

法律周报



第十五期

2007.8.6—8.13

本周聚焦

适用新破产法审理 全国首例破产重整案台前幕后

案件追踪

[大案追踪] 邯郸农行金库窃案一审：主犯任晓峰马向景死刑

[热点追踪] 卫生部：明确“齐二药”赔偿责任 医院不应担责

媒体聚焦

[法制网络] 搜索引擎频频成被告 规则缺失造就搜索乱象

[社会热点] 方便面涨价太“方便” 调价应在法律框架内进行

业务动态

[反倾销税] 有关欧盟决定取消中国节能灯反倾销税报道不实

[房地产] “小产权房”论争：有专家认为合法化可实现三赢

[知识产权] 台商在台抢注“好想你”红枣商标 俩月就被撤销

[商业犯罪] 原三九企业集团总经理赵新先等四人滥用职权获刑

[知识产权] 中国开展为期3个月打击网络侵权盗版专项行动

新法速递

[新法全文] 最高法关于审理涉外民商事合同纠纷案的规定

[新法解读] 高法就涉外民商事合同纠纷司法解释答记者问

信息互动

[德衡动态] 涉外民商事案件调解中心揭牌成立

[客户动态] 全国颇具规模啤酒节12个 青岛啤酒节最具声誉

本周聚焦

适用新破产法审理 全国首例破产重整案台前幕后

法制网

重整计划本是一个商业判断，那么在司法实践中，法院如何以法律判断来代替商业判断？经过法院裁定批准的重整计划，是否一锤定音地执行下去？重整之路，将成为濒临破产企业的潮流选择吗？重整之路，路在何方？

为此，本报推出该组破产重整专题报道。本专题得到了中国政法大学破产法与企业重组研究中心、北京市柴傅律师事务所、北京市海淀区人民法院的支持，在此一并表示感谢。

北京市海淀区法院最近适用新《破产法》裁定批准了北京仙琚生殖健康专科医院有限责任公司(以下简称仙琚医院)的重整计划方案，从而使这家企业免于破产清算，并使债权人得到比破产清算下更为有利的债权清偿。这是2007年6月1日施行的破产法中新增加的重整程序在司法实践中的首次适用。

资不抵债仙琚医院申请破产

仙琚医院成立于2004年8月26日，注册资本1000万元，其中北京仙琚兴业医院管理有限公司(以下简称兴业公司)出资950万元，占注册资本的95%，浙江仙琚置业有限公司(以下简称置业公司)出资50万元，占注册资本的5%。公司经营范围包括内科、内分泌科、外科、泌尿外科、妇产科、计划生育专科、优生学专科等。

据仙琚医院代理律师周世祥介绍，由于管理不善等因素，截至2006年9月30日，根据中鹏会计师事务所审计报告显示，仙琚医院资产总额992.68万元，负债总额2151万余元，净资产为-1159万余元。于是，2006年10月，仙琚医院以无力清偿到期债务，且资产不足以清偿全部债务为由向海淀区人民法院提出破产偿债申请，之后，又于2006年12月向卫生行政机关申请停业，申请停业的期限为1年。

海淀区法院于2006年12月22日裁定仙琚医院进入破产还债程序，并予以公告。经债权申报，仙琚医院破产案申报债权人人数为45人，申报债权总额为2200万余元。

收购方看中医院经营许可证

这个走上破产之路的仙琚医院居然是个抢手的香饽饽！

周世祥律师介绍说：“提出破产申请前就有3家公司同我们接触，商谈收购事宜，但因为各种原因，主要是交易价格的原因没有谈下去。后来向法院申请破产，还有一个最为直接的推动力是房东对我们申请了法院的强制执行”。

仙琚医院经营用房为北京市海淀区大慧寺12号5号楼，系租用国家人口计生委科学技

术研究所(以下称研究所)房屋。因为交不出房租,研究所起诉至法院,之后又申请强制执行。据介绍,研究所也是仙琚医院的间接股东,因为它是仙琚医院大股东的股东,研究所也看中了仙琚医院的资产,于是想通过强制执行这种方式,单方行使债权,把这些资产掌握在自己手中。

周世祥说,大股东本身也是最大的债权人,研究所通过强制执行的方式实现债权肯定对其他的债权人不利,也不公平,因为研究所一旦通过拍卖受偿,那么,后来求偿的债权人可能就无法分得一点残羹。

“当时执行程序已经启动,法院已经把评估和拍卖的机构都挑选好了,此时,必须果断向法院申请破产,才能保护股东和其他债权人的利益。”

此番话听来像是进行一场战役。作为研究所来讲,可真不愿看到仙琚医院破产而把到嘴的肥羊丢掉。

收购方维多丽亚医疗投资有限公司(以下简称维多丽亚公司)副总经理肖鲁亦承认,去年5、6月份维多利亚公司就开始介入仙琚医院的收购了,在仙琚医院提出破产申请前和后都始终没有放弃。

那么仙琚医院这个香饽饽究竟香在哪里呢?该案承办法官刘洋介绍,他们亲自去看过医院的设备,都很新,个别有表示愿意买的。无论是拿去拍卖也好,还是重整后重新开业使用都是难得的。从重整的角度看,要拿到医院的经营许可牌照可不容易。“医院的经营许可证值钱啊!”海淀区法院民三庭庭长范君说。再加之仙琚医院装修的投入很大,又多加盖了一层楼,这样下来,收购方接手后可迅速开业,而新建一个医院二三年能否办下来很难说,时间成本自然也成为利益所在。

仙琚医院走上重整之路

在后来的收购谈判中,仙琚医院大股东置业公司对维多丽亚公司(置业公司又是兴业公司的大股东,占其89%的股份)作了让步,同意自己安置职工。这为相持不下,持续近1年的收购谈判扫清了障碍。于是,仙琚医院与维多丽亚公司进一步制定了详细的重整计划方案。

2007年4月10日,第一次债权人会议召开,仙琚医院向债权人通报了破产清算工作情况和债务重组的有关情况,并与收购方维多丽亚公司对债权人关心和提出的问题给予了解答。

4月20日,仙琚医院向海淀区法院递交了重整申请。

重整计划包括:仙琚医院股东兴业公司与置业公司将全部股权以零对价转让给维多丽亚公司,维多丽亚公司通过与各债权人签订和解协议的方式,确定债务偿还主体、偿还比例,并在仙琚医院重新开业运营后,于约定期限内逐步偿还,而原股东兴业公司和置业公司负责安置职工,清偿拖欠工资,从而实现仙琚医院的重整。

截至2007年5月25日,与维多利亚公司就债务清偿达成和解协议的债权人39人,在

已申报债权的债权人中仅有北京医院股份有限公司等 4 家未能与维多利亚公司达成和解协议。

根据新破产法对于重整的规定,维多利亚公司可以根据已达成和解协议的债权清偿比例的平均值提出以 41%的比例对上述公司进行清偿,该清偿方案与 39 份和解协议共同构成重整计划方案,交付债权人会议表决。

2007 年 5 月 25 日,仙琚医院第二次债权人会议在海淀区法院召开,到会债权人人数为 34 人,占已申报债权人人数的 75.56%,到会债权人债权总额占全部申报债权比例的 98%。经债权人会议表决,除 4 家公司对重整计划方案投反对票外,其余债权人均投赞成票,投赞成票的债权人债权比例占全部申报债权比例的 97%。

新破产法第 84 条规定:出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案,并且其所代表的债权额占该组债权总额的 2/3 以上的,即为该组通过重整计划草案。

2007 年 6 月 1 日,海淀区法院批准该重整计划方案,裁定仙琚医院进入破产重整程序。

重整计划不排除逆转的可能

两个月下来,重整进展如何呢?仙琚医院何时可以重获新生?这是大家更为关注的问题。而记者后面了解到的情况却感到并不那么乐观,法院裁定批准的重整计划,也并非一定按计划进行。

维多利亚公司对记者表示,现在有的情况还不便披露,因为目前还在资产的接收过程中,如果出现大的问题,如资产的实际状况与医院自己披露的情况出入太大,那他们也可以放弃收购,放弃该计划。

仙琚医院亦表示,目前,虽然资产交接工作已接近收尾,但从法律合同上讲,逆转的可能仍然存在。周世祥说:“合同中给予了对方很大的权利,如他们认为资产的实际状况与我方披露的出入太大,他们可以放弃收购,重整计划就会落空。”

原来,重整方案中载明:股权转让协议生效且股权转让工商变更登记完成是维多丽亚公司清偿债务的前提条件。也就是说,重整计划必须以股权转让协议为前提,必须是收购得以实现。这个重整方案中实际包含了两个合同,一个是股权转让协议,一个是和解还债协议,只有当由兴业公司和浙江仙琚置业有限公司分别将其所持仙琚医院股权转让给维多丽亚公司,维多丽亚公司才会执行重整计划,帮仙琚医院偿还债务。

经过法院裁定批准的方案就可以因为收购方的单方否决而终止吗?不需要法院的批准吗?该案承办法官刘洋认为,应该是不需要法院再审查,因为新破产法第 93 条规定:债务人不能执行或者不执行重整计划的,人民法院经管理人或者利害关系人请求,应当裁定终止重整计划的执行,并宣告债务人破产。

也许,重整之路并不是看起来那么美!海淀区法院民三庭法官一致认为,一再强调:仙琚医院的重整是占据了天时、地利、人和,并不是所有的破产企业都可以走重整之路的,这

并不是一条普遍的路径。

本报将继续关注。

重整还是和解？

——对话该案承办法官刘洋

本报记者 吴晓锋

记者：请对破产重整制度作一个概览性介绍？

法官：重整制度发端于十九世纪末二十世纪初的英美法系国家，其主要目的在于通过一系列特殊法律手段和程序的运用，实现对出现破产原因或有出现破产原因危险的企业的维持和未来事业的发展，促进企业复苏，进而清理债务，保护债权人的利益，维护社会经济秩序稳定。它与破产清算、破产和解共同构成现代破产法律三大制度。今年6月1日实施的新破产法第一次将和解制度和重整制度引入我国。

简单而言，所谓重整是指已经出现破产原因的债务人企业不立即进行破产清算，而是与债权人协商确定一个重整方案，债权人通过债权数额减让或者债权延迟到期等安排，帮助债务人继续存续，并恢复其盈利能力的一项程序。

记者：重整制度是新破产法首次确立的新制度，而该案又是首例重整案，那么在审理该案过程中有什么难以把握的法律问题吗？

法官：破产重整与破产清算、破产和解共同构成现代破产法律三大制度，但和解程序与重整程序在辨识上存在一定难度。本案审理过程中，关于仙琚医院提出的重整计划究竟是属于真正意义上的重整计划，还仅仅是一份由多份协议构成的和解方案，是存在争议的。

重整程序的核心内容——重整计划的拟定与通过，体现了债权人与债务人相互妥协、让步并最终达成和解的过程，重整的整个过程充满了和解因素，不仅如此，重整程序与和解程序还有很多相同之处：比如均是清理债权债务关系的制度，均为避免债务人受破产分配而设，二者均为强制性集体程序，采取少数服从多数的表决原则，均要求法院批准为必要，二者的实施均要求监督机构的监督。正因为如此，和解程序与重整程序在辨识上存在一定难度。

合议庭最终确定该计划方案属于重整计划方案。

记者：破产和解与破产重整的区别何在？合议庭最终认为本案应适用重整程序而非和解程序，主要是基于什么？

法官：首先，破产和解的程序价值在于债权获得清偿，以债权人利益实现为价值追求，和解的结果既可能是债务人企业复兴，也可能是企业破产。现实中进入破产和解程序的债务人企业已经处于内外交困的境地，和解清偿的结果往往无异于釜底抽薪，导致其经营状况愈

加艰难，最终破产的可能性很大。而重整是一种对企业的积极挽救程序，它的程序价值体现在企业复苏，而非债权实现上。也就是说，重整程序中尽管包含债权受偿的内容，而且往往是主要内容，但债权受偿的安排是为了企业重生而设定的，是从有利于企业恢复经营的角度出发的养鸡生蛋之举。本案中，债权获得清偿的条件是仙琚医院重新营业，尽管重新开业不代表立即盈利，但有了新股东维多丽亚公司大量资金的注入，且摆脱了沉重债务负担的仙琚医院，至少可保存续无虞。

其次，重整程序以企业重生再造为目的，因此凡是有利于企业存续发展的方式均可成为重整方案的内容，突出表现为股东利益的加入。在和解程序中，只存在债权人与债务人之间关系，是简单的双方利益博弈。而重整程序则包含了债务人企业的股东利益关系，这与重整程序的积极挽救功能是相适应的，在公司制度下企业法人摆脱困境，获得重生的关键往往取决于资本追加与资产优化，因此不可避免地涉及到投资人调整事项。本案中，仙琚医院的复兴依托于其自身股东的调整，原股东兴业公司和置业公司退出，维多丽亚公司入主，仙琚医院在资本层面发生了彻底改变，而这是和解程序中不可能出现的情况。

因此，仙琚医院提出的重整计划方案以自身股东变更为前提，以重新开业运营为条件，实质是通过调整投资人的方式消除破产原因以挽救自身，符合重整制度的特点，属于重整程序意义上的计划方案。因此，本案应当适用重整程序。

记者：该重整案有什么意义？债权人、债务人和股东各能从中实现什么利益？

法官：仙琚医院以重整方式了结债务，实现重生至少有如下意义：仙琚医院不能清偿到期债务，无力继续经营，如通过破产清算程序，变现资产，清偿债务，只能走向消亡。而通过重整保留运营价值、消除破产原因，并最终实现企业东山再起，对仙琚医院来说无疑是更优选择。

而对债权人来说，仙琚医院资产账面价值虽然很大，但变现难度同样不小，如果采取破产清算方式，拍卖财产偿还债务，预估的债权清偿比例约为 20%。而通过重整，债权人的平均清偿率达到了 41%。不仅如此，仙琚医院多数债权人系医药器械销售企业，而仙琚医院重新开业经营之后，仍然需要大量采购这些产品，仙琚医院的重整成功意味着债权人多了一个稳定的合作伙伴。

对仙琚医院原股东来说，只需以安置职工为代价，便可处理不良投资，卸掉包袱，将资金转移到其他事业上，完成投资优化。而对于有志于医疗事业的新股东，以较小资金投入、较短的时间付出，免去新设医院的繁琐，取得一个优良的投资机会。

因此，可以说仙琚医院的重整对债权人、债务人以及仙琚医院的新老股东来说均是一个共赢的结果。

和解程序与重整程序在辨识上存在一定难度。本案审理过程中，关于仙琚医院提出的重整计划究竟是否属于真正意义上的重整计划，还是仅仅是一份由多份协议构成的和解方案，是存在争论的。合议庭最终确定计划方案属于重整计划方案。

[大案追踪] 邯郸农行金库窃案一审：主犯任晓峰马向景死刑

法制网

今天上午，河北省邯郸市中级人民法院依法对中国农业银行邯郸分行金库管库员任晓峰、马向景等盗取金库巨款案公开宣判。任晓峰、马向景被判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；另三名被告人分别被判处有期徒刑。

邯郸市中级人民法院经审理查明：

2006年10月，被告人任晓峰和时任中国农业银行邯郸分行现金管理中心金库管库员的被告人赵学楠商议窃取金库现金购买彩票，获利平分，并多次做同任管库员的被告人张强的工作，让其参与。张强同意后，三被告人于10月13日窃取金库现金10万元，由任晓峰到彩票投注站购买彩票，当天中奖10万元。任晓峰将中奖款和剩余库款购买彩票，均未中奖。后三被告人再次从金库中窃取现金10万元，被告人赵学楠将其中的1万元归还了个人欠款，余款9万元由任晓峰购买彩票。后张强怕事情败露，决意退出并表示自愿补平库款。任晓峰、赵学楠继续购买彩票中奖21万元后，对张强隐瞒了中奖金额的情况。10月23日，任晓峰从彩票中拿出18万元，张强个人筹资2万元，将20万元归还金库。

2007年3月14日，被告人马向景接替张强与被告人任晓峰共同担任中国农业银行邯郸分行现金管理中心金库管库员，任晓峰提议窃取金库现金购买彩票，获利后平分，马向景同意，并商定由任晓峰负责购买彩票，马向景在单位守库。3月中旬至4月14日，二被告人多次从农行金库窃取现金5095.605万元，其中4500余万元用于购买彩票，期间两次中奖共计10.3万元，任晓峰除分给马向景1万元外，中奖余款由任晓峰继续购买彩票。4月8日、9日，被告人任晓峰、马向景在已亏空金库巨额现金的情况下商议出逃，并分别购置了地图、假身份证、假驾驶证、手机、捷达牌轿车等。4月14日，任晓峰、马向景商定潜逃，任晓峰将从金库窃得款中的100万元藏匿于其朋友家地下室，交给马向景60万元。当晚任晓峰驾驶捷达牌轿车携款380余万元、马向景携款60万元分头潜逃。任晓峰在山东省德州市将捷达牌轿车丢弃，后逃至江苏省连云港市，用20.55万元购买广州本田牌轿车一辆。

2007年4月15日晨，被告人马向景逃到北京市大兴区旧宫镇德茂庄村被告人宋长海的住处，当日马向景告诉宋长海其盗用金库现金购买彩票，宋长海劝马向景投案，马向景未同意并食宿于宋长海家。4月17日上午马向景离开，当日下午，公安人员找到宋长海了解马向景的去向时，宋长海隐瞒了马向景到过其住处的的事实。

邯郸市中级人民法院认为，被告人任晓峰、马向景身为国有银行从事公务的人员，利用担任金库管库员的职务便利，共同窃取金库现金5095.605万元，用于购买彩票，其行为均已构成贪污罪，且数额特别巨大，情节特别严重。被告人任晓峰伙同金库管库员赵学楠、张强挪用金库20万元现金进行营利活动，三被告人的行为均已构成挪用公款罪，情节严重。被告人宋长海明知马向景犯罪后而为其提供隐藏处所，其行为构成窝藏罪，且窝藏重大犯罪罪犯，情节严重。公诉机关指控罪名成立。被告人赵学楠挪用公款时间较短并于案发前归还，没有造成库款的损失，可以从轻处罚。被告人张强有自首情节，且在挪用公款犯罪案发之前提出归还库款，并积极筹措资金归还，可以减轻处罚。被告人宋长海窝藏重大犯罪罪犯，情节严重，但有劝马向景投案自首的情节，可酌情从轻处罚。

法院以贪污罪判处被告人任晓峰死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以挪用公款罪判处任晓峰有期徒刑六年。对任晓峰数罪并罚，决定执行死刑，剥夺政治权利终

身，并处没收个人全部财产；以贪污罪判处被告人马向景死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以挪用公款罪判处被告人赵学楠有期徒刑五年；以挪用公款罪判处被告人张强有期徒刑二年，缓刑二年；以窝藏罪判处被告人宋长海有期徒刑三年。

（记者马竞曹天健）

[热点追踪]卫生部:明确“齐二药”赔偿责任 医院不应担责

法制网

“尽快完善相关法律法规，对于药品生产企业生产假药或者由于药品的不良反应对患者造成伤害，如何进行补偿和赔偿，应该明确主体责任人，避免医疗机构承担不应该承担的责任。”在今天召开的例行新闻发布会上，卫生部新闻发言人毛群安对媒体关注的广州市中山三院因齐二药假药事件面临赔偿的事件作出回应。

毛群安表示，中山三院最先发现这种假药并及时采取措施，对一些患者进行紧急救治，并且及时报告，而使齐二药假药案的危害没有造成更大的扩散。“作为这样一个负责任的医疗机构，如果要承担一个不负责任的医药企业生产假药所造成的损害后果的话，这不公正。”毛群安说，“我们要求报告不良反应，如果谁报告了不良反应，谁就要来承担这个药品不良反应造成的后果的话，将会对我们这项制度的执行带来很大的影响。”

毛群安强调，卫生部向有关部门强烈要求，尽快完善国家的法律法规，对于药品生产企业生产假药或者由于药品的不良反应而造成的患者的伤害，以及带来的经济损失，如何进行补偿和赔偿，应该明确主体责任人，避免医疗机构承担不应该承担的责任。

（记者郭晓宇）

[法制网络]搜索引擎频频成被告 规则缺失造就搜索乱象

法制网

作为国际知名的搜索引擎巨头，Google 在进入中国市场的两年来，一直在一团混战的搜索引擎乱局中甚少被人诟病。然而最近，Google 被一家名不见经传的小网站告上了法庭，理由竟然是“搜索结果不公平、构成不正当竞争”。

这样一个有悖于 Google “不作恶”企业原则的诉由，立刻吸引了业界众多关注的目光，有心生疑虑的，有力挺 Google 的，也有幸灾乐祸的……无论是合作伙伴还是竞争对手，都在急切等待着这场官司的结果。

小网站叫板搜索大巨头

“多来米中文网”是一家以出售葡萄酒、红酒为主的网站。7月26日，该网站总经理王岩告诉记者，如果在 Google 中搜索“多来米中文网”时，显示约有 755 万项符合的查询结果，然而从第 1 至 25 项搜索结果，全部指向一个名为“myrice”的网站，直到第 26 项，才出现多来米中文网。

“其实这个搜索结果已经挺伤害我的了，但为使我网站的搜索结果排名靠前点，没办法，我又先后支付了 400 元网络广告费，购买了‘多来米中文网’、‘洋酒’、‘葡萄酒’、‘红酒’等词作为广告关键字投放。”王岩告诉记者，然而在 50 元启动费已被自动扣除后，Google 还是未给其开通此业务，王岩与谷歌公司进行了多次电子邮件沟通，Google 以多来

米有弹出广告且该网站不可以卖酒为由拒绝了他的要求。

由于 Google 卖同样的“葡萄酒”、“洋酒”等关键词广告给别的网站，王岩认为，自己遭受了 Google 的不公正待遇，遂以“Google 网站违背公平、平等待遇原则”为由，将其告上法庭。

在 7 月 19 日北京市海淀区人民法院开庭审理此案时，由于被告方 Google 的代理人当庭以“涉及商业秘密”为由，申请不公开审理，因此当天的庭审只进行了证据交换。王岩告诉记者，由于法庭需要审核 Google 一方提交的不公开审理申请，现在，他一直在等待着法院的开庭通知。

随后，记者试图联系 Google 在中国的新闻发言人，未果。但此前 Google 发言人曾表示，对于进入法律程序的事件要等待法务部门的核实，Google 目前不方便发表评论。

竞价排名颠覆“技术中立”理念

其实近年来，在给人们查询资料带来了极大便利的同时，搜索引擎这个被人们称为是继无线增值和网络游戏之后“互联网又一个成功的商业神话”，彼此间恶性竞争加剧早已造就了如今一团混战的局面，欺诈性点击、无效点击、恶意冒名顶替等丑闻频出，严重危及了搜索引擎的形象，也危及了广告主的投放信心。

除了此次的“多来米中文网站”一案，Google 在美国也曾陷入“点击欺诈”的泥潭，更有过一次赔偿广告主 9000 万美元的轰动事件；而在我国，同样大名鼎鼎的中文搜索巨头百度，更因为其公开推行的竞价排名模式，引来了旅游公司、搬家公司、医务工作者、农民等形形色色广告主的接连诉讼，甚至还有专人组织起了“反百度联盟”，大张旗鼓地声称要进行集体诉讼……官司的密集性、持续性，在互联网的任何一个行业中都属罕见。

本是给网民提供便利的技术，如今为何总是惹祸上身？

一切源于“技术中立”思想的被颠覆。

世界上第一个基于互联网的搜索引擎，本是提供给网民进行文件查找的工具，它可以搜索分布在世界各地 FTP 服务器内的文件，根据技术特点，搜索结果的排名规则是按照网页被引用次数的多少决定的，次数多表明具有更大的吸引力和权威性，就会出现在搜索列表的前面，反之则落在后面。这种按引用次数排名的规则基本上是公正的，但却不能为搜索引擎公司带来任何收入。不过没关系，在当时，搜索引擎的核心思想是服务于大众，提供免费的服务，所以其基本价值，在于“付出”。

而竞价排名则打破了这种常规，它重新塑造了“金钱可以提高网页排名”的新理念，根据关键词，只要广告主出的钱多，其网页可以位于用户相关搜索结果的前列。由于这种方式较传统广告方式而言，既相对廉价又行之有效，因此被很多中小企业运用，从而发展成了一个巨大的商业市场，当然，搜索引擎厂商也获得了由此带来的丰厚利润。

“列车随时会出轨”

一开始，根据关键词，多数搜索引擎厂商的搜索信息显示页面被区分为两部分，左侧还保持着按照自然排序规则出现的有价值信息，而竞价排名所显示的网络广告链接列表还仅仅出现在右侧区域。

然而北京市中润律师事务所陈绍森律师告诉记者，近年来，随着竞争的加剧或是“胃口”的日益扩大，Google、百度、雅虎等几大主流搜索引擎都逐渐将广告位推移、侵入左边自然排序信息领域。

显然 Google 并不是玩得最狠的。以“手机”为搜索关键词，如果在 Google 中检索，除了会在右边显示“赞助商链接”的结果排列外，还会在左边信息首部重点显示出用特殊背景颜色标注的赞助商链接，而且数量通常仅为一两条；而在百度中检索，除了右边是竞价排名结果外，只有少数网民才会发现，左边原本属于自然排序的搜索结果，每个末尾都很不引人注目地标上了“推广”二字——其实就是完全意义上的广告。网民只有耐着性子往下翻，

在点击了众多广告之后，本想看到的按自然排序显示的相关搜索信息才会出现。

随着竞价排名的愈演愈烈，最擅用此招的百度也赚了个盆满钵满，其季度财务报告持续显示，公司收入的80%皆由竞价排名创造。同时伴随而来的，是用户、和舆论长久不衰的广泛质疑，认为这种做法缺乏公平和公正性，其“搜索出来的信息已偏离了搜索本意”。

陈绍森律师认为，由于目前搜索引擎尚缺乏相关规则来约束，发展速度又飞快，所以“这辆列车随时可能会出轨”。

搜索引擎亟待规则底线

中国互联网协会互联网政策与资源工作委员会学术专家胡钢认为，近期一些搜索引擎提供商的竞价排名做法有愈演愈烈的倾向，关键词广告管理比较混乱，这种状况源于对1995年开始实施的广告法本身的过于笼统、缺乏可操作性，导致在搜索引擎广告这个领域出现了盲区，使得从业者能够名目张胆地游走于法律边缘。

胡钢指出，搜索引擎的赢利模式虽然被一些从业者描述为“推广方式”或者“赞助商链接”等模糊用语，但其本质依然归属于广告范畴。

“所以问题就来了：既然是广告，根据法律，就应当具有可识别性，能够使消费者辨明其为广告。而搜索引擎服务商仅仅载明‘赞助商链接’或‘推广’字样，只字不提‘广告’，既损害了搜索引擎对信息管理的原有功能，又违背了相关的法律精神，造成用户的误认，引发消费者或潜在消费者的混淆。”

中国电子商务法律协会的专家向记者表示，搜索引擎服务商发布网络广告，应当遵守广告法和其他有关法律、法规、规章的有关规定，如果发布无广告标记的广告，就应由广告监督管理机关责令广告发布者改正，处以一千元以上一万元以下的罚款。但正是由于搜索引擎的崭新性，这个领域至今尚未纳入广告法监管范围，搜索引擎服务商才可以至今都明目张胆大打“擦边球”。

胡钢表示，面对广告法的监管盲区，搜索引擎业既需要相关行业内自律游戏规则出台，更亟待相关政府部门作出明确法律解释，在充分考虑搜索引擎广告发展的现状和趋势的基础上，适时修订广告法，以切实规范搜索引擎广告活动，促进广告业的健康发展，保护用户的合法权益。

[社会热点]方便面涨价太“方便” 调价应在法律框架内进行

法制网

市场经济的真谛在于竞争，只有充分的市场竞争才能为社会带来福利、为企业带来创新以及管理机制的提升。企业在成本提升的压力下，其商品涨价本无可厚非，但如果是以有组织的联盟形式实现价格变动，就和市场竞争的理念背道而驰了。

市场经济的真谛在于竞争，只有充分的市场竞争才能为社会带来福利、为企业带来创新以及管理机制的提升。企业在成本提升的压力下，其商品涨价本无可厚非，但如果是以有组织的联盟形式实现价格变动，就和公平市场竞争的理念背道而驰了

法制网记者 万静

近来，人们街头巷尾经常议论的一个话题就是：方便面涨价了！

据了解，受原材料一直大幅上涨的重压，苦苦支撑了近一年时间的中国方便面业也加入了价格调整的大军。在部分高价方便面6月份已率先提价后，从7月26日开始，华龙、白象、康师傅、统一、今麦郎、日清、农心等十多家知名企业全部参与此次统一调价，其市场覆盖率达到95%以上。其中中低价方便面(原价格不超过一元的)涨幅在20%至40%。

众多方便面粉丝们慨叹：快要吃不起了；更有甚者惊呼：难道通货膨胀时代提前来到？
方便面涨价“两步跳”

针对此次方便面提价，世界方便面协会中国分会相关负责人认为是合理的，因为原材料价格上涨已使方便面涨价成必然。比如，占据方便面成本 18%的棕榈油，从去年均价 4000 元/吨，猛增到现在 8200 元/吨；占方便面成本三成的面粉价格也由去年均价 2.04 元/公斤，涨到现在 2.16 元/公斤，由此方便面成本增高 1.72%。此外，辣椒、马铃薯、淀粉等主要原材料也在涨价。有业内人士计算，相较于 2006 年，现在的方便面原材料上涨了 20%左右。如果再不涨价，企业已毫无利润可言。

如此说来，方便面涨价确实因为市场调节所致，那么企业遵循经济规律进行调价本也无可厚非。但调价的方式却引起人们的质疑，涨价是以以下“两步跳”来完成的：

第一步，“瘦身”涨价。

2007 年 6 月初，部分高价方便面以价格不变、净含量减轻的“瘦身”形式拉开了涨价的序幕。

“价格看起来没变，可分量却轻了不少。”酷爱吃方便面的 IT 人士——王先生因为工作太忙，习惯于在每个月初到超市购买一个月所需的方便面。可就在 6 月初，细心的王先生发现，自己百吃不厌的康师傅“珍品小鸡炖蘑菇面”外包装上标注的总净含量从原来的 114 克改为 106 克。另外“福满多海贝鲜虾”等 4 个口味的方便面从原来的 113 克改为 107 克；就连号称“加量不加价”的康师傅大食袋的净含量也从原来的 120 克改为 110 克。很多消费者认为，商家这种减量不涨价的做法其实是一种变相涨价。

第二步，集体涨价。

“瘦身”涨价一波未平，方便面企业又相约集体提价。

近日，世界方便面协会中国分会宣布，从 7 月 26 日起，以华龙、白象等为首的中低价方便面将整体涨价，平均涨幅 20%，最高达 40%。其中，市场覆盖率达 95%以上的康师傅、统一、今麦郎、日清、农心等十多家知名企业都将参与此次调价。这是继今年 6 月高档方便面提价后，该协会促成的第二次价格上调。有报道称，自去年年底开始，由世界方便面协会中国分会牵头，国内方便面巨头召开了 3 次内部价格协调会议，最终达成统一提价的一致意见。

专家指出 如此涨价涉嫌违法

对于方便面涨价的方式，很多法律专家指出涉嫌违法。

深圳市律师协会反垄断反不正当竞争法律业务委员会副主任王荣利律师指出，方便面悄然“瘦身”涨价，有“暗渡陈仓”之嫌，侵犯了消费者应该享有的“知情权”。方便面行业多年来形成的标准、规格，基本上已经固定下来了，在消费者的心目中也基本上形成一定的思维和判断定势了，比如一包是多少分量，小孩一次吃多少，大人一次吃多少，都大致心中有数了。然而，方便面行业通过“悄然瘦身”的方式变相涨价，则有“欺骗”消费者之嫌，侵犯了消费者的“知情权”，也违反了《消费者权益保护法》第十九条规定的经营者应当向消费者提供真实信息的义务。而且这种变相涨价的方式，既不经济，也不环保，还有误导和欺骗消费者之嫌，让没吃饱的人误以为吃饱了，让以前吃两包刚好的消费者，现在却吃两包不够吃三包有点多，这样无论对企业、对社会，还是对环境、对消费者，都是有害的。

另外，对于方便面通过协会单方面酝酿提价一事，业内人士指出此举违反了价格法的相关规定。

对外经济贸易大学法学院教授、《反垄断法》立法专家小组成员黄勇认为：方便面集体涨价以及先前的乳制品限赠和兰州拉面限价等事件的发生，反映出市场中一种破坏自由竞争的态势正在滋生。这种具有竞争关系的经营者之间的价格联合，通过协同方式限制竞争的行为，是反垄断法严格规制的对象。

目前，中国的《反垄断法》正在立法审议之中，但可以明确的是，这种协同限价的行为将受到严格禁止。当然，即便《反垄断法》尚未正式出台，方便面行业的这种共同抬高价格行为，也涉嫌违法。

根据《中华人民共和国价格法》第十四条第一款明确规定，经营者不得有“相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者消费者的合法权益”等不正当行为。此外，《制止价格垄断行为暂行规定》中也明文禁止“经营者之间通过协议、决议或者协调等串通方式操纵市场价格，以及凭借市场优势地位牟取暴利、实行价格倾销和价格歧视”。

黄勇教授还强调，除了市场中的企业，世界各国反垄断法也将行业协会列为应当规制的对象。虽然行业协会本身并不以盈利为目的，但是如果以行业协会的名义限制生产销售企业间的市场竞争，那么，这同样会被看作是严重的违法行为。从各国的反垄断法实践来看，通过行业协会来组织的卡特尔形式，往往比企业自己达成的同盟更稳固、覆盖面更宽、对市场竞争的危害更严重。

调价应该在法律框架内进行

应该说，随着原材料价格的上涨，众多企业上调方便面价格应该在情理之中，这也是企业尊重价格规律的表现。但是一件再正常不过的事情，却因种种不能名状的原因而变得不正常甚至有可能违法。有媒体爆料，方便面原材料成本涨价幅度被夸大，某些方便面巨头借此涨价“东风”，有“搭车涨价”之嫌。

有专家指出，中国企业或者中国企业家似乎没有在法律的框架下去经营和思维的习惯，原本合理又合法的涨价行为，愣给办成了一件让媒体和老百姓“口诛笔伐”的事情。

王荣利律师指出，这次方便面涨价，方便面协会完全可以在法律的框架下运作得更好更妥当一些。

比如在企业普遍涨价的情况下，协会应该做的，就是“公关”工作。要代表一个行业主动向媒体和消费者说明企业调整价格的原因，告诉媒体并通过媒体向消费者告知涨价真相，呼吁保持市场稳定，争取消费者的理解。因此方便面协会当前首先要做的就是，呼吁限制方便面企业通过“悄然瘦身”的方式变相涨价。这种变相涨价实际上是改变了方便面定量方面的规格和标准。作为一个行业，不能也不应该草率、随意地变更定量的规格和标准，这种改变，对行业的整体形象和发展是不利的。

其次，面对原材料涨价的事实，行业协会应该做的是，呼吁经营者注意企业的经营状况，防范经营风险，并搜集大量的数据和信息为企业提供参考和帮助。而不是有组织地牵头搞“统一”涨价。协会始终要把握好企业自主经营权与行业自律和规范的区别。

对外经贸大学的黄勇教授指出，发生目前这种“事与愿违”的情况的根源，就在于企业和行业协会还没学会在法律的框架下思维和运作，只顾“涨价”的合理性，而忽视运作的“合法性”和“程序性”要求。其实，我国法律明文规定，企业有自主定价的权利，成本增加了，企业提高产品价格，是遵循市场规律的表现，各个企业可以根据自己的实际情况进行价格调整，这是合理合法的。但是如果这些企业联合起来，统一提价，那么就有违法之嫌。

市场经济的真谛在于竞争，只有充分的市场竞争才能为社会带来福利、为企业带来创新以及管理机制的提升。企业在成本提升的压力下，其商品涨价本无可厚非，但如果是以有组织的联盟形式实现价格变动，就和市场竞争的理念背道而驰了。

市场经济的真谛在于竞争，只有充分的市场竞争才能为社会带来福利、为企业带来创新以及管理机制的提升。企业在成本提升的压力下，其商品涨价本无可厚非，但如果是以有组织的联盟形式实现价格变动，就和公平市场竞争的理念背道而驰了。

[反倾销税]有关欧盟决定取消中国节能灯反倾销税报道不实

法制网

记者从最高人民法院获悉，经过专家、学者和法院系统的论证，最高院有关公司解散、清算的司法解释初稿已经完成，正等待审判委员会讨论通过。最高人民法院民二庭法官金剑锋博士，参与了该司法解释的调研和起草工作。近日，围绕公司清算的有关问题，记者对金剑锋进行了专访。

债权人、股东、公司均有权申请法院强制清算

记者：我国公司法规定公司解散必须进行清算，但是如果公司不进行清算，哪些人可以请求法院启动公司清算程序？

金：我国《公司法》第184条仅规定了债权人的清算申请权，对股东或者公司能否请求法院指定组成清算组进行清算未作规定。我们认为，在公司出现解散事由后，股东或者公司也应有权申请法院启动强制清算程序。因为公司如不及时进行清算，不仅损害公司债权人的利益，而且可能损害部分股东的利益。公司清算关系到股东的剩余财产分配请求权，股东是公司的利害关系人。股东的剩余财产分配请求权是对公司的债权，只是这种债权推后仅次于外部债权清偿。我国《公司法》承认债权人的清算申请权，因此，没有必要限制其他利害关系人的权利。

记者：公司法第184条规定的特别清算应适用何种程序？是否实行两审终审？

金：公司法第184条规定的适用目前存在的问题是：特别清算适用何种程序、是否实行两审终审，法律未作规定。我们认为，债权人请求法院强制清算，应当作为非诉案件，类似于破产程序的启动，不应视为一般的诉讼程序，因此，债权人不宜列为“原告”，而应列为“申请人”。因为，《公司法》第184条规定“人民法院应受理该申请”，而非起诉。

清算义务人与清算人是完全不同的两个概念

记者：清算义务人和清算人这两个概念有什么区别和联系？

金：进入清算程序首先应当确定清算义务人，由清算义务人选任清算人，并由清算人接替原公司法人机关执行清算事务，清理债权、债务。因此，清算义务人与清算人是完全不同的两个概念。

清算义务人，是指在公司解散后依法负有组织清算人对公司债权债务进行清算的责任主体，也可称为清算主体。根据我国《公司法》第184条的规定，公司的清算义务人(清算主体)是股东、董事或者股东大会确定的人员，即有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。

清算人，也可称为清算组，是指公司解散后，由清算义务人依法成立的，从事清算事务，处理公司财产和清理公司债权债务的组织，包括社会中介机构或者个人。我们认为，公司解散进入清算程序后，公司原有代表和执行业务的机关均丧失其职权，而由清算人代表公司行使权力。所以，清算人是清算中公司的代表人和业务执行机关，对内执行清算业务，对外代表清算中公司。

清算组织将无权以自己名义起诉应诉

记者：清算过程中，公司法人人格还存在吗？此时公司具有什么法律地位？

金：公司解散后，其法人人格仍然存在，公司存在的目的是为了进行清算。因此，其权利能力只存在于清算范围内，而不得从事清算目的外的其他法律行为。公司超越其清算范围而继续从事经营业务的，依法不发生法律效力。清算中公司的法人人格并不随公司解散而消灭，在清算目的范围内仍为同一法人。

企业法人解散后，其债权债务未清理完毕的，其性质属于清算法人。清算法人的民事主体资格，不因企业解散而消灭。清算法人享有清算范围内的民事权利，可以从事以清算为目

的的民事行为，并以清算法人的财产对外承担民事责任。

记者：那么，原司法解释中将清算组织列为独立的诉讼主体，允许其以清算组织的名义参加诉讼，还将继续适用吗？

金：我国《公司法》对清算中公司的法律地位作了规定，因此上述司法解释应当废除，因为企业法人解散后，法人主体资格仍然存在，可以以企业法人的名义主张债权和清偿债务，可以起诉、应诉。清算中法人相比原企业法人虽然因解散其权利能力和行为能力受到限制，但在本质上是同一的，不应影响其主体资格的存在与否。清算法人依法成立清算组织的，该清算组织行使清算法人机关的职能，清算组织不是一个独立的民事主体，其地位属于清算法人的执行机关。

清算组织将代表公司参加诉讼

记者：请介绍一下公司清算的整个流程？

金：（一）成立清算组。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

（二）接管和清理公司财产。清算组成立后，应当立即清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单。当评估价格和变现方案未获通过、表决不能形成多数意见时，清算组应当申请法院裁决。

（三）通知、公告债权人申报债权。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

（四）处理与清算有关的公司未了结的业务，清理债权、债务。清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。

（五）处理公司清偿债务后的剩余财产。清算公司的财产分配必须依据公司法规定的分配规则进行，公司财产分配的法律依据是我国公司法第 187 条的规定。

（六）代表公司参加民事诉讼活动。清算中公司发生诉讼的，由清算组代表清算中公司参加民事诉讼活动。清算组成为清算中公司的法人机关，对内负责清算工作，对外代表公司。

（七）清算的终止。根据《公司法》的规定，公司清算可以因两种事由而终止：

1、清算完结。在经过债务清偿和剩余财产分配后，清算即告终结。

2、公司具备破产原因。按照《公司法》第 188 条的规定，清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。

清算主体拒不清算的 对公司债务承担连带责任

记者：清算行为违法的清算人或者解散公司不进行清算的法定清算人，将对债权人承担什么民事责任？

金：1、清算责任。公司解散、清算诉讼中，如果债权人以公司和清算主体为共同被告，要求清算主体承担清算责任的，应当判决公司承担给付义务，清算主体承担清算责任，并以清理的公司财产承担公司的清偿责任；如果债权人仅起诉清算主体要求其承担清算责任的，可以判决清算主体对公司进行清算，承担清算责任。

2、赔偿责任。为了保证公司解散后清算的及时进行，必须让负有清算义务的人对其不履行清算义务而造成的损失承担赔偿责任。但是，公司解散时的控制权在法定清算人手中，公司会计账簿等文件归其保存，债权人很难举证证明公司解散时存在多少财产，无法证明自己受到多大损失，法院无法判定股东应当承担赔偿责任的具体数额。法律关于清算责任的规定因此而流于形式。我们认为，可以将公司财产状况的举证责任分配给清算主体承担，即举证责任倒置，如果法定清算人不能证明公司解散时的资产状况和其行为造成公司财产价值减损的数额，或者公司现有财产已经下落不明的，则推定解散时公司财产足以清偿债权人的债权，法定清算人应对公司财产不足清偿债权人的部分承担全部责任。

3、补充责任。原则上公司应以其财产对外独立承担民事责任，股东不对公司债务直接

承担责任。但是，如果股东没有缴足出资或者抽逃出资、转移公司财产，在公司解散后，公司财产不足以清偿公司债务的，股东应对公司的债务在出资不实、抽逃或者转移财产的范围内对债权人承担责任。

4、担保责任。如果在向工商登记机关办理公司注销登记时，清算主体承诺对公司未了结的债务承担责任或者负责处理时，要对公司未了结的债务承担连带担保责任。

5、无限责任。针对清算义务人逃债意图明显的严重违法行为，应该突破有限责任的限制，要求法定清算人赔偿债权人的全部债权损失，也就是让法定清算人对公司债务承担无限连带责任。

(1)清算中发现股东虚假出资、出资不实或者抽逃出资导致资金没有达到法律规定的最低标准，违背了资本法定原则，则其不具备法人资格，由股东对公司债务承担连带责任。

(2)公司属于挂靠性质，挂靠公司自筹资金没有达到法律规定的最低标准，则其不具备法人资格，由被挂靠公司承担全部责任。

(3)清算中发现股东有公司法第20条规定情形的，应由股东对公司债务承担连带责任。

(4)清算程序中清算人拒不清算或者违法清算的，实际上是利用公司控制地位不尽清算义务，发生人格混同，由清算人对公司债务承担连带责任。

(5)公司法人资产不明，账目不清，无法清算时，可以推定股东滥用公司人格或者董事故意侵权，由他们对公司债务承担无限连带责任。

公司被吊销营业执照后的清算责任

记者：公司被吊销营业执照后，公司的股东如不进行清算，应当承担什么责任？

金：吊销营业执照被取消的是企业的营业资格，其法人资格并未取消。吊销营业执照导致公司被强制解散，公司解散后的债权债务和公司剩余财产必须进行清算。公司被吊销营业执照后，清算主体不及时成立清算组进行清算的，债权人可以以被吊销营业执照的公司和其清算主体为共同被告，要求公司承担清偿责任，要求清算主体承担清算责任。

即使公司被注销后股东并未从公司实际取得任何财产，债权人同样可以要求股东承担相应的责任，因为正是由于股东未履行清算义务，才导致公司财产流失或者被他人侵占，股东对此负有不可推卸的责任。

[房地产]“小产权房”论争：有专家认为合法化可实现三赢

法制网

两位被评为“直率敢说”的人碰到了一起。

7月中旬，房产大鳄任志强和北京理工大学教授胡星斗之间发生了一场激烈的争论。

事实上是这样，一个认为“应当合法化”，一个认为彻底“违法”，针尖对麦芒。

他们所争论的话题，正是近日被炒得沸沸扬扬的“小产权房”问题。

建设部发出风险提示，目前的法律法规不允许在集体土地上进行房地产开发，不允许将集体土地上建设的房屋向本集体经济组织以外的成员销售，如果非集体经济组织成员购买了这类房屋，将无法办理房屋产权登记，合法权益难以得到保护；之后北京市政府开始全面清理辖区内“小产权房”问题；紧接着，一位画家因5年前购买“小产权房”，原房主反悔，被法院判决：购房合同无效，90天内搬离……

一系列的“小产权房”问题暴露出来，争议随即产生。

为何反对“小产权房”合法化

反对“小产权房”合法化的呼声占据了主流。

任志强 “小产权房”交易就是违法

很多小产权房是合法的，有批准、有小城镇规划、有建设规定，但是他交易是违法的。因为我们是两种土地管理制度的条件下，一种是集体土地的管理办法，一种是国有土地的管理办法，但是要把它变成商品房，就只能服从房地产法，上面明确写着什么样的情况房屋才能进行交易。

法律体系和福利制度分配中，规定非常清楚，农民的土地在国家政策中给予优惠，所以不收土地出让金。政府对农村是没有各种税费的，政府对农村是市政基础设施投入免费，靠卖“小产权房”致富是站在别人的利益基础上的。

王珏林 “小产权房”其实就是四个问题

“小产权房”主要是四个问题，一个是法，一个是理，一个是权益，一个是利益。

从法上讲，国家法律土地制度规定的非常明确，集体土地它的宅基地包括它的土地转让性质，就是只能在属于农民范畴内运转，城市不能运转。因为这是从农民的根本利益出发，在社会保障不健全的情况下，这一条不能动。

第二方面就是理，农民卖“小产权房”能够致富，为什么不让？城里人买“小产权房”便宜，为啥不让买？其实，这里涉及的问题不是那么简单，“小产权房”就这样卖了，没有把它的土地效益发挥到最大化。

再就是权益问题和利益问题。农民的问题，就是城乡差别，二元结构的问题，以及农民保障问题，在没有解决和建立起来的情况下，最主要是保护农民利益的问题。

农村的宅基地是有限的，如果把大批农村的宅基地叫城市居民买到以后，将来可能出现他们的居住、生活问题。

（王珏林：建设部政策研究中心副主任）

“小产权房”为何需要合法化

作为支持“小产权房”合法化，为数不多的学者，胡星斗的观点可谓另辟蹊径。本报记者专访了胡教授。

记者：请从战略高度谈谈“小产权房”合法化的论据。

胡星斗：小产权房的合法化关系到中国现代化的发展战略问题，也就是说将关系到，中国是继续过去的城乡分治、二元结构，还是应该走城乡一体化、城乡互动、城乡均衡的发展道路。

其实，发达国家在这方面已经有很多成功的做法，他们有很多城市居民住在了乡村。

如今的城市化并不能够仅仅理解为农村人口到城市生活和择业，还应当包括很多的城市居民到农村居住，甚至创业、投资，这是城乡人口互动交流的双向的过程。

小产权房目前在中国只是处于法律灰色地带、模糊地带，并没有法律明确规定不允许建，不允许交易，所以不能说小产权房完全违法。

未来规定小产权房只能建在开荒地上、废弃地上，不能占用耕地即可。也就是说，只要做好小产权房的规划、审批，就能解决土地保护、总量均衡的问题。

记者：你所主张的“小产权房”合法化，会有什么样的社会效果？

胡星斗：小产权房合法化能够达到三赢的目的。

第一，农民能够赢。通过集体土地上的建设，吸引城里人来居住、投资，农村的第二产业第三产业都能够带动起来，医院、幼儿园、小学都能够建设起来，最终能够推动农村的城镇化，农民也能够致富。

小产权房合法化还有利于新农村建设。如果能够让更多的城市居民到农村居住，有的人可能会到农村创业，因为在农村居住，离城市远，上班远，有些人就会选择在农村创业，这样最终能够给新农村建设注入新的活力。

第二，城市居民也能够达到赢的目的。大量的人到农村居住、创业，城市的拥挤能够缓

解下来，房价也能够降下来。

中国的房价飙升，其中很主要的原因就是，中国的城市化是单向的，大量的人口拥挤在城市，购买城市的住房，房价当然越抬越高，如果中国有更多的人到农村居住，房价自然会下跌，有可能下跌30%-40%，甚至50%-60%。当然，这不是一夜之间实现的，可能要经过很长的时间。

第三，小产权房合法化，政府也能够赢。政府可以获得集体土地出让金的一部分。以后要征收一定的集体土地出让金，其中的一部分交给政府作为规划、管理、颁证的费用，这样政府就有了积极性。而且，小产权房合法化了之后，未来政府的物业费、不动产税、某些建设税费的收入渠道将更加广阔，长远的利益将是巨大的。

[知识产权]台商在台抢注“好想你”红枣商标 俩月就被撤销

法制网

记者今天从中华商标协会了解到，日前，台湾地区商标法律专家赖文平博士就河南省新郑奥星实业有限公司“好想你”红枣产品5个商标被台商在台湾抢注，前后仅两个月就被撤销一案向中华商标协会通报时提出，“恶意抢注商标的不正当竞争行为危害正常工商伦理甚巨，制止恶意抢注成为两岸商标主管机关目前首要任务。”

今年5月，河南省新郑奥星实业有限公司发现其“好想你”红枣五个商标被台湾荣互实业有限公司在第9类红枣等商品上抢注。中华商标协会对此十分重视。在协会帮助下，委托长期与协会合作的台湾民间商标代理人、勤业国际专利商标联合事务所所长赖文平先生，向台湾地区商标注册机构提出异议。

经查，荣互实业有限公司以“好想你设计图”、“Haoxiangni”商标，分别在红枣蜜饯、红枣茶、红枣饮料等商品申请注册，经台湾地区商标注册机构审查后于2007年4月1日在其商标公报上公告。

河南奥星认为该五件商标涉及恶意抢注，于2007年5月24日提出异议。台湾地区商标主管机关审查该异议后认为：“台湾与大陆两岸经贸、探亲及观光往来频繁，被异议人其后始以‘好想你’、‘好想你设计图’、好想你之汉语拼音‘Haoxiangni’作为商标在台湾注册取得系列商标，指定使用之商品均与异议人之主力产品——红枣商品有关，依一般经验法则，实难诱为巧合，自堪认定被异议人可能因为业务往来或其他关系知悉异议商标之存在，进而以不正当竞争行为抄袭他人商标抢先申请注册。”于是，台湾地区商标主管机关在2007年7月25日作出裁定，将该五件商标予以撤销。

台湾勤业国际专利商标联合事务所所长赖文平博士在给中华商标协会的通报中表示，本件商标异议案之纠纷，从提出撤销申请到审定，前后仅两个月，充分发挥了速审速结、定纷止争的功能。

赖文平博士还介绍，近年来，他不但帮助大陆企业解决了台湾企业抢注“红双喜”乒乓球、“皇封参”、“杨振华851”等商标问题，也帮助台湾企业解决了“金门”高粱、“金门”大曲商标被抢注等问题。

[商业犯罪]原三九企业集团总经理赵新先等四人滥用职权获刑

法制网

深圳市罗湖区法院近日对第十届全国政协委员、原三九企业集团总经理、党委书记赵新先等四人滥用职权一案作出一审判决，以滥用职权罪分别判处被告人赵新先有期徒刑一年零十个月；判处陈达成、荣龙章、张欣戎有期徒刑一年零七个月至一年零六个月。最高人民法院今天向法制日报透露了该案真实案情，澄清了此前外界对赵新先问题的各种猜测。

法院审理查明：1996年初，香港昌腾（中国）投资有限公司成立了由香港昌腾公司实际控制100%的深圳海景高尔夫度假村有限公司，具体负责在龙岗区坪山镇马峦村7.64平方公里建设高尔夫球场及配套设施项目。1999年10月，昌腾公司董事长林清渠（另案处理）通过朋友介绍认识了时任三九企业集团下属香港三九汽车有限公司总经理的被告人陈达成，陈获知林拥有梅沙高尔夫球场项目后，向当时的三九企业集团总经理赵新先汇报，赵新先指示陈代表三九企业集团与林洽谈收购此项目。此后，赵、陈多次与林清渠洽谈收购事宜，并达成收购意向。

2000年2月在收购项目未经正式评估，未经三九企业集团党委研究，也未按规定上报国家计委及有关部门审批的情况下，赵新先擅自代表公司与林清渠在香港签订了《股权收购协议》，约定由三九企业集团下属香港三九实业公司向林清渠收购其持有的香港昌腾公司80%股权并拥有海景高尔夫公司80%股权，收购价格为港币4.7亿元，分两期支付。事后赵新先等人伪造了《香港三九实业有限公司在其注册地址召开董事会的会议记录》，由时任香港三九实业有限公司董事的赵新先、被告人荣龙章和时任三九药业公司财务部长、总会计师的被告人张欣戎在会议记录上签名确认，虚构董事会议讨论通过上述收购事宜。

因香港三九实业有限公司并无支付能力，赵新先指示陈达成、荣龙章、张欣戎三人组织对收购款项的筹措与支付。提出以申请银行贷款和股东分红的形式支付4.7亿元收购款项，并报赵新先批准。随后，三九药业公司在深圳中信银行通过质押人民币2.3亿存款，在中信嘉华银行取得港元2亿贷款，作为收购股权的首期款项直接支付给了林清渠。上述贷款到期后，三九药业公司以质押的存款抵偿香港三九汽车有限公司的贷款债务。

同年5月29日，赵新先还指示陈达成、张欣戎、荣龙章等人采取虚增分红数额的手段，并伪造《深圳三九药业有限公司董事会关于1999年滚存利润分配的决议》，由赵新先、张欣戎、荣龙章等人签名确认，虚构以分红名义向香港三九公司支付2.926亿元人民币。并据此向国家外汇管理机构及相关银行骗购外汇共计3530万美元汇至香港广安银行。同年6月，香港三九公司将该款开出2.7亿港元汇票，由张欣戎交付给林清渠作为收购股权的二期款项。上述收购完成后，三九企业集团将“深圳海景高尔夫度假村有限公司”改名为“三九大龙健康城有限公司”，由于收购前后均未取得土地使用权证，项目收购前所取得的政府审批文件均属计划、规划性质，尚不具备开发、经营的条件，此项目至今仍处于停滞状态。三九企业集团2004年清产核资时，已对该笔用于收购香港昌腾投资公司80%股权的4.7亿港元全额报国资委批准作为损失核销。

法院审理认为：上述被告人的行为已构成滥用职权罪，鉴于被告人在归案后对犯罪事实均能如实供述，主观恶性小，遂作出上述判决，一审宣判后四名被告人均未提出上诉，该案现已发生法律效力。

[知识产权]中国开展为期3个月打击网络侵权盗版专项行动

法制网

记者10日从国家版权局获悉，从8月上旬到10月下旬，国家版权局、公安部、信息

产业部联合开展为期 3 个月的打击网络侵权盗版专项行动。

这次专项行动工作重点主要有：大力取缔非法网站；坚决查处通过互联网非法传播电影、音乐、软件（游戏）、图书等作品的侵权行为；加强对本省注册的具有影响力的知名大型网站或专门从事电影、音乐、软件（游戏）、图书等作品传输的专业网站的主动监管，探索建立依据著作权法对互联网进行监管的长效机制；加强对网吧侵权盗版行为的监管，重点查处网吧通过互联网非法下载电影、游戏，并向公众传播谋利的行为。

这次专项行动的目标是：进一步深化打击网络侵权盗版专项行动，查处一批利用互联网从事侵权盗版活动的非法网站，办理一批网络侵权案件，惩办一批违法犯罪分子。重点打击专门从事非法传输电影、音乐、软件（游戏）、图书等作品的侵权盗版网站，对重点知名大型网站和专门从事电影、音乐、软件（游戏）、图书等作品的网站实施主动监管，并指导帮助这些网站建立健全版权管理制度。

这次专项行动分为准备、集中治理和总结三个阶段。在准备阶段，各地除办理国家版权局交办的网络案件外，还将通过各种途径，广泛收集案件线索。在集中治理阶段，各有关部门将主要精力集中到查处案件上。在总结阶段，国家版权局将对本次专项行动进行总结。

[新法全文]最高法关于审理涉外民事合同纠纷案的规定

最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定

(2007 年 6 月 11 日最高人民法院审判委员会第 1429 次会议通过)

法释〔2007〕14 号

为正确审理涉外民事或商事合同纠纷案件，准确适用法律，根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国合同法》等有关规定，制定本规定。

第一条涉外民事或商事合同应适用的法律，是指有关国家或地区的实体法，不包括冲突法和程序法。

第二条本规定所称合同争议包括合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的终止以及违约责任等争议。

第三条当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律，应当以明示的方式进行。

第四条当事人在一审法庭辩论终结前通过协商一致，选择或者变更选择合同争议应适用的法律的，人民法院应予准许。

当事人未选择合同争议应适用的法律，但均援引同一国家或者地区的法律且未提出法律适用异议的，应当视为当事人已经就合同争议应适用的法律作出选择。

第五条当事人未选择合同争议应适用的法律的，适用与合同有最密切联系的国家或者地区的法律。

人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律时，应根据合同的特殊性质，以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素，确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法。

(一)买卖合同，适用合同订立时卖方住所地法；如果合同是在买方住所地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的，适用买方住所地法。

(二)来料加工、来件装配以及其他各种加工承揽合同，适用加工承揽人住所地法。

(三)成套设备供应合同，适用设备安装地法。

(四)不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法。

(五)动产租赁合同，适用出租人住所地法。

(六)动产质押合同，适用质权人住所地法。

(七)借款合同，适用贷款人住所地法。

- (八) 保险合同，适用保险人住所地法。
- (九) 融资租赁合同，适用承租人住所地法。
- (十) 建设工程合同，适用建设工程所在地法。
- (十一) 仓储、保管合同，适用仓储、保管人住所地法。
- (十二) 保证合同，适用保证人住所地法。
- (十三) 委托合同，适用受托人住所地法。
- (十四) 债券的发行、销售和转让合同，分别适用债券发行地法、债券销售地法和债券转让地法。

- (十五) 拍卖合同，适用拍卖举行地法。
- (十六) 行纪合同，适用行纪人住所地法。
- (十七) 居间合同，适用居间人住所地法。

如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律。

第六条当事人规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的行为，不发生适用外国法律的效力，该合同争议应当适用中华人民共和国法律。

第七条适用外国法律违反中华人民共和国社会公共利益的，该外国法律不予适用，而应当适用中华人民共和国法律。

第八条在中华人民共和国领域内履行的下列合同，适用中华人民共和国法律：

- (一) 中外合资经营企业合同；
- (二) 中外合作经营企业合同；
- (三) 中外合作勘探、开发自然资源合同；
- (四) 中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同；
- (五) 外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同；
- (六) 外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同；
- (七) 外国自然人、法人或者其他组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同；
- (八) 外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产

的合同；

- (九) 中华人民共和国法律、行政法规规定应适用中华人民共和国法律的其他合同。

第九条当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。

人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时，可以依职权查明该外国法律，亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律的内容。

当事人和人民法院通过适当的途径均不能查明外国法律的内容的，人民法院可以适用中华人民共和国法律。

第十条当事人对查明的外国法律内容经质证后无异议的，人民法院应予确认。当事人有异议的，由人民法院审查认定。

第十一条涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事或商事合同的法律适用，参照本规定。

第十二条本院以前发布的规定与本规定不一致的，以本规定为准。

[新法解读]高法就涉外民商事合同纠纷司法解释答记者问

中国法院报

8月7日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》），明确了涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律问题的具体意见。为帮助广大读者深入理解和掌握《规定》的基本精神和主要内容，最高人民法院有关负责人就相关问题回答了本报记者的提问。

问：制定《规定》的背景和意义是什么？

答：我国首次规定涉外经济合同适用法律的法律是1985年3月21日颁布的《中华人民共和国涉外经济合同法》。1987年3月15日，最高人民法院发布了《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》（以下简称《解答》），对涉外经济合同的法律适用作了司法解释，进一步明确了处理涉外经济合同争议的法律适用问题。涉外合同法律适用在现行立法上的规定主要是《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十五条（“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”）和《中华人民共和国合同法》第一百二十六条（“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”）。《中华人民共和国合同法》于1999年3月15日颁布并于1999年10月1日施行。根据该法的规定，自施行之日起，《中华人民共和国涉外经济合同法》同时被废止，《解答》也不再适用。《中华人民共和国合同法》第一百二十六条关于涉外合同的法律适用的规定与《中华人民共和国涉外经济合同法》第五条的规定基本相同，但该条规定条文简略，缺少可操作性。《中华人民共和国民法典》（包括了涉外民事关系法律适用篇）何时通过现在不能确定。在立法滞后的情况下，为规范司法实践，就《中华人民共和国合同法》框架下针对涉外民事或商事合同部分的法律适用做出相应的司法解释迫在眉睫。

《规定》规定的问题，都是涉外民事或商事审判实践中经常遇到、存在异议的问题，对这些问题提出明确处理意见，有利于该类案件的及时审结、保护各方当事人的合法权益。

问：《规定》的主要内容有哪些？

答：《规定》的主要内容包括：一、涉外民事或商事合同应适用的法律的范围问题；二、当事人选择法律的方式问题；三、当事人选择或者变更选择法律的时间问题；四、最密切联系原则如何确定及运用的问题；五、法律适用中的法律规避问题；六、法律适用中的社会公共利益问题；七、限制外国法适用问题；八、外国法查明问题。

问：涉外民事或商事合同应适用的法律的范围是什么？

答：当事人根据意思自治原则协议选择的法律或者人民法院根据最密切联系原则确定的法律应当是实体法，而不包括冲突法和程序法，即在涉外民事或商事合同法律适用问题上，我国不允许反致或转致。这是目前大多数国家的立法及国际条约一致认可的。对于程序法问题，通行的国际私法理论认为程序问题应适用法院地法，是不允许当事人进行选择的。

至于“证据分配规则”，属于传统理论认为的程序问题中的特殊问题。程序法是否包括“证据分配规则”目前在国际私法理论界尚有争议。按照《规定》目前的规定原则，“证据分配规则”如果规定于程序法中，则当事人不能选择适用；如果规定于实体法中，则可以适用，而不必去排除适用。

问：当事人选择法律的方式有几种？

答：法律选择方式通常有两种：明示选择和默示选择。明示选择是指合同当事人在缔

约时或争议发生之后，以文字或者言词明确作出选择合同准据法的意思表示。通行的做法是在合同中约定了法律适用条款。由于明示选择透明度强，对当事人选择法律的意思表示容易确定，大多数国家的立法都采用明示选择法律的方式。默示选择是指当事人在合同中并没有明确选择合同的准据法的情况下，由法官根据当事人缔约行为或者一些因素来推定当事人已默示同意该合同受某一特定国家法律的支配。对于默示选择的方式各国态度不尽相同，有的否定，有的承认，有的有限度地承认。我国司法实践中，对于法律选择方式应以明示方式进行没有争议。

问：当事人选择或者变更选择法律的时间是否有限制？

答：对于选择法律的时间，多数国家不加严格限制。一般认为既可以在合同订立当时选择，也可以在合同订立之后选择，甚至允许变更原来所选择的法律。《解答》对选择法律的时间规定为“订立合同时或者发生争议后直至人民法院开庭审理以前”，《规定》的选择时间有所放宽，考虑的是司法实践中经常发生当事人在一审开庭过程中才作选择。本条同时规定当事人可以变更原来选择的法律，司法实践中亦经常发生这样的情况。

《规定》规定当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律的时间点为“一审法庭辩论终结前”，考虑的是在涉外民事或商事案件中，如果法律适用（准据法）在当事人之间存在争议，当事人往往会在庭审的辩论阶段对法律适用问题进行激烈的对抗，而经过辩论之后当事人有可能对法律适用达成共识，从而会一致同意适用某一国家或者地区的法律。这样规定既尊重了当事人的权利也有利于案件的审理。

我国司法实践中经常遇到这样的情形，即当事人之间并没有预先对法律适用进行选择，原告起诉时依据的法律为某国法律，而被告对法律适用未提出异议，亦以某国法律进行答辩。此时，应如何确定法律适用？《规定》对此亦作了明确规定，即应认定当事人已经对法律适用作出选择。

问：最密切联系原则如何确定和运用？

答：在最密切联系原则的具体运用过程中，美国采用了所谓“合同要素分析法”，而大陆法系国家采用“特征履行”的方法来确定合同争议所要适用的法律。“合同要素分析法”是指法官通过对合同各种要素进行“量”与“质”的综合分析来确定合同的准据法。“特征履行说”主张按照合同的特征性履行来确定合同的准据法，要求法院根据合同的特殊性质，以某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性来决定合同的准据法。我国立法虽然没有明确规定使用何种方法，但在理论界和司法实践中普遍认为我们使用的是大陆法系国家的“特征履行”方法。《规定》明确规定了应以“特征履行”来确定合同的准据法。

在双务合同中，一方当事人要支付金钱来履行义务，另一方为非金钱履行。一般情况下，金钱履行的义务与非金钱履行的义务相比，金钱履行的义务较为简单，非金钱履行较为复杂，因此，将非金钱履行的一方确定为特征性履行方是合理的。按照这一做法大多数情况下能够合理地找到与合同有最密切联系的法律，而且简单明确，易于操作。对于如何确定特征性履行的场所问题，各国的立法与实践主要以特征性履行人的住所或者惯常居所地或者特征性履行人营业所地作为确定特征性履行的场所。《规定》规定的特征性履行场所基本是住所。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第4条规定：“公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人的住所地是指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。”《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183条规定：“当事人的住所不明或者不能确定的，以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的，以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。”《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185条规定：“当事人有两个以上营业所的，应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准；当事人没有营业所的，以其住所或者经常居住地为准。”从以上规定可以看出，“住所”的含义已经非常明

确，适用于自然人或者企业。

《规定》一共列举了十七类合同的最密切联系地法律，主要参考了《中华人民共和国合同法》规定的合同类型。

问：认定法律规避后应如何适用法律？

答：《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194条对法律规避问题作了规定，但仅仅是当事人规避行为予以否定，至于否定其行为效力后，如何确定合同的准据法则没有明确规定。本条规定则予以明确，不发生适用外国法律的效力时应适用中华人民共和国法律。

问：适用公共秩序原则后应如何适用法律？

答：公共秩序保留制度具有两方面的作用：一是当本国冲突规范指定的外国法的适用与本国公共秩序相抵触时，这种保留制度具有排除外国法适用的否定或防范作用；二是由于涉及到本国国家和社会的重大利益或法律和道德的基本原则，对于特定的涉外民事或商事法律关系必须直接适用本国法律中的强制性规定，而不用考虑依冲突规范去指定准据法的问题，从而具有排除外国法的适用而直接适用内国法的肯定作用。《中华人民共和国民法通则》第一百五十一条对公共秩序保留已作了规定，虽然从国际私法理论角度讲，公共秩序保留则意味着内国法的适用，但鉴于司法实践的需要，《规定》对此作了明确规定，即适用公共秩序保留原则后涉外民事或商事合同争议应适用中华人民共和国法律。

问：外国法的适用有何限制？

答：《中华人民共和国民法通则》第一百四十五条第一款和《中华人民共和国合同法》第一百二十六条第一款对当事人的“意思自治”有限制，即“法律另有规定的除外”。这表明对某些特殊合同，我国法律可以直接规定其应适用的准据法，而不允许当事人自己选择合同适用的法律，从而排除了当事人的意思自治。

《中华人民共和国合同法》第一百二十六条第二款对三类合同（即中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同）不得适用外国法作了规定，《规定》补充增加了五类合同。一、关于涉及三资企业股份的转让合同问题。《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第二十三条规定：“合营一方如向第三者转让其全部或部分出资额，须经合营他方同意，并经审批机构批准。”《中华人民共和国中外合作经营企业法》第十条规定：“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准。”《中华人民共和国外资企业法实施细则》第二十三条规定：“外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。”可见，三资企业股份（出资）转让合同须经审批机关批准后方有效力，这是中国法律对这类合同的强制性规定。实践中，已经有三资企业股份转让合同的当事人选择转让合同适用外国法的情况，对于这类合同如果允许当事人意思自治，则我国三资企业的有关批准制度就形同虚设。二、1990年9月13日由原外经贸部和国家工商行政管理局共同发布的《关于承包经营中外合资经营企业的规定》第五条第（二）项规定：“承包合同应依照中国的有关法律订立，并应符合原合营企业合同的宗旨和原则，不得修改合营企业合同中与承包经营无关的条款。”第（五）项规定：“承包经营合同及其变更、延期、中止、终止，均须经合营企业原审批机关批准。”第七条第（四）项规定：“中外合作经营企业的承包经营参照本规定办理。”依照上述部门规章的规定，承包经营中外合资和中外合作经营企业的合同均应由原审批机关批准，且承包合同应依照中国法订立。因此，该类承包合同不允许当事人在法律适用上意思自治是合理的。三、关于三类外资并购合同。商务部等国务院六部委于2006年8月联合出台《关于外国投资者并购境内企业的规定》，明确规定外国投资者订立股权购买协议、境内公司增资协议和资产购买协议等并购协议的，应当适用中国法律，由我国具有相应权限的审批机关审批。因此，《规定》在《合同法》的基础上增加了五类合

同争议应排除外国法的适用，而应直接适用中国法。

问：如何查明外国法？

答：按照《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193条的规定，外国法的查明有五种途径，即“由当事人提供；由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；由我国驻该国使领馆提供；由该国驻我国使馆提供；由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。”该规定强调的是当事人与人民法院在外国法查明方面均有义务。

目前，外国法的查明主要有法官（法院）依职权查明和当事人提供等方法。由于各国对外国法的性质存在不同认定，因而外国法的查明也采取不同的做法，大致有三类：当事人举证证明；法官依职权查明，无须当事人举证；法官依职权查明，但当事人亦负有协助的义务。本《规定》采用的是第三类的做法，又不同于第三类做法。不同之处在于对当事人协议选择或者变更选择的外国法以及依最密切联系原则确定的外国法的查明作了区别对待。理由在于：一、当事人自愿选择法律的时，与法官相比，当事人处于纠纷当中，可能更早地关心和接触外国法（在国际商事交往中，当事人在签订合同前一般都会收集外国法资料，对法律风险进行评估），由于当事人经过协商后自愿选择适用某一外国法，则有理由认为当事人已经就在某一外国法环境下对法律风险进行了预测，当事人有义务和能力提供其自愿选择的外国法。二、法院依最密切联系原则确定某外国法应予适用实际是法院选择法律的结果，外国法的查明义务由法院和当事人共同承担比较合理。

《规定》并没有对外国法的具体查明途径作规定，原因在于随着社会的进步以及法律文化交流的不断开展，外国法的查明途径已经不再限于《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193条规定的五种途径，《规定》本身很难穷尽所有查明途径，当事人或者人民法院完全可以通过其认为合适的途径来查明外国法的内容。当然，上述五种查明途径仍然是有效的。当通过一切可能的途径和方法仍无法确定外国法的内容时，各国的立法与司法实践不太一致，基本可以分为三种类型：直接或类推适用内国法，这是大多数国家采取的办法；驳回当事人的诉讼请求或抗辩；适用同本应适用的外国法相类似的法律或适用一般法理。《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193条采取的是第一种做法。《规定》明确规定当外国法不能查明时，适用法院地法即中华人民共和国法律。

《规定》同时对外国法内容如何确定作了规定。外国法无论是由当事人提供还是由人民法院依职权查明均需要经过当事人质证，该外国法经过质证后，当事人没有异议的，则应予以确认并适用。如果当事人对已经查明的外国法有异议，情况则相对复杂一些。《规定》规定的方式操作简便，即“当事人有异议的，由人民法院审查认定”。

[德衡动态]涉外民商事案件调解中心揭牌成立

德衡商法网

为充分发挥“司法为民”的宗旨，切实维护中外当事人的合法权益，优化社会环境，提高对外开放的质量和水平，建立社会矛盾纠纷“大调解”工作机制，构建社会主义和谐社会，城阳区人民法院与青岛市司法局基层工作处指导下的青岛涉外纠纷律师调解中心（以下简称“青岛市律师调解中心”）共同成立涉外民商事案件调解中心。2007年8月9日上午，涉外民商事案件调解中心揭牌仪式在城阳区人民法院隆重举行。

涉外民商事案件调解中心的工作人员由青岛市城阳区人民法院涉外审判庭全体法官与青岛市律师调解中心全体调解员组成。受理的案件范围维城阳法院受理的一审涉外民商事案件

和青岛市律师调解中心受理的部分涉外民商事案件。城阳区人民法院涉外经济庭做为青岛地区唯一一家具有涉外民事审判权的法庭，有着优秀的法官队伍，自成立以来，积累了丰富的办案经验，为维护外商企业的合法权益做出了突出的贡献，取得了骄人的成绩。涉外经济庭必将在涉外民商事调解中心的工作中，发挥其积极的作用。司法局基层工作处指导下的青岛市律师调解中心是全国首家以执业律师为主组成的社会调解服务机构，调解员全部由经验丰富而且通晓外语的执业律师担任，全体执业律师有着丰富的职业经验与娴熟的外语沟通能力。

到会的领导有中共城阳区委常委、政法委书记林先好同志、青岛市司法局副局长郭永军同志、城阳区人民法院院长田孝民同志和德衡律师集团执行主任胡明律师。揭牌仪式在城阳区人民法院李芹副院长的主持下进行，与会领导对涉外民商事调解中心的成立，给予了高度评价及充分的肯定，并对调解中心在构建和谐社会中的工作提出了更高的要求。涉外民商事案件调解中心的全体工作人员，将充分发挥自身专业特长，通过调解工作，把纠纷化解在形成之前，调解在形成之中，依法保证经济秩序的良好运行，最终达到化解矛盾、节约社会成本的目的。涉外民商事案件调解中心，必将在推动和谐社会建立的过程中发挥它积极的作用。

调解中心全体工作人员纷纷表示，将充分发挥自己的专业特长优势及职业经验，用自己的法律专业知识，为广大涉外纠纷当事人提供积极的意见及建议，引导当事人以和解的方式解决涉外纠纷中产生的纠纷与矛盾，为和谐社会的建立贡献自己的力量。

[客户动态] 全国颇具规模啤酒节 12 个 青岛啤酒节最具声誉

青岛新闻网

文化，让节日更精彩

大连有啤酒节。天津有啤酒节。哈尔滨也有啤酒节。

资料显示，全国颇具规模的啤酒节共有 12 个，但是无一具备青岛国际啤酒节的声誉和气势。百多年前的殖民文化，为青岛留下了一种琥珀色的液体。啤酒花的芬芳，充斥在城市的大街小巷。诞生于 1903 年的青岛啤酒，拥有源自德国的嫡系血统，承担着中国啤酒产业 60% 的出口额度，把“青岛”介绍到世界各地。强大、丰富的啤酒文化，为青岛赢得以节日形态成就商业神话的礼赞。

每年 8 月，青岛国际啤酒城内，酒香四溢。

值啤酒节即将开幕之际，就啤酒节的一些相关问题，记者采访了青岛市啤酒节办公室首席顾问林醒愚。

《招商周刊》：8 月 11 日，第十七届青岛国际啤酒节就要拉开帷幕，届时青岛国际啤酒城将再度成为狂欢的海洋。历经 17 年的运作，青岛国际啤酒节目前发展到怎样的阶段？

林醒愚：自 1991 年首届青岛国际啤酒节创办以来，它大体经历了四个发展阶段。从第一届到第三届是初创阶段，参加的啤酒企业主要是省内的。从第四届到第六届是嬗变阶段，节日发生了根本性的变化，啤酒城出现了。像一个人从没有家到终于有了家，节日被固定了下来，并开始有少量外国啤酒厂商参加。从第七届到第十一届是提升阶段，国外啤酒品牌越来越多。从第十一届到现在是走向成熟的阶段，国内啤酒企业参加的少，唱主角的反而是欧美啤酒品牌。比如今年，德国柏龙、美国百威、丹麦嘉士伯等 45 个啤酒品牌齐聚啤酒城，世界啤酒十强来了九个。

《招商周刊》：在青岛市民的心目中，青岛国际啤酒节不仅是青岛人的节日，更是具有

国内、国际知名度的狂欢盛会。我们知道，衡量一个节庆活动“分量”的指标，不外乎规模和外来游客的比重。啤酒城最多能容纳多少人同时狂欢？国内外游客能占多大比例？

林醒愚：2003年青啤百年那一届，由于“非典”，上半年所有大型户外活动全面禁办。8月啤酒节猛一开禁，人们压抑已久的热情和能量完全爆发出来。啤酒节开幕式当天人数到达20万人次的规模，为历届之最。除开幕式和闭幕式，啤酒城日接待旅客量一般都能达到十几万人次。去年，三个会场总共接待了约420万游客。

青岛市民一直是历届啤酒节的主力游客。由于奥帆赛和青岛知名度的提高，国内外游客的数量逐年增长，目前已经占参节总数的30%。这是个很了不起的数字，即使德国慕尼黑啤酒节，差不多也是这样的比例。

《招商周刊》：自从德国人在青岛投资建厂，啤酒和青岛就再也没有分开。啤酒和青岛共生，对青岛城市而言，啤酒意味着什么？

林醒愚：青岛历史尚短，城市没有提供更多的文化资源供我们张扬。但是，青岛啤酒及其所酿造的城市文化，浸润在城市的百年岁月中。可以说，青岛的啤酒文化就是城市文化的重要组成部分。

我个人认为，青岛国际啤酒节是青岛100多年来城市啤酒文化的集大成者。

青岛以啤酒为介质，发育出这样一个盛大的节日，既是成功的，更是受欢迎的，甚至是其他节庆活动不可替代、不能逾越的。青岛的啤酒文化实际上是建立在1903年这样一个悠久的历史起点上，同时又以北方人为主体的，而海派文化又赋予这个主体与啤酒最为契合的性格特征。青岛人的性格和喝啤酒的状态，决定青岛国际啤酒节能发育成一个气势恢宏的节日。而青岛啤酒文化的强大，则是建立在青岛啤酒所拥有的国际声誉的基础上，建立在青岛国际啤酒节国际化的基础上。

《招商周刊》：不同国家的啤酒，其品牌背后都有着悠久的历史 and 独特的啤酒文化。青岛啤酒城汇聚了来自世界各地的知名品牌啤酒，您认为应该如何阐释青岛国际啤酒节的“啤酒文化”？

林醒愚：每一种酒都是一种文化的代言。白酒过于刚烈，红酒又过于优雅，只有啤酒可以用豪爽和激情来形容它，因而与老百姓的关系最为密切。啤酒在国外经历了几百年，甚至是上千年的发展，已经形成了与该国的语言、文化、艺术和民族习性相融合的特有的文化形态。

国外啤酒进入青岛国际啤酒城，其目的不在于宣传该国的啤酒文化，一定是带有明显的商业目的。他们是在观察中国人如何喝啤酒。如何在中国的下一步投资，以及抢占中国啤酒消费市场，显然是带有预期目的。外国啤酒进入青岛国际啤酒节，决不会为了简单的文化捧场。他们在进行商业侦查、市场扫描的时候，也必然给这个城市带来一些异域文化的展演。

国外啤酒品牌来青岛参节的目的是什么？他们发现，如果一种合适的啤酒文化、一种异域的风情展示，能够在中国某一特殊场合得到认同和响应的話，他们的啤酒品牌就会源源不断地为中国市场所广泛接受。对消费者而言，啤酒节是狂欢娱乐的盛会；但对啤酒企业而言，这是向消费者示好，赢取市场份额的绝佳时机。因为从先进程度上讲，以节庆文化来促销产品的层次明显高于商业文化。

《招商周刊》：青岛国际啤酒节作为亚洲最大的啤酒节，与慕尼黑啤酒节有什么不同？本届啤酒节吸引了大量外国知名品牌，从另一方面考虑，外国品牌的大量涌入，是否会对本国啤酒工业形成大的冲击？

林醒愚：慕尼黑啤酒节虽然是世界上最大的啤酒狂欢节，但它依然不允许任何一瓶“慕尼黑”之外的啤酒进到啤酒城里。青岛国际啤酒节与之最大的不同就在于此，我们是“开门纳客”。德国是一个具有高度工业理性的国家。我们不能简单地说他们这样做就是在制造壁垒，我们的全面“开放”也并非绝对有理。

要说大的冲击倒也不会，但影响是存在的。可喜的是，近几年我国的啤酒品牌也是在不断地发展、壮大，也是在不断地提升当中。

《招商周刊》：2005年、2006年，青岛国际啤酒节连续两年荣登“中国十大节庆活动”的行列。外界评价，青岛国际啤酒节已经成为中国现代节庆活动的典范。有一种观点认为，一个城市的节庆活动本质上是这个城市打造的旅游产品，您怎样认定？

林醒愚：关于“节庆经济”这个词，我想可以这样理解。中国的现代城市节庆活动实际上是改革开放以后，伴随着城市发展和社会进步应运而生的一种特殊的旅游文化现象。它是在经济繁荣、生活富足之后，因大众对文化和精神消费的追求而引发，是一种公众文化冲动集体诉求的产物。

节日的本质虽然是“文化”的，但总有消费行为发生，所以又是一种特殊的经济形态。节庆经济汇聚娱乐性、旅游性、文化性、商业性，内涵十分丰富。

我个人认为，不存在真正意义上的旅游节，只存在旅游文化节。为什么这样说？因为，旅游的本质就是对差异文化的追求。如果每个城市在城市形态、文化风貌上都表现得完全一样，我们旅游的动机性就会弱化。

节庆活动大打文化牌，以文促旅，以旅兴文，并不矛盾。

《招商周刊》：作为一个已经举办了17届的国际性啤酒盛会，您从第一届啤酒节开始，就一直参与啤酒节的策划筹办，您能简单概括一下青岛国际啤酒节长盛不衰的原因吗？

林醒愚：节庆活动的终极目的是制造感动。我想全部的秘诀就在于，以酒作为介质来发育节日是再恰当不过的，节日的形态和功能越简单就越有魅力，人们更喜欢在节日的氛围里饮酒狂欢。而啤酒节正是制造快乐和感动的节日。而且这个节日十分单纯，单纯到每年一度有数百万人期待，单纯到人们无法抵御激情必须融入，真情面对。

（青啤集团是德衡律师集团法律顾问单位）