

# 法律周报



第二十期

2007.9.10—9.17

## 本周聚焦

[知识产权] 国家推出系列措施，保护知识产权

## 立法动态

[证券发行] 《证券发行上市保荐制度暂行办法》征求修订意见

[上市公司] 《上市公司监督管理条例（征求意见稿）》公布

[金融证券] 打击证券欺诈 内幕交易及市场操纵认定办法试行

## 媒体聚焦

[公司破产] 全国首例破产案件的思考：撞出多重的法律困惑

[案件解读] 不能放纵大股东 杭州首例司法解散公司案的解读

[房地产] 追踪：开发商无地售房 未受处罚仍在违法售房

## 业务动态

[商业犯罪] 职务犯罪呈现六大特征 公司企业加入“公贿”行列

[飞机租赁] 税负不合理缺乏法律支持 飞机租赁遭遇外资垄断

[电信资费] 信息产业部两个月清理 4 万个夸大优惠等资费套餐

## 交流互动

[德衡动态] 首届中国 CLO 论坛在京举办 中世联盟首次高调亮相

[客户动态] 黄金股高位起舞 山东黄金股价首超贵州茅台

## 本周聚焦：国家推出系列措施，保护知识产权

### 国家知识产权局将要建立对外应诉预备资金

法制网

在“指导与扶持”企业开展知识产权工作方面，国家知识产权局传出了一系列利好消息。

9月2日召开的全国企事业知识产权工作会议上，国家知识产权局副局长张勤透露，这些利好消息包括：

建立企事业单位知识产权管理专家指导委员会和专家会诊机制，有针对性地选择若干企事业单位，对其知识产权管理状况进行综合诊断和咨询；

指导企业建立健全现代知识产权管理规章，指导企业对新技术新产品进行专利战略研究；

协助企业构建相关技术领域的中外专利信息平台，建立竞争对手技术跟踪预警机制；

指导企业建立知识产权工作考核评价指标等。

他强调，有必要建立企业对外贸易知识产权纠纷应诉预备资金，减轻企业对外知识产权诉讼的压力。

#### 知识产权的“内忧外患”

张勤说，我国企业在知识产权方面，正面临着“内忧外患”的生存危机。

内忧，指中国企业在技术创新方面缺少历史积累，核心技术的知识产权依然受制于人，重大装备和基础软件仍然依靠进口。如光纤制造装备的100%、集成电缆制造装备的85%、石油化工制造装备的80%、数字机床的70%和的医疗设备的95%依赖进口。

而同时，据不完全统计，目前国内拥有自主知识产权的企业仅占万分之三，仅有1.1%的企业获得授权专利，其中仅0.17%的企业获得发明专利权。发明专利申请量少不说，质量也不高，多为改进型发明，缺少基础型和原创型。目前，我国企业申请发明专利主要集中在中药、软饮料、食品、汉字输入法等领域。而来自国外的专利申请主要集中在移动通讯、半导体、遗传工程、电视系统等高科技领域。

外患，在很大程度上指中国企业在加入WTO之后面临的知识产权纠纷问题。从DVD、手机、数码相机直到轿车、摩托车、打火机，外国企业动辄向中国企业挥舞知识产权大棒已经不再是新鲜的事情。尤其是美国，不仅向WTO投诉中国知识产权问题，而且频繁利用知识产权相关法律条款对我国企业提起调查和诉讼，阻止我国产品进入美国市场。

如337调查。截至2006年底，美国对我国产品发起了58次调查，其中2006年有13次，约占当年调查案件总数的39.3%。中国已成为遭受美国“337调查”最多的国家，成为“337调查”最大的受害国。

#### 扶持政策正在起草

我国即将启动实施国家知识产权战略，企业是战略实施的主体。据悉，国务院相关部委正在积极研究和制定与知识产权政策相衔接的税收政策、金融政策、贸易政策、科技政策、教育政策，加大投入。

如，为减小中央企业与国际先进企业在知识产权方面差距，国资委目前正在积极推动中央企业全面实施知识产权战略，帮助中央企业提高知识产权保护意识、建设知识产权技术支撑和服务体系、建立健全科研开发、成果转化、市场营销和法律保护紧密结合的知识产权战略体系和实施机制；

为提升中小企业自主创新能力，国家发改委联合国家知识产权局等，正在共同起草《支

持中小企业技术创新政策》，明确要求要开展知识产权服务中小企业专项行动计划，鼓励中小企业开展发明创造，对中小企业的发明专利申请费、维护费等给予一定比例的资助，鼓励具有专利技术的中小企业进入国际技术联盟、参与国际标准制定等；

国家知识产权局一直在稳步推进企事业知识产权试点示范工作，已有 265 家企事业单位参与试点，大多数单位在试点后专利申请量增长明显，如深圳比亚迪公司，自从成为试点单位，实现了专利申请量逐年翻番的“专利倍增计划”，许多单位还在知识产权战略研究、信息利用与跟踪预警、应对知识产权诉讼等方面的能力得到明显加强。

## 企业叫好应诉预备资金

加入 WTO 后，我国企业面临的中外知识产权诉讼骤增，固然与我国企业知识产权意识普遍淡薄、运用知识产权能力较差有关，支付这笔学费我们逃不了。但绝对也不排除一些跨国公司在滥用知识产权，企图扼杀中国企业的崛起。据商务部发布的调查报告，我国企业因遭遇国外知识产权纠纷而引发的直接经济损失达到 691 亿美元，贸易机会损失 1470 亿美元。

为帮助企业应对诉讼风险，张勤在这次企业专利工作会上明确表示，国家知识产权局将研究建立企业对外贸易知识产权纠纷应诉预备资金。

在美国本土打败美国 GFCI 领域(接地故障漏电保护断路器)巨头的中国通领科技集团公司董事长陈伍胜为此叫好。他在各种场合曾不断地呼吁，我国应借鉴发达国家知识产权社会保险体系商业化运作模式，构建自身的知识产权社会保险体系，建立以行业为主体的知识产权诉讼风险基金，抗衡海外企业滥用知识产权频频挑起的恶意诉讼。

亲身经历使他看得很清楚，以专利侵权起诉他的美国莱伏顿公司，根本目的不是维权目的，而是仗着财大气粗，利用应对专利官司必须付出高昂的成本，企图以莫须有的侵权吓退竞争对手。通领科技与莱伏顿公司激战三年，从恐惧到平静，最终在美国拿到了第一份中国企业在中美知识产权诉讼中获胜的判决书，但这个过程，陈伍胜说，他的经济压力是巨大的。

不仅是陈伍胜，深圳朗科公司董事长邓国顺也曾呼吁过这个问题，他的公司于 2006 年 2 月控告美国 PNY 公司侵犯其美国专利。现在，不断壮大的我国企业不在像过去一碰到外国公司诉我们，就当缩头乌龟，就拱手让出市场，他们中越来越多的人选择了抗争，比如亚迪公司在日本反诉日本索尼公司专利无效、中国电池企业在美国胜诉美国劲量公司等，这些企业给我国外向型企业应对国际官司带了好头。

但不可否认，应诉费用是一个现实问题。对国家知识产权局将研究建立企业对外贸易知识产权纠纷应诉预备资金做法，记者询问的几位企业家普遍反映，这真是件大好事，能帮助企业解除后顾之忧，打赢应该面对的官司。而不会因没钱，不得不选择放弃。

## [知识产权] 海关总署：我国打击侵权力度任何国家无法比拟

法制网

海关总署今天对外公布，今年上半年，全国海关共查获进出口侵权案件 1181 起，案值 1.7 亿元。其中，查获出口侵权案件 1151 起，案值 1.693 亿元；查获进口侵权案件 30 起，案值 59 万元人民币。海关总署有关负责人表示，中国海关在出口环节打击侵权贸易的力度是任何国家都无法比拟的。

据统计，在中国海关查获的侵权案件中，涉及商标权 1783 件，专利权 25 件，著作权 1474 件。

福州海关近日在马尾成功截获 17484 双假冒运动鞋，案值约 900 万元。该关运用风险分析手段，从货物的重量、经营单位、贸易国别等要素对每天的报关数据流进行分析，成功发

现可疑报关单，并对可疑货物进行 24 小时实时监控，直至被锁定的报关单所申报的两个集装箱先后进入海关监管场所。随后，海关立即组织开箱查验，发现集装箱内装的分别是印有“NIKE”、“ADIDAS”、“JORDON”等国际知名商标标识的运动鞋。

奥伊斯兰姆施尔凡尼亚有限公司是一家依美国法律注册的公司，也是“便携式灯”外观设计专利在中国的权利所有人。自从今年 4 月底在海关总署备案以来，宁波海关查获了多起侵犯该款外观专利的侵权产品。特别是在近期的一次查验中，一次性查扣了 84000 个侵犯该外观设计专利的便携式灯。

深圳海关开展为期 3 个月打击假烟出口专项行动，在查获大批假烟的同时，海关针对假烟出口开展细致的风险分析，严密监控假烟出口动向。据统计，上半年深圳海关共查获假烟案件 10 宗，查获假烟 20 余万条。

（记者蔡岩红）

## [知识产权] 法律制度逐步完善 中国海关建知识产权保护屏障

法制网

### 中国海关打击出口环节侵权贸易力度无人可比

法制网北京 9 月 12 日讯 记者蔡岩红 “中国海关在出口环节打击侵权贸易的力度是任何国家都无法比拟的。”海关总署有关负责人今天对记者透露。

据介绍，今年上半年，全国海关共查获进出口侵权案件 1181 起，案值 1.698 亿元，其中，查获出口侵权案件 1151 起，案值 1.693 亿元，货物数量和案值分别占全年的 97.5%和 99.6%。海关总署今年评出的 2006 年中国海关知识产权保护十佳案件，无一例外是在出口环节中破获的。

“自 1994 年 9 月 6 日深圳皇岗海关查获第一起侵犯知识产权案至今，中国海关已经查获了各类进出口侵犯知识产权货物的案件 8000 多起，案值近 10 亿元人民币。特别是在加入 WTO 以后的几年时间里，中国海关查获的侵权货物案件每年都以 30%左右的幅度在增长。中国海关犹如在边境上设置了一道无形的屏障，有效防止了侵权产品的出境。”海关总署有关负责人说。

由国际跨国公司人士组成的中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会，前不久对 160 多个会员公司进行了 2006 年度执法情况问卷调查，结果显示，在我国 11 个有关知识产权的执法和司法部门中，海关总署获得“最有效率执法部门”的第一名。

## 新闻延伸

海关知识产权法律制度从无到有逐步完善 13 年间查获进出口侵权货物案件 8000 余起案值近 10 亿元

### 探访中国海关如何构筑知产保护屏障

法制网记者 蔡岩红

“通过中国海关的工作，我们感受到中国政府保护知识产权的决心和力度，某些国家以中国政府保护知识产权不力为由向 WTO 提出诉讼，完全是出于历史偏见。”今天，在海关总署新闻办公室，阿拉伯联合酋长国 KG 国际免税区公司首席执行官写给牟新生署长的一封信引起了记者的好奇。

据介绍，KG 公司是亚洲乃至全球最大的轴承销售公司之一，近年来在我国的采购量不断增加。不久前，中国律师建议该公司将商标权向海关总署申请备案保护时，公司并未报太

大的希望,以为中国政府在保护知识产权方面可能只是做表面工作,以应对国际社会的压力。然而,自该公司将其商标在海关总署备案后,全国各地海关就连续查处了十多起侵犯 KG 公司商标权货物的案件,涉及侵权轴承十多万套。中国海关的举动,让 KG 公司首席执行官十分钦佩。在给牟新生的信中他诚恳地表示:“事实证明,我以前的认识是极其错误的。”

“这样的感谢信、匾牌、锦旗等,海关每年都要收到上百件。”海关总署新闻办副主任王劲松告诉记者,近年来,中国海关在知识产权保护上的不懈努力,不仅赢得了越来越多的企业、跨国公司的赞许,也得到了国际社会的认可。

在前不久举行的世界海关组织 2007 年度理事会上,中国海关首次获得了“世界海关组织 2007 年打击假冒和盗版特别贡献奖”。

中国海关是如何进行知识产权保护的?靠什么取得了如此大的成绩?相关法律体系和执法机制是如何建立的?海关知识产权保护面临哪些阻力和困难?记者作了进一步调查。

## 中国海关保护民族品牌功不可没

上海东方国际集团总经理龚培德的到来,让青岛海关的工作人员很意外。龚培德是专程来感谢青岛海关的。

几个月前,东方国际集团接到青岛海关通知,发现一家公司向海关申报出口的一批涤棉染色布涉嫌侵犯他们在海关总署备案的商标权,希望企业配合确认。东方国际集团立即书面回复确认,海关据此扣留了侵权货物并最终作出没收处罚。这让该企业颇感意外,因为他们没想到,企业的权利在千里之外的青岛口岸得到了维护。

2006 年 2 月,厦门海关查获一起涉及 3 万多套假冒“李宁”运动套装案件。“李宁”商标权利人代表用“两个没想到”表示了对海关的感谢和赞誉:“LINING 商标权去年年底才在海关总署备案,没想到厦门海关在这么短的时间内就查缉到侵权服装,没想到海关查缉的侵权服装数量如此之大、案值如此之高。通过这件事,我们对知识产权海关保护很有信心。”

据了解,自主知识产权一直是海关重点关注的对象。

青岛凤凰印染有限公司是山东青岛一家大型加工贸易企业,所生产真蜡防印花布年销售收入达到 8.3 亿元,是中国印染行业“竞争力十强”企业。公司经理吴晓飞介绍说,凤凰公司拥有 30 多项专利,但是他们却没有受到侵权困扰。因为企业在海关总署备案的 5 项知识产权,都已经被列入青岛海关知识产权重点保护范围,海关会在风险布控、现场查验等多个环节,对侵犯企业知识产权的出口商品进行查缉。同时海关和企业建立了快速联系合作机制,一方面,双方建立联络人,海关一旦发现高风险货物会及时通知企业进行确认;另一方面,企业主动提供线索,协助海关进行风险布控,提高查获的准确度。

## 出口环节侵权贸易受到强力打击

8 月 25 日,广东省某进出口公司向黄埔海关申报出口一批音响设备。关员在查验过程中发现,该批货物及其外包装全部标有“SANSUI”商标,黄埔海关遂向权利人山水音像开发公司通报了情况。经过认真核对,权利人确认,这 148 台 DVD 播放机和 AV 功放机以及 888 个音箱,均是侵犯其“SANSUI”商标专用权的货物。黄埔海关依法扣留了这批货物。

7 月 30 日,温州海关通过风险分析,在一个由温州永嘉寄往美国的邮包中,查获 907 件涉嫌侵权国际著名品牌蒂芙尼的各类银饰品。经权利人蒂芙尼公司确认,这些银饰品都是仿制品。这是温州海关继今年 3 月 8 日、24 日以来,第三次查获涉嫌侵权该品牌的饰品。

据统计,自 1994 年 9 月 6 日深圳皇岗海关查获第一起侵犯知识产权案至今,中国海关已经查获了各类进出口侵犯知识产权货物的案件 8000 多起,案值近 10 亿元人民币。特别是在加入 WTO 以后的几年时间里,中国海关查获的侵权货物案件每年都以 30% 左右的幅度在增长。

特别值得一提的是,在世界上大多数国家都是严把进口环节的情况下,中国海关在出口环节打击侵权贸易的力度,任何国家都无法比拟。今年上半年,全国海关共查获进出口侵权

案件 1181 起，案值 1.698 亿元，其中，查获出口侵权案件 1151 起，案值 1.693 亿元，货物数量和案值分别占全年的 97.5% 和 99.6%。

海关总署今年评出的 2006 年中国海关知识产权保护十佳案例，全部都是涉案案值巨大，且无一例外都是在出口环节中截获的。

中国海关犹如在边境上设置了一道无形的屏障，有效防止了侵权产品的出境。

由国际跨国公司人士组成的中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会，前不久对 160 多个会员公司进行了 2006 年度执法情况问卷调查，结果显示，在我国 11 个有关知识产权的执法和司法部门中，海关总署获得“最有效率执法部门”的第一名。

### 知识产权边境保护体系从零起步

海关总署署长牟新生说，中国海关知识产权保护工作取得的成果，与海关知识产权法律制度的建立与执法机制的不断完善分不开。

“我国的知识产权海关保护工作是从零起步的，相关法律也是从无到有逐步完善的。”海关总署知识产权处有关负责人告诉记者。

据介绍，与发达国家相比，我国在知识产权保护方面起步较晚，然而，起步后，无论是立法还是执法方面的进展，都十分迅速。

1995 年 10 月 1 日，《中华人民共和国知识产权海关保护条例》的实施，使我国构筑起了符合世界贸易组织规则的知识产权边境保护制度。

2000 年，全国人大常委会修订海关法，从法律层面确定了海关知识产权保护方面的职能。

2003 年 12 月，修订后的《中华人民共和国知识产权海关保护条例》颁布，强化了海关调查处理侵权货物的权力，减轻了知识产权权利人寻求海关保护的负担，明确了海关和司法机关以及其他行政机关之间的职责。

随后，海关总署制定了《知识产权海关保护条例实施办法》。办法对保守商业秘密、国际注册商标的备案、担保金的收取和退还以及权利人对有关费用的承担等问题予以了明确。

2004 年 9 月，《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》公布，明确规定了进出口侵犯知识产权的行政处罚。

同年 12 月，最高人民法院和最高人民检察院公布实施的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，进一步明确了代理进出口侵权货物的刑事责任。

至此，适应经济和社会发展需要的知识产权海关保护法律体系基本建立起来。

同时，为与这一法律体系相配套，中国还建立起知识产权海关保护执法机制。如，知识产权海关保护的海关总署备案制度：只要知识产权权利人先将知识产权在海关总署备案，全国各海关都有权对侵犯已备案的知识产权进出口货物予以扣留；主动保护与被动保护相结合的执法模式：海关不仅根据知识产权权利人的申请扣留进出口侵权嫌疑货物，而且主动依据职权对进出口侵权货物的违法行为进行查处；建立健全执法机构，加强知识产权执法队伍建设：全国各直属海关均设立相关部门负责知识产权保护的管理工作，有 11 个海关还设立了专门的知识产权保护机构，一些具备条件的海关，在业务现场设立了知识产权工作联络员。海关总署——直属海关——隶属海关三级知识产权执法体系已初步形成。

### 海关知识产权保护仍面临阻力

“随着中国海关知识产权保护执法的深入开展，我们也遇到了一些困难和问题。”海关总署知识产权处有关人士向记者坦陈。

近年来，中国对外贸易迅猛发展，2006 年，海关监管的进出口货物超过 20 亿吨，海关审核的进出口报关单超过四千万票。如何在不影响通关速度，在查验率不变的情况下，提高对侵权货物的查获率，是海关面临的一个课题。

随着海关对侵权行为打击力度的加大，侵权嫌疑人在屡遭打击之后，开始不断变换侵权

手法以试图逃避海关的监管，如伪报品名、货物混装、化整为零、变换包装、夹藏等。这些侵权手法的使用，都给海关执法增加了难度。

此外，进出口企业知识产权意识淡薄一直困扰着海关执法。在中国，知识产权还属于新生事物，许多企业的经营者对知识产权问题知之甚少，企业创新能力低下，只能依靠定牌加工等赚取微薄的加工费企业，由于缺乏知识产权意识，在接受定单时，常常因未对委托人的知识产权状况进行必要的审查，造成无意识的侵权。

宁波海关最近查扣了一批贴牌 PHILIPS 摄像包，海关在检查中发现，其产品授权书的有效期截止时间为 2006 年 12 月 30 日，已过期大半年，而该企业并未与权利所有人续签授权合同。该批货物最终被宁波海关退关。

权利人对海关执法的支持不够。在实践中海关发现，一些知识产权权利人由于种种原因，对海关的执法不能给予必要的理解、支持与配合，如不能及时向海关提供侵权信息、放弃海关的保护、不履行法律规定的义务、没有及时将知识产权的授权使用情况向海关登记从而导致合法货物被延误通关等。

“因此，提高国内企业知识产权保护意识的道路仍很漫长。”海关总署知识产权处有关负责人表示。

法制网北京 9 月 12 日讯

## 相关链接

知识产权海关保护的内容包括扣留即将进出口的侵权嫌疑货物，对货物的侵权状况等进行调查，对侵权货物的收发货人进行处罚，没收和处置侵权货物等。其中，中止放行和扣留侵权嫌疑货物是知识产权海关保护中最重要的环节。

根据知识产权海关保护条例第二条的规定，我国海关保护的知识产权应当是与进出口货物有关并受中华人民共和国法律、行政法规保护的商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权。具体包括：国家工商行政管理总局商标局核准注册的商标；在世界知识产权组织注册并延伸至我国的国际注册商标；国家知识产权局（包括原中国专利局）授予专利权的发明、外观设计、实用新型专利；《保护文学和艺术作品的伯尔尼公约》成员国的公民或者组织拥有的著作权和与著作权有关的权利。

此外，根据国务院颁布的《奥林匹克标志保护条例》和《世界博览会标志保护条例》的规定，我国海关也对奥林匹克标志和世界博览会标志实施保护。

根据知识产权海关保护条例，海关对知识产权的保护分为依申请保护和依职权保护两种模式。两种模式的差异主要体现在海关介入的程度和权利人承担的义务上。

## 编后语

海关作为进出口的监督管理机关，对知识产权实施保护，可以有效地制止进出口侵权货物的违法活动，维护国家的对外贸易秩序，鼓励对外贸易企业公平竞争，合法经营，从而促进我国社会主义市场经济秩序的建立和完善。

我国海关的知识产权保护机制已经与 WTO 接轨，一些企业在申请知识产权海关保护方面尝到了甜头。但现在的问题是，相当多的企业还不懂得向海关申请知识产权保护的重要性。但事实上，只有企业、权利人与海关携手，保护才能见效。

## [知产案件] 新乡市瑞丰公司打起 “河南省专利第一案”

法制网

河南新乡瑞丰化工有限责任公司(下称瑞丰公司)曾经因成功“阻击”无碳复写纸显色剂跨国公司垄断中国市场而名噪业内。正当企业欣欣向荣之时,矛盾爆发了。公司的两位创始人,也是公司的两大股东,从合作走向对抗,直至走上法庭。

## 诉讼:公司向原总经理索赔 5200 万元

8月21日下午,郑州中院民三庭对郭春萱任董事长的瑞丰公司诉公司原总经理刘宗来侵犯公司技术秘密一案进行庭前调解。由于双方在股份收购价格、专利权属等实质问题上存在较大分歧,调解无果而终。

瑞丰公司在诉状中称:公司1996年11月成立后,即组织本公司的技术研发团队进行技术研究,于1999年12月发明了无碳复写纸树脂显色剂生产技术,该技术处于世界领先地位,产品占领国内90%的市场,并远销欧洲和美国等国际市场,经有关部门评估,该技术无形资产价值达5200万元人民币。

瑞丰公司称,为保护自己的技术秘密,公司与员工签订了保密协议。但被告刘宗来却利用担任公司总经理职务的便利条件,违反与公司签订的保密协议,未经公司许可和授权,于2003年10月,将该技术以个人作为专利权人,向包括美国等国家提出国际专利申请,给公司造成了巨大损失。公司向刘宗来索赔5200万元人民币。同时,瑞丰公司要求法院确认该技术发明为职务发明,所有权及专利申请权归公司所有。

资料显示,这是目前河南知识产权诉讼标的最高的一起案件。有媒体称其为“河南专利第一案”。

法庭上,原先的合作伙伴郭春萱、刘宗来变成了对立的双方。

两人之间到底发生了什么摩擦?双方缘何陷入如此“僵局”?

## 创业:十年发展公司成为业内“老大”

毕业于武汉科技大学的郭春萱与毕业于河南工业大学的刘宗来原先是同事。1985年,郭春萱从湖北调入刘宗来任所长的新乡化工研究所。1990年,郭春萱辞职下海,1993年回到新乡后与他人合作创办了新乡瑞达公司,并找到刘宗来合作。此时的化工研究所江河日下,刘宗来也已不担任任何职务(注:刘宗来2000年办理了退休),便接受了郭春萱的邀请主持技术研发。不久他们研制成功了白土型显色剂。显色剂是无碳复写纸的核心材料。1996年3月,刘宗来、郭春萱二人作为专利权人申请了专利。这为企业挖到了“第一桶金”。

由于白土型显色剂有着明显的缺陷,经过市场调研,郭春萱、刘宗来便把目光转向了树脂型显色剂。为此在1996年11月成立了瑞丰公司。郭春萱担任董事长兼总经理。刘宗来担任总工程师。1997年,刘宗来为树脂型显色剂技术申请了发明专利。

树脂显色剂的研发成功,打破了国内、国际树脂显色剂的市场格局。原来垄断中国市场的美国、中国台湾两家公司,只好将这种显色剂的价格一降再降,每吨价格从2.5万元降到2.1万元,后又降到1.8万元,两年以后美国公司终于退出了中国大陆市场。国内10多家媒体对此进行了报道。

同时,树脂显色剂也为瑞丰公司带来了巨大利润,年利润从上世纪90年代末的几百万元到现在的一千二三百万元。瑞丰公司成了业内的龙头企业。2000年前后,郭春萱不再兼任总经理,改由刘宗来担任。

2003年底,公司的注册资本增至1000万元,股权结构也进行了调整,股东从开始的5人变成了11人。郭春萱、刘宗来二人还是最大股东,但出资额一样多。企业也从租借来的一家破产造纸厂的仓库搬迁到了位于新乡县大召营镇的现代化的新厂区。为了充电,从2005年到2007年,郭春萱到北大光华管理学院深造。每月定期去北京。

## 对立:出售股权引发两大股东反目

新的专利为公司带来了巨额利润,也为郭春萱、刘宗来之间的矛盾埋下了伏笔。



郭春萱说，2001年，从公司辞职的一个人偷偷地在焦作下属的一个县创办公司生产“无碳复写纸显色剂”，侵犯了公司的专利技术。取得证据后，公司在2003年上半年向法院起诉了这家公司，未曾想到，诉讼被驳回了。理由是：专利的申请人和专利权人是刘宗来而不是公司。无奈，诉讼只好以刘宗来个人名义起诉。官司是打赢了，但疙瘩结下了，矛盾埋下了。郭春萱说，因为一直合作很好，双方互信度高，而且专利也一直为公司用着，也就没有再深究此事。未料到，到2003年申请国际专利时，刘宗来又隐瞒他和公司，以个人名义申请，他人成了专利权人。对此，刘宗来说，以个人申请专利，郭是同意的。

另外，二人之间在企业的经营理念、管理制度等方面也出现了摩擦。随着时间的推移，聚集的矛盾逐渐浮出水面。

2006年11月1日，瑞丰公司召开了股东大会，主题是股权转让和红利分配，内部股东享有优先购买权。郭春萱对记者说，会前刘宗来向他表示自己年龄大了，让郭多买些。但让郭大吃一惊的是，会议一结束，刘宗来就召集其他股东到他的办公室签协议，当天就收购了4个股东的股份，郭春萱也收购了4个，总股份超过了刘宗来。但后来一小股东反悔，最终导致刘宗来收购了5个小股东股份，郭春萱只收购了3个小股东的股权。对这样的股份收购，作为企业创始人之一的张振来也很生气，顶住压力最终把股份卖给了郭。王素花对记者说：“这次股权变更后，刘宗来曾表示愿出1000万元收购我的股份。但我经过了解，觉得不正常，于是拒绝了他的收购要求。”

这次股权重组的结果使刘宗来一跃成为第一大股东，占股份的46%，郭春萱落到第二，占近40%，另一名副经理王素花占近14%。股东由11人变为3人。关于这样的股权变更，郭春萱说，事实证明是刘宗来谋划已久的，但他最终没能控股。对这样的说法，刘宗来予以否认。

让郭春萱和别的股东更不能容忍的是，从2006年底，刘宗来和他的家人在不远的地方买五十亩地建了一个无碳复写纸方面的新厂。对此，刘宗来不否认，但他说这个厂是他女婿建的，而且产品与瑞丰公司并不冲突。这个事情加剧了矛盾的激化。

今年8月6日，在第一大股东刘宗来没有与会的情况下，另外两名股东召开股东会，选举了新的董事会，吸收了3名外部董事。董事会免去了刘宗来的总经理职务，任命另一名股东王素花为总经理。

### **专利：职务发明还是非职务发明**

在刘宗来被免总经理职务之前的6月下旬，瑞丰公司就将刘宗来起诉到郑州中院，认为这项专利的技术发明所有权属于公司。

2003年10月，美国某代理商要求将瑞丰公司产品向美国出口，瑞丰公司决定将这项技术在美国申请专利。

刘宗来说，当时以他个人名义申请美国专利，提交的申请文件是在他1997年申请的中国专利文件的基础上进行的简单延伸。这个情况公司是知道的。申请美国专利登记费10.2万元人民币，其中公司出了5.7万元，他个人出了4.5万元。“这个美国专利假如是职务发明，为什么让我个人出申请费？至于公司出资一部分，我个人认为也应该，因为我1997年申请的专利一直无偿让瑞丰公司使用。”刘宗来还说，他曾要求技术入股。

对这样的说法，郭春萱并不认同。郭春萱说，大家当时互信度很高，申请国际专利和美国专利的事都是公司委托刘宗来办理的，谁也没想到他会以他个人的名义申请。至于是否属于职务发明，郭春萱拿出了一大堆材料和证书证明这个发明完全是属于公司的，是职务发明。公司的律师说，发明人是否为公司员工、研发的设施和材料是否是公司的、研发的费用是否公司出的，这三条只要符合一条就可定为职务发明。郭春萱说这三条在这项专利上全部具备。他说，为了这项专利，公司前后投入了几百万元的研发费用。

关于“专利一直无偿让公司使用”的说法，郭春萱说，这也从另一方面说明，刘宗来心里

也是认同专利属于公司的。

瑞丰公司属于技术性很强的高科技企业，专利是公司的命脉所在。这次专利权属诉讼是两大股东之间冲突的总爆发，也是博弈的主要战场。

## [证券发行] 《证券发行上市保荐制度暂行办法》征求修订意见

法制网

记者今日从一些证券公司了解到，证监会2003年发布的《证券发行上市保荐制度暂行办法》在施行四年之后，即将进行修订，现正在业内征求意见。

什么是保荐？评职称，要找人推荐；读研究生拿学位，需要人美言几句。发行证券呢，就需要有人、有机构进行保荐。

依照证券法及相关法规的规定，股份公司首次发行股票，或者上市公司增发股票、发行可转换公司债等，都需要专业机构进行推荐，这个专业机构，就是保荐人，由符合条件的证券公司担任，而主要负责此项工作并在保荐报告上签字的自然人，则是被证券公司奉为宝贝的保荐代表人。

各种证券的频频发行，将保荐机构及保荐代表人从幕后推到前台。而有关保荐代表人制度的诸多问题，已然成为了此次征求意见的一大焦点：保荐代表人有必要如此珍贵、甚至沦为纯粹的签字人，而将风险责任置于脑后吗？

### 问题之一：过分强调保荐代表人致使保荐制度走了样

办法规定，保荐代表人少于两名的证券公司，不得注册登记为保荐人。同时，要取得保荐代表人资格，需要具备相当的投资银行业务经历，同时要参加证监会认可的能力考试，并且成绩要合格。

中信建投的徐子桐研究员向记者分析，证监会在2004年发布的有关办法实施通知中，对于取得保荐代表人的资格要求更严了一步，“近似于苛刻”。通知要求，申请登记为保荐代表人必须具备三年投资银行业务经历，且最近一年内至少担任过一个境内外已完成证券发行项目的项目主办人。

据了解，登记注册的保荐代表人现在大约800人，其中约600人为首批追认式的“自动注册”，从2004年至今组织了四次考试，每次考试通过者寥寥无几，即使考试通过，成绩有效期也只有三年时间，因发行数量和进度限制，三年之内能够顺利注册的人就更少。

这就形成了一种现象：保荐机构为了登记注册和发展业务的需要，不得不高价争抢保荐代表人，使得市场上保荐代表人年薪涨至百万甚至数百万以上，并且动辄以“转会”相要挟。

事实上，很多保荐代表人目前已经沦为简单收取签字费的签字人，保荐代表人多数不是项目的具体经办人，对于发行公司的情况缺乏了解，甚至从未到过现场实地核查，也很少参与招股说明书等申报文件的制作，而是把实际工作委之于其他非保荐代表人。

### 问题之二：对“保荐代表人”设定的行政许可于法无据

记者采访，不少从业人员对此讳莫如深。一位不愿透露姓名的业内人士向记者分析，行政许可法规定，规章只可以在法律法规设定的行政许可事项范围内，作出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定，不得增设行政许可。规章在一定条件下可以设定行政许可或临时性行政许可，但是，其他规范性文件一律不得设定行政许可。

办法对保荐代表人设定的行政许可，在证券法中没有规定。证监会发布的通知，对于保荐代表人增设行政许可，与行政许可法的规定完全相反。事实上，证券发行不过是普通的证券业务之一，目前在证券行业已有证券从业资格考试，对于已有证券从业资格和执业资格的

人，依法不应当，也没有必要再度设置行政许可。

但西南证券的高贵雄则认为，证监会也是迫不得已，不设定一定的门槛，难道人人都能当保荐代表人？

### 问题之三：保荐代表人及保荐机构责任被虚化

有业内人士直言，“保荐机构作为公司上市、发行证券第一把关人，有承担其保荐法律后果责任的财力，如果所保荐的证券发行出了问题，照理也应当负‘推荐失察’的责任。但是，现在由于对保荐代表人资格的过分关注，对于保荐代表人以及保荐机构的责任，反倒被放到了一个比较其次的位置上”。

办法规定，保荐机构向证监会及证券交易所提交的文件，存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏，或者唆使、协助、参与发行人及其中介机构提供存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏的文件，证监会自确认之日起六个月内不再受理保荐机构的推荐；十二个月内不受理相关保荐代表人具体负责的推荐，已受理的责令保荐机构更换保荐代表人。情节严重的，中国证监会将保荐机构及相关保荐代表人从名单中去除。

这种规定，被一些业内人士称之为“冷淡处理”。西南证券的高贵雄认为，现行办法在修订时，应当更明确地区分保荐代表人责任和保荐人的责任，两者的责任都应当强化。

中信建投的徐子桐认为，要强化保荐代表人的责任，首先就是要让他对所签字的项目承担一定年限的保荐责任，即使跳槽了，这种责任也如影相随。同时，要求保荐代表人承担的责任既应有民事责任，也应有行政责任。但证券律师周代春则认为，“除名”已是最大的惩罚了，没有什么比把人家的饭碗砸碎更重的处罚了。

太平洋证券研究部副总经理张伟明认为，承担责任只是事后的事，一旦保荐失职，将不符合条件的股份公司推向证券市场，对投资者的损害就成为无法挽回的事。因此，对保荐机构的要求和约束应当在事前，要求保荐机构强化公司治理，注重风险控制，制定保荐代表人工作准则等，尽量避免出问题。

## [上市公司] 《上市公司监督管理条例（征求意见稿）》公布

法制网

国务院法制办今天将中国证券监督管理委员会报送国务院审议的《上市公司监督管理条例（征求意见稿）》及其说明全文公布，征求社会各界意见，以便进一步研究、修改后报请国务院常务会议审议。

共十章一百零六条的征求意见稿，对我国上市公司监管工作中存在的突出问题作出了具体规定。征求意见稿明确了监管部门在上市公司监管中的角色和定位，即对上市公司的监管应以信息披露为核心，针对上市公司及相关各方所采取的各项监管措施，目的是促使上市公司真实、准确、完整、及时地向投资者披露信息，给投资者一个真实的上市公司。

就一些上市公司对重大事项披露不及时或者不履行信息披露义务，定期报告未能按期披露或者信息披露的格式和内容不符合要求，极少数公司甚至存在性质恶劣的虚假信息披露行为的问题，征求意见稿要求上市公司应当建立信息披露管理制度和重要信息的内部报告制度，进一步明确了信息披露义务人的范围及责任，规定上市公司控股股东和实际控制人为信息披露义务人，明确了董事、监事、高级管理人员对公司定期报告签署书面确认意见、审核意见的义务，规定了重大信息首次披露的时点以及对尚处于筹划阶段的重大事件的披露要求，并规定了通过委托或者信托等方式持有或者实际支配上市公司股份表决权的投资者的披露义务。

国务院法制办提出，有关单位和各界人士的修改意见可以于2007年9月20日前，通过信函邮寄或者电子邮件方式送本省、自治区、直辖市人民政府法制办公室，或者直接送国务院法制办公室。以信函方式邮寄的，信封上请注明“上市公司监督管理条例征求意见”字样。国务院法制办公室通讯地址：北京市1750信箱邮政编码：100017 电子邮件：[ssgs@china.gov.cn](mailto:ssgs@china.gov.cn)

（记者李立）

## [金融证券] 打击证券欺诈 内幕交易及市场操纵认定办法试行

法制网

记者近日从中国证监会获悉，为加大打击证券市场内幕交易和市场操纵等证券欺诈行为力度，针对目前市场情况，证监会制定了《内幕交易认定办法》和《市场操纵认定办法》，并且已经开始试行。

《内幕交易认定办法》补充了内幕人、内幕信息的范围，对当然内幕人、法定内幕人、规定内幕人和其他途径获取内幕信息者的举证责任进行了合理划分。《市场操纵认定办法》则将一些典型的操纵手法，如虚假申报、抢先交易、蛊惑交易、特定交易、尾市交易操纵等行为纳入了认定范围。

与此同时，司法机关也对此作了相应的安排。记者从有关方面获悉，最高人民法院已经启动有关内幕交易和操纵市场行为的司法解释起草工作。最高人民法院有关负责人曾在此前召开的全国民商事审判工作会议上，对证券民事赔偿案件作出重要指示，要求各地法院继续做好虚假陈述案件的审理工作，同时对于投资人对有关内幕交易及操纵市场侵权行为提起的相关民事诉讼，人民法院应当参照虚假陈述司法解释进行立案受理。至此，法院受理证券侵权案件，终于没有了禁区。而且，一旦此类违法行为触犯刑法的，还要追究其刑事责任。

（记者周芬棉）

## [公司破产] 全国首例破产案件的思考：撞出多重的法律困惑

法制网

《中华人民共和国企业破产法》于今年6月1日起正式实施。

北京丹耀房地产有限公司的破产案成为破产法实施后的全国第一案。在破产法颁布一周年之际，记者采访了担任该案管理人组长的炜衡律师事务所尹正友律师。没承想，尹律师大倒“苦水”，实务操作中竟然有那么多具体而不得不面对的难题。

破产法实施三个月管理人账户至今未开位于京城黄金地段的北京丹耀房地产有限公司（下简称丹耀公司），是一家成立于1993年的中外合作企业，投资总额3500万美元的这家企业，其经营状况与其紧临的东安商场红红火火形成鲜明对比。自2003年始，丹耀公司因未能协助业主办理房产证、欠付工程款等原因而被提起诉讼，结果均以败诉结案。高达一亿元的应执行款，直将该公司拖至破产。

2004年12月，丹枫控股有限公司以丹耀公司不能偿还到期债务为由向北京市第二中级人民法院提出破产申请。次年2月，丹耀公司经董事会一致同意后，亦向法院提出破产申请，

北京二中院正式立案受理了公司及债权人的破产申请。

历经种种法定程序后,2007年6月14日,北京二中院以民事裁定书宣告丹耀公司破产,并指定北京市企业清算事务所和北京市炜衡律师事务所为丹耀公司破产管理人,同时指定北京市炜衡律师事务所尹正友律师为破产管理人组长。丹耀公司破产案遂成为企业破产法实施后的全国首例破产案件。

2007年6月20日,破产管理人进驻丹耀公司,开始对破产企业的印章、文书档案、财务资料及资产等进行接管。但是,到现在为止,管理人账户还没有开立。

“依法刻制管理人印章、开立管理人账户,是管理人处理破产案件首先要做的事,但是这件事,解决起来并不像想象的那么简单。”尹正友告诉记者,“仅刻制印章就花了两个多星期才解决,但开户问题至今还没有解决。开户银行答复得很简单,到现在为止,我们没有接到中国人民银行条法司下达的文件。我们和他们交涉的时候,拿着企业破产法和相关司法解释,但他们强调:我们没有接到文件,在这种情况下,如果去办理的话,可能要冒风险。”

尹律师一脸苦笑:“我搞不清楚他们到底要冒什么风险。”

他认为,之所以出现这种情况,原因是有关方面对企业破产法的学习和宣传不够,致使管理人在依据新的破产法履行职责时,遇到了原本不该有的困难和障碍。

### 确定管理人采用随机方式有缺陷

按照企业破产法的规定,如果债权人提出破产申请,人民法院要在5天之内通知债务人,债务人如果有异议,要在7天之内提出异议,人民法院在异议期满之日起10日内作出是否受理的裁定。

尹律师说,“满打满算,人民法院审查受理的时间是22天。依企业破产法规定,人民法院如果裁定受理破产申请的,应当同时指定管理人。也就是说法院选定管理人的时间最多不超过22天。”

依据破产法司法解释,对于银行、证券公司、保险公司等金融机构的破产,或者重大复杂的案件,可以通过招标或者其他方式来择优选定管理人。但是对于非金融机构的其他重大复杂案件,人民法院在如此短的时间内如何选定管理人呢?

尹律师称,“很多地方法院基本上都采用了随机的方式,就是通过摇号、抽签,这种完全由老天爷说了算的方式。这种方式最简单,最不容易出现错误,但也是最没有技术含量的方式。”

由此,他提出,“如果法院把这个主导权都交给老天爷决定,还不如采取由债权人或者债权人会议决定更为合理。”

据了解,北京二中院在对北京丹耀房地产公司破产案中,选定管理人时先对有意参加竞聘的各管理机构进行认真筛选以后,再以随机的方式进行,并且考虑了案件的复杂性,最后选择两类机构。一类是以财务见长的会计师事务所和企业清算事务所,另一类是以法律见长的律师事务所,最后通过摇号选定两家机构做这个重大复杂案件的管理人。

“这种方式,不仅仅实现了专业知识的强烈互补,而且两家机构在完成管理人工作中,确实可以做到相互配合和相互监督。”尹正友律师评价说,“北京二中院做了有益的探索。”

如何选定管理人,看似小事,实则大事,需要认真研究,确定一个相对科学的方式。

### 附利息债权中利息的确定成难题

企业破产法在第六章债权申报中规定,“未到期的债权,在破产申请受理时视为到期。附利息的债权,自破产申请受理时起停止计息。”也就是说,对所有附利息的债权,利息计算的时间,是截止到破产申请受理之日。但是,破产案件从申请受理到案件办理过程往往很长,同时现在的企业破产法对破产程序的实现,并没有作出时间上的任何规定。

这就产生了一些问题。尹律师分析说,对于已经对特定财产设定了担保的债权,如向银行贷款的款,因为银行在对外发放贷款的时候,通过对特定财产设定担保方式已经对这个企业

的风险作出了预测和控制，如果仍然适用法律的这条规定，就会使银行原先的预测和控制无法发挥作用，它就可能会采取自己认为更有效的方式进行控制，这样的话，就可能不利于企业的融资。

“同时，在法律层面上要考虑破产法的这条规定，和担保法的规定是否存在不一致的地方，和物权法的规定是否也存在着不一致。”

所以，对于这类债权计算利息时，是否还按破产法的规定那样计息，需要重新审视。

### **债务人起诉管理人 哪个庭审待明确**

依企业破产法，管理人负责编制债权表，这是管理人的一个非常重要的工作。如果债务人对管理人编制的这个表有异议，在协商无法达成一致的情况下，债务人很有可能提起诉讼。尹律师说，“按企业破产法的规定，管理人的一项职责就是代表债务人对外进行诉讼，如果债务人告管理人，无论从实践操作上还是逻辑上，都有问题。”

如果是债权人对这个表有异议，要起诉管理人，由受理破产法院的哪个庭审理，法律规定也不明确。

尹律师向记者分析，“债权人起诉管理人，是由负责破产申请的破产庭审理，还是依有异议的债权所属的类别和性质，由这个法院的其他相关业务庭审理？主流的观点是，由各业务庭审理，好处是对债权人比较公正。但问题是，这样的话，债权人只要有异议，可以随时提起诉讼，由于业务庭对案情不了解，在审理过程中仍然需要和破产庭进行协商和沟通，而且对于破产程序来说，在法律没有明确规定的情况下，基本上没有上诉权，如果是这样，又显然和二审终审的原则不一致。”

据他讲，在实务中现在就遇到了这样的问题，如何解决已经成了难题。

为职工缴纳的基本保险费算不算共益债务？

依照企业破产法的规定，对于破产费用和共益债务，由债务人的财产随时清偿。所谓共益债务，其中包括“为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用，以及由此产生的其他债务”。这就是说，如果不是为了债务人的继续营业而支付的工资和保险费用，就不属于共益债务。如果依这条规定，为职工缴纳的基本保险费用就必须中断。但实际情况是，对基本保险费用的缴纳是不能中断的。

据尹律师讲，他们在做这件事时，尊重了企业破产法充分保护职工权益的宗旨，对职工的基本保险费用是按时缴纳的。但要解决这个问题，必须将这种基本保险费用一并归入共益债务中，对现有关于共益债务的规定做适当的变通，需要通过司法解释及其他途径对此加以明确，否则这样做，就缺乏明确的法律依据。

### **管理人勤勉尽责和忠实执行职务缺乏标准**

企业破产法明确规定，管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务，否则由此给债权人，债务人或第三人造成损失的，应当承担赔偿责任。

尹律师讲，“这是非常厉害的，过去破产法对清算组没有这样的规定。”但是，什么叫勤勉尽责，什么叫忠实执行职务，企业破产法对此没有一个明确的标准。

“依照法律规定，管理人的工作之一，就是要充分地保护债权人、债务人，甚至包括债务人企业职工的权利。债权人很多，债务人的职工也很多，管理人甚至还要和有关部门联系。管理人要和这么多的个人或机构打交道，按现有法律规定，任何一个债权人、债务人，或者第三人认为你没有勤勉尽责，忠实执行职务而造成损失，都要管理人承担赔偿责任。那对管理人来说，风险和责任实在太大了。”

所以对于管理人勤勉尽责，忠实执行职务的标准和规格，应该在司法解释中加以明确，避免管理人由于害怕得罪有些人，而对管理人的工作带来一些不利的影

### **对于将来可能发生的债权如何处理不明确**

对于已经发生的债权，依企业破产法的规定是可以申报。但对于将来可能发生的债权，

比如基于产品质量，或者环境污染，现在还没有形成债权，属于企业破产法中所谓的“债权尚未确定的债权人”，依照现在的法律规定是没有办法申报的。但是，一旦过了一段时间，有人提出了这种赔偿请求，对于这部分新增的债权人，如何处理？

如果真是破产企业造成了环境污染，不采取必要而充分的措施的话，就会对周边居民的身体造成伤害，人家提出了这个请求，管理人要不要对这部分债权作出一个必要的预留？管理人有没有这个责任，应该怎么做，都需要在法律规则中加以明确。

（法制网记者 周芬棉）

## [案件解读] 不能放纵大股东 杭州首例司法解散公司案的解读

法制网

### 【案情】

被告杭州大地农药有限公司(以下简称大地公司)成立于1998年4月,原系内资企业。2003年2月,经有关部门批准依法变更为中外合资经营企业,变更后的投资人包括两个企业法人和十个自然人,主营农药制造。2005年,因环保原因,当地政府要求公司于2005年12月31日前关停。2005年12月底,大地公司停止经营。在有关部门的协调下,大地公司与公司全体员工办理了提前解除劳动合同的手续,中共大地公司委员会及大地公司工会亦被撤销。之后大地公司就搬迁事宜召开了董事会,其中陈某等六名自然人股东(共出资120万元,占大地公司注册资金的17.7%)明确表示不同意公司延续经营及搬迁计划,并就大地公司是否解散事宜与大地公司大股东发生纠纷,协调未成,以致成讼。

本案在审理过程中,大地公司股东于2006年6月22日召开了股东会议。会议商定,全体股东一致同意纪要后附转让方股东(即本案六原告)将其在大地公司120万股本经协商以每股1.2元转让给大股东杨某。同日,大地公司董事会召开了临时会议,形成的意见与上述股东会意见相同。此后,因转让双方就付款条件不能协商一致,转让未成。

另查明:大地公司2006年4月会计报表(损益表)反映,净利润:本月数-212875.38元,本年累计-761750.50元;大地公司2006年7月份会计报表(损益表)反映,净利润:本月数-1660886.74元,本年累计-2819274.07元。

### 【裁判】

杭州市余杭区人民法院经审理认为:陈某等六原告共向大地公司投资120万元,占大地公司注册资金的17.7%,具有请求解散大地公司的诉权。大地公司被政府责令于2005年12月底关停后,公司已无经营场所,公司的全部员工已被提前解除劳动合同,相应的组织机构也已被撤销,且在公司是解散进行清算还是搬迁的问题上六原告与大地公司的大股东之间发生纠纷,公司大小股东间对立明显,处于不可调和的状态,公司经营管理已发生严重困难,公司僵局确实存在。现双方的矛盾无法调和,大地公司处于既不能经营,又无法搬迁的状态,继续存续必然会使股东的利益受到重大损失。大地公司的大股东虽有受让六原告的股权的意向,但转让双方就付款条件不能达成一致,致使股权转让无法实现。综上,大地公司已具备解散的法定条件,六原告的诉讼请求理由正当,予以支持,判决:大地公司于本判决生效之日解散。

一审判决后,大地公司不服,提起上诉。二审法院经审理认为,原审判决认定事实清楚,适用法律正确,遂于2007年7月19日作出判决:驳回上诉,维持原判。

本案作为杭州市受理第一例司法解散公司案件,本身即具有典型的指导意义。本案的讼争主要围绕是否形成公司僵局而展开的。分析司法解散公司制度的价值导向、公司僵局的具

体判断标准将有利于案件的审理。

### 一、司法解散公司制度的价值导向

2006年1月1日,开始实行的新《公司法》第183条规定:“公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东,可以请求人民法院解散公司。”这是我国第一次以法律形式明确规定法院可以应股东申请判决公司解散。

从立法资料来看,关于司法解散公司的规定是由最高人民法院和一些地方、企业提出的,主要考虑到部分公司经营严重困难,财务状况恶化,虽未达到破产界限,但继续维持会使股东利益受到更大损失;而股东会、董事会又因股东之间分歧严重,不能作出公司解散清算的决议。针对这种情形,全国人大法律委员会经同最高人民法院、国务院法制办研究认为,公司解散在正常情况下应由公司自行决定。只有在特殊情况下,通过其他途径不能解决的,法院才可以依股东的申请解散公司。基于这样的考虑,新《公司法》借鉴了其他国家股东可以申请法院解散公司、进行清算的立法例,作出了上述规定。

由此可以看出,司法解散公司制度的出台是不得已而为之的结果,立法过程本身即体现出法律的谦抑性。为此,作为法律应用者的法官在审理此类案件时,就应以实现这样两个平衡为价值导向。

一是大股东与中小股东利益的平衡。公司作为兼具人合性与资合性的组织,大股东依据资本多数决原则,要求公司继续存续,是对自己利益的处分,具有不可质疑的正当性。而一旦大股东借助资本多数决原则从事危害公司利益或中小股东利益时,资本多数决原则的合理性基础即受到了动摇,相应的制度安排必须对此作出修正,其中的路径之一就是赋予中小股东解散公司的请求权。此时,作为法官就要在大股东利益与中小股东利益之间寻求平衡:一方面不能让中小股东利用公司解散来威胁大股东,另一方面也不能任由大股东压制中小股东。

二是公权救济与公司自治的平衡。公司司法解散属公力救济的范畴,而公司是否存续毫无疑问属于公司自治的范畴。当公力救济与公司自治这样一对矛盾集中到公司解散这一焦点上时,如何拿捏二者之间的分寸就成为法官在自由裁量时必须首先考虑的问题。法官应树立私力救济为主,公力救济审慎介入的理念,只有当中小股东通过私力救济在公司层面上无法化解矛盾时,司法才提供公力救济,这符合新《公司法》所倡导的公司自治理念。

### 二、公司僵局的判断标准

根据《公司法》第183规定,法院判决公司解散必须满足这样三个方面的要件,即公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失;通过其他途径不能解决该问题;由持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东申请。尽管表面看来这三个要件都比较简单易行,但考虑到公司实践的多样性和公司僵局形成原因的各不相同,上述三个要件的满足与否还要依赖法官结合具体案件事实,通过适度释明及自由裁量来作出明确的判断。

#### (一)“经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失”之判断

尽管《公司法》尝试通过“严重困难”和“重大损失”来对该标准予以明确,但这作为判断标准显然是过于抽象笼统,缺乏可操作性。如前所述,有限责任公司所具有的人合兼资合的特点。基于这一点,对这一要件的判断可以从人合与资合两个方面入手。从人合来看,有限责任公司人合基础丧失可能源于这样两个方面的原因:一是基于《公司法》范畴内的争端所致,即公司股东或董事违反法定义务或公司章程规定;二是基于《公司法》范畴之外的争端所致,包括经营理念、市场判断的分歧以及股东个人关系恶化等等。从资合来看,应以公司在经济上是否具有可持续性为主,并对股东利益及公司债权人、员工等相关利益者的利益进行考虑后,判断资合基础是否丧失。

从本案来看,在公司是解散还是搬迁问题上,陈某等六位股东与大地公司的大股东之间



存在巨大分歧，且双方协商无果，二者在对公司是否存续问题上分歧严重，且已经导致关系恶化，有限公司存在所必须的人合性根基已经丧失。在此情况下，如果允许公司听任大股东的意见而继续存续下去，无异于放纵大股东绑架小股东的行为，此为其一。其二，大地公司因环保问题而被当地政府关停搬迁，已经丧失了生产经营所必须的经营场所，且已与员工办理了提前解除劳动合同的手续，相应的公司内部组织机构也已不复存在。在此情况下，公司在经济上已经不再具备可持续的要件，股东也不能从公司的存续中获取收益，公司债权人、员工等相关利益者也无法从公司存续中受益，由此可以判断公司已丧失了资合基础。

## （二）“通过其他途径不能解决该问题”之判断

鉴于司法解散公司是一种破坏性极强的司法救济方式，将损害股东、公司员工乃至债权人的合法利益，该要件显然是要司法机关在审理此类案件时应保持适当的谨慎，引导当事人尽量采用司法解散之外的方式解决争端，但该规定中的其他途径究竟有哪些并不明确。从结合立法的初衷以及公司治理的架构来看，此处的其他途径应主要是指在公司自治层面上的自力救济。即争议双方是否尝试通过公司自治的内部机制如股东大会、股权转让等对双方伤害较小的方式化解分歧。

从本案来看，陈某等六位股东与公司大股东在争端发生后，曾经尝试以内部救济方式通过董事会解决问题，但由于意见分歧较大而受挫。此后，争议双方通过召开股东大会，尝试通过股权转让的方式解决问题。尽管双方就股权转让问题达成了一致意见，并形成了股东大会决议，但最终因为转让双方就付款条件不能协商一致导致股权转让也无法进行。可见，争议双方尝试在公司自治框架内解决争端的努力宣告失败。不仅如此，在争议被诉之法院后，法院召集双方当事人就争议事项进行调解，但终因双方当事人对立明显，矛盾难以调和而失败。至此可以认为，“通过其他途径不能解决该问题”这一要件已经得到了满足，司法解散公司成为解决二者之间争端的最后选择。

## 三、回顾与展望

如前所述，通过司法解散公司的方式化解公司僵局成本很大，且对争议双方而言都会造成一定的伤害，这既不是惟一，更不是最佳的选择。追根溯源可以发现，化解公司僵局在国外经历了一个由单一到多元的发展过程。在早期的英国，中小股东可以申请法院在“正义和衡平”的基础上解散公司，但考虑到解散公司对股东、债权人等伤害太大，“杀死了下金蛋的鹅，对任何人都没有好处”，英国1985年公司法建立了“不公平损害”救济制度，其救济手段主要有股份购买命令和其他救济手段，其他救济手段包括规范公司将来的事务执行、命令公司为或不为特定行为等。无独有偶，美国在1991年修订《示范商业公司法》时，增加了这样的规定：在强制解散诉讼中，公司一个或多个股东可在诉讼提起后90天之内选择是否购买起诉股东的全部股份，一旦公司或股东拒绝收买，公司必须解散。德国也通过判例法创立了退出权与除名权两种救济方式，以此缓和强制公司解散带来的不良影响。因此，在国外司法解散公司这种较为严厉的法律救济措施，除非十分必要，法院不会轻易作出这种判决。

以此视角来观察我国《公司法》关于司法解散公司的规定，可以发现，其中诸多地方有待进一步改善，如解散的判断标准不明确、其他救济途径的缺失等等，这些都需要立法者逐步的进行增补。但在立法作出改进之前，作为司法者的法官则应运用自由裁量权将一些先进的理论和经验运用到具体的司法审判中去，积极引导股东通过和解、强制股权收购、提起侵权之诉等更为温和的方式来化解公司僵局，以此弥补现行规定的不足，并为法律修改进行必要的实践准备。

**[房地产] 追踪：开发商无地售房 未受处罚仍在违法售房**

法制网

辽宁省朝阳市城区内的一块土地至今尚未挂牌出让,土地上还有几十间民房至今尚未拆迁,朝阳市腾龙房地产开发有限公司(以下简称腾龙公司)却已在这块不属于自己的土地上卖出了上千套子虚乌有的房屋,并已获取了数千万元的售房款,致使数千名购房者面临巨大的经济风险。(2007年8月8日,法制日报曾对此事做了详细报道。)

此事见报后,引起了建设部、国土资源部等相关部门的关注。8月27日,记者再次前往当地进行跟踪采访。

在辽宁省建设厅房产处,该处工作人员见到记者的第一反应是:“连地都没有,拿什么卖房?这种没有取得土地使用权就敢预售房屋的行为全国罕见,这是百分之百的违法行为,还可能涉嫌诈骗。”报道见报当天,该处就要求朝阳市房地产局立即核查并书面汇报此事。

腾龙公司无地售房可能涉及诈骗的怀疑是有根据的,记者在辽宁省国土厅监察局了解到,省公安厅经侦总队已派人调查此案。

腾龙公司设在朝阳市燕都国际酒店北侧的“淮南花园售楼处”现已人去楼空,一道铝合金的卷帘门紧闭着。旁边的商户告诉记者,这个售楼处关了很长时间了,有好多人来找他们都没见到人。

一些已经买了“淮南花园”的购房者忧心忡忡,他们因担心房款被骗要求退房,但不是遭到拒绝就是根本找不到开发商。一位不愿透露姓名的下岗职工拿出购房收据激动地问记者:“这可是我四处借来的钱,要是开发商骗钱政府管吗?”也有不少通过单位购房的人,相信了单位领导“买淮南花园没问题,这块地最后肯定是腾龙公司的”承诺,而交了房款。

然而事实是,腾龙公司收取了数千万元预售款的“淮南花园”商品房,一没有建房的土地;二没有施工建房的手续;三没有预售房许可证;四没有和购房者签订国家规定的正式购房合同;五没有出具正式的购房发票,有的购房者拿到的甚至只是没有公章的收款白条!可见,腾龙公司卖给购房者的是一个没有任何合法手续的、只存在于图纸上的“空中楼阁”。

我国《城市房地产开发经营管理条例》第三十九条明确规定:“擅自预售商品房的,由县级以上人民政府房地产开发主管部门责令停止违法行为,没收违法所得,可以并处已收取的预付款1%以下的罚款。”

可是,腾龙公司违法预售商品房的行为至今没有受到任何处罚,这一点记者在朝阳市房地产局得到了证实。8月30日,宋国强局长告诉记者,他曾两次问过腾龙公司的老总孙某,孙某都否认预售过“淮南花园”的房子,局里也派监察人员到现场查过,没有发现什么问题。

有知情人透露,腾龙公司还在私下卖“淮南花园”的房子,要先交5万现金。

到底谁来监管朝阳市无地预售房的违法开发商?如此严重的违法行为谁来处罚?腾龙公司骗取的数千万元购房款何时退还给购房者?截至记者发稿时,还没有人能给出回答。

## [商业犯罪] 职务犯罪呈现六大特征 公司企业加入“公贿”行列

法制网

“在2006年检察机关提起公诉的职务犯罪案件中,省部级干部腐败案有8件,一些公司企业也加入行贿者的行列,出现‘公贿’现象。”在9月7日全国百强县(市)检察长论坛会议上,最高人民检察院公诉厅负责人透露说。

据这位负责人介绍,当前职务犯罪案件态势依然不容乐观,国家公职人员犯罪增长势头不减。目前,职务犯罪案件呈现六大特点。

一是涉案金额持续上升。2004年以来，职务犯罪案件涉案金额在千万元以上的逐步增多，2006年比2003年增加近一倍。随着国有企业市场主体地位和地方政府发展经济意识的增强，一些公司、企业加入行贿者的行列，出现了“公贿”现象，贿赂犯罪呈内在加速发展趋势。

二是体制转轨带来职务犯罪热点领域的变化。随着经济高速发展，资源供求矛盾突出，与经济发展联系紧密的领域，成为行贿者的集中目标。资金项目审批立项、配额分配，公司上市调配审批、交通管理、房地产市场和工程建设发包领域，证券、期货市场等，逐渐成为贿赂犯罪重点区域。

三是职务犯罪领域相互交织，窝串案增多。由于各项机制的逐步健全和权力细化，为促成一件事，行贿人需要向多层关卡人员上下打点，造成窝串案增多。

四是犯罪分子打着公开合法的旗号掩盖犯罪事实，掩盖受贿实质。如表面以借贷为名，实为有借不还。还有人在职时办事，退位之后再收钱。非职务时期的贿赂成为一个新现象。最近，中纪委出台相关规定，最高人民法院和最高人民检察院出台了相关司法解释。

五是罪犯级别越来越高。从20世纪80年代后期开始，全国检察机关查处县处级公职人员贪污受贿人数明显上升。近几年省部级以上干部犯罪明显增多，2003年5件，2004年6件，2005年9件，2006年8件。

六是贿赂犯罪呈跨国化趋势。一方面，贿赂是全球性的问题，一些跨国企业为了牟取暴利，向投资地国家公职人员行贿。另一方面，贪官外逃现象，给国家财产流失带来巨大影响。由于我国与一些国家没有司法协助协定，不仅影响惩治职务犯罪的整体效果，也给国家财产带来损失。（记者钱贤良）

## 【飞机租赁】税负不合理缺乏法律支持 飞机租赁遭遇外资垄断

法制网

中国航空集团财务公司飞机租赁业务专家近日向媒体表示，目前飞机租赁的需求量越来越大，但国内现有的一百多家融资租赁公司中，开展飞机租赁业务的国内独资和中外合资的飞机租赁企业只有五六家，大部分飞机租赁业务被外资租赁公司所垄断。导致该业务发展滞后的主要原因是：我国缺乏必要的法律、税收方面的政策支持。

据专家介绍，法律方面，中国目前尚没有制定颁布统一的租赁法，合同法、会计准则以及最高法司法解释中对融资租赁的界定也不统一，同时不同的租赁公司还由商务部和银监会分别监管，这就使得国内飞机租赁业务缺乏统一的法律依据和政策指引；税收方面，飞机的中长期经营性租赁税负不合理，所得税投资抵免政策不明确，并且存在重复征税的问题。

对此，有专家建议，中国现在已具备了打破飞机租赁被国外垄断的条件和能力，开展国内飞机租赁业务的时机已经到来，这就需要相关部门推出必要的政策措施，促进我国飞机租赁业的发展：一是给予国内飞机租赁公司足够的税收优惠。在引进飞机时享受航空公司待遇（即关税1%，增值税4%），并降低或免征5%的营业税、免征产权转移税和印花税。国家有关部门应对本国和境外资金的融资租赁业务、境内不同机构开展的融资租赁业务实行统一税种、统一税率、统一税基。二是鼓励有实力的金融机构、航空制造企业或航空运输企业出资设立飞机租赁公司，加速金融资本和产业资本的融合。三是在国家统筹规划的前提下，适当给予国内租赁公司飞机引进指标。此外，国家也应该给予租赁公司在购买飞机上与原使用商同样的购买优惠政策。四是尽快对租赁立法，统一租赁各种理论和概念，改善我国飞机租赁的法律环境和理论基础。

(记者陈煜儒)

## [电信资费] 信息产业部两个月清理 4 万个夸大优惠等资费套餐

法制网

昨日,记者从信息产业部获悉,自6月份起,各省市在电信资费套餐清理过程中,超过4万个夸大优惠、资费不透明等形式的套餐得到清理。据了解,针对电信企业推出的资费套餐数量过多,资费宣传过程中夸大资费优惠幅度,模糊资费结构和使用条件等问题,信产部联合国家发改委于今年5月宣布,用半年时间在全国范围内对现行电信资费套餐进行全面清理,最终检查结果将在10月底公布。清理工作将围绕简化结构、减少数量和通俗易懂这三个目标进行。

根据最新进展,截至7月底,全国资费套餐清理数量超过4万,套餐数量下降超过80%。其中,四川省在网用户资费方案由清理前的18402个,减少到11864个,减少率达到35.5%;福建省共清理电信资费套餐2788个,现有资费套餐比清理前下降83.9%;内蒙古自治区共清理资费套餐466个,迁出用户16294户,停售套餐843个。

据了解,这些被清理的资费套餐包括未明示最低消费金额的“神州行畅听卡”、存在网内外差别定价的“神州行大众卡”、“如意通”等等。目前,各省已将带有此类套餐的车体宣传广告、社区户外路牌及相关宣传单撤下或回收。

信息产业部电信研究院相关专家认为,资费套餐事实上是电信运营商之间竞争的产物,但当竞争趋向恶性时,一些貌似优惠但实际上是存在资费陷阱、欺诈的套餐也应运而生,不但扰乱了市场秩序,更伤害了消费者。因此,抵制和清理不良资费套餐势在必行。信息产业部已把清理资费套餐列为全年重点工作,并要求各家运营商全力配合。

银河证券分析师王国平告诉记者,信息产业部对资费套餐的整理对运营商的营收影响甚微。此前的套餐的出台是运营商之间资费大战的产物。而套餐从来都是只有新的推出,却没有套餐退出市场,事实上,几年前的套餐早已无人使用。可见,套餐的整理并不会对运营商的业绩产生冲击,消费者却可从资费套餐的整顿中获得好处。(张韬)

## [德衡动态] 首届中国 CLO 论坛在京举办 中世联盟首次高调亮相

德衡商法网

“企业家应学会运用法律‘外脑’,防范风险即创造利润。”——9月12日,由路伟国际律师事务所和国内首家跨国律所联盟——中世律所联盟主办的首届中国CLO创新实务论坛上,来自美国铝业、IBM、中石化、中海油、中信等100多家国内外知名企业的法务管理者达成共识:企业总法律顾问和外部专业律师是企业家的法律‘外脑’系统,是企业防范法律风险的最佳屏障。

目前,多数中国企业家的法律风险观念仍然淡薄,甚至把法律风险的防范视为创造利润的绊脚石。与此同时,随着中国市场与境外市场的双向接轨,中国企业所面临的法律风险正在急剧增大。2006年全年,中国企业对外直接投资总额161亿美元,同比增长32%;但另一方面,其在境内外并购重组、产品责任、知识产权等领域却都遭遇了不同程度挫折。而只要某一个项目遇险,企业损失的资产往往是其收益的数倍。

“CLO应该超越防范，积极融入到为企业创造利润的角色里。”中世律所联盟副主席、德衡律师集团管理合伙人栾少湖表示，在今天的市场环境下，企业设立成熟的法务部门，给予CLO充分的参与与决策权，提前防范与化解风险，减少损失，正是从另一角度为企业创造利润。

“从全球企业发展规律来看，选择企业外部专业法律顾问支持是一个趋势。”路伟全球首席合伙人John Young在接受采访时说。栾少湖强调，CLO不应纠缠于具体法律事务，具体的法律事务外包给更专业的外部法律顾问，自己则作为企业法律工作的领导者，从法律角度进行规划与设计整个企业的发展。中世律所联盟副主席、广州广大律所主任薛云华则指出，外部律师特有的约见、取证等权利，能为企业法律事务提供无可取代的便利。

“企业内部无法提供所需要的专家建议，是将法律事务外包的最普遍原因。”中世律所联盟主席、路伟北京主任合伙人吕立山建议，具有涉外业务的中国企业选择几家不同专长、不同地域的律所作为长期战略合作伙伴，这种合作模式的优点在于专业化和适应跨国境、跨地域的市场需求。

“不要因为预算的限制，让你的公司损失获得最好法律服务的机会。”IBM中国区总法律顾问齐斌认为，企业法务部门应该与外部法律顾问搭建成熟、互补的合作，尤其是在诉讼、仲裁和知识产权等领域。他建议，国内企业在挑选外部法律顾问时，应考察其在专业领域是否顶尖；对企业业务模式、商业环境和面临问题的理解是否有足够的深度和广度；此外，律所内部团队协调性也是考量因素之一。

特别令人瞩目的是，今天CLO论坛会议期间，刚刚组建完成的全国首家中外律所合作成立的律师联盟——中世律所联盟高调亮相，该联盟主席吕立山和联盟副主席上海锦天城所合伙人朱林海、山东德衡所合伙人栾少湖、广东广大所合伙人薛云华都在论坛上就律师联盟与CLO合作发展发表演讲。

来自联盟内九家中国所的管理合伙人和路伟国际律所北京代表处主任吕立山一起在“中世律所联盟”横幅上郑重盖印承诺结盟将会议推向高潮。路伟国际所伦敦总部全球首席合伙人Joho Young和亚洲及中东区执行合伙人袁瑞平以及路伟上海、香港的负责人参加了本次CLO论坛，并致辞祝贺中世律所联盟成立。

本次在北京喜来登长城饭店举办的活动吸引了国内外近500名嘉宾参加。本所合伙人栾少湖、胡明、霍建平、李旭修、蒋琪、徐昌荣、廉恩臣、胡先明、伏青、邱榆霞、宋晓、冯利辉、王波涛等及本所在青岛、济南、北京的客户代表50余人参加了本次会议。

#### 相关链接:

[中国CLO创新实务论坛发言人速记文稿](#)

## [客户动态] 黄金股高位起舞 山东黄金股价首超贵州茅台

青岛新闻网

昨日大盘先抑后扬，早盘权重股横盘调整，直至午盘才出现回暖迹象。山东黄金、中金黄金两只黄金股双双涨停，成为昨日市场最惹眼的明星股之一。

行情显示，早市收盘前半小时，山东盘中成交量突然放大，随后被封至涨停，涨停后股价曾两次被打开，午盘便被牢牢封死，即便如此，全天的成交量较上一交易日还有小幅放大。截至收盘，中金黄金股价报156.44元，首次突破150元。在山东黄金涨停的示范效应下，中金黄金也震荡走高，午后也是在突然放大的成交量拉动下，封死涨停。终盘报129.47元。在两只黄金股涨停带动下，中钨高新、新疆众和等有色金属股尾盘也纷纷涨停。

随着黄金股上扬，两市百元股排序再次发生变化。截至昨日收盘，两市仍有4只百元股，分别为中国船舶、山东黄金、贵州茅台、中金黄金。其中，山东黄金股价首次超过贵州茅台，成为两市第二高价股。

其实，高价股高位起舞的现象在本轮牛市中并不鲜见。5月底至昨日，两市第一高价股中国船舶出现过5次涨停。但相比之下，山东黄金与中金黄金的走势更令人咋舌。山东黄金自8月6日加入百元股行列以来，已出现4个涨停，股价在一个多月内上涨了62%，中金黄金在8月28日创下连续第二个涨停后，股价跃上百元，至昨日短短十个交易日内，也出现2次涨停，股价上涨了29%。

消息面上，美国纽约商品期货交易所期金上周五大涨。而昨日新华社消息称，山东莱州市发现一处大型金矿，探明储量51.83吨，潜在价值近80亿元。这两条信息都可能成为昨日黄金股走强的刺激因素。

搜狐证券声明：本频道资讯内容系转引自合作媒体及合作机构，不代表搜狐证券自身观点与立场，建议投资者对此资讯谨慎判断，据此入市，风险自担。

（山东黄金集团是德衡律师集团法律服务单位）