

本周关注：华为辞职

[事件动态] 劳动和社会保障部：华为规避性裁员不明智

[事件透视] 华为员工辞职的欢喜没辞的羡慕 如何定性遇难题

[专家观点] 法律界人士：“集体辞职”难以达到规避法律目的

案件聚焦

[商标字号] “吴良材”字号与商标斗“法” 有法律盲点无“真空”

[虚拟股东] “中复电讯虚拟股东案”终审判决虚拟股东败诉

[房屋群租] 上海首例“群租”案落槌 物业公司阻止“群租”胜诉

[走私犯罪] 深圳破获案值 16 亿白银走私案 揭开案件背后秘密

业务动态

[私募基金] 何以管住国内股市万亿私募基金

[金融证券] 非法证券活动伺机作案 证监会教授识别的技巧

[股票证券] 中国石油回归 A 股开盘价 48.60 元 全球市值第一

[公司上市] “娃娃股东”背后有没有“富爸爸”

[公司立法] 公司案件审理面临九大困境亟待司法解释明确

交流互动

[德衡动态] 德衡律师主讲“《劳动合同法》对企业的影响及风险控制讲座”

[客户动态] 家电大鳄掘金股市地产 海尔海信岛城再次争锋

[事件透视] 劳动和社会保障部:华为规避性裁员不明智

第一财经日报

华为补偿 10 亿元鼓励 7000 名员工辞职的事件，可能会出现意想不到的结局。

劳动和社会保障部法制司司长闫宝卿昨天就该事件表示，7000 名员工辞职并没有真正离开公司，因此不能算作解除劳动关系；正在酝酿的《劳动合同法》的实施细则将对辞职后再签约的间隔期进行规定。

这是闫宝卿 8 日在上海出席由某律师事务所主办的“《劳动合同法》理论及实务研讨会”上向《第一财经日报》表示的。闫宝卿说：“现在还不了解华为这样做的真实目的，但这样做不太符合常规。”

他认为，华为员工虽然主动递交了辞呈，但是这 7000 多名员工并没有真正离开公司，他们之间的劳动关系不能算已经解除。

闫宝卿还表示，劳动和社会保障部正在酝酿《劳动合同法》的实施细则将会对这样辞职后再签约的间隔期做一个规定。“辞职一两天后又签约，工龄肯定不会这样就中断，实施细则倾向于认定间隔期会有一个相对长的时间，绝不会是两三天。”

据他介绍，实施细则现正在征求意见阶段。此前，劳动和社会保障部工资司纪检书记王瑞向本报记者透露，实施《劳动合同法》的相关规定在 11 月或 12 月会出台。

那么，如果华为确有花上 10 亿元来规避劳动合同法的意图，是否会因此生变？闫宝卿没有置评。他表示，法律本身不可能规定那么细致，《劳动合同法》出台前也料到会有一些企业试图规避，因此相关的司法解释、实施细则都会紧跟上来，所以规避法律的行为并不明智。

此前，全国劳动争议处理专业委员会秘书长范战江就对记者表示，不少企业试图规避劳动合同法的做法其实是对“无固定期限合同”的误解。不少企业将其理解为“铁饭碗”。

闫宝卿解释说，只要符合法定条件，无固定期限合同随时都可以解除，并没有多大程度上妨碍企业的用人自主权。“法律上鼓励企业签无固定期限合同只是为了保证劳动关系更加稳定，更加和谐。”

华为的“集体辞职”，沃尔玛的“裁员”，曾被质疑为针对即将生效的劳动合同法，并且被认为是开了一个不好的“头”。实际上，试图在《劳动合同法》生效前，对现有劳动关系进行调整规避风险的企业不在少数。

对此，上海协力律师事务所荣红梅律师表示，华为这样做并没有违反法律，“企业本是以赢利为目的，它基于自身利益的考虑做出各种符合市场规律的选择，无可厚非。不能要求企业像学者、官员那样去考虑问题，社会保障、增加就业这主要是政府的责任，不应该让企业承担。”

荣红梅认为，企业规避某些法律限制也不是今天才出现的新现象，作为众多企业法律顾问的律师，很多时候都会为企业寻找一条实现其最大利益的合法道路，大家都没有什么过错。（第一财经日报）

华为员工辞职的欢喜没辞的羡慕 如何定性遇难题

四川新闻网

记者调查华为 7000 人辞职内幕“辞职的欢喜 没辞的羡慕”99.9%的员工被返聘，并获高额补偿和带薪休假，劳动部门至今尚未接到华为辞职员工的投诉“有钱拿有假要 我也想被辞职”

记者调查华为 7000 人辞职内幕，劳动部门至今尚未接到华为辞职员工的投诉

长时间的禁口之后，7 日，华为方面表示，7000 名具有 8 年以上工龄员工自愿辞职竞岗事件结束。辞职员工中约 99.9%的员工在获得高额补偿之后，重新获得相应的岗位。“辞职”员工皆大欢喜，而此前曾表示将高度关注、并介入调查的广东省劳动与社会保障部门，取消了情况说明会继续沉默。

自此，被媒体广泛解读的华为“辞职门”事件，虽盖棺，却并无官方结论。

华为声明：

7000 人辞职 让企业更有活力

11 月 1 日，华为 7000 人辞职事件进入 20 天之后，深圳市劳动与社会保障局发现，7000 华为辞职成了他们不得不对应的麻烦。劳动保障部和广东省劳动厅的询问电话直接打到了深圳市劳动局。2 日一大早，深圳市劳动局组成由劳动关系处处长秦晓南为首的调查组，赶赴华为听取情况说明。

深圳市劳动局新闻发言人米科长介绍：“由于辞职人数多，影响大，我们压力很大，工作组双休日都在加班”。但他拒绝透露调查的进展，并称事关重大，需研究后才能做出结论。

11 月 5 日，华为单方面向部分媒体记者发来一份传真，对 7000 老员工辞职事件进行情况说明。在这份“情况说明”里，华为强调，7000 人辞职是为适应业务国际化的拓展，提升国际竞争力，华为进行了一系列的人力资源制度变革，包括人岗匹配和定岗定薪的薪酬制度改革、员工福利和保险保障制度的改革等，目的是让企业内部更和谐、更富有活力。是为改良企业“工号文化”，并按照员工自愿的原则。

华为还特意强调，7000 人自愿辞职，是建立在对《劳动法》深入学习和领会的基础上。

劳动部门：

事件如何定性？遭遇法律难题

6 日，广东省劳动厅原定当日召开的说明会突然被取消。深圳市劳动局劳动关系处处长秦晓南告诉记者，事情正在研究，两日之内，他们会给公众一个明确说法。但一直到 8 日，深圳市劳动局仍没有兑现承诺，其新闻发言人米某称，现场调查虽已结束，但劳动部门还在跟进关注，不方便表态。

深圳市劳动局政策法规处工作人员告诉记者，华为 7000 人辞职更像是华为单方面的表演。他们专门开会强调“严禁对外发布消息”。据她介绍，劳动部门禁口的主要原因是劳动局对该事件的认定遭遇法律难题。新《劳动法》实施前，现在沿用的旧《劳动法》对 7000 华为员工辞职事件无对应的条款。且华为的 N+1 赔偿方案，高于即将于 2008 年 1 月 1 日开始执行的《劳动法》的补偿标准。劳动法的实际意义在于维护劳动者的基本权益，在华为员工的基本权益得到充分保障的前提下，劳动局本身不能违法行政。她举例，到目前，无直接当事人投诉华为技术方面侵犯劳动者的基本权益。

记者现场查询深圳市劳动局投诉接待记录时发现，在华为 7000 员工辞职事件爆发 20 多天后，全市劳动部门没有接到一个当事华为员工的投诉。

华为员工：

有钱拿有假休 没“辞”的人很羡慕

7000 人被要求集体辞职，媒体“舆情汹汹”，身处漩涡中心的华为是否会成为一锅开水？

6 日，当记者再次赶赴华为城时，看见的依然是一片平静。严格的保安将所有试图进入华为城的记者挡在门外，理由是没有经过预约，不接受采访。偶尔可以见到佩带工作牌的华为员工按部就班的忙碌着。

据一位 2004 年进入华为的员工介绍，10 月上旬，公司内部老员工曾有过一些议论和担心，但随着补偿和大多数人的“竞聘”返岗，担心早就过去了，只是媒体还在炒。现在自己所在的部门每个人该干什么干什么。没有进入 7000 人大名单的人，还对那些被“辞退”的员工很是羡慕。根据 N+1 补偿方案，他们首先是领到一大笔现钱，在辞职等待竞聘时，还可以享受 5 天到 1 个月的带薪休假。羡慕还来不及呢。

尽管内部并无大的分歧，但华为还是有严格的禁口令。一个叫贺军的华为员工告诉记者，他不能说话，因为公司有规定。深圳华为技术人事部除了经媒体联络部门给相关媒体发内容一致的传真外，不接受任何采访。7000 人辞职事件，除了让企业增加大量的行政成本外，实际收获会有多少？面对记者的询问，深圳华为人事部副部长张志刚一笑而过：“7000 人辞职？我不知情。”

记者手记

7000 人辞职

一场兴师动众的 CEO 事件

“舆情汹汹”，但从结果来看，7000 人皆大欢喜的辞职与《劳动法》的尊严无关。

作为取消“工号文化”的标志，任正非的 001 号工号可能随辞职事件而易主。但任正非还是任正非。在《华为内刊》的内部刊物上，随时会有他激情四射的写作，此次也不例外，他那篇激情四射的《天道酬勤》之后，7000 人集体“辞职”，是否有组织的行为我下不定论，但动作出奇的整齐划一。

在华为的粉丝们看来，任正非是神，N+1 方案从容地游刃在新劳动法第 14 条“军规”之上。但从人的动物属性看，任正非是人，不可能是神。既然 N+1 的成本，可以从容应对任何一个试图懈怠的华为人，又何必如此兴师动众，损耗大量人力物力，并让一大群记者和职能部门闻风而动外加胆战心惊？

舆论解读任正非的辞职门事件为“赔了夫人又折兵”。但我更愿意将其突然发起的 7000 人集体“运动”看成一个危险的信号。当个人魅力远去之后，一个企业最终还是要靠制度和远景来延续。“华为帝国”的守业时期，期待的这还有赖于管理者的放权。

因为常识和案例告诉我们，折腾不等于管理，企业更不等于 CEO。（龙灿）

[事件动态] 华为“辞职”事件考问立法智慧 全总已经介入

北京晨报

对于这种“上有法律，下有对策”的情况，有关方面确实需要有一个足够理性和辩证的态度，并尽可能采取一定的制度性应对措施，来减少、避免对相对处于弱势地位的劳工权益造成不必要的损害，从而逐渐实现一种日益公平、和谐的劳资关系

近年来，全国一些地方先后出现了一些企业解约风潮。先是我国知名 IT 企业深圳华为公司近日通过了鼓励 7000 多名工作满 8 年的老员工“自愿”辞职的方案；后是国际零售业巨头沃尔玛公司在我国掀起了一场比例超过 15% 的裁员风暴。

虽然华为方面一再否认自己是在规避法律，但人们不难发现，华为此举其实主要有两个

目的：一是直接规避劳动合同法中“已在用人单位连续工作满10年，可与用人单位订立无固定期限劳动合同”的条款规定，从而卸下在新劳动法中应承担的经济与法律责任，更多地为企业将来的发展减轻负担；二则确实可能是其对外宣称的那样，是为了更多激发员工的进取心，保证企业拥有足够的竞争力。

应该说，由于目前劳动合同法尚未正式实施，华为这种做法确实还谈不上对法律的违反，而只能说是在钻法律的空子，在规避法律。而且，和一些企业压根就不遵循劳动法的行为相比，华为这种主动规避法律的行为从某种角度上来说，其实正是尊重法律的一种表现。此外，无论是华为为所有自愿离职的员工提供的相对较高的补偿标准，还是其将高级管理人员与普通员工一视同仁的做法，更是使华为的这一充满人情味的做法获得了一定的社会舆论支持。

但鉴于华为的社会影响力，人们还是不由得担心，此举会形成一种“破窗效应”，从而使更多处于“劳弱资强”格局下的企业以更为粗暴的方式“跟进”。这不，和华为还可以拿高额补贴、还可以重新竞争上岗的脉脉温情相比，沃尔玛做得显然更绝更狠：不仅说裁就裁了，没有任何余地，而且更是要求当天就交出相关东西走人。沃尔玛的这种行为，足以让社会各界深思和警惕。

那么，到底是什么原因，使得这种企业解约行为如此集中出现呢？随着思考的深入，问题的焦点逐渐对准了劳动合同法第14条的规定：劳动者在同一用人单位连续工作满10年的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。

应该说，立法机关当初制定该规定时，其实不仅是为了充分保障劳动者的合法权益，而且也是为了企业更好更健康的发展。因为只有纠正目前劳动关系中那种流动性相对过大的不合理现象，尽可能稳定劳动者的职业，才能使其更为熟练、深入地掌握技能，才能更好地培养职工对企业的忠诚度，进一步增强企业的凝聚力，从而相对减少企业频繁换人的损失。遗憾的是，尽管立法机构有着如此人性、先进的立法目标和价值取向，但其在具体法律的运行设计方面，却明显存在一些相对过于简单、粗糙的成分。

首先，让老员工签订“无固定期限”的终身合同，固然有利于稳定职业，但这不仅要求企业支付更多的用人成本，也容易出现员工臃肿、不思进取、效率低下等一些国有企业曾集中拥有过的毛病，而这些显然是那些成长型、创新型企业难以承受的。因此，尽管企业确实有其不可推卸的社会责任，尽管该立法也确实有利于企业的整体性健康性发展，但立法机关显然不能过多地信赖和依靠这些更多强调道德自律的责任意识。现实生活中，总是会有一些目光短浅，经济实力不够的企业难以承受起这份美意。因此，如何通过更为具体、合理的制度规定，来循序渐进地有效平衡和化解这其中的价值冲突，显然是我们的立法机关在今后的立法过程中需要进一步思考和探索的问题。

同时，劳动合同法颁布之后和实施之前，中间存在着大半年的过渡期。虽然立法机关其实早已考虑到了新法对用人单位可能带来的冲击，但却并没有拿出一个直接针对企业与新法过招的防备预案，人们更多看到的是一种口头性的要求和提醒，而这就足以以为一些“劳弱资强”的企业规避法律提供足够的时间和机会。因此，对于新法实施之前可能存在和出现的一些问题，立法机关不仅要有尽可能充分的考虑，也应有一个尽可能系统、有效的应对性措施。这些，显然也正是我们的立法机关今后需要考虑和加强的地方。

北京大学法学院院长朱苏力教授曾说过一句很有辩证意味的话：法律规避也是制度创新的一个途径。诚然，立法本身确实不是万能的，总是难免会存在这样那样的问题，这本身或许是立法本身难以避免的阵痛。但对于立法者来说，立法之后出现的一些社会现实问题，其实不仅是对立法的直接反馈，同样也是一种侧面的提醒。只有更为充分、全面地从各种问题中不断寻找完善制度的契机和启示，各种法律制度才能逐渐趋向于合理和完善。因此，对于如今这种“上有法律，下有对策”的情况，有关方面确实需要有一个足够理性和辩证的态度，

并尽可能采取一定的制度性应对措施,来减少、避免对相对处于弱势地位的劳工权益造成不必要的损害,从而逐渐实现一种日益公平、和谐的劳资关系。

相关报道

全总已介入华为“辞职门”事件 调查结果暂不公布

记者昨天(6日)致电全国总工会,全总宣传中心一位负责同志表示,目前全国总工会正密切关注华为公司“辞职门”事件的进展,同时已对该事展开调查,目前正在进一步了解过程中,不便发表言论。该同志说,“调查后,全总会发布一个统一的说法。”

据悉,原定于昨天下午4点半召开的有关华为事件的新闻发布会被临时取消。据了解,本次新闻发布会已提前向多家媒体发出采访通知,说是广东省劳动保障厅和华为将在本次会议上对华为事件做一较为清晰的说明。临时取消会议的原因有关部门也没有解释。

华为事件新闻发布会昨天被临时取消

最新进展

调查结果暂时不能公布

近来,华为公司“辞职门”事件(大约7000名在华为工作满8年的老员工“主动”请辞)沸沸扬扬,媒体、学者、律师众说纷纭。而事件当事人——华为公司的有关人员则否认此事件是为规避将于2008年1月1日施行的《劳动合同法》。

无独有偶,沃尔玛全球采购中心近日也发出裁员通知,全球超过200名的员工将被“无原则解雇”,其中中国员工占总数一半左右。据了解,沃尔玛中国区的裁员工作基本完成。

广东省劳动与社会保障厅办公室相关负责人昨天在接受本报(注:指北京晨报)记者电话采访时表示,省劳动部门已对华为、沃尔玛裁员事件进行了调查,并将调查结果报予全国劳动部门,但是目前没有考虑公布。

该负责人表示,要看形势发展,劳动部门认为暂时没有公布调查结果的必要。此外,该负责人强调,华为、沃尔玛裁员事件属企业行为,广东省劳动部门从未作过任何形式的评论。该负责人说,如果有员工投诉,省劳动部门会受理,确经查实属于违法裁员的,可予以撤消。不过,目前尚未接到一例华为和沃尔玛员工的投诉。

新闻发布会被临时取消

记者昨晚连线《南方都市报》深圳记者站得知,原定于昨天下午4点半召开的有关华为事件的新闻发布会被临时取消。据了解,本次新闻发布会已提前向多家媒体发出采访通知,说是深圳劳动局和华为将在本次会议上将对华为事件做一较为清晰的说明。临时取消会议的原因有关部门也没有解释。

“很多企业正抓紧修改合同”

“自从新的《劳动合同法》草案出台,就有非常多的公司来咨询用人合同和章程制度方面的事情了。”

路珉,北京市君泰博华律师事务所律师,劳动法、公司法实务专家。她擅长根据企业规模、经营管理特点及人才需求情况,编制适应企业自身特点的劳动合同。已和众多著名公司合作,被多家企业聘请担任劳动法律顾问。路珉说,现在,为企业提供相关方面的咨询成为她工作中一个挺大的“工作量”。

“将于2008年正式实施的新的《劳动合同法》将更加健全,众多的企业都非常重视。而且,在草案出台后,就有许多公司开始关注了。”路珉说,新法里将用人单位和员工的责任和义务规定得更加细致,许多公司来向她咨询相关事宜。“有的公司以前没有劳动合同,现在正着手拟订,而有合同的公司则希望我们帮助他们发现合同或公司章程制度不健全和不适合的地方,补充之前的漏洞。”

企业要逃避责任被劝阻

路珉说，在新的《劳动合同法》中，用人单位有了更重的义务和责任，“也有的企业向我们咨询如何能在某种程度上‘规避风险’，但事实上，新的《劳动合同法》中有明白的规定，我们也会像企业解释清楚，所有的责任都是无法逃避的，越是试图逃避，承担的风险就会越大。”

“以前许多企业不愿意签合同，认为会增加许多责任。而现在不同了，草案发布以后，越来越多之前没有劳动合同的公司更愿意签合同。”路珉说，在她与这些公司交流中发现，公司普遍意识到了和员工签订合同的重要性，“公司明白，合同对于双方都是一种监督，对双方都有好处。而且对于即将实施的新法，不签劳动合同的公司将面临更大的风险。”

“管理者同时也是劳动者，每一个人每一个公司都要适应新法的实施。”路珉说。而对于华为辞职门事件，她认为这是华为对于新法即将实施的一种“变更”，但是，以辞职的方式来“适应”新法，合理性是需要考虑的。

工会表态

正对裁员事件进行调查了解

针对华为、沃尔玛裁员事件，记者昨天致电全国总工会。全总宣传中心一位负责同志表示，目前全国总工会正密切关注此事的进展，同时已对该事展开调查，目前正在进一步了解过程中，不便发表言论。该同志说，“调查后，全总会发布一个统一的说法。”

北京市总工会宣教部副部长李果昨天表示，工会是维护员工合法权益的组织。北京市总工会已要求相关部门密切关注此事。因事件不发生在北京，市总工会不好表态。

工会作用有待进一步加强

华为、沃尔玛事件发生后，有评论人士说，在合法与非法的争议上，在规避与应对的分歧上，基本上都是热心的媒体、民间的法律专家在众声喧哗。而譬如工会这样一些该为职工争取权益的部门却失声了。

对此，从事工会工作近30年，现任某大型国企工会主席的张占（化名）有一肚子的话要说。在张占眼里，无论是国企、还是外企，所有单位的工会都应该起到承上启下的作用。“上要对行政部门负责，为企业创造最大利益，完成企业奋斗目标；下要对员工负责，为员工争取利益，监督行政部门的行为，保护企业员工的合法权益。”

尽管在张占心中，这是标准的工会职责，但是他不得不承认，“实施起来难度很大”。

对于华为、沃尔玛大裁员事件，张占说，工会应加强作为。同时，张占表示，企业在做裁员这样的大动作前，其裁员计划必须要提前通报工会。但沃尔玛的工会是否知晓并参与了裁员博弈，这一点就不得而知了。

专家解读

违反规定要付双倍工资

中国人民大学法学院教授、博士生导师、劳动法和社会保障法研究所所长林嘉详解道：按照新《劳动合同法》规定，劳动者在用人单位连续工作满十年，用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，或者连续订立二次固定期限劳动合同，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。

规定内容还有：“用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付两倍的工资”。

不能胜任工作的可辞退

“新规难免让不少企业紧张，以至于一些企业会采取一些措施试图规避责任。我能理解，但我认为这样的企业过于敏感了。”林嘉说，实际上，无固定期限并不等同于原来的固定工，劳动合同法同时规定了用人单位解除劳动合同情形和经济性裁员的条件，用人单位大可不必畏惧或排斥无固定期限劳动合同的适用，只要企业能优化管理，无固定期限劳动合同反而能

更好地凝聚员工，建立稳定和谐的劳动关系。

“有的公司就怕给员工‘铁饭碗’，其实，根据劳动合同法 39 条、40 条和 41 条的规定，如果员工出现违规、或者不能胜任工作的情况，同样是可以被辞退的。”林嘉说，或者因为企业转产、合同定位变化、技术革新等需要，正常的裁员是被法律法规允许的。“所以说，华为的做法有些过激，员工续签之后，仍旧是劳工关系的延续。10 年之后，他是不是还要这样做呢？”

“敏感期”应该平稳过渡

“不得不承认，在新法即将实施的阶段，的确是个‘敏感期’。”林嘉说，这些规定表明我国劳动合同法希望通过法律的规范和引导来达到更多的无固定期限劳动合同适用的目的，从而实现劳动关系的长期稳定。她说，这段时间有很多企业在调整用工合同和制度规范，希望律师们能给与企业更多的正确指引。

据了解，另一家著名的食品企业曾在 2005 年辞退工龄 9 年的员工，林嘉说，不仅其一家，当时有很多企业都制定过“9 年合同”，随着新法的实施，这样的情况将被规范。

“企业担负重要的社会责任，华为作为效益上佳的企业，这件事却对社会造成了不好的影响，在这个时期希望不会有企业盲目跟风。”林嘉说。

好环境也能让老员工发挥才能

智联招聘高级职业顾问郝健说，企业在进步，而员工缺乏竞争力，停滞不前，就是企业中的沉淀层。通常出现在发展时期较长的企业，发生在供职一个企业年头较长的员工身上。华为的做法比较极端。他说，其实沉淀层有很多优势：比如人际关系好、专业程度高和熟悉行业等。安全稳定的工作环境更能让他们发挥才能，这就是通常说的“花小钱办大事”。（特约记者 张玲 实习记者 邹乐）

华为声明

辞职竞岗是贯彻新法

“华为此举不是为了规避《劳动合同法》，而是坚决学习和贯彻执行新法。”针对此前诸多报道和评论提及的“规避新法”的观点，华为公司有关负责人 5 日给南方都市报的说明这样解释。此外，华为还就此次 7000 老员工“先辞职后竞岗”行动做了相对详细的说明。

避法还是守法？

华为公司此次 7000 多名老员工“先辞职后竞岗”，之所以引起全社会的强烈关注，焦点就在于在《劳动合同法》明年 1 月 1 日颁布前夕，华为此举被外界解读为规避《劳动合同法》第 14 条劳动者已在用人单位连续工作满十年或连续订立二次固定期限劳动合同后，便可以与用人单位订立无固定期限劳动合同，成为永久员工的规定。

“今年 6 月，国家颁布《劳动合同法》之后，华为公司认真学习、理解、坚决贯彻执行劳动合同法，使华为的用人制度合法、规范，并富有竞争力。”华为公司公关部的说明中，重点提及公司此举是贯彻法律，而非规避法律。

依法规范合同？

华为的声明称，近十年来华为快速发展，公司员工人数已达到 7 万余人，积累了一些问题。“比如母公司、子公司、合资公司、派遣公司交叉使用、聘用主体关系混乱，不利于业务运作，根据劳动合同法的要求，需要重新规范。”华为表示，劳动合同法对企业与员工签订的劳动合同有新的要求，华为需要重新梳理。

“华为和所有企业一样，都必须尽快纠正，让自己符合国家的法律法规要求。”华为公司认为，为此华为需要对人力资源管理做一些调整。

针对“小富即安”

华为还表示，此次公司鼓励 7000 多名 8 年以上工龄的老员工“先辞职再竞岗”，只是公司长期以来致力于提高企业活力的改革的延续。

“近年来，华为进行了一系列的人力资源制度变革。”华为公司的声明表示，此前的一系列改革，目的都是一致的，借改革让企业内部更和谐、更富活力，提升国际竞争力。

“部分主管和老员工自愿提出辞职，重新接受公司的挑选。”华为表示，在学习、理解劳动合同法后，华为有部分主管和老员工作出此举。

声明中表示，正是由于这些员工中绝大多数是华为持股员工，因此都支持企业保持持续的创造力和活力。

[专家观点] 法律界人士：“集体辞职”难以达到规避法律目的

法制网

劳动合同法将于2008年1月1日起开始实施，而这几天，“华为辞职”事件和沃尔玛裁员事件似乎让人们对劳动合同法的贯彻实施有了一丝担忧。

从今年9月底开始，深圳华为技术有限公司7000多名工作满8年的老员工，相继向公司提出“辞职”，而这次大规模的“辞职”是由公司组织安排的，“辞职”员工随后可以竞聘上岗，职位和待遇基本不变，惟一变化的就是再次签订劳动合同。

此举一出，立刻就被外界解读为意在规避明年起实施的劳动合同法的有关规定。有声音认为，“华为”此举是想把员工以前的工龄一笔勾销，重新计算工龄，避免出现员工连续工作10年，与企业签订无固定期限劳动合同的情况。

因为按照劳动合同法有关规定，劳动者在同一用人单位连续工作满10年的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。

但法律界人士表示，“华为”此举虽有规避法律之嫌，却难达到实际上规避法律的目的。因为在“华为”采取的离职竞岗的做法下，所谓的“离职”员工并未真正离开“华为”，而是继续工作，因此，工作的年限并不能重新计算，而是要连续计算。

面对沸沸扬扬的议论，“华为”日前出面回应，称“华为”此举不是为了规避劳动合同法的“10年”大限，而是公司正常的人力资源调整。

一波未平一波又起。“华为”事件让人产生的“联想”还没消逝，沃尔玛全球采购中心中国区实行突击裁员的新闻又见诸报端。

针对此类事件和社会上的种种“联想”，11月4日，记者采访了法律界权威人士。

“劳动合同法在立法上确立了保护劳动者权益的宗旨。”中国人民大学劳动法和社会保障法研究所所长、中国劳动法学会研究会副会长林嘉教授告诉记者，在劳动关系中，劳动力拥有者与劳动力的使用者之间有一种天然的不平等。大部分劳动者相对于用人单位来说都处于弱势地位。“劳动关系双方地位的不平等需要国家通过立法予以矫正。因此劳动合同法在保护劳动者权益方面是有所倾斜的。”

据林嘉介绍，劳动合同主要分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。在我国的劳动合同实践中，是以固定期限合同为常态，无固定期限合同为例外，导致实践中合同的短期化现象相当严重。这次劳动合同法为了解决合同短期化的问题，扩大了无固定期限劳动合同适用情形。“这表明我国劳动合同法希望通过法律的规范和引导来达到更多的无固定期限劳动合同适用的目的，从而实现劳动关系的长期稳定。”

为了避免一些企业只使用员工“黄金期”的做法，劳动合同法规定，除非劳动者提出订立固定期限劳动合同，否则用人单位需与劳动者签订无固定期限的劳动合同。不少企业对此条

规定颇感担心，怕给裁员造成障碍。

对于企业的担心，林嘉表示大可不必。她解释说，实际上，无固定期限并不等同于原来的固定工，员工也不是只能进不能出，劳动合同法同时也给用人单位开了很多“口子”，规定了用人单位解除劳动合同的情形和经济性裁员的条件，因此用人单位不必畏惧或排斥无固定期限劳动合同的适用。

林嘉认为，实际上，这条规定对企业是有利的。

“劳动合同期限过短，对企业来说很难使员工形成对企业的归属感。如果员工没有把自身发展同企业发展结合起来，对企业的贡献就会大打折扣，拥有和谐、稳定的劳动关系才能有利于企业的发展。”

“当然，劳动合同法的确对企业提出了更高的要求。”林嘉坦言，这些年我国经济发展很快，对劳动者权益的保护也在不断地完善。过去在用工环境中存在不少劳动者权益受侵害，忽视劳动者权益保护的现象，如随意延长工作时间，不与劳动者签订劳动合同、不给劳动者入保险等。可以说，一些企业获得的利润中有相当一部分是以牺牲劳动者权益为代价换来的。这种情况不能放任下去。“劳动合同法就是要让企业更好地对待员工。”

对劳动者的保护加强了是否会导致企业在用人自主权上处于被动局面？是否会给企业发展带来阻力呢？记者问。

林嘉说，用人单位完全可以通过完善其内部人事管理制度和采取更加科学合理的激励机制来解决劳动力的优胜劣汰问题，从而提高企业的创新能力，促进企业发展，而不必采取突击终止劳动合同的做法。

在接受采访时，林嘉反复向记者提及企业的责任感，她认为，企业在获取丰厚利润的同时，还应考虑怎样回报员工，要让双方共同分享企业发展的成果，这样才能达到构建、发展和谐稳定的劳动关系的目标。

（朱磊）

[商标字号] “吴良材”字号与商标斗“法” 有法律盲点无“真空”

法制网

字号与商标的冲突导致了多少年来企业之间战事不断，但维权与侵权之争往往被“法”所困。眼下最引人注目的是上海“吴良材”在江苏省六地法院状告苏州“吴良材”侵权与不正当竞争，此举引发了法律界新一轮的讨论热潮。

200年的老字号与8龄同名“兄弟”争战难休

上海吴良材眼镜公司是由吴良材先生于1807年创设的“吴良材眼镜店”沿续而来，至今已经有200年了，“吴良材”是该公司的注册商标，其字号是前国内贸易部和现商务部认证的“中华老字号”。2004年2月25日，“吴良材”商标被国家工商总局认定为驰名商标。

上海“吴良材”注册商标的许可使用加盟店在全国已遍布100多个城市共200余家，至2005年底，其营业额达2.28亿元，列全国眼镜零售店首位。

2004年，上海吴良材眼镜公司发现苏州市吴良材眼镜有限责任公司的企业字号与自己已在先注册的商标“吴良材”相同。经调查发现，该公司1992年成立，原名为“苏州市宝顺眼镜有限公司”，1999年11月5日变更为“苏州市吴良材眼镜有限责任公司”。

随后，上海吴良材眼镜公司发现，在苏州吴良材眼镜公司经营的商店和加盟店内，将“吴良材”和“吴良材眼镜”突出使用，申请注册了吴良材.com域名，在其公司网站、宣传品、包装袋、发票、眼镜盒上使用与上海的注册商标“吴良材”相同的文字，并且以“吴良材”字号许

可他人加盟，收取加盟费。

上海吴良材眼镜公司认为，自己的商标“吴良材”注册时间比苏州宝顺变更企业名称使用“吴良材”早 10 年，上海使用自己的“吴良材”字号比苏州的“吴良材”企业名称早 200 年。作为同业的邻居，苏州“吴良材”是借助合法的形式攀附上海“吴良材”200 年的商业信誉，是“搭便车”和“傍名牌”，误导消费者，其行为构成了不正当竞争。

字号权与商标权产生于不同的法律授权上海“吴良材”的遭遇似乎源于法律“真空”

2004 年 11 月 5 日，上海吴良材眼镜公司向苏州市工商局请求制止苏州吴良材眼镜公司不正当竞争行为，撤销其企业名称。今年 6 月，上海吴良材眼镜公司先后向江苏省南京市、苏州市、无锡市、泰州市、盐城市、常州市 6 地中级人民法院提起诉讼。在两年多的时间里，苏州市工商局始终未作出具体行政行为。近日，上海吴良材眼镜公司陆续收到江苏省无锡市、常州市等中院的《民事裁定书》，裁定中止诉讼，要等待苏州市中院的审理结果。苏州吴良材眼镜公司的分公司和加盟店在此期间已由原来的 28 家发展到了 40 家。

上海吴良材眼镜公司的遭遇似乎源于法律的“真空”。

正如苏州吴良材眼镜公司所称，字号权与商标权产生于不同的法律授权，两种权利没有强弱和高低之分，目前不存在一种权利可以限制另一种权利的法律依据。这种冲突是中国法律立法的缺陷造成的，并不能归责于当事人。

苏州市工商局也强调，苏州市吴良材眼镜公司是 1999 年由苏州市宝顺眼镜公司变更而来，上海吴良材眼镜公司的商标在 2004 年被国家工商总局认定为驰名商标。苏州“吴良材”名称变更与上海“吴良材”公司驰名商标的认定无关。

专家称有法律“盲点”但无法律“真空”不能以制度漏洞掩盖主观恶意

近年来，字号权与商标权的冲突一直是我国知识产权纠纷的热点和难点，也是法律界关注的重点。在北京务实知识产权发展中心召开的“商标与企业字号法律保护专家研讨会”上，众多知识产权专家纷纷指出，解决两权冲突只有法律“盲点”而无法律“真空”。

中华商标协会专家委员会主任董葆霖等专家指出，不能把驰名商标认定时间与事实上的“驰名”混为一谈。他认为苏州企业名称变更是在“吴良材”驰名商标认定之前，因此就没有追溯力的认识是完全错误的。从保护原则上来看，认定驰名商标的时间并不是商标事实上“驰名”的具体时间。

以“吴良材”为例，判断上海“吴良材”商标该不该保护的关键问题在于 1999 年苏州宝顺眼镜公司做企业字号变更时，“吴良材”商标是否被相关公众所知晓、是否被熟知。

“依法取得”并不能抵消他人的在先权。世界知识产权组织高级官员、发展中国家 PCT 司原司长王正发表示，在我国企业名称是分级管理的，而商标是全国范围的统一注册，合理地解决企业名称和商标的冲突，无论是行政机关还是法院，关键要抓住两条：是不是侵犯先有权利，是不是混淆误导。

不能以制度漏洞掩盖主观恶意。中国社科院知识产权中心秘书长唐广良认为，商业标识的冲突无非有两大类：一类可以简单地称为善意的冲突，这种行为多发生在一些公用的标识、大家通常愿意选择的一些词汇、标识、地理名称上等，比如“长城”之类的名称，还有一些地方性的语言，一些美好的词汇，这类冲突的产生可能有制度上的原因；另一类是恶意的冲突，即使制度上有漏洞也不是导致这类冲突产生的本质原因，其本质是商业诚信问题。

在解决字号与商标冲突问题上，只有认识上的“真空”，不存在法律上的“真空”。中国人民大学研究生院副院长刘春田坦言，恶意，是主观故意要利用别人的商誉来为自己谋利，这是违背公平、诚实、合法基本原则的，所以无论侵权方经营、宣传投入多少费用，都不能成为法律支持的对象。只要我们准确地把握是非，法律只是一个技术手段问题。无论是行政机关还是司法机关，通过个案逐步地推进，向社会释放一种理念，一种倾向，一种导向，什么样的行为是不正当的，应当制止的，通过示范作用，教育社会最终遏制这种冲突的发生。

(记者 姚)

[虚拟股东] “中复电讯虚拟股东案”终审判决虚拟股东败诉

法制网

近日,北京市第二中级人民法院二审审结了邵武淳诉芦朝谊、北京中复电讯设备有限责任公司确认股东资格纠纷案。法院终审判决确认虚拟股东不具有合法股东资格,这是北京法院受理并审理的首例虚拟股东资格司法确认案。

1996年7月,中复电讯公司由前身私营企业北京中复机电设备公司变更为有限责任公司。在办理工商变更登记过程中,邵武淳与芦朝谊虚构了两位世界上根本没有的自然人——王麟和臧绍伍做股东,而证明这两个人身份的身份证复印件的姓名与照片、出生日期、住址等信息均是利用几个人身份证复印件复印后涂改、拼凑再复印而成。就此,中复电讯公司的股东登记为邵武淳、芦朝谊、王麟和臧绍伍四人。

一审法院经向北京市公安局人口管理处查询,认定中复电讯公司工商档案中记载的王麟、臧绍伍在客观上不存在且未履行出资义务,故判决臧绍伍、王麟不具有股东资格。

一审判决后,芦朝谊不服向北京市第二中级人民法院提起上诉。认为在二人发生诉讼以前,邵武淳、芦朝谊均认可王麟、臧绍伍分别是芦朝谊、邵武淳的亲属,而且验资机构出具的验资报告表明,王麟、臧绍伍实际出资,因此,应确认其股东资格。

北京市第二中级人民法院经审理认为,中复电讯公司的真实董事只有邵武淳和芦朝谊。这不符合公司法关于公司若设董事会,其成员至少应有三人以上的强制性规定,所以中复电讯公司并不存在真正的董事会。因此,由王麟参加并作出决议的董事会决议属于无效。

对于虚拟的两位股东所持有的中复电讯1%的股权,本案中未处理。主审法官介绍,这主要是想留给双方当事人一个协商解决该部分股权的机会,以保障公司的良性运转;如果双方对该部分股权达不成协议,可通过一个专门的财产确认之诉来解决,这可能更有利于双方充分举证以保护其权利。

(吴晓锋 陈虹伟)

[房屋群租] 上海首例“群租”案落槌 物业公司阻止“群租”胜诉

法制网

去年6月28日下午3点,一辆卡车停靠在上海绿城小区北门入口。卡车上卸下了10张简易木板床,在小区入口处垒成一堆,有2米多高。床的主人是某单元的“二房东”付小姐,正当她们准备往里搬时,被绿宇物业公司的工作人员拦了下来。

上海首例“群租”案由此拉开序幕。

132平方米的房屋被隔成10间

2006年5月23日,付小姐租赁了一套上海绿城小区某号701室三室两厅房子,装修之后,将原有的房间分割成十个小隔间,其中客厅被分为三间,主卧、书房和餐厅各分为两间。

6月28日,付小姐拉来了10张床,准备放进701室,但在绿城大门口,她被物业管理人拦了下来。由于争执无果,付小姐的10张床一直被扔在小区门口。一周后,付小姐将上海绿宇公司告上法庭。在递交的诉状中,付小姐认为,上海绿宇公司限制自己及房客进出,

侵犯了他们的人身权。因此，付小姐要求上海绿宇公司立即停止侵权，不得无理阻拦自己及房客正常进入小区，并赔偿 2400 元的房屋租金。

物业：制止群租有依据

绿城小区居委会在业主临时公约中写明，出租房屋不得分割，不得转租。此外，被告上海绿宇公司表示，搬床是“群租”行为的一部分，阻止搬床是为了制止“群租”，“付小姐的行为违反了《上海绿城业主临时公约》及《上海绿城室内装饰装修管理服务协议》”。

被告代理人认为，“付小姐承租后将房屋分割成 10 个小房间，分别出租给不同人，这给小区带来很多治安隐患。”

据了解，在付小姐与产权人杨先生签订的合同补充条款中，双方约定，“甲方(杨先生)同意乙方(付小姐)分割出租(转租)”。庭审中，上海绿宇公司向法庭提供了杨先生出具的证明函。证明函显示，杨先生和付小姐签订的租赁合同中虽然约定付小姐可以分割，但前提是不得违反国家和上海市的相关规定。

“一旦不制止‘群租’，我们将成为被告，而起诉的将是受‘群租’困扰侵害的业主们。”庭审中，上海绿宇公司的代理人称。

法院判决：分割转租行为违约

今年 6 月 25 日，浦东新区法院经庭审认为，付小姐因存在擅自改变住宅实际功能和布局的情况以及未按照设计功能使用物业的分割转租行为，故上海绿宇公司作为物业管理企业有权采取措施予以制止法院判决：付小姐败诉。

付小姐随即提起上诉。

二审法院审理后认为，民事活动必须遵守法律、法规和国家有关政策，尊重社会公共利益，付小姐将承租的房屋分割转租，违反了相应的法律法规，也违反上海绿城住宅临时公约的约定，损害了绿城小区其他业主的权益，上海绿宇公司作为物业管理企业，有责任采取措施予以制止，不构成侵权，遂作出维持原判的裁决。

10 月 30 日，随着上海一中院判决的下达，上海首例“群租”案终于落下了帷幕。

上海市政府：三年消除“群租”

对于“群租”现象，上海“综治网站”曾进行的一项调查显示，参与投票的两千一百多名网友中，有 51%的人对群租“很反感，会带来很多隐患，但不知道怎么阻止”，39%的人认为群租“容易引发纠纷，需要立法予以规范”，还有 10%的人则表示“无所谓，这是房东房客的权利，不必干涉”。

这起由“群租”引起的诉讼一经媒体披露，不仅引起了绿城小区所有业主的关注，也引起了社会对“群租”问题的关注。

2006 年 12 月，上海出台了专门约束群租行为的地方规定《关于加强居住房屋租赁管理的若干规定(试行)》，近日上海市房地资源局公布的《关于抓紧完善业主公约，增补规范租赁行为相关条款的通知》为住宅小区群租整治提供了依据。

今年 6 月，上海市政府发言人焦扬在介绍政府整治举措的同时，也表明了上海整治群租的决心：“今年 6 月发布的《上海加强住宅小区综合管理三年行动计划》明确提到，将力争用三年时间基本消除群租隐患。”

(记者 刘建)

[走私犯罪] 深圳破获案值 16 亿白银走私案 揭开案件背后秘密

法制网

一度被出口到香港的白银，在香港“旅游”了一圈后，又悄然地被走私到国内，且数量惊人，有的竟是多次循环“旅游”，这究竟是因为什么？今天，深圳海关对外通报了该关连续捣毁的两个利用粤港直通车，夹藏白银走私入境的特大团伙犯罪案，案值高达 16.39 亿。同时，也揭开了隐藏在白银走私背后的秘密。

货车巧设“机关”夹藏白银走私进境

据侦办此案的深圳海关缉私警察黄焯告诉记者，今年五六月，该局连续两次接到举报，称有走私团伙利用多辆粤港货车，在深港两地从事白银走私进口活动。接到线报后，该局立即抽调警力对线索涉及的粤港货车进行监控。结果发现，有几辆粤港货车几乎天天都在皇岗口岸或文锦渡口岸空进空出，有时一天进出境两次以上。

往来粤港两地，车上却不装载任何货物？这其中肯定藏有猫腻。

随后，缉私民警悄然跟踪这些货车，来到了位于深圳南山区科技园朗山路的一个无名汽修厂。该汽修厂极其隐蔽，四周都用旧货柜和铁皮围得严严实实。在几天的跟踪后，缉私民警终于发现了汽修厂及这些货车的秘密。

原来，这些表面上空空如也的货车都巧设“机关”，在车尾大梁部位装有暗格，走私进境的银砖就藏在其中。这些夹藏银砖的货车进入汽修厂后，立即被拆卸下来，然后转移到前来接应的小车内，时间仅有 15 分钟。

之后，装有走私白银的小车便开到深圳 107 国道旁三围村的另一家汽修厂，该汽修厂相当简易，根本不具备修车的功能。只是走私团伙存放私货的临时中转仓库，汽修厂内有一辆货车，分时间段将由朗山路拆卸点运来的走私白银收集后运出。

为进一步摸清走私白银的流向，缉私民警又跟踪从三围村运出白银的货车，来到了广州市番禺区沙溪村高德益白银饰品有限公司。经过两天两夜的监控、调查，缉私民警发现，该公司已连续两年没有纳税和办理工商年检，且没有任何加工白银的生产设备，而是将收到的走私白银通过相关客户销往全国各地。

至此，一个以高德益白银饰品有限公司老板吴某添、郑某辉、吴某明、吴某喜等人为核心成员形成的“购、运、拆、销”一条龙的白银走私链条初显。

与此同时，另一个以周某为首，利用粤港货柜车进行白银走私的团伙也渐渐浮出水面。该团伙每天约有三辆货柜车，利用车尾大梁部位的暗格夹藏走私银砖，每车夹藏约 32 块（共计约 480 公斤），并在广东省东莞市长安镇颜屋村进行拆卸。

两次抓捕行动摧毁两个犯罪团伙

两个走私团伙的基本情况已经摸清，一张缉捕大网悄然撒开。

2007 年 6 月 20 日，深圳海关缉私局出动 80 多名民警，同时在深圳郎山路、三围村、广州番禺三地对吴某犯罪团伙成员展开抓捕行动。当场从涉案车辆设置的暗格内查获走私进口的白银锭 68 块以及银珠、银具、银盘等，共计 1.05 吨，价值 398 万元，查扣涉案车辆 11 台。同时发现，不仅香港货车设有特制暗格，就连国内运输的货车的车厢底部也设有特殊暗格。当天还抓获涉案嫌疑人 16 名（其中香港人 4 名），吴某走私集团主要犯罪嫌疑人无一漏网。同时，还在吴某添办公室一保险柜底下搜出几本账册，其财务账目显示：2007 年 2 月 1 日至 6 月 20 日期间，该集团累计走私进口白银 323 吨，如果按照每次走私 250 公斤推算，走私次数约 1200 多次，可见走私活动的猖獗程度。

6 月 26 日，深圳缉私局再次出动 50 余名民警，在东莞和深圳两地同时展开行动，对周某走私团伙进行缉捕。行动中缴获涉嫌走私进口的白银锭 222 块，共计 3.43 吨，价值 1295 万元，抓获涉案嫌疑人 9 名（其中香港人 2 名），查扣涉案车辆 4 台。

至此，长期盘踞在深港两地，大肆走私白银的吴某和周某两个犯罪集团被端掉。

两次抓捕行动后，分别成立了“6·20”和“6·26”两个专案组，对白银走私团伙开展立案侦查。

经过两个多月的深挖，“6·20”专案组查明，以吴某为首的犯罪集团共走私进口白银累计323.73吨，案值12.34亿元，偷逃税款1.79亿元。“6·26”专案组查明，以周某为首的犯罪集团走私白银累计132吨，案值4.05亿元，偷逃税款6886.8万元。

走私进口银锭全部都是国产品牌走私背后有玄机

走私集团摧毁了，走私分子也抓获了，按说该案已成功告破。但是，一个疑问一直困扰着办案人员，他们发现，“6·20”和“6·26”两案查扣的走私进口银锭全部都是国产品牌，有的竟是刚刚申报出口不久又被走私进境的。更让人吃惊的是，深圳海关近三年来查获的走私进口白银案件高达96宗，走私渠道主要集中在皇岗口岸和文锦渡口岸的货运渠道。

为什么国内的白银出口到香港，之后又被走私回国内呢？按道理，走私进口物品多是国内紧俏货，而我国是白银的主要产地，国内也并不缺少白银，而且当时国家的政策还鼓励出口。面对并不紧俏的白银国内市场，走私进口那么多白银最终谁会接手？

深圳海关通过对“6·20”和“6·26”两案进一步挖掘发现，国产白银出口后又大规模走私回流，不过是走私者与一些国内企业合谋，搭建起的一个灰色通道，目的是钻国家出口退税政策的空子。

办案人员向记者介绍说，根据我国当时的相关政策规定，企业出口白银可以享受13%（从今年7月起出口退税率已降到5%）的出口退税。

一些国内白银出口商在向海关申报出口前，其客户事先已和出口商协商好交易价格，并在网上完成交易，出口商的香港客户实际上并不是真正货主，只是将白银存放于香港公司名下的仓库里，而走私分子才是真正的买家。

以吴某为首的犯罪集团将在香港买进囤积的323吨银锭分批走私到广州番禺后，倒卖给上海、云南昆明、湖南郴州等全国各地的客户。由于这些走私白银逃避了海关税收（17%增值税），故走私分子卖给下家的白银价格自然比国内正常价低。一些公司与走私分子相串通，收购这些低价走私白银后，再通过虚开增值税发票等手段，将走私白银“洗白”，再卖给国内一些出口企业；出口企业最终将低价购得的白银以正常手续向海关申报直接出口到香港，从而获取13%的国家退税优惠。

也就是说，上述国产出口白银只是在香港中转“旅游”一番，然后被走私分子夹藏进境，最终充当了不法企业用来骗取国家出口退税的“道具”。

“走私白银的循环‘旅游’危害极大。在白银走私活动中，走私分子不仅偷逃了进口环节的增值税，而且还分享了相关企业骗取出口退税的利润；一些出口企业的骗税行为，不仅导致国家外贸出口数据的虚增，还造成我国贸易顺差异常扩大的假象，使国家背负不良的国际声誉。”深圳海关缉私局局长张华鲁告诉记者。

随着今年7月国家出口退税政策的调整，以及深圳海关的严厉打击，目前白银走私势头已被有效遏制。

（记者 蔡岩红）

[私募基金] 何以管住国内股市万亿私募基金

法制网

近日，随着所谓“史上最牛私募基金”的落网，使有关私募基金的规范问题引起了人们的关注。其实，这种打着私募基金旗号诈骗众人的伎俩不过是“带头大哥777”的变种；而在当今国内股市上，却有总数接近万亿的真正意义上的私募基金正活跃在二级市场，游离于法律监管之外。

一些炒股的人们自己的钱交由某个“高手”打理，高手在替他们赚钱的同时，也会按照事先讲好的“君子协定”拿到丰厚的收益——这就是最为典型的证券投资私募基金形态。那么，当私募基金像条条大鳄潜游于股市，如此巨额的资金进而引发的巨额交易，会产生什么样的后果？监管部门到底该如何规范？

私募基金挖了公募基金的墙脚

自今年4月份以来，许多就职于公募基金的优秀经理，转身投奔到私募队伍里。今年9月份，景顺长城基金公司投资总监、曾任景顺内需和景顺内需二号的基金经理李学文，离开景顺长城，几乎引发公募地震。因为李学文在公募基金经理中是尽人皆知的优秀人物，由他掌控的两只基金，曾因业绩不俗一度受到基民的追捧。但李学文并非第一个“下海”的基金经理，在他之前，优秀经理人肖华、闵昱、吕俊以及工银瑞信基金公司的投资总监江晖，也相继离职。

他们离职的原因固然很多，但最重要的一点，这些人在做私募时收益会比公募高得多，而且“自由”。有业内人士向记者分析，“公募基金经理，如何投资并不完全是自己说了算，法律管着你公司约束着你，可排名次却记在你的头上，辛苦一年，给公司给基民挣了不少钱，自己得到的却少得可怜。”

公募基金优秀经理人的离职，对公募基金的影响是巨大的。有基民向记者诉说，“优秀经理人转身做私募，这是挖了公募基金的墙脚。”

公募基金，无疑是证券市场上最大的机构投资者，随着一些基金净值的不断提高，越来越多的人加入到基民的队伍中，监管部门着力发展的公募基金，却因优秀经理人的离职，使原本就稀缺的经理人变得更为稀缺。这种状况，是基民和监管者都不愿看到的。

私募持有人利益得不到法律保障

由于私募基金的持有人多是拥有巨额财富的“有钱人”，“在国外，甚至一个家庭，一个财团就可以成立一个私募基金”，知名财经评论员姜英秋告诉记者，“而我国的情况与此不同，我国的私募基金持有人多是通过朋友的介绍，小范围的委托某个精于炒股的人或公募基金经理为他们理财，而且处事低调。”

据记者了解，其实担任私募基金“经理”的人有不少曾任职于证券营业部负责人。业内流传着一个券商老总将7亿做到21亿的故事。曾任营业部老总的何某，在老总位置上认识了很多大户。2006年行情好转时，一个拥有700万资金的大户让他以私人身份为他炒股，何总很快让这位大户的资金翻了几番。消息传开，不断有人来找，于是他就辞职专为一些有钱的大户炒股，并且招兵买马组织了一个6人的团队。一年下来，7亿元资金增长了近3倍，按事先约好的分成，私募基金管理者共提取了6个亿。一个人差不多可以拿到近亿元。这实际上就是目前正活跃在二级市场中私募证券投资基金的真实写照。

这是行情好的时候，也是因为这个经理人炒对了股，赚了钱，如果赔了呢？如果不兑现呢？问天律师事务所张远忠博士直言：“这种契约式的组织模式，一旦经理人发生利益输送，像公募基金经理那样建老鼠仓，私募基金持有人的利益很难得到法律保障。”

私募基金备案是监管的第一步

据了解，在西方，200人以下15人以上的私募基金，需要向监管部门备案。备案制实际上就是私募基金阳光化。私募基金持有人将资金委托银行保管，具体操作由基金经理人进行，这样做最大的好处，就是避免私募基金经理人挪用客户资金。

“在美国，私募基金持有人超过20人的，就要求备案”，姜英秋向记者分析，“但是，美国华尔街的对冲基金，以及一些家族拥有的私募基金并不备案。事实上，即便是在美国，关于私募基金的规范问题也一直在探讨之中。”

最近，我国市场上传出“史上最牛散户刘芳”的新闻。名叫“刘芳”的自然人是许多公司流通股大股东，而且，可以神秘地事先布局，将一只又一只股票拉出持续多日的涨停。但是，

事后发现名为“刘芳”的人，只不过是一个普通的司机，家住不足 70 平方米老式住宅楼里，邻居说“看不出他是有钱人”。至今为止，这个被传得沸沸扬扬的“刘芳”到底有什么惊天大秘密，无人知晓。知名财经评论员吕平波认为，能有这么大手笔，很可能不是一个普通人，其资金量之巨大，市场操作之表现，极有可能是某个私募基金所为。

张远忠博士直言，“监管很困难”。一个私募基金可以用很多账户操作，监管者很难查清到底哪些是私募哪些不是私募。但又不能不规范。私募基金虽叫“私募”，性质并不是一个自然人或普通股东，只是与公募相比“小范围的募集资金”，不能游离在法律规范之外。他认为，备案是规范的第一步。虽然很难做，但可以尝试。

对私募经理人设相应的资格要求

有业内人士向记者分析，私募基金最赚钱的地方有时并不在二级市场，而是发生在一些公司上市之前。这些拥有巨额资金的私募，可以通过注资，以一个相对便宜的价钱拿到某个公司的股票，公司一旦上市，私募基金即抛掉手中的股票，从二级市场套现。这些资金，完全不像大股东或者是发起人那样按规定一段时间内不得减持股票，它们完全是在投资，在赚钱，别的一概不管。但是，对这部分私募基金该如何规范呢？

而且到底由哪个部门进行规范，也是棘手的事。私募基金本质上是一种集合理财，它可以投资于外汇、期货、黄金、股市、基金、债券等多个品种，到底该由哪个部门监管，几个相关部门又该如何协调，都是难题。

“比较有效的办法是，可以从私募基金经理人的规范做起。”张远忠认为，监管部门完全可以对私募基金经理人的任职资格做出规定，比如应当有几年的从业经历，通过一定的考试，才可为别人理财。甚至可以要求，担任私募基金经理者应有一定的个人财产做担保，以防范其发生道德风险。姜英秋也认为，不得违背现有法律是其运作的底线，一旦违法，有人举报，即可追究其法律责任。

（记者 周芬棉）

【金融证券】非法证券活动伺机作案 证监会教授识别的技巧

法制网

中国证监会有关负责人今日接受记者采访时透露，自 2006 年以来，证监系统经常收到涉及非法证券经营活动的举报信件，仅 2007 年前三个季度的信件就多达 1100 余件。虽经去年一年的严打，但是，非法证券经营活动并没有销声匿迹，尤其是近一段时间以来，通过网络非法发行股票和非法经营证券业务的案件时常出现。那么，到底什么是非法经营证券活动，有什么样的危害，投资者又如何识别这类骗局，维护自己的合法权益？

非法证券经营变相发行股票打法律“擦边球”

非法发行证券包括两大类：一是非法发行股票，一是非法经营证券业务。称其为非法，指的是这些行为直接违背了证券法等相关法律规定。

发行股票时，向不特定对象发行股票或者向特定对象发行股票人数超过 200 人，在我国都属于“公开发行”。既然是公开发行，都需要向证券监管机构报告，要求其核准，否则就是违法之举。但目前违法发行证券并不是这么明目张胆，而是采取一些比较隐蔽的办法，打法律的“擦边球”，也就是变相公开发行。一些公司的大股东打着转让股份的旗号，自行或者委托中介机构以广告、公告、电话、信函等公开方式或变相公开方式，向不特定对象转让股票。

目前非法证券经营活动主要由一些中介机构进行，这些中介机构主要有三类：一是以“证券投资咨询公司”、“产权经纪公司”等为名，未经批准非法买卖、代理买卖未上市公司证券；

二是所谓外国资本公司或集团公司驻中国办事处，以给境内企业提供境外上市服务为名，未经批准从事未上市公司证券买卖；三是一些地方的“产权交易所”、“产权托管中心”等违规从事证券业务。

投资者很难识别非法证券经营活动

从目前已经查处的许多案件看，非法证券经营活动，涉案金额巨大，涉及人员众多。隐蔽性强、欺骗性大、仿效性高，是一种典型的犯罪行为。与其他领域先后出现的各种欺诈活动相比，利用股票发行或转让进行欺诈活动，其方式方法更隐蔽，迷惑性更强，不仅老百姓很难识别，有时甚至需要监管部门花很大力气来进行认定。同时，资产易被转移，证据易被销毁，人员易潜逃，投资者又多为退休人员、下岗职工等社会困难群体，承受损失的能力比较脆弱，一旦被骗，往往生活更加困难。

至今为止，已经查处的最大的，也是最为典型的案件发生在上海，涉案人员代替四家公司发行所谓海外上市股票，非法制作并公开发行自己制作的这些所谓的美国股票，骗取资金2000多万元，主犯潘学成被上海市高级人民法院以集资诈骗罪终审判处无期徒刑。

识别骗局在技巧

常言道，观其言，辩其行，相信天上不会掉馅饼，一般不会上当受骗。但是，骗子毕竟是骗子，有很多蛊惑人心的障眼法，因此，为了识破骗局，投资者也得头脑清醒。四种方法可识破骗局。

其一是认清非法证券活动的本质和危害，提高自身识别判断能力，自觉抵制各种诱惑。对各种“高额回报”的宣传、推介要进行冷静分析，避免上当受骗。

其二是观察股票的发行和转让方式。如果股票发行或者转让采取公告、广告、广播、电传信息、信函、电话、发布会、说明会、网络等公开方式，就要看是否取得证监会的核准。如果没获核准，就可判别是非法发行股票。

其三是从发行、转让股票的中介机构识别。看中介机构从事证券承销、代理买卖活动，是否取得了证监会批准。如果没获批准，就可判别是非法经营证券业务。

其四是观察股票的发行、转让活动是否具有上面介绍的非法证券活动的特点和形式。如果有，应当及时远离，避免上当受骗。在遇到判断不清的问题时，也可及时向当地证监部门咨询，以知真假。

(记者 周芬棉)

[股票证券] 中国石油回归 A 股开盘价 48.60 元 全球市值第一

中新网

中国石油今天成功回归 A 股市场，按照开盘价 48.60 元计算，加上 H 股的市值，中石油 11081.94 亿美元，已经超过埃克森美孚目前的总市值，成为全球市值第一的公司。

据上证网报道，按照开盘价 48.60 元，乘上中国石油 A 股总股本 161,922,077,818 股，中石油的 A 股总市值已经达到了 78694.13 亿元。此外，按照中石油 H 股 11 月 2 日的收盘价 19.6 港元，其 H 股市值也达到了 3977.12 亿元人民币。其总市值达到了 82671.25 亿元，折合美元 11081.94 亿美元(按 7.46 人民币/美元计算)。顺利实现超过埃克森美孚目前的总市值 4876.82 亿美元(根据彭博资讯提供的数据显示，埃克森美孚上周五收盘后总市值为 4876.82 亿美元)，成全球市值第一公司。

据悉，此前，“亚洲最赚钱的公司”中国石油凭借 3.3 万亿元的冻结资金量和 668 亿元的募集资金量，均刷新 A 股纪录。这是 A 股市场有史以来最大规模的 IPO，也是今年以来全球

最大的 IPO。不少业内人士预计，中国石油上市首日至少会出现 100%左右的涨幅。

[公司上市] “娃娃股东”背后有没有“富爸爸”

法制网

近期，围绕着“娃娃股东”的一系列纷争受到舆论高度关注。人们真正的疑问并不在于究竟该不该存在“娃娃股东”，而是在于有没有人借“娃娃股东”之名行“爸爸股东”之实。

不管是历史遗留的因素还是现行机制的灰幕，种种迹象表明，要想真正确定“娃娃股东”的合法地位，平抑人们的争议，需要更多的信息披露拂去笼罩在“娃娃股东”之上的疑云。

上海法院宣判“娃娃股东”合法

今年 10 月，上海市闵行区人民法院对沪上首起“娃娃股东”持股纠纷作出一审判决，两名只有 5 岁和 6 岁的孩子各受让温州一家房地产公司出让的 7% 股权而成为了上海某投资公司的股东。

据悉，两名“娃娃股东”的父母苏女士和李先生曾于 2003 年与温州某房地产公司共同出资成立了上海某投资公司。其中，苏女士占有 45% 股份，李先生占 30%，温州公司持股 25%。

2006 年，苏女士和李先生协议离婚。由于登记在温州某房地产公司名下的 25% 的股份，其真正的股东也是李先生。因此，李先生决定将这 25% 的股份也无偿无条件转让给妻女，其中苏女士获赠 11%，两个女儿各获赠 7%。

随后，苏女士及两个女儿与温州某房地产公司签订了《股权转让书》，其中因两女孩尚年幼，其转让书由母亲苏女士作为监护人代签。

但是，上述协议签订后，苏女士多次与温州公司交涉，要求办理股权转让登记手续，该公司均以其负责人不在公司为由拖延。

今年 6 月，失去耐心的苏女士和她的两个女儿作为原告一纸诉状将温州某房地产公司起诉到了上海闵行法院，要求该公司履行《股权转让书》，将其所有的上海投资公司 25% 股权无偿转让给三原告，并配合办理工商变更登记手续。

在此案审理过程中，法院内部存在着两种意见的分歧。

赞成意见认为，现行公司法没有对公司股东的行为能力作限制性规定，股东的主要义务是履行出资义务和承担投资风险，主要权利是取得收益。未成年人受让股权后，由其法定代理人代为行使股东权利。

而反对意见则认为，股东权的内容广泛，包括自益权主要是财产权和共益权两大部分，对于股东的行为能力要求应高于一般人，未成年人难以胜任。

最终此案一审判决：苏女士受让温州某房地产公司出让的 11% 股权后，其持有上海投资公司 56% 股权；两名女儿各受让温州某公司出让的 7% 股权；温州公司应协助苏女士和两名女儿向工商登记机关办理上述股东变更登记手续。

据了解，法院一审判决后，原被告双方均未提起上诉。

去年 12 月，重庆市工商局也曾公布了《重庆市工商行政管理局关于进一步放宽市场主体准入促进地方经济发展意见》，其中明确规定，“除一人有限责任，经法定代理人书面同意，允许限制民事行为能力人作为公司股东或发起人投资设立公司；允许无民事行为能力人因继承、接受赠与成为公司股东”。

由此看来，“娃娃股东”的合法地位从法律上已经得到了确认。

舆论漩涡之中的北京“娃娃股东”

对于沪上这起权属清晰、股权受让脉络明确的“娃娃股东”案件的审判各方均无异议。有

关专家一再表明，“娃娃股东”完全可享有公司股份，我国《民法》、《公司法》等相关法律都不禁止无民事行为能力人单纯获利的行为。

真正引发人们对于“娃娃股东”重重猜想的是新近上市的北京银行招股书中公布的《非自然人股东名册》。该名册显示，在排名前1000位的自然人股东中，有10位属于“90后”的股东，13位1985年至1989年出生的股东，22位1980年至1984年出生的股东，其持股数量都在10万股以上。其中1984年11月出生的吴振鹏，以500万股的数量排在自然人股东首位，1997年1月出生的郑宇轩排名第十三位，持有130万股，均超过北京银行董事长阎冰竹所拥有的45万股。

北京银行随即发表公告称“娃娃股东”的出现是历史原因造成的。公告称，2007年

IPO前的股东中未成年自然人股东共有84人。其中1996年信用社股东直接转为北京银行(原北京城市合作银行)股东67人。当时，北京城市合作银行刚成立，困难不小，包括67名未成年自然人股东的部分原信用社自然人股东将股份直接转入，形成自然人股东持股。

2004年，北京银行第四次增资扩股时形成未成年自然人股东15名。因为当时北京银行背负着巨额不良资产，于是积极吸收了包括15名未成年股东(部分人员为免去以后赠与和继承的麻烦，直接以其未成年的后辈名义入股)在内的547名自然人股东入股。

北京银行的这一解释并没有止住人们的猜想和争论。

上海电视台财经评论员马红漫博士认为，“娃娃股东”的出现挑战着我国的证券市场管理体制。与私人性质的温州公司不同，作为公开面向社会公众的上市公司，北京银行拥有的大批“娃娃股东”，是否涉及内幕、有违公平，本身是一个证券市场公正性和信息披露规范的问题。“娃娃股东”的合法化，与上市公司的信息公开义务并不矛盾，上市公司有义务对任何一个公众关注的问题进行翔实的披露。

马红漫进一步指出，对于这些未成年人而言，在以他们名义投资的背后，必然有一个“大人”为其掌舵。

更有人直言“娃娃股东”是“遮羞布”，要求“揪出”娃娃们身后的“富爸爸”。

中国政法大学讲师王军在媒体上发表观点认为，披露“娃娃股东”监护人的必要性有两点：首先，防止监护人滥用权利，保障被监护人的利益；其次，由于未成年人股东的监护人是股票的实际控制人，出于防止利益冲突或保护公众投资者的考虑，法律限制某些人持有上市公司股份，因此，这就要求上市公司有义务披露未成年股东所持股份的实际控制人，而实际控制人则应证明自己的控制无违法或违规情形。

上述两点在北京银行的公告中并未体现出来。

对于“娃娃股东”更深刻的质疑来自于银行上市股权激励机制的扭曲。

今年7月，作为城商行首批IPO的宁波银行上市时，高比例的员工持股是宁波银行的一大特色。众多宁波银行高管所持有的大量宁波银行股权将获得15倍多的溢价，宁波银行的造富光环引起舆论一片哗然，纷纷对其股权激励的过程发难。

有了宁波银行的前车之鉴，难免有人会怀疑北京银行内部有人为了避免成为舆论的靶子而借“娃娃股东”遁形。

“‘娃娃股东’事件绝非是孤立的个案，杭萧钢构自然人股东‘死魂灵附体’事件、‘最牛散户’刘芳疑云等一系列‘形异而神似’的事件让证券市场上股东身份的真实性问题暴露于众。”马红漫表示。

目前，还有资料表明，在经过北京银行和保荐人及律师多重审核无误后才办理登记手续的股东，依然存在明显瑕疵。其中有2名股东没有身份证号，10名股东只有姓没有名。

“娃娃股东”的真相究竟如何恐怕永远是个谜。

(记者 孙继斌 实习生 杜晓)

[公司立法] 公司案件审理面临九大困境亟待司法解释明确

法制网

1. 司法介入点难以确定
2. 案件受理难以操作
3. 诉讼程序难以适用
4. 法律关系难以理顺
5. 法律条文难以援引
6. 裁判文书难以表述
7. 与行政权力难以衔接
8. 裁判结果难以执行
9. 审判经验少，难以适应审判要求

在修订后的公司法颁布两周年之际，“全国法院公司法理论与实践论坛”于2007年10月26日至27日在江苏常州举行。与会法官、学者就审理公司纠纷案件中遇到的问题进行了广泛而深入地探讨。记者在采访中发现，随着近两年来各级法院公司诉讼案件的明显增多，商事法官们在司法实践中遇到了这样或那样的问题。归纳起来，公司案件审理面临九大困境，亟待司法解释予以明确。

■困境之一 司法介入点难以确定

公司法属于典型的私法，应遵循私法自治的基本原则，人民法院对公司内部法律关系的介入不得形成对公司正常经营活动的干预。对于属于公司自治和股东自治范畴的事务，人民法院不能越俎代庖。

但是，对于公司自治的范围和司法介入的程度，理论上少有探讨，审判实践中对于哪些纠纷可以通过司法途径解决不好界定。如，公司不按照章程规定召集股东会，股东能否请求人民法院判令公司限期召集？公司股东会长期不作出分配利润决议，股东能否请求人民法院强制分配利润？职工与职工持股会之间的纠纷能否作为平等主体之间的民商事纠纷处理等等。

与会法官透露，对于类似纠纷是否属于司法管辖的范围存在很大争议，各地法院掌握标准也不尽一。

例如，就案件发生较多的股东请求强制分配利润纠纷，有的法院以没有股东会的分配决议为由不受理，或不支持原告的诉讼请求；有的法院则判令公司于一定时间内召开股东会利润分配进行表决；还有的法院根据公司可分配利润与原告股东的持股比例直接判令公司履行有关支付义务。

■困境之二 案件受理难以操作

草广东省高级人民法院民二庭李洪堂法官认为，最高法院《民事案件案由(试行)》中确定的18种公司诉讼纠纷案由过于粗糙，并未涵盖当前的全部公司诉讼纠纷类型。尤其是新公司法创设的股东代表诉讼、股份回购诉讼、司法解散公司诉讼等新类型诉讼，目前尚无司法解释对其案由作出统一规定。由此导致实践对许多公司诉讼纠纷不易确定案由。许多法院往往将没有案由对应的案件统称为股东权益纠纷、一般股东纠纷或其他股东纠纷等，甚至有的法院将部分公司诉讼纠纷归类于买卖、侵权等案由，这不仅不利于立案统计和审判流程管理，也对如何正确把握案件性质产生了不利影响。

山东省高级人民法院副院长李勇介绍了公司纠纷案件管辖方面存在的问题。他说，公司诉讼纠纷案件多围绕公司展开，但因诉讼主体较多，原告选择管辖法院的权利比较大，有时

会导致审理案件的法院实际与案件没有多少关联，从而不利于案件的审理。另外，许多案件没有财产标的，如果简单按照民事诉讼的一般原则确定，会导致大部分难度较高的案件都集中到基层法院，与司法资源的配置不相称。因此，如何科学确定案件的地域管辖和级别管辖较为棘手。

在诉讼费用的收取标准方面，河北省高级人民法院民二庭赵国栋法官介绍，实践中对于某些公司诉讼纠纷案件是否属于财产案件不好确定，如股东代表诉讼、司法解散公司、申请法院指定清算组等案件，在诉讼费用收取上做法不一。如有的法院对司法解散公司案件作为非财产案件收费，有的法院则按照公司注册金额计算案件受理费。其次，一些案件虽然没有争议的财产标的额，但审理难度普遍较大，如股东资格确认纠纷、股东知情权诉讼等，这些案件所花费的司法成本往往非常巨大，远非一般的借款案件和买卖合同案件所能及，严格按非财产案件收取50元诉讼费则与司法成本极不相称。

■困境之三 诉讼程序难以适用

新公司法较修订前而言，加大了可诉性。但是，实体上赋予的权利缺乏程序回应，虽然诉权问题解决了，但在实现诉权、保障实体权利的诉讼过程中遭遇了障碍和困难。

新公司法中有的规定在民事诉讼法上无相应程序。

江苏省高级人民法院民二庭段晓娟法官举例说，如新公司法第184条规定的申请人民法院指定清算组案件，显然不属于普通程序审理的范畴，但目前无相应的特别程序可以适用，这直接影响了当事人通过诉讼保护权益、解决纠纷的效果。

另外，许多案件的诉讼主体难以确定。如股东会、董事会决议无效或撤销诉讼的被告是公司还是对决议投赞成票的股东或董事？股东代表诉讼中公司的诉讼地位是原告还是第三人？申请司法解散公司应以股东还是公司为被告？等等。

另外，对于司法解散公司应按普通诉讼程序还是特别程序审理、知情权诉讼应以判决抑或裁定形式作出等均没有规定。

■困境之四 法律关系难以理顺

公司诉讼纠纷案件往往包含多个法律关系，既有公司内部的股东与股东之间、股东与公司、董事和高管人员之间的关系，又有公司外部债权人与公司、股东、中介机构之间的关系；既涉及当事人承担责任的实体问题，又涉及认定公司表决是否合法的程序问题，法律关系较为复杂。而且，实践中当事人一方人数往往在二人以上，并提出多个诉讼请求，既有确认之诉，又有给付和变更之诉；既有本诉，又有反诉。

李勇提供了一个案例：原告首先申请查阅公司账簿，进而主张分配利润；而被告则反诉请求确认原告不具有股东资格，多个法律关系交织在一起，加之有些案件当事人诉讼请求又不甚明确，给人民法官审理案件带来了不小的难度。

■困境之五 法律条文难以援引

宥于历史条件，1994年的公司法主要是作为一部公司组织法而存在，其行政管理和组织引导色彩浓厚，司法裁判明显不足。新公司法虽然大大增强了法律规范的可诉性设计，但受我国长期以来“宜粗不宜细”的立法方针的影响，相关规定仍然过于原则和简单，对于众多现实情形无法涵盖。

更为关键的是，在我国当前的立法环境下，最高法院的司法解释往往是审理案件中操作性极强的规范，目前大多数民商事纠纷也都是依赖司法解释而得以顺利处理，但关于公司诉讼纠纷的司法解释却至今缺位。

以上种种原因造成人民法院在审理案件时无法可依现象、裁判依据明显不足。山东省高级人民法院民二庭副庭长李芹透露，许多法院只能根据上级法院对一些问题的指导性意见作为定案的依据。

■困境之六 裁判文书难以表述

与传统民商事纠纷主要为财产性质的给付之诉相比,公司诉讼纠纷案件的诉请内容相对多元化,有不少涉及行为。包括诉请作为的如提供会计资料供查阅,诉请不作为的如停止侵犯知情权等。

在撰写这类案件判决主文时,判决内容无先例可循,不仅要合理确定当事人义务,还要考虑判决的可执行性,如何作出科学、恰当且无歧义的表述非常困难。

除此之外,由于公司诉讼纠纷案件法律关系复杂,纠纷主体人数多,案件审理中经常涉及三方甚至四方和利益冲突和对立,往往涉及公司存亡、股东资金的进退、职工的就业等重大问题,使得该类案件往往难以调解,一般要判决结案。

■困境之七 与行政权力难以衔接

公司诉讼纠纷案件多有涉及工商行政管理内容,由于工作的出发点和适用的法律不同,加之目前工商行政管理部门的行政法规和操作规程与公司法存在一定矛盾,往往导致法院判决结果与行政管理制度存在某些冲突,人民法院的生效裁判无法得到工商行政管理部门的认可和协助。

例如,对超越公司经营范围的行为人民法院不因此认定合同无效,而工商登记仍在强化经营范围的法定登记制度;尽管法律法规已明确规定注册资金、股权转让须经工商登记,但出于各种原因,当事人虚假注册登记,逃避变更登记的现象时有发生,工商行政管理无法遏制类似违法行为;公司法规定公司未经清算不得注销,而实践中公司因为连续两年未参加年检而被工商行政管理部门注销的现象非常普遍,由此导致人民法院对清算责任认定的困难等等。

目前实践中更为突出的矛盾是,根据《公司登记管理条例》的规定,有关利害关系人持人民法院的生效裁判文书要求变更工商登记的,工商行政管理部门往往以没有法律依据为由不予办理。

■困境之八 裁判结果难以执行

在一般的民商事案件中,如给付之诉中,只要被执行人有履行能力,则执行一般不成问题。而在公司诉讼纠纷中,如人民法院对股东会、董事会决议确认无效或予以撤销的,如果该决议已经实际履行,若使其恢复原状很困难,同时还会涉及到第三人的利益。另外,有些案件履行标的为行为,如知情权诉讼,若义务人拒绝履行时,如何强制执行不好操作。

■困境之九 审判经验少,难以适应审判要求

审判经验的积累对于正确审理案件至关重要,最高法院的许多司法解释也往往依赖于审判实践的摸索而生成。

但是,公司诉讼纠纷案件目前绝对数量较少,某一类型案件在部分地区可能多年仅仅发生一起,而又种类繁多,人民法院及审判人员的经验积累明显不足。再加上对公司诉讼纠纷的审判调研不够重视,很多民商事审判人员长期无法很好地适应该类案件的审理要求。

(记者 赵阳)

[德衡动态] 德衡律师主讲“《劳动合同法》对企业的影响及风险控制讲座”

德衡商法网

11月6日,青岛市城阳区人民法院涉外民商事案件调解中心在城阳区人民法院会议中心举办了“《劳动合同法》对企业的影响及风险控制讲座”,城阳区30余家外资企业、民营企业的相关人员参加了本次讲座。作为该中心的调解员、我所王晓玲律师就《劳动合同法》

中合同的订立、无固定期限劳动合同、违约责任、试用期、专项培训及服务期、保密协议及竞业限制、劳动合同的解除、经济补偿金的支付等问题进行了重点地讲解，并解答了企业人员的提问，受到一致好评。整个讲座历时两个多小时。

[客户动态] 家电大鳄掘金股市地产 海尔海信岛城再次争锋

青岛新闻网

最近公布的第三季度财报,家电企业净利润都有不同程度的提升,除了受行业景气影响外,股市、地产已经成为重要赢利点。

投资股市收益不菲

三季度财报显示,TCL、康佳、海信、海尔、春兰、长虹等家电企业均已涉足股市,他们动辄动用上亿元的资金从事"打新股"业务,动辄中长期持有十余只股票,牛气冲天的股市也让他们获得了丰厚的回报。

康佳的报表显示,其持有约10只股票,此前,康佳曾经公告披露动用4.5亿元的资金进行新股申购。建设银行、中国神华、西部矿业、北京银行、中海油服、中信证券、万科A股等都是康佳第三季度最新购入的股票,而这些股票无一例外都给康佳提供高额回报,最低24%以上最高230%多的回报率在其主业是不可想象的。中国神华的A股回归则让半年报中还没有证券投资的TCL、海信短短一个季度就收获100%多的回报。今年9月中旬,TCL通过了《关于公司运用自有闲置资金申购新股的议案》,宣布将运用10亿元投资A股的新股申购业务,分析人士表示,三季报所公布的TCL申购中国神华,应该只是新股申购的第一步。长虹在中报中披露曾持有南方航空和中国联通,其在卖出南方航空的股票后,单股投资收益至少在4倍以上,而手上还持有的中国联通,股价较年初翻了一番还多。青岛海尔则长期持有交通银行和百联股份,美的电器也持有小天鹅股份,并且都得到了丰厚的回报。

纷纷热衷投资地产

海尔在今年10月份从上实地产挖角出任自己地产品牌的操盘手,近日更是爆出其联合浙江绿城出手24亿夺标济南全运会地块,迈出进军地产业实质性的一步。10月29日,康佳董秘肖庆在接受《第一财经日报》采访时表示,地产行业利润高,康佳自身的资金又比较充裕,因此希望把地产做成继彩电、手机、白电之外的又一主业。康佳成立地产公司之后,除了盘活手中的土地,还可参与土地竞拍。长虹位于四川绵阳市区的500多亩土地,已经开始动工兴建房地产项目,明年预计就可以出售。而海信、美的等均已地产业“老手”了,海信已是青岛市最大的房地产开发商。美的为了拓展地产业务,今年还特地成立了房地产业本部。有专家认为,家电利润薄,而知名家电企业均与各地政府建立了关系,资金、人脉都是进入房地产的必要条件。

对于整个家电行业中掀起的这股股票、地产投资风,家电营销专家却是众说纷纭。有专家认为,家电大佬集体副业淘金行为,是在冒政策风险,因为股市与房市都是受中央宏观政策调控;其次,家电企业进入股市、房市领域,还会有行业竞争的风险。因此,家电企业不要以为股票、地产都可以“赚快钱”,必须有风险考虑、竞争意识,以及在资金、人才上做好充分的准备;更重要的是平衡好家电主业与地产、证券业之间的关系!也有证券行业分析师指出,由于涉及大量资金流动,家电企业必须要有内控风险的财务机制,同时,及时向公司股东披露投资信息也是必需的一个环节。熊平

(海尔集团、海信集团是德衡律师集团法律服务单位)