

律匠



海华永泰律师事务所 二十周年优秀案例集

上海市海华永泰律师事务所 / 编

本书为海华永泰律师事务所成立20年来的优秀案例集锦，
涵盖金融、公司、房地产、知识产权等方面的优秀、经典案例，
每个案例都详述了律师的工作过程、工作或诉讼策略并加以评析，
并有代表性地收录部分工作成果，
对律师办理同类案件具有很好的参考价值。



法律出版社 | LAW PRESS

律匠



海华永泰律师事务所 二十周年优秀案例集

上海市海华永泰律师事务所 / 编



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

律匠:海华永泰律师事务所二十周年优秀案例集 /
上海市海华永泰律师事务所编. —北京:法律出版社,
2015.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7729 - 1

I. ①律… II. ①上… III. ①案例—中国 IV.
①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第060345号

律匠

——海华永泰律师事务所二十周年优秀案例集
上海市海华永泰律师事务所/编

策划编辑 朱海波

责任编辑 朱海波

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2015年7月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任印制 晁明慧

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 27.5 字数 485千

印次 2015年7月第1次印刷

编辑统筹 大众出版社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7729 - 1

定价:56.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任: 颜学海

执行主编: 聂彦萍

执行编辑

颜学海	冯加庆	余盛兴	徐珊珊	张 诚
倪志刚	盖晓萍	罗广建	聂彦萍	陈 初
吴民平				

编委会成员

颜学海	冯加庆	余盛兴	徐珊珊	张 诚
倪志刚	马靖云	严洁红	陈 峰	王 军
沈国勇	张 军	封晓骏	马延军	陈 初
马宁刚	唐秀红	张 弢	贺 强	王 蓓
盖晓萍	罗广建	沈宏罡	严 嫣	聂彦萍
丁海滨	蔡 建	赵 俊	张 健	扶羽斌
郭 斌	欧阳群	王 进	张 怡	

序

拿到海华永泰这本书稿的时候,我再次深深感受到律师职业不仅已经高度专业化,还高度精细化。上海市海华永泰律师事务所成立于1995年,律所成立至今已走过二十年的风风雨雨。尤其是在2002年经历了改制和重组以后,海华永泰也由一个不起眼的小律所发展成为上海市综合实力名列前茅的大型法律服务机构。我很认同海华永泰“专业赢得尊重、携手成就理想”中的“专业”二字。

这本书给我们讲述了一个追求专业理想的大故事,它告诉我们一个道理:专业就是职业的核心,精细就是法律的力量。海华永泰律师事务所的律师们整理编辑的经典案例汇编它涵盖了金融证券、房地产与建筑工程、公司业务、知识产权、争端解决等各大领域的优秀案例。本书面向海华永泰全所律师征稿,经编委会反复审阅,甄选出优秀文章,整理成集。从文章看得出来,作者均是在某一领域具有多年执业经验的资深律师或年轻有为的业界翘楚,其精细解剖的个案,也是每位作者亲身经办的众多案例中遴选的典型案列。我发现,该书所选文章有不少还是在全国重要征文活动中的获奖作品。本书刊载的四十五篇文章,也就是四十五则案列。这四十五则鲜活的案列,采用统一体例编制,从案情简介、律师工作成果、工作底稿到律师点评,作者对案列进行精细剖析个案,深度挖掘原理,完整呈现律师在办案过程中解决问题的路径、视角和方法。案列乃一切法律业务的生命之源,脱离案列研究法律犹如纸上谈兵。法条只有一条,然而,实践则是条条大路通罗马。本书所载文章既有承办实战经验的分享又有办案智慧的碰撞;既有法律条文的剖析,又有承办律师独特的办案心得,阅读该书,你会真正体会到逻辑的强大力量、法务的精湛技艺及律师的职业尊严。本书真实地体现出海华永泰律师在每一个工作环节的精细和严谨,体现了海华永泰律师的专业素质及风采,既能丰富读者的法律知识又可以令读者享受到阅读的快乐感。

专业就是我们法律职业理论中的所谓“职业”(Profession),专业化就是“职业化”(Professional),专业主义就是“职业主义”(Professionalism)。我们不能只把律师业当作普通的“行业”甚至“饭碗”,还应当从专业、职业的层面上来理解

其深刻的社会意义。律师业惟有职业化、专业化,方能成长为自治、自律、自主的职业,才能让全面推进依法治国成为现实。我从九十年代以来一直致力于法律职业研究并鼓吹法律共同体的专业化和职业化,凡是“法共同体”专业化和职业化的事,我都赞成和支持。在本书出版之际,应海华永泰律师事务所的邀请,我欣然提笔,以此为序,谨推荐于读者。

复旦大学法学院院长 **孙笑侠**

2015年3月10日于江湾

目 录

金融证券

政府创业投资引导基金的新形势与新机遇

——创业投资计划参股创业投资基金的设立与申报

..... 冯加庆 孙 傲(3)

私募基金创新在路上

——“信托+有限合伙”型私募的运作模式及相关法律问题

..... 冯加庆 王卓君(14)

基金设立及运作中的国资问题及其解决方案 颜学海 陆文昕(22)

关于科新生物股改的合规性之法律分析 张 诚(30)

海外双重上市助推民营企业腾飞

——中国心连心化肥有限公司新加坡、香港双重上市侧记

..... 颜学海 耿运强(41)

冒名骗贷案件的风险化解

——解读某银行诉黄某等侵权损害赔偿案件

..... 倪志刚 张 伟 杨松林(48)

实现担保物权之快速通道

——谁说这是《民事诉讼法》的一厢情愿 赵 俊 唐雄英(56)

融资租赁售后回租业务中租赁物所有权归属的认定 马延军 戚福平(65)

遵守契约才是王道

——财产一切险保险责任的界定 唐秀红 顾润劫(72)

罪与罚的边界

——从一起非法吸收公众存款罪的成功辩护说起 马宁刚(80)

排查梳理,破解内幕交易指控 马靖云 朱 焱(90)

房地产与建筑工程

某划拨用地开发法律架构设计案例 颜学海 陆文昕(103)

- 华润·上海万象城项目收购法律服务及其成果展示 颜学海 孙 伟(117)
- 房地产私募基金全程法律服务 颜学海 陆文昕(126)
- 用尽司法救济途径 实现当事人利益最大化
- H 公司诉 S 公司建设工程施工合同纠纷 陈 初 刘 京(138)
- 实际施工人权益保护 双重诉讼互相联系
- A 某诉 B 公司建设工程施工合同纠纷
- D 公司诉 A 某买卖合同纠纷 陈 初 刘 京(149)
- 法律之外专业知识的法庭博弈 盖晓萍(158)
- 划拨土地上房屋租赁合同的效力认定 张 军 金利群 顾亮亮(168)
- 房屋买卖过程中恶意抵押效力的认定及诉讼策略的选择
- 贺 强 杨 洁(175)
- 浅析施工合同中工程造价条款的认定
- 江西 A 公司诉上海 B 公司建设工程施工合同纠纷案启示
- 王 军 李捷音(182)

国际贸易与海关业务

为了客户的利益抗争到底

- 美国对华多层木地板“双反”案应诉记 余盛兴(195)
- 企业抱团海外“维权”,律师组团力挽狂澜
- 代理“鞋联盟”应对欧盟对华皮鞋反倾销案侧记 余盛兴(206)
- 资产并购中海关监管设备转移的风险辨析 徐珊珊(221)
- 从走私普通货物案看我国商品归类的司法复审 徐珊珊(234)
- 刑罚法律效果和社会效果之双赢
- 从林某走私普通货物罪案谈起 封晓骏(247)

公司治理与风险管理

- 沪上首例以商标专用权出资设立中外合资企业案 罗广建(257)
- 关联交易中“弱势”股东权益的保护
- 从一起董事利用关联关系损害股东利益纠纷案谈起
- 王 军 严玉娟(268)
- 刺破公司面纱,维护债权人合法权益
- 某银行诉某公司股东损害债权人利益案 倪志刚 李 娜(275)

以案例讨论控制与反控制的解决路径

——从一起股东会决议侵害公司及股东权益案谈起

..... 马宁刚 聂彦萍(282)

公司自治与司法救济的边界

——从王某某诉江苏某公司董事会决议效力确认纠纷案谈起

..... 封晓骏(293)

表见代理在建筑工程项目负责人对外商事行为中的认定

..... 扶羽斌 范伟情(300)

特许人未进行特许经营备案情形下的被特许人“悔约”的救济

——关于 J 投资公司特许经营合同纠纷案 郭 斌(310)

上医医未病

——律师为公司 HR 体系体检 王 蓓(318)

员工安置之全程法律服务 王 蓓 刘 婷(328)

约定竞业禁止义务的举证与质证

——A 公司、T 公司诉 J 某违反竞业禁止条款案 丁海滨 顾茜菲(341)

知 识 产 权

金融软件引发的知识产权巨额索赔案 黄武双 张 怡 石传省(353)

专利诉讼的较量始于专利产生之初 黄武双 张 怡(362)

侵犯商业秘密罪之携密跳槽的罪与罚 黄武双 张 怡(368)

取证:专利侵权诉讼的关键

——应诉美国 A 公司专利侵权诉讼的策略评析 喻 言 吴民平(374)

体育赛事节目的法律保护

——知识产权新命题 严洁红(382)

综 合

遗产继承中分割协议的效力认定

——从一起遗产继承案中的所有权确权纠纷案谈起

..... 马靖云 朱 焱(389)

工程挂靠相关刑事犯罪的认定及处理 陈 峰(397)

合同诈骗罪与非罪浅析 马靖云 朱 焱(405)

浅析员工“骗取”客户钱款应如何定罪 王 军 张思渊(413)

从草根老板到国际范儿

——为水产商会设立提供全程法律服务 盖晓萍(421)

后记 (432)

金融证券

政府创业投资引导基金的新形势与新机遇

——创业投资计划参股创业投资基金的设立与申报

● 冯加庆 孙 傲

1995~2012年,得益于中国经济、资本市场以及互联网的快速发展,活跃 Venture Capital(VC)、Private Equity(PE)机构数量从10家激增至6000多家,增长了600倍,甚至出现全民VC、全民PE的火热场面。飞速发展的背后是行业的野蛮生长与无序竞争,为了引导、规范创业投资基金的发展,政府创业投资引导基金应运而生。政府创业投资引导基金在对风险投资的引导和促进创业投资发展等作用方面确实起到了一定作用,在发挥引导作用,撬动地方经济升级的同时,也在一定程度上解决了市场失灵的问题。2008年以来,政府设立创业投资引导基金的步伐明显加快,而随着科技兴国战略的实施和国家对战略性新兴产业的高度重视,政府创业投资引导基金迎来了新的发展机遇——创业投资计划参股创业投资基金。

一、国家立法和项目背景以及服务要求

相比2011年才出台的《国家发展改革委办公厅关于促进股权投资企业规范发展的通知》(发改办财金〔2011〕2864号),创业投资基金无疑更早被中国市场与主管部门接受与认可,2005年颁布的《创业投资企业管理暂行办法》(发展改革委等十部委令〔2005〕第39号)即对创业投资企业的设立条件、形式、投资运作、备案要求、政策扶持与监管等均作了明确规定。

《创业投资企业管理暂行办法》2006年3月1日施行后,国家发展和改革委员会(以下简称国家发改委)等各部委先后出台了多项配套政策,如2007年出台了促进创业投资企业发展的税收扶持政策,2008年又出台了运用政府创业投资引导基金扶持民间创业投资企业发展的政策。这些扶持政策的出台,使创业投资体制机制日趋完善,创业投资业呈现出快速发展的好势头。截至2011年第二季度末,全国纳入备案管理的创业投资企业达704家,实到资本1553亿元。

《创业投资企业管理暂行办法》第22条明确提出:“国家与地方政府可以设立创业投资引导基金,通过参股和提供融资担保等方式扶持创业投资企业的设立与发展。”2006年,国务院关于实施《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006~2020年)》若干配套政策中进一步指出,“鼓励有关部门和地方政府设立创业风险投资引导基金,引导社会资金流向创业风险投资企业,引导创业风险投资企业投资处于种子期和起步期的创业企业”。这些规定和政策为地方政府设立创业投资引导基金提供了依据,并掀起了各地政府纷纷设立创业投资引导基金的热潮。为了引导、规范创业投资基金的投向与发展,《国务院办公厅转发发展改革委等部门关于促进自主创新成果产业化若干政策的通知》(国办发〔2008〕128号)提出,要加快发展创业风险投资,鼓励按照市场机制设立创业风险投资基金,引导社会资金流向创业风险投资领域,扶持承担自主创新成果产业化任务企业的设立与发展,对高技术产业领域处于种子期、起步期的重点自主创新成果产业化项目予以支持。

2010年10月10日,国务院发布《关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》(国发〔2010〕32号),提出要抓住机遇,加快培育和发展战略性新兴产业,将战略性新兴产业加快培育成为先导产业和支柱产业的战略目标,并提出了节能环保、新一代信息技术、生物、高端装备制造、新能源、新材料、新能源汽车等七大战略性新兴产业。为加快新兴产业创投计划的实施,财政部和国家发改委2011年8月24日颁布了《新兴产业创业投资基金参股创业投资基金管理暂行办法》(财建〔2011〕668号)(以下简称《暂行办法》),对创业投资计划参股创业投资基金的投资领域和方向、管理要求、申请条件、激励机制、受托管理机构、申报审批程序、中央财政出资资金的权益及监督管理等作了明确规定。2011年11月4日,国家发改委办公厅、财政部办公厅联合下发《关于2012年新兴产业创投计划参股创业投资基金有关工作的通知》(发改办高技〔2011〕2700号),组织各省(自治区、直辖市、计划单列市)发展改革委、财政厅根据本地产业条件和创业投资基础,实施本地新兴产业创投计划。

××省发展和改革委员会与××省财政厅按照通知的工作要求,于2012年1月20日向国家发改委与财政部上报《关于申报2012年新兴产业创投计划参股创业投资基金的请示》(×发改高新字〔2012〕14号),本所承办律师提供法律服务的创投基金“××××高技术服务业创业投资基金”作为××省2012年三只备选创投基金之一,上报给国家发改委和财政部进行审查。

本所律师接受“××××高技术服务业创业投资基金”的基金管理人××股权投资基金管理有限公司的委托,就“××××高技术服务业创业投资基金”设立过程中涉及的基金设立的合法合规性事宜出具法律意见书。

二、项目简介与工作过程

国家发改委2012年2月29日下发《关于委托开展2012年第一批新兴产业创投计划参股创业投资基金设立相关工作的函》，委托盈富泰克创业投资有限公司(以下简称盈富泰克)代表中央财政出资,负责北京市、山西省、安徽省、河南省等省份共10只新兴产业创投计划参股创业投资基金的设立工作,其中包括本所承办律师提供法律服务的“××××高技术服务业创业投资基金”(以下简称××创业投资基金或参股基金)。

盈富泰克、××省政府投资资产管理中心(以下简称资产管理中心)、××××创业投资有限公司(以下简称创投公司)、××××股权投资管理有限公司(以下简称股权投资管理公司)、×××××包装材料有限公司(以下简称包装材料公司)、×××××农药科技有限公司(以下简称农药科技公司)于2012年4月28日共同签署《××××高技术服务业创业投资有限公司发起人协议》(以下简称《发起人协议》),对××创业投资基金的组建原则、组织形式、经营宗旨、经营范围、注册资本、出资方式、出资人与出资缴纳、存续期限、公司董事会与监事会、发起人权利义务等做了明确约定。根据《发起人协议》,××创业投资基金的注册资本为人民币25,000万元,其中,盈富泰克是××创业投资基金中受国家发改委、财政部委托,代表中央财政资金出资参股××创业投资基金的受托机构,出资比例为20%;资产管理中心是××创业投资基金中受××省发展和改革委员会、××省财政厅委托××省煤炭可持续发展基金,代表地方政府基金出资参股××创业投资基金的受托机构,出资比例为20%;创投公司是××创业投资基金的主发起人,出资比例为51%;股权投资管理公司是××创业投资基金的发起人与基金管理人,出资比例为1%,包装材料公司、农药科技公司是××创业投资基金的发起人,出资比例均为4%;创投公司、股权投资管理公司、包装材料公司与农药科技公司均系代表社会资本出资参股××创业投资基金。

2012年4月28日,上述发起人签署《××××高技术服务业创业投资有限公司章程》(以下简称《公司章程》),对《发起人协议》约定的相关内容予以进一步细化,并明确了××创业投资基金的组织机构与基本管理制度。但是与一般的创业投资企业不同,《办法》明确规定创业投资计划参股创业投资基金的管理架构包括参股基金企业(发起人)、参股基金管理机构(基金管理人)、托管银行三方,三方各司其职,各负其责;其中,参股基金企业依照《公司法》或《合伙企业法》行使管理职权;基金管理人由参股基金企业确定,接受参股基金企业委托并签订委托管理协议,按照协议约定负责参股基金日常的投资和管理;托管银行

由参股基金企业确定,接受参股基金企业委托并签订资金托管协议,按照协议约定对参股基金托管专户进行管理。因此,××创业投资基金的《公司章程》对基金管理人与基金托管银行的资格条件、职权等也做了明确规定。同时,××创业投资基金与基金管理人、基金托管银行经协商,分别形成了《××××高技术服务创业投资有限公司委托管理协议(草案)》[以下简称《委托管理协议(草案)》]与《××××高技术服务创业投资有限公司资金托管协议(草案)》[以下简称《资金托管协议(草案)》]。

2012年5月,××创业投资基金按照《暂行办法》的要求以及《发起人协议》、《公司章程》的约定,编制了《××××高技术服务创业投资基金设立方案》(以下简称《设立方案》)用于向国家发改委、财政部上报,并申请中央财政出资额度。《设立方案》主要包括:基金设立背景和目标、基金规模、组织形式、投资领域、发起人和基金管理机构、管理架构、项目遴选程序、投资决策机制、投资托管、风险防范、投资退出、管理费用和收益分配、经营期限、项目储备情况等。

经与国家发改委、财政部沟通,报送至国家发改委与财政部的参股创业投资基金设立审批文件中除《暂行办法》附件二列明的创业投资基金组建方案,创业投资基金发起人协议,创业投资基金章程或合伙协议(草案),创业投资基金委托管理协议(草案)及基金管理机构章程(合伙协议),创业投资基金资金托管协议(草案),项目储备情况及第一阶段投资计划,政府及社会资金出资承诺函并明确出资时限,会计师事务所出具的对主要发起人最近一年的审计报告等八项材料外,还需要律师就创业投资基金设立的合法合规性所出具的法律意见书。然而,无论是盈富泰克还是基金管理人,均是首次进行参股创业投资基金的申报,国家发改委与财政部也并未对法律意见书的内容作明确要求,承办律师在仔细研读《暂行办法》后,发现《暂行办法》对参股创业投资基金的投资领域、管理要求及申请条件等方面进行了明确规定,最终决定按照《暂行办法》的规定逐条论述××创业投资基金是否符合法定条件的方式起草法律意见书。

承办律师根据《公司法》、39号文、《暂行办法》等有关法律、法规和规范性文件的规定,向基金管理人出具了法律尽职调查清单,要求基金管理人提供××创业投资基金就设立事宜已准备的全部材料,包括《发起协议》、《公司章程》、《设立方案》、《委托管理协议(草案)》、《资金托管协议(草案)》、发起人出具的出资承诺函、主要发起人的营业执照、基金管理人的营业执照与公司章程、基金托管人的年度报告等。承办律师在书面审查基金管理人提供的上述材料后出具了法律尽职调查补充清单,并根据《暂行办法》的规定,就基金管理机构的业务能力、高级管理人员、处罚记录、募集或管理基金、委托管理协议的签署、

托管银行的主体资格等起草了相应的说明文件,同时要求基金管理人与托管银行就全部说明文件予以确认盖章,并承诺所提供的全部材料系真实、完整、合法、有效。

最后,承办律师从××创业投资基金的投资领域和投资限制、参与主体和职责、基金管理机构、基金托管银行、设立的相关协议、出资、备案等方面就参股创业投资基金设立过程中涉及的合法合规性问题一一发表意见,认为××创业投资基金、基金管理机构以及基金托管银行具备《暂行办法》第7条、第8条、第9条、第10条、第11条、第12条、第13条、第14条与第15条规定的条件,××创业投资基金的设立符合《参股创业投资基金管理办法》的规定,并出具了法律意见书。

三、工作成果(《法律意见书》节选)

法律意见书

引 言

一、出具法律意见书的依据

(一)法律依据

本所律师出具法律意见书的主要法律依据为《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)、39号文、《新兴产业创投计划参股创业投资基金管理暂行办法》等有关法律、法规和规范性文件。

(二)律师已审核的文件范围

二、律师声明事项

本法律意见书基于以下假设:

(一)本所律师审查的文件上的所有签名、印鉴和公章都是真实的。

(二)本所律师审查的所有文件的原件都是被认可的和完整的;并且所有的复印件、影印件与原件是一致的。

.....

三、本法律意见书的限制

(一)本法律意见书仅对出具日以前已发生或存在的事实发表法律意见。

.....

(五)本法律意见书仅用于参股基金设立申报审批时使用,未取得本所书面同意,不得用作任何其他目的。

基于前述律师声明事项、本法律意见书的限制情况,本所律师按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神,对股权投资管理公司提供的材

料进行了审查,根据我国相关法律、法规和规范性文件,以及股权投资管理公司提供的相关资料就××创业投资基金设立的合法合规性问题,现出具如下法律意见:

正 文

一、××创业投资基金的投资领域和方向

(一) 参股基金的投资领域

根据股权投资管理公司向本所律师提供的《公司章程》以及《创业投资基金设立方案》,××创业投资基金的投资领域包括:……重点投资对象为……符合《参股创业投资基金管理办法》第七条、第八条的规定。

(二) 参股基金的投资限制

根据《公司章程》的约定,××创业投资基金不得从事以下业务:……符合《参股创业投资基金管理办法》第九条的规定。

综上,本所律师认为,××创业投资基金的投资领域和方向符合《参股创业投资基金管理办法》的规定。

二、××创业投资基金的管理要求

(一) 参股基金的参与主体

根据股权投资管理公司向本所律师提供的《发起人协议》与《公司章程》的约定,××创业投资基金的管理架构包括全体发起人即参股基金企业、参股基金管理机构与托管银行三方。符合《参股创业投资基金管理办法》第十条的规定。

(二) 参股基金企业的职责

根据《发起人协议》与《公司章程》的约定,××创业投资基金设立后,××创业投资基金的全体发起人即成为公司股东。符合《参股创业投资基金管理办法》第十一条的规定。

(三) 参股基金管理机构的主体资格

1. 参股基金管理机构的产生

根据《发起人协议》与《公司章程》的约定,××创业投资基金全体发起人一致同意确定股权投资管理公司为基金管理机构,并与其签署委托管理协议。

2. 参股基金管理机构的职责

根据《公司章程》的约定,股权投资管理公司的主要职责是……

3. 参股基金管理机构的实质性条件

(1) 关于参股基金管理机构的注册资本与业务能力

根据股权投资管理公司向本所律师提供的《企业法人营业执照》、《××股权投资基金管理有限公司关于业务能力的说明》以及《创业投资基金设立方案》