

# 金道律师

2013·第一辑·总第二十一辑

编 委：胡祥甫

崔海燕

夏家品

执行编辑：崔海燕



金道律师事务所  
BRIGHTIOUS LAW FIRM

# 目 录

## 卷 首 语

包容 创新 发展

..... 罗弘韬 001

## 本期专题

本所举行新春联欢会“2012 温暖你我”暨年度工作总结大会 ... 003

站在新起点 谋求新发展

——2012 年度工作总结(节选) ..... 崔海燕 004

律师晋升高伙、普伙通知及 2012 年度先进表彰决定 ..... 031

## 金道论坛

从缺钱找熟人到缺钱找市场 ..... 朱智慧 032

建筑设计合同中直接起诉要求返还预付款的法律分析

..... 马利峰 张 奕 040

公司治理背景下的职工参与机制

——以职工董事、职工监事为视角 ..... 陶俊杰 黄 耀 044

## 文书精品

关于 ZN 小额贷款公司筹建与运营之法律意见书

..... 黄 耀 王扩海 052

股东会决议无权为股东增设竞业禁止义务 .....	黄 亮	080
李某涉嫌职务侵占一案律师意见书 .....	陈云丰	091

## 热点速评

2012 年度十大电子商务案例与解读(下) .....	张延来	100
-----------------------------	-----	-----

## 金道沙龙

寻春偶拾 .....	胡祥甫	107
程门立雪 .....		108
章炳麟征婚广告 .....		110

## 律师推荐

吴红亮 .....		112
唐小平 .....		114

## 金道动态

.....		116
-------	--	-----

**包容****创新****发展**

□ 罗弘韬 \*

近日,我们金道所的全体合伙人在一个阳光明媚的周末召开了一次今后三年发展规划务虚会。

在会上,金道众同仁们谈笑风生、踊跃发言,其中既有对过往发展历程中经验教训的总结,也有对自身、对团队、对金道所今后发展道路的设想和展望。在同仁们意气风发的笑容中,我首先看到的是包容。

常说“有容乃大”。正因为有了包容,金道所才能兼容并蓄,吸引了大批在各法律服务专业领域的优秀人才加盟,并使得这些律师界的精英迅速融入了这个大家庭中,金道所由此也在短短七年时间里,从一个仅有六名合伙人的新设小所发展成为了一个拥有 16 名高级合伙人、员工上百名、专业门类较为齐全的全中国优秀律师事务所。包容是一种胸怀,有了这种胸怀,才有了高级合伙人每月例会和合伙人扩大会议的畅所欲言,虽然不免有激烈的观点冲突,但我们都知道,争论并非为了排除异己或争权夺利,而是为了共同努力将金道所发展得更好。争论本身就是通过不同角度认识事物、消除误解、修正观点的最好方法,就是在一次又一次的争论中,我们求

---

\* 罗弘韬,本所高级合伙人、建筑房地产法律部主任,浙江省房地产与建筑业务委员会委员、杭州市律师协会建筑房地产专业委员会委员,宁波大学法学学士、华东政法大学法律硕士。



同存异,学会了理解和豁达。包容就像一座通向心灵的桥,将金道人的心连在一起。

小平同志早就说过:科学技术是第一生产力。科学技术的核心就是创新,小到一个人的进步,大到国家、社会的发展,都离不开创新,我们金道所同样如此。在金道同仁的身上,我也看到了宝贵的创新。

无论是高级合伙人王全明率领的民商法律部更名为投融资法律部的华丽转身,还是高级合伙人申柱石、合伙人徐旭升等律师倡导设立电子商务法律部并投身于这一新型法律服务领域的奋然一跃,都凝聚着创新的智慧和勇气。更不要说黄河、王嫣等一批金道所的后起之秀,凭着对企业股权四板交易、私募基金管理等法律服务市场热点的敏锐洞察,他们不仅在会议上侃侃而谈,而且已经在某些新型法律服务领域作出了有益的尝试。在他们的身上,我看到了蓬勃向上的精神和推动金道所发展的强劲后力。此外,会议中金道同仁们就分所设立、人才培养及引进、团队建设等方面各抒己见,发表的观点无不闪现着创新的光芒。

我想,包容是创新的基础,有了包容,就有了创新的空间;创新则是发展的源泉,只要坚持在原有成绩的基础上推陈出新、不断进取,金道所必能保持长久的活力和发展后劲,也必将发展到更高的高度。

我相信:有了包容和创新,金道傲视群雄的那一天并不遥远!

## 本所举行新春联欢会 “2012 温暖你我”暨年度工作总结大会

2013 年 2 月 4 日，本所新春联欢会“2012 温暖你我”暨年度总结大会在杭州满陇度假酒店隆重举行。



会议由胡祥

甫主任主持，崔海燕律师在会上作了题为《站在新起点·谋求新发展》年度工作报告。重点介绍了本所 2012 年度的工作情况，以及为大家展望了 2013 年事务所的工作思路和计划。

会议为新晋升的高级合伙人林罗斌、夏家品律师，普通合伙人黄河、唐小平、王嫣、吴红亮律师颁发了聘书，并表彰了优秀团队、优秀律师、业务新秀、公益之星、优秀党员、优秀团员、优秀助理及优秀员工等，还公布了第四届优秀法律文书评选结果。



会后金道人献演了自编自演的新春晚会，大家载歌载舞，欢聚一堂，共庆新春佳节到来。



# 站在新起点 谋求新发展\*

——2012 年度工作总结(节选)

□ 崔海燕\*

2012 年,是金道所获得“全国优秀律师事务所”称号的第一年。在省市两级司法行政机关和律师协会的关注和指导下,在社会各界的信任和支持下,全体金道人齐心协力,各部门精诚合作,事务所在新的起点上奋发有为,在业务开拓、内部管理、队伍建设、参政议政、社会公益等各项事业中取得了令人振奋的新成绩。现将 2012 年度的工作情况和 2013 年的工作思路汇报如下。

## 第一部分 2012 年事务所的整体发展概况

### 一、人员情况

1. 金道所凭借规范、诚信、专业、和谐的品牌声誉,吸引了众多人才加盟。截至 2012 年底,事务所共有 107 人,其中高级合伙人 14 人,普通合伙人 18 人,专职律师 33 人,兼职律师 8 人,律师助理 25 人,行政后勤人员 9 人。事务所现有执业证的律师、助理共 86 人。目前,事务所共有博士 3 人,15 名律师具有在境外留学或培训的经历。事务所有一级律师 3 名,除了胡祥甫主任及知识产权法律部负责人

\*受本所管理委员会授权,本文由本所副主任崔海燕执笔。

\*崔海燕,本所副主任、国际经贸法律部负责人,复旦大学国际经济法专业学士,浙江大学经济法专业硕士,浙江省律师协会理事,浙江省律师协会涉外与海事海商业务委员会副主任,杭州仲裁委员会仲裁员,杭州市律师协会国际贸易与涉外业务委员会主任,曾赴英国培训一年,赴美国培训半年。



童松青律师外,本所副主任、民商事法律部的黄耀律师于2012年度被评为一级律师。张延来律师获得专利代理人资格。

2. 2012年新增人员19人,包括加盟投融资法律部的专长于服务日资企业的普通合伙人茅玮民律师,从其他品牌所加盟知识产权法律部的朱宇亮、张奕律师及加盟建筑房地产法律部罗弘韬团队的陈丽媚律师,另外新招聘了律师助理12人,客服主管、出纳、前台等行政人员3人。新进人员均很快融入金道大家庭,并充分施展才华,为金道所的进一步发展注入了新的活力。

## 二、业务情况

1. 2012年金道所共受理案件1790件,其中刑事案件174件,民商事、行政案件1028件,非诉讼案件261件,诉讼和非诉讼业务的收入比例为3:2。2012年全所业务创收达5400万元,比2011年的4400万元增长了22.72%,上缴税收达820万元,比上一年的596万增长了37.58%。

2. 截至2012年12月底,金道所共有常年法律顾问单位314家,2012年度新增了浙江淘宝网络有限公司、浙江金桥控股集团有限公司、浙江空港快客有限公司、矢野电子(杭州)有限公司、正方软件股份有限公司、中国农业银行丽水市分行、杭州亨德利珠宝有限公司、浙江中医药大学附属第三医院、杭州市城市“四自”工程道路综合收费管理处等客户单位。金道所的客户基础更加雄厚,金道所的法律服务也已触及到社会的方方面面,律师发挥作用的舞台更加宽广。

3. 2012年,金道所在服务资质方面取得新突破。一是获得破产案件管理人的中介机构资格,二是成为浙江省股权投资行业协会的常务理事单位。金道所将在破产、重整、清算、股权投资等新业务领域开拓进取,为客户提供更加全面的法律服务。

## 三、主要荣誉

2012年,金道律师继续秉持“守信如金、为业载道”的执业理念,





在各个领域取得了可喜的成绩。事务所被浙江省司法厅授予“浙江省律师行业党建工作模范所”及“全省律师行业创先争优活动示范点”荣誉称号,被杭州市人民政府授予“2011年度现代服务业先进单位”,金道所网站荣获杭州市律师事务所优秀网站一等奖;律师个人获得的荣誉有:胡祥甫主任被司法部律师行业创先争优活动领导小组授予“律师行业创先争优活动党员律师标兵”荣誉称号,王全明律师荣获司法部“全国律师创先争优活动先进个人”荣誉称号,崔海燕律师被评为“浙江省首届优秀女律师”,朱智慧律师获得“杭州市优秀律师”荣誉称号,钱雪慧律师获得“杭州市第二届优秀女律师”荣誉称号,王晓辉律师获得“2011年度杭州律师新星奖”荣誉称号。

## 第二部分 2012年的工作回顾

### 一、围绕中小企业发展难题,服务经济转型升级

2012年,浙江中小企业面临更加严峻的融资难、用工难、成本上升、资源紧缺等难题,帮扶中小企业成为全省经济工作的大局和重心。金道所举全所之力,通过各种渠道,采用多种形式,为中小企业送去法律人的关爱和帮助。

#### 1. 通过承办论坛和现场咨询服务中小企业

2012年12月,本所连续第四年承办了以“中小微企业经济发展与法律风险防范”为主题的“2012浙江中小企业法治论坛”。浙江省中小企业局、省司法厅、省经信委的领导高度重视,亲临论坛。论坛邀请了浙江大学公共管理学院院长、经济学博导姚先国,省股权交易中心总经理吴博及专业律师分别从经济、行业、法律等角度为中小企业的发展和风险防范献言献策。本所副主任、投融资法律部负责人王全明律师牵头论坛的承办工作,并作了题为“企业债务危机的司法处理与防范”的演讲,胡祥甫主任作为浙江省法学会中小企



业法学研究会会长致闭幕词。

除举办论坛外,本所侵权法律部的合伙人夏家品律师、公司法律部的吴红亮律师及国际经贸法律部的何钰萍律师还应省中小企业局的邀请,参加了在杭州下沙经济开发区举行的以“服务企业、助力成长”为主题的“中小企业服务日—杭州下沙开发区专场”活动。省中小企业局、杭州市经信委、开发区党工委、管委会领导等应邀出席,杭州经济开发区经发局及所属园区负责人、中小企业代表近 150 人参加。本所律师作为社会中介服务机构代表,为企业代表提供“商业秘密保护”、“专利无效申请”、“劳动合同”等方面的现场法律咨询服务,并分发本所编印的《中小企业法律风险防范》手册。

由于本所在服务中小企业方面丰富的活动载体以及突出的表现,2012 年 12 月,金道所被省司法厅授予“浙江省服务中小企业优秀律师事务所”荣誉称号,省中小企业法学研究会副会长、本所高级合伙人、公司法律部负责人朱智慧律师被省司法厅授予“浙江省服务中小企业优秀律师”荣誉称号。

## 2. 通过服务各商会协会服务中小企业

### (1) 浙商律师服务团

为满足海内外、省内外浙商的专业法律服务需求,搭建浙商法律服务平台,服务浙商创业创新,在浙江省工商联(省商会)和浙江省司法厅的战略合作框架协议下,省工商联与省律协推荐了各专业领域的百名优秀律师组成了“浙商律师服务团”。本所胡祥甫主任及省律协刑委会副主任胡东迁、省律协涉外委员会副主任崔海燕、省律协金融与保险委员会副主任黄耀、省律协知识产权委员会副主任童松青共 5 名律师成为服务团成员,本所副主任崔海燕律师作为 10 名“浙商律师服务团”的成员律师代表,在浙江省工商业联合会十届二次执委会议上接受了聘书。

### (2) 温商律师服务团



2012年4月,在朱智慧律师与其他在杭温州籍律师同仁的共同努力下,杭州市温商律师顾问团顺利成立并组织举办了首届温商法律论坛。本所高级合伙人朱智慧律师当选为温商律师顾问团副团长,本所合伙人徐旭升律师担任律师顾问团知识产权部部长,南秋萍、林罗斌等多名律师成为顾问团成员。朱智慧律师在该论坛上作了题为《从缺钱找熟人到缺钱找市场——温商融资的法律风险及转型发展》的主题演讲。浙江法制报用半版篇幅,以《律师应当好温州金改的“保姆”——帮助企业选择合适的融资方式 防范金融风险》为题,介绍了朱智慧律师的演讲。

### (3) 杭州市嘉兴商会

2012年7月,杭州市嘉兴商会隆重召开成立大会,会议选举了第一届理事会,聘请了嘉兴市委书记李卫宁先生等数十位领导担任商会高级顾问和顾问,本所副主任王全明律师被聘为商会法律顾问。

### (4) 杭州瑞安商会和杭州苍南商会

2012年,为了向在杭瑞安籍企业提供法律支持,杭州瑞安商会成立了法律顾问组,本所副主任崔海燕律师和李俊凤律师应邀担任法律顾问组成员,崔海燕律师作为组长在12月份的商会10周年庆祝大会上接受了匾牌。此外,本所林罗斌律师也积极为杭州苍南商会提供法律服务。

### (5) 浙江省典当行业协会

本所投融资法律部凌栋律师,应浙江省典当协会邀请,为浙江省新开业典当行业务培训班的300余学员作“典当法律风险防范”的讲座,并鉴于浙江省高级人民法院发布《关于审理典当纠纷案件若干问题的指导意见》、台州市中级人民法院发布《商事审判若干疑难问题讨论意见》后全省典当企业在经营中遇到的因法院审理意见变化产生的新的法律风险,凌栋律师应浙江省典当行业协会邀请,



就这些法律风险的发生原因、应对方法作出提示,提示全文被商务部网站在动态信息中转载。

除以上商会外,本所其他律师也积极为浙江家乡城市在杭州成立的各种商协会提供法律服务,以面带点为浙江经济发展尽心尽力。

### 3. 通过服务外贸行业服务中小企业

2012年浙江出口形势严峻,企业面临客户取消订单、不提货、拒付货款、无单放货甚至被骗等各种法律问题。本所连续第三年作为省商务厅组织的律师驻外贸预警点服务团成员,继续为省内广大中小外贸企业提供公益法律服务。2012年5月,本所副主任崔海燕律师作为服务团的副团长兼第三组的组长,与本所合伙人、涉外知识产权专业律师江力以及国际经贸法律部的何钰萍律师共同参加了为期4天的赴义乌、浦江、东阳、武义、金华、衢州六地16个外贸预警点的服务活动;童松青律师作为第五组的组长,带队前往天台、三门、临海、黄岩以及丽水市进行法律服务。参加的企业代表达200多人。本所律师制作了调查问卷,在活动中发放了国际经贸法律部编制的《国际经贸法律服务手册》。

由于本所律师在3年活动中的突出表现,崔海燕律师作为浙江省商务厅公平贸易局邀请的唯一一名浙江律师,参加了为期两天的“浙江进出口公平贸易工作十周年暨对外贸易预警示范点总结交流会”,共计180余人参会。会上,崔海燕律师作为律师服务团的副团长,就2011年律师团驻预警点的法律服务月活动向大会作专题汇报,并向与会者作了题为“后金融危机时代外贸出口的法律风险及应对”的专题讲座。

活动后,本所国际经贸法律部每月编辑和发放《国际经贸法讯》,为外贸预警点的企业送去最新的政经新闻、法律政策、案例提示等信息。崔海燕律师为武义和丽水两地300家外贸企业作外贸法



律风险防范的讲座；申柱石律师受省贸促会邀请为外贸企业作“外贸风险提示与防范”讲座。2012年，基于对本所律师3年公益服务的认可，位于浦江的浙江省绗缝工艺协会、浙江省水晶工艺制品协会以及武义国际商会等三家商协会聘请本所崔海燕、申柱石、王嫣律师团队，为其提供常年法律顾问服务。近日，中国贸促会/中国国际商会调解中心正式聘任崔海燕律师为调解员。

#### 4. 为其他广大中小企业提供法律服务

##### (1) 为现有常年客户举办法律培训班

2012年8月，本所举办了2012年企业法律培训班，参会企业达138家，企业代表200人，是本所举办的历届以来人数最多、规模最大的一次培训会议。会上，本所胡祥甫主任、刘艳芳、朱智慧、崔海燕、王嫣、张延来律师作了关于最高法院买卖合同司法解释、企业人力资源风险管理—薪酬篇、中小企业法律服务的重点与提升、企业境外投资及大客户财富管理、网络经济环境下的游戏规则等讲座，并现场为广大企业答疑解惑。

##### (2) 举办丰富多彩的讲座，提升企业法律意识

朱智慧律师分别为浙江外事旅游汽车有限公司、浙大宇恒科技发展有限公司、杭州金鱼电器集团有限公司等作法律风险防范讲座；王全明律师为杭州市燃气集团有限公司作法律讲座；本所高级合伙人罗弘韬律师作为浙江大学MBA创业交流沙龙的特邀嘉宾，在沙龙上作“创业型企业法律风险防范”的主题发言；本所高级合伙人钱雪慧律师与徐杨超律师为浙江大学总裁班的企业家学员们讲授法律课；钱雪慧律师为浙江省旅游饭店第二十七期总经理培训班讲授“饭店企业如何避免法律风险”课程；刘艳芳律师应浙江省电力公司和杭州市人才市场邀请，作人力资源法律风险管理的专题讲座；赵箭律师应邀为宁波慈星股份有限公司、江西艾芬达卫浴有限公司等作知识产权、买卖合同等方面的法律专题讲座；李政律师应



邀为浙江浙大网新工程有限公司作合同风险防范讲座。

## 二、努力服务社会和民生,履行律师社会责任

金道律师在办案之余,不忘肩负的社会使命和职责。在本所3名人大代表和政协委员及7名民主党派人士的带动下,金道律师活跃在立法、参政议政、社会管理的各个方面,为建设法治浙江发挥着法律人独特的作用。

### 1. 积极参与立法调研并提出建设性意见

胡祥甫主任作为浙江省地方立法专家库成员对《浙江省实施<中华人民共和国村民委员会组织法>办法(修订草案)》、《浙江省村民委员会选举办法(修订草案)》、《杭州市物业管理条例》等近10部地方性法规提出立法建议;王全明律师参加《继承法》、《浙江省农业机械化条例》、《浙江省水文管理条例(草案)》的调研及立法专家论证会,提出立法建议;钱雪慧律师指导、张洁实习律师主持并由黄河律师、来晶晶实习律师参加的《我国房地产投资信托立法模式探析》课题以及廖志松律师主持的《和谐社会视域下社会诚信体系建设的法律与制度保障—以杭州为例》课题获2012年度杭州市法学会研究课题立项。

### 2. 踊跃参政议政

2012年,胡祥甫主任当选市十二届人大代表并在市人大十二届一次会议上提出1个议案,高级合伙人张子年律师连任杭州市政协委员,高级合伙人朱智慧律师担任新一届西湖区人大代表,夏家品律师担任下城区政协特聘委员。

朱智慧律师负责调研并撰写的《关于推进我市公立医院产权改革与法人治理的建议》荣获2011-2012年度民盟杭州市委会优秀调研成果二等奖,并通过民盟杭州市委提交给政协杭州市十届一次会议作大会发言;史源律师负责的《杭州市文化产权交易所定位及发展模式研究》被评为2011-2012年度民盟杭州市委会优秀调研成果



三等奖；朱智慧律师作为西湖区人大代表、西湖区人大常委会翠苑工委委员，积极参加了人大会议及各项活动，履行代表职责，提交了《关于进一步促进西湖区现代服务业发展的议案》、《关于改进西湖区法院立案工作的建议》等多项议案建议，参加了“区人大翠苑组定向视察区住建局”、“翠苑人大代表组督查第 66 号议案的活动”、“西湖区人大常委会部门工作评议会”等视察、评议活动；合伙人、公司法律部副主任赵箭律师被评为九三学社杭州市委 2011 年度信息工作积极分子，其撰写的《对民诉法修正案草案的建议》被杭州市政协录用，并且受邀担任九三学社杭州市委法律服务顾问团副团长；国际经贸法律部合伙人胡浩明律师参加了民革浙江省委会组织的“法律服务下基层”活动。

### 3. 广泛参与法治政府建设和社会管理，帮助化解矛盾纠纷

2012 年，胡祥甫主任被聘为市人大内司委及城建环保委两个专委会的专业组成员，为杭州市人大常委会讲授新刑事诉讼法，为桐庐县委、县政府作题为《多元调解机制与和谐社会建设》的讲座；胡祥甫主任及钱雪慧律师继续担任上城区政府法律顾问；胡祥甫主任担任拱墅区政府法律顾问；知识产权法律部张延来律师受聘成为杭州市西湖区法院特邀调解员；赵箭律师被杭州市江干区工商行政管理局消费者权益保护委员会聘请为首届江干区消费维权律师顾问团成员；夏家品律师受聘担任下城区政协企业家协会法律顾问，参加下城区电子商务产业园（星火园区）2013 年迎新春座谈会暨政协法律服务站挂牌仪式。

### 4. 积极投身社会公益活动

#### (1) 参加法律援助办案质量专家评审

为规范法律援助办案流程、提升办案质量，司法部法律援助中心在杭州试点法律援助办案质量专家评审制度。高级合伙人王晓辉律师及合伙人胡浩明律师受杭州市法援中心邀请分别作为刑事组



和民事组专家参与了评审工作。

### (2) 积极投身律师进社区(农村)活动

何钰萍律师、公司法律部的黄亮律师与邱华律师积极参加“律师进社区”活动,分别担任文锦社区和花园亭社区的社区律师,为文锦街道和西溪街道提供法律咨询、协商谈判以及调解等法律服务。胡祥甫主任作为杭州市律协会长、杭州网络律师团团长带队 30 名杭城知名律师参加在富阳举行的杭城名律师(网络律师团)走乡村暨富阳市“律师进农村”启动仪式,并作了题为“运用法律手段化解矛盾纠纷”的演讲。下午,胡祥甫律师又带队深入有关乡镇和中心村走访。崔海燕律师作为杭州支援律师代表在启动仪式上发言,并与富阳市新桐乡签订顾问协议,何钰萍律师也参加了本次活动。

此外,本所侵权法律部的廖志松、麻策律师以及民商事法律部的邱斌、周蕾、张婷律师均积极参加市信访局、法律援助中心的值班、工地送法活动及市看守所的值班活动等。

### (3) 关心弱势群体,免费为社会各界提供法律帮助

钱雪慧、夏家品、徐杨超律师受邀参加《浙江老年报》“乐悠游”旅游俱乐部成立大会,为现场的老年会员提供免费法律咨询;刘艳芳律师受浙江广播电视集团的邀请,为其离退休人员作关于婚姻家庭继承法的专题讲座;钱雪慧律师作为杭州妇联志愿者到杭州市公安局收容教育所,向收容教育所的妇女同胞们献爱心,参加杭州市西湖区妇联“携手希望,关爱明天”活动,为在押少年犯送上法律知识,到富阳市新登镇中心小学为一千多名小学生上法律课,还受邀参加中共浙江省委统战部于杭州桐庐举办的同心·知联服务团“双服务”活动周启动仪式。2012年,钱雪慧律师被授予“杭州市妇女维权与法律援助三星级志愿者”荣誉称号。

此外,吴萃律师为浙江省政法系统军队转业干部作《刑事诉讼法》的专题讲座;何钰萍律师为武警浙江省总队直属支队的武警官





兵提供现场法律咨询；夏家品律师参加杭州大学生创业“律师服务团”工作座谈会并作为大学生创业导师代表作主题发言；黄亮和廖志松律师赴德胜东路（江干段）02标项目部民工学校参加由杭州市建委组织的“献真情、送温暖、促和谐”关爱农民工志愿服务活动。

### 三、在服务经济和社会中承办的典型案例/项目

#### 1. 跨部门合作的重大案例/项目

金道所目前有 9 大业务团队，在术业有专攻的基础上，根据客户需求和委托事项，开展跨部门的合作，充分发挥各自专业优势，既实现了良好的经济效益，又确保了办案效果。

(1)胡东迁、朱智慧、申柱石等律师承办的浙江某科技股份有限公司重大重组项目。该项目为本所 2012 年最大的非诉讼项目，由公司法律部、国际经贸法律部、刑事法律部共同合作办理，胡东迁、朱智慧、申柱石、张峰、吴红亮、刘大佳、姚杰、来晶晶共 8 人组成的专业法律服务团队，通过 3 个多月的努力，履行了进驻管理、债权债务登记及处理、职工安置等多项职责，最终通过协调各方利益，促使已经陷入僵局的公司股东达成妥协，通过股份转让与业务合作等方式成功实现公司重组，停产半年多的企业因此恢复了生产。

(2)崔海燕、刘艳芳、王嫣律师承办的某中法合资企业 500 余员工遣散劳动专项服务项目。国际经贸法律部负责人崔海燕和副主任王嫣律师与劳动和人力资源法律部的合伙人刘艳芳律师合作，受广西某中法合资铁合金公司法方股东的委托，为企业员工遣散项目提供专项法律服务。律师介入后的短短半个月內，即帮助合资企业成功遣散 500 多名员工，除 1 名工伤员工因法定事由需保留劳动合同关系外，其余员工均全部顺利解约。

(3)胡东迁、俞菊明、南秋萍等律师共同合作办理的萧山某集团系列纠纷案。

(4)罗弘韬、陈丽媚、任怡律师协同崔海燕、乙笑牛律师接受杭



州某置业有限公司委托,代理两个建设工程施工合同纠纷,涉及工程工期、质量、保修、转包分包、利息损失、违约责任等诸多诉请。

## 2. 各专业领域的典型案例/项目

(1) 刑事辩护:承办了一批有重大影响的领导干部职务犯罪案件和社会热点案件;胡祥甫、王晓辉律师承办的原浙江省道路运输管理局局长张某受贿案,胡东迁律师承办的原某县副县长杜某受贿上诉案,胡东迁、顾炳鑫律师承办的原杭州某大学教育学院院长郭某贪污、挪用公款案,胡东迁律师承办的原杭州市公安局某区分局经侦大队副大队长余某涉嫌受贿、滥用职权案;顾炳鑫律师承办的新昌“毒胶囊”案及浙江省首例利用互联网传播邪教(“法轮功”)信息案。

多起案件最终作出撤销案件或不起诉的无罪处理:王晓辉律师承办的美国某电器公司副总裁蔡某涉嫌行贿案;陈云丰律师承办的朱某涉嫌职务侵占案;顾炳鑫律师承办的陈某非法经营案(银行承兑汇票贴现)及戴某抽逃出资案;很多案件取得了良好的辩护效果:胡祥甫、王晓辉律师承办的高某涉嫌挪用资金、妨害作证上诉一案(二审法院采纳律师意见,对高某挪用资金部分定罪但免于刑事处罚,比一审减少4年刑期);胡东迁律师承办的陈某涉嫌走私普通货物案(涉案走私款数额达9000余万元,通过辩护人的沟通和努力,侦查机关认可陈某提供的线索依法可构成重大立功,该案目前仍在审查起诉中);王晓辉律师承办的刘某涉嫌侵犯商业秘密案(通过律师努力,最终为刘某争取到有期徒刑2年,缓刑3年的结果);胡东迁、王晓辉律师承办的公司及胡某涉嫌虚开增值税专用发票案(最终捷豪公司及胡某被法院减轻处罚,胡某被判处有期徒刑八年,并适用监外执行);王晓辉律师承办的杭州宏都宾馆凶杀案(受被害人家属委托担任刑事附带民事诉讼代理人,该案经重新鉴定,对被告人何某判处死缓、限制减刑。同时,获判被告人赔偿附带民事诉讼原



告人经济损失 73.5 万元);胡祥甫、顾炳鑫律师承办的苏某盗窃上诉案,通过律师不懈努力,杭州市中级人民法院对其从轻改判,判处其有期徒刑三年,缓刑三年。邱斌、周蕾律师承办的西湖区某执法局局长涉嫌受贿案(受贿金额高达 113 万,经过两位律师的努力,最后判决十年零六个月);周蕾、张婷律师承办的涉嫌合同诈骗案(后改为伪造公章罪,判处缓刑);夏家品律师办理的故意伤害案(由无期徒刑改判为十四年有期徒刑)。

(2)公司非诉讼项目:除前述浙江某科技股份有限公司重大重组项目外,还有朱智慧、俞玲丽、李佳律师共同承办的某集团公司架构重组项目;朱智慧、邱华律师承办的国有控股浙江某信息网络公司解散清算项目;朱智慧、邱华律师承办的安徽某新能源科技有限公司新设投资项目;李政、邱华律师承办的中国人寿保险股份有限公司某市支公司尽职调查项目;邱华律师承办的安徽宁国某投资公司尽职调查项目等。公司诉讼:朱智慧律师承办的陈某与沈某隐名持股合同纠纷再审获得调解案;王全明律师代理的一起股权转让纠纷,一、二审均获法院支持,帮助委托人避免了数千万元的损失;朱智慧律师承办的浙江某投资公司诉杭州某园林工程公司投资合作合同纠纷案;南秋萍、俞菊明律师承办的徐某、李某与杭州某汽车运输有限公司股东资格确认纠纷案;黄亮律师承办的林某与俞某诉浙江某新材料股份有限公司公司决议纠纷案;李政律师代理的闻某诉杭州某公司解散纠纷案、撤销股东会决议纠纷案等。

(3)投融资非诉讼项目:王全明律师携投融资法律团队帮助浙江某生态农业科技公司和杭州市某房地产项目成功融资;投融资诉讼:胡祥甫、王全明律师代理的两起民间借贷案件,总标的 1600 余万元,再审获得支持改判;投融资法律部高级合伙人来晓明律师及方圆律师成功帮助杭州某旅游开发有限公司处理资金链断裂危机;赵箭律师承办的宁波某股份有限公司 13 起系列委托贷款纠纷案,



涉案标的逾 1500 万元,8 起案件均当庭判决;方圆律师代理的储蓄存款合同纠纷,再审获得支持改判。

#### (4)建筑房地产

1. 为顾问单位服务:罗弘韬、陈丽媚、任怡律师团队为德信集团及旗下各项目建筑房地产业务,为伟星集团在湖北公安、湖南常德、江西抚州等地的房地产开发项目、为远洋公馆一、二期房地产项目中施工方杭州二建建设有限公司等提供专项法律服务;钱雪慧律师团队受浙江一统实业有限公司的聘请,为该公司的“钱塘航空大厦”楼盘的交房工作提供专项法律服务。

2. 新型非诉讼业务:罗弘韬、沈国勇律师为某集团在湖南常德市的地王项目提供解除土地出让合同非诉讼法律服务;罗弘韬、沈国勇、魏勇强律师为上市公司华峰集团位于钱江新城的华峰中心商业楼宇开发建设项目提供全程法律服务;罗弘韬律师团队为杭州市江干区云峰社区村留用地项目,罗弘韬、夏家品律师为杭州市下沙经济开发区松合社区村留用地项目提供全程法律服务;罗弘韬、沈国勇、任怡、袁韬光律师受绍兴某建设集团有限公司委托,为该集团公司重庆某项目建设工程施工合同纠纷相关事宜及该集团施工建设的某项目甲方资金链断裂相关事宜分别提供非诉法律服务;罗弘韬、陈丽媚、魏勇强律师成功签约坤和集团,为该集团开发建设的某项目相关事宜提供专项非诉法律服务。

3. 诉讼:来晓明律师代理的某楼盘“房地产项目一起房屋买卖合同纠纷案,最终迫使开发商与业主达成巨额赔款协议;钱雪慧律师处理的常州某楼盘精装修商品房集体业主维权纠纷案,最终通过律师的工作和谈判得以获赔和圆满解决。

(5)民商事诉讼:胡祥甫、崔海燕、李俊凤律师为浙江省某国贸公司成功办理最高法院发回重审的亿元委托合同纠纷案,获得胜诉,近期客户债权已获优先受偿;罗弘韬、陈丽媚、任怡律师团队办



理的浙江省某进出口有限责任公司诉上海某企业发展有限公司、上海某建材市场经营管理有限公司仓储合同纠纷案,获得胜诉;崔海燕、胡浩明律师代理某餐饮公司成功处理其宁波餐厅一疑难承租纠纷案,该餐厅作为次承租人面临限期腾退的危机,该诉讼不到 1 个月即获调解结案;马利峰、张奕律师代理的浙江某服饰有限公司与乐购各地子公司的联营合同、买卖合同纠纷案,该批案件共四十多起,遍布江浙沪三地;侵权诉讼:魏勇强、麻策律师办理的韩雪梅诉长安福特马自达公司安全气囊质量纠纷案,嘉兴中级法院终审判决福特公司承担责任;魏勇强律师办理的毛某植物人案,终获数百万元赔偿;魏勇强律师办理的大股东侵犯小股东近 2000 万元侵权案;魏勇强、廖志松律师办理的连云港特大交通事故和解案;黄河律师代理的某著名影星肖像权案(目前该案件正在审理中)。

(6) 涉外诉讼:崔海燕、王嫣律师历时 3 年,帮助美国某公司在代理协议被违法解除后通过省高院二审调解终获赔偿;胡祥甫、崔海燕、吴海珍律师代理的历时 4 年半的浙江某进出口集团子公司诉某国际报社巨头名誉侵权终告调解案(2012 年 11 月,该报纸最终刊登了本所客户的广告,在全球范围内提升客户品牌形象)。涉外非诉讼服务:崔海燕律师承接的浙江某公司收购世界 500 强公司斯洛伐克工厂的资产收购项目;申柱石律师协助桐乡某大型化纤企业境内上市团队制作该集团旗下香港公司及 BVI 公司等海外公司的法律意见书及公司全套公证认证文件。

(7) 知识产权诉讼:童松青律师代理的北京某公司炒股软件“xxx”商标专用权侵权案二审;童松青、朱宇亮律师代理的某控股公司和浙江某啤酒有限公司应诉百威英博的反不正当竞争案;马利峰、张奕律师代理浙江某服饰有限公司办理了五起驰名商标的侵权案;胡祥甫主任、张延来律师代理的淘宝与某公司商标侵权案,该案相同判例已写入最高院公报,在先判例对淘宝公司非常不利,经代



理人努力,淘宝公司仍取得胜诉判决;徐旭升律师代理的广东奥飞动漫文化股份有限公司的 40 多件动漫版权和外观设计专利权侵权纠纷案及霍尼韦尔国际公司诉浙江某电工实业有限公司外观设计专利权侵权纠纷案;马利峰律师代理的温州某洁具有限公司、温州某洁具有限公司的专利侵权纠纷,该纠纷最后得到满意和解;赵箭律师承办的赵某诉宁波某科技有限公司等以及陈某诉赵某技术合同纠纷两案,法院最终采纳赵箭律师观点,以投资协议涉及专利为由,确定以中级人民法院为一审法院,目前该两案正在一审法院合并审理中;涉外知识产权诉讼:国际经贸法律部的副主任、合伙人江力律师代理的日本“樱桃小丸子”著作权纠纷案,庭审后,原告自动撤诉;崔海燕、江力律师代理的英国某公司商标异议事务;国际经贸法律部副主任王嫣律师及李俊凤律师代理的国际知名拉链生产企业日本某株式会社诉义乌某拉链有限公司商标侵权案,该案在 2012 年初以十余万元赔偿金额调解结案,是义乌当地赔偿金额较高的一起案件。

(8) 行政诉讼:俞菊明律师承办的新昌毒胶囊事件中被告吊销营业执照的某企业诉浙江省药监局行政诉讼案。

(9) 网络纠纷:由黄亮、张延来律师合作承办的淘宝争议非诉讼处理项目。在时下非常火热的网络购物背景下,该项目开创了新的非诉讼领域,即网络商户与客户、网络服务商之间的纠纷调解处理。

(10) 劳动诉讼:茅玮民律师代理的某外资企业解雇病假员工案,获得胜诉;冯嘉律师承办的某公司改变用工邀约致员工索赔案。

#### 四、着力提升事务所整体品牌,加强对外宣传和交流

1. 举办法律服务产品研发和评选活动,为事务所的宣传提供产品素材

事务所的宣传需要载体,如何让社会各界了解金道所的专业特



长,我们需要将法律服务产品书面化,引导客户消费,从而带来事务所新的业务增长点。2012年5月-6月,事务所紧锣密鼓地组织和完成了首次法律服务产品研发和评选活动。事务所管理层和各部门非常重视,并专门举行评审会,由高级合伙人对上报的26个法律服务产品进行评审。通过此次活动,本所不仅总结了成熟业务领域的法律服务经验和成果,如公司法律部研发的符合市场需求的从公司成立到消亡的系列法律服务产品;劳动和人力资源法律部开发的人力资源系列非诉讼法律服务产品等,而且涌现出一批符合市场发展趋势、具有广阔前景的新型业务产品,如企业境外投资、电子商务企业法律支持计划、大客户财富管理-资产与身份跨境流动、房地产项目融资、新三板企业上市、连锁及特许经营等。活动后,建筑房地产法律部罗弘韬律师团队又开发了房地产PE投资、建设工程专项服务、留用地、业主自建项目共4个建筑房地产领域的法律服务产品;公司律师部的赵箭律师开发了中小企业融资现代化—新型融资法律支持计划的产品。截止2012年底,事务所共研发了31个法律服务产品,并已陆续在发放给客户的《金道法讯》上刊登。

## 2. 事务所启动VI设计项目

金道所在2011年底被评为全国优秀律师事务所后,2012年9月,在金道所副主任崔海燕律师的提议下,金道所VI设计正式提上日程。经过层层筛选,最终在11月中旬与中国顶尖的品牌设计公司——北京柏林视觉品牌设计顾问公司签订合同。目前该公司已完成VI基础设计、环境系统应用设计、简介的风格稿设计等,现已进入简介的后续整体设计及应用部分设计,预计在2013年第一季度完成。届时,事务所将拥有提升后的LOGO、改版后的简介及统一的委托文书及法律文书范本等。

## 3. 成立品牌宣传工作组

事务所的品牌宣传在日益激烈的市场竞争中日益凸显其重要



性,需要金道律师的群策群力。在崔海燕律师提议下并经管理委员会会议通过,事务所内部成立了由崔海燕、王晓辉、夏家品、茅玮民、黄亮、方圆、王嫣、黄河、黄诗尧等 9 人组成的“金道品牌宣传工作组”,定期商议金道所的品牌宣传工作。2012 年,该小组已召开 4 次会议,会议对崔海燕律师起草的《青年律师和助理工作规范提示》、简介的内容形式、《金道律师》和《金道法讯》版式内容等事宜进行了讨论。为维护事务所的整体品牌,加强对年轻律师的办案指导,避免出现客户投诉和执业风险,在崔海燕律师建议和审核下,品牌宣传工作组已完成 3 个法律风险防范提示,分别是李俊凤律师起草、胡浩明律师提建议的《律师办理民商事诉讼法律风险防范提示》、由王晓辉律师起草的《律师办理刑事诉讼法律风险防范提示》以及茅玮民和王嫣律师起草的《律师办理非诉讼法律业务风险防范提示》,近期将提交管理委员会会议讨论,通过后将分发给律师和助理并开展培训。

#### 4. 通过各种展览和研讨会宣传事务所

2012 年 9 月,国际经贸法律部参加了由浙江省商务厅主办的“2012 中国浙江商务服务博览会”,该博览会云集了沃尔玛、阿里巴巴等一批境内外知名的服务性企业和机构,还有来自美、德、英等 20 多个国家和地区的 210 多家境内外商务服务机构和企业。继前两年参展后,本所作为全国优秀律师事务所再次参加本次博览会,并向参会人员赠阅《企业境外投资法律服务手册》、《国际经贸法律服务指南(第二辑)》、《电子商务企业法律支持计划》、《优质品牌网络维权计划》等法律服务产品。

2012 年,除浙江中小企业法治论坛、常年客户法律培训班外,事务所还举行了 2 场专业研讨会:国际经贸法律部与美国在华各州协会、芝加哥商会联合举办 2012 年投资/移民美国高端研讨会,并与美国 PROMINENT 会计师事务所签订了战略合作协议;与莫萨克·冯赛





卡律师行、德勤杭州联合举办“国际贸易与投资之新形式离岸架构设计研讨会”。

### 5. 通过传统媒体和新媒体展示律师专业和风采

(1)在报刊杂志网络媒体撰写文章:朱智慧、刘大佳律师撰写的文章《律师在解决中小企业融资难中的作用》,在《法治研究》2012年第1期发表;两位律师还共同撰写了《从挽回损失到创造价值——谈律师服务中小企业的重点与提升》,在《中国律师》2012年第9期发表;2012年6月的《法治内参》(2012年第2期)刊登了朱智慧律师的文章《温商融资的法律风险及转型发展思路》;朱智慧、李政律师办理的某公司系列股东诉讼案被《浙江法制报》第6版以《历经两年半的官司一波三折 律师让企业“起死回生”》为题进行了大幅报道;《每日商报》刊登了崔海燕律师撰写的《境外投资,您准备好了吗》及钱雪慧、张洁律师撰写的文章《“最终解释权”已成过去式》;2012年3.15消费者权益保护日,《浙江法制报》全文刊载胡浩明律师撰写的专题文章《开发商逾期交付资料,购房者如何维护合法权益》;黄亮律师撰写的案例分析《联合竞买人在竞买成功后可否调整内部份额?——安徽某合伙协议纠纷案评析》在北大法律信息网首发,并在首页推荐,该文是黄亮律师作为北大法律信息网法学文献作者所撰写的第十篇文章。

(2)媒体点评:胡祥甫主任在杭州电视台录制“12.4”法制宣传专题节目“宪法与人权”;童松青律师作为浙江省政协办公厅的特邀信息员,参加《政协视线》的点评7次;童松青、张延来律还参与《经视看地产》、《浙江法制报看法栏目》和新蓝网等媒体的点评若干次;魏勇强律师接受浙江经济广播电台采访,就唯冠和苹果公司IPAD商标权之争发表律师意见;魏勇强律师接受《21世纪经济报道》记者采访对浙江民间借贷发表观点;钱雪慧律师接受文广电台FM89《民情热线》采访,受邀参加FM89《民情热线》开播八周年恳谈会并作客杭



州电视台《我们圆桌会》节目,参与访谈《物管条例修订如何“有的放矢”》和《物业管理 如何让业主积极参与?》两期节目;胡浩明律师受浙青传媒集团的邀请,在《青年时报》、浙江电视台公共频道为“3.15 安全消费”系列节目接受专题访谈;浙江经视就法国某村庄整体低价出售新闻采访了王嫣律师;王晓辉律师受浙江法治在线邀请,就毒胶囊案件发表点评意见。

(3)在新业务领域的频频亮相。动漫产业:作为 2012 法制动漫大赛的支持律师,本所童松青、徐旭升、江力、张延来律师为大赛提供法律咨询和决策咨询,童松青担任了支持团首席律师;电子商务:申柱石、张延来律师参加首届“网规与中国互联网治理”学术研讨会,张延来律师撰写的《微博:一个更难管控的第三方平台》一文被收入研讨会优秀论文集;申柱石、张延来律师组织了“企业走近国家标准”专题研讨会,邀请了中国国家标准化研究院领导及研究员、相关政府领导及天下网商、现代集团、宇天科技等十余家各行业知名企业共同参与;张延来律师入选中国电子商务协会政策法律委员会委员,受邀《天下网商》杂志,录制了以“互联网品牌保护”为题的《网上课堂》节目,受嘉兴市工商局邀请,在嘉兴七个地区作网络经济巡回讲座,就国内电子商务涉及到的诸多法律问题,以及广东省工商行政管理局发布的《关于鼓励支持我省网络商品交易及有关服务健康发展的若干意见(征求意见稿)》接受《中国日报》记者的采访,参加杭州市西湖区电子商务知识产权公共服务平台落成仪式,为西湖区六十余家电子商务企业作题为《电商企业品牌保护法律筹划》的讲座,就苏宁易购“撤销订单”纠纷一事接受《法人》杂志采访。

#### 6. 积极开展对外交流,扩大事务所在境内外的知名度

英国:崔海燕、张延来律师接待英国 UDL 专利事务所合伙人及律师,此次与 UDL 的会谈有助于本所律师与更多欧洲知识产权专业机构开展合作,从而为前往欧盟、美国等地开展业务的企业提供



更优质的法律服务;香港:2012年8月,胡祥甫主任和崔海燕副主任接待香港律师会副会长一行12人,崔海燕、茅玮民、王嫣等律师参加了由香港贸发局主办的主题为“转型升级·香港博览”的展会及主题为“促进国际合作 全球管理典范”的研讨会,与香港多家律师事务所及会计师事务所进行交流;马来西亚:崔海燕、王嫣律师接待马来西亚某律师事务所合伙人,此次与马来西亚律师会谈有助于增强本所为企业投资东盟提供跨境法律服务的能力。通过几年的努力,金道所积极与境外主要国家和地区的中介机构建立了广泛的联系,目前建立联络或开展合作的中介机构分布在英、美、德、澳、加、日、意、比、新加坡、香港、韩国、马来西亚、巴基斯坦等。

## 五、党建工作重点突出、成效显著

### 1. 开展红五月创新活动

2012年5月,本所为进一步深入开展“创先争优”活动,鼓励党员立足岗位多做公益事业,多为社会和谐尽职尽责,由事务所党支部牵头,联合团支部、青年律师发展委员会,在“红五月”面向园区和社区开展了为期1月的“公益法律咨询服务月”活动。本次活动创新地将网络媒介充分运用到咨询和推广活动中。共接到近百次电话咨询;郭力、吴贤德等25位专业律师、助理轮流值班咨询,安排律师进九莲社区,上门为社区群众分发公益法律资料;安排8次法律讲座,主题涉及企业管理、债务危机与管理危机处理、企业合同风险防范、劳动者权益保护、消费者权益保护、房产新政、车辆保险、投资理财、婚姻等领域。共有二百多人次听取了法律讲座,部分学员甚至8次课程全部参加。本次公益法律服务月是本所党员律师争先创优、担负社会责任的深刻体现。本次活动持续时间长、范围广、活动形式多样,有效地引导全所律师钻研业务,既锻炼了队伍,又服务了企业和群众,将2012年的事务所党建工作推向高潮。

### 2. 发放金沙民工子弟学校奖学金和助学金



2011年12月,金道所与杭州经济技术开发区金沙学校签署了《共建协议书》,设立了“金道奖学金”,每学年将有45名品学兼优的学子获得奖学金,如遇学生家庭特别困难需要帮助,金道所还将结对助学。2012年12月,金道所党支部书记王全明律师带领党支部委员邱华律师及其他党员一行8人参加了金沙学校“金道奖学金”的发放仪式,向金沙学校递交了2012年度“金道奖学金”及助学金。

在党的十八大召开之际,党支部组织全所人员收看现场直播并认真学习十八大报告精神;2012年金道所新增1名党员,转正2名,全所现有43名党员律师及助理。由于党支部在带领律师进社区(农村)、法律援助、服务中小企业等方面发挥的先锋模范作用,获得了司法部、省司法厅授予的各种荣誉。

## 六、积极参加行业活动,为行业建设贡献力量

1. 2012年,胡祥甫主任当选中华全国律师协会新一届理事。胡祥甫主任作为杭州市律师协会会长,全面领导律协各项工作,在全市律师工作中投入大量精力,包括赴京参加有关《民事诉讼法》修改的研讨会,多次指导开展律师进社区(农村)活动,为全市律师争取更有利的税收政策而与有关部门多次沟通等。

### 2. 各专业委员会主任也积极开展相关活动

(1)刑事业务委员会:刑委会胡东迁主任邀请最高人民法院研究室刑事处处长、法学博士周加海为全市律师解读新刑诉法修正案;成立杭州市看守所法律援助工作站,胡东迁主任及秘书长王晓辉律师等55名刑辩律师在工作站轮流值班,办理法律援助案件37件;邀请杭州市中院刑二庭及七城区法院刑庭的庭长召开“构建律师与法官良性互动机制”座谈会议;举办首次杭州刑辩论坛,邀请了浙江大学光华法学院副教授、浙江大学刑法研究所所长高艳东博士作《罪刑法定原则在实践中面临的挑战与困境》的专题讲座。

(2)民事业务委员会:2012年6月,杭州市律协民事业务委员会



召开“民间借贷法律实务论坛”。委员会副主任王全明律师作了题为“规范民间借贷操作,促进经济稳定发展”的主题发言,李俊凤律师代表杭州市律协国际贸易与涉外投资业务委员会作主题发言。

(3)知识产权委员会:童松青律师作为省律协知识产权业务委员会的副主任委员,参与修订了省律师协会的《知识产权办案指引》中的商业秘密指引,并参与了2012年浙江省知识产权局和浙江省司法厅组织的知识产权巡回演讲。

(4)涉外业务委员会:崔海燕律师担任主任组织了“《最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》研讨交流会”,与美国律所合办“中美律师实务研讨会”,举办“国际贸易与投资之新形式离岸架构设计研讨会”。

### 3. 参与杭州律协对欠发达地区律师的支援工作

根据杭州市律协对口支援衢州市律协的安排,朱智慧律师为衢州全市律师、基层法律服务工作者400余人作了《从挽回损失到创造价值——律师服务中小企业实务》的专题讲座;胡东迁律师为丽水律师作刑辩实务讲座。

### 4. 积极参加律协各项活动

崔海燕与张阅律师合著的《股东知情权诉讼若干实务问题探析》获杭州市2012年度律师实务理论研讨会二等奖;夏家品律师撰写的《论非法吸储担保帮助犯的认定——以宁波某非法吸收公众存款案为例》获优秀奖;2012年7月,本所胡祥甫主任、崔海燕、童松青、夏家品、张阅、吴林凌律师参加在义乌市举行的第二届浙江律师论坛;本所涉外律师崔海燕、申柱石、江力、王嫣、茅玮民、吴海伦律师参加了浙江省律师协会与日本静冈县律师协会联合举行的研讨会;夏家品律师成功当选为市律协第三届团委书记;王冰洁律师作为青年律师代表参加由浙江省律师协会主办、温州市律师协会协办,以“坚守·探索·展望——青年律师成长之路”为主题的



浙江省第四届青年律师论坛；钱雪慧律师作为浙江省律师协会运动员代表参加了第二届长三角地区律师羽毛球友谊赛，喜获羽毛球女子双打第二名。

## 七 加强队伍建设、完善规章制度、提升事务所内部管理和服务

### 1. 多渠道开展事务所内部培训

2012年度事务所共组织培训和沙龙活动共计10次。沙龙主题主要包括：新法速递（刑法法修订、民法法修订、买卖合同司法解释）、律师职业规范及执业心得分享（律师职业规范指引、律师执业与幸福感）、热点社会法律问题解读（物业纠纷与业主委员会法律服务、私募股权投资人权益保护）、司法与律师实务分享（伤残司法鉴定法律实务、民事案件执行程序心得交流）、法律顾问服务心得分享（日资企业法律顾问服务交流）等。各部门也开展了形式多样的培训活动，如投融资法律部举行了14次部门学习；国际经贸法律部每月定期召开例会，学习4次并研讨疑难案件，继续出资1万元成为中国法律教育培训中心会员，定向培训律师和助理10人次；建筑房地产法律部钱雪慧团队定期举行咖啡沙龙，分享执业经验和心得等。

### 2. 律师和助理积极参加外部培训

(1)多名律师参加中国行为法学培训中心的课程：陈丽媚律师参加为期四天的“私募股权投资基金募集、投资、管理、退出实务操作暨商业计划书制作技巧专题讲座”；黄河律师参加“融资租赁业务创新、投融资管理及法律风险防范暨融资租赁合同纠纷法律适用”专题讲座及“企业法律风险防范与法务管理暨首席法务官（总法律顾问）业务实践高层研讨会”。

(2)多名律师参加中国法律教育培训中心举办的研讨会：沈国勇、袁韬光律师参加“建筑施工企业合同管理、法务管理及法律风险防范暨建设工程法律实务专题研讨会”；何钰萍律师参加“信托投融资实务操作与项目尽职调查暨法律风险防范专题研讨会”；江力律



师参加“矿产能源投融资实务操作与法律风险防范暨清洁发展机制(CDM)法律实务”专题讲座;张阅律师参加“《公司法》司法解释三、四与新类型公司诉讼暨公司经营管理风险防范”专题研讨会;张延来律师参加“互联网环境下的版权和商标权司法保护暨网络侵权法律风险防范”专题讲座;李俊凤律师参加“股权转让、股权激励实务操作与股权纠纷法律适用暨公司章程、股东协议制作”专题讲座;崔海燕律师参加“企业改制重组、收购兼并、公司治理暨股权激励法律实务”专题研讨会;王嫣律师参加“并购重组、并购融资、财税管理、PE股权投资暨并购管理整合”专题讲座;黄河律师参加“股权转让、托管、交易、融资及股权激励实务操作暨股权管理与股权纠纷法律适用”专题讲座;崔海燕、胡浩明、李俊凤、王嫣、黄河律师参加“破产法司法解释及破产法重整实务”专题研讨会。

(3)崔海燕、申柱石律师以及本所其他律师和助理参加了内地企业赴香港上市法律实务专题讲座。

(4)崔海燕律师作为省律协推荐的三名涉外律师代表之一参加了中华全国律师协会举办的“国际仲裁实务及模拟法庭”培训班。来自全国各省市 40 多位涉外律师代表参加培训。由于在分组进行的英文模拟法庭中表现出色,崔海燕律师被主办方挑选为 4 名代表(申请人律师和被申请人律师各 2 位),参加最后一天下午全程录像的英文模拟法庭并担当了申请人律师的角色。

(5)赵箭律师作为具有全国证券业从业人员资格的浙江省律协公司与证券业务委员会委员,赴京参加由中华全国律师协会与中国证监会法律部联合举办的“律师从事证券法律业务培训班”。

(6)经筛选,本所公司法律部俞菊明律师赴美国培训 3 个月,成为本所第 15 位有境外培训经历的律师。

### 3. 开展优秀法律文书评比活动并收集历年典型案例

2012 年底,事务所连续第四年举办法律文书评比活动,共征集



文书 40 篇, 现已经评委无记名评审, 结果将在今年的年会上揭晓和表彰。此外, 事务所为纪念荣获全国优秀律师事务所称号, 宣传事务所历年办理的各类案例/项目, 通过整理 4 年来的优秀法律文书, 已收集文章 40 余篇, 在进一步编辑后计划由法律出版社出版。

#### 4. 多种举措提升事务所管理和服务

(1) 圆满完成接待任务和重大活动: 2012 年协助承办各种论坛、研讨会; 先后接待了市司法局、西湖区统战部、翠苑街道、省委组织部、省司法厅、西湖地税局的领导及北京大学副校长海闻等嘉宾; 顺利完成 3 月份的百分考核及事务所、律师的年度考核工作, 事务所被杭州市人民政府授予“2011 年度现代服务业先进单位”; 组织事务所员工赴张家界旅游。

#### (2) 增设客服主管岗位, 努力为客户提供增值服务

客服工作是 2012 年行政部新增的工作内容, 招聘了黄诗尧担任客服主管, 对常年客户资料进行整理, 建立信息库; 配合王全明律师处理事务所投诉; 配合做好事务所网站信息的及时上传及更新; 配合事务所 VI 设计工作, 制作对外宣传的 PPT 资料、杂志宣传页; 配合《金道律师》做好排版工作等。

#### (3) 推出《金道法讯》

2012 年, 事务所成立各部门通讯员队伍, 推出电子刊物《金道法讯》, 旨在为客户提供实时、实用的法律咨询与风险提示, 把金道的新动态和法律的新变化及时地传达给客户, 成为与季刊《金道律师》互补的金道刊物。目前已经制作八期, 2013 年计划由客服主管统一发送给有需求的客户。

#### (4) 完善各项制度

2012 年底修订了《浙江金道律师事务所统一收结案制度》, 制订了《营改增后开票及报销制度》, 已于 2013 年 1 月开始执行。2012 年下半年开始修订《员工手册》, 将增加《青年律师和助理工作规范提





示》，民商事、刑事及非诉讼法律服务法律风范防范提示，以及修订及制定的规章制度等，目前正在最后完稿中，计划 2013 年第一季度完成。

#### (5) 强化服务，提升硬件

2012 年，行政部采取多种举措，提升服务，如执行周例会制度；统一采购工作服及工作证；事务所全体员工对行政后勤工作实施监督等，均体现了行政工作的新作风。为整合资源、方便律师，根据征求意见表反馈的意见和建议，2012 年行政部汇总了省内法院通讯信息、查档担保信息、律师的执业证号、事务所工作流程注意事项、订餐住宿等各类信息资讯。

2012 年底，事务所在园区 B 座增加了半层的办公场地，计划春节前投入使用。金道所软环境和硬件的全面提升为 2013 年的发展奠定了更加坚实的基础。

2013 年是全面贯彻落实党的十八大精神的第一年，也是浙江省新一届省委、省人大常委会、省政府、省政协全面履职的第一年。作为社会主义法律工作者，金道律师要始终服务经济社会大局，为全省深入实施“八八战略”，干好“一三五”，实现“四翻番”，建设物质富裕精神富有的现代化浙江作出金道律师应有的作用。新年伊始，我们将更加踌躇满志，秉持务实作风，通过提升个体、资源整合、开拓进取达到事务所的整体提升，努力把金道所建设成为内功强劲、大气兼容的强所。只要每位金道人都发挥各自所长，为事务所的管理和发展积极贡献才智，相信金道所的 2013 年是美好的，也一定能够离我们建设品牌化、专业化、有品质、有幸福感的律所的金道梦想越来越近，让我们共同努力、共同期待、共同祝福。



## 律师晋升高伙、普伙通知及 2012 年度先进表彰决定

林罗斌、夏家品律师晋升为高级合伙人。

黄河、唐小平、王嫣、吴红亮律师晋升为普通合伙人。

国际经贸法律部被评为 2012 年度事务所优秀团队。

李冰冰、黄河律师被评为 2012 年度事务所优秀律师。

顾炳鑫律师被评为 2012 年度事务所业务新秀。

何钰萍律师被评为 2012 年度事务所公益之星。

廖志松被评为 2012 年度事务所优秀党员。

周伟锋被评为 2012 年度事务所优秀团员。

王扩海、张阅被评为事务所 2012 年度优秀律师助理。

陈小芳被评为事务所 2012 年度优秀员工。



# 从缺钱找熟人到缺钱找市场

——温商融资的法律风险及转型发展

□ 朱智慧\*

温州是中国民营经济的发源地,温州模式是中国市场经济的典型模式之一。温州 780 万人口中,有 175 万人在全国各地创业,有 60 万人在全世界各地创业。正如温州市委书记陈德荣 2012 年 2 月在中国企业家年会上所说的:“170 多万温州人到全国各地所传播的温州文化,这种市场经济的精神,应该说对中国市场经济的发展做出了巨大贡献。”

但是,作为中国市场经济的开拓者与传播者,温州商人在融资领域,却一直是落后的。在 2011 年下半年开始的金融风波中,温州企业家因民间借贷而引发的“跑路”、“跳楼”事件等,不仅震惊了全国,更引起了各界广泛的讨论,一时间“温州到底怎么了”成为舆论的焦点。虽然通过政府与各界的共同努力,风波得到了逐步平息,但温州企业家如何吸取经验教训,如何提升自己,特别是在融资上通过转型获得提升,成为广大温商和关心温商的各界朋友们需要深入思考的问题。

\* 朱智慧:本所高级合伙人,浙江省中小企业法学研究会副会长、杭州市温州商会律师顾问团副团长。本文为朱智慧律师在 2012 年首届温商法律论坛暨杭州市温州商会律师顾问团成立大会上所做的主题演讲实录,浙江省法学会《法治内参》2012 年第 2 期曾以《温商融资的法律风险及转型发展思路》刊登本演讲的主要内容。



下面,我从一名温州籍律师的视角,以我们多年来对温商的了解和服务经验,来与大家共同探讨温商融资困境的成因以及破解措施。

## 一、温商融资困境的历史、解决方式与风险

长期以来,融资难问题一直是制约我国民营企业发展的瓶颈。这是因为在我国,民营经济是在改革开放之后从无到有发展起来的,发展经济需要资金,需要金融的大力支持,但遗憾的是,我国金融体制的改革远落后于民营经济的发展。可以说,民营企业融资难的问题是一个体制性的问题。

对于温商而言,融资难的制约表现得更为明显,其原因在于以下两个方面:

### 1. 垄断性的金融体制与温商的发展不相适应。

新中国成立以来,甚至在改革开放之后,金融领域仍一直是处于高度的国家垄断之下,所有与金融相关的法律法规,都是与“正规金融”相适应的规则,例如突出信贷的计划性、强调信贷资金的安全性等等。温州在改革开放前是一个非常贫瘠的地方,国家投入非常少,温商在发展之初,无法得到垄断性的国家金融的支持,在发展过程中,也难以得到“正规金融”的大力支持。

### 2. 温商企业自身存在的问题。

温商企业整体上看,规模还较小,大多数都属于中小企业,普遍存在着企业信用低、财务管理混乱、固定资产少、负债高以及寿命短等问题。这些问题制约了温商企业的银行信贷。但温商企业存在的这些问题,大部分都是全世界中小企业长期面临的共性问题,在短时间内是难以解决的。

虽然由于以上原因的制约,温商难以通过正规金融获得融资,但改革开放后,温商仍然在经济大潮中获得了开拓性的发展,温商的解决办法就是充分利用温州民间“合作互助”的传统以及活跃、充



裕的民间资金。

由于受到要素缺乏的制约，在贫瘠的土地上生存发展的温州人，早已经形成了“合作互助”的传统，爱抱团、讲义气、守信用是大部分温州人性格中的组成部分，跑遍全国的温州“购房团”、“炒煤团”，虽然备受指责，但所体现的，恰恰是温州人的上述性格特点。因此，在受到融资制约后，我们温商首先想到的就是温州人之间长期形成的熟人关系网络，以民间借贷的方式来解决企业暂时的资金周转问题。可以说，通过民间借贷为企业融资，既是温商不得已的选择，也是温商性格的必然，许多温商在长期的经营中已经养成了“缺钱找熟人”的思维习惯。甚至在金融改革逐步深入后，习惯了民间借贷“短、平、快”的温商，已经不善于和要求高、手续繁的商业银行打交道了。

但是，自2008年以来，情况发生了巨大的变化。一方面，全球经济形势低迷，国际市场需求锐减，温商传统的出口业受到影响，尤其是以加工、制造等实业为主的温商企业受到了前所未有的冲击；另一方面，国内市场原材料及劳动力成本大幅上升，许多温商企业利薄如纸，甚至难以维继；而同时，由于国内通货膨胀导致的经济调控，温商在楼市、矿业等领域的大量投资受到影响。在各种不利因素的综合影响下，部分温商企业资金链开始出现断裂。特别是2011年下半年，温州出现了企业老板扎堆“跑路”的事件后，温商之间长期形成的信用关系突然间被打破，温商的“熟人融资模式”风险凸显。

正如我们前面所讲的，温商“熟人融资模式”的形成基础，是温州民间长期形成的“合作互助”传统。但是，这个传统的前提与存在基础，是温州人性格中的“信用”。事实上，温州民间借贷之所以长期生存并得到发展，其基础就是温州人普遍的信用观。然而，市场经济不仅仅是信用经济，更是法治经济。温商民间借贷的最大缺陷，就是缺乏法律规范性，这个缺陷，直接导致了风险的不可防范性。



在这次风波中,少数温商跳楼自杀,“用鲜血和生命捍卫了他的信用”,但我认为,这种惨烈的方式既不可取,更不是市场经济所需要的。没有建立在法治基础上的信用,永远只能是空中楼阁,不能承受风雨。

## 二、温商融资的新出路在于融资模式的现代化

温商“熟人融资模式”所蕴含的巨大风险,已经引起了高层的充分重视。为了从根本上引导民间资本阳光化、规范化,温州制定了多项金融改革举措,国务院以最快的速度决定设立温州市金融综合改革试验区,批准实施《浙江省温州市金融综合改革试验区总体方案》。在方案中,十二项待解任务的前三项都是有关民间资金的规范与发展问题,包括(1)规范发展民间融资,制定规范民间融资的管理办法,建立民间融资备案管理制度,建立健全民间融资监测体系;(2)加快发展新型金融组织。鼓励和支持民间资金参与地方金融机构改革,依法发起设立或参股村镇银行、贷款公司、农村资金互助社等新型金融组织。符合条件的小额贷款公司可改制为村镇银行;(3)发展专业资产管理机构。引导民间资金依法设立创业投资企业、股权投资企业及相关投资管理机构。

有评论认为,国务院设立温州金融改革试验区的首要是规范民间融资。但通读温州金融综合改革试验区总体方案,我个人的理解稍有不同,我认为,规范民间融资仅仅是应对危机现状的,其目的是补建温商信用的法治基础;本次金融改革的十二项任务,在融资上更多的应理解为是引导温商“熟人融资模式”向“市场融资模式”的转化。本次金融改革对温商融资的作用,实质上是温商融资模式的现代化!

事实上,我国资本市场近年来发展迅速,各种新型融资机构与融资产品纷纷出现,如风险投资、私募股权融资、各种信托产品、各种集合债券、票据融资等等,为企业融资带来了新的渠道和方式。在



西方发达国家,新型融资机构通过专业、成熟的资本运作与项目设计,可以在非常短的时间内,将大量的民间闲散资金集中起来提供给企业。可以说,新型融资实现了企业融资方式的现代化,在企业融资中正扮演着重要的角色。

但是,在我国广大的中小企业尤其是在温商企业中,由于受到自身素质以及传统思维的限制,这些新型融资机构与融资产品并没有得到快速发展,甚至出现了一边是实体企业严重缺乏资金,一边却是大量民间资金无法找到合适项目而涌向炒房、炒煤的怪相。

认真研究新型融资机构与融资产品,我们可以发现这些融资模式一方面突破了金融垄断的限制,拓宽了企业融资面;另一方面,依赖于在资本市场相对成熟的法律法规与政府监管,实现了法律规范下的风险控制,既有利于企业获得融资,又能很好地控制风险。在温州金融综合改革试验区总体方案涉及的十二项任务中,除了前面已经提及的引导民间资金发展股权投资外,还有开展非上市公司产权交易、发展小微企业金融债券等等。在这些很多温商还相对陌生的领域,实际上正蕴含着无限的发展机遇。

为此,我想利用今天这个难得的机会,向我们的温商朋友们提出几点建议:

### 1. 转变融资理念,从“缺钱找熟人”转变为“缺钱找市场”

对于资本市场、金融产品等,温商一直是有着排斥心理的。温州人炒股票的不多,温州的上市公司也不多。这既与温商的实业传统文化有关,也与改革开放之初我国资本市场的规范有关。但是,一方面通过不断的发展,资本市场的融资功能已经非常强大,股票市场已经仅仅是其中的一个部分,通过资本市场融资不再只有上市一个选择,不同规模、不同类型的企业都能寻找到合适自己的产品;另一方面,通过不断的规范,资本市场的法治水平不断提升,与民间借贷相比较,资本市场的信用更能得到人们的信任,融资成本也更低。



所以,广大温商应当敏锐地看到资本市场的发展机遇,积极转换观念,学习、思考资本市场的发展与创新,了解新型资本市场的前沿信息与融资模式,认识到现代经济从熟人社会到法治社会的转变,逐步转变“缺钱找熟人”的融资思维习惯,建立起在法治环境下通过市场融资——“缺钱找市场”的新理念。

## 2. 积极与融资机构以及中介机构合作,拓宽融资渠道、提高融资效率

在一个陌生的市场,靠自己摸索,既是盲目的,也是低效的。在现代市场经济中,各种专业中介机构利用自己的专业经验为企业提供服务,已经越来越发挥重要的作用。“让专业的人员做专业的事”已经成为很多企业成功的法宝。广大温商要积极地尝试与信托公司、股权投资机构等新型融资机构以及律师事务所、会计师事务所等社会中介机构合作,利用专业机构的专业经验和有效途径,弥补信息不对称的缺陷,提高企业的融资效率。

## 3. 完善公司治理,规范企业经营

“缺钱找市场”就是在法治环境下通过市场融资,而法治环境对企业的基本要求是“规范”。所以,要实现融资模式的转变,温商规范经营是首要。

事实上,通过多年的发展,很多温商也对完善公司治理、规范企业经营有了深入的思考,不少企业已经在探索公司治理、规范经营的新路子,但由于历史的积累和法律认识水平的不同,很多温商虽有规范经营意识,却无法实现真正的规范经营。建议广大温商积极行动起来,通过法律顾问、财务顾问的帮助,建立起现代化的公司治理结构,真正实现规范经营。

## 三、律师在温商融资创新中的作用

在温商转变融资模式的过程中,作为专业的法律工作者,律师可以发挥其他中介机构难以替代的作用。主要体现在以下几个方





面：

1. 作为温商最信任的顾问,律师可以在引导温商转变融资理念上发挥巨大作用

企业法律服务的基础,是企业对律师的人身信任关系。可以说,在任何一家企业,律师往往都是企业主最信任的顾问。我们广大律师应当珍惜这种信任,更应当在引导企业转变融资理念上发挥作用。

2011年8月,我曾经在绍兴为一些企业家做了一次关于介绍新型融资模式的讲座。课后,一位温州籍的老板马上就联系我,希望我为他公司的融资问题出出主意。这是一家中小型的房地产公司,在温州、杭州、绍兴等地分别开发建设了多个项目,除了自有资金外,该公司在银行抵押贷款2亿元。受房地产市场调控的影响,去年该公司资金回笼困难,而同时因限制房地产信贷的政策影响,银行对即将到期的2亿元贷款,只有1亿元可以续贷,另外的1个亿明确要求按期归还。该公司因此面临巨大的资金缺口,正考虑要不要借高利贷以周转资金。在了解了该公司的具体情况后,我建议他们不要借高利贷,立即与信托公司接洽,争取能发行1-1.5亿元规模的信托产品,并帮助介绍了合适的信托公司。果然,该公司与信托公司对接后不久,就顺利解决了问题。

2. 律师可以帮助温商选择合适的融资机构与产品

每一个企业都是独特的,并不是任何一家企业均可以在资本市场上融到资金,也不会有适合于全部企业的金融产品。律师的独特作用在于:一名专业的投融资律师不仅了解企业,更了解资本市场与金融产品。律师可以根据企业的资产规模、财务状况、经营现状以及发展前景等,凭借其专业的法律知识及融资经验,帮助企业“量体裁衣”选择合适的融资方式,设计融资框架,制作项目融资方案,推荐最恰当的融资机构或产品。



### 3. 律师可以帮助温商防范新型融资中的法律风险

新型融资模式拓宽了企业的融资渠道,为企业带来了新的发展机会,与传统的民间借贷相比较,新型融资模式更规范。但风险与利益总是如影相随的,新的融资方式也有新的法律风险。律师是企业法律风险防范的专业人士,可以通过参与融资方案设计、融资谈判、起草与审核各类法律文件等,最大限度地保护企业的合法权益,防范融资风险。

据保守估算,温州民间资金的规模约为 8000 亿元,这是一个非常庞大的数字。这些目前还停留在温州民间借贷市场上的资金,将在后续的金融改革中逐步纳入到规范的资本市场里。我们可以大胆地设想一下,如果通过我们的共同努力,让这笔庞大的资金能通过股权融资、信托、债券或其他合法、高效、低风险的方式投入到资金紧张的温商实体企业中,那么,我们温商的发展必然将越上一个新的台阶。正如一位专家所预言的,“这是未来 30 年改革的起点,其贡献堪比 30 年前的深圳。”



# 建设设计合同中直接起诉 要求返还预付款的法律分析

——合同解除权中关于通知义务的探讨

□ 马利峰\* 张奕\*

**前言:**笔者在仲裁一起建设设计合同纠纷案中,申请人因被申请人没有在约定的时间内交付设计图纸提起仲裁,诉请为:返还预付款。该案的案情较为简单,被申请人违约事实清楚,但涉及一个平时可能不太注意的法律问题,即申请人在没有通知解除合同的情况下,是否享有要求返还款项的权利。

众所周知,返还贷款的权利是建立在合同已解除的前提下。根据《合同法》第九十七条“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。”该条规定了合同解除的法律后果,可以恢复原状,即返还预付款。因此,本案焦点在于合同是否已解除。

实践中,对于一方违约,非违约方在未发函解除合同的情况下提起诉讼或仲裁,合同是否自动解除的问题,目前法律和司法解释都没有涉及。针对该问题,当时我们合议组有三种不同观点:第一种

\* 马利峰,本所合伙人,知识产权法律部律师。

\* 张奕,本所知识产权法律部律师,华东政法大学法学、英语双学士。



观点认为:拥有解除权的合同一方应当通知相对方,如未履行通知义务,故合同不能解除。第二种观点认为:合同能够解除,认为违约方的行为只要满足解除条件,申请人提起仲裁,仲裁庭向被申请人送达了起诉状副本时合同即解除。第三种观点认为:合同能够解除,但不应以起诉状副本送达就认为合同解除,而应以仲裁最终的判决结果为解除依据。

笔者认为本案的核心分歧在于在于合同解除权人在解除条件成就时,未通知而直接起诉解除合同能否得到支持。

### 一、解除权的类型及定义

我国《合同法》规定了合同解除有三种类型:即协商解除、约定解除、法定解除。协商解除是合同双方当事人协商一致解除合同;约定解除为合同双方在合同中约定一方解除合同的条件,当条件成就时,解除权人可以解除合同;法定解除是符合了法律规定情形的时候,一方要求解除合同。约定和法定解除涉及到合同一方当事人的解除权,解除权属于形成权,即一方当事人依自己的单方行为而使法律关系发生变化的权利。

### 二、设置解除制度的功能

《合同法》最初设置解除制度的功能在于非违约方“合同义务的解放”,由此派生的功能包括非违约方“交易自由的回复”及违约方“合同利益的剥夺”。以买卖合同为例,买受人行使解除权解除合同,首先使自己支付价款的义务归于消灭,由此使自己恢复了从别处做替代购买的自由,同时,索回自己已支付的价款或不再履行其他义务,也使得出卖人期待的合同利益落空,可视为一种制裁。因此,从功能设置来看,解除权完全出于当事人的意思表示。

### 三、解除权的行使要件

我国法律并不采当然解除主义,具备合同解除的条件不过是具备了合同解除的前提,要想使合同解除,须有解除行为。解除行为必



须是当事人的行为。除非适用情势变更原则时的解除,是由法院根据具体情况而裁决,不需要解除行为。

#### 四、本案中解除权的分析及延伸

《合同法》第九十六条第一款规定:“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的,应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的,可以请求法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”从该条可以看出,拥有解除权的合同一方要解除合同,应当通知对方,只要通知到达对方,合同就解除,而无须得到相对人的确认或者同意,但相对人可以行使抗辩权,即该条后半部所规定的“对方有异议的,可以请求法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”。

那么,如果合同的解除符合解除条件,在诉讼前未履行通知义务而直接向仲裁庭提起仲裁申请,合同能否解除以及该合同解除的时间如何起算呢?根据《合同法》立法的本意,笔者认为本案中合同能够认定为解除,且应以起诉状副本送达被申请人时作为解除的起算点。理由在于:首先,《合同法》规定解除权人在解除合同前应当通知合同相对方,通知是解除权人的义务,而这样做不仅使解除权人不能随意的解除合同,也使合同相对人有知情的权利,做到权利义务的对应,避免合同解除权人擅自解除合同带来的矛盾,《合同法》的规定是对解除权人的限制。第二,《合同法》虽然对解除权人行使解除权规定了通知义务,但并不要求相对方同意通知的内容,解除的通知到达相对方时,合同即告解除,这也正是解除权属于形成权的原因。法律规定以通知“到达”作为合同是否解除的界限,而不以相对方的同意为要件,也是为了更好保护合同解除权人的利益,此规定同时也是对合同相对方的一种督促,促使其能按合同的约定履行义务。第三,《合同法》对解除通知的形式没有限定,笔者认为只要是起到使对方了解其有解除合同意思的通知,都是可以的。那么



诉前未履行通知义务而直接起诉至法院或仲裁庭,能否视为通知呢?笔者认为解除权人起诉至法院或仲裁庭,要提供诉状,阐述解除合同的意思及理由,法院或仲裁庭向对方送达了副本,让对方知道了起诉人解除合同的意思,这时解除权人的通知是通过法院或仲裁庭作为媒介传递送达,只要这种通知到达了合同相对方即能解除,这完全符合《合同法》关于合同解除的立法宗旨。第四、合同从诉状副本送达时即产生解除的效力,与法院或仲裁庭的判决来确认合同是否解除并不矛盾,因为合同解除之诉是一个确认之诉,判决确认的是当事人有无解除合同的权利及解除合同的效力,法院或仲裁庭的判决只能是对权利人行使权利是否合法性予以审查,而不是代替当事人作出解除合同决定的实体权利,这一点与《合同法》第九十六条第一款条文后半部即“对方有异议的,可以请求法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”的立法宗旨是完全吻合的,也正因此,不能以判决的日期来作为当事人合同解除的起算点。

当然,上述分析是建立在申请人提起仲裁申请时,将解除合同的意思写进申请书,如果申请人没有把解除合同的意思表示明确写进诉状,而是在庭审中提出解除合同,则合同解除就不是在申请书副本送达之时,而应是在被申请人收到该通知时。这里需要注意的是,如果申请人既没有在申请书中明确表示解除合同,庭审时也没有主动提出解除合同的意思表示,则仲裁庭应当行使释明权,否则在没有申请人明确表示解除合同的情况下直接判决被申请人返还款项就会显得缺乏法律依据。

结语:实践中,确实有些法院仅根据《合同法》第九十六条,以原告没有在诉前通知被告解除合同为由驳回原告的诉讼请求,因此为统一尺度,笔者认为最高院有必要对此问题作出相应的司法解释。



# 公司治理背景下 的职工参与机制

——以职工董事、职工监事为视角

□ 陶俊杰 \* 黄耀 \*

**摘要:**职工是公司财富的创造者,也是公司治理的重要参加者,但我国现行公司法对职工在公司治理中作用的认识和重视都还不够。职工董事、职工监事制度作为现行制度设计中职工参与机制的重要内容,虽然在公司法中作了明确的规定,但在实际运行中还存在着种种缺陷和不足。现行职工董事、职工监事制度应立足于基本国情,借鉴国外立法案例,做进一步完善。

**关键词:**公司治理;职工参与;职工董事;职工监事

职工是公司财富的创造者,也是公司治理的重要参与者。但我国现行公司法对职工在公司治理中的作用和地位却没有给予足够的重视。作为职工参与公司治理机制重要内容的职工董事、职工监事制度,虽然已在《公司法》中作了规定,但由于本身规定的不完善和配套制度的缺失,在实践中也很难发挥应有作用。

## 一、职工参与公司治理的基本理论问题

### (一)职工身份的界定

所谓职工,是指与用人单位存在劳动关系(包括事实劳动关系)

\* 陶俊杰,本所原实习律师,浙江大学法学硕士。

\* 黄耀,本所高级合伙人、民商事法律部主任,一级律师,浙江省律师协会金融与保险专业委员会副主任,江西财经大学法律硕士。



的各种用工形式、各种用工期限的劳动者。是否所有符合上述界定的职工均可以职工身份参与到公司治理中去?笔者认为回答是否定的,应做下述限定:一是这里的“职工”单指普通劳动者(蓝领)和科技人员组成的队伍,不包括管理层的高级雇员,因为对于后者而言,赋予其以职工身份为基础的公司治理参与权实无必要;二是当职工兼具股东身份时,一般不应允许以职工身份参与公司治理,理由是股东利益与职工利益存在着冲突,若职工股东更注重维护其股东方面的利益而损害职工利益,这就违背了职工参与制度设置的目的,况且职工股东的利益可以通过股东身份得到维护<sup>①</sup>。

## (二)职工参与公司治理的内容

从根本上讲,职工参与公司治理的目的还是在于维护和促进自身利益。而这体现在内容时则表现为,职工参与公司治理紧紧地围绕公司中与职工利益相关联的事务展开。具体体现在以下三方面:第一是经济利益事务,即有关公司生产、财务和销售等方面的问题,比如说制定生产计划、了解财务状况、销售情况反馈等;第二是人事利益事务,即公司内部人事问题,比如职工雇佣、解雇和调遣等;第三是社会利益事务,即公司内的劳工福利、劳动条件,比如职工工作时间的安排、技能培训、工资拟定和休假规定等。

职工参与公司治理只是职工参与制度的一方面,职工参与公司治理主要通过两项机制——职工大会(职工代表会议)和职工董事、职工监事制度实现,两者是相辅相成的关系。职工董事、职工监事制度如果没有职工大会(职工代表会议)的配合,很难发挥其应有的作用。在此,主要以职工董事、职工监事制度为视角,来完善公司治理下的职工参与机制。

## (三)职工参与公司治理的理论依据

<sup>①</sup> 瞿相娟,龙云丽.试论我国公司法中的职工参与权[J]学术交流,2004(6).





关于职工参与公司治理的理论依据,学界有以下几种学说:

第一,生产资料公有制学说<sup>②</sup>。该学说认为,基于国家在全社会范围内实现了生产资料的公有制,使劳动者成为了国家的主人,而劳动者作为国家的主人,就拥有所在的国有企业的财产主人翁的地位,也就理所应当地拥有了对企业的经营管理权。这就使国有公司和非国有公司之间在职工参与公司治理方面有了很大的区别:前者职工享有广泛的参与权,而后者职工则没有参与权或者参与权的行使范围相对较小。但是,依靠公司资产属性的区分使职工参与公司治理的技术性划分,不仅使不同资产属性的公司职工处于一种权利和待遇的不平等状态,更会造成全社会范围内公司职工政治经济权利保障的不利影响。

第二,经济民主学说<sup>③</sup>。该学说认为民主包括政治民主和经济民主。现代资本主义经济从很大程度上来说也就是民主资本主义经济。而财产权原则、参与权原则和限制原则贯穿民主资本主义经济学说的始终。而判定民主资本主义是否存在的根本,主要还是在于看这三个原则在现实制度和经济生活中是否得到了社会的认可。同时,它也要求社会在经济社会生活中赋予劳动者通过适当的途径参与公司的治理。

第三,利益相关者学说<sup>④</sup>。该学说认为,公司不仅存在着股东的利益,还存在着职工、经营者、供应商、消费者乃至债权人等其他团体的利益。公司在经营决策时必须兼顾这些团体的利益。这也要求了董事会不仅仅由股东中产生,还应从公司组织民主和保障其他团体利益的角度出发,包含职工和社会代表。

<sup>②</sup> 瞿相娟,龙云丽.试论我国公司法中的职工参与权[J]学术交流,2004(6).

<sup>③</sup> [美]路易斯·凯尔萨,等.民主与经济力量--通过双因素经济开展雇员持股计划革命[M]南京:南京大学出版社,2010.

<sup>④</sup> 曾培芳.公司社会责任背景下的职工参与权问题[J].江苏社会科学,2007(5)



第四,人力资本学说<sup>⑤</sup>。该学说认为,股东投入的物质资本和职工投入的人力资本是公司资本的两大要素。职工劳动的过程,也就是职工以其人力资本进行投资的过程,也就不可避免地要承担与投资相关的风险。特别是在高度专业化的领域,人力资本的投资对于公司财富创造极其重要的情况下,职工也成为股东。可以说,该学说对传统公司理论进行了极大的修正和完善,为职工参与公司经营管理提供了强大的理论依据。

在此看来,生产资料公有制理论显然不足取,否则无法解释非国有公司的职工参与公司治理权,也与我国社会主义市场经济体制存在姐龉。经济民主理论与我国的社会主义政治经济制度相悖,另一方面有点失之于宽泛。而人力资本理论则从资本逻辑的角度对职工参与权的合理性作出了令人信服的解释,但是值得注意的是,不同所有制公司的职工参与权用这个理论都能得到合理的解释。据此,我国公司法应以人力资本理论为依据,构建职工参与公司治理制度。

## 二、我国《公司法》关于职工监事、职工董事的规定及存在的问题

### (一)我国《公司法》关于职工董事、职工监事的规定

目前我国《公司法》对于职工监事、职工董事是按照所有制形式和公司类型的不同分别规定的。对于全民所有制的国有独资公司,该法第 68 条第 1 款规定:“国有独资公司设董事会,依照本法第四十七条、第六十七条的规定行使职权。董事每届任期不得超过三年。董事会成员中应当有公司职工代表”。同时该法第 71 条第 1 款又规定:“国有独资公司监事会成员不得少于五人,其中职工代表的比例不得低于三分之一,具体比例由公司章程规定。”而对于非国有独资公

<sup>⑤</sup> [美]玛格丽特·M.布莱尔,所有权与控制——面向 21 世纪的公司治理探索[M].张荣刚,译.北京:中国社会科学出版社,1999.



司则依据股份有限公司和有限责任公司作了不同的规定。该法第 52 条第 2 款对有限责任公司监事规定：“监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。”并在第 45 条第 2 款中对有限责任公司董事“两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表，其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生”。考虑到股份有限公司较之有限责任公司有更大的社会影响性，该法第 118 条第 2 款规定：“监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。”该法第 109 条

第 2 款规定：“董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。”

## (二)相关规定存在的问题

分析我国《公司法》对于职工董事、职工监事制度的规定，会发现如下问题：第一，在立法理念上仍较落后。以所有制形式划分职工参与公司机关的范围，似乎其理论依据仍然设定在生产资料公有制这一理论上，公司所有制形式的不同（是否属于国有公司或国有资产控股的公司），《公司法》对职工董事、职工监事设置的要求也不同。第二，股份有限公司中职工董事的设置不具强制性，如此规定不利于维护职工利益，毕竟股份有限公司职工的人数较有限责任公司更多；国有控股的股份有限公司与国有控股的有限责任公司要求



不一样,理论上无法解释,逻辑上也存在问题。第三,职工董事、职工监事任免条件和程序有待进一步完善。职工董事参与公司经营管理,职工监事行使监督权,均要求其具备一定的专业知识,然而《公司法》对此未作规定,也无相关配套规定;职工董事、职工监事的任免程序规定粗疏,不具操作性。第四,职工董事的人数比例及参与程度问题。《公司法》对职工董事的人数比例未作规定,这与职工监事形成了明显反差;对于职工董事参与公司治理的深度和范围未作规定,是否与一般董事权利相同,还是存在特殊保障,需要法律明确。第五,职工董事、职工监事行使职权的特别保护问题。职工董事、职工监事兼具职工身份,因此容易遭到股东、高管的打击报复,对此应作针对性规定。第六,公司股东、管理人员违反职工参与规定的法律责任问题。《公司法》对职工参与权作了很多实体性规定,但对公司、股东、管理人员违反这些规定却没有设置相应的法律责任,这对于职工参与权的真正实现是相当不利的。第七,职工董事、职工监事义务的规定缺失。应规定职工董事、职工监事的义务,尤其是维护职工利益、执行职工代表大会决议的义务。

### 三、完善我国《公司法》职工董事、职工监事规定的建议

针对上述问题,着眼于长远和现实利益的结合,我国《公司法》应作如下修正:

(一)更新立法理念,摒弃以所有制形式为划分标准的不合理做法

我国《公司法》应在职工参与公司治理的理论依据方面确立人力资本理论,因此凡是职工达到一定人数的公司,都必须统一推行职工董事、职工监事制度。

(二)完善职工董事、职工监事任免条件和程序

《公司法》应对任职条件作出规定,职工董事、职工监事应该具备职工身份,并且是非持股人,具备履行职务的相关业务素质。职工



董事、职工监事的选举权、罢免权主体应限于职工大会或者职工代表会议;罢免应分为正常程序的罢免和特别程序的罢免,正常程序的罢免是正常的换届选举时的罢免,而特别程序的罢免是指当职工董事、监事出现死亡、失踪或其他情形(如不再具备相应的道德水平、业务素质、持股增加、被资方收买等情形),使其不再具备职工董事、监事的任职条件时的罢免<sup>⑥</sup>。

### (三)规定职工董事的人数比例及特定事项下的权利

对于股份有限公司,《公司法》应规定强制设置职工董事;对于职工董事的人数比例,《公司法》应作强制规定;对于涉及职工利益的重大事项,应该规定必须有职工董事参与决策。

### (四)增加对职工董事、监事行使职权的特别保护的规定

为了防止职工董事、监事因行使相关职责而遭到辞退、受罚或其他不公正待遇,规定职工本人或工会对违反这一保护性条款的行为有提起诉讼的权利。

### (五)增加公司、股东、管理人员违反职工参与规定的法律责任问题的规定

对于公司、股东、管理人员致使工会组织、职工代表大会、职工大会无法组织或不给其活动提供适当条件或限制甚至剥夺职工参与权的,阻挠职工董事、监事产生或未按法律规定的人数比例进行配置、或限制职工董事、监事权利行使的,应规定相应的法律责任。

### (六)规定职工董事、职工监事的义务

包括如下方面:(1)在审议重大议案时,职工董事、职工监事应充分表达职工意见;(2)职工大会或职工代表会议作出的决议,职工董事、职工监事应该遵守;(3)职工董事、职工监事应定期向职工大会或职工代表大会报告工作<sup>⑦</sup>。

<sup>⑥</sup> 王志诚,论公司员工参与经营机关之法理基础[A],商事法论集[C],北京:法律出版社,1999.

<sup>⑦</sup> 李红,高岚,解读《公司法》中职工董事制度的建立和完善[J],江西社会科学,2006(12).



总之,公司作为一种经济组织形式,其生命力已经得到历史证明。在现代社会,随着公司经营规模的扩大、社会分工的细化,以及职工地位的提高,应当及时将公司职工权益的保护提到议事日程,使公司更好地实现其作为经济组织的作用。从更深层次上讲,这不但是生产资料与生产力、人力资本与货币资本平衡的需要,也回应了现实中市场主体要求公平参与竞争、主张“劳资平等、劳资平权”等强烈呼声,顺应了扩大民主范围、拓展民主根基的历史趋势。



## 关于 ZN 小额贷款公司筹建与运营之

# 法律意见书

□ 黄 耀\* 王扩海\*

### 第一部分：项目简介

2012年4月X日，浙江省XX市XX区人民政府办公会议，听取了财政局关于筹建小额贷款公司事宜的情况汇报，原则上同意浙江ZN投资有限公司为主发起人，新设小额贷款公司，注册资本为1.5亿—2亿元；同意给予税收补偿、风险补偿、房屋租金补偿。

2012年5月X日，由XX区财政局行文向XX市金融办提交《关于新设小额贷款公司的请示》，并附《关于新设小额贷款公司的可行性分析报告》。并于2012年10月X日，获得金融办的正式批复。

2012年6月X日，XX区人民政府正式下发《关于成立小额贷款公司地试点工作领导小组的通知》，由领导小组负责试点工作的规划、指导、监督和管理，研究制定试点工作的政策和重大事宜，建立健全试点工作联席会议制度，加强对小额贷款公司的监督和风险防范，推动试点工作的有序开展。

---

\* 黄 耀，本所高级合伙人、民商事法律部主任，一级律师，浙江省律师协会金融与保险专业委员会副主任，江西财经大学法律硕士。

\* 王扩海，本所实习律师，海南大学法学学士。



本律师团队,于2012年9月正式与主发起人浙江ZN投资有限公司接洽,就提供法律顾问服务、注册资本募集等事宜进行商谈。经与主发起人多次协商,最终选定本律师团队作为小额贷款公司的法律顾问,从小额贷款公司筹建阶段起提供法律服务。

2012年10月,本律师团队为主发起人出具《关于ZN小额贷款公司筹建与运营之法律意见书》,为公司筹建注册进行了合规性审核,建立了科学的现代法人治理结构,建立了有效的法律风险控制体系,并为公司成功募集注册资本人民币1亿多元。

## 第二部分:主体部分

### 《关于ZN小额贷款公司筹建与运营之法律意见书》

致浙江ZN投资有限公司:

鉴于浙江省XX市XX区人民政府确定由浙江ZN投资有限公司(以下简称“贵公司”)作为主发起人,新设小额贷款公司,经与贵公司商谈,拟聘请“全国优秀律师事务所”—浙江金道律师事务所(以下简称“本所”)为小额贷款公司的常年法律顾问。本所接受贵公司之委托,以特聘法律顾问的身份,指派本所副主任、高级合伙人、浙江省律师协会金融与保险专业委员会副主任,H律师(一级律师)为负责人组成专业律师团队,我团队将按照中国律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神,就小额贷款公司筹建与运营事宜,出具本法律意见书。

为出具本法律意见书,本所律师特作如下声明:

1. 本法律意见书依据出具日前已经发生或存在的法律事实及我国现行法律、法规和有关规定出具。
2. 本法律意见书系基于委托人提供的所有文件及信息均真实、





完整的前提下出具,委托人应对所提供文件的真实性、完整性负责。

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

4. 本法律意见书仅供委托人决策参考之用,不得用作其他用途。

### 一、本法律意见书依据的文件

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

- 1.《中华人民共和国公司法》;
- 2.《中华人民共和国担保法》;
- 3.《中华人民共和国物权法》;
- 4.《中华人民共和国合同法》;
- 5.《公司登记管理条例》;
- 6.《关于小额贷款公司试点的指导意见》(银监发[2008]23号);
- 7.《浙江省小额贷款公司试点暂行管理办法》(浙金融办[2008]21号);
- 8.《浙江省小额贷款公司试点登记管理暂行办法》;
- 9.《关于深入推进小额贷款公司改革发展的若干意见》(浙政办发[2011]119号);
- 10.《浙江省小额贷款公司融资监管暂行办法》;
- 11.杭州钱江经济开发区关于设立小额贷款公司的相应文件(复印件)。

### 二、小额贷款公司筹建工作与程序

筹建工作所涉及的章程、合同、协议及其他法律文件,拟由主发起人授权筹备工作组拟制,经法律顾问进行合规性审核后定稿。

#### (一)小额贷款公司筹建工作内容

1. 确定组建地点



主发起人向拟设立小额贷款公司所在地的县(市、区)政府提出初步申请后,开展筹建准备工作。

## 2.履行法律手续

全体发起人按照《中华人民共和国公司法》之规定,签订出资协议书。召开发起人大会,按照法定程序审议通过出资设立小额贷款公司、及成立筹建工作的决议,并授权筹建工作小组履行筹建工作职责。

## 3.制定筹建方案

筹建工作小组对拟设立的小额贷款公司进行充分论证,制定筹建工作方案。

## 4.预先核准名称

筹建工作小组向有名称核准管辖权的工商行政管理部门提交企业名称预先核准申请书。

## 5.申请筹建

在各项筹建准备工作完成后,筹建工作小组向所在地县(市、区)政府提出筹建申请。

### (二)小额贷款公司设立的条件

依《浙江省小额贷款公司试点暂行管理办法》,设立小额贷款公司应具备下列条件:

- 1.有符合规定的章程;
- 2.发起人或出资人应符合规定的条件;
- 3.小额贷款公司组织形式为有限责任公司或股份有限公司;
- 4.小额贷款公司的注册资本来源应真实合法,全部为实收货币资本,由出资人或发起人一次足额缴纳;
- 5.有符合任职资格条件的董事和高级管理人员;
- 6.有具备相应专业知识和从业经验的工作人员;
- 7.有必要的组织机构和管理制度;



8.有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。

### (三)小额贷款公司设立工商登记材料

依《浙江省小额贷款公司试点登记管理暂行办法》，申请设立小额贷款公司，应向登记机关提交下列文件：

- 1.法定代表人签署的《公司设立登记申请书》；
- 2.全体股东签署的《指定代表或者共同委托代理人的证明》；
- 3.全体股东签署的公司章程；
- 4.股东主体资格证明或者自然人身份证明复印件；
- 5.依法设立的验资机构出具的验资报告；
- 6.董事、监事、经理的任职文件及身份证明复印件；
- 7.法定代表人的任职文件及身份证明复印件；
- 8.住所使用证明；
- 9.《企业名称预先核准通知书》；
- 10.省金融办同意设立的审核文件；
- 11.法律、行政法规规定应当提交的其他文件。

### 三、股东组成与注册资本募集

依《关于小额贷款公司试点的指导意见》、《浙江省小额贷款公司试点暂行管理办法》、《关于深入推进小额贷款公司改革发展的若干意见》的相关规定，并结合与主发起人沟通情况，关于小额贷款公司股东与注册资本，拟进行如下安排。

#### (一)股东组成

- 1.股东人数：拟为9至13人。
- 2.共同理念：各股东应与主发起人有共同的经营理念，认同主发起人的企业文化。具体理念包括，但不限于：
  - (1)认同细水长流、长期、持续、稳健发展；
  - (2)认同“业务拓展”与“风控管理”并举，及规范化管理；



(3)志在将小额贷款公司推向村镇银行、银行方向,实现良性发展;

(4)不急功近利,无高利贷思想。

3.法人股东原则上应信用优良、实力雄厚;自然人股东应有良好的个人信用,无违法犯罪记录。

4.股东出资的资金来源应真实合法。

5.符合法律、法规及其他规范性文件的相应要求。

注:关于股东关联情况,由法律顾问单独出具“小额贷款公司出资人关联情况的法律意见书”。

## (二)注册资本募集

1.注册资本:拟为人民币贰亿元整。

2.主发起人:主发起人持股比例原则上不超过注册资本的30%。

3.其他股东:其他单个股东持股比例不超过注册资本的10%,不低于注册资本的5%。

4.注册资本应为实收货币资本,由出资人或发起人一次足额缴纳。

## 四、公司治理结构与公司组织机构

### (一)公司治理结构

拟建立科学合理的现代企业法人治理结构,权力机构、执行机构、监督机构相互独立,权责明确,分权制衡,同时加强内控和风险管理,形成有效制衡、协调运作的架构与机制。逐步建立优秀的企业文化和风险文化。

小额贷款公司设股东(大)会为最高权力机构,设董事会为执行机构,设监事会为监督机构。实行董事会领导下的总经理负责制。

#### 1.股东(大)会

公司章程拟定股东(大)会为公司最高权力机构。股东会行使下



列职权：

- (1)决定公司的经营方针和投资计划；
- (2)选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；
- (3)审议批准董事会的报告；
- (4)审议批准监事会或者监事的报告；
- (5)审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；
- (6)审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- (7)对公司增加或者减少注册资本作出决议；
- (8)对发行公司债券作出决议；
- (9)对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；
- (10)修改公司章程；
- (11)公司章程规定的其他职权。

## 2.董事会

董事会由股东(大)会选举产生,董事会拟设董事 名(具体由发起人大会决定),设董事长一人(拟由主发起人选派),副董事长一名,董事会秘书一人。董事会对股东会负责,行使下列职权:

- (1)召集股东会会议,并向股东会报告工作；
- (2)执行股东会的决议；
- (3)决定公司的经营计划和投资方案；
- (4)制订公司的年度财务预算方案、决算方案；
- (5)制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- (6)制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；
- (7)制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；
- (8)决定公司内部管理机构的设置；
- (9)决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项,并根据经理的



提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；

(10)制定公司的基本管理制度；

(11)公司章程规定的其他职权。

### 3.监事会

公司拟设监事会,由 名(具体由发起人大会决定)监事组成。监事会行使下列职权:

(1)检查公司财务;

(2)对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督,对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议;

(3)当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时,要求董事、高级管理人员予以纠正;

(4)提议召开临时股东会会议,在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议;

(5)向股东会会议提出提案;

(6)依照本法第一百五十二条的规定,对董事、高级管理人员提起诉讼;

(7)公司章程规定的其他职权。

### 4.贷款审查委员会

基于小额贷款公司的特殊性,设贷款审查委员会,贷款审查委员会直接对董事会负责。

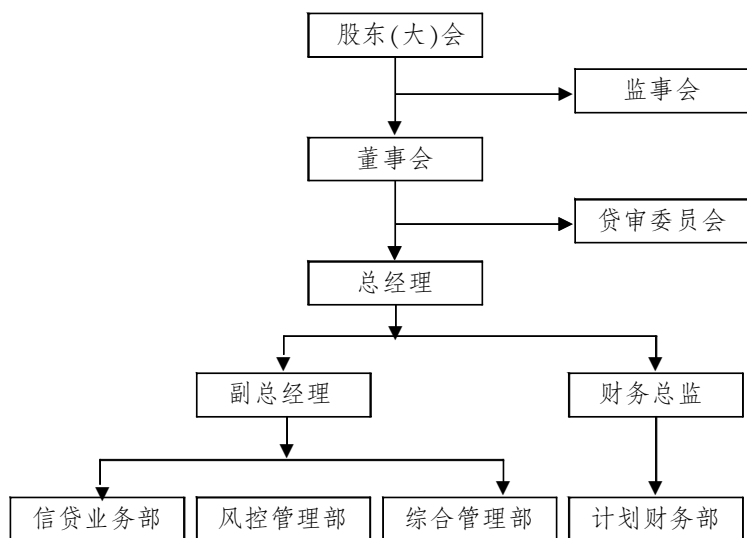
贷款审查委员会,由小额贷款公司部分高管、部门负责人、部分董事会成员,外请法律类与金融类专家组成。负责贷款决策与审核工作。

## (二)公司组织机构

小额贷款公司实行总经理负责制,经营组织管理机构拟设置四个部门,分别为信贷业务部、风控管理部、计划财务部和综合管理



部。组织架构图如下：



(图一 小额贷款公司组织架构图)

### 1. 高级管理人员

小额贷款公司实行总经理负责制,设总经理一名,副总经理一至二名,财务总监一名。

### 2. 信贷业务部

信贷业务部是公司的核心业务部门,具体职责为:

(1)熟悉中国银监会、中国人民银行《关于小额贷款公司试点的指导意见》和《浙江省小额贷款公司试点暂行管理办法》等文件精神;熟悉国家及浙江省关于促进中小企业发展的政策方针,把握政策导向,了解掌握被贷款企业发展状况;

(2)对市场开发、信贷产品开发进行深入研究,负责开发成本、效益的预测和评估;

(3)及时准确建立项目库,优选贷款对象;

(4)对申请贷款企业进行资信调查和评估,提供调查报告,并对



报告的全面性、真实性负责；

(5)对评审通过并经公司研究同意贷款项目办理贷款手续,包括签订贷款合同、落实抵(质)押和其他担保措施；

(6)对贷款项目实施贷后检查和监督贷款用途,对在贷款项目进行定期检查和动态监控,及时掌握被贷款企业经营状况和资金使用情况,发现情况及时采取措施并向分管领导汇报；

(7)在贷款到期前半个月督促被贷款企业积极筹措还款资金；

(8)积极完成公司领导交办的其他有关工作。

### 3.风险控制管理部

具体职责为：

(1)负责对信贷业务部提供的《信贷调查报告》进行风险评估并出具审查意见；

(2)定期或临时组织贷款审查委员会会议,对贷款项目进行综合评审并对贷款业务过程的合同、协议等进行审查把关；

(3)与业务部门一道,对在贷款项目进行定期抽查,对信贷业务部门的已贷款业务适时评估,抽查情况要形成书面材料,并对真实性、完整性负责；

(4)依法处置用于抵(质)押物或追究担保方的连带赔偿责任,力争使公司的损失降至最低；

(5)负责呆滞贷款、呆账贷款、已核销呆账的清收工作；

(6)对造成风险资产的原因进行准确、全面合理分析,并拟定规避风险的措施及办法；

(7)积极完成公司领导交办的其他有关工作。

### 4.计划财务部

具体职责为：

(1)严格遵守有关国家财经纪律和经济、金融法规,组织和指导公司财务核算和管理工作；





(2)负责拟定年度财务收支、资金需要、成本费用、现金流量等计划,经批准后组织实施;

(3)负责公司的资金调度和融资工资;

(4)掌握税收政策,负责与税务机关的协调和联系及时办理纳税工作;

(5)适时参与资本市场运作,在稳健、审慎和公司批准的基础上,进行有限、适度投资;

(6)积极完成公司领导交办的其他有关工作。

## 5.综合管理部

具体职责为:

(1)负责公司综合性文字材料的拟制和公司品牌宣传工作;

(2)组织安排公司综合性会议及专题办公会议;

(3)负责公司内部协调、对外联络和接待工作;

(4)负责公司公文处理、印章、证件、文档管理和保密工作;

(5)负责公司办公用品、固定资产和低值易耗品的购置和管理;

(6)负责公司员工劳动合同的签订与管理,员工招聘、培训,绩效考核,薪酬福利管理工作;

(7)负责公司信贷业务的档案收集、整理、档案和保管工作;

(8)积极完成领导交办的其他有关工作。

## 五、团队建设与员工素质

### (一)团队建设的原则

运营团队建设,拟以“廉洁高效”、“团结奋进”、“分工协作”、“强化责任”、“务实创新”为原则;以公司整理经营战略为指引,打造兼具执行力和开拓性的运营团队。

### (二)高级管理人员及经理人素质要求

1.具有金融、法律、管理类专业高等学历(研究生以上学历,或复合型人才为宜);



2.有银行、或金融担保类企业一定时间同类工作岗位任职经验(高管:要求能独当一面,有较强市场拓展能力或融资能力);

3.具有丰富的金融知识和贷款实务操作经历;

4.具有良好的贷款风险识别、防范、化解能力和丰富的实务操作经验;

5.个人信用记录良好,无违法犯罪。

### (三)普通员工素质要求

1.具有金融类专业高等学历,具备金融业务专业知识;

2.具有银行、投融资、担保类企业工作经验,熟悉和精通金融行业运作规则;

3.具有银行业从业资质、金融担保类从业资质优先;

4.熟悉小额贷款相关法律、法规及政策;

5.廉洁自律,诚信勤勉。

### (四)人才任用管理

人才任用拟以“公开、平等、竞争、择优”为原则,具体应关注以下方面:

#### 1.加强规范化管理

具体包括,但不限于如下方面:

(1)制定人力资源规划和人才任用计划;

(2)规范招聘、培训、尽职晋级、绩效考核流程,做到有章可循;

(3)制定工作流程、业务操作手册,并严格实施;

(4)明确岗位职责,责任到人;

(5)注重人才培训和员工素质提升,确保可持续发展;

(6)建立兼具可操作性、规范性的绩效考核制度,并组织实施;

(7)建立科学合理的薪酬福利制度,并组织实施。

#### 2.力争人尽其才

具体包括,但不限于如下方面:



- (1)分析员工的优势及弱点;
- (2)根据员工特点进行任用,做到扬长避短;
- (3)依内外部环境变化,工作岗位适时调整,做到人岗匹配;
- (4)公司发展与个人职业发展规划相一致。

### 3.实现权责制衡

具体包括,但不限于如下方面:

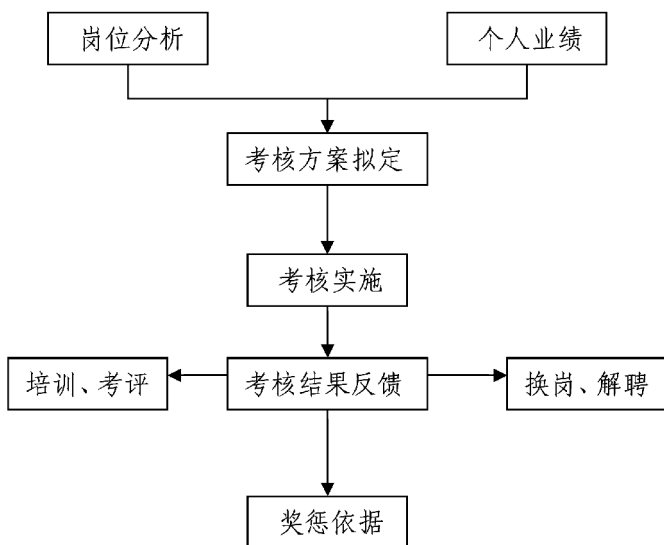
- (1)按照岗位职责进行管理、操作、监督、检查;
- (2)严禁擅离职守或超越职权开展业务;
- (3)建立风险预警系统。

### (五)绩效考评与薪酬激励机制

#### 1.绩效考核机制

##### (1)绩效考核流程

绩效考核拟秉承客观性、规范性和可操作性原则,兼顾岗位职责与绩效指标,构建绩效考核指标体系。具体操作应与薪酬激励机制相结合。

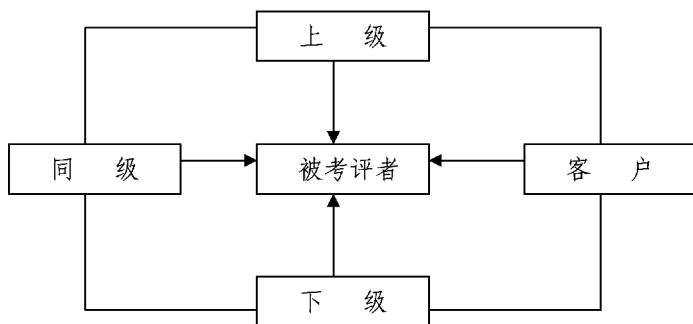


(图二:绩效考核流程图)



## (2)绩效考核方法

拟采用“1度绩效考评”与“360度绩效考评”相结合的考核方法,设置不同的考核权重,进行综合考察与评定。即直接上级对被考评者的业绩进行评价,以及被考评者的直接上级、同级、下级、客户对被考评者进行全方位、多角度考核相结合。



(图三:360度绩效考核示意图)

## 2.薪酬激励机制

根据不同的岗位等级、不同的岗位类别,确定员工的薪酬机制。具体如下:

### (1)管理类员工

拟实行年薪制,采用“岗位工资+绩效工资+长效激励+福利”的薪酬结构。其中“绩效工资+长效激励”为主,“岗位工资”为辅。

高级管理人员、核心中层管理人员的“长效激励”,可给予适当比例的“股权激励”。具体方案由董事会拟制,提交股东会审议决定。

### (2)业务类员工

拟实行佣金制,采用“岗位工资+绩效工资+福利”的薪酬结构。其中“绩效工资”为主,“岗位工资”为辅。

业务类员工的“绩效工资”根据工作业绩计,基于业务综合积分提成佣金,超过100%绩效工资,以年终奖的形式发放。



### (3)非业务类员工

拟实行岗位工资制,采用“岗位工资+绩效工资+福利”的薪酬结构。其中“岗位工资”为主,“绩效工资”为辅。

## 六、规章制度与内控机制

### (一)建立健全科学合理的规章制度

建立健全规章制度,旨在确保小额贷款公司法人治理、经营管理行为有章可依,确保贷前调查、贷款审查、贷后检查等业务操作和风险控制等制度合法且可操作,对违法、违规行为应及时纠正和查处,保障公司安全合法运营。建立健全规章制度主要包括,但不限于以下方面:

1.法人治理层面的制度与规则,如《公司章程》、《股东会、董事会议事规则》、《三会业务手册》、《董事、高管人员竞业禁止规则》等。

2.信贷业务操作规程,如《业务管理办法》、《业务操作流程》等。

3.信贷风险管理制度,如《业务项目尽职调查指引》、《业务风险调查与初审指引》、《尽职调查报告与风险初审报告范本》、《项目评审委员会议事规则》、《贷后管理办法》、《逾期业务追偿管理办法》、《重大事项应急处理办法》等。

4.行政与人力资源管理制度,如《行政办公秩序管理规定》、《印章管理规定》、《档案管理规定》、《劳动合同管理办法》、《薪酬福利制度》、《培训管理办法及实施细则》、《绩效考核管理办法》、《请休假管理办法》、《晋职晋级管理办法》等。

5.财务会计管理制度。如《财务管理制度》及相关细则。

6.信息披露制度。

7.网络办公平台及业务信息化系统制度。

### (二)建立健全切实有效的内控机制

内部控制,拟建立事前防范、事中控制、事后监督纠正的制度和流程,并组织实施,以达到公司经营目标。



### 1.内部控制的目标

- (1)确保法律、法规和公司规章制度的贯彻实施；
- (2)确保公司发展战略和经营目标的全面实现；
- (3)确保风险管理体系的有效性。

### 2.内部控制的主要内容

(1)由风控管理部制定具体的监测及风险控制制度、流程,确保风险管理和经营目标的实现；

(2)建立风险管理系统和量化模型,对信用风险、市场风险、操作风险进行持续监控；

(3)确保业务标准、操作要求的统一性、持续性和稳定性；

(4)建立内部控制评价制度,对内控制度建设和执行情况进行总结和完善的；

(5)明确划分部门之间、岗位之间、上下级之间的职责与权限,分工明确、监督制衡；

(6)建立授权机制,实行统一法人管理与法人授权,下级严格执行上级的决策；

(7)建立业务周报、月报制度,业务部门按时将业绩向经营团队汇报,经营团队按时向董事会汇报；

(8)按照规定进行会计稽核,建立完整的会计、统计和业务档案,并规范管理,确保真实性与完整性、合规性；

(9)建立有效的紧急预警预案,对突发事件、意外事件及重大事件作出及时有效的处理。

## 七、信贷业务运作与信贷审查管理

拟设定完善的信贷业务运作流程、贷款项目审批流程,旨在明确权责,强化审查与制约,确保业务运作、贷款审批的流程化、规范化,防范业务操作法律风险。

### (一)信贷业务运作及流程



### 1. 贷款申请

由业务经理组织客户进行贷款项目申报,按资料清单提交申请材料。

### 2. 贷款受理

由业务部门进行统一的贷款申请受理与登记手续。

### 3. 项目初审与调查

按照“双人调查”的原则,指派两位工作人员,进行项目调查及初审。确定调查对象、调查内容、实地调查、调查报告;调查后进行初步的项目风险分析、评估和管理。

### 4. 贷款评审和审批

由贷审委员会进行项目评审;形成贷款项目法律意见,具体由业务部门联合风控部门拟制,由法律顾问审核。

### 5. 签订合同

审核、签订与业务有关的全套合同(借款合同,附担保条款,或独立的担保合同)。

### 6. 办理担保手续

根据客户的担保方式,进行工商登记,落实公司相关权利。准备担保及相关登记材料(贷款合同、担保合同、其他材料),办理他项权利证书或抵(质)押登记。

### 7. 发放贷款

审批贷款,开据借款借据,向规定的账户发放贷款。

### 8. 贷后管理

进行系统的贷后管理,建立及完善客户数据库。由综合管理部配合风控管理部、计划财务部进行日常排查、重点检查、按期收取利息、贷款到期告知、贷款项目展期申请与报告、业务档案管理等具体工作。定期进行客户走访,了解最新的客户财务、经营状况。

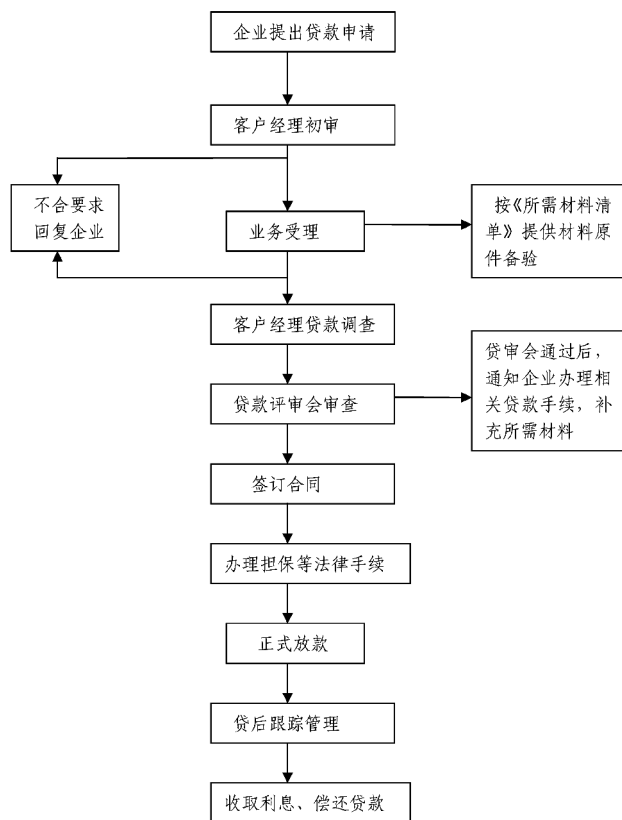
### 9. 逾期催收



信贷部、风控部进行催收,直至提起法律诉讼(法律顾问进行诉讼)。

### 10.收回贷款

收回贷款本息,注销抵(质)押登记,退还抵押、代管证件原件,档案归档管理。



(图四:贷款业务运作流程图)

## (二)贷款项目审批及流程

### 1.资料受理

信贷业务审查资料提交贷款审查委员会,贷款审查委员会应及时登记。





## 2.形式审查

贷款审查委员会对信贷事项进行形式审查：

- (1)符合要求的,应及时安排贷款审查委员会审议;
- (2)不符合要求的,应要求补充完善、或退还。

## 3.会议准备

形式审查合格后,提前一个工作日将审议材料发送给参会委员,通知参会委员和汇报人员按时参会。

## 4.审议投票

业务部门经办人员汇报信贷审查报告,调查等相关人员可按要求列席并补充说明有关情况,审委会委员就信贷审查报告中的重要内容和突出问题进行审议并投票,审议结果为同意、复议和不同意。不同意或复议的必须说明理由。

## 5.会议纪要

投票表决后,根据会议记录和表决结果,形成会议纪要。审议事项填制审议表,连同会议纪要一并送会议主持人签署意见。

会议主持人根据审议情况签发会议纪要,就审议事项在审议表上针对项目本身明确签署同意、不同意、复议的意见。

## 6.审批

(1)贷款审查委员会将信贷事项的审议表提交有权审批人(包括董事长、总经理、分管副总经理和独立审批人审批,并附会议主持人签批的会议纪要和信贷审查报告等资料。

有权审批人在授权范围内根据审查报告、纪要等资料,在审议表上就审议事项签署最终审批意见,可以提出更为严格的信贷条件(例如减少授信或贷款额度、要求追加落实担保、增加限制性条款和管理要求),但不得放宽审议通过条件。

(2)贷款审查委员会审议未同意(包括不同意和复议)的事项,有权审批人不得审批同意,但对于贷审会审议未否决的事项,有权



审批人可以否决。

### 7. 批复

(1) 审批结果为同意的信贷业务,由信贷业务部门通知客户,明确信贷业务种类、金额、期限、利率、期限或费率、还款方式、担保方式、限制性条款、信贷管理要求及审批有效期等。

(2) 审批结果为复议的信贷业务,按规定进行复议。

(3) 审批结果为不同意的信贷业务,按规定由信贷业务部门通知客户,终止信贷业务运作。

### 8. 复议

#### (1) 复议条件

第一、审批结果为复议的;

第二、审批结果为不同意,但有权审批人有不同意见的。

#### (2) 复议程序

对符合要求的复议事项可提交复议,复议以一次为限。

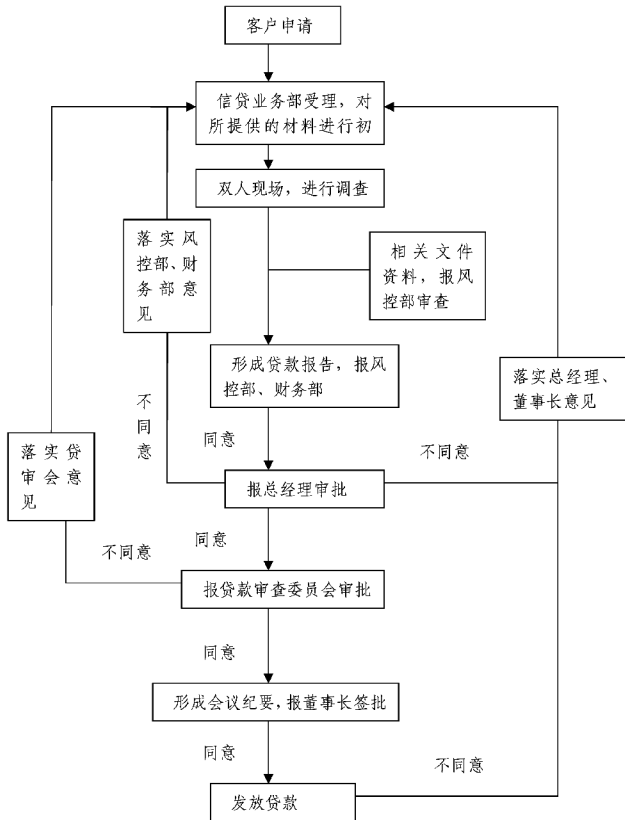
第一、对有权审批人审批结果为复议的信贷事项,由贷审会直接通知原审查部门。对审议结果为否决的项目,主任委员、有权审批人如签署复议意见,须注明复议的理由和复议的重点内容。

第二、复议的重点为有权审批人审批中提出的问题、对这些问题调查核实和落实的情况、需补充资料的完善情况、审查部门的审查意见等。

第三、贷款审查委员会投票结果为否决的,董事长特别同意复议的,可以启动复印程序。

## 八、风险管理与风控体系建设

小额贷款公司与银行等金融机构一样,是典型的风险管理型企业。小额贷款业务及管理的特征,决定了公司运营过程中风险无时不有、无处不在,因此良好的风险管理对小额贷款公司意义重大。做好风险管理与风控体系建设,公司便可很好的防范、规避、控制与化



(图五: 贷款项目审批流程图)

解各种风险, 为业务拓展保驾护航, 不断提升自身的品牌价值。

(一) 小额贷款公司的主要风险

1. 公司自身的违规行为(合规风险)

小额贷款公司因合规风险可能导致行政责任、民事责任, 甚至刑事责任。小额贷款公司的合规风险可分为两类: 因违反“限制性或禁止性规定”而产生的合规风险; 因“不作为”而产生的合规风险。

(1) 因违反“限制性或禁止性规定”而产生的合规风险

此种风险主要包括以下三个方面内容:

第一、由于违反刑法的禁止性规定而产生的合规风险。比如, 刑



法规定的非法集资类犯罪。

第二、由于违反监管政策或相关行政法规而产生的合规风险。比如,要求小额贷款公司从银行业金融机构获得融资的金额,不得超过资本净额的 50%。

第三、由于违反生效合同规定的义务而产生的合规风险。比如,因不适当履行合同义务,承担违约金及赔偿损失等法律责任。

### (2) 因“不作为”而产生的合规风险

即因消极地不行使法律赋予的权利而导致的合规风险,主要有以下原因:

第一、公司员工因对相关法律、法规、监管要求以及合同的内容了解不全面,或理解存在偏差。

第二、公司员工因操作上存在疏忽大意,没有实施法律、法规、监管部门允许的保护债权措施,或没有实施合同约定的债权保护措施。

第三、公司员工因道德不良,故意与交易对象联合实施欺诈公司的行为,放弃公司作为债权人本可行使的权利,从而损害公司利益。

## 2. 贷款债权出现损失(信用风险)

(1) 选择了不良客户。

(2) 在发放与管理小额贷款时,没有制定或实施完备、科学的风险防范与控制措施。

(3) 大量的贷款客户在某一贷款期间出现了严重的系统性风险。

## 3. 合格人才不足的风险

(1) 如果缺乏充足的、合格的业务人才,就会缺乏良好的业务开发与拓展能力,就不能使公司的业务维持在较好的水平。

(2) 如果缺乏符合要求的风险管理人员,或部分项目评审委员



会委员不具有项目风险评审能力,或某些审批人员具有风险管理水平。

#### 4.操作风险与道德风险(人的风险)

##### (1)操作风险

第一、缺乏具有合格技能的员工。

第二、员工在业务操作过程中缺乏必要的谨慎态度。

第三、缺乏有效的流程与制度。

##### (2)道德风险

第一、相关员工的职业素养较低。

第二、公司的组织结构、授权与监督机制不完善。

#### (二)担保措施设置及方式选择

在小额贷款公司的信贷经营中,为有效控制和防范风险,通常要求借款人提供担保。担保是防范法律风险发生,保障债权实现的核心问题。担保以担保措施设置、担保方式选择最为关键。

##### 1.担保措施设置原则

担保措施设置,原则上应与小额贷款业务运作流程思维方式相反,即以“贷后追偿”和“债权实现”为出发点,逆向思维进行综合考察后进行设置,最终体现在相关合同和文件中。具体担保设置规则,由业务部门会同风控部门起草,提交法律顾问审核确定,法律顾问审核应以最大限度的接近诉讼案件胜诉为标准。

##### (1)以控制核心资产为原则

控制核心资产是制约借款人最有效的方式。为防止核心资产被处置,或对生产生活带来不便,借款人一般都会积极筹措资金偿还贷款本金及利息。相反,如果担保设定在非核心资产或无价值、甚至是负价值的资产,非但达不到担保目的,反倒有损于债权实现。为达到此目的,需要业务部门员工在贷前调查时,应深入了解和排查,准确掌握借款人的核心资产信息,为设置科学有效的担保方式提供充



分依据。

### (2) 以控制核心利益关系为原则

为控制贷款申请人的核心利益关系，可在担保措施设定时，使用连带责任保证的担保方式。具体可根据贷款申请人的实际情况，要求与贷款申请人存在特殊关系的人，提供连带责任保证。如要求公司的主要股东、实际控制人、法定代表人提供，也可要求自然人贷款申请人的配偶、直系亲属提供，还可要求贷款申请人的其他关联方提供等。具体文件，法律顾问应依据《公司法》、《担保法》，以及浙江省地方性法规、规章等规范性文件，进行合规性审核后确定。

### (3) 可操作性原则

担保措施还应便于操作和处置，在选用传统担保方式的同时，还可结合个案实际情况设置新颖的、具有可操作性的担保措施。强调严密性和可操作性，既要合法有效，又要能对抗第三人。

### (4) 恰当评估担保价值原则

担保措施的担保价值应与实际相符，防止因人为因素导致担保价值被高估，从而增加经营风险。这要求做好贷前担保调查，并结合担保物所处的特殊环境、市场行情，同时评估机构、评估方法的选择也要严格审核。

### (5) 担保措施有效组合原则

为尽可能确保债权全额实现，在提供第一担保存在漏洞，或第二还款来源仍存在不确定性时，应要求贷款申请人提供组合式担保措施。

## 2. 担保方式选择

依《担保法》和《物权法》之规定，有保证、抵押、质押、留置和定金等担保方式。应根据项目的风险程度、借款金额大小等实际情况，确定并采取其中一种或几种担保方式。常用的具体担保方式，包括但不限于如下几种：



- (1)房产抵押担保;
- (2)土地所有权抵押担保;
- (3)设备抵押担保;
- (4)自然人保证担保(以连带责任保证为原则);
- (5)企业保证担保;
- (6)存单、仓单质押担保;
- (7)股权质押担保;
- (8)专利权质押担保;
- (9)车辆质押担保;
- (10)股票质押及证券账户监管担保;
- (11)出口退税款账户监管及质押担保;
- (12)应收账款账户监管及其质押担保;
- (13)最高额担保(含最高额保证、最高额抵押、最高额质押)。

### (三)风险管理体系建设

#### 1.风险文化理念

构建适合自身的风险文化,风险文化应该服务于经营活动的合规性、决策的正确性等方面。基于职业道德与专业性而生的“慎独、自律、专业、求精”的风险文化理念应该成为风险文化的灵魂。

- (1)“慎独、自律”是从道德层面对公司全体员工的要求。
- (2)“专业、求精”是对员工的职业能力与操作水平的要求。

#### 2.风险管理架构体系

##### (1)“防范与控制道德风险”的体系

第一、企业文化建设。

第二、对职员进行良好的培训与督导。

第三、培养员工的归属感与忠诚感。

第四、相互制衡的组织结构。

第五、授权与议事规则。



第六、岗位设置与权责划分。

第七、监控机制。

(2)“防范与控制操作风险”的体系

第一、招聘与引进各类专业人才。

第二、可操作性较强的相关业务与风控指引。

第三、高效与科学的业务流程。

(3)完备的制度体系

第一、业务制度

业务制度,具体参见“五、(一)建立健全科学合理的规章制度”。

第二、非业务制度

非业务制度主要包括人事制度、财务制度以及其他管理制度。

(4)风险考核与责任追究

小额贷款公司进行风险考核与责任追究,其具体的思路主要包括:

第一、事先提炼出小额贷款公司所有的重要风险点以及重要风险点的管理标准。

第二、将各个重要风险点和风险环节落实到各个部门和员工的岗位职责,使重要风险点的管理不留盲区与死角。

第三、员工在涉及这些重要风险点时应做出符合管理标准的行为,对发生不符合标准的行为,根据公司损失或风险扩大情况,区分故意与过失,追究相关责任。

## 九、结论意见

综上,在小额贷款公司运营过程中,“利益”与“风险”相伴而生。小额贷款公司真正的生命力在于,在服从政策监管与合规经营的前提下,不断提供优质的信贷产品和服务,克服重重风险,实现持续盈利的经营目标。而在此过程中,增强法律意识,注重合规管理,规范风控管理则是实现这一目标的关键因素。唯此,方能推动小额贷款





公司健康持续发展,顺利实现由小额贷款公司到村镇银行、上市公司的蜕变与升华。

以上法律意见,仅供参考。

### 第三部分:经典评析

小额贷款公司作为金融类企业,经营风险大、政府监管严格,是典型的风险管理型企业。切实做到合规经营,防范与规避法律风险,对小额贷款公司意义重大。本案是本律师团队,在最早阶段介入金融类企业法律服务的典型案例。现仅将本律师团队在办案过程中的一些心得整理如下。

#### 一、介入法律服务的及时性

1.在本案中,本律师团队在该小额贷款公司筹建阶段,就已正式介入法律顾问服务。在本律师团队经办的非诉讼法律业务中,是介入时间最早的。

2.早期介入顾问服务的优点在于,合规管理意识、法律风险意识,可以在第一时间向顾问单位灌输。并通过《出资协议》与《公司章程》等法律文件、公司规章制度、风险防范体系建设等方式得以固定和体现。

#### 二、金融类法律服务的专业性

1.本团队能够第一时间顺利介入小额贷款法律服务,得益于我团队作为浙江省内几家知名企业(四家中国 500 强企业)法律顾问的影响力;以及作为中国银行杭州高新支行、中国农业发展银行丽水支行、几家担保公司及投资公司等金融企业法律顾问的专业服务背景。

2.同时也得益于,本律师团队对浙江省金融法律服务有充分的理解和丰富的成功经验。精通银行、村镇银行、信托、民间借贷、担保



公司、投资公司,甚至“高利贷”的运作实务,及法律风险防范实务。

### 三、法律服务的深度与广度

本案从提供法律服务的深度与广度方面而言,也有重大突破。相比传统的合同审核非诉业务、金融借款与民间借贷诉讼业务,我们的服务还涉及公司法人治理结构安排、发起股东遴选及注册资本募集、信贷的合规性审核、风险控制体系建设等。

法律服务深度与广度的突破,从某种意义上讲,对提高法律顾问费收费标准,以及维护、稳定顾问客户,是大有裨益的。



# 股东会决议无权为股东增设竞业禁止义务

——湖州某公司决议纠纷案评析

□ 黄 亮

## 一、案情简介

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

\*黄亮律师,本所公司法律部律师,浙江大学法律硕士,杭州市律师协会公司与证券业务委员会委员、《中国律师》杂志社、《中国律师网》特约撰稿人、特约评论员。



规定,应属无效。2012年4月,李xx以《股东会决议》程序违法及内容违法为由,向法院起诉湖州公司,要求法院撤销《股东会决议》或者要求确认《股东会决议》无效。

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

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

## 二、争议焦点

1. 湖州公司未依法对李xx所提出的临时议案进行审议,该股东大会的召集程序是否违法?

2. 湖州公司是否有权通过股东会决议的方式约定股东的竞业禁止事宜?

3. 以多数决通过的关于股东竞业禁止的湖州公司股东会决议,对未同意的公司股东是否有效?

## 三、代理意见

湖州公司在召开股东大会决议时,未按我国《公司法》和公司章



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

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

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



并且,我国《公司法》第一百零三条第二款规定:“单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东,可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会;董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东,并将该临时提案提交股东大会审议。”《公司章程》第十五条也有相同的规定。李xx合法持有湖州公司34.4%的股份,于2012年2月4日依法分别向湖州公司的董事长、董事会办公室主任以及各股东等提出《关于提请审议〈股份转让协议〉的议案》的临时议案,要求湖州公司在股东大会审议该议案,通过有关股东大会决议并据此修改章程等,该议案属于股东大会的职权范围。但湖州公司董事会既未依法通知各股东,也未将该临时议案提交股东大会审议,显然属于程序违法。

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

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

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



章程规定的其他职权。”而《公司章程》第十二条并未对上述法律规定的进行其他特别约定。根据该条法律及湖州公司章程有关规定,股东会是公司的权力机构,股东会依法行使职权,主要是决定公司的经营方针、投资计划、财务和利润方案、人事安排、增减注册资本、发行债券及修改公司章程等公司日常经营发展和运行管理事项,并依据法律和公司章程进行内部管理。

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

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

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



(三)《股东大会决议》的内容侵犯了包括李xx在内的公司股东及其亲属、公司原股东及其亲属以及第三人的劳动就业权、股份所有权等权利,非法增设了股东及其亲属、甚至与公司无关的第三人的竞业禁止等义务,其内容违反我国法律法规的有关规定,应属无效

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

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

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





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

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

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

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

我国《民法通则》第十一条规定:“十八周岁以上的公民是成年



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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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



违我国法律规定的公民承担民事责任的归责原则,应属无效。

#### 四、处理结果

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

#### 五、法律思考

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

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

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

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



# 李某涉嫌职务侵占一案 律师意见书

□ 陈云丰

## 第一部分 案情简介

李某,案发前系A公司销售经理。2010年12月期间,B公司从A公司李某处购进大豆油,货款价值计人民币19000元。李某作为A公司销售经理从B公司收取了19000元货款。后A公司以李某收取货款后未上交公司且未在货款登记本登记签字等为由,向C公安局报案。期间,李某始终坚持自己已将货款上交给公司,只是因工作疏忽而忘记在货款登记本上登记签字。随后,李某因涉嫌职务侵占罪于2011年6月24日被刑事拘留,于同年7月8日被依法逮捕。该案经C公安局侦查终结后移送D人民检察院审查起诉。因证据不足,此案被退回公安机关补充侦查两次,后于2011年12月30日重新移送审查起诉。经审查,D人民检察院于2012年1月17日对李某作出了存疑不起诉的决定。

## 第二部分 争议焦点

本案的争议焦点在于,能否仅凭李某未在货款登记本登记签字

\* 陈云丰律师,浙江金道律师事务所刑事法律部律师,浙江大学法律硕士。



以及 A 公司财务人员未收到李某上交的货款的证言,进而得出李某未上交 19000 元货款这个唯一结论。换句话说,本案能否排除李某确已上交货款而未登记的可能性或者说合理怀疑。

### 第三部分 律师意见

#### D 人民检察院:

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

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

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

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

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

本案中,起诉书意见书指控李某涉嫌职务侵占的证据包括两个方面:一是 A 公司提供的货款登记本;二是 A 公司法定代表人张某及



其公司财务人员吴某等证人证言。

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

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

首先,本案不能排除李某确已将19000元贷款上交给公司但未予登记的可能性。

从逻辑上分析,如果说在贷款登记本上有登记就可以证明贷款已上交的话,那么涉案的19000元在贷款登记本上没有登记是否就能必然得出没有上交的唯一结论呢?这在逻辑上显然是不能成立的。也就是说,不能仅凭贷款登记本上没有涉案的19000元贷款的登记记录,就必然得出李某没有上交该笔贷款并占为己有的唯一结论。换言之,本案存在李某确已将19000元贷款上交给公司但未予登记的可能性,故犯罪嫌疑人李某极有可能被冤枉。

其次,贷款登记本本身的真实性和合法性令人质疑,不能作为定案依据。

从账面本身来分析,贷款登记本账面上存在多处涂改的现象(详见侦查卷二第90、97、100、103、110、115、116),由此可见,A公司的贷款登记本账目非常混乱,存在随意涂改的情况。因此,该贷款登记本的真实性和合法性令人质疑,不能排除其存在人为篡改或删除的可能性,故依法不能作为定案依据。

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

从贷款登记本的签名情况来看,其中有100多笔贷款没有交款





人或业务员的签名,这表明 A 公司交款人上交货款后不签名确认的现象相当普遍。根据 A 公司法定代表人张某“出纳收取业务人员上交货款后,会在应收款登记册上登记,并由交款人(业务员)签名”等证言(见卷二第 24 页)证实,A 公司收取货款的流程是先收取货款,后进行登记,而后才由交款人或业务员签名确认。因此,辩护人认为,李某有关其已经将 19000 元货款上交公司但却忘记签名确认的辩解完全可以成立,不能仅凭李某没有在货款登记本上签名确认就据此推定其未上交该笔货款。

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

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

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

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

3. A 公司财务人员吴某、李某某、孙某,均与本案存在重大利害关系,其所作“李某没有上交 19000 元货款”证言的真实性令人质疑,依法应不予采信,本案不能排除李某被栽赃诬陷的可能。



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

因此,吴某、李某某、孙某三人虽一致指证李某没有上交 19000 元货款,但因其与本案存在重大利害关系,故其该证言的真实性令人质疑,依法应不予采信。此其一。其二,A 公司财务人员尤其是孙某与李某存在矛盾和积怨,故其所做证词显然对李某不利。

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

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

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

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

辩护人认为,张某作为 A 公司的老板,对公司财务室有没有安装监控应该是了如指掌的,其随口说了句“不是有监控的吗,调出来看一下就知道这笔钱交给谁了”,恰恰证明财务室是装有监控的。如



果财务室没有安装监控的话,A公司的老板张某怎么可能会如此反问呢?

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

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

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

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

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

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

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

首先,犯罪嫌疑人李某有关其已上交货款但忘记在货款登记本



上登记签名的辩解,具有合理性和真实性。

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

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

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

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

最后,现有证据不能证明李某主观上存在非法占有 19000 元货款的故意。

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

### 三、关于本案的处理意见或建议

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



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

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

#### 第四部分 案件结果

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

#### 第五部分 法律思考

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

鉴于案件情况特殊,在审查逮捕期间,本律师就提出了本案不能排除李某已上交货款而被冤枉的可能性,并向 D 人民检察院侦监部门提交了书面律师意见,建议其对逮捕的必要性予以充分考虑并要求对李某不予逮捕实行取保候审。但令人遗憾的是,侦监部门对律师的合理意见并未采纳。

在审查起诉阶段,律师紧紧抓住刑事诉讼证据规则即排除合理



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

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

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



## 2012年度十大电子商务案例与解读(下)

□张延来\*

### 一、七格格网店财产分割案

#### ◆案情简介

“七格格”是一家在淘宝网颇有知名度的夫妻档女装店,2011年,“七格格”员工人数超过400人,年销售额达2.5亿元。然而到2012年,这对创始人夫妻却因感情破裂和财产分割问题在杭州市下城区法院对簿公堂。案件的焦点问题在于网店的归属权,根据淘宝目前的做法,淘宝店是以实名认证的支付宝账户来确定网店的所有权,如果要分割也只能分割支付宝账户内的资产,目前淘宝店尚无法继承和转让,除非法院明确判决了网店的归属,淘宝可根据判决办理相应手续。

#### ◆解读

因离婚、转让、继承等要求变更虚拟财产的所有权主体,这样的案例并不鲜见,实践中越来越多的夫妻、合伙人不争房、不争车,挣的是网店、QQ农场、游戏装备等。随着网络社会向人们生活的逐步渗透,越来越多的虚拟事物也具备了现实世界中的财产属性,因此引发纠纷在所难免。

实际上,纯粹从法律角度分析,网店也好、网游装备也罢,都是网络服务提供商提供给用户的一种服务,这种服务在法律看来属于一种合同之债,因此债权的流转在一定程度上依赖于网络服务提供

\* 张延来,本所知识产权部律师,浙江大学法律硕士,中国电子商务协会政策法律委员会委员,中国电子商务研究中心特聘研究员。



商和用户之间的初始约定。考虑到网店经营者的管理能力和诚信等因素,淘宝等平台对于网店的流转存在顾虑是可以理解的。在法律没有对虚拟财产进行除债权之外的重新界定之前,网络提供商可以限制其虚拟财产的流转。当然,考虑到网店等的所有权流转可以更大程度上增加其经济价值和使用效率,未来网络提供商设置出相应的流转机制应该是迟早的事。

从用户的角度,在创立网店之初,对网站的所有权、管理权限、分工和贡献考核等作出约定很有必要。此外,由于网店归属在界定上比较模糊,那么可以寻求法律上较为清晰的相关权利,例如网店商标、域名的注册,约定其归属,同时做好财务统计,可以在很大程度上减少网店分割时的不确定性。

## 二、当当网撤销订单案

### ◆案情简介

钱女士在当当网抢购促销活动中分三次提交三个订单,购买3套特价书籍并支付货款。后当当网发送了三封电子邮件确认已收到订单,但邮件中声明,“只有当我们向您发出商品出库的电子邮件,通知您我们已将商品发出时,我们和您之间的订购合同才成立”,同日,当当网以缺货为由取消了两笔订单,并将已确认发货的另一笔订单中途拦截,标注为交易未成功。钱女士认为,当当网单方取消订单构成违约,起诉要求当当网发送其所购订单书籍,赔偿损失200元并承担公证费1200元及诉讼费。在庭审中,当当网给出的答辩理由是标价错误,订单属于合同出现“重大误解”,应予以取消。

### ◆判决结果

2011年12月5日,一审东城法院确认前两笔合同未成立。而第三笔成交订单,当当网在特价促销的情景下“重大误解”的主张不成立,应按照双方成交的合同,向钱女士发货,并赔偿其公证费用。一审判决后,当当网不服提起上诉,2012年7月3日,二审法院驳回上





诉,维持原判。

#### ◆ 解读

“只有当我们向您发出商品出库的电子邮件,通知您我们已将商品发出时,我们和您之间的订购合同才成立”,这样的条款几乎无一例外的出现在各大 B2C 网站的用户协议或订购条款中,这一条款在履约方面赋予了卖方非常大的自由空间,理论上,只要卖方不想履行合同,其通过不发货就可以做到并且以合同不成立为由逃脱责任。所以这一条款的存在实质上对网络交易消费者的不利影响非常之大。

反观本案,看似消费者取得了胜诉,但实质上法院是认可了上述条款,前两笔订单因为当当网的缺货撤单而没有成立,第三笔订单因为已经发货所以成立,从这个角度来看,消费者并没有取得实质性胜利。从法律层面分析,《合同法》第三十三条的确规定了“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书,签订确认书时合同成立”,而本案中的邮件通知也的确符合确认书的性质,但问题救出在“发货后合同成立”这样的约定本身属于合同法中免除己方责任的格式条款,是可以被认定为无效的。因为毕竟网站对于其到底可以拿到多少货是能够做到提前预知的,其可以在备货量小于消费者订货量时直接拒绝消费者的订购和付款,否则,消费者支付了货款即履行了主要义务,合同应该成立。

再进一步,合同法规定的确认书,其主要目的在于双方对合同内容和细节进行最终确认,并且是需要经过双方签订的,单方的约定也好或通知也罢,不能产生“签订”的效果。因此,本案判决并未从根本上起到保护消费者的积极作用,这种不合理不公平条款将继续存在,随着媒体越来越多对于电商网站单方撤单案例的报道,相应的争议也会愈加尖锐,我们只能寄希望于法院在日后的案例中做出新的突破。



### 三、京东苏宁价格战被处罚案

#### ◆案情简介

2012年8月中旬,京东、苏宁等三大电商发起价格战,京东CEO刘强东率先在微博上称,京东大家电“三年内零毛利”,所有大家电保证比国美苏宁连锁店便宜10%以上,随后苏宁、国美纷纷应战,苏宁易购执行副总裁李斌回应:“苏宁易购所有产品价格必然低于京东,任何网友发现苏宁易购价格高于京东,会即时调价并赔付”。

处理结果:发改委价监局初步调查认为,有电商的促销宣传行为涉嫌虚构原价、欺诈消费者,发改委将对此行为依法惩处,但具体结论及罚款数额尚未有结论。

#### ◆解读

价格战并非等同于违法行为,在市场经济环境下价格战是一种常见的竞争手段,关键在于如何规范价格战在合法的限度内进行,不伤害消费者利益和正常的市场竞争秩序。

监管部门对于此次价格战的处置应该还是比较及时的,但也暴露出诸多问题:首先表现在应对这种电商环境下的价格竞争行为,缺乏明确的操作细则,尤其是在违法行为认定和处罚标准上与现实存在脱节,故最终处罚结果迟迟没有下达;其次,在主管机关的权限分工和执法配合上不够明确。尽管根据国务院三定规定,原则上涉及到价格垄断问题是由发改委管;工商总局是负责除了价格以外的滥用市场地位以及禁止垄断协议,商务部负责经营者集中或者叫企业并购。但在此次价格战的处理过程中,也先后有不同主管机关表态,这就造成公众在一定程度上的困惑;第三,在程序上,缺乏公开和听证程序,难以保障被处罚对象的申辩以及公众的知情权。

考察欧盟、美国和日本等国的竞争法制度,其主旨在于保护市

<sup>①</sup>参见新华网《发改委 工商总局 商务部在反垄断执法分工上不存交叉问题》[http://news.xinhuanet.com/politics/2008-12/05/content\\_10459706.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2008-12/05/content_10459706.htm)



市场竞争而非机械的限制价格战,企业如果遵守承诺且不低价倾销是没有问题的,这样一来可以让消费者享受实惠,同时淘汰竞争能力差的企业,一旦出现违规情况,则面临高额罚款甚至吊销营业执照。当然,国外企业并不将价格战看得那么重要,其更加重视产品的差异化,同时提供高附加值的服务以此赢得市场。

#### 四、凡客违法使用领导人形象宣传案

##### ◆案情简介

凡客诚品官方网站推出系列 T 恤,并用国家领导人图片做大幅广告,已构成违反《广告法》第七条第二款不得使用国家机关和国家机关工作人员的名义发布广告的规定,遭到网民批评,事后凡客撤掉了相关广告。

##### ◆处理结果

北京市工商局表示,该广告已经违反法律,将依法对相关企业进行查处,具体处罚结果未出。

##### ◆解读

网络营销与传统线下的营销有着非常大的区别,表现在制作成本、传播载体、覆盖范围、持续时间和面向的对象等多个层面,我国《广告法》制定于 1994 年,此时尚无网络营销的概念,大量的广告是以广告主委托他人制作广告牌和宣传册等形式进行的,故广告法规定了违法处罚金额以广告费的倍数为计算标准。但网络营销出现后,这一规定已很难适用,因为广告主和制作者往往身份重叠,并且广告成本极低甚至为零,但其辐射的范围和影响却远超线下的实体广告,所以出台新的网络营销规范势在必行。

除网络广告外,网络打折促销、有奖销售、返利等各种新形式的网络营销手段也应该纳入到法律的调整视野中来。另外,主管机关对网络营销的监管和执法力度也应该有所倾斜,从目前的情况看,线上动辄有网站宣称自己是“第一”、“最佳”、“领先”“全网最低价”



等,但这种现象长期存在却始终没有得到有效治理,说明执法者还没有充分认识到网络营销行为已经逐渐取代传统线下营销的趋势。

## 五、奇虎诉腾讯反垄断案

### ◆案情简介:

2012年4月18日中国互联网行业第一起垄断诉讼案——奇虎360诉腾讯垄断案今日上午9点在广东高级人民法院开庭,奇虎公司控告腾讯公司滥用市场支配地位,排除、限制竞争,违反了反垄断法的规定,并向腾讯公司索赔1.5亿元人民币及在相关媒体刊登道歉声明。据媒体报道,网易财经在法庭现场了解到,在长达7个多小时的庭审过程中,双方的代理律师就“腾讯QQ即时通讯软件所涉及相关市场如何界定”、“腾讯是否处于市场支配地位”、“腾讯是否滥用市场支配地位”等方面进行了充分论证。最终审判长并未宣判结果,而根据审判长的表述,本案未排除会有二次庭审的可能。

### ◆解读

2012年5月8日,最高人民法院发布了《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》,解释一共16条,作为最高人民法院在反垄断审判领域出台的第一部司法解释,对起诉、案件受理、管辖、举证责任分配、诉讼证据、民事责任及诉讼时效等问题都进行了明确,尤其是公民可直接起诉垄断企业的规定可称为最大亮点,这意味着,只要公民有证据证明因垄断受到损失,均可以提起诉讼,无需行政机关前置认定。此外,解释还通过举证责任倒置等规定减轻原告举证负担。

解释出台后,在一定程度上给处于市场优势地位的电商企业造成了压力,因为这意味着今后不一定只有像360这样的企业才有能力在反垄断领域跟优势地位企业叫板,反垄断的门槛已经大大降

②参见《360诉腾讯垄断案激辩7小时 IM市场界定成关键》<http://tech.163.com/12/0418/22/7VDIBC18000915BF.html>



低，虽然自然人和小企业在诉讼中仍然难以完成己方的举证责任，但随着诉讼数量逐渐增加，被告方败诉的几率也会升高，尤其是当360与腾讯案由结论之后，其诉讼策略和证据也将起到示范作用，看来，反垄断风险防范也将成为电商巨头们接下来要考虑的新课题。



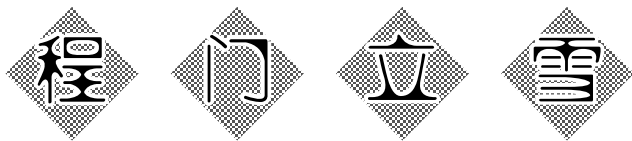
寻 春 偶 拾

□ 胡祥甫\*

数日寻芳踏遍岭，  
终究不见春踪影。  
归来一问墙角梅，  
春在枝头已三分。



\*胡祥甫，本所主任，一级律师，西南政法大学法学学士，复旦大学法学硕士，杭州市律师协会会长，全国律师协会民事业务委员会副主任，杭州市人大代表。



杨时(1053—1135),宋南剑州将乐(今属福建)人。字中立,号龟山,谥文靖。自幼聪明过人,善写文章,长大后着力于经史。熙宁九年(1076)年中进士。他先后从师于北宋著名学者程颢、程颐兄弟学习,深得师传。杨时离开程颢南归时,程颢目送说:“吾道南矣!”杨时与游酢、吕大临、谢良佐号为程门四大弟子,又与罗从彦、李侗被称为“南剑三先生”。南宋时,东南学者奉为“程氏正宗”。杨时学术水平及威望都很高,也培养了不少学生,南宋著名学者、理学大师朱熹为其三传弟子。他的著述主要有《二程粹言》、《龟山先生语录》、《龟山集》。关于他的事迹,流传最广、称颂最多的莫过于他尊敬老师、立雪程门了。

杨时就学于程颢时,对程颢非常尊敬,师生关系非常融洽。杨时南归四年后,程颢逝世,杨时听说之后,异常悲痛,在卧室门口设立程颢灵位,嚎啕大哭,并把程颢逝世的消息写信告诉各位同学。不久,杨时来到程家,向程颐请教。此时杨时已年近四十,在社会上也已有很高的名望了。但他对程颐像对程颢一样,非常尊敬。有一天,杨时有问题来找程颐讨论,不巧程颐正在睡午觉。这时屋外正下着大雪,杨时为了不打扰老师休息,就与程颐的学生游酢站在一边,一声不响。等程颐醒来,外面的积雪已达一尺厚了。程颐对杨时的行为非常感动,立即起来与他讨论问题,杨时得到了指点,茅塞顿开,获益匪浅。

杨时这种热爱学习、尊敬老师的优良品德,受到了很多人的称



赞。后来人们就把这件事概括成“程门立雪”这个成语，作为热爱学习、尊敬老师的典故。《宋史》在杨时的传里记载了这段史实。后世文人骚客在诗文中多加引用，如元谢应芳《杨龟山祠》诗中有“卓彼文靖公，早立程门雪”，清赵翼《梅花》（其一）有“单身立雪程门第，素面朝天虢国姨”，近代诗人柳亚子《怀人诗十章》（其一）也用此典：“却愧鳅生百无似，也曾立雪到程门。”

转载自《新资治通鉴》第364页，光明日报出版社





## 章炳麟

## 征婚广告

章炳麟，字枚叔，号太炎，民国浙江余杭人。他是近代民主革命家、思想家，曾因发表《驳康有为论革命书》和替邹容《革命军》作序，触怒清廷，被捕入狱，以此名躁一时。国学很好，著述宏丰，与梁启超齐名。据说：他为人极为古怪，蓬头垢面，身著长衫，三个月不洗澡，自称是神经病患者。而他在婚姻问题上，也可谓是古怪出奇哩！

按章炳麟自订年谱中载：“光绪十八年（1892），二十五岁，纳妾王氏。”这大概是父母之命、媒妁之言的包办婚姻，故章氏不承认是“妻”而贬以为“妾”。王氏生有三个女儿，她本人却在光绪二十九年（1903）病故。于是，续娶一事，事在必行，只是采用什么方式进行罢了。

章炳麟是以“革命者”自居的。当时，清王朝还没有倒台，民国尚未成立，婚姻的习俗和制度仍然是封建老一套。章炳麟抱着革命精神，决心要以惊世骇俗的姿态，开创新风气之先河，便不顾一切旧势力的攻击，破天荒地在北京《顺天时报》上登出一段征婚广告。登报征婚，在当今虽然已不稀奇，但直至今日，登报征婚的人仍然是隐姓埋名，转请他人负责联系接洽。而章炳麟竟然抛头露面，署上真实姓名，公开提出应婚的具体内容。这在当时真成了一件旷古奇闻，不仅国内的人们传为笑谈，并且蜚声海外，连日本新闻出版界都为此刊登过日人武田熙和高田淳的有关文章。

那么，章炳麟的征婚广告具体内容有哪些呢？据（台）天一出版社编辑出版的《章太炎传记资料》说，他的征婚条件有五：



- (一),以湖北籍女子为限。
- (二),要文理通顺,能作短篇文字。
- (三),要大家闺秀。
- (四),要出身于学校,双方平等自由,互相尊敬,保持美德。
- (五),反对缠足女子。丈夫死后,可以再嫁。夫妇不和,可以离婚。

《顺天时报》的原文,已一时难以查找了,其中内容或许有些怪异,但其精神大体上是与上述相符的。

那么,章炳麟征婚广告第一条为什么要“以湖北籍女子为限”呢?据说,章炳麟看上了一位女子学校毕业的湖北籍的大家闺秀吴淑卿,又有人说吴淑卿女士爱上了这位来湖北讲学的他。后来吴淑卿女士还在报上发表过一篇《投军文》,参加革命等等。众说纷纭,迷离扑朔,原来的实情已难于置辩了。

民国二年(1912),章炳麟与浙江吴兴汤国黎女士结婚。这时,章炳麟四十五岁,汤国黎二十八岁,婚礼主持人是蔡元培。

章炳麟的征婚广告,姑且不论其内容如何,只就这种在报上署出真名实姓的做法,恐怕至今仍为人瞠目咋舌。至若当时,无疑是一条头号新闻,是一篇向传统习俗宣战的“文告”。

转载自《新资治通鉴》第741页,光明日报出版社



## 吴红亮 律师 合伙人

### 社会职务：

浙江省律师协会公司与证券业务委员会委员；

杭州市律师协会公司与证券业务委员会委员；

杭州市律师协会建筑房地产业务委员会委员；

杭州大学生创业联盟创业导师。

### 业务专长：

公司兼并收购、企业法律风险管理、公司诉讼、公司解散清算、建筑工程纠纷处理、常年法律顾问等。

### 教育培训：

浙江大学法律硕士；

2011年参加中国人民大学法学院举办的《企业股权转让实务操作及法律风险防范与纠纷处理》高级研修班。

### 专业经验：

代理某图书公司股权转让纠纷案；

代理股东韩某诉股东朱某股东出资纠纷案；

代理叶某诉湖州某房产公司商品房销售合同纠纷案(成功追究房产公司逾期交付房产的责任,解除合同,损失获全部支持)；

代理杭州某医药科技公司诉杭州某软件公司软件开发合同纠纷案(成功追索合同欠款)；

代理某建设集团应诉周某某建设工程纠纷案,二审改判胜诉；



代理萧山某建设集团诉业主单位建设工程纠纷案,胜诉;  
代理郑某股权转让纠纷案,调解结案;  
办理浙江某工业安装公司参与广德某房产公司破产重整案;  
办理金某等股权收购项目;  
办理杭州某大型民营企业在江苏射阳资产收购事宜;  
办理杭州某大型民营企业海外上市事宜;  
成功办理杭州某电脑网络科技有限公司股权转让项目;

服务的企业有杭州高达软件有限公司、杭州弗丰羽塑业有限公司、杭州易比信息有限公司、杭州优腾医药科技有限公司、杭州大昌盛建设集团有限公司、杭州市建筑设计研究院有限公司、杭州鼎盛旅行社有限公司、腾信堂咨询有限公司、杭州恒爱实业集团有限公司、杭州迅腾伟业电子科技有限公司,威腾斯坦(杭州)实业有限公司等。

**联系方式:**

电话:86-13777854846

传真:86-571-87006661

E-mail:whl@zjblf.com



## 唐小平 律师 合伙人

### 教育背景：

1997-2001 年，太原理工大学，学士学位

2005 年，通过国家司法考试

### 业务领域：

公司重组收购及兼并、合同等民商法律

### 个人荣誉：

杭州市首届检察官、律师控辩大赛“十佳辩手”

浙江省第二届检察官、律师控辩大赛“十佳辩手”

### 工作经历：

2004 年进入浙江杭天信律师事务所

2011 年进入浙江金道律师事务所

### 社会活动：

中国国民党革命委员会浙江省社会与法制专业委员会委员、省直九支部副主委

杭州律师协会公司与证券专业委员会委员

浙江电台 107、104.5 嘉宾律师

都市快报法律评论员

### 各类典型诉讼案例：

1. 杭州某岩土公司与李某某专利许可合同纠纷案件
2. 央视所报道的“毒胶囊”事件中某涉案企业与浙江省食品药品监督管理局行政诉讼案件



3. 黄某与某期货经纪有限公司期货透支交易纠纷案件
4. 西南建筑勘察设计研究院与某投资发展有限公司建设工程设计合同纠纷案件
5. 浙江某实业公司雇员上下班途中遭遇道路交通事故雇主责任纠纷案件

### **主要顾问单位及典型非诉讼服务**

#### **1. 中国航油集团浙江石油公司**

主要审查该公司大宗油料交易事项、为该公司油库建设及加油站收购等事项出具法律意见书,为该公司涉及的海运船舶抵押担保事项提供全程非诉讼服务。

#### **2. 杭州顺峰链业有限公司**

协助处理该公司各种对外投资(含中外合资),就该公司收购某在建房地产建设项目提供全程法律服务。

#### **3. 杭州市燃气集团有限公司**

就该公司国有产权转让事项出具法律意见书,帮助该公司审查各类投融资业务及其他顾问服务。

#### **4. 浙江奥展实业有限公司**

帮助起草其适用于全国各区域代理商的经销合同及配套法律文书、为其网上紧固件交易系统制定交易规则。

#### **5. 浙江天搜科技股份有限公司**

就该公司引进战略投资项目提供全程谈判、文件起草等法律服务,为该公司起草期权激励制度。

### **联系方式:**

电话:86-13588834909

传真:86-571-87006661

E-mail:txp@ziblf.com



## 金道动态

※3月28日,本所主任胡祥甫律师作为杭州市人大代表西湖一组成员之一,考察三江两岸生态文明建设工作。

※3月25-27日,本所主任胡祥甫律师参加在海口举行的全国律协八届二次理事会。

※3月20日,西湖区政府召开2013年为民办实事项目和大会议案办理工作第一次推进会,本所高级合伙人、西湖区人大代表朱智慧律师应邀参加会议。会上,朱智慧律师作为三名应邀参会的区人大代表之一,对其中文化小广场建设、停车泊位建设、医疗软硬件建设等事项提出了相关意见建议。

※3月18日,本所主任胡祥甫律师在拱墅区政府会议室,为拱墅区人大常委会讲授《刑事诉讼法修改的亮点、重点》。

※3月18日,本所正式启用西湖国际科技大厦园区B-3座11楼租赁新办公区域。上午10点半,本所主任胡祥甫律师,副主任胡东迁律师、王全明律师、高级合伙人童松青律师、夏家品律师在B座参加新办公区域启用仪式。

※3月15日,由省消保委、省律协联合举办的3.15国际消费者



权益日纪念活动在天目山路国民消费教育馆报告厅举行。本所国际经贸部副主任、普通合伙人郭力律师、公司部黄亮律师应邀来到现场,通过电话咨询与网络咨询等方式开展义务咨询工作。

※3月9日,本所在杭州海外海·西溪宾馆召开2013年年度全体大会,本次会议由高级合伙人张子年律师主持。本所主任胡祥甫律师、副主任胡东迁、王全明、崔海燕及黄耀律师分别对相关工作进行报告。

※3月3日,本所高级合伙人钱雪慧律师应邀参加“新民诉法运用热点难点问题”研讨会,并担任研讨会议的主持人。浙江省高院法律研究室副主任程建乐先生受邀与会指导。

※3月2日,本所主任胡祥甫律师作为市律协会长参加在之江饭店举行的“新刑诉法”实施研讨会并致欢迎辞。

※2月26日,本所高级合伙人夏家品律师参加下城区政协四届二次会议提案审查立案会议,会议对区政协四届二次会议征集到的153件意见建议,根据《政协下城区委员会提案工作条例》的相关规定,进行了逐件审查;并且还讨论通过了区政协2013年度的重点提案和提案委2013年度工作计划。

※2月18-23日,本所主任胡祥甫律师作为市人大代表参加杭州市人大十二届三次会议。

※2月3日—6日,杭州市西湖区第十四届人大第二次会议胜利召开,本所高级合伙人、西湖区十四届人大代表朱智慧律师依法





参加了本次会议,并向大会提交了《关于建立社区(园区)法律服务中心的建议》、《关于加快区法院诉讼服务中心建设的建议》两个建议。

※1月24日,本所高级合伙人夏家品律师参加下城区电子商务产业园(星火园区)2013年迎新春座谈会暨政协法律服务站挂牌仪式。下城区政协副主席周钢等领导及园区20余家科技企业代表出席。

※1月24日,杭州市西湖区法院为第一批确定的56位特邀调解员举行了聘书颁发仪式,本所张延来律师受聘成为西湖区法院特邀调解员。调解员团队由来自法官、律师、心理咨询师、评估师、会计师等各行业专业人士组成,由“全国优秀女法官”陈辽敏法官带队。

※1月18日,本所高级合伙人夏家品律师参加“西湖区党外知识分子联谊会2012年度年会”。西湖区政协副主席、区委统战部部长章岳定,区委统战部常务副部长徐建庭,区委统战部副部长、区侨联主席吴树华等领导出席。会上,本所朱智慧、夏家品、吴红亮三名律师光荣当选西湖区党外知识分子联谊会会员。

※1月17日,本所合伙人夏家品及吴红亮、何钰萍律师应浙江省中小企业局之邀请,参加在杭州下沙经济开发区举行的“中小企业服务日——杭州下沙开发区专场”活动。浙江省中小企业局副局长高建明、杭州市经信委副主任徐土松、开发区党工委副书记、管委会副主任程锋等领导出席,杭州经济开发区经发局及所属园区负责人、中小企业代表近150人参加。



※1月16日,民盟杭州市第十二届委员会第四次全体扩大会议在杭州华辰国际饭店举行,本所高级合伙人朱智慧律师负责的《关于推进我市公立医院产权改革与法人治理的建议》被评为2011-2012年度民盟杭州市委会优秀调研成果二等奖,史源律师负责的《杭州市文化产权交易所定位及发展模式研究》被评为三等奖。朱智慧律师以及史源律师还被评为“2012年度反映社情民意信息工作积极分子”。

※1月15日,2013年杭州律师新春联欢会在浙江世贸君澜大饭店召开。杭州市律师协会会长、本所主任胡祥甫律师致新年贺词。会上表彰了“杭州市优秀律师”、“杭州市第二届优秀女律师”等24名律师。本所高级合伙人朱智慧律师被授予“杭州市优秀律师”荣誉称号,本所高级合伙人钱雪慧律师被授予“杭州市第二届优秀女律师”荣誉称号。

※1月9日,本所副主任、高级合伙人王全明律师受邀参加了由浙江省人民政府法制办主办的《浙江省水文管理条例(草案)》专家论证会,为该草案提出建设性意见。

※12月3日,浙江省司法厅、浙江省人力资源和社会保障厅联合发文,公布了2012年度浙江省律师、公证员系列高、中级专业技术资格评审结果。34位律师、公证员获评高级专业技术资格,本所高级合伙人黄耀律师获评“一级律师”高级职称。

※2012年10月,浙江省律师协会开展了首届“浙江省优秀女律师”评选活动,最终评选出30名“浙江省优秀女律师”。本所副主任、国际经贸法律部负责人崔海燕律师获此殊荣。

# 金道律师

2013·第一辑·总第二十一辑

编 委：胡祥甫

崔海燕

夏家品

执行编辑：崔海燕



金道律师事务所  
BRIGHTIOUS LAW FIRM