



中豪律师集团  
ZHONG HAO LAW FIRM

# 中豪之窗

## ZHONGHAO EXPRESS

2016年 第6期 | 总第048期 | 中豪律师集团主办 | 双月刊



全国优秀律师事务所  
司法部部级文明律师事务所



## 市人大代表袁小彬首倡 并助推巡回法庭成功落址重庆

2016年12月29日，最高人民法院第五巡回法庭在重庆揭牌。最高人民法院院长周强、最高人民法院副院长李少平、重庆市委书记孙政才出席并发表重要讲话。至此，2016年1月董事局主席袁小彬在市人代会上建议争取在重庆设立西南巡回法庭一事在得到黄奇帆市长高度重视和批示后，在各方积极推动下，顺利落地。最高人民法院任命李少平兼任第五巡回法庭庭长，刘竹梅、万永海担任副庭长。



## 中豪2016年度合伙人培训会在成都办公室圆满落幕



2016年11月11日至13日，2016年度合伙人大会在IFS国际金融中心的成都办公室隆重召开，来自中豪7个办公室的47位合伙人参加了此次盛会。本次会议以进一步提升律所建设水平，推进律所专业化建设为目的。会议采取培训结合专题讲座的形式开展，分别邀请7位资深合伙人从业务开拓、人才战略、法律检索等方面进行了深入探讨和交流。





**中豪之窗**  
ZHONGHAO EXPRESS  
总第048期 2016年 第6期 双月刊  
(内部资料 仅供交流)

**《中豪之窗》编委会**

主 编：袁小彬  
执行主编：宋 涛

编 委：张 涌 陈 晴  
卜海军 王 辉  
涂小琴 陈 伟  
俞理伟 李东方  
祝 磊 朱 剑  
孙万平 郑 毅  
汪 飞 陈心美  
陈雪剑 张德胜  
崔 冽 刘 军  
傅达庆 李 燕  
周庭发 梁 勇  
文 建 周 尽  
何 静 郭平宜  
何先武 陈 立  
柯海彬 李 静  
杨 青 邹树彬  
马海生 王必伟  
赵明举 李松为  
李 永 郝红颖  
刘文治 青 苗  
周 鹏 肖 东  
陈任重 郑 鹏  
高玉林 柴 佳  
谢 敏

责任编辑：吴红遐  
美 编：王先  
主 办：中豪律师集团

Web:www.zhhlaw.com  
Twitter:@zhhlawfirm  
Weibo:weibo.com/zhhlawfirm  
Wechat:@zhhlawfirm

# CONTENTS 目录

## 直击中豪 NEWS

要闻摘选 ..... 1

## 律师论坛 FORUM

用高尔夫节奏划出海外并购“完美弧线” ..... 杨青 2

纷繁复杂的球队冠名权纠纷案（上） ..... 宋涛 8

简析手机APP的知识产权保护和侵权风险规避 ..... 冯建坤 12

融资性担保公司管理规范浅析 ..... 梁勇 叶琴 17

## 法理天地 THEORY

律师参与房地产项目预售监管的实践经验 ..... 张涌 宋琴 25



2016年11月2日，合伙人李松为举办了《中概股上市和私有化后重新上市法律实务》专题讲座。

2016年11月3日至4日，四川PPP项目咨询服务机构交流培训会召开。合伙人柴佳应邀出席会议并举办讲座。

2016年11月5日，第三届中国涉外律师领军人才法律研讨年会举办。合伙人李松为、北京办公室章朝晖律师出席会议，章朝晖撰写论文及案例合辑现场发布。

2016年11月9日，合伙人郑鹏举办了《知识产权业务新思考》专题讲座。

2016年11月9日至10日，中国光大银行2016年重点保理产品培训会举行。合伙人袁小彬和顾问律师黎莎莎应邀出席会议并举办讲座。

2016年11月11日，成都市律师协会主办的律师事务所管理研讨会在成都举行。董事局主席袁小彬应邀出席会议并发表演讲。

2016年11月16日，合伙人汪飞举办《PPP法律实务及风险解析》专题讲座。

2016年11月18日，重庆银行举办“授信风险化解”专题培训。合伙人袁小彬和柯海彬应邀出席会议并举办讲座。

2016年11月18日至19日，第四届重庆律师论坛暨2016年全市律师事务所主任第二期培训班成功举办。合伙人袁小彬、傅达庆、王必伟和俞理伟应邀出席论坛并发表演讲。

2016年11月23日，合伙人王必伟举办了《政府信息公开的实务初探》专题讲座。

2016年11月24日，“PPP模式在公共交通领域的应用培训”召开。合伙人柴佳应邀出席会议并作演讲。

2016年11月27日至30日，“2016年防范和打击非法集资工作培训”召开。合伙人傅达庆和青苗应邀出席会议并授课。

2016年11月29日，《银行合同管理与金融消费者权益保护》讲座成功举办。合伙人涂小琴应邀出席会议并演讲。

# 中豪新闻



2016年11月30日，合伙人梁勇举办了《关于预算法及其相关法律法规的研讨》讲座。

2016年12月1日，第六届亚洲知识产权营商论坛在香港开幕。合伙人李静应邀出席论坛。

2016年12月1日至4日，“2016年全国律师协会刑事辩护律师培训班”在北京举办。合伙人傅达庆应邀参加本次培训。

2016年12月7日，成都办公室合伙人高玉林举办了《物权合同纠纷典型案例解析》讲座。

2016年12月9日，由四川省律师协会主办、中豪政府法治中心承办的政府法治与法律服务研讨会，在成都办公室召开。合伙人高玉林、王必伟和汪飞出席会议。

2016年12月，中国民主法制出版社公布“2016年十大好书”名单。合伙人郝红颖、青苗主编的新书《私募股权投资基金法律实务操作指引》入选“十大好书”之一。

2016年12月11日，《中概股上市及私有化再上市实务》专题公开课成功举行。合伙人李松为结合自己丰富的实务经验倾情授课。

2016年12月14日，中国企业海外投资路演峰会（重庆站）在重庆举行。合伙人杨青应邀出席会议并发表演讲。

2016年12月14日，合伙人柯海彬在会议室举办了《香港主要业务及收费》专题讲座。

2016年12月16日，分管合伙人宋涛召集部门全体同仁，召开部门2016年终总结会议。董事局主席袁小彬作为特邀嘉宾出席会议。

2016年12月16日，市人社局举行了聘请法律顾问团成员仪式。合伙人王必伟获聘市人社局法律顾问团成员之一。

2016年12月21日，合伙人青苗举办了《股权投资基金律师实务》专题讲座。

2016年12月22日，中国国际商会第八届会员代表大会暨2016年年会召开。章朝晖律师代表中豪应邀出席本次盛会。

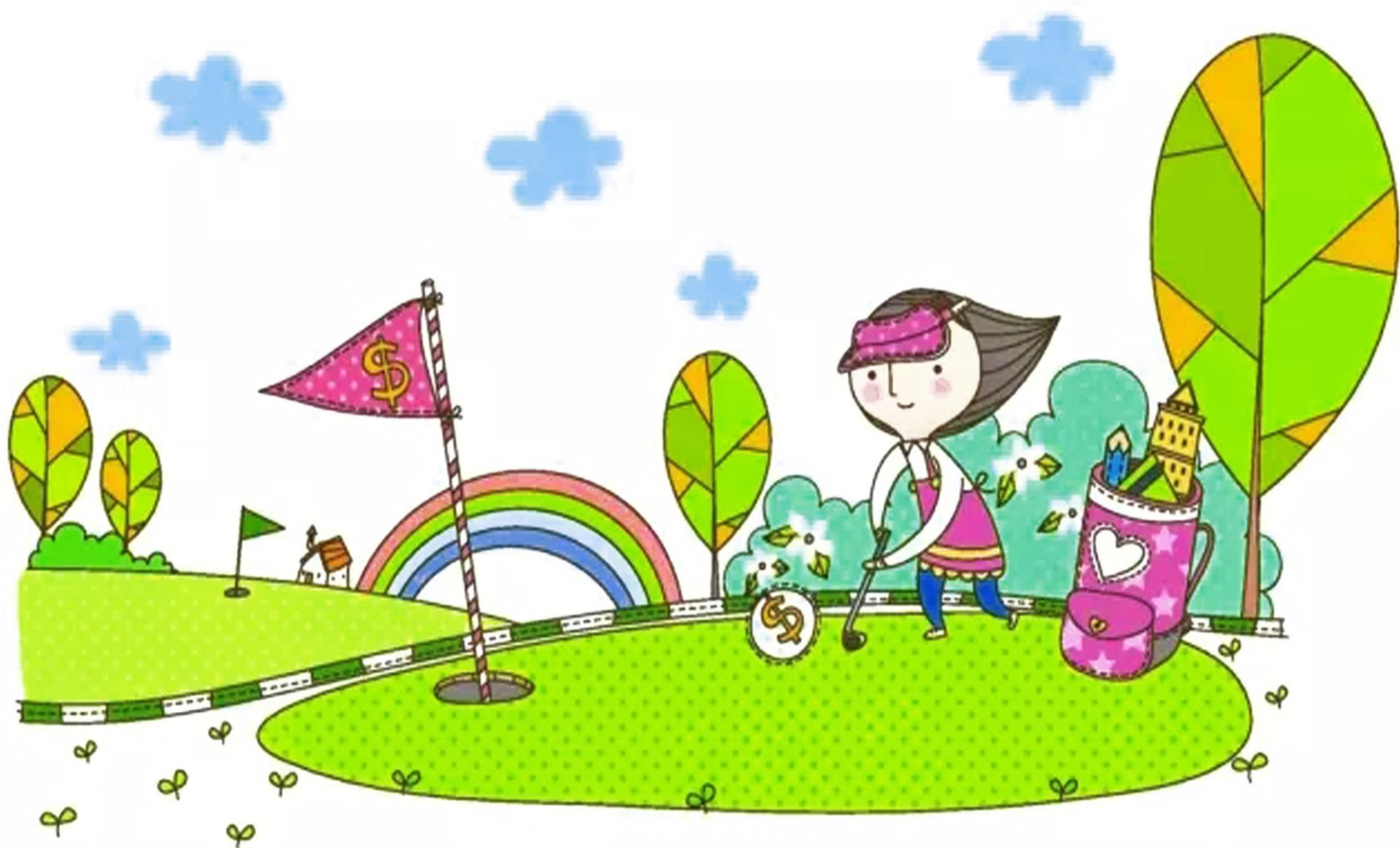
2016年12月28日，顾问律师吴红遐举办了《PPP项目风险分担机制解析》专题讲座。



# 用高尔夫节奏 划出海外并购“完美弧线”

一看标题，大家可能会问，高尔夫与海外并购有何关联？表面看来，两者似乎风马牛不相及，但世间万物道理都是相通的，高尔夫的流程与节奏思维同样可适用于海外并购，而这正是很多中企比较容易忽略的地方。

◎ 文 / 杨青 / 重庆办公室







杨青 | 合伙人  
 专业领域：跨境投融资与并购、  
 外商投资、基金、

最近几年，中国企业以让人惊艳的速度纷纷出海，今年前三季度，中国企业海外并购交易总金额达1739亿美元，同比增长68%。德国民众于是感慨，中国企业几乎要把德国都买下了！在这次海外并购浪潮中，西南企业也一展身手，可圈可点。在笔者最近两年处理的多起海外投资与收购项目中，虽然欣喜看到西南企业越来越重视法律风险控制，但由于缺乏出海经验，在很多方面仍存在不足。其中，最为突出的是，在海外投资收购过程中，缺乏对交易节奏的把控，表现得比较急躁，既缺乏事先对交易的统筹安排、关键时间节点把控，也没有做好各个重要流程环节。我喜欢打高尔夫球，我发现高尔夫的节奏把控与企业海外并购节奏把控具有很多共同之处。良好的挥杆节奏是伟大高尔夫球手的必要条件，而一般高尔夫球手往往习惯急于追求结果，却常常忽略用心做好挥杆过程中的每个动作，所以在每一次挥杆后总是抱怨球没有沿着自己预想的目标弹道飞行，其实结果只不过是过程产生的副产品。因此，只有做好海外并购整个交易过程中的每个关键流程环节，把控好交易节奏，才能全面防范交易风险。

完美“弧线”；二是在18洞的整场球中，根据每个洞的不同情况采取合理战术，以平稳的心态，并以最少的杆数将小白球打进球洞，从而完成每场比赛。几乎所有的高尔夫职业选手都将节奏作为赢得比赛最为重要的因素。



## （二）什么是海外投资节奏？

一个完整的海外并购项目一般包括如下主要流程环节：

- 1.境内企业寻找与筛选海外项目；
- 2.组建公司内部项目团队，并对项目进行初步商业调查；
- 3.聘请外部中介机构，比如律师事务



## 海外并购流程如同高尔夫流程，节奏把控是关键

### （一）什么是高尔夫节奏？

我理解的高尔夫节奏包含两个层面：一是每一次挥杆时，做好握杆、站位、上杆、下杆、送杆及收杆每个动作，并以身体脊柱为轴心，各个动作能协调一致划出

- 所、会计师事务所；
- 4.项目相关参与方签署保密协议；
- 5.与目标公司商谈与签署前期交易文件，比如MOU, LOI (Letter of Intent) 或 Term Sheet等；
- 6.外聘中介机构对目标项目或目标公司进行法律、财税等尽职调查；
- 7.境内投资方根据尽职调查结果对项目进行商业评估；



8.草拟交易文件，比如股份收购协议或资产收购协议、股东协议、目标公司章程修正案，谈判及签署交易文件；

9.过渡期监控；

10.交割前置条件满足，比如交易各方公司内部授权、获得政府审批、资金安排到位等；

11.项目交割；

12.交割后续义务满足；

13.并购后整合；

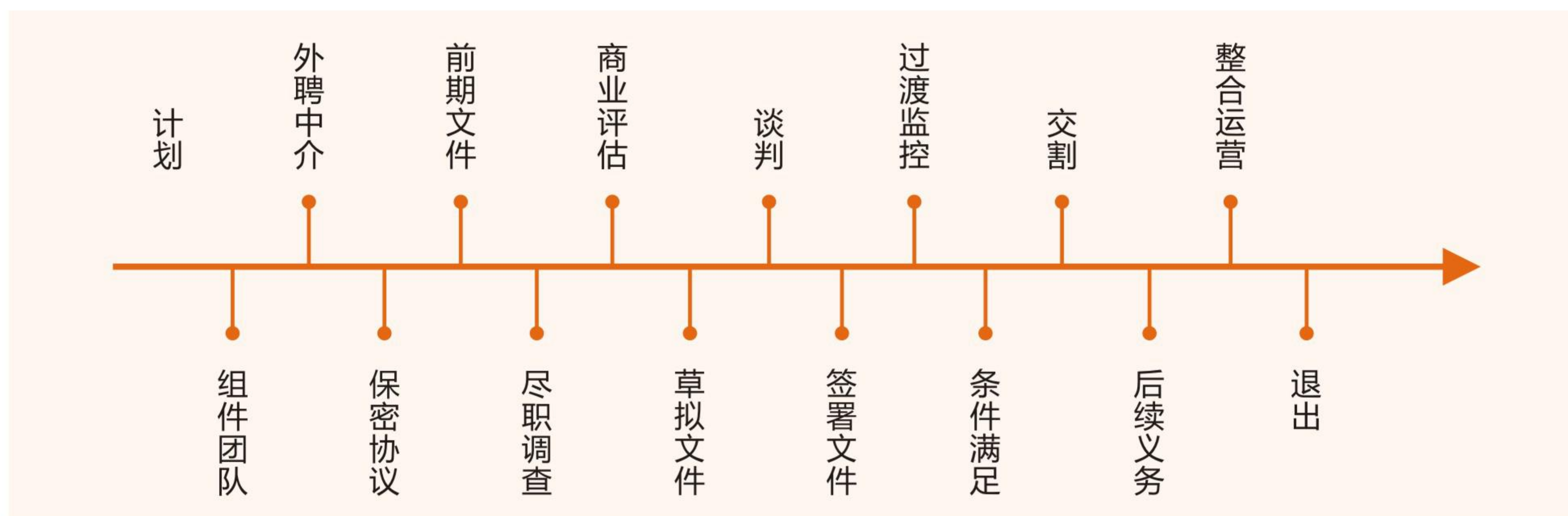
14.退出等。

没有做完整前，又急着下杆，送杆未完全释放的情况下，又草草收杆，从而使得球左右乱飞，与自己预期的目标方向或目标点相距甚远。在海外投资与收购实务中，很多企业仍坚持以中国式“拍脑袋”做决定的思维方式出海，在对目标公司或项目从商业角度有了初步了解后，便匆忙做出判断，往往对发现和识别风险极为重要的尽职调查却没有做好，或根本就忽略了这一重要环节，而且在没有聘请目标国律师的情况下，甚至连境内律

一个关键步骤，以平稳的节奏漂亮地完成好流程中的各个环节，才能保障最终目标的达成，目标只是做好了流程中每个交易环节后自然产生的附随结果。

## 急躁是高尔夫与海外投资并购最危险的杀手

过去30多年中国经济飞速发展，很多企业财富增长过快，很多企业做事养成一种不良的习惯，总表现出急



上述各环节都可能会对交易的成功与否产生较大影响，虽然影响的程度不同，但做好各流程环节是保障交易成功的重要前提条件。实务中，很多境内企业基于各种原因，只做了其中的部分流程，而且做的该部分流程可能因急于求快，并没有把这些流程环节做完整，从而给交易埋下了重大隐患。

### （三）目标只是做好了流程各环节后的附随结果

很多球员在打高尔夫时，也同样表现出类似的情况，当站位和握杆还没有做好前，便开始上杆，上杆动作

师都没有参与的情况下，就草草与卖方签署交易文件，这必然为交易的失败埋下伏笔。由于前期没有做法律与财税等尽职调查，针对项目本身存在的重大风险未能及时发现，再加上缺乏中外律师的严格审查与把关，使得签署的交易文件漏洞百出，给项目交割及后续运营埋下了巨大风险。一旦向卖方支付了对价和接手目标公司后，才发现目标公司或目标项目存在诸多问题，与之前了解的情况相去甚远，但那时为时已晚，最终不得不为此付出沉重代价。由此可见，无论是打高尔夫还是海外收购，节奏的把握非常重要，只有做好整个流程中的每

躁的做事风格。大家只想追求赚快钱，很少有企业愿意花时间、成本与精力去提升企业管理流程，并严格按照上述流程耐心去执行。境内企业海外收购过程中，这种急躁的心态无处不在，其主要表现在如下两个方面。

### （一）境外企业作为卖方，希望流程走得越简单越好，以减轻自己的法律责任与风险

欧美企业一般都很注重流程化管理，但作为卖方，他们肯定希望流程走得越快越好，他们聘请的律师在交易协议中对卖方的权益保护和责任免除条款进行了充分约定，一旦完成交



割，买方支付了对价和接管企业后，即使发现卖方提供的信息与资料存在很多问题，但由于交割之前未发现上述风险，也未在交易协议中约定当出现上述情形时买方可采取的充分救济措施，一旦发生上述情况，买方处境将极为被动。而且，很多境外卖方抓住了中国企业这种急躁的心态，人为地通过各种方法，比如声称有很多买方在竞价，要求境内企业必须在一定期限内完成交割与支付对价。我们曾帮助一家重庆民企认购某一美国纳斯达克上市公司的普通股，卖方就要求该客户在30日内完成交割，并在美国证券交易所网站公布了董事会决议，且声称有多位投资者想购买，后来我们才发现之所以要求在30日内完成交割与支付，是因为该企业在该期限之间有一笔债务要偿还，该企业想用境内企业的这笔认购款偿还这笔债务。

## （二）境内企业通常缺乏清晰成熟的海外并购战略及路线图，对交易流程缺乏节奏把控，一直被卖方牵着鼻子走

作为境外卖方，他们希望尽量缩短时限和完成交割能理解，但境内企业作为买方，按交易习惯，应该是交易期限越长越好，使得买方有更充分的时间对目标公司或目标项目进行更充分的了解与调查，对其中的风险有更全面与充分的认识。因此，境内企业在整个交易过程中，应尽可能按交易流程做好每个环节，在对目标公司或项目有更充分理解的同时，能全面把控交易各个环节的风险。这就需要境内企业事前做足功课，制定清晰成熟的海外并购战略及路线图，比如熟

悉海外投资与收购的整个交易流程，对各个环节可能出现的风险及需要重点把控的风险提前进行评估与预防，并对可能出现的各种情况及卖方可能采取的战术提前进行预判与设计，从而当出现上述情况时，能及时采取应对措施。要想实现上述目标，仅凭企业自身团队是很难完成的，所以海外并购交易中，一般需聘请中外专业中介机构，比如律师事务所、会计师事务所、投行等组建国际专业团队，借助外部智囊出谋划策，以实现上述目标。孙子说，知己知彼，百战不殆。一场大型的海外收购，毫不夸张地说，就等于一场无硝烟的战争。由于中介机构经验丰富，且能站在更加独立与理性的立场出谋划策，这对境内企业充分了解目标公司、把控交易节奏和全程防范风险发挥着举足轻重的作用。



一场高尔夫球共18洞，每个洞的距离和状况都不一样，对所有高尔夫球手来说，赢得比赛最为重要的是保持稳定发挥，而不是有的洞抓鸟甚至老鹰，而有些洞吞下Double Bogey。为保持每个洞都能打出Par或低于Par的成绩，首先就需要事先设计好每个洞的战术与打法，对整场球18个洞进行设计；然后按照设定的战术，

做好每一次挥杆，完美地划出每一道弧线。很多高尔夫球手都知道这些道理，但实际打球时，却因为过于想追求胜利，想打出好球，很容易出现急躁的打法。很多人习惯性地为追求距离与追球（想尽快看到目标），在下杆时用尽全身力气击球。殊不知，越用力击球，球飞行的方向与目标方向偏离越远，容易出现OB（Out of Bounds）越是想去追球，球飞行的轨迹与预期的目标偏离越远。所以，真正的高尔夫高手，是把目标放在心中，而不是眼中。绝大部分运动都要求球员反应快、身手敏捷，但高尔夫运动却相反，除了击球的瞬间，所有的环节都必须做到“慢”。高尔夫看似慢，但却实现了快的结果。海外收购交易中，很多境内企业想尽快达成交易，可能是主动更多是被动这样去做，都表现出急躁和缺乏节奏的状态，既缺乏全程战略设计，也缺乏各个流程环节的战术与方法，往往在没有准备好的情况下便开始行动，没有做好前一个必经流程与步骤时，就急于启动下一个流程，甚至交易过程中省去了很多重要交易步骤，比如尽职调查，最终只能出现交易的结果与预期的目标相去甚远。

## 流程设计与严格执行是高尔夫与海外并购节奏把控的两个面

如上所述，打好高尔夫应做好两道流程，即整场球18洞的流程与每次挥杆的流程，过程中所有的行为与动



作都是为了做好这两道流程而服务，这两道流程就如同两张航海图，流程中每个目标与节点就是球员需要去攻克堡垒与障碍。第一张流程图包括了18个洞的具体目标，以及实现上述目标的具体战术与关键环节；第二张流程图由握杆、站位、上杆、下杆、送杆与收杆组成，并包括了各个动作的核心要领。当两张流程图设计好后，下一步就是按照要求，严格执行流程图中的各项要求，最终目的是划出完美弧线。高尔夫看似简单，因为其基本动作很简单，但高尔夫却被人们称为最难的运动，因为他不仅是一项运动，更是球员人性自我修炼与完善的过程。

海外并购交易的过程实际上也是设计与执行两张流程图和一张时间表的过程。第一张流程图由本文第一点所列14项或更多的关键流程环节组

成，每项流程前后衔接，相互依存又相互支持，从而形成海外并购风险控制的完整闭环，任何一个环节的缺失或存在瑕疵，就可能会对下一流程环节甚至整个交易埋下风险。例如，如境内企业未进行尽职调查便直接进入交易文件的草拟与谈判，则可能导致未对该项目存在的重大风险进行准确识别和在交易文件中设计相关条款有效防范风险。又比如，若没有通过多轮谈判，在准确理解交易文件的全部条款后，对相关条款进行修改与完善，并对买方的合法权益约定了充分的保护条款，则当后续发生争议时，则可能无法找到合同依据要求卖方承担违约或赔偿责任。第二张流程图由上述各个具体流程环节的核心内容组成，是对第一张流程图的细化。比如聘请中介机构这一流程环节，会涉及到中介机构的范围，是仅仅聘请境内或是境外律所与会所，还是境内外律

所与会所均聘请，以及中介机构的筛选标准，比如中介机构在行业中的排名、团队服务人员、报价等。流程时间表指根据上述两张流程图和预计的交割截止日期倒推时间制作出来的时间表，时间表是境内企业在遵守卖方交割时间节点安排的前提下，对流程图各事项完成时限的具体安排。两张流程图与一张时间表构成海外并购的空间与时间维度。对境内企业来说，海外并购最为重要的一步就是连同外聘中介机构制作出满足项目交割要求且合理、可行并具有一定灵活性的上述流程图与时间表，作为整个交易的总路线图与时间表；而具体交易操作过程，就是具体落实与执行上述流程图与时间表的过程，不致于出现急躁或遗漏重要交易环节的情况，从而为海外并购交易全面防范风险。





## 高尔夫

- 挥杆流程图
- 18洞战略图

VS

## 海外并购

- 并购流程图
- 并购时间表

就高尔夫而言，理想的节奏就是做好每次挥杆流程中的每个动作，并让每个动作相互协调，通过以脊柱为轴心的转运，在杆头击球的那一刹那，所有的力量汇聚为一点，正中甜蜜点，从而划出一道完美弧线，并在整场球18洞的所有击球中，能稳定地重复上述完美的弧线。对于海外并购而言，最好的节奏就是按照两张流程图中列出的各个交易环节与时间表载

明的时间节点，完整、有序地执行完各个交易环节，并在交易各环节始终掌握主动权，在达成境内企业收购目的的同时，能实现风险防范完整的闭环。

笔者承认，无论是高尔夫还是海外并购，划出完美弧线一直都是追求的目标，我们可以无限的

去接近完美，但可能永远无法真实实现完美。然而，追求完美弧线的过程和方法比实现完美弧线的结果更为重要，因为结果只是流程的附随产品。只要我们坚持用流程思维，并一以贯之地执行好流程中各个环节，那就等于做好了高尔夫与海外并购的应有节奏，从而能无限接近心中的完美弧线。





# 纷繁复杂的球队冠名权纠纷案(上)

## ——代理LX公司与HD公司 / SC俱乐部球队冠名权纠纷案

**编者按：**一起球队冠名权纠纷案，涉及三家国内知名企业，诉讼历时近四年，先后经两级法院（重庆市第一中级人民法院、重庆市高级人民法院）六次审理，案涉纠纷终得以妥善处理。LX公司合法权益也依法获得保护，其代理律师的工作也获得委托人高度认可。

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室



宋涛 | 合伙人  
专业领域：房地产、劳动争议、公司

### 问题提示：股东能否直接向合同相对方主张公司的合同权利？

#### 【要点提示】

依照《中华人民共和国公司法》第五条之规定，公司对其财产享有全部的法人财产权。股东虽然享有公司的股权，但对公司财产没有所有权；股东擅自处分公司财产的，与无权处分他人财产并无二致。

#### 【案例索引】

一审：重庆市第一中级人民法院（2001）渝一中民初字第624号（2002年5月20日）

二审：重庆市高级人民法院（2002）渝高法民终字第124号（2003年2月10日）

#### 【LX公司诉讼代理人】

一审诉讼委托代理人：宋涛，中豪律师事务所律师；陈静，女，该公司职员。

二审诉讼委托代理人：宋涛，中豪律师事务所律师。

#### 【裁判法律依据】

《中华人民共和国公司法》第三条有限责任公司和股份有限公司是企业法人。有限责任公司，股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任。股份有限公司，其全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任。

第五条公司以其全部法人财产，依法自主经营，自负盈亏。公司在国家宏观调控下，按照市场需求自主组织生产经营，以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值为目的。



《中华人民共和国合同法》第五十一条无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

第一百二十八条法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解；调解不成的，应当及时判决。

第一百五十三条第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：（三）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判。

### 基本事实

1. 2000年2月13日，HD俱乐部与被告LX公司签订了一份《前卫HD红岩足球队2000年度赛季冠名协议书》。约定：（1）LX公司付费取得HD俱乐部所属球队2000年度赛季的冠名权，冠名后球队名称为“重庆LX队”；（2）以联赛第四名为基准，冠名费用为1000万元，并约定了

其他名次时的冠名费用；（3）HD俱乐部保证在各宣传媒体和各类活动中使用“重庆LX队”的称谓；（4）冠名协议还对付款时间、方式、违约责任以及其他相关事项作了规定。协议签订后，LX公司支付了部分冠名费。重庆LX队获得了该赛季甲A联赛第四名。

2. 2000年8月19日，原告HD公司与LF公司签订了一份《关于HD俱乐部股权有偿转让协议书》。约定：（1）HD公司将HD俱乐部的全部股权转让给LF公司；（2）最后交接日为2000年10月2日；（3）HD俱乐部截至交接日的全部债权和对外投资归HD公司所有，全部负债和可能发生的经济纠纷由HD公司承担等。该合





同已经呈报工商行政管理部门。

3. 在HD公司转让HD俱乐部股权之前，HD俱乐部的股东为HD公司和QW体协，其各占80%和20%的股权。在2000年8月10日的股东会上，QW体协同意将HD俱乐部的股权转让给LF公司。QW体协还授权HD公司代表其与LF公司签订转让合同。QW体协未对股权转让协议提出异议。现HD俱乐部已经更名为LF俱乐部，其登记的股东为LF公司和JYJ公司。

4. 因场地广告合同纠纷一案（另一案），HD公司（该案原告）与LX公司（该案被告）曾于2001年10月29日签订了一份《和解协议书》，达

成庭外和解。该场地广告合同系HD俱乐部与LX公司签订，约定LX公司付费给HD俱乐部以换取在大田湾体育场的场地广告。HD公司认为LX公司应向其付清该合同项下的广告款，向重庆市九龙坡区人民法院起诉。诉讼中，双方达成庭外和解。LX公司同意向HD公司支付余下的广告（场地广告）款，并已经实际履行。

5. 2001年11月18日，原告HD公司向重庆市第一中级人民法院提起诉讼，要求被告LX公司支付217万元冠名权欠款及利息。

## 争议焦点

HD公司是否享有该笔冠名费债权？此外，当事人双方还对HD俱乐部和LX公司在履行冠名协议中谁存在违约行为有争议。

1. HD公司认为：（1）HD公司是HD俱乐部的控股公司，且股份转让协议中约定，HD俱乐部截至交接日前的全部债权归HD公司所有，而本案所涉及的冠名费产生于交接日之前，按约定应由HD公司享有。（2）在场地广告合同纠纷一案中，LX公司就同意并已经向HD公司支付余下的广告费，说明LX公司明知债权的转让。（3）股东会是公司的权力机关，有广泛的职权。HD俱乐部的转让是整体转让，当然要清产核资并涉及债权债务的分担。对债权债务分担的问题，由股东会行使决定权是合理的。而且HD俱乐部没有对股东

会就债权债务的处分提出异议，并将股权转让协议报送工商行政管理部门登记公示，实际上是认可了此种处分。故该债权转移是有效的。HD公司是债权人，是适格的原告。

2. LX公司则认为：（1）冠名协议的履约双方是HD俱乐部和LX公司，HD公司不是该合同的当事人。

（2）本案中，也不存在HD俱乐部转移债权、债务的行为。（3）HD俱乐部更名前后均是独立的法人实体，HD公司和LF公司无权擅自处分HD俱乐部的债权债务，股权转让协议中的关于HD俱乐部债权债务的享有和承担的约定对第三人没有约束力。故HD公司不是本案适格的原告。

## 一审判决认定

1. 依照《中华人民共和国公司法》第五条之规定，公司对其财产享有全部的法人财产权。股东虽然享有公司的股权，但对公司财产没有所有权；股东擅自处分公司财产的，与无权处分他人财产并无二致。本案中，HD俱乐部虽然已经更名，但其法人实体一直存续；HD俱乐部自己才有权处分其债权。

2. 股权转让协议系HD公司与LF公司签订，其中虽有交接日前HD俱乐部的债权债务均归属于HD公司的约定，但HD公司和LF公司均无权对HD俱乐部所享有的债权进行处分。故该股权转让协议的约定不能成为HD公司取得债权的依据。





3. HD公司称系HD俱乐部的股东会决定由HD公司承担交接日前债权债务，但并没有提交相应的股东会决议。即使股东会就此做出了决议，因股东会决议属公司内部文件，只代表公司的内部决策，不同于公司对外所做出的意思表示，其对公司之外的第三人也没有约束力。且即使原HD俱乐部的两股东即HD公司和QW体协一致同意此债权债务的安排，也不能成为HD公司取得债权的依据，因为股东无权直接处分公司财产。

4. 股份转让协议已经呈报工商行政管理部门，并不能表明HD俱乐部同意该协议中对HD俱乐部债权债务的安排。报送该协议的主要目的是办理股权变更登记。且若无法律明确规定，则处分自己的权利必须以明示的方式做出，不能推定HD俱乐部同意其股东HD公司对其享有的债权的处置。

5. 场地广告合同纠纷一案与本案无关。该案系当事人庭外和解，而当事人自行和解的理由多种多样，和解协议是当事人行使处分权的结果，并非总与依法裁判的结果一致。原告援引该案的结果并不说明问题。

6. 依照冠名协议的约定，冠名费应当由HD俱乐部收取，并非由HD公司收取。现HD公司称该笔债权已转移归其享有，但没有提供充分的证据支持其主张，HD公司并不能证明其享有该笔债权，其请求应予驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百二十八条之

规定，判决驳回原告HD公司的诉讼请求。

## 上诉及答辩

1. HD公司不服一审判决，向重庆市高级人民法院提起上诉，请求该院支持其一审请求。其上诉理由为：

(1) HD公司与LF公司达成的股权转让协议中，约定HD俱乐部在2000年10月2日前的债权债务由HD公司承担，这一约定符合股权转让的法律规定及俱乐部转让中清理债权、债务的行为特点。(2) 工商登记对登记者本身有约束力，亦有公示效力，同时说明了债权人HD俱乐部同意。

(3) 另一纠纷的和解说明HD公司受让HD俱乐部债权后通知了LX公司，LX公司也予以认可。

2. LX公司认为一审判决认定事实及适用法律正确，该判决依法应当予以维持。

## 二审判决认定

1. 根据《中华人民共和国公司法》第三条、第五条的规定，公司的财产所有权归公司享有，股东对公司享有股权，但不能直接处分公司的财产。HD公司与LF公司在股权转让协议中约定，交接日前HD俱乐部的债权债务归HD公司享有，系股东直接处分公司财产的行为，在性质上属无权处分。

2. 在本院审理过程中，HD公司的处分行为得到了LF俱乐部的认可，

根据《中华人民共和国合同法》第五十一条的规定，无权处分行为经权利人追认后应为有效。因此，HD公司已依法取得了该笔债权。由于一审法院并未对债权是否成立进行审理，本院经调解未果，故本案应发回重审。



随着智能手机的发展，互联网正逐渐从电脑网络过渡到手机为代表的移动网络。无论是社交、购物、游戏，还是视频、娱乐等，移动网络用户量和使用时间正在或者已经取代电脑客户端地位，2016年淘宝“双十一”的千亿销售额中移动端就占据82.42%的绝对比例。手机APP逐渐成为众多企业的主要经营平台，甚至是许多互联网创业企业的企业价值和形象。但是，在这狂热的潮流当中，手机APP知识产权侵权的浪花也时常翻起，影响企业的经营，甚至改变企业的发展轨迹。可喜的是，许多企业都已经认识到手机APP知识产权保护和侵权风险规避的重要性，但对于如何保护和规避，笔者在服务众多互联网创业企业的时候，却极少发现哪家企业有较为清晰和准确的认识的。本文中，笔者将根据服务经验和相关法律规定，简要分析手机APP的知识产权保护和侵权风险规避并提出建议。



冯建坤 | 律师

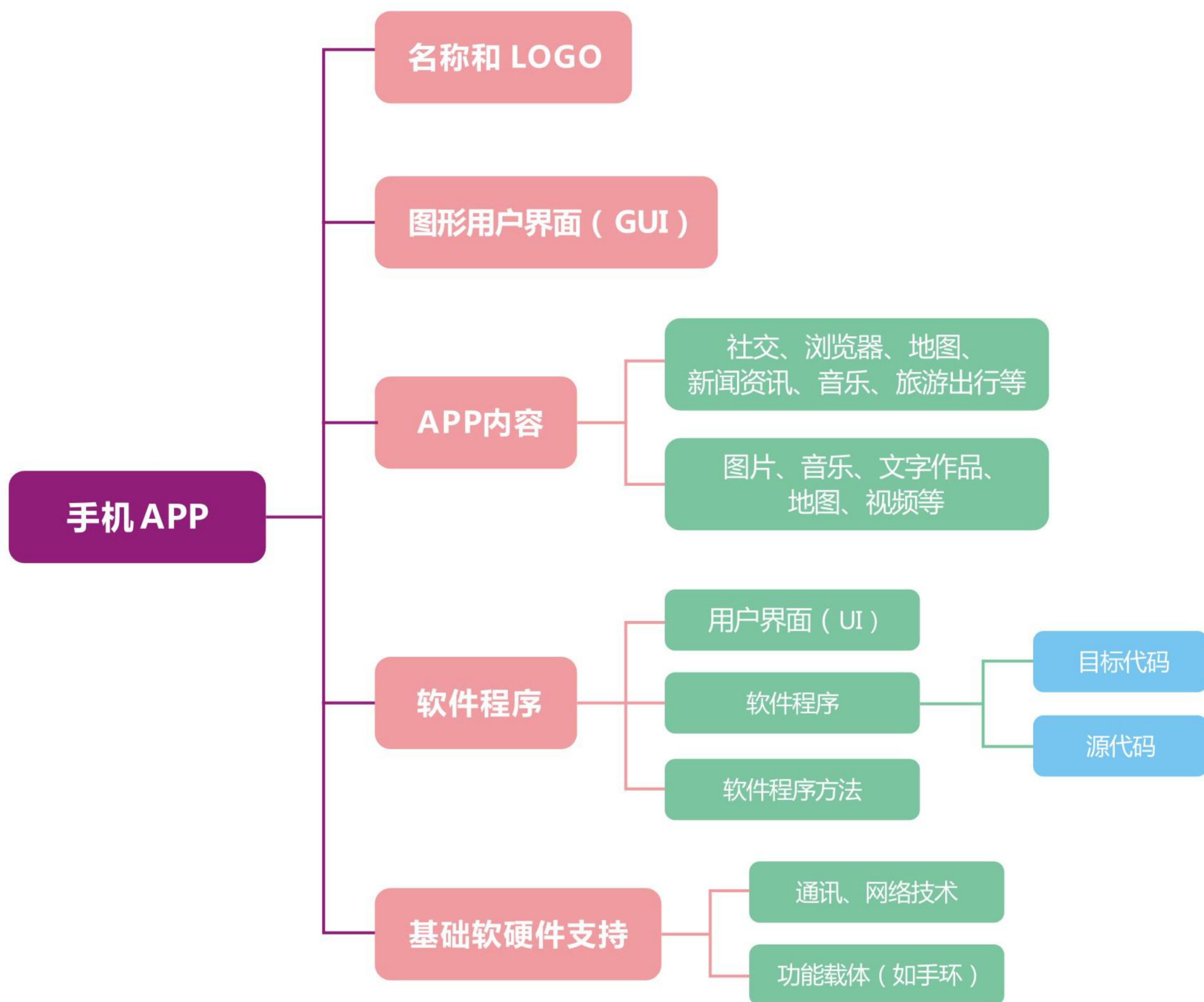
专业领域：知识产权、公司

# 简析手机 APP 的 知识产权保护和侵权风险规避

◎ 文 / 冯建坤 / 成都办公室







(图一) 手机APP的内容

## 手机APP的内容

要知道如何保护手机APP的知识产权和规避侵权风险，首先需要了解手机APP都包含了哪些知识产权类别，而确定知识产权的类别又必须对于手机APP各个层级的内容有全面的了解。从我们对手机APP的使用步骤看，我们首先看到的是APP的名称以及它的图形（该图形很多时候也是这个APP的LOGO）。在点击进入之后，我们就进入了APP的使用界面，这个界面在专业术语上称之为用户界面（UI），我们可以通过点击该界面

的不同板块或条目进入下一步操作，获取信息。考虑到美观和操作简便性等因素，现在很多用户界面都是通过图形或色彩的方式进行编排，这种用户界面种类又可称之为图形用户界面（GUI）。通过点击图形用户界面的各个板块或条目，我们就可以获取最终想要获取的信息，这个信息从内容上可以分为社交信息、新闻资讯、生活服务等，从表现形式上又可以分为图片、视频、音乐、文字、地图等。而这些信息和操作反馈的背后，就是APP的软件程序，软件程序从具体到抽象又可以分为三个层级，分别是普

通人员可以直接读取的用户界面（UI）（严格意义上，这还不属于软件程序）、构建用户界面的软件程序以及决定软件程序架构的软件程序方法。其中，软件程序又分为可以被专业人士直接读取的源代码以及能被机器直接读取的机器代码。当然，一个手机APP要实现其功能还需要相关的硬件（如手机、平板电脑、手环等）和通讯技术作为支撑，但鉴于其为移动互联网通用设备和技术，本文在此暂不进行讨论。







构成侵权，但事实显然并非如此。在北京康智乐思网络科技有限公司（原告，大姨妈APP运营商）与厦门灵感方舟信息科技有限公司（被告，美柚女生助手运营商）的案件中，因被告未经著作权人许可，在其APP中擅自使用原告一张图片，法院最终判决被告赔偿损失及合理费用1万元。而华盖创意（北京）图像技术有限企业的系列维权案件中，对于被告在微信公众号、微博等未经许可擅自使用图片的行为，北京及广东地区法院判决的赔偿金额亦同样高达每张一千元以上。根据司法实践，在确定赔偿金额时，一般是考虑侵权的数量、侵权的时间、影响范围以及被侵权图片的知名度等。

2.音乐侵权：音乐侵权与图片侵权一样，同样属于常见的互联网侵权类别。网易云音乐就曾被认定侵权1542首作品，判决赔偿25万，平均163元/首。对于网络的音乐作品侵权，不同于线下音乐作品侵权，其没有地域的区别，主要是考虑歌曲的知名度、侵权的情节（侵权持续时间、受众范围、是否及时删除、歌曲的知名度等）。从目前的案例看，批量侵权的情况下，赔偿金额一般是一两百元一首的标准。

3.字体侵权：鉴于目前国内盗版字体泛滥及字体库企业生存艰难，很多字体库企业都在积极进行维权。因此，字体侵权和被控侵权的现象非常普遍。字体侵权方面，对于何种行为构成侵权，目前司法实践还存在一定争议，但如果擅自使用他人字体库字

体作为商标、企业字号或页面标题突出使用，是确定构成侵权的。至于使用盗版字体在普通内容上使用是否构成侵权虽然存在一定的争议，但同样存在风险，在字体权利人主张权利时，可能导致APP在苹果App Store、应用宝等应用市场中被迫下线。

#### （四）软件程序

软件程序的保护可以分为软件程序本身和软件程序方法两个方面。首先，对于软件程序和软件方法都应该把它视为企业的商业秘密，通过制定保密措施、签订竞业限制协议等方式进行妥善保护。其次，软件程序本身可以进行软件著作权登记的方式，这



一方面可以明确权利的归属，另一方面也可以在一定程度上提升企业的形象和估值。最后，对于软件程序的方法，根据专利法的规定，还可以申请发明专利。我们所熟知的苹果滑动解锁技术就在美国和中国都申请了专利，从而获得了完善和有力的保护。

## 手机APP的知识产权保护 和侵权风险规避建议

### （一）手机APP的知识产权保护建议

通过以上分析，手机APP的知识产权保护方式实际已经非常清晰。首先，对于APP中文名称可以申请注册商标，并尽可能与企业字号保持一致，APP的LOGO图形可以通过商标和著作权渠道进行保护；其次，对于手机APP的图形用户界面，在满足相应条件下，可以寻求著作权、商标和外观专利设计的保护；再次，手机APP的内容方面，因法律属性与传统渠道一致，保护方式没有太多差异，但互联网的传播范围广、影响大，需要着重规避侵权风险；最后，在手机APP的软件程序保护上，一方面要作为企业的商业秘密采取合理的措施进行保护，另一方面软件程序本身可以进行软件著作权登记，软件方法可以申请发明专利。

### （二）手机APP的侵权风险规避建议

针对上文提到的几种常见的手机侵权现象，在图片和音乐作品侵权方面，建议企业购买正版作品，若难以查找到著作权人又必须使用等情







# 融资性担保公司管理规范浅析

近年来，融资性担保公司迎来了倒闭潮，破产阴霾不断，从起初的个别城市到全国范围的蔓延。据报道，温州、四川、新疆、河南等多地近半担保公司已处于歇业或倒闭状态，破产案例也是不胜枚举。融资性担保公司出现大规模倒闭现象主要有三方面原因：一是前几年行业超常规发展后的自然淘汰；二是经济下行的前提下，小微企业贷款意愿大幅下降，银行也变相提高了担保门槛；三是多数融资性担保机构自身缺乏风险管理能力，行业监管也不够完善，导致融资性担保机构抗风险能力差。

◎ 文 / 梁勇 叶琴 / 重庆办公室





早在2010年，银监会等七部委就联合出台了《融资性担保公司管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》），对担保行业进行整顿，各地也出台了相应的实施细则，以重庆为例，陆续出台了《重庆市融资性担保公司管理实施细则（试行）》（以下简称《实施细则》）、《重庆市金融工作办公室关于调整融资担保公司委托贷款指标的通知》。2012年，融资性担保业务监管部际联席会议出台了《关于规范融资性担保机构客户担保保证金管理的通知》。本文将主要结合上述规定对融资性担保公司的管理规范及违法违规可能承担的法律責任进行简要分析。

## 公司如存在虚报注册资本、虚假出资、抽逃出资的情形，将被工商部门处罚，并有可能承担刑事责任

根据《实施细则》第二十条“融资性担保公司虚报注册资本，融资性担保公司的股东虚假出资、抽逃出资的，由工商行政管理部门根据《中华人民共和国公司法》的规定进行处罚；构成犯罪的，依法追究其刑事责任”之规定，融资性担保公司虚报注册资本，股东虚假出资、抽逃出资的，由工商行政管理部门进行处罚，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

根据《公司法》第一百九十八条“违反本法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以五万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。”以及

《刑法》第一百五十八条“【虚报注册资本罪】申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金。”之规定，虚报注册资本的，对公司处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；提交虚假材料或采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的，对公司处以五万元以上五十万元以下的罚款。如虚报注册资本达到《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称《立案追诉标准（二）》）第三条规定的虚报注册资本案立案追诉标准，构成虚报注册资本罪，依法追究刑事责任。

根据《公司法》第二百条“公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。”以及《刑法》第一百五十九条“【虚假出资、抽逃出资罪】公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。”之规定，融资性担保公司的发起人、股东抽逃出资的，由登记机构处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。如虚假出资、抽逃出资达到《立案追诉标准（二）》第四条规定的虚假出资、抽逃出资罪立案追诉标



梁勇 | 合伙人  
专业领域：金融、公司



叶琴 | 律师  
专业领域：金融、公司



准，构成虚假出资、抽逃出资罪，依法追究刑事责任。

## 融资性担保公司不得向股东提供借款，提供借款的行为可能被认定为股东抽逃出资

根据《实施细则》第二十一条“融资性担保公司的资本金必须按规定用途使用，不得向股东及其利害关系人、关联企业提供借款。”之规定，融资性担保公司不得向股东提供借款。因此，融资性担保公司向公司股东提供借款的行为可能被认定为股东抽逃出资。

## 融资性担保公司应在监管框架内开展相应的担保业务

### （一）融资性担保公司的担保余额不得超过一定的比例

《暂行办法》第二十七条、第二十八条规定：（1）融资性担保公司对单个被担保人提供的融资性担保责任余额不得超过净资产的10%；（2）对单个被担保人及其关联方提供的融资性担保责任余额不得超过净资产的15%；（3）对单个被担保人债券发行提供的担保责任余额不得超过净资产的30%”；（4）融资性担保公司的融资性担保责任余额不得超过其净资产的10倍。

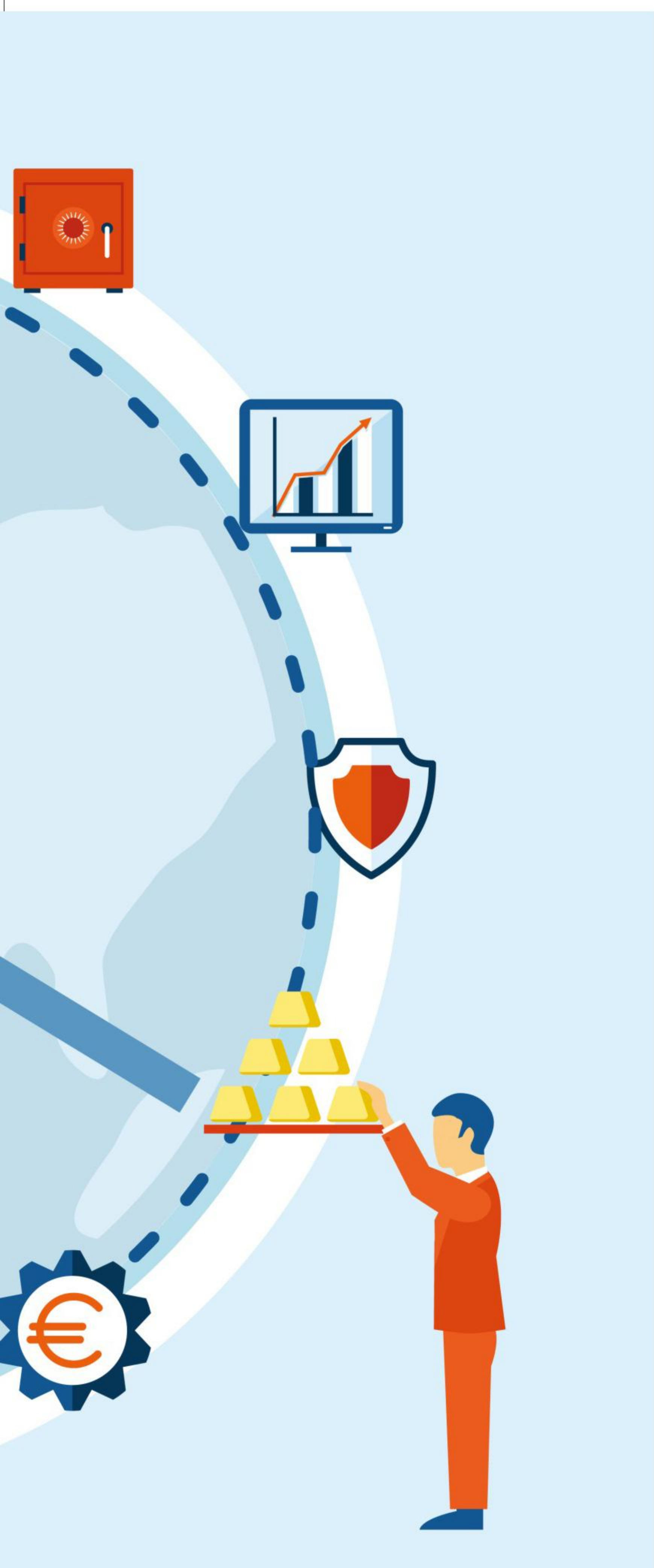


### （二）融资性担保公司以自有资金对外投资受限，委贷余额最高不超过其净资产的35%

《暂行办法》第二十九条规定，融资性担保公司以自有资金进行投资，限于国债、金融债券及大型企业

债务融资工具等信用等级较高的固定收益类金融产品，以及不存在利益冲突且总额不高于净资产20%的其他投资。





根据《重庆市金融工作办公室关于调整融资担保公司委托贷款指标的通知》第二条“允许我市融资担保公司以自有资金开展委托贷款，委贷余额最高不超过其净资产的35%（单笔不超过净资产的5%），对外投资总额

（含委托贷款）占净资产的比重也不得超过净资产的35%”以及第三条“委贷资金来源仅限于融资担保公司自有资金，严禁融资担保公司进行资金拆借、抽逃资本金、非法集资等违法违规操作。”之规定，融资性担保公司可以以自有资金发放委托贷款，但委托贷款余额单笔不超过其净资产的5%，合计最高不超过其净资产的35%，包括委托贷款在内的对外投资总额也不得超过其净资产的35%。

### （三）融资性担保公司不得为关联方提供融资性担保

《暂行办法》第三十条规定“融资性担保公司不得为其母公司或子公司提供融资性担保”。因此，如果融资性担保公司为母公司或子公司等关联方提供融资性担保就属于违规，有可能遭到监管部门的处罚。

### （四）融资性担保公司应按规定提取责任准备金和赔偿准备金

根据《暂行办法》第三十一条“融资性担保公司应当按照当年担保费收入的50%提取未到期责任准备金，并按不低于当年年末担保责任余额1%的比例提取担保赔偿准备金。担保赔偿准备金累计达到当年担保责任余额10%的，实行差额提取。差额提取办法和担保赔偿准备金的使用管理办法由监管部门另行制定。监管部门可以根据融资性担保公司责任风险状况和审慎监管的需要，提出调高担保赔偿准备金比例的要求。融资性担保公司应当对担保责任实行风险分类管理，准确计量担保责任风险。”之规定，融资性担保公司应按当年担保

费收入一定的比例提取责任准备金，并按当年担保责任余额一定的比例提取赔偿准备金。

### （五）违反监管规定应当承担的责任

根据《暂行办法》第四十九条规定，融资性担保公司违反法律、法规及本办法规定，有关法律、法规有处罚规定的，依照其规定给予处罚；有关法律、法规未作处罚规定的，由监管部门责令改正，可以给予警告、罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

重庆市政府办公厅发布的《实施细则》第二十七条规定，融资性担保公司未达到监管要求的，监管部门责令其整改；到期未达到整改要求的，由市融资性担保监管部门取消其融资性担保业务经营资格。

**融资性担保公司的财务报告应真实，如存在造假的情形，公司面临被处罚的风险，相关责任人员亦可能构成刑事犯罪**

《暂行办法》第二十五条规定“融资性担保公司应当按照金融企业财务规则和企业会计准则等要求，建立健全财务会计制度，真实地记录和反映企业的财务状况、经营成果和现金流量”，第三十七条规定“融资性担保公司应当按照规定及时向监管部门报送经营报告、财务会计报告、合法合规报告等文件和资料。融资性担



保公司向监管机构提交的各类文件和资料，应当真实、准确、完整”。因此，融资性担保公司应按规定及时向监管机构报送财务会计报告，且财务会计报告应真实反映公司财务状况。

如融资性担保公司未如实提供财务报告，则根据《暂行办法》第四十九条“融资性担保公司违反法律、法规及本办法规定，有关法律、法规有处罚规定的，依照其规定给予处罚；有关法律、法规未作处罚规定的，由监管部门责令改正，可以给予警告、罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”之规定，监管部门将按照相关法律、法规之规定对公司进行处罚，如相关法律、法规未作处罚规定的，由监管部门责令改正，警告、处罚，构成犯罪的，追究刑事责任。

根据《刑法》第一百六十一条“【违规披露、不披露重要信息罪】依法负有信息披露义务的公司、企业向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露，严重损害股东或者其他入利益，或者有其他严重情节的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”之规定，如公司提供虚假的财务会计报告严重损害债权人或其他人利益的，公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员可能涉嫌构成违规披露、不披露重要信息罪。

《刑法》第一百六十二条“【隐

匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪】隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

### 如融资性担保公司协助担保申请人伪造资料骗取贷款并将部分贷款用作己用，可能构成骗取贷款罪

如融资性担保公司在经营过程中存在协助担保申请人伪造资料骗取贷款的情形，则涉嫌构成骗取贷款罪。

《刑法》第一百七十五条规定，“以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚”。如融资性担保公司或其工作人员存在协助担保申请人骗取银行或其他金融机构贷款的情形，造成重大或特别重大损失的，该融资性担保公司将可能被处罚金，该公司直接负责的主管人员或其他直接责任人员，将面临有期徒刑或拘役的刑事处罚。







## 如融资性担保公司工作人员在经营过程中存在收取回扣的情形，可能构成非国家工作人员受贿罪

如融资性担保公司经营团队工作人员在开展业务过程中存在收取对方回扣的情形，则涉嫌构成非国家工作人员受贿罪。根据《刑法》第一百六十三条第一款、第二款“【非国家工作人员受贿罪】公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。”之规定，如融资性担保公司工作人员利用职务上的便利收受回扣归个人所有的，可能涉嫌构成非国家工作人员受贿罪，将面临有期徒刑或拘役的刑事处罚。

## 融资担保机构违规收取担保保证金的，由监管部门进行查处

根据《关于规范融资性担保机构客户担保保证金管理的通知》规定：一、鼓励融资性担保机构不收取客户保证金，对收取客户保证金的融资性担保机构应当实施重点监管，客户保



证金管理违规的融资性担保机构不得享受相关扶持政策和资金。二、对于确需收取保证金作为反担保措施的融资性担保机构，应当按要求对保证金进行管理：1.保证金的用途仅限于违约代偿，不得用于委托贷款、投资等其他用途，也不得用于向银行业金融机构缴纳保证金，不得以管理费、咨询费等形式收取客户保证金，不得通过代担保客户理财、截留客户贷款等形式在账外变相收取客户保证金；2.收取的客户保证金全额存放于在银行业金融机构开立的“客户担保保证金”账户，实行专户管理；3.融资性担保机构应当制定和完善客户保证金管理的有关制度，明确客户保证金收取、退还及代偿的标准、条件和程序以及专户管理等要求，报送融资性担保机构监管部门备案；4.担保机构的监管部门应切实履行监管职责，制定具体措施，加大对客户保证金监管力度，及时通过非现场监管、现场检查等手段，查处融资性担保机构高额收取、变相收取、挪用或占用客户保证金等违规行为。

综上所述，如融资性担保公司收取客户担保保证金过程中存在未入专款账户、挪用等情形，或者为逃避监管通过关联公司变相收取客户保证金，则会被监管部门查处，并被通报辖内银行业金融机构，将严重影响其业务开展。





## 公司高管人员超越审批权限审批公司的担保业务及投资业务给公司造成损失的，需承担相应的赔偿责任

融资性担保公司通常会根据担保业务的金额以及风险程度等确定不同的审批权限，分别由不同层级的高管人员根据各自授权进行审批。如部分高管人员越权审批，该人员的越权审批已违反了公司的内部管理规定。如该公司内部管理规定对此有相应的惩罚措施，则适用公司内部管理规定对该部分高管进行处罚。另外，根据《公司法》第一百四十九条“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”之规定，高管人员违反内部管理规定越权审批给公司造成损失的，应承担相应的赔偿责任。

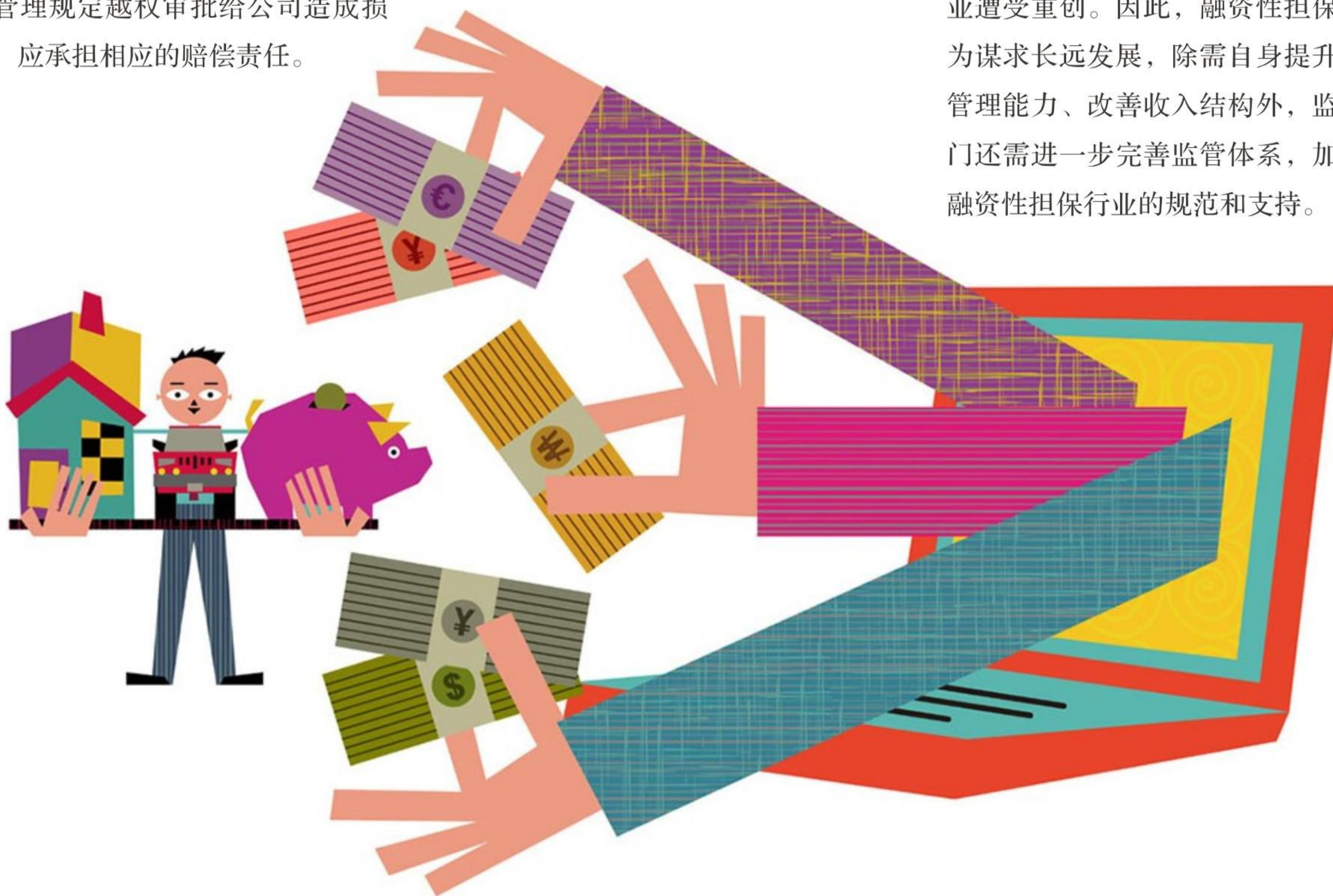
## 公司将资金通过工作人员对外发放贷款，工作人员可能构成挪用资金罪

根据《刑法》第二百七十二第一款“【挪用资金罪】公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

由此可知，如未经董事会或股东会决议，公司部分高管私自将公司资金通过某个工作人员对外发放贷款，

数额较大且超过三个月未归还的或者虽然未超过三个月，但数额较大、收取的贷款利息据为己有的，该部分高管可能构成挪用资金罪。根据《立案追诉标准（二）》第八十五条规定，挪用资金数额在一万元至三万元以上，超过三个月未还的，或者挪用资金数额在一万元至三万元以上，进行营利活动的，应当予以立案追诉。

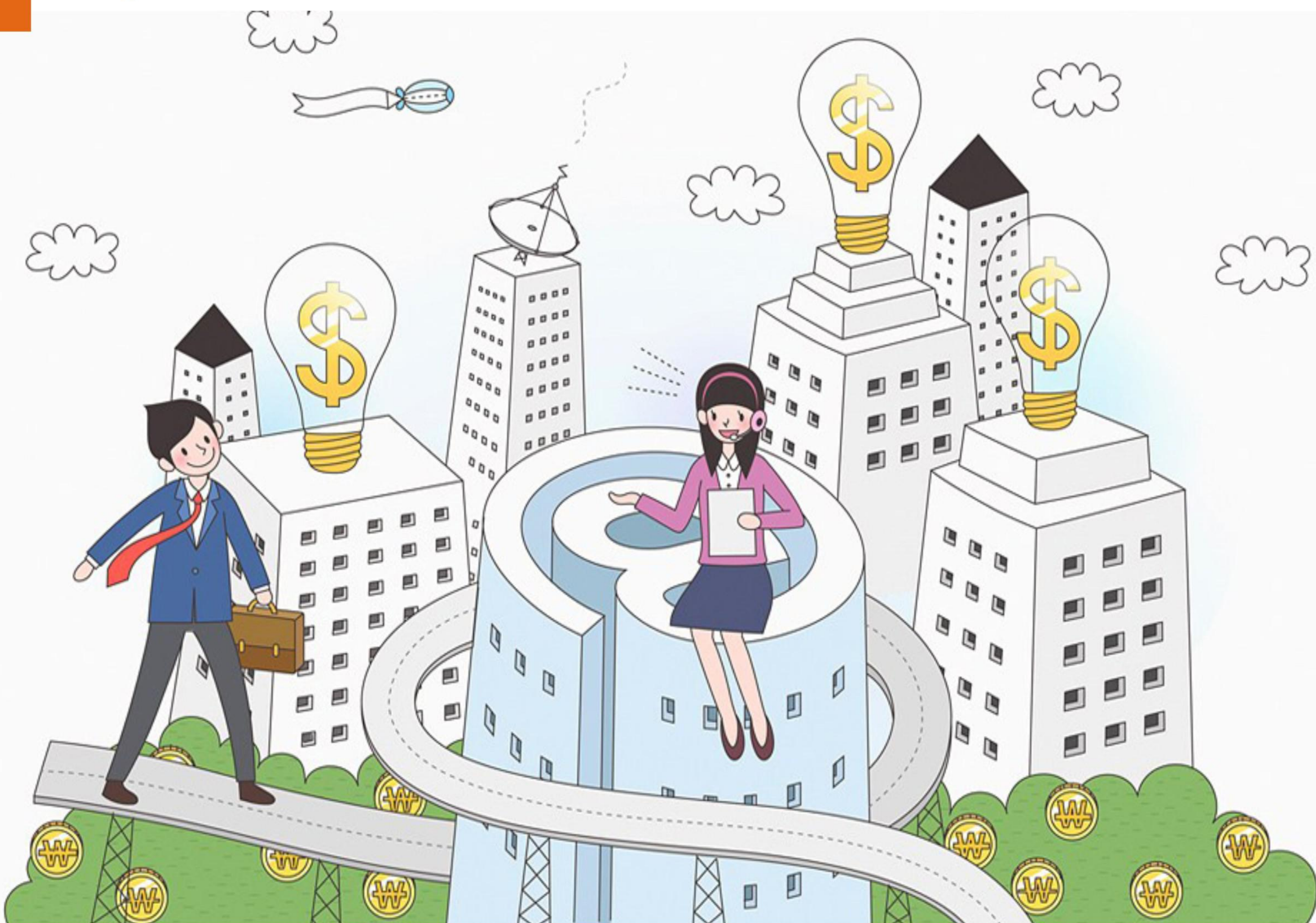
随着国家及地方相关规定的出台，对融资性担保机构的监管也日渐趋严。事实上，我国担保行业的发展一直处于边发展边整顿的过程中。前几年，融资性担保机构的蓬勃发展一定程度上缓解了中小企业融资难的困境，但由于行业制度不完善、监管不到位，导致担保公司变相骗贷、资金链断裂的事件频出，这些事件不仅使担保公司的形象受损，也使得担保行业遭受重创。因此，融资性担保公司为谋求长远发展，除需自身提升风险管理能力、改善收入结构外，监管部门还需进一步完善监管体系，加强对融资性担保行业的规范和支持。





# 律师参与房地产项目 预售监管的实践经验

◎ 文 / 张涌 宋琴 / 重庆办公室





我国《城市房地产管理法》以及《重庆市城镇房地产交易管理条例》对房地产项目办理预售许可证的条件进行了明确规定。一般情况下，房地产项目只要符合了预售条件，向县级以上人民政府房产管理部门递交申请材料后，即可取得预售许可证。此时的预售行为有政府房产管理部门、城乡建设委员会、预售资金监管银行、监理单位的监管，无需律师参与预售监管。我所律师参与监管的房地产项目，在满足法定预售条件的情况下，还存在特殊情况，需要加强监管。

## 房地产项目需要律师参与预售监管的情形

我所律师参与预售监管的房地产项目，系“四久工程”或者过去系“四久工程”。“四久工程”指久划不拆、久拆不建、久拆不完、久建不完的工程。上述工程曾经在满足预售条件时办理了预售许可证，但因开发商违反预售监管相关规定，挪用预售资金或者存在其他问题，导致工程项目停工，未能竣工验收，施工单位维权讨薪，已售房屋不能按期交房，也不能按约退还购房款或者支付逾期交房违约金，引发社会稳定问题，开发商无法解决。

存在上述问题的房地产项目，再次申请办理预售许可证时，政府担心开发商不能自律，不能保障预售资金用于工程项目的建设，再次引发社会稳定问题。开发商又提出，项目不进行预售，无资金保障工程的后续建设，项目无法尽快竣工验收。在此情形下，我所律师创新地提出，由律师参与项目的预售监管，保障项目预售资金的收取及用于项目的建设，为政府与房地产开发企业排忧解难。

## 律师参与房地产项目预售监管的目的

律师参与房地产项目的预售监管，系为了保障项目预售的房款能够全部进入监管账户，收取的资金用于项目的建设而不被开发商挪做其他用途，保障工程能够竣工验收并为购房户办理产权证，同时也监督开发商依法经营，以防损害其他人的合法权益。

## 房地产项目需要律师参与预售监管的情形

### （一）开发商直接委托监管

由开发商直接委托律师对项目预售进行监管，由开发商与律师事务所直接签订委托监管协议，监管法律服务费用由开发商支付。此种监管模式，虽然律师承诺会根据职业操守及监管协议进行监管，政府监管部门仍然可能对律师在监管过程中的立场产生怀疑。因此，在实际监管过程中，此种监管方式政府一般不会同意。

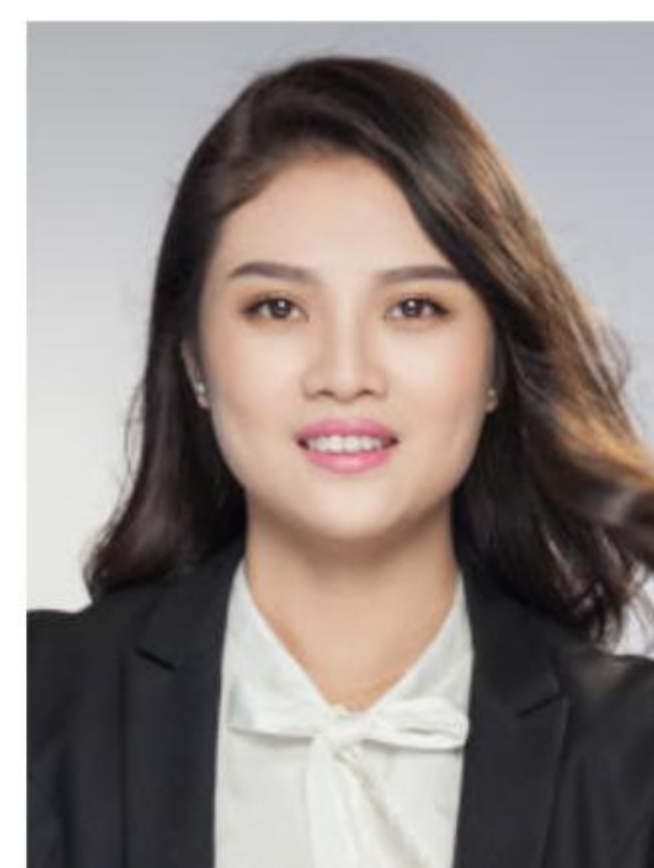
### （二）政府监管部门直接委托监管

律师参与房地产项目预售监管，一般情况下系站在政府的立场，履行监管义务。因此，政府监管部门委托监管或者开发商与政府监管部门共同委托监管系常见的监管模式。在政府监管部门委托监管的情况下，政府监管部门需要与开发商签订



张涌 | 合伙人

专业领域：公司并购、企业改制、建筑及房地产、金融等法律服务



宋琴 | 律师

专业领域：公司法、建筑及房地产、企业破产与重整等民商事法律服务



委托监管协议，政府监管部门再与律师事务所签订委托监管协议，由律师代表政府监管部门享有监管权利，履行监管义务，相关监管法律服务费用由政府监管部门支付。

### （三）开发商与政府共同委托监管

由开发商与政府监管部门共同委托监管的情形下，三方签订一份监管协议，将三方各自的权利义务进行明确，律师根据监管协议享有监管权利，履行监管义务，相关监管费用一般由开发商从预售资金中支付。

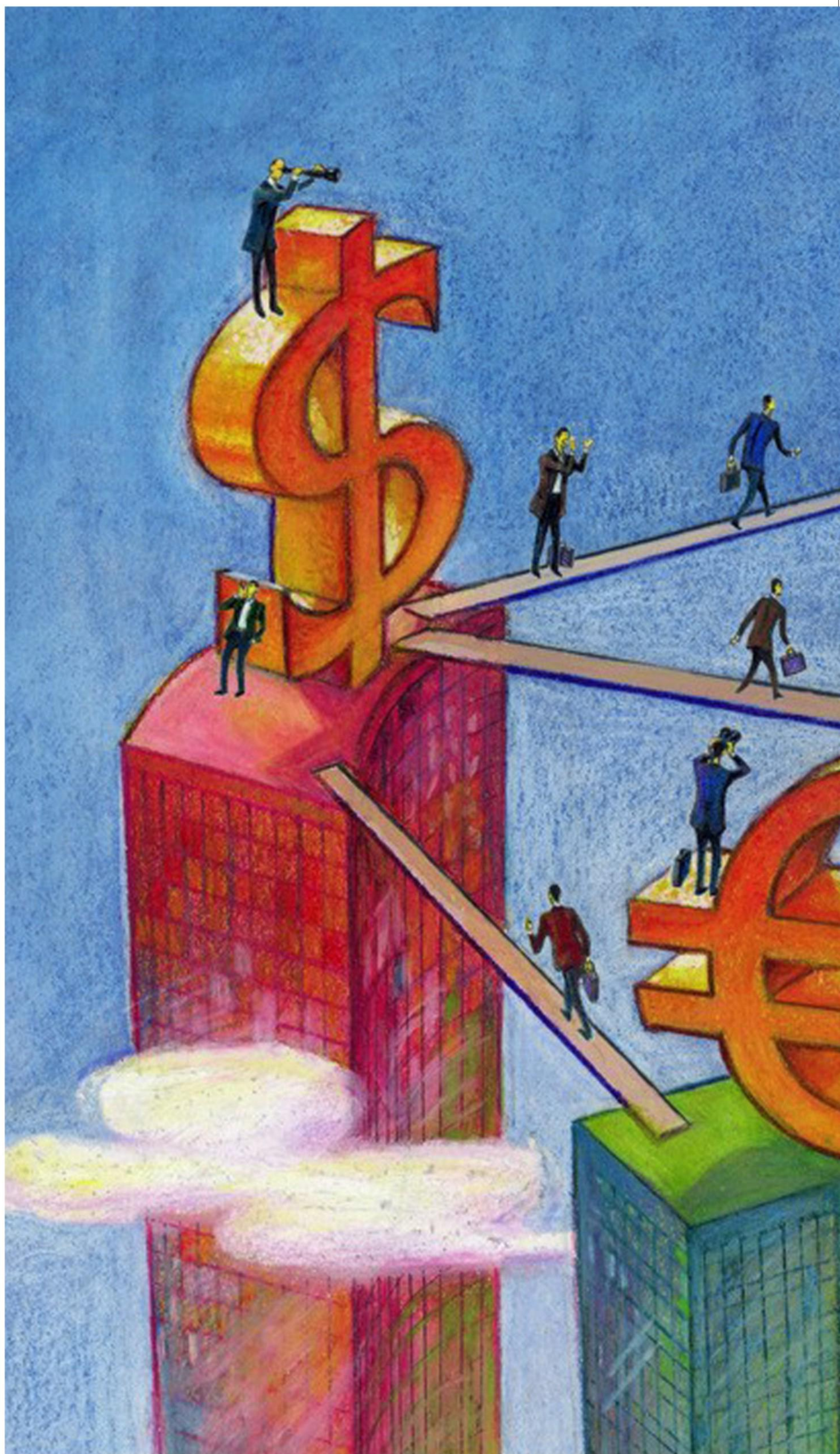
## 律师参与项目预售监管的作用

### （一）制作监管方案，草拟监管相关协议

在监管开始前，律师需要根据项目的具体情况及监管的目的，提出供政府监管部门及开发商参考的监管方案。再根据开发商与政府相关部门共同认可的监管方案草拟监管相关协议，一般包括开发商与政府相关部门的相关协议，开发商、政府相关部门与预售资金监管银行签订的监管协议，以及政府监管部门与律师事务所签订的监管协议。

### （二）履行具体的监管职责

政府相关职能部门一般无专门的工作人员能够对项目进行全面的监管，并且从依法行政、防范法律风险角度，政府监管职能部门会将监管的具体事务委托律师全面负责。律师根据相关的执业经验、敏锐的思维及洞察力，能够更好地履行监管的职责。









### （三）及时发现监管中的问题并查明事实，提出分析意见及解决方案

开发商与政府监管部门签订监管协议后，可能会通过各种手段转移项目预售房款，逃避监管。在项目取得预售许可证前，开发商可能会隐瞒负债，在项目取得预售许可证后项目房屋被债权人查封，监管账户被债权人冻结。开发商可能会与购房户签订返租协议，进行违规销售。开发商甚至会预留盖有监管前印章的白纸，根据其需要添加内容。这些系监管期间的常见问题，监管律师除了要审核开发商日常的用章文件，还需要对开发商进行暗访，核实其是否存在违法经营行为。

若发现开发商存在违反监管协议的相关问题，应立即要求开发商提供相关的材料，及时向政府监管部门报告，并就发现的问题提出分析及解决方案，防止相关问题造成重大的影响或者扩大影响。

## 律师参与房地产项目预售监管的主要内容

### （一）监管的期限

律师参与房地产项目预售监管的目的系保障预售资金用于项目建设，保证项目能够竣工验收，因此监管的期限一般至项目取得竣工验收备案登记之日终止。

### （二）监管的范围

#### 1. 公章的监管

（1）重新刻制开发商的公章，原来的公章依法销毁。在监管期限内，

未经政府监管部门同意，开发商不得再刻制新的公章。更换公章系将监管期间的用章与监管前、监管后的用章进行区分，区分监管单位的责任。

#### （2）公章的保管

新刻制的公章由开发商与律师事务所共同管理，由律师事务所领取和保存。

#### （3）公章的使用

涉及到所有房屋销售、对外融资的事项需要使用公章时，由开发商相关负责人签字后报律师事务所审核同意，再加盖公章。律师事务所审核的原则是相关合同不明显违背房地产行业的市场价值及行业惯例。

涉及项目建设事项签订合同需要加盖公章时，经律师事务所审核同意后加盖公章。律师事务所审核的原则是相关事项不明显违背房地产建筑行业的市场价值及行业惯例。

开发商的日常管理事项需要加盖公章时，由开发商的法定代表人或其委托人在相关文件上批示后可加盖公章，无需律师事务所审核。

律师事务所对开发商的公章使用情况逐一进行登记，需要律师事务所审核的事项加盖公章时需留存用章文件复印件。

#### （4）公章的归还







监管期限届满后，律师事务所与开发商共同销毁共管的公章，重新刻制新公章后由开发商直接领取，政府监管部门不再监管开发商的公章。

## 2.合同的监管

### (1) 销售合同的监管

开发商拟与购房户签订的房屋买卖合同的格式文本需经律师事务所审核同意，合同中需显著注明购房户支付购房款的唯一账户的账户号及开户银行。

### (2) 对外融资合同的监管

若开发商利用已建成项目对外进行融资，融资协议未经律师事务所审核同意不得签订。律师事务所审核同意的原则是融资合同不明显违背房地产行业的市场价值及行业惯例。

### (3) 施工合同的监管

对于开发商拟签订的施工合同，律师事务所审核同意后方可签订。律师事务所审核的原则是相关合同不明显违背房地产建筑行业的市场价值及

行业惯例。

(4) 开发商拟签订的其他合同  
开发商拟签订的其他合同不进行监管。

## 3.账户的监管

由开发商与政府监管部门共同委托银行对开发商的预售资金账户进行监管，签订三方监管协议，预售房屋的回款全部进入监管账户，直到满足监管额度或者监管期限届满。



#### 4.资金的监管

##### (1) 资金监管额度

监管资金的额度需要根据项目的实际情况进行测算，主要测算范围为项目后续建设工程价款，拖欠的政府规费、税费，销售后可能产生的税费及登记费等费用。同时，需要根据项目进展的实际情况增加监管资金额度。

##### (2) 监管资金的用途

监管资金的用途根据测算的资金额度确定，优先保障工程的建设资金、规费、税费等保障项目能够竣工验收的款项的支付。

##### (3) 资金支出的审批流程

当开发商需要动用监管资金用于

支付款项时，需填写《用款申请书》，报请律师事务所及政府监管部门审核，银行见政府监管部门同意支付的文件并与政府监管部门代表短信确认后直接支付给相对人。同时，可以根据不同的款项支付，增加审批的环节，比如工程款的支付需经建设主管单位相关人员审核同意后支付。

在上述内容的基础上，律师可以根据项目的具体情况，制作印章使用监管方案、资金使用监管方案以及财务管理监管方案，以全面保障监管目的的实现。

本文系我所律师在重庆市渝中区参与多起房地产项目监管后形成的经验总结。我们的监管一方面解决了政府担忧，实现了政府对项目的监管目的，另一方面帮助开发商盘活了项目资产，保障了项目的顺利建设，为“四久工程”的预售监管提供了模板与经验，得到了政府及开发商的肯定。



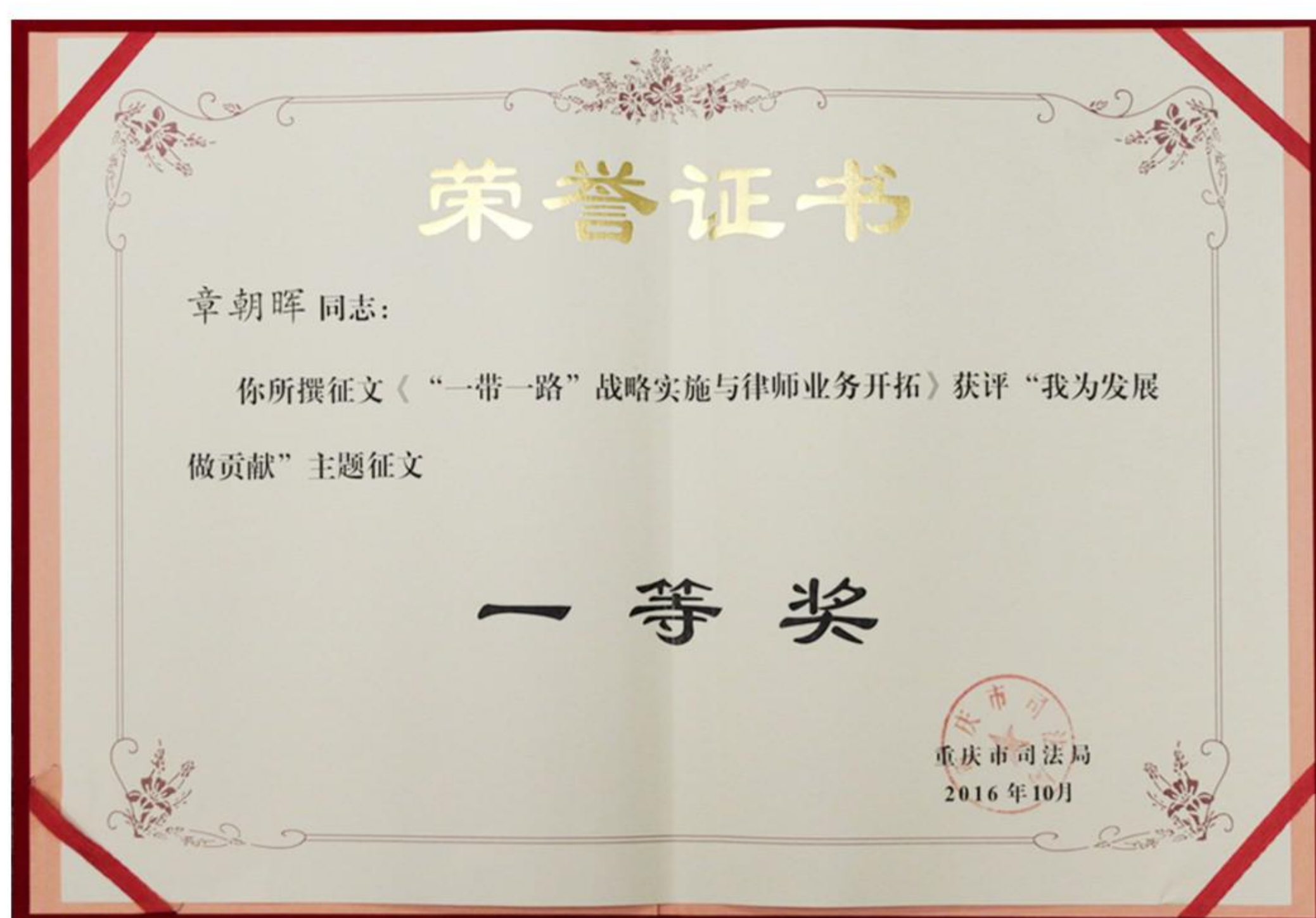


## 成都办公室协办港商会2016圣诞晚会

2016年12月17日，怀着美好的期盼，满载相聚的喜悦，由中国香港（地区）商会成都分会主办，中豪成都办公室赞助的“THE GOLD ERA FROM HK TO CD 2016圣诞晚会”在成都香格里拉酒店华丽启幕。港蓉政府官员、商会会员、内地企业家及各方媒体等400多位嘉宾欢聚一堂，共度欢乐时光。合伙人汪飞、周尽、李静、柴佳等一行8人受邀出席晚会。



## 章朝晖律师《“一带一路”战略实施与律师业务开拓》 论文荣获一等奖



2016年11月，市司法局主办的“我为发展做贡献”主题征文活动公布评选结果，中豪北京办公室章朝晖律师撰写的专业法律论文《“一带一路”战略实施与律师业务开拓》因问题意识强、立意高远而荣获一等奖。论文中，章朝晖指出，大量类别的“一带一路”法律服务无先例可循，无现成模式可拷贝和借鉴，需要律师以创新性思维，掌握并运用各相关国家法律、国际条约、国际惯例及多种事实型法律工具灵活加以处理和解决。





#### 重慶

重慶市渝中區鄒容路68號大都會廣場22層 郵編：400010  
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC  
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808 Email: [cq@zhhlaw.com](mailto:cq@zhhlaw.com)

#### 香港

香港中環花園道3號花旗銀行廣場ICBC大廈11層  
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong  
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 Email: [HK@zhhlaw.com](mailto:HK@zhhlaw.com)

#### 貴陽

貴陽市南明區新華路126號富中國際廣場10層 郵編：550002  
10/F, Fuzhong International Plaza, 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC  
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 Email: [gy@zhhlaw.com](mailto:gy@zhhlaw.com)

#### 紐約

紐約曼哈頓麥迪遜大道590號IBM大廈21層 郵編：10022  
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA  
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: [NYC@zhhlaw.com](mailto:NYC@zhhlaw.com)

#### 上海

上海市浦東新區浦東南路256號華夏銀行大廈13層 郵編：200120  
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC  
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 Email: [sh@zhhlaw.com](mailto:sh@zhhlaw.com)

#### 北京

北京市朝陽區光華路1號北京嘉里中心南樓14層 郵編：100020  
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC  
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098 Email: [bj@zhhlaw.com](mailto:bj@zhhlaw.com)

#### 成都

成都市錦江區紅星路3段1號國金中心1號樓22層 郵編：610021  
22F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu, 610021, PRC.  
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 Email: [cd@zhhlaw.com](mailto:cd@zhhlaw.com)

