



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

法律资讯

二零一零年第二期

PROFESSIONAL
VALUABLE
TRUSTWORTHY



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

Contents

目录



地址：上海市静安区威海路
567号晶采世纪大厦4
楼A-B座，200041

Add: SuiteA-B,4/F,Crystal
Century Tower,No.567
WeihaiRoad,Jing'anDistri
ct,Shanghai,200041

Tel: 86 21-6288 6799 Fax: 86
21-6288 6825 URL :
www.cenlaw.com

新法速递

公司证券

《关于开展证券公司融资融券业务试点工作的指导意见》
《外商投资合伙企业登记管理规定》

建设工程与房地产

《关于建筑企业所得税征管有关问题的通知》

金融与税务

《关于税收协定有关条款执行问题的通知》

知识产权

《关于调整地方各级人民法院管辖第一审知识产权民事案件标
准的通知》

国际商事

《外派海员类对外劳务合作经营资格管理规定》补充规定

综合

《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》

实务研究

本所邢路、刘俊科律师应邀做客东方广播电台
“东方大律师”节目内容摘要

法律服务产品介绍

金融衍生交易法律服务产品介绍
商业特许经营法律服务产品介绍
国内企业境外权益保护法律产品的介绍
劳动法律服务产品介绍



公司证券

一、2010年1月22日，中国证券监督管理委员会发布《关于开展证券公司融资融券业务试点工作的指导意见》。

评价与提示：

首批申请试点的证券公司，应当符合《试点办法》的规定和以下条件：

- 1、最近 6 个月净资本均在 50 亿元以上。
- 2、最近一次证券公司分类评价为 A 类。
- 3、具备开展融资融券业务所需的自有资金和自有证券，自有资金占净资本的比例相对较高。
- 4、已开发完成融资融券业务交易结算系统，并通过了证券交易所、证券登记结算公司组织的全网测试。
- 5、融资融券业务试点实施方案通过了中国证券业协会组织的专业评价。
- 6、客户交易结算资金第三方存管有效实施，账户开立、管理规范，客户资料完整真实，建立了以“了解自己的客户”和“适当性服务”为核心的客户分类管理和服务体系。未出现客户资产被挪用等侵害客户权益的情形，未因公司原因出现群体性事件、恶性个案或导致客户频繁上访、群访，以及频繁发生信息安全事故或发生信息安全重大事故。
- 7、我会规定的其他条件。

二、2010年1月29日，国家工商行政管理总局发布《外商投资合伙企业登记管理规定》，自2010年3月1日起施行。

评价与提示：

一、根据《规定》，以下情况不得设立外商投资合伙企业：《外商投资产业指导目录》禁止类；标注“限于合资”、“限于合作”、“限于合资、合作”、“中方控股”、“中方相对控股”以及有外资比例要求的项目；国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体，不得成为普通合伙人。

二、外商投资合伙企业是指两个以上外国企业或者个人在中国境内设立的合伙企业，以及外国企业或者个人与中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立的合伙企业。申请设立外商投资合伙企业需要向工商部门提交全体合伙人签署的设立登记申请书、合伙协议等。



建设工程与房地产

一、2010年1月26日，国家税务总局发布《关于建筑企业所得税征管有关问题的通知》。

评价与提示：

一、实行总、分机构体制的跨地区经营建筑企业应严格执行国税发〔2008〕28号文件规定，按照“统一计算、分级管理、就地预缴、汇总清算、财政调库”的办法计算缴纳企业所得税。

二、建筑企业跨地区设立的不符合二级分支机构条件的项目经理部（包括与项目经理部性质相同的工程指挥部、合同段等），应汇总到总机构或二级分支机构统一计算，按照国税发〔2008〕28号文件规定的办法计算缴纳企业所得税。

三、各地税务机关自行制定的与本通知相抵触的征管文件，一律停止执行并予以纠正；对按照规定不应就地预缴而征收了企业所得税的，要及时将税款退还给企业。未按本通知要求进行纠正的，税务总局将按照执法责任制的有关规定严肃处理。



金融税务

一、2010 年 1 月 26 日，国家税务总局发布《关于税收协定有关条款执行问题的通知》。

评价与提示：

一、转让专有技术使用权涉及的技术服务活动应视为转让技术的一部分，由此产生的所得属于税收协定特许权使用费范围。但根据协定关于特许权使用费受益所有人通过在特许权使用费发生国设立的常设机构进行营业，并且据以支付该特许权使用费的权利与常设机构有实际联系的相关规定，如果技术许可方派遣人员到技术使用方为转让的技术提供服务，并提供服务时间已达到按协定常设机构规定标准，构成了常设机构的情况下，对归属于常设机构部分的服务收入应执行协定第七条营业利润条款的规定，对提供服务的人员执行协定非独立个人劳务条款的相关规定；对未构成常设机构的或未归属于常设机构的服务收入仍按特许权使用费规定处理。

二、如果技术受让方在合同签订后即支付费用，包括技术服务费，即事先不能确定提供服务时间是否构成常设机构的，可暂执行特许权使用费条款的规定；待确定构成常设机构，且认定有关所得与该常设机构有实际联系后，按协定相关条款的规定，对归属常设机构利润征收企业所得税及对相关人员征收个人所得税时，应将已按特许权使用费条款规定所做的处理作相应调整。

三、对 2009 年 10 月 1 日以前签订的技术转让及服务合同，凡相关服务活动跨 10 月 1 日并尚未对服务所得做出税务处理的，应执行上述规定及国税函（2009）507 号文有关规定，对涉及跨 10 月 1 日的技术服务判定是否构成常设机构时，其所有工作时间应作为计算构成常设机构的时间，但 10 月 1 日前对技术转让及相关服务收入执行特许权使用费条款规定已征收的税款部分，不再做调整。



知识产权

一、2010年1月28日，最高人民法院发布《关于调整地方各级人民法院管辖第一审知识产权民事案件标准的通知》，自2010年2月1日起执行。

评价与提示：

一、高级人民法院管辖诉讼标的额在2亿元以上的第一审知识产权民事案件，以及诉讼标的额在1亿元以上且当事人一方住所地不在其辖区或者涉外、涉港澳台的第一审知识产权民事案件。

二、对于本通知第一项标准以下的第一审知识产权民事案件，除应当由经最高人民法院指定具有一般知识产权民事案件管辖权的基层人民法院管辖的以外，均由中级人民法院管辖。

三、经最高人民法院指定具有一般知识产权民事案件管辖权的基层人民法院，可以管辖诉讼标的额在500万元以下的第一审一般知识产权民事案件，以及诉讼标的额在500万元以上1000万元以下且当事人住所地均在其所属高级或中级人民法院辖区的第一审一般知识产权民事案件，具体标准由有关高级人民法院自行确定并报最高人民法院批准。

四、对重大疑难、新类型和在适用法律上有普遍意义的知识产权民事案件，可以依照民事诉讼法第三十九条的规定，由上级人民法院自行决定由其审理，或者根据下级人民法院报请决定由其审理。

五、对专利、植物新品种、集成电路布图设计纠纷案件和涉及驰名商标认定的纠纷案件以及垄断纠纷案件等特殊类型的第一审知识产权民事案件，确定管辖时还应当符合最高人民法院有关上述案件管辖的特别规定。

六、军事法院管辖军内第一审知识产权民事案件的标准，参照当地同级地方人民法院的标准执行。

七、本通知下发后，需要新增指定具有一般知识产权民事案件管辖权的基层人民法院的，有关高级人民法院应将该基层人民法院管辖第一审一般知识产权民事案件的标准一并报最高人民法院批准。



国际商事

一、2010年1月26日，商务部发布《外派海员类对外劳务合作经营资格管理规定》补充规定，自2010年3月1日起施行。

评价与提示：

一、香港和澳门服务提供者在内地设立的独资、合资或合作国际船舶管理公司在申请外派海员类对外劳务合作经营资格时，无须事先申请外商投资职业介绍机构或人才中介机构资格。

二、香港服务提供者在内地设立的国际船舶管理公司在取得外派海员类对外劳务合作经营资格后，只能向香港船东拥有的船舶或在香港注册的船舶派出内地海员；澳门服务提供者在内地设立的国际船舶管理公司在取得外派海员类对外劳务合作经营资格后，只能向澳门船东拥有的船舶或在澳门注册的船舶派出内地海员。

三、本规定中的香港特别行政区的服务提供者应符合《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》中关于“服务提供者”定义及相关规定的要求；本规定中的澳门特别行政区的服务提供者应符合《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》中关于“服务提供者”定义及相关规定的要求。



综合

一、2010年2月8日，最高人民法院印发《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》的通知。

评价与提示：

一、在贯彻宽严相济政策中促进社会和谐。意见的首要原则是在刑事司法审判实践中强调宽严并重、宽严并用，反对偏轻偏重。宽严相济刑事政策也是与时俱进的。意见中指出，要根据经济社会的发展和治安形势的变化，尤其要根据犯罪情况的变化，在法律规定的范围内，适时调整从宽和从严的对象、范围和力度。

二、在界定“宽”与“严”中体现法律权威。意见特别强调，贯彻宽严相济刑事政策，必须严格依法进行，维护法律的统一和权威，确保良好的法律效果。同时，全国法院还将从各方面完善对刑事审判人员的监督机制，进一步推行量刑规范化改革，防止宽严失当、枉法裁判，以权谋私。意见中规定，把被告人或其亲属赔偿作为酌定量刑情节，有公众质疑这样是否意味着可以花钱买命，赔钱减刑。

三、在贯彻宽严相济政策中维护司法公正。在处理宽严相济刑事政策与法律的关系中，意见提出了具体的政策导向，一是对法律没有明文规定的情况提出原则性的指导意见，如对老年人犯罪规定要从宽处罚；二是对法律虽有规定，但规定较为原则的情况进行明确，如对依法从严惩处累犯和毒品再犯的问题作出细化的规定；三是对司法实践中可能遇到的一些难点问题提出处理原则，如对从严与从宽情节并存于一案的处理作出规定；四是对一些原则性的刑事政策进行了具体阐释。此次出台的意见中规定，“对于罪行极其严重的犯罪分子，论罪应当判处死刑的，要坚决依法判处死刑。要依法严格控制死刑的适用，统一死刑案件的裁判标准，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。拟判处死刑的具体案件定罪或者量刑的证据必须确实、充分，得出唯一结论。对于罪行极其严重，但只要是依法可不立即执行的，就不应当判处死刑立即执行。”



未保价货物运输之承运人赔偿责任纠纷

主讲嘉宾：上海浦瑞律师事务所 刘俊科 律师

一、案情介绍：

某电子商务公司（以下简称 A 公司）和某快递公司（以下简称 B 公司）为办理公路货物运输业务签署了由快递公司出具的快递公司托运单，托运单正面填写的内容为：收货人为 C 公司，发货单位为 A 公司，货物名称笔记本电脑，件数 10 台，运费 150 元。托运单的背面载有以下条款：未保价的，按运费的 5 倍赔偿，最高不超过 1000 元，低于运费 5 倍的按实际金额赔偿；保价栏未填写内容和未付保价金视为放弃保价运输。在货物运输过程中，该票货物不慎丢失。A 公司与 B 公司多次协商赔偿事宜，但双方在赔偿金额方面始终无法达成一致。A 公司遂向法院提起诉讼，要求 B 公司按 10 台笔记本电脑的实际价格即人民币 68000 元赔偿。诉讼中 B 公司认为双方在托运单中未约定保价，且在运输协议中明确约定货物丢失后赔偿额的计算方法，故即使笔记本电脑丢失，亦应依约赔偿即只同意赔偿 A 公司人民币 1000 元。

二、案件办案思路：

律师在正式代理此案件后，首先了解了双方办理运输的过程，得知双方并未签订长期的书面运输合同，双方的权利义务约定仅限于托运单上的记载。同时，对于托运单背面条款，快递公司的工作人员未做出提示和说明。该托运单上的记载一方面证明了双方存在货物运输合同关系，另一方面，该托运单系快递为了重复使用而预先拟定，其背面的限额赔偿条款未与托运人协商，也未就该条款向托运人做出必要的说明与提示。根据合同法的相关规定，格式条款的订立除必须遵循合同法的基本原则外，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务；不得免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，否则该条款无效。

其次，律师仔细查看了快递公司出具的情况说明。快递公司声称货物系其运输目的地的合作伙伴在理货转运过程中不慎丢失。依照我国合同法第五十三条规定，因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。关于免责条款，广义理解应当包括免除责任条款和责任限制条款。因此，在故意和重大过失的情况下，公路货物运输承运人也不得援引责任限制条款。

三、处理结果：

法院最后判决结果与律师的思路大体一致，法院认定托运单背面的限额赔偿条款系格式条款，承运人未对该条款做出必要的提示和说明，同时该条款不正当地排除了托运人的主要权利，免除了承运人的部分赔偿责任，该条款应认定为无效条款，不能作为计算货物灭失赔偿数额的依据。同时，根据我国合同法第五十三条的规定，在故意和重大过失的情况下，公路货物运输承运人也不得援引责任限制条款。因此，法院判决由承运人按照货物的实际价值赔偿托运人的全部损失。

四、律师视点：

通过本案件的分析，无论对于物流企业还是选择物流外包的企业都有必要对自己物流体系的风险管控进行反思。对于选择物流外包的企业即托运人来说，将其物流业务以合同的方式委托给专业的物流公司（第三方物流）运作有利于企业为集中资源、节省管理费用、增强核心竞争能力。但同时也应通过以下几个方面对物流体系加强风险管控：一、选择合适的物流公司，对物流供应商进行调查、分析、评价、调查物流供应商的管理状况、战略导向、信息技术支持能力、自身的可塑性和兼容性、行业运营经验等，评价其从事物流活动的成本状况，评价其长期发展能力，评价其信誉度等。二、加强对物流外包活动的控制。企业即使与第三方物流供应商签订了协议，也应当监控第三方物流供应商的绩效，同时给他们提供所需的业务信息。三、通过保险等方式分散物流风险。

对于物流公司而言，首先，加强对自身物流体系的控制；其次，改变以限额赔偿为手段的风险管控模式；再次，自身也可以通过保险等手段分散风险。



买方抵扣增值税视为其收到货物

主讲嘉宾：上海浦瑞律师事务所 邢路 律师

一、案情介绍：

2007年4月，A公司与B公司签订了买卖合同，约定了由A公司向B公司按照特定单价持续销售黄铜，由B公司自行提货并负责运输，A公司应当在B公司电话指示之日起3日内准备好交货，交货后B公司应在5日内支付货款，同时约定了每批货物的质量异议期为10日。到2008年2月，双方按照上述约定，正常进行了10笔交易。2008年3月和4月，A公司按照B公司的电话指示向B公司分别交付了两批货物，并开具了增值税发票，但B公司并未出具收货凭证，由于双方长期友好合作，A公司对此也未坚持。2008年4月底，B公司支付了第11笔货物货款的三分之一，而第12笔货物的货款则完全没有支付。2008年6月下旬，A公司向B公司索要货款，B公司则声称自己完全未收到上述两笔货物，其已经支付的三分之一货款属于财务人员操作失误。A公司无奈，遂于2008年8月委托律师诉至法院。

二、办案思路：

本案的争议焦点，在于A公司是否履行了最后两笔交易的交货义务。由于双方此前合作一直顺利，因此A公司放松了风险管理，货物交付而没有索要任何凭证，且由于货物运输是B公司自行负责，故也没有运输的证据，因此可谓没有任何交付货物的直接证据，想要直接证明其交付了货物是非常困难的。但是，由于A公司向B公司开具了增值税发票，而根据《中华人民共和国增值税暂行条例》第8条关于进项税抵扣相关规定的精神，对增值税发票所载的进项税抵扣，应该发生在买方购进应税货物或劳务之后，也就是说，只有买方收到货物了，才能够进行进项税抵扣，买方没有收到货物则不能进行抵扣。同时，B公司所为己支付的货款属于误操作一说，显然与常理不符，而在交货后数月里，B公司也一

直未向 A 公司主张其未收到货物，在 A 公司要求付款之后，B 公司才提出未收到货物，显然超出了合同约定的异议期。故 B 公司的抗辩是完全没有事实和法律依据的。

基于这一思路，律师首先向法院申请调查令，赴税务机关获得了 B 公司已对最后两批货物的增值税发票进行了抵扣的证据，结合已支付部分货款的证据，证明 B 公司已收到了系争货物。

三、处理结果：

法院完全支持了原告律师的观点，指出：首先，B 公司支付的款项，在没有其他任何证据证明属于误操作的情况下，应当认定为是货款；其次，B 公司对最后两批货物的增值税发票进行进销项税抵扣的事实，虽不足以直接证明 B 公司收到了货物，但与其他证据结合，可以间接证明 B 公司收到货物的事实。法院最终判令 B 公司支付货款及利息。

四、律师视点：

在现实生活中，很多企业在履行买卖合同的过程中都忽略了保留能够证明自己已经履行了交货义务的直接证据。最简单地，至少对于单价、总价、数量、交货方式、交货时间、付款方式、付款时间、验收及异议期、违约责任等事项，应当有书面约定，而至少是在签订合同、交货、验收、付款等环节上，应当有书面记录并经双方认可。否则，履行买卖合同最重要的环节就无法证明。如果确实没有保留交货的证据，而买方如果对增值税发票进行了抵扣，且有其他间接证据能够证明买方交付了货物，则多项间接证据形成证据链，亦可以证明买方收到货物的事实。自 2002 年至 2006 年，仅上海市第一中级人民法院和第二中级人民法院有 16 件案例，支持了这一观点，而支持相反观点的案例一件也没有。



金融衍生交易法律服务产品介绍

上海浦瑞律师事务所金融部，是由一批高水平、实践经验丰富的专家型律师所组成的专业化团队，现因应上海国际金融中心建设，着眼于金融危机防范与中国金融衍生交易第一案诉讼事实，在总结已有经验的基础上，特别推出金融衍生交易法律服务产品，以帮助市场交易者合法、合规、安全、有序地开展金融衍生产品的设计与交易。

金融衍生交易法律服务产品的主要服务内容有：

- 利用国内国际现有的法律制度、监管政策、习惯与惯例进行各类金融产品结构创新的法律服务，例如应用存款、贷款、信托、私募、掉期、远期、期货、期权、ISDA 主协议及附件、信用支持文件及确认书、资金、票据等进行新金融产品的法律设计；
- 对所拟推出的创新金融产品进行法律论证与审查；
- 金融创新产品交易法律文件的设计、起草、审查、修改与法律风险控制服务；
- 金融衍生交易法律文件的设计、起草、审查、修改与法律风险控制服务；
- 金融衍生交易中的净额结算、信用支持、税收、终止及解决方案上的服务；
- 金融创新产品与衍生交易的交易纠纷处理服务。



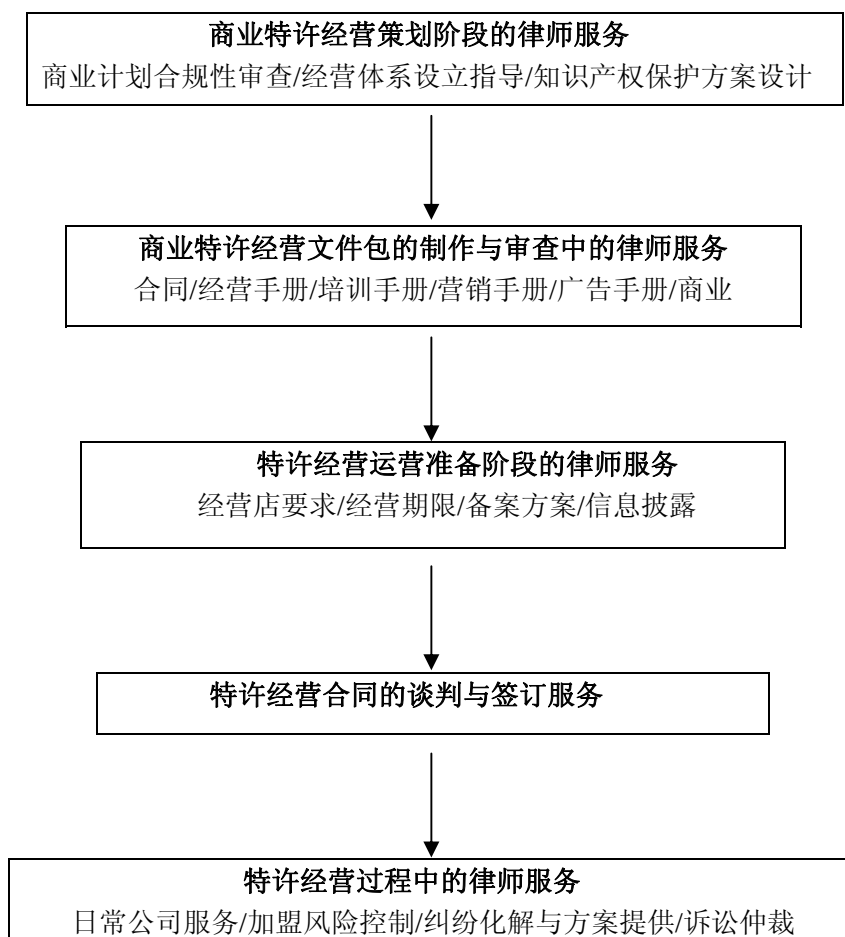
商业特许经营法律服务产品介绍

商业特许经营是企业替代资本扩张的一种有效方式，是投资者分散投资风险获取市场成功的一种途径，也是一种权利授予与控制及利益分配的法律方案。

商业特许经营涉及大量的合规性审查与契约性安排，需要有大量的律师专业服务的介入，致力于商业特许经营的专业化服务领域，打造精英服务团队，联结跨境法律服务网络，沟通跨境法律服务渠道，是我们一以贯之，并会持之以恒的服务理念。

下附是商业特许经营律师服务流程及产品构件框架图：

境内品牌特许经营法律服务流程及产品构件：





国内企业境外权益保护法律产品的介绍

一、服务主体

- 1、上海浦瑞律师事务所；
- 2、境外合作律师事务所

二、服务内容

- 1、根据客户境外权益受侵害的事实提供法律方案；
- 2、评估风险及追索成本；
- 3、协助联络、推荐、考察境外律师事务所；
- 4、根据境外合作所的要求准备境外诉讼、执行所需证据材料；
- 5、跟踪并及时汇报境外诉讼的进程；
- 6、协助客户对境外合作律师事务所工作的考评与监督

三、服务费用

- 1、本所的联络、协助费用；
- 2、境外律师事务所的费用

四、境外合作伙伴

- 1、Chuhak & Tecson,律师事务所---美国 (<http://www.chuhak.com/>)
- 2、赵、司徒、郑律师事务所---香港 (http://www.csclaw.com.hk/CSC_SC01.html)
- 3、德沃福律师事务所---欧洲 (<http://www.dewolf-law.eu/>)

五、最新成功案例

- 1、与欧洲律师事务所合作申请撤销信用证支付令，挽回损失 70000 美金
- 2、与香港律师事务所合作追回欠款 32 万余美金
- 3、与美国律师事务所合作在美国破产法院申报破产债权 205 万美元
- 4、与法国律师事务所合作就一起跨国并购案尽职调查，避免中国客户公司的投资风险。
- 5、与意大利律师事务所合作就一起跨国并购案提供当地法律征询意见，为中国客户进行并购谈判提供了第一手的、准确的财务信息资料，及意大利当地法律规定，并对双方并购框架的涉外合法性及可操作性提供了专业意见。

致力于专业化服务，打造精英服务团队，搭建合作共赢的客户信息平台，联结跨境法律服务网络，沟通跨境法律服务渠道，是我们一以贯之，并会持之以恒的理念。



劳动法律服务产品介绍

劳动法律关系是每个用工单位运营中必须关注的日常事务，从公司的员工招聘、录用到劳动合同签订，从薪酬设计、考勤、培训到奖惩制度，从调岗、辞职、到劳动合同解除，从劳动纠纷的调解、仲裁到诉讼解决，无不涉及大量法律文件的制订及繁杂流程与环节的控制。

上海浦瑞律师事务所劳动法律事务部针对企业客户用工的普适性需求，将该类法律服务标准化，并可根据不同企业的需要，为客户度身订制相匹配的劳动服务产品，提供全程、系统的打包服务，并针对企业内、外部环境的变更而及时更新、升级服务产品。该法律服务产品包的内容如下：

1、劳动人事规章制度的制作与修订（《员工手册》）：

- （1）《招聘管理制度》
- （2）《考勤管理制度》
- （3）《奖惩管理制度》
- （4）《离职管理制度》
- （5）《绩效考核管理制度》
- （6）《薪酬制度》
- （7）《培训管理制度》
- （8）《工伤管理制度》
- （9）《日常劳动管理制度》
- （10）《规章制度修改规定》

2、劳动人事文书制作和修订：

- （1）员工入职登记表
- （2）劳动合同签收登记表
- （3）劳动合同变更协议书
- （4）解除劳动合同协议书（协商解除）

- (5) 解除劳动合同通知书（用人单位单方解除）
- (6) 终止劳动合同通知书
- (7) 解除（终止）劳动合同证明书
- (8) 劳动合同续签申请表
- (9) 续订劳动合同通知书
- (10) 劳动合同续订书等等

3、合同文本的制作和修订：

- (1) 劳动合同
- (2) 保密协议
- (3) 竞业限制协议
- (4) 培训协议等合同文本

4、日常的劳动法律咨询

5、用工管理设计：

- (1) 招聘流程设计
- (2) 入职流程设计
- (3) 调岗调薪设计
- (4) 合同订立设计
- (5) 合同变更设计
- (6) 合同续订设计
- (7) 奖惩谈话设计
- (8) 裁员设计等等

6、为客户具体项目出具方案及法律意见：

- (1) 经济裁员员工补偿方案
- (2) 企业重组员工安置方案
- (3) 公司并购员工安置方案
- (4) 公司破产员工安置方案等等

7、为客户管理层、员工进行劳动法相关培训

8、为客户提供劳动调解、仲裁、诉讼案件的代理