同，上市公司重大资产重组的基本交易结构可能有以下几种：

- 1、上市公司以货币作为对价收购股权类资产；
- 2、上市公司以货币作为对价收购非股权类资产；
- 3、上市公司以股份作为对价收购股权类资产；
- 4、上市公司以股份作为对价收购非股权类资产；
- 5、上市公司出售股权类资产，获得货币；

6、上市公司出售非股权类资产，获得货币；

7、上市公司与交易对方进行资产置换，对于上市公司而言，同一笔交易既是收购（对方资产）又是出售（己方资产），而对价则是非货币、非上市公司股份以外的资产类型；

8、按照交易对手分类，还可以分为关联交易与非关联交易；

9、如果上市公司以股份作为对价收购资产，还可以分为导致上市公司实际控制权转移的交易与不导致实际控制权转移的交易；

10、各种要素结合的复杂交易结构。

上市公司及其交易对手可以根据实际情况，在法律规定的方式下、在财务成本可承受的范围内，充分协商以寻求共赢的交易结构。

三、董事会、股东大会审议之时需要关注的事项

根据相关法律法规以及重大资产重组的一般市场操作，在董事会、股东大会对重大资产重组进行审议之时需要关注以下事项：

1、交易公告前需要保密

在上市公司与交易对方就重大资产重组事宜进行初步磋商时，即应采取必要且充分的保密措施，且与所聘请的证券服务机构签署保密协议。如董事会决议公告前，相关信息已在媒体上传播或者公司股票交易出现异常波动的，则上市公司应立即公告相关事宜。

2、董事会审议

在董事会对重大资产重组审议之时，必须要确定是否构成关联交易。根据《管理办法》规定，当重大资产重组构成关联交易的，独立董事可以另行聘请独立财务顾问就本次交易对上市公司非关联股东的影响发表意见。这样在重大资产重组构成关联交易之时，可能存在两个独立财务顾问，一个是上市公司根据《管理办法》第15条聘请的，一个是独立董事根据《管理办法》第19条聘请的。

还需要注意的是，《管理办法》规定的是“独立董事可以另行聘请独立财务顾问”而非“应当”，当然从市场公正角度上，独立董事聘请独立财务顾问的做法有助于保护中小股东的权益；不过根据2001年8月16日中国证监会《关于在上

市公司建立独立董事制度的指导意见》（证监发[2001]102号）第7条“独立董事聘请中介机构的费用及其他行使职权时所需的费用由上市公司承担”，这也可能存在道德风险。

在董事会审议之时，并非交易的所有细节、申报全套文件必须完成，董事会审议之后只需要至少公告：（1）董事会决议及独立董事的意见；（2）上市公司重大资产重组预案。其他相关文件，例如本次重组的重大资产重组报告书、独立财务顾问报告、法律意见书以及重组涉及的审计报告、资产评估报告和经审核的盈利预测报告，可以推迟到与召开股东大会的通知同时公告。但股东大会的召开不能无限期拖延。为了避免借资产重组之名来操纵证券市场价格，根据《关于规范上市公司重大资产重组若干问题的规定》（证监会公告[2008]14号）规定，在董事会公告之后，上市公司董事会和交易对方非因充分正当事由，均不得撤销、中止重组方案或者对重组方案作出实质性变更（包括但不限于变更主要交易对象、变更主要标的资产等），否则将可能招致中国证监会的调查。另外，如果是发行股份购买资产，那么由于涉及发行股份的定价基准时间，董事会决议的有效期只有六个月。

还需要注意的是，重大资产重组涉及的购买或出售资产协议签署的时间在《管理办法》中未明确规定，而是规定在《关于规范上市公司重大资产重组若干问题的规定》之中，即：应当在召开董事会的当日或者前一日与相应的交易对方签订附条件生效的交易合同；交易合同应当载明本次重大资产重组事项一经上市公司董事会、股东大会批准并经中国证监会核准，交易合同即应生效。

3、股东大会决议

在股东大会审议之时，首先同样要确定是否是关联交易。上市公司股东大会就重大资产重组事项作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过；而上市公司重大资产重组事宜与本公司股东或者其关联人存在关联关系的，股东大会表决时，关联股东应当回避表决。

根据《管理办法》规定，交易对方已经与上市公司控股股东就受让上市公司股权或者向上市公司推荐董事达成协议或者默契，可能导致上市公司的实际控制权发生变化的，上市公司控股股东及其关联人也应当回避表决。在这样的情况下，实际上交易对方是上市公司的潜在关联人。根据《股

票上市规则》的规定，“根据与上市公司或者其关联人签署的协议或者作出的安排，在协议或者安排生效后，或在未来十二个月内，将具有第10.1.3条或者第10.1.5条规定的情形之一”，视为上市公司的关联人。为保护上市公司中小股东的利益，尽管是上市公司与潜在关联人签署资产交易协议，而控股股东虽不是协议一方也回避表决，就可以避免控股股东与潜在关联人利益合谋给中小股东带来损害。

《管理办法》只规定了潜在关联人情形下关联股东回避表决，需要考虑董事会表决之时关联董事是否也要回避。根据同样的道理，关联董事也应回避。

上市公司股东大会就重大资产重组作出的决议，至少应当包括下列事项：

- （1）本次重大资产重组的方式、交易标的和交易对方；
- （2）交易价格或者价格区间；
- （3）定价方式或者定价依据；
- （4）相关资产自定价基准日至交割日期间损益的归属；
- （5）相关资产办理权属转移的合同义务和违约责任；
- （6）决议的有效期；
- （7）对董事会办理本次重大资产重组事宜的具体授权；
- （8）其他需要明确的事项。

一般而言，股东大会的决议有效期是一年；而股东大会对董事会的授权应遵守合理合法的原则，限于重大资产重组申报、实施过程中所涉及的具体事务，包括制作、修改申报文件，签署、修订相关协议、补充协议，根据中国证监会审核要求对重大资产重组方案细节进行调整，根据股东大会确定的定价原则、定价区间确定最终价格，根据重大资产重组实施结果对公司章程的相应条款进行修订等。

（待续）

“买壳上市”的基本架构



文成炜律师 北京

【摘要】

“买壳上市”一直以来都是企业上市的一个重要途径，而随着市场行情的变化，“买壳上市”在“熊市”行情中将更多受到企业的关注。本文简要分析了“买壳上市”的基本思路和注意问题，以期帮助企业对“买壳上市”有所了解。

【关键词】

融资 买壳 资产重组

近半年多来，伴随着二级市场的疲软，监管部门批准企业IPO（首次发行股票并上市）的步子已明显放慢。对于许多希望上市的企业而言，短期内IPO似乎又成为一个难以实现的梦想。与此同时，由于股价回落，收购上市公司的代价明显下降。上述两种因素，导致“买壳上市”再次回温。那么，企业如何买壳？买壳时应注意哪些问题呢？笔者曾作为几家企业的专项法律顾问参与了“买壳上市”的法律服务，其中不乏成功的案例，也有失败的教训。

一、“买壳上市”的基本概念

“价值理论”是经济学的一个理论基础，任何具有价值的东西才会被人所接受进入流通领域。上市公司作为一种法律主体，本身具有两种价值，一是“壳”的价值，即具备在证券市场进行融资的资格；二是自身的经营价值，即品牌、产品、资产和盈利能力。本文中所述的“壳”，即指的那些经营不善、仅具有壳价值而基本上不具有经营价值的上市公司。

所谓“买壳上市”，通常是说非上市公司通过收购上市公司股份成为上市公司控股股东，将自有资产注入上市公司，从而实现自有资产的成功上市。从字面上可以看出，“买壳”与“上市”是密不可分的，两者相辅相承，不“买壳”就无法实现“上市”，不“上市”，“买壳”也变得不重要。

由于证券市场融资相比较债务性融资具有成本低、规模大的优势，因此，上市公司即使经营不善，其“壳”仍然具

有价值，再加上上市公司数量较少，“壳”于是成为相对稀缺资源，受到那些具有强烈融资需求的非上市公司的青睐。

二、“买壳上市”的主要步骤

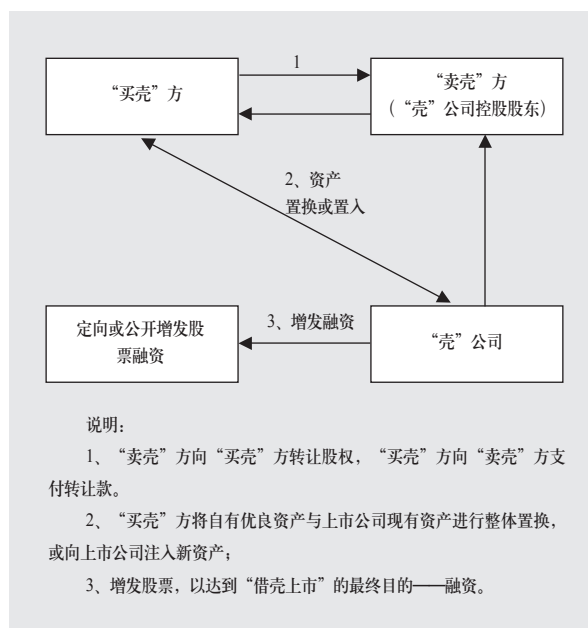
一般来说，买壳上市分为三个步骤：

第一步，买壳，即非上市公司通过收购上市公司的股票，并达到控股地位的行为。就收购方式而言，《上市公司收购管理办法》规定了要约收购、协议收购和间接收购三种方式。

第二步，资产置换或资产注入。收购完成后，要改善上市公司经营不善的状况，最便捷的方式无非是换血或输血，即以新资产置换旧资产，或者通过向上市公司注入新资产。

第三步，公开增发股票，实现融资目的。

具体如下图所示：



三、选“壳”的注意事项

（一）政府是否支持

如前所述，市场上的“壳公司”大多是一些经营严重不良的上市公司。由于经营不善，往往企业本身存在着严重的债务问题、欠税问题、职工安置问题等。这些问题解决不了，将增加公司重组的成本，影响公司重组的效率。因

此，“买壳”能否成功，不只取决于价格和方案，还在很大程度上取决于“壳公司”所在地的政府、银行等部门和机构的支持。

（二）尽量选择本地“壳”资源

从政府角度来看，一个经营业绩优良的公司去重组“壳公司”，对于社会稳定、促进地方经济发展、保护中小股东利益都有着不可忽视的作用，因此只要方案和价格合理，沟通充分，通常也会得到应有的支持和理解。但是也不要忽视另一个因素，那就是地方政府多数情况下都不愿意看到一个上市公司因为重组而迁离本地。换言之，政府和银行支持你买壳也不会是学雷锋，也不可能只为他人作嫁衣裳。两全其美的办法是尽可能借本地“壳”上市，这样，当地上市公司的数量不会减少，同时又改善了上市公司的资产质量。

（三）选择“干净的壳”

所谓“干净”，是指壳公司本身没有不可预见的债务或其他风险。在实践中，“干净”只是相对的，由于存续企业总处于经营状态之中的，任何人、在任何时候都难以保证壳公司已经把所有债务和风险查清楚并处理干净。因此，所谓“干净的壳”的标准，应当合理确定。一般认为，一个股权结构清晰、重大和主要债务安排妥当、或有负债少的且充分披露的“壳”是干净的。从监管机构角度说，收购“净壳”的重组，比较不会遗留给上市公司较多的实质性问题，有利于保护中小投资者的利益。

（四）“买壳”应看准时机

买壳的本质是交易，任何交易的成功无非两点：一是价格合理，二是两厢情愿。就买方选择时机而言，也是两点：一是在股价相对低位时买，二是在壳公司的股东愿意出手时买。否则，要么因为卖方漫天要价导致成本太大，要么因为卖方（甚至相关的地方政府）三心二意导致收购久拖生变。

依笔者之见，买卖壳与买卖股票有很大的相似性，对于买家而言，越在“熊市”行情越易于买到；对于卖家而言，越在“牛市”行情越易于卖出。至于何时是最佳交易时机，则需要看买卖双方对市场走向的判断了。

四、“买壳上市”应注意的几个具体问题

（一）税务问题

“买壳”方对上市公司的重组，可以分解为转让资产和购入资产，由于对上市公司重组涉及资产规模都较大，税项过高会增加重组成本，因此，除努力获得政府支持可减免地方税项外，在方案的设计上应充分考虑税项安排。

国家税务总局《关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》（国税发[2000]118号）为我们设计方案提供了有力的参考。在笔者曾办的一个项目中，就充分利用了该文件第五条：“整体资产置换交易中，作为资产置换交易补价（双方全部资产公允价值的差额）的货币性资产占换入总资产公允价值不高于25%的，经税务机关审核确认，资产置换双方企业均不确认资产转让的所得或损失”的规定，大大降低了重组成本。

（二）“壳”公司资质的变更

由于我国现行体制下，很多行业实行审批许可制度，只有在取得有关批文和许可证后，方可进行经营。如医药行业、食品行业、金融行业、采矿业等，而这些行业许可资格虽然是依据企业的资产性质，授予该法律主体本身，即“壳”本身。资产转移出“壳”公司，相关资质对于“壳”公司已无必要，而对于置换出的资产确是必须。由于“壳”公司法律主体资格保留并持续存在，相关资质随资产一并转移却存在法律障碍。

若置换资产为股权，上述问题较容易解决，若为其他类别资产，相关资质的同步转移或者主体变更则需要政府协调有关部门解决。

（三）对价差额的处理

在进行资产重组过程中，置换入“壳”公司的资产应优于“壳”公司现有资产，规模往往也比“壳”公司现有资产大。对于差额部分通常采取以下两种方式处理：

1、若差额较小，可以在合同中约定，该部分形成“壳”公司对买“壳”公司的债务，作出偿还的时间安排。

2、若差额较大，通常是由“壳”公司向买“壳”公司定向发行一定数量的股份，购入差额部分财产。

（四）公司债权债务的处理

债权债务的处理也就是我们俗称的“清壳”，这是能否顺利“买壳”的关键所在，任何一个买家都不希望买到的“壳”存在大量债务、担保等问题，而监管机构对于“不干净的壳”的重组也十分谨慎。如前所述，“干净”只是相对概念，目前尚无法定文件加以界定，监管机构目前把握的尺度是：或有负债要全部转移，金融债务要全部落实，其他债务需落实80%-90%。如果达不到上述要求，“买壳”往往归于“夭折”。

为了鼓励辖区内的优良企业上市，各地都纷纷制定了本地区企业的上市规划、扶植了大批后备上市公司，在政策上给予支持，在经济上给予补助。从当前已公布的地方政策，企业上市将会分批获得总额为100-200万元左右不等的财政补贴，或多或少的降低了企业融资成本。

国内建设工程纠纷的主要特点和表现形式



王霁虹律师 北京

【王霁虹律师于2008年9月26日受邀在中国国际经济贸易仲裁委员会和中国建筑业协会主办的“建设工程争议解决及专家评判机制”会议上发表了《国内建设工程纠纷的主要特点和表现形式》专题演讲，本文根据其演讲内容改编而成。】

中国的建设工程领域正在经历着历史上一个波澜壮阔的发展时期，中国建设工程领域的设计理念、施工技术、施工工艺以及项目管理模式都在经历着一场深刻的变化，包括中国现有的施工规范和现行法律法规也都面临着实践的冲击和挑战，与此相适应，中国的建设工程纠纷呈现出鲜明的时代特点，主要体现于以下七个方面。

一、建设工程纠纷贯穿于项目建设全过程

建设工程纠纷通常贯穿于建设项目自招标投标、谈判与签约、合同履行，到竣工验收、结算、交付及保修期的项目建设全过程。

（一）招标投标阶段

招标投标环节是各种建设工程纠纷的萌发阶段。招标投标阶段纠纷主要表现为行政投诉、行政复议和行政诉讼。引发这些纠纷的原因多种多样：串标、围标、泄露标底、评标专家失职、泄密、投标人之间的相互投诉、举报等。实践中不乏投标人因为提供虚假资料和陈述而被投诉查实后取消投标或中标资格。根据《标准施工招标文件》范本要求投标人承诺：招标人或监管机构若发现我公司在所填报的项目资格预审申请文件中存在虚假或不真实的信息或伪造数据，我公司将无条件自动放弃投标资格和中标资格；已收到的中标通知书为无效文件，对招标人不具任何法律约束力。随着2006年12月1日起施行的《关于工程建设保证担保的若干规定》，关于“招标人须将投标人提交的履约保函原件提交北京市标办进行备案”，也将导致更多类型的行政纠纷。

为有效避免该阶段的各种纠纷，招标人应注重详细并准确地表述招标文件和评分标准，确保招标进度；投标人应认真研读招标文件，对投标文件的表述策略进行深入分析；承担监管职能的行政机关在扩张行政权力的同时，应充分评估和规避可能面临的法律风险。

（二）签约阶段

在合同谈判签约阶段，承发包各方就招标文件、投标文件、合同条件作最后的澄清与确认，由于对前述文件的理解分歧，会导致各种合同签约纠纷。

以中标通知书的下发为标志，承发包之间出现了谈判地位的第一次微妙变化。承包人开始就重要合同条款进行谈判。该阶段的工程纠纷主要表现为招标人、投标人在中标通知书下发后反悔，拒绝签署合同。

此外，基于各自的利益追求，如发包人要求承包商做出一定的让利或垫资承诺，承包人要求发包人给予资金、合同条件方面的妥协等原因，各种黑白合同、转包合同、非法分包合同、借用资质合同、让利承诺、带资垫资承诺的签署，给承发包双方带来更大的风险。

（三）合同履行阶段

以承包人进场为标志，承发包双方之间的强弱势地位发生了第二次微妙变化。合同履行阶段是建设工程纠纷产生的主要环节之一。由于招投标及签约阶段的黑白合同、转包、违法分包等不规范行为，导致在合同履行过程中产生系列纠纷，具体表现为：进度款支付纠纷、节点工期违约纠纷、费用索赔纠纷、设计变更与洽商纠纷、材料市场价格变化而引发的调价纠纷，以及工程质量问题的责任划分纠纷、工程出现安全事故的责任纠纷、因出险后与保险公司之间的保险理赔纠纷以及拖欠农民工工资纠纷等。

（四）竣工验收、结算阶段

建设工程竣工验收与结算阶段是参建各方矛盾集中爆发的阶段，除了该阶段本身发生的因工程验收引发的质量缺陷争议、工程数量争议、结算款争议、质保金争议等以外，合同履行过程中已然存在的纷争也都集聚于此，集中表现为工程款的结算纠纷。

（五）交付使用和保修阶段

由于结算未达成一致，往往引发承发包双方的一系列交付纠纷。交付阶段的纠纷主要体现为在工程现场交付的纠纷、工程档案资料的移交纠纷、设备装置试车纠纷、现场清理、临建拆除等方面的纠纷。

此外，近几年保修纠纷明显增多，有些还与工程质量纠纷交织在一起。除了承包商不及时履行保修义务外，发包人强行委托他人进行保修也引发部分纠纷。还有一些纠纷是由于工程验收时即存在的质量缺陷由于承发包双方在项目竣工移交时未做好相关的证据保留工作而导致的纠纷。

二、建设工程纠纷涉及项目的各个参与方

随着外国设计师事务所将前卫的设计理念引入中国的同时，也带来中国项目管理模式日益多样化的革命性变革，从而使得项目的参与主体日益多元化，涉及项目管理公司、造价顾问公司、工程顾问公司、全程跟进的审计公司、律师事务所等众多参与方。而工程纠纷种类从传统的法律关系相对简单的承发包双方之间的承发包纠纷，发展到项目业主和工程各个参与方之间以及项目各参与方之间多种法律关系下的多形态纠纷，相关纠纷的主体甚至涉及到工程相关主体以外的第三人。这些纠纷涉及承发包法律关系、委托代理法律关系、买卖法律关系、侵权责任法律关系以及损害赔偿法律关系等。

建设工程项目各参与方的纠纷具体表现为：项目业主和勘察单位之间的纠纷；项目业主和国内/外设计单位之间的纠纷；项目业主与设计单位、设计顾问单位之间因专利、专有技术的使用许可等引发的纠纷；承包商和材料设备供应商之间的纠纷以及项目业主和“甲供材料设备”供应商之间的纠纷；总承包商和业主指定分包商之间的纠纷；劳务纠纷、以劳务为名实则为转包、违法分包的纠纷；因监理服务产生的纠纷；因代建项目而产生的纠纷；项目业主和项目管理公司之间因项目管理而产生的纠纷；项目业主和造价顾问单位之间因造价咨询服务而产生的纠纷；项目业主和律师事务所之间因法律服务而产生的纠纷；项目业主和招标代理公司之间因招标代理而产生的纠纷；项目业主和保险公司之间因保险理赔发生的纠纷；项目业主/承包商与第三人之间因为施工安全事故导致的民事侵权纠纷，等等。

三、建设工程纠纷涉及到的合同版本越来越多

中国建筑市场的极大繁荣吸引了国外的投资商、设计师事务所、项目管理公司、承包商、造价顾问（咨询工程师/材料测量师）、工程顾问、物业管理公司等进入中国市场，同

时他们也带来了国际上流行的合同版本。因此，在发生纠纷的工程案件中，涉及到不同的合同版本，主要表现为：

1. 建设部范本系列：施工总承包、专业分包、监理、设计等；

2. 《标准施工招标文件》：由发改委、建设部等九部委于2007年11月1日公开发布；

3. FIDIC系列合同版本：由FIDIC1999年出版的4本合同条件标准文本系列——《施工合同条件》（Conditions of Contract for Construction）、《生产设备和设计-施工合同条件》（Conditions of Contract for Plant and Design-Build）、《设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件》（Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects）、《简明合同格式》（Short form of Contract）；

4. NEC合同系列：由英国土木工程师学会推荐的新工程合同版本——《工程施工合同》（the Engineering and Construction Contract）、《分包合同》（the Engineering and Construction Sub-contract）、《专业服务合同》（The Professional Services Contract）、《裁判者合同》（The Adjudicator's Contract）等；

5. OBCE总承包合同版本：这是近年来国际市场一种新型的总承包合同模式——转换EPC总承包合同，又称开卷转换合同（OBCE -Open Book Conversion Estimation），已开始在中国一些项目中的尝试。这种合同模式是指在项目先期签约时，业主和承包商暂不签署固定价格的总承包合同，而是仅就工程项目的和服务的人工时部分（包括设计/采购服务/施工管理）签订服务合同。同时，在此合同中，明确规定在项目进展到一定时期，承包商负责按照服务合同中规定的程序，通过开卷转换估算（以下简称“OBCE”）的方式，形成EPC总承包合同价格，然后将原来签订的固定价服务合同转换成总承包合同重新签订。

OBCE总承包合同适用于项目业主对项目要求不明确、不清晰的情形。其主要优势在于：估算过程公开透明，利于造价控制；合理分配风险、权利和义务，实现共赢；直接谈判，项目推进速度较快。其主要缺点在于：不宜适用公开招标项目，并要求业主有较强项目管理能力。

该模式在高端的中东市场如沙特、卡塔尔、伊朗等国家都在广泛适用，为业主和国际知名的工程公司所认可和推崇，成为了当今国际工程建设项目合同模式的趋势和潮流。

四、建设工程纠纷涉及的工程领域越来越广，标的金额越来越大

作为全球最活跃的建筑市场，近年来中国的建设工程纠纷涉及的领域越来越广泛，相关纠纷除了传统的住宅建筑领域，还涉及大量的公共建筑（电视台、博物馆、体育场馆、机场、火车站）、工业建筑、商业建筑等地产领域，特别是大规模的基础设施建设工程领域，如地铁、轻轨、桥梁、港口、码头、高速公路、铁路、水厂、污水处理厂、水电项目、火电项目、核电站、风力发电厂，等等。

这些新型建筑特别是基础设施建筑的共同特点就是投资额巨大，设计施工难度高，项目参与方众多。因而相应的工程纠纷标的金额巨大，法律关系复杂。要代理和审理好这样的案件，不仅涉及工程法律关系本身，还需要对相关专业领域有一定的了解。如高速公路的竣工验收就与一般的民用建筑的竣工验收程序和要求有很大不同；石化项目中的试车。

五、建设工程纠纷出现了跨越合同关系的诉讼及仲裁案件

近年来的仲裁及诉讼实践中出现了跨越合同关系的仲裁/诉讼案件。这类案件源于《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷法律问题的解释》第四条，为了方便当事人尽快解决工程纠纷，该司法解释规定发包人不仅可以以总承包人为被告提起诉讼，也可以以其没有直接合同关系的分包人和实际施工人为被告提起诉讼。与此同时，实际施工人在以转包人、违法分包人为被告起诉的同时，也可以与其没有直接合同关系的发包人为被告主张权利，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。

该规定既是对现有法律原则的重大突破，也是当时突击解决拖欠工程款的社会背景的深刻烙印，这一突破，在有其积极意义的同时，也带来了不可避免的负面效果，使各当事人之间的合同法律关系长期处于不确定状态。特别是在仲裁案件中，各方当事人之间若没有仲裁协议或仲裁条款，如何把上述当事人都追加到同一案件中，成了实践中的难题。于是一个工程部分内容要在法院进行诉讼，部分内容要在仲裁机构解决。而同一工程内容的工程款，在法院和仲裁机构也可能认定出不同的结果，甚至在同一仲裁机构也会出现不同的认定结果，出现同一工程内容有两个甚至三个生效判决，

从而使法院的执行工作陷入困境。因此，在办理这类案件中，同一仲裁机构之间、不同仲裁机构之间、仲裁机构和法院这无疑给仲裁员、法官办理案件和律师代理案件都带来极大困难和挑战。

六、当事人对纠纷解决条款的重视程度越来越高，选择仲裁方式解决纠纷的情形越来越多

长期以来，纠纷解决条款都为各方所忽视。人们在合同谈判中，更关注商务条款和价格条件，羞于主动去谈争议解决条款。因此，很多合同中对于争议解决条款没有约定。随着法制观念的深入以及实践教训的洗礼，今天的公司、企业开始关注争议解决条款的约定。而仲裁以其自愿、公正、保密、高效、气氛融洽、专家裁断、自行指定仲裁员、在国际上执行力强等优点，越来越成为当事人争议解决方式的首选。随着当事人的不断成熟，争议解决方式的选择以及具体仲裁机构的选择正越来越成为合同谈判中的焦点之一。

七、因BT、BOT、TOT等特许经营项目而发生的工程纠纷将会大量涌现

中国的基础设施建设以前所未有的速度向前推进的同时，为解决融资的问题，诸多项目如高速公路、电厂、水厂、污水处理厂、码头、港口、地铁等领域，都采用BT、BOT、TOT等特许经营方式。这几年大部分的特许经营项目正处于招标、签约和开始建设阶段，相信随着合同履行的深入，以及中国金融政策及全球金融环境的骤变，相信在不远的将来，一大批的特许经营项目纠纷将会出现。

这类项目的纠纷往往集建设、融资、质押、保证、担保、税收、土地挂牌、保险等法律关系于一体，从而使得各当事人之间的权利义务关系非常复杂。如何把握同一纠纷中的不同法律关系，特别是那些架构复杂的特许经营项目中的法律关系，成为仲裁员、法官和律师们共同的新课题。

深圳市人大法律助理制度的 实践与思考



张志律师 深圳

【摘要】

深圳市人大常委会率先推行的法律助理制度，在中国地方立法活动中具有创新意义。作为这一制度的参与者，笔者试图从历史及现实的角度阐述这一制度的必要性及合理性。同时，笔者强调，作为民主与法治的实践者和公民权利的捍卫者，律师应当凭借其深厚的法学理论基础，以及较为丰富的社会活动经验，积极推进和参与法律助理工作，为法律助理制度的建立和发展做出自己应有的贡献！

【关键字】

法律助理制度 立法机关 民主 法治

2002年初，深圳市人大常委会在全国率先尝试法律助理制度，首次将法学界呼声较高的理论探讨变成了现实的探索，19名法律专业人士成为我国首批兼职法律助理，这对于探索和实践法律助理制度产生了重大的影响。

继深圳之后，海口市人大常委会于2003年探索建立法律助理制度，聘请了一批具有法律理论和实践经验的法律专业人士担任法律助理，协助人大常委会法制委员会开展立法工作，并且规定了主要职责，包括立法调研、提供建议和参与法律起草。2003年11月，重庆市人大常委会也决定每一位常委会组成人员都可以根据自己的意愿申请聘请一位法律助理。此后，上海、成都、郑州、广东和湖北等地的人大都进行了类似的尝试。

在所有此类尝试中，虽然名目不同（有的称为法律助理，有的称为立法咨询委员、立法咨询员等），但均明确传达一个信息：中国立法机关的法律助理制度正在从理论走向实践，并且在实践中得到了不断的深化和完善。而在这一实践过程中，律师始终担当着十分重要的角色。

一、法律助理制度的渊源

自魏晋至宋代，我国就设立了律博士，专门从事法律的解释、保管等工作，这说明专业人士参与立法古已有之。但这不同于我们今天讨论的法律助理制度。近现代的法律助理制度是在建立和完善民主代议制的基础上，逐渐成型和发展起来的一种立法辅助制度，它最早建立于美国。

早在18世纪20年代,美国国会就已经开始雇用助理人员,1856年,众议院筹款委员会和参议院财政委员会首次雇用了永久性助理,其他委员会竞相效仿。1919年,其国会通过法律规定设立了立法顾问局,由立法顾问承担立法起草和审议的技术层面的工作。到1946年,美国的《立法改组法》明确地把委员会助理和议员的个人助理分开,确立议员个人助理的地位。至此,议员个人助理(包括法律助理)制度始得成型。

如今,美国参众两院都设有立法顾问室,聘有法律顾问(律师),其中,参议院的法律顾问有29位,众议院有39位。此外,其众议员一般有2至3名个人法律助理,而参议员则多达6至7名个人法律助理。同时,法律助理的具体职责也有明确的法律规定,主要是收集相关材料,听取广泛意见,完成法律论证,提供表决建议。

继美国之后,其他西方国家如英国、德国、法国、日本等,都建立了完善的法律助理制度。从国外的实践来看,法律助理制度作为现代法治国家追求立法公正和科学的一种辅助制度,已经取得了较大的成功。

二、法律助理制度的意义

为什么法律助理制度会在民主法治国家不断得到完善发展?其制度意义何在呢?

第一,能够有效地促进民主制度的发展。起源于希腊文的“民主”其原意是指“人民的权力”、“人民的统治”,是指人民的意志通过法定程序得以充分地表达和实现,其最重要的途径就是立法民主。

由于代议制的出现和人民外延的庞大,现代立法追求的是在程序制度保障下最大限度地体现民情,尊重民意。因此,考察民情、收集民意,并将此类信息过滤和总结,就成为立法工作的重要方面。而在收集、整理和代表民意的过程中发挥利益聚合功能,则成为参与立法者的一项基本职能。而法律助理正是立法者完成此项职能的理想助手。

首先,作为法律专业人士,法律助理能够运用专业知识和自身触角,协助立法者把凌乱、分散的民意充分地集中起来,极力扩充立法的民意基础。其次,具有深厚法学素养和理性思维模式的法律助理,还可以防止民意代表因个人偏激和法律知识储备不足,而出现立法上的感性冲动、盲目躁动、好高骛远等损害民主法治的行为过失。正如法国著名社

会学家托克维尔在《论美国的民主》一书中指出的那样,“法学家秘而不宣地用他们对古老事务的崇敬去对抗民主对新鲜事物的热爱,用他们谨慎的观点去对抗民主的好大喜功,用他们对规范的爱好的去对抗民主对制度的蔑视,用他们处事沉着的习惯去对抗民主的急躁”。

第二,能够有效地提高立法的科学性。“一次不公正的裁判甚至比十次犯罪更可怕”(培根语)。而一次不科学的立法又比十次不公正的裁判更可怕,它直接影响到民权的基础、法治的权威和执法的公正。面对因社会分工加剧、新型社会关系和现象不断涌现所带来的挑战,法律助理制度在维护立法科学性方面必将发挥重要的作用。

马克思曾经说过,“立法者应该把自己看作是一个自然科学家,他不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律”。把社会和人民对法律的需要和法律中充分地体现出来。这不仅要求立法者具备崇高的使命和责任感,更要求立法者具备精深的法律知识,掌握立法的精神、原则,立法的技巧以及精准的法言法语。但是,民选代表来自社会的各行各业,法律专业人士较少,“外行立法”的现象较为突出,这一点在中国更为突出。由于法律专业知识的缺失,民意代表们很难提出针对性较强的意见和建议,特别是在审议事务较多时,对立法的审议多流于形式。不仅如此,由于其自身工作背景的不同,往往容易造成对某方面法律在理解和立法上的偏执。面对此类问题,通过直接培训立法者以提高其法律素养的方式并不能够在短时间内解决问题,为立法者配备兼具广博法律知识和精深法律素养的法律助理才是解决之道。

第三,能够更好地保护立法机关的立法权,维护其权威和地位。无论是国家契约理论还是各国的政治实践,都主张立法权先于行政权和司法权,在国家的权力体系中,立法机关居于主导地位。这既是人民行使权利的制度体现,也是民主反抗独裁的根本保障。

然而,面对日新月异的社会变化,立法机关立法功能的衰退已成为许多国家的一个共同趋势。由于无法凭借立法者自身的经验和知识对社会生活方方面面实施立法,立法机关多选择委托相关的行政机关起草法律草案,立法机关实质上

仅保留审议和批准的权利。如立法者因各种原因无法在审议中真正行使其职权，就必然导致法律法规出现矛盾和冲突，出现立法的部门利益化，最终使立法机关沦为各个部门争夺权力、划分势力范围的工具。

从我国的经验看，由于行政机关本身具有的权力扩张本能，各级立法机关的立法权被架空的现象颇为普遍，很多地方立法机构已经成为了各部门的“利益切割器”，迷失了其设立和存在的宪政价值。面对这种现象，除应尝试专家立法、“外包立法”等制度外，建立以法律助理为主体的立法辅助机构尚可起到一定的补救作用。

第四，有利于法学理论成果迅速转化为法律实践工具。在70年代，台湾法学界就提出“以理论来领导经验，以学术来促进立法”的原则。吸收法律专业人士作为法律助理，能够为他们提供理论和实践结合的舞台，并进一步促进理论研究，使法学研究针对实践需要，避免闭门造车，同时，又反过来推动法治实践的发展。

三、实践中的困惑和建议

我国现阶段法律助理制度发展的现状如何，有何不足之处需要改进呢？本人连续三次被深圳人大常委会聘请为法律助理，对其中的困惑有所感悟。

第一，职责不明。很多地区在引入法律助理制度后没有明确地规定法律助理的职责，甚至只是把法律助理当作荣誉称号，这就使得该制度不能很好地发挥应有的作用。

根据深圳的经验，法律助理的职责应该包括：1、协助立法者立法调研，广泛地与选民、选区接触，在全面、科学地获取民情、分析民情的基础上向人大常委会提出立法意见和修改意见。2、分析立法政策，提供立法信息。把自己在日常法律工作中发现的立法需要和法律问题向立法者汇报，使立法为社会实践服务，为民众服务。3、提供法律技术支持。包括为立法者提供法律政策、法律咨询服务、法律文本分析解释、法律实证效果论证，甚至可以在立法者要求下为其准备人代会提案、质询案、听证和讨论材料等。4、收集立法反馈，使立法在生活中发挥实际作用。

第二，管理不明。我国的法律助理制度缺少科学、完整的管理制度，对法律助理的管理较为松散。

为此，我们建议：1、确定专门的法律助理管理机构，负责本级人大常委会的法律助理的录用、联系、管理、监督工作。2、规定配备方式。有人建议省级和有立法权的市级人大常委会委员每人配备1-2名助理，其主任和副主任每人配备2-3名法律助理。3、对兼职和专职法律助理分别管理。建议设置专职的法律助理，参照国家公职人员管理。对于兼职法律助理可以参照深圳模式，采用合同制的方式，用合同的形式确立双方的权利义务关系。

第三，保障不明。这主要是体现在法律助理的工作经费和工作条件保障。应该设立独立的财政预算、结算制度，保障并且严格管理法律助理的工作经费。同时，在法律助理行使其职权时，应该保障其公务工作正常开展。

第四，自身约束不明。部分法律助理只是看重由此带来的荣誉而轻视真正履行职责，看重自己掌握的理论知识而缺乏实践结合，被动地接受工作任务而缺乏主动性和积极性。这就要求法律助理应该切实加强对自己的约束，落实法律助理的工作。

律师是民主与法治的产物，是民主与法治的拥护者和实践者，是公民权利的捍卫者。党的十六大明确提出要“加强立法工作，提高立法质量，到2010年形成中国特色的社会主义法律体系”。律师具有深厚的法学理论基础，有较为丰富的社会活动经验，也有根植于民众的“草根”性质，这都是律师参与法律助理工作的优势。同时，积极推进和参与法律助理工作也有助于律师参政议政，进一步提高律师的地位，让我们共同为法律助理制度的建立和发展做出自己应有的贡献！

收购国有企业的几个法律问题



徐猛 律师

【摘要】

企业收购虽然是一个经济问题，但企业在出售、收购过程中显现的法律问题的解决与否更攸关成败。本文试图从律师的角度，对国有企业收购实践中的若干突出法律问题缕析如次，并就国有企业收购主体、客体、操作程序、权利保护等关键问题一一作答，希望对读者在国有企业收购的认知和操作方面有所帮助。

【关键词】

国有企业 收购 法律问题 权利保护

毫无疑问，企业收购首先是个经济问题。企业家在考虑收购国有企业时，更多地是从经济角度进行分析和决策。但是，没有法律保障的经济活动是没有意义的。如果不从法律上完善收购行为，收购行为不仅达不到收购者预期的目的，还会成为日后纠纷的根源。不久前，我们作为项目律师参与了一起民营企业收购地方国有企业的项目。在参与该项目的实际运作过程中我们发现，无论收购方还是出卖人，对于收购国有企业所必须面临的法律问题均没有充分的思想准备和全面正确的认识。法律是客观存在的，是不容回避的。我们认为，就收购国有企业而言，至少有以下几个法律问题值得重视。

问题一：谁有权出售国有企业

任何一宗买卖，都必须有买卖双方的参与。只有所有人才有权出售财产，这是一般的常识。但是，当被出售的财产是一个企业时，谁是合法的卖方却是很多人不清楚的。有些时候，国有企业的厂长、经理作为卖方；有些时候，国有企业自己作为卖方；还有些时候，国有企业的主管工业局、商业局、外贸局等作为卖方。之所以如此，是因为在很多人的常识中，他（它）们被想当然地认为是国有企业的所有者。

出售企业实际上出售对企业本身的所有权，一般情况下，所有权归属于投资者。因此，有权出售企业的只能是其投资者。对于国有企业而言，有权出售国有企业的出售方主要是：

1、各级政府。由于我国的国有企业分为中央企业和地方企业，从财产所有权角度，虽然国有企业的终极所有权是国家，但事实上是分别由各级政府行使所有权的。与此相对应，地方政府有权决定出售其所属企业。

2、各级政府授权的机构或企业。政府授权机构主要是国有资产管理局或者是财政局，政府授权企业主要是国有资产管理公司或者是具有国有资产授权经营资格的国有集团公司。政府授权的机构或企业不是真正的国有企业的所有者，他们是所有者的代表。

问题二：谁有权出售国有企业的资产

出售国有企业与出售国有企业的资产是两个性质不同的法律问题。国有企业被出售后，企业资产没有变化，变化的是企业的股东或所有人。而出售国有企业资产是将企业资产出售给其他企业或者个人，并不以转让企业的控股权、所有权为目的。

依据现行法律，国家对企业的投资注入国有企业后，成为企业的财产，国有企业作为企业法人，对其财产享有占有、使用、收益和依法处分的权利，即对企业财产享有企业法人财产权。因此，企业有权依法处置其财产。企业出售资产是企业法人财产权的体现。企业出售资产的结果是将该部分资产的所有权让渡给购买者，购买者不会成为企业的股东。因此，国有企业资产的出售主体为持有该资产的国有企业本身。但是，如果企业出售的资产是国有企业的关键设备、成套设备等重大自资产时，必然会对国家所有者权益产生重大影响，为保护国有资产，防止国有企业资产的流失，企业在出售前时必须经政府主管部门批准。由于企业出售资产并不会导致企业投资者的变化，企业出售资产后仍会保持原有性质。

问题三：出售国有企业的必须程序有哪些

如前所述，出售国有企业需要和政府打交道。政府在决定或批准出售国有企业时，需要遵循一定的审批程序，以维护经济稳定、避免国有资产流失、保护企业职工权益免受侵害等。依照现行法规、规章，除金融类国有产权转让和上市公司的国有股权转让外，国有企业的出售应当遵守以下程序：

1、企业出卖人制定企业出售的方案。

国有资产监督管理机构、持有国有资产的企业在出售国有企业时必须进行可行性研究，并按照内部决策程序进行审议，形成书面决议。在涉及职工合法利益时，应当听取职工代表大会的意见，由职工代表大会对职工安置等事项讨论通过。

2、国有资产管理部门对企业出售事项进行批准或者决定。

出售国有企业必须经由国有资产管理部门批准或决定，这是企业出售合法与否的关键之一。其中，国有资产监督管理部门或同级政府决定所出资企业的出售；各级政府及国有授权投资机构所出资企业决定其子企业的出售，但重要子企业的重大国有产权出售事项，报请同级国有资产监督管理机构会签财政部门后批准。

3、资产评估。

为确保国家所有者权益，防止国有资产流失，企业出售事项经批准或者决定后，转让方应对所出售的企业进行清产核资，委托会计师事务所全面审计，并以此为基础委托具有相关资质的资产评估机构进行资产评估，以作为确定企业出售价格的参考依据。

4、公开征集购买者，进行产权转让。

国有企业出售应当在依法设立的产权交易机构中公开进行。出卖方委托产权交易机构将企业出售的信息进行披露，以广泛征集购买者。经过公开征集产生两个以上的购买者时，国有企业出售可以采取拍卖或者招投标方式进行；只有一个买受人或经国有资产监督管理机构批准的，可以采取协议方式。产权转让成交后，当事人签订产权转让合同。

5、产权登记。

6、工商登记。

问题四：债权债务如何处理

国有企业在出售过程中往往忽视企业债权债务的处理问题，甚至漠视债权人的合法权益，导致企业出售后因债务承担问题而产生新的纠纷。企业债权债务能否正确处理，直接关系到企业出售双方当事人、企业债务人、债权人的切身利益。因此，国有企业出卖人在出售国有企业前，应当对企业的债权债务进行清理，并对债权债务的处理方式予以明确。

对于被出售企业的债权，国有企业出售合同当事人可以

约定将全部债权或者部分债权转让给买受人,并及时通知债务人。否则,债权转让对债务人不发生效力,直接影响到购买人行使权利。

在不违反法律法规,不损害他人合法权益的情况下,企业的出卖人和买受人对于被出售企业的债务,可以作以下几种约定:1、企业全部债务由买受人承担;2、企业债务由出卖人承担,出卖人在出售企业所得价款范围内对债务承担责任;3、企业债务由企业继续承担。对于债务主体变化的,必须依法取得债权人的同意,否则债务主体变更的相关协议对债权人不发生效力。

如果企业出售时还存在遗漏或隐瞒了债务,由于企业是存续的,因此被出售企业仍应承担债务。但是,因为企业清偿被遗漏或隐瞒的债务将直接减少企业的净资产,因此遗漏或隐瞒债务的行为对买方来说是直接的损害,买方在企业对外偿付债务后,可以向卖方索赔损失。

问题五:或有负债如何处理

或有负债不同于被隐瞒债务或者遗漏的债务。隐瞒债务、遗漏债务是在公司收购时已经存在的债务,是出卖人已经知道或者应当知道的已经明确了债务。而或有债务是企业出售时尚未出现的不能确定的债务,是潜在的债务。或有债务往往在企业出售以后才随着某种法律事实的出现而发生,主要包括原企业因提供担保而产生的担保之债、因违约而产生的违约之债、因产品质量产生的侵权之债或者因违规而产生的行政罚款等。

由于或有负债在企业出售时尚未实际产生,购买方无法事先对其数额进行确定,也无法预测购买企业后所面临的风险大小,因此买方需要通过在收购协议中作出相应的安排,来保障自身的利益。一般来说有几种安排:其一,买受人在对企业收购之前,应该采取积极措施,对出售企业签订的合同的履行情况、对外提供担保情况等进行调查,出卖人应诚实、充分地进行披露,以便双方最大限度地对或有债务作出准确估计。其二,双方应在协议中约定,在企业收购行为完成后,一旦或有负债转化为直接负债,应由卖方承担或向买方补偿。其三,如果仅仅只有上述约定买受人的利益仍不足以得到保护,买受人可以要求出卖人对或有负债事项引发的损失提供担保。

问题六:应该收购企业还是收购企业的资产

在研究收购方案时,首先要回答的问题是:本次收购以收购企业为目标,还是以收购企业的资产为目标。至于选择哪个目标,应从买受人收购的目的出发。如果企业从事收购活动的目的是为了取得目标企业的全部或者部分所有权或控股权,并藉此来实现对企业品牌、资质、技术力量、市场的占有,实现扩大生产规模、扩大市场占有率、进军新产业的目标,则买受人应收购企业。但买受人必须注意的是,被收购企业因为是存续的企业,所以其价值是浮动的。而且,由于存续企业就必然有存续的对外负债和或有负债,因此对购买者来说具有潜在风险。因此,在收购企业的情况下,买受人一方面要注意出卖人是否是被收购企业的投资者或者所有者,另一方面应当注意调查所收购企业的负债情况,并就债务的承担与相关的各方达成协议。

如果买受人收购的目的仅仅是为了获得企业的某些资产,如土地使用权、专用设备,则不需要购买企业。在购买资产时,买方不需要关心企业本身的债务,仅需要考察被购买的资产本身权属是否清楚、完整,是否存在抵押、质押、共有等瑕疵即可,以防止他项权利日后行使抵押权、质押权等而造成损失,或者因违反法律规定的资产转移的要件而导致资产买卖合同无效。

问题七:被出售企业的债权人的权利保护

国有企业收购中,被出售的国有企业绝大部分属于生产效益比较差,并对外负有大量债务的企业。落实各项债权是企业出售中的一个重要问题。但许多政府部门、国有投资机构在出售企业时,却往往忽略了这一问题,甚至于故意损害债权人的利益。

现实中,买受人在购买了国有企业后,通常会对企业进行重组、改制。当债权人向被购买的企业主张债权时,那个企业可能已经被兼并或注销了。如果企业出售的双方当事人未对债务的承担作出约定,买受人会以已经向出卖人支付了相应的价款为由拒绝承担责任,而出卖人会以企业已经出售,企业的所有权益已经转让给买受人为由予以推脱。债权人的债权被悬空。基于此,《企业国有产权转让管理暂行办法》明确要求,企业的出卖人和买受人应当就企业的债权债务

务制定处理方案，出卖人和买受人应当在企业出售合同中对债务的承担作出约定并取得债权人的同意。

从被出售的国有企业的债权人构成来看，国有银行是其主要债权人。国有银行的绝大部分不良贷款也表现为对国有企业的贷款。企业出售过程中逃废债权的行为，不仅直接导致了银行金融债权被悬空，金融信用被破坏，而且也造成了国有资产大量流失。为了制止企业借改制逃避银行债权，国务院、人民银行等有关部门制定了一系列的规章以保护金融债权，依照这些规定，出卖人在出售国有企业时，银行贷款已经到期的，出售收入必须优先清偿贷款本息，未到期的，购买者应当与出售企业的债权金融机构签订转贷和还款协议，并提供相应担保。出售企业已经为其他单位和个人的贷款提供担保的，出售后，应当继续承担原企业的担保责任。任何单位和部门不得要求银行减免出售企业的债务。购买双方与债权人就债务处理问题未达成一致意见的，不得出售企业。

对于非银行债权人，在国有企业出售时，同样有权要求企业对其债权予以确认并就债务的偿还作出明确约定。对于出卖人和买受人达成的债务承担协议，债权人有权决定是否接受。债权人不同意的，该协议不能对抗债权人。

企业纳税筹划如何应对 反避税政策和税务稽查风险



李季先律师 北京

【摘要】

有“反避税政策”就会有反“反避税政策”的纳税筹划，纳税筹划的理想状态，是既能减轻或降低税收负担，又能使税收零风险。而要达到这个理想状态，合理合法避税是关键。本文结合新颁布的《企业所得税法》、经典避税案例和我国的税收征管实践提出，中国企业要想真正实现合法、有效避税，并切实规避税务稽查风险，就要遵守相关法律和有明确指向的反避税法规定，并在此基础上综合税前经营、组织、投资、理财等各种财务或业务安排。

【关键词】

纳税筹划 税务稽查 反避税 税负 合法避税

企业纳税筹划有两个目的：减轻税收负担和税收零风险。纳税筹划必须同时达到这两个目的，才能说是成功的。如果一个企业进行纳税筹划后，没有减轻企业税负；或者，进行纳税筹划的企业在减轻税负后，税收风险因其避税行为违法可能遭受税务稽查而大幅度提升，那么其纳税筹划不管形式设计的多精美，其最终还是失败的。

一、纳税筹划中的避税困境

让人遗憾的是，很多企业，包括像宝洁公司这样的跨国大型企业，在纳税筹划时往往对纳税筹划的上述两个目的顾此失彼。尤其是对税收零风险目的重视不够或轻信可以避免，缺乏对国家反避税政策和税务稽查风险的足够关注，这直接导致了这些企业的所谓纳税筹划，不仅起不到降低税负的作用，反而因企业涉嫌非法避税而可能遭到有关税务部门的反避税稽查，企业税负成本不降反升。

从积极筹划避税减轻税负到违法避税反而加重企业成本，这实际上提出了一个很有意思的问题，一方面，企业千方百计进行税收筹划以求得最大限度降低企业税负；但另一方面，国家基于维护国家税收权益和保障税收公平的需要也会不断严密反避税政策，使避税，特别是企业的非法避税很可能演变成一场“自己搬起石头砸了自己的脚”的闹剧。

打一个不很恰当的比喻，纳税筹划与反避税政策之间似乎存在“道魔消长”的逻辑关系，很难和谐共处。不过，很难共处不等于不能共处，更不等于单向的否定。实际上，

有“反避税政策”就会有反“反避税政策”的纳税筹划，就国际惯例和我国税收征管实践看，在尽管不符税收政策（包括反避税政策）调控目标却不违背税收法律法规的前提下，企业从经营、投资、组织和交易等自身行为出发，进行合理计划和安排是可以达到纳税筹划的理想状态，即既能减轻或降低税负，又能使税收零风险。

二、突破困境的关键是合理合法

对企业纳税筹划者而言，要达到既能减轻或降低税负，又能使税收达到零风险这个理想状态，首要的就是要了解国家颁布的所有的与税收征管有关的法律法规以及各项税收政策，并通晓国家迄今为止出台的一切有效反避税政策。除新修订的《中华人民共和国企业所得税法》及其配套条例、《商务部办公厅对〈关于〈中华人民共和国企业所得税法〉公布后企业适用税收法律问题的通知〉的意见》外，国家税务总局前几年颁布的《关于进一步加强反避税工作的通知》、《关联企业间业务往来税务管理规程》、《关联企业间业务往来预约定价实施规则》等反避税政策也要予以重点关注。

近几年的税务稽查数据表明，在这场避税与反避税的“矛与盾”的刀锋游戏中，接近80%的避税失败是缘于纳税人或者为其设计纳税筹划方案的机构误读税法的规定或对国家税收政策导向认识不清造成的，只有极个别的情况是缘于纳税人在具体的经营结构、交易活动安排中由于操作人员的避税操作不慎或低级错误所致。所以，相对于税法自身的可以被用于作出避税安排的立法漏洞，那种自以为发现了税法漏洞实际上这种漏洞并不存在的纳税筹划疏漏才是更致命的，因为对明眼的税务执法者来说，这种基于法律误读或非官方解读而进行的纳税筹划等同于明火执仗违法，不从严惩治都难。

换句话说，合理合法避税不是要一味在税法中寻找其漏洞以避税法的反避税锋芒，那永远是避税筹划的下策，尽管其比沦落为下下策的“欺诈逃、偷税”要文雅和有效许多，但这毕竟不是税务监管部门乃至税务立法部门所乐见的，也会留下不少后遗症。因而对于有远见的纳税人及其纳税筹划服务者而言，真正的合理合法避税筹划，或者说避税筹划的上上策只能是顺应国家税务政策的导向而进行的顺“势”筹划，而这个“势”就是税法的法益，也是合理合法避税筹划所要首先考虑的关键前提条件之一。

值得一提的是，由于新《企业所得税法》借鉴了国际反避税经验，对一般反避税条款、关联方转移定价、关联业务调整方法、独立交易原则、资料提供、核定征收、防范受控外国企业避税、防范资本弱化，以及加收补征税款不同利息、特别纳税调整等方面均有明确规定。这就为国内企业比照前述法律法规进行有针对性的税务筹划提供了一个很好的制度红线，相关企业的纳税筹划要自觉遵守这些红线，以免税务筹划因违反税法的强制性规定，而像前几年宝洁公司在中国避税失败一案那样落得“竹篮子打水一场空”的结局。

三、几点具体纳税筹划建议

事实上，一个聪明的税务筹划必然是合法的，不为反避税政策所明确禁止或有遭受税务稽查风险之虞的对企业经营、投资、理财、组织和交易等各项活动所进行的事先计划和安排。利用关联交易高进低出也好，税前列支利息、进行避税港注册空壳公司也罢，要想真正实现合法、有效避税，并切实规避税务稽查风险，就要遵守相关法律和有明确指向的反避税法规定，在此基础上综合税前经营、组织、投资、理财等各种财务或业务安排。

首先，要充分利用新企业所得税法及其实施条例规定的各种税惠，尽快找到企业与这些优惠政策的结合点。不管是内资企业，还是外资企业，也不管企业过去是否享受过税惠，如果企业有合理避税的需求，这一点都是非常重要的。有条件的企业，或本来就符合优惠条件的企业要最大限度享受税惠，譬如充分利用过渡期税惠做大利润或扩大投资等。而现在或暂时不符合条件但又有强烈避税要求的企业，也可以创造条件尽量争取向税负低的行业、地域或组织方式转移。譬如使企业主业向农、林、牧、渔、环保、节能、资源综合利用、高新技术、基础设施建设、安全生产等行业转化，或将企业迁至经济特区及浦东新区等，以便使企业在合法享受免征所得税、减半征收所得税等优惠待遇的同时，降低税收稽查风险。

值得注意的是，新的企业所得税法对福利企业、资源综合利用企业的直接减免税政策采取工资加计扣除、减计收入的替代性优惠政策，因此投资于上述行业的企业应保持专业的谨慎，严格依法进行帐务处理，否则很容易被税务机关进行税收稽查。此外，当纳税企业有闲置资产要对外投资时，

为最大限度规避可能的反避税稽查风险，企业也应尽可能选择购买法律规定可以减免税的股票、债券或其他直接投资品种。

其次，适应新的所得税法对税前扣除额整体放宽的法律现实，作为一项积极的应对反避税政策举措，企业一般会尽量压缩不能税前扣除的各项开支或扩大可以税前扣除的开支比例。例如，企业改变应运模式将一次公益性捐赠变成二年二次捐赠，就能增加公益性捐赠的扣除额，实现积极避税。不过，鉴于业务宣传费的税前扣除标准比广告费要低的多，加上两者容易混淆，故在运用这项税基避税举措时，为降低反避税稽查风险，企业应严格区分广告费和业务宣传费，建议在“营业费用”中分别设置明细科目进行核算，并严密相关会计帐簿、凭证。

再次，由于新的企业所得税法加大了反避税力度，对于企业在反避税调查中调增的应纳税额需要加收高于银行同期贷款利率的高额利息，这实际上在无形中增加了企业，特别是跨国企业的机会违规成本，使得企业通过转让定价等避税手段来减轻税收负担很可能变得不经济。为了最大限度降低反避税稽查风险，相关企业应当对照新的企业所得税法，在自摸各关联方家底和坚持独立交易原则基础上，加紧与税务机关就达成预约定价协议进行事先沟通，并尽可能向税务机关提供同行业可比的企业定价信息，以避免企业自定的纳税筹划因触动反避税稽查而使企业遭受不必要的损失。

对于跨国企业而言，利用居民企业与在华机构间税负的不同进行避税是比较常见的避税举措。但鉴于这种方式是否能够避税成功主要取决于对“实际联系”和“实际管理机构”两个概念的界定，而对这两个概念的界定税务机关又主要是以拥有、管理、控制据以取得所得的股权、债权、财产等作为评判标准。所以，跨国企业在境内设立机构、场所进行避税筹划时，应格外关注该机构或场所的股权、债权和相关控制权路线图，如果确有需要，可以按照企业避税的需要依法构建或通过改革应运模式重新搭建这些实际联系图谱。

最后，税收筹划是一项需要耐心细致的系统性工作，而不是一般的简单避税，其成功与否，受到多种因素的共同影响和制约。一个成功税收筹划除了方案要合理合法外，其余需要重视的因素不外乎两个方面，即筹划利益和筹划成本。对需要进行纳税筹划的企业来说，要重视分析对其财务利益

有重大影响的税收筹划显性成本和隐性成本，不能过分看重节税利益而忽视成本；要认真进行税收筹划的成本效益分析和风险分析，判断经济上是否可行、必要，能否给企业带来综合收益的增加，只有税收筹划成本低于收益时，方案才可行，否则应放弃相关税收筹划。

共有专利权许可问题探析



张晓峰律师 北京

【摘要】

共有专利权的许可问题，我国现行法律法规的规定尚不明确，在实践中存在较大的争议。本文列举有关共有专利权许可的真实案例，提出了在现行法律框架下解决共有专利权许可问题的观点，对《专利法》第三次修改过程中的草案进行评析并提出立法建议。

【关键词】

专利权 共有 许可 实施

专利权共有指两个或两个以上的主体（自然人、法人或其他组织）共同拥有某项专利权。根据《专利法》的规定，专利权人的权利主要包括：独占实施权、转让权、许可实施权、标记权、请求保护权、放弃权、质押权等。本文主要讨论在两个或两个以上的主体共有专利权的情形下，部分专利权人能否单独将专利许可他人实施的问题。

根据《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》的规定，专利许可的方式，包括：

（1）独占实施许可：是指让与人在约定许可实施专利的范围内，将该专利仅许可一个受让人实施，让与人依约定不得实施该专利；

（2）排他实施许可：是指让与人在约定许可实施专利的范围内，将该专利仅许可一个受让人实施，但让与人依约定可以自行实施该专利；

（3）普通实施许可：是指让与人在约定许可实施专利的范围内许可他人实施该专利，并且可以自行实施该专利。

对于第（1）项独占实施许可和第（2）项排他实施许可，虽然现有法律并没有特别规定在专利权共有条件下是否允许单独许可，但是，根据民法及专利法的法律原则，如果部分专利权人的独占实施许可或排他实施许可有效，将明显损害其他专利权人的利益，因此，实践中对于共有专利权人未经其他专利权人同意单独进行独占实施许可或排他实施许可的行为无效的观点并无太多争议。本文所讨论的专利共有条件下的单独许可主要指普通实施许可。

一、案例模型

甲、乙共有某项专利权，甲、乙之间无有关该专利实施许可的约定，甲单独将该专利许可丙实施，丙实施了该专利。丙的行为是否对乙构成专利权侵权？

二、由于我国现行有关共有专利许可的法律规定尚不明确，我国各地法院对类似案件的审判结果存在着根本的差异

1、铜陵华亚房地产开发有限公司等与穆荣等侵犯专利权纠纷案【来源：安徽省高级人民法院《民事判决书》（2005）皖民三终字第4号】

基本案情：

穆荣、魏玺林、高晓枫共同拥有“玻璃钢双玻节能保温推拉窗框料”实用新型专利的专利权。

2002年5月26日，穆荣、魏玺林在专利证书复印件上书面同意将“玻璃钢双玻节能保温推拉窗框料”实用新型专利无偿转让给华亚房地产公司使用。

2002年至2003年间，穆荣、魏玺林、高晓枫发现由兴亚门窗制品公司利用上述专利技术生产的门窗，被华亚房地产公司使用在其开发的铜陵市红楼商城B楼上，认为华亚房地产公司、兴亚门窗制品公司未经其许可，以盈利为目的，使用上述两项专利技术，侵犯了其专利权，遂将华亚房地产公司、兴亚门窗制品公司诉至安徽省中级人民法院，请求判令被告承担侵权责任。一审法院判决后，被告不服一审判决，上诉至安徽省高级人民法院。

争议焦点之一：

兴亚门窗制品公司利用“玻璃钢双玻节能保温推拉窗框料”实用新型专利技术生产框料并制售玻璃钢门窗的行为，以及华亚房地产公司将该门窗使用于其投资开发的铜陵市红楼商城B楼的行为，对于该专利的专利权人是否构成专利侵权。

一审法院认为：

所谓专利权共有是指一项获得专利权的发明创造由两个以上的单位、个人或者单位与个人共同持有或所有。其专利权共有的法律特征应具备权利处分上的协同性和按份共有。穆荣、魏玺林曾书面同意将“玻璃钢双玻节能保温

推拉窗框料”实用新型专利无偿转让给华亚房地产公司使用。没有证据表明在处分该专利权时全体共有人已协商一致。且专利权的转让是要式行为（需订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记、公告）。因此，该项专利权的转让行为无效。华亚房地产公司侵犯“玻璃钢双玻节能保温推拉窗框料”实用新型专利权，自判决生效后十日内赔偿穆荣、高晓枫、魏玺林经济损失人民币13万元，兴亚门窗制品公司承担连带责任。

二审法院认为：

因该专利的权利人是穆荣等三人，许可使用是处分权利的一种形式，应有全体共有人协商一致的意思表示；但在本案中，穆荣、魏玺林在专利证书复印件上的书面同意不能证明华亚房地产公司等使用该专利技术是经共同权利人高晓枫许可的。未经共同权利人高晓枫同意，穆荣、魏玺林在专利证书复印件上书面同意将“玻璃钢双玻节能保温推拉窗框料”实用新型专利无偿转让给华亚房地产公司使用的行为，相对于高晓枫而言，应属无权代理行为，且事后未得到高晓枫追认；而华亚房地产公司亦未能举证证明其有理由相信穆荣、魏玺林有代理权，故该代理行为对高晓枫不发生法律效力。由此，为生产经营目的，兴亚门窗制品公司利用“玻璃钢双玻节能保温推拉窗框料”实用新型专利技术生产框料并制售玻璃钢门窗的行为，以及华亚房地产公司将该门窗使用于其投资开发的铜陵市红楼商城B楼的行为，均构成对高晓枫所享有的专利权的侵犯。因上述行为经穆荣、魏玺林许可，故不构成对其二人所享有的专利权的侵犯。

该案中，一审及二审法院均认定，部分共有专利权人如果没有与其他专利权人协商一致，不得单独将该专利许可他人实施。但是，对于单独许可的后果，两级法院的认识并不一致：一审法院认为，单独许可行为无效，被告的实施行为为无权实施，侵犯了所有专利权人的专利权；二审法院认为，被告只构成对其他未进行许可的共有专利权人的侵权。

2、文茂林诉南宁糖业股份有限公司等侵犯实用新型专利权纠纷案【来源：广西壮族自治区南宁市中级人民法院《民事判决书》（2002）南市民重字第5号】

基本案情:

原告文茂林、被告刘明华共同拥有“酒精废液浓缩液流化燃烧炉”实用新型专利权。

2000年3月5日,被告刘明华与被告柳锅总厂签订了《专利实施许可协议》,该协议约定:被告刘明华许可柳锅总厂实施“流化炉”专利技术,包括设计、制造、销售和承接“流化炉”工程项目;刘明华保证自己是“流化炉”专利技术的专利权人之一,并可独立、自由使用该专利技术。

后原告文茂林以被告侵权为由诉至广西壮族自治区南宁市中级人民法院,要求刘明华、柳锅总厂等四家被告承担侵权赔偿责任。一审法院判决之后,四被告不服判决,上诉至广西壮族自治区高级人民法院,广西壮族自治区高级人民法院裁定发回重审。南宁中级人民法院重审后,被告刘明华不服再次提起上诉,后撤回上诉。

争议焦点之一:

被告刘明华与被告柳锅总厂签订的《专利实施许可协议》是否有效。

一审(重审)法院认为:

专利的使用表现为专利权人自己实施和许可他人实施,专利的实施许可是专利使用权的转移的一种形式,专利权人所授予被许可人的是专利使用权,而不是所有权的转让,所有权仍归专利权人,被许可人只享有专利的使用权。由此可见,专利的使用和转让是两个不同的概念,因此单纯从这一条款的约定来看,被告刘明华是可以单独进行专利的实施许可的。

本案中,一审(重审)法院的观点是部分共有专利权人可以单独将该专利许可他人实施。虽然该法院以其他理由认定《专利实施许可协议》无效,但其在判决书中明确表示了对共有专利权人单独进行专利实施许可的支持。

由以上两个案例可以看出,在现有的法律框架下,对于共有专利权人的单独实施许可行为的合法性问题,在实践中存在很大的争议。

三、在现行法律框架内,共有专利权单独许可的合法性问题的主要观点及分析

结合以上案例及我国的相关规定,在我国现行的法律框架内,在有关法律法规并不明确的情况下,对于共有专利权人单独许可行为是否合法的问题,主要存在如下观点:

1、在多个专利权人共有一项专利权的情形下,若共有人之间就如何行使专利实施的许可权有明确约定,则按该约定执行。

该观点既符合合同意思自治的原则,又符合专利法的有关规定,实践中并无争议。

2、在共有专利权人之间关于专利实施许可没有明确约定的情形下,部分专利权人单独进行专利实施许可,是否合法,现行法律没有十分明确的规定,在司法实践中,主要有以下三种不同的观点:

第一种观点认为,共有专利权人未得到其他共有人的同意,不得许可他人实施专利。该观点的支持理由为:

(1)共有专利权具有财产权的性质特点,且专利权不可分割,对于共有专利权的处分应当按照《民法通则》中有关共同共有财产处分的原则进行。

(2)根据最高人民法院《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89条的规定,在共同共有关系存续期间,部分共有人擅自处分共有财产的,一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的,应当维护第三人的合法权益。

(3)许可他人实施共有的专利涉及到实施专利的收益,会影响其他共有人的利益,同时被许可人的选择也有可能影响到其他共有人的利益,例如在一般情况下其他共有人可能不同意许可其竞争对手实施共有专利,因此,除约定之外,共有人许可他人实施共有专利的,应当征得全体共有人的同意。

在此需要注意的是,国家知识产权局《专利实施许可合同备案管理办法》对专利实施许可合同进行备案管理的规定,不能成为共有专利权人不得单独许可专利的理由。根据《专利实施许可合同备案管理办法》第十五条的规定,未经共同专利权人同意,其中一方擅自与他人订立专利合同的,不予备案。但是,根据《合同法》的规定,专利许可合同是

否进行备案,不影响合同本身的效力。

综上,第一种观点认为,在共有专利权人之间关于专利实施许可没有合同约定的情形下,部分共有专利权人单独许可他人实施专利,不符合法律规定。

第二种观点认为,在专利权人之间没有相反约定的情形下,每一个共有专利权人均可独立许可他人实施专利。该观点的支持理由为:

(1) 专利权属于一种无形财产,任何共有人单独实施专利技术,不会对权利的客体产生减损,对其他共有人利益的影响很小。

(2) 专利权不能与财产等同视之,共有专利权既不能作为共同共有财产,也不能作为按份共有财产处理,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第89条的规定对于共有专利权并不适用。

(3) 我国现行的法律法规也并没有关于共有专利权人不能单独许可他人实施专利的规定,按照法无禁止即视为可行的原则,在专利权人之间没有相反约定的情形下,每一个共有专利权人均可独立许可他人实施专利。

第三种观点认为,基于类推原则及公平原则,对于不能自己实施专利的专利共有人,可以一个普通许可的方式许可他人实施该专利,该许可视为专利权人自己实施该专利。其理由如下:

根据最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“《解释》”)第二十一条、最高人民法院《全国法院知识产权审判工作会议关于审理技术合同纠纷案件若干问题的纪要》(以下简称“《纪要》”)第50条的规定以及法律的类推原则,对于不能自己实施专利的共有人,可以以一个普通许可的方式许可他人实施该专利。

《解释》第二十一条规定:“技术开发合同当事人依照合同的规定或者约定自行实施专利或使用技术秘密,但因其不具备独立实施专利或者使用技术秘密的条件,以一个普通许可方式许可他人实施或者使用的,可以准许。”

《纪要》第50条规定:“根据合同法第三百三十九条第一款和第三百四十条第一款的规定,委托开发或者合作开发完成的技术成果所获得的专利权为当事人共有的,实施该专利的方式和利益分配办法,由当事人约定。当事人没有约

定或者约定不明确,依照合同法第六十一条的规定不能达成补充协议的,当事人均享有自己实施该专利的权利,由此所获得的利益归实施人。当事人不具备独立实施专利的条件,以普通实施许可的方式许可一个法人或者其他组织实施该专利,或者与一个法人、其他组织或者自然人合作实施该专利或者通过技术入股与之联营实施该专利,可以视为当事人自己实施专利。”

虽然《解释》与《纪要》仅适用于技术合作的情形,根据法律的类推原则,对于共有专利权人单独许可他人实施专利的情形,也可类推适用该规定。

对于以上三种观点,在现有的法律框架下,笔者倾向于第二种观点。共有专利权作为一种特殊的权利,不能简单的将其视为共有财产进行处理,并且,法无明文规定即不违法作为一种基本的法治精神,应当作为我国从事民事活动的指导原则。关于共有专利权人单独许可专利给其他专利权人造成的利益损害问题,笔者认为此种损害确实可能存在,但是,在专利权形成共有状态前,当事人应当预见此种情形的发生并通过协议的形式禁止此等许可。如果专利权人之间没有相关约定,其应当承担其他专利权人单独许可带来的后果。

至于《解释》和《纪要》的有关规定,笔者认为,《解释》与《纪要》只对作为技术开发合同当事人的专利共有人在不具备专利实施能力下的单独许可进行了规定,对于绝大多数情形下的共有专利权的许可问题并不适用,但其处理原则在实际审判时可以作为参考。

同时,笔者希望借《专利法》第三次修改的契机,对共有专利权许可的合法性予以明确的规定,以避免出现前文所述的两种不同的判决。

四、我国《专利法》第三次修改过程中有关共有专利权许可问题立法草案的演变

我国《专利法》1984年制定,1985年生效,在1992年和2000年分别进行了第一次和第二次修订。从2006年开始,我国启动了《专利法》的第三次修改。

2006年8月,国家知识产权局起草了《中华人民共和国专利法(修订草案征求意见稿)》及其说明,向社会征求意见。其后,国家知识产权局对征求意见稿进行了修改,形成

了《中华人民共和国专利法（修订草案送审稿）》，并提请国务院审议。

国务院法制办公室收到专利法修订草案送审稿后，在研究、调查基础上，修改形成了《中华人民共和国专利法修正案（草案）》。目前，国务院常务会议已审议通过《中华人民共和国专利法修正案（草案）》并且十一届全国人大常委会第四次会议对《中华人民共和国专利法修正案（草案）》进行了初次审议。到2008年10月10日之前，《中华人民共和国专利法修正案（草案）》处于向社会公开征集意见的阶段。

从国家知识产权局《中华人民共和国专利法（修订草案征求意见稿）》到《中华人民共和国专利法修正案（草案）》，有关共有专利权许可的条款进行了根本性的改变。

国家知识产权局《中华人民共和国专利法（修订草案征求意见稿）》的有关条款为：

“申请专利的权利、专利申请权或者专利权由两个以上单位或者个人共有的，下列行为除另有约定外，需经全体共有人同意：……（三）许可他人实施专利的。专利权由两个以上单位或者个人共有的，除另有约定外，任何共有人可以单独实施该专利。”

《中华人民共和国专利法修正案（草案）》的有关条款为：

“专利申请权或者专利权由两个以上单位或者个人共有，共有人对权利的行使有约定的，从其约定。没有约定的，共有人可以单独实施或者以普通许可方式许可他人实施该专利；许可他人实施该专利的，收取的使用费应当在共有人之间分配。除前款规定的情形外，行使共有的专利申请权或者专利权应当取得全体共有人的同意。”

五、对两版立法草案的评析

笔者认为，两版立法草案中有关共有专利权许可问题的规定，均有其优劣之处：

（一）国家知识产权局《中华人民共和国专利法（修订草案征求意见稿）》有关共有专利权许可的条款

1、优点：

（1）完全禁止了约定之外的共有专利的单独许可，规定明确、操作方便，有利于减少专利侵权纠纷的发生；

（2）对于市场开拓能力缺乏的共有专利权人（比如大

学、研究机构）的利益给予保护，使各专利权人之间不会因为彼此开拓能力的不同而在专利权利方面产生不公。

（3）遏制了共有专利权人之间互相压低专利许可费用的恶性竞争。

2、不足：

其最大的不足在于不利于专利成果的转化，一旦共有专利权人彼此交恶或某个专利权人有恶意，将极大限制专利的推广应用，有悖于我国促进技术推广应用的指导方针。

（二）《中华人民共和国专利法修正案（草案）》有关共有专利权许可的条款

1、优点：

（1）规定了允许共有专利权人单独许可专利的原则，有利于专利技术成果的转化；

（2）通过设定一定的限制性条件，将许可人收取的使用费归所有专利权人共有，从一定程度上减小了共有专利权人之间的不公平，有效的保护了没有市场开拓能力的共有专利权人的利益，同时也在一定程度上限制了共有专利权人之间的恶意压价竞争。

2、不足：

《中华人民共和国专利法修正案（草案）》只规定了收取的专利许可费在共有专利权人之间分配，该规定略显原则，可操作性不足，从而又容易在实际操作衍生出如下新的问题：

（1）如果专利许可人在许可专利之后故意隐瞒许可事实或者虚报许可费收入，其他专利权人无从知晓，从而导致其他专利权人取证困难，无法进行实质意义上的维权；

（2）关于专利许可费的分配，无明确的分配比例或参照依据，当事人无协商参照的依据，很可能选择通过诉讼渠道由法院判决，一则浪费诉讼资源，增加当事人诉讼成本；二则法庭裁决无明确依据，可能导致不同法院的裁决差异过大，不利于维护司法的权威。

六、相关立法建议

基于上述分析，关于共有专利权的许可问题，笔者提出如下立法建议：

1、首先应明确允许共有专利权单独许可的原则，即允许共有专利权人在无相反约定的情形下可以将专利单独许可他人实施。该原则符合我国促进专利技术推广应用的指导方

针，能够有效的促进我国技术的推广与技术的进步。

2、在允许共有专利权单独许可的原则之下，采取一定的限制性措施，以尽可能减小由于允许共有专利权单独许可带来的弊端。建议采取相关限制性措施如下：

（1）在专利法实施细则或相关司法解释中明确规定，专利许可费的分配应考虑部分专利权人为该项专利许可所作出的实际贡献。部分专利权人因其就专利许可所作贡献获得的专利许可费不得超过该项专利许可费的50%（暂估），剩余的专利许可费在所有专利权人之间平均分配。

（2）在《中华人民共和国专利法修正案（草案）》中增加如下规定，专利权人在签订专利许可协议之后30日内应当将专利许可方案通知其他专利权人。如果专利权人不通知、预期通知或故意隐瞒，可适当减少该专利权人所得的专利许可费份额。

（3）完善专利许可合同的备案管理制度，修改《专利实施许可合同备案管理办法》，允许单独许可的专利许可合同进行备案，逐步完善专利许可公示制度。

电子商务法视角下的许霆案



郭向东律师 北京

【摘要】

2006年4月，许霆在广州商业银行取款时发现，取款1000元，只扣1元，许霆随后连续取款，共取款175000元。许霆随后被判处无期徒刑后在全社会引起广泛争议，有罪无罪？此罪彼罪？争论至今仍不绝于耳。在相关的全社会大讨论中，本所郭向东律师，在媒体上率先提出许霆是刑法中没有规定的行为，依照“罪刑法定原则”应属无罪（详见2008年01月19日新京报《许霆行为不构成犯罪》）的鲜明观点，之后又从民法及金融法的角度提出许霆行为属于“交易价格不对等”的“无效交易”（详见2008年2月28日新京报《许霆是无效交易而非秘密窃取》），获得多方好评。许霆重审上诉后，接受许霆父亲委托，本文作者担任许霆的辩护律师，详尽的从刑法、民法、金融法、电子商务法的角度阐述的许霆案的真实法律关系。本文试从电子商务法视角，解读和思考许霆案背后的规则和理论。

【关键词】

许霆 辩护 盗窃 无罪 电子商务 交付

一、许霆案回放

2006年4月21日晚10时，被告人许霆到广州天河区黄埔大道某银行的ATM取款机取款。取出1000元后，他发现银行卡账户里只被扣了1元，之后，许霆连续取款5.4万元。当晚，许霆回到住处，将此事告诉了同伴郭安山。郭安山办了一张假身份证，在银行办了一张新卡。两人随后再次前往提款，各使用其银行卡反复操作多次。许霆先后取款171笔，合计17.5万元；郭安山则取款1.8万元。

同年11月7日，郭安山向公安机关投案自首，并全额退还赃款1.8万元。经天河区法院审理后，法院认定其构成盗窃罪，但考虑到其自首并主动退赃，故对其判处有期徒刑一年，并处罚金1000元。

2007年5月许霆在陕西宝鸡火车站被警方抓获归案。

2007年12月，广州市中院重一审认为，被告许霆以非法侵占为目的，伙同同案人采用秘密手段，盗窃金融机构，数额特别巨大，行为已构成盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

许霆上诉后，广东省高级人民法院以事实不清、证据不足发回重审。

广州中院再审认为，许霆构成盗窃罪，属于盗窃金融机构；但许霆案在充分考虑法律效果与社会效果的统一。“考虑到案件特殊情况，在法定刑以下判处有期徒刑五年。

许霆再次上诉后，经广东省高级人民法院依法公开开庭审理，于2008年5月23日作出二审刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请最高人民法院核准。

2008年8月20日，最高人民法院对许霆案作出了裁定：核准广东省高院的判决，许霆被判五年有期徒刑正式生效。

二、许霆案的主要争议

许霆案中，有各种各样对立冲突的观点。

认为无罪的观点中，有人认为许霆是现行刑法中，没有规定的行为，依据罪刑法定原则，不构成犯罪；有观点认为许霆是恶意透支，未经银行催要，不构成信用卡诈骗罪。

认为有罪的观点中，有观点认为构成侵占罪；有观点认为许霆构成普通诈骗罪；有观点认为构成信用卡诈骗罪；有观点认为构成盗窃金融机构罪；有观点认为构成盗窃罪，但不是盗窃金融机构等

而其中争议最大，势不两立的观点就是是否构成盗窃罪；其中最核心争论是许霆的行为是否具备刑法中盗窃罪的“秘密窃取”。各种观点最后汇集的核心问题是“机器知道人不知道”，构成盗窃罪的“秘密窃取”。亦或“机器知道就是人知道”，不具备“秘密窃取”要件，不构成盗窃罪。

也有观点认为，盗窃罪不以“秘密窃取”为构成要件。

司法机关的裁判观点则是在一审、二审、重审、重审上诉、最高法院核准过程中，也不断修正。

一审法院广州中院的观点是：许霆构成盗窃罪，是盗窃金融机构、被广东省高级人民法院以事实不清、证据不足发回重审后，广州中院重审认为许霆利用银行自动柜员机程序升级出错之机，多次恶意取款，就是自认为银行工作人员不会当场发觉。许霆在庭审时也供述称，明知其银行卡内仅有170余元，在第一次取款和查询后已意识到自动柜员机出现了异常，仍然连续170次取款174000元，并自认为“银行应该不知道”、“机器知道，人不知道”，所以许霆实施取款行为时主观上自认为银行人员不能及时发现，符合“秘密窃取”的客观特征。许霆行为构成盗窃罪，并构成盗窃金融机构。

重审上诉二审法院广东省高级人民法院的观点：许霆取款时不仅明知柜员机出现了故障，而且通过第一次取款的成功，也知道银行工作人员还没有察觉到取款机出了故障，因此利用该故障，通过正常操作就能达到非法占有银行资金的目的，继续取款不会当场被银行工作人员发觉。事实上银行也是在第三天才发觉许霆的恶意取款行为。虽然许霆持有的是其本人的银行卡，柜员机旁亦有监控录像，这些都只是使银行事后能够查明许霆的身份，并不足以使银行能够当场发觉并制止许霆的恶意取款行为。行为人的主观认识是通过客观行为体现出来的，上述事实足以证实许霆产生了其恶

意取款行为至少不会被银行工作人员当场发觉的侥幸心理。同时也说明，许霆的取款行为对于银行当时来说是秘密的，说许霆行为具有公开性，只能是相对于柜员机而言，但应当明确，柜员机只是银行用于经营、保管资金的工具而已。另外，许霆恶意取款的行为违背了银行的意志，具有非暴力性，这些都充分说明了许霆的行为符合“秘密窃取”的特征。构成盗窃罪，是盗窃金融机构。

最高法院的核准意见认为，被告人许霆不具有透支功能的银行借记卡在银行的自动柜员机取款时，发现自动柜员机发生故障，在明知自己的银行卡内只有170多元的情况下，乘银行工作人员尚未发现之机，非法取款，已构成盗窃罪。

上述判令中亦有一个明显的区别，就是“盗窃数额”的变化，许霆一审的盗窃数额是175000元，重审判决及广东高院维持的盗窃数额是173826元，最高法院核准的盗窃数额是174825。

三、许霆无罪主要辩护观点

接受许霆父亲委托后，我参与了许霆案的二审庭审，庭审前我收集到了广州商业银行的《银行卡章程》，其中第四条规定：“密码相符的交易均视为持卡人的合法交易”，并以此新证据促使重审二审法院广东省高院不得不开开庭审理。庭审过程中，我们又出具了法院调取了广州市商业银行的差错处理记录，ATM的修复记录，中国人民银行的《银行卡磁条卡自动柜员机(ATM)应用规范》等对许霆非常有利的证据；广东省高级人民法院的裁定中，既没有对证据是否采信提出意见，也没有对证据的驳回提出意见，使我们的辩护如拳打棉花，无从着力。

在庭审过程中我又提出许霆案属于电子商务纠纷；许霆案中的数据电文错误属于电子数据变异；电子商务纠纷中数据电文错误不影响电子合同的有效性；许霆案在电子商务中属于不完全电子商务交易；在完全的电子商务交易中，不存在诚实信用原则等全新观点；以下是我在法庭辩论后整理的主要观点：

1、许霆取钱是广州商业银行交付后才获取的。

重审判决中，忽略了一个重要事实。就是广州商业银行是否有交付行为。

有交付行为，经交付以后取得财务，就不能是盗窃。

本案中自动柜员机交付许霆钱是不争的事实，那么是否属于银行交付。

二审中，我们向法庭提供了，中国人民银行关于印发《银行磁条卡自动柜员机(ATM)应用规范》，在该规范中第5.2.4条规定，交易成功，ATM就会进行点钞。

点钞后，ATM吐出要取的现金，并如图显示：



那么广州商业银行的自动柜员机吐出现金的同时显示上述画面，是否构成法律意义上广州商业银行交付许霆的事实？答案是肯定的。电子签名法和广东省的《电子交易条例》中都规定，“当事人自动交易系统自动发出的信息视为本人发送”。在事发ATM吐出钞票的同时告知持卡人“请提取现金”和“PLEASE TAKE YOUR CASH”。在法律上视为ATM的设置人，即广州商业银行向许霆发出了上述信息。这足以具备法律意义上的交付。

这一事实非常清楚，证据充分，不容否定。

经交付以后获取财物，不构成盗窃。

2、许霆在ATM机上取款的行为并非秘密窃取。

依照刑法第264条的规定和最高法院的司法解释，盗窃罪是以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为。

最高法院的司法解释中，并没有对何为秘密窃取给予定义。

全国人大法工委的释义是：秘密窃取，就是行为人采用不易被财物所有人、保管人或者其他人发现的方法，将公私财物非法占有的行为。如溜门撬锁、挖洞跳墙、潜入他人室内窃取财物；在公共场所掏兜割包等。

立法者更是在自己的释义中明确指出，秘密窃取是盗窃罪的重要特征，也是区别其他侵犯财产罪的主要标志。

盗窃罪的秘密窃取的特征，也就是判断是否属于秘密窃

取的标准是：①行为人在主观上具有不让人知晓的故意。②行为人实施的是不让人知晓的行为。③窃取行为，主要是针对财产所有人或持有人而言。④窃取行为主要是针对实行行为而言。⑤窃取行为在客观方面还表现为获取财产时未使用暴力，未经财产所有人或持有人同意或交付。

依据上述特征，许霆在事发当时并没有不让别人知道的故意，许霆更没有在此故意支配下实施任何不让别人知道的行为。更为明确证明许霆行为不具备秘密窃取特征。许霆是通过财产所有人既广州商业银行的交付后而获取，并非直接获取。更不具备秘密和窃取的特征。

3、本案属于电子商务法中的数据变异引发的电子商务纠纷。

《中华人民共和国电子签名法》第九条规定发件人的信息系统自动发送的数据电文视为发件人发送。

全国人大法工委对此的释义是，本条规定的第二项情况是发件人的信息系统自动发送数据电文。这在电子商务法中也叫做“自动交易”，这种信息系统也被称为“电子代理人”。在电子数据交换(EDI)中，这种情况很常见。我们以零售商与其上游供货商之间的电子数据交换为例来说明这种情况。零售商利用信息化手段管理其商品库存情况。当某种产品库存低于一定数量时，电脑即自动生成一项订货单，传送到供货商的信息系统中。由于实现自动化管理，订货单从生成、发送直到供货商的信息系统接受到该订货单，都没有人为的介入。在这个例子中，该订货单是否有效？或者说，零售商是否要为这项由机器自动发出的订货单负责？回答是肯定的。因为既然计算机只能按照编程者的指令和信息来运行，计算机的控制者就应当为其自动交易负责。

《广东省电子交易条例》第十一条 采用由当事人本人设置的信息系统自动发送或者自动回复的要约或承诺电子记录，为合同当事人的意思表示。

从本案相关的事实中，我们可以看到，在许霆取款之前，广州商业银行的ATM所显示的界面是“请提取现金”和“PLEASE TAKE YOUR CASH”。依照电子签名法和广东省电子交易条例的上述规定，钱从出钞口吐出的同时，广州商业银行已经明确表示，钱的所有权已经转移为持卡人所有。许霆取钱行为是在广州商业银行处分之后，既广州商业银行

支付之后。

通俗点讲,就是广州商业银行交付在前在前,许霆取款在后。这再次印证辩护人提出的许霆不构成盗窃罪的论点。

上述观点亦有《中华人民共和国物权法》第二十三条“动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力”相印证。

电子商务法中规定,电子交易系统的安全性采用“不利于优势方”原则,在许霆与广州商业银行中,广州商业银行显然属于优势方。依据上述原则,许霆案中的系统不安全的责任和后果,应由广州商业银行来承担,而不是许霆。

4、许霆的行为属于电子金融领域的电子支付差错。

《电子支付指引》规定电子支付是指单位、个人直接或授权他人通过电子终端发出支付指令,实现货币支付与资金转移的行为。电子支付的类型按电子支付指令发起方式分为网上支付、电话支付、移动支付、销售点终端交易、自动柜员机交易和其他电子支付。

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》有关信用卡规定的解释中规定,刑法规定的“信用卡”,是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。

许霆案中许霆在自动柜员机取款的行为是上述规定中自动柜员机交易的电子支付。该规定第五章差错处理中第四十二条规定:因银行自身系统、内控制度或为其提供服务的第三方服务机构的原因,造成电子支付指令无法按约定时间传递、传递不完整或被篡改,并造成客户损失的,银行应按约定予以赔偿。因第三方服务机构的原因造成客户损失的,银行应予赔偿,再根据与第三方服务机构的协议进行追偿。

本案中正是由于广州商业银行的自身系统原因将许霆的电子支付指令由1000元篡改改为1元,向主机报送,而引发的电子支付差错。假如事发ATM的计算机系统不构成篡改支付指令,向主机发送许霆的真实交易指令,即1000元的指令,主机自动会拒绝,许霆就不可能拿到钱,本案就不可能发生。

依照上述规定,银行系统不安全造成客户损失,银行承担赔偿损失的民事责任。但司法系统所处理的结果让我们得出的结论是,银行系统不安全造成自身损失就不承担责任,

客户承担全部责任,甚至是刑事责任。

《电子银行业务管理办法》第八十九条规定金融机构在提供电子银行服务时,因电子银行系统存在安全隐患、金融机构内部违规操作和其他非客户原因等造成损失的,金融机构应当承担相应责任。依照该条规定,广州商业银行显然应当为自己的原因给自己造成的损失承担相应的责任。

更为明确责任划分依据的是的是中国人民银行的《支付结算办法》第二百一十五条规定的,付款人及其代理付款人以恶意或者重大过失付款的,应当自行承担责任。本案中,广州商业银行的行为不能称之为故意,但是重大过失没有任何异议。广州商业银行对自己重大过失而造成的付款应自行承担责任,这是法律明文规定的责任。

综上,许霆案属于电子商务领域的数据变异引发的电子商务纠纷,在电子金融领域归属于不安全的电子交易系统篡改电子支付指令引发的电子支付差错。这与刑法中规定的规定的单方、直接获取、秘密获取财务所构成盗窃罪,是风马牛不相及的。

从时间上,中国目前没有制定电子商务法,1979年制定、1997年修订的刑法中,没有也不可能将这种在前所未有的数据变异引发的电子商务纠纷规定到其中。

因此,依据刑法第三条规定的罪刑法定原则,许霆的行为不构成犯罪。

四、结语一 对本案的思考

第一、惩罚许霆是否能够有效调整被打破的社会秩序。

许霆案及“类许霆案”的事实中我们可以得出的结论是,司法机关却采取惩罚许霆的方法来解决该类社会关系,无法从根本上解决许霆案及“类许霆案的发生”。要从根本上解决许霆案及“类许霆案”的发生,应该是金融监管立法层面已制定的“确保计算机系统安全的规则”。刑法的谦抑性原则是对此最好注释。

正是司法层面在司法上的错误取向,所以在全国各地才有了各种各样、超出常人想象的计算机系统错误。许霆、何鹏、唐氏兄弟以及许多不知名的人们等这些原本善良的公民才会在一瞬间沦为阶下囚。现代刑法的一个重要功能—保护人权又在哪里体现。

媒体在采访广电运通公司时,广电运通公司明确表示

不会因此而处罚相关责任人员。这完全符合顾则徐先生所说的：判决许霆有罪是保护银行出错，放纵金融风险。

第二、判决许霆有罪已经打破了金融系统内部的金融风险纠正机制。

《电子银行业务管理办法》第九十二条 金融机构开展电子银行业务违反审慎经营规则但尚不构成违法违规，并导致电子银行系统存在较大安全隐患。责令调整电子银行管理部门负责人。但是广州商业银行的电子负责人并没有被调整。

《商业银行内部控制评价试行办法》第五十四条 若被评价机构在评价期内发生重大责任事故，应在上述评级的基础上下调一级。重大责任事故包括：（三）业务系统故障，造成重大影响或损失。广州商业银行的评级至今没有被下调一级了。

这些原本对商业银行的正常发展非常必要的风险防范体制都因判决判决许霆有罪，而被彻底打破。商业银行开展电子银行业务时的审慎性原则完全废除。银行及其工作人员应承担的过错和责任推的一干二净，司法机关在这当中究竟扮演的什么角色。

第三、在未来的电子商务中，在完全的电子商务中，即在机器对机器交易中出现了类似的情况，我们也能够象许霆案中，让许霆对一台机器的错误负责一样，让一台机器对另一台机器的错误负责吗？传统民商法的诚实信用原则在完全的电子商务交易中已不适用。那时，我们整个社会又如何解释，如何面对。相关的规则如何创立。

从最高人民法院一起案例 看商场、超市第35类注册商标 服务类别保护新变化



刘宇光 律师 深圳

【摘要】

根据第八版《尼斯分类》第35类注释及国家商标局[2004]第171号批复，商场、超市申请的第35类服务商标，不属于该类商标申请注册保护的服务类别范围。目前，根据世界知识产权组织的要求，国家商标局对第八版《尼斯分类》进行修订，修改后的第九版分类表已于2007年1月1日起适用。恰在《尼斯分类》新、旧版本更替之际，笔者代理的一起涉及商场、超市35类服务商标的侵权诉讼，二审经最高人民法院调解胜诉。该案体现了最高审判机关适用第九版《尼斯分类》，对商场、超市等类型的销售企业在35类“推销（替他人）”等相关服务项目上注册商标，给予司法保护的精神。

【关键词】

商标注册 35类 商场 超市 类别 保护 案例

一、引言

第八版《国际商品及服务注册商标分类表》（以下简称《尼斯分类》）第35类规定的服务类别为：广告，实业经营，实业管理，办公事务。其注释说明为：本类主要包括由个人或组织提供的服务，其主要目的在于：（1）对商业企业的经营或管理，进行帮助；（2）对工商企业的业务活动或者商业职能的管理进行帮助，以及由广告部门为各种商品或服务提供的服务，旨在通过各种传播方式向公众进行广告宣传。尤其包括：为他人将各种商品（运输除外）归类，以便顾客看到和购买。尤其不包括：其主要职能是销售商品的企业，即商业企业的活动。

国家工商行政管理总局商标局商标申字商标申字[2004]第171号批复认为：商场、超市属于销售商品的企业，其主要活动是批发、零售。《商标注册用商品和服务国际分类》第35类的注释明确说明，该类别服务的主要目的在于“对商业企业的经营或管理进行帮助”，或者“对工商企业的业务活动或者商业职能的管理进行帮助”，且“尤其不包括：其主要职能是销售商品的企业，即商业企业的活动”。因此，《商标注册用商品和服务国际分类》第35类的服务项目不包括“商品的批发、零售”，商场、超市的服务不属于该类的内容。该类“推销（替他人）”服务的内容是：为他人销售商品（服务）提供建议、策划、宣传、咨询等服务。

上述第八版《尼斯分类》第35类注释及国家商标局的批复表明，该类商标申请注册保护的服务类别限于：为他人将各种商品归类、以便顾客看到和购买的服务，但该服务不包括销售商品的商业企业的服务。由于商场、超市虽然提供“

将各种商品归类、以便顾客看到和购买”的服务，但因其属于“销售商品的商业企业”，故商场、超市申请的第35类服务商标，不属于该类商标申请注册保护的服务类别范围。由此，产生了如下矛盾和混乱：

1、实践中，为他人将各种商品归类、以便顾客看到和购买，是商场、超市这一类销售商品的商业企业最主要、最常见的做法，而只“为他人将各种商品归类、以便顾客看到和购买”，自己本身却不销售商品的企业（如某些中介服务）是较少见的、较特殊的。将最主要、最常见的主体排除在外，只保护较少见的、较特殊的主体，这样的规定必然与客观实际相矛盾并失去现实意义。

2、实务中，商场、超市是可以申请第35类注册商标的，但注册后因属于销售商品的商业企业而被排除在该类所属服务类别的保护范围之外，造成保护实务中的混乱。如“国美电器”已获第35类注册商标，但在其维权诉讼中即遭此“保护类别排除”的抗辩。本文中所引述的笔者代理的“太平洋百货”注册商标的维权诉讼也遭此抗辩。

二、案例

（一）案情：笔者代理的台湾丰洋兴业股份有限公司（下称原告）是一家台湾企业，是台湾著名的SOGO太平洋百货集团旗下的关联公司之一，拥有“太平洋百货PACIFIC”注册商标，核定服务类别为《尼斯分类》第35类中的广告、室外广告、广告传播、商品展示、商店橱窗布置、推销（替他人）等。商标专用期限为1997年9月21日至2007年9月21日。该商标在大陆注册已达八年之久，并在北京、上海、成都、重庆、大连等地开有多家授权店。多年来，为专柜经营者和最终消费者所熟知。2005年3月，原告发现，新疆太平洋百货有限公司（下称被告）于2005年10月22日在新疆注册成立，其企业字号使用了原告“太平洋百货”注册商标。新疆太平洋公司还在其经营场所内外以及互联网网站上，大量使用带有丰洋公司“太平洋百货”商标的字样，进行各种方式的广告宣传活动。

原告认为：被告未经许可，在长达近三年时间里，擅自使用“太平洋百货”注册商标字样作为其企业字号，并用作相同或近似类别服务的广告宣传，其行为足以造成相关公众对不同服务提供者的混淆，严重侵犯了其商标专用权，构成

商标侵权和不正当竞争。原告于2005年9月12日向新疆维吾尔自治区高级人民法院提起诉讼，请求判令被告停止商标侵权和不正当竞争、赔偿损失等。

被告辩称：1、原告注册的“太平洋百货”商标仅在分类表服务类别第35类上享有专用权，而35类不包括商业企业及其活动。被告是商业企业，故被告未侵犯原告在第35类服务上享有的商标专用权；2、被告的企业字号是经过工商行政管理部门依法核准的，所以被告使用该字号不存在过错。

（二）裁判：一审法院在对原、被告双方所提供证据进行分析及质证后，确认事实如下：原告取得中国国家商标局核准注册的“太平洋百货PACIFIC”商标，注册有效期至2007年9月20日。该商标核定服务项目为分类表第35类，即：广告、广告代理、商品展示、为广告或推销提供模特服务、商品橱窗布置、组织商业或广告展览、推销（替他人）等等，同时查明原告涉案注册商标中的“百货”为放弃专用权。

2002年10月22日，乌鲁木齐市工商行政管理局核准颁发了被告名称为“新疆太平洋百货有限公司”企业法人营业执照，经营范围为：餐饮；销售；咖啡、茶、饮料、食品、酒、日用百货、文化用品、服装鞋帽、钟表器材、土特产品、洗涤化妆品、照相器材、工艺美术品、卫生洁具、厨具、棉麻制品、机电产品、化工产品、通讯产品、金属材料、音响器材、花卉的销售；摊位租赁。被告在其公司的门匾、宣传布标、宣传单、商品标签及该公司发放的抵用券上均注明“新疆太平洋百货公司”，其经营方式是出售摊位，从经营者营业额中抽成。经营者需配合被告的管理及各项促销活动，经营者派驻的营业人员由被告统筹管理，经营者的营业额由被告统一收银。

一审法院认为：“新疆太平洋百货有限公司”的企业名称是由行政区划“新疆”，行业特点“百货”，组织形式“有限公司”及“太平洋”组成。“太平洋”是该企业名称中最具有区别意义的标识，也是企业名称中的实质内容，应认定“太平洋”是该企业的字号。原告的注册商标“太平洋PACIFIC”，是由中英文上下两排组成，而被告的字号是单排中文“太平洋”，被告的字号与原告的商标并不相同。注册商标“太平洋百货PACIFIC”中，国内相关公众对此商标容易产生直观感受和留下较深刻印象的应该是“太平洋”，“太平

洋”属于此注册商标的要部。被告字号与原告注册商标的要部相同，构成近似。

原告的注册商标核定服务项目为商标注册用商品和服务国际分类第35类，即广告、实业经营、实业管理、办公事务。尤其不包括其主要职能是销售商品的企业，即商业企业的活动。国家工商行政管理总局商标局商标申字[2004]第171号批复也写明，第35类服务不包括商品的批发、零售，商场、超市的服务不属于该类保护范围。被告提供的服务是商场服务，该公司属于销售商品的企业。原告注册商标核准服务范围与被告的经营范围并不相同。被告实际经营方式，即其提供的服务是租赁摊位，从经营者销售商品的营业收入中按比例抽成，也属于商场企业的活动，与原告注册商标核准服务范围亦不相同。综合服务目的、内容、方式和对象，应认定分类表第35类服务与被告提供的服务不类似。被告在使用其企业名称时，企业字号“太平洋”三个字在字体、字号、颜色等方面均与其它字相同，该公司并未突出使用“太平洋”三字。原告台湾丰洋公司未能提供证据证明被告突出使用了企业字号，造成与其注册商标近似，对其相关主张，法院不予支持。由于原告注册商标核准服务范围与被告新疆太平洋百货有限公司提供的服务目的等不同，相关公众对两者容易产生误认。

综上，一审认定：被告的企业字号与原告注册商标近似，但被告提供的服务与原告注册商标核准服务并不相同、也不相类似，被告在使用企业名称时也没有突出使用字号，故相关公众对两者应不容易产生误认。因此被告使用其商号的行为，没有对原告台湾丰洋公司注册商标专用权造成损害，不构成侵犯原告商标专用权，判决驳回原告诉讼请求。

原告不服向最高人民法院提起上诉称：1、被上诉人使用了与上诉人注册商标完全相同的文字作为其企业字号，并在与上诉人类似的服务上使用了其企业字号，其行为构成商标侵权。判断类似服务的标准应当是相关公众对商品或者服务的一般认识，分类表只能作为判断的参考，不能作为判断的依据。一审判决用分类表的内容逐一比对被上诉人的经营行为，因其行为不可能与分类表完全一致，故得出双方的服务不相类似的结论错误。2、被上诉人将上诉人注册的服务商标作为自己的企业字号，用于自己的商场、超市的经营服务中，其具体服务方式与上诉人相同。分类表第35类注释及国家

工商行政管理总局商标局的批复存在矛盾，造成商业企业的商标类别归类处于空白状态，不利于商业企业对注册商标的保护。故不能成为被上诉人的商场、超市擅自使用他人第35类注册商标的抗辩理由。3、上诉人自己使用和许可大陆多家授权店使用注册商标的方式，主要是用于在商场、超市经营中以各种传播方式向相关公众进行商品或服务提供的广告宣传服务。被上诉人的经营范围及实际运作，也是在商场、超市经营中使用与上诉人商标相同的企业字号向相关公众进行商品或服务提供的广告宣传服务。4、上诉人在一审中提交了被上诉人工作人员名片、商场宣传单、《都市消费者晨报》等证据，以证明其在媒体上宣传称“太平洋百货”是由“台湾百货专业经营团队整体规划、定位、经营、管理的流行百货”，造成相关公众对不同服务提供者的误认和混淆。一审法院对该证据以被告不认可为由不予认定不当。综上，请求改判。被上诉人答辩称：一审法院判决正确，请求维持原判。

二审法院审理中查明：根据世界知识产权组织的要求，注册商标用商品和服务国际分类表已经修订，修改后的第九版分类表于2007年1月1日起适用。现行分类表关于第35类注释中，已经删除了“尤其不包括：其主要职能是销售商品的企业，即商业企业的活动”的内容。二审法院据此主持调解，双方当事人达成调解协议：1、调解书生效之日起180日内，被上诉人到工商行政管理部门变更企业名称，不再使用“太平洋”作为企业名称（字号），同时在招牌及其他宣传材料中移除并不再使用“太平洋”字样；2、调解书送达生效之日起15日内，被上诉人一次性补偿上诉人人民币50万元。

三、评析

本案争议焦点是：在第35类注册的商场、超市服务商标，是否应属该服务类别的保护范围。如前所述，案中被告引述第八版《尼斯分类》第35类注释及国家商标局的批复为据进行抗辩，认为原告提供的太平洋百货的超市服务，属于销售商品的商业企业服务，故其在第35类注册的“太平洋百货”商标不属于该服务类别的保护范围。一审法院也主要据此判决原告败诉。

在本案二审期间，适逢国家商标局根据世界知识产权组织的要求，对第八版《尼斯分类》进行修订，修改后的第九版分类表于2007年1月1日起适用。现将修订后的第九版分类表

涉及本案诉争的第35类有关修改内容整理如下：

首先是第35类注释内容的改变。修改对照列表如下：

修改位置	第八版（修改前）	第九版（修改后）
“尤其包括：”中的第一段	为他人将各种商品（运输除外）归类，以便顾客看到和购买；	尤其包括：为他人将各种商品（运输除外）归类，以便顾客看到和购买；这种服务可由零售、批发商店通过邮购目录和电子媒介，例如通过网站或电视购物节目提供；
“尤其包括：”中的第二段	有关注册、抄录、写作、编纂、或者书面通讯及记录系统化，以及利用或编纂数学或者统计资料的服务；	将其中的“一利用或一”删除
“尤其不包括：”中的第一段	其主要职能是销售商品的企业，即商业企业的活动；	此段删除

此外，第九版的第35类还新增了12个服务类别的项目，分别为：350091价格比较服务，350092为零售目的在通讯媒体上展示商品，350093为消费者提供商业信息和建议(消费者建议机构)，350094替他人预订电讯服务，350095对购买定单进行行政处理，350096特许经营的商业管理，350097外购服务(商业辅助)，350098开发票，350099广告稿的撰写，350100统计资料汇编，350101广告版面设计，350102寻找赞助。同时，删除了原350014的S0064“统计资料”1个服务类别的项目。

由此可见，前述商标局的《批复》依据的是当时实行的《尼斯分类》第八版，而第八版第35类注释的内容本身存在矛盾。该注释规定本类“尤其包括：为他人将各种商品(运输除外)归类，以便顾客看到和购买”，同时又规定“尤其不包括：其主要职能是销售商品的企业，即商业企业的活动”。在实际销售活动中，为了顾客看到和购买，有哪家商场不从事商品归类？这种自相矛盾的规定使商业企业的商标类别归类处于空白状态，不利于商业企业对注册商标的保护。

修改后的第九版《尼斯分类》第35类注释，在“尤其包括”项下原说明“为他人将各种商品(运输除外)归类，以便顾客看到和购买”后面，特别增加了“这种服务可由零售、批发商店通过邮购目录和电子媒介，例如通过网站或电视购物节目提供”的说明；而在“尤其不包括”项下，则删除了原

第八版中“其主要职能是销售商品的企业，即商业企业的活动”这一段特别说明性文字。此修改已使第35类原注释中有关商业零售的相关界定出现了质的变化，实际上是对商业企业个性化经营现状的认可，赋予“提供与商品销售有关的服务”的商业企业以注册商标权人的合法地位，体现了对商业企业付出的创造性劳动的尊重，更弥补了服务商标注册与保护实践相脱节的法律空白。

根据国际商标协会(INTA)提供的数据，早于1994年全球已有超过65个国家将用于零售店服务上的商标作为服务商标予以保护，并允许该商标注册。在欧盟，不论是承担欧共体商标审查和授权任务的内部市场协调局，还是各成员国内部的商标主管机关，均已接受与商品零售及批发有关的服务商标申请及保护。一方面，《尼斯分类》的传统注释，即“尤其不包括其主要职能是销售商品的企业，即商业企业的活动”已被彻底打破，转而是将商业企业的与销售商品有关，或为销售商品而提供的服务与其他可予商标注册与保护的服务同等对待；另一方面，拓宽了对《尼斯分类》“尤其包括为他人将各种商品归类，以便顾客看到和购买”的注释的理解，认为其不单纯包括商业企业以外的市场主体所从事的此类行为，同时还包括商业企业自身为销售商品所从事的此类行为。

因此，允许百货商场、超市等类型的销售企业在“推销(替他人)”服务项目上注册商标，对其给予服务商标保护，不仅是必要的，修订后的《尼斯分类》第九版更为其保护扫清了最后的法律障碍。

上述案例在笔者代理的二审过程中，最高人民法院民三庭实际上已根据修订后的《尼斯分类》第九版认定被告构成商标侵权和不正当竞争，只是出于调解结案的考虑最终促成双方当事人达成调解协议²。可以说，此案例应当是《尼斯分类》第九版适用后，最高审判机关对商场、超市注册第35类服务商标予以司法保护的首个案例。此外，值得一提的是，早在《尼斯分类》第九版修订之前，国内已有地方法院对在第35类注册的商场、超市服务商标给予司法保护。如二〇〇五年十二月十九日，浙江省高级人民法院（2005）浙民三终字第244号终审判决³，认定温州国美公司对在第35类注册的“国美

2 该案调解书全文详见http://bbs.laweach.com/post_393753_1.html。

电器”服务商标构成商标侵权和不正当竞争即是一个例证，在当时即体现了与前述国家商标局〔2004〕第171号批复不同的独立司法判断。

3 该案判决书全文详见http://zscqls.com/news_show.asp?id=195

对于机动车辆第三者责任险中 医疗费用理赔之我见



潘心持 上海

【摘要】

保险公司与投保人或被保险人、受益人（以下统称消费者）之间就保险理赔发生纠纷时，由于双方信息、市场地位的不对称，消费者一方通常处于弱势。第三者责任险是商业保险中相对复杂的一个险种，消费者如何处理好其与受害人、保险人之间的赔偿过程的衔接，界定好该险种理赔标准和范围，最终在该保险服务的理赔过程中维护好自身的合法权益，成为该群体及代理律师需要关注的问题。

【关键词】

第三者责任险 理赔范围

一、概述

时至今日，购买保险已经成了比较普遍的消费活动，不论是普通消费者还是企事业单位，以至于某些职业群体，自我保障意识都在增长。较之过去，保险品种已经有了极大的发展，保险类型呈现多样化的形态，从传统的人寿险，财产险，到责任险，如针对目前某些存在风险的职业——如临床医师，律师，又出现职业责任险。

同任何产业一样，保险行业的发展基于市场存在着普遍的对保险服务的消费需求。但是从保险机构——尤其是商业保险公司设立之初，消费者和保险公司的纠纷就屡见不鲜，投保人投诉保险公司已成了一种普遍现象。在保险服务消费一方看来，保险公司拥有庞大的机构设置和精明的核赔人员，经常利用自身的优势地位做出有损于消费者的行为，比如诱保，虚假承诺，理赔不足，甚至拒绝理赔。尽管保险双方之间产生纠纷并不一定是保险人一方的过错，但从客观上，消费者相对于保险公司而言，无论是保险行业知识，还是保险相关的法律常识以及诉讼能力上，都远低于保险公司，在出现保险事故后，在双方的交涉过程中通常处于不利的地位——因为保险公司内部常常配备专业的法律职业人员。同保险公司打过交道的消费者，大概都会有一个印象，那就是保险公司的人不是热情过度，就是精明谨慎。

本文拟通过一个笔者代理的真实案例，说明在消费者在发生保险事故时，必要时应当举起法律的武器，通过诉讼来解决保险纠纷。同时总结了处理相关纠纷时应当注意的要点。

二、案情概述

陈先生于2003年3月因购买轿车而与某财产保险股份有限公司签订机动车第三者责任保险合同,承保期限为5年。陈先生后在苏州驾驶该车时发生事故,致第三人十级伤残,经过当地交警部门的责任认定,陈先生负次要责任。由于双方对于赔偿数额协调未果诉至法院,法院判决陈先生赔偿人民币4万多元。陈先生与保险公司进行交涉,保险公司仅做出不到3万元的核赔。根据分析,相差的大部分赔偿数额都是保险公司应予理赔的。故而陈先生向保险事故发生地的苏州某基层法院提起诉讼。苏州基层法院判决保险公司赔付3万8千元,保险公司后实际履行了该判决。

三、争议焦点及抗辩意见

本案中,陈先生与保险公司争议的焦点是保险公司应当赔付的范围,其中最为明显的是保险公司对于陈先生赔付给第三者的医疗费支出未予充分理赔。因此,保险公司主要提出了如下抗辩:

第一,医疗费用保险公司通常只针对使用国产医疗器械而给予全额理赔,对于进口器械,给予30%的理赔是行业通常的惯例。

第二,保险合同中关于理赔条款,约定保险人理赔的法律依据是《中华人民共和国道路交通事故处理办法》(以下简称《办法》),而《办法》中对于医疗费用的赔付有一个释义,即保险人赔付医疗费用,参照社会医疗保险目录的规定给予理赔,而该医保目录中对于进口材料是不予理赔的。

针对保险公司对于医疗费用赔付的上述抗辩理由,我方向法院提出如下几点代理意见:

第一,不能以行业惯例替代法律规定。保险公司认为在往常的理赔操作中,保险公司不会对于医疗费用全额理赔,而根据具体情况部分赔付。这显然是处于强势一方为欺凌弱势一方而提出的毫无根据的冠冕之辞,是站不住脚的。依照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十九条的规定,确定医疗费用应当根据“医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证结合病历和诊断证明等相关证据确定”。本案中,各类凭证、病历和证明均齐全,保险公司以自身惯常的理赔行业习惯来对抗法律的规定,显然没有法律或合同依据,是漠视法律的行为。

第二,保险公司混淆了商业保险和社会保险之间的区别。保险公司对于医疗费用不予全部赔付的理由是:依据保险合同约定的理赔规则,保险人参照社会医疗保险标准中关于医保目录的规定来给予理赔。本案中涉伤人员被诊断为股骨骨折,在手术中使用了进口的股骨钉。医保目录中,对于此类医疗器械有明确的规定:使用国产的股骨钉,可以全额报销,使用进口的医疗器械,只按一定的比例给予赔付,由于两者在价格上相差上万元之巨,保险公司对于医疗器械的赔付大打折扣,使投保人只获得很少的理赔。

在这里,保险公司以提供基本医疗保障的社会保险的保险范围替代了商业保险的保险范围。实际上,二者是有本质区别的:其一,在性质上,前者是国家基于城镇居民最为基础的医疗保障需要而提供的带有公益色彩的保险,而后者是作为盈利机构的保险公司为实现商业目标而开发的有偿保障服务;其二,在收费方面,前者收取的保费比较低廉,后者收取的费用相对高昂。尽管针对各类不同的险种和投保人,由于风险大小各自的保费不尽相同,但总体上高于社会保险;其三,在承保范围上,前者是国家为实现全民健康保障,有一定的公益色彩,故不可能对所有疾病都给予理赔,也不会对任何医疗消费都给予100%的报销或理赔,而后的理赔范围基于法律框架之下双方的约定。

本案中,陈先生为购买机动车辆强制保险,花费了近万元的保费,其消费规模是一般的社会保险保费不可比拟的。承保范围自然覆盖因交通事故而偿付他人经济损失的方方面面。如果保险公司为拒绝赔付其中的某些损失,应该在免责条款中作出明确说明并告知投保人。对于医疗费用中进口医疗材料的理赔,如果保险公司针对扣除部分范围,同样做出类似“精神损害损失不予赔偿”这样的免责条款,以尽其保险人告知义务。

第三,保险公司企图以人身保险的理赔标准来替代财产保险的理赔标准。众所周知,我国《保险法》对于人身保险和财产保险,无论在险种性质,保险公司的设立标准,乃至保险合同双方当事人的权利义务等各方面都有不同的规定。本案中,保险公司主张医疗费用应部分理赔,而非全额理赔,主要是套用了保险业界通用的人身意外保险合同。就此笔者专门询问了几家人寿保险公司的理赔人员,并仔细阅读了相关合同条款,发现在这类险种的合同条款中对于发生人

身伤害情况下的理赔方法，都有一个明确说明。比如“如被保险人在购买本保险的同时又有投保社会保险的，保险赔付金额应先扣除社保报销的费用”。

本案中，陈先生投保的并非人身保险，而是机动车第三者责任险，属于财产保险的一种。保险标的是投保人的“交通事故责任”，保险公司应根据投保人对第三人赔付的“责任大小”而给予理赔。虽不可避免地涉及到人身意外伤害，但与人身意外伤害保险所指的投保人的“人身健康”这一保险标的有着本质的不同，后者所指向的人身伤害发生在被保险人身上，投保人根据被保险人自身所遭受的意外伤害，向保险公司申请理赔。保险公司置财产保险合同约定的理赔标准于不顾，而套用人身保险中对医疗费用给予部分理赔的做法，实则是想方设法降低赔付数额。

四、结语

较之过去，消费者的法律意识增强了不少，保险公司的运作也更加规范，但仍然存在着诸多漠视投保人权利的行为。消费者在面对保险公司时，不仅要尽量熟悉保险条款，咨询律师等相关专业人士，在发生保险事故乃至出现保险纠纷时，更应本着重视法律、勇于维权的心态，提出积极的权益主张，从而维护自身的合法权利；保险公司应当严格依法设计保险条款，出现保险事故时诚信理赔。这样，消费者与保险公司之间的互信程度不断提高，双方的权利才能得到更好的维护。

《劳动合同法》热点问题及解决办法



董越律师 北京

【摘要】

今年国家陆续出台的《劳动合同法》以及《劳动合同法实施条例》，被广泛认为是过于重视保护劳动者利益，加重了企业责任，从而使企业在对待劳动合同的问题上如履薄冰。本文旨通过律师在实践中遇到的与《劳动合同法》相关的热点问题的深入探讨和分析，给企业提出建议，为企业避免劳资纠纷、建立和谐共赢的劳资关系，寻找解决问题的途径。

【关键词】

劳动合同法 实施细则 避免劳资纠纷

众所周知，从2008年1月1日起实施的《劳动合同法》是一部社会反响很大的法律。之所以反响大，首先是因为《劳动合同法》调整的对象是广大劳动者和用人单位之间的利益，影响到千家万户；其次是因为许多用人单位误以为《劳动合同法》只保护劳动者利益，对执行法律有抵触思想甚至采取了某些极端做法。本所通过对众多客户单位实施《劳动合同法》情况的调研，发现：《劳动合同法》重新确定的利益平衡原则，与用人单位的长远利益并无本质的冲突。当然，前提是这些用人单位始终认真遵守有关劳动者保护的规定，依法为劳动者提供法定保障。从另一个角度说，由于《劳动合同法》是刚性的法律，即使《劳动合同法》对劳动者和用人单位有不利影响，我们也只能学习和遵守法律，而不能回避和抵制法律的实施。此文的目的正在于，拟通过对《劳动合同法》实施中热点问题的深入探讨和分析，为用人单位避免劳资纠纷、建立和谐共赢的劳资关系，寻找解决问题的途径。

一、关于企业规章制度的制定和建立

《劳动合同法》第四条对企业规章制度制定的程序进行了调整和修改，规定用人单位在制定、修改或者决定劳动报酬、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，与工会或者职工代表平等协商确定。《劳动合同法》在规定规章制度的决定程序的同时，还规定了公示程

序以及异议程序，既保障了劳动者的知情权和纠正权，也使企业的制度在全体劳动者的认可下得以顺利的实施。

那么，如果规章制度的制定没有经过这样的民主程序，规章制度是有效、无效还是部分无效？劳动者在对用人单位对自己的某些安排或者处理不满时，是否可以“规章制度未经民主程序通过”而不履行相应安排，甚至和用人单位索要赔偿呢？《劳动合同法》对此并未明确说明，仅规定了“违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正”。

我们认为，法律条文中所述的“应当”，即是对用人单位的强制性义务。违反此规定，应视为违法行为，其行为结果即是无效的。因此我们建议，为避免不必要的麻烦，企业在制定、修改或者决定所有涉及劳动者切身利益的规章制度，都要严格按照法律的规定，经过民主的决定程序，且向全体职工公示。当然，这里所指的规章制度是适用于所有或大部分的劳动者的，例如涉及劳动报酬的部分就不包括因人而异的工资或奖金部分。至于规章制度的公示方法和告知程序，要以所有劳动者在正常的工作中可以得知为原则。比如，在出台新的规章制度时，组织全体职工学习、讨论并签字；如果员工人数过多，则可采取张榜公示或在全体员工皆可访问的企业信息平台（比如企业内联网）上公示的方式；可以用集体邮件形式发送给每个员工，也可以在签订员工劳动合同时，将包含企业规章制度的《员工手册》作为合同附件发给员工，等等。

二、关于劳动合同的签订

《劳动合同法》第十条明确规定劳资双方应当订立书面劳动合同，对违反规定不签订书面合同的情况，规定了非常详细具体的处理措施；同时，2008年9月18日实施的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》也对这些处理措施做了进一步的明确：首先，用人单位有一个月的“宽限期”或称“改正错误期”，即用人单位未在建立劳动关系的同时与劳动者订立书面合同的，限令在一个月内补签；如果超过一个月未订书面合同，用人单位应当向劳动者支付两倍工资，起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日；如果超过一年仍未订立书面合同，则应当自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日向劳动者每月支付两倍的工资，自用工之日起满一年的当日

视为已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，并应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

在《劳动合同法》的这些具体规定出台之前，《劳动法》也要求劳资双方订立书面合同，对于违反这条规定的视为存在“事实劳动合同关系”。相比之下，《劳动合同法》的不签合同则支付两倍工资的规定，比原来严厉了许多。我们认为，用人单位应当考虑的问题不是签不签书面合同，而是如何在法律规定的范围内，与劳动者签订一份相对公平合理对双方均有利的书面合同。比如，《劳动合同法》对于用人单位单方面解除合同的限制很严，但如果合同中就用人单位解除劳动合同的情形做出的约定明确可行，书面合同就不会成为用人单位在用人方面优胜劣汰的“紧箍咒”。

三、关于合同期限

“无固定期限合同”也是一个引起广泛争议的话题。其实，无固定期限合同并不是一个新的合同形式，1992年开始实施的《中华人民共和国劳动法》中，就已经规定“劳动合同的期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限”。许多企业简单地从表面的字义来理解法律，把“无固定期限合同”当成是劳动者的“铁饭碗”或者“终身制”，于是尽量避免签订“无固定期限合同”。我们知道，劳动合同法借鉴了发达国家的相关法律规定。在国外法律中，英文表述“固定期限合同”是Fixed-term Employment Contract，“无固定期限合同”是Open-ended Employment Contract。直译起来，无固定期限合同的含义是“终止时间开放的合同”或“无确定终止时间的合同”。换言之，无固定期限的合同并不是不能终止的合同，仅仅是因为劳动合同履行期的长短暂时不能确定。只要出现了法律规定的情形，无固定期限劳动合同也同样能够依法解除。

那么，为什么在十六年前就已经规定的合同形式，在今天又引起这么大的争议呢？这主要是因为《劳动合同法》在如何签订无固定期限劳动合同的问题上，把“自愿签订”改为“强制签订”，规定了“应当”签订无固定期限劳动合同的数种情形；同时在固定期限合同与无固定期限合同转化机制上，将主动权交给了劳动者。

据了解，在发达国家中无固定期限合同是常态，而固定期限合同的比例不超过20%。这一方面是因为法律的要求，但

更主要的原因是，建立长期稳定的劳资关系，对企业同样是有利的。比如，企业可以做长期的员工培训规划，资深的员工能保证更高的效率和工作质量等等。除此之外，由于员工的工作积极性与其工作安全感和团队归属感也有直接关系，如果企业雇用都是短期的，则员工也同样可能只追求短期利益，而不为企业的长期利益着想。

所以律师建议，企业在严格遵守法律规定与符合条件的员工签订无固定期限合同的同时，要通过定期培训等手段，使老员工对企业的忠诚度更高，对企业的贡献更大，这样企业就不会把“无固定期限合同”当成是一个“终身包袱”，不会想方设法逃避签订“无固定期限合同”的法律义务，而是积极发掘和发挥老员工的最大价值。

四、关于服务期

《劳动合同法》第二十二条规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。所谓专项培训费用，是一笔特殊的支出而不是正常的工资报酬，包括用人单位为了对劳动者进行培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用；所谓专业技术培训，也应当是特定时间、特定形式的技术培训，而不同于单位内部例行的岗位技能训练或入职培训；所谓服务期，应当是用人单位在投入了培训费、使劳动者有了特定技能后，劳动者承诺的服务期限，如果劳动合同期满，但是约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当顺延至服务期满或依从双方约定。

法律还进一步规定，劳动者违反了服务期的约定，应当向用人单位支付违约金，违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用，且不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。由此可见，该条的规定旨在通过平衡用人单位和劳动者的利益，使用用人单位可以在人才培养方面放心投入，同时也使得更多的劳动者有机会接受更专业的培训。这种机制，无疑对用人单位、对劳动者、对整个国家提高竞争力，都有积极的意义。律师建议，有关专业技术培训和服务期的内容，如果未写入或暂时不便写入劳动合同，至少应当在培训发生前，再订立单独的补充合同，与劳动者明确约定服务期，就培训项目、出资费用的承担等一并明确约定。用人单

位妥善保存相应证据，以备日后清楚地计算违约金数额。

五、关于竞业限制

竞业限制是指在劳动合同解除或者终止后，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不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位工作，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。竞业禁止的目的是要保护用人单位的商业秘密。

毫无疑问，用人单位的商业秘密应当得到法律保护。但是，长期的实践也证明，片面强调保护用人单位的商业秘密，忽视知悉秘密的员工的利益，并不利于商业秘密的保护。随着社会分工的细化，一些员工在离职后除了其原来的工作之外，其他工作都干不了，从而失去了谋生能力，比如有些软件工程师掌握的技术，只对少数的企业有价值，而这些企业极有可能是竞争对手，也就是有限制的竞争单位，这样一来，如果遵守竞业禁止的规定，这些软件工程师离职就等于失业，这并不符合“权利义务相一致”的原则。由于竞业限制条款极大地限制了劳动者离职后的就业范围，在此情况下，如果不给予离职的劳动者适当的经济补偿，显然有失公平和道义。所以，《劳动合同法》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”，并规定竞业限制的期限“不得超过二年”。

针对这一点，律师建议，企业在签订劳动合同的同时，务必同时与劳动者签订竞业限制或保密协议，在协议中明确哪些领域是属于限制竞业的领域。另外，实践中很多企业为了规避支付竞业限制的补偿金，故意把员工工资的一部分约定为补偿金，这种行为是对法律规定的误解。因为补偿金是劳动合同终止或解除之后才支付的，用人单位在劳动者任职时支付补偿金，并不免除或替代其向离职后的劳动者支付补偿金的义务。所以企业应该如实约定补偿金，并在员工离职后按月发放。

六、关于双重雇佣

《劳动合同法》第九十一条规定：用人单位招用与其他

用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。此条，即我们通常所说的双重雇佣。

根据这一条款，用人单位在招聘新的员工时，不仅要考虑双方的劳动合同如何约定，还要考虑会不会因双重雇佣引发其他民事纠纷。实践中，这一点被大部分的用人单位所忽视，认为只要自己的招聘程序是合法的，依法与劳动者订立了劳动合同，就不存在任何的法律风险。但是，需要注意的是，由于用人单位承担连带赔偿责任并不以该用人单位知道其招用的员工尚未与前雇主解除劳动合同为前提，所以在企业被诉要求承担责任时往往处于非常被动的地位。

那么，用人单位该如何解读并运用这一条款保护自己呢？律师建议：首先，用人单位应当要求新入职员工提交其已与前雇主解除劳动合同关系的书面证明，并尽可能主动进行完整的背景调查，以确定解职书的真实性；其次，在安排新入职员工的工作时，应避免与其原来的工作内容直接或密切相关，以避免劳动者自觉或不自觉地使用前用人单位的商业秘密，给前用人单位造成损失；如果不幸卷入了双重雇佣纠纷，要考虑原用人单位主张的损失与双重雇佣有没有因果关系，因为认定法律责任，不只需要有事实损失，而且必须与双重雇佣行为有因果关系。

七、关于劳动合同的解除以及经济补偿金

《劳动合同法》对用人单位违法解除或终止劳动合同的行为，规定了相对比较严厉的惩罚措施，其目的在于加大用人单位违法解聘员工的难度和成本。劳动合同的解除一般分三种情形：双方协商一致解除、劳动者单方面解除和用人单位单方面解除。《劳动合同法》对各种解除的情形以及解除后是否需要支付补偿金的情况都有详细的规定，《实施细则》也对后两种解除进行了概括总结，分别是劳动者单方面解除的十三种情形和用人单位单方面解除的十四种情形，这里不再详述。我们认为需要注意的是：

1) 就合同的解除而言，所谓双方协商一致解除，既包括劳动者主动要求解除合同、经用人单位同意的情形，也包括用人单位要求解除合同、经劳动者同意的情形。两种情形不同之处是，前者劳动者不能主张补偿金，后者劳动者则可以主张补偿金。除此之外，在解除形式上应当采取书面协议形

式。因为法律要求劳动合同采用书面形式订立，那么提前解除也应当有书面协议才能明确双方的责任。否则，一旦事后有一方反悔，将造成难以理清的纠纷。

2) 如果固定期限的劳动合同期满，除了用人单位维持或者提高劳动合同约定条件要求劳动者续订劳动合同、而劳动者不同意续订的情况外，用人单位仍需支付经济补偿金。这一点在《劳动合同法》制定过程中的争议颇大。这一条款又分三种情形：1) 合同到期，用人单位维持或提高条件，劳动者不续约，合同终止，用人单位不支付补偿金；2) 合同到期，用人单位降低条件，劳动者不同意，合同终止，用人单位支付补偿金；3) 合同到期，用人单位不续约，不论劳动者是否同意，合同终止，用人单位支付补偿金。很多人认为，劳动合同期满，劳动合同自然终止，合同双方当事人的权利义务已经履行完毕，对这种情况劳动者应有明确的预期，因此用人单位不应当支付经济补偿。我们认为，从一般合同所规定的规则来看，这种想法不无道理，但劳动合同法并不是一般的合同法，立法者必然要把劳动者作为弱者来对待。要求用人单位在合同终止后给一定的补偿金，对于解决劳动者失业期间的生活保障、对于防止劳动者被迫签订短期合同，都有积极意义。从用人单位来看，支付补偿金虽然是法定义务，但也同时体现了用人单位的社会责任和对员工的人文关怀。

3) 需要注意的是，《实施细则》进一步完善了《劳动合同法》中关于劳动合同期满的补偿金的规定，明确以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的，用人单位应当依照相关规定向劳动者支付经济补偿。用人单位不能以订立“以完成一定的工作为期限”的劳动合同来规避支付经济补偿的法定义务。

4) 在经济补偿金的规定上，《劳动合同法》区分了高薪劳动者和一般劳动者。高薪劳动者补偿标准按当地职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。这条规定应引起那些聘用高薪员工的企业的重视。

5) 关于经济补偿金和赔偿金的竞合，《实施细则》中明确规定，用人单位违法解除或者终止劳动合同，依法支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。