



各级法院关于 IPO 的判例汇编

201904

点击目录可跳转至对应章节，电脑使用“Ctrl+F”可查找具体内容。

目录

A 公司与 C 公司有关的纠纷一案二审民事判决书.....	12
CROWN CANOPY HOLDINGS SRL 股东知情权纠纷一案民事判决书.....	20
Primus Pacific Partners Ltd(博智资本基金公司)诉上海鸿元企业发展有限公司不当得利纠纷一案一审民事判决书.....	26
PRIMUS 与某某一案一审民事判决书.....	36
XX 证券有限责任公司与何 XX 劳动合同纠纷一案一审民事判决书.....	52
安琪儿集团有限公司与上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙）申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书.....	56
安琪儿集团有限公司与上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙）申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书.....	61
鲍增良与博洛尼家居用品（北京）股份有限公司等股东出资纠纷一案一审民事判决书.....	66
北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司等与天津雷石信锐股权投资合伙企业（有限合伙）股权转让纠纷二审民事判决书.....	71
北京嘉华创业投资有限公司与李依璇、邸建军等股权转让纠纷一案一审民事判决书.....	87
北京普丰行投资顾问有限公司与中国证券登记结算有限责任公司、华锐风电科技（集团）股份有限公司等公司增资纠纷一案一审民事判决书.....	92
北京乾元盛创业投资有限责任公司与上海宣通实业发展有限公司、张敬斌等其他与公司有关的纠纷一案一审民事判决书.....	102
北京三鼎梦软件服务有限公司与株式会社光荣特库摩游戏侵害计算机软件著作权纠纷一案二审民事判决书.....	106
北京永盛潮流国际文化发展有限公司与索尼音乐娱乐中国控股有限公司侵犯录音录像制作者权纠纷一案.....	112
北京长城民星城镇化建设投资基金、湖北中亿房地产开发有限公司合同纠纷二审民事裁定书.....	116
北京中金国科文化发展有限公司与山东新华书店集团有限公司、山东新昕资产管理经营有限公司股东出资纠纷一案二审民事判决书.....	122
北京中金国科文化发展有限公司与山东新华书店集团有限公司、山东新昕资产管理经营有限公司股东出资纠纷一案一审民事判决书.....	130
北京中金汇金创业投资中心（有限合伙）诉宫俊林公司增资纠纷一案.....	136

北京中金同合创业投资中心（有限合伙）诉宫俊林公司增资纠纷一案	139
被告人郭浩贪污一案刑事判决书	142
被告人伍顺成贪污一审刑事判决书	149
博智资本基金公司与鸿元控股集团有限公司其他合同纠纷二审民事判决书	156
博智资本基金公司与上海鸿元企业发展有限公司、上海欣鸿投资管理有限公司等不当得利纠纷二审民事判决书	170
蔡某某与袁某股东资格确认纠纷一案二审民事判决书	180
曹琳与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷一案二审民事裁定书	183
曾育贤与龙岩市华凯投资有限公司、福建泰龙电力有限公司民间委托理财合同纠纷一审民事判决书	190
柴国生与李正辉股权转让纠纷上诉案	192
常明玉与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷二审民事判决书	203
常州和裕创业投资有限公司诉被告四川柏狮光电技术有限公司、叶建、陈野、吴涛祥、王鹏公司增资纠纷一案一审民事裁定书	216
陈黎明与胡思友合同纠纷二审民事判决书	221
陈良明、谢细笑等与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷一审民事判决书	225
陈笑玲与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷一审民事判决书	229
陈远豪与中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司证券纠纷一案二审民事判决书	233
成都高投创业投资有限公司与成都新方向科技发展有限公司股权转让纠纷一案一审民事判决书	240
成都新方向科技发展有限公司、四川久远新方向智能科技有限公司与通联资本管理有限公司与公司有关的纠纷二审民事判决书	245
迟伟与伟景行科技股份有限公司请求变更公司登记纠纷一案一审民事判决书	252
鼎智投资有限公司与张凯钧与公司有关的纠纷一案一审民事判决书	255
杜永勤与南京宝色股份公司所有权纠纷二审民事裁定书	259
福建金欣华创业投资有限公司、廖晓兰合同纠纷二审民事判决书	262
福建省亚通创新集团有限公司与余孔琳与公司有关的纠纷一案一审民事判决书	266
傅小玲与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一案一审民事判决书	269
宫俊林上诉湖南华瑞中金投资企业（有限合伙）股权转让纠纷一案	271
龚晓兰与沈庆元股票权利确认纠纷一案二审民事判决书	275
谷序文申请不予执行仲裁裁定一案执行裁定书	286

谷序文申请不予执行仲裁裁决一案执行裁定书	289
谷序文与浙江中科东海创业投资合伙企业（有限合伙）等申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书	292
关于谷序文申请不予执行仲裁裁决的执行裁定书	304
关于林和平、武汉施瑞福生物技术有限公司申请不予执行仲裁裁决一案的执行裁定书	309
广东永怡集团股份有限公司与华龙证券股份有限公司证券承销合同纠纷一审民事判决书	326
郭雪燕与红楼(上海)快递有限公司保证合同纠纷一审民事判决书	333
邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司合同纠纷二审民事裁定书	338
杭州家庭医生健康产业有限公司与英凡（杭州）医药网络科技有限公司合同纠纷一审民事判决书	340
杭州青巢创业投资合伙企业与赵德民股权转让纠纷一审民事判决书	344
黄春选与瑞寰教育投资管理有限公司股权转让纠纷二审民事裁定书	348
黄溪元申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书	351
黄溪元与江苏众合创业投资有限公司申请撤销仲裁裁决一案民事裁定书	354
黄秀珠、孙海等与福建今日特价网络有限公司新增资本认购纠纷一审民事判决书 ...	357
嘉兴市欧普电器有限公司与欧普照明股份有限公司等侵害商标权纠纷一审民事判决书	360
嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业、袁小明合同纠纷二审民事判决书	374
江苏宏溥科技有限公司与常州永安公共自行车系统股份有限公司侵害发明专利权纠纷一审民事判决书	377
吸收公众存款罪二审刑事裁定书	384
江一平与上海蒂森机械制造有限公司股东资格确认纠纷一审民事判决书	393
江阴市中科蓝天创业投资有限公司、浙江中科东海创业投资合伙企业等与林和平、谷序文执行裁定书	396
姜琴与上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼其他合同纠纷一审民事判决书	399
金童资产管理(上海)有限公司、浙江致中和实业有限公司与建德致中和酒销售有限公司服务合同纠纷二审民事判决书	402
荆纪国与陈黎明、湖南大康国际农业食品股份有限公司股权转让纠纷一审民事判决书	409

拉萨涌金慧泉投资中心与王书平股权转让纠纷一审民事判决书	415
黎玲玲与上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼其他合同纠纷一审民事判决书 ...	418
李慧与中国银河证券股份有限公司劳动争议二审民事判决书	421
李慧与中国银河证券股份有限公司劳动争议一审民事判决书	424
李军危险驾驶、非国家工作人员受贿一审刑事判决书	430
李黎明职务侵占一审刑事判决书	434
李某甲非国家工作人员受贿罪一审刑事判决书	463
李廷福、新疆佳晖奇茂股权投资有限合伙企业合伙协议纠纷、股权转让纠纷二审民事判决书	472
李学华、侯敏与方正证券股份有限公司、北大方正集团有限公司证券虚假陈述责任纠纷一审民事裁定书	475
李正辉诉柴国生财产损害赔偿纠纷案	477
连云港市德邦精细化工有限公司与北京利亚保险代理有限公司股权转让纠纷案	480
廖晓兰与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷一审民事判决书	489
林曲怀与奈步（中国）有限公司、林火炎民间借贷纠纷一审民事判决书	492
林英、谢巧华等与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷一审民事判决书	496
刘昌建与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一审民事判决书	500
刘来宝与罗莹、裴健松股权转让纠纷二审民事判决书	502
刘某某与曾某 1、曾某 2 遗嘱继承纠纷一审民事判决书	505
刘某挪用公款一审刑事判决书	506
刘守慧与汉银投资（厦门）有限公司、福建泰龙电力股份有限公司合同纠纷二审民事判决书	507
刘文光与广东雄关农业科技实业有限公司与公司有关的纠纷一审民事判决书	509
刘毓钧受贿一审刑事判决书	512
刘壮超与汕头市浩力投资有限公司、广东壮丽彩印股份有限公司股权转让纠纷一审民事判决书	515
陆宏与洪敏雄、福建簪城科技竹业有限公司公司增资纠纷一审民事判决书	519
陆某与邵某股权转让纠纷一案一审民事判决书	526
吕丽萍与徐建军股权转让纠纷一审民事判决书	529
绿城集团有限公司与 Tra 一案二审民事判决书	533

马浩川与邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司合同纠纷二 审民事裁定书	540
南京博发投资咨询有限公司与江苏阳山硅材料科技有限公司请求公司收购股份纠纷二 审民事判决书（2）	542
南京博发投资咨询有限公司与江苏阳山硅材料科技有限公司请求公司收购股份纠纷一 案二审民事判决书	545
南京博发投资咨询有限公司与江苏阳山硅材料科技有限公司请求公司收购股份纠纷一 审民事判决书	548
宁波 A 控股集团有限公司与上海 B 投资发展有限公司（原名深圳市 E 投资发展有限公 司）与公司有关的纠纷一案一审民事判决书	551
宁京涛与世纪证券有限责任公司劳动争议一审民事判决书	561
欧普照明股份有限公司等与嘉兴市欧普电器有限公司侵害商标权纠纷二审民事判决书	565
欧普照明股份有限公司与厦门雷士光电科技有限公司侵害商标权纠纷一审民事判决书	582
欧普照明股份有限公司与韶关市韶光工贸发展有限公司、嘉兴市欧普电器有限公司侵 害商标权纠纷一审民事判决书	585
彭鑫与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷二审民事判决书	590
其他与公司有关的纠纷一案一审民事判决书	603
泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司等二审行政判决书	608
泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司等二审行政判决书	614
泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司等二审行政判决书	620
泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司等二审行政判决书	626
泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司侵害商标权纠纷二 审民事判决书	632
泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司侵害商标权纠纷一 审民事判决书	643
泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与中国证券监督管理委员会一审行政裁定书	650

瑞寰教育投资管理有限公司与陕西大德教育产业开发有限公司、西安大德房地产开发有限公司等申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书	652
沙蓓与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一审民事判决书	663
厦门东方汇富股权投资合伙企业与洪敏雄、福建篁城科技竹业有限公司公司增资纠纷一审民事判决书	665
陕西航天红土创业投资有限公司与张勤福股权转让纠纷一审民事判决书	671
上海秉原旭股权投资发展中心、邢雪森、姜辉燕、雪龙黑牛股份有限公司联营合同纠纷一审民事判决书	675
上海家化联合股份有限公司其他与公司有关的纠纷一审民事判决书	684
上海家化联合股份有限公司与王茁与公司有关的纠纷二审民事判决书	688
上海嘉石投资有限公司与连云港鼎发投资有限公司、朱立起股权转让纠纷一审民事判决书	694
上海联合汽车（集团）有限公司与上海联合汽车大道开发建设有限公司公司决议撤销纠纷一案一审民事判决书	703
上海联合汽车大道开发建设有限公司与有限公司公司决议撤销纠纷一案二审民事判决书	715
上海市 xxx 律师事务所与常 xx 名誉权纠纷一案一审民事判决书	724
上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼与姜琴股权转让纠纷二审民事判决书	727
上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼与黎玲玲其他合同纠纷二审民事判决书 ...	730
上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼与王琳琳股权转让纠纷二审民事判决书 ...	734
上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼与王志海股权转让纠纷二审民事判决书 ...	738
上海星聚投资管理有限公司与南京钢铁联合有限公司股权转让纠纷一案一审民事判决书	741
上海星聚投资管理有限公司与南京钢铁联合有限公司股权转让纠纷一审民事判决书	746
上海银臣企业集团有限公司与高远控股有限公司、邹蕴玉委托合同纠纷一审民事判决书	751
邵寅源与嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业、何关金合同纠纷一审民事判决书	754
余勇、常厚春股权转让纠纷二审民事判决书	759
余勇、常厚春股权转让纠纷二审民事判决书	770
深圳东方艺术研究会与古少明申请撤销仲裁裁决民事裁定书	781
深圳东方艺术研究会与古少明申请撤销仲裁裁决一案民事裁定书	787
深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）与徐茂栋等股权转让纠纷一审民事判决书	793

深圳市富安娜家居用品股份有限公司诉被告杨建兵合同纠纷民事判决书	800
深圳市华源轩家具股份有限公司与天津雷石信创股权投资合伙企业民事其他一案二审民事判决书	807
深圳市建银南山创业投资合伙企业（有限合伙）与侯庆华,戴玲,潘宇明股权转让纠纷一案民事判决书	813
深圳市君威投资发展有限公司与中龙建电力建设股份有限公司、蔡鲤泽股权转让纠纷一案民事判决书	818
深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司与内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司,内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司梅林分公司不正当竞争纠纷一案民事判决书	822
深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司与内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司不正当竞争纠纷一案民事判决书	828
宋凤来与李咏青股权转让纠纷一案民事判决书	834
苏州金螳螂投资管理中心与黄溪元深圳市华源轩家具股份有限公司公司增资纠纷一案民事判决书	839
孙 a 与 A 银行股份有限公司上海闵行支行委托理财合同纠纷一案一审民事判决书 ...	846
孙光祥与中国农业银行股份有限公司上海闵行支行委托理财合同纠纷一案二审民事判决书	850
孙建蓉与东莞卓志投资合伙企业、远梦家居用品股份有限公司合伙协议纠纷一案民事判决书	853
孙青与深圳书城南山城实业有限公司、广东威扬文化传播有限公司、广东嘉应音像出版有限公司著作权权属、侵权纠纷一案二审民事判决书	856
孙世海与中欧汽车电器有限公司、吴国琳股权转让纠纷一案民事判决书	860
孙文君与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷二审民事判决书	863
索尼音乐娱乐中国控股有限公司诉北京永盛潮流国际文化发展有限公司侵犯录音录像制作者权纠纷一案	877
唐五一与长沙捷鼎投资管理合伙企业、湖南省青苹果数据中心有限公司湖南金科投资担保有限公司、郑志祥公司增资纠纷一案二审民事判决书	881
天津达晨盛世股权投资基金合伙企业（有限合伙）与蒋小林等股权转让纠纷一案一审民事判决书	890
汪兆海、杨乃义与深圳中科汇商创业投资有限公司、大庆市中科汇银创业投资有限责任公司其他合同纠纷二审民事判决书	893
王琳琳与上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼其他合同纠纷一案一审民事判决书 ...	898
王某 1、傅某 1 等与傅某 3 法定继承纠纷一案民事判决书	901

王志海与上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼其他合同纠纷一审民事判决书 ...	904
危嘉与南方工业资产管理有限责任公司等合同纠纷二审民事判决书	907
魏东新与方正证券股份有限公司、北大方正集团有限公司证券虚假陈述责任纠纷一审民事裁定书	922
魏庆福等上诉航天信息股份有限公司职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷一案	925
魏庆福等职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷审判监督民事判决书	933
吴康森与丁灿阳与公司有关的纠纷一审民事判决书	945
吴信平与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷一审民事判决书	947
夏咏梅诉华栋（芜湖）一期股权投资基金（有限合伙）公司增资纠纷一案二审民事判决书	952
谢天希与徐建军股权转让纠纷一审民事判决书	960
新疆宜东股权投资有限合伙企业与陈友标、广东华业包装材料有限公司新增资本认购纠纷、买卖合同纠纷一审民事判决书	963
徐建军诉吕丽萍股权转让纠纷一案二审民事判决书	969
徐建军诉谢天希股权转让纠纷一案二审民事判决书	972
徐某与夏某股权转让纠纷一案一审民事判决书	975
徐耀康与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一审民事判决书	978
许燕萌与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一审民事判决书	980
羊公亮与申通快递股份有限公司、中加企业有限公司合同纠纷二审民事判决书	982
杨剑锋与迟伟、伟景行科技股份有限公司请求变更公司登记纠纷二审民事判决书 ...	991
杨昇林、邯郸红日冶金有限公司合同纠纷二审民事判决书	997
杨昕玮犯受贿罪二审刑事判决书	1005
洋浦经济开发区人民检察院指控李某敏犯受贿罪、贪污罪一案的刑事裁定书	1009
伊犁颐源智地投资有限公司与萍乡市富海新能投资中心等单位增资纠纷一案一审民事判决书	1017
伊犁颐源智地投资有限公司与中国证券登记结算有限责任公司、华锐风电科技（集团）股份有限公司等单位增资纠纷一案二审民事判决书	1027
尤庆一与福建今日特价网络有限公司新增资本认购纠纷一案一审民事判决书	1038
游爱国与上海纳印投资管理有限公司、周健公司决议效力确认纠纷一案一审民事判决书	1041
袁小明与何关金合同纠纷一审民事判决书	1045

袁小明与嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）合同纠纷一案一审民事判决书	1048
袁小明与嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业、何关金合同纠纷一案一审民事判决书	1052
原告郭三胜与被告丁灿阳与公司有关的纠纷一审民事判决书	1057
原告黄春选与被告瑞寰教育投资管理有限公司股权转让纠纷一案的民事判决书	1059
原告金童资产（上海）管理有限公司与被告浙江致中和实业有限公司服务合同纠纷一 审民事判决书	1062
原告缪露斐诉被告上海利合股权投资合伙企业、被告王馨羚合伙企业纠纷一审民事判 决书	1070
原告上海复星创富股权投资基金合伙企业诉被告上海宣通实业发展有限公司等与公司 有关的纠纷一审民事判决书	1074
原告姚霞与被告长沙素加营养品有限公司、合生元国际控股有限公司劳动争议一案的 民事判决书	1078
原告张添福与被告丁灿阳与公司有关的纠纷一审民事判决书	1083
原告中企汇鑫南京股权投资基金中心（有限合伙）与被告马志伟股权转让纠纷一案的 民事判决书	1085
张红等与北京盛何欣怡灯饰经营部等侵害商标权纠纷二审民事判决书	1090
张剑飞与邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司合同纠纷二 审民事裁定书	1098
张金福与北京保利国际拍卖有限公司申请撤销仲裁裁决民事裁定书	1100
张凯钧与 TOPWISE INVESTMENT LIMITED 股权转让纠纷民事二审程序民事判决书	1103
张向东与邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司合同纠纷二 审民事裁定书	1108
长沙捷鼎投资管理合伙企业与唐五一、湖南省青苹果数据中心有限公司公司增资纠纷 一审民事判决书	1110
长沙亚兴置业发展有限公司与北京师大安博教育科技有限公司合同纠纷二审民事 判决书	1115
浙江交隧集团有限公司与中交路桥建设有限公司、中国交通建设股份有限公司建设工 程施工合同纠纷一审民事判决书	1123
浙江新农实业有限公司与方正证券股份有限公司房屋买卖合同纠纷一审民事判决书	1142
郑汉基（CHUNG HAN GI）与上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙）申请撤销仲裁裁 决一审民事裁定书	1148

郑汉基（CHUNG HAN GI）与上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙）申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书	1153
中国风险投资有限公司与北京匡富投资有限公司等股权转让纠纷一案一审民事判决书	1158
中国风险投资有限公司与李依璇、邸建军等股权转让纠纷一案一审民事判决书	1164
中静汽车投资有限公司与上海铭源实业集团有限公司股权转让纠纷一案二审民事判决书	1170
中静汽车投资有限公司与上海铭源实业集团有限公司股权转让纠纷一案一审民事判决书	1178
钟立君与湛江市赤坎区地方税务局、广东省湛江市地方税务局金融行政管理一审行政判决书	1185
周健诉上海纳印投资管理有限公司等公司决议效力确认纠纷一案二审民事判决书 .	1190
朱立起、连云港鼎发投资有限公司等股权转让纠纷一案二审民事判决书	1193
朱立起诉上海嘉石投资有限公司股权转让纠纷一案二审民事判决书	1199
朱某乙贪污一审刑事判决书	1204
朱某与叶某股东资格确认纠纷一案一审民事判决书	1206
朱乔春与天健会计师事务所、重庆博腾制药科技股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷一案一审民事判决书	1208
朱小鹏受贿一审刑事判决书	1213
株式会社光荣特库摩游戏与北京三鼎梦软件服务有限公司侵害计算机软件著作权纠纷一案一审民事判决书	1218
庄圣贤与方正证券股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷一案一审民事裁定书	1224

A 公司与 C 公司与公司有关的纠纷一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院

民事判决书

(2013)沪一中民四(商)终字第 574 号

上诉人(原审被告)A 公司。

上诉人(原审被告)陈 B。

两上诉人的共同委托代理人孟西,广东融关律师事务所律师。

两上诉人的共同委托代理人彭瑞宁,广东融关律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)C 公司。

委托代理人陈恒,上海中夏旭波律师事务所律师。

委托代理人郑新安,浙江海册律师事务所律师。

上诉人 A 公司(以下简称 A 公司)、陈 B 因其他与公司有关的纠纷一案,均不服上海市闵行区人民法院(2012)闵民二(商)初字第 1832 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2013 年 3 月 27 日受理后,依法组成合议庭,并于 2013 年 4 月 9 日公开开庭进行了审理。上诉人 A 公司、陈 B 的共同委托代理人孟西、彭瑞宁,被上诉人 C 公司(以下简称 C 公司)的委托代理人陈恒、郑新安到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院查明,2011 年 1 月 11 日,中国证券监督管理委员会(以下简称证监会)作出《关于核准 D 公司(以下简称 D 公司)非公开发行股票的批复》,载明:“你公司报送的《D 公司关于非公开发行人民币普通股(A 股)的请示》(深拓日字[2010]008 号)及相关文件收悉。根据《公司法》、《证券法》和《上市公司证券发行管理办法》(证监会令第 30 号)等有关规定,经审核,现批复如下:一、核准你公司非公开发行不超过 3,850 万股新股;二、本次发行股票应严格按照报送我会的申请文件实施;三、本批复自核准发行之日起 6 个月内有效;四、本批复自批准发行之日起至本次股票发行结束前,你公司如发生重大事项,应及时报告我会并按有关规定处理。”

2011 年 1 月 13 日,D 公司的董事会作出《关于非公开发行 A 股股票申请获得证监会核准的公告》,称将根据证监会批复要求和公司股东大会的授权尽快办理本次非公开发行股票相关事宜,本次发行的保荐人为海通证券股份有限公司(以下简称海通证券),保荐代表人为程 E、桑 F,发行人 D 公司的联系人为刘 G、任 H。

2011 年 2 月 21 日,D 公司发出《D 公司非公开发行股票认购邀请书》,载明:“一、认购对象与条件:1、认购对象。本次非公开发行的发行对象为证券投资基金管理公司、证券公司、信托投资公司、财务公司、保险机构投资者、合格境外机构投资者及其他符合法律法规规定的投资者等不超过十名的特定对象。2、认购数量。每一认购对象的最低有效申购数量不得低于 385 万股(含 385 万股),超过 385 万股的必须是 10 万股的整数倍。每一认购对象最多申购数量不得超过 3,850 万股(含 3,850 万股)。如有投资者填写申购数量超过这一上限,则其超出上限的部分无效。认购对象填写的《申购报价单》中有三档报价,低于上一档申报价格的报价,其对应的申购数量应不少于上一档申报价格对应的申购数量。证券投资基金管理公司以其管理的 2 只以上基金认购的,视为一个发行对象。资产管理公司以其管理的 2 个以上组合认购的,比照证券投资基金。3、认购价格。本次发行价格根据本邀请书‘三、发行价格、发行对象及分配股数的确定程序和规则’所规定的程序和规则确定。4、股份锁定安排。本次非公开发行的股份自发行结束之日起 12 个月内不得转让。二、认购时间安排:1、接到本邀请书后,认购对象如欲认购,请将填妥的《申购报价单》及本邀请函之附件二所列示的全部文件于 2011 年 2 月 23 日(T+1 日)9:00-12:00 之间传真至保荐人(主承销商)海通证券处。认购对象参加本次申购应缴纳的履约保证金为人民币(以下币种相同)800

万元。缴纳履约保证金的划款凭证应于 2011 年 2 月 23 日（T+1 日）12:00 前传真至保荐人（主承销商）海通证券处，并保证履约保证金在 2011 年 2 月 23 日（T+1 日）17:00 前全额汇至本次发行申购款项缴款专用账户。2、发行人和主承销商收到上述《申购报价单》后，将根据证监会的有关规定和本邀请书所规定的程序和规则确定本次发行的价格、最终发行对象和股份分配数量，并尽快向最终发行对象发出《缴款通知书》。……三、发行价格、发行对象及分配股数的确定程序和规则：1、本次申报价格。本次申报价格应不低于每股 20.97 元，认购对象应在该价格基础上，根据不同的认购股份数量，以增加 0.01 元的整数倍的形式确定其申报价格，每个认购对象申报的价格不超过三档。2、发行价格及定价方式。在本次非公开发行底价（即 20.97 元，公司在 2010 年 5 月 18 日实施了 2009 年度利润分配，按每 10 股派发现金红利 0.35 元[含税，扣税后，个人、证券投资基金、合格境外机构投资者实际每 10 股派 0.315 元]，故本次非公开发行的发行底价由 21 元相应调整为 20.97 元/股）上向目标投资者进行询价，保荐人（主承销商）对全部报价进行簿记建档后，将全部认购对象有效申购价格按照从高到低的顺序排列，以不超过十名认购对象有效申购资金的总和能够满足募集资金 81,000 万元的最高价格为发行价格；若认购对象不足十名，且其全部有效申购资金相加仍不足 81,000 万元，则在将所有有效申购价格按照从高到低的顺序排列后，最后一名认购对象的申购价格即为发行价格。……5、申购不足的情形及其配售规则。若本次发行出现申购不足的情形，即认购对象不足十家且其全部有效申购数量乘以发行价，募集资金总和不足 81,000 万元，则剩余部分将在已确定的发行价格上，按照本次发行已确认的配售对象排列次序，依次优先满足已确认配售对象的追加购买需求。若仍不足，将由发行人董事会决定是否向其他认购对象配售及具体配售数量。本次发行结束后，配售对象不超过十名，且本次募集资金总额不超过 81,000 万元。6、签署认购协议及全额股款的缴纳。在确定本次非公开发行的发行对象后，发行人与获配对象签署《D 公司非公开发行股票认购协议》，并向其发出《缴款通知书》。发行对象应按要求在规定的时间内缴齐全部认股款项。如因任何发行对象不能及时缴纳全部认股款项而导致本次发行不能足额完成，除将其履约保证金及期间产生的利息收归发行人所有外，其获得的配售数额将由发行人董事会决定是否向其他申购者配售及具体配售数量。……四、特别提示：……8、本邀请书所附《申购报价单》为无条件确认书，接受人一旦申报，即有法律效力。9、本邀请书的发出、《申购报价单》的接收、《缴款通知书》的发出、发行价格、发行对象及分配股数的确定，由国浩律师集团（深圳）事务所进行见证。”

2011 年 2 月 25 日，C 公司向 D 公司发出《申购申请函》、《申购报价单》，同意按每股 21 元的价格认购 395 万股 D 公司非公开发行的股票。同时向深圳证券交易所（以下简称深交所）作出《股份锁定承诺》，承诺自本次发行股票上市之日起 12 个月内，不转让本次发行所认购的 D 公司股票 395 万股，并请深交所对该部分股票予以锁定。

2011 年 2 月 25 日，由 C 公司作为认购人，D 公司作为发行人签订《D 公司非公开发行股票认购协议》，载明：“鉴于：……3、2011 年 1 月 13 日，发行人经证监会证监许可[2011]52 号《关于核准 D 公司非公开发行股票的批复》核准，以非公开发行方式发行不超过 3,850 万股的新股，本次非公开发行所募集资金将用于投资 150MW 非晶硅光伏电池生产线项目。4、认购人已详细阅读了《认购邀请书》，有意通过认购发行人本次非公开发行的股票而成为发行人的股东，并承诺按照《认购邀请书》规定的条件、方式与规则参与发行人的发行询价及其他与发行认购相关的程序和事项。5、根据《认购邀请书》要求，认购人已递交了有效的《申购报价单》及附件，并被确认为发行对象。6、双方愿意依照《认购邀请书》确定的原则、价格条件、发行程序认购本次非公开发行的股票，并签署本协议。……第二条关于本次非公开发行的审批：2.1、2010 年 3 月 19 日，发行人 2010 年第二次临时股东大会审议通过了本次非公开发行相关的议案，同意发行人在取得证监会批准的前提下，非公开发行人民币

普通股（A 股）股票并上市。2.2、2011 年 1 月 13 日，证监会以证监许可[2011]52 号文核准发行人以非公开发行的方式，发行不超过 3,850 万股的新股，用于投资 150MW 非晶硅光伏电池生产线项目。第三条股票发行的价格：3.1、经发行人股东大会批准，本次非公开发行的股票的发行价格不低于发行人第二届董事会第二次会议决议公告日（2010 年 3 月 3）前二十个交易日发行人股票均价的 90%，即 21 元/股（注：公司在 2010 年 5 月 18 日实施了 2009 年度利润分配，按每 10 股派发现金红利 0.35 元，故本次非公开发行的发行底价由 21 元相应调整为 20.97 元/股）。3.2、根据本次非公开发行的发行询价情况，本次非公开发行的股票的价格最终定为每股 21 元。第四条股票认购的数量和认股款项的支付、退还：4.1、根据《认购邀请书》及认购人填报的《申购报价单》，认购人获配本次非公开发行的股票的数量为 395 万股。4.2、认股款项支付的时间和方式为认购人应于本协议签署后，在收到发行人《缴款通知书》所规定的时间内，以现金方式将认股款项 8,295 万元（含抵扣的履约保证金）一次性付至《缴款通知书》指定的本次申购款项缴款专用账户。4.3、认购人在递交《申购报价单》时所交纳的履约保证金 800 万元将在支付认股款项时予以抵扣。第五条发行人承诺：5.1、发行人保证本次非公开发行的发行程序符合国家法律、行政法规和发行人章程的规定。5.2、发行人已经就本次非公开发行事项取得其内部所有的批准。5.3、发行人将积极取得与本次非公开发行有关的全部批准文件，但根据相关法律法规规定需由认购人取得的除外。……第七条本次认购股份的锁定期：7.1、根据相关法律、行政法规的规定以及认购人在认购本次非公开发行的股票的《申购报价单》中的承诺，认购人本次认购的发行人 395 万股股票的上市锁定期为 12 个月。7.2、认购人在锁定期内不得将本次认购的发行人股票出售。”

原审法院另查明，2011 年 2 月 25 日，由 C 公司作为甲方，A 公司作为乙方，陈 B 作为丙方签订《协议书》1 份，载明：“鉴于：1、D 公司系一家依法在深交所挂牌交易的 A 股上市公司，股票代码 002218。D 公司于 2010 年 1 月 14 日经证监会发行审核委员会审核通过，拟向特定对象非公开发行股票（发行对象不超过 10 名，发行股数不超过 3,850 万股）。2、乙方系 D 公司的股东，持有 D 公司 60,955,200 股股份；丙方系 D 公司实际控制人，担任 D 公司董事长。3、甲方或其控制的关联公司于 2011 年 2 月 25 日认购 D 公司本次非公开发行的 395 万股股票。甲乙丙三方经友好协商，就甲方或其控制的关联公司认购本次非公开发行股份事宜，达成以下补充协议，作为甲方或其控制的关联公司认购 D 公司股份相关文件的补充文件。第 1 条释义：1.1、认购股份，指甲方或其控制的关联公司认购本次非公开发行股票股票的总股数；1.2、认购成本，指甲方或其控制的关联公司认购股份所支付的全部资金总额；1.3、收入，指甲方或其控制的关联公司于出售期内在二级市场出售全部认购股份的收入（出售股价*认购股份-交易佣金-印花税）；1.4、净收益，指甲方或其控制的关联公司于出售期内在二级市场出售全部认购股份的收入，扣除认购成本的收益；1.5、保底收益，指认购成本*8%；1.6、出售期，指认购股份锁定期结束后 20 个交易日。第 2 条：甲方或其控制的关联公司认购本次 D 公司非公开发行股票的数量为 395 万股，认购价格为每股 21 元，认购成本为 8,295 万元，认购资金已划入保荐人为本次非公开发行专门开立的账户。甲方购买 D 公司非公开发行业股票的锁定期为 12 个月。第 3 条：甲方或其控制的关联公司持有的认购股份在出售期内应全部在二级市场出售。若各方书面协商一致，可以延长出售期。第 4 条：甲方需按协议约定的价格和股数认购本次 D 公司非公开发行的股票。若净收益低于保底收益，乙方承诺补足甲方净收益和保底收益之间的差价，丙方对此补足事宜承担连带责任。第 5 条：若出现第 4 条所示情况，乙方承诺在甲方或其控制的关联公司出售全部认购股份后 3 个工作日内，以现金方式向甲方补足净收益和保底收益之间的差价，甲方开具发票给乙方，甲方因分享收益而产生的税收，由甲方自行承担。逾期支付的，违约方须额外承担应汇金额每天万分之五的违约金。第 6 条：甲方或其控制的关联公司应事先告知乙方在出售期内关于出售认购股份的交易

易安排，有关交易清单应在每笔交易结束后 2 个工作日内提供给乙方。在认购股份出售完毕后 3 个工作日内，甲方或其控制的关联公司和乙方确认投资收益情况，并确定是否有按本协议第 4 条规定的需要补足的具体金额。第 7 条：本协议各方应当在对本协议及磋商中所涉及的各方的任何信息、资料、情况和本协议及其内容等予以保密。第 8 条：除甲方自身原因外，其余原因导致本协议无效的，乙方应赔偿甲方损失，甲方损失为净收益低于保底收益的差额部分，丙方对乙方的赔偿责任承担连带担保责任。”嗣后，C 公司于 2011 年 3 月 4 日再次向深交所作出股份锁定承诺，承诺自本次发行股票上市之日起 12 个月内，不转让本次发行所认购的 D 公司股票 395 万股，并请深交所对该部分股票予以锁定。

D 公司董事会于 2012 年 3 月 13 日作出《D 公司非公开发行股票限售股份上市流通提示性公告》，载明：“D 公司于 2011 年 4 月 19 日召开 2010 年度股东大会，审议通过了 2010 年度利润分配及资本公积金转增股本方案：以公司当时总股本 326,500,000 股为基数，向全体股东进行利润分配，每 10 股转增 5 股送现金 0.50 元（含税）。其中涉及到 C 公司的限售股份从 395 万股变化为 5,925,000 股，并对限售股份作出上市流通安排即本次限售股份可上市流通时间为 2012 年 3 月 19 日，可上市流通股份的总数为 57,750,000 股，占公司目前总股本的 11.79%，C 公司即属于本次解除限售的股东，解除限售数量为 5,925,000 股。而基于上述利润分配，C 公司获得了股利现金为 158,000 元，故 C 公司实际净收益为 53,983,840.25 元。2012 年 4 月 6 日，C 公司向 A 公司、陈 B 发出《交易安排告知书》，载明：根据《协议书》第 6 条约定，C 公司特将出售认购股份的交易安排告知 A 公司、陈 B，C 公司将于 2012 年 4 月 9 日起出售持有的 D 公司于 2011 年非公开发行的股票。D 公司负责本次非公开发行股票的联系人刘 G 于 2012 年 4 月 9 日在该告知书中签字注明“双方协商以补充协议执行”。2012 年 4 月 11 日，C 公司向 A 公司和陈 B 发出《通知书》称：“一、鉴于《协议书》约定，我司在出售期内出售股票需在二级市场出售前告知交易安排。为此我司现通知贵司，C 公司将在出售期届满之日前，按前一交易日的收盘价以大宗交易方式出售全部所持股票，交易清单将在交易结束后两个工作日内提供给贵司。二、鉴于《协议书》约定贵司在我司出售股票获得的净收益低于保底收益的。由贵司承担补足义务并由陈 B 先生承担担保义务，所以请贵司做好履行合同的准备。三、鉴于《协议书》约定双方书面协商一致的，可延长出售期。为此我司根据贵司意见就延长出售期一事提出相关方案（见附件），贵司若同意请在 2012 年 4 月 13 日前告知我司并签订合同，否则我司将按此前《协议书》履行。”该通知书的邮寄地址为广东省深圳市南山区侨城北路香年广场南区主楼 A 座 8**号。嗣后，C 公司与 A 公司及 D 公司并未达成延长出售期的补充协议，C 公司于 2012 年 4 月 17 日将其认购的非公开发行股票通过大宗交易的方式在二级市场进行出售，成交价格为 9.10 元/股，成交金额为 53,917,500 元，交易佣金为 37,742.25 元，印花税 53,917.50 元，清算金额即净收益为 53,825,840.25 元。2012 年 4 月 19 日，C 公司将上述交易情况以结算通知书的方式邮寄给 A 公司及陈 B，并要求 A 公司及陈 B 在 2012 年 4 月 21 日之前支付 C 公司差价款 35,760,159.75 元。该结算通知书的邮寄地址为广东省深圳市南山区侨城北路香年广场南区主楼 A 座 8**号。

原审法院又查明，2011 年 10 月 21 日，A 公司将企业迁移至上海市工商行政管理局闵行分局登记注册，迁移地址至上海市闵行区中春路 9**号第 11 栋 2 楼 A3*室。虽 A 公司完成了上述地址的工商变更手续，但 A 公司实际经营地址仍位于广东省深圳市南山区侨城北路香年广场南区主楼 A 座 8**号，原审法院寄送诉讼材料并由 A 公司签收邮件的地址亦为该地址。原审法院再查明，D 公司股票自 2012 年 4 月 19 日至今的股份持续走低，2013 年 2 月 4 日该股收盘价为 6.05 元。

原审法院认为，本案的主要争议焦点是 C 公司与 A 公司、陈 B 所签订协议书中涉及到补偿承诺的效力问题。根据我国合同法第 52 条第 5 项的规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效，合同法司法解释（二）第 14 条将合同法第 52 条第 5 项规定的强制性规定限缩

解释为效力性强制性规定。效力性规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效，或者虽未明确规定违反将导致合同无效，但违反该规定如使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的，也应当认定该规定是效力性强制性规定，故只有违反了效力性强制性规定的，才应当认定合同无效。对此，A 公司、陈 B 援引了我国公司法第 3 条、第 127 条、第 167 条第 3 款、证券法第 27 条、合同法第 5 条、第 52 条第 3 项等规定作为认定系争协议书无效的法律依据。结合本案具体的投资方式，D 公司通过非公开发行新股的方式进行资金募集，且是向特定对象发出认购邀请书，相对于公开募集而言，该种资金的融资方式即私募，C 公司正是专门投资这类基金、股票，且有丰富经验的专业投资者；加之 C 公司投资的是上市公司非公开发行的股票，故本案的具体投资方式应为私募股权投资。以下将结合本案系争私募股权投资的方式及其主要特征、协议书中涉及到对投资净收益与保底收益之间差价补偿条款的效力进行详细的阐述。

第一、关于本案系争的私募股权投资的方式。广义的私募股权投资涵盖了企业首次公开发行前各阶段的权益投资，也涵盖对企业上市后的各阶段的各种私募权益投资。涉及到本案的私募股权投资的方式为“上市后私募投资”，即私人股权投资已上市公司股份，明确为私人投资或共同基金以低于当时市场价值的价格买入一家公司的普通股。相对于上市公司发行新股等传统的融资手段，上市后私募投资的融资成本和融资效率要相对高一些，在上市后私募投资发行中监管机构的审查更少一些，而且也不需要昂贵的促成股票成功发行的推介活动，这使得获得资本的成本和时间都大大降低，这种投资比较适合一些快速成长为中型企业的上市公司，且这种投资方式使得投资者能够以一个相对于公开市场价格的折扣价格购买股票，同时也为投资者提供以固定价格而不是通过公开市场的更高价格获得相对大的股东地位的机会。但是该类投资主要在上市后进行投资，是否投资主要看公司的现金流和经营团队稳定等情况，收益不可能很高，但安全性高，尤其是在市场不好的情况下，经过股市调整，入股价格更有吸引力。该类投资市盈率一般与二级市场差别不大，而一些机构进行该类投资的目的，并不是单纯的寻求财务投资机会，还包括对战略投资者的定向增发。本案中涉及的上市公司 D 公司通过向证监会提出非公开发行股票的应用，证监会在审核了 D 公司提出的申请之后予以批复，嗣后 D 公司依据该批复在履行相应的上市公司议事规则之后发出认购邀请书，C 公司也正是基于认购邀请书的要求发出申购申请函、报价单及股份锁定承诺书，最终由 C 公司与 D 公司签订非公开发行股票认购协议，而该份认股协议充分体现了 C 公司与 D 公司的真实意思表示，该份协议并未违反法律、行政法规中的效力性强制性规范，协议签订后 C 公司依约支付了相应的认股款，并且在锁定期内未将认购的股票予以出售。在协议约定的锁定期届满之后，C 公司与 D 公司未能就锁定期达成延期的协议，在 D 公司作出限售股解禁公告之后，C 公司将所认购股份予以出售。在股份出售之前 C 公司亦将股票即将出售的事实通知了 A 公司，故原审法院认为 C 公司在出售股票这一过程中并不存在违反认购协议的违约行为，C 公司出售股票是作为私募股权投资者正常的市场行为。至于 C 公司出售股票的价格，由于 C 公司所持股份数量较大，依据证监会的相关规定采用了大宗交易的方式，将股价略低于当日市场价予以出售符合相关规定。更何况结合 D 公司股价走势及目前股票市场价，C 公司出售股票之时将其投资的损失做到了尽可能的减损。虽然认购协议中对于 C 公司股权投资产生的损失未作约定，但结合该种股权投资的特征来看，理应由相应的责任主体对 C 公司的股权投资损失予以一定的补偿。

第二、由上述私募股权投资方式引伸出投资损失的补偿问题。结合本案协议书第 5 条“若净收益低于保底收益，A 公司承诺补足 C 公司净收益和保底收益之间的差价，陈 B 对此补足事宜承担连带责任”、第 8 条“除甲方自身原因外，其余原因导致本协议无效的，A 公司应赔偿 C 公司损失，C 公司损失为净收益低于保底收益的差额部分，陈 B 对 A 公司的赔偿责任承担连带担保责任”。首先，从该份协议书签订的合同主体来看。C 公司系 D 公司非公开发行

股票的认购者，而 A 公司、陈 B 系 D 公司的股东及实际控制人，但应区分该份协议书并非是 C 公司与 D 公司所签订，即并非是认购人与发行人之间所签订的协议，虽然该份协议书与 C 公司、D 公司签订的认股协议存在极大的关联，而从协议书约定的内容来看，该份协议书的主要内容是对于 C 公司私募股权投资可能产生的损失进行了事先约定，即由 D 公司的股东对 C 公司的投资损失予以补偿，但并非由 D 公司对 C 公司的投资损失进行补偿，承担赔偿责任的主体是 D 公司的股东及实际控制人，并非 D 公司本身，这点需要着重明确。即若 C 公司通过私募股权投资成为上市公司 D 公司的限售股股东，该协议书中的补偿约定，也仅是股东与股东及实际控制人之间补偿约定。既然赔偿主体是 D 公司的股东及实际控制人，股东及实际控制人作为独立的公司法人及自然人对其自身所作的承诺而引发的赔偿责任应当独立承担相应的民事责任，上述民事主体即使承担相应的民事责任也并不会损害到 D 公司的公司利益或 D 公司公司债权人的利益，并不违反法律、行政法规中的效力性强制性规定，故 C 公司与 A 公司、陈 B 所签订的协议书体现了各方当事人的真实意思表示，当属有效，对各方当事人均具有合同约束力。其次，A 公司、陈 B 承诺若 C 公司净收益低于保底收益，则由 A 公司承担补足责任，并由陈 B 承担连带责任。即 A 公司系主债务人，且主债务人并没有脱离债的关系，陈 B 加入到 C 公司与 A 公司的债权债务关系中，属于债务加入，由陈 B 与 A 公司共同向 C 公司承担差价部分的赔偿责任，陈 B 与 A 公司为连带债务人。现 C 公司的净收益确实低于协议书约定的保底收益，而 A 公司、陈 B 对 C 公司请求的补偿金额及计算方法并未提出异议，应予确认。现 A 公司、陈 B 并未能按照协议书的约定履行补偿投资损失的合同义务，该行为显然构成违约，且该违约行为给 C 公司造成了相应的损失，协议书亦对该违约行为约定了明确的违约责任，C 公司据此主张要求 A 公司、陈 B 承担赔偿责任并支付违约金的诉请于法有据，应予支持。

原审法院依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第六十条第一款、第一百零七条、第一百零九条、第一百一十四条第一款之规定，作出如下判决：一、A 公司、陈 B 于判决生效之日起十日内支付 C 公司补偿款 35,602,159.75 元；二、A 公司、陈 B 于判决生效之日起十日内支付 C 公司以 35,602,159.75 元为本金，自 2012 年 4 月 22 日起至判决生效之日止，按照每日万分之五的标准计算逾期付款违约金。案件受理费 231,559.51 元，由 A 公司、陈 B 共同负担。

原审法院判决后，A 公司和陈 B 不服，共同上诉于本院，请求撤销原审判决，改判驳回 C 公司在原审提出的全部诉讼请求。上诉理由为：1、系争协议书和认购协议紧密相连，协议书中涉及补偿的条款因违背证券法、公司法等法律有关精神以及损害社会公共利益，应当确定为无效；2、D 公司股价持续下跌并非 A 公司主观过错，C 公司以大宗交易方式低价抛售 D 公司股票，该损失不应由 A 公司承担；3、原审法院错误认定 A 公司的实际经营地仍位于广东省深圳市南山区侨城北路香年广场南区主楼 A 座 8**号，A 公司实际未收到 C 公司寄送的要求抛售 D 公司股票的通知。

C 公司答辩称，系争协议书和认购协议是分别独立并合法有效的合同，上市公司股东之间对股权风险进行约定不违反法律法规的规定，A 公司和陈 B 理应承担相应的责任。原审法院判决正确，应当维持。

在本院审理过程中，各方均未提供新的证据。

本院经审理查明，原审法院认定的事实正确无误，本院予以确认。

本院认为，在本案中，A 公司和陈 B 均认为系争协议书和认购协议紧密相连，协议书中涉及补偿的条款因违背证券法、公司法等法律有关精神以及损害社会公共利益，应当确定为无效。而 C 公司则认为系争协议书和认购协议是分别独立并合法有效的合同，上市公司股东之间对股权风险进行约定不违反法律法规的规定，A 公司和陈 B 理应承担相应的责任。由此，本

案的争议焦点便集中于：系争协议书中有关 A 公司和陈 B 对 C 公司所作之补偿损失承诺是否有效。对此，本院着重分析如下：

本院注意到，C 公司和 A 公司、陈 B 于 2011 年 2 月 25 日签订的协议书的第 4 条载明：C 公司需按协议约定的价格和股数认购本次 D 公司非公开发行的股票。若净收益低于保底收益，A 公司承诺补足 C 公司净收益和保底收益之间的差价，陈 B 对此补足事宜承担连带责任。该条款对于 A 公司和陈 B 的补偿义务作出了原则性的规定，明确了 C 公司若存在损失如何承担的问题。而之后的协议书第 5 条载明：若出现第 4 条所示情况，A 公司承诺在 C 公司或其控制的关联公司出售全部认购股份后 3 个工作日内，以现金方式向 C 公司补足净收益和保底收益之间的差价……逾期支付的，违约方须额外承担应汇金额每天万分之五的违约金。该条款进一步对具体的补偿方式、时间、违约金的承担进行约定。基于以上约定，协议三方继续在第 8 条中明确：除 C 公司自身原因外，其余原因导致本协议无效的，A 公司应赔偿 C 公司损失，C 公司损失为净收益低于保底收益的差额部分，陈 B 对 A 公司的赔偿责任承担连带担保责任。由此可见，协议书的立约三方对于 C 公司就涉案股票的认购若产生损失时该如何进行补偿的意思表示是明确的。根据已经查明的事实，A 公司和陈 B 作为当时寻求定向增发股票的上市公司 D 公司之股东以及实际控制人，本院有理由相信，出于自身利益考虑促成上市公司 D 公司完成本次增发事项，A 公司和陈 B 具有向 C 公司承诺补偿的真实意思表示，即 A 公司和陈 B 与 C 公司签订上述补偿条款具有一定的合理性。本院亦注意到，系争协议书作为一份合同是独立存在的，并不依附于 C 公司与 D 公司签订的认购协议，且在本院审理中亦未发现该协议书相关条款存在无效的情形，故在此本院认同原审法院的认定，认为系争协议书中有关 A 公司和陈 B 对 C 公司所作之补偿损失承诺为有效。此外，本院需要指出的是，综合系争协议书第 4、5、8 条的约定，除 C 公司自身原因外，无论协议书是否有效，A 公司和陈 B 均应补足 C 公司净收益和保底收益之间的差价。

上诉人 A 公司和陈 B 另称，D 公司股价持续下跌并非 A 公司主观过错，C 公司以大宗交易方式低价抛售 D 公司股票，该损失不应由 A 公司承担。对此，本院认为，C 公司在二级市场抛售 D 公司股票的行为符合一般投资者的理性思维，并未发现其有低价抛售的主观故意和事实行为。

上诉人 A 公司和陈 B 还称，原审法院错误认定 A 公司的实际经营地仍位于广东省深圳市南山区侨城北路香年广场南区主楼 A 座 8**号，A 公司实际未收到 C 公司寄送的要求抛售 D 公司股票的通知。就此，本院认为，原审判决对于通知书送达的认定理由并无不当，本院不再赘述。

综上所述，原审法院依据审理查明的事实，对本案所涉纠纷的定性及处理在原审判决文书中作了详尽的阐述，所做出的结论是正确的，本院对此予以认同。上诉人 A 公司和陈 B 的上诉理由均不成立，原审判决认定事实清楚、适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项、第一百七十五条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币 231,559.51 元，由上诉人 A 公司、陈 B 共同负担。

本判决为终审判决。

审判长 顾克强

代理审判员 朱春叶

代理审判员 王伟

二〇一三年六月三日

书记员 林金晶

CROWN CANOPY HOLDINGS SRL 股东知情权纠纷一审民事判决书

上海市静安区人民法院
民事判决书

(2013)静民二(商)初字第 S1041 号

原告 CROWNCANOPYHOLDINGSSRL。

授权代表沈晖，经理。

委托代理人余轶峰，上海市方达律师事务所律师。

委托代理人陈周，上海市方达律师事务所律师。

被告上海和丰中林林业股份有限公司，住宝山区沪太路 XXX 号 XXX 号楼 XXX-XXX 室。

法定代表苏涌，董事长。

委托代理人顾巍巍，北京市环球律师事务所上海分所律师。

原告 CROWNCANOPYHOLDINGSSRL 诉被告上海和丰中林林业股份有限公司股东知情权纠纷一案，由上海市宝山区人民法院移送本院审理。本院于 2013 年 6 月 17 日受理后，依法组成合议庭，于 2013 年 7 月 10 日公开开庭进行了审理。原告的委托代理人余轶峰、陈周，被告的委托代理人顾巍巍到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告诉称，被告成立于 2002 年，原名上海禾阳生物科技发展有限公司。2010 年整体改制为股份有限公司。被告主营业务为造林营林业务。原告系一家注册于巴巴多斯的投资企业，2008 年入股被告，持有被告 24.50%的股权，后因被告公司增资原因，原告先后持有被告 24.924%和 23.80%的股份。原告投资入股被告以及被告整体改制为股份有限公司的商业目的在于被告可以利用原告及其他投资人的投资支持协助被告持续运营成长获利，原告等投资人可以实现合理的投资回报。2012 年 3 月 19 日，被告通过保荐人中国国际金融有限公司（以下简称中金公司）向中国证券监督管理委员会报送了有关上市并首次公开发行股票申请材料。为按照证监会的要求更新上述上市申报材料，被告聘请的毕马威华振会计师事务所有限公司（以下简称毕马威公司）在 2012 年 5 月前对被告截止至 2012 年 3 月 31 日的财务报表进行审计。2012 年 5 月 30 日，毕马威公司向原告告知，在准备补充审计报告过程中发现被告提交的审计材料有造假的严重嫌疑，包括：1、相关林业局对毕马威公司核实被告林权证的询证函的回复中签章不一致；2、此前提供给毕马威公司的显示被告在华夏银行账户内有近人民币（以下币种同）2 亿元存款的华夏银行询证函并非华夏银行出具，此次审计中显示的账户存款金额与实际金额有巨大出入等。2012 年 6 月 7 日，毕马威公司进一步书面致函被告各股东，提示上述问题，表示其不能再对其以往年度为被告出具的审计报告负责，并提请被告各股东对上述事项进行独立核查，提醒被告及被告各股东应采取措施防止被告的以往各期报告被进一步分发及被使用者信赖。原告针对上述问题，要求被告与各方中介沟通并针对问题妥善处理并考虑迅速撤回上市申报材料。2012 年 7 月，被告通过中金公司撤回了所有上市申报材料。就 2 亿元银行存款问题，被告于 2012 年 8 月 13 日向原告等投资人提供了一份《上海和丰中林公司现金自查报告》，称公司银行账户中近 2 亿元中的 196,361,310 元已于 2012 年上半年用于向被告在山东、湖北、江苏三省各地已采伐的 32.7 万亩林地的农户支付了每亩 600 元的“杨树一次性农户补偿款”。被告承认其未及时将上述现金流向和支付情况向证监会和包括原告在内的股东进行披露。该补偿款是被告未经股东会或董事会批准签署同意支出的项目，原告在入股被告至今从未被告知需要支付该等费用，被告亦始终未将与所谓的农户补偿款的相关协议、付款凭证等材料提供给原告等投资人核实。2012 年 6 月至今，原告等投资人反复与被告沟通，要求被告配合原告聘请的会计师事务所对农户补偿款

和林权证的真实性进行核查，并要求被告提供相关文件、材料和信息供原告查阅、复制。但被告至今未予回应。原告认为，根据公司法 and 被告章程的相关规定，原告对于被告的财务和公司治理文件、材料、信息享有广泛的知情权，且被告出现的严重财务问题使得原告行使知情权更具有必要性和紧迫性。故原告起诉至法院，请求判令：1、判令被告向原告提供以下材料供原告查阅、复制：自 2008 年 8 月 30 日至今被告及其所有子公司 / 分公司的所有财务报表；自 2008 年 8 月 30 日至今被告及其所有子公司 / 分公司的所有财务账簿，包括但不限于总账、明细账（包括但不限于银行及现金、借款、按客户排列的应收账款、按客户排列的坏账准备、按客户排列的预收账款、按供应商排列的应付账款、按供应商排列的预付账款、按供应商排列的其他应付款、应付票据、应收票据、无形资产）、记账明细、至最末级科目的试算平衡表、其他辅助性账簿等；自 2008 年 8 月 30 日至今被告及其所有子公司 / 分公司的会计凭证，包括但不限于记账凭证、相关原始凭证及作为原始凭证附件入账备查的有关资料等；自 2008 年 8 月 30 日至今被告及其所有子公司 / 分公司的所有银行账户的对账单；自 2008 年 8 月 30 日至今被告股东会、股东大会召开所有会议的所有材料，包括但不限于通知、会议记录、会议决议、授权委托书文件、同意和通信等；自 2008 年 8 月 30 日至今被告董事会召开所有会议的所有材料，包括但不限于通知、会议记录、会议决议、授权委托书文件、同意和通信等；自 2008 年 8 月 30 日至今被告监事会召开所有会议的所有材料、包括但不限于通知、会议记录、会议决议、授权委托书文件、同意和通信等；自 2008 年 8 月 30 日至今被告董事会下设战略与发展、提名、薪酬与考核、审计委员会召开所有会议的所有材料，包括但不限于通知、会议记录、会议决议、授权委托书材料、同意和通信等；自 2008 年 8 月 30 日至今被告及其所有子公司 / 分公司持有和曾经持有的所有林权证及其自 2008 年 8 月 30 日至今的交易合同、收付款记录等相关信息；自 2008 年 8 月 30 日至今被告及其所有子公司 / 分公司为进行其持有和曾经持有的所有林权证的初始、变更和注销登记向相关林业管理部门提交的所有报备文件；与系争 1.96 亿元农户补偿款相关的所有材料和信息，包括但不限于付款明细表（包含付款日期、收款人姓名 / 名称、收款人身份证号或单位注册号、收款人银行账号、付款金额等）、合同、通信、银行凭证、银行对账单、收据、发票等；2011 至 2012 年度被告及其所有子公司 / 分公司的公司组织架构；2011 至 2012 年度被告及其所有子公司 / 分公司销售和采购政策（包括定价政策和销售折扣政策）；2011 至 2012 年度被告及其所有子公司 / 分公司的伐木权及获取林业权等业务相关政策以及流程；2011 至 2012 年度被告及其所有子公司 / 分公司的现金、银行收支和银行借款的相关政策流程；2011 至 2012 年度被告及其所有子公司 / 分公司包含职位的员工名单；2、判令被告配合原告聘请的会计师事务所对被告以下财务问题进行审计并将审计结果交付原告：被告及其所有子公司 / 分公司自 2008 年 8 月 30 日至今的银行收支情况和现金流动情况，包括系争 1.96 亿元农户补偿款的现金流出情况；被告及其所有子公司 / 分公司自 2008 年 8 月 30 日至今持有或曾经持有的所有林权证的情况和所有林权证的变动情况。

原告提供如下证据作为诉称依据：

第一组：被告基本情况和原告行使知情权的依据：

- 1、被告档案机读材料，证明被告系外商投资股份有限公司、原告现持有被告股份；
- 2、被告股份有限公司时期章程（2010 年 4 月 28 日）及修正案，其中规定有超出公司法规定的知情权，如涉及子公司的所有信息，申请林权证文件也属于所提到向政府报备文件之一，另原告有权对被告任一财务问题进行审计，故有权查阅诉请所涉信息。章程修正案，涉及聘用审计和公司治理，是原告行使知情权的基础；
- 3、被告有限责任公司时期章程（2008 年 9 月 22 日），证据 2、3 证明 1、原告行使知情权的章程依据；2、原告现持有被告 23.80% 的股份；

4、市商务委关于同意上海禾阳生物科技发展有限公司变更为外商投资股份有限公司的批复（2010年5月20日），证明被告原名上海禾阳生物科技发展有限公司；

第二组：原告要求对被告行使知情权的缘由：

5、被告关于首次公开发行股份并上市的请示（2012年3月15日）；

6、被告首次公开发行股票招股说明书摘要（申报稿、2012年3月15日），11年9月30日，168页，被告货币资金有2亿元，179页，相关子公司情况；

7、北京市君合律师事务所关于被告申请首次公开发行A股股票并上市的律师工作报告（2012年3月15日），285页，历次股东大会情况，290页，董事会情况，296页，监事会情况，320页-326页，按被告自述，至少应持有60万亩林地的林权证，原告要求查阅的至少包括这些。证据5-7证明1、2012年3月被告通过保荐人中金向中国证券监督管理委员会报送上市并首次公开发行股票申请材料；2、毕马威在为被告准备补充审计报告的过程中发现被告的银行存款和林权证的真实性存在重大疑问的情况；

8、毕马威函件（2012年6月7日），给全体股东的函件，也是争议的源头，暴露出问题，被告需要提供林权证和银行存款来配合审计。林权证和银行存款嫌疑造假；

9、关于：有关被告向中国证券监督管理委员会报送材料事宜（2012年6月1日）（（2012）沪东证经字第6776-6779号公证书）及投递回执；

10、辞职信（文振宇）（2012年6月1日）（（2012）沪东证经字第6780、6782号公证书）及投递回执；

11、辞职信（许俊立）（2012年6月1日）（（2012）沪东证经字第6781、6783号公证书）及投递回执；

12、关于：被告撤回上市申请材料事宜（2012年6月4日）（（2012）沪东证经字第7159号公证书）及投递回执，证据9-12证明原告针对上述问题要求被告与各方中介（特别是保荐人中金）沟通、针对问题妥善处理并考虑迅速撤回上市申报材料，同时被告董事会和监事会中原告推荐的一名董事和一名监事向被告辞去职务；

13、电子邮件及其附件：有关撤回材料申请，第13个工作日，证明2012年6、7月间，被告通过中金正式撤回所有上市申报材料，更进一步证明被告存在财务重大疑问的高度可能性；

14、电子邮件及其附件：公司自查报告（2012年8月13日），证明就2亿元银行存款问题，被告声称其中196,361,310元已于2012年上半年用于向被告在山东、湖北、江苏三省各地已采伐的32.7万亩林地的农户支付“1.96亿元农户补偿款”，补偿时间段为2008年到2012年第一季度；被告并承认其未及时将上述现金流向和支付的情况向证监会和包括原告在内的股东进行披露，449页，解释1.96亿流向时，被告和当地林业局等签订了补偿协议等，和今日被告当庭向法院陈述不同，今日被告所称对这笔钱一无所知，他称是付给当地的公司，再由公司发给农户，被告本身不清楚具体支付；

15、被告审计报告（苏亚锡审（2012）92号），证明“1.96亿农户补偿款”的“支付”对被告的盈利情况造成根本性影响（由于被告股东大会未批准聘请苏亚金城，因此原告不承担苏亚金城为被告所作审计报告的有效性），494页；

16、杭州银行股份有限公司借款合同，证明被告从原本现金流充裕（逾2亿元现金金额）到未知会股东自行对外巨额借款支应营运需求的情况，原告有合理理由相信与被告未经合理同意核准支付的“1.96亿农户补偿款”的“支付”由重大关系；

17、关于：毕马威华振会计师事务所2012年6月7日函件事宜（2012年6月12日）（（2012）沪东证经字第7556号公证书）及投递回执；

18、关于：聘请安永（中国）企业咨询有限公司进行审计核查事宜（2012年9月27日）（（2012）沪东证经字第13899-13902号公证书）及投递回执

19、关于：请被告提供相关资料事宜（2012 年 10 月 22 日）（（2012）沪东证经字第 15085-15086 号公证书）及投递回执；

20、关于：请贵司配合安永进行独立核查 1.96 亿元事宜（2012 年 12 月 12 日）及详情单、投递回执；

21、关于：贵司不予配合股东独立审计核查事宜（2012 年 12 月 19 日）及详情单、投递回执；

22、关于：要求查阅被告相关资料并对被告相关财务问题进行审计（2013 年 2 月 28 日）及详情单、投资回执；证据 17-22 证明 2012 年 6 月至今，原告等投资人反复与被告进行沟通，要求被告配合原告聘请的会计师事务所对 1.96 亿补偿款和林权证的真实性进行核查，并要求被告向原告提供相关文件、材料和信息供原告查阅、复制。但至今为止被告仍未给予任何积极回复。

被告辩称，1、被告没有侵犯原告知情权，毕马威公司财务报告已由原告获得，12 年 1-6 月财务报告也聘请了苏亚金城会计师事务所审计，原告也充分知晓；2、原告起诉多项资料没有事实基础和法律依据，股份有限公司股东有查阅权没有复制权，原告主张知情权范围不应扩展到子公司；3、原告主张的会计凭证、所有银行对账单、监事会所有会议材料、林权证、农户补偿款资料等不在法律规定股东知情权范围内，会计凭证不包括记账凭证、原始凭证等，根据公司法，股东知情权仅限于财务会计报告，不能扩展到财务会计凭证，章程也未规定原告有权查阅被告会计凭证，把财务会计报告扩展到财务会计凭证，也有违会计法规定；查阅银行对账单也没有法律基础；4、诉请二是没有事实依据和法律基础。5、原告的起诉已经影响了被告的正常经营，股东不应直接参与到具体经营，系滥用股东知情权；6、股东知情权的诉讼时效，章程规定，被告需在年度四个月内将财务会计报告提供，原告想看的财务资料也应该 2011 年 3 月 15 日之前的资料。

被告对原告提供的证据的质证意见：1-4 真实性合法性都无异议，核心一点，原告知情权基础是法律规定和章程约定，但基于章程的规定，被告配合审计，不等于被告向原告提供复制查阅超过法定的材料范围。证据 5-7 认可真实性合法性，但证据 5-7 没有关联性，法律规定被告可以知道才可以知道。证据 8 从函里没有任何一个字涉及财务造假，被告认为只是当时情况的反映，并不能反映原告所述造假，对该文件真实性无异议。证据 9-12 真实性合法性关联性无异议。证据 13 所涉电子邮件，其真实性通常需要公证，故对真实性关联性合法性不予认可。证据 14 真实性无异议。证据 15 真实性合法性认可，关联性问题，审计报告是由有资质会计师事务所所做，原告的质疑没有依据。证据 16 没有关联性。证据 17-22 真实性合法性关联性认可。

经审理查明，被告原名上海禾阳生物科技发展有限公司，于 2010 年 5 月 20 日经批准整体改制为外商投资股份有限公司并更名为现名称，原告系被告股东。

2012 年 3 月被告通过保荐人中金公司向中国证监会报送上市并首次公开发行股票申请材料。毕马威公司接受被告委托对被告将向证监会提交的有关公开发行 A 股股票的文件时需一并递交的 2009 年度、2010 年度、2011 年度以及延伸审计期间的按照财政部颁布的企业会计准则（2006）编制的财务报表进行审计。2012 年 6 月 7 日，毕马威公司致函原告等全体股东，称：在对被告公司相关期间财务报表进行审计的过程中，发现被告公司需进一步提供有关 1、林业局证询函 2、银行证询函的相关信息及资料来核实消耗性生物资产的所有权及银行存款的存在性和准确性。考虑到上述事项的严重程度及可能对过往各个期间的财务报表造成的重大影响，希望被告公司股东立即对上述事项进行独立核查，立即采取措施以防止上述报告被进一步对外分发及被使用者信赖。2012 年 6、7 月间，被告通过中金公司撤回上市申报材料。2012 年 8 月 13 日，被告向股东出具现金自查报告，对 2011 年 9 月 30 日至 2012 年 6 月 30 日的现金资产进行了核查。原告对被告出具的现金自查报告以及被告委托苏亚金城会计师事

务所出具的审计报告等存有异议，故与被告沟通，希望被告配合其聘请的安永（中国）企业咨询有限公司对农户补偿款及林权证等进行核查。2013 年 2 月 28 日，原告致函被告要求查阅相关资料并对相关财务问题进行审计。被告未予回复。

以上事实，有原、被告提供的证据及陈述为证，并经庭审质证查实，本院予以确认。

本院认为，被告公司是注册在我国境内的企业法人，其系股东知情权义务主体，根据最密切联系原则，本案应适用我国法律。

股东知情权是法律赋予公司股东了解公司经营状况的重要权利，但该权利的行使必须符合我国《公司法》、《会计法》等法律的规定以及公司章程的规定。被告系外商投资股份有限公司，我国《公司法》第九十八条规定，股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告，对公司的经营提出建议或者质询。原告作为被告公司股东，依法享有法律规定的知情权。根据上述法律规定，股份有限公司的股东行使知情权的方式表现为查阅权，查阅的范围限于《公司法》第九十八条列举的项目。原告认为，根据被告公司章程，被告公司股东享有广泛的知情权范围（具体见章程第二十九条、第一百四十四条、第一百四十六条、第一百四十九条），对此本院认为，法律之所以采取列举方式作出规定，其目的在于既保证股东享有基本的了解公司经营状况的方式、途径，又考虑到将知情权行使可能对公司正常经营所造成的影响控制在合理的范围之内。因此，原告有权行使股东知情权，但其范围应符合法律对于股东知情权行使方式及范围的规定。虽然被告章程中规定了原告有要求被告提供审计报告的权利、检查账簿、记录和管理账目等的权利、以及就全部或部分会计账簿或其他特定财务问题进行审计的权利，但上述章程规定的相应权利不属于本案知情权处理的范畴。关于原告要求查阅被告财务报表及财务账簿、会计凭证等，根据我国《会计法》、《企业财务会计报告条例》、《会计基础工作规范》等财经法规的规定，财务会计报告、会计账簿与会计凭证是三个不同的概念：财务会计报告是根据经审核的会计账簿记录和有关资料编制的，反映单位财务状况和经营成果的书面文件，它由会计报表、会计报表附注和财务情况说明书组成，其中会计报表包括资产负债表、利润表、现金流量表及相关附表；会计账簿是根据经审核的空间配置序时地、分类地登记全部经济业务数据的簿籍，它包括总账、明细表、日记账和其他辅助性账簿；会计凭证是记录单位经济业务，明确经济责任书面证明，它包括原始凭证和记账凭证。显然，财务会计报告不包括会计账簿，会计账簿也不包括会计凭证。故本院对除财务会计报告项下相关报表外的其余原告要求被告提供查阅的项目，不予支持。关于原告主张的知情权对象为被告及被告所有子公司、分公司，本院认为，分公司没有独立财产，其实际占有、使用的财产是总公司财产的一部分，列入总公司的资产负债表，且不独立承担民事责任。子公司具有法人资格，可以独立承担民事责任，其与母公司之间的控制关系是基于股权的占有或控制协议。因此，原告行使股东知情权的对象及于被告及其分公司，原告要求被告子公司作为知情权义务主体，本院不予支持。关于被告抗辩原告的请求已过诉讼时效的问题，本院认为，原告在 2013 年 2 月书面提出请求，于 2013 年 6 月即提起诉讼，未超过法定期限，本院对被告该抗辩意见，不予采纳。原告的其余诉讼请求，缺乏法律依据，本院不予支持。综上，依据《中华人民共和国公司法》第九十八条的规定，判决如下：

一、被告上海和丰中林林业股份有限公司应于本判决生效之日起十日内将被告及其分公司自 2008 年 8 月 30 日至本判决生效之日止的财务会计报告交由原告 CROWNCANOPYHOLDINGSSRL 查阅；

二、被告上海和丰中林林业股份有限公司应于本判决生效之日起十日内将被告及其分公司自 2008 年 8 月 30 日至本判决生效之日止的股东大会会议记录交由原告 CROWNCANOPYHOLDINGSSRL 查阅；

三、被告上海和丰中林林业股份有限公司应于本判决生效之日起十日内将被告及其分公司自 2008 年 8 月 30 日至本判决生效之日止的董事会会议决议交由原告 CROWNCANOPYHOLDINGSSRL 查阅；

四、被告上海和丰中林林业股份有限公司应于本判决生效之日起十日内将被告及其分公司自 2008 年 8 月 30 日至本判决生效之日止的监事会会议决议交由原告 CROWNCANOPYHOLDINGSSRL 查阅；

五、原告的其余诉讼请求，不予支持。

案件受理费人民币 80 元，由被告上海和丰中林林业股份有限公司承担。

如不服本判决，原告 CROWNCANOPYHOLDINGSSRL 可在判决书送达之日起三十日内，被告上海和丰中林林业股份有限公司可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国上海市第二中级人民法院。

审判长 陆峻

审判员 姚蓉

人民陪审员 凤懋伦

二〇一三年八月二十二日

书记员 李彦

Primus Pacific Partners Ltd(博智资本基金公司)诉上海 鸿元企业发展有限公司不当得利纠纷一案一审民事判决书

上海市第一中级人民法院

民事判决书

(2015)沪一中民四商初字第 S36 号

原告: PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD (博智资本基金公司)。住所地: XXXX。

法定代表人: 宦国苍 HUANGUOCANG, 执行董事。

委托代理人: 李沐珣, 上海中建中汇(北京)律师事务所律师。

委托代理人: 姜胜, 上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

被告: 上海鸿元企业发展有限公司。住所地: 中华人民共和国上海市松江区 XX 公路**号**幢**室。

法定代表人: 章文青, 董事长。

被告: 上海欣鸿投资管理有限公司。住所地: 中华人民共和国上海市嘉定区 XX 镇 XX 公路**号 XX。

法定代表人: 杨新英, 董事长。

被告: 上海昊盛投资咨询有限公司。住所地: 中华人民共和国上海市嘉定区 XX 镇 XX 公路**号 XX。

法定代表人: 张文君, 董事长。

被告: 上海宏邦股权投资管理有限公司。住所地: 中华人民共和国上海市浦东新区 XX 路**号**幢**室。

法定代表人: 王晶, 董事长。

被告: 陈嘉伟, XX 年 XX 月 XX 日出生, 汉族, 住中华人民共和国上海市普陀区 XX 路**弄**号**室。

被告: 章文青, XX 年 XX 月 XX 日出生, 汉族, 住中华人民共和国上海市浦东新区 XX 路**弄**号**室。

被告: 俞立珍, XX 年 XX 月 XX 日出生, 汉族, 住中华人民共和国上海市闵行区 XX 路**号**幢。

上述七被告之共同委托代理人: 邹红黎, 上海市中茂律师事务所律师。

原告博智资本基金公司(以下简称“博智公司”)诉被告上海鸿元企业发展有限公司(以下简称“鸿元公司”)、上海欣鸿投资管理有限公司(以下简称“欣鸿公司”)、上海昊盛投资咨询有限公司(以下简称“昊盛公司”)、上海宏邦股权投资管理有限公司(以下简称“宏邦公司”)、陈嘉伟、章文青不当得利纠纷一案, 本院于 2015 年 6 月 29 日立案受理, 后本院依法组成合议庭, 于 2015 年 12 月 3 日公开开庭进行了审理。原告博智公司的委托代理人李沐珣律师、姜胜律师, 被告鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍的共同委托代理人邹红黎律师均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告博智公司诉称: 2005 年 12 月, 博智公司出资收购了 A 保险股份有限公司(以下简称“A”)9%股权, 并委托登记于鸿元公司的前身上海 B 有限公司(以下简称“B 公司”)名下。2010 年 11 月, 博智公司将所持有的 A9%的股权转◆◆于河北 C 有限公司(以下简称“C 公司”), 但鸿元公司要求与博智公司共享股权转让款, 否则拒绝与博智公司办理股权的交还和

转让工作。随后，为达成交易并完成股权过户，C 公司将股权转让款中的人民币 7.02 亿元支付给了鸿元公司。博智公司多次要求鸿元公司返还该股权转让款，但鸿元公司均未予以回复。博智公司在事后得知，鸿元公司收款后立即将该股权转让款中的人民币 4.536 亿元划入其关联方昊盛公司，人民币 2 亿元划入其关联方欣鸿公司，昊盛公司收款后便将人民币 4.005 亿元转至俞立珍名下，俞立珍随即汇至由其控股的宏邦公司。七被告的该等行为旨在将该笔股权转让款转移并占为己有，且给博智公司追回该笔股权转让款制造了障碍，加大了博智公司维护自身权利的难度。基于以上事实，博智公司认为，博智公司通过股权转让方式支付相

应对价取得 A9% 的股份，系 A 实际股东。博智公司转让该部分股权并取得对应的股权转让价款系博智公司的合法权利，而鸿元公司要求 C 公司向其支付股权转让款没有合法依据。陈嘉伟和章文青先后担任鸿元公司的法定代表人，该二人与欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司和俞立珍恶意串通，转移并占有股权转让款，系没有合法根据获得的不当利益，严重侵害了博智公司的合法权益，并给博智公司造成了巨额损失，依法应予返还。博智公司遂提起本案诉讼，请求法院判令：1、被告鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍返还原告博智公司股权转让款共计人民币 7.02 亿元；2、被告鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍支付原告博智公司以人民币 7.02 亿元为本金、按照中国人民银行同期贷款利率自 2011 年 5 月 13 日起至实际清偿之日止的利息；3、本案诉讼费用由被告鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍负担。

被告鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍共同辩称：博智公司的诉讼请求没有事实依据。一、博智公司提起本案诉讼系重复诉讼。在提起本案之前，博智公司已经就相同的诉请以及事实和理由先后向北京市高级人民法院提起了一起股权转让合同纠纷案和一起委托合同纠纷案，且均已经做出生效判决和裁定。按照“一事不再理”的法律规定，本案应当裁定驳回原告起诉。二、鸿元公司根据系争协议获得人民币 7.02 亿元，具有合法依据，相关事实已由生效民事判决所认定，不存在不当得利之情形。三、博智公司认为除鸿元公司之外的其他六名被告与鸿元公司存在共同侵权行为，故要求其他六名被告亦承担不当得利的法律责任，博智公司此种主张混淆了不当得利和侵权之债的概念。

本院经审理查明：博智公司系 2005 年 2 月 15 日在英属开曼群岛注册成立的公司，截至 2010 年 11 月，作为外资股东持有 A4.5% 股份。2005 年 11 月 17 日，B 公司与 D 有限公司（以下简称“D 公司”）签订《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》，约定：B 公司同意按协议的规定以每股相当于人民币 4.20 元的代价受让 D 公司持有的 A9% 股份。同年 12 月 1 日，博智公司与 B 公司签订《委托投资及托管协议》，约定：1、背景：根据博智公司的要求并代表博智公司，B 公司于 2005 年 11 月 17 日同 D 公司签署了《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》，以收购 D 公司所拥有 A 之全部 9% 股份。博智公司将为此股份转让向 B 公司支付公关和顾问费。博智公司进一步要求 B 公司于股份转让完成后作为博智公司的管理人并代表博智公司持有该 A 股份，而博智公司将为此向 B 公司支付年托管费（年费）。本投资及托管协议反映了 B 公司与博智公司就该股份转让达成的一些共识。2、资金提供：博智公司负责提供上述股份转让所需要的全部资金，具体安排由 B 公司和博智公司另行商定。3、股份托管：B 公司通过上述股份转让而取得的 A 股份，以及与该等股份相关的一切权益和权利，均归属博智公司所有；B 公司对该等股份不享有任何实际权益和权利。B 公司作为该等股份的名义持有人行使与该等股份相关的一切权利或为或不为一定行为时，均应当完全按照博智公司的要求或意见行事。4、进一步行动：根据博

智公司要求或意见，B 公司应当将该等股份直接或间接转让给博智公司或博智公司指定的其它公司，或根据博智公司要求或意见对该等股份进行任何其它形式的处置；对于博智公司就此作出的任何要求或意见，B 公司应当予以完全遵从。博智公司亦清楚，对 B 公司作出的与该等股份托管和处置的任何要求或意见，不应损害 B 公司的利益。5、费用：根据《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》完成股份转让的全部手续后的五个工作日内，博智公司即支付 B 公司 25 万美元公关费、15 万美元顾问费。在股份转让完成及根据本协议实施股份托管期间，博智公司将支付持有 A 股份的 B 公司 3 万美元的年费。该年费应按月及按比例于每月 15 日前支付。此外，博智公司将支付与本交易相关的 B 公司所发生的一切开支。6、排他性交易：保密性。7、违约：任何一方对本协议的任何违反均构成违约，违约方应对另一方因其违约所造成的损失（包括损失和费用）给予全面足额赔偿。

2006 年 8 月 22 日，博智公司与 B 公司签订《协议书》，约定：鉴于：1、根据博智公司的要求并代表博智公司，B 公司于 2005 年 11 月 17 日与 D 公司签署了《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》，已代为受让 D 公司持有 A 的 10,800 万股股份（占 A 总股本的 9%）；2、根据博智公司的要求并代表博智公司，B 公司于 2005 年 11 月 17 日同时与香港新产业投资顾问有限公司签署了《中介服务协议》，已代为向香港新产业支付中介费用；3、2005 年 12 月 1 日，B 公司与博智公司签订了一份《委托投资及托管协议》，以明确 B 公司受博智公司委托代为持有 A9% 的股份、股份托管以及双方的权利义务；4、2006 年 6 月 30 日，B 公司与博智公司签订了一份《服务协议》，以进一步明确双方在代持和托管过程中的权利义务；5、B 公司在代持过程中，B 公司的代持成本和风险增加。有鉴于此，B 公司与博智公司经过友好协商，现就 B 公司为博智公司代持并托管 A 股份一事的处理事项达成如下协议：一、博智公司同意并确认，B 公司就代持股份所作出的任何行为、不作为以及任何意思表示（包括但不限于就代持股份签订并履行相关协议）均是基于博智公司书面或口头的指示或指令，并由博智公司承担由此产生的全部义务、责任和风险。二、博智公司同意并确认，B 公司就代持股份因任何事由而承担或被要求承担任何义务、责任和风险的，均应由博智公司承担或在 B 公司承担后不超过 15 个工作日内对 B 公司进行全额赔偿。三、双方同意并确认，即使《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》和《中介服务协议》被确认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，双方仍按《委托投资及托管协议》和《服务协议》规定的条款履行；如《委托投资及托管协议》、《服务协议》被确认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，则本协议第一条和第二条及其它相应条款构成确定双方在该等情形下权利义务关系的依据。四、双方同意并确认，一旦出现因中国保险监督管理委员会（以下简称保监会）或其它有权机构确定或判决 B 公司与 D 公司的股权交易无效，从而出现后续诉讼，追讨及其它相关操作的情形，B 公司仍会尽力配合博智公司进行相关事宜的操作，但因该操作行为产生的全部费用（包括但不限于诉讼费用、律师费用、B 公司额外支出的人力成本及其它成本和管理费用等）、法律后果（包括但不限于裁判结果等其它各类结果的最终执行或承担）及风险（包括但不限于诉讼风险、执行风险等各类风险）最终均由博智公司承担。五、除按第四条的规定处理以外，如《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》或《服务协议》

被❖❖认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，则 1、博智公司放弃以任何方式和理由向 B 公司主张任何赔偿、补偿的权利；2、如 B 公司因代持股份而需承担任何义务、责任、税费或风险的，博智公司对 B 公司因此遭受的任何直接和 / 或间接损失（包括但不限于任何罚金、罚款、赔偿金、律师费、其它开支等）承担全部赔偿责任。六、双方同意并确认，基于 B 公司代持股份行为的成本和风险增加，博智公司除按本协议约定进行赔偿外，另行给予 B 公司经济补偿，补偿方法为：1、在本协议签署之后 5 个工作日内给付 B 公司 10 万美

元；2、如代持股份再次被确认为合法有效（以 B 公司能够合法出席 A 股东大会并可以行使表决权或遵照博智公司指示授权第三方出席股东大会并行使投票权为标志），博智公司将在 5 个工作日内给付 B 公司 80 万美元（博智公司根据本条第 1 项已经支付的部分可扣除）并补偿 B 公司为此支付的包括律师费在内的全部费用、开支；在 B 公司配合博智公司最终完成股权转让后（以得到保监会批准及工商变更为标志）的 15 个工作日内，由博智公司再给付 B 公司 80 万美元。七、在《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》未被认定无效、非法或丧失法律效力的前提下，如在博智公司的安排下，有符合不时生效的中华人民共和国大陆地区法律、行政法规、部门规章、规范性文件以及地方法规、规章、规范性文件规定的投资者愿意受让代持股份的，B 公司同意配合办理相关转让手续；但因代持股份的转让而产生的任何义务、责任、税费和风险，由博智公司自行承担。八、双方同意并确认，本协议并非

《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》的附件、修订、从合同或补充协议，其效力独立于《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》；凡《委托投资及托管协议》、《服务协议》与本协议书有抵触的条款，均以本协议书为准。九、双方同意并确认，因本协议书以及《委托投资及托管协议》、《服务协议》等引起的纠纷均由香港国际仲裁中心仲裁。因该仲裁而产生的全部费用（包括但不限于仲裁费、律师费、差旅费等）均由博智公司承担。鸿元公司和博智公司的授权代表陈嘉伟、宦国苍分别在协议上签字。

上述一系列合同签订后，博智公司于 2006 年 6 月 27 日、7 月 3 日、8 月 3 日、8 月 5 日共计向 D 公司支付股权转让款 56,698,582.54 美元并办理了股权变更手续，B 公司代博智公司成为名义持有 A9% 股份的股东。

自 2009 年 11 月起，鸿元公司就代持股关系与博智公司协商，要求结束代持股关系，双方协商未果。2010 年 5 月 25 日，鸿元公司通过《关于处理 A 股权问题的董事会决议》，其中“鉴于”第 1 条载明：鸿元公司名下持有 A9% 的股权（计 10,800 万股股份）。此项股权系鸿元公司前身 B 公司的原董事长应宦国苍先生及博智公司之托，于 2005 年末以 B 公司名义与博智公司签署《委托投资及托管协议》而实际代博智公司持有。

2010 年 10 月 14 日，A 召开 2010 年度第四次临时股东大会，审议通过《关于保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份发行暨增资方案的议案》，决定公司以每股人民币 10 元的价格向全体股东发行股份，股东有权按照每持有 12 股可认购 14 股的比例认购本次增资发行的股份。10 月 26 日，在前述临时股东大会召开的前一日持有 A 股份的股东与 A 签订了《股份认购暨增资协议》，约定：“鉴于”第 3 条：为满足中国监管机构对改善 A 保险偿付能力的要求，促进公司的进一步发展，依据本协议的条款和条件，各增资方愿意认购公司新增发行的股份，公司同意按照本协议的条款和条件，向各增资方新增发行股份并相应增加公司的注册资本。第 2.2 条：本次新增股份的种类：普通股。本次新增股份的面值：人民币 1 元。本次新增股份的数量：公司本次新增发行的股份数为 14 亿股。审议本次增资方案的股东大会召开日的前一日为股权登记日，于股权登记日持有公司股份的现有股东，均有权认购新增股份。本次新增股份的每股认购价格：人民币 10 元。各增资方各自认购的新增股份数量：根据公司股东大会的决议，各增资方可按照每持有 12 股可认购 14 股的比例认购新增股份。各增资方特此同意认购下表所示数量的新增股份，并支付对应的增资款：B 公司：认购股数为 12,600 万股，增资额为人民币 12.6 亿元；博智公司认购股数为 6,300 万股，增资额为人民

币 6.3 亿元。弃配额度：如果出现任何增资方未在缴款宽限期（如第 8.1 条第（3）款所定义）届满前足额缴纳增资款以认购其根据本协议第 2.2 条第（5）款规定的增资额度的情形，但是所有守约增资方实际缴纳的增资款总额达到人民币 105 亿元（或等额外币）或以上，则本次增资继续进行。该未足额缴款的增资方应被视为放弃认购与其未缴纳增资款金额相对应的增资额度的权利。在此情况下，如果导致部分守约增资方的持股比例被动超过监管要求（包括单一股东持股比例超过 20%或者外资股东合计持股比例超过 25%），公司以及各增资方确认，涉及被动超限问题的股东，在本次增资实施完成后的 12 个月内或解决被动超限

问题的股份发行完成前或公司实现首次公开发行股份并上市之前（三者以先到的日期为

准），没有义务主动减持被动超限股份。如果监管机构要求公司限期解决被动超限问题，或者根据公司业务发展的需要进一步增资以提升偿付能力，公司将根据公司股东大会特别决议批准的方案，发行与弃配额度数量相同的新增股份以解决被动超限问题。如果上述股份发行无法完成或被动超限问题仍无法解决，被动超限股东有权选择不减持被动超限股份。第 2.3 条：在本协议第 5.1 条列示的所有缴纳增资款的先决条件均已得到满足或已被有权放弃此等先决条件的每一方所有有效放弃之后的五（5）个工作日内，公司应向全部增资方发出加盖公司公章的缴款通知。缴款日，即缴款通知送达日之后的第四（4）个工作日。各增资方应在缴款通知载明的缴款日之前或当日缴纳其各自的增资款至缴款通知载明的增资账户。第 4.7 条：任一增资方均可在缴款宽限期届满之前转让其持有的公司股份和 / 或其附属于股份上的各项股东权利、义务（包括其在本协议项下的增资认购权及相关缴款义务），前提是（1）受让方同意全部承继以及履行该转让方在本协议项下全部权利和义务；（2）转让交易符合相关法律、法规以及保监会的要求和公司章程的规定；（3）受让方成为公司股东的资格获得保监会的书面认可；以及（4）该转让方在本协议项下的全部权利和义务的转让已及时通知其他各方。在满足前述前提条件的情况下，前述转让无需取得其他各方事先的同意或者批准。第 8.1 条：如任一增资方未能按照本增资协议第 2.3 条的约定在缴款日足额缴纳增资款，将按照本增资协议第 7.3 条的规定向公司支付罚息。公司及守约增资方在此同意，在本协议第

2.3 条第（1）款规定的缴款日之日起，给予未如期缴款的增资方三十（30）日的宽限期缴纳增资款及罚息。如果在缴款宽限期届满之后相关增资方仍未足额缴纳以上金额，将按照本协议第 2.2 条第（6）款的规定处理。

同日，A 向各股东发出《缴款通知书》，确定本次增资缴款日为 2010 年 10 月 29 日。

博智公司签署上述协议后，欲在认购期限届满前将鸿元公司代持的 9%的股份转让给镇江 E 有限公司（以下简称 E 公司），并自 2010 年 10 月 22 日起向鸿元公司发出指令，要求其配合进行转让，但鸿元公司不予回应。

2010 年 11 月 10 日，博智公司向香港国际仲裁中心以鸿元公司为被申请人就涉案 9%股权提起仲裁，仲裁案号为 hkiac / arb / 10150 / r08.1。

2010 年 11 月 10 日，鸿元公司以“A 增资认购款”名义向 A 入资人民币 4.5 亿元，欲自行完成增资入股。

2010 年 11 月 15 日，鸿元公司以鸿元函（2010）第 035 号《关于支付 A 股权转让款的通知》致函博智公司，称因博智公司系持有 A4.5%股份的中国境外公司，不具备受让 A 原股东即中国境内企业法人 D 公司持有的 A9%股份的主体资格，故鸿元公司与博智公司之间不存在合法的代持关系和有效的代持协议。自鸿元公司作为 A 的股东资格获得保监会核准并取得 A 股权证后，其多次提出将以等额人民币向博智公司全额支付当初由博智公司支付的股权转让款，以履行其作为合格受让股东支付股权转让款并以本国货币结算的应尽义务，但博智公司

一直未提供相关合格帐号，以致鸿元公司至今无法完成付款。故要求博智公司提供汇款帐号，以供鸿元公司支付当初由博智公司安排垫付的 A 股权转让款。

2010 年 11 月 26 日，博智公司与 C 公司、鸿元公司签订《股份及权益转让协议》，内容包括：

“鉴于 5”：根据 B 公司与 A 原股 D 公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与 B 公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，B 公司受让并持有 D 公司转让的 A1.08 亿股股份，占 A2010 年增资扩股完成前 9% 的股份。“鉴于 8”：现各方同意 C 公司购买 9% 股份及股份的一切附属权益，包括但不限于根据《股份认购暨增资协议》认购 A2010 年增资扩股新发行的 1.26 亿股股份。在本次转让及本次增资完成交割后，C 公司成为 9% 股份及新增股份的合法记名股东及实际权益人，博智公司、鸿元公司及其他任何第三方不再就该股份、新增股份及该等股份的一切附属权益享有任何名义或实际的权利和权益，并不再就该 9% 股份、新增股份及该等股份的一切附属权益提出任何形式的主张。第 2.1 条：经各方协商同意，C 公司将根据本协议列明的条款和条件购买标的股和其一一切附属权益，包括增资权。第 2.3 条：各方同意，本次转让完成交割后，博智公司与鸿元公司之间就标的股份形成的关系及双方和双方各自的关联方、合作方就此签署的所有协议、文件或安排均不可撤销的终止或者已被终止。第 3.1 条“价款”：各方同意，C 公司将根据本协议以下第 3.2 条、第 3.3 条以及第 3.4 条的安排支付本次转让和本次增资相关的价款。第 3.2 条“与 A 相关款项的支付”：3.2.1，在本协议签署日后 3 个工作日内（但在任何情况下不应晚于缴款宽限期届满之日），C 公司将作为标的股份及其一切附属权益的受让方，以其自己的名义根据《股份认购暨增资协议》向 A 支付本次增资对应的人民币 12.6 亿元增资款及根据《股份认购暨增资协议》规定计算的罚息。3.2.2，在 C 公司支付上述增资款及罚息后的当日应书面通知鸿元公司并向鸿元公司提供已付款凭证，鸿元公司应在收到 C 公司的通知和付款凭证后 2 个工作日内向 A 发出要求其退还鸿元公司已支付的增资款及根据《股份认购暨增资协议》规定计算的罚息的通知。第 3.3 条“与博智公司相关款项的支付”：3.3.1，C 公司应在本次转让交割日当日，根据与博智公司另行签署的相关协议向博智公司支付本次转让的相关款项；第 3.4 条“与鸿元公司相关款项的支付”：3.4.1，C 公司应在本次转让交割日当日，根据与鸿元公司另行签署的相关协议向鸿元公司支付本次转让的相关款项；3.4.2，鸿元公司承诺如因其收款安排导致 C 公司支付上述款项存在任何风险或损失的，由鸿元公司承担全部责任。

同日，C 公司与博智公司签订《primuspacificpartnersltd 与石家庄 F 有限公司之权益转让协议》，内容包括：“鉴于”4：根据鸿元公司与 A 原股东 D 公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与鸿元公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，鸿元公司受托受让并持有 D 公司转让的 A1.08 亿股股份，占 A9% 的股份；第 3.1 条“本次转让价款金额”：根据本协议，C 公司同意向博智公司支付金额共计人民币 21.6 亿元整，本次转让价款以人民币方式支付，该等款项将视为 C 公司在本次转让中应向博智公司支付的全部价款（含税）。第七条“过渡期及公司治理安排”：第 7.1 条“过渡期的安排”：在过渡期内，博智公司、C 公司及其各自关联的其他方不得对标的股份进行任何形式的处置或增加负担（包括但不限于质押、冻结、拍卖、强制执行等情形）。第 7.2 条“C 公司的知情权”：在过渡期内，博智公司及其委派的董事在收到 A 股东大会和董事会审议事项的相关信息后，应于 3 个工作日内将该等事项书面告知 C 公司。第 7.4 条“公司治理安排”：双方同意，自本次转让交割日起，C 公司有权根据 A《公司章程》的规定提名董事，博智公司及其委派的董事应采取一切必要的行动予以配合。第 7.5 条“利润分配的安排”：双方同意，本次转让完成交割后，博智公司不参与 A 的利润分配；无论 C 公司

何时获得股东资格，C 公司均从本协议签署之日起按其持有 A 的股权比例享有同等利润分配权利（含滚存未分配利润）。

同日，C 公司与鸿元公司签订《交易价款支付协议》，内容包括：鉴于 3：根据 B 公司与 A 原股东 D 公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与 B 公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，B 公司受让并持有 D 公司投资转让的 A1.08 亿股股份，占 A2010 年增资扩股完成前 9% 的股份。第 2.1 条“本次交易价款”：根据鸿元公司、博智公司与 C 公司签署的《股份及权益转让协议》，为实现本次转让和本次增资的交割，C 公司同意向鸿元公司支付金额共计人民币 7.02 亿元整，该等价款是 C 公司在本次转让和本次增资交易中向鸿元公司支付的全部价款（含税）。第 12.3 条“未尽事宜或不一致”：本协议未尽事宜或本协议与《股份及权益转让协议》的约定不一致的，应按照《股份及权益转让协议》的相关约定执行。

2010 年 11 月 29 日，鸿元公司向 A 发出《退款通知书》，请求 A 在收到退款通知书后 3 个工作日内将鸿元公司已为本次增资支付的全部增资款及利息人民币 450,130,191.78 元退回。2010 年 12 月 1 日，A 将该款项退回鸿元公司。

2011 年 3 月 28 日，保监会作出保监发改（2011）387 号《关于保险股份有限公司 A 保险股份有限公司股权转让的批复》，同意鸿元公司将其所持有的 A10,800 万股股份转让给 C 公司。2011 年 5 月 12 日，博智公司向 C 公司出具《收款通知书》，确认已收到 C 公司支付的人民币 21.6 亿元。

2011 年 5 月 13 日，鸿元公司向 C 公司出具《收款通知书》，确认已收到 C 公司支付的交易价款人民币 7.02 亿元。鸿元公司于收款当日分别向昊盛公司汇款人民币 45,360 万元、向欣鸿公司汇款人民币 2 亿元，于 5 月 16 日向潮州市建筑安装总公司第六工程公司汇款人民币 3,000 万元。昊盛公司于 5 月 15 日向俞立珍汇款人民币 40,050 万元，俞立珍于 5 月 16 日将该款以投资款、投资溢交款名义汇往宏邦公司。

本院另查明：2011 年 5 月 12 月，博智公司以鸿元公司为被告，欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司、C 公司为第三人向北京市高级人民法院提起诉讼【案号：（2011）高民初字第 1706 号】，案由为股权转让合同纠纷。在该案中博智公司以鸿元公司利用其作为 A 的名义股东、迫使博智公司在违背其真实意思的情况下向其支付数亿元的股权转让款等为由，要求法院判令变更《股权及权益转让协议》第 3.4 条约定并撤销鸿元公司与 C 公司之间依据《股份及权益转让协议》第 3.4.1 款签署的相关协议，鸿元公司将其从 C 公司取得的人民币 7.02 亿元款项返还给博智公司等。北京市高级人民法院于 2012 年 12 月 13 日作出一审判决，判决鸿元公司向博智公司返还人民币 7.02 亿元等。后鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司不服，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院于 2014 年 6 月 5 日作出（2013）民四终字第 20 号判决，撤销北京市高级人民法院作出的（2011）高民初字第 1706 号民事判决，驳回博智公司的诉讼请求。

2014 年 6 月 20 日，博智公司以鸿元公司为被告，欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司作为第三人向北京市高级人民法院提起诉讼，北京市高级人民法院受理此案【案号：（2014）高民（商）初字第 02854 号】，案由为委托合同纠纷。在该案中。博智公司以鸿元公司违反《委托投资和托管协议》的约定、将目标股权擅自转让、鸿元公司收取 7.02 亿元股权转让款后进行转移、构成违约为由，要求判令鸿元公司赔偿博智公司损失 7.02 亿元，其他收款的关联被告在收取款项范围内承担连带偿还责任。鸿元公司以北京市高级人民法院受理此案违反“一直不再理原则”为由，提出管辖权异议。北京市高级人民法院经审理后裁定驳回鸿元公司提出的管辖权异议。鸿元公司不服该裁定，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院经审理后作出（2015）民四终字第 12 号民事裁定书，认为博智公司提起的该案诉讼与（2013）民四终字第 20 号一案除案由不同，诉讼当事人相同，诉讼标的相同，诉讼请求均是要求鸿元公司

返还 7.02 亿元，故违反了一事不再理原则，遂裁定撤销北京市高级人民法院（2014）高民（商）初字第 02854 号民事裁定书，驳回博智公司的起诉。

本院又查明：1、B 公司于 2007 年 10 月经中华人民共和国国家工商行政管理总局核准变更企业名称为鸿元公司。2、石家庄 F 有限公司于 2010 年 11 月由中华人民共和国河北省工商行政管理局核准变更企业名称为 C 公司。3、鸿元公司于 2000 年 12 月 18 日设立，注册资本为人民币 28,670 万元，其中，欣鸿公司出资人民币 14,670 万元，占 51%；昆山 G 有限公司出资人民币 14,000 万元，占 49%。经营地址为上海市静安区 XX 路 XX 号 XX 楼 XX 楼。陈嘉伟于 2007~2009 年间任法定代表人，现法定代表人为章文青，财务负责人为林某。4、欣鸿公司于 2005 年 7 月 7 日设立，注册资本为人民币 5,760 万元，注册地址虚拟，经营地址与鸿元公司同一。法定代表人杨新英，财务负责人、联系人为陈某某、林某。5、宏邦公司于 2009 年 5 月 26 日设立，设立时注册资本人民币 5,000 万元。法定代表人王晶，财务负责人、联系人为林某、陈某某。6、昊盛公司于 2005 年 12 月 6 日设立，注册资本人民币 50 万元，注册地址虚拟，经营地址与鸿元公司同一。法定代表人张文君，财务负责人、联系人为陈某某、林某。7、俞立珍与陈嘉伟系夫妻关系。

认定以上事实由原告提供的股权转让价款支付凭证、鸿元公司的收款凭证、工商档案信息、公安机关出具的证明，被告提供的（2011）高民初字第 1706 号民事判决书、（2013）民四终字第 20 号民事判决书、（2014）高民商初字第 02854 号裁定书、（2015）民四终字第 12 号民事裁定书以及当事人的庭审陈述等予以佐证。

本院认为，本案系涉外不当得利纠纷。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十七条规定：“不当得利、无因管理，适用当事人协议选择适用的法律。当事人没有选择的，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用不当得利、无因管理发生地法律。”本案中原、被告双方并未协商一致选择本案所适用的法律，且双方不具有共同的经常居所地。由于原告博智公司主张的不当得利的事实发生于中华人民共和国境内，故根据上述法律之规定，应适用中华人民共和国法律作为案件准据法。

本案的争议焦点在于：一、博智公司提起本案诉讼是否构成重复起诉？二、鸿元公司取得系争股权转让款是否构成不当得利？三、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍等被告是否应当对博智公司承担法律责任？

一、关于博智公司提起本案诉讼是否构成重复起诉

本院认为，《最高人民法院关于适用的解释》第二百四十七条规定：“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：

（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。”尽管在本案之前，博智公司已经向北京市高级人民法院就相同的事实提起一起股权转让合同纠纷案和一起委托合同纠纷案件，但本案与前两案的当事人并不尽相同。本案的被告除了鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司外，还包括陈嘉伟、章文青、俞立珍，前两案的当事人并未包括这三个个人，故本案中的当事人与前两案中案件当事人并不完全相同。其次，博智公司在前两个案件中分别以股权转让纠纷和委托合同纠纷为由提起诉讼，而本案所涉案由为不当得利纠纷，故本案所涉法律关系也与前两案不同，故博智公司提起本案诉讼不符合上述法律规定的重复起诉的构成要件，本院对被告主张的博智公司提起本案诉讼构成重复诉讼的主张不予采纳。

二、鸿元公司获得系争 7.02 亿元股权转让款是否构成不当得利

本案中，博智公司认为其系 A 的实际股东，持有 A9% 的股权，应获得转让该股权对应的全部股权转让款，鸿元公司获得 C 公司支付 7.02 亿元股权转让款没有合法依据。本院认为，根据《中华人民共和国民法通则》第九十二条之规定，不当得利的构成要件有四：一、一方取得财产利益；二、另一方受到损失；三、取得利益与所受损失之间具有因果关系；四、没有合法依据。本案中，根据查明的事实，在股权转让过程中博智公司、鸿元公司和 C 公司之间曾先后签署了三份协议。2010 年 11 月 26 日，博智公司、鸿元公司和 C 公司签署了《股份及权益转让协议》，其中第 3.3.1 条约定，C 公司应在本次转让交割日当日，根据与博智公司另行签署的相关协议向博智公司支付本次转让的相关款项；第 3.4.1 条约定，C 公司应在本次转让交割日当日，根据与鸿元公司另行签署的相关协议向鸿元公司支付本次转让的相关款项。根据上述协议的安排，同日，C 公司与博智公司签订《primuspacificpartnersltd 与石家庄 F 有限公司之权益转让协议》，约定，C 公司同意向博智公司支付金额共计人民币 21.6 亿元整，本次转让价款以人民币方式支付，该等款项将视为 C 公司在本次转让中应向博智公司支付的全部价款（含税）。同日 C 公司还与鸿元公司签订《交易价款支付协议》，其中第 2.1 条约定：根据鸿元公司、博智公司与 C 公司签署的《股份及权益转让协议》，为实现本次转让和本次增资的交割，C 公司同意向鸿元公司支付金额共计人民币 7.02 亿元整，该等价款是 C 公司在本次转让和本次增资交易中向鸿元公司支付的全部价款（含税）。上述三份协议是博智公司和鸿元公司为了实现各自的收益而与 C 公司达成的一系列协议。根据上述协议，鸿元公司获得 C 公司支付的 7.02 亿元是各方真实意思的表示，是各方对股权转让所获得收益的一种安排，且根据上述协议，该笔款项并不属于 C 公司应当支付给博智公司的股权转让款的范畴之内。本院亦注意到，博智公司曾以受鸿元公司胁迫签署系争协议为由向北京市高级人民法院提起诉讼，要求撤销系争协议等，但是其该等诉讼请求被最高人民法院在（2013）民四终字第 20 号案件中予以驳回。在上述协议未被撤销或者宣告无效的情形下，依法有效成立，对各方当事人均具有法律约束力。由此，鸿元公司获得系争 7.02 亿元符合《股份及权益转让协议》及《交易价款支付协议》之约定，系各方合意的结果，具有合法依据，博智公司认为鸿元公司获得 C 公司支付的 7.02 元构成不当得利的主张于法无据，本院依法不予支持。

本案中，博智公司还对《股份及权益转让协议》上加盖的其公司印文及其授权代表签字、鸿元公司印章的真实性提出异议，并要求对该公章和签字的真实性进行鉴定。对此，本院认为，该份协议的真实性已经在最高人民法院作出的（2013）民四终字第 20 号民事判决所确认并作为定案依据，由于其真实性、合法性已经为生效判决所确认，在博智公司没有相反的证据予以推翻的情形下，本院对其提出的鉴定申请不予准许。

三、其他被告是否对博智公司应当承担法律责任

鸿元公司在获得 C 公司支付的 7.02 亿元后又将所获得款项以不同方式转入欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司，由于元公司没有义务向博智公司返还其从 C 公司所获得的款项，欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍等被告也不应当对博智公司承担法律责任。

综上，本院认为，原告博智公司的诉讼请求缺乏事实和法律依据，本院依法不予支持。据此，依据《中华人民共和国民法通则》第九十二条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条之规定，判决如下：

驳回原告 PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD 的诉讼请求。

本案案件受理费人民币 3,768,981.25 元,保全费人民币 5,000 元,合计人民币 3,773,981.25 元,由原告 PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD 负担;公告费人民币 260 元由被告上海鸿元企业发展有限公司、上海欣鸿投资管理有限公司、上海昊盛投资咨询有限公司、上海宏邦股权投资管理有限公司、陈嘉伟、章文青共同负担。

如不服本判决,原告 PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD 可在判决书送达之日起三十日内,被告上海鸿元企业发展有限公司、上海欣鸿投资管理有限公司、上海昊盛投资咨询有限公司、上海宏邦股权投资管理有限公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍可俞立珍可在判决书送达之日起十五日内,向本院递交上诉状,并按对方当事人的人数提出副本,上诉于中华人民共和国上海市高级人民法院。

审判长 黄英
审判员 任明艳
人民陪审员 耿晓光
二〇一六年二月三日
书记员 闫伟伟

PRIMUS 与某某某一案一审民事判决书

北京市高级人民法院

民事判决书

(2011)高民初字第1706号

原告 PRIMUS

PACIFICPARTNERSLTD (博智资本基金公司), 住所地 WalkerHouse, 87Mary Street, GeorgeTown, GrandCaymanKY1-9005, CaymanIslands。

法定代表人宦国苍(HUAN

GUOCANG), 执行董事。

委托代理人吴雷, 北京市竞天公诚律师事务所律师。

委托代理人孙美妍, 北京市竞天公诚律师事务所律师。

被告鸿元控股集团有限公司, 住所地中华人民共和国上海市外高桥保税区华京路8号408室。

法定代表人章文青, 经理。

委托代理人盛雷鸣, 上海市中茂律师事务所律师。

委托代理人邹红黎, 上海市中茂律师事务所律师。

第三人上海欣鸿投资管理有限公司, 住所地中华人民共和国上海市嘉定区马陆镇嘉戥公路688号B7-6。

法定代表人杨新英, 董事长。

委托代理人盛雷鸣, 上海市中茂律师事务所律师。

委托代理人邹红黎, 上海市中茂律师事务所律师。

第三人上海宏邦股权投资管理有限公司, 住所地中华人民共和国上海市浦东新区海徐路2577号5幢202室。

法定代表人王晶, 董事。

委托代理人袁小奕, 北京市金洋律师事务所律师。

第三人上海昊盛投资咨询有限公司, 住所地中华人民共和国上海市嘉定区马陆镇嘉戥公路688号B19-67。

法定代表人张文君, 经理。

委托代理人盛雷鸣, 上海市中茂律师事务所律师。

委托代理人邹红黎, 上海市中茂律师事务所律师。

第三人河北德仁投资有限公司, 住所地中华人民共和国河北省石家庄市桥西区中山西路276号。

法定代表人赵令欢, 执行董事。

委托代理人王莹, 北京市金杜律师事务所律师。

委托代理人周伟, 北京市金杜律师事务所律师。

原告 PRIMUS

PACIFICPARTNERSLTD (博智资本基金公司, 以下简称博智公司)诉被告鸿元控股集团有限公司(以下简称鸿元公司)、第三人上海欣鸿投资管理有限公司(以下简称欣鸿公司)、第三人上海宏邦股权投资管理有限公司(以下简称宏邦公司)、第三人上海昊盛投资咨询有限公司(以下简称昊盛公司)、第三人河北德仁投资有限公司(以下简称德仁公司)股权转让合同纠纷一案,本院于2011年5月12日依法受理后,依法组成由法官范士卿担任审判长,法官赵红英、法官龚晓妮参加的合议庭审理本案。2011年5月19日,本院依据原告博智公司申请和其提供的担保,对被告鸿元公司、第三人欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司的财产予以保

全。鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在答辩期内提出管辖权异议，本院于 2011 年 7 月 29 日作出本院具有管辖权的民事裁定。鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司不服本院民事裁定，上诉于中华人民共和国最高人民法院。中华人民共和国最高人民法院于 2011 年 11 月 4 日裁定驳回鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司的上诉。本院于 2011 年 12 月 29 日召集各方当事人进行了庭前证据交换，并于 2012 年 1 月 11 日、3 月 5 日公开开庭进行了审理。原告博智公司的委托代理人吴雷、孙美妍，被告鸿元公司及第三人欣鸿公司、昊盛公司的共同委托代理人盛雷鸣、邹红黎，第三人宏邦公司的委托代理人袁小奕，第三人德仁公司的委托代理人王莹、周伟到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告博智公司起诉称：2005 年 12 月，博智公司与鸿元公司的前身上海亚创控股有限公司（以下简称亚创公司）签订了《委托投资及托管协议》等一系列合同，委托亚创公司代博智公司持有新华人寿保险股份有限公司（以下简称新华人寿）9%股份，共计 10800 万股。合同特别约定，该 9%股权的所有权益归博智公司所有，博智公司可在任何时间要求解除代持关系，亚创公司需按照博智公司的指令随时将该 9%股权转让给博智公司认可和指定的公司。合同签订后博智公司与亚创公司办理了代持股的全部手续，并向亚创公司支付股权代持的费用。同时，博智公司向新产业投资股份有限公司（以下简称新产业公司）支付了该 9%股权转让款，办理了股权变更手续。2010 年 10 月，新华人寿发布公告开始增资扩股准备上市，增资扩股的截止时间为同年 11 月 26 日，过期将丧失增资认股权。博智公司多次要求鸿元公司交还其代持的股份，结束代持关系。但鸿元公司不但拒绝与博智公司办理该 9%股权的交还和转让工作，拒绝博智公司行使增资配股的权利，而且还自行行使增资权，霸占其代持的属于博智公司的该 9%股权和基于该 9%股权股东身份而享有的以优惠价格认购的增资扩股股权，从而侵占博智公司的巨大利益。为了不丧失新华人寿增资扩股的认股权从而给博智公司造成人民币数十亿元的经济损失，博智公司在极不情愿的情况下不得已在 2010 年 11 月 26 日与鸿元公司及第三人德仁公司签订了《关于新华人寿保险股份有限公司之股份及权益转让协议》（以下简称《股份及权益转让协议》），被迫同意从德仁公司投资收购新华人寿 9%股权而支付的股权转让款中拿出人民币数亿元给鸿元公司以换取其交出股份并配合办理股权转让手续。《股份及权益转让协议》签订后，德仁公司将股权转让款中的人民币 7.02 亿元支付给了鸿元公司。鸿元公司收款后立即将款项分别划入欣鸿公司、宏邦公司和昊盛公司以转移资产。

博智公司认为，鸿元公司本应诚信的履行其与博智公司签署的委托持股的相关协议并按照博智公司的要求配合博智公司将 9%股权转让并将转让收益全部归于博智公司。但鸿元公司利用其作为新华人寿的名义股东实际掌握该 9%股权，没有其配合将无法完成该 9%股权的转让和增资股权的认购工作，从而给博智公司造成人民币数十亿元损失的绝对优势地位，迫使博智公司在违背真实意思的情况下不得不同意从依据《股份及权益转让协议》所应全部由博智公司获得的股权转让款中向其支付人民币数亿元。鸿元公司在未出一分钱的情况下以不正当的手段获取了高达人民币数亿元的暴利，不但给博智公司造成了巨额的经济损失，也是对法律和正义的蔑视。博智公司依据《中华人民共和国合同法》第五十四条的规定，请求法院判令：一、变更《股份及权益转让协议》第 3.4 条约定，德仁公司将支付给鸿元公司的股权转让款项应支付给博智公司；二、撤销鸿元公司与德仁公司之间依据《股份及权益转让协议》第 3.4.1 条签署的相关协议，鸿元公司将其从德仁公司取得的人民币 7.02 亿元款项返还给博智公司；三、欣鸿公司在其从鸿元公司处取得的款项人民币 2 亿元范围内承担连带偿还责任，将其取得的款项人民币 2 亿元返还给博智公司；四、宏邦公司在其从鸿元公司处取得的款项人民币 40050 万元范围内承担连带偿还责任，将其取得的款项人民币 40050 万元返还给博智公司；五、昊盛公司在其从鸿元公司处取得的款项人民币 5310 万元范围内承担连带

偿还责任，将其取得的款项人民币 5310 万元返还给博智公司；六、由鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司承担本案的全部诉讼费用。

原告博智公司向本院提交以下证据予以证明：

证据 1、亚创公司与博智公司于 2005 年 12 月 1 日签署的《委托投资及托管协议》；

证据 2、亚创公司与博智公司于 2006 年 8 月 22 日签署的《协议书》；

上述证据证明：博智公司委托亚创公司暨鸿元公司（下同）代持新华人寿 9%股份，博智公司是新华人寿 9%股权的实际股东，应依法享有股东权利。

证据 3、亚创公司与新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》；

证据 4、博智公司支付 9%股权转让款共计 56698582.54 美元的四份支付凭证；

上述证据证明：博智公司依照与鸿元公司签署的相关代持协议，作为实际股东履行了支付全部股权转让款的义务。

证据 5、《新华人寿保险股份有限公司股份认购暨增资协议》（以下简称《股份认购暨增资协议》），证明：博智公司若不在缴款宽限期届满前认购新增股权并缴足增资款将丧失增资权益及现有股权的利益。

证据 6—8、博智公司分别于 2010 年 10 月 22 日、10 月 29 日、11 月 1 日向鸿元公司发出的律师函及邮寄凭证，证明：鸿元公司拒不听从博智公司指示，自行认购部分新增股权，不按照博智公司的指示进行股权转让。

证据 9、《股份及权益转让协议》，证明：因鸿元公司企图侵占所代持的新华人寿 9%股份及新增股份，博智公司迫不得已同意签署《股份及权益转让协议》，从而给博智公司造成巨额经济损失。

证据 10、博智公司与德仁公司于 2010 年 11 月 26 日签署的《PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》，证明：博智公司被迫签署《股份及权益转让协议》，造成巨额经济损失。

证据 11、鸿元公司向博智公司告知支付顾问费账户的邮件；

证据 12、鸿元公司向博智公司发出《付款通知书》的邮件；

证据 13、鸿元公司向博智公司发出关于 15 万美元顾问费的《付款通知书》；

证据 14、博智公司向鸿元公司支付 15 万美元的指令和凭证；

证据 15、鸿元公司向博智公司发出关于 3 万美元年费的《付款通知书》；

证据 16、鸿元公司向博智公司发出的收到 3 万美元的邮件；

证据 17、鸿元公司向博智公司发出关于 25 万美元公关费的《付款通知书》；

证据 18、博智公司向鸿元公司支付 25 万美元的指令和凭证；

证据 19、鸿元公司向博智公司发出要求支付 10 万美元的邮件；

证据 20、博智公司支付 10 万美元的凭证；

证据 21、鸿元公司要求博智公司支付 100 万美元的邮件；

证据 22、博智公司向鸿元公司支付 100 万美元的凭证；

上述证据证明：博智公司依照与鸿元公司签署的相关代持协议向鸿元公司支付了代持服务的费用。

证据 23、博智公司向鸿元公司发出参加新华人寿股东会指示函的邮件；

证据 24、鸿元公司向博智公司要求取回指示函原件的邮件；

证据 25、博智公司向鸿元公司发出的指示函；

上述证据证明：博智公司是新华人寿 9%股份的实际股东，通过指示鸿元公司行使股东权利。

证据 26、2010 年 5 月 25 日，鸿元公司向博智公司发出《关于处理新华人寿股权问题的董事会决议》；

证据 27、2009 年 11 月，鸿元公司致博智公司《关于：结束代为持有新华人寿保险股份有限公司股份的意见》；

证据 28、2010 年 3 月，鸿元公司致博智公司的律师函；

证据 29、2010 年 11 月 15 日，鸿元公司向博智公司发出《关于支付新华人寿股权转让款的通知》；

上述证据证明：鸿元公司从承认代持关系到否认代持关系并意图将涉诉股权据为己有的主观恶意明显。

证据 30、新华人寿于 2010 年 10 月 26 日向博智公司发出的《缴款通知书》，证明：新华人寿股东缴纳增资款的缴款宽限期为 2010 年 11 月 29 日。

证据 31、新华人寿《首次公开发行股票（A 股）招股说明书》第 1-1-48\49 页，证明：博智公司转让股权的价值远远低于市场价值。

证据 32、北京市高级人民法院查询到的《银行对公帐户对帐单》；

证据 33、鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司的工商档案资料；

证据 34、鸿元公司《企业法人营业执照》及法定代表人工商档案资料；

证据 35、上海市公安局出具的俞立珍《常住人口登记表》；

上述证据证明：欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司与鸿元公司存在关联关系，鸿元公司利用该关联关系转移涉诉款项。

证据 36、鸿元公司年检报告，证明：鸿元公司代持新华人寿 9%股份属于博智公司所有，鸿元公司从未将涉诉股份列为该公司资产。

被告鸿元公司答辩称：博智公司的诉讼请求缺乏事实和法律依据，不应予以支持。一、博智公司诉称的胁迫情形根本不存在，其所称的遭到胁迫的原因和理由是虚假的、不能成立的，与其在其他文件中的表述自相矛盾。有多方面的证据证明，系争合同的签署是完全出于包括博智公司在内的各方真实意思。二、关于代持股的情形是否存在、代持股的行为是否有效等争议在本案中已经无需研究和审理，因为系争合同的签署就是博智公司与鸿元公司之间关于代持股争议的了结。三、根据法律规定，博智公司无权要求变更或撤销鸿元公司与德仁公司之间的合同约定。四、博智公司应该得到的是否已经得到以及其所得的股权转让款是否过低等问题所产生的权利主张的对象不应是鸿元公司。五、如果博智公司真的是因为受到胁迫才签订系争合同，其应当主张撤销整个系争合同，而不能仅称因价格约定受到了胁迫，价格条款之外的条款没有受到胁迫，就只要求撤销或变更系争合同中的价格条款。六、本案是股权转让纠纷，本案中的第三人欣鸿公司和昊盛公司等与本案系争的股权转让协议的签订与履行毫无关系，博智公司要求第三人承担款项返还的连带责任毫无依据和道理。

被告鸿元公司向本院提交以下证据予以证明：

证据 1、新华人寿 2011 年 7 月 5 日出具的《情况说明》，证明：新华人寿关于讼争 9%股权转让过程的情况说明。

证据 2、中国保险监督管理委员会（以下简称中国保监会）办公厅《关于新华人寿保险股份有限公司股权转让有关问题的答复意见》保监厅函[2007]137 号（复印件），证明：中国保监会明确表示如果存在代持合同，则合同无效。

证据 3、中国建设银行电子转账凭证 2 份、上海浦东发展银行（浦发上海普陀支行营业部）贷记通知 1 份，证明：鸿元公司作为新华人寿的股东，按照《股份认购暨增资协议》的要求，向新华人寿支付了增资款人民币 4.5 亿元；后为履行《股份及权益转让协议》，鸿元公司向新华人寿申请撤回了该增资款，由受让方德仁公司进行增资。

第三人欣鸿公司、昊盛公司同意鸿元公司答辩意见。

第三人宏邦公司诉称：《股份及权益转让协议》第 3.4 条不涉及任何款项和资金，博智公司要求变更该条款不合理，且本案与宏邦公司没有直接利害关系，请求法院驳回博智公司的诉讼请求。

第三人德仁公司诉称：一、《股份及权益转让协议》是各方当事人的真实意思表示，依法有效，不应予以变更或撤销。1、博智公司、鸿元公司与德仁公司签署《股份及权益转让协议》是基于博智公司与鸿元公司之间就委托持股关系存在争议，为了一揽子解决涉讼股权存在及可能存在的争议而签署的，是各方当事人的真实意思表示。2、博智公司、鸿元公司签署《股份及权益转让协议》已经过各方内部决策机构决策通过，无论是授权代表的签字还是公司加盖正式公章的行为，均表明《股份及权益转让协议》是各方的真实意思表示，不存在可撤销、可变更的事由。3、根据《股份及权益转让协议》的约定，德仁公司受让涉讼股权，并根据与博智公司、鸿元公司分别另行签署的协议以及另行约定的金额支付相关款项，是博智公司、鸿元公司的真实意思表示。因此，德仁公司受让争议股权，是博智公司、鸿元公司的真实意思表示。博智公司、鸿元公司均知悉并同意，德仁公司将根据与博智公司、鸿元公司分别另行签署的协议以及另行约定的金额支付相关款项。《股份及权益转让协议》的具体条款以及相关协议，均是各方真实意思表示，不应予以撤销或变更。至于鸿元公司根据《股份及权益转让协议》取得相关款项之后是否应向博智公司返还该款项，与德仁公司无关，也不应影响《股份及权益转让协议》及德仁公司分别与博智公司、鸿元公司签署的相关协议的效力。二、《股份及权益转让协议》以及本次股权转让的交易安排已得到中国保监会的审查批准，《股份及权益转让协议》合法有效。根据《关于新华人寿保险股份有限公司股权转让的批复》（保监发改[2011]387 号）及《关于新华人寿保险股份有限公司变更注册资本的批复》（保监发改[2011]423 号），本次股权转让已经得到中国保监会的批准同意。三、《股份及权益转让协议》及相关协议已经各方当事人有效履行，这也表明《股份及权益转让协议》及相关协议是各方真实意思表示。四、博智公司并非德仁公司与鸿元公司依据《股份及权益转让协议》第 3.4.1 条签署的相关协议的当事人，博智公司请求撤销和变更德仁公司与鸿元公司之间的相关协议，没有法律依据。综上所述，《股份及权益转让协议》及其具体条款及德仁公司分别与博智公司、鸿元公司签署的相关协议是各方当事人的真实意思表示，依法不应予以撤销或变更。

第三人德仁公司向本院提交以下证据予以证明：

证据 1、《股份及权益转让协议》，证明：（1）2010 年 11 月 26 日，博智公司、鸿元公司与德仁公司签订《股份及权益转让协议》，明确约定同意德仁公司购买鸿元公司持有的新华人寿 9%股份和一切附属权益，包括增资权；（2）博智公司、鸿元公司均同意，德仁公司将根据与博智公司另行签署的相关协议向博智公司支付股权转让的相关款项，德仁公司将根据与鸿元公司另行签署的相关协议向鸿元公司支付相关款项；（3）博智公司、鸿元公司均明确承诺、保证《股份及权益转让协议》的签署均经过各方必要的公司行动，是各方的真实意思，协议项下各项义务对各方均产生约束力。博智公司、鸿元公司及其他任何第三方不再就标的股份、新增股份及该等股份的一切附属权益提出任何形式的主张；（4）《股份及权益转让协议》第 3.4 条、第 6.1.9 条不存在欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平等可撤销、可变更事由，不应予以撤销。

证据 2、《PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》；

证据 3、《PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD 与河北德仁投资有限公司之权益转让协议之补充协议》；

证据 4、《鸿元控股集团有限公司与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之交易价款支付协议》（以下简称《交易价款支付协议》）；

上述证据证明：（1）根据《股份及权益转让协议》的约定，2010 年 11 月 26 日，德仁公司与博智公司、鸿元公司分别签署协议，约定就此次股权转让，德仁公司分别向博智公司支付人民币 21.6 亿元，向鸿元公司支付人民币 7.02 亿元；（2）《股份及权益转让协议》及相关协议的约定，是博智公司、鸿元公司、德仁公司等各方的真实意思表示，不存在欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平等情形，合法有效。

证据 5、博智公司、鸿元公司和德仁公司关于签署《股份及权益转让协议》及相关协议的授权文件，证明：博智公司、鸿元公司和德仁公司的相关授权代表签署《股份及权益转让协议》及相关协议均取得了各方的合法授权，《股份及权益转让协议》及相关协议是各方的真实意思。

证据 6、博智公司承诺函及 2011 年 5 月 13 日董事会决议，证明：（1）博智公司董事会批准博智公司以大约人民币 20 元/股或总价约人民币 22 亿元的价格将新华人寿 1.08 亿股股权转让给德仁公司，并批准签署相关股权转让协议；（2）《股份及权益转让协议》是博智公司的真实意思表示，且德仁公司向博智公司支付人民币 21.6 亿元作为其股权转让价款，是博智公司转让争议股权的合理对价，《股份及权益转让协议》不存在可撤销、可变更的事由。

证据 7、鸿元公司 2010 年 11 月 23 日股东会会议决议；

证据 8、鸿元公司 2010 年 11 月 26 日发出的股份及权益转让通知；

上述证据证明：（1）本次股权转让经鸿元公司全体股东一致通过，是鸿元公司的真实意思表示；（2）鸿元公司授权陈嘉伟全权代表公司处理此次股权转让事宜，包括谈判、签署、递交相关法律文件。

证据 9、石家庄制药集团进出口贸易有限公司 2010 年 11 月 26 日股东决定，证明：德仁公司的股东会批准德仁公司购买新华人寿增资前的 9%股权，并参与新华人寿 2010 年增资事宜。

证据 10、保监发改[2011]387 号《关于新华人寿保险股份有限公司股权转让的批复》；

证据 11、保监发改[2011]423 号《关于新华人寿保险股份有限公司变更注册资本的批复》；

上述证据证明：《股份及权益转让协议》以及此次股权转让的交易安排已得到主管机关中国保监会的审查批准，《股份及权益转让协议》合法有效。

证据 12、德仁公司向博智公司和鸿元公司出具的《交割通知》及回执；

证据 13、博智公司和鸿元公司出具的《收款通知书》；

证据 14、博智公司和鸿元公司出具的《确认函》；

上述证据证明：德仁公司已根据与博智公司和鸿元公司的约定，分别向各方实际支付了人民币 21.6 亿元、人民币 7.02 亿元款项，《股份及权益转让协议》及相关协议均已实际履行。

证据 15、2010 年 11 月企业（企业集团）名称变更核准通知书【（冀）名称变核内远字[2010]第 0412 号】，证明：2010 年 11 月 27 日，石家庄制药集团进出口贸易有限公司企业名称变更为德仁公司。

证据 16、2010 年 7 月 1 日鸿元公司鸿元函[2010]第 023 号，证明：2007 年 10 月，亚创公司企业名称变更为鸿元公司。

案外人新华人寿于 2011 年 12 月 28 日向本院出具《说明函》，载明：我公司于 2011 年 7 月 5 日出具了《情况说明》，就我公司知悉的博智公司与鸿元公司之间股权交易事项作出了说明，现进一步说明如下：1、鉴于博智公司与鸿元公司之间的交易事项涉及我公司股权，且根据中国保监会的有关规定，上述股权交易属于中国保监会的批准事项。因此我公司在该交易过程中履行了法律法规、监管机关以及我公司章程规定的我公司应当履行的义务，配合相关当事方向中国保监会报送申请文件、办理股份工商过户登记以及进行了公司章程修改等。2、在我公司进行前述第 1 项的有关工作的过程中，未有任何一方向我公司反映其受到胁迫。由于我公司并非博智公司与鸿元公司之间股权交易的合同缔约方，我公司无法知悉博智公司

与鸿元公司之间在合同缔结过程中是否存在胁迫。因此，我公司没有依据对该交易中是否存在胁迫行为发表看法。3、我公司于 2011 年 7 月 5 日起草的《情况说明》及本说明只是对我公司所知悉的交易情况的客观陈述，并不构成任何指向性意见。

本院调取了鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在 2011 年 5 月 13 日鸿元公司收取德仁公司支付的人民币 7.02 亿元款项后相互间资金流转的银行对公帐户对帐单及鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司开立、变更、撤销银行结算账户申请书、企业工商信息记录。经本院庭审质证，各方当事人对被告鸿元公司提交的证据 1，第三人德仁公司提交的证据及案外人新华人寿提交的《说明函》、本院调取证据的真实性、合法性均无异议，本院予以确认。被告鸿元公司、第三人欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司对原告博智公司提交的证据 1—6、9、10、26—29、31—36 的真实性、合法性予以认可，对证据 7、8、11—25 的真实性不予认可，对证据 30 的真实性无法确认；第三人德仁公司对原告博智公司提交的证据 1—10、30、31 的真实性予以认可，因证据 11—29、32—36 系证明博智公司与鸿元公司间代持股关系及鸿元公司与欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司的关联关系等，均与德仁公司无关，故不发表质证意见。鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司虽对博智公司的证据 11—25、30 的真实性不予认可，但均未提出针对性的反驳意见及证据，而博智公司提交的证据 11—25 经过公证认证，且证据内容能够与证据 1、2 相互印证；证据 30 系新华人寿向股东博智公司发出的通知原件，内容为向新华人寿缴纳增资款的截止时间，德仁公司作为新华人寿股份的受让股东亦认可该证据内容的真实性，故本院对博智公司提交的证据 11—25、30 的真实性予以确认。综上，本院对原告博智公司提交的证据 1—6、9—36 的真实性、合法性予以确认，对证据 7、8 的真实性不予确认。被告鸿元公司提交的证据 2 系复印件，虽然第三人欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司对该证据的真实性予以认可，但原告博智公司、第三人德仁公司对该证据的真实性均不予确认，故本院对该证据的真实性不予确认。被告鸿元公司提交的证据 3 系复印件，原告博智公司、第三人欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司对该证据的真实性、合法性予以认可，虽然德仁公司对该证据的真实性、合法性、关联性均不予认可，但《股份及权益转让协议》中有关于鸿元公司向新华人寿要求退回其已支付人民币 4.5 亿元“增资”款项的约定，鸿元公司在庭审中亦认可其向新华人寿支付过该款项且该款项已由新华人寿退回，故该证据所证明的事实可与其他证据相互印证，本院对其真实性予以确认。对上述证据的关联性，本院将结合全案事实进行认定。

本院根据上述认证查明：

博智公司系 2005 年 2 月 15 日在英属开曼群岛注册成立的公司，截至 2010 年 11 月，作为外资股东持有新华人寿 4.5% 股份。

2005 年 11 月 17 日，亚创公司与新产业公司签订《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，约定：亚创公司同意按协议的规定以每股相当于人民币 4.20 元的代价受让新产业公司持有的新华人寿 9% 股份。同年 12 月 1 日，博智公司与亚创公司签订《委托投资及托管协议》，约定：1、背景：根据博智公司的要求并代表博智公司，亚创公司于 2005 年 11 月 17 日同新产业公司签署了《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，以收购新产业公司所拥有新华人寿之全部 9% 股份。博智公司将为此股份转让向亚创公司支付公关和顾问费。博智公司进一步要求亚创公司于股份转让完成后作为博智公司的托管人并代表博智公司持有该新华人寿股份。而博智公司将为此向亚创公司支付年托管费（“年费”）。本投资及托管协议反映了亚创公司与博智公司就该股份转让达成的一些共识。2、资金提供：博智公司负责提供上述股份转让所需要的全部资金，具体安排由亚创公司和博智公司另行商定。3、股份托管：亚创公司通过上述股份转让而取得的新华人寿股份，以及与该等股份相关的一切权益和权利，均归属博智公司所有；亚创公司对该等股份不享有任何实际权益和权利。亚创公司作为该等股份的名义持有人行使与该等股份相关的一切权利或为或不为一定行为时，均

应当完全按照博智公司的要求或意见行事。4、进一步行动：根据博智公司要求或意见，亚创公司应当将该等股份直接或间接转让给博智公司或博智公司指定的其它公司，或根据博智公司要求或意见对该等股份进行任何其它形式的处置；对于博智公司就此作出的任何要求或意见，亚创公司应当予以完全遵从。博智公司亦清楚，对亚创公司作出的与该等股份托管和处置的任何要求或意见，不应损害亚创公司的利益。5、费用：根据《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》完成股份转让的全部手续后的五个工作日内，博智公司即支付亚创公司 25 万美元公关费、15 万美元顾问费。在股份转让完成及根据本协议实施股份托管期间，博智公司将支付持有新华人寿股份的亚创公司 3 万美元的年费。该年费应按月及按比例于每月 15 日前支付。此外，博智公司将支付与本交易相关的亚创公司所发生的一切开支。6、排他性交易：保密性。7、违约：任何一方对本协议的任何违反均构成违约，违约方应对另一方因其违约所造成的损失(包括损失和费用)给予全面足额赔偿。2006 年 8 月 22 日，博智公司与亚创公司签订《协议书》，约定：鉴于：1、根据博智公司的要求并代表博智公司，亚创公司于 2005 年 11 月 17 日与新产业公司签署了《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，已代为受让新产业公司持有新华人寿的 10800 万股股份(占新华人寿总股本的 9%)；2、根据博智公司的要求并代表博智公司，亚创公司于 2005 年 11 月 17 日同时与香港新产业投资顾问有限公司签署了《中介服务协议》，已代为向香港新产业支付中介费用；3、2005 年 12 月 1 日，亚创公司与博智公司签订了一份《委托投资及托管协议》，以明确亚创公司受博智公司委托代为持有新华人寿 9%的股份、股份托管以及双方的权利义务；4、2006 年 6 月 30 日，亚创公司与博智公司签订了一份《服务协议》，以进一步明确双方在代持和托管过程中的权利义务；5、亚创公司在代持过程中，亚创公司的代持成本和风险增加。有鉴于此，亚创公司与博智公司经过友好协商，现就亚创公司为博智公司代持并托管新华人寿股份一事的处理事项达成如下协议：一、博智公司同意并确认，亚创公司就代持股份所作出的任何行为、不作为以及任何意思表示(包括但不限于就代持股份签订并履行相关协议)均是基于博智公司书面或口头的指示或指令，并由博智公司承担由此产生的全部义务、责任和风险。二、博智公司同意并确认，亚创公司就代持股份因任何事由而承担或被要求承担任何义务、责任和风险的，均应由博智公司承担或在亚创公司承担后不超过 15 个工作日内对亚创公司进行全额赔偿。三、双方同意并确认，即使《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》和《中介服务协议》被确认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，双方仍按《委托投资及托管协议》和《服务协议》规定的条款履行；如《委托投资及托管协议》、《服务协议》被确认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，则本协议第一条和第二条及其它相应条款构成确定双方在该等情形下权利义务关系的依据。四、双方同意并确认，一旦出现因中国保监会或其它有权机构确定或判决亚创公司与新产业公司的股权交易无效，从而出现后续诉讼，追讨及其它相关操作的情形，亚创公司仍会尽力配合博智公司进行相关事宜的操作，但因该操作行为产生的全部费用(包括但不限于诉讼费用、律师费用、亚创公司额外支出的人力成本及其它成本和管理费用等)、法律后果(包括但不限于裁判结果等其它各类结果的最终执行或承担)及风险(包括但不限于诉讼风险、执行风险等各类风险)最终均由博智公司承担。五、除按第四条的规定处理以外，如《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》或《服务协议》被确认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，则 1、博智公司放弃以任何方式和理由向亚创公司主张任何赔偿、补偿的权利；2、如亚创公司因代持股份而需承担任何义务、责任、税费或风险的，博智公司对亚创公司因此遭受的任何直接和/或间接损失(包括但不限于任何罚金、罚款、赔偿金、律师费、其它开支等)承担全部赔偿责任。六、双方同意并确认，基于亚创公司代持股份行为的成本和风险增加，博智公司除按本协议约定进行赔偿外，另行给予亚创公司经济补偿，补偿方法为：1、在本协议签署之后 5 个工作日内给付亚创公司 10 万美元；2、

如代持股份再次被确认为合法有效(以亚创公司能够合法出席新华人寿股东大会并可以行使表决权或遵照博智公司指示授权第三方出席股东大会并行使投票权为标志),博智公司将在 5 个工作日内给付亚创公司 80 万美元(博智公司根据本条第 1 项已经支付的部分可予以扣除)并补偿亚创公司为此支付的包括律师费在内的全部费用、开支;在亚创公司配合博智公司最终完成股权转让后(以得到中国保监会批准及工商变更为标志)的 15 个工作日内,由博智公司再给付亚创公司 80 万美元。七、在《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和/或《服务协议》未被认定无效、非法或丧失法律效力的前提下,如在博智公司的安排下,有符合不时生效的中华人民共和国大陆地区法律、行政法规、部门规章、规范性文件以及地方法规、规章、规范性文件规定的投资者愿意受让代持股份的,亚创公司同意配合办理相关转让手续;但因代持股份的转让而产生的任何义务、责任、税费和风险,由博智公司自行承担。八、双方同意并确认,本协议并非《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和/或《服务协议》的附件、修订、从合同或补充协议,其效力独立于《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和/或《服务协议》;凡《委托投资及托管协议》、《服务协议》与本协议书有抵触的条款,均以本协议书为准。九、双方同意并确认,因本协议书以及《委托投资及托管协议》、《服务协议》等引起的纠纷均由香港国际仲裁中心仲裁。因该仲裁而产生的全部费用(包括但不限于仲裁费、律师费、差旅费等)均由博智公司承担。鸿元公司和博智公司的授权代表陈嘉伟、宦国苍分别在协议上签字。

上述一系列合同签订后,博智公司于 2006 年 6 月 27 日、7 月 3 日、8 月 3 日、8 月 5 日共计向新产业公司支付股权转让款 56698

582.54 美元并办理了股权变更手续,亚创公司代博智公司成为名义持有新华人寿 9%股份的股东。后博智公司依约向鸿元公司支付服务费(公关费)、顾问费、年费共计 153 万美元。自 2009 年 11 月起,鸿元公司就代持股关系与博智公司协商,要求结束代持股关系,双方协商未果。2010 年 5 月 25 日,鸿元公司通过《关于处理新华人寿股权问题的董事会决议》,其中“鉴于”1 载明:(鸿元)公司名下持有新华人寿 9%的股权(计 10800 万股股份)。此项股权系公司前身亚创公司的原董事长宦国苍先生及博智公司之托,于 2005 年末以亚创公司名义与博智公司签署《委托投资及托管协议》而实际代博智公司持有。

2010 年 10 月 14 日,新华人寿召开 2010 年度第四次临时股东大会,审议通过《关于新华人寿保险股份有限公司股份发行暨增资方案的议案》,决定公司以每股人民币 10 元的价格向全体股东发行股份,股东有权按照每持有 12 股可认购 14 股的比例认购本次增资发行的股份。10 月 26 日,在前述临时股东大会召开的前一日持有新华人寿股份的股东与新华人寿签订了《股份认购暨增资协议》,约定:“鉴于”第 3 条:为满足中国监管机构对改善新华人寿保险偿付能力的要求,促进公司的进一步发展,依据本协议的条款和条件,各增资方愿意认购公司新增发行的股份,公司同意按照本协议的条款和条件,向各增资方新增发行股份并相应增加公司的注册资本。第 2.2 条:本次新增股份的种类:普通股。本次新增股份的面值:人民币 1 元。本次新增股份的数量:公司本次新增发行的股份数为 14 亿股。审议本次增资方案的股东大会召开日的前一日为股权登记日,于股权登记日持有公司股份的现有股东,均有权认购新增股份。本次新增股份的每股认购价格:人民币 10 元。各增资方各自认购的新增股份数量:根据公司股东大会的决议,各增资方可按照每持有 12 股可认购 14 股的比例认购新增股份。各增资方特此同意认购下表所示数量的新增股份,并支付对应的增资款:亚创公司:认购股数为 12600 万股,增资额为人民币 12.6 亿元;博智公司认购股数为 6300 万股,增资额为人民币 6.3 亿元。弃配额度:如果出现任何增资方未在缴款宽限期(如第 8.1 条第(3)款所定义)届满前足额缴纳增资款以认购其根据本协议第 2.2 条第(5)款规定的增资

额度的情形,但是所有守约增资方实际缴纳的增资款总额达到人民币 105 亿元(或等额外币)或以上,则本次增资继续进行。该未足额缴款的增资方应被视为放弃认购与其未缴纳增资款金额相对应的增资额度的权利。在此情况下,如果导致部分守约增资方的持股比例被动超过监管要求(包括单一股东持股比例超过 20%或者外资股东合计持股比例超过 25%),公司以及各增资方确认,涉及被动超限问题的股东,在本次增资实施完成后的 12 个月内或解决被动超限问题的股份发行完成前或公司实现首次公开发行股份并上市之前(三者以先到的日期为准),没有义务主动减持被动超限股份。如果监管机构要求公司限期解决被动超限问题,或者根据公司业务发展的需要进一步增资以提升偿付能力,公司将根据公司股东大会特别决议批准的方案,发行与弃配额度数量相同的新增股份以解决被动超限问题。如果上述股份发行无法完成或被动超限问题仍无法解决,被动超限股东有权选择不减持被动超限股份。第 2.3 条:在本协议第 5.1 条列示的所有缴纳增资款的先决条件均已得到满足或已被有权放弃此等先决条件的每一方所有有效放弃之后的五(5)个工作日内,公司应向全部增资方发出加盖公司公章的缴款通知。缴款日,即缴款通知送达日之后的第四(4)个工作日。各增资方应在缴款通知载明的缴款日之前或当日缴纳其各自的增资款至缴款通知载明的增资账户。第 4.7 条:任一增资方均可在缴款宽限期届满之前转让其持有的公司股份和/或其附属于股份上的各项股东权利、义务(包括其在本协议项下的增资认购权及相关缴款义务),前提是(1)受让方同意全部承继以及履行该转让方在本协议项下全部权利和义务;(2)转让交易符合相关法律、法规以及中国保监会的要求和公司章程的规定;(3)受让方成为公司股东的资格获得中国保监会的书面认可;以及(4)该转让方在本协议项下的全部权利和义务的转让已及时通知其他各方。在满足前述前提条件的情况下,前述转让无需取得其他各方事先的同意或者批准。第 8.1 条:如任一增资方未能按照本增资协议第 2.3 条的约定在缴款日足额缴纳增资款,将按照本增资协议第 7.3 条的规定向公司支付罚息。公司及守约增资方在此同意,在本协议第 2.3 条第(1)款规定的缴款日次日起,给予未如期缴款的增资方三十(30)日的宽限期缴纳增资款及罚息。如果在缴款宽限期届满之后相关增资方仍未足额缴纳以上金额,将按照本协议第 2.2 条第(6)款的规定处理。

同日,新华人寿向各股东发出《缴款通知书》,确定本次增资缴款日为 2010 年 10 月 29 日。博智公司签署上述协议后,欲在认购期限届满前将鸿元公司代持的 9%的股份转让给镇江康飞机器制造有限公司(以下简称镇江康飞公司),并自 2010 年 10 月 22 日起向鸿元公司发出指令,要求其配合进行转让,但鸿元公司不予回应。

2010 年 11 月 10 日,博智公司向香港国际仲裁中心以鸿元公司为被申请人就涉案 9%股权提起仲裁,仲裁案号为 HKIAC/Arb/10150/R08.1。

2010 年 11 月 10 日,鸿元公司以“新华人寿增资认购款”名义向新华人寿入资人民币 4.5 亿元,欲自行完成增资入股。

2010 年 11 月 15 日,鸿元公司以鸿元函[2010]第 035 号《关于支付新华人寿股权转让款的通知》致函博智公司,称因博智公司系持有新华人寿 4.5%股份的中国境外公司,不具备受让新华人寿原股东即中国境内企业法人新产业公司持有的新华人寿 9%股份的主体资格,故鸿元公司与博智公司之间不存在合法的代持关系和有效的代持协议。自鸿元公司作为新华人寿的股东资格获得中国保监会核准并取得新华人寿股权证后,其多次提出将以等额人民币向博智公司全额支付当初由博智公司支付的股权转让款,以履行其作为合格受让股东支付股权转让款并以本国货币结算的应尽义务,但博智公司一直未提供相关合格帐号,以致鸿元公司至今无法完成付款。故要求博智公司提供汇款帐号,以供鸿元公司支付当初由博智公司安排垫付的新华人寿股权转让款。

2010 年 11 月 26 日,博智公司与德仁公司、鸿元公司签订《股份及权益转让协议》,内容包括:“鉴于 5”:根据亚创公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有

关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与亚创公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，亚创公司受让并持有新产业公司转让的新华人寿 1.08 亿股股份，占新华人寿 2010 年增资扩股完成前 9% 的股份。“鉴于 8”：现各方同意德仁公司购买 9% 股份及股份的一切附属权益，包括但不限于根据《股份认购暨增资协议》认购新华人寿 2010 年增资扩股新发行的 1.26 亿股股份。在本次转让及本次增资完成交割后，德仁公司成为 9% 股份及新增股份的合法记名股东及实际权益人，博智公司、鸿元公司及其他任何第三方不再就该股份、新增股份及该等股份的一切附属权益享有任何名义或实际的权利和权益，并不再就该 9% 股份、新增股份及该等股份的一切附属权益提出任何形式的主张。第 2.1 条：经各方协商同意，德仁公司将根据本协议列明的条款和条件购买标的股份和其一切附属权益，包括增资权。第 2.3 条：各方同意，本次转让完成交割后，博智公司与鸿元公司之间就标的股份形成的关系及双方和双方各自的关联方、合作方就此签署的所有协议、文件或安排均不可撤销的终止或者已被终止。第 3.1 条“价款”：各方同意，德仁公司将根据本协议以下第 3.2 条、第 3.3 条以及第 3.4 条的安排支付本次转让和本次增资相关的价款。第 3.2 条“与新华人寿相关款项的支付”：3.2.1，在本协议签署日后 3 个工作日内（但在任何情况下不应晚于缴款宽限期届满之日），德仁公司将作为标的股份及其一切附属权益的受让方，以其自己的名义根据《股份认购暨增资协议》向新华人寿支付本次增资对应的人民币 12.6 亿元增资款及根据《股份认购暨增资协议》规定计算的罚息。3.2.2，在德仁公司支付上述增资款及罚息后的当日应书面通知鸿元公司并向鸿元公司提供已付款凭证，鸿元公司应在收到德仁公司的通知和付款凭证后 2 个工作日内向新华人寿发出要求其退还鸿元公司已支付的增资款及根据《股份认购暨增资协议》规定计算的罚息的通知。第 3.3 条“与博智公司相关款项的支付”：3.3.1，德仁公司应在本次转让交割日当日，根据与博智公司另行签署的相关协议向博智公司支付本次转让的相关款项；第 3.4 条“与鸿元公司相关款项的支付”：3.4.1，德仁公司应在本次转让交割日当日，根据与鸿元公司另行签署的相关协议向鸿元公司支付本次转让的相关款项；3.4.2，鸿元公司承诺如因其收款安排导致德仁公司支付上述款项存在任何风险或损失的，由鸿元公司承担全部责任。

同日，德仁公司与博智公司签订《PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》，内容包括：“鉴于”4：根据鸿元公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与鸿元公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，鸿元公司受托受让并持有新产业公司转让的新华人寿 1.08 亿股股份，占新华人寿 9% 的股份；第 3.1 条“本次转让价款金额”：根据本协议，德仁公司同意向博智公司支付金额共计人民币 21.6 亿元整，本次转让价款以人民币方式支付，该等款项将视为德仁公司在本次转让中应向博智公司支付的全部价款（含税）。第七条“过渡期及公司治理安排”：第 7.1 条“过渡期的安排”：在过渡期内，博智公司、德仁公司及其各自关联的其他方不得对标的股份进行任何形式的处置或增加负担（包括但不限于质押、冻结、拍卖、强制执行等情形）。第 7.2 条“德仁公司的知情权”：在过渡期内，博智公司及其委派的董事在收到新华人寿股东大会和董事会审议事项的相关信息后，应于 3 个工作日内将该等事项书面告知德仁公司。第 7.4 条“公司治理安排”：双方同意，自本次转让交割日起，德仁公司有权根据新华人寿《公司章程》的规定提名董事，博智公司及其委派的董事应采取一切必要的行动予以配合。第 7.5 条“利润分配的安排”：双方同意，本次转让完成交割后，博智公司不参与新华人寿的利润分配；无论德仁公司何时获得股东资格，德仁公司均从本协议签署之日起按其持有新华人寿的股权比例享有同等利润分配权利（含滚存未分配利润）。

同日，德仁公司与鸿元公司签订《交易价款支付协议》，内容包括：鉴于 3：根据亚创公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司

股份转让之协议》及博智公司与亚创公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，亚创公司受让并持有新产业公司投资转让的新华人寿 1.08 亿股股份，占新华人寿 2010 年增资扩股完成前 9% 的股份。第 2.1 条“本次交易价款”：根据鸿元公司、博智公司与德仁公司签署的《股份及权益转让协议》，为实现本次转让和本次增资的交割，德仁公司同意向鸿元公司支付金额共计人民币 7.02 亿元整，该等价款是德仁公司在本次转让和本次增资交易中向鸿元公司支付的全部价款（含税）。第 12.3 条“未尽事宜或不一致”：本协议未尽事宜或本协议与《股份及权益转让协议》的约定不一致的，应按照《股份及权益转让协议》的相关约定执行。

2010 年 11 月 29 日，鸿元公司向新华人寿发出《退款通知书》，请求新华人寿在收到退款通知书后 3 个工作日内将鸿元公司已为本次增资支付的全部增资款及利息人民币 450130191.78 元退回。2010 年 12 月 1 日，新华人寿将该款项退回鸿元公司。

2011 年 3 月 28 日，中国保监会作出保监发改[2011]387 号《关于新华人寿保险股份有限公司股权转让的批复》，同意鸿元公司将其所持有的新华人寿 10800 万股股份转让给德仁公司。2011 年 5 月 12 日，博智公司向德仁公司出具《收款通知书》，确认已收到德仁公司支付的人民币 21.6 亿元。

2011 年 5 月 13 日，鸿元公司向德仁公司出具《收款通知书》，确认已收到德仁公司支付的交易价款人民币 7.02 亿元。鸿元公司于收款当日分别向昊盛公司汇款人民币 45360 万元、向欣鸿公司汇款人民币 2 亿元，于 5 月 16 日向潮州市建筑安装总公司第六工程公司汇款人民币 3000 万元。昊盛公司于 5 月 15 日向俞立珍汇款人民币 40050 万元，俞立珍于 5 月 16 日将该款以投资款、投资溢交款名义汇往宏邦公司。

2011 年 5 月 16 日，博智公司、鸿元公司分别出具《确认函》，确认截至交割日，协议适当履行，且未发生任何导致协议目的无法实现的重大违约行为。保证其在协议中的陈述、保证和承诺在作出时且截止至交割日均是真实、准确、完整的。

另查明：

亚创公司于 2007 年 10 月经中华人民共和国国家工商行政管理总局核准变更企业名称为鸿元公司。

石家庄制药集团进出口贸易有限公司于 2010 年 11 月由中华人民共和国河北省工商行政管理局核准变更企业名称为德仁公司。

鸿元公司于 2000 年 12 月 18 日设立，注册资本为人民币 28670 万元，其中，欣鸿公司出资人民币 14670 万元，占 51%；昆山花桥展览中心有限公司出资人民币 14000 万元，占 49%。经营地址为上海市静安区南京西路 1333 号商务楼二楼。陈嘉伟于 2007—2009 年间任法定代表人，现法定代表人为章文青，财务负责人为林霞。该公司 2008 年、2009 年没有经营、销售收入。2010 年工商登记的企业对外投资情况中没有对新华人寿投资持股的记载。

欣鸿公司于 2005 年 7 月 7 日设立，注册资本为人民币 5760 万元，注册地址虚拟，经营地址与鸿元公司同一。法定代表人杨新英，财务负责人、联系人为陈少鸣、林霞。该公司 2009 年、2010 年没有经营、销售收入，利润、纳税均为零。

宏邦公司于 2009 年 5 月 26 日设立，设立时注册资本人民币 5000 万元。法定代表人王晶，财务负责人、联系人为林霞、陈少鸣。该公司 2009 年、2010 年没有经营、销售收入，利润、纳税均为零。

昊盛公司于 2005 年 12 月 6 日设立，注册资本人民币 50 万元，注册地址虚拟，经营地址与鸿元公司同一。法定代表人张文君，财务负责人、联系人为陈少鸣、林霞。该公司 2009 年、2010 年没有经营、销售收入，利润、纳税均为零。

俞立珍与陈嘉伟系夫妻关系。

上述事实，有《委托投资及托管协议》，《协议书》，《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，《股份认购暨增资协议》，新华人寿《首次公开发行股票（A 股）招股说明书》，《股份及权益转让协议》，《PRIMUSPACIFIC

PARTNERSLTD 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》，《交易价款支付协议》，中国保监会保监发改[2011]387 号《关于新华人寿保险股份有限公司股权转让的批复》，博智公司《缴款通知书》、《收款通知书》，鸿元公司《收款通知书》，企业（企业集团）名称变更核准通知书【（冀）名称变核内远字[2010]第 0412 号】，鸿元公司鸿元函[2010]第 023 号、第 035 号，鸿元公司 2010 年 5 月 25 日《关于处理新华人寿股权问题的董事会决议》，上海市公安局常住人口登记表，鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司的工商档案材料、银行对公帐户对帐单，鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司开立、变更、撤销银行结算账户申请书及各方当事人陈述在案佐证。

本院认为：

一、关于本案管辖及法律适用。本案系股权转让合同纠纷，股权转让所涉目标公司新华人寿住所地为中华人民共和国北京市，属本院辖区，故根据《中华人民共和国民事诉讼法》规定，本院作为合同履行地法院对本案具有管辖权。鉴于本案一方当事人博智公司系在英属开曼群岛注册成立的公司，本案股份转让时所涉目标公司新华人寿系有外资股东持股 24.9%的外商投资企业，根据中华人民共和国最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第八条第（四）项之规定，本案应当适用中华人民共和国法律。

二、关于博智公司与鸿元公司之间是否存在代持新华人寿股份关系及效力问题。根据本院已查明的事实，博智公司与鸿元公司通过签订《委托投资及托管协议》、《协议书》等代持股协议，就鸿元公司代博智公司持有本案讼争的新华人寿 9%股份及相关费用进行了约定，确定博智公司是该股份的实际出资人和控制人，鸿元公司作为博智公司的托管人并代表博智公司持有该股份；博智公司向原股东新产业公司支付了该股份转让价款，并依约向鸿元公司支付了代持股费用；鸿元公司在 2010 年 5 月 25 日《关于处理新华人寿股权问题的董事会决议》中亦明确在其名下的新华人寿 9%股权系与博智公司签署《委托投资及托管协议》而实际代博智公司持有；德仁公司亦在庭审中确认其订立《股份及权益转让协议》时已知晓博智公司与鸿元公司之间系代持股关系。因此，涉案股权转让的各方当事人对于博智公司与鸿元公司之间就涉案股份存在代持股关系均予认可，本院予以认定。

博智公司与鸿元公司签署的《委托投资及托管协议》及《协议书》是双方当事人真实意思表示，且中华人民共和国未禁止境外企业持有境内保险公司股权，只是根据外资股东在境内保险公司持股比例区分企业形态进行分类管理，故双方依约确立的代持股关系不违反合同订立时中华人民共和国法律、法规的强制性规定，不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的合同无效情形。博智公司与鸿元公司就涉案 9%股份存在合法有效的代持股关系，博智公司是该股份的实际出资人，享有所有者投资权益；鸿元公司作为名义股东依约代博智公司行使股权。

三、关于《股份及权益转让协议》及《交易价款支付协议》效力问题。鸿元公司利用自己名义股东及新华人寿增资时限要求的优势地位，迫使博智公司在意思表示不真实的情形下签署《股份及权益转让协议》中针对鸿元公司的付款条款，使鸿元公司在依据该条款订立的《交易价款支付协议》中获取了本应属于博智公司的股权权益，有悖诚信、公平原则，博智公司有权请求人民法院予以变更、撤销。理由如下：

1、鸿元公司具有迫使博智公司签署有关针对鸿元公司的付款条款的优势地位。首先，按照《股份认购暨增资协议》约定，博智公司可在缴款宽限期届满之前转让其所有的新华人寿股份和附属于股份上的各项股东权利、义务，而代持股权的任何变动均需作为名义股东的鸿元公司履行《委托投资及托管协议》及《协议书》项下的配合、协助义务才能完成。鸿元公司

利用自己系新华人寿名义股东，在博智公司所有意志均需以鸿元公司的外在意思表示为要件的前提下，违背诚实信用原则，不履行受托义务，迫使博智公司在意思表示不真实的情形下让渡本属于实际出资人的权益。其次，按照《股份认购暨增资协议》约定，新华人寿增资缴款的宽限日为 2010 年 11 月 29 日，过期则股东丧失供股权及相关权益。鸿元公司利用博智公司如不能在增资缴款宽限截止日前完成股份及包括增资认购权在内的附属于股份上的各项权利转让，将遭受巨大经济损失的不利情形，不履行受托义务，迫使博智公司在缴款宽限日即将届满的压力下签署损害自身利益的有关付款条款。2、鸿元公司具有利用其名义股东的优势地位不履行受托义务的主观恶意并已付诸行动。据已查明的事实，鸿元公司从对博智公司指示其将代持股份转让给镇江康飞公司的要求不予配合、明确向博智公司表示其欲占有代持股权、未经博智公司同意自行向新华人寿缴付增资认购款等一系列行为，均能表明鸿元公司侵占代持股份的主观故意凸显并已采取行动。3、鸿元公司的上述行为足以使博智公司相信，如果鸿元公司占有代持股权的要求得不到满足，就要利用其名义股东的优势地位自行认购增资股权，使博智公司面临增资权益损失、9%股权被摊薄，甚至被代持股份全数丧失的巨额财产损失风险，从而使博智公司产生将丧失全部出资及相关权益的恐惧心理，进而被迫作出违背内心真意的意思表示。4、博智公司与鸿元公司已经明确约定了鸿元公司代持股应获得的报酬并已经实际给付。鸿元公司受托代表博智公司持有涉案股份，没有合同依据和法律依据获得本应属于实际权利人博智公司应得的股权转让收益，《股份及权益转让协议》中将本属于博智公司应得的股权转让收益分割给鸿元公司，既违背了博智公司的真实意思，也显失公平。

鸿元公司、德仁公司关于从《股份及权益转让协议》中的表述以及博智公司在签约时所提供的授权文件，均可证明博智公司签约是其真实意思表示，没有受到胁迫的抗辩，本院认为，如前所述，博智公司与鸿元公司之间系代持股关系，博智公司委托鸿元公司代为持有新华人寿股份，所有涉及该股份的权益及利益均应归属于真正的权利人博智公司，鸿元公司依据双方的委托合同收取佣金。本案博智公司主张其系在意思表示不自由的情形下被迫签订《股份及权益转让协议》，因此仅从协议条款及《股份及权益转让协议》签订时的授权文件等形式不能认定系博智公司的真实意思表示，应当结合全案事实探究博智公司真意。本案中，作为名义股东的鸿元公司，在已经与博智公司明确约定代持人身份且收受代持股费用，亦未支付股份对价的情况下，置委托人指示和利益于不顾，以受托人身份获取了实际权利人近四分之一的包括增资认购权在内的股权转让收益，与其应按委托合同获取的佣金收益形成巨大的利益反差，博智公司对此采取了协商、发函、提起仲裁、发动诉讼、财产保全等一系列意在阻止的救济措施而未果。因此，博智公司签约时确系因财产利益面临现实损害而被迫作出违背真意的意思表示，鸿元公司、德仁公司关于博智公司在签署《股份及权益转让协议》时未受到胁迫的抗辩没有事实依据，本院不予采信。同时，由于本案中博智公司不真实的意思表示是由于鸿元公司利用其与博智公司间代持股关系的优势地位胁迫导致，合同相对方德仁公司是否明知博智公司受到胁迫方才作出意思表示，不影响博智公司行使撤销权。因此，本案中，德仁公司关于博智公司是否受到胁迫的表述和认识，不影响博智公司依法正当行使撤销权。对于鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司关于博智公司并非《交易价款支付协议》当事人，无权行使撤销权的抗辩，本院认为，第一，《交易价款支付协议》是《股份及权益转让协议》的组成部分，是基于《股份及权益转让协议》第 3.4 条的安排而签订。在《股份及权益转让协议》没有约定股权转让价款的情况下，以《交易价款支付协议》和《PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》明确股权转让对价，共同构成完整的涉案股份转让合同。第二，《交易价款支付协议》所约定的由德仁公司向鸿元公司支付人民币 7.02 亿元的价款属于涉案股份转让对价的一部分，该约定直接侵害了博智公司作为实际出资人的利益，博智公司有权要求予以撤销。第三，德仁

公司在向中国保监会报送涉案股份转让材料时，亦是将《股份及权益转让协议》及包括《交易价款支付协议》在内的支付协议一并报送审批。因此，《交易价款支付协议》是《股份及权益转让协议》的组成部分，博智公司是包括《交易价款支付协议》在内的涉案股份转让合同关系当事人，有权对该协议行使撤销权。

四、关于法律后果及责任承担问题。如前所述，博智公司有权因在签订合同时受到胁迫而依据《中华人民共和国合同法》第五十四条提起撤销权之诉，包括主张变更《股份及权益转让协议》第 3.4 条及撤销《交易价款支付协议》。请求变更是博智公司作为撤销权人享有的一项权利，该请求表明博智公司认可《股份及权益转让协议》的效力，只是请求变更有关鸿元公司利用胁迫方法获取德仁公司支付的股权转让价款部分的条款，由博智公司取得该价款。

《股份及权益转让协议》第 3.4 条变更后，博智公司有权主张撤销依据该条款订立的《交易价款支付协议》。

依据《中华人民共和国合同法》第五十八条之规定，《股份及权益转让协议》第 3.4 条变更及《交易价款支付协议》撤销后，所涉原条款及《交易价款支付协议》自始不发生合同效力，涉案股份转让收益应归属实际权利人博智公司所有。鸿元公司因被变更的原条款及被撤销的

《交易价款支付协议》取得的款项应当返还给博智公司；欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在各自接收款项范围内承担连带返还责任。欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司关于其非合同当事人，不应承担连带返还责任的抗辩理由，本院认为：第一，《股份及权益转让协议》第 3.4 条及《交易价款支付协议》因违反《中华人民共和国合同法》第五十四条而予以变更、撤销，该条款及《交易价款支付协议》自始没有法律约束力，故鸿元公司依据该条款及《交易价款支付协议》取得人民币 7.02 亿元没有合同和法律依据；第二，鸿元公司在收到德仁公司支付的款项后，迅速将款项转入欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司名下，其转移财产、逃避追索的主观故意明显；第三，鸿元公司利用交叉任职、股东相互持股、亲属关系等形式与欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司存在密切联系，欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在庭审中亦不能说明收受相应款项的原因，不能证明接收款项是善意且已支付对价。因此，欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司应当在各自收受款项的范围内对鸿元公司的返还义务承担连带责任。

综上所述，民事活动应当遵守诚实信用原则，博智公司作为本案讼争股权的实际出资人，依法享有所有者权益。鸿元公司作为受托人应当忠实履行合同义务。鸿元公司利用优势地位，违背诚信原则，迫使博智公司在意思表示不真实的情形下同意签署《股份及权益转让协议》中针对鸿元公司的付款条款，并使鸿元公司从依据该条款订立的《交易价款支付协议》中获取了本属于博智公司的股权转让收益，损害了博智公司的财产权益，不符合诚实守信、公平有序的市场交易秩序。博智公司依据《中华人民共和国合同法》第五十四条之规定，请求人民法院对《股份及权益转让协议》第 3.4 条予以变更并撤销依该条款订立的《交易价款支付协议》，请求判令鸿元公司所得人民币 7.02 亿元归博智公司所有并返还给博智公司，请求判令欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在各自取得的资金范围内承担连带返还责任的诉讼请求有法律和事实依据，本院予以支持。依照《中华人民共和国合同法》第六条、第五十四条、第五十六条、第五十八条之规定，判决如下：

一、变更《关于新华人寿保险股份有限公司之股份及权益转让协议》第 3.4 条，河北德仁投资有限公司向 PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD（博智资本基金公司）支付转让新华人寿保险股份有限公司百分之九股份及其附属权益的相关款项；

二、撤销《鸿元控股集团有限公司与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之交易价款支付协议》；

三、鸿元控股集团有限公司于本判决生效之日起十日内向 PRIMUSPACIFICPARTNERSLTD（博智资本基金公司）返还人民币七亿零二百万元；

四、上海欣鸿投资管理有限公司在人民币二亿元范围内对上述判决主文第三项鸿元控股集团有限公司的返还款项承担连带责任；

五、上海宏邦股权投资管理有限公司在人民币四亿零五十万元范围内对上述判决主文第三项鸿元控股集团有限公司的返还款项承担连带责任；

六、上海昊盛投资咨询有限公司在人民币五千三百一十万元范围内对上述判决主文第三项鸿元控股集团有限公司的返还款项承担连带责任；

七、驳回 PRIMUS

PACIFICPARTNERSLTD（博智资本基金公司）的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费人民币三百五十五万一千八百元，由鸿元控股集团有限公司负担（于本判决生效后七日内交纳）；财产保全费人民币五千元，由鸿元控股集团有限公司负担（于本判决生效后七日内交纳）。

如不服本判决，PRIMUS

PACIFICPARTNERSLTD（博智资本基金公司）可在判决书送达之日起三十日内，鸿元控股集团有限公司、上海欣鸿投资管理有限公司、上海宏邦股权投资管理有限公司、上海昊盛投资咨询有限公司、河北德仁投资有限公司可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，同时按照不服本判决部分的上诉请求数额，交纳上诉案件受理费[开户行：中国农业银行东城区支行前门分理处，帐号：11-200301040005407，收款单位：中华人民共和国最高人民法院（中央财政汇缴专户）]，上诉于中华人民共和国最高人民法院。上诉期满后七日内仍未交纳上诉案件受理费的，按自动撤回上诉处理。

审判长 范士卿

审判员 赵红英

代理审判员

龚晓妮

二〇一二年十一月十三日

书记员 于静

XX 证券有限责任公司与何 XX 劳动合同纠纷一案一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院
民事判决书

(2008)浦民一(民)初字第 13230 号

原告 XX 证券有限责任公司，住所地上海市浦东新区 XX。

法定代表人郁 XX，董事长。

委托代理人王 X，女，该公司职员。

委托代理人陈 XX，上海市 XX 律师事务所律师。

被告何 XX，男，19XX 年 X 月 X 日生，汉族，住上海市浦东新区 XX 室。

委托代理人陈 XX，上海 XX 律师事务所律师。

委托代理人吴 XX，上海 XX 律师事务所律师。

原告 XX 证券有限责任公司与被告何 XX 劳动合同纠纷一案，本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告 XX 证券有限责任公司的委托代理人王 X 和被告何 XX 的委托代理人陈 XX、吴 X 到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告 XX 证券有限责任公司诉称，2007 年 4 月 24 日原告通过上海 XX 企业管理咨询有限公司与被告签订期限为 2007 年 4 月 24 日起至 2010 年 4 月 24 日的劳动合同，原告因此向上海 XX 企业管理咨询有限公司支付招聘费用人民币 24 万元。原、被告又签订补充协议，约定原告向被告支付一次性特殊补贴 69.80 万元，作为被告服务期内其具有保荐代表人资格的特殊福利待遇；被告的服务期自劳动合同起始日起至被告注册为原告的保荐代表人后三年止；并约定了违约责任。2008 年 2 月 18 日被告向原告提出辞职，3 月 17 日原告作出不同意被告辞职的通知。3 月 20 日被告未经原告同意和办理交接工作的情况下擅自离岗。被告的离职行为导致原告终止了与成都 XX 科技股份有限公司合作的上市保荐项目的终止，造成原告直接经济损失 937,857 元。因此原告要求被告支付违约金 40 万元，支付招聘费用 24 万元、特殊补贴及税款 69.80 万元，赔偿原告经济损失 93 万元（其中包括合作项目可得利益 80 万元和差旅费 13 万元）。

原告 XX 证券有限责任公司提交如下证据材料：

- 一、劳动合同和补充协议，证明被告的服务期自 2007 年 4 月 24 日起至 2011 年 1 月 10 日止，违约金为 40 万元；
- 二、被告的辞职报告和原告的批复及通知，证明被告于 2007 年 3 月 20 日违反合同约定离职；
- 三、原告与上海 XX 企业管理咨询有限公司签订的服务协议、该公司出具的证明、招聘费的发票和记帐凭证，证明原告为招聘被告支付了招聘费用 24 万元；
- 四、原告支付被告特殊补贴证明和完税证明，证明原告支付被告一次性特殊补贴 40 万元及缴纳税费 29.80 万元；
- 五、原告与成都 XX 科技股份有限公司签订的《首次公开发行上市辅导协议》和《合作终止协议》、该项目的差旅费发票，证明原告因被告的离职而终止了与他人的合作项目，造成原告经济损失 93 万元；
- 六、保荐人名单及变动情况，证明原告的保荐人数一直处于二人以上的状况，原告为被告提供完备的工作条件；
- 七、裁决书，证明双方纠纷已经仲裁前置程序。

被告何 XX 辩称，被告在原告处工作期间，已经符合原告的相关条件和要求，但原告仍然不同意升任被告为高管。原告未得到被告同意擅自降低被告的工资收入标准，被告依法提出辞职，不应承担违约责任。被告进入原告单位后，仅有被告一人具有保荐代表人资格，而未能派出二名保荐代表人为原告客户提供服务，导致项目流失，对此被告并无过错，不需承担赔偿责任。综上，被告不同意原告的诉讼请求。

被告何忠伟提供如下证据材料：

一、新疆 XX 现代农业股份有限公司出具的情况说明、配股股份上市及股份变动公告、原告的承销业务部项目提成办法，证明被告按照劳动合同约定承揽业务项目，但因原告不具备相应条件导致项目流失，也使被告无法获得项目承揽收益；

二、原告与成都 XX 科技股份有限公司签订的合作协议，证明被告按劳动合同约定承揽业务项目，但至今未获得项目承揽人收益；

三、原告的关于马 X 等五位人员职位聘任的通知，证明原告违约迟延任命被告为总经理助理；

四、被告的中国证券业执业证书，保荐人和保荐代表人名单，第十二期证券公司高管资质水平测试合格人员名单，光大证券股份有限公司和国都证券有限责任公司出具的被告的工作鉴定，证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法，证明被告已满足劳动合同约定的相关条件，但原告拒绝任命被告为公司高管；

五、薪资单，证明原告于 2008 年 2 月无故擅自调低被告的工资；

六、关于何 XX 免职调动的通知，证明原告于 2008 年 2 月无故免除被告的总经理助理职务，将被告调动至其他部门；

七、中国证券监督管理委员会上海监管局出具的限期整改通知书、从网站下载的原告的 2007 年度利润表，证明原告因内部管理不善，被责令限期整改，其为 2007 年度中国证券业协会唯一亏损的证券公司；

八、差旅费和通讯费报销凭证，证明原告尚未为被告办理报销差旅费和通讯费；

九、成都 XX 科技股份有限公司出具的情况说明，证明该项目由被告承揽。

经当庭质证，被告对原告提供的证据一、二、四、五、七的真实性无异议，本院予以确认。被告对原告提供的证据三，表示其中的服务协议并不知情，对其真实性不予认可；上海 XX 企业管理咨询有限公司与原告有业务往来，双方存在利害关系，对该公司出具的证明不予认可；招聘费用的发票系被告离职后发生，对其真实性不予认可；对证据六表示该材料系由原告单方面出具，不予认可。被告虽对原告提供的证据三不予认可，但未能提供相应证据予以证明，本院不予采信被告的质证意见，对原告的证据三予以确认；原告提供的证据六系为原告自行制作的材料，其中内容没有其他相应证据予以佐证，本院采信被告的质证意见，对该证据不予确认。

原告对被告提供的证据一至证据六、证据七中的限期整改通知书、证据八的真实性未持异议，本院予以确认。原告对被告提供的证据七中的利润表因无原件，不予认可；原告对证据九表示因为第三方出具而无法考证，其与本案无关，不予认可。因被告不能提供证据七中利润表的原件，其又没有提供其他证据以证明该利润表系真实、有效，本院采信原告的质证意见，对该证据不予确认；原告没有提供相关证据以证明成都 XX 科技股份有限公司的项目非被告承揽，本院不予采信原告的质证意见，对此证据予以确认。

基于上述质证意见和当事人的陈述，本院确认如下事实：2007 年 4 月 24 日原告 XX 证券有限责任公司与被告何 XX 签订期限为 2007 年 4 月 24 日至 2010 年 4 月 24 日的劳动合同，同日双方签订补充协议，协议约定原告聘任被告担任总经理助理职务，年薪为税前 80 万元（含固定工资和保荐人岗位津贴），其中保荐人岗位津贴为每月 3 万元，于被告注册为原告保荐代表人后开始支付，并一次性补发被告自到岗工作日起至注册为原告的保荐代表人期间的保

荐人岗位津贴；被告承诺在 2007 年 12 月 31 日前为原告或其股东获得 2 个主承销项目合约；在被告同时满足“被告的证券从业资格、保荐代表人资格正式转入原告处”、“被告为原告或其股东获得 2 个主承销项目合约”、“被告通过证券公司高管人员资格测试并具备中国证监会规定的证券公司高管人员任职资格条件”三个条件的情况下，原告同意让被告作为高管分管原告的融资业务部门；被告按照原告要求到岗后十个工作日内，原告发放被告一次性特殊补贴，金额为税后 40 万元；该特殊补贴系原告引进被告作为原告的保荐代表人而向被告支付的特殊福利待遇，被告的服务期自劳动合同起始之日起，至被告注册为原告保荐代表人（以中国证监会网站公示时间为准）后 3 年止；在被告的服务期内原告有权按照行业惯例等对被告的工作业绩进行考核并根据考核结果调整被告的职位及薪酬；被告未履行服务期约定的，在服务期内提出解除或者终止劳动合同或因违纪等原因被原告解除或终止劳动合同的，或在服务期内因被告个人原因无法履行原告保荐代表人义务的，被告应承担违约责任，一次性支付原告违约金 40 万元，原告违反本协议的情况除外等内容。2007 年 5 月 11 日原告支付被告一次性特殊补贴 698,009.10 元（其中包含税费 298,009.10 元）。被告的证券执业资格证于 2007 年 12 月 7 日转至原告名下，2008 年 1 月 11 日被告注册成为原告的保荐代表人。2 月 18 日被告以“个人原因”向原告提出辞职，3 月 17 日原告作出书面批复，不同意被告辞职。3 月 20 日被告离职，不再为原告工作。4 月 2 日原告向上海市浦东新区劳动争议仲裁委员会提出申请，要求被告：1、支付违约金 40 万元；2、支付招聘费用 24 万元；3、支付特殊补贴 40 万元及税金 29.8 万元；4、支付项目损失费 93 万元。2008 年 7 月 8 日，该委作出裁决，被告支付原告违约金 302,222.22 元，对其余请求未予支持。原告不服裁决，遂诉讼来院。

另查明，2007 年 3 月 28 日原告与上海 XX 企业管理咨询有限公司签订服务协议，原告委托该公司对其指定职位进行猎聘活动，上海 XX 企业管理咨询有限公司向原告收取每一职位第一年的年薪（年薪包括：保荐人职位指税前固定工资及保荐人岗位津贴）的 30%；付款方式为在合同签订后 5 个工作日内支付第一期服务费一万元，在保荐人被录用且上岗后七个工作日内支付剩余服务费的 80%，余款在保荐人注册为原告保荐代表人后七个工作日内付清。2007 年 4 月 10 日和 2008 年 2 月 20 日被告分别支付上海德聘企业管理咨询有限公司服务费 1 万元和 23 万元。2007 年 10 月 23 日原告与成都 XX 科技股份有限公司签订《关于上市辅导及发行和上市之合作协议》，协议约定支付原告上市辅导费用 90 万元等；2008 年 4 月 30 日原告与成都 XX 科技股份有限公司签订《关于上市辅导及发行和上市之合作协议》之终止协议，双方终止了合作协议。

本院认为，劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。原告与被告签订的劳动合同和补充协议不违反我国劳动法的相关规定，应属有效。被告因个人原因辞职，违反了补充协议中关于服务期的约定，应当承担相应的违约责任。被告于 2008 年 1 月 11 日注册成为原告的保荐代表人，其服务期为 2008 年 1 月 11 日起至 2011 年 1 月 10 日；根据被告在原告处已经工作的时间，按照相应比例进行计算，被告支付原告未履行服务期的违约金可以 302,222.22 元为准。劳动者违法解除劳动合同的，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。根据劳动部颁发的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》的规定，劳动者应赔偿用人单位招收录用其所支付的费用，因此原告要求被告支付招聘费用 24 万元的诉讼请求，理由正当，本院予以支持。原告依据合同约定支付被告一次性特殊补贴，该特殊补贴属于劳动报酬的性质，为原告履行合同义务而支付，其要求被告返还特殊补贴及相应税款，不符合双方所签劳动合同和补充协议的约定，亦无法律依据，本院不予支持。原告提供的证据不能证明原告终止与成都 XX 科技股份有限公司的合作协议系因被告提前解除劳动关系所致；被告因原告与成都 XX 科技股份有限公司的合作项目而出差的费用，系被告为原告提供

正常工作支出的合理费用，属于原告业务经营的成本支出，原告要求被告赔偿经济损失 93 万元，没有依据，本院不予支持。据此，依据《中华人民共和国劳动法》第三条第一款、第十六条第一款、《中华人民共和国合同法》第九十条之规定，判决如下：

一、被告何 XX 于本判决生效之日起十日内，支付原告 XX 证券有限责任公司违约金 302,222.22 元；

二、被告何 XX 于本判决生效之日起十日内，赔偿原告 XX 证券有限责任公司招聘费 240,000 元；

三、驳回原告 XX 证券有限责任公司的其余诉讼请求。

被告何 XX 如未按照本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 10 元减半收取计 5 元，由被告何 XX 负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 朱力

人民陪审员 董鹏

人民陪审员 庄建英

二〇〇八年十一月二十一日

书记员 王燕

安琪儿集团有限公司与上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙）申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书

北京市第四中级人民法院
民事裁定书

（2015）四中民（商）特字第 238 号

申请人（仲裁被申请人）安琪儿集团有限公司，住所地香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室。

负责人权贤玉（KwonHyunOk）（大韩民国籍），董事。

委托代理人李俊，律师。

被申请人（仲裁申请人）上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙），住所地上海市浦东新区浦东大道 2123 号 3E-1398 室。

负责人郭芑，执行事务合伙人。

委托代理人唐芳，律师。

申请人安琪儿集团有限公司（以下简称“安琪儿公司”）申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“中国贸仲”）于 2015 年 1 月 7 日作出的（2015）中国贸仲（京）裁字第 013 号仲裁裁决（以下简称“第 013 号仲裁裁决”）一案，本院于 2015 年 7 月 29 日立案后依法组成合议庭，公开进行了审理。本案现已审理终结。

申请人安琪儿公司申请称：请求法院撤销中国国际经济贸易仲裁委员会于 2015 年 1 月 7 日作出的编号为（2015）中国贸仲（京）裁字第 013 号仲裁裁决。具体事实与理由如下：

一、中国贸仲对本案不具有管辖权。根据被申请人上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙）（以下简称“博盈投资中心”）、申请人安琪儿公司与案外人上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙）（以下简称“海鹏投资中心”）签署的《上海乐韩商业有限公司增资扩股协议书》（以下简称“《协议书》”）第十九条的约定，“各方在协议期间发生争议，应协商解决，协商不成，双方可以提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁。”根据案外人郑汉基（原仲裁被申请人）与上海君翼投资管理有限公司签署的《关于投资外商投资商业公司之框架协议》（以下简称“《框架协议》”）第十八条第二款的约定，“任何一方均有权向中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会提请仲裁。”从以上仲裁条款中可以看出，本案所约定的仲裁机构为中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，其从中国贸仲独立出来之后，对本案具有管辖权的仲裁机构应为上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）（以下简称“上海贸仲”）。中国贸仲并非约定的仲裁机构，对本案无管辖权。除此之外，根据上海、北京、深圳等中院的相关裁定书，中国贸仲对仲裁条款中约定为其分会的案件无管辖权。

二、原仲裁程序违法。一是中国贸仲在管辖权异议答辩期未届满时便确认管辖权，程序违法。中国贸仲于 2014 年 5 月 30 日受理本案，并于 2014 年 6 月 25 日向申请人安琪儿公司、原仲裁被申请人郑汉基出具《仲裁通知》，通知申请人安琪儿公司及原仲裁被申请人郑汉基于 2014 年 6 月 30 日前就管辖权提出答辩意见，中国贸仲于 2014 年 6 月 30 日作出了（2014）中国贸仲京字第 014575 号《管辖权及案件受理决定》。二是中国贸仲的文书送达违反程序。中国贸仲在 2014 年 6 月 25 日向申请人安琪儿公司、原仲裁被申请人郑汉基出具仲裁通知，寄送的地址均为上海市闵行区金汇南路 193 号（案外人上海乐韩商业有限公司住所地，以下简称“上海乐韩公司”）。但原仲裁被申请人郑汉基为外籍自然人，其经常居住地为上海市闵行区虹许路 788 号 5 幢 301 室，申请人安琪儿公司的住所地为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室。申请人安琪儿公司向中国贸仲提出送达地址存在瑕疵，并提出其与原仲裁被申请人郑汉基从未授权上海乐韩公司代为接收任何仲裁文

书。中国贸仲于 2014 年 10 月 10 日确认了申请人安琪尔公司的香港地址，并于 2014 年 11 月 10 日成功送达该香港地址。故中国贸仲未将仲裁通知材料（含《确认管辖权及案件受理通知书》）及审理期间材料实际送达，剥夺了申请人安琪儿公司与原仲裁被申请人郑汉基提出管辖权异议的权利，严重违法法定程序，原仲裁裁决应被撤销。

三、上海贸仲在中国贸仲作出仲裁裁决之前，已就同一事实作出与中国贸仲裁决结果相反的裁判，且中国贸仲所作出的仲裁裁决存在诸多违法情形，根据《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“《仲裁法》”）第五十八条第三款及第七十条之规定，第 013 号仲裁裁决违背社会公共利益，应予以撤销。

四、仲裁庭组成违反回避规则，根据《仲裁法》第五十八条第一款第三项及第七十条之规定，原仲裁裁决应予以撤销。仲裁庭首席仲裁员徐国建未披露其曾与被申请人博盈投资中心的代理人徐军为同一家律所的律师，且二人曾共同负责多个项目，并共同作为签字律师；其亦未披露曾与被申请人博盈投资中心的代理人徐军共同承办上海嘉麟杰纺织品股份有限公司（以下简称“嘉麟杰公司”）公开发行股票项目并共同签字，被申请人博盈投资中心执行事务合伙人郭芑（委派代表）亦为嘉麟杰公司的董事。此外，中国贸仲在指定仲裁员时亦未尽到必要的审查义务。

被申请人博盈投资中心辩称：中国贸仲对本案享有管辖权，且本案仲裁程序不存在违反《仲裁法》及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（以下简称“《仲裁规则》”）的情形，本案不存在法定可撤销情形，申请人的诉请没有事实和法律依据，应依法予以驳回。

一、中国贸仲对本案享有管辖权。首先，中国贸仲于 2013 年 12 月 31 日发布《关于中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会、中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会有关事宜的公告》，明确终止对上海分会和华南分会接受仲裁申请并管理仲裁案件的授权，当事人约定将争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”仲裁的，应向中国贸仲申请仲裁。本案中，《协议书》及《框架协议》均约定将合同中的争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”进行仲裁，该约定为双方的真实意思表示，合法有效。故中国贸仲对本案进行仲裁，不存在违反法律、行政法规的规定情形。其次，申请人安琪儿公司在仲裁庭首次开庭前未对仲裁协议的效力提出异议，且其积极应诉，在仲裁庭首次开庭前提交答辩状并委托诉讼代理人，应认定其认可中国贸仲的管辖权。再次，北京、深圳、上海等中院的案例与本案截然不同，不具有参考价值。

二、中国贸仲严格依照《仲裁法》及《仲裁规则》审理本案，不存在程序瑕疵。首先，中国贸仲确认其具有管辖权程序合法。根据《仲裁法》第二十条之规定，“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。”故中国贸仲有权对本案管辖权作出决定。中国贸仲秘书局在收到被申请人博盈投资中心提交的《确认本案合同仲裁条款合法有效、由贸仲委管辖及受理案件申请书》后，及时向申请人安琪儿公司与原仲裁被申请人郑汉基转交，并要求其于 2014 年 6 月 30 日前（不含 6 月 30 日）就上述申请发表书面意见。申请人安琪儿公司及原仲裁被申请人郑汉基未在 2014 年 6 月 30 日之前（不含 6 月 30 日）就上述申请发表任何书面意见，故中国贸仲于 2014 年 6 月 30 日作出（2014）中国贸仲京字第 014575 号《管辖权及案件受理决定》。被申请人博盈投资中心认为，中国贸仲系在答辩期届满后作出管辖权决定，程序合法。其次，中国贸仲送达仲裁文书合法。

《仲裁规则》第八条第（二）款规定，“仲裁文件应发送当事人或其仲裁代理人自行提供的或当事人约定的地址；当事人或其仲裁代理人没有提供地址或当事人对地址没有约定的，按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送。”被申请人博盈投资中心向中国贸仲提交仲裁申请书等文件后，中国贸仲依据《仲裁规则》按照被申请人博盈投资中心提供的地址成功送达申请人安琪儿公司与原仲裁被申请人郑汉基。申请人安琪尔公司的注册地为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室，其要求中国贸仲向该香港地

址送达，同时要求送达要按照相关外交途径和认证程序进行，并取消其在仲裁机构所在地代理律师接收有关仲裁文书的授权。根据《仲裁规则》第八条之规定，送达地址首选为当事人自行提供的地址，有关仲裁的一切文书、通知、材料等均可采用“当面递交、挂号信、特快专递、传真或仲裁委员会秘书局或仲裁庭认为适当的其他方式”发送，而非申请人安琪尔公司所要求的外交途径和认证程序。中国贸仲向申请人安琪尔公司指定的香港地址以 DHL 进行送达，且显示送达正常。但首次仲裁庭结束后，中国贸仲再次向该香港地址送达时，DHL 告知“该地址无此公司，亦无收件人电话，故暂无法投递成功”。为了保证仲裁程序的顺利进行，中国贸仲根据《仲裁规则》的规定，要求申请人安琪尔公司提供最后一个为人所知的地址。中国贸仲对申请人安琪尔公司的送达严格按照《仲裁法》及仲裁规则的规定进行，不存在程序瑕疵，申请人安琪尔公司自行提供一个无法送达的地址，其应承担无法正常接收仲裁文件的一切法律后果。事实上，原仲裁被申请人郑汉基为申请人安琪尔公司的执行董事和实际控制人，二者委托了相同的律师代理本案，因此在原仲裁被申请人郑汉基已成功收取相关仲裁文件时，申请人安琪尔公司及其代理律师自然也已知晓相关仲裁文件，因此不存在也不可能发生因送达而影响申请人安琪尔公司正常行使仲裁权利或者接收本案裁决结果的情形。

三、中国贸仲以《仲裁法》及《仲裁规则》为依据，独立行使仲裁权，其作出裁决不以上海贸仲裁决为依据或前提。被申请人博盈投资中心就本案向中国贸仲提出仲裁申请的时间要早于向上海贸仲提出仲裁申请的时间，且中国贸仲首次开庭时间亦早于向上海贸仲提出仲裁申请的时间，上海贸仲的仲裁违反了一案一诉的原则。

四、本案不存在应当回避的情形，程序合法。首先，仲裁庭首席仲裁员徐国建不存在《仲裁法》规定的应当回避的情形。《仲裁法》第三十四条将仲裁员的回避情形规定为以下四种：

1、是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；2、与本案有利害关系；3、与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；4、私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。中国贸仲既然指定徐国建担任本案首席仲裁员，即表明其已对徐国建的身份进行了必要核查，并且认定徐国建符合担任本案首席仲裁员的资格，不存在法定应当回避的情形。徐国建本人也已出具声明书，声明其与本案当事人及诉讼代理人不存在应当回避的情形，能够公正、客观对本案作出裁决。其次，《律师事务所从事证券法律业务管理办法》（以下简称“《管理办法》”）第六条规定，“律师事务所从事证券法律业务，可以为下列事项出具法律意见：（一）首次公开发行股票及上市……；”第二十四条规定，“律师从事本法第六条规定的证券法律业务，其所出具的法律意见应当由 2 名执业律师和所在律师事务所负责人签名，加盖该律师事务所印章，并签署日期。”《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》（以下简称“《执业规则》”）第二十九条、第三十条规定，律师应当依据法律、行政法规和中国证监会的规定，在查验相关材料和事实的基础上，以书面形式对受托事项的合法性发表明确、审慎的结论性意见，法律意见书应当列明以下内容：……（六）承办律师、律师事务所负责人签名及律师事务所盖章……。徐国建作为当时上海市邦信阳律师事务所主任，其在嘉麟杰公司首次公开发行并上市（以下简称“首发上市”）项目法律意见书负责人栏处签字。该项目的经办律师是徐军和顾海涛，二人分别在经办律师栏处签字。这种签字方式系《管理办法》与《执业规则》的要求，即只要上海市邦信阳律师事务所就首发上市项目出具法律意见书，就需要作为律师事务所负责人的徐国建签字，但这并不代表徐国建先生是嘉麟杰公司首发上市项目的经办律师。此外，徐军律师于 2011 年转至上海市锦天城律师事务所执业，至本案进入仲裁程序时，徐军律师离开上海市邦信阳律师事务所的时间已经超过 3 年，期间，其与徐国建无利益来往。徐国建未去过嘉麟杰公司首发上市项目的现场，也未与嘉麟杰公司的执行董事、监事、高管等人联系业务，其与郭芑无利益关系。

经审查，本案申请人（仲裁程序被申请人）安琪儿公司的注册地系在香港特别行政区，仲裁裁决系仲裁委员会按涉外仲裁程序审理作出的涉外裁决。关于涉外仲裁裁决，《仲裁法》第七十条规定：“当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条（该法 2013 年修正后的第二百七十四条）第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销。”《中华人民共和国民事诉讼法》（2013 年修正）第二百七十四条规定：“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与《仲裁规则》不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”上述规定是人民法院撤销涉外仲裁裁决的法定事由。

针对申请人安琪儿公司提出的撤销仲裁裁决的理由，本院分析认定如下：

第一，根据 2015 年 7 月 17 日实施的《最高人民法院关于对上海市高级人民法院等就涉及中国国际经济贸易仲裁委员会及其原分会等仲裁机构所作仲裁裁决司法审查案件请示问题的批复》的规定，在该批复施行之前，中国贸仲或者上海贸仲受理了同一仲裁案件，当事人并未在仲裁庭首次开庭前向人民法院申请确认仲裁协议效力的，先受理的仲裁机构对案件享有管辖权。本案中，中国贸仲受理争议仲裁案件的时间为 2014 年 5 月 30 日，上海贸仲受理争议仲裁案件的时间为 2014 年 7 月 8 日，故中国贸仲为“先受理的仲裁机构”，且申请人安琪儿公司、原仲裁被申请人郑汉基在中国贸仲仲裁庭首次开庭前并未向人民法院提出确认仲裁效力的申请，可视为二者认可中国贸仲的管辖，故本院对于中国贸仲不具有管辖权的申请理由不予采纳。对于申请人安琪儿所提交的上海、北京、深圳等中院的相关裁定书，均不足以否认中国贸仲所享有的管辖权。

第二，《仲裁规则》第八条第二款规定，“仲裁文件应发送当事人或其仲裁代理人自行提供的或当事人约定的地址；当事人或其仲裁代理人没有提供地址或当事人对地址没有约定的，按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送。”第三款规定，“向一方当事人或其仲裁代理人发送的仲裁文件，如经当面递交收件人或发送至收件人的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址，或经对方当事人合理查询不能找到上述任一地点，仲裁委员会仲裁院以挂号信或特快专递或能提供投递记录的包括公证送达、委托送达和留置送达在内的其他任何手段投递给收件人最后一个为人所知的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址，即视为有效送达。”本案中，申请人安琪儿公司系上海乐韩公司的股东，其占有该公司 100% 的股份，上海乐韩公司的住所地为上海市闵行区金汇南路 193 号中一层、中二层 A。中国贸仲先向该地址对申请人安琪儿公司以 EMS 或 DHL 方式送达仲裁文书，经投递结果查询均显示为“投递并签收”。仲裁庭首次开庭后，申请人安琪儿公司将其送达地址改为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室，中国贸仲在首次仲裁庭开庭之后向该地址送达时显示“无该公司，亦无收件人电话，未成功投递而被退回”。中国贸仲依据《仲裁规则》第八条之“视为送达”的相关规定委托北京市环球律师事务所上海分所向申请人安琪儿公司送达仲裁文书，该所于 2014 年 11 月 10 日向中国贸仲函告送达成功。虽然中国贸仲在仲裁庭首次开庭之前的送达地址并非申请人安琪儿公司的注册地，但是申请人安琪儿公司确实可以通过上海市闵行区金汇南路 193 号收到仲裁文书，由此可以判断送达目的实现。此外，对于中国贸仲向申请人安琪儿公司提供的香港地址送达仲裁文书，由于该地址系申请人安琪儿公司自行提供，且其将该地址作为“最后一个为人所知的地址”，其应对向该地址的送达结果承担责任，故依据《仲裁规则》第八条之“视为送达”的相关规定，

可视为中国贸仲的送达为有效送达，故中国贸仲在送达程序上不存在瑕疵，本院对该项申请理由不予采纳。

第三，对于原仲裁庭首席仲裁员徐国建应对本案回避的申请理由，首先，徐军律师于 2010 年作为嘉麟杰公司首发上市项目的经办律师，于 2011 年 12 月转入上海市锦天城律师事务所工作，后不再经办嘉麟杰公司的项目。本案的仲裁受理时间为 2014 年 5 月 30 日，当时距其离开上海市邦信阳律师事务所已超过两年，且原仲裁庭首席仲裁员徐国建也已于 2014 年 1 月转入上海邦信阳中建中汇律师事务所，其与徐军律师在仲裁阶段并非在同一家律师事务所执业。其次，根据《管理办法》和《执业规则》的相关规定，在原仲裁庭首席仲裁员徐国建担任上海市邦信阳律师事务所负责人期间，其负责人的身份决定其要在由该律师事务所经办的证券业务文书上签字，而该项签字行为并不表明其实际参与该项目。也不足以证明其与徐军有足以影响仲裁公正性的关系。在被申请人博盈投资中心申请仲裁之前，徐国建与徐军已分属两家不同的律师事务所执业，申请人安琪儿公司未能提供该二人在仲裁程序中有应当回避的事宜。再次，被申请人博盈投资中心的负责人郭芑虽为嘉麟杰公司办理首发上市项目之初的独立董事，但其已于 2014 年 4 月 2 日经嘉麟杰公司董事会换届离任。综上，申请人安琪儿公司提出的违反回避规则的事由不属于《仲裁法》中规定的“违反法定程序”的情形，故本院对于该项申请理由不予采纳。

另：原仲裁被申请人郑汉基向本院提交《申请书》，申请加入到本案审理程序中。申请人安琪儿公司亦声明同意原仲裁被申请人郑汉基加入本案审理程序。因本案与(2015)四中民(商)特字第 219 号（以下简称“第 219 号案件”）一案均系申请撤销第 013 号仲裁裁决，该两起案件的被申请人均为博盈投资中心，且该两起案件的当事人向本院提交的证据材料亦相同。在第 219 号案件中，原仲裁被申请人郑汉基为申请人，本案申请人安琪儿公司为诉讼第三人，本院已决定将以上二案合并审理，本案申请人安琪儿公司的诉讼代理人李俊、被申请人博盈投资中心的诉讼代理唐芳、原仲裁被申请人郑汉基的诉讼代理人周铭均参加了法庭询问调查，故无须再将原仲裁被申请人郑汉基列为本案诉讼参与人。

最后，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（2013 年修正）第二百七十四条之规定，对于仲裁裁决违背法律相关规定的非程序性主张，人民法院不予支持。

综上，申请人安琪儿公司提出的申请撤销仲裁裁决理由均不能成立，对其申请撤销仲裁裁决的请求，本院不予支持。依据《中华人民共和国仲裁法》第六十条之规定，裁定如下：

驳回安琪儿集团有限公司提出的撤销(2015)中国贸仲(京)裁字第 013 号仲裁裁决的申请。案件受理费四百元，由安琪儿集团有限公司负担（已交纳）。

本裁定为终审裁定。

审判长 马军

审判员 高晶

审判员 王翔

二〇一五年十二月二日

书记员 白硕

安琪儿集团有限公司与上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙）申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书

北京市第四中级人民法院

民事裁定书

（2015）四中民（商）特字第 237 号

申请人（仲裁被申请人）安琪儿集团有限公司，住所地香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室。

负责人权贤玉（KwonHyunOk）（大韩民国籍），董事。

委托代理人李俊，律师。

被申请人（仲裁申请人）上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙），住所地上海市浦东新区浦东大道 2123 号 3E-1583 室。

负责人郭芑，执行事务合伙人。

委托代理人唐芳，律师。

申请人安琪儿集团有限公司（以下简称“安琪儿公司”）申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“中国贸仲”）于 2015 年 1 月 7 日作出的（2015）中国贸仲（京）裁字第 012 号仲裁裁决（以下简称“第 012 号仲裁裁决”）一案，本院于 2015 年 7 月 29 日立案后依法组成合议庭，公开进行了审理。本案现已审理终结。

申请人安琪儿公司申请称：请求法院撤销中国国际经济贸易仲裁委员会于 2015 年 1 月 7 日作出的编号为（2015）中国贸仲（京）裁字第 012 号仲裁裁决。具体事实与理由如下：

一、中国贸仲对本案不具有管辖权。根据被申请人上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙）（以下简称“海鹏投资中心”）、申请人安琪儿公司与案外人上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙）（以下简称“博盈投资中心”）签署的《上海乐韩商业有限公司增资扩股协议书》（以下简称“《协议书》”）第十九条的约定，“各方在协议期间发生争议，应协商解决，协商不成，双方可以提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁。”根据案外人郑汉基（原仲裁被申请人）与上海君翼投资管理有限公司签署的《关于投资外商投资商业公司之框架协议》（以下简称“《框架协议》”）第十八条第二款的约定，“任何一方均有权向中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会提请仲裁。”从以上仲裁条款中可以看出，本案所约定的仲裁机构为中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，其从中国贸仲独立出来之后，对本案具有管辖权的仲裁机构应为上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）（以下简称“上海贸仲”）。中国贸仲并非约定的仲裁机构，对本案无管辖权。除此之外，根据上海、北京、深圳等中院的相关裁定书，中国贸仲对仲裁条款中约定为其分会的案件无管辖权。

二、原仲裁程序违法。一是中国贸仲在管辖权异议答辩期未届满时便确认管辖权，程序违法。中国贸仲于 2014 年 5 月 30 日受理本案，并于 2014 年 6 月 25 日向申请人安琪儿公司、原仲裁被申请人郑汉基出具《仲裁通知》，通知申请人安琪儿公司及原仲裁被申请人郑汉基于 2014 年 6 月 30 日前就管辖权提出答辩意见，中国贸仲于 2014 年 6 月 30 日作出了（2014）中国贸仲京字第 014110 号《管辖权及案件受理决定》。二是中国贸仲的文书送达违反程序。中国贸仲在 2014 年 6 月 25 日向申请人安琪儿公司、原仲裁被申请人郑汉基出具仲裁通知，寄送的地址均为上海市闵行区金汇南路 193 号（案外人上海乐韩商业有限公司住所地，以下简称“上海乐韩公司”）。但原仲裁被申请人郑汉基为外籍自然人，其经常居住地为上海市闵行区虹许路 788 号 5 幢 301 室，申请人安琪儿公司的住所地为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室。申请人安琪儿公司向中国贸仲提出送达地址存在瑕疵，并提出其与原仲裁被申请人郑汉基从未授权上海乐韩公司代为接收任何仲裁文

书。中国贸仲于 2014 年 10 月 10 日确认了申请人安琪尔公司的香港地址，并于 2014 年 11 月 10 日成功送达该香港地址。故中国贸仲未将仲裁通知材料（含《确认管辖权及案件受理通知书》）及审理期间材料实际送达，剥夺了申请人安琪儿公司与原仲裁被申请人郑汉基提出管辖权异议的权利，严重违法法定程序，原仲裁裁决应被撤销。

三、上海贸仲在中国贸仲作出仲裁裁决之前，已就同一事实作出与中国贸仲裁决结果相反的裁判，且中国贸仲所作出的仲裁裁决存在诸多违法情形，根据《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“《仲裁法》”）第五十八条第三款及第七十条之规定，第 012 号仲裁裁决违背社会公共利益，应予以撤销。

四、仲裁庭组成违反回避规则，根据《仲裁法》第五十八条第一款第三项及第七十条之规定，原仲裁裁决应予以撤销。仲裁庭首席仲裁员徐国建未披露其曾与被申请人海鹏投资中心的代理人徐军为同一家律所的律师，且二人曾共同负责多个项目，并共同作为签字律师；其亦未披露曾与被申请人海鹏投资中心的代理人徐军共同承办上海嘉麟杰纺织品股份有限公司（以下简称“嘉麟杰公司”）公开发行股票项目并共同签字，被申请人海鹏投资中心执行事务合伙人郭芑（委派代表）亦为嘉麟杰公司的董事。此外，中国贸仲在指定仲裁员时亦未尽到必要的审查义务。

被申请人海鹏投资中心辩称：中国贸仲对本案享有管辖权，且本案仲裁程序不存在违反《仲裁法》及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（以下简称“《仲裁规则》”）的情形，本案不存在法定可撤销情形，申请人的诉请没有事实和法律依据，应依法予以驳回。

一、中国贸仲对本案享有管辖权。首先，中国贸仲于 2012 年 12 月 31 日发布《关于中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会、中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会有关事宜的公告》，明确终止对上海分会和华南分会接受仲裁申请并管理仲裁案件的授权，当事人约定将争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”仲裁的，应向中国贸仲申请仲裁。本案中，《协议书》及《框架协议》均约定将合同中的争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”进行仲裁，该约定为双方的真实意思表示，合法有效。故中国贸仲对本案进行仲裁，不存在违反法律、行政法规的规定情形。其次，申请人安琪儿公司在仲裁庭首次开庭前未对仲裁协议的效力提出异议，且其积极应诉，在仲裁庭首次开庭前提交答辩状并委托诉讼代理人，应认定其认可中国贸仲的管辖权。再次，北京、深圳、上海等中院的案例与本案截然不同，不具有参考价值。

二、中国贸仲严格依照《仲裁法》及《仲裁规则》审理本案，不存在程序瑕疵。首先，中国贸仲确认其具有管辖权程序合法。根据《仲裁法》第二十条之规定，“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。”故中国贸仲有权对本案管辖权作出决定。中国贸仲秘书局在收到被申请人海鹏投资中心提交的《确认本案合同仲裁条款合法有效、由贸仲委管辖及受理案件申请书》后，及时向申请人安琪儿公司与原仲裁被申请人郑汉基转交，并要求其于 2014 年 6 月 30 日前（不含 6 月 30 日）就上述申请发表书面意见。申请人安琪儿公司及原仲裁被申请人郑汉基未在 2014 年 6 月 30 日之前（不含 6 月 30 日）就上述申请发表任何书面意见，故中国贸仲于 2014 年 6 月 30 日作出（2014）中国贸仲京字第 014575 号《管辖权及案件受理决定》。被申请人海鹏投资中心认为，中国贸仲系在答辩期届满后作出管辖权决定，程序合法。其次，中国贸仲送达仲裁文书合法。

《仲裁规则》第八条第（二）款规定，“仲裁文件应发送当事人或其仲裁代理人自行提供的或当事人约定的地址；当事人或其仲裁代理人没有提供地址或当事人对地址没有约定的，按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送。”被申请人海鹏投资中心向中国贸仲提交仲裁申请书等文件后，中国贸仲依据《仲裁规则》按照被申请人海鹏投资中心提供的地址成功送达申请人安琪儿公司与原仲裁被申请人郑汉基。申请人安琪尔公司的注册地为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室，其要求中国贸仲向该香港地

址送达，同时要求送达要按照相关外交途径和认证程序进行，并取消其在该仲裁机构所在地代理律师接收有关仲裁文书的授权。根据《仲裁规则》第八条之规定，送达地址首选为当事人自行提供的地址，有关仲裁的一切文书、通知、材料等均可采用“当面递交、挂号信、特快专递、传真或仲裁委员会秘书局或仲裁庭认为适当的其他方式”发送，而非申请人安琪尔公司所要求的外交途径和认证程序。中国贸仲向申请人安琪尔公司指定的香港地址以 DHL 进行送达，且显示送达正常。但首次仲裁庭结束后，中国贸仲再次向该香港地址送达时，DHL 告知“该地址无此公司，亦无收件人电话，故暂无法投递成功”。为了保证仲裁程序的顺利进行，中国贸仲根据《仲裁规则》的规定，要求申请人安琪尔公司提供最后一个为人所知的地址。中国贸仲对申请人安琪尔集团有限公司的送达严格按照《仲裁法》及仲裁规则的规定进行，不存在程序瑕疵，申请人安琪尔公司自行提供一个无法送达的地址，其应承担无法正常接收仲裁文件的一切法律后果。事实上，原仲裁被申请人郑汉基为申请人安琪尔公司的执行董事和实际控制人，二者委托了相同的律师代理本案，因此在原仲裁被申请人郑汉基已成功收取相关仲裁文件时，申请人安琪尔公司及其代理律师自然也已知晓相关仲裁文件，因此不存在也不可能发生因送达而影响申请人安琪尔公司正常行使仲裁权利或者接收本案裁决结果的情形。

三、中国贸仲以《仲裁法》及《仲裁规则》为依据，独立行使仲裁权，其作出裁决不以上海贸仲裁决为依据或前提。被申请人海鹏投资中心就本案向中国贸仲提出仲裁申请的时间要早于向上海贸仲提出仲裁申请的时间，且中国贸仲首次开庭时间亦早于向上海贸仲提出仲裁申请的时间，上海贸仲的仲裁违反了一案一诉的原则。

四、本案不存在应当回避的情形，程序合法。首先，仲裁庭首席仲裁员徐国建不存在《仲裁法》规定的应当回避的情形。《仲裁法》第三十四条将仲裁员的回避情形规定为以下四种：

1、是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；2、与本案有利害关系；3、与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；4、私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。中国贸仲既然指定徐国建担任本案首席仲裁员，即表明其已对徐国建的身份进行了必要核查，并且认定徐国建符合担任本案首席仲裁员的资格，不存在法定应当回避的情形。徐国建本人也已出具声明书，声明其与本案当事人及诉讼代理人不存在应当回避的情形，能够公正、客观对本案作出裁决。其次，《律师事务所从事证券法律业务管理办法》（以下简称“《管理办法》”）第六条规定，“律师事务所从事证券法律业务，可以为下列事项出具法律意见：（一）首次公开发行股票及上市……；”第二十四条规定，“律师从事本法第六条规定的证券法律业务，其所出具的法律意见应当由 2 名执业律师和所在律师事务所负责人签名，加盖该律师事务所印章，并签署日期。”《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》（以下简称“《执业规则》”）第二十九条、第三十条规定，律师应当依据法律、行政法规和中国证监会的规定，在查验相关材料和事实的基础上，以书面形式对受托事项的合法性发表明确、审慎的结论性意见，法律意见书应当列明以下内容：……（六）承办律师、律师事务所负责人签名及律师事务所盖章……。徐国建作为当时上海市邦信阳律师事务所主任，其在嘉麟杰公司首次公开发行并上市（以下简称“首发上市”）项目法律意见书负责人栏处签字。该项目的经办律师是徐军和顾海涛，二人分别在经办律师栏处签字。这种签字方式系《管理办法》与《执业规则》的要求，即只要上海市邦信阳律师事务所就首发上市项目出具法律意见书，就需要作为律师事务所负责人的徐国建签字，但这并不代表徐国建先生是嘉麟杰公司首发上市项目的经办律师。此外，徐军律师于 2011 年转至上海市锦天城律师事务所执业，至本案进入仲裁程序时，徐军律师离开上海市邦信阳律师事务所的时间已经超过 3 年，期间，其与徐国建无利益来往。徐国建未去过嘉麟杰公司首发上市项目的现场，也未与嘉麟杰公司的执行董事、监事、高管等人联系业务，其与郭芑无利益关系。

经审查，本案申请人（仲裁程序被申请人）安琪儿公司的注册地系在香港特别行政区，仲裁裁决系仲裁委员会按涉外仲裁程序审理作出的涉外裁决。关于涉外仲裁裁决，《仲裁法》第七十条规定：“当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条（该法 2012 年修正后的第二百七十四条）第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销。”《中华人民共和国民事诉讼法》（2012 年修正）第二百七十四条规定：“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与《仲裁规则》不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”上述规定是人民法院撤销涉外仲裁裁决的法定事由。

针对申请人安琪儿公司提出的撤销仲裁裁决的理由，本院分析认定如下：

第一，根据 2015 年 7 月 17 日实施的《最高人民法院关于对上海市高级人民法院等就涉及中国国际经济贸易仲裁委员会及其原分会等仲裁机构所作仲裁裁决司法审查案件请示问题的批复》的规定，在该批复施行之前，中国贸仲或者上海贸仲受理了同一仲裁案件，当事人并未在仲裁庭首次开庭前向人民法院申请确认仲裁协议效力的，先受理的仲裁机构对案件享有管辖权。本案中，中国贸仲受理争议仲裁案件的时间为 2014 年 5 月 30 日，上海贸仲受理争议仲裁案件的时间为 2014 年 7 月 8 日，故中国贸仲为“先受理的仲裁机构”，且申请人安琪儿公司、原仲裁被申请人郑汉基在中国贸仲仲裁庭首次开庭前并未向人民法院提出确认仲裁效力的申请，可视为二者认可中国贸仲的管辖，故本院对于中国贸仲不具有管辖权的申请理由不予采纳。对于申请人安琪儿所提交的上海、北京、深圳等中院的相关裁定书，均不足以否认中国贸仲所享有的管辖权。

第二，《仲裁规则》第八条第二款规定，“仲裁文件应发送当事人或其仲裁代理人自行提供的或当事人约定的地址；当事人或其仲裁代理人没有提供地址或当事人对地址没有约定的，按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送。”第三款规定，“向一方当事人或其仲裁代理人发送的仲裁文件，如经当面递交收件人或发送至收件人的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址，或经对方当事人合理查询不能找到上述任一地点，仲裁委员会仲裁院以挂号信或特快专递或能提供投递记录的包括公证送达、委托送达和留置送达在内的其他任何手段投递给收件人最后一个为人所知的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址，即视为有效送达。”本案中，申请人安琪儿公司系上海乐韩公司的股东，其占有该公司 100% 的股份，上海乐韩公司的住所地为上海市闵行区金汇南路 193 号中一层、中二层 A。中国贸仲先向该地址对申请人安琪儿公司以 EMS 或 DHL 方式送达仲裁文书，经投递结果查询均显示为“投递并签收”。仲裁庭首次开庭后，申请人安琪儿公司将其送达地址改为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室，中国贸仲在首次仲裁庭开庭之后向该地址送达时显示“无该公司，亦无收件人电话，未成功投递而被退回”。中国贸仲依据《仲裁规则》第八条之“视为送达”的相关规定委托北京市环球律师事务所上海分所向申请人安琪儿公司送达仲裁文书，该所于 2014 年 11 月 10 日向中国贸仲函告送达成功。虽然中国贸仲在仲裁庭首次开庭之前的送达地址并非申请人安琪儿公司的注册地，但是申请人安琪儿公司确实可以通过上海市闵行区金汇南路 193 号收到仲裁文书，由此可以判断送达目的实现。此外，对于中国贸仲向申请人安琪儿公司提供的香港地址送达仲裁文书，由于该地址系申请人安琪儿公司自行提供，且其将该地址作为“最后一个为人所知的地址”，其应对向该地址的送达结果承担责任，故依据《仲裁规则》第八条之“视为送达”的相关规定，

可视为中国贸仲的送达为有效送达，故中国贸仲在送达程序上不存在瑕疵，本院对该项申请理由不予采纳。

第三，对于原仲裁庭首席仲裁员徐国建应对本案回避的申请理由，首先，徐军律师于 2010 年作为嘉麟杰公司首发上市项目的经办律师，于 2011 年 12 月转入上海市锦天城律师事务所工作，后不再经办嘉麟杰公司的项目。本案的仲裁受理时间为 2014 年 5 月 30 日，当时距其离开上海市邦信阳律师事务所已超过两年，且原仲裁庭首席仲裁员徐国建也已于 2014 年 1 月转入上海邦信阳中建中汇律师事务所，其与徐军律师在仲裁阶段并非在同一家律师事务所执业。其次，根据《管理办法》和《执业规则》的相关规定，在原仲裁庭首席仲裁员徐国建担任上海市邦信阳律师事务所负责人期间，其负责人的身份决定其要在由该律师事务所经办的证券业务文书上签字，而该项签字行为并不表明其实际参与该项目，也不足以证明其与徐军有足以影响仲裁公正性的关系。在被申请人海鹏投资中心申请仲裁之前，徐国建与徐军已分属两家不同的律师事务所执业，申请人安琪儿公司未能提供该二人在仲裁程序中有应当回避的事宜。再次，被申请人海鹏投资中心的负责人郭芑虽为嘉麟杰公司办理首发上市项目之初的独立董事，但其已于 2014 年 4 月 2 日经嘉麟杰公司董事会换届离任。综上，申请人安琪儿公司提出的违反回避规则的事由不属于《仲裁法》中规定的“违反法定程序”的情形，故本院对于该项申请理由不予采纳。

另：原仲裁被申请人郑汉基向本院提交《申请书》，申请加入到本案审理程序中。申请人安琪儿公司亦声明同意原仲裁被申请人郑汉基加入本案审理程序。因本案与(2015)四中民(商)特字第 218 号（以下简称“第 218 号案件”）一案均系申请撤销第 012 号仲裁裁决，该两起案件的被申请人均为海鹏投资中心，且该两起案件的当事人向本院提交的证据材料亦相同。在第 218 号案件中，原仲裁被申请人安琪儿公司为申请人，本案申请人安琪儿公司为诉讼第三人，本院已决定将以上二案合并审理，本案申请人安琪儿公司的诉讼代理人李俊、被申请人海鹏投资中心的诉讼代理唐芳、原仲裁被申请人郑汉基的诉讼代理人周铭均参加了法庭询问调查，故无须再将原仲裁被申请人郑汉基列为本案诉讼参与人。

最后，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（2012 年修正）第二百七十四条之规定，对于仲裁裁决违背法律相关规定的非程序性主张，人民法院不予支持。

综上，申请人安琪儿公司提出的申请撤销仲裁裁决理由均不能成立，对其申请撤销仲裁裁决的请求，本院不予支持。依据《中华人民共和国仲裁法》第六十条之规定，裁定如下：

驳回安琪儿集团有限公司提出的撤销(2015)中国贸仲(京)裁字第 012 号仲裁裁决的申请。案件受理费四百元，由安琪儿集团有限公司负担（已交纳）。

本裁定为终审裁定。

审判长 马军

审判员 高晶

审判员 王翔

二〇一五年十二月二日

书记员 白硕

鲍增良与博洛尼家居用品（北京）股份有限公司等股东出资纠纷一案一审民事判决书

北京市大兴区人民法院
民事判决书

（2015）大民（商）初字第 16665 号

原告：鲍增良，男，1972 年 12 月 27 日出生，汉族，个体，住浙江省瑞安市。

委托诉讼代理人：郭小年，北京市兆泰律师事务所律师。

被告：博洛尼家居用品（北京）股份有限公司，住所地北京市大兴区庞各庄工业西区 78 号。

法定代表人：蔡明，董事长。

委托诉讼代理人：夏惠民，北京市中伦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：侯鹏，北京市中伦律师事务所律师。

被告：北京中盈信达投资管理有限公司，住所地北京市大兴区黄村镇滨河北里 18 号楼 2 层 208 房间。

法定代表人：吴世嫩，执行董事。

委托诉讼代理人：夏惠民，北京市中伦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：侯鹏，北京市中伦律师事务所律师。

原告鲍增良与被告博洛尼家居用品（北京）股份有限公司（以下简称：博洛尼公司）、被告北京中盈信达投资管理有限公司（以下简称：中盈信达公司）股东出资纠纷一案，本院受理后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告鲍增良的委托诉讼代理人郭小年，被告博洛尼公司、被告中盈信达公司的共同委托诉讼代理人夏惠民、侯鹏到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告鲍增良向本院提出诉讼请求：1. 判令博洛尼公司、中盈信达公司共同返还投资款 200 万元并支付自 2011 年 2 月 11 日起至本金还清之日止的利息，利息按照中国人民银行同期贷款利率计算；2. 判令博洛尼公司、中盈信达公司承担本案诉讼费用。事实和理由：鲍增良自 2009 年成为博洛尼公司在浙江瑞安地区的代理经销商。2011 年，博洛尼公司通知鲍增良称公司准备上市，有公司亲友股需要代理商持有，利润丰厚，代理商不得拒绝，鲍增良本不愿持有所谓的亲友股，但多次沟通无效。博洛尼公司要求凡是代理商必须持有，否则代理商资格将另作考虑，无奈，鲍增良在博洛尼公司的安排下进行了所谓的持有亲友股股权的活动，该公司要求鲍增良必须通过中盈信达公司代持股权。2011 年 2 月 11 日，博洛尼公司安排鲍增良签署了转让中盈信达公司股权的文件。当日，应博洛尼公司的要求，鲍增良将 200 万元汇款至中盈信达公司账户，中盈信达公司未出具任何手续。自 2011 年汇款至今，博洛尼公司既没有上市，鲍增良也没有享受到任何股东应有的权益，既无分红也无公司财务报表，而且没有体现股东权利的任何凭证，博洛尼公司的行为名为亲友股，实为非法集资，给鲍增良造成了较大的经济损失，特提起诉讼。

被告博洛尼公司、被告中盈信达公司共同辩称：不同意鲍增良的诉讼请求。一、“亲友股”的募集方式系鲍增良投资中盈信达，进而间接持有博洛尼公司股份，鲍增良并不直接持有博洛尼公司股份。2010 年，博洛尼公司拟进行股权结构调整，并已引入了联想、宏毅、摩根等多家知名战略投资者，投资规模高达 10 亿余元，并决定向有意参与股权投资的代理商提供少量的“亲友股”。由于博洛尼公司拟改制为中外合资的股份有限公司，根据有关规定，博洛尼公司的中方股东仅限于中国的公司、企业或其他经济组织，然而，“亲友股”的募集对象为博洛尼公司的代理商，均是自然人，需要通过投资平台实现间接持股。在此情况下，中盈信达公司成立，鲍增良出资 200 万持有中盈信达 4.916% 股权。2011 年 9 月 21 日，博洛尼

公司亦完成公司股份制改造，制定了新的《章程》，登记中盈信达公司的持股份数为 2,034,000 股，对应持股比例 1.7%。二、鲍增良已实质行使中盈信达公司的股东权利，并通过中盈信达公司间接享有博洛尼公司的股东权益。在鲍增良给付股权对价款项之后，中盈信达公司与博洛尼公司均完成了相关工商变更登记手续，中盈信达公司已于 2011 年 2 月 11 日作出《章程修正案》，修改公司股东的姓名、认缴及实缴出资额、出资时间和出资方式等信息。鲍增良作为中盈信达的股东，已经通过参加股东会和行使表决权的方式行使了股东权利。2011 年 2 月 11 日，中盈信达公司召开股东会会议，就公司执行董事、监事的任免和章程修正案进行表决。鲍增良也参加并签署了有关股东会决议。由于中盈信达公司是投资平台并无实际的经营业务，也无任何股东提出召开临时股东会的要求，因而，没有再召开新的股东会；中盈信达公司业已成为博洛尼公司的参股股东，并出席了博洛尼公司的历次股东会议，行使了股东权利。鲍增良虽按照股权结构设计不能直接出席博洛尼公司的股东会会议，但已间接且实质地享有博洛尼公司的股东权益。在企业信用公示系统和工商登记均已列明其股东身份的情况下，鲍增良所谓“没有股东权利证明”是无稽之谈。此外，鲍增良作为中盈信达公司的股东，可以依据法定程序和公司章程的规定，了解中盈信达公司的财务状况，并对股东红利的分配问题提出意见。但是，鲍增良未依法行权，也从未与中盈信达公司或博洛尼公司沟通联络。三、鲍增良是完全出于自愿投资“亲友股”，绝不存在强迫入股的情形。博洛尼公司员工先后多次以电子邮件的方式向代理商进行细致地解释，并组织有意向投资“亲友股”的代理商到京开会，作出相应的《自然人股东名录》；博洛尼公司的代理商人数在 2010 年时既已达到 170 余名，而中盈信达公司募集“亲友股”的股东数量仅为 23 名；在投资“亲友股”之前，中盈信达公司和博洛尼公司已对鲍增良作出了明确的提示，即投资“亲友股”系以中盈信达公司间接持股方式作出，以及博洛尼公司是否能够上市、经营业绩存在一定的不确定性，属投资风险。对此，鲍增良明确理解并签署了相应的《确认函》，现鲍增良以博洛尼公司未上市为由要求退还出资的主张不能成立。综上所述，鲍增良以股东出资纠纷为由提起本案诉讼，并不存在事实基础和任何法律依据，其主张均不能成立。

当事人围绕诉讼请求提交了证据，博洛尼公司、中盈信达公司对鲍增良提交的银行凭证、声明与承诺函、提示函及确认函、中盈信达公司 2011 年 2 月 11 日的《股权转让协议》、中盈信达公司工商登记资料真实性无异议；鲍增良对博洛尼公司、中盈信达公司提交的中盈信达公司 2012 年 2 月 11 日的《章程修正案》、《股东名册》及《股东会决议》、博洛尼公司 2011 年 9 月 21 日的《章程》及 2014 年 7 月 7 日的《章程修正案》、博洛尼公司 2012 年 2 月 23 日、2012 年 9 月 28 日、2014 年 7 月 7 日的股东会决议、博洛尼公司上市进程相关资料、中盈信达公司 2010 年《验资报告》博洛尼公司 2012 年《验资报告》、2 张记账凭证、2 张转账凭证的真实性未提出异议，本院对上述证据的真实性予以确认。

对涉及本案争议焦点有异议的证据和事实，本院认定如下：

1. 博洛尼公司、中盈信达公司提交关于亲友股安排的电子邮件及说明邮件，证明鲍增良系出于自愿购买“亲友股”。鲍增良不认可该证据的真实性，否认曾收到该邮件，因该证据系电子证据，无法核实收件人具体信息，本院对上述证据的关联性不予确认。
2. 博洛尼公司提交的经销商名录，证明鲍增良系出于自愿购买“亲友股”。鲍增良对该证据的真实性不予认可，因该证据系博洛尼公司单方出具，不符合法定的证据形式要件，本院对上述证据的真实性不予确认。
3. 博洛尼公司、中盈信达公司提交的博洛尼公司 2011 年 6 月 10 日的《董事会决议》、案外人北京科宝优耐家居装饰有限公司（以下简称：科宝公司）与中盈信达公司于 2011 年 6 月 10 日签署的《关于转让博洛尼公司股权的协议》、北京市商务委员会于 2011 年 6 月 30 日作出的京商务资字[2011]439 号《北京市商务委员会关于博洛尼公司变更股权即增资的批复》，上述证据用以证明中盈信达公司取得博洛尼公司 1.7%股权的过程，鲍增良对上述证据来源

系工商登记档案资料持有异议，对证据的真实性不予认可，经本院核实，上述证据确系工商档案登记资料，本院对上述证据的真实性予以确认。

4. 博洛尼公司、中盈信达公司提交的科宝公司出具的《收款确认函》，确认函主要载明：根据科宝公司与中盈信达公司 2011 年 6 月 10 日签署的《股权转让协议》，科宝公司确认于 2011 年 7 月 28 日通过浙江博科投资管理有限公司收取中盈信达公司股权转让款 3468 万元。鲍增良对上述《确认函》的真实性不予认可，称确认函内容可能是虚假陈述，因出具确认函的科宝公司未出庭作证，本院对《确认函》的真实性不予确认。

本院经审理认定事实如下：

2011 年 2 月 11 日，鲍增良签署《声明与承诺函》，主要载明：1. 鲍增良拟通过持股公司持有博洛尼公司的部分股权；2. 除按照本函第十七条规定进行转让外，本人直接及间接持有的博洛尼公司的股权，自本人成为持股公司股东之日起（以完成公司股东工商登记之日为准）至博洛尼公司成功境内上市之日止不得转让。3. 除本函第十七条所述外，本人持有的持股公司的股权不存在权益调整、股权回购或者其他类似安排，未与任何人达成、签署任何书面或口头协议，或形成任何默契；3. 鲍增良系瑞安市博洛尼橱柜专卖店股东，占股 65%；4. 如鲍增良所作陈述与实际不符，或本人违反本函所作承诺，本人应立即将本人所持持股公司全部股权无偿转让至蔡明，并向蔡明支付现金赔偿，赔偿金额为鲍增良所持有持股公司股权所对应出资额的 5 倍；5. 本函自本人签署之日起生效，对本人具有法律拘束力。本函系本人真实、自愿的意思表示，不存在欺诈、胁迫、乘人之危或其他违背本人真实意愿的情形，本函不可变更、撤销、撤回。

同日，鲍增良签署《提示函》，主要载明：针对投资入股，博洛尼公司提示如下：1. 博洛尼公司正在筹备境内公开发行股票并上市，鉴于境内上市的复杂性、长期性，博洛尼公司能否成功上市无法确定。2. 投资入股完成后，投资人将通过一家持股公司持有博洛尼公司股权，作为该持股公司的股东，投资人亦依照公司法、外商投资方面的法律法规及博洛尼公司章程规定享有股东权利，包括但不限于分红权、转股权、公司清算时的分配权等。同时，鲍增良确认：知悉《提示函》内容，充分了解博洛尼公司情况并谨慎评估了各项投资风险，系自愿自主决定投资，也根据《提示函》及其他相关文件的约定自行承担投资风险。

另查，中盈信达公司成立于 2011 年 1 月 4 日，注册资本为 3 万元。根据其 2010 年 12 月 30 日的《章程》记载，中盈信达公司的原始出资人分别为蔡明出资 0.3 万元，杨倚华出资 2.7 万元。其工商登记资料记载，2011 年 2 月 11 日，杨倚华、蔡明分别将部分股份转让给鲍增良等 21 人，中盈信达公司投资人增加至 23 位。鲍增良与杨倚华签署了《股权转让协议》，约定杨倚华将持有中盈信达公司的股份 1474.93 元转让给鲍增良。股份转让完成后，被告中盈信达公司登记注册资本为仍为 3 万元，其中包括鲍增良认缴出资 1474.93 元。经核算，鲍增良作为中盈信达股东持股比例约为 4.916%。同日，被告中盈信达公司作出股东会决议，选举执行董事及监事人选、通过《章程修正案》，鲍增良在决议上签字。

2011 年 2 月 11 日，鲍增良向中盈信达公司转账 200 万元。

博洛尼公司曾用企业名称为博洛尼家居用品（北京）有限公司。根据博洛尼公司工商登记资料记载，2011 年 6 月 10 日，中盈信达公司与科宝公司签署了《股权转让协议》，主要内容为中盈信达公司以 3468 万元的价格转让博洛尼公司 1.09% 的股权份额，同日，博洛尼公司召开董事会决议，主要对增资事项进行决议，其中，中盈信达公司增资 924200 美元，相应增加持股比例为 0.77%，完成增资后，被告中盈信达公司共计持有被告博洛尼公司 1.7% 的股份。上述股权转让行为及增资事项经北京市商务委员会批准。庭审中，博洛尼公司提交了转账凭证，凭证记载：2011 年 7 月 28 日，中盈信达公司向浙江博科投资管理有限公司转账 3468 万元，中盈信达公司称该笔款项为其支付科宝公司的股权转让款并提交了科宝公司出

具的收款确认函，鲍增良不予认可。另，博洛尼公司提交了中盈信达公司增资 600 万元的转账凭证，原告鲍增良未提出异议。

2011 年 10 月 31 日，北京市商务委员会发布了京商务资字[2011]第 765 号批复文件，主要载明：1. 同意博洛尼家居用品（北京）有限公司变更为外商投资股份有限公司，并更名为博洛尼公司，同意公司发起人于 2011 年 9 月 21 日签署的发起人协议及公司章程。2. 根据公司账面净资产值，同意公司注册资本为 12000 万人民币，其余净资产纳入公司资本公积，公司股本总额为 12000 万股，每股面值 1 元人民币，其中中盈信达公司持股 2034000 股，占股本总额的 1.7%。同时，根据被告博洛尼公司 2011 年 9 月 21 日的《章程》记载，公司注册资本为 12000 万人民币，每股面值 1 元，公司股份全部由发起人认购，其中中盈信达公司作为发起人之一持股 2034000 股，占股本总额的 1.7%。

根据中国证券监督管理委员会网站公示，博洛尼公司于 2012 年 6 月 11 日在北京证监局进行了上市辅导备案登记，中国证券监督管理委员会于 2014 年 4 月发布了博洛尼公司上市辅导工作进展报告，2015 年 11 月发布了首次公开发行辅导备案工作报告。至本案审理期间，博洛尼公司未上市。

本院认为：鲍增良所签署的《声明与承诺函》、《提示函》系本人签署，应视为其真实意思表示，其主张系被迫未提交证据证明，本院不予采纳。《声明与承诺函》明确约定鲍增良“通过持股公司持有博洛尼公司的部分股权”，该约定系双方就股权代持达成的一致意思表示，且根据庭审查明的事实，鲍增良已登记为中盈信达公司公司的股东，中盈信达公司亦登记为博洛尼公司的发起人，博洛尼公司主张鲍增良系通过中盈信达公司间接持有博洛尼公司的股权提交了相应证据，鲍增良在诉状当中亦认可了股权代持行为，故就博洛尼公司、中盈信达公司抗辩称鲍增良系通过持有中盈信达公司股份间接享有对博洛尼公司的出资权益的主张予以采纳。就代持股权行为的效力，本院认为，根据《中华人民共和国中外合资经营企业法》第一条之规定“允许外国公司、企业、其他经济组织和个人，按照平等互利的原则，经中国政府批准，在中华人民共和国境内，同中国的公司、企业或其他经济组织共同举办合营企业”，即博洛尼公司的中国合营者不能为自然人。博洛尼公司系外商投资股份有限公司，根据证券发行办法和交易规则，启法人股只能由法人持有，自然人通过代持行为实际持有法人股的行为违反监管规定，鲍增良通过代持公司实际持有法人股的行为，系双方当事人规避法律规定的行为。该行为效力问题应审查脱法行为是否违反强行法规或公序良俗，《中华人民共和国合同法》第五十二条规定了合同无效的五种情形，包括：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。证券监管部门的规范性文件或规则不属于《中华人民共和国合同法》第五十二条所指的效力、强制性规定，双方当事人就代持股权的约定亦不属于合同无效的其他情形或未违反公序良俗，理应认定为有效。鲍增良在诉状中称因博洛尼公司未上市、未享有股东权益要求返还 200 万元出资，就此《声明与承诺函》中明确约定“原告鲍增良持有的持股公司的股权不存在权益调整、股权回购或者其他类似安排”，故鲍增良以博洛尼公司未上市为由要求返还投资款 200 万元不符合双方合同约定；后庭审中鲍增良又主张其支付中盈信达公司 200 万元，但其与杨倚华签署的《股权转让协议》及《章程》中均记载其投入中盈信达公司的投资款应为 1474.93 元，要求返还差额款项，就此，博洛尼公司、中盈信达公司提交了付款记录、验资报告、上市准备资料等证据，证明按照出资比例计算鲍增良出资 200 万元通过持有中盈信达公司股份相应取得了博洛尼公司拟上市的权益，上述证据与《提示函》中所称“博洛尼公司正在筹备境内公开发行股票并上市”能够相互佐证，足以认定鲍增良系实际出资 200 万元通过持有中盈信达公司部分股份从而间接实现投资博洛尼公司的目标，以期取得博洛尼公司上市后的利益，鲍增良的出资金额、实际权益均应按照其实际出资认定，不宜以《章程》载明认缴出

资金额为准。综上，就鲍增良要求博洛尼公司、中盈信达公司连带返还投资款 200 万元及利息的诉讼请求，不符合双方合同约定，亦缺乏法律依据，本院不予支持。

综上所述，根据《中华人民共和国合同法》第五十二条之规定，判决如下：

驳回原告鲍增良的全部诉讼请求。

案件受理费 22800 元，由原告鲍增良负担（已交纳）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，交纳上诉案件受理费，上诉于北京市第二中级人民法院。如在上诉期满后七日内未交纳上诉案件受理费的，按自动撤回上诉处理。

审判长 成桂钦

人民陪审员 狄秀梅

人民陪审员 韩俊敏

二〇一七年一月二十五日

书记员 纪甜

北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司等与天津雷石信锐股权投资合伙企业（有限合伙）股权转让纠纷二审民事判决书

北京市第二中级人民法院
民事判决书

（2015）二中民（商）终字第 12699 号

上诉人（原审被告）北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司，住所地北京市丰台区科学城星火路 11 号 B 座 307 号（园区）。

法定代表人邸建军，董事长。

委托代理人杨召，男，1988 年 9 月 18 日出生。

委托代理人宋积虎，北京市亿康律师事务所律师。

上诉人（原审被告）邸建军，男，1968 年 2 月 20 日出生。

委托代理人宋积虎，北京亿康律师事务所律师。

上诉人（原审被告）李依璇，女，1969 年 12 月 30 日出生。

委托代理人宋积虎，北京亿康律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）天津雷石信锐股权投资合伙企业（有限合伙），主要经营场所天津开发区新城西路 52 号滨海金融街 6 号楼三层 I311 室。

执行事务合伙人天津雷石合安股权投资管理合伙企业（有限合伙）（委派代表王宇）。

委托代理人史学清，北京金诚同达律师事务所律师。

委托代理人关维，北京金诚同达律师事务所律师。

上诉人北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司（以下简称碧海舟公司）、邸建军、李依璇因与被上诉人天津雷石信锐股权投资合伙企业（有限合伙）（以下简称雷石企业）股权转让纠纷一案，不服北京市丰台区人民法院（2014）丰民（商）初字第 13266 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2015 年 11 月 23 日受理后，依法组成由法官闫飞担任审判长，法官陈洋、李诚参加的合议庭，于 2015 年 12 月 2 日公开开庭进行了审理，上诉人碧海舟公司的委托代理人杨召，上诉人碧海舟公司、邸建军、李依璇的共同委托代理人宋积虎，被上诉人雷石企业的委托地代理人史学清、关维到庭参加了庭审。本案现已审理终结。

雷石企业在一审中诉称：雷石企业于 2011 年 4 月 29 日与邸建军、李依璇以及碧海舟公司签订了《关于北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司之增资协议》（以下简称《增资协议》），约定雷石企业以人民币 22496750 元认购碧海舟公司非公开发行的 3103000 股股票，增资完成后，雷石企业持有碧海舟公司总股份的 4.0829%。与此次增资相关，雷石企业与邸建军、李依璇、碧海舟公司于 2013 年 5 月 23 日就股权回购事项另行签订了《协议书》，协议第一条约定“如果丙方未能在本协议签署之日起 24 个月内成功完成其首次公开发行并上市，……，则甲方有权参照以下价格，要求乙方全部或部分回购甲方在丙方中持有的股份”，本条同时约定了回购价格的计算标准。根据上述约定，碧海舟公司须于 2015 年 5 月 23 日完成首次公开发行股票并上市，否则，邸建军、李依璇须按照协议约定回购雷石企业持有的碧海舟公司全部股份。同时，《协议书》第二条约定，碧海舟公司对邸建军、李依璇回购及付款义务承担连带责任。相关协议签订后，碧海舟公司向中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）提交了公开发行股票（IPO）申请，2013 年 7 月初进入初审状态。但由于公司 2013 年业绩下滑较为严重，碧海舟公司于 2014 年 6 月 30 日撤回了 IPO 申请。2014 年 7 月 4 日，证监会发布了《2014 年度首次公开发行股票申请终止审查企业名单》，名单显示碧海舟公司已于

2014 年 7 月 1 日被终止审查。自碧海舟公司提出上市申请至审查终结用时超过一年。从碧海舟公司 2013 年度的审计报告来看,公司 2013 年度业绩下滑较为严重,致使其再次提起上市申请的时间相应延后,结合我国企业首次公开发行上市实践与现状,碧海舟公司已不可能在 2015 年 5 月 23 日之前实现上市,邸建军在与雷石企业的通话中亦确认了上述事实。因此,《协议书》第一条所约定的股权回购条件已经成就,邸建军、李依璇应当按照《协议书》约定履行股权回购义务。2014 年 7 月 7 日,雷石企业向碧海舟公司、邸建军、李依璇发出了《关于要求回购股份的通知》,要求碧海舟公司、邸建军、李依璇依约履行股权回购义务,但至今也未作出任何回应。并且,邸建军在与雷石企业的通话中也明确表示其无履约能力,不愿意回购股份。虽然《协议书》第二条约定了“乙方应确保在甲方提出书面要求后 90 日内将上述回购价格全额支付到甲方指定的银行账户内”,但碧海舟公司、邸建军、李依璇的行为已经清楚表明其届时也将不予履行回购义务。根据《合同法》第一百零八条的规定,雷石企业有权要求按照《协议书》的约定履行股权回购义务,并向雷石企业承担相应的违约责任。同时,雷石企业与邸建军于 2013 年 5 月 23 日还签订了《补偿协议》,协议第二条约定“乙方承诺在本协议生效后的一个工作日内向甲方一次性支付补偿金额人民币 280 万元,剩余人民币 245 万元在乙方承诺在碧海舟公司完成首次公开发行并上市交易后的 13 个月内向甲方支付。”鉴于前述事实与理由,碧海舟公司在约定期限内完成上市已无可能,因此,邸建军应提前向雷石企业清偿该 245 万元补偿款。故雷石企业诉至法院,请求判令:1、邸建军、李依璇按照《协议书》约定向雷石企业支付股权回购款【按照以下方式计算:22496750 元 $\times$ 100% $\times$ (1+10% $\times$ 实际回购天数/365 天),其中实际回购天数为自 2011 年 5 月 30 日至实际回购之日】;2、碧海舟公司对上述股权回购价款支付义务承担连带责任;3、邸建军按照《补偿协议》的约定向雷石企业支付补偿金 245 万元;4、碧海舟公司、邸建军、李依璇承担雷石企业为此案支出的律师费、差旅费等合理费用共计 25 万元;5、碧海舟公司、邸建军、李依璇承担本案的诉讼费用。

碧海舟公司、邸建军、李依璇在一审中共同答辩称:不同意雷石企业诉讼请求。理由如下:一、雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇三方签订的《协议书》及股份回购条款应当认定无效。理由为:1、根据《增资协议》规定,该协议的任何修改、变更应经协议各方另行协商,并就修改、变更事项共同签署书面协议后方可生效;非经甲乙丙三方协商一致达成书面协议,任一方不得转让该协议项下全部和/或部分的权利义务;非经各方一致书面同意,不得单方终止本协议。而雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇签订的《协议书》是以《增资协议》为前提,四方(包括雷石企业和三碧海舟公司、邸建军、李依璇)对其中规定的投资所约定的股份回购事项。可见,雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇共四方签订的协议是对《增资协议》内容的修改或变更,但并未经协议所有签章方协商,也未就修改或变更事项共同签署书面协议,所以雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇签订的《协议书》及《补偿协议》均未生效。另外,《协议书》及《补偿协议》约定股份回购事项,明显违背《增资协议》中的上述规定。2、《公司章程》规定,公司股东除法律、行政法规规定的情形外,不得退股;不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益,若造成损失的,应当依法承担赔偿责任。公司除特定情形外,不得买卖本公司的股份。修改公司章程时雷石企业已列为碧海舟公司股东。雷石企业利用其优势地位与碧海舟公司、邸建军、李依璇签订的《协议书》及《补偿协议》约定“雷石企业有权退股或向碧海舟公司、邸建军、李依璇转让公司的股份”明显违背《公司章程》的禁止性规定。在签订以上协议时雷石企业已是雷石企业的股东,所以雷石企业有义务遵守《公司章程》的规定,不能与任何人私自签订此类协议。3、该协议侵害了其他股东的权益和公司的利益,违反了投资领域风险共担的原则,使得雷石企业作为投资者不论碧海舟公司经营业绩如何,均能取得约定收益而不承担任何风险,依据《合同法》的规定,属于无效合同。4、《最高人民法院〈关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答〉》

第四条第二项关于“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是名为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效”，本案中，即属于此情形。5、《协议书》系雷石企业利用其优势地位签订，所有的合同内容都是免除雷石企业责任，加重碧海舟公司、邸建军、李依璇责任，排除碧海舟公司、邸建军、李依璇主要权利的，依据合同法第四十条规定，应为无效。6、《协议书》第一条关于股份回购的约定，该回购的价格为实际投资额再加上每年 10%的内部收益率溢价，该条款应属无效条款。首先，公司相关法司法解释规定，人民法院审理股东与公司因收购股份价格发生争议的案件，应委托中介机构评估以公司净资产为基础评估确定股份价格，这里并没有“双方另有约定的，从其约定”之说，因此，收购股份应当评估，并不能依据双方的约定；其次，根据《公司法》第一百六十六条的规定，公司分红制度必须经过全体股东一致同意，并记载于公司章程方能生效。本案的约定，违反了法定的程序，应当无效；最后，《公司法》该条同时规定，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。依据《公司章程》规定：公司股利分配按照“同股同权、同股同利”分配。但本协议却约定“实际投资额再加上每年 10%的内部收益率溢价”，明显背离了法定的要求。

二、即使《协议书》有效，雷石企业也无权提起诉讼要求邸建军、李依璇回购其所持雷石企业股份。理由为：1、2015 年 6 月 1 日为碧海舟公司决议在境内 IPO 的截止时间。根据碧海舟公司董事会决议、临时股东大会决议、股东大会记录及股东大会议案，公司董事会及股东大会依据公司法和公司章程规定职权和程序决议同意公司首次公开发行股票并在上海证券交易所上市（即境内 IPO），该议案自公司股东大会审议通过之日起二十四个月内有效（即截至时间为 2015 年 6 月 1 日）。该项决议是雷石企业成为碧海舟公司股东之后所作，对雷石企业有法律约束力。另外，《关于公司首次公开发行股票并在上海证券交易所上市的议案》在 2013 年 6 月 1 日公司召开的临时股东大会经全体股东全票通过，雷石企业也投了赞成票。2、《协议书》第一条约定为附期限的约定，即雷石企业提起本诉至少要到 2015 年 5 月 23 日（雷石企业在起诉时变更为 2015 年 5 月 30 日）。雷石企业在起诉状中认为依据合同法一百零八条的规定提起诉讼，但本条约定的是“履行期限届满之前”，因此，雷石企业亦认为是附期限的合同，既然是附期限的合同，就必须等到期限届满才能起诉。雷石企业提起本诉没有法律依据。雷石企业没有出具任何有力证据来证明公司在 2015 年 5 月 23 日不能上市。碧海舟公司、邸建军、李依璇提供的《上市公司征询函》充分证明，碧海舟公司、邸建军、李依璇一直努力上市，因雷石企业早在 2014 年 7 月 15 日提起本诉，对公司上市构成实质性障碍，依据《合同法》四十五条规定，当事人为自己利益不正当的促成条件成就的，视为条件不成就。3、《协议书》第二条约定，甲方应当提前 90 日提出书面要求，截止目前，碧海舟公司、邸建军、李依璇在 2015 年 5 月 23 日之后尚无收到雷石企业的书面要求。

三、雷石企业要求碧海舟公司对股权回购价款支付承担连带责任的约定条款无效。1、《协议书》中关于雷石企业对股权回购价款支付承担连带责任的约定，使得雷石企业的投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了雷石企业的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益，这部分条款无效。2、根据《公司法》、《公司章程》等相关规定，雷石企业作为碧海舟公司股东要求碧海舟公司以一定方式予以补偿的约定，违反了投资领域风险共担的原则，依法亦不予支持。3、依据《公司法》第十六条第二款规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议。”而雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇关于碧海舟公司对股权回购价款支付承担连带责任的约定并没有经过股东大会决议，因此该约定无效。

四、雷石企业无权要求邸建军支付 245 万元投资补偿金。1、《补偿协议》中所约定的投资补偿款是针对 2011 年度碧海舟公司业绩未达到预期结果而单独给予雷石企业的补偿款。而当

时签订此协议的前提是雷石企业不要求碧海舟公司、邸建军、李依璇回购其已投资于碧海舟公司的股份直至碧海舟公司成功 IPO。另外，雷石企业第一项诉讼请求中的股权回购款是按照《协议书》第一条的“回购价格”计算公式 $P=M \times N \times (1+10\% \times T)$ 得出，即以雷石企业实际投资额再加上每年 10% 的内部收益率溢价，也就是按照每年加收 10% 的利息计算股权回购价格。此外，本条还约定“M 为甲方对乙方已认缴的增资额（扣除丙方已宣告归于甲方所有但未发放及已发放的现金红利）”，《补偿协议》中约定的 525 万元投资补偿金虽然不是现金红利，但是雷石企业取得这些款项的性质和结果与取得现金红利是一样的，若雷石企业按照回购的价格计算公式得到了全部回购价款，那么雷石企业另外从碧海舟公司、邸建军、李依璇处取得的投资补偿金应当扣除或者返还。否则会发生碧海舟公司、邸建军、李依璇支付了雷石企业全部回购价款后，还要额外支付投资补偿金的现象，属于重复计算，这是严重违背协议真实意思表示和社会公平正义的。所以，雷石企业无权要求碧海舟公司、邸建军、李依璇另外向其支付 245 万元投资补偿金，并应当退还已收取的 280 万元。2、该协议第一段明确说明该协议是依据 2011 年 4 月 29 日各方签订的《〈关于北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司之增资协议〉之补充协议》（以下简称《补充协议》）中 2011 年度业绩补偿事项的约定，也就是说在签订这个补偿协议时，各方尚未解除各方签订的《补充协议》，2013 年 5 月 23 日，雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇三方签订了《协议书》，该协议首先解除了《补充协议》，因此从时间的先后顺序讲，补偿协议在先，解除协议在后。在解除协议的第二条约定，甲乙丙各方（之前）签署的任何协议内容与本协议不一致的，以本协议为准。那么解除协议的主要内容是什么呢？就是第 3 项约定的，甲乙丙三方同意自签署本协议之日起，按照各自在工商行政部门备案的乙方公司章程中记载的持股比例享有股东权利，履行股东义务，共担风险，共享收益。因此，解除协议实质上否定和解除了先前签订的《补充协议》，补偿协议中约定的 525 万明显违背了按照持股比例享有股东权利，履行股东义务，共担风险，共享收益的约定。3、该《补偿协议》约定的主体不对，既然是 2011 年的业绩补偿，那么补偿的主体应当是碧海舟公司，该协议约定由公司的股东给付雷石企业业绩补偿款，严重违反法律的规定，应当无效。4、《补偿协议》第 6 条明确约定，本协议经本协议各方法定代表人或授权代表签字盖章之日起生效。但是该协议并不是双方同时签字，而且在协议上签字的“王宇”，与在起诉状上的王宇并非一个人笔体，与解除协议、回购协议中的“王宇”也非一个笔体，因此，该协议实际上并没有生效。5、补偿金支付的前提是碧海舟公司完成首次发行并上市交易后的 13 个月内支付，如果碧海舟不上市 245 万怎么办，双方并没有约定。这说明公司上市是雷石企业、碧海舟公司、邸建军、李依璇的唯一目的，只有上市才能支付 245 万，不上市就没有。但现在雷石企业违反约定，在没有上市的情况下要求邸建军支付补偿金，没有依据。6、《补偿协议》与《协议书》约定的时间段和前提是不同的，《补偿协议》约定的前提是：如果碧海舟公司上市了（无论何时），碧海舟公司、邸建军、李依璇邸建军应当按照约定支付 2011 年度的业绩补偿；而《协议书》约定的前提是：如果雷石企业没有上市，碧海舟公司、邸建军、李依璇（包括邸建军在内）应当如何补偿。可见，在目前阶段，雷石企业只能主张一项，不能既要上市后的补偿，又要不上市的补偿。7、该补偿金是雷石企业与邸建军两方约定的一个民事补偿协议，与其他各方无关，而本案为股权转让纠纷，涉及到的《协议书》却是四方当事人，因此，二者在案由及当事人方面均不相同，该补偿协议与本案不具有关联性。

五、雷石企业提起本次诉讼造成碧海舟公司、邸建军、李依璇各项损失，碧海舟公司、邸建军、李依璇有权要求赔偿。1、要求雷石企业赔偿碧海舟公司、邸建军、李依璇因保全所遭受的损失。雷石企业申请法院于 2014 年 11 月 18 日下发了（2014）丰民（商）初字第 13266 号民事裁定书，该裁定冻结的股份价值明显高于其诉讼请求所主张的费用总金额。从碧海舟公司经审计的《2014 年集团合并报表》中“资产负债表（集团合并）”部分可见，雷石企业

持有碧海舟公司 3.4865%股份，经计算其所持股份对应的股东权益总计 13621423.208 元。本次共冻结邸建军与李依璇所持雷石企业 20.92%的股份，对应的股东权益总计 95353935.7787 元，相当于雷石企业拥有 9535.39 万元以上的财产保全。而雷石企业的全部诉讼请求所主张的费用共计 3223.55 万元。由此可见，雷石企业申请法院冻结的股份价值加上雷石企业持有的股份价值远远超过其诉讼请求所主张的总金额。可见，雷石企业申请有错误。该错误至今持续逾 6 个月之久，导致雷石企业在银行贷款及股权融资方面损失巨大。2、2011 年各方签完增资协议后，碧海舟公司就一直努力积极生产，提高业绩，但雷石企业作为股东，不仅没有尽到一个股东的义务，反而在公司最重要的时刻提起诉讼，致使公司上市受挫，雷石企业的行为已经给公司及股东造成了巨大损失，碧海舟公司、邸建军、李依璇将保留对雷石企业追究法律责任的权利。

此外，雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇之间并未就发生争议时诉讼律师费、差旅费如何承担达成协议，雷石企业无权要求碧海舟公司、邸建军、李依璇承担相关费用。雷石企业无理提起诉讼，依法应由其自身承担该案诉讼费。

一审法院审理查明：2011 年 4 月 29 日，雷石企业及案外人 8 名投资方（甲方）与碧海舟公司（乙方），邸建军、李依璇（丙方）签订《增资协议》，约定：乙方经公司股东大会决议通过，拟向甲方 9 名特定对象定向增资，非公开发行人民币普通股股票共计 1600 万股，定向增资完成后乙方股本增至 7600 万股，注册资本也增至人民币 7600 万元；本次新股发行的价格为人民币 7.25 元/股；其中，雷石企业同意以现金人民币 22496750 元认购乙方本次非公开发行的 310.3 万股股票，占本次非公开发行股份总数的 19.39375%；本次公开募集资金后，雷石企业的持股数额为 310.3 万股，持股比例为占公司总股本的 4.0829%；本协议的任何修改、变更应经本协议各方另行协商，并就修改、变更事项共同签署书面协议后方可生效；本协议自各方签署之日起生效，非经各方一致书面同意，不得单方终止本协议。

同日，上述三方签订《补充协议》，约定：如果公司未能在本次增资之“交割日”起 36 个月内完成合格 IPO，乙方及丙方有义务以现金方式按照任一甲方要求部分或全部购回（“回购”）甲方所持有的股份。回购价格为：甲方实际投资额再加上每年 10%的内部收益率溢价，计算公式为： $P=M \times N \times (1+10\% \times T)$ ；其中，P 为甲方根据本条就其要求回购的股权可获得的回购价格，M 为甲方对乙方已认缴的增资额，N 为此次甲方有权回购的股权比例占其总持股比例的百分比，T 为自交割日至乙方及丙方实际支付全部回购价格之日的自然天数除以 365。该协议第五条还同时约定了业绩承诺条款，即公司净利润指标 2011 年度应不低于人民币 7600 万元，2012 年度应不低于人民币 9880 万元；如果这两年中任一年度当期实际净利润低于承诺利润指标的 95%但高于 75%，届时公司的当期估值根据公式进行调整，调整后，任一甲方可要求乙方和丙方补偿甲方投资成本；如果公司这两年中任一年度当期实际净利润低于承诺利润指标的 75%，甲方有权按照本补充协议的约定要求乙方丙方回购甲方在乙方中持有的部分或者全部股份。如果公司在交割日后 36 个月内实现合格 IPO，则自上市之日起，本第五条自动失效。

2013 年 5 月 23 日，雷石企业（甲方）与邸建军、李依璇（乙方）、碧海舟公司（丙方）签订《协议书》（以下称《解除协议书》），约定甲、乙、丙三方共同决定对之前签署的《补充协议》提前进行终止。

同日，雷石企业（甲方）与邸建军、李依璇（乙方），碧海舟公司（丙方）签订《协议书》，约定：如果丙方未能在本协议签署之日起 24 个月内成功完成其首次公开发行并上市，或者丙方在上市后一年内出现违法、违规问题，则甲方有权参照以下价格，要求乙方全部或部分回购甲方在丙方中持有的股份。回购价格为：甲方实际投资额再加上每年 10%的内部收益率溢价，计算公式为： $P=M \times N \times (1+10\% \times T)$ ；其中，P 为甲方根据本条就其要求回购的股权可获得的回购价格，M 为甲方对乙方已认缴的增资额（扣除丙方已宣告归于甲方所有但未发

放及已发放的现金红利，如有），N 为此次甲方有权回购的股权比例占其总持股比例的百分比。T 为自甲方根据甲、乙、丙三方和其他方于 2011 年 4 月 29 日签署的《增资协议》向丙方缴付增资款之日起至乙方及丙方实际支付全部回购价格之日的自然人天数除以 365。乙方应确保在甲方提出书面要求后 90 日内将上述回购价格全额支付到甲方指定的银行账户内。丙方就乙方在本协议项下的义务，向甲方承担连带保证责任。如在上述第二条的期限内乙方未能全额支付回购价格，丙方应向甲方支付未付的回购价格。就乙方回购甲方的股份，甲、乙、丙三方应积极配合办理股权变更手续。

同日，雷石企业（甲方）与邸建军（乙方）签订《补偿协议》，约定：就《补充协议》中约定的有关 2011 年度业绩补偿事项，各方作出如下约定：1、双方同意由乙方向甲方支付投资补偿金 525 万元；乙方承诺在本协议生效后的一个工作日内向甲方一次性支付补偿金人民币 280 万元，剩余人民币 245 万元在乙方承诺在碧海舟公司完成首次公开发行并上市交易后的 13 个月内向甲方支付。如果乙方出现逾期付款的情况，须按照日息千分之一向甲方支付逾期利息；3、各方在《补充协议》中约定的其他条款不变，如本协议所约定的相关 2011 年度业绩补偿方案与《补充协议》有不一致的，以本协议为准；4、无论《补充协议》因任何原因被终止或解除，均不影响乙方在本协议项下的支付补偿款义务及违约责任。

上述协议签订后，雷石企业等投资方履行了出资义务，碧海舟公司亦于 2012 年 12 月 20 日变更了相应股权工商登记。2013 年 5 月 28 日，碧海舟公司修改公司章程，该章程除载明各股东出资金额及出资比例外，还载明：公司股东除法律、行政法规规定的情形外，不得退股；不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益，若造成损失的，应当依法承担赔偿责任；公司除特定情形外，不得买卖本公司的股份。2013 年 6 月 1 日，碧海舟公司召开临时股东大会，通过相关议案，同意碧海舟公司首次公开发行股票并在上海证券交易所上市，该决议自公司股东大会审议通过之日起二十四个月内有效。后碧海舟公司向证监会提交了公开发行股票（IPO）申请，但于 2014 年 7 月 1 日被终止审查。该公司现未上市。

2014 年 7 月 7 日，雷石企业向邸建军、李依璇发出《关于要求回购股份的通知》，载明：鉴于证监会已根据碧海舟公司的申请，终止对碧海舟公司 IPO 申请的审查工作，并于 2014 年 7 月 1 日发布公告正式公布了该事项。据此，碧海舟公司已无法在 2015 年 5 月 23 日之前完成首次公开发行并上市，贵方与我公司于 2013 年 5 月 23 日签订的《协议书》中约定的回购条件已成就。现我公司正式通知贵方根据上述《协议书》中约定的条件回购我公司持有碧海舟公司的全部股份（3.49%），请贵方收悉本通知后立即履行股份回购义务，支付相应回购价款。后因雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇就股权回购及补偿金支付等事项产生争议，故雷石企业诉至该院。

一审法院另查，碧海舟公司自 2005 年 12 月 8 日注册成立，注册资本 15500 万元，公司类型为股份有限公司，法定代表人邸建军；公司现有股东包括雷石企业、邸建军、李依璇在内共 43 名，其中雷石企业出资金额 540.41 万元，占注册资本的 3.4865%。

一审法院判决认定：雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇之间签订的《增资协议》、关于股份回购的《协议书》，雷石企业与邸建军签订的《补偿协议》均系当事人的真实意思表示，其中《增资协议》已经履行完毕，《补偿协议》已经部分履行。关于双方争议的《协议书》、《补偿协议》的效力及履行等问题，根据本案庭审中双方的诉辩意见以及提交的证据情况，该院将争议的焦点归纳为以下四个方面：其一，雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇签订的《协议书》及股份回购条款是否有效，即邸建军、李依璇是否应当向雷石企业支付相应的股权回购款；其二，碧海舟公司对邸建军、李依璇支付雷石企业股权回购款是否负有连带保证责任；其三，邸建军是否应当给付《补偿协议》项下的补偿金。针对上述争议焦点，该院分述如下意见：

一、关于本案争议焦点一即《协议书》的效力及股份回购条款的效力问题，该院认为：

首先,《协议书》为独立于《增资协议》之外的股份回购协议,未违反《增资协议》的约定以及碧海舟公司《公司章程》的相关规定,签订时已取得各方当事人一致同意。《增资协议》系雷石企业等 9 名投资方与碧海舟公司等三被告共同签订,其主要内容为各投资人对碧海舟公司进行增资扩股,并成为公司股东。该协议虽约定协议的修改、变更应经协议各方同意,但该协议已经履行完毕,雷石企业等投资方已经完成增资并成为了碧海舟公司的股东,雷石企业与碧海舟公司等三被告之后签订的《协议书》系三方另行签订的关于股份回购事宜的独立协议,无论合同目的还是权利义务的具体内容,与《增资协议》均不相同,并不构成对《增资协议》的修改、变更;此外,根据《补充协议》及解除该协议的《协议书》的内容,能够证明雷石企业等 9 名投资方与碧海舟公司等三被告,对签订股份回购《协议书》的内容均知晓并达成了一致意见,而协议各方之所以解除《补充协议》,目的并非各投资方放弃股份回购的意思表示,而是基于证券监督管理部门对拟上市公司审慎监管政策,为防止碧海舟公司因报送材料含有“补偿条款”而被证监会否定上市的情况出现。据此,三被告关于《协议书》的签订未取得全体合同方一致同意的辩称意见不能成立。

其次,《协议书》及股份回购条款未违反法律及行政法规的规定,亦未损害公司、其他股东以及公司债权人的利益,应当认定为合法有效。雷石企业与碧海舟公司等三被告之间签订的《协议书》其实质系股东之间约定在一定条件下进行股权转让的协议(一般称之为股权投资估值调整协定或者对赌协议),关于该协议及回购条款的效力,该院认为:首先,无论是《中华人民共和国公司法》还是碧海舟《公司章程》均明确规定,股东持有的股份可以自由转让。作为碧海舟公司股东的雷石企业与邸建军、李依璇之间进行股权转让,不属于退股及滥用股东权利的行为,合乎相关法律及公司章程的规定。其次,在商业实践中,股权投资估值调整协定在直接融资领域中存在颇为普遍,其实质是对商业经营中资本价值风险判断的合意行为,该条款的效力认定应当以《中华人民共和国合同法》第五十二条规定为审查依据。本案中,根据现有证据,无法证明协议各方存在故意隐瞒真实财务状况、意思表示虚假、恶意串通、非法合同目的等主观恶意,亦未有损害公司、其他股东以及公司债权人的利益的情形。至于《协议书》及股份回购条款是否存在违反法律、行政法规的强制性规定的情形,该院认为,虽然证监会关于《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》(以下简称《办法》)第十七条要求“发行人的股权清晰,控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东所持发行人的股份不存在重大权属纠纷。”但该《办法》系证监会制定的规范性文件,不属于法律及国务院制定的行政法规,仅属部门规章,不能作为认定效力的依据,此为其一;其二,该回购条款约定亦不构成发行人碧海舟公司重大权属纠纷。因为该条款在碧海舟公司上市审批前实际并未发生法律效力,如果碧海舟公司如期上市,回购条款则自然失效,影响上市公司股权稳定的结果也就不会发生;如果公司上市失败,回购条款的履行亦不涉及对证券监管秩序的伤害。因此该条款不存在违反法律法规的情形,依法应当认定为有效。

最后,关于《协议书》回购条款的履行是否会对碧海舟公司及公司其他股东造成实质不公平的结果。三被告辩称意见认为,回购条款的约定系雷石企业利用优势地位签订,排除被告方主要权利,其履行违反了投资领域风险共担的原则,使得雷石企业作为投资者不论碧海舟经营业绩如何,均能取得约定收益而不承担任何风险,并会产生对公司及其他股东不公平的结果。对此,该院认为,从《协议书》的签订主体来看,一方为专业的投资企业,对商业风险和法律规范有着充分的认识;另一方为融资企业及控股股东或者原始股东,对公司的实际情况及盈利能力有着充分的了解,并对融资后企业的利益获得、价值目标作过详尽调查和理性预估。双方均为平等理性的商业行为主体,并不存在主体地位的优劣,所约定的回购条款亦非格式条款,不存在排除他方权利、免除己方义务的情形。从双方风险负担情况来看,雷石企业作为投资方投入大额资金入股,并不参与碧海舟公司的经营管理,本身承担了较高的投资风险;雷石企业等投资方入股后,碧海舟公司实现了融资,获得了企业生存和发展的机遇,

邸建军等控股股东或者原始股东亦能享有企业成长所带来的股份增值等收益。因此，在碧海舟公司未能按期上市后，回购条款的履行是雷石企业等投资方正当的风险规避方式，对邸建军、李依璇亦未造成不可预见的风险和重大责任，其所支付的溢价应视为系根据事前自主商业判断所自愿负担的责任后果，故不存在履行协议会产生显失公平或者损害一方利益的情形。

综上所述，雷石企业与碧海舟公司等三被告签订的《协议书》及股份回购条款合法有效，截至目前，碧海舟公司仍未实现公开发行股份并上市，雷石企业与邸建军、李依璇二被告关于回购股份的约定条件已经成就，现雷石企业要求二被告按照协议约定的条件回购其持有碧海舟公司股份并支付相应股份转让款的请求，具有法律及合同依据，该院予以支持。邸建军、李依璇关于协议书及回购条款无效、雷石企业无权要求支付股权回购款的辩称意见，缺乏事实和法律依据，该院不予采信。

二、关于本案争议的焦点二即碧海舟公司对邸建军、李依璇二被告支付雷石企业股权回购款是否负有连带保证责任。该院认为，首先，依据《中华人民共和国公司法》第十六条第二款规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议。”根据现有证据，无法证明雷石企业与碧海舟公司等三被告签订的关于碧海舟公司对邸建军、李依璇支付雷石企业股权回购价款支付承担连带责任的约定，经过公司股东大会决议并通过，故该条款违反了公司法强制性规定。其次，雷石企业在与三被告签订《协议书》时，已经成为碧海舟公司的股东，其以股东身份与公司签订上述协议条款，从而在邸建军、李依璇不履行相应义务时成为公司债权人，获得与公司其他正常商业活动中外部债权人相同等的地位，既会损害公司以及公司其他股东的利益，也会损害公司外部债权人的利益。故碧海舟公司与雷石企业约定的担保条款应当认定为无效。雷石企业要求碧海舟公司为邸建军、李依璇支付股权回购款承担连带保证责任的诉讼请求，该院不予支持。

三、关于本案争议的焦点三即邸建军是否应当给付《补偿协议》项下的补偿金问题，该院认为，雷石企业与邸建军签订的《补偿协议》系因原《增资协议》各方解除了《补充协议》后，雷石企业与邸建军关于碧海舟公司 2011 年度业绩未达到原《补充协议》的约定而另行签订的由邸建军个人作出的对雷石企业的业绩补偿承诺，该协议意思表示真实合法，不损害公司、股东及债权人利益，应为有效，故对邸建军认为已支付雷石企业投资补偿金 280 万元应予退还的辩称，没有法律依据，该院不予采信。但根据双方《补偿协议》中的约定，邸建军支付剩余 245 万补偿金的条件是在碧海舟公司完成首次公开发行并上市交易后的 13 个月内。双方并未约定碧海舟公司未完成首次公开发行及上市时，补偿金是否支付及如何支付的问题。故在碧海舟公司实际未上市的情况下，雷石企业要求邸建军支付剩余补偿金的约定条件未成就，该诉讼请求缺乏合同依据，该院不予支持。

此外，对于雷石企业要求碧海舟公司、邸建军、李依璇支付律师费、差旅费的诉讼请求，因雷石企业与三被告所签各份协议均未对履行合同产生争议后律师费的负担问题作出约定，亦未提供支出了差旅费的具体数额及相应证据，故上述主张，均缺乏事实及合同依据，该院不予支持。对于碧海舟公司等三被告要求雷石企业赔偿因诉讼保全所遭受损失的意见，因其未提起反诉，亦与本案并非同一法律关系，该院不予审理。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国公司法》第十六条第二款、第二十条第一款之规定，判决：一、邸建军、李依璇于判决生效之日起十日内受让天津雷石信锐股权投资合伙企业（有限合伙）所持有的北京碧海舟防腐防护工业股份有限公司百分之三.四八六五的股权，同时给付天津雷石信锐股权投资合伙企业（有限合伙）股权转让款【按照以下公式计算： $P=M \times 100\% \times (1+10\% \times T)$ ；其中，P 为邸建军、李依璇所需支付的股权转让款，M 为二千二百四十九万六千七百五十元，T 为自二〇一一年五月三十日至股权实际转让之日的天数除以三百六十五】。二、驳回天津雷石信锐股权投资合伙

企业（有限合伙）的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。碧海舟公司、邸建军、李依璇不服一审法院上述民事判决，向本院提起上诉。其共同上诉理由是：

一、关于 2013 年 5 月 23 日雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇三方签订的《协议书》签订该协议时，雷石企业已经作为碧海舟公司股东 2 年有余，其对公司财务、业绩、经营状况了如指掌，2013 年由于众所周知的原因，几乎所有的做实体的企业都遇到了非常大的困难，碧海舟公司业绩出现了一定的下滑，这时候，雷石企业看到这个情况，不仅没有出面解决公司困境，反而变本加厉，谋取不正当利益，于是在同一天与碧海舟公司、邸建军、李依璇签订了三份协议，该三个协议的内容基本上都是雷石企业作为公司股东，不论碧海舟公司经营业绩如何，均能取得约定收益而不承担任何风险，因此，碧海舟公司、邸建军、李依璇认为：1、该协议签订的前提并非是一审判决认定的“协议各方之所以解除《补充协议》，目的并非各投资方放弃股份回购的意思表示，而是基于证券监督管理部门对拟上市公司审慎监管政策，为防止碧海舟公司因报送材料含有‘补偿条款’而被证监会否定上市的情况出现。”而是雷石企业转嫁风险，谋取不正当利益；2、该协议构成了对《增资协议》、《补充协议》的修改及变更，并非一审法院认定的“并不构成对《增资协议》的修改、变更”：首先，从主体来看，《增资协议》为 12 方，而本协议主体为 3 方；其次，从内容方面看，（1）、2011 年 4 月 29 日 12 方签订的《补充协议》明确约定“本补充协议为增资协议的不可分割部分，具有同等法律效力”，因此，对该补充协议的修改，应当视为对《增资协议》的修改。（2）、《补充协议》共 17 页，分为第一增资的前提条件、第二防稀释条款、第三出资回购条款、第四否决 IPO 的赎回权、第五业绩承诺条款、第六本次增资后的公司治理、第七现有股东售股限制、第八关键人员条款、第九知情权、第十……第十六。而且每一条下面还有若干款项；而本协议共 4 页，把所有大条款、小条款加在一起才十条；（3）、关于上市的时间：《补充协议》约定是“36 个月”（见该协议 P6 页第三条），并且进一步约定“如果超过 36 个月，碧海舟公司有 12 个月的 IPO 重启时间”。而本协议直接约定是“24 个月”，并没有给予碧海舟公司 12 个月 IPO 重启时间；（4）、关于回购的时间：《补充协议》在第三条第四项中约定“如公司未能在上述承诺的时间内完成合格 IPO，乙方和丙方应当在甲方书面要求后的 30 日内，完成回购”，而本协议在第二条约定的却是 90 天。（5）、回购的主体：《补充协议》在第三条第四项中约定，回购的主体为公司、邸建军、李依璇，而本协议在第二条约定的却是邸建军、李依璇。（6）、公司的责任不同。《补充协议》没有约定公司要对回购承担连带责任。而本协议在第三条约定，公司要承担连带责任。由此可见，本协议与《增资协议》在诸多核心要素方面均不同，本协议对《增资协议》构成了完全的修改，在某些方面甚至是颠覆了《增资协议》的约定。3、该协议的内容违法。（1）、该协议为雷石企业单方起草，内容都是免除雷石企业责任，加重碧海舟公司、邸建军、李依璇责任，排除碧海舟公司、邸建军、李依璇主要权利的，依据合同法第 40 条，合同均属无效合同。而且该协议损害了其他投资方基于《增资协议》所享有的权益。（2）、与最高人民法院审理的关于“对赌协议”相关案件不同的是，本案中，在签订本协议时，雷石企业已经是公司的 2 年多的股东，其对公司的经营业绩下滑了如指掌，在看到公司不能按期上市后，为了确保自己的利益最大化，所以签订了本协议。依据《公司法》第二十条之规定：公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。该协议脱离了碧海舟的经营业绩，损害了公司利益、损害了公司债权人利益及其他股东的利益，应当无效；（3）、《中华人民共和国公司法司法解释四》第三十五条（股份收购价格）人民法院审理股东与公司因收购股份价格发生争议的案件，应委托中介机构评估以公司净资产为基础评估确定股份价格。这里并没有“双方另有约

定的，从其约定”之说，因此，收购股份应当评估，并不能依据双方的约定；（4）、《公司法》第一百六十六条明确规定，公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。然后再根据经股东会或者股东大会决议，提取任意公积金。最后才是分红利。也就是说，公司分红制度必须经过全体股东一致同意，并记载于公司章程方能生效。本案的约定，违反了法定的程序，应当无效。（5）、《公司法》第一百六十六条同时规定，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。三方在 2013 年 5 月 23 日签订的《解除协议书》中的二、3 中亦明确约定“甲乙丙三方同意自签署本协议之日起，按照各自在工商行政部门备案的乙方公司章程中记载的持股比例享有股东权利，履行股东义务，共担风险，共享收益。”依据雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇共同起草的《公司章程》167 条：公司股利分配按照“同股同权、同股同利”分配。但本协议却独树一帜，约定为“实际投资额再加上每年 10%的内部收益率溢价”，明显背离了双方的约定及法律的规定。在 2011 年 4 月 29 日 12 方签订的《增资协议》第 10 条第 5 款、第 11 条明确约定“未经 12 方全部同意，任一乙方均不得转让其在本合同项下的部分或全部权利、义务；非经 12 方全部同意，任何一方均不得终止本协议”。本案中，仅有雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇 3 方约定将补充协议解除，明显违反上述约定，因此《协议书》应当无效；（二）、该协议违反相关规定，应当无效。1、依据《合同法》第五十二条的规定，属于无效合同。2、《最高人民法院〈关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答〉》第四条第二项关于“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效”，本案中，即属于此情形。3、该协议第三条明确约定，丙方就乙方在本协议项下的义务，向甲方承担连带担保责任。也就是说由碧海舟向雷石企业承担连带担保责任，依据《公司法》第十六条第二款规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议。”而双方的此项约定并没有经过股东大会决议，因此本协议无效。4、关于该协议第一条约定，如果碧海舟未能在 24 个月内成功完成其首次公开发行并上市，或碧海舟在上市后一年内出现违法、违规问题，则甲方有权参照以下价格，要求乙方全部或部分回购甲方在碧海舟公司中持有的股份。回购的价格为实际投资额再加上每年 10%的内部收益率溢价。（1）、碧海舟公司、邸建军、李依璇认为该约定违反了公司法第二十条的规定，该收益脱离了碧海舟公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益，应当无效；（2）、《中华人民共和国公司法司法解释四》第三十五条（股份收购价格）人民法院审理股东与公司因收购股份价格发生争议的案件，应委托中介机构评估以公司净资产为基础评估确定股份价格。这里并没有“双方另有约定的，从其约定”之说，因此，收购股份应当评估，并不能依据双方的约定；（3）、《公司法》第一百六十六条明确规定，公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。然后再根据经股东会或者股东大会决议，提取任意公积金。最后才是分红利。也就是说，公司分红制度必须经过全体股东一致同意，并记载于公司章程方能生效。本案的约定，违反了法定的程序，应当无效。（4）、《公司法》第一百六十六条同时规定，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。依据雷石企业、碧海舟公司、邸建军、李依璇共同起草的《公司章程》167 条：公司股利分配按照“同股同权、同股同利”分配。但本协议却独树一帜，约定为“实际投资额再加上每年 10%的内部收益率溢价”，明显背离了法定的要求。（三）、即使该协议有效，雷石企业也无权提起本诉。1、2013 年 5 月 23 日的协议第一条约定，如果碧海舟公司未能在 24 个月内成功完成其首次公开发行并上市，或碧海舟公司在上市后一年内出现违法、违规问题，则甲方有权参照

以下价格，要求乙方全部或部分回购甲方在碧海舟中持有的股份。该条很明显为附期限的约定，即雷石企业提起本诉至少要到 2015 年 5 月 23 日（雷石企业在起诉时变更为 2015 年 5 月 30 日），雷石企业在起诉状中认为依据《合同法》第一百零八条的规定，本条约定的是“履行期限届满之前”，因此，雷石企业亦认为是附期限的合同，既然是附期限的合同，就必须等到期限届满才能起诉。本案中雷石企业早在 2014 年 7 月 15 日起诉没有根据，应予驳回！虽然，雷石企业提供证据十一《证监会公告文件》以图证明：证监会中止审核后 12 个月不再受理发行申请，进一步想证明：碧海舟公司自 2014 年 7 月 1 日至 2015 年 7 月 1 日都不能上市。碧海舟公司、邸建军、李依璇认为，该文件并不真实！按照相关的规定，应当为 6 个月，而不是 12 个月。到目前为止，雷石企业没有出具任何有力证据来证明碧海舟公司在 2015 年 5 月 23 日不能上市！碧海舟公司、邸建军、李依璇提供的《上市公司征询函》充分证明，碧海舟公司一直努力上市，因雷石企业早在 2014 年 7 月 15 日提起本诉，对碧海舟公司上市构成实质性障碍，依据《合同法》第四十五条：当事人为自己利益不正当的促成条件成就的，视为条件不成就。2、该条第二条约定，甲方应当提前 90 日提出书面要求。而本案中，雷石企业于 2014 年 7 月 7 日向碧海舟公司、邸建军、李依璇发出《关于要求回购的通知》后，并没有等到 90 日届满，而是在 8 天之后的 7 月 15 日直接向法院起诉，雷石企业提起本诉严重违反双方的该项约定。并且，在此之前或之后，碧海舟公司、邸建军、李依璇并没有收到过任何的回购通知。因此，雷石企业提起本诉，违反双方约定。

二、关于 2013 年 5 月 23 日签订的《解除协议书》

1、碧海舟公司、邸建军、李依璇认为，该协议无效，《补充协议》的第 15 条 3 项明确约定，对该协议的任何修改、变更、或终止，必须经各方（12 方）订立书面协议方能生效。而本协议只有雷石企业、碧海舟公司、邸建军、李依璇四方签署，明显违反上述 15 条之约定；2、该协议在第四条约定“本协议经甲乙丙三方签字、盖章自本协议文首签订日之日起生效。”该条实际上是约定了本协议既要签字又要盖章方能生效。但在本案中碧海舟公司、邸建军、李依璇在一审庭审时，明确提出甲方授权代表“王宇”的签字与起诉状上的王宇并非一个人笔体，与《补偿协议》、《协议书》中的“王宇”也非一个笔体，碧海舟公司、邸建军、李依璇当庭表示该协议并不是双方同时签字，而是由碧海舟公司、邸建军、李依璇签完字之后对方带回天津再拿回来，当时对方拿走的时候在甲方授权代表签字处并没有任何人签字或盖章。因此碧海舟公司、邸建军、李依璇认为，该签字并非“王宇”所签，该协议并没有生效。但一审法院对此不置可否，并没有释明！由此可见，在《增资协议》以及《补充协议》依然合法有效存在的情况下，一审法院认为“该协议已经履行完毕”的观点，没有任何事实根据。

三、关于邸建军与雷石企业签订的《补偿协议》

碧海舟公司、邸建军、李依璇认为，该协议无效：1、该《补偿协议》约定的主体不对，既然是 2011 年的业绩补偿，那么补偿的主体应当是碧海舟公司，该协议约定由公司的股东，给付雷石企业业绩补偿款，严重违反法律的规定，应当无效。2、《补充协议》第 15 条 3 项明确约定，对该协议的任何修改、变更、或终止，必须经各方（12 方）订立书面协议方能生效。而本协议的当事人却只有雷石企业与邸建军，因此，本协议违反上述约定，因而无效。3、补偿协议第 6 条明确约定，本协议经本协议各方法定代表人或授权代表签字盖章之日起生效。（1）、但是该协议并不是双方同时签字，而是由邸建军签完字之后对方带回天津再拿回来，而且在甲方授权代表签字处并没有任何人签字。（2）、在离授权代表签字处十万八千里的地方，有一个签字“王宇”，但这个王宇与在起诉状上的王宇并非一个人笔体，与《解除协议书》、《协议书》中的“王宇”也非一个笔体，碧海舟公司、邸建军、李依璇在一审庭审时明确提出甲方授权代表“王宇”的签字与起诉状上的王宇并非一个人笔体，与《补偿协议》、《协议书》中的“王宇”也非一个笔体，碧海舟公司、邸建军、李依璇当庭表示该协议签字并非“王宇”所签，该协议并没有生效。但一审法院对此不置可否，并没有释明！因此，

该协议实际上并没有生效。4、虽然原 12 方在 2011 年 4 月 29 日的《补充协议》第五条业绩承诺条款约定了公司 2011 年、2012 年的业绩指标，进而又约定了如果达不到指标的，甲方可以要求补偿。由此碧海舟公司、邸建军、李依璇认为：（1）、上述条款最后一段约定“如果公司在交割时后 36 个月内实现合格 IPO，则自上市之日起，本第五条业绩承诺补充条款自动失效”。也就是说如果按期上市，业绩补偿的约定不再兑现。而本协议却约定“先支付 280 万元，其余 245 万元在上市后的 13 个月内支付”，也就是说即便碧海舟公司上了市，邸建军也要补偿雷石企业 525 万元，该约定明显背离了原协议的约定。（2）、《补偿协议》不是对《补充协议》的细化，而是变更和修改，依据《补充协议》第 15 条 3 项的约定，对该协议的任何修改、变更、或终止，必须经各方（12 方）订立书面协议方能生效。况且，而本协议的当事人却只有雷石企业与邸建军，因此，本协议违反上述约定，因而无效。由此可见，《补偿协议》无论从主体、内容及形式等诸多方面违反法律及当事人先前的约定，该协议应当无效。依据《合同法》第五十八条之规定，合同无效后，因该合同取得的财产应当予以返还。因此，雷石企业先前获取的 280 万元补偿款应当退还。

综上，一审判决认定事实不清，证据不足，程序有误，请求二审法院依法撤销一审判决，驳回雷石企业的起诉；一、二审所有诉讼费用均由雷石企业承担。

雷石企业服从一审法院判决。其针对碧海舟公司、邸建军、李依璇的上诉理由答辩称：

一、关于 2013 年 5 月 23 日碧海舟公司、邸建军、李依璇与雷石企业就回购事项签订的《协议书》

（一）碧海舟公司、邸建军、李依璇主张《协议书》无效，缺乏事实和法律依据。1、雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇签署的各项合同均是各方真实有效的意思表示，且不违背我国有关法律法规规定。2011 年 4 月 29 日，雷石企业及其他增资方与碧海舟公司、邸建军、李依璇就增资、出资回购以及业绩补偿等事项签署《增资协议》及《补充协议》。其后，出于促进碧海舟公司顺利上市之考量，于 2013 年 5 月 23 日，雷石企业及其他增资方分别与碧海舟公司、邸建军、李依璇解除《补充协议》，并就出资回购事项签署《协议书》。从逻辑体系及文本内容上理解，雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇之间签署在后的《解除协议书》、就回购事宜签署的《协议书》及就业绩承诺签署的《补偿协议》与签署在先的《增资协议》及《补充协议》一脉相承，实质是对《增资协议》及《补充协议》的补充；且从《协议书》项下回购条款内容上看，该约定并不损害任何其他投资人的利益。综上，《补充协议》的解除以及《协议书》的签署均属于雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇真实有效的意思表示，符合我国有关法律法规的规定及相关合同的约定，协议真实有效。2、碧海舟公司、邸建军、李依璇错误理解了投资领域“风险共担原则”的适用情形。投资领域的“风险共担原则”所适用的情形应为当投资目标公司出现经营风险、亏损等不利情形时，股东对于投资目标公司应按持股比例承担相应的责任，而非适用于投资目标公司的股东在投资时对相互之间责任划分的约定。而本案《协议书》所约定的是投资目标公司的股东在投资时，对于将来出现或可能出现的特定情形，作出的股东之间的责任安排，很显然，本案并不适用碧海舟公司、邸建军、李依璇提及的“风险共担原则”。3、碧海舟公司、邸建军、李依璇错误理解了《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条的适用情形。《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二款规定，对于所投入资金认定为借贷的前提是“不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的”。对于本案而言，雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇签订《增资协议》、《补充协议》、《协议书》及《补偿协议》的目的显然并非为按期收回本息或者按期收取固定利润，而是通过增资方式以增强投资目标公司实力，从而敦促投资目标公司尽快达到协议设定的目标即按时顺利上市，签约各方的意思表示系投资而非借贷，且并不违反金融管制法律。很显然，碧海舟公司、邸建军、李依璇认为本案属于《关于审理联营合同纠纷案

件若干问题解答》第四条规定的借贷情形，纯属事实认定不清、法律适用错误。4、碧海舟公司、邸建军、李依璇以未经股东大会决议为由主张《协议书》无效，属于对法律的错误理解，且缺乏事实依据。《协议书》及项下各条款均属于雷石企业及碧海舟公司、邸建军、李依璇的真实意思表示。《协议书》第三条项下约定碧海舟公司就邸建军、李依璇的回购义务承担连带担保责任，属于《公司法》项下“公司为公司实际控制人提供担保”的情形，因此，碧海舟公司及实际控制人邸建军、李依璇在签署《协议书》项下担保条款前有义务敦促公司股东大会决议通过上述担保事项，但是本案中，碧海舟公司、邸建军、李依璇以自身未履行上述义务为由，提出担保无效，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉问题的解释》第七条规定“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”应当承担或者部分承担连带赔偿责任。即便《协议书》项下的担保条款因违反《公司法》等有关规定被认定无效，也并不影响《协议书》其他条款的效力，碧海舟公司、邸建军、李依璇主张《协议书》无效缺乏事实及法律依据。（二）碧海舟公司、邸建军、李依璇主张《协议书》项下回购条款无效，缺乏事实及法律依据。1、碧海舟公司、邸建军、李依璇认为回购条款违反了《公司法》第二十条“公司股东不得滥用股东权利”等规定，纯属无稽之谈。碧海舟公司、邸建军、李依璇为融资企业及控股股东或原始股东，对公司的实际情况及盈利能力有着充分的了解，并对融资后企业的利益获得、价值目标做过详尽调查和理性预估，在雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇的合作过程中，雷石企业无从滥用股东权利；且该回购条款并非格式条款，不存在排除他方权利、免除己方义务的情形。2、碧海舟公司、邸建军、李依璇认为回购条款产生的收益脱离经营业绩，损害他方利益，缺乏事实及法律依据。《协议书》项下“回购溢价”等回购条款之约定的实质是违约赔偿约定，具体理解为，本案的碧海舟公司、邸建军、李依璇在违约的情况下，对守约的投资方即本案的雷石企业应支付的损害赔偿，而并非碧海舟公司、邸建军、李依璇所言的“收益”。同时，雷石企业最初以溢价方式对碧海舟公司，进行增资而成为新股东，则邸建军、李依璇等在增资的过程中首先获得该溢价部分的相对股东收益，且碧海舟公司达成了融资目的，获得企业发展的机遇，而雷石企业作为承担较高投资风险的投资方，约定回购条款，非但不会损害公司及公司债权人的利益，反而能敦促碧海舟公司、邸建军、李依璇共同促进碧海舟公司的发展和按期顺利上市，是雷石企业作为投资人可采取的降低投资风险的正常商业手段。3、碧海舟公司、邸建军、李依璇引用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》非官方法律文件，且引用文件项下第三十五条的规定与本案情形不符合，第三十五条适用的主体为股东与公司，而本案回购条款的主体为股东之间。4、碧海舟公司、邸建军、李依璇引用《公司法》第一百六十六条规定属于适用法律错误。《公司法》第一百六十六条及《公司章程》167条“同股同利”规定均涉及公司分红，而本案回购条款并非公司分红或分配利润，因此，该规定适用错误。同时，“同股同权”的原则所适用的情形是公司股东在作出决策时，或者在公司的经营管理中行使股东权利时，同种类的股权/股份应具有同等权利，而并不适用于本案碧海舟公司、邸建军、李依璇与雷石企业双方作为股权出让方和受让方对于各自权利预设的情形。

二、碧海舟公司、邸建军、李依璇认为雷石企业无权提起一审诉讼，缺乏事实及法律依据。

1、碧海舟公司、邸建军、李依璇认为《协议书》为附期限的合同，且对于附期限的合同之违约必须等得到期限届满方能起诉，纯属对我国有关法律法规的误解。首先，2013年5月23日碧海舟公司、邸建军、李依璇与雷石企业签署的《协议书》约定如碧海舟公司未能在24个月内成功完成其首次公开发行并上市等，则雷石企业有权要求邸建军、李依璇按照约定回购股份。依据《协议书》项下有关内容，以及我国《合同法》等规定，《协议书》属于附条件合同，而非碧海舟公司、邸建军、李依璇所称的附期限合同。其次，《合同法》第一

百零八条规定“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”本案雷石企业在证监会官方网站上查询到，碧海舟公司首次公开发行股票申请于2014年7月1日被终止审查。1)碧海舟公司从最初提交上市申请至申请被终止审查之日已然超过一年；2)根据证监会有关规定及实践操作，在本次碧海舟公司的申请被终止审查后，且不论其后允许再度交申请的间隔期限为6个月或者12个月，即便碧海舟公司在前述允许最短间隔期后向证监会提交申请，根据目前成功完成上市的IPO项目的时间上看，在证监会受理申请后仍需1-2年方可完成上市已然成为业界常态；3)因此，本次终止审查的后果即至2015年5月23日（《协议书》约定的碧海舟公司应完成首次公开发行并上市的最晚日期），碧海舟公司根本不可能完成首次公开发行并上市；并且至今，碧海舟公司亦未能完成首次公开发行并上市。对于碧海舟公司、邸建军、李依璇提及的《上市公司询证函》等文件，雷石企业对文件的真实性、合法性及关联性提出质疑，正规《询证函》及复函等文件均需加盖公章，并有相关承办人签字，但是碧海舟公司、邸建军、李依璇提供的全部文件均无任何签章痕迹，雷石企业有合理理由怀疑文件为碧海舟公司、邸建军、李依璇自行制作，不具有任何法律效力及证明力。另一方面，即便上述文件是真实的，也无法证明碧海舟公司最终无法上市成功系因雷石企业提起本次诉讼所导致。碧海舟公司在收悉该文件后明知本案纠纷可能对上市构成障碍，但其并未知会雷石企业或与雷石企业就该事项进行协商，反而一直放任诉讼的进行。因此，碧海舟公司、邸建军、李依璇提及的因雷石企业原因导致上市受阻全无任何事实及法律依据。2、碧海舟公司、邸建军、李依璇提及的“提前90日书面要求”，雷石企业已在根据《合同法》第一百零八条规定起诉前，即已履行。

三、对于雷石企业提出的补偿金认定事宜，答辩如下：一审法院以雷石企业与邸建军签署的《补偿协议》中未约定碧海舟公司未完成首次公开发行及上市时，补偿金是否支付及如何支付为由，认定在碧海舟公司实际未上市的情况下，雷石企业要求邸建军支付剩余补偿金的约定条件未成就，事实认定与法律适用均存在错误。1、《补偿协议》签署背景：2011年4月29日，雷石企业及其他投资方与碧海舟公司、邸建军、李依璇共同签署《增资协议》及《补充协议》。其中，补充协议第三条明确约定碧海舟公司承诺在增资之“交割日”起36个月内上市，且第五条业绩承诺条款明确约定如碧海舟公司未达到利润标准时，雷石企业有权要求碧海舟公司、邸建军、李依璇按照约定补偿投资成本。2013年5月23日，为方便碧海舟公司完成首次公开发行并上市交易，雷石企业及其他投资方分别与碧海舟公司、邸建军、李依璇签署《补充协议》的解除协议，并于同一日就业绩补偿及回购事项另行签署协议。其中，雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇就回购事宜签署《协议书》（第一条明确约定协议签署之日起24个月为上市的最晚期限）；雷石企业与邸建军针对业绩补偿事项签署《补偿协议》（第二条约定“乙方承诺在本协议生效后的一个工作日内向甲方一次性支付补偿金额人民币280万元，剩余人民币245万元在乙方承诺在碧海舟公司完成首次公开发行并上市交易后的13个月内向甲方支付。”）2、《补偿协议》与《增资协议》及《补充协议》一脉相承，且与《协议书》互为补充，从不存在免除邸建军支付补偿金相关义务的意思表示。首先，出于促进碧海舟公司顺利上市之考量，如不解除《补充协议》将会导致碧海舟公司无法顺利上市，雷石企业方同意与碧海舟公司、邸建军、李依璇解除《补充协议》，并签署《协议书》及《补偿协议》。虽然从形式上看，《协议书》及《补偿协议》表现为独立于《增资协议》及《补充协议》的协议，但实质上是《增资协议》及《补充协议》所涉回购及业绩补偿事宜的具体约定，在内容具有承接性，同时，《协议书》及《补偿协议》也互为补充，不可割裂理解与解读。其次，雷石企业与邸建军签署《补偿协议》，仅是给予邸建军的宽限期，雷石企业希望给予作为碧海舟公司法定代表人及实际控制人的邸建军更大的空间，以促成碧海舟公司的顺利上市，但并不存在免除邸建军支付补偿金相关义务的任何意思表示。3、《补偿协议》

实质上应为附期限合同而并非附条件合同，邸建军应以碧海舟公司上市的最晚期限作为上市时间节点向雷石企业支付剩余经济补偿金。雷石企业与邸建军在签署《补偿协议》时，均对碧海舟公司成功上市抱有极大信心，并将其视为必然到来的时间期限，并没有将“碧海舟公司完成首次公开发行并上市交易”视为补偿金支付的条件，碧海舟公司、邸建军、李依璇将“碧海舟公司完成首次公开发行并上市交易”视为支付补偿金的条件，显然是对《补偿协议》的歪曲理解，不符合邸建军与雷石企业双方签署《补偿协议》的原意。因此，邸建军应以碧海舟公司上市的最晚期限（即 2015 年 5 月 23 日）作为上市时间节点向雷石企业支付剩余经济补偿金。

综上，碧海舟公司、邸建军、李依璇提出的上诉请求缺乏事实和法律依据，依法应予全部驳回。

本院经审理查明的事实与一审法院查明的事实一致。

上述事实，有雷石企业提供的《增资协议》、《补充协议》、《解除协议书》、《协议书》、《补偿协议》、《关于要求回购股份的通知》、公证书，碧海舟公司、邸建军、李依璇提供的碧海舟公司董事会决议、股东大会决议、股东大会议案、公司章程、《增资协议》、《补偿协议》以及双方当事人陈述在案佐证。

本院认为：本案争议焦点是：一、《解除协议书》的效力；二、《补充协议》、《协议书》中约定回购雷石企业持有的碧海舟公司股份条款的效力；三、雷石企业是否有权提起本案诉讼；四、雷石企业是否应向邸建军返还 280 万元补偿款或者在计算股权回购价格时从已认缴增资额中扣除 280 万元；五、一审法院审理本案是否违反法定程序。

一、关于《解除协议书》的效力问题。碧海舟公司、邸建军、李依璇上诉认为，雷石企业与碧海舟公司在《解除协议书》中仅加盖公章，没有签字，而且《解除协议书》的内容违反了《补充协议》第十五条、《增资协议》第十一条的约定，所以《解除协议书》无效。本院认为，《中华人民共和国合同法》第三十二条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”《解除协议书》中已加盖雷石企业与碧海舟公司公章，据此，合同已经成立。《解除协议书》签订时间晚于《增资协议》以及《补充协议》签订时间，该《解除协议书》系雷石企业与碧海舟公司、邸建军、李依璇之间终止相互之间民事权利义务关系的协议，并不具有法律规定的合同无效的情形。故碧海舟公司、邸建军、李依璇关于《解除协议书》无效的上诉理由，缺乏法律依据，本院不予采信。

二、关于《补充协议》、《协议书》中约定回购雷石企业持有的碧海舟公司股份条款的效力问题。根据查明的事实，《补充协议》约定碧海舟公司未能在指定期限内完成合格 IPO，则碧海舟公司、邸建军、李依璇应当按照约定的回购价格回购投资方持有的碧海舟公司股份。《协议书》约定碧海舟公司未能在指定期限内完成其首次公开发行并上市，则邸建军、李依璇应当按照约定的回购价格回购雷石企业持有的碧海舟公司股份，碧海舟公司对邸建军、李依璇的回购义务向雷石企业承担连带担保责任。对此，本院认为，《中华人民共和国公司法》第一百三十七条规定了股份有限公司股东持有的股份可以依法转让，《补充协议》、《协议书》中关于邸建军、李依璇回购雷石企业持有的碧海舟公司股份的约定，符合《中华人民共和国公司法》的规定，并未损害公司、其他股东以及公司债权人的利益，应属合法有效。《补充协议》中关于碧海舟公司回购雷石企业持有的碧海舟公司股份的约定、《协议书》中关于碧海舟公司为邸建军、李依璇的回购义务向雷石企业承担连带担保责任的约定，均会使得雷石企业的投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了碧海舟公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益，应属无效。根据《中华人民共和国合同法》第五十六条的规定，合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。本案中，《补充协议》及《协议书》约定碧海舟公司义务条款的效力不影响约定邸建军、李依璇回购义务条款的效力。

三、关于雷石企业是否有权提起本案诉讼的问题。碧海舟公司、邸建军、李依璇上诉主张《协议书》中约定的回购条款是附期限的，因期限未届至，所以雷石企业无权提起本案诉讼。对此，本院认为，首先，雷石企业提起本案诉讼并不违反《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条的规定。其次，《协议书》中约定回购的前提是碧海舟公司未能在指定期限内完成其首次公开发行并上市，本案根据查明的事实，中国证券监督管理委员会已于 2014 年 7 月 1 日对碧海舟公司的首次公开发行股票申请终止审查。碧海舟公司虽主张其业绩满足首次公开发行并上市的条件，其向中国证券监督管理委员会重新提出申请，可以于《协议书》约定期限届满前完成首次公开发行股票并上市，但未提供任何证据证明其业绩条件满足首次公开发行并上市的条件。故碧海舟公司、邸建军、李依璇关于雷石企业无权提起本案诉讼的上诉主张，缺乏法律依据和事实依据，本院不予支持。

四、关于雷石企业是否应向邸建军返还 280 万元补偿款或者在计算股权回购价格时从已认缴增资额中扣除 280 万元的问题。首先，本案一审中，邸建军并未就要求雷石企业返还 280 万元补偿款提起反诉。其次，《补偿协议》中约定了邸建军向雷石企业支付 280 万元补偿款，《协议书》中约定了邸建军、李依璇回购雷石企业持有的碧海舟公司股份以及回购价格，《补偿协议》、《协议书》是两份独立的协议，邸建军关于计算股权回购价格时应从已认缴增资额中扣除 280 万元的主张，缺乏法律依据和合同依据，本院不予支持。

五、关于一审法院审理本案是否违反法定程序的问题。碧海舟公司、邸建军、李依璇上诉主张一审法院未建议碧海舟公司、邸建军、李依璇申请对王宇签字进行鉴定，而且审理期限超过 6 个月，所以一审法院审理本案违反法定程序。对此，本院认为，首先，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条第一款规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。”碧海舟公司、邸建军、李依璇如果认为王宇签字不真实，可以向法院申请鉴定，法院并无义务向当事人提出举证建议。其次，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（四）项规定了一审判决严重违反法定程序的，二审法院应当发回原审法院重审。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百二十五条规定的严重违反法定程序的情形并不包括审理期限超过 6 个月。故碧海舟公司、邸建军、李依璇的该项上诉主张并不影响一审判决结果。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审案件受理费 202978 元，由天津雷石信锐股权投资合伙企业（有限合伙）负担 13500 元（已交纳），由邸建军、李依璇负担 189478 元（于本判决生效后七日内交纳）；保全费 5000 元，由邸建军、李依璇负担（于本判决生效后七日内交纳）。

二审案件受理费 202978 元，由北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司、邸建军、李依璇负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 闫飞代理审判员陈洋代理审判员李诚

二〇一五年十二月三十一日

书记员 吕小彤

北京嘉华创业投资有限公司与李依璇、邸建军等股权转让 纠纷一审民事判决书

北京市丰台区人民法院
民事判决书

(2017)京 0106 民初 10638 号

原告：北京嘉华创业投资有限公司，住所地北京市海淀区海淀北二街 8 号 6 层 710-136 室。

法定代表人：王一军。

委托诉讼代理人：贾平，北京市中咨律师事务所上海分所律师。

委托诉讼代理人：杜景良，北京市中咨律师事务所律师。

被告：邸建军，男，1968 年 2 月 20 日出生。

被告：李依璇，女，1969 年 12 月 30 日出生。

被告：北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司，住所地北京市丰台区科学城星火路 11 号 B 座 307 号（园区）。

法定代表人：邸建军，董事长。

三被告共同委托诉讼代理人：杨召，男，1988 年 9 月 18 日出生，北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司法务主管，住该单位宿舍。

原告北京嘉华创业投资有限公司（以下简称嘉华创业公司）与被告邸建军、李依璇、北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司（以下简称碧海舟公司）股权转让纠纷一案，本院受理后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告嘉华创业公司的委托诉讼代理人贾平、杜景良，被告邸建军、李依璇、碧海舟公司的共同委托诉讼代理人杨召到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告嘉华创业公司向本院提出诉讼请求：1、三被告连带按照《协议书》约定向原告支付股份回购款共计 15769053.9 元；2、三被告承担本案全部诉讼费用。事实和理由：2011 年 4 月 29 日，原告与中国风险投资有限公司等 9 家单位共同与三被告签订了《关于碧海舟公司之增资协议》（以下简称《增资协议》），协议约定原告以人民币 1500.025 万元对碧海舟公司进行增资，增资完成后，原告将持有碧海舟公司 2.7224% 的股份。协议签订后，原告于 2011 年 5 月 24 日向碧海舟公司打款 1500.025 万元。2012 年 10 月 28 日，原告与碧海舟公司、天津海港盛世投资有限公司（以下简称海港盛世公司）签订《股份转让协议》，协议约定原告向海港盛世公司转让 69 万股碧海舟公司的股份，股权转让款为 567.18 万元。至此，原告尚持有的通过上述增资而向碧海舟公司投资的款项数额为 999.775 万元。2013 年 5 月 23 日，原告与三被告另行签订《协议书》，协议约定如果碧海舟公司未能在本协议签署之日起 24 个月内成功完成其首次公开发行并上市，则原告有权参照协议价格要求邸建军、李依璇部分或全部回购原告在碧海舟公司所持有的股份，并约定碧海舟公司就邸建军、李依璇在本协议项下的义务向原告承担连带担保责任。协议签订后，碧海舟公司未能在约定期限内完成 IPO 上市，原告于 2016 年 11 月 18 日委托中国风险投资有限公司向邸建军、李依璇发函，要求其根据协议书中约定的回购款计算方式履行股权回购义务，但三被告至今未履行，故诉至法院。被告邸建军、李依璇、碧海舟公司共同辩称：不同意原告的诉讼请求。理由如下：一、依据公司法解释的规定，回购股份的价值应当由法院委托评估确定，而非依照当事人协议计算。并且依据《公司法》第十六条第二款规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议”，而原告与碧海舟公司对股权回购价款支付承担连带责任的约定并没有经过公司股东大会决议，因此该约定无效，原告无权要求碧海舟公司承担连带责任。二、原告支付投资款后，于 2012 年 10 月 28 日就部分股份向海港盛世公司进行了溢价

转让，已经收回 576.18 万元，未收回的部分应为 932.845 万元，而不是原告起诉状中所列的 999.775 万元。三、原告的投资属于股权投资，不同于债权投资，债权投资是还本付息，本质上是低风险低收益，而股权投资本质则是高风险高收益。原被告双方的目的是完成股权 IPO，但在签订的回购保底条款中，原告不承担公司不能上市的任何风险，同时又享受公司上市可能带来的几十倍高收益，无论被告能否完成上市，原告至少要拿回本金加 10% 的高收益，实际上变成了低风险高收益，违反了投资风险分担原则，是显失公平的，被告有理由要求对自己应承担的责任进行减免或调整。四、2012 年 11 月 26 日，碧海舟公司曾经以公积金转股的方式向各投资人进行分红，给所有的投资人增加了股数，该部分股份价值应当进行评估，并在回购时予以扣除。

本院经审理查明认定事实如下：2011 年 4 月 29 日，包括嘉华创业公司在内的共 9 名投资方（均为甲方）与碧海舟公司（乙方），邸建军、李依璇（均为丙方）签订《增资协议》，协议约定“…乙方为改善股本结构以及生产经营发展的融资需要，经公司股东大会决议通过，拟向特定对象（9 名甲方）定向增资，非公开发行人民币普通股股票共计 1600 万股，定向增资完成后乙方股本增至 7600 万股，注册资本也增至人民币 7600 万元；乙方本次拟向 9 名甲方发行人民币普通股股票共计 1600 万股；本次新股发行的价格为人民币 7.25 元/股，9 名甲方认购价款共计人民币 11600 万元，其中嘉华创业公司同意以现金 1500.025 万元认购乙方本次非公开发行的 206.9 万股股票，增资后所持股数 206.9 万股，增资后持股比例 2.7224%；本次增资完成后，嘉华创业公司即成为公司新股东，甲方将依照公司法和公司章程的规定按照其持股比例享有公司的权益及承担相应的风险”。该协议签订后，嘉华创业公司于 2011 年 5 月 24 日向碧海舟公司电汇支付投资款 1500.025 万元，履行了出资义务。

2012 年 10 月 28 日，嘉华创业公司（甲方）与海港盛世公司（乙方）、碧海舟公司（丙方）签订《股份转让协议》，协议约定“鉴于甲方是丙方股东，持有股份 206.9 万股，经三方协商，由乙方受让甲方持有的丙方股份中的 69 万股；股份转让价格为每股 8.22 元，股份转让款共计人民币 567.18 万元”。

2013 年 5 月 23 日，包括嘉华创业公司在内的共 6 名投资方（均为甲方）与邸建军、李依璇（均为乙方）、碧海舟公司（丙方）签订《协议书》，协议约定“一、如果丙方未能在本协议签署之日起 24 个月内成功完成其首次公开发行并上市，或者丙方在上市后一年内出现违法、违规问题，则甲方有权参照以下价格，要求乙方全部或部分回购甲方在丙方中持有的股份；回购价格为：甲方实际投资额再加上每年 10% 的内部收益率溢价，计算公式为： $P=M \times N \times (1+10\% \times T)$ ；其中，P 为甲方根据本条就其要求回购的股权可获得的回购价格，M 为甲方对乙方已认缴的增资额（扣除丙方已宣告归于甲方所有但未发放及已发放的现金红利，如有），N 为此次甲方要求回购的股权比例占其总持股比例的百分比，T 为自甲方根据甲、乙、丙三方和其他方于 2011 年 4 月 29 日签署的《增资协议》向丙方缴付增资款之日起至乙方及丙方实际支付全部回购价格之日的自然天数除以 365；二、乙方应确保在甲方提出书面要求后 90 日内将上述回购价格全额支付到甲方指定的银行账户内；三、丙方就乙方在本协议项下的义务，向甲方承担连带担保责任，如在上述第二条的期限内乙方未能全额支付回购价格，丙方向甲方支付未付的回购价格”。

2013 年 6 月 1 日，碧海舟公司召开临时股东大会，通过相关议案，同意碧海舟公司首次公开发行股票并在上海证券交易所上市，该决议自公司股东大会审议通过之日起二十四个月内有效。后碧海舟公司向证监会提交了公开发行股票（IPO）申请，但于 2014 年 7 月 1 日被终止审查。本案审理过程中，碧海舟公司认可目前并未上市。

2016 年 11 月 18 日，中国风险投资有限公司向邸建军、李依璇发函，载明：“…受嘉华创业公司等委托方的委托，向二位发出此函…委托方和我公司根据 2013 年 5 月 23 日与二位及碧海舟公司签署（共同或分别签署）的《协议书》约定，要求二位连带回购委托方和我公司

所持碧海舟公司的全部股份；按照《协议书》第一条所约定的计算方法计算股份回购价格；请二位于 90 日内将全部股份回购款支付给我公司，由我公司进行分配”。现嘉华创业公司主张，截至 2017 年 2 月 28 日，邸建军、李依璇、碧海舟公司应当支付的股权回购款为 15769053.9 元，但邸建军、李依璇、碧海舟公司始终未履行，故来院起诉。

另查：碧海舟公司于 2005 年 12 月 8 日注册成立，现注册资本为 15500 万元，企业类型为股份有限公司，法定代表人为邸建军，嘉华创业公司、邸建军、李依璇目前均系碧海舟公司股东。

此外，本案审理过程中，经本院询问，嘉华创业公司要求邸建军、李依璇、碧海舟公司回购其全部股份。邸建军、李依璇、碧海舟公司主张，碧海舟公司曾于 2012 年召开第三次临时股东大会进行公积金转股，转股后转送嘉华创业公司 102.2629 万股，嘉华创业公司的持股数由转送前的 137.9 万股增加为 240.1629 万股，并且已经修改于工商备案的章程里，转赠的该部分股份，应当对价值进行评估并视为相关分红，在回购前予以扣除。嘉华创业公司认可其目前持有碧海舟公司的股份数为 240.1629 万股，但主张根据协议书约定，计算股权回购款时只扣除现金红利，公积金转股并不属于现金红利。

上述事实，有原告嘉华创业公司提供的增资协议、增资款支付凭证、股份转让协议、2013 年 5 月 23 日协议书、2016 年 11 月 18 日中国风险投资有限公司向邸建军、李依璇发出的函、(2014)丰民(商)初字第 13266 号民事判决书、(2015)二中民(商)终字第 12699 号民事判决书及双方当事人陈述在案佐证。

本院认为：本案各方于 2011 年 4 月 29 日签订的《增资协议》系各方当事人的真实意思表示，且已履行完毕。而关于本案各方于 2013 年 5 月 23 日签订的《协议书》的效力问题，本院认为：第一，该协议实质系公司股东之间约定在一定条件下进行股权转让的协议，而无论是公司法还是碧海舟公司章程均明确规定股东持有的股份可以自由转让，嘉华创业公司、邸建军、李依璇均系碧海舟公司股东，相互之间进行股权转让，并不能认定为系退股及滥用股东权利的行为；第二，从《协议书》的签订主体来看，各方均系平等理性的商业行为主体，所约定的回购条款亦非格式条款，不存在排除他方权利、免除己方义务的情形，嘉华创业公司作为投资方，投入大额资金入股，但基本不参与碧海舟公司的经营管理，已承担了较高的投资风险，而嘉华创业公司等投资方入股后，碧海舟公司获得了企业生存和发展的机遇，邸建军等控股股东或者原始股东亦能享有企业成长所带来的股份增值等收益，因此，在碧海舟公司未能按期上市时，回购条款的履行是嘉华创业公司等投资方正当的风险规避方式，对邸建军、李依璇亦未造成不可预见的风险和重大责任，其所支付的溢价应视为系根据事前自主商业判断所自愿负担的责任后果，故不存在显失公平的情形。因此，该《协议书》中有关邸建军、李依璇股份回购义务的条款应属合法有效。现碧海舟公司未能在协议约定期限内实现公开发行股份并上市，嘉华创业公司与邸建军、李依璇关于回购股份的约定条件已经成就，故其要求邸建军、李依璇回购股份并按照协议约定的回购款计算方式支付自 2011 年 5 月 24 日起至 2017 年 2 月 28 日止（共 2107 日）的转让款，具有明确的合同依据和法律依据，邸建军、李依璇、碧海舟公司关于“应对股份价值进行评估后确定回购款数额，且协议书约定内容显示公平应当予以调整”的辩称理由依据不足，本院不予采信。

关于邸建军、李依璇应当支付的回购款亦即股份转让款的具体数额，本院认为：第一，根据协议书的约定，回购款是以嘉华创业公司基于 2011 年 4 月 29 日签订的《增资协议》所支付的增资款为计量基础进行计算，而根据增资协议，碧海舟公司向 9 名甲方定向发行普通股股票 1600 万股，认购价款共计 11600 万元，嘉华创业公司认购其中的 206.9 万股，对应价款 1500.025 万元，因此，2012 年 10 月 28 日嘉华创业公司向海港盛世公司转让 69 万股后剩余 137.9 万股，对应的剩余增资额应为 999.775 万元，嘉华创业公司与海港盛世公司之间约定的股权转让款 567.18 万元与碧海舟公司无关，邸建军、李依璇、碧海舟公司关于“嘉华创

业公司的剩余增资额应为 1500.025 万元减去 567.18 万元”的辩称理由依据不足，本院不予采信；第二，根据协议约定，计算回购款时只扣除现金红利，而公积金转股并不属于现金红利，且回购款是以嘉华创业公司基于 2011 年 4 月 29 日签订的《增资协议》所支付的增资款为计量基础进行计算，公积金转股所导致的嘉华创业公司持股数的变化并不会导致上述增资款数额的变化，也就不会导致回购款数额的变化，邸建军、李依璇、碧海舟公司关于“公积金转股所对应的股份价值应作为红利扣除”的辩称理由依据不足，本院亦不予采信。综上，邸建军、李依璇在本案中应向嘉华创业公司支付的回购款亦即转让款的金额为 999.775 万元 $\times 100\% \times (1+10\% \times 2107 \div 365) = 15769053.9$ 元。但需要说明的是，因嘉华创业公司在诉讼请求中的计算金额截至 2017 年 2 月 28 日，因此 2017 年 3 月 1 日后的回购款本院在本案中未予处理。

关于邸建军、李依璇应当从嘉华创业公司处受让的股份数，本院认为：2013 年 5 月 23 日《协议书》系各方针对 2011 年 4 月 29 日签订的《增资协议》项下所支付的出资款以及获得的碧海舟公司股份的回购事宜所签订，而嘉华创业公司基于 2011 年 4 月 29 日签订的《增资协议》所获得的股份数为 206.9 万股，后向海港盛世公司转让 69 万股，剩余 137.9 万股，故本案处理的股份应以此数量为限，嘉华创业公司因公积金转股等其他原因所持有的碧海舟公司股份，应当由各方另行协商解决，本案中不宜一并处理，故邸建军、李依璇在本案中应当从嘉华创业公司处受让的股份数为 137.9 万股。

关于嘉华创业公司要求碧海舟公司对邸建军、李依璇所应支付的上述回购款承担连带责任的诉讼请求，本院认为：第一，依据《中华人民共和国公司法》第十六条第二款规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议”，嘉华创业公司在与邸建军、李依璇、碧海舟公司签订《协议书》时，已经成为碧海舟公司的股东，根据现有证据，无法认定该《协议书》中关于碧海舟公司为邸建军、李依璇的回购义务向嘉华创业公司承担连带担保责任的约定，经过了公司股东大会决议并通过；第二，《协议书》中的上述约定，会使得嘉华创业公司的投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了碧海舟公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益。综合上述两点，上述约定应属无效，但根据《中华人民共和国合同法》第五十六条的规定，合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效，故《协议书》中约定碧海舟公司义务条款的效力不影响约定邸建军、李依璇回购义务条款的效力。综上，嘉华创业公司的诉讼请求合理部分本院予以支持，不合理部分本院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国公司法》第十六条第二款、第二十条第一款之规定，判决如下：

一、邸建军、李依璇于本判决生效之日起十日内受让北京嘉华创业投资有限公司所持有的北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司股份共计 137.9 万股，同时给付北京嘉华创业投资有限公司转让款 15769053.9 元；

二、驳回北京嘉华创业投资有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 116414 元，减半收取计 58207 元，财产保全费 5000 元，二项合计 63207 元，由被告邸建军、李依璇负担（于本判决生效之日起七日内交纳）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于北京市第二中级人民法院。

审判员 俞凯欣

二〇一七年十二月十一日

书记员 申航

北京普丰行投资顾问有限公司与中国证券登记结算有限责任公司、华锐风电科技（集团）股份有限公司等公司增资纠纷一审民事判决书

北京市第一中级人民法院
民事判决书

（2016）京 01 民初 129 号

原告：北京普丰行投资顾问有限公司，住所地北京市石景山区八大处高科技园区西井路 3 号 3 号楼 1893 房间。

法定代表人：王帅，执行董事。

委托诉讼代理人：王志伟，北京市孚晟律师事务所律师。

委托诉讼代理人：姜斌，北京市孚晟律师事务所律师。

被告：萍乡市富海新能投资中心（有限合伙），住所地江西省萍乡市安源区牛角坪国鑫综合大楼 372 室。

执行事务合伙人委派代表：肖群。

委托诉讼代理人：韩伟罡，北京市中策律师事务所律师。

委托诉讼代理人：陈万林，北京市中策律师事务所律师。

被告：大连汇能投资中心（有限合伙），住所地辽宁省大连市中山区港兴路 6 号大连万达中心写字楼 23 层 03、04 单元。

执行事务合伙人委派代表：徐东福。

委托诉讼代理人：吴晓松，北京市中策律师事务所律师。

委托诉讼代理人：唐琳，北京市中策律师事务所实习律师。

被告：华锐风电科技（集团）股份有限公司，住所地北京市海淀区中关村大街 59 号文化大厦 19 层。

法定代表人：肖群，董事长。

委托诉讼代理人：杨富珏，女，该公司证券事务代表。

被告：中国证券登记结算有限责任公司，住所地北京市西城区太平桥大街 17 号。

法定代表人：周明，董事长。

委托诉讼代理人：孙红兵，男，该公司法律部总监。

委托诉讼代理人：李楠，女，该公司法律部员工。

原告北京普丰行投资顾问有限公司（以下简称普丰行公司）与被告萍乡市富海新能投资中心（有限合伙）（以下简称萍乡富海中心）、被告大连汇能投资中心（有限合伙）（以下简称大连汇能中心）、被告华锐风电科技（集团）股份有限公司（以下简称华锐风电公司）、被告中国证券登记结算有限责任公司（以下简称中登公司）公司增资纠纷一案，本院于 2016 年 1 月 14 日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告普丰行公司的委托诉讼代理人王志伟、被告萍乡富海中心的委托诉讼代理人陈万林、韩伟罡、被告大连汇能中心的委托诉讼代理人吴晓松、唐琳、被告华锐风电公司的委托诉讼代理人杨富珏、被告中登公司的委托诉讼代理人孙红兵、李楠到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

普丰行公司向本院提出诉讼请求：1、判令萍乡富海中心向普丰行公司返还华锐风电公司转增股份 997.7532 万股；2、判令大连汇能中心向普丰行公司返还华锐风电公司转增股份 202.2468 万股；3、判令华锐风电公司公告确认按照股东大会决议向普丰行公司转增 1200 万股股份，并相应变更股东名册及工商登记；4、判令中登公司将前述 1、2 项股份从萍乡富海

中心、大连汇能中心的证券账户记入普丰行公司证券账户；5、判令萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司共同向普丰行公司赔偿律师费 8.1 万元；6、案件受理费由萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司负担。

事实和理由：普丰行公司曾系华锐风电公司股东，持有该公司 2400 万股股份。华锐风电公司 2014 年第三次临时股东大会作出决议，决定以公司 2013 年 12 月 31 日总股本 4020400000 股作为基数，以资本公积金向全体股东转增股本，每 10 股转增 5 股，共计转增 2010200000 股。普丰行公司应当取得转增股份 1200 万股。根据华锐风电公司的公告，本次资本公积金转增股本后，包括普丰行公司应当取得的股份在内合计 1440000000 股转增股份已划转（计入）至萍乡富海中心、大连汇能中心的证券账户（股东账户）中，其中萍乡富海中心持有华锐风电公司 1197303370 股股份，大连汇能中心持有公司 242696630 股股份。中登公司未经普丰行公司同意，将属于普丰行公司的转增股份错误划转给萍乡富海中心、大连汇能中心，其中萍乡富海中心取得了属于普丰行公司的 997.7528 万股股份，大连汇能中心取得了属于普丰行公司的 202.2472 万股股份。取得上述股权的萍乡富海中心、大连汇能中心应当向普丰行公司返还股权，中登公司应当将前述股份从萍乡富海中心及大连汇能中心的证券账户计入普丰行公司的证券账户。据此，由于各被告的侵权行为，将属于普丰行公司的转增股份 1200 万股错误的划转给了萍乡富海中心及大连汇能中心，取得股权的萍乡富海中心及大连汇能中心应当返还股权，中登公司应当将前述股份计入普丰行公司证券账户，华锐风电公司应当变更股东名册及工商登记。由于各被告的侵权行为，导致普丰行公司合法权益受到损害，普丰行公司聘请了北京市孚晟律师事务所律师代理其参加本案诉讼并实际向律师事务所支付了律师费 8.1 万元，各被告应共同向普丰行公司赔偿该律师费。

萍乡富海中心辩称，不同意普丰行公司的全部诉讼请求，普丰行公司的起诉违背了本案的基本事实。华锐风电公司 2012 年、2013 年连续两年亏损，面临暂停上市的风险，债券无法兑付，亦面临破产风险。在此情况下，华锐风电公司与萍乡富海中心、大连汇能中心协商，由华锐风电公司出售应收账款，萍乡富海公司及大连汇能公司购买，解决公司的亏损问题，应收账款收入用以解决债券兑付问题。萍乡富海中心及大连汇能中心提出由华锐风电公司的 22 家股东放弃转增股本的权利，由投资人获得。华锐风电公司的上述事项也一直向北京市金融工作局和中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）北京监管局进行汇报。华锐风电公司要求 22 家股东出具了《华锐风电公司股东关于转增股本等事项的承诺函》（以下简称《股东承诺函》），并召开股东大会进行了投票。股东大会决议作出后，萍乡富海中心及大连汇能中心与华锐风电公司签订了《应收账款转让协议》，并支付了对价，解决了华锐风电公司的债券兑付问题，同时也解决了华锐风电公司面临的退市风险。在这种情况下，普丰行公司获得了巨大利益，现在要求返还股权，违背了公平及诚信原则。

大连汇能中心辩称，同意萍乡富海中心的答辩意见，且根据华锐风电公司 2014 年 12 月 15 日的股东会决议，普丰行公司投了赞成票，视为其放弃了转增股份的所有权。

华锐风电公司辩称，与萍乡富海中心及大连汇能中心的答辩意见一致。

中登公司辩称，中登公司作为法定的证券登记结算机构，在按照华锐风电公司委派办理派发证券权益过程中，依法合规的履行了职能，没有任何过错，不应承担任何责任。第一、中登公司依据《中华人民共和国证券法》（以下简称证券法）的规定，按照华锐风电公司的申请进行资本公积金转增股本及相关转增股本派发，于法有据。第二、华锐风电公司向中登公司提交的发起人股东《股东承诺函》中，股东已经明确不可撤销地放弃取得本次转增股份的全部权利。第三、中登公司按照业务规则中要求的材料审核了华锐风电公司提交的资本公积金转增股本及相关转增股份派发的申请材料，同时按照相关流程办理业务，程序合规。综上，请求依法驳回普丰行公司对中登公司的全部诉讼请求。

本案当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对有争议的证据，本院认定如下：1、中登公司对普丰行公司提交的北京市中信公证处 2015 年 7 月 2 日出具的（2015）京中信内民证字 48920 号《公证书》的真实性不予认可，普丰行公司提交该份证据用以证明华锐风电公司曾要求普丰行公司签署《股东承诺函》，因华锐风电公司对该份证据的真实性予以确认，本院亦确认该份证据的真实性。2、普丰行公司对华锐风电公司、萍乡富海中心、大连汇能中心提交的 2014 年 11 月 25 日的华锐风电公司中小股东沟通会会议记录的真实性不予认可，认为上述会议记录上并无参会者的签字，经本院询问，普丰行公司确认曾派李秀桃于 2014 年 11 月 25 日参加了华锐风电公司的会议，但称李秀桃表示由于时间较久，对参会内容与会议记录是否存在出入已经记不清了。本院认为，该会议记录虽由华锐风电公司工作人员制作，但普丰行公司在确认当天派员参会的前提下，却无法明确指出会议记录内容中的不实之处，故本院对该份证据的真实性予以确认。对各方当事人提交的其他证据的真实性，当事人均不持异议，本院予以确认。

根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：

一、2014 年年底，华锐风电公司面临股票被暂停上市的风险及巨额债券无法回购的风险。

2014 年 1 月 8 日，华锐风电公司董事会就公司业绩亏损及公司股票可能被实施退市风险警示、公司债券可能被暂停上市的情况发布了风险提示公告。2014 年 1 月 29 日、2014 年 3 月 12 日、2014 年 4 月 9 日，华锐风电公司董事会就公司股票可能被实施退市风险警示和 2011 年公司债券（第一期）可能被暂停上市交易分别发布了三次风险提示公告。

2014 年 4 月 28 日，华锐风电公司董事会就公司股票被实施退市风险警示发布了公告。公告内容显示，公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值。根据《上海证券交易所股票上市规则》第“13.2.1”条的规定，上海证券交易所将对公司股票实施“退市风险警示”特别处理。实施风险警示的起始日为 2014 年 5 月 5 日。根据《上海证券交易所股票上市规则》第“14.1.1”条等相关规定，若公司 2014 年度经审计的归属于上市公司股东的净利润继续为负值，公司股票将在公司 2014 年年度报告公告之日起被暂停上市交易。

同日，华锐风电公司董事会就 2011 年公司债券（第一期）停牌发布了公告。2014 年 5 月 9 日，华锐风电公司董事会就 2011 年公司债券（第一期）暂停上市发布了公告，公告内容显示，华锐风电公司于 2011 年 12 月公开发行了 2011 年公司债券（第一期），由于公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值，根据上海证券交易所的有关规定，本期债券已于 2014 年 4 月 30 日开始连续停牌。公司今日收到上海证券交易所发来的《关于对华锐风电公司 2011 年公司债券（第一期）实施暂停上市的决定》，上海证券交易所决定自 2014 年 5 月 12 日起暂停本期债券在上海证券交易所上市。

2014 年 9 月 5 日，上海证券交易所上市公司监管一部向华锐风电公司出具《关于对华锐风电公司 2014 年半年报的事后审核意见函》，函件中载明：半年报显示，公司逾期的应收账款高达 47.45 亿元，约占应收账款总额的一半。公司上半年大幅亏损 2.86 亿元，若 2014 年继续出现亏损，公司股票将被暂停上市。

2014 年 10 月 31 日，华锐风电公司董事会再次发布风险提示公告，公告内容载明：公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值，公司股票已于 2014 年 5 月 5 日被实施退市风险警示。公司 2014 年 1 月至 9 月仍为亏损。公司在《2014 年第三季度报告》中已预测 2014 年度净利润可能为亏损。如公司 2014 年度经审计的净利润继续为负值，公司股票将在公司《2014 年年度报告》披露日起开始停牌。上海证券交易所将在公司股票停牌起始日后的十五个交易日内做出是否暂停公司股票上市的决定。公司于 2011 年 12 月公开发行了 2011 年第一期公司债券，发行规模 28 亿元。其中，品种一（债券代码 122115）

为 5 年期，附第 3 年末（2014 年 12 月 26 日前）发行人上调票面利率选择权及投资者回售选择权，发行规模为 26 亿元。因公司 2012、2013 年连续两年亏损，本期债券已经于 2014 年 5 月 12 日暂停上市交易。资金问题已经成为公司当前经营中面临的最为严峻的困难，导致公司的经营风险及债券违约风险不断加大。尽管公司前期已尝试多项保障资金安全的措施，但未能取得预期效果。截至 2014 年 10 月 28 日，公司货币资金余额为 127627 万元，扣除保证金等不可动用资金，可用于偿还公司债券的资金 59281 万元。为应对资金问题并避免公司债券违约，公司在前期已有措施的基础上，正在研究其他更为有效的措施和方案，同时与主要股东进行沟通，希望获得公司股东的支持。相关措施和方案受到时间和外部条件制约，能否取得预期效果尚存在不确定性。鉴于相关风险因素的客观存在，公司目前难以对债券代码为“122115”的相关持有人如果在 2014 年 12 月行使回售选择权时本息能否按期足额兑付做出准确判断。

二、救市计划的实施过程。

华锐风电公司、萍乡富海中心、大连汇能中心提交一份 2014 年 11 月 25 日 15:00 的华锐风电公司中小股东沟通会会议记录，普丰行公司的李秀桃参加了会议。会议记录内容包括“华锐风电公司目前的问题，主要是两大问题：一个是债券兑付问题，债券兑付最差的结果是可能影响公司进入破产清算，这也是对股东利益影响最大的问题；第二个问题就是华锐风电公司连续两年亏损，如果今年不能盈利，那可能面临暂停上市的问题。17.8 亿的资金进来，解决公司债券兑付和保牌的问题，维护公司股东的利益。作为出资人的收益措施，我们提出由华锐风电公司进行资本公积转增股本，除社会公众和社保基金外的全部股东要将转增部分让渡给基金新投资人，投资人占转增后总股本的 29.5%，这就是我们的方案。”

2014 年 11 月 28 日，华锐风电公司将《股东承诺函》的样稿通过邮件发送给普丰行公司，要求股东最迟于 2014 年 12 月 4 日将签署完毕的《股东承诺函》提供给公司。

2014 年 11 月 28 日，华锐风电公司董事会公告发布关于召开 2014 年第三次临时股东大会的通知，股东大会召开日期为 2014 年 12 月 15 日，会议审议事项为关于启动公司应收账款快速处置的议案，议案内容全文刊登于上海证券交易所网站。

2014 年 12 月 5 日，华锐风电公司董事会发布关于股东提议增加 2014 年第三次临时股东大会临时提案的公告，公告内容显示，萍乡市瑞华丰能投资管理有限公司提议于 2014 年 12 月 15 日召开的公司 2014 年第三次临时股东大会上增加审议《关于以资本公积金转增股本的议案》，方案概要：1、解决公司资金困难：基金（深圳市东方富海投资管理有限公司拟联合大连汇能投资控股集团有限公司等专业机构设立的基金）将投入 17.8 亿元人民币资金，收购公司部分应收款，相关资金专项用于兑付要求回售的债券，从而解决债券兑付危机；2、恢复公司正常经营；3、资本公积金转增与股份让渡：公司用资本公积金转增股本，每 10 股转增 5 股，共转增 20.102 亿股，除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东放弃转增股份并让渡予基金。方案得以实施的条件包括：1、除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东于股东大会召开前签署相应书面承诺文件；2、公司召开股东大会并通过相关决议；……

2014 年 12 月 15 日，华锐风电公司召开 2014 年第三次临时股东大会，会议审议了两个议案，议案一为关于启动公司应收账款快速处置的议案，议案二为关于资本公积金转增股本的议案。议案二中，列明了资本公积金转增与股份让渡的方案及除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东于股东大会召开前签署相应书面承诺文件的方案实施条件。议案二审议事项包括：一、修改公司《2013 年度利润分配方案》。以公司 2013 年 12 月 31 日总股本 4020400000 股为基数，以资本公积金向全体股东转增股本，每 10 股转增 5 股，共计转增 2010200000 股。本次以资本公积金转增股本后，公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000

股。二、股东大会授权公司董事会根据方案调整和执行情况决定是否实施上述资本公积金转增股本。

本次股东大会的两个议案经投票通过。普丰行公司的李秀桃参加了会议，对两个议案均投同意票。

2014 年 12 月 15 日，普丰行公司出具《股东承诺函》，内容为：鉴于投资人拟设立一家或几家合伙企业（有限合伙）与华锐风电公司签署一份应收账款购买协议。根据应收账款协议，投资企业将向上市公司购买账面值人民币约 19 亿元的应收账款，购买对价为人民币 17.8 亿元。上市公司拟通过决议资本公积转增股本 20.102 亿股。转增股份中的 88.5% 即 17.7898 亿股直接向投资企业派发或质押后划转，投资企业无需就此额外支付对价。转增完成后，投资企业将持有上市公司的 17.7898 亿股股份，成为上市公司的股东。就上述事宜，本承诺函附件一列明上市公司股东在此不可撤销地向上市公司和投资人同意并承诺如下：一、应收账款转让。承诺股东承诺促使上市公司同意如下应收账款购买事宜：1.1 应收账款转让：投资企业将向上市公司购买账面值约 19 亿元人民币的应收账款，购买对价为 17.8 亿元人民币。该等应收账款为有效债权，债务人不存在履行抗辩权，该等应收账款也不存在不能有效转移的限制条件、情形（购买应收账款前，该等应收账款明细应经投资企业审查、认可）。该等应收账款于购买对价全部支付日起，转让予投资企业，该等应收账款的经济责任全部由投资企业承担，无追索权。1.2 催收管理：投资企业与上市公司签署应收账款协议后的 10 日内，上市公司应根据投资企业要求完成向该等应收账款的债务人通知债权转让事宜，将债务人收到债权转移通知的相关凭证交付给投资企业，使该等应收账款有效转移至投资企业。上市公司根据投资企业要求勤勉管理应收账款的催收等事宜，或根据投资企业要求转由投资企业或其指定第三方管理应收账款。上市公司应根据投资企业的指示，通知并要求应收账款债务人将应收账款直接支付至投资企业指定账户。二、资本公积金转增。承诺股东承诺在上市公司股东大会上同意关于本次转增的决议，且不可撤销地放弃取得本次转增股份的全部权利。如投资企业要求，承诺股东同意授权投资企业指定人士就本次转增事宜在上市公司股东大会投票同意。具体如下：2.1 转增方案：本次资本公积金转增股本以上市公司 2014 年 9 月 30 日总股本 4020400000 股为基数，以上市公司资本公积金人民币 20.102 亿元，转增 2010200000 股，本次资本公积金转增股本方案实施完成后，上市公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000 股。2.2 分派对象：本次转增股份的 88.5%，即 17.7898 亿股由上市公司直接向投资企业派发，由中登公司上海分公司记入投资企业的股东账户。除承诺股东外的其他上市公司股东按照其持股比例取得本次转增股份的 11.5%，即 2.3122 亿股。2.3 实施日期：承诺股东放弃的 17.7898 亿股转增股份不迟于 2015 年 1 月 1 日登记到投资企业名称下。2.4 锁定期：承诺股东中，转增前持股比例超过 10% 的股东于 2016 年 6 月 30 日或之前不得减持所持股份，转增前持股比例低于 2% 的股东无减持限制，其他股东 2015 年减持不超过其所持有股份的 30%。三、其他。3.1 本函自承诺股东盖章之日起生效。承诺股东保证其已经取得内部授权、同意或有权监管机构批准，并提供相关授权、批准文件。3.2、本函对上市公司、上市公司确定的投资人和投资企业有效，本函的承诺如同向该等主体作出。

与华锐风电公司向普丰行公司邮件发送的《股东承诺函》样稿不同，普丰行公司实际出具的《股东承诺函》在函件尾部增加了下列内容：我公司同意并承诺执行如上方案的前提条件如下：1) 本函应收账款转让于 2014 年 12 月 31 日前完成；2) 我公司所持华锐风电公司股权于 2015 年 2 月 28 日前解除限售。

《股东承诺函》附件一中显示承诺股东包括：普丰行公司，股份数为 2400 万股，比例为 0.6%。附件二应收账款转让价款支付条件中列明，投资企业在下列条件获得满足后，于 2014 年 12 月 26 日代上市公司从投资企业账户向要求回售的公司债券持有人支付人民币 17.8 亿元。

1) 应收账款协议经适当签署并生效；2) 所有承诺股东有效签署本函，并待投资企业设立后与

投资企业签署内容与本函基本一致的承诺函或协议；3）上市公司召开股东大会并通过本次转增决议；4）本次交易合规合法，无重大瑕疵，且确定所得转增股份锁定期为股份上市日起的 12 个月；5）本次转增依法实施，投资企业完成依法在中登公司登记为上市公司 17.7898 亿股股份股东的全部手续；6）扣除同意放弃回售的债券后，上市公司账户中的现金足以支付偿还到期公司债和其他到期应付款项；7）担任上市公司审计机构的会计师事务所与上市公司就重大会计问题达成一致意见并为投资方认可；8）上市公司与华能阜新风力发电有限责任公司等 13 家华能新能源股份有限公司下属公司，诉讼总金额为 12.6072 亿元的买卖合同纠纷应于 2014 年 12 月 26 日前得到解决；9）上市公司与大连华锐重工集团股份有限公司的承揽合同纠纷应于 2014 年 12 月 26 日前得到解决，且解除冻结公司人民币 9200 万元的账户款项；10）就上市公司 2013 年 5 月 29 日收到的证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 131074 号），以及 2014 年 1 月 12 日收到的证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）的有关事项，于 2014 年 12 月 26 日前公布不影响公司后续经营的调查结果；11）不存在或发生其他导致上市公司未能解决债务危机、未能解除退市风险警示、或其他导致上市公司经营发生不利变化等情形；12）除非投资企业另外书面同意，应收账款的购买对价只能用于支付上市公司将于 2014 年 12 月 26 日到期应付的本息合计人民币 27.6 亿元公司债中的人民币 17.8 亿元。

2014 年 12 月 22 日，华锐风电公司与萍乡富海中心、大连汇能中心签署《应收账款转让协议》，确定转让标的为 18.75 亿元的应收账款的本金部分，转让对价为 17.8 亿元，萍乡富海中心支付 14.8 亿元，大连汇能中心支付 3 亿元。同日，三方签署《应收账款转让协议之补充协议》约定，鉴于：（1）华锐风电公司（转让方）与萍乡富海中心（受让方一）、大连汇能中心（受让方二）于 2014 年 12 月 22 日签订《应收账款转让协议》，转让方根据前述协议约定向受让方出售标的应收账款，受让方同意根据签署协议约定支付转让对价，受让标的应收账款；（2）承诺股东已于 2014 年 12 月分别签署《股东承诺函》（签署版承诺函复印件详见附件二）；（3）公司拟以 2014 年 9 月 30 日总股本 4020400000 股为基数，以公司资本公积金 20.102 亿元，转增 2010200000 股，本次资本公积金转增方案实施完成后，公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000 股，转增股份中的 71.63% 即 14.4 亿股直接向受让方派发，受让方无需就此额外支付对价，转增股份中的 28.37% 即 5.702 亿股根据持股比例转增给大连重工·起重集团有限公司及非承诺股东，其中，就大连重工·起重集团有限公司所获得的转增股份待其完成相关审批手续后转让予受让方。转增完成，受让方将不晚于 2014 年 12 月 25 日持有公司的 14.4 亿股股份，成为公司的股东。

补充协议中，将转让对价支付的前提条件修改为：在下列条件全部满足后之日（但不晚于 2014 年 12 月 26 日）（受让方书面同意豁免的除外），受让方应根据转让方要求向公司债券持有人支付本协议项下第三条约定的转让对价，且该等支付即视为受让方向华锐风电公司支付本协议项下第三项约定的转让对价：1.1 华锐风电公司已就本次应收账款出售转让事宜获得内部批准并恰当签署。1.2《应收账款转让协议》及其补充协议由双方妥为签署并生效。1.3 华锐风电公司已就《应收账款转让协议》项下的应收账款转让事宜通知相关债务人。1.4 所有承诺股东已适当签署承诺函，并同意与受让方签署内容与承诺函基本一致的承诺函或协议。1.5 公司召开股东大会并通过本次转增决议。1.6 本次转增合规合法，无重大瑕疵，且确定转增股份锁定期为股份上市日起的 12 个月。1.7 本次转增依法实施，受让方应依法不晚于 2014 年 12 月 25 日取得 14.4 亿股股份。……

2014 年 12 月 25 日，华锐风电公司向中登公司上海分公司出具申请函，申请将 22 家发起人股东中除大连重工·起重集团有限公司之外的其他 21 家股东通过资本公积金转增股本所获得的 1440000000 股股份，划转（记入）至萍乡富海中心、大连汇能中心所开立的证券账户（股东账户）中，并将 22 家发起人股东签署的承诺函附后。

2014 年 12 月 26 日，萍乡富海中心向中登公司上海分公司支付 14.8 亿元，用途记载为“122115 回售款”；大连汇能中心向中登公司上海分公司支付 3 亿元，用途记载为“122115 回售款”。

2014 年 12 月 26 日，华锐风电公司董事会发布关于“122115”债券回售实施结果的公告，表明根据中登公司上海分公司对“122115”债券回售申报的统计，本次回售有效回售申报数量为 2560982 手，回售金额为 2560982000 元。2014 年 12 月 29 日为回售资金发放日，公司兑付“122115”债券回售的资金已足额划至中登公司上海分公司相关银行账户。

2014 年 12 月 31 日，华锐风电公司董事会发布关于股权结构变动的提示公告，载明，2014 年 12 月 31 日，本次资本公积金转增股本已完成，除大连重工·起重集团有限公司之外的其他 21 家发起人股东于本次资本公积金转增股本后取得的合计 1440000000 股转增股份已划转（计入）至萍乡富海中心、大连汇能中心的证券账户（股东账户）中；目前，萍乡富海中心持有公司 1197303370 股股份，持股比例为 19.85%；大连汇能中心持有公司 242696630 股股份，持股比例为 4.02%。

2015 年 4 月 29 日，华锐风电公司董事会发布关于公司股票撤销退市风险警示的公告，公告显示经审计，截至 2014 年 12 月 31 日归属于上市公司股东的净资产为 8787556791.2 元，2014 年度实现营业收入 3619880770.06 元，实现归属于上市公司股东的净利润 80732834.44 元。公司已于 2015 年 4 月 27 日向上海证券交易所提出了撤销对公司股票实施退市风险警示的申请。上海证券交易所于 2015 年 4 月 29 日同意了股票撤销退市风险警示的申请。撤销风险警示的起始日为 2015 年 5 月 4 日，A 股股票简称由“*ST 锐电”变更为“华锐风电”。

三、普丰行公司所持华锐风电公司股份限售及解除限售的相关事实。

普丰行公司系华锐风电公司的发起人股东，其持有的华锐风电公司 2400 万股均为首次公开发行的限售股，上述股份的解除限售日期本应为 2014 年 1 月 13 日。

2014 年 1 月 12 日，华锐风电公司董事会发布关于被证监会立案调查的公告，公告显示华锐风电公司于 2014 年 1 月 12 日收到证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）。因公司其他涉嫌违反证券法律法规的行为，根据证券法的有关规定，证监会决定对公司进行立案调查。公司将积极配合证监会的调查工作。在上述期间，公司暂不能办理首次公开发行限售股股份上市流通的相关事项。

2015 年 1 月 15 日，华锐风电公司董事会发布关于相关立案调查进展及风险提示公告，公告显示公司于 2014 年 1 月 12 日收到了证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）。截至目前，该案件的调查正在进行中，尚未产生最终结果。2015 年 2 月至 2015 年 10 月，华锐风电公司董事会每月均发布了关于相关立案调查进展及风险提示公告，公告均显示截至公告之时，证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）涉及的案件尚未产生最终结果。

华锐风电公司主张，因上述证监会调查案件的存在，导致普丰行公司持有的股份未能在 2015 年 2 月 28 日前解除限售。但其曾多次向上海证券交易所提交限售股份上市流通的申请，上海证券交易所一直未批准。华锐风电公司为此向本院提交了 2014 年 12 月 30 日，华锐风电公司向上海证券交易所提交的《关于可否办理全国社会保障基金理事会持有的限售股份上市流通的申请》；2015 年 1 月 8 日，华锐风电公司董事会向上海证券交易所提交的《关于全国社会保障基金理事会持有公司限售股份上市流通相关事宜的函》；2015 年 5 月 26 日，华锐风电公司向上海证券交易所、证监会北京监管局及中登公司上海分公司提交的《关于可否办理拉萨泛海新能科技有限公司持有的限售股份上市流通的请示》。

2015 年 8 月 14 日，华锐风电公司向上海证券交易所提交了《限售股上市流通申请书》。同日，华锐风电公司董事会发布首次公开发行限售股上市流通公告，载明包括普丰行公司持有的 2400 万股股份在内的限售股上市流通日期为 2015 年 8 月 20 日。

普丰行公司表示上市流通当天，其将 2400 万股华锐风电公司的股票全部出售。经查，华锐风电公司的股票 2014 年 11 月 26 日的每股收盘价为 4.01 元，最高价为 4.03 元；2015 年 2 月 27 日的每股收盘价为 4.34 元，最高价为 4.38 元；2015 年 8 月 20 日的每股收盘价为 5.91 元，最高价为 6.70 元。

本院认为，本案系因华锐风电公司资本公积金转增股本而引发的公司增资纠纷，普丰行公司主张萍乡富海中心及大连汇能中心返还转增股份的依据为：萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司及中登公司实施了共同侵权行为，将本应属于普丰行公司的转增股份登记到了萍乡富海中心及大连汇能中心的名下，侵犯了普丰行公司的财产权。对普丰行公司的上述主张，本院不予支持，理由分述如下：

一、华锐风电公司实施资本公积金转增股本的根本目的为救市。

2014 年年底，华锐风电公司面临股票暂停上市及债券无法回购的双重风险。2014 年 5 月 5 日，华锐风电公司股票被实施退市风险警示，而根据相关公告显示，华锐风电公司 2014 年 1 月至 9 月仍为亏损，如华锐风电公司 2014 年度继续亏损，公司股票将被暂停上市，暂停上市的日期应为 2015 年 4 月左右。同时，华锐风电公司发行规模 26 亿元的“122115”公司债券在 2014 年 12 月 26 日面临持有人回售的问题，而公司公告显示截至 2014 年 10 月 28 日的可用于偿还公司债券的资金仅为 59281 万元，如债券持有人按比例回售，华锐风电公司显然无力清偿。上述事实，可以看出 2014 年年底，华锐风电公司面临的问题是重大且紧迫的，如果上述两项问题无法解决，华锐风电公司的全体股东和债权人均将面临重大损失。在此情况下，出现了华锐风电公司所主张的“救市方案”，即引入公司外投资人本案的被告萍乡富海中心、大连汇能中心，通过与华锐风电公司签署《应收账款转让协议》的方式，支付 17.8 亿元用于“122115”公司债券的回售，同时华锐风电公司通过资本公积金转增股本、将 22 家发起人股东的转增股份让渡予萍乡富海中心和大连汇能中心。救市方案的上述两个环节互相联系且互不可缺。

普丰行公司作为华锐风电公司的发起人股东，通过中小股东沟通会、2014 年第三次临时股东大会及华锐风电公司和上海证券交易所发布的相关公告，对华锐风电公司面临的问题是明知的，对救市方案的具体内容、环节和华锐风电公司在当时环境下进行资本公积金转增股本的实际意义，亦属明知。华锐风电公司在当时环境下的资本公积金转增股本，并非为了向公司现有股东赠送股份，而是为了给予投资人萍乡富海中心和大连汇能中心支付 17.8 亿元款项的实际对价，即股权收益。若普丰行公司当时明确表示不同意放弃转增股份，那萍乡富海中心、大连汇能中心签订《应收账款转让协议》、支付对价的前提就无法成就，救市方案将无法实施。普丰行公司在全面了解救市方案的前提下在 2014 年第三次临时股东大会召开时对关于启动公司应收账款快速处置的议案和关于资本公积金转增股本的议案均投了赞成票，同时出具《股东承诺函》配合华锐风电公司将转增股份划转至萍乡富海中心、大连汇能中心名下，都表明其对整体救市方案的肯定态度，亦表明其做出了放弃转增股份所有权的明确意思表示。资本公积金转增股本完成后，华锐风电公司公告了萍乡富海中心、大连汇能中心获得相应股份的情况，此时普丰行公司并没有即时提出异议，也足以说明其对萍乡富海中心、大连汇能中心取得转增股份不持异议。

至此，救市方案已完全实施完毕，华锐风电公司解决了 2014 年年底面临的实际困难，普丰行公司作为股东已实际受益。现普丰行公司提出要求萍乡富海中心、大连汇能中心无偿返还案涉转增股份，显然脱离了华锐风电公司资本公积金转增股本的实质目的，同时割裂了转增股本与应收账款转让的因果联系，违背了案件的基本事实。

二、《股东承诺函》中的“前提条件”并非《股东承诺函》的生效条件。

本案纠纷产生的主要原因为普丰行公司在其出具的《股东承诺函》后附加了下列条文：“我公司同意并承诺执行如上方案的前提条件如下：1）本函应收账款转让于 2014 年 12 月 31 日

前完成；2）我公司所持华锐风电公司股权于 2015 年 2 月 28 日前解除限售。”因普丰行公司所持华锐风电公司的股权实际于 2015 年 8 月 20 日才解除限售，普丰行公司据此主张：2014 年 11 月 28 日，华锐风电公司董事会将《股东承诺函》样稿通过邮件发送给普丰行公司，要求最迟于 2014 年 12 月 4 日将签署完毕的《股东承诺函》提供给公司。该行为的性质为萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司向普丰行公司发出的要求普丰行公司无条件让渡转增股份的要约，但普丰行公司未在承诺期限内做出承诺，2014 年 12 月 15 日增加了前提条件的《股东承诺函》的性质为普丰行公司向萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司发出的新要约，注明了让渡转增股份的生效条件，但萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司未承诺，因新要约设定的生效条件已然不能成就，要约实际已经失效，此时各方之间未成立让渡股份的合同。普丰行公司同时主张，即使各方之间成立了股份让渡的合同，作为附生效条件的合同，条件成就方生效，普丰行公司提出的生效条件已确定不能成就，股权让渡合同不生效。

就此本院认为，首先，《股东承诺函》系普丰行公司单方出具，明确表明了普丰行公司放弃取得转增股份的意思表示，其性质上为单方承诺，而并非普丰行公司主张的新要约，或对萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司发出要约的承诺。

其次，《股东承诺函》所附的“前提条件”也并非《股东承诺函》的生效条件，而应认定为要求华锐风电公司完成的附随义务。第一、《股东承诺函》的行文中，一方面明确写明“承诺股东在此不可撤销地向上市公司和投资人同意并承诺”，“承诺股东承诺不可撤销地放弃取得本次转增股份的全部权利”，“本函自承诺股东盖章之日起生效”，另一方面又列明执行如上方方案的前提条件，前后意思表示矛盾，因《股东承诺函》明示盖章即生效，故应认定《股东承诺函》已于 2014 年 12 月 15 日生效。第二、《股东承诺函》中明确列明“承诺股东放弃的 17.7898 亿股转增股份不迟于 2015 年 1 月 1 日登记到投资企业名下”，前提条件却为“2015 年 2 月 28 日前解除限售”，如果如普丰行公司主张，那《股东承诺函》的生效条件已经晚于确定的转增股本的最晚时间，该生效条件已无实际意义，可直接理解为普丰行公司不同意在 2015 年 2 月 28 日前放弃自己的股份，该理解显然与事实不符，故本院认为，“前提条件”的内容为普丰行公司同意放弃转增股份的所有权，但同时要求华锐风电公司接受在限定日期前解除限售的义务，故“前提条件”并非《股东承诺函》的生效条件。第三、《股东承诺函》中并未列明如果到 2015 年 2 月 28 日普丰行公司持有华锐风电公司的股份不能解除限售，萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司需承担返还转增股份的法律后果，故虽然存在“前提条件”，普丰行公司亦不能据此要求萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司返还股权。

综上，《股东承诺函》在普丰行公司出具时已经生效，萍乡富海中心、大连汇能中心依据普丰行公司对转增股份的弃权承诺，合法取得案涉转增股份，不存在对普丰行公司的侵权行为。三、普丰行公司出具《股东承诺函》的目的已经实现。

在 2014 年底华锐风电公司面临破产及退市的双重困境下，普丰行公司作为华锐风电公司的股东，出具《股权承诺函》的目的无疑是为了避免华锐风电公司出现资不抵债和股票暂停上市的情况，也即为了避免自己持有的华锐风电公司的 2400 万股股份的价值贬损甚至丧失。而事实上，普丰行公司出具《股东承诺函》的目的已然实现，华锐风电公司于 2014 年底获得了足以回购公司债券的资金，避免了破产的问题，在 2015 年撤销了退市风险警示，避免了股票退市的风险。普丰行公司持有的华锐风电公司股票在 2015 年 8 月 20 日实际出售，从本院查明的股票价格来看，亦不存在其股票价值贬损的问题，普丰行公司出具《股东承诺函》从而保证其持有股份保值增值的目的已然实现，在此情况下，其主张萍乡富海中心及大连汇能中心返还转增股份的诉讼请求，缺乏事实依据，本院不予支持。

综上，萍乡富海中心及大连汇能中心系合法取得案涉转增股份，萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司及中登公司不存在对普丰行公司的共同侵权行为，普丰行公司的全部诉讼请求，均缺乏事实及法律依据，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

驳回北京普丰行投资顾问有限公司的诉讼请求。

案件受理费 342205 元，由北京普丰行投资顾问有限公司负担（已交纳）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于北京市高级人民法院。

审判长 甄洁莹

审判员 王晴

人民陪审员 陈福起

二〇一六年九月二十九日

书记员 郭帅

北京乾元盛创业投资有限责任公司与上海宣通实业发展有限公司、张敬斌等其他与公司有关的纠纷一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院

民事判决书

(2016)沪 0115 民初 44735 号

原告北京乾元盛创业投资有限责任公司，住所地北京市。

法定代表人王璇，董事长。

委托代理人陈燕，北京市培文律师事务所律师。

委托代理人陈志武，北京市中洲律师事务所律师。

被告上海宣通实业发展有限公司，住所地上海市闸北区。

法定代表人仰世伟。

被告张敬斌，男，1966 年 5 月 18 日生，汉族，住山东省烟台市。

被告陈之皓，男，1971 年 8 月 15 日生，汉族，住上海市黄浦区。

原告北京乾元盛创业投资有限责任公司(下简称乾元盛公司)诉被告上海宣通实业发展有限公司(以下简称宣通公司)、张敬斌、陈之皓与公司有关的纠纷一案，本院于 2016 年 6 月 21 日受理后，依法适用普通程序。因被告宣通公司、陈之皓、张敬斌下落不明，本院遂采用公告送达，并于 2016 年 12 月 20 日公开开庭进行了审理，原告乾元盛公司的委托代理人陈燕到庭参加诉讼，被告宣通公司、张敬斌、陈之皓在本院通过公告形式向其送达起诉状副本和开庭传票后，仍未到庭应诉，本院依法进行缺席审理。本案现已审理终结。

原告乾元盛公司诉称，2012 年 4 月 19 日，山东方泰循环金业股份有限公司(下简称方泰公司)与原告等五方投资人签订了《增资协议》，约定方泰公司拟增加注册资本人民币 3,075 万元，即新增资本 3,075 万股，注册资本从 1.75 亿元增加到 2.0575 亿元，新增股本由投资方分别认购，原告以 3,000 万元、按每股 4 元认购方泰公司 750 万新增股本。协议约定各投资方应于 2012 年 4 月 25 日前以现金方式将增资款一次性付至方泰公司指定验资账户，方泰公司应于《增资协议》生效后 10 个工作日内办理完成公司验资，工商变更手续。《增资协议》签订时，三被告均系方泰公司股东，分别持有该公司 1,250 万股、1,444 万股及 1,000 万股股份。同日，原告与三被告及方泰公司签订《股份回购、收购协议书》，约定当出现以下任何一种情况时，原告有权要求三被告以现金方式收购原告所持有的部分或全部方泰公司的股权：1、不论任何主观或客观原因，方泰公司不能在 2015 年 12 月 31 日前首次公开发行并上市或不能在 2015 年 12 月 31 日前通过借壳方式于境内证券交易所上市，该等原因包括但不限于公司经营业绩方面不具备上市条件，或由于公司历史沿革方面的不规范未能上市，或由于参与公司经营的原股东存在重大过错、经营失误等原因造成公司无法上市等……；2、方泰公司 2012 年、2013 年、2014 年其中任一年度审计税后净利润(扣除非经常性损益)低于 8,000 万元时。股份回购价款、收购价款按以下原则确定，即股份收购价格为原告全部增资额即 3,000 万元及三被告实际支付收购价款之日按年利率 8%计算的利息。2012 年 4 月 25 日，原告按约以银行转账方式向方泰公司支付了增资款 3,000 万元，完成了协议约定的全部义务。截止 2015 年 12 月 31 日，方泰公司既未能首次发行并上市也未能通过借壳方式于境内证券交易所上市，且依照原告取得的方泰公司 2013 年度财务审计报告，该报表显示 2013 年度方泰公司净利润为 50,231,754.70 元，低于 8,000 万元，符合《股份回购、收购协议书》约定的原告可向三被告要求收购原告持有方泰公司股份的条件，原告遂向三被告提出股份收购的要求，但是三被告始终未按照协议履行付款义务。原告认为，三被告延迟付款的行为构成违约，故原告诉至法院，要求：一、判令三被告向原告支付股权收购款共计 3,000 万

元；二、判令三被告向原告支付利息，自 2012 年 4 月 25 日起至实际支付日止，按照年息 8%，暂计算至 2016 年 6 月 14 日为 9,935,342.47 元；三、诉讼费由三被告承担。

被告宣通公司、张敬斌、陈之皓未作答辩。

经审理查明：2012 年 4 月 19 日，方泰公司作为甲方，与作为丙方的原告以及案外人中企华美投资控股有限公司、西藏高歌投资有限公司(有限责任)、星云香(上海)创业投资中心(有限合伙)、陈漫共同签订《增资协议》，除方泰公司外，其余协议方合称为投资方。上述协议约定，方泰公司注册资本为 1.75 亿元，本次增资前，方泰公司有包括被告宣通公司、张敬斌、陈之皓在内的 31 名股东，其中，被告宣通公司持有 1,250 万股(占总股本 7.14%)，被告张敬斌持有 1,444 万股(占总股本 8.25%)，被告陈之皓持有 1,000 万股(占总股本 5.71%)；各方同意，方泰公司增加的注册资本 3,075 万元，全部由投资方认购，其中，原告以 3,000 万元，按每股 4 元认购方泰公司 750 万股新增股本；本次增资，投资方认购方泰公司每 1 元注册资本的认购价格为 4 元，即每 1 元注册资本的面值为 1 元，超出注册资本的面值部分计入资本公积金；增资完成后，原告持有 750 万股，占总股本 3.65%；方泰公司应于本协议签订日后 1 个工作日内以方泰公司名义在银行开设增资验资账户，在本协议生效后的 10 个工作日内，按照本协议的约定办理完成相应的公司验资、工商变更登记手续等。

同日，被告宣通公司、张敬斌、陈之皓与方泰公司及原告签订《股份回购、收购协议书》，约定，根据 2012 年 4 月 19 日签订的《增资协议》，原告应向方泰公司增资 3,000 万元；当出现以下任一情况时，原告有权要求方泰公司以现金方式回购或要求被告宣通公司、张敬斌、陈之皓以现金方式收购原告所持有的部分或全部方泰公司股份，包括：1、不论任何主观或客观原因，方泰公司不能在 2015 年 12 月 31 日前首次公开发行并上市或不能在 2015 年 12 月 31 日前通过借壳方式于境内证券交易所上市，该等原因包括但不限于公司经营业绩方面不具备上市条件，或由于公司历史沿革方面的不规范未能实现上市，或由于参与公司经营的原股东存在重大过错、经营失误等原因造成公司无法上市等；……3、公司 2012 年度或 2013 年度、2014 年度审计税后净利润(扣除非经常性的损益)低于 8,000 万元；股份回购价款、收购价款按以下原则确定，即原告全部增资额 3,000 万元及自从原告实际缴纳出资日起至公司实际支付回购价款或三被告实际支付收购价款之日按年利率 8%计算的利息，股份回购或收购均应以现金方式进行，全部股份回购价款或收购价款应在原告发出书面回购、收购要求之日起 2 个月内全额支付至原告指定账户；方泰公司与三被告一致对上述约定无异议并承诺执行且愿意对本协议项下义务共同承担连带保证责任。

同年 4 月 25 日，原告以银行转账方式向方泰公司支付增资款 3,000 万元。

同年 7 月 13 日，方泰公司修订公司章程，载明，方泰公司注册资本为 20,575 万元，原告系方泰公司股东，出资额为 750 万元，持股比例为 3.645%，被告宣通公司的出资额为 1,250 万元，持股比例为 6.075%，被告张敬斌的出资额为 1,444 万元，持股比例为 7.018%，被告陈之皓的出资额为 1,000 万元，持股比例为 4.860%。

2014 年 2 月 25 日，莱州宏正会计师事务所对方泰公司作出编号为莱宏审字【2014】第 17 号的《审计报告》，载明，未发现方泰公司有注册资本抽逃现象，截止 2013 年 12 月 31 日，方泰公司的净利润为 50,231,754.70 元。

鉴于方泰公司 2013 年度的税后净利润(扣除非经常性的损益)未达到原、被告在《股份回购、收购协议书》中约定的 8,000 万元的金额，为此，原告于 2016 年 5 月 18 日以挂号信形式向三被告分别发出《收购通知函》，载明，根据《股份回购、收购协议书》等相关协议约定，三被告应尽快将股份回购款项，包括增资额 3,000 万元及利息，付至原告函件载明之账户。因三被告至今未向原告支付股权收购款，故原告诉至法院，要求判如诉请。

以上事实，由原告提供的原告与方泰公司及各投资人共同签订的《增资协议》一份，原告与三被告及方泰公司共同签订的《股份回购、收购协议书》一份，《电子转账凭证》及《收款

收据》各一份，方泰公司《章程》一份，编号为莱宏审字【2014】第 17 号的《审计报告》一份，《收购通知函》三份，及本案庭审中原告的当庭陈述为证。

本院认为，原告与三被告及方泰公司签订的《股份回购、收购协议书》系签约各方当事人的真实意思表示，依法应予确认。本案中，原告与方泰公司及各投资人签订的《增资协议》约定，原告向方泰公司投资 3,000 万元用于增资，原告认购的每 1 元注册资本的认购价格为 4 元，超出注册资本的面值部分计入资本公积金。上述协议签订后，原告按约向方泰公司支付 3,000 万元，该款已用于方泰公司的增资。根据方泰公司修订后的公司章程，该公司增资后，原告对方泰公司的出资额为 750 万元，持股比例为 3.645%，由此可见，原告已按约履行出资义务并成为方泰公司的股东。根据原告与三被告及方泰公司签订的《股份回购、收购协议书》的约定，若方泰公司 2012 年度或 2013 年度、2014 年度审计税后净利润(扣除非经常性的损益)低于 8,000 万元，则原告有权要求三被告以现金方式收购原告所持部分或全部方泰公司股份。鉴于上述条款在方泰公司的现任股东与拟增资的新股东之间达成，在原告及三被告均为方泰公司股东的情况下，约定在满足一定条件的情况下，由股东之间收购股权，系股东之间的自愿行为，不违反法律规定。且作为方泰公司原股东，三被告与作为投资人的原告之间进行如公司净利润未满足一定条件则收购投资人股权的约定，以吸引投资，该约定建立在双方当事人对方泰公司未来经营状况充分预判的基础之上，既未使方泰公司利益受损，更未损害方泰公司债权人利益，亦不违反法律法规的强制性规定，应认定有效。依据《审计报告》，截止 2013 年 12 月 31 日，方泰公司的净利润为 50,231,754.70 元，不足 8,000 万元，已满足约定的收购条件。在此情况下，原告已分别向三被告发函要求收购股份，但三被告未履行约定义务，系违约行为。关于股份收购价款，上述协议约定为，原告全部增资额 3,000 万元及自从原告实际缴纳出资日起至三被告实际支付收购价款之日按年利率 8% 计算的利息，故本院对原告要求三被告按上述约定支付收购款及利息的诉讼请求予以支持。此外，根据权利义务对等原则，原告应及时配合三被告及方泰公司将所持股份变更登记至三被告名下，至于三被告之间的股权比例，应由其自行商定。三被告在本院通过公告形式向其送达的诉状副本及开庭传票后，仍未到庭应诉，属自行放弃抗辩权利，应自行承担不利后果。

据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条，《中华人民共和国公司法》第一百三十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：

- 一、被告上海宣通实业发展有限公司、张敬斌、陈之皓应于本判决生效之日起十日内共同支付原告北京乾元盛创业投资有限责任公司股份收购款 3,000 万元；
- 二、被告上海宣通实业发展有限公司、张敬斌、陈之皓应于本判决生效之日起十日内共同向原告北京乾元盛创业投资有限责任公司偿付股份收购款利息(以 3,000 万元为本金，按照年利率 8% 计算，自 2012 年 4 月 25 日起至本判决生效之日止)。

负有金钱给付义务的当事人如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 241,476 元，公告费 560 元，合计 242,036 元，由被告上海宣通实业发展有限公司、张敬斌、陈之皓共同负担。

如不服本判决，可在本判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 任国民

审判员 罗懿

人民陪审员 姚月

二〇一七年一月九日

书记员 吴?舟

北京三鼎梦软件服务有限公司与株式会社光荣特库摩游戏 侵害计算机软件著作权纠纷二审民事判决书

北京市高级人民法院

民事判决书

(2018)京民终 176 号

上诉人(原审被告):北京三鼎梦软件服务有限公司,住所地中华人民共和国北京市丰台区广安路 9 号院 4 号楼 519 号。

法定代表人:蔡立,董事长。

委托诉讼代理人:王宇,北京大成(南京)律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):株式会社光荣特库摩游戏,住所地日本国神奈川县横滨市港北区箕轮町 1 丁目 18 番 12 号。

法定代表人:襟川阳一,代表取缔役。

委托诉讼代理人:陈学民,北京市中咨律师事务所律师。

委托诉讼代理人:张继文,北京市中咨律师事务所律师。

上诉人北京三鼎梦软件服务有限公司(简称三鼎梦软件公司)因与被上诉人株式会社光荣特库摩游戏(简称光荣特库摩游戏)侵害计算机游戏软件著作权纠纷一案,不服中华人民共和国北京知识产权法院(简称一审法院)(2016)京 73 民初 371 号民事判决,向本院提出上诉。本院于 2018 年 3 月 20 日立案后,依法组成合议庭进行了审理。2018 年 4 月 16 日,上诉人三鼎梦软件公司的委托诉讼代理人王宇,被上诉人光荣特库摩游戏的委托诉讼代理人陈学民、张继文到本院接受了询问。本案现已审理终结。

三鼎梦软件公司上诉请求:撤销一审判决第一、二、三项,依法驳回光荣特库摩游戏的全部诉讼请求。事实和理由:1、涉案计算机游戏软件《信长之野望创造:战国立志传》无法在中华人民共和国境内正常取得,三鼎梦软件公司不存在接触涉案计算机游戏软件的条件。2、在案证据不足以证明三鼎梦软件公司存在侵权行为。3、即使法院认为三鼎梦软件公司需要承担赔偿责任,一审法院判赔的数额没有任何依据。

光荣特库摩游戏辩称,涉案计算机游戏软件《信长之野望创造:战国立志传》已经正式公开发售,三鼎梦软件公司存在接触涉案计算机游戏软件并将其破解后供游戏用户免费下载的侵权行为,一审法院综合发生损害的事实酌情确定的赔偿数额适当。

一审法院认定事实:

一、光荣特库摩游戏提起本案诉讼的权利基础

2016 年 7 月 7 日,中华人民共和国国家版权局出具的软著登字第 1350279 号《计算机游戏软件著作权登记证书》记载,光荣特库摩游戏是《信长之野望创造战国立志传》游戏软件 v1.0 的著作权人,开发完成日期为 2016 年 2 月 29 日,首次发表日期为 2016 年 3 月 24 日;经公证认证的 2016 年第 2 号《事实实验公证书》记载,2016 年 4 月 8 日,森·滨田松本法律事务所律师铃木干太在日本国东京都中央区银座 2 丁目 2 番 6 号第 2DK 大厦 5 层银座公证所内,使用该公证所的计算机,光荣特库摩游戏在日本国光荣特库摩游戏运营的正式网上购物网站“游戏城市”上购买名为《信长之野望创造战国立志传》的软件制品,该制品背面有“发行商株式会社光荣特库摩游戏”及“??2013-2014 光荣特库摩游戏保留所有权利”的记载及“??2016 光荣特库摩游戏保护所有权利”的记载;光荣特库摩游戏提交了《信长之野望创造战国立志传》企划书、开发进展及游戏人员职责表,用于证明该游戏软件系光荣特库摩游戏自行开发创作。

光荣特库摩游戏另提交了 2016.4A 期《游戏机实用技术》杂志及《信长之野望创造战国立志传》制作人铃木亮浩 2015 年关于涉案软件的相关新闻报道。

二、关于被控侵权事实

光荣特库摩游戏提交的“全国企业信用信息公示系统（北京）”的查询网页记载，三鼎梦软件公司成立于 2013 年 11 月 11 日，其中包括自然人股东宿菲菲，网站为 <http://www.3dmgame.com>。光荣特库摩游戏提交的中华人民共和国工业和信息化部“ICP/IP 地址/域名信息备案管理系统”查询网页记载，www.3dmgame.com 网站的主办单位为三鼎梦软件公司，网站域名分别为 3dmgame.com 和 3dmgame.net，备案/许可证号为京 ICP 备 14006952 号。

中华人民共和国北京市中信公证处（简称中信公证处）于 2016 年 5 月 10 日出具的（2016）京中信内证经字 26528 号公证书记载：2016 年 4 月 1 日，光荣特库摩游戏代理人张继文在公证处已连接网络的办公用电脑上，在浏览器中输入 www.3dmgame.com/games/nnysr，进入 3DMGAME 网站《信长之野望创造战国立志传 3DM 中文站》游戏软件主题页面，其中“游戏信息”版块记载“发行商为 KOEITECMO，发售日期为 2016 年 3 月 24 日”，点击其中“热门资讯版块中的“信长野望汉化 2.0 发布”，进入题为“《信长之野望创造：战国立志传》汉化补丁 2.0 发布”的文章页面，其中“汉化说明”中显示“完整内核汉化支持正版；策划人：不死鸟”，点击页面中的“点此下载”，进入《信长之野望创造：战国立志传 3DM 轩辕汉化补丁 v2.2》下载页面，其中显示“制作机构：3DM 轩辕汉化组；整理时间：2016-3-30；下载次数为 152883”，并提供了多个下载地址，点击其中的“温州电信高速下载地址”，将文件 3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden.CHS.Patch.v2.2-3DM 下载保存到电脑中。

点击进入《信长之野望创造战国立志传》游戏软件主题页面中的“专题论坛”，点击其中“《信长之野望创造战国立志传》PC 正式版官方 Steam 正版分流”，下载注册名为 ymym10121 的用户发表于 2016 年 3 月 19 日 10 时 26 分的帖子中的“《信长之野望创造战国立志传》专用日本战国历史及日语学习补丁.rar.rar”文件，该用户在该文件“相关说明”中写道“本人根本不知道什么石皮 X 解，也不知道什么未 X 密，请不要找我麻烦，谢谢各位！”。

在《信长之野望创造战国立志传 3DM 中文站》游戏软件主题页面点击“专题论坛”标题进入对应页面，在 3DM 游戏论坛上点击题为“[原创][03.24.16]《信长之野望创造：战国立志传》PC 正式版官方 Steam 正版分流[JP][3G][3DM 的首发版本已集成了游戏发售到现在的 3 个 DLC]”的帖子，该帖子的作者为“星云散落”，发表时间为 2016 年 3 月 19 日 10 时 25 分。点击《信长之野望创造战国立志传 3DM 中文站》游戏软件主题页面的“《战国立志传》官方 Steam 正版分流”，该网页记载“信长之野望创造：战国立志传官方 Steam 正版分流”制作机构是 3DMGAME，整理时间为 2016-03-24，软件大小为 3.02GB，下载次数为 184470，游戏语言为日文，“下载说明”中记载“游戏制作和游戏发行均为 KoeiTecmo，发售时间为 2016 年 3 月 24 日”。点击该帖子提供的“百度网盘高速下载地址”按钮，登录百度帐号后下载名称分别为 3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part1.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part2.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part3.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part4.rar 的四个文件；将上述六个下载文件移到名为“中咨”的文件夹中。

2016 年 4 月 7 日，在公证处已连接网络的办公用电脑上，在浏览器中输入“store.steampowered.com”，安装 Steam，将 Steam 安装到 D 盘；打开前述“中咨”文件夹，其中包括“《信长之野望创造战国立志传》专用日本战国历史及日语学习补丁.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden.CHS.Patch.v2.2-3DM、3DMGAME-

NOBUNAGAS. AMBITION. Souzou. Sengoku. Risshiden-3DM. part1.rar 、 3DMGAME-
NOBUNAGAS. AMBITION. Souzou. Sengoku. Risshiden-3DM. part2.rar 、 3DMGAME-
NOBUNAGAS. AMBITION. Souzou. Sengoku. Risshiden-3DM. part3.rar 、 3DMGAME-
NOBUNAGAS. AMBITION. Souzou. Sengoku. Risshiden-3DM. part4.rar” 共六个文件，右键点击
3DMGAME-NOBUNAGAS. AMBITION. Souzou. Sengoku. Risshiden-3DM. part1.rar 文件，解压缩到
当前文件夹，将解压所得的“CONFIG”、“steam-api.dll”复制粘贴至
NOBUNAGAS_AMBITION_Souzou_SengokuRisshiden 文件夹中，点击“NOBU14SR-Launcher”打
开名为“信长之野望创造：战国立志传”的游戏界面，开始游戏，将游戏运行界面截图保存，
然后退出游戏，通过运行游戏可见各游戏界面文字部分均为日文；点击 3DMGAME-
NOBUNAGAS. AMBITION. Souzou. Sengoku. Risshiden. CHS. Patch. v2. 2-3DM 并解压缩到当前文
件夹中，点击 3DMGAME-
NOBUNAGAS. AMBITION. Souzou. Sengoku. Risshiden. CHS. Patch. v2. 2-3DM. exe 文件，选择“运
行”，依次点击“汉化游戏”、“确认安装”、“退出程序”；然后点击“NOBU14SR-Launcher”
进入游戏，点击“开始游戏”，将游戏运行界面截图保存，然后退出游戏，通过运行游戏可
见各游戏界面文字部分均为中文。

中信公证处于 2016 年 5 月 31 日出具的（2016）京中信内经证字 28308 号公证书记载：2016
年 5 月 27 日，光荣特库摩游戏代理人张继文在公证处已连接网络的办公用电脑上，在浏览
器中输入 www.3dmgame.com，点击“战国立志传”，进入 www.3dmgame.com/games/nyssr 主
题介绍页面。”

中信公证处于 2016 年 5 月 10 日出具的（2016）京中信内经证字 28304 号公证书记载：2016
年 4 月 22 日，光荣特库摩游戏代理人张继文在公证处连接网络的办公用电脑上，进入宿菲
菲的新浪微博，其简介为单机游戏网站 3DM 创始人及站长，网名“不死鸟”，“工作信息”中
显示其公司为 3DMGAME（2003-至今），地区为北京西城区，职位为总经理”。宿菲菲于 2014
年 6 月 4 日 11 时 03 分发表微博称，“3DM 一直发破解，早晚会被干掉，但如果现在就不发
破解了，马上就会死掉，怎么破？”。

光荣特库摩游戏提交的正版游戏软件与（2016）京中信内经证字 26528 号公证书中记载的
通过三鼎梦软件公司网站上提供的链接下载的六个文件解压缩后的游戏软件运行情况对比表，
显示两款游戏软件运行过程中进入游戏时显示的均为 KT 商标、koei 商标标识，游戏主菜单
的画面、文字及其排列完全相同，游戏中的剧本选择菜单、剧本背景及介绍、地图模式、城
市模式、剧情、各人物的人物图鉴及美术形象、相关人物容貌修改特典、工作人员介绍等情
况完全相同。一审审理过程中，经当庭勘验，三鼎梦软件公司对此不持异议。

三、关于光荣特库摩游戏损害赔偿及合理支出的计算

光荣特库摩游戏主张，其近几年的销售营业利润均未低于 30%，其中《三国志 13》《信长之
野望创造》《信长之野望创造：战国立志传》等系列游戏由于人气较高，利润率也相对较高。
光荣特库摩游戏自 2016 年 3 月 24 日首次公开发售《信长之野望创造：战国立志传》游戏软
件，至 2016 年 6 月在全球共销售了 91000 套正版软件。在 2016 年 3 月 24 日至光荣特库摩
游戏提起诉讼的 2016 年 5 月 25 日，由于三鼎梦软件公司的侵权行为导致光荣特库摩游戏
在中国损失的销售量至少达到销售总量的 10%，即 9100 套，乘以 224 元人民币的销售价格
及 30%的利润率，光荣特库摩游戏实际损失数额不少于人民币 611520 元，光荣特库摩游戏
据此主张赔偿额为人民币 50 万元。

光荣特库摩游戏提交了交通费、公证费、翻译费、诉讼代理费等票据，共计人民币 138101.724
元，其在本案中主张诉讼合理支出人民币 13.5 万元。

四、其他事实

光荣特库摩游戏提交的警告函及 EMS 邮单、物流查询信息等证明，光荣特库摩游戏先后于 2016 年 1 月 29 日、2016 年 3 月 14 日向三鼎梦软件公司两次发出警告函，认为三鼎梦软件公司将非法破解的《信长之野望创造：战国立志传》等游戏上传至 3DM 网站供网络用户免费下载，侵犯了光荣特库摩游戏计算机游戏软件相关的著作权及其他知识产权，要求三鼎梦软件公司立即停止侵权并按照警告函记载的措施进行纠正。光荣特库摩游戏于 2016 年 3 月 25 日再次向三鼎梦软件公司发出警告函，认为三鼎梦软件公司将 steam 版《信长之野望创造：战国立志传》游戏上传到三鼎梦软件公司运营的 3DM 游戏网站，三鼎梦软件公司运营的“3dm 单机游戏论坛”中有论坛用户非法上传的《信长之野望创造：战国立志传》游戏破解补丁，安装该补丁后可直接免费运行《信长之野望创造：战国立志传》游戏，要求三鼎梦软件公司立即断开 steam 版下载的相关链接，立即删除“3dm 单机游戏论坛”破解补丁，并按照警告函中记载的措施进行纠正。上述警告函三鼎梦软件公司均已签收。

《日本经济新闻》及国内媒体如百度贴吧、17173.com、中关村在线、china.com 等关于日本光荣公司（KOEI）及《三国志》、《信长之野望》系列游戏软件的相关报道。

一审法院认为，光荣特库摩游戏系日本国法人，我国与日本国均为《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》成员国，根据《中华人民共和国著作权法》（简称著作权法）第二条第二款的规定，成员国作者的作品享有的著作权受我国著作权法的保护。

我国《计算机游戏软件保护条例》第九条规定，除另有规定外，软件著作权属于软件开发人员。如无相反证明，在软件上署名的自然人、法人或者其他组织为开发人。《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条规定，当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等，可以作为证据。本案中，根据光荣特库摩游戏提交的软件光盘上的署名、我国国家版权局软件著作权登记以及光荣特库摩游戏开发游戏的企划书等证据材料能够相互印证，形成了完整的证据链条，可以认定光荣特库摩游戏是《信长之野望创造：战国立志传》计算机游戏软件的著作权人。

根据（2016）京中信内经证字 26528 号公证书的记载，三鼎梦软件公司在其经营管理的 3DMGAME 网站中单独设置《信长之野望创造：战国立志传 3DM 中文站》游戏软件的主题网页，并发布了题为“《信长之野望创造：战国立志传》官方 Steam 正版分流”的帖子，明确承认《信长之野望创造：战国立志传官方 Steam 正版分流》游戏软件系其制作，而“下载说明”中记载该游戏制作和发行均为 KOEITECMOGAMESCO.LTD，即光荣特库摩游戏。通过该帖子中提供的下载链接下载得到的文件大小与三鼎梦软件公司网站的记载相一致，解压后的文件夹及文件均以 3DM 的名称命名。经实际运行游戏软件进行比对，确认该下载文件即为光荣特库摩游戏享有著作权的《信长之野望创造：战国立志传》游戏软件。由此可见，三鼎梦软件公司未经许可通过信息网络上上传了光荣特库摩游戏享有著作权的游戏软件，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得该作品，侵害了光荣特库摩游戏对其作品所享有的信息网络传播权。由于光荣特库摩游戏并未提供在我国境内实际销售的证据，也未提交充分证据证明被侵权所受到的实际损失或侵权获利情况，一审法院根据案件的具体情况，综合考虑涉案作品的创作难度、市场价值、侵权的具体方式、侵权范围和主观过错程度等因素予以确定赔偿数额。综上，依据著作权法第二条、第四十八条第一项、第四十九条，《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条第三款，《计算机游戏软件保护条例》第八条第一款第七项、第九条，《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条的规定，判决：一、三鼎梦软件公司停止实施侵害光荣特库摩游戏《信长之野望创造：战国立志传》计算机游戏软件信息网络传播权的行为；二、自判决生效之日起十日内，三鼎梦软件公司赔偿光荣特库摩游戏经济损失人民币二十万元；三、自判决生效之日起十日内，三鼎梦软件公司赔偿光荣特库摩游戏诉讼合理支出人民币十三万五千元；四、驳回光荣特库摩游戏的其他诉讼请求。

本院二审期间,当事人没有提交新证据。当事人对一审认定的事实不持异议,本院认定如下:一审判决认定的事实清楚,且有公证书、正版光盘、杂志等证据材料以及庭审笔录等在案佐证,本院对此予以确认。

在二审询问过程中,三鼎梦软件公司主张涉案计算机游戏软件《信长之野望创造:战国立志传》中存在违背伦理及公序良俗的内容。因此,该款计算机游戏软件不属于我国著作权法保护的作品,不应受到保护。此外,三鼎梦软件公司明确认可一审判决中认定的侵权事实,仅主张上传涉案计算机游戏软件的行为不是公司行为;明确表示对于一审判决的合理支出部分没有异议,仅对赔偿数额有异议。

以上事实有当事人提交的光盘、二审询问笔录、代理词等在案佐证。

本院认为:

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十八条的规定,第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。因此,根据上诉请求的有关事实和理由,本案二审的审理焦点为:一、涉案计算机游戏软件《信长之野望创造:战国立志传》是否应受我国著作权法保护;二、三鼎梦软件公司就涉案侵权行为是否应当承担侵权责任;三、如果三鼎梦软件公司应当承担侵权责任,一审判决其承担的赔偿责任是否适当?

一、关于涉案计算机游戏软件《信长之野望创造:战国立志传》是否应受我国著作权法保护问题

著作权法第二条规定,外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权,受本法保护。同时,著作权法第四条规定,著作权人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。光荣特库摩游戏系日本国法人,我国与日本国均为《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》成员国,因此,在没有证据证明光荣特库摩游戏在我国行使著作权的行为违反我国宪法和法律或者损害公共利益的情况下,光荣特库摩游戏的作品《信长之野望创造:战国立志传》享有的著作权受我国著作权法的保护,且光荣特库摩游戏有权依据其在日本国发行的作品《信长之野望创造:战国立志传》在我国主张著作权。根据在案证据尚不足以认定光荣特库摩游戏在我国行使著作权的行为违反了我国宪法和法律的规定或者损害了我国的公共利益,故三鼎梦软件公司的相关上诉理由缺乏事实和法律依据,本院对此不予支持。

二、关于三鼎梦软件公司就涉案侵权行为是否应当承担侵权责任的问题

三鼎梦软件公司在二审期间认可一审判决中认定的涉案行为构成侵权,但认为上传涉案游戏《信长之野望创造:战国立志传》行为不是公司行为。从(2016)京中信内证经字 26528 号公证书公证的内容来看,在 3DMGAME 网站上有涉案游戏软件,且显示制作机构为 3DMGAME。通过 ICP/IP 地址/域名信息备案管理系统来看, www.3dmgame.com 网站主办单位为三鼎梦软件公司。三鼎梦软件公司并未提供证据证明 3DMGAME 网站仅提供技术服务,涉案游戏软件为他人上传。在光荣特库摩游戏提供初步证据证明三鼎梦软件公司提供了涉案作品的情况下,三鼎梦软件公司未能提供证据证明其仅提供网络服务且无过错,因此,就其该项上诉理由由本院不予支持。

三、关于一审判决确定的赔偿数额是否适当问题

著作权法第四十九条规定,侵犯著作权或者与著作权有关的权利的,侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿;实际损失难以计算的,可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的,由人民法院根据侵权行为的情节,判决给予五十万元以下的赔偿。

鉴于光荣特库摩游戏未就权利人的实际损失和侵权人的违法所得提交证据,一审法院在综合考虑涉案游戏创作难度、市场价值、三鼎梦软件公司侵权的具体方式、侵权范围和主观过错

程度等因素的基础上确定的赔偿数额尚属合理。对三鼎梦软件公司有关赔偿数额过高的上诉主张，本院亦不予支持。

综上所述，三鼎梦软件公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币六千三百二十五元，由北京三鼎梦软件服务有限公司负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 刘晓军

审判员 张玲玲

代理审判员 蒋强

二〇一八年五月十五日

书记员 刘妍

北京永盛潮流国际文化发展有限公司与索尼音乐娱乐中国控股有限公司侵犯录音录像制作者权纠纷一案

北京市高级人民法院

民事判决书

(2011)高民终字第1607号

上诉人(原审被告)北京永盛潮流国际文化发展有限公司, 中华人民共和国北京市西城区马连道路14号9号楼6层1号。

法定代表人曹敬海, 总经理。

委托代理人侯为华, 北京市立天律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)索尼音乐娱乐中国控股有限公司(SonyMusicEntertainmentChinaHoldingsLimited), 住所地中华人民共和国香港特别行政区鲑鱼涌英皇道979号太古坊濠丰大厦24楼。

法定代表人崔震东, 董事。

委托代理人刘静, 北京市雍泽律师事务所律师。

委托代理人张改华, 北京市雍泽律师事务所律师。

上诉人北京永盛潮流国际文化发展有限公司(简称永盛潮流公司)因侵犯录音录像制作者权纠纷一案, 不服中华人民共和国北京市第一中级人民法院(简称北京市第一中级人民法院)

(2010)一中民初字第11662号民事判决, 向本院提出上诉。本院于2011年4月14日受理本案后, 依法组成合议庭, 于2011年6月16日公开开庭进行了审理。上诉人永盛潮流公司的委托代理人侯为华, 被上诉人索尼音乐娱乐中国控股有限公司(简称索尼公司)的委托代理人刘静、张改华到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

索尼公司向北京市第一中级人民法院提起诉讼称: 索尼公司经相关权利人授权获得MichaelJackson(迈克尔·杰克逊)部分专辑所有歌曲在中国大陆地区的独家录音录像制作者权。永盛潮流公司销售非索尼公司复制、发行也非索尼公司授权复制、发行的MichaelJackson(迈克尔·杰克逊)音像光盘11张, 侵犯了索尼公司的录音录像制作者权。因此, 索尼公司要求法院判令永盛潮流公司: 1、立即停止销售侵权音像制品, 并销毁库存音像制品; 2、赔偿索尼公司经济损失人民币1295000元; 3、赔偿索尼公司因诉讼支付的合理费用共计人民币46700元, 包括律师费人民币38000元, 公证费人民币8700元。

永盛潮流公司辩称: 涉案光盘并非其销售, 请求法院驳回索尼公司的诉讼请求。

北京市第一中级人民法院经审理查明: 2010年1月13日, 国际唱片业协会亚洲办事处亚洲区总裁梁美丝签署“权利认证报告书”, 该报告书证明:《shakeyourbody(downtotheground)》、

《don'tstoptilyougetenough》、《offthewall》、《rockwithyou》、《she'soutofmylife》、《canyoufeelit》、《thegirlismine》、《billiejean》、《beatit》、《wannabestartin'somethin'》、《humannature》、《PYT》、《Ijustcan'tstoplovingyou》、《thriller》、《bad》、《thewayyoumakemefee》、《maninthemirror》、《dirtydiana》、《smoothcriminal》、《blackorwhite》、《rememberthetime》、《inthecloset》、《whoisit》、《healtheworld》、《willyoubethere》、《youarenotalone》、《earthsong》、《theydon'tcareaboutus》、《yourockmyworld》、《babybemie》、《thegirlismine(withpulumccartney)》、《theladyinmylife》、《liberiangirl》、《workin'dayandnight》、《jam》、《gonetoosoon》、《dangerous》、《vincentpriceexcerptfrom“thriller”voice-oversession》、《thegirlismine2008withwill.i.am》、《P.Y.T(prettyyoungthing)2008withwill.i.am》、

《foralltime(unreleasedtrackfrom...)》、《scream》、《strangerinmoscow》、《childhood[themefrom“freewilly2”]》、《history》、《bloodonthedancefloor》、《heartbreaker》等歌曲在中国大陆地区的录音录像制作者权由索尼公司独家控制。另外，索尼公司提供了其享有版权的《迈克尔·杰克逊他的历史昨日·今日·明日》等专辑。

2010年11月1日，国际唱片业协会北京代表处出具《证明书》，其中载明：“兹证明本会在2010年1月13日向索尼音乐娱乐中国控股有限公司所签发的权利认证报告（以下简称报告）只代表报告所签订之日起计有效期为一年，而索尼音乐娱乐中国控股有限公司对报告所列歌曲的授权期限不会因此而受影响。本会确认报告所列歌曲自首次公开发行日起，在中国大陆地区的录音制品制作者权利由索尼音乐娱乐中国控股有限公司独家控制。”

2009年8月12日，索尼公司向永盛潮流公司购买11张专辑，包括《罗马尼亚危险之旅演唱会DVD9+MICHAELJACKSON“NUMBERONES”精选专辑CD》等。

经核对，永盛潮流公司销售的上述11张专辑包含有前述“权利认证报告书”中提及的47首歌曲，即《shakeyourbody(downtotheground)》、《don'tstoptilyougetenough》、《offthewall》、《rockwithyou》、《she'soutofmylife》、《canyoufeelit》、《thegirlismine》、《billiejean》、《beatit》、《wannabestartin'somethin'》、《humannature》、《PYT》、《Ijustcan'tstoplovingyou》、《thriller》、《bad》、《thewayyoumakemefeel》、《maninthemirror》、《dirtydiana》、《smoothcriminal》、《blackorwhite》、《rememberthetime》、《inthecloset》、《whoisit》、《healtheworld》、《willyoubethere》、《youarenotalone》、《earthsong》、《theydon'tcareaboutus》、《yourockmyworld》、《babybemie》、《thegirlismine(withpulumccartney)》、《theladyinmylife》、《liberiangirl》、《workin'dayandnight》、《jam》、《gonetoosoon》、《dangerous》、《vincentpriceexcerptfrom"thriller"voice-oversession》、《thegirlismine2008withwill.i.am》、《P.Y.T(prettyyoungthing)2008withwill.i.am》、《foralltime(unreleasedtrackfrom...)》、《scream》、《strangerinmoscow》、《childhood[themefrom“freewilly2”]》、《history》、《bloodonthedancefloor》、《heartbreaker》。

另查，索尼公司支出香港律师公证费港币10877元、律师费人民币3.8万元，但不能确定前述公证费和律师费系针对本案支出。

北京市第一中级人民法院认为：索尼公司对涉案47首录音录像制品享有录音录像制作者权，有权以自己的名义提起诉讼。索尼公司出具的《北京永盛潮流国际文化发展有限公司出库单》等证据能够证明永盛潮流公司销售了涉案11张专辑。该11张专辑包含索尼公司依法享有录音录像制作者权的47首录音录像制品，且永盛潮流公司的销售行为没有经过权利人的许可，也没有支付相应的报酬，故其行为侵犯了索尼公司享有的录音录像制作者权，应当承担停止侵权等民事责任。永盛潮流公司未举证证明其销售的11张专辑有合法来源，故其应当承担赔偿损失的民事责任。具体的赔偿数额，根据本案的具体情况，综合考虑涉案录音录像制品的市场价值、永盛潮流公司侵权的方式、范围、持续时间和主观过错等因素酌情确定。对于索尼公司主张的诉讼合理支出中与本案有关的部分，亦酌情予以支持。

北京市第一中级人民法院依据《中华人民共和国著作权法》（简称《著作权法》）第四十二条、第四十八条第（四）项、第四十九条、第五十三条的规定，判决：1、永盛潮流公司于判决生效之日起，停止销售含有索尼公司依法享有录音录像制作者权的《shakeyourbody》等47首录音录像制品的光盘；2、永盛潮流公司于判决生效之日起十日内，赔偿索尼公司经济损失及诉讼合理支出共计人民币5.7万元；3、驳回索尼公司的其他诉讼请求。

永盛潮流公司不服原审判决，向本院提出上诉，请求撤销原审判决或予以改判。其主要上诉理由是：1、永盛潮流公司从未销售过涉案光盘，索尼公司提供的出库单抬头与永盛潮流公

司的名称不符，且没有公司公章或其他特别标识，出库单等证据系伪造。2、索尼公司不具备起诉资格，其提交的证据不能证明录音录像制品的内容及其享有涉案录音录像制品的录音录像制作者权。

索尼公司服从原审判决，并对永盛潮流公司上诉理由答辩称：涉案光盘确系从永盛潮流公司购买，出库单的抬头和收据的印章均是永盛潮流公司。索尼公司是涉案录音录像制品的录音录像制作者人，是本案适格诉讼主体。

经审理查明：原审法院查明的事实清楚，并有（2010）深证字第 6468 号公证书、索尼公司提交的光盘、香港律师公证费发票、律师费发票等证据以及双方当事人陈述等证据在案佐证，证据充分且采信得当，故本院对原审法院查明的事实予以确认。

本院另查明，除《迈克尔·杰克逊他的历史昨日·今日·明日》（CN-E04-09-379-00/A. J6）外，索尼公司提交的用以证明其享有录音录像制作者权的专辑还包括：《迈克尔·杰克逊飙超值珍藏版》（CN-E04-09-380-00/A. J6）、《迈克尔·杰克逊世纪典藏》（CN-E04-05-468-00/A. J6）、《迈克尔·杰克逊危险之旅超值珍藏版》（CN-E04-09-382-00/A. J6）、《迈克尔·杰克逊经典的印记 2 颤栗超值珍藏版》（CN-E04-02-650-00/A. J6）、《流行音乐天王音乐历程全纪录》（CN-E04-09-397-00/V. J6）、《迈克尔·杰克逊经典的印记 1 墙外超值珍藏版》（CN-E04-02-651-00/A. J6）、《迈克尔·杰克逊/无敌天下》（CN-E04-01-542-00/A. J6）、《迈克尔·杰克逊颤栗 25 周年精装限量珍藏版》（CN-E04-09-381-00/A. J6）。上述专辑中包括索尼公司主张权利的 47 首曲目，外包装上均显示“索尼音乐娱乐中国控股有限公司提供版权”或“出版授权：SonyMusic (Asia) Inc.”或“SonyBMG/新索音乐提供版权”。

索尼公司为证明永盛潮流公司销售涉案 11 张侵权光盘提交了“北京永盛潮流国际文化发展有限公司出库单”和加盖永盛潮流公司财务专用章的收据，二者显示的日期和金额相同，其中出库单左上角注明“北京商海之鹰软件公司”，出库单上“部门”一栏显示“北京永盛潮流文化发展有限公司”。永盛潮流公司认可其使用的是商海之鹰软件，也认可软件中的“部门”、“品名”等项目内容可以自行填写和修改，但以出库单“部门”一栏显示的公司名称与其名称不同为由主张该出库单系伪造，并为此提交了 3 张出库单，主张其中单据号为 723 号的出库单对应的是索尼公司提交的收据。对比索尼公司提交的出库单与永盛潮流公司提交的单据号为 723 号的出库单发现，两张出库单除“部门”显示的公司名称和“品名”显示的光盘名称不同外，其余的“商品编码”、“型号”、“数量”、“单价”等内容均相同。

此外，原审诉讼中，永盛潮流公司明确表示认可索尼公司享有“权利认证报告书”中所列曲目的录音录像制作者权。

上述事实有索尼公司提交的专辑、出库单、收据及原审谈话笔录在案佐证。

本院认为：根据最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条的规定，当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等，可以作为证据。在作品或者制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人，但有相反证明的除外。本案中，索尼公司提交的用以证明其享有涉案曲目录音录像制作者权的专辑上有索尼公司或与索尼公司相关的公司署名，结合国际唱片业协会亚洲办事处亚洲区总裁梁美丝签署的权利认证报告书，可以认定索尼公司对涉案 47 首曲目享有录音录像制作者权，有权以自己的名义提起本案诉讼。而且，永盛潮流公司在原审诉讼中对此也予以认可。因此，永盛潮流公司有关索尼公司不具有本案诉讼主体资格的上诉理由，依据不足，本院不予支持。

虽然永盛潮流公司对索尼公司提交的出库单提出质疑，并为此提交了不同内容的出库单，但由于永盛潮流公司提交出库单的时间晚于索尼公司提交出库单的时间，且二者仅在“部门”和“品名”两项内容上存在差异，永盛潮流公司又认可出库单中“部门”、“品名”等项目的内容可以自行填写和修改，加之有收据佐证，故应认定索尼公司在先提交的出库单的真实性，

并据此认定永盛潮流公司销售了涉案侵权专辑。永盛潮流公司关于索尼公司提交的出库单系伪造，其并未销售涉案侵权专辑的上诉理由不能成立，本院不予支持。

综上，永盛潮流公司的上诉理由缺乏事实和法律依据，其上诉请求本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，依法应予维持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审案件受理费人民币一万六千八百七十五元，由索尼音乐娱乐中国控股有限公司负担一万三千八百七十五元（已交纳），由北京永盛潮流国际文化发展有限公司负担三千元（于本判决生效之日起七日内交纳）；二审案件受理费人民币一千二百二十五元，由北京永盛潮流国际文化发展有限公司负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 张雪松

代理审判员 谢甄珂

代理审判员 陈曦

二〇一一年七月二十日

书记员 张见秋

北京长城民星城镇化建设投资基金、湖北中亿房地产开发 有限公司合同纠纷二审民事裁定书

湖北省高级人民法院
民事裁定书

(2017)鄂民终 1854 号

上诉人(原审原告):北京长城民星城镇化建设投资基金(有限合伙)。住所地:北京市丰台区丽泽路 18 号院 1 号楼 501-40 室。

主要负责人:黄庆旺,该基金执行人委派代表。

委托诉讼代理人:孙亚芳,该单位员工。

委托诉讼代理人:汪钰龙,湖北维思德律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):湖北中亿房地产开发有限公司。住所地:湖北省仙桃市干办仙下河北路。

法定代表人:何建顺,该公司董事长。

被上诉人(原审被告):武汉市百富勤置业有限公司。住所地:湖北省武汉市东西湖区张柏路 2 号。

法定代表人:张春燕,该公司总经理。

委托诉讼代理人:邢九彬,湖北忠三律师事务所律师。

委托诉讼代理人:胡寄玲,湖北忠三律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):何建顺,男,1963 年 3 月 5 日出生,汉族,住湖北省团风县。

被上诉人(原审被告):黄雪兰,女,1970 年 10 月 3 日出生,汉族,住湖北省武汉市武昌区。

原审第三人:广发银行股份有限公司武汉分行。住所地:湖北省武汉市江汉区建设大道 737 号。

主要负责人:陶建全,该分行行长。

委托代理人:余弦,该行员工。

委托代理人:金灿,该行员工。

上诉人北京长城民星城镇化建设投资基金(有限合伙)(以下简称北京长城基金)因与被上诉人湖北中亿房地产开发有限公司(以下简称中亿公司)、武汉市百富勤置业有限公司(以下简称百富勤公司)、何建顺、黄雪兰及第三人广发银行股份有限公司武汉分行(以下简称广发武汉分行)合同纠纷一案,不服湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂 01 民初 1581 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2017 年 7 月 27 日立案后,依法组成合议庭,开庭进行了审理。上诉人北京长城基金的委托诉讼代理人孙亚芳、汪钰龙,被上诉人百富勤公司的委托诉讼代理人邢九彬、胡寄玲,原审第三人广发武汉分行的委托诉讼代理人余弦、金灿到庭参加诉讼。中亿公司、何建顺、黄雪兰经本院合法传唤,未到庭参加诉讼,本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

北京长城基金上诉请求:1、撤销一审判决,改判支持北京长城基金全部诉请;2、诉讼费及北京长城基金实现债权而发生所有费用由中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰负担。事实和理由:(一)《投资合作协议》及《委托贷款合同》中的补足义务条款不仅是还款方式的要求,也是对债权人的特殊保障性措施,该条款约定合法有效,对义务方产生相应约束力,违反该约定应产生相应合同责任。一审判决对此定性错误。(二)执行公证书所涉另案中,仅处理涉及相关主体的还款义务及保证、抵押、质押等担保责任,未包含本案所涉的还款补足责任,一审法院认定本案补足责任已纳入(2015)鄂中星内证字第 28996 号执行证书所涉

执行案件中，与事实不符。（三）依《投资合作协议》约定，中亿公司未按合同约定分期还款，差额补足义务履行条件已经成就，中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰未履行该义务，北京长城基金的本案诉请具有事实和法律依据。

百富勤公司辩称，（一）涉案委托贷款的受托人广发武汉分行已以债权人身份申请强制执行，北京长城基金无权就同笔债权另行主张权利，故其并非适格当事人。同一笔贷款债权不应存在两个主体并行主张。（二）百富勤公司是股权出质人，应以出质股权承担责任。补足责任只是一种补充责任，是就股权价值进行补充偿还，故应先就抵押财产和质押财产实现债权后，再就质押股权的变现款进行补足。在另案处理中本案被告均已作为当事人出现，且已主张的股权质押权，没有必要再经过本案处理，应驳回北京长城基金的诉请。（三）补足条款在协议中列在还款安排项目中，未纳入担保措施或违约责任条款中，故一审判决关于该条款仅是还款方式要求，未强调其责任的认定正确。关于质押补足责任百富勤公司只涉及 70%借款本金。百富勤公司无违约行为，不应该承担违约责任。（四）执行案件中，广发武汉分行已就抵押权进行了申请执行，可以保障北京长城基金案涉债权的实现。如百富勤公司清偿案涉债务，则仅能以普通债权人身份向中亿公司追偿，对百富勤公司明显不公。

广发武汉分行诉称，案涉借款的实际权利人为北京长城基金。同意北京长城基金的上诉意见。北京长城基金向一审法院起诉请求：1、中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰共同对中亿公司所欠北京长城基金借款本金总额 3000 万元承担偿还（补足）义务；2、中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰向北京长城基金支付违约金 432 万元（暂计算至 2016 年 1 月 21 日，后续计算至欠款全部清偿之日止）；3、中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰共同承担案件受理费及 620 元公告费。

一审法院认定事实：2014 年 2 月 18 日，北京长城基金作为委托方（甲方），中亿公司作为借款人和抵押人（乙方），百富勤公司作为出质人（丙方），何建顺作为出质人和保证人（丁方），黄雪兰作为保证人（丁方配偶）签订一份《投资合作协议》，该协议约定，鉴于：乙方因开发的位于湖北省××××办事处解放路“中亿豪庭”项目的建设资金向甲方申请融资。甲方委托广发武汉分行向乙方发放委托贷款。乙方、丙方、丁方、戊方自愿为乙方在委托贷款合同项下的债务提供抵押、质押及保证担保。各方一致同意由甲方对乙方开发的“中亿豪庭”项目经营进行监管。一、投资金额：人民币 3000 万元整；投资方式：可转债方式，甲方通过广发武汉分行对乙方发放委托贷款，同时约定：在编号为（2014）鄂古银委贷字第 4001 号《委托贷款合同》下的委托贷款到期之前，甲方有权利（但无义务）选择将截至甲方做出决定之日时，《委托贷款合同》项下乙方尚未偿还的委托贷款的本金和利息（“转股金额”），转换为对乙方的增资 / 受让股权。增资 / 受让股权价格由甲方和乙方按照国家有关政策法规的规定确定。甲方对乙方增资 / 受让乙方股权手续办理完毕（指甲方的股东身份、出资金额及比例已经乙方章程确认且办理完毕相应的工商变更、备案登记手续）且截至选择日前甲方所享有的全部委托贷款本息均已转成乙方股权后，甲方和乙方应当与贷款银行广发武汉分行解除委托贷款合同，乙方无需偿还《委托贷款合同》项下截至选择日的剩余本金和利息。甲方将转股金额转换为对乙方增资 / 受让股权后，如果乙方在增资 / 受让股权完成之日起（2）年内未实现首次公开发行并上市，甲方有权（但无义务）在增资 / 受让股后之日起 2 年后的任何时间，要求丙方和丁方对甲方股权进行回购。丙方和丁方有义务对甲方持有的乙方股权进行回购，且丙方和丁方自愿作为履行回购义务（包括差额补足义务）的连带债务人，并承诺在甲方持股期间，不得转让或以其他方式处分所持乙方股权。回购价格由甲方、丙方和丁方按照国家有关政策法规的规定确定。本协议签署后，甲方、广发武汉分行、乙方另行签署编号为（2014）鄂古银委贷字第 4001 的《委托贷款合同》。委托贷款银行广发武汉分行、乙方、丙方、丁方、戊方另行签署相关担保合同。甲方、乙方与委托贷款银行广发武汉分行另行签署编号为（2014）鄂古银委监字第 4001 号的《监管协议》，对乙方及乙方开发的“中亿

豪庭”项目的经营进行监管。二、委托贷款：经各方协商一致，甲方、广发武汉分行和乙方拟签订编号（2014）鄂古银委贷字第 4001 的《委托贷款合同》。甲方委托广发武汉分行向乙方发放委托贷款，贷款金额为人民币 3000 万元整，一次性发放。期限为 3 年，自贷款发放之日起 12 个月以内贷款利率 8.5%/年，自贷款发放之日起第 13 个月至贷款期满贷款利率 15%/年，自发放贷款之日起算。贷款担保：1、乙方自愿与委托贷款银行广发武汉分行签署编号为（2014）鄂古银委抵字第 4001 号的《抵押合同》，乙方将其拥有的位于湖北省××××办事处解放路“中亿豪庭”项目剩余 25331.14 平方米在建工程及其对应分摊国有土地使用权（国有土地使用权证号：仙国用（2013）第 1083 号）抵押给委托贷款银行广发武汉分行，并办理抵押登记。2、丙方、丁方与委托贷款银行广发武汉分行分别签署编号为（2014）鄂古银委质字第 4001-1 号、编号为（2014）鄂古银委质字第 4001-2 号的《股权质押合同》。依据合同约定，丙方及丁方以其拥有的乙方 100%的股权质押给委托贷款银行广发武汉分行为担保乙方履行《委托贷款合同》项下的还款义务。3、丁方、戊方与委托贷款银行广发武汉分行签署编号为（2014）鄂古银委保字第 4001 号《连带保证合同》约定，丁方、戊方自愿为乙方还款义务承担个人无限连带保证担保。4、乙方应当在本协议签署后五日内，完成对本协议和《监管协议》的公证手续，同时完成对《委托贷款合同》、《抵押合同》、《股权质押合同》、《连带保证合同》的强制执行公证手续，并承担相关费用。三、还款安排：自贷款发放之日起每自然季末月 20 日为本息结算日，21 日为本息支付日。自委托贷款发放之日起，乙方开发的“中亿豪庭”在建工程项目所有销售和租金收入进入销售回款账户（还款账户），销售回款的 60%用于偿还借款本金及利息，且保证自贷款发放之日起第 12 个月内偿还本金额度不得低于贷款本金的 30%（即 900 万元），不足部分由乙方及丙方、丁方、戊方补足。自贷款发放之日起第 13 个月至第 24 个月内偿还本金额度不得低于贷款本金的 30%（即 900 万元），不足部分由乙方及丙方、丁方、戊方补足。自贷款发放之日起第 25 个月至贷款期满，每自然季度末月 21 日，按当期销售回款的 60%资金与剩余贷款本金（指自委托贷款发放之日起第 24 个月末的余额）的 25%孰高原则偿还贷款本金，不足部分由乙方及丙方、丁方、戊方补足，贷款期满归还剩余本息。乙方根据项目销售进度，可于本息支付日提出提前偿还全部或部分本金数额，但每次还本金额不得低于 500 万元且为 100 万元的整倍数。四、如本协议约定与《委托贷款合同》约定内容不一致，以本协议约定为准，有关事宜，本协议未约定而《委托贷款合同》有约定的，以《委托贷款合同》为准。五、违约责任：任何一方当事人不履行本协议约定义务的，或者履行本协议约定义务不符合约定的，视为违约，适用相关配套协议承担违约责任。配套协议没有约定的，违约方应每日按贷款本金余额万分之五的标准向守约方支付违约金。各方当事人应依本协议安排签署相关配套协议。否则，应赔偿守约方的实际损失。配套协议有《委托贷款合同》、《抵押合同》、《连带保证合同》《股权质押合同》、《监管协议》、《财务顾问服务协议》。

2015 年 11 月 16 日，湖北省武汉市中星公证处作出（2015）鄂中星内证字第 28996 号执行证书，该证书称：经查，申请执行人广发武汉分行于 2014 年 2 月 18 日与委托人北京长城基金、借款人中亿公司签订了《委托贷款合同》，该合同经本处公证并赋予强制执行效力[公证书编号：（2014）鄂中星内证字第 2411 号]；申请执行人广发武汉分行于 2014 年 2 月 18 日与抵押人中亿公司签订了《抵押合同》，该合同经本处公证并赋予强制执行效力[公证书编号：（2014）鄂中星内证字第 2414 号]；申请执行人广发武汉分行于 2014 年 2 月 18 日与出质人百富勤公司签订了《股权质押合同》，该合同经本处公证并赋予强制执行效力[公证书编号：（2014）鄂中星内证字第 2412 号]；申请执行人广发武汉分行于 2014 年 2 月 18 日与出质人何建顺签订了《股权质押合同》，该合同经本处公证并赋予强制执行效力[公证书编号：（2014）鄂中星内证字第 2413 号]；申请执行人广发银行武汉分行于 2014 年 2 月 18 日与保证人何建顺、黄雪兰签订了《连带保证合同》，该合同经本处公证并赋予强制执行效力[公证

书编号：(2014)鄂中星内证字第 2797 号]。《委托贷款合同》(主合同)中约定，借款人中亿公司申请借款金额为 3000 万元整，借款用途为其开发的“中亿豪庭”项目的建设资金，借款期限为 36 个月（自广发武汉分行发放贷款之日起计算），借款利率按固定利率：12 个月内年利率为 8.5%，第 13 个月至委托贷款期满年利率为 15%。为保证广发武汉分行在主合同项下的债权的实现，抵押人中亿公司将其位于湖北省××××办事处解放路“中亿豪庭”项目剩余 25331.14 平方米在建工程及其对应分摊国有土地使用权抵押给广发武汉分行；出质人百富勤公司将其合法持有并享有合法处分权的中亿公司 90%股权质押给广发武汉分行，出质人何建顺将其合法持有并享有合法处分权的中亿公司 10%股权质押给广发武汉分行；保证人何建顺、黄雪兰同意为借款人的上述借款形成的债务承担个人无限连带责任保证担保。借款人及质押人、出质人、保证人在合同中约定：合同经公证后具有强制执行效力，并承诺如不履行或不完全履行其在合同项下的义务时，自愿接受强制执行，而无需经过诉讼程序，广发武汉分行可根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，直接向有管辖权的人民法院申请强制执行，并放弃对银行直接申请强制执行的抗辩权。根据《公证程序规则》、有关办证规则的规定及上述合同的相关约定，本公证处用“信函核实”的方式向借款人、抵押人、出质人、保证人进行核实：现中亿公司、百富勤公司、何建顺及黄雪兰从本处发出核实函之日起十日内均未向本公证处作出书面回复，视为公证处完成了核实程序。经查实，申请执行人已按约定如数放款给借款人，借款人违反合同约定，已连续九个月逾期未归还利息、五个月逾期未归还本金，至 2015 年 9 月 29 日尚欠贷款本金 3000 万元整及相应利息。现应申请执行人广发武汉分行的申请，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十八条和《中华人民共和国民事诉讼法》第三十七条的规定以及申请人与被申请人之间的合同约定，特出具本执行证书。申请执行人广发武汉分行可持本证书向有管辖权的人民法院申请强制执行，被申请执行人为借款人（抵押人）中亿公司、出质人百富勤公司、出质人何建顺、保证人何建顺及黄雪兰，执行标的为：借款本金人民币 3000 万元整及利息、申请执行人为实现债权而发生的所有其他费用。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十九条的规定，申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。

2016 年 7 月 21 日，一审法院作出（2016）鄂 01 执 56 号之一的执行通知书，其内容为：百富勤公司：广发武汉分行与中亿公司、何建顺、黄雪兰及你公司公证债权文书一案，湖北省武汉市中星公证处作出的（2014）鄂中星内证字第 2411 号、2412 号、2413 号、2414 号、2797 号公证书及（2015）鄂中星内证字第 28996 号执行证书发生法律效力后，广发武汉分行于 2016 年 1 月 8 日向本院申请执行，本院于同日立案执行。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十条、第二百五十三条和《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 24 条的规定，责令你公司自本通知书送达之日起履行如下义务：履行（2014）鄂中星内证字第 2412 号公证书及（2015）鄂中星内证字第 28996 号执行证书确定的义务，即广发武汉分行对你公司合法持有并出质的中亿公司 90%的股权在本案全部债权，包括但不限于本金人民币 3000 万元整、利息（包括复利和罚金）、违约金、赔偿金、其他款项（包括但不限于手续费、电讯费、杂费等）、实现本案债权与质押权而发生的费用（包括但不限于诉讼费、仲裁费、财产保全费、差旅费、执行费、评估费、资产处置费、拍卖费、公证费、送达费、公告费、律师费等）等范围内享有的优先受偿权。

2016 年 3 月 21 日，北京长城基金提起本案诉讼。

一审法院认为：本案中，北京长城基金提起的诉讼请求依据为其与中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰签订的《投资合作协议》在还款安排中对贷款不足部分由中亿公司、百富勤

公司、何建顺、黄雪兰补足的约定。该约定条款仅是一种还款方式要求，并未强调其责任。况且该《投资合作协议》项下的配套协议均属（2015）鄂中星内证字第 28996 号《执行证书》的公证内容，现已由广发武汉分行向一审法院申请强制执行。故北京长城基金提起的本案诉请无事实和法律依据，不予支持。一审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、第一百四十四条的规定，判决：驳回北京长城民星城镇化建设投资基金（有限合伙）的诉讼请求。本案的案件受理费 213400 元、公告费 620 元，由北京长城民星城镇化建设投资基金（有限合伙）负担。

二审期间，北京长城基金向本院提交如下证据：1、《委托贷款合同》；2、中亿公司尾号 2179 还款账户和尾号 2186 销售回款账户交易流水。拟证明：百富勤公司作为还款补足义务人，曾就借款利息履行了部分补足义务，补足义务的履行条件已经成就。百富勤公司公司质证认为：上述证据在一审期间均已形成，且《委托贷款合同》一审已经质证，故均不属于二审新证据。流水反映的转账行为不等于百富勤公司补足行为，该资金往来于补足义务无必然联系。广发武汉分行无具体质证意见。本院认为：《委托贷款合同》一审中已经质证，不属于二审新证据。银行流水反映的转账事实本身并不能定性该行为的法律关系及性质，也不能证明百富勤公司有履行补足义务的意愿，故该证据与补足行为之间无必然关联，本院对上述证据均不予采信。

本院经审理查明：一审法院认定事实属实，本院予以确认。

二审另查明：《委托贷款合同》、《抵押合同》、《连带保证合同》《股权质押合同》等《投资合作协议》所约定的配套合同亦于 2014 年 2 月 18 日签订。其中，北京长城基金、广发武汉分行及中亿公司签订的并经公证赋予强制执行效力的案涉《委托贷款合同》中约定了与《投资合作协议》相同内容的还款安排，即：自贷款发放之日起每自然季末月 20 日为本息结算日，21 日为本息支付日。自委托贷款发放之日起，中亿公司开发的“中亿豪庭”在建工程项目所有销售和租金收入进入销售回款账户（还款账户），销售回款的 60%用于偿还借款本金及利息，且保证自贷款发放之日起第 12 个月内偿还本金额度不得低于贷款本金的 30%（即 900 万元），不足部分由中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰补足。自贷款发放之日起第 13 个月至第 24 个月内偿还本金额度不得低于贷款本金的 30%（即 900 万元），不足部分由中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰补足。自贷款发放之日起第 25 个月至贷款期满，每自然季度末月 21 日，按当期销售回款的 60%资金与剩余贷款本金（指自委托贷款发放之日起第 24 个月末的余额）的 25%孰高原则偿还贷款本金，不足部分由中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰补足，贷款期满归还剩余本息。中亿公司根据项目销售进度，可于本息支付日提出提前偿还全部或部分本金数额，但每次还本金额不得低于 500 万元且为 100 万元的整倍数。亦约定：借款人或者保证人违约，广发武汉分行可按合同约定计收罚息和复利，直至本息清偿止。

2014 年 4 月 28 日，广发武汉分行向中亿公司发放 3000 万元委托贷款。

目前尚无确认案涉公证债权文书确有错误，不予执行的生效裁定。

本院认为，《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十八条规定：“对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机关。”《最高人民法院关于当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼人民法院是否受理的批复》规定：“根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十四条（注：2007 年修正）和《中华人民共和国公证法》第三十七条的规定，经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书依法具有强制执行效力。债权人或者债务人对该债权文书的内容有争议直接向人民法院提起民事诉讼的，人民法院不予受理。但公证债权文书确有错误，人民法院裁定不予执行的，当事人、公

证事项的利害关系人可以就争议内容向人民法院提起民事诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百八十条规定：有下列情形之一的，可以认定为民事诉讼法第第二款规定的公证债权文书确有错误：（一）公证债权文书属于不得赋予强制执行效力的债权文书的；（二）被执行人一方未亲自或者未委托代理人到场公证等严重违反法律规定的公证程序的；（三）公证债权文书的内容与事实不符或者违反法律强制性规定的；

（四）公证债权文书未载明被执行人不履行义务或者不完全履行义务时同意接受强制执行的。人民法院认定执行该公证债权文书违背社会公共利益的，裁定不予执行。公证债权文书被裁定不予执行后，当事人、公证事项的利害关系人可以就债权争议提起诉讼。根据上述规定，具有强制执行效力的公证债权文书与生效判决书、仲裁裁决书一样，是人民法院的执行依据，当事人可以据此申请强制执行。对于有强制执行效力的公证债权文书，发生争议后债权人应当申请强制执行，直接向人民法院提起民事诉讼，人民法院不予受理，即实际排除了当事人对直接提起诉讼这一方式的选择权。本案所涉的具有强制执行效力的债权公证文书包括《委托贷款合同》、《抵押合同》、《股权质押合同》、《连带保证合同》等系列合同。北京长城基金主张本案权利系依据北京长城基金、中亿公司、百富勤公司、何建顺、黄雪兰签订的《投资合作协议》关于还款方式约定，而在北京长城基金、广发武汉分行及中亿公司于 2014 年 2 月 18 日签订的并经公证赋予强制执行效力的《委托贷款合同》中亦有相同内容的还款安排，即该项约定已涵盖在具有强制执行效力的债权公证文书中，且《委托贷款合同》也约定了独立的违约责任条款，至于该约定对未参与缔约但另有相同意思表示的当事人是否产生拘束力、该条款能否构成相关各方之间的权利义务关系以及应否产生相应民事责任、该约定是否具有可执行性等问题均属公证债权文书及执行证书是否正确，亦包括于该公证债权争议范畴中，故应在执行程序中予以认定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百八十条第三款已规定了公证债权文书所涉当事人权利救济途径。根据本案现有证据，目前尚无确认案涉公证债权文书确有错误，不予执行的生效裁定，北京长城基金暂无权通过诉讼方式主张相关权利。依照《最高人民法院关于当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼人民法院是否受理的批复》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百三十条、第四百八十条第三款的规定，裁定如下：

一、撤销湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂 01 民初 1581 号民事判决；

二、驳回北京长城民星城镇化建设投资基金（有限合伙）的起诉。

一审案件受理费 213400 元，退还北京长城民星城镇化建设投资基金（有限合伙），北京长城民星城镇化建设投资基金（有限合伙）预交的二审案件受理费 213400 元予以退还。

本裁定为终审裁定。

审判长 李小丹

审判员 王赫

审判员 方庆

二〇一七年十一月九日

书记员 张丽

北京中金国科文化发展有限公司与山东新华书店集团有限公司、山东新昕资产管理经营有限公司股东出资纠纷二审民事判决书

最高人民法院

民事判决书

(2014)民二终字第3号

上诉人(原审原告):北京中金国科文化发展有限公司。

法定代表人:朱新民,该公司董事长。

委托代理人:周连升,该公司职员。

委托代理人:梁经基,北京市环富律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):山东新华书店集团有限公司。

法定代表人:李峰,该公司董事长。

委托代理人:郭涛,山东德义君达律师事务所律师。

委托代理人:季芳,山东德义君达律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):山东新昕资产管理经营有限公司。

法定代表人:刘飒,该公司执行董事兼总经理。

委托代理人:郭涛,山东德义君达律师事务所律师。

委托代理人:季芳,山东德义君达律师事务所律师。

上诉人北京中金国科文化发展有限公司(以下简称中金国科公司)因与被上诉人山东新华书店集团有限公司(以下简称山东新华书店集团)、山东新昕资产管理经营有限公司(以下简称新昕公司)股东出资纠纷一案,不服山东省高级人民法院(2013)鲁商初字第17号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成由审判员雷继平担任审判长,代理审判员李志刚、吴景丽参加的合议庭进行了审理,书记员郝晋琪担任记录。本案现已审理终结。

山东省高级人民法院一审查明:2008年12月23日,中金国科公司与山东新华书店集团、山东大众报业(集团)有限公司(以下简称大众报业集团)、山东省广播电视总台(以下简称广电总台)签订《发起人协议》,约定四方共同发起设立山东新华传媒股份有限公司(以下简称山东新华传媒),注册资本10亿元人民币,股份总数10亿股,每股面值人民币1元。其中协议第十一条约定出资方式、比例、出资期限为:山东新华书店集团认购股份数84700万股,占股份总数的84.7%,以折合70000万元的资产以及14700万元现金出资,首期出资16700万元,其中以资产出资166989415.62元,以现金出资10584.38元,其余出资在公司设立后六个月内缴清;中金国科公司认购股份数15000万股,占股份总数的15%,全部以现金出资,首期出资3000万元,其余出资在公司设立后六个月内缴清;大众报业集团认购股份数100万股,占股份总数的0.1%,全部以现金出资,首期出资100万元;广电总台认购股份数200万股,占股份总数的0.2%,全部以现金出资,首期出资200万元。协议第二十一条第4款约定:发起人任何一方未按本协议规定的时间缴足股款的,每逾期一日应按其认缴额的0.021%向守约方支付违约金。同日,中金国科公司与山东新华书店集团签订《发起设立山东新华传媒补充协议》(以下简称《补充协议》),约定了山东新华书店集团全部主营业务重组纳入山东新华传媒等内容。

2008年12月25日,万隆会计师事务所有限公司出具《验资报告》,经审验确认截至2008年12月24日止,山东新华传媒(筹)已收到山东新华书店集团、中金国科公司、大众报业集团、广电总台缴纳的注册资本合计20000万元,实收资本占注册资本的20%,其中山东新

华书店集团认缴出资 16700 万元，占注册资本的 16.7%，出资方式为货币出资 10584 元，实物（图书）16698.9416 万元，中金国科公司认缴出资 3000 万元，占注册资本的 3%，全部为货币出资，大众报业集团认缴出资 100 万元，占注册资本的 0.1%，全部为货币出资，广电总台认缴出资 200 万元，占注册资本的 0.2%，全部为货币出资。2009 年 10 月 29 日，中金国科公司向山东新华传媒支付剩余出资 12000 万元，山东新华传媒未验资，一直挂账应付账款项下。

2008 年 12 月 26 日，山东新华传媒在山东省工商行政管理局登记设立。

2009 年 12 月 8 日，山东新华书店集团向中金国科公司出具《山东新华书店集团关于山东新华传媒二期注资延迟的情况说明》，说明二期出资未及时到位的原因：一、改制配套优惠政策缺位。山东新华书店集团向山东出版集团、山东省委宣传部呈报《山东新华书店集团关于改制配套优惠政策的请示》，提出土地处置、财税政策、改制成本费用资金等五大项改制配套优惠政策，但至今未落实；二、山东出版集团提出整体重组改制上市。2009 年，山东出版集团加快了重组改制工作进程。山东新华传媒与山东出版传媒的关系需要明确定位，原有的改制思路需要重新调整。

2011 年 12 月 27 日，经山东省财政厅（鲁财教（2011）80 号文）及山东出版集团批准，山东新华书店集团与新听公司签订《无偿划转协议书》，将山东新华书店集团持有的山东新华传媒 84.7% 股权无偿划转至新听公司，划转基准日为 2011 年 6 月 30 日。

2012 年 11 月 1 日，新听公司与中金国科公司签订《补偿协议》，该协议明确了《发起人协议》出资履行情况及由于政策变化等因素，中金国科公司 12000 万元出资未能进行验资，至今留存在山东新华传媒账户中，山东新华书店集团亦由于政策变化等原因，未能进行第二期出资 68000 万元的缴付。明确了山东新华书店集团持有的 84.7% 的股权以 2011 年 6 月 30 日为基准日无偿划转至新听公司，新听公司持有山东新华传媒 84.7% 股权的事实。同时明确了山东新华传媒各股东拟于同日签署《解除协议》，协议双方一致同意解除《发起人协议》，并尽快解散山东新华传媒。1.1 条约定，为解除《发起人协议》各方在《发起人协议》项下的权利义务及责任并尽快解散山东新华传媒之目的，新听公司同意根据同期银行贷款利率对中金国科公司的第二期出资款的时间费用进行补偿。新听公司应向中金国科公司支付共计 2788.2863 万元补偿款，上述补偿款已包含山东新华传媒清算时中金国科公司应分得的收益，即中金国科公司应分得的剩余财产扣除中金国科公司对山东新华传媒的全部出资 15000 万元后的余额（如有）。补偿款项支付完毕，双方不再按照《发起人协议》向对方主张基于《发起人协议》而享有的任何权益。1.2 条约定，新听公司承诺在山东新华传媒清算报告经股东大会通过后五个工作日内由其自身或者其指定的第三方一次性将 2788.2863 万元的补偿款支付至中金国科公司指定的账户。

2012 年 11 月 1 日，新听公司、中金国科公司、大众报业集团以及广电总台签订《解除协议》，明确了因政策变化等客观原因，山东新华传媒自成立以来未开展实质的经营活动，各方决定解除《发起人协议》以及解散山东新华传媒，收回各自的投资。该协议 1.1 条约定，各方一致同意，解除《发起人协议》，各方在《发起人协议》中的权利、义务不再履行，各方亦不再按照《发起人协议》向其他方主张基于《发起人协议》而享有的任何权益；《发起人协议》解除后，各方关于《发起人协议》以及设立山东新华传媒等事宜再无任何争议。7.1 条第一款约定，本协议在满足下列条件后生效：（1）各方签字盖章；（2）中金国科公司收到山东新华传媒清算所得及补偿金；（3）中金国科公司对山东出版传媒股份有限公司（以下简称山东出版传媒）增资入股的工商变更手续办理完毕，山东出版传媒取得新的营业执照。7.1 条第二款约定：但因非山东出版传媒的原因而导致上述条件（3）无法满足，则各方同意，自各方签字盖章之日起，本协议生效。

同日，新昕公司与中金国科公司又签订《协议书》，第 1 条约定，根据新昕公司与山东新华书店集团于 2011 年 12 月 28 日签订的《无偿划转协议书》，山东新华书店集团持有的山东新华传媒 84.7% 的股权无偿划转给新昕公司。因此，山东新华书店集团在《发起人协议》项下的权利义务亦一并转让给新昕公司。第 3 条约定，若下列条件不能同时满足，则视同山东新华传媒未注销，新昕公司继续承担山东新华书店集团在《发起人协议》中所应承担的责任。3.1 条约定，中金国科公司按照双方签订的《补偿协议》获得补偿金；3.2 条约定，中金国科公司对山东出版传媒增资入股的工商变更手续办理完毕，山东出版传媒获得新的营业执照，但若非因新昕公司或山东出版传媒的原因而导致 3.2 条无法满足，则自新昕公司按照双方签订的《补偿协议》约定的数额和支付账户向中金国科公司支付补偿金之日起，视同 3.2 条已满足。

2012 年 11 月 1 日，山东新华传媒召开 2012 年第一次临时股东大会并作出决议，股东新昕公司、中金国科公司、大众报业集团以及广电总台一致批准通过《解除协议》，同意解除《发起人协议》，同意解散公司。

2012 年 12 月 7 日，新昕公司将 2788.2863 万元补偿金支付给中金国科公司，同年 12 月 21 日，山东新华传媒将经清算后的中金国科公司 1.5 亿元出资返还。

2012 年 12 月 31 日，山东省工商行政管理局出具《准予注销登记通知书》（（鲁）登记内销字（2012）第 37 号），同意山东新华传媒注销登记。

一审另查明：2011 年 6 月 1 日，中共山东省委宣传部向山东出版集团下发《对山东出版集团〈关于加快推进股份制改造并发行上市的工作方案及有关问题的请示〉的批复》，原则同意山东出版集团加快推进股份制改造并发行上市。2011 年 10 月 24 日，山东省人民政府向山东出版集团下发《关于山东出版集团有限公司重组改制并境内上市方案的批复》（鲁政字（2011）268 号），同意山东出版集团联合集团全资子公司山东新地投资有限公司共同发起设立山东出版传媒，在境内发行 A 股上市。2011 年 12 月 28 日，山东出版传媒在山东省工商行政管理局登记成立，注册资金 166000 万元，山东出版集团出资 162680 万元，山东新地投资有限公司出资 3320 万元。

2012 年初，中金国科公司、山东出版集团、山东新地投资有限公司、山东出版传媒签订《增资协议》，约定各方同意中金国科公司投入现金人民币 32400 万元，溢价认购山东出版传媒 15000 万股。上述《增资协议》签订后，就本次增资扩股事宜于 2012 年 12 月 14 日由山东出版传媒的主办单位山东出版集团向山东省新闻出版局上报《关于山东出版传媒增资扩股工作的请示》（鲁出发（2012）248 号），山东出版传媒拟引进包括中金国科公司在内八家战略投资者，其中六家公司（包括中金国科公司）股权结构中包含非公有资本。请示山东出版传媒在上市前拟引进民营资本或民营资本控股的投资主体是否符合新闻出版总署规定的产业政策精神。山东省新闻出版局于 2012 年 12 月 19 日向新闻出版总署请示山东出版传媒上市前拟引进中金国科公司等八家企业进行增资是否符合相关产业政策精神。2012 年 12 月 27 日，新闻出版总署向山东省新闻出版局下发《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》（新出审字（2012）1064 号），批复山东出版传媒增资扩股工作请严格按照《国务院关于非公有资本进入文化产业的若干决定》（国发（2005）10 号）有关规定执行。2012 年 12 月 31 日，山东省新闻出版局向山东出版集团下发《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》（鲁新出产业（2012）23 号），批复山东出版传媒在上市前的增资扩股工作中暂不宜引入非公有资本。未批准中金国科公司在内的股权结构中包含非公有资本六家公司增资入股。

上述事实有各当事人对真实性无异议的《发起人协议》、会计师事务所出具的《验资报告》、《山东新华书店集团关于山东新华传媒二期注资延迟的情况说明》、《无偿划转协议书》、《补偿协议》、《解除协议》、《协议书》、《山东新华传媒召开 2012 年第一次临时股东大会决议》、

新昕公司支付的 2788.2863 万元补偿金财务凭证、山东新华传媒向中金国科公司支付 1.5 亿元的电汇凭证、山东省工商行政管理局出具《准予注销登记通知书》、《增资协议》、中共山东省委宣传部下发的《对山东出版集团〈关于加快推进股份制改造并发行上市的工作方案及有关问题的请示〉的批复》、山东省人民政府下发的《关于山东出版集团重组改制并境内上市方案的批复》、《增资协议》、山东出版集团向山东省新闻出版局上报的《关于山东出版传媒增资扩股工作的请示》、新闻出版总署向山东省新闻出版局下发的《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》、山东省新闻出版局向山东出版集团下发的《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》等证据在卷为证，该院予以确认。

一审诉讼中，中金国科公司为证明其入股山东出版传媒没有政策上的限制，向该院提交了安徽新华传媒股份有限公司、中南出版传媒集团股份有限公司、江苏凤凰出版传媒股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书及出版发行企业上市前引进社会法人股等证据。

据此，中金国科公司依据《发起人协议》第十一条之规定，请求判令山东新华书店集团和新昕公司支付违约金 17976 万元。一审庭审中，中金国科公司提交了公安部门于 2013 年 9 月 27 日受理山东新华书店集团虚假出资一案的受案回执，证明公安部门已经受理山东新华书店集团涉嫌虚假出资案，并以此为由要求本案中止审理。

山东省高级人民法院一审认为：本案当事人签订的《发起人协议》、《补偿协议》、《协议书》、《解除协议》是当事人真实意思表示，内容和形式不违反法律强制性规定，为有效合同。根据诉辩双方的意见，本案争执的焦点是山东新华书店集团及新昕公司应否承担违约责任问题。

一、关于山东新华书店集团应否承担违约责任问题。该院认为，《中华人民共和国合同法》第八十八条规定，“当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人”。新昕公司和中金国科公司于 2012 年 11 月 1 日签订的《补偿协议》，明确了山东新华书店集团持有的 84.7% 的股权无偿划转至新昕公司的事实。同日，双方签订的《协议书》第一条也约定山东新华书店集团在《发起人协议》项下的权利义务亦一并转让给新昕公司，即中金国科公司同意山东新华书店集团在《发起人协议》中的权利义务由新昕公司承受。而且新昕公司作为《发起人协议》权利义务受让方，已根据《补偿协议》和《协议书》约定向中金国科公司履行了支付补偿款项等合同义务。中金国科公司与新昕公司签订的《协议书》第 3 条还约定，若条件不能同时满足，新昕公司继续承担山东新华书店集团在《发起人协议》中所应承担的责任。综上，中金国科公司再依据《发起人协议》约定，主张山东新华书店集团承担违约责任没有合同和事实依据，该院不予支持。

二、关于新昕公司应否承担违约责任的问题。对此，中金国科公司认为，因《解除协议》约定条件未成就，故该协议未生效，新昕公司仍应根据《发起人协议》的约定承担违约责任。而新昕公司抗辩认为，《解除协议》已经生效，根据该协议约定，其不应承担相应的民事责任。该院认为，《解除协议》各方当事人均已签字盖章，中金国科公司已收到山东新华传媒清算所得及补偿金，故《解除协议》约定生效的前两个条件已经成就。中金国科公司后来并没有入股成为山东出版传媒股东，这就需要分析是何原因致使中金国科公司没有入股山东出版传媒。《出版管理条例》第十七条规定：“出版单位变更资本结构应当由其主办单位向所在地省、自治区、直辖市人民政府出版行政主管部门提出申请；省、自治区、直辖市人民政府出版行政主管部门审核同意后，报国务院出版行政主管部门审批。”本案中，在《增资协议》签订后，山东出版传媒的主管部门山东出版集团就本次增资扩股事宜逐级履行审批程序，但由于行政审批未能批准包括中金国科公司在内的六家公司入股山东出版传媒，才致使中金国科公司等入股山东出版传媒的条件没有得到满足，即中金国科公司未能增资入股山东出版传媒并非山东出版传媒的原因而导致的。

中金国科公司在诉讼中提出安徽新华传媒股份有限公司等三家公司在上市前均引进了民营资本，以此证明中金国科公司入股山东出版传媒没有政策的限制。该院认为，安徽新华传媒股份有限公司的三家企业上市前引进了民营资本，而山东省新闻出版局未批准中金国科公司入股山东出版传媒，是因不同地区的政府出版行政主管部门对产业政策理解和掌握尺度不一致所致，其不能归责于山东出版传媒或新昕公司。

《解除协议》7.1 条第二款约定“但因非山东出版传媒的原因而导致第（3）个条件无法满足，则各方同意，自各方签字盖章之日起，本协议生效。”因该《解除协议》各方均已签字盖章，中金国科公司也收到山东新华传媒清算所得及补偿金，故该《解除协议》已经生效。根据《解除协议》1.1 条约定，各方亦不再按照《发起人协议》向其他方主张基于《发起人协议》而享有的任何权益。中金国科公司现依据《发起人协议》主张新昕公司承担违约责任无事实和法律依据，该院不予支持。

三、中金国科公司起诉后，在诉讼中又以山东新华书店集团涉嫌刑事犯罪为由要求本案中止诉讼。该院认为，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十一条规定，“有下列情形之一的，中止诉讼：……（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的。”由于公安部门是否受理刑事案件并不影响本案的审理，故中金国科公司要求中止诉讼，该院不予准许。

综上所述，中金国科公司诉讼请求及要求中止审理的理由不能成立，该院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第四十四条、第六十条、第八十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条、第一百五十一条、第一百五十二条之规定，判决：驳回中金国科公司诉讼请求。案件受理费 940600 元，由中金国科公司负担。

中金国科公司不服上述一审民事判决，向本院提起上诉称：一、原审判决认定中金国科公司同意山东新华书店集团在《发起人协议》中的权利义务由新昕公司承受，系认定事实错误。山东新华书店集团未就上述权利义务的转让征得中金国科公司同意，而且，中金国科公司同意的意思表示应向山东新华书店集团作出，并且在 2012 年 11 月 1 日签订的《协议书》中有关“因此，山东新华书店集团在《发起人协议》项下的权利义务亦一并转让给新昕公司”的约定系对协议法律后果的错误判断。二、依据《无偿划转协议书》，新昕公司只能受让山东新华书店集团对新华传媒的股东权利和义务，不能连同山东新华书店集团在《发起人协议》中的合同权利和义务也一并受让，《公司法》第八十四条之规定“发起人不依照前款缴纳出资的，应当按照发起人协议承担违约责任”，故山东新华书店集团的出资义务和违约责任均不因其股权转让行为而免除；三、本案中新昕公司无权签订《解除协议》，故其参与签订的《解除协议》无效。《解除协议》第 7.1 条所附的第（3）个条件中“但书”之后的事实不是“将来的不确定的事实”，也不是“应该可能发生的”合法事实，故不能成为第（3）个条件的组成部分，不能影响《解除发起人协议书的协议》的合同效力。即便《解除协议》已经生效，其也不能解除《发起人协议》中山东新华书店集团应承担的违约责任。四、原审判决认定中金国科公司未能增资入股山东出版传媒系因行政审批未能批准所致而非山东出版传媒的原因，系认定事实错误。新闻出版总署并没有不同意中金国科公司增资入股山东出版传媒，中金国科公司不能入股山东出版传媒不存在法律禁止、主管部门未批准的原因。综上，山东新华书店集团未履行其对新华传媒的出资义务构成违约，应依约承担违约责任；新昕公司明知其未履行出资义务而受让其股份应依法承担连带责任。据此请求撤销原审判决，依法改判支持中金国科公司一审诉讼请求或发回重审。

山东新华书店集团答辩称：一、中金国科公司在其与新昕公司于 2012 年 11 月 1 日签订的《协议书》中已经明确认可山东新华书店集团《发起人协议》中的权利义务全部转让给新昕公司。中金国科公司同日还与新昕公司、大众报业集团、广电总台签订了《解除协议》，上述协议也足以表明中金国科公司已经认可山东新华书店集团在《发起人协议》项下的合同权

利义务转让给新昕公司,并且认可新昕公司作为山东新华书店集团合同权利义务的继受主体有权解除《发起人协议》。二、《补偿协议》第 1.1 条约定,新昕公司应向中金国科公司支付 2788.2863 万元人民币补偿款,补偿款项支付完毕,双方不再按照发起人协议主张任何权益。

《补偿协议》已经生效并实际履行完毕,故中金国科公司无权根据《发起人协议》向新昕公司主张违约责任。三、《解除协议》中约定的生效条件已经成就,《发起人协议》已经解除。因新闻出版总署在《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》中,山东省新闻出版局在《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》中均不同意山东出版传媒在上市前引入非公有资本,从而导致中金国科公司无法向山东出版传媒增资入股。因此,一审判决认定“中金国科公司未能入股山东出版传媒不能归责于山东出版传媒或新昕公司”,认定事实清楚。据此,请求驳回中金国科公司的上诉,维持原审判决。

新昕公司同意山东新华书店集团的答辩意见,并补充两点答辩意见:一是补偿协议、解除协议已经实际履行并处理完毕,新昕公司已经依约支付补偿金,中金国科公司无权主张其他权益。二是根据民事诉讼法有关规定,中金国科公司举报的事实与本案审理无关联性,不属于中止审理的法定事由,对其主张应不予支持。据此,亦请求驳回上诉,维持原判。

本院对原审判决查明的事实予以确认。本院二审庭审中,中金国科公司以其已向山东省济南市公安局举报山东新华书店集团、新昕公司涉嫌虚假出资、抽逃出资犯罪,最高人民检察院已就该事宜下发了督办函,现该案正在侦查阶段为由,申请中止本案审理。该公司还以其受客观原因制约无法知悉上述最高人民检察院下发的督办函为由,申请本院依职权调取该函。本院认为,本案二审各方争议焦点为,一是山东新华书店集团在《发起人协议》中的合同权利义务是否已经转让给新昕公司;二是本案《解除协议》是否已经生效以及中金国科公司未能增资入股山东出版传媒是否非山东出版传媒和新昕公司的原因所致;三是本案是否应中止审理以及中金国科公司调查取证的申请应否准许。

一、关于山东新华书店集团在《发起人协议》中的合同权利义务是否已经转让给新昕公司的问题

中金国科公司与新昕公司于 2012 年 11 月 1 日双方签订的《协议书》第 1 条约定:“根据新昕公司与山东新华书店集团于 2011 年 12 月 28 日签订的《无偿划转协议书》,山东新华书店集团持有的山东新华传媒 84.7% 的股权无偿划转至新昕公司。因此,山东新华书店集团在《发起人协议》项下的权利义务亦一并转让给新昕公司。”中金国科公司签署包含上述条款的协议,表明其知悉山东新华书店集团已将相关权利和义务一并转让给新昕公司并对该项转让不持异议。同时,该《协议书》第 3 条还约定,如该《协议书》约定的条件不能同时满足,则新昕公司需继续承担山东新华书店集团在《发起人协议》中所应承担的责任。该条款再次表明中金国科公司认可由新昕公司承受原由新华书店集团承担的义务。根据《协议书》上述条款的约定,可以认定中金国科公司向新昕公司表达了其同意由新昕公司承担山东新华书店集团在《发起人协议》项下权利义务的意思。《合同法》第八十八条规定,“当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人”,本案中中金国科公司虽未直接向山东新华书店集团表示其同意后者与新昕公司之间的权利义务转让,但其在知悉山东新华书店集团与新昕公司已经签订《无偿划转协议书》的前提下,其向合同权利义务继受方作出同意该项转让的意思表示亦可满足《合同法》第八十八条有关“当事人一方经对方同意”即可发生权利义务转让的条件。

中金国科公司还主张其在《协议书》中有关“因此,山东新华书店集团在《发起人协议》项下的权利义务亦一并转让给新昕公司”的约定系对协议法律后果的错误判断,但是除了《协议书》上述条款的明确约定之外,在《协议书》签订同日,中金国科公司还与权利义务受让方新昕公司签订了解除《发起人协议》的《解除协议》以及就解除《发起人协议》损失赔偿问题的《补偿协议》,随后中金国科公司还接受了新昕公司按《补偿协议》约定支付的补偿

款,中金国科公司直接与新听公司签约认可新听公司行使受让的权利和并接受其履行承继的义务,事后再反悔并辩称系出于“错误判断”,与事实不符,而且就其所主张的错误,该公司也并未在法律规定的期间内以重大误解为由请求撤销该协议条款,因而对其主张本院不予支持。

二、关于《解除协议》是否已经生效以及中金国科公司未能增资入股山东出版传媒是否并非山东出版传媒和新听公司的原因所致的问题

中金国科公司与新听公司、大众报业集团以及广电总台所签订的《解除协议》第 7.1 条第一款约定,该协议生效需同时满足三项条件,其中条件(1)各方签字盖章及条件(2)中金公司收到山东新华传媒清算所得及补偿金两项条件已满足,各方无异议。条件(3)约定:中金国科公司对山东出版传媒增资入股的工商变更手续办理完毕,山东出版传媒取得新的营业执照。同时,7.1 条第二款还约定:但因非山东出版传媒的原因而导致上述条件(3)无法满足,则各方同意,自各方签字盖章之日起协议生效。根据上述内容,可以认定上述第二款系以但书的形式约定了排除条件(3)适用的情形,即符合但书约定情形时,仅需各方当事人签字盖章即可促成合同生效,否则三项条件需同时满足才能促成合同生效。因此,该第二款的内容系第一款所约定的合同生效条件适用的条件。因各方签订《解除协议》时,中金国科公司能否最终完成对山东出版传媒的增资入股具有不确定性,且具体将是什么原因导致其不能增资入股同样存在不确定性,中金国科公司有关上述第二款的约定不是“将来的不确定的事实”,也不是“应该可能发生的”合法事实,故不能成为第(3)个条件的组成部分的上诉理由,既不符合合同条款的含义也不符合本案事实,对其主张本院不予采信。

中金国科公司与山东出版传媒等签订《增资协议》后,就山东出版传媒在上市前拟引进民营资本或民营资本控股的投资主体参股是否符合国家产业政策的问题,山东省新闻出版局请示新闻出版总署所获答复为需严格按照《国务院关于非公有资本进入文化产业的若干决定》有关规定执行,据此,山东省新闻出版局明确要求山东出版传媒在上市前的增资扩股中暂不宜引入非公有资本。之后,各方《增资协议》未实际履行。上述事实表明,中金国科公司未能增资入股山东出版传媒系因出版行政主管部门未予批准所致,而非山东出版传媒或新听公司的原因。因此,根据前述《解除协议》第 7.1 条第二款之约定,由于非山东出版传媒的原因导致中金国科公司不能增资入股的,则《解除协议》自各方签字盖章之日起生效。中金国科公司上诉主张其不能对山东出版传媒增资入股不存在主管部门未审批的原因与事实不符,本院不予支持。原审判决认定《解除协议》已经生效正确,本院予以维持。

根据已经生效的《解除协议》第 1.1 条约定,中金国科公司同意《发起人协议》中各方的权利、义务不再履行,该公司不再按照《发起人协议》向其他方主张基于《发起人协议》而享有的任何权益。并且,中金国科公司和新听公司签订的《补偿协议》亦约定新听公司向中金国科公司支付 2788.2863 万元人民币补偿款后,双方不再按照发起人协议向对方主张任何权益。现《解除协议》已生效,《补偿协议》亦已履行完毕,中金国科公司接受了新听公司按《补偿协议》约定支付的全部补偿款后,又依据其已自愿解除的协议的约定主张山东新华书店集团和新听公司承担违约责任,没有合同依据,本院不予支持。中金国科公司还依据《公司法》第八十四条“发起人不依照前款规定缴纳出资的,应当按照发起人协议承担违约责任”的规定,主张山东新华书店集团未依约出资的违约责任不能因股权转让而免除,但本案事实表明,中金国科公司认可的不仅仅是山东新华书店与新听公司之间的股权转让而是权利义务的一并转让,山东新华书店集团不应承担违约责任也不是因为其股权已经转让,而是按照中金国科公司自行签订的协议的约定将该项违约责任转由新听公司承担,中金国科公司所援引法律的适用条件与其已经自愿处分其权利的事实相悖,对其主张本院不予支持。

三、关于本案是否应中止审理以及中金国科公司调查取证的申请应否准许的问题

本案二审中，中金国科公司以山东新华书店集团、新昕公司涉嫌实施虚假出资和抽逃注册资金犯罪为由请求中止本案诉讼，但本案民事纠纷中各方所争议的是二公司未如约履行其出资义务应如何向中金国科公司承担的民事责任问题，对该项责任，中金国科公司已经通过《解除协议》、《补偿协议》等一系列协议确认了其同意接受的补偿方式和补偿数额，且已经实际接受全部补偿，其与二公司就上述违约行为的赔偿责任已经清结。因此，无论山东新华书店集团、新昕公司是否构成犯罪以及是否应承担相应的刑事责任，中金国科公司基于二公司的违约行为已不再享有要求其承担其他民事责任的权利，即本案的审理结果将不受中金国科公司所述刑事案件侦查结果的影响。依据《民事诉讼法》第一百五十一条之规定，本案不存在中止诉讼的事由。中金国科公司请求本院调取的最高人民检察院下发的督办函，因该公司并不能确定该函是否实际存在，且即便存在该函其亦与本案民事纠纷案件审理结果无关联，对其申请本院不予准许。

综上，原审判决认定事实证据充分，适用法律正确，本院予以维持。中金国科公司的上诉理由没有事实和法律依据，其调查取证的申请不符合法律规定，本院均不予支持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案一、二审案件受理费各 940600 元，均由北京中金国科文化发展有限公司负担。

本判决为终审判决

审判长 雷继平

代理审判员 李志刚

代理审判员 吴景丽

二〇一四年四月二十二日

书记员 郝晋琪

北京中金国科文化发展有限公司与山东新华书店集团有限公司、山东新昕资产管理经营有限公司股东出资纠纷一审民事判决书

山东省高级人民法院
民事判决书

(2013)鲁商初字第17号

原告：北京中金国科文化发展有限公司。住所地：北京市西城区金融大街5号甲5号5层501室F1区。

法定代表人：朱新民，董事长。

委托代理人：刘华，山东森信律师事务所律师。

委托代理人：邢桂霞，山东森信律师事务所律师。

被告：山东新华书店集团有限公司。住所地：济南市市中区英雄山路189号。

法定代表人：李峰，董事长。

委托代理人：郭涛，山东德义君达律师事务所律师。

委托代理人：季芳，山东德义君达律师事务所律师。

被告：山东新昕资产管理经营有限公司。住所地：济南市经四路269号。

法定代表人：刘飒，总经理。

委托代理人：郭涛，山东德义君达律师事务所律师。

委托代理人：季芳，山东德义君达律师事务所律师。

原告北京中金国科文化发展有限公司（以下简称中金公司）与被告山东新华书店集团有限公司（以下简称新华书店集团）、被告山东新昕资产管理经营有限公司（以下简称新昕公司）股东出资纠纷一案，本院于2013年10月14日公开开庭进行了审理。原告中金公司委托代理人刘华、邢桂霞，被告新华书店集团与被告新昕公司共同委托代理人郭涛、季芳到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告中金公司诉称：2008年12月23日，新华书店集团与中金公司、山东大众报业（集团）有限公司（以下简称大众报业集团）、山东省广播电视总台（以下简称广电总台）四方共同签署《山东新华传媒股份有限公司发起人协议书》（以下简称《发起人协议》），约定四方以发起方式共同设立山东新华传媒股份有限公司（以下简称山东新华传媒），并明确了各方的出资比例、出资方式、权利义务以及违约责任等。上述协议签订后，四方发起人首期出资2亿元到位并经验资后，山东新华传媒于2008年12月26日在山东省工商局依法登记成立。此后，中金公司将其剩余出资1.2亿元打入验资账户，完成了其出资义务，但在协议约定的出资期限内，新华书店集团却没有将其剩余出资6.8亿元出资到位。2011年12月27日，新昕公司与新华书店集团签订《无偿划转协议书》，约定新华书店集团将其持有的山东新华传媒84.7%的股权以2011年6月30日为基准日无偿划转至新昕公司。新昕公司成为山东新华传媒股东后，也未将新华书店集团剩余出资6.8亿元缴清。两被告未依约履行其对山东新华传媒出资义务的行为，明显违反《发起人协议》第十一条之约定，构成违约。依照上述协议第二十一条第4项之约定，新华书店集团和新昕公司应当向中金公司支付违约金17976万元。请求：1、判令两被告向原告中金公司支付违约金17976万元（计算至2012年12月31日止）；2、判令两被告承担全部诉讼费用。

被告新华书店集团答辩称：一、中金公司起诉的主体不适格，新华书店集团在《发起人协议》项下的权利义务已经全部转让给新昕公司。新昕公司也与各发起人签订了《解除发起人协议

的协议》(以下简称《解除协议》)。中金公司无权再要求新华书店集团承担《发起人协议》项下的任何责任。中金公司起诉新华书店集团没有合同与法律依据,应予驳回。二、中金公司依据《发起人协议》主张违约金无法律依据。1、《发起人协议》已解除。2012年11月1日,新昕公司、中金公司、大众报业集团与广电总台等山东新华传媒的所有股东签署了《解除协议》,该《解除协议》已经生效。2、《发起人协议》解除后,中金公司主张违约责任缺乏合同依据。中金公司不应再基于《发起人协议》享有任何权益,亦不能向新华书店集团主张任何权益。3、《发起人协议》解除后,中金公司主张违约金也无法律依据。三、《解除协议》签订后,关于山东新华传媒所有后续事宜全部处理完毕,中金公司不再享有任何权利及权益。山东新华传媒已经法定程序清算并予以注销,中金公司1.5亿元的全部投资收回,且得到了新昕公司支付的新华书店集团未能二期出资事宜的补偿款2788万元,至此,关于《发起人协议》、《解除协议》所有事宜全部清结。综上,中金公司诉求无任何事实与法律依据,依法应予驳回。

被告新昕公司答辩称:一、《发起人协议》已经解除,中金公司依据《发起人协议》向新昕公司主张违约金,既无合同依据,也无法律依据。二、《解除协议》签订后,关于山东新华传媒所有后续事宜全部处理完毕,中金公司不再享有任何权利和义务。1、新昕公司已对中金公司的损失给予补偿。2、山东新华传媒已经清算并注销,基于《发起人协议》全部事宜均已结清。三、新华书店集团与新昕公司之间并不存在连带关系,不应存在于同一诉讼中。本案中,中金公司同时要求新华书店集团与新昕公司承担《发起人协议》项下的违约责任无任何依据。综上,中金公司诉求无任何事实与法律依据,依法应予驳回。

经审理查明:2008年12月23日,中金公司与新华书店集团、大众报业集团、广电总台签订《发起人协议》,约定四方共同发起设立山东新华传媒,注册资本10亿元人民币,股份总数10亿股,每股面值人民币1元。其中协议第十一条约定出资方式、比例、出资期限为:新华书店集团认购股份数84700万股,占股份总数的84.7%,以折合70000万元的资产以及14700万元现金出资,首期出资16700万元,其中以资产出资166989415.62元,以现金出资10584.38元,其余出资在公司设立后六个月内缴清;中金公司认购股份数15000万股,占股份总数的15%,全部以现金出资,首期出资3000万元,其余出资在公司设立后六个月内缴清;大众报业集团认购股份数100万股,占股份总数的0.1%,全部以现金出资,首期出资100万元;广电总台认购股份数200万股,占股份总数的0.2%,全部以现金出资,首期出资200万元。协议第二十一条第4款约定:发起人任何一方未按本协议规定的时间缴足股款的,每逾期一日应按其认缴额的0.021%向守约方支付违约金。同日,中金公司与新华书店集团签订《发起设立山东新华传媒补充协议》(以下简称《补充协议》),约定了新华书店集团全部主营业务重组纳入山东新华传媒等内容。

2008年12月25日,万隆会计师事务所有限公司出具《验资报告》,经审验确认截至2008年12月24日止,山东新华传媒(筹)已收到新华书店集团、中金公司、大众报业集团、广电总台缴纳的注册资本合计20000万元,实收资本占注册资本的20%,其中新华书店集团认缴出资16700万元,占注册资本的16.7%,出资方式为货币出资10584元,实物(图书)16698.9416万元,中金公司认缴出资3000万元,占注册资本的3%,全部为货币出资,大众报业集团认缴出资100万元,占注册资本的0.1%,全部为货币出资,广电总台认缴出资200万元,占注册资本的0.2%,全部为货币出资。2009年10月29日,中金公司向山东新华传媒支付剩余出资12000万元,山东新华传媒未验资,一直挂账应付账款项下。

2008年12月26日,山东新华传媒在山东省工商行政管理局登记设立。

2009年12月8日,新华书店集团向中金公司出具《新华书店集团关于山东新华传媒二期注资延迟的情况说明》,就二期出资未及时到位的原因,1、改制配套优惠政策缺位。新华书店集团向山东出版集团、山东省委宣传部呈报《山东新华书店集团关于改制配套优惠政策的请

示》，提出土地处置、财税政策、改制成本费用资金等五大项改制配套优惠政策，但至今未落实；2、山东出版集团提出整体重组改制上市。2009 年，山东出版集团加快了重组改制工作进程。山东新华传媒与山东出版传媒的关系需要明确定位，原有的改制思路需要重新调整。2011 年 12 月 27 日，经山东省财政厅（鲁财教（2011）80 号文）及山东出版集团批准，新华书店集团与新听公司签订《无偿划转协议书》，将新华书店集团持有的山东新华传媒 84.7% 股权无偿划转至新听公司，划转基准日为 2011 年 6 月 30 日。

2012 年 11 月 1 日，新听公司与中金公司签订《补偿协议》，该协议明确了《发起人协议》出资履行情况及由于政策变化等因素，中金公司 12000 万元出资未能进行验资，至今留存在山东新华传媒账户中，新华书店集团亦由于政策变化等原因，未能进行第二期出资 68000 万元的缴付。明确了新华书店集团持有的 84.7% 的股权以 2011 年 6 月 30 日为基准日无偿划转至新听公司，新听公司持有山东新华传媒 84.7% 股权的事实。同时明确了山东新华传媒各股东拟于同日签署《解除协议》，协议双方一致同意解除《发起人协议》，并尽快解散山东新华传媒。1.1 条约定，为解除《发起人协议》各方在《发起人协议》项下的权利义务及责任并尽快解散山东新华传媒之目的，新听公司同意根据同期银行贷款利率对中金公司的第二期出资款的时间费用进行补偿。新听公司应向中金公司支付共计 2788.2863 万元补偿款，上述补偿款已包含山东新华传媒清算时中金公司应分得的收益，即中金公司应分得的剩余财产扣除中金公司对山东新华传媒的全部出资 15000 万元后的余额（如有）。补偿款项支付完毕，双方不再按照《发起人协议》向对方主张基于《发起人协议》而享有的任何权益。1.2 条约定，新听公司承诺在山东新华传媒清算报告经股东大会通过后五个工作日内由其自身或者其指定的第三方一次性将 2788.2863 万元的补偿款支付至中金公司指定的账户。

2012 年 11 月 1 日，新听公司、中金公司、大众报业集团以及广电总台签订《解除协议》，明确了因政策变化等客观原因，山东新华传媒自成立以来未开展实质的经营活动，各方决定解除《发起人协议》以及解散山东新华传媒，收回各自的投资。该协议 1.1 条约定，各方一致同意，解除《发起人协议》，各方在《发起人协议》中的权利、义务不再履行，各方亦不再按照《发起人协议》向其他方主张基于《发起人协议》而享有的任何权益；《发起人协议》解除后，各方关于《发起人协议》以及设立山东新华传媒等事宜再无任何争议。7.1 条第一款约定，本协议在满足下列条件后生效：（1）各方签字盖章；（2）中金公司收到山东新华传媒清算所得及补偿金；（3）中金公司对山东出版传媒股份有限公司（以下简称山东出版传媒）增资入股的工商变更手续办理完毕，山东出版传媒取得新的营业执照。7.1 条第二款约定：但因非山东出版传媒的原因而导致上述条件（3）无法满足，则各方同意，自各方签字盖章之日起，本协议生效。

同日，新听公司与中金公司又签订《协议书》，第 1 条约定，根据新听公司与新华书店集团于 2011 年 12 月 28 日签订的《无偿划转协议书》，新华书店集团持有的山东新华传媒 84.7% 的股权无偿划转给新听公司。因此，新华书店集团在《发起人协议》项下的权利义务亦一并转让给新听公司。第 3 条约定，若下列条件不能同时满足，则视同山东新华传媒未注销，新听公司继续承担新华书店集团在《发起人协议》中所应承担的责任。3.1 条约定，中金公司按照双方签订的《补偿协议》获得补偿金；3.2 条约定，中金公司对山东出版传媒增资入股的工商变更手续办理完毕，山东出版传媒获得新的营业执照，但若非因新听公司或山东出版传媒的原因而导致 3.2 条无法满足，则自新听公司按照双方签订的《补偿协议》约定的数额和支付账户向中金公司支付补偿金之日起，视同 3.2 条已满足。

2012 年 11 月 1 日，山东新华传媒召开 2012 年第一次临时股东大会并作出决议，股东新听公司、中金公司、大众报业集团以及广电总台一致批准通过《解除协议》，同意解除《发起人协议》，同意解散公司。

2012 年 12 月 7 日,新昕公司将 2788.2863 万元补偿金支付给中金公司,同年 12 月 21 日,山东新华传媒将经清算后的中金公司 1.5 亿元出资返还。

2012 年 12 月 31 日,山东省工商行政管理局出具《准予注销登记通知书》((鲁)登记内销字(2012)第 37 号),同意山东新华传媒注销登记。

还查明:2011 年 6 月 1 日,中共山东省委宣传部向山东出版集团下发《对山东出版集团<关于加快推进股份制改造并发行上市的工作方案及有关问题的请示>的批复》,原则同意山东出版集团加快推进股份制改造并发行上市。

2011 年 10 月 24 日,山东省人民政府向山东出版集团下发《关于山东出版集团有限公司重组改制并境内上市方案的批复》(鲁政字(2011)268 号),同意山东出版集团联合集团全资子公司山东新地投资有限公司共同发起设立山东出版传媒,在境内发行 A 股上市。

2011 年 12 月 28 日,山东出版传媒在山东省工商行政管理局登记成立,注册资金 166000 万元,山东出版集团出资 162680 万元,山东新地投资有限公司出资 3320 万元。

2012 年初,中金公司、山东出版集团、山东新地投资有限公司、山东出版传媒签订《增资协议》,约定各方同意中金公司投入现金人民币 32400 万元,溢价认购山东出版传媒 15000 万股。上述《增资协议》签订后,就本次增资扩股事宜于 2012 年 12 月 14 日由山东出版传媒的主办单位山东出版集团向山东省新闻出版局上报《关于山东出版传媒增资扩股工作的请示》(鲁出发(2012)248 号),山东出版传媒拟引进包括中金公司在内八家战略投资者,其中六家公司(包括中金公司)股权结构中包含非公有资本。请示山东出版传媒在上市前拟引进民营资本或民营资本控股的投资主体是否符合新闻出版总署规定的产业政策精神。山东省新闻出版局于 2012 年 12 月 19 日向新闻出版总署请示山东出版传媒上市前拟引进中金公司等八家企业进行增资是否符合相关产业政策精神。2012 年 12 月 27 日,新闻出版总署向山东省新闻出版局下发《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》(新出审字(2012)1064 号),批复山东出版传媒增资扩股工作请严格按照《国务院关于非公有资本进入文化产业的若干决定》(国发(2005)10 号)有关规定执行。2012 年 12 月 31 日,山东省新闻出版局向山东出版集团下发《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》(鲁新出产业(2012)23 号),批复山东出版传媒在上市前的增资扩股工作中暂不宜引入非公有资本。未批准中金公司在内的股权结构中包含非公有资本六家公司增资入股。

上述事实有各当事人对真实性无异议的《发起人协议》、会计师事务所出具的《验资报告》、《新华书店集团关于山东新华传媒二期注资延迟的情况说明》、《无偿划转协议书》、《补偿协议》、《解除协议》、《协议书》、《山东新华传媒召开 2012 年第一次临时股东大会决议》、新昕公司支付的 2788.2863 万元补偿金财务凭证、山东新华传媒向中金公司支付 1.5 亿元的电汇凭证、山东省工商行政管理局出具《准予注销登记通知书》、《增资协议》、中共山东省委宣传部下发的《对山东出版集团<关于加快推进股份制改造并发行上市的工作方案及有关问题的请示>的批复》、山东省人民政府下发的《关于山东出版集团重组改制并境内上市方案的批复》、《增资协议》、山东出版集团向山东省新闻出版局上报的《关于山东出版传媒增资扩股工作的请示》、新闻出版总署向山东省新闻出版局下发的《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》、山东省新闻出版局向山东出版集团下发的《关于山东出版传媒股份有限公司增资扩股的批复》等证据在卷为证,本院予以确认。

在诉讼中,中金公司为证明其入股山东出版传媒没有政策上的限制,向本院提交了安徽新华传媒股份有限公司、中南出版传媒集团股份有限公司、江苏凤凰出版传媒股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书及出版发行企业上市前引进社会法人股等证据。

庭审中,中金公司提交了公安部门于 2013 年 9 月 27 日受理新华书店集团虚假出资一案的受案回执,证明公安部门已经受理新华书店集团涉嫌虚假出资案。中金公司以此为由要求本案中止审理。

本院认为：涉案当事人签订的《发起人协议》、《补偿协议》、《协议书》、《解除协议》是当事人真实意思表示，内容和形式不违反法律强制性规定，为有效合同。根据诉辩双方的意见，本案争执的焦点是新华书店集团及新昕公司应否承担违约责任问题。

一、关于新华书店集团应否承担违约责任问题。本院认为，《中华人民共和国合同法》第八十八条规定，“当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人”。新昕公司和中金公司于2012年11月1日签订的《补偿协议》，明确了新华书店集团持有的84.7%的股权无偿划转至新昕公司的事实。同日，双方签订的《协议书》第一条也约定新华书店集团在《发起人协议》项下的权利义务亦一并转让给新昕公司，即中金公司同意新华书店集团在《发起人协议》中的权利义务由新昕公司承受。而且新昕公司作为《发起人协议》权利义务受让方，已根据《补偿协议》和《协议书》约定向中金公司履行了支付补偿款项等合同义务。中金公司与新昕公司签订的《协议书》第3条还约定，若条件不能同时满足，新昕公司继续承担新华书店集团所应承担的责任。综上，中金公司再依据《发起人协议》约定，主张新华书店集团承担违约责任没有合同和事实依据，本院不予支持。

二、关于新昕公司应否承担违约责任的问题。对此，中金公司认为，因《解除协议》约定条件未成就，故该协议未生效，新昕公司仍应根据《发起人协议》的约定承担违约责任。而新昕公司抗辩认为，《解除协议》已经生效，根据该协议约定，其不应承担相应的民事责任。本院认为，《解除协议》各方当事人均已签字盖章，中金公司也已收到山东新华传媒清算所得及补偿金，故《解除协议》约定生效的前两个条件已经成就。中金公司后来并没有入股成为山东出版传媒股东，这就需要分析是何原因致使中金公司没有入股山东出版传媒。《出版管理条例》第十七条规定：“出版单位变更资本结构应当由其主办单位向所在地省、自治区、直辖市人民政府出版行政主管部门提出申请；省、自治区、直辖市人民政府出版行政主管部门审核同意后，报国务院出版行政主管部门审批。”本案中，在《增资协议》签订后，山东出版传媒的主管部门山东出版集团就本次增资扩股事宜逐级履行审批程序，但由于行政审批未能批准包括中金公司在内的六家公司入股山东出版传媒，才致使中金公司等入股山东出版传媒的条件没有得到满足，即中金公司未能增资入股山东出版传媒并非山东出版传媒的原因而导致的。

中金公司在诉讼中提出安徽新华传媒股份有限公司等三家公司在上市前均引进了民营资本，以此证明中金公司入股山东出版传媒没有政策的限制。本院认为，安徽新华传媒股份有限公司的三家企业上市前引进了民营资本，而山东省新闻出版局未批准中金公司入股山东出版传媒，是因不同地区的政府出版行政主管部门对产业政策理解和掌握尺度不一致所致，其不能归责于山东出版传媒或新昕公司。

《解除协议》7.1条第二款约定“但因非山东出版传媒的原因而导致第（3）个条件无法满足，则各方同意，自各方签字盖章之日起，本协议生效。”因该《解除协议》各方均已签字盖章，中金公司也收到山东新华传媒清算所得及补偿金，故该《解除协议》已经生效。根据《解除协议》1.1条约定，各方亦不再按照《发起人协议》向其他方主张基于《发起人协议》而享有的任何权益。中金公司现依据《发起人协议》主张新昕公司承担违约责任无事实和法律依据，本院不予支持。

三、中金公司起诉后，在诉讼中又以本案被告新华书店集团涉嫌刑事犯罪为由要求本案中止诉讼。本院认为，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十一条规定，“有下列情形之一的，中止诉讼：……（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的。”由于公安部门是否受理刑事案件并不影响本案的审理，故中金公司要求中止诉讼，本院不予准许。

综上所述，中金公司诉讼请求及要求中止审理的理由不能成立，本院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第四十四条、第六十条、第八十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条、第一百五十条、第一百五十二条之规定，判决如下：

驳回原告北京中金国科文化发展有限公司的诉讼请求。

案件受理费 940600 元，由原告北京中金国科文化发展有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国最高人民法院。

审判长 王庆林

代理审判员 邝斌

代理审判员 尹哲璇

二〇一三年十一月四日

书记员 贾宝群

北京中金汇金创业投资中心（有限合伙）诉宫俊林公司增资纠纷一案

北京市昌平区人民法院

民事判决书

（2016）京 0114 民初 1936 号

原告北京中金汇金创业投资中心（有限合伙），住所地北京市北京经济技术开发区中和街 14 号 B 座 412 室。

执行事务合伙人中金创新（北京）国际投资管理顾问有限公司（委托代表：刘珂）。

委托代理人张晓峰，北京市万商天勤律师事务所律师。

委托代理人段素兰，北京市万商天勤律师事务所律师。

被告宫俊林，男，1964 年 8 月 12 日出生。

原告北京中金汇金创业投资中心（有限合伙）（以下简称中金汇金中心）与被告宫俊林公司增资纠纷一案，本院受理后，依法组成由法官王筠韬担任审判长，人民陪审员王清根、王化民参加的合议庭，公开开庭进行了审理。原告中金汇金中心的委托代理人段素兰到庭参加了诉讼，被告宫俊林经本院多次合法传唤，均未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告中金汇金中心起诉称：2011 年 1 月 20 日，中金汇金中心与宫俊林签订《中成新星油田工程技术服务股份有限公司增资协议书》（以下简称《增资协议书》），约定中金汇金中心向中成新星油田工程技术服务股份有限公司（以下简称中成新星公司）增资 1575 万元，并就增资事项进行了详细的约定。同日，宫俊林出具《承诺函》，就股权回购事宜作出承诺：1、如宫俊林不能促成中成新星公司于《增资协议书》第二条 2.2 款约定的增资完成日起 36 个月内通过中国证券监督管理委员会发审委关于首次公开发行上市的核准，宫俊林应当在中金汇金中心提出回购要求后回购中金汇金中心持有的中成新星公司的股权；2、股权回购价款=投资款本金+该等投资款本金自交割日起 36 个月内按照 10%年利率确定的利息；3、回购应当在投资者提出回购要求之后 360 日内，由宫俊林完成支付。鉴于宫俊林未能完成其承诺的上市目标，中金汇金中心于 2014 年 3 月 7 日向宫俊林发出了《股权回购通知函》，要求宫俊林履行回购义务，宫俊林于 2014 年 3 月 10 日向中金汇金中心回函表示同意回购，但并未实际履行回购义务。综上，中金汇金中心提起诉讼，请求判令：1、宫俊林支付中金汇金中心回购款 2047.5 万元；2、宫俊林赔偿中金汇金中心所支付的律师费 63.35 万元。

被告宫俊林辩称：请求法院驳回原告的诉讼请求。首先，在原被告及中成新星公司签署的协议中 4.4 及 9.1 条中有明确约定，未经中成新星公司及宫俊林同意，中金汇金中心不得随意转让其所持有的公司股份，不得随意抽回对公司的增资。其次，全国中小企业股份转让系统于 2014 年 6 月 18 日下达了《受理通知书》，受理了中成新星公司的上市申请材料，而且中成新星公司已经于 2015 年 1 月 19 日在新三板上市，在目前的新三板平台上可以自由交易股份，故协议中约定的回购条件没有成就。

经审理查明：2011 年 1 月 20 日，中金汇金中心（甲方）与宫俊林（丙方）及中成新星公司（乙方）签订《增资协议书》。协议约定，甲方以现金 1575 万元向中成新星公司实施增资，甲方增资总金额中 250 万元作为公司注册资本，1325 万元进入资本公积。增资工商变更登记完成后，新公司注册资本为 9800 万元，甲方占增资完成后新公司注册资本的 2.55%，本次增资资金用于与公司主营业务有关的扩大再生产，未经甲方同意，乙方不得擅自改变资金用途；甲方应自本协议生效后五个工作日内将其认缴的出资划入公司指定的验资账户，并由公司向甲方出具收据。公司承诺在甲方汇入增资款后 30 个工作日内完成增资各项手续，完成工商变更登记并取得换发之公司营业执照之日视为本次增资完成日；未经乙方、丙方同意，

甲方在上市前不能随意转让其所持公司股份，不得随意抽回对公司的增资。签订上述协议的同时，被告向原告出具《承诺函》，承诺其作为中成新星公司的实际控制人，将极力促成中成新星于《增资协议》第二条第 2.2 款约定的增资完成日（“交割日”）起 36 个月内通过证监会发审委关于首次公开发行及上市的核准（“投资者最佳退出条件”）。若投资者最佳退出条件届时未达成，宫俊林将以下述价格回购投资者届时持有的中成新星股权：回购价格=据《增资协议》第二条第 2.1 款约定投资者实际投入的款项（“投资款”）本金+该等投资款本金自交割日起 36 个月内按照 10%年利率确定的利息。回购应当在投资者提出回购要求之后 360 日内，由宫俊林完成支付。如果当时本次发行并上市的申请尚在审核期，则在证监会出具明确的审批意见之前，原告不得提出上述回购请求。协议签订后，中金汇金公司于 2011 年 1 月 25 日向中成新星公司汇款 1575 万元。2011 年 1 月 28 日，中成新星公司完成工商变更登记，中金汇金中心持有中成新星公司 2.55% 的股份，宫俊林持有中成新星公司 18.92% 的股份。2014 年 3 月 7 日，中金汇金中心向宫俊林发出《股权回购通知函》，内容为，鉴于中成新星公司未能通过证监会发审委的核准，要求宫俊林立即回购中金汇金中心持有的全部中成新星公司的股份。2014 年 3 月 10 日，宫俊林及中成新星公司向中金汇金中心发出《回复函》，告知中金汇金中心，中成新星公司及宫俊林本人将通过多种渠道寻找投资人，协商股权回购事宜。在不影响中成新星公司正常经营的前提下，将竭力安排协调股权转让相关事宜。另查明，中金汇金中心委托北京市万商天勤律师事务所代理本案诉讼，并支付律师费 163800 元。

上述事实，有《增资协议书》、承诺函、转账凭证、公司章程、《股权回购通知函》、《关于股权回购通知函的回复函》、委托代理协议、律师费付款凭证及当事人庭审陈述等证据在案佐证。

本院认为：中金汇金中心与宫俊林及中成新星公司签订的《增资协议书》以及宫俊林依据《增资协议书》向中金汇金中心出具的《承诺函》，均系当事人真实意思的表示，且不违反法律法规的强制性规定，应予认定合法有效。中金汇金中心主张中成新星公司未在约定时间内完成首次公开发行及上市的核准，宫俊林辩称中成新星公司已经在全国中小企业股份转让系统挂牌，在约定时间内完成了公开发行及上市的工作，对此本院认为，宫俊林在《承诺函》中明确承诺要通过证监会发审委关于首次公开发行及上市的核准，该条件明确约定的是首次公开发行及上市，且在被告出具《承诺函》时，我国尚未推出全国中小企业股份转让系统，双方约定的并非指在该系统上市，故宫俊林的抗辩意见本院不予采纳。宫俊林另辩称在《增资协议书》中约定了中金汇金中心未经中成新星公司同意不得转让其所持有的股份，对此本院认为，中金汇金中心要求宫俊林履行合同约定的回购义务并非股权的对外转让，而是在中成新星公司未能如约上市情况下由原有股东对股权进行的回购，该行为与转让股权并非完全相同的概念，故对被告的该项抗辩意见本院亦不予以采纳。综上，《承诺书》中约定的回购条件已成就，中金汇金中心有权要求宫俊林履行回购义务，并按约定金额支付回购款。宫俊林未在合同约定的期限内支付回购款，构成违约，中金汇金中心有权要求宫俊林承担违约责任，对于中金汇金中心主张的律师费，本院对实际发生部分 163800 元予以支持，对于其他部分，因中金汇金中心未提供证据证明损失实际发生，本院不予支持。需要指出的是，在履行本案确定的付款义务后，宫俊林当然取得中金汇金中心所持有的中成新星公司的相应股份。

综上所述，依据《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

- 一、被告宫俊林于本判决生效后十日内支付原告北京中金汇金创业投资中心（有限合伙）股权回购款二千零四十七万五千元；
- 二、被告宫俊林于本判决生效后十日内赔偿原告北京中金汇金创业投资中心（有限合伙）损失十六万三千八百元；

三、驳回原告北京中金汇金创业投资中心（有限合伙）的其他诉讼请求。

如果被告宫俊林未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费十四万七千三百四十三元，原告北京中金汇金创业投资中心负担三千二百七十九元，已交纳；被告宫俊林负担十四万四千零六十四元，于本判决生效后十日内交纳。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，交纳上诉案件受理费，上诉于北京市第一中级人民法院。如在上诉期满后七日内未交纳上诉案件受理费的，按自动撤回上诉处理。

审判长 王筠韬

人民陪审员 王清根

人民陪审员 王化民

二〇一六年七月十三日

书记员 李旭

北京中金同合创业投资中心（有限合伙）诉宫俊林公司增资纠纷一案

北京市昌平区人民法院

民事判决书

（2016）京 0114 民初 1935 号

原告北京中金同合创业投资中心（有限合伙），住所地北京市北京经济技术开发区中和街 14 号 B 座 412 室。

执行事务合伙人中金创新（北京）国际投资管理顾问有限公司（委托代表：刘珂）。

委托代理人张晓峰，北京市万商天勤律师事务所律师。

委托代理人段素兰，北京市万商天勤律师事务所律师。

被告宫俊林，男，1964 年 8 月 12 日出生。

原告北京中金同合创业投资中心（有限合伙）（以下简称中金同合中心）与被告宫俊林公司增资纠纷一案，本院受理后，依法组成由法官王筠韬担任审判长，人民陪审员王清根、王化民参加的合议庭，公开开庭进行了审理。原告中金同合中心的委托代理人段素兰到庭参加了诉讼，被告宫俊林经本院多次合法传唤，均未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告中金同合中心起诉称：2011 年 1 月 20 日，中金同合中心与宫俊林签订《中成新星油田工程技术服务股份有限公司增资协议书》（以下简称《增资协议书》），约定中金同合中心向中成新星油田工程技术服务股份有限公司（以下简称中成新星公司）增资 2205 万元，并就增资事项进行了详细的约定。同日，宫俊林出具《承诺函》，就股权回购事宜作出承诺：1、如宫俊林不能促成中成新星公司于《增资协议书》第二条 2.2 款约定的增资完成日起 36 个月内通过中国证券监督管理委员会发审委关于首次公开发行上市的核准，宫俊林应当在中金同合中心提出回购要求后回购中金同合中心持有的中成新星公司的股权；2、股权回购价款=投资款本金+该等投资款本金自交割日起 36 个月内按照 10%年利率确定的利息；3、回购应当在投资者提出回购要求之后 360 日内，由宫俊林完成支付。鉴于宫俊林未能完成其承诺的上市目标，中金同合中心于 2014 年 3 月 7 日向宫俊林发出了《股权回购通知函》，要求宫俊林履行回购义务，宫俊林于 2014 年 3 月 10 日向中金同合中心回函表示同意回购，但并未实际履行回购义务。综上，中金同合中心提起诉讼，请求判令：1、宫俊林支付中金同合中心回购款 2866.5 万元；2、宫俊林赔偿中金同合中心所支付的律师费 79.33 万元。

被告宫俊林辩称：请求法院驳回原告的诉讼请求。首先，在原被告及中成新星公司签署的协议中 4.4 及 9.1 条中有明确约定，未经中成新星公司及宫俊林同意，中金同合中心不得随意转让其所持有的公司股份，不得随意抽回对公司的增资。其次，全国中小企业股份转让系统于 2014 年 6 月 18 日下达了《受理通知书》，受理了中成新星公司的上市申请材料，而且中成新星公司已经于 2015 年 1 月 19 日在新三板上市，在目前的新三板平台上可以自由交易股份，故协议中约定的回购条件没有成就。

经审理查明：2011 年 1 月 20 日，中金同合中心（甲方）与宫俊林（丙方）及中成新星公司（乙方）签订《增资协议书》。协议约定，甲方以现金 2205 万元向中成新星公司实施增资，甲方增资总金额中 350 万元作为公司注册资本，1855 万元进入资本公积。增资工商变更登记完成后，新公司注册资本为 9800 万元，甲方占增资完成后新公司注册资本的 3.57%，本次增资资金用于与公司主营业务有关的扩大再生产，未经甲方同意，乙方不得擅自改变资金用途；甲方应自本协议生效后五个工作日内将其认缴的出资划入公司指定的验资账户，并由公司向甲方出具收据。公司承诺在甲方汇入增资款后 30 个工作日内完成增资各项手续，完成工商变更登记并取得换发之公司营业执照之日视为本次增资完成日；未经乙方、丙方同意，

甲方在上市前不能随意转让其所持公司股份，不得随意抽回对公司的增资。签订上述协议的同时，被告向原告出具《承诺函》，承诺其作为中成新星公司的实际控制人，将极力促成中成新星于《增资协议》第二条第 2.2 款约定的增资完成日（“交割日”）起 36 个月内通过证监会发审委关于首次公开发行及上市的核准（“投资者最佳退出条件”）。若投资者最佳退出条件届时未达成，宫俊林将以下述价格回购投资者届时持有的中成新星股权：回购价格=据《增资协议》第二条第 2.1 款约定投资者实际投入的款项（“投资款”）本金+该等投资款本金自交割日起 36 个月内按照 10%年利率确定的利息。回购应当在投资者提出回购要求之后 360 日内，由宫俊林完成支付。如果当时本次发行并上市的应用尚在审核期，则在证监会出具明确的审批意见之前，原告不得提出上述回购请求。协议签订后，中金同合公司于 2011 年 1 月 26 日向中成新星公司汇款 2205 万元。2011 年 1 月 28 日，中成新星公司完成工商变更登记，中金同合中心持有中成新星公司 3.57% 的股份，宫俊林持有中成新星公司 18.92% 的股份。2014 年 3 月 7 日，中金同合中心向宫俊林发出《股权回购通知函》，内容为，鉴于中成新星公司未能通过证监会发审委的核准，要求宫俊林立即回购中金同合中心持有的全部中成新星公司的股份。2014 年 3 月 10 日，宫俊林及中成新星公司向中金同合中心发出《回复函》，告知中金同合中心，中成新星公司及宫俊林本人将通过多种渠道寻找投资人，协商股权回购事宜。在不影响中成新星公司正常经营的前提下，将竭力安排协调股权转让相关事宜。另查明，中金同合中心委托北京市万商天勤律师事务所代理本案诉讼，并支付律师费 206300 元。

上述事实，有《增资协议书》、承诺函、转账凭证、公司章程、《股权回购通知函》、《关于股权回购通知函的回复函》、委托代理协议、律师费付款凭证及当事人庭审陈述等证据在案佐证。

本院认为：中金同合中心与宫俊林及中成新星公司签订的《增资协议书》以及宫俊林依据《增资协议书》向中金同合中心出具的《承诺函》，均系当事人真实意思的表示，且不违反法律法规的强制性规定，应予认定合法有效。中金同合中心主张中成新星公司未在约定时间内完成首次公开发行及上市的核准，宫俊林辩称中成新星公司已经在全国中小企业股份转让系统挂牌，在约定时间内完成了公开发行及上市的工作，对此本院认为，宫俊林在《承诺函》中明确承诺要通过证监会发审委关于首次公开发行及上市的核准，该条件明确约定的是首次公开发行及上市，且在被告出具《承诺函》时，我国尚未推出全国中小企业股份转让系统，双方约定的并非指在该系统上市，故宫俊林的抗辩意见本院不予采纳。宫俊林另辩称在《增资协议书》中约定了中金同合中心未经中成新星公司同意不得转让其所持有的股份，对此本院认为，中金同合中心要求宫俊林履行合同约定的回购义务并非股权的对外转让，而是在中成新星公司未能如约上市情况下由原有股东对股权进行的回购，该行为与转让股权并非完全相同的概念，故对被告的该项抗辩意见本院亦不予以采纳。综上，《承诺书》中约定的回购条件已成就，中金同合中心有权要求宫俊林履行回购义务，并按约定金额支付回购款。宫俊林未在合同约定的期限内支付回购款，构成违约，中金同合中心有权要求宫俊林承担违约责任，对于中金同合中心主张的律师费，本院对发票及付款凭证所证明的实际发生部分 206300 元予以支持，对于其他部分，因中金同合中心未提供证据证明损失实际发生，本院不予支持。需要指出的是，在履行本案确定的付款义务后，宫俊林自然取得中金同合中心所持有的中成新星公司的相应股份。

综上所述，依据《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、第一百零七条《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

一、被告宫俊林于本判决生效后十日内支付原告北京中金同合创业投资中心（有限合伙）股权回购款二千八百六十六万五千元；

二、被告宫俊林于本判决生效后十日内赔偿原告北京中金同合创业投资中心（有限合伙）损失二十万六千三百元；

三、驳回原告北京中金同合创业投资中心（有限合伙）的其他诉讼请求。

如果被告宫俊林未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费十八万九千零九十二元，原告北京中金同合创业投资中心负担三千七百六十八元，已交纳；被告宫俊林负担十八万五千三百二十四元，于本判决生效后十日内交纳。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，交纳上诉案件受理费，上诉于北京市第一中级人民法院。如在上诉期满后七日内未交纳上诉案件受理费的，按自动撤回上诉处理。

审判长 王筠韬

人民陪审员 王清根

人民陪审员 王化民

二〇一六年七月十三日

书记员 李旭

被告人郭浩贪污一案刑事判决书

开远铁路运输法院

刑事判决书

(2016)云 7102 刑初 36 号

公诉机关开远铁路运输检察院。

被告人郭浩，男，1976 年 7 月 4 日出生于山西省太原市，汉族，大学文化，中铁六局集团太原铁路建设有限公司东港项目部财务部部长，住山西省太原市。因涉嫌犯贪污罪，2016 年 8 月 6 日经开远铁路运输检察院决定，由开远铁路公安处刑事拘留；2016 年 8 月 17 日经云南省人民检察院昆明铁路运输分院决定，由开远铁路公安处执行逮捕。现羁押于开远铁路公安处看守所。

辩护人谷盼盼，北京隆安（太原）律师事务所律师。

开远铁路运输检察院以开铁检刑诉〔2016〕35 号起诉书指控被告人郭浩犯贪污罪，于 2016 年 12 月 13 日向本院提起公诉。本院审查后于 2016 年 12 月 14 日立案，并依法组成合议庭，适用普通程序审理，于 2017 年 1 月 16 日在本院法庭公开开庭审理了本案。开远铁路运输检察院指派检察员张翎灵、代理检察员杨栢琳出席法庭支持公诉。被告人郭浩及其辩护人谷盼盼到庭参加诉讼。现已审理终结。

开远铁路运输检察院指控，2014 年 7 月间，被告人郭浩利用负责中铁六局集团太原铁路建设有限公司玉蒙铁路工程项目经理部善后财务工作的职务便利，虚列支出，套取公款，将滇南铁路有限责任公司退还中铁六局集团太原铁路建设有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户的工程质保金人民币 60 万元予以侵吞。

针对上述指控事实，公诉机关当庭宣读和出示了被告人郭浩的供述与辩解、干部履历表、劳动合同书、干部任免通知书、银行查询凭证、证人证言、情况说明、营业执照、扣押物品文件清单、视听资料等证据在案予以证实。

公诉机关认为，被告人郭浩利用负责中铁六局集团太原铁路建设有限公司玉蒙铁路工程项目经理部善后财务工作的职务便利，侵吞公款人民币 60 万元，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百八十二条第一款之规定，涉嫌贪污罪，犯罪事实清楚，证据确实、充分，应当以贪污罪追究其刑事责任。

公诉机关提出量刑建议，根据我国刑法和有关司法解释的规定，被告人郭浩贪污犯罪的数额属巨大，应当以贪污罪对其判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。鉴于其归案后能如实供述自己的犯罪事实，具有法定从轻的坦白情节，并积极退缴大部分赃款，提请法庭量刑时对其判处三年至五年有期徒刑，并处罚金。

被告人郭浩对起诉书指控自己贪污工程质保金人民币 60 万元的事实无异议。但辩称事出有因，大部分都是用于抵扣自己在工程前期为公司垫付的招待费等款项，只是因为时间长已经无法找到留存的单据。

辩护人的辩护意见：1、被告人郭浩不是国家工作人员，不符合贪污罪的犯罪主体要件，其行为不构成贪污罪，构成职务侵占罪。2、被告人郭浩自动投案并如实供述自己的罪行，构成自首，依法应从轻或减轻处罚。3、被告人郭浩积极退缴大部分贪污所得赃款。4、被告人郭浩当庭自愿认罪，悔罪态度明显，依法应从轻或减轻处罚。

经审理查明：2014 年 7 月间，被告人郭浩利用负责中铁六局集团太原铁路建设有限公司玉蒙铁路工程项目经理部善后财务工作的职务便利，虚列支出，套取公款，将滇南铁路有限责任公司退还中铁六局集团太原铁路建设有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户的人民币 60 万元质保金，以劳务费的名义分别将质保金人民币 20 万元、40 万元打到事先开户并归其本

人使用的马某、任某某的帐户上，并多次以转账、提现的方式将钱从马某、任某某的账户上取出，转入或者存入其个人的建设银行账户中，非法予以侵吞。

另查明，2016 年 8 月 5 日，被告人郭浩在侦查机关尚未完全掌握其贪污的犯罪事实、未被采取强制措施之前，仅因犯罪嫌疑被检察机关对其询问的过程中，就主动如实交代贪污公款的犯罪事实，并积极退缴贪污犯罪所得赃款人民币 407401 元。

认定上述事实，有公诉机关宣读和出示，并经被告人郭浩及其辩护人当庭质证的下列证据在案予以证实：

- 1、被告人郭浩的身份证复印件，证实：郭浩系年满 41 周岁的正常成年人，已达到刑事责任年龄，具有完全的刑事责任能力，应当对自己的犯罪行为负责。
- 2、中铁六局集团太原铁路建设有限公司提供的营业执照、章程、中国铁路工程总公司中铁程办[2003]389 号、中铁程改[2003]437 号文件各 1 份、关于公司国有企业性质的情况说明 1 份，证实：中铁六局集团太原铁路建设有限公司的企业性质为国有企业。
- 3、中铁六局集团太原铁路建设有限公司提供的郭浩简历、干部履历表、劳动合同书及聘任、任免通知 9 份，证实：郭浩系具有国家工作人员的主体身份，其于 2012 年 2 月至 2014 年 7 月期间，负责中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部善后财务工作。
- 4、中铁六局集团太原铁路建设有限公司提供的项目部会计、出纳岗位责任书各 1 份，证实：郭浩具有应当遵守财经纪律、严格执行国家相关法律、规章制度，以及上级单位的有关规定，严格审核原始凭证、编制记账凭证并登记会计账簿，并建立各种辅助台账及按会计基础工作规范审核收付款凭证，根据审核无误的收付款凭证进行资金收付等工作职责。
- 5、中铁六局集团太原铁路建设有限公司提供的中铁六局集团有限公司文件 1 份，证实：中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部是由中铁六局集团有限公司于 2005 年 11 月 16 日正式成立。
- 6、中国建设银行股份有限公司蒙自支行提供的中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户开户资料情况 1 份，证实：中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户的存款人为中铁六局集团有限公司，该账户系中铁六局集团有限公司授权委托郭浩办理开户手续。
- 7、中国建设银行股份有限公司开远支行提供的中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户账号为 53001666336051008486 的交易明细 1 份，证实：（1）2014 年 7 月 18 日从滇南铁路有限责任公司玉蒙铁路建设资金账户汇入人民币 1000000 元（退质保金）到中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户；（2）2014 年 7 月 18 日从中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户划款人民币 20 万元劳务费到马某账号为 3910349980110295219 的账户；（3）2014 年 7 月 18 日从中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户划款 40 万元劳务费到任某某账号为 6227003910340414549 的账户的事实情况。
- 8、滇南铁路有限责任公司提供的拨款申请单、报告、收据、转账支票存根各 1 份，证实：2014 年 7 月 18 日滇南铁路有限责任公司付款人民币 1000000 元工程款（退质保金）到中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户。
- 9、中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部提供的银行付款凭证、收据各 1 份、电子转账凭证 2 份，证实：（1）2014 年 7 月 18 日，中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部电子转账付款人民币 20 万元劳务费到马某账号为 3910349980110295219 的账户；（2）福建省融东建设工程有限公司玉蒙项目部收到中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部劳务费人民币 20 万元的收据系魏某某开具，收据上并无收款时间。
- 10、中国建设银行股份有限公司蒙自支行提供的马某账号为 3910349980110295219 的账户开户资料及交易明细各 1 份，证实：（1）马某账号为 3910349980110295219 的建设银行存折账

户系张某某代为开户；2014 年 7 月 18 日，马某的账户收到从中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户转账存入的劳务费人民币 20 万元；（3）2014 年 7 月 18 日，马某账户分别转账人民币 40000 元到郭浩账号为 6227003910340220359 的账户、现金支取人民币 40000 元、5000 元；（4）2014 年 7 月 19 日，马某账户分别转账人民币 49000 元到郭浩账号为 6227077800053284 的账户，现金支取人民币 49000 元；（5）2014 年 8 月 29 日，马某账户转账人民币 17000 元到郭浩账号为 6227077800053284 的账户。

11、中国建设银行股份有限公司蒙自支行提供的马某账号为 3910349980110295219 的账户转账、取款凭条 7 份、销户资料 1 份，证实：（1）2014 年 7 月 18 日，郭浩从马某账户转账人民币 40000 元到郭浩账号为 6227003910340220359 的账户、从马某账户现金取款人民币 40000 元、5000 元；（2）2014 年 7 月 19 日，郭浩从马某账户转账人民币 49000 元到郭浩账号为 6227077800053284 的账户、现金取款人民币 49000 元；（3）2014 年 8 月 29 日，郭浩从马某账户转账人民币 17000 元到郭浩账号为 6227077800053284 的账户；（4）2014 年 9 月 23 日，马某账户在现金取款人民币 311.64 元后予以销户。

12、中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部提供的银行付款凭证 1 份、电子转账凭证 2 份，证实：（1）2014 年 7 月 18 日，中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部电子转账付款人民币 40 万元劳务费到任某某账号为 6227003910340414549 的账户；（2）中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部转账到任某某账户上的人民币 40 万元劳务费挂在支付给怀安县凯达建筑有限公司（石文瑞 2）劳务费的科目上。

13、中国建设银行股份有限公司蒙自支行提供的任某某账号为 6227003910340414549 账户的开户资料及交易明细各 1 份，证实：（1）任某某账的建设银行账户系任某某本人开户；（2）2014 年 7 月 18 日，任某某的账户收到从中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部账户转账存入的人民币 40 万元劳务费；（3）2014 年 7 月 18 日，任某某账户分别转账人民币 49000 元、45000 元到郭浩账号为 6227003910340220359 的账户；（4）2014 年 7 月 19 日，任某某账户分别转账人民币 45000 元、45000 元到郭浩账号为 6227077800053284 的账户；（5）2014 年 7 月 20 日、21 日、22 日，任某某账户分别转账人民币 45000 元、45000 元、45000 元到郭浩账号为 6227077800053284 的账户；（6）2014 年 7 月 23 日，任某某账户转账人民币 37000 元到郭浩账号为 6227077800053284 的账户。

14、中国建设银行股份有限公司红河州分行、蒙自支行提供的任某某账号为 6227003910340414549 的账户转账凭条各 1 份，证实：（1）2014 年 7 月 18 日，郭浩从任某某账号为 6227003910340414549 的账户转账人民币 45000 元到郭浩账号为 6227003910340220359 的账户；（2）2014 年 7 月 19 日，郭浩从任某某账号为 6227003910340414549 的账户转账人民币 45000 元到郭浩账号为 6227077800053284 的账户。

15、中国建设银行股份有限公司蒙自支行、开远支行分别提供的郭浩建设银行账号为 6227003910340220359 的账户开户资料、交易明细各 1 份，证实：（1）建设银行账号为 6227003910340220359 的账户系郭浩本人开户，开户时间为 2011 年 1 月 29 日；（2）2014 年 7 月 18 日，郭浩账号为 6227003910340220359 的建设银行账户从任某某账号为 6227003910340414549 的账户分别转账存入人民币 49000 元、45000 元；（3）2014 年 7 月 18 日，郭浩账号为 6227003910340220359 的建设银行账户从马某账号为 3910349980110295219 的账户转账存入人民币 40000 元；（4）2014 年 7 月 18 日，郭浩账号为 6227003910340220359 的建设银行账户分别现金存入人民币 24400 元、40000 元；（5）2014 年 7 月 22 日，郭浩账号为 6227003910340220359 的建设银行账户转账人民币 200000 元到其卡号为 6227077800053284 的账户。

16、中国建设银行股份有限公司蒙自支行、开远支行分别提供的郭浩建设银行账号为 6227077800053284 的账户开户资料、交易明细各 1 份，证实：（1）建设银行的账户系郭浩

本人开户,开户时间为2012年8月24日;(2)2014年7月19日,郭浩账号为6227077800053284的账户分别从任某某账号为6227003910340414549的账户转账存入人民币45000元、45000元;(3)2014年7月19日,郭浩账号为6227077800053284的建设银行账户现金存入人民币40000元;(4)2014年7月19日,郭浩账号为6227077800053284的账户转账人民币60000元到其账号为4367420260802271784的账户;(5)2014年7月19日,郭浩账号为6227077800053284的账户从马某账号为3910349980110295219账户转账存入人民币49000元;(6)2014年7月20日、21日、22日,郭浩账号为6227077800053284的账户从任某某账号为6227003910340414549账户分别转账存入人民币45000元、45000元、45000元;(7)2014年7月22日,郭浩账号为6227077800053284的账户从其账号为6227003910340220359账户转账存入人民币200000元;(8)2014年7月22日,郭浩账号为6227077800053284的账户从其账号为4367420260802271784的账户转账存入人民币60000元;(9)2014年7月23日,郭浩账号为6227077800053284的账户从任某某账号为6227003910340414549的账户转账存入人民币37000元;(10)2014年7月24日,郭浩账号为6227077800053284的账户转账人民币580000元到其账号为4367420260802271784的账户。

17、中国建设银行股份有限公司山西省分行提供的郭浩账号为4367420260802271784的账户交易明细1份,证实:(1)2014年7月19日,郭浩账号为4367420260802271784的账户从其账号为6227077800053284的账户转账存入人民币60000元;(2)2014年7月22日,郭浩账号为4367420260802271784的账户转账存入人民币60000元到其账号为6227077800053284的账户;(3)2014年7月24日,郭浩账号为4367420260802271784的账户从其账号为6227077800053284的账户转账存入人民币580000元;(4)2014年7月24日,郭浩账号为4367420260802271784的账户转账人民币580000元到乔某某账号为4563513500009752074的账户。

18、中国建设银行股份有限公司太原城建支行提供的郭浩账号为4367420260802271784的账户的转账凭条、个人汇款凭证各1份,证实:2014年7月24日,郭浩从其账号为6227077800053284的账户转账人民币580000元到其账号为4367420260802271784的账户;郭浩从其账号为4367420260802271784的账户转账人民币580000元购房款到乔某某账号为4563513500009752074的账户。

19、太原市房产权档案馆提供的太原市房屋所有权转移登记申请书、太原市存量房买卖合同各1份,证实:2014年7月24日,郭某与乔某某签订了太原市存量房买卖合同,房屋坐落于太原市并州北路45号1幢四单元13层,合同上房屋成交价格为人民币330000元。

20、扣押物品、文件清单、退还清单,证实:检察机关扣押物品和退还物品的相关情况,以及郭浩到案后,郭浩及其亲属积极退缴赃款人民币407401元。

21、证人张某某的证言,证实:(1)马某的建设银行存折账户(账号为3910349980110295219),系张某某用马某的身份证代为开户;(2)张某某代开马某的账户系郭浩安排;(3)张某某代开马某账户后,将马某的存折交给了郭浩,2011年5月张某某离开玉蒙项目部后,马某存折发生过什么,张某某并不清楚。

22、证人马某的证言,证实:(1)郭浩借用马某的身份证开设建设银行账户,马某将身份证借给了郭浩;(2)马某不认识用其身份证代为开设存折账户的张某某;(3)马某从来没有见过、使用过张某某代为开设的建设银行存折,不清楚存折账户发生过什么业务,是否销户了也不清楚。

23、证人魏某某的证言,证实:(1)2006年至2010年魏某某是挂靠在福建省融东建设工程有限公司在中铁六局玉蒙项目部干工程;(2)2009年前后的时候,郭浩和魏某某说要处理中铁六局玉蒙项目部的一些费用,魏某某就开了张人民币20万元的收据给郭浩;(3)魏某某没有收到过中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部2014年7月18日支付给福

建省融东建设工程有限公司的劳务费人民币 20 万元，魏某某不认识马某，也不知道马某具体从事什么工作。

24、证人任某某的证言，证实：（1）2014 年 5、6 月份，郭浩主动打电话给任某某借用银行卡，任某某通过邮寄的方式将卡号为 6227003910340414549 的建设银行卡借给了郭浩；（2）任某某不清楚郭浩拿卡号为 6227003910340414549 建设银行卡去做什么；（3）任某某卡号为 6227003910340218692 的卡和卡号为 6227003910340414549 的卡是同一个账户；（4）任某某没有收到过 2014 年 7 月 18 日从中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部汇款到任某某卡号为 6227003910340414549 的账户上的劳务费人民币 40 万元；（5）玉蒙项目部拨款给任某某都是统一用怀安县凯达建筑有限公司（史 2）这个科目。

25、证人曹某某的证言，证实：（1）宝嘉丽景小区综合楼这套房归郭浩的弟弟郭某所有；（2）曹某某不清楚宝嘉丽景小区综合楼这套房子是谁买的，也不清楚买房子的钱的来源。

26、证人郭某的证言，证实：（1）郭浩出钱购买了太原市并州北路宝嘉丽景小区的一套房子，房子过户时落在郭某名下；（2）购房款大约人民币 60 多万元，郭浩的弟弟郭某不清楚郭浩买房的钱的来源。

27、证人乔某某的证言，证实：（1）郭浩通过房屋中介购买了乔某某位于在山西太原市并州北路 45 号 1 幢四单元 13 层房屋；（2）房屋成交价格为人民币 640000 元，合同价格为人民币 330000 元；（3）2014 年 7 月 24 日，郭浩转账付款人民币 580000 元给乔某某，同时办理了过户手续，签字人系郭某。

28、证人梁某的证言，证实：（1）中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部存有账外资金，但账外资金具体从哪儿来的，具体金额是多少梁某并不知晓，只有郭浩清楚。（2）中铁六局集团有限公司玉蒙铁路工程项目经理部工作人员包括郭浩，垫付的钱款已经通过账外资金在 2015 年春节前后就全部报销给其本人。

29、被告人郭浩的供述与辩解，证实：郭浩贪污公款的时间、地点、金额和事实经过等方面，能与其他证人证言和相关证据基本一致：（1）2014 年 7 月，郭浩将中铁六局集团有限公司玉蒙项目经理部账户上的人民币 20 万元钱以劳务费的名义转到了马某的个人存折账户上，之后分多次以转账、提现的方式将钱从马某的账户取出来转进其个人的建设银行账户中；（2）马某的存折账户系郭浩借用马某身份证，安排张某某帮其开设账户，该存折账户由郭浩一直在使用；（3）郭浩以劳务费的名义打款到马某账户上是以郭浩让魏某某开具的人民币 20 万元收据作为打款依据；（4）2014 年 7 月，郭浩从中铁六局玉蒙项目部账户上以劳务费的名义转账人民币 40 万元到任某某的个人账户上，然后分多次以转账和提现的方式把这 40 万元人民币从任某某卡中取出，存入其自己建设银行账户；（5）人民币 40 万元的劳务费实际并未发生，任某某也不清楚这件事；（6）郭浩将从马某、任某某账户中转存到其个人银行账户上的人民币 60 万元用于购买太原市并州北路宝嘉丽景小区综合楼 4 单元的房子，该套房子落户在其弟弟郭某的名下。

上述证据，经庭审举证、质证，被告人郭浩及其辩护人均未提出实质性异议。虽然部分证言在对相关案件事实的证明内容上存在部分瑕疵，但其主要内容能与其他证据相互印证，足以证明案件的相关事实内容。本院认为，上列证据取证程序合法，证据间相互关联、印证，内容客观真实，可以充分证明公诉机关指控被告人郭浩犯贪污罪的事实，本院决定作为认定本案的证据依法予以采信。

对于辩护人提交的下列证据：1、中国中铁股份有限公司《首次公开发行 A 股股票招股意向书摘要》；2、中国中铁股份有限公司官方网站“公司简介”；3、中铁六局集团有限公司企业基本信用报告；4、2014 年 7 月 16 日《检察日报》；5、山东省济南市中级人民法院（2014）济刑二终字第 128 号刑事判决书；6、《刑事审判参考》[第 99 集][1016]号。系向法庭证明中铁六局集团有限公司的性质属于国有控股公司，郭浩系在国有控股公司中从事管理工作的

人员，不是国家工作人员。经当庭举证质证，公诉机关对上列证据所要证明的目的性均不予认可。

本院认为，上列证据系从网络下载，均为下载打印件且未加盖任何单位公章，其证据的形式不符合刑事诉讼证据的要求，也无法证明其内容的真实性。所要证明的内容与本案的指控事实之间也没有关联性。在现行审判实践中判例仅能作为办案参考，个案的性质和要件各有不同，没有可采性。且无从查证其内容的相似度，不能作为证据来引以证明本案的事实。因此，辩护人当庭提交的证据欲证明被告人郭浩不具有国家工作人员的主体身份，其证据没有证明力，本院不予采信。

被告人郭浩关于大部分都是用于抵扣自己在工程前期为公司垫付的招待费等款项，只是因为时间长已经无法找到留存的单据的辩解，庭审中查明，玉蒙铁路工程项目经理部工作人员包括郭浩，为公司垫付的钱款已经通过账外资金在 2015 年春节前后就全部报销给其本人。因此，其辩解无事实和证据予以支持，本院不予采信。

辩护人关于被告人郭浩不是国家工作人员，不符合贪污罪的犯罪主体要件，其行为不构成贪污罪，构成职务侵占罪的辩护意见，本院认为，庭审中大量的证据已经证明，中铁六局集团太原铁路建设有限公司系中铁六局集团公司下属的全资子公司，中铁六局集团公司是中铁六局集团太原铁路建设有限公司的唯一股东。而中铁六局集团有限公司属中国铁路总公司的全资子公司，中国铁路总公司隶属于国务院国有资产监督管理委员会。从以上层级从属关系可以确认，郭浩所在的中铁六局集团太原铁路建设有限公司，是国有法人独资企业，属国有企业性质。郭浩系在国有企业中从事管理的工作人员，应认定其为国家工作人员的主体身份无疑。据此，辩护人的该辩护意见于法无据，与事实不符，本院不予采信。

辩护人关于被告人郭浩自动投案并如实供述自己的罪行，应认定其具有自首情节，且积极退缴大部分贪污所得赃款，当庭自愿认罪，依法应从轻或减轻处罚的辩护意见，庭审中查明，2016 年 8 月 5 日，被告人郭浩在侦查机关尚未完全掌握其贪污的犯罪事实、未被采取强制措施之前，仅因犯罪嫌疑被检察机关对其询问的过程中，就主动如实交代贪污公款的犯罪事实，并积极退缴赃款人民币 407401 元，其行为符合刑法和有关司法解释关于自首认定的法定条件，且认罪悔罪态度较好。因此，该辩护意见本院予以采纳，量刑时充分予以考虑。

本院认为，被告人郭浩利用负责中铁六局集团太原铁路建设有限公司玉蒙铁路工程项目经理部善后财务工作的职务便利，虚列劳务费支出，套取公款，将属于国有企业的工程质保金人民币 60 万元非法予以侵吞的行为已触犯刑法，且犯罪事实清楚，证据确实充分，开远铁路运输检察院对被告人郭浩犯贪污罪的指控成立，本院予以支持，依法追究其刑事责任。

本案中，被告人郭浩贪污公共财产的金额为人民币 60 万元，根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第一款的规定，贪污数额属数额巨大，对其应以贪污罪依照刑法第三百八十三条的规定判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。案发后，被告人郭浩在未被检察机关采取强制措施之前，主动如实交代自己贪污犯罪的事实，应认定其具有自首情节，依照《中华人民共和国刑法》第六十七条第一款的规定，可以从轻或者减轻处罚；在侦查阶段，郭浩及其亲属积极退缴了大部分贪污所得赃款，庭审中郭浩虽然对指控的贪污行为是否构成犯罪有所辩解，但对基本事实予以认可，根据最高人民法院《关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复》的规定，不影响对其自首情节的认定。公诉机关关于郭浩具有坦白情节，积极退缴大部分涉案赃款，以贪污罪判处有期徒刑三年至五年，并处罚金的量刑建议，符合本案庭审查明的事实，本院综合予以采纳。充分评判被告人郭浩的犯罪事实和相关量刑情节，本院决定量刑时对郭浩适用从轻处罚。

综上所述，本院为严肃国家法纪，严厉惩戒职务犯罪，维护国家工作人员的职务廉洁性，切实保护公共财产的安全，根据被告人郭浩犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，充分考虑上述量刑情节，依法判决如下：

一、依照《中华人民共和国刑法》第三百八十二条第一款、第三百八十三条第一款第（二）项、第九十三条第二款、第六十一条、第六十二条、第六十七条第一款、最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第一款、第十九条第一款、最高人民法院《关于处理自首与立功具体应用法律若干问题的解释》第一条和《关于适用财产刑若干问题的规定》第一条、第二条、第五条之规定，被告人郭浩犯贪污罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币四十五万元。

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自 2016 年 8 月 6 日起至 2019 年 8 月 5 日止。）

二、依照《中华人民共和国刑法》第六十四条、最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十八条之规定，扣押于开远铁路运输检察院的涉案款人民币 407401 元由扣押机关依法处理，对剩余款项继续追缴。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向昆明铁路运输中级人民法院提出上诉，书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

（此页无正文）

审判长 王权审判员马劲森审判员刘应坤

二〇一七年三月一日

书记员 李梦菊

被告人伍顺成贪污一审刑事判决书

兰州铁路运输法院

刑事判决书

(2015)兰铁刑初字第7号

公诉机关兰州铁路运输检察院。

被告人伍顺成，男，1963年1月7日出生于四川省广安市，汉族，大学文化，原任中铁二十一局集团有限公司副总工程师、教授级高级工程师，自2010年10月起任该集团公司副总工程师兼部长铁路扩能改造工程指挥部指挥长、党工委书记、教授级高级工程师，户籍地陕西省咸阳市渭城区，现住陕西省咸阳市。因涉嫌贪污于2014年11月24日被刑事拘留，因涉嫌犯贪污罪于同年12月10日被逮捕。现羁押在兰州铁路公安处看守所。

辩护人高琴，甘肃光明律师事务所律师。

辩护人梅亚利，宁夏兴业律师事务所律师。

兰州铁路运输检察院以兰铁检刑诉(2015)3号起诉书指控被告人伍顺成犯贪污罪，于2015年3月24日向本院提起公诉。本院于同月26日立案，并依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。兰州铁路运输检察院指派检察员王素娥、刘艳出庭支持公诉，被告人伍顺成及其辩护人高琴、梅亚利到庭参加诉讼。现已审理终结。

公诉机关指控：一、被告人伍顺成在担任中铁二十一局集团有限公司（以下简称集团公司）副总工程师及部长铁路扩能改造工程指挥部（以下简称指挥部）指挥长期间，以处理“11.24”人身伤亡事故为由，于2010年12月间前后三次要求集团公司第五工程有限公司部长铁路项目部（以下简称项目部）送现金共计65万元。伍顺成将其中的15万元用于购买个人住宅。该款至今未还。

二、2011年至2014年期间，被告人伍顺成在担任集团公司副总工程师及指挥部指挥长期间，利用负责指挥部全面工作的职务便利，私设“小金库”，并多次将其个人及亲友的餐费、医药费、交通费、手机话费、景点门票费等私人消费在“小金库”中报销，共计62557.41元。公诉机关提供了认定前述事实的任命命令、岗位职责、营业执照、银行相关凭证、德盛和置业有限公司商品房销售收款收据、项目部明细账、大临工程验工计价和支付等相关单据、报销审批单及凭证、集团公司关于医疗、工伤保险费报销以及因私产生交通费可否报销的说明、指挥部话费报销标准的文件、提取物品清单、归案经过等书证；证人证言；被告人供述；检验鉴定文书等证据材料。

公诉机关认为，被告人伍顺成身为国家工作人员，利用职务上的便利，侵吞国有财产共计212557.41元，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第三百八十二条第一款的规定，应当以贪污罪追究其刑事责任。建议对其判处十年以上有期徒刑的刑罚。提请本院依法判处。

被告人伍顺成辩称：1、他的主体身份为非国家工作人员。2、他是安排王某甲把15万元存入他个人账户，用于支付了住宅款。但2011年1月10日左右，他将本人的15万元分别送予他人疏通关系，用于处理“11.24”人身伤亡事故了。3、应当由财务正常报销的票据，是在他不知情的情况下在“小金库”中列销的。

辩护人高琴提出的辩护意见是：1、被告人伍顺成的主体身份不属于国家工作人员，起诉书指控其系国家工作人员的事实不清、证据不足。2、伍顺成涉案的15万元应当涉嫌挪用资金罪，而非贪污罪。3、其涉案的62557.41元涉嫌职务侵占罪，亦非贪污罪。并提出数罪并罚，对被告人伍顺成执行五年以下有期徒刑的量刑意见。同时向法庭提交了由甘肃省工商行政管理局出具的中铁二十一局集团有限公司内资企业基本信息材料；从互联网上下载打印的有关中国铁建股份有限公司简介、首次公开发行A股股票上市公告书、上海和香港证券交易所的部分信息等资料。

辩护人梅亚利提出的辩护意见是：1、被告人伍顺成系企业员工，其主体身份不属于国家工作人员。2、起诉书指控存入伍顺成个人账户内的 15 万元，系五公司的财产，与集团公司和指挥部无关，目的是由伍顺成帮助五公司处理“11.24”人身伤亡事故，故伍顺成与五公司间形成民事法律关系。如果五公司认为事故处理得当，认可 15 万元均已支出，则双方民事关系终结。反之，属于不当得利，应将该款返还五公司。3、对私设“小金库”的定性缺乏法律依据，伍顺成报销的各项费用属其在劳动期间应当享有的待遇。如果认定伍顺成触犯了刑律，也仅限于其为亲友报销的那一部分，构成职务侵占罪。4、在起诉书指控的事实中，无论审判机关如何定性，鉴于伍顺成在立案前已向侦查机关如实交代案件事实，应当认定为自首。并提出对被告人伍顺成处以一年有期徒刑，宣告缓刑的量刑意见。

经审理查明：一、被告人伍顺成在担任中铁二十一局集团有限公司（以下简称集团公司）副总工程师及兼任部长铁路扩能改造工程指挥部（以下简称指挥部）指挥长、党工委书记、教授级高级工程师期间，以处理“11.24”人身伤亡事故需疏通关系为由，于 2010 年 12 月前后三次要求集团公司第五工程有限公司部长铁路项目部（以下简称项目部）经理董某某送现金到指挥部，共计 65 万元。董某某安排项目部财务部部长胡某具体办理此事。胡某遂从出纳刘某某处分次支取 65 万元，送与指挥部财务部部长王某甲。伍顺成在没有办理任何手续的情况下，指使王某甲将 65 万元中的其中 15 万元存入伍顺成卡号为 * * * * * 226 的银行卡中。同月 28 日伍顺成将该 15 万元包括卡内原有存款共计 50 万元转入其另外一张卡号为 * * * * * 679 的银行卡里，又即刻转入中铁二十一局集团德盛和置业有限公司的银行账户内，用于购买个人住宅。该款从未用于任何公费支出，且伍顺成至今未归还或退缴。

上述事实，有公诉机关举证并经庭审质证、认证的下列证据予以证实。

1、项目部银行提取现金审批表、中国建设银行现金支票存根、银行付款凭证，证明 2010 年 12 月 2 日该项目部提取备用金 20 万元，同月 6 日提取备用金 5 万元；10 日提取备用金 5 万元；13 日提取备用金 5 万元；14 日提取备用金 5 万元；17 日提取备用金 5 万元；20 日提取工资 30 万元；20 日又提取差旅费 30 万元。共计 105 万元。该组证据印证了项目部提款的时间、数额以及款项的性质和来源。

2、项目部已完合格工程数量签认单、大临工程验工计价金额表、临建工程款支付审批联签表、转账凭证（第 50010 号），证明项目部于 2011 年 1 月 6 日向石家庄广通路桥工程有限公司转账支付临建工程款 1350486 元。其中包括深井的完成数量 660 米，金额 759000 元。该组证据与项目部为石家庄广通路桥工程有限公司劳务队虚计施工深井的深度，虚列计价等证据相互印证。

3、伍顺成建设银行个人活期明细查询单、存款凭条、个人活期明细信息，证明中国建设银行流水号 * * * * * 019 的存款凭条记载，2010 年 12 月 27 日户名伍顺成，账号 / 卡号为 * * * * * 226 的账户存入 15 万元。同月 28 日由该卡向户名伍顺成，卡号为 * * * * * 679 的银行卡转账存入 50 万元。同日，该 50 万元转账存入户名中铁二十一局集团德盛和置业有限公司账号为 * * * * * 872 的账户内。

4、中国建设银行联网业务入账通知书，证明 2010 年 12 月 28 日收款人中铁二十一局集团德盛和置业有限公司，账号为 * * * * * 872 的账户中，入账付款人伍顺成账号为 * * * * * 679 内的款额 50 万元。

5、中铁二十一局集团德盛和置业有限公司收款收据，证明 2010 年 12 月 31 日收到伍顺成的购房首付款 50 万元。与前述证据相互印证。

6、证人董某某证言，证明部长铁路项目发生“11.24”人身伤亡事故后，他于 2010 年 12 月初至 2011 年 2 月下旬代表中铁二十一局五公司工作组到达部长铁路项目部，同时兼任该项目部经理。当时，指挥部指挥长伍顺成说处理事故需要费用，前后三次安排他从项目部筹措现金，送到指挥部财务部部长王某甲处，每次都交代了具体数额，虽已记不太清楚了，但总

额为 60 多万元。他均按照伍顺成的要求通知项目部财务部部长胡某办理的。为了弥补资金缺口，又找到在工地上干桥梁、临建的石家庄广通路桥工程有限公司现场负责人杨某甲，让其拿来现金倒账，并承诺验工计价时帮助处理这些钱。随后，交代项目部工程部部长王某乙给杨某甲的劳务队在计价时具体应多列的金额，这个数额即杨某甲给项目部拿来的钱数，与他们给指挥部送去的钱数是一致的。他在王某乙做好的验工计价单上签字后，项目部财务就给该公司拨款了，等于将杨某甲拿来的钱已如数返还。伍顺成个人和指挥部均未给他们项目部处理或还过该款。

7、证人胡某证言，证明他于 2010 年 10 月至 2013 年 11 月任项目部财务部部长。“11.24”事故后，董某某通知说伍顺成需要处理事故，让他从项目部提现金送给指挥部的王某甲，并交代了具体数额，前后有三次，前后次序和其中一次的数额已记不清楚。一次是 15 万元，一次是 30 万元，还有一次不是 10 万元就是 20 万元，均未给出纳刘某某办理任何手续，项目部账面上也无任何反映，事情办妥后均向董某某做过汇报。2011 年 1 月的一天，董某某告诉他石家庄光通路桥公司的杨某甲提来了现金，让将现金收下后填平之前送交指挥部的那三笔款。杨某甲是分两次拿来的，现金总数与他交给王某甲的数额是一致的。

8、证人王某甲的证言，证明他于 2010 年 10 月任指挥部财务部部长。2010 年 12 月底，伍顺成给他打电话说在外面办事应酬需要 15 万元，并讲由项目部出该款，是胡某送来的现金 15 万元。同月 27 日，他按照伍顺成的要求亲自去将该款存入伍顺成个人的建设银行卡内，存款单上填写的是他王某甲的公民身份号码，签名处书写的为伍顺成。15 万元具体干什么用了不知道，伍顺成也始终没有以任何方式归还过。

9、证人王某乙证言，证明他于 2010 年 9 月底任项目部工程部部长、副总工程师等职务。2011 年 1 月项目经理董某某讲为处理“11.24”事故，让找劳务队帮助解决因此产生的费用，他即安排在项目部施工的石家庄广通路桥工程有限公司负责人杨某甲将事情办了。同月，即给杨某甲的劳务队组织施工的深井（水井）虚计 585 米，虚列计价 672750 元（含税 3.35%），正好 65 万元多一点。

10、证人刘某某证言，证明她于 2010 年 9 月底至 2013 年 11 月中旬任项目部财务部出纳。2010 年 11 月 24 日发生人身伤亡事故后，胡某从她处提取过三次大额现金，第一次是 12 月 2 日胡某拿现金支票从银行提取了 20 万元。之后，胡某担心领导还需使用现金，安排她多提点现金备用，她即分 7 次提取现金 85 万元。至 12 月底胡某从她处直接支取现金二次，分别是 15 万元和 30 万元，胡某三次支取的 65 万元均属项目部的公款，并未告诉她具体用途，因不是正常的财务走账，故没有记账。2011 年 1 月胡某归还了其支取的 65 万元。

11、证人渠某某证言，证明他于 2008 年开始任集团公司副总经理。2010 年“11.24”人身伤亡事故发生后，临时受领导指派前往河北省安监局汇报事故情况，但未从指挥部或伍顺成处拿现金出面协调关系，他也不认识河北省安监局的赵处长，没有给任何人送过现金。

12、证人马某证言，证明他于 2009 年至 2011 年 7 月任集团公司第五工程公司董事长、总经理；2011 年 7 月至 2013 年 10 月任集团公司副总工程师。项目部隶属于指挥部，“11.24”人身伤亡事故发生后，他到河北省邯郸市安监局接受调查，并处理事故的善后事宜。姜某某作为北京铁路局的质量安全部门负责人也到场了解情况。事故调查、处理由邯郸市安监局负责，相关业务单位都在按照正常程序处理，不可能有送钱协调关系的情况。期间，他既没有从伍顺成个人或指挥部拿过现金，也没有给姜某某及其他任何单位、个人送现金以协调关系。

13、证人王某丙证言，证明他于 2009 年 10 月任北京铁路局建设管理处处长，2010 年 11 月任津滨城际铁路公司董事长兼北京铁路局建设管理处处长。他没有参与处理中铁二十一局邯郸指挥部发生的“11.24”人身伤亡事故，这次事故发生在地方管辖范围内，由当地政府处理。因该事故出在他们的项目上，所以只是去现场看了一次。他没有收过伍顺成的现金，也没有收过中铁二十一局任何人赠予的财物。

14、证人姜某某证言，证明他于 2008 年任北京铁路局铁道部工程质量监督站北京监督站主任。邯长铁路作为北京铁路局大型工程项目受该站的监督。邯长指挥部“11.24”人身伤亡事故发生后，他和北京局的同志去看了现场，由邯郸市政府调查处理。他不认识马某，每次去检查工作主要就是和伍顺成打交道。没有收过伍顺成及中铁二十一局工作人员送的现金。

15、证人杨某乙证言，证明他于 2009 年 9 月任北京铁路局邯郸枢纽改造与邯长铁路复线工程建设指挥部指挥长。中铁二十一局是他所管理的邯长铁路改造工程Ⅱ标段的中标单位，他代表北京铁路局实行业主管理职责。因邯长指挥部“11.24”人身伤亡事故发生在地方承建的搅拌站，非铁路工程事故，故无权参与该事故的调查和处理，只是事后了解事故信息向上级汇报。他在任何时间和地点都未收取伍顺成的现金，也未收过中铁二十一局任何人赠予的财物。

16、证人解某某证言，证明他于 2010 年 6 月至 2012 年 3 月任北京铁路局邯郸住房建设项目指挥部副指挥长兼邯长铁路复线工程建设指挥部副指挥长，主要负责既有线施工安全工作。邯长指挥部“11.24”人身伤亡事故出在二十一局进场做准备工作时候，不属于既有线工程改造中的安全事故，由邯郸市政府牵头调查处理。他没有参与事故处理，没有参加过信用评价工作，也没有收取伍顺成及中铁二十一局的财物。

17、证人戴某某证言，证明他于 2009 年至 2013 年任北京铁路局邯长铁路复线工程建设指挥部工程部部长。邯长指挥部“11.24”人身伤亡事故是在二十一局委托地方建的搅拌站发生的，地方政府组织了事故调查小组。他没有参与对事故的处理，也没有参与对邯长项目的信用评价工作，更不可能收取伍顺成或邯长指挥部其他工作人员送的财物。

18、证人李某某证言，证明他于 2009 年 11 月任北京铁路局邯郸枢纽改造与邯长铁路复线工程建设指挥部安质部副部长。邯长指挥部发生“11.24”人身伤亡事故时他有事外出，赶回来后领导已将有关工作安排好了，他只是协助整理了相关的事故信息。对邯长指挥部的信用评价工作参加过，信用评价小组由建设指挥部多个部门的负责人组成，每半年针对他们管理的施工单位进行考核打分，并将评价结果报北京铁路局建设管理处。无论从事何种工作均未收取过伍顺成或中铁二十一局其他人员的财物。

19、被告人伍顺成的供述和辩解，证明 2010 年 11 月 24 日发生“11.24”人身伤亡事故后，他即给五公司项目部经理董某某打电话让准备 15 万元，用于疏通事故处理单位的关系。过了两天，王某甲告诉项目部已将现金送到。同年 12 月 27 日，他通知王某甲将收到的 15 万元存入了他建设银行尾号为 226 的银行卡内。同月 28 日又将该 15 万元和另外凑的共计 50 万元转入另一张尾号为 679 的银行卡里，后全部转入了中铁二十一局集团公司德盛和公司的账户中，用于支付单位分配他的西安市“梧桐苑”住宅首付款。伍顺成使用的该 15 万元的性质、来源、去向、归属与证人董某某、胡某、王某甲、刘某某等的证言相互印证。

20、兰州铁路运输检察分院检验鉴定文书（兰铁检技鉴（2014）01 号）及王某甲居民身份证复印件，证明中国建设银行流水号 * * * * * 019 存款凭条上伍顺成的签名为王某甲亲笔书写，填写的证件号码为王某甲的公民身份号码。该证据与王某甲受伍顺成之托将 15 万元现金存入其个人银行卡的证据相互印证。

二、2011 年至 2014 年期间，被告人伍顺成在担任中铁二十一局集团有限公司副总工程师及邯长铁路扩能改造工程指挥部指挥长期间，利用负责指挥部全面工作的职务便利，多次将其个人及亲友的餐费、医药费、交通费、手机话费、景点门票费等私人消费在指挥部的“小金库”中报销，共计人民币 62557.41 元。该款伍顺成至今未退缴。

上述事实，有公诉机关举证并经庭审质证、认证的下列证据予以证实。

1、指挥部文件“关于印发《中铁二十一局集团部长铁路扩能改造工程指挥部管理费用开支办法》的通知”（部长指（2011）17号），证明其中指挥长的移动电话费用为每月500元，该标准自2010年10月1日起执行。

2、指挥部文件《指挥部日常管理补充规定》（二十一局部长指（2013）106号），证明其中对指挥部领导移动电话费补助调整为每人每月300元，该标准自2013年11月1日起执行。

3、集团公司审计处出具的部长指挥部伍顺成移动电话费报销情况说明及报销明细表，证明根据有关文件规定自2010年10月至2014年7月，单位应报销伍顺成的移动电话费21700元，实际报销28656.82元，超过标准报销6956.82元。

4、集团公司社会职能处出具的“关于中铁二十一局集团有限公司医疗、工伤保险费用报销情况的说明”，证明该集团在甘肃统筹各单位参加由兰州铁路局代管的甘肃省各项社会保险，未针对职工和领导干部单独设立医药费报销科目，同时在甘肃统筹各单位的工伤保险自2011年1月1日起由兰州铁路局社会保险处代为管理，工伤保险各项费用的报销从兰州铁路局管理的工伤保险基金中支出，集团公司不再设立工伤费用报销科目。

5、集团公司财务处出具的“关于个人看病报销机票费用不符合财物规定的情况说明”，证明根据该集团公司《关于修订〈中铁二十一局集团有限公司差旅费管理办法〉的通知》（二十一局财（2008）58号）文件中有关规定，伍顺成在“小金库”开支其赴京、沪看病往返机票是不符合规定的。

6、兰州铁路运输检察院调取证据通知书及调取证据清单，证明该院办案人员从王某甲处调取部长指挥部“小金库”的散装凭证资料，即经费报销审批单及报销发票，共计32份。

7、证人黄某某证言，证明他于2005年1月任集团公司副总经理。伍顺成从福厦铁路项目回来至2010年到部长指挥部任指挥长的一年多时间里归他分管。伍顺成前往北京、上海看病向他请过假，但没有批准给其报销因此产生的交通费。当时的劳人处处长王某丁也无权批准给伍顺成报销看病所产生的交通费。

8、证人王某甲的证言，证明指挥部存在“小金库”，均为伍顺成安排相关部门以加大工程量或材料供应量从工程款中套取出来的。“小金库”的钱由他保管，必须经伍顺成审批后方可支出，用在正式财务账目中无法报销的费用上，包括相关部门检查工作的招待、请客送礼等。在“小金库”账目单据中有多笔伍顺成及其妻子王某戊、儿子伍某甲、女儿伍某乙、二十一局三公司职工李某等人报销的医药费、交通费、手机话费、旅游景点门票费、购买个人生活用品等费用，无论是伍顺成还是其亲友，这些私人消费在单位任何账目中都是不允许报销的。伍顺成在“小金库”中报销的电话费，是其多办理的手机号码产生的费用或费用过大不能从正式财务账目报销的，因已超过规定限额。

9、被告人伍顺成的供述和辩解，证明部长铁路工程指挥部存在“小金库”，资金来源：一是从项目部要的；二是指指挥部加大工程量套取的工程款；三是指指挥部虚列道砟或加大材料发票款后，再让供应商返回的款。款额共计345万元左右。“小金库”的资金均由王某甲管理，对超支的招待费、评审费和其他一些不能入正规账目报销的费用，由经办人打报告，财务部审核、他审批后从“小金库”中支出。他在“小金库”中报销过本人和亲友的日常开销，并对检察院办案人员出示的32份单据及数额逐一核对，签字认可了。

前述事实，还有公诉机关举证并经庭审质证、认证的下列综合证据予以证实。

1、集团公司营业执照，证明该公司为一人有限责任公司，法定代表人孟某某，成立于2001年11月5日，营业期限至2031年11月5日。

2、集团公司出具的材料，证明中铁二十一局集团有限公司隶属于中国铁建，负有监督管理国有资产的职责。集团公司部长铁路项目指挥部属该集团公司下属单位。集团公司五公司部长项目部为集团公司部长铁路项目指挥部下属单位。

3、伍顺成居民身份证，证明其出生于1963年1月7日等公民身份信息。

4、2010 年 8 月 22 日集团公司党委常委会议记录，证明部长项目拟上场组织机构中指挥长为伍顺成，待上场时正式下令等相关内容。

5、集团公司文件《关于成立中铁二十一局集团部长铁路扩能改造工程指挥部》（二十一局劳（2010）273 号），证明经集团公司研究，决定成立中铁二十一局集团部长铁路扩能改造工程指挥部，伍顺成任指挥长，指挥部的主要职责是代表集团公司对工程施工进行全面管理。该文件于 2010 年 10 月 13 日签发。

6、集团公司出具的伍顺成自然状况及简历，证明伍顺成自 2009 年 12 月至 2010 年 10 月任集团公司副总工程师、教授级高级工程师；自 2010 年 10 月起任集团公司副总工程师兼部长铁路扩能改造工程指挥部指挥长、党工委书记、教授级高级工程师。

7、集团公司指挥长职责，证明指挥长应认真贯彻建设单位、上级及集团公司的各项管理规定，代表集团公司履行工程项目合同；全面负责本工程的管理工作，对工期、质量、安全、成本、环保和现场组织进行监督管理；全面掌握工程用款，对指挥部上报的本工程所用资金计划进行审核批准，组织审批对下验工计价；对指挥部分部负有领导、监督、检查等职责。另外，还有辩护人高琴举证并经庭审质证、认证的下列证据予以证实。

甘肃省工商行政管理局出具的中铁二十一局集团有限公司内资企业基本信息材料，证明该集团公司投资人及注册资本金的变更过程。其性质为国有控股企业。

对控辩双方的争议焦点，根据已查明的事实、证据，本院作如下评判、认证：

第一、在综合证据中，公诉机关当庭举证集团公司出具的一份证明中国铁建与集团公司、集团公司与指挥部、指挥部与项目部间关系等内容的证据，其中集团公司自证其为“国有企业”的内容与庭审查明的事实不符，不予采纳。

第二、被告人伍顺成主体身份和所从事工作性质的认定。

中铁二十一局集团有限公司系国家出资企业，公司党委属于负有管理、监督国有资产职责的组织。被告人伍顺成身为该公司的副总工程师，经党委会研究决定、集团公司委派兼任派出机构部长铁路扩能改造工程指挥部的指挥长，其所从事的是管理性的工作，代表集团公司对国有资产进行组织、领导、监督、经营、管理，具有公务性质，管理职位与集团公司的意志行为具有关联性和延续性。因此，无论从委派形式、委派主体还是从伍顺成职务职责的性质判断，其是受委派从事公务的人员，应以国家工作人员论。故伍顺成及其辩护人关于伍顺成系非国家人员的辩解和辩护意见与事实和法律相悖，不能成立。

第三、被告人伍顺成对 15 万元的最终去向及个人消费在“小金库”中报销是否明知辩解的分析评判。

首先，关于 15 万元已分别送予他人用于协调处理“11.24”人身伤亡事故的辩解。经查，伍顺成所称收受他现金的当事人以及帮助送钱的同事，均对此事予以否认，相关证人证言已形成完整的证据链条，能够证明案件的事实非伍顺成所言。其次，“小金库”的钱只有伍顺成和王某甲两人知道，支出须经伍顺成的审批，用于在正式财务账目中无法报销的费用，且个人消费均不可在任何公款中列支。故伍顺成的辩解与在案证据不符，不能成立。

第四、对辩护人高琴关于被告人伍顺成不构成贪污罪辩护意见的分析评判及所提交证据的认定。

在案证据证实，伍顺成主观上并非临时使用 15 万元，客观上也没有办理任何财务手续，且该款至今未归还，具有侵吞公款的故意；另外，伍顺成还在“小金库”中报销私人消费。其均已具备贪污罪的犯罪构成。故辩护人关于伍顺成涉嫌挪用资金罪、职务侵占罪的辩护意见不能成立。

辩护人高琴向法庭提交的中铁二十一局集团有限公司内资企业基本信息材料，该证据来源合法有效，予以认证。其从互联网上下载打印的相关信息资料，因无法证明其客观性，依法不予认证。

第五、对辩护人梅亚利关于被告人伍顺成与项目部的法律关系、“小金库”款项的性质、成立自首等辩护意见的分析评判。

首先，被告人伍顺成受集团公司委派兼任部长铁路扩能改造工程指挥部指挥长、党工委书记，全面负责工程的管理工作，对项目部负有领导、监督、检查等职责。项目部发生“11.24”人身伤亡事故，其应当在职责范围内依法、依规进行处理，不存在任何形式的民事代理关系。其次，“小金库”中现金的本质仍属公款，伍顺成将自己及亲友的个人消费在其中予以报销，侵犯了公共财产的所有权。再次，成立自首需同时具备自动投案和如实供述自己的罪行两个要件，被告人伍顺成是在兰州铁路运输检察院掌握了其犯罪事实后，职务犯罪侦查局办案人员将其带至该院接受调查时，交代自己主要犯罪事实的。在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间，犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实的，不能认定为自首。故辩护人梅亚利的辩护意见均不能成立。

本院认为，被告人伍顺成是受国有控股公司委派兼任中铁二十一局部长铁路扩能改造工程指挥部指挥长、党工委书记之职从事公务活动的，应当以国家工作人员论。伍顺成利用职务上的便利，侵吞公款 212557.41 元，犯罪事实清楚，证据确实充分，其行为已构成贪污罪，公诉机关指控的罪名成立。伍顺成的辩解及其辩护人的辩护意见，与庭审查明的事实不符，故均不予采纳。为维护国家的廉政建设制度，保护公共财产的所有权，打击经济犯罪活动，综合考量被告人伍顺成犯罪的起因、动机、目的、手段等情节，结合其主观恶性和人身危险性等因素，依照《中华人民共和国刑法》第三百八十二条第一款、第三百八十三条第一款第（一）项、第二款、第六十四条的规定，判决如下：

一、被告人伍顺成犯贪污罪，判处有期徒刑十年零六个月；

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自 2014 年 11 月 24 日起至 2025 年 5 月 23 日止）。

二、继续追缴被告人伍顺成的违法所得 212557.41 元。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向兰州铁路运输中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审判长 焦巧英

审判员 周青浦

审判员 李青

二〇一五年六月十八日

书记员 王敬羽

博智资本基金公司与鸿元控股集团有限公司其他合同纠纷

二审民事判决书

最高人民法院

民事判决书

(2013)民四终字第 20 号

上诉人(一审被告): 鸿元控股集团有限公司。

法定代表人: 章文青, 该公司经理。

委托代理人: 张世国, 北京市东卫(洋浦)律师事务所律师。

委托代理人: 崔岩瑛, 北京市国宏律师事务所律师。

上诉人(一审第三人): 上海欣鸿投资管理有限公司。

法定代表人: 杨新英, 该公司董事长。

委托代理人: 陈之恺, 北京市大道政通律师事务所律师。

上诉人(一审第三人): 上海宏邦股权投资管理有限公司。

法定代表人: 王晶, 该公司董事。

委托代理人: 陈之恺, 北京市大道政通律师事务所律师。

上诉人(一审第三人): 上海昊盛投资咨询有限公司。

法定代表人: 张文君, 该公司经理。

委托代理人: 陈之恺, 北京市大道政通律师事务所律师。

被上诉人(一审原告): 博智资本基金公司(primuspacificpartnersltd)。

法定代表人: 宦国苍(huanguocang), 该公司执行董事。

委托代理人: 吴雷, 北京市竞天公诚律师事务所律师。

委托代理人: 孙美妍, 北京市竞天公诚律师事务所律师。

一审第三人: 河北德仁投资有限公司。

法定代表人: 赵令欢, 该公司执行董事。

委托代理人: 王莹, 北京市金杜律师事务所律师。

委托代理人: 周伟, 北京市金杜律师事务所律师。

上诉人鸿元控股集团有限公司(以下简称鸿元公司)、上海欣鸿投资管理有限公司(以下简称欣鸿公司)、上海宏邦股权投资管理有限公司(以下简称宏邦公司)、上海昊盛投资咨询有限公司(以下简称昊盛公司)与被上诉人博智资本基金公司(以下简称博智公司)、第三人河北德仁投资有限公司(以下简称德仁公司)合同纠纷一案,不服北京市高级人民法院于 2012 年 11 月 13 日作出的(2011)高民初字第 1706 号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成由审判员高晓力任审判长,代理审判员沈红雨、吴光荣参加的合议庭,于 2013 年 6 月 5 日公开开庭审理了本案。鸿元公司的委托代理人张世国、崔岩瑛,欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司的共同委托代理人陈之恺,博智公司的委托代理人吴雷、孙美妍,第三人德仁公司的委托代理人王莹、周伟到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

博智公司向一审法院起诉称:2005 年 12 月,博智公司与鸿元公司的前身上海亚创控股有限公司(以下简称亚创公司)签订了《委托投资及托管协议》等一系列合同,委托亚创公司代博智公司持有新华人寿保险股份有限公司(以下简称新华人寿)9%股份,共计 10800 万股。合同特别约定,该 9%股权的所有权益归博智公司所有,博智公司可在任何时间要求解除代持关系,亚创公司需按照博智公司的指令随时将该 9%股权转让给博智公司认可和指定的公司。合同签订后博智公司与亚创公司办理了代持股的全部手续,并向亚创公司支付股权代持的费用。同时,博智公司向新产业投资股份有限公司(以下简称新产业公司)支付了该 9%股

股权转让款，办理了股权变更手续。2010 年 10 月，新华人寿发布公告开始增资扩股准备上市，增资扩股的截止时间为同年 11 月 26 日，过期将丧失增资认股权。博智公司多次要求鸿元公司交还其代持的股份，结束代持关系。但鸿元公司不但拒绝与博智公司办理该 9%股权的交还和转让工作，拒绝博智公司行使增资配股的权利，而且还自行行使增资权，霸占其代持的属于博智公司的该 9%股权和基于该 9%股权股东身份而享有的以优惠价格认购的增资扩股股权，从而侵占博智公司的巨大利益。为了不丧失新华人寿增资扩股的认股权从而给博智公司造成人民币数十亿元的经济损失，博智公司在极不情愿的情况下不得已在 2010 年 11 月 26 日与鸿元公司及第三人德仁公司签订了《关于新华人寿保险股份有限公司之股份及权益转让协议》（以下简称《股份及权益转让协议》），被迫同意从德仁公司投资收购新华人寿 9%股权而支付的股权转让款中拿出人民币数亿元给鸿元公司以换取其交出股份并配合办理股权转让手续。《股份及权益转让协议》签订后，德仁公司将股权转让款中的人民币 7.02 亿元支付给了鸿元公司。鸿元公司收款后立即将款项分别划入欣鸿公司、宏邦公司和昊盛公司以转移资产。鸿元公司本应诚信的履行其与博智公司签署的委托持股的相关协议并按照博智公司的要求配合博智公司将 9%股权转让并将转让收益全部归于博智公司，但鸿元公司利用其作为新华人寿的名义股东实际掌握该 9%股权，没有其配合将无法完成该 9%股权的转让和增资股权的认购工作，从而给博智公司造成人民币数十亿元损失的绝对优势地位，迫使博智公司在违背真实意思的情况下不得不同意从依据《股份及权益转让协议》所应全部由博智公司获得的股权转让款中向其支付人民币数亿元。鸿元公司在未出一分钱的情况下以不正当的手段获取了高达人民币数亿元的暴利，给博智公司造成了巨额的经济损失，故依据《中华人民共和国合同法》第五十四条的规定，请求判令：一、变更《股份及权益转让协议》第 3.4 条约定，德仁公司将支付给鸿元公司的股权转让款项应支付给博智公司；二、撤销鸿元公司与德仁公司之间依据《股份及权益转让协议》第 3.4.1 条签署的相关协议，鸿元公司将其从德仁公司取得的人民币 7.02 亿元款项返还给博智公司；三、欣鸿公司在其从鸿元公司处取得的款项人民币 2 亿元范围内承担连带偿还责任，将其取得的款项人民币 2 亿元返还给博智公司；四、宏邦公司在其从鸿元公司处取得的款项人民币 40050 万元范围内承担连带偿还责任，将其取得的款项人民币 40050 万元返还给博智公司；五、昊盛公司在其从鸿元公司处取得的款项人民币 5310 万元范围内承担连带偿还责任，将其取得的款项人民币 5310 万元返还给博智公司；六、由鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司承担本案的全部诉讼费用。

一审法院查明：博智公司系 2005 年 2 月 15 日在英属开曼群岛注册成立的公司，截至 2010 年 11 月，作为外资股东持有新华人寿 4.5%股份。2005 年 11 月 17 日，亚创公司与新产业公司签订《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，约定：亚创公司同意按协议的规定以每股相当于人民币 4.20 元的代价受让新产业公司持有的新华人寿 9%股份。同年 12 月 1 日，博智公司与亚创公司签订《委托投资及托管协议》，约定：1、背景：根据博智公司的要求并代表博智公司，亚创公司于 2005 年 11 月 17 日同新产业公司签署了《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，以收购新产业公司所拥有新华人寿之全部 9%股份。博智公司将为此股份转让向亚创公司支付公关和顾问费。博智公司进一步要求亚创公司于股份转让完成后作为博智公司的托管人并代表博智公司持有该新华人寿股份，而博智公司将为此向亚创公司支付年托管费（年费）。本投资及托管协议反映了亚创公司与博智公司就该股份转让达成的一些共识。2、资金提供：博智公司负责提供上述股份转让所需要的全部资金，具体安排由亚创公司和博智公司另行商定。3、股份托管：亚创公司通过上述股份转让而取得的新华人寿股份，以及与该等股份相关的一切权益和权利，均归属博智公司所有；亚创公司对该等股份不享有任何实际权益和权利。亚创公司作为该等股份的名义持有人行使与该等股份相关的一切权利或为或不为一定行为时，均应当完全按照博智公司的要求或意见行事。4、进一步行动：根据博智公司要求或意见，亚创公司应当将该等股份直接或间接转让给博

智公司或博智公司指定的其它公司,或根据博智公司要求或意见对该等股份进行任何其它形式的处置;对于博智公司就此作出的任何要求或意见,亚创公司应当予以完全遵从。博智公司亦清楚,对亚创公司作出的与该等股份托管和处置的任何要求或意见,不应损害亚创公司的利益。

5、费用:根据《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》完成股份转让的全部手续后的五个工作日内,博智公司即支付亚创公司 25 万美元公关费、15 万美元顾问费。在股份转让完成及根据本协议实施股份托管期间,博智公司将支付持有新华人寿股份的亚创公司 3 万美元的年费。该年费应按月及按比例于每月 15 日前支付。此外,博智公司将支付与本交易相关的亚创公司所发生的一切开支。

6、排他性交易:保密性。

7、违约:任何一方对本协议的任何违反均构成违约,违约方应对另一方因其违约所造成的损失(包括损失和费用)给予全面足额赔偿。

2006 年 8 月 22 日,博智公司与亚创公司签订《协议书》,约定:鉴于:1、根据博智公司的要求并代表博智公司,亚创公司于 2005 年 11 月 17 日与新产业公司签署了《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》,已代为受让新产业公司持有新华人寿的 10800 万股股份(占新华人寿总股本的 9%);2、根据博智公司的要求并代表博智公司,亚创公司于 2005 年 11 月 17 日同时与香港新产业投资顾问有限公司签署了《中介服务协议》,已代为向香港新产业支付中介费用;3、2005 年 12 月 1 日,亚创公司与博智公司签订了一份《委托投资及托管协议》,以明确亚创公司受博智公司委托代为持有新华人寿 9%的股份、股份托管以及双方的权利义务;4、2006 年 6 月 30 日,亚创公司与博智公司签订了一份《服务协议》,以进一步明确双方在代持和托管过程中的权利义务;5、亚创公司在代持过程中,亚创公司的代持成本和风险增加。有鉴于此,亚创公司与博智公司经过友好协商,现就亚创公司为博智公司代持并托管新华人寿股份一事的处理事项达成如下协议:一、博智公司同意并确认,亚创公司就代持股份所作出的任何行为、不作为以及任何意思表示(包括但不限于就代持股份签订并履行相关协议)均是基于博智公司书面或口头的指示或指令,并由博智公司承担由此产生的全部义务、责任和风险。二、博智公司同意并确认,亚创公司就代持股份因任何事由而承担或被要求承担任何义务、责任和风险的,均应由博智公司承担或在亚创公司承担后不超过 15 个工作日内对亚创公司进行全额赔偿。三、双方同意并确认,即使《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》和《中介服务协议》被确认全部或部分无效,或者被撤销或被撤销部分条款,双方仍按《委托投资及托管协议》和《服务协议》规定的条款履行;如《委托投资及托管协议》、《服务协议》被确认全部或部分无效,或者被撤销或被撤销部分条款,则本协议第一条和第二条及其它相应条款构成确定双方在该等情形下权利义务关系的依据。四、双方同意并确认,一旦出现因中国保险监督管理委员会(以下简称保监会)或其它有权机构确定或判决亚创公司与新产业公司的股权交易无效,从而出现后续诉讼,追讨及其它相关操作的情形,亚创公司仍会尽力配合博智公司进行相关事宜的操作,但因该操作行为产生的全部费用(包括但不限于诉讼费用、律师费用、亚创公司额外支出的人力成本及其它成本和管理费用等)、法律后果(包括但不限于裁判结果等其它各类结果的最终执行或承担)及风险(包括但不限于诉讼风险、执行风险等各类风险)最终均由博智公司承担。五、除按第四条的规定处理以外,如《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》或《服务协议》被确认全部或部分无效,或者被撤销或被撤销部分条款,则 1、博智公司放弃以任何方式和理由向亚创公司主张任何赔偿、补偿的权利;2、如亚创公司因代持股份而需承担任何义务、责任、税费或风险的,博智公司对亚创公司因此遭受的任何直接和/或间接损失(包括但不限于任何罚金、罚款、赔偿金、律师费、其它开支等)承担全部赔偿责任。六、双方同意并确认,基于亚创公司代持股份行为的成本和风险增加,博智公司除按本协议约定进行赔偿外,另行给予亚创公司经济补偿,补偿方法为:1、在本协议签署之后 5 个工作日内给付亚创公司 10 万美元;2、如代持股份再次被确认为合法有效(以亚创公司能够合法出席新华人寿股东大会

会并可以行使表决权或遵照博智公司指示授权第三方出席股东大会并行使投票权为标志)，博智公司将在 5 个工作日内给付亚创公司 80 万美元（博智公司根据本条第 1 项已经支付的部分可予以扣除）并补偿亚创公司为此支付的包括律师费在内的全部费用、开支；在亚创公司配合博智公司最终完成股权转让后（以得到保监会批准及工商变更为标志）的 15 个工作日内，由博智公司再给付亚创公司 80 万美元。七、在《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》未被认定无效、非法或丧失法律效力的前提下，如在博智公司的安排下，有符合不时生效的中华人民共和国大陆地区法律、行政法规、部门规章、规范性文件以及地方法规、规章、规范性文件规定的投资者愿意受让代持股份的，亚创公司同意配合办理相关转让手续；但因代持股份的转让而产生的任何义务、责任、税费和风险，由博智公司自行承担。八、双方同意并确认，本协议并非《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》的附件、修订、从合同或补充协议，其效力独立于《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》；凡《委托投资及托管协议》、《服务协议》与本协议书有抵触的条款，均以本协议书为准。九、双方同意并确认，因本协议书以及《委托投资及托管协议》、《服务协议》等引起的纠纷均由香港国际仲裁中心仲裁。因该仲裁而产生的全部费用（包括但不限于仲裁费、律师费、差旅费等）均由博智公司承担。鸿元公司和博智公司的授权代表陈嘉伟、宦国苍分别在协议上签字。

上述一系列合同签订后，博智公司于 2006 年 6 月 27 日、7 月 3 日、8 月 3 日、8 月 5 日共计向新产业公司支付股权转让款 56698582.54 美元并办理了股权变更手续，亚创公司代博智公司成为名义持有新华人寿 9% 股份的股东。后博智公司依约向鸿元公司支付服务费（公关费）、顾问费、年费共计 153 万美元。

自 2009 年 11 月起，鸿元公司就代持股关系与博智公司协商，要求结束代持股关系，双方协商未果。2010 年 5 月 25 日，鸿元公司通过《关于处理新华人寿股权问题的董事会决议》，其中“鉴于”第 1 条载明：鸿元公司名下持有新华人寿 9% 的股权（计 10800 万股股份）。此项股权系鸿元公司前身亚创公司的原董事长应宦国苍先生及博智公司之托，于 2005 年末以亚创公司名义与博智公司签署《委托投资及托管协议》而实际代博智公司持有。

2010 年 10 月 14 日，新华人寿召开 2010 年度第四次临时股东大会，审议通过《关于新华人寿保险股份有限公司股份发行暨增资方案的议案》，决定公司以每股人民币 10 元的价格向全体股东发行股份，股东有权按照每持有 12 股可认购 14 股的比例认购本次增资发行的股份。10 月 26 日，在前述临时股东大会召开的前一日持有新华人寿股份的股东与新华人寿签订了《股份认购暨增资协议》，约定：“鉴于”第 3 条：为满足中国监管机构对改善新华人寿保险偿付能力的要求，促进公司的进一步发展，依据本协议的条款和条件，各增资方愿意认购公司新增发行的股份，公司同意按照本协议的条款和条件，向各增资方新增发行股份并相应增加公司的注册资本。第 2.2 条：本次新增股份的种类：普通股。本次新增股份的面值：人民币 1 元。本次新增股份的数量：公司本次新增发行的股份数为 14 亿股。审议本次增资方案的股东大会召开日的前一日为股权登记日，于股权登记日持有公司股份的现有股东，均有权认购新增股份。本次新增股份的每股认购价格：人民币 10 元。各增资方各自认购的新增股份数量：根据公司股东大会的决议，各增资方可按照每持有 12 股可认购 14 股的比例认购新增股份。各增资方特此同意认购下表所示数量的新增股份，并支付对应的增资款：亚创公司：认购股数为 12600 万股，增资额为人民币 12.6 亿元；博智公司认购股数为 6300 万股，增资额为人民币 6.3 亿元。弃配额度：如果出现任何增资方未在缴款宽限期（如第 8.1 条第（3）款所定义）届满前足额缴纳增资款以认购其根据本协议第 2.2 条第（5）款规定的增资额度的情形，但是所有守约增资方实际缴纳的增资款总额达到人民币 105 亿元（或等额

外币)或以上,则本次增资继续进行。该未足额缴款的增资方应被视为放弃认购与其未缴纳增资款金额相对应的增资额度的权利。在此情况下,如果导致部分守约增资方的持股比例被动超过监管要求(包括单一股东持股比例超过 20%或者外资股东合计持股比例超过 25%),公司以及各增资方确认,涉及被动超限问题的股东,在本次增资实施完成后的 12 个月内或解决被动超限问题的股份发行完成前或公司实现首次公开发行股份并上市之前(三者以先到的日期为准),没有义务主动减持被动超限股份。如果监管机构要求公司限期解决被动超限问题,或者根据公司业务发展的需要进一步增资以提升偿付能力,公司将根据公司董事会特别决议批准的方案,发行与弃配额度数量相同的新增股份以解决被动超限问题。如果上述股份发行无法完成或被动超限问题仍无法解决,被动超限股东有权选择不减持被动超限股份。

第 2.3 条:在本协议第 5.1 条列示的所有缴纳增资款的先决条件均已得到满足或已被有权放弃此等先决条件的每一方所有有效放弃之后的五(5)个工作日内,公司应向全部增资方发出加盖公司公章的缴款通知。缴款日,即缴款通知送达日之后的第四(4)个工作日。各增资方应在缴款通知载明的缴款日之前或当日缴纳其各自的增资款至缴款通知载明的增资账户。

第 4.7 条:任一增资方均可在缴款宽限期届满之前转让其持有的公司股份和/或其附属股份上的各项股东权利、义务(包括其在本协议项下的增资认购权及相关缴款义务),前提是(1)受让方同意全部承继以及履行该转让方在本协议项下全部权利和义务;(2)转让交易符合相关法律、法规以及保监会的要求和公司章程的规定;(3)受让方成为公司股东的资格获得保监会的书面认可;以及(4)该转让方在本协议项下的全部权利和义务的转让已及时通知其他各方。在满足前述前提条件的情况下,前述转让无需取得其他各方事先的同意或者批准。

第 8.1 条:如任一增资方未能按照本增资协议第 2.3 条的约定在缴款日足额缴纳增资款,将按照本增资协议第 7.3 条的规定向公司支付罚息。公司及守约增资方在此同意,在本协议第 2.3 条第(1)款规定的缴款日次日起,给予未如期缴款的增资方三十(30)日的宽限期缴纳增资款及罚息。如果在缴款宽限期届满之后相关增资方仍未足额缴纳以上金额,将按照本协议第 2.2 条第(6)款的规定处理。

同日,新华人寿向各股东发出《缴款通知书》,确定本次增资缴款日为 2010 年 10 月 29 日。博智公司签署上述协议后,欲在认购期限届满前将鸿元公司代持的 9%的股份转让给镇江康飞机器制造有限公司(以下简称镇江康飞公司),并自 2010 年 10 月 22 日起向鸿元公司发出指令,要求其配合进行转让,但鸿元公司不予回应。

2010 年 11 月 10 日,博智公司向香港国际仲裁中心以鸿元公司为被申请人就涉案 9%股权提起仲裁,仲裁案号为 hkiac / arb / 10150 / r08.1。

2010 年 11 月 10 日,鸿元公司以“新华人寿增资认购款”名义向新华人寿入资人民币 4.5 亿元,欲自行完成增资入股。

2010 年 11 月 15 日,鸿元公司以鸿元函(2010)第 035 号《关于支付新华人寿股权转让款的通知》致函博智公司,称因博智公司系持有新华人寿 4.5%股份的中国境外公司,不具备受让新华人寿原股东即中国境内企业法人新产业公司持有的新华人寿 9%股份的主体资格,故鸿元公司与博智公司之间不存在合法的代持关系和有效的代持协议。自鸿元公司作为新华人寿的股东资格获得保监会核准并取得新华人寿股权证后,其多次提出将以等额人民币向博智公司全额支付当初由博智公司支付的股权转让款,以履行其作为合格受让股东支付股权转让款并以本国货币结算的应尽义务,但博智公司一直未提供相关合格帐号,以致鸿元公司至今无法完成付款。故要求博智公司提供汇款帐号,以供鸿元公司支付当初由博智公司安排垫付的新华人寿股权转让款。

2010 年 11 月 26 日,博智公司与德仁公司、鸿元公司签订《股份及权益转让协议》,内容包括:“鉴于 5”:根据亚创公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与亚创公司在本协议签署前所签

署的相关协议的安排，亚创公司受让并持有新产业公司转让的新华人寿 1.08 亿股股份，占新华人寿 2010 年增资扩股完成前 9% 的股份。“鉴于 8”：现各方同意德仁公司购买 9% 股份及股份的一切附属权益，包括但不限于根据《股份认购暨增资协议》认购新华人寿 2010 年增资扩股新发行的 1.26 亿股股份。在本次转让及本次增资完成交割后，德仁公司成为 9% 股份及新增股份的合法记名股东及实际权益人，博智公司、鸿元公司及其他任何第三方不再就该股份、新增股份及该等股份的一切附属权益享有任何名义或实际的权利和权益，并不再就该 9% 股份、新增股份及该等股份的一切附属权益提出任何形式的主张。第 2.1 条：经各方协商同意，德仁公司将根据本协议列明的条款和条件购买标的股份和其一切附属权益，包括增资权。第 2.3 条：各方同意，本次转让完成交割后，博智公司与鸿元公司之间就标的股份形成的关系及双方和双方各自的关联方、合作方就此签署的所有协议、文件或安排均不可撤销的终止或者已被终止。第 3.1 条“价款”：各方同意，德仁公司将根据本协议以下第 3.2 条、第 3.3 条以及第 3.4 条的安排支付本次转让和本次增资相关的价款。第 3.2 条“与新华人寿相关款项的支付”：3.2.1，在本协议签署日后 3 个工作日内（但在任何情况下不应晚于缴款宽限期届满之日），德仁公司将作为标的股份及其一切附属权益的受让方，以其自己的名义根据《股份认购暨增资协议》向新华人寿支付本次增资对应的人民币 12.6 亿元增资款及根据《股份认购暨增资协议》规定计算的罚息。3.2.2，在德仁公司支付上述增资款及罚息后的当日应书面通知鸿元公司并向鸿元公司提供已付款凭证，鸿元公司应在收到德仁公司的通知和付款凭证后 2 个工作日内向新华人寿发出要求其退还鸿元公司已支付的增资款及根据《股份认购暨增资协议》规定计算的罚息的通知。第 3.3 条“与博智公司相关款项的支付”：3.3.1，德仁公司应在本次转让交割日当日，根据与博智公司另行签署的相关协议向博智公司支付本次转让的相关款项；第 3.4 条“与鸿元公司相关款项的支付”：3.4.1，德仁公司应在本次转让交割日当日，根据与鸿元公司另行签署的相关协议向鸿元公司支付本次转让的相关款项；3.4.2，鸿元公司承诺如因其收款安排导致德仁公司支付上述款项存在任何风险或损失的，由鸿元公司承担全部责任。

同日，德仁公司与博智公司签订《primuspacificpartnersltd 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》，内容包括：“鉴于”4：根据鸿元公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与鸿元公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，鸿元公司受托受让并持有新产业公司转让的新华人寿 1.08 亿股股份，占新华人寿 9% 的股份；第 3.1 条“本次转让价款金额”：根据本协议，德仁公司同意向博智公司支付金额共计人民币 21.6 亿元整，本次转让价款以人民币方式支付，该等款项将视为德仁公司在本次转让中应向博智公司支付的全部价款（含税）。第七条“过渡期及公司治理安排”：第 7.1 条“过渡期的安排”：在过渡期内，博智公司、德仁公司及其各自关联的其他方不得对标的股份进行任何形式的处置或增加负担（包括但不限于质押、冻结、拍卖、强制执行等情形）。第 7.2 条“德仁公司的知情权”：在过渡期内，博智公司及其委派的董事在收到新华人寿股东大会和董事会审议事项的相关信息后，应于 3 个工作日内将该等事项书面告知德仁公司。第 7.4 条“公司治理安排”：双方同意，自本次转让交割日起，德仁公司有权根据新华人寿《公司章程》的规定提名董事，博智公司及其委派的董事应采取一切必要的行动予以配合。第 7.5 条“利润分配的安排”：双方同意，本次转让完成交割后，博智公司不参与新华人寿的利润分配；无论德仁公司何时获得股东资格，德仁公司均从本协议签署之日起按其持有新华人寿的股权比例享有同等利润分配权利（含滚存未分配利润）。

同日，德仁公司与鸿元公司签订《交易价款支付协议》，内容包括：鉴于 3：根据亚创公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与亚创公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，亚创公

司受让并持有新产业公司投资转让的新华人寿 1.08 亿股股份，占新华人寿 2010 年增资扩股完成前 9% 的股份。第 2.1 条“本次交易价款”：根据鸿元公司、博智公司与德仁公司签署的《股份及权益转让协议》，为实现本次转让和本次增资的交割，德仁公司同意向鸿元公司支付金额共计人民币 7.02 亿元整，该等价款是德仁公司在本次转让和本次增资交易中向鸿元公司支付的全部价款（含税）。第 12.3 条“未尽事宜或不一致”：本协议未尽事宜或本协议与《股份及权益转让协议》的约定不一致的，应按照《股份及权益转让协议》的相关约定执行。

2010 年 11 月 29 日，鸿元公司向新华人寿发出《退款通知书》，请求新华人寿在收到退款通知书后 3 个工作日内将鸿元公司已为本次增资支付的全部增资款及利息人民币 450130191.78 元退回。2010 年 12 月 1 日，新华人寿将该款项退回鸿元公司。

2011 年 3 月 28 日，保监会作出保监发改（2011）387 号《关于新华人寿保险股份有限公司股权转让的批复》，同意鸿元公司将其所持有的新华人寿 10800 万股股份转让给德仁公司。

2011 年 5 月 12 日，博智公司向德仁公司出具《收款通知书》，确认已收到德仁公司支付的人民币 21.6 亿元。

2011 年 5 月 13 日，鸿元公司向德仁公司出具《收款通知书》，确认已收到德仁公司支付的交易价款人民币 7.02 亿元。鸿元公司于收款当日分别向昊盛公司汇款人民币 45360 万元、向欣鸿公司汇款人民币 2 亿元，于 5 月 16 日向潮州市建筑安装总公司第六工程公司汇款人民币 3000 万元。昊盛公司于 5 月 15 日向俞立珍汇款人民币 40050 万元，俞立珍于 5 月 16 日将该款以投资款、投资溢交款名义汇往宏邦公司。

2011 年 5 月 16 日，博智公司、鸿元公司分别出具《确认函》，确认截至交割日，协议适当履行，且未发生任何导致协议目的无法实现的重大违约行为。保证其在协议中的陈述、保证和承诺在作出时且截止至交割日均是真实、准确、完整的。

一审法院另查明：1、亚创公司于 2007 年 10 月经中华人民共和国国家工商行政管理总局核准变更企业名称为鸿元公司。2、石家庄制药集团进出口贸易有限公司于 2010 年 11 月由中华人民共和国河北省工商行政管理局核准变更企业名称为德仁公司。3、鸿元公司于 2000 年 12 月 18 日设立，注册资本为人民币 28670 万元，其中，欣鸿公司出资人民币 14670 万元，占 51%；昆山花桥展览中心有限公司出资人民币 14000 万元，占 49%。经营地址为上海市静安区南京西路 1333 号商务楼二楼。陈嘉伟于 2007—2009 年间任法定代表人，现法定代表人为章文青，财务负责人为林霞。该公司 2008 年、2009 年没有经营、销售收入。2010 年工商登记的企业对外投资情况中没有对新华人寿投资持股的记载。4、欣鸿公司于 2005 年 7 月 7 日设立，注册资本为人民币 5760 万元，注册地址虚拟，经营地址与鸿元公司同一。法定代表人杨新英，财务负责人、联系人为陈少鸣、林霞。该公司 2009 年、2010 年没有经营、销售收入，利润、纳税均为零。5、宏邦公司于 2009 年 5 月 26 日设立，设立时注册资本人民币 5000 万元。法定代表人王晶，财务负责人、联系人为林霞、陈少鸣。该公司 2009 年、2010 年没有经营、销售收入，利润、纳税均为零。6、昊盛公司于 2005 年 12 月 6 日设立，注册资本人民币 50 万元，注册地址虚拟，经营地址与鸿元公司同一。法定代表人张文君，财务负责人、联系人为陈少鸣、林霞。该公司 2009 年、2010 年没有经营、销售收入，利润、纳税均为零。7、俞立珍与陈嘉伟系夫妻关系。

一审法院认为：

（一）关于本案管辖及法律适用。本案系股权转让合同纠纷，股权转让所涉目标公司新华人寿住所地为中华人民共和国北京市，属于该院辖区，故根据《中华人民共和国民事诉讼法》规定，该院作为合同履行地法院对本案具有管辖权。鉴于本案一方当事人博智公司系在英属开曼群岛注册成立的公司，本案股份转让时所涉目标公司新华人寿系有外资股东持股 24.9%

的外商投资企业，根据最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第八条第（四）项之规定，本案应当适用中华人民共和国法律。

（二）关于博智公司与鸿元公司之间是否存在代持新华人寿股份关系及效力问题。根据已查明的事实，博智公司与鸿元公司通过签订《委托投资及托管协议》、《协议书》等代持股协议，就鸿元公司代博智公司持有本案讼争的新华人寿 9%股份及相关费用进行了约定，确定博智公司是该股份的实际出资人和控制人，鸿元公司作为博智公司的托管人并代表博智公司持有该股份；博智公司向原股东新产业公司支付了该股份转让价款，并依约向鸿元公司支付了代持股费用；鸿元公司在 2010 年 5 月 25 日《关于处理新华人寿股权问题的董事会决议》中亦明确在其名下的新华人寿 9%股权系与博智公司签署《委托投资及托管协议》而实际代博智公司持有；德仁公司亦在庭审中确认其订立《股份及权益转让协议》时已知晓博智公司与鸿元公司之间系代持股关系。因此，涉案股权转让的各方当事人对于博智公司与鸿元公司之间就涉案股份存在代持股关系均予认可，该院予以认定。

博智公司与鸿元公司签署的《委托投资及托管协议》及《协议书》是双方当事人真实意思表示，且中华人民共和国未禁止境外企业持有境内保险公司股权，只是根据外资股东在境内保险公司持股比例区分企业形态进行分类管理，故双方依约确立的代持股关系不违反合同订立时中华人民共和国法律、法规的强制性规定，不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的合同无效情形。博智公司与鸿元公司就涉案 9%股份存在合法有效的代持股关系，博智公司是该股份的实际出资人，享有所有者投资权益；鸿元公司作为名义股东依约代博智公司行使股权。

（三）关于《股份及权益转让协议》及《交易价款支付协议》效力问题。鸿元公司利用自己名义股东及新华人寿增资时限要求的优势地位，迫使博智公司在意思表示不真实的情形下签署《股份及权益转让协议》中针对鸿元公司的付款条款，使鸿元公司在依据该条款订立的《交易价款支付协议》中获取了本应属于博智公司的股权权益，有悖诚信、公平原则，博智公司有权请求人民法院予以变更、撤销。理由如下：

1、鸿元公司具有迫使博智公司签署有关针对鸿元公司的付款条款的优势地位。首先，按照《股份认购暨增资协议》约定，博智公司可在缴款宽限期届满之前转让其所有的新华人寿股份和附属于股份上的各项股东权利、义务，而代持股权的任何变动均需作为名义股东的鸿元公司履行《委托投资及托管协议》及《协议书》项下的配合、协助义务才能完成。鸿元公司利用自己系新华人寿名义股东，在博智公司所有意志均需以鸿元公司的外在意思表示为要件的前提下，违背诚实信用原则，不履行受托义务，迫使博智公司在意思表示不真实的情形下让渡本属于实际出资人的权益。其次，按照《股份认购暨增资协议》约定，新华人寿增资缴款的宽限日为 2010 年 11 月 29 日，过期则股东丧失供股权及相关权益。鸿元公司利用博智公司如不能在增资缴款宽限截止日前完成股份及包括增资认购权在内的附属于股份上的各项权利转让，将遭受巨大经济损失的不利情形，不履行受托义务，迫使博智公司在缴款宽限日即将届满的压力下签署损害自身利益的有关付款条款。2、鸿元公司具有利用其名义股东的优势地位不履行受托义务的主观恶意并已付诸行动。据已查明的事实，鸿元公司从对博智公司指示其将代持股份转让给镇江康飞公司的要求不予配合、明确向博智公司表示其欲占有代持股权、未经博智公司同意自行向新华人寿缴付增资认购款等一系列行为，均能表明鸿元公司侵占代持股份的主观故意凸显并已采取行动。3、鸿元公司的上述行为足以使博智公司相信，如果鸿元公司占有代持股权的要求得不到满足，就要利用其名义股东的优势地位自行认购增资股权，使博智公司面临增资权益损失、9%股权被摊薄，甚至被代持股份全数丧失的巨额财产损失风险，从而使博智公司产生将丧失全部出资及相关权益的恐惧心理，进而被迫作出违背内心真意的意思表示。4、博智公司与鸿元公司已经明确约定了鸿元公司代持股应获得的报酬并已经实际给付。鸿元公司受托代表博智公司持有涉案股份，没有合同依据和法

律依据获得本应属于实际权利人博智公司应得的股权转让收益,《股份及权益转让协议》中将本属于博智公司应得的股权转让收益分割给鸿元公司,既违背了博智公司的真实意思,也显失公平。

鸿元公司、德仁公司关于从《股份及权益转让协议》中的表述以及博智公司在签约时所提供的授权文件,均可证明博智公司签约是其真实意思表示,没有受到胁迫的抗辩,该院认为,如前所述,博智公司与鸿元公司之间系代持股关系,博智公司委托鸿元公司代为持有新华人寿股份,所有涉及该股份的利益及权益均应归属于真正的权利人博智公司,鸿元公司依据双方的委托合同收取佣金。本案博智公司主张其系在意思表示不自由的情形下被迫签订《股份及权益转让协议》,因此仅从协议条款及《股份及权益转让协议》签订时的授权文件等形式不能认定系博智公司的真实意思表示,应当结合全案事实探究博智公司真意。本案中,作为名义股东的鸿元公司,在已经与博智公司明确约定代持人身份且收受代持股费用,亦未支付股份对价的情况下,置委托人指示和利益于不顾,以受托人身份获取了实际权利人近四分之一的包括增资认购权在内的股权转让收益,与其应按委托合同获取的佣金收益形成巨大的利益反差,博智公司对此采取了协商、发函、提起仲裁、发动诉讼、财产保全等一系列意在阻止的救济措施而未果。因此,博智公司签约时确系因财产利益面临现实损害而被迫作出违背真意的意思表示,鸿元公司、德仁公司关于博智公司在签署《股份及权益转让协议》时未受到胁迫的抗辩没有事实依据,该院不予采信。同时,由于本案中博智公司不真实的意思表示是由于鸿元公司利用其与博智公司间代持股关系的优势地位胁迫导致,合同相对方德仁公司是否明知博智公司受到胁迫方才作出意思表示,不影响博智公司行使撤销权。因此,本案中,德仁公司关于博智公司是否受到胁迫的表述和认识,不影响博智公司依法正当行使撤销权。对于鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司关于博智公司并非《交易价款支付协议》当事人,无权行使撤销权的抗辩,该院认为,第一,《交易价款支付协议》是《股份及权益转让协议》的组成部分,是基于《股份及权益转让协议》第 3.4 条的安排而签订。在《股份及权益转让协议》没有约定股权转让价款的情况下,以《交易价款支付协议》和《primuspacificpartnersltd 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》明确股权转让对价,共同构成完整的涉案股份转让合同。第二,《交易价款支付协议》所约定的由德仁公司向鸿元公司支付人民币 7.02 亿元的价款属于涉案股份转让对价的一部分,该约定直接侵害了博智公司作为实际出资人的利益,博智公司有权要求予以撤销。第三,德仁公司在向保监会报送涉案股份转让材料时,亦是将《股份及权益转让协议》及包括《交易价款支付协议》在内的支付协议一并报送审批。因此,《交易价款支付协议》是《股份及权益转让协议》的组成部分,博智公司是包括《交易价款支付协议》在内的涉案股份转让合同关系当事人,有权对该协议行使撤销权。

(四)关于法律后果及责任承担问题。如前所述,博智公司有权因在签订合同时受到胁迫而依据《中华人民共和国合同法》第五十四条提起撤销权之诉,包括主张变更《股份及权益转让协议》第 3.4 条及撤销《交易价款支付协议》。请求变更是博智公司作为撤销权人享有的一项权利,该请求表明博智公司认可《股份及权益转让协议》的效力,只是请求变更有关鸿元公司利用胁迫方法获取德仁公司支付的股权转让价款部分的条款,由博智公司取得该价款。《股份及权益转让协议》第 3.4 条变更后,博智公司有权主张撤销依据该条款订立的《交易价款支付协议》。

依据《中华人民共和国合同法》第五十八条之规定,《股份及权益转让协议》第 3.4 条变更及《交易价款支付协议》撤销后,所涉原条款及《交易价款支付协议》自始不发生合同效力,涉案股份转让收益应归属实际权利人博智公司所有。鸿元公司因被变更的原条款及被撤销的《交易价款支付协议》取得的款项应当返还给博智公司;欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在各自接收款项范围内承担连带返还责任。欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司关于其非合同当事

人，不应承担连带返还责任的抗辩理由，本院认为：第一，《股份及权益转让协议》第 3.4 条及《交易价款支付协议》因违反《中华人民共和国合同法》第五十四条而予以变更、撤销，该条款及《交易价款支付协议》自始没有法律约束力，故鸿元公司依据该条款及《交易价款支付协议》取得人民币 7.02 亿元没有合同和法律依据；第二，鸿元公司在收到德仁公司支付的款项后，迅速将款项转入欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司名下，其转移财产、逃避追索的主观故意明显；第三，鸿元公司利用交叉任职、股东相互持股、亲属关系等形式与欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司存在密切联系，欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在庭审中亦不能说明收受相应款项的原因，不能证明接收款项是善意且已支付对价。因此，欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司应当在各自收受款项的范围内对鸿元公司的返还义务承担连带责任。

综上所述，民事活动应当遵守诚实信用原则，博智公司作为本案讼争股权的实际出资人，依法享有所有者权益。鸿元公司作为受托人应当忠实履行合同义务。鸿元公司利用优势地位，违背诚信原则，迫使博智公司在意思表示不真实的情形下同意签署《股份及权益转让协议》中针对鸿元公司的付款条款，并使鸿元公司从依据该条款订立的《交易价款支付协议》中获取了本属于博智公司的股权转让收益，损害了博智公司的财产权益，不符合诚实守信、公平有序的市场交易秩序。博智公司依据《中华人民共和国合同法》第五十四条之规定，请求人民法院对《股份及权益转让协议》第 3.4 条予以变更并撤销依该条款订立的《交易价款支付协议》，请求判令鸿元公司所得人民币 7.02 亿元归博智公司所有并返还给博智公司，请求判令欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在各自取得的资金范围内承担连带返还责任的诉讼请求有法律和事实依据，予以支持。该院依照《中华人民共和国合同法》第六条、第五十四条、第五十六条、第五十八条之规定，判决如下：一、变更《关于新华人寿保险股份有限公司之股份及权益转让协议》第 3.4 条，德仁公司向博智公司支付转让新华人寿百分之九股份及其附属权益的相关款项；二、撤销《鸿元控股集团有限公司与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之交易价款支付协议》；三、鸿元公司于本判决生效之日起十日内向博智公司返还人民币七亿零二百万元；四、欣鸿公司在人民币二亿元范围内对上述判决主文第三项鸿元公司的返还款项承担连带责任；五、宏邦公司在人民币四亿零五十万元范围内对上述判决主文第三项鸿元公司的返还款项承担连带责任；六、昊盛公司在人民币五千三百一十万元范围内对上述判决主文第三项鸿元公司的返还款项承担连带责任；七、驳回博智公司的其他诉讼请求。案件受理费人民币三百五十五万一千八百元，由鸿元公司负担；财产保全费人民币五千元，由鸿元公司负担。

鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司不服一审判决，向本院上诉称：（一）一审判决认定的所谓胁迫的情形根本不存在，相反，有多方面的证据可以证明系争合同的签署是各方当事人的真实意思表示。一审判决以鸿元公司具有“优势地位”为由武断推定出鸿元公司对博智公司存在胁迫行为的结论是对事实的错误认定和对法律的错误理解。（二）根据合同法的规定，博智公司作为非系争合同的当事人，根本无权要求撤销或者变更鸿元公司与德仁公司的合同条款，博智公司不具有请求撤销或者变更的主体资格。（三）退一步讲，即使系争合同条款被撤销或变更，那么根据合同法的规定，系争款项也应当由鸿元集团返还给该款项的支付人德仁公司，而不应返还给与该款项的收付毫无关系的博智公司。（四）一审判决主文的第一条判令“变更《关于新华人寿保险股份有限公司之股权及权益转让协议》第 3.4 条，德仁公司向博智公司支付转让新华人寿百分之九股份及其附属权益的相关款项”是变更合同主体的行为，严重违法。（五）如果博智公司真的是因为受到了胁迫才签订了系争合同，那么一审判决应当判令撤销的是整个系争合同，而不能仅仅认定系争合同的价格约定系博智公司受到了胁迫而为，而价格条款之外的条款约定没有受到胁迫，仅判决撤销或变更价格条款。

（六）一审判决判令欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司就鸿元公司向博智公司返还款项义务承担连带清偿责任毫无事实和法律依据。（七）鸿元公司与博智公司之间是否存在系争股权的

代持关系根本不是本案的焦点，且与博智公司的一审诉请毫无关系、与本案毫无关系。一审判决将此问题作为本案争议焦点并对此做出认定和作为裁判依据，既违反了程序，也严重侵害了鸿元公司的合法权益。（八）一审判决主文的第二条判令“撤销《鸿元控股集团有限公司与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之交易价款支付协议》”属于诉讼突袭和严重的超范围裁判。本案一审期间，法院根本没有就鸿元公司与德仁公司之间的《交易价款支付协议》是否系根据《股权及权益转让协议》第 3.4.1 项的安排而签署进行过质证，事实上博智公司也从来没有要求撤销《交易价款支付协议》，而判决竟然直接认定两者间的因果关系，这是违反程序的。综上，一审判决存在严重错误，请求依法纠正。

博智公司未提交书面答辩意见，庭审时口头答辩如下：一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。理由是：首先，鸿元公司的上诉理由建立在代持协议无效的情形下，认为代持协议因违反我国金融方面的法律规定而无效，但提交的只是保监会的部门规章，且该规章也仅是对外资投资比例作了规定，不能证明代持协议是无效的。此外，鸿元公司在一审时还提交了保监会关于代持协议效力的答复，但只有复印件，且保监会没有存档，故不能作为认定代持协议的依据。至于博智公司与鸿元公司的代持关系，不仅有协议证明，而且博智公司依约已支付了约定的佣金和代持费用，如果鸿元公司认为代持费用方面有出入，属另一法律关系，不属本案审理范围。其次，退一步讲，即使代持协议被认定无效，也应回归合同的原始状态，鸿元公司不能据此获得巨额利益。博智公司主张本案存在胁迫，是为了说明鸿元公司获得 7.02 亿元不是博智公司的真实意思表示，鸿元公司利用其优势地位迫使博智公司作出了非真实的意思表示。最后，对于本案一审第三人欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司提出的上诉意见，一审的认定是正确的，因为鸿元公司属滥用公司人格的行为，一审第三人是知情合谋恶意转移案涉资产。

一审第三人德仁公司述称：系争合同是各方当事人的真实意思表示，依法有效，不应予以变更或者撤销；系争合同以及本次股权转让的交易安排已得到主管机关保监会的审查批准，应认定有效；系争合同及相关协议已经各方当事人履行，表明该合同及有关协议是各方当事人真实意思表示；博智公司并非系争合同的当事人，无权请求撤销或者变更相关协议。

在本案二审庭审中，对于一审认定的事实，上诉人欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司及被上诉人博智公司、一审第三人德仁公司均不持异议。上诉人鸿元公司认为博智公司一审期间提交的证据 13、15、17 都是复印件，对其真实性不予认可，并认为即使双方存在付款关系，也可能是基于其他交易关系的付款行为，进而否认收到博智公司支付服务费（公关费）、顾问费、年费共计 153 万美元。对此，本院认为，由于鸿元公司在一审时对上述证据的真实性并未提出质疑，二审庭审时虽然提出异议，但未提交证据证明其与博智公司之间存在其他交易关系，故对其主张不予支持。本院对于一审认定的事实予以确认。

本院另查明：新华人寿是经保监会批准设立、获国家工商行政管理局注册登记的全国性、股份制保险公司。2000 年，保监会批准新华人寿关于增资扩股和修改章程的请示，同意苏黎世保险公司认购该公司新股 8000 万股，占总股本的 10%；国际金融公司认购 4800 万股，占总股本的 6%；明治生命保险公司认购 3600 万股，占总股本的 4.5%；荷兰金融发展公司认购 3520 万股，占总股本的 4.4%；外资股份总额占总股本的 24.9%。2006 年，经保监会批准，新华人寿的外资股东明治安田生命保险公司（原明治生命保险公司）将其持有的新华人寿 4.5%的股份转让给博智公司，内资股东新产业公司将其持有的新华人寿 9%的股权转让给亚创公司。2011 年，经保监会批准，鸿元公司将其持有的新华人寿的股权转让给德仁公司。同年，经保监会批准，新华人寿注册资本变更为 26 亿元人民币。增资后，外资股东持有新华人寿股份的比例仍为 24.9%。

鸿元公司、博智公司与德仁公司订立的《股份及权益转让协议》及其后博智公司与德仁公司签订的《权益转让协议》、鸿元公司与德仁公司签订的《交易价款支付协议》均未包括德仁公司根据博智公司的指示应向镇江康飞公司支付的股权转让对价 7.56 亿元。

本院认为：本案虽系博智公司起诉请求变更德仁公司、博智公司与鸿元公司签订的《股份及权益转让协议》并撤销鸿元公司与德仁公司签订的《交易价款支付协议》，但当事人争议的实质是博智公司与鸿元公司之间就委托投资所获得的收益如何进行分配问题，故本案系涉外委托投资合同纠纷。由于当事人在合同中未约定所适用的法律，根据最密切联系原则，应当适用中华人民共和国法律审理本案。

根据查明的事实，本案争议的焦点为：一、博智公司与鸿元公司所签《委托投资及托管协议》、《协议书》的效力及本案所涉股权在转让给德仁公司之前应归谁享有；二、博智公司是否有权请求变更德仁公司、博智公司与鸿元公司签订的《股份及权益转让协议》并撤销鸿元公司与德仁公司签订的《交易价款支付协议》；三、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司是否应当承担民事责任？

一、关于《委托投资及托管协议》、《协议书》的效力及本案所涉股权的归属

在本案中，博智公司主张其与鸿元公司签订的《委托投资及托管协议》、《协议书》有效，故案涉股权应归属博智公司；鸿元公司则主张案涉股权归其享有，理由是其与博智公司之间签订的《委托投资及托管协议》、《协议书》旨在规避我国上述有关金融管理的规定，系“以合法形式掩盖非法目的”，故应被认定为无效。经查，我国现行的金融法规对于境外公司向境内保险机构投资作了明确的限制性规定。2004 年 6 月 15 日起施行的《保险公司管理规定》第四十五条规定：“全部境外股东持股比例应当低于保险公司股份总额的 25%。全部境外股东投资比例占保险公司股份总额 25%以上的，适用外资保险公司管理的有关规定。境外股东投资上市保险公司的，不受前款规定的限制”。2010 年 6 月 10 日起施行的《保险公司股权管理办法》第二条规定：“本办法所称保险公司，是指经保监会批准设立，并依法登记注册的外资股东出资或者持股比例占公司注册资本不足 25%的保险公司。”可见，尽管我国法律并未禁止境外企业持有境内保险公司股权，但中国保监会根据监管的需要对于外资股东的持股比例作了限制性的规定，即对于境内非上市保险公司，全部境外股东的投资比例不能超过保险公司股份总额的 25%，否则即应适用外资保险公司管理的规定。本案中，博智公司委托鸿元公司的前身亚创公司投资新华人寿，正是由于外资股东投资境内保险公司受到上述投资比例的限制。虽然鸿元公司是受博智公司的委托投资新华人寿，但鸿元公司并未以博智公司的名义投资，也未将案涉股权登记在博智公司的名下，而是以自己的名义投资并将案涉股权登记在鸿元公司的名下，且该投资行为不仅已经获得保监会的批准，鸿元公司还以其名义参与了新华人寿的管理，履行了股东的义务并行使了股东的权利，因此不能认为案涉股权归博智公司享有，而应认定案涉股权归鸿元公司享有。就此而言，博智公司委托鸿元公司以鸿元公司的名义投资新华人寿，与保监会的上述规章并无抵触，自然不能作为“以合法形式掩盖非法目的”的情况而否定双方之间委托投资协议的效力。也就是说，股权归属关系与委托投资关系是两个层面的法律关系，前者因合法的投资行为而形成，后者则因当事人之间的合同行为形成，保监会的上述规章仅仅是对外资股东持股比例所作的限制，而非对当事人之间的委托合同关系进行规制，因此，实际出资人不能以存在合法的委托投资关系为由主张股东地位，受托人也不能以存在持股比例限制为由否定委托投资协议的效力。

本案中，博智公司与鸿元公司签订的《委托投资及托管协议》、《协议书》，不仅包括双方当事人关于委托投资的约定，还包括当事人之间关于股权归属以及股权托管的约定。根据双方当事人关于股权归属以及股权托管的约定，鸿元公司的前身亚创公司系代博智公司持有股权而非自己享有股权。虽然上述协议均系双方当事人真实意思表示，但由于股权归属关系应根据合法的投资行为依法确定，不能由当事人自由约定，因此，尽管当事人约定双方之间的

关系是股权代持关系，也不能据此认定双方之间的关系属股权代持关系，而应认定双方之间系委托投资合同关系。一审判决未能区分股权归属关系与委托投资关系，仅以双方签订的《委托投资及托管协议》及《协议书》系双方真实意思表示为由认定上述协议均有效，并据此认定博智公司作为案涉股权的实际出资人，享有所有者投资权益，而鸿元公司作为名义股东，系依约代博智公司行使股权，属法律适用错误，也与鸿元公司一直以股东身份行使股权及相关权益的事实不符，应予纠正。

二、博智公司是否有权请求变更德仁公司、博智公司与鸿元公司签订的《股份及权益转让协议》并撤销鸿元公司与德仁公司所订《交易价款支付协议》

根据最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第十五条关于“实际投资者请求外商投资企业名义股东依据双方约定履行相应义务的，人民法院应予支持。双方未约定利益分配，实际投资者请求外商投资企业名义股东向其交付从外商投资企业获得的收益的，人民法院应予支持”的规定，虽然本案所涉股权在转让给德仁公司之前应归鸿元公司享有，但鸿元公司对博智公司负有合同上的义务，即鸿元公司应根据双方所订委托投资协议的约定将因投资所获得的收益返还给博智公司。在新华人寿增资扩股的过程中，虽然鸿元公司未接受博智公司的指示将其所持有的股权及相关权益转让给镇江康飞公司，但却以股东身份自行出资认购了新华人寿的新股，因而并不存在相关权益丧失的紧急情况。至于博智公司担心鸿元公司不依照双方所订委托投资协议将投资所得的收益返还给博智公司，并基于此种担心而与鸿元公司、德仁公司签订《股份及权益转让协议》，系委托投资过程中委托人可能面临的实际问题。由于鸿元公司作为受托人已经通过合法的投资行为获得案涉股权，在新华人寿增资扩股过程中自然有权认购新股，并有权转让股权及相关权益；博智公司因不是股东而仅对鸿元公司享有合同上的权利，故不能以股东的身份行使权利。一审以鸿元公司滥用优势地位迫使博智公司在意思表示不真实的情形签订《股份及权益转让协议》，从而使鸿元公司从依据该协议订立的《交易价款支付协议》获得了本应属于博智公司的股权权益为由，认定鸿元公司的行为有悖诚信、公平原则，构成胁迫，并据此判决变更、撤销鸿元公司与德仁公司签订的《交易价款支付协议》，系将博智公司面临的被动局面错误地理解为博智公司受到胁迫，显属不当，应予纠正。

根据前述最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第十五条的规定，博智公司与鸿元公司可以在《委托投资及托管协议》及《协议书》中就委托投资所获得利润如何进行分配进行约定，即使没有约定，鸿元公司在负有将投资所得收益返还给博智公司之义务的同时，也应有权请求博智公司支付相关费用并有权获得相应的报酬。本案中，博智公司与鸿元公司根据新华人寿的建议，采取将鸿元公司所持股权转让给德仁公司的方式来实现各自的权益，并最终签订了三个合同，即博智公司、鸿元公司与德仁公司签订的《股份及权益转让协议》、博智公司与德仁公司签订的《权益转让协议》以及鸿元公司与德仁公司签订的《交易价款支付协议》。上述协议是博智公司和鸿元公司为了实现各自的收益而与德仁公司达成的协议。此前鸿元公司未按照博智公司的指示将股份转让给镇江康飞公司虽有不当，但不应影响上述协议的效力。博智公司并无充分证据证明其在签订上述协议过程中存在胁迫，因此一审判决以博智公司受到胁迫为由变更博智公司、鸿元公司与德仁公司所订《股份及权益转让协议》并撤销鸿元公司与德仁公司之间的《交易价款支付协议》，进而判决鸿元公司应向博智公司返还其所收到的人民币 7.02 亿元款项，系适用法律错误，应予纠正。

三、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司是否应当承担民事责任

本案中，鸿元公司在获得德仁公司支付的股权转让款后，又将所获得款项以不同方式转入欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司。本院认为，因博智公司不能基于受到胁迫为由请求变更博智公司、鸿元公司与德仁公司所订《股份及权益转让协议》并撤销鸿元公司与德仁公司之间的

《交易价款支付协议》，故鸿元公司没有义务向博智公司返还其从德仁公司所获得的款项，欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司也不应对博智公司承担民事责任。一审判决欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司在各自收受款项的范围内对鸿元公司的返还义务承担连带责任，没有事实和法律依据，应予纠正。

综上，一审判决认定事实不清，适用法律不当，本院经审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销北京市高级人民法院（2011）高民初字第 1706 号民事判决；

二、驳回博智资本基金公司的诉讼请求。

一、二审案件受理费各人民币 3551800 元，财产保全费人民币 5000 元，均由博智资本基金公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 高晓力

代理审判员 沈红雨

代理审判员 吴光荣

二〇一四年六月五日

书记员 张伯娜

博智资本基金公司与上海鸿元企业发展有限公司、上海欣 鸿投资管理有限公司等不当得利纠纷二审民事判决书

上海市高级人民法院

民事判决书

(2016)沪民终 245 号

上诉人(原审原告): 博智资本基金公司 (PrimusPacificPartnersLtd), 住所地 CaymanIslands。

法定代表人: 宦国苍 (HUANGUOCANG), 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 李沐珣, 上海中建中汇(北京)律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 姜胜, 上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 上海鸿元企业发展有限公司, 住所地中华人民共和国上海市松江区。

法定代表人: 章文青, 该公司经理。

被上诉人(原审被告): 上海欣鸿投资管理有限公司, 住所地中华人民共和国上海市嘉定区。

法定代表人: 杨新英, 该公司董事长。

被上诉人(原审被告): 上海昊盛投资咨询有限公司, 住所地中华人民共和国上海市嘉定区。

法定代表人: 张文君, 该公司经理。

被上诉人(原审被告): 上海宏邦股权投资管理有限公司, 住所地中华人民共和国上海市浦东新区。

法定代表人: 王晶, 该公司董事。

被上诉人(原审被告): 陈嘉伟, 男, 1967 年 4 月 7 日出生, 汉族, 住中华人民共和国上海市普陀区。

被上诉人(原审被告): 章文青, 男, 1954 年 9 月 7 日出生, 汉族, 住中华人民共和国上海市浦东新区。

被上诉人(原审被告): 俞立珍, 女, 1971 年 2 月 25 日出生, 汉族, 住中华人民共和国上海市闵行区。

上述七被上诉人共同委托诉讼代理人: 邹红黎, 北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

上诉人博智资本基金公司(以下简称博智公司)因与被上诉人上海鸿元企业发展有限公司(以下简称鸿元公司)、上海欣鸿投资管理有限公司(以下简称欣鸿公司)、上海昊盛投资咨询有限公司(以下简称昊盛公司)、上海宏邦股权投资管理有限公司(以下简称宏邦公司)、陈嘉伟、章文青、俞立珍不当得利纠纷一案, 不服中华人民共和国上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民四(商)初字第 S36 号民事判决, 向本院提起上诉。本院于 2016 年 6 月 7 日立案受理后, 依法组成合议庭, 于 2016 年 11 月 24 日公开开庭进行了审理。博智公司的委托诉讼代理人李沐珣律师, 鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍的共同委托诉讼代理人邹红黎律师到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

博智公司的上诉请求: 1、撤销一审判决, 依法改判支持博智公司的全部诉讼请求, 或发回重审; 2、本案一、二审诉讼费由被上诉人承担。主要事实和理由为: (一)一审判决认定本案与博智公司此前提起的股权转让合同纠纷案和委托合同纠纷案不构成重复起诉, 即本案与前述两案的当事人和法律关系均不同, 然而一审判决却直接援引前述两案中的判决结果作为本案裁判依据, 裁判逻辑明显错误, 造成本案事实认定不清。(二)博智公司在将系争股权转让给河北德仁投资有限公司(以下简称德仁公司)时受到了鸿元公司的胁迫, 导致博智公司意思表示不真实, 博智公司事前从未同意、事后亦未追认德仁公司将人民币 7.02 亿元股权转让款支付给鸿元公司。一审法院故意遗漏博智公司与鸿元公司签署的《委托投资及托管协议》

及《协议书》等证据，致案件基本事实认定错误。(三)鸿元公司与德仁公司签订的《交易价款支付协议》是双方恶意串通的结果，应属无效，鸿元公司基于该协议获得人民币 7.02 亿元股权转让款缺乏合法依据，构成不当得利。一审法院无视上述事实，适用法律明显错误，判决结果显示公平。(四)一审法院对鸿元公司提交的《股份及权益转让协议》及《交易价款支付协议》等重要证据应予鉴定而未予鉴定，即直接认定上述协议的真实性和合法性，违反了证据规则，属于严重的程序违法。综上，一审判决逻辑混乱，认定事实和适用法律错误，程序违法，应予改判或发回重审。

鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍共同辩称，(一)一审法院从法律规定的构成要件出发，在认定鸿元公司获得人民币 7.02 亿元款项的合同依据时，基于生效判决所查明的事实，认定系争协议有效，于法有据。(二)《股份及权益转让协议》是各方当事人就系争股份所达成的一揽子解决方案，是博智公司为实现其自身利益以及基于中国法律作出的理性判断，是其真实意思表示。博智公司在协议履行完毕后声称系争协议签订过程中存在胁迫以及恶意串通等情形，实属无稽之谈，亦是滥用其诉讼权利。(三)鸿元公司获得系争人民币 7.02 亿元股权转让款是基于鸿元公司在委托投资关系中的作用和贡献，经各方当事人协商确定的金额，体现了各方的权利平衡，是公平的。(四)《股份及权益转让协议》及《交易价款支付协议》不仅是博智公司在前案中作为己方证据提交，更是作为裁判依据被生效判决所确认，博智公司在没有任何相反证据的情况下提出鉴定，系无理取闹，一审法院对其申请不予准许，符合证据规定，程序合法。综上，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，程序合法。博智公司的上诉请求不能成立，应予驳回。

博智公司向一审法院起诉请求：1、鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍返还博智公司股权转让款共计人民币 7.02 亿元；2、鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍支付博智公司以人民币 7.02 亿元为本金、按照中国人民银行同期贷款利率自 2011 年 5 月 13 日起至实际清偿之日止的利息；3、本案诉讼费用由鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍负担。

一审法院审理查明：博智公司系 2005 年 2 月 15 日在英属开曼群岛注册成立的公司，截至 2010 年 11 月，作为外资股东持有新华人寿保险股份有限公司(以下简称新华人寿)4.5%股份。2005 年 11 月 17 日，上海亚创控股有限公司(以下简称亚创公司)与新产业投资股份有限公司(以下简称新产业公司)签订《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，约定：亚创公司同意按协议的规定以每股相当于人民币 4.20 元的代价受让新产业公司持有的新华人寿 9%股份。同年 12 月 1 日，博智公司与亚创公司签订《委托投资及托管协议》，约定：1、背景：根据博智公司的要求并代表博智公司，亚创公司于 2005 年 11 月 17 日同新产业公司签署了《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，以收购新产业公司所拥有新华人寿之全部 9%股份。博智公司将为此股份转让向亚创公司支付公关和顾问费。博智公司进一步要求亚创公司于股份转让完成后作为博智公司的托管人并代表博智公司持有该新华人寿股份，而博智公司将为此向亚创公司支付年托管费(年费)。本投资及托管协议反映了亚创公司与博智公司就该股份转让达成的一些共识。2、资金提供：博智公司负责提供上述股份转让所需要的全部资金，具体安排由亚创公司和博智公司另行商定。3、股份托管：亚创公司通过上述股份转让而取得的新华人寿股份，以及与该等股份相关的一切权益和权利，均归属博智公司所有；亚创公司对该等股份不享有任何实际权益和权利。亚创公司作为该等股份的名义持有人行使与该等股份相关的一切权利或为或不为一定行为时，均应当完全按照博智公司的要求或意见行事。4、进一步行动：根据博智公司要求或意见，亚创公司应当将该等股份直接或间接转让给博智公司或博智公司指定的其它公司，或根据博智公司要求或意见对该等股份进行任何其它形式的处置；对于博智公司就此作出的任何要求或意见，亚创公司应当予以完全遵从。博智公司亦清楚，对亚创公司作出的与该等股份托管和处置的任何要求

或意见，不应损害亚创公司的利益。5、费用：根据《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》完成股份转让的全部手续后的五个工作日内，博智公司即支付亚创公司 25 万美元公关费、15 万美元顾问费。在股份转让完成及根据本协议实施股份托管期间，博智公司将支付持有新华人寿股份的亚创公司 3 万美元的年费。该年费应按月及按比例于每月 15 日前支付。此外，博智公司将支付与本交易相关的亚创公司所发生的一切开支。6、排他性交易：保密性。7、违约：任何一方对本协议的任何违反均构成违约，违约方应对另一方因其违约所造成的损失(包括损失和费用)给予全面足额赔偿。

2006 年 8 月 22 日，博智公司与亚创公司签订《协议书》，约定：鉴于：1、根据博智公司的要求并代表博智公司，亚创公司于 2005 年 11 月 17 日与新产业公司签署了《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》，已代为受让新产业公司持有新华人寿的 10,800 万股股份(占新华人寿总股本的 9%)；2、根据博智公司的要求并代表博智公司，亚创公司于 2005 年 11 月 17 日同时与香港新产业投资顾问有限公司签署了《中介服务协议》，已代为向香港新产业支付中介费用；3、2005 年 12 月 1 日，亚创公司与博智公司签订了一份《委托投资及托管协议》，以明确亚创公司受博智公司委托代为持有新华人寿 9%的股份、股份托管以及双方的权利义务；4、2006 年 6 月 30 日，亚创公司与博智公司签订了一份《服务协议》，以进一步明确双方在代持和托管过程中的权利义务；5、亚创公司在代持过程中，亚创公司的代持成本和风险增加。有鉴于此，亚创公司与博智公司经过友好协商，现就亚创公司为博智公司代持并托管新华人寿股份一事的处理事项达成如下协议：一、博智公司同意并确认，亚创公司就代持股份所作出的任何行为、不作为以及任何意思表示(包括但不限于就代持股份签订并履行相关协议)均是基于博智公司书面或口头的指示或指令，并由博智公司承担由此产生的全部义务、责任和风险。二、博智公司同意并确认，亚创公司就代持股份因任何事由而承担或被要求承担任何义务、责任和风险的，均应由博智公司承担或在亚创公司承担后不超过 15 个工作日内对亚创公司进行全额赔偿。三、双方同意并确认，即使《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》和《中介服务协议》被确认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，双方仍按《委托投资及托管协议》和《服务协议》规定的条款履行；如《委托投资及托管协议》、《服务协议》被确认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，则本协议第一条和第二条及其它相应条款构成确定双方在该等情形下权利义务关系的依据。四、双方同意并确认，一旦出现因中国保险监督管理委员会(以下简称保监会)或其它有权机构确定或判决亚创公司与新产业公司的股权交易无效，从而出现后续诉讼，追讨及其它相关操作的情形，亚创公司仍会尽力配合博智公司进行相关事宜的操作，但因该操作行为产生的全部费用(包括但不限于诉讼费用、律师费用、亚创公司额外支出的人力成本及其它成本和管理费用等)、法律后果(包括但不限于裁判结果等其它各类结果的最终执行或承担)及风险(包括但不限于诉讼风险、执行风险等各类风险)最终均由博智公司承担。五、除按第四条的规定处理以外，如《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》或《服务协议》被确认全部或部分无效，或者被撤销或被撤销部分条款，则 1、博智公司放弃以任何方式和理由向亚创公司主张任何赔偿、补偿的权利；2、如亚创公司因代持股份而需承担任何义务、责任、税费或风险的，博智公司对亚创公司因此遭受的任何直接和 / 或间接损失(包括但不限于任何罚金、罚款、赔偿金、律师费、其它开支等)承担全部赔偿责任。六、双方同意并确认，基于亚创公司代持股份行为的成本和风险增加，博智公司除按本协议约定进行赔偿外，另行给予亚创公司经济补偿，补偿方法为：1、在本协议签署之后 5 个工作日内给付亚创公司 10 万美元；2、如代持股份再次被确认为合法有效(以亚创公司能够合法出席新华人寿股东大会并可以行使表决权或遵照博智公司指示授权第三方出席股东大会并行使投票权为标志)，博智公司将在 5 个工作日内给付亚创公司 80 万美元(博智公司根据本条第 1 项已经支付的部分可予以扣除)并补偿亚创公司为

此支付的包括律师费在内的全部费用、开支；在亚创公司配合博智公司最终完成股权转让后（以得到保监会批准及工商变更为标志）的 15 个工作日内，由博智公司再给付亚创公司 80 万美元。七、在《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》未被认定无效、非法或丧失法律效力的前提下，如在博智公司的安排下，有符合不时生效的中华人民共和国大陆地区法律、行政法规、部门规章、规范性文件以及地方法规、规章、规范性文件规定的投资者愿意受让代持股份的，亚创公司同意配合办理相关转让手续；但因代持股份的转让而产生的任何义务、责任、税费和风险，由博智公司自行承担。八、双方同意并确认，本协议并非《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》的附件、修订、从合同或补充协议，其效力独立于《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》、《中介服务协议》、《委托投资及托管协议》和 / 或《服务协议》；凡《委托投资及托管协议》、《服务协议》与本协议书有抵触的条款，均以本协议书为准。九、双方同意并确认，因本协议书以及《委托投资及托管协议》、《服务协议》等引起的纠纷均由香港国际仲裁中心仲裁。因该仲裁而产生的全部费用（包括但不限于仲裁费、律师费、差旅费等）均由博智公司承担。亚创公司和博智公司的授权代表陈嘉伟、宦国苍分别在协议上签字。

上述一系列合同签订后，博智公司于 2006 年 6 月 27 日、7 月 3 日、8 月 3 日、8 月 5 日共计向新产业公司支付股权转让款 56,698,582.54 美元并办理了股权变更手续，亚创公司代博智公司成为名义持有新华人寿 9% 股份的股东。

自 2009 年 11 月起，鸿元公司就代持股关系与博智公司协商，要求结束代持股关系，双方协商未果。2010 年 5 月 25 日，鸿元公司通过《关于处理新华人寿股权问题的董事会决议》，其中鉴于第 1 条载明：鸿元公司名下持有新华人寿 9% 的股权（计 10,800 万股股份）。此项股权系鸿元公司前身亚创公司的原董事长应宦国苍先生及博智公司之托，于 2005 年末以亚创公司名义与博智公司签署《委托投资及托管协议》而实际代博智公司持有。

2010 年 10 月 14 日，新华人寿召开 2010 年度第四次临时股东大会，审议通过《关于新华人寿保险股份有限公司股份发行暨增资方案的议案》，决定公司以每股人民币 10 元的价格向全体股东发行股份，股东有权按照每持有 12 股可认购 14 股的比例认购本次增资发行的股份。10 月 26 日，在前述临时股东大会召开的前一日持有新华人寿股份的股东与新华人寿签订了《股份认购暨增资协议》，约定：鉴于第 3 条：为满足中国监管机构对改善新华人寿保险偿付能力的要求，促进公司的进一步发展，依据本协议的条款和条件，各增资方愿意认购公司新增发行的股份，公司同意按照本协议的条款和条件，向各增资方新增发行股份并相应增加公司的注册资本。第 2.2 条：本次新增股份的种类：普通股。本次新增股份的面值：人民币 1 元。本次新增股份的数量：公司本次新增发行的股份数为 14 亿股。审议本次增资方案的股东大会召开日的前一日为股权登记日，于股权登记日持有公司股份的现有股东，均有权认购新增股份。本次新增股份的每股认购价格：人民币 10 元。各增资方各自认购的新增股份数量：根据公司股东大会的决议，各增资方可按照每持有 12 股可认购 14 股的比例认购新增股份。各增资方特此同意认购下表所示数量的新增股份，并支付对应的增资款：亚创公司：认购股数为 12,600 万股，增资额为人民币 12.6 亿元；博智公司认购股数为 6,300 万股，增资额为人民币 6.3 亿元。弃配额度：如果出现任何增资方未在缴款宽限期（如第 8.1 条第（3）款所定义）届满前足额缴纳增资款以认购其根据本协议第 2.2 条第（5）款规定的增资额度的情形，但是所有守约增资方实际缴纳的增资款总额达到人民币 105 亿元（或等额外币）或以上，则本次增资继续进行。该未足额缴款的增资方应被视为放弃认购与其未缴纳增资款金额相对应的增资额度的权利。在此情况下，如果导致部分守约增资方的持股比例被动超过监管要求（包括单一股东持股比例超过 20% 或者外资股东合计持股比例超过 25%），公司以及各增资方确认，涉及被动超限问题的股东，在本次增资实施完成后的 12 个月内或解决被动

超限问题的股份发行完成前或公司实现首次公开发行股份并上市之前(三者以先到的日期为准),没有义务主动减持被动超限股份。如果监管机构要求公司限期解决被动超限问题,或者根据公司业务发展的需要进一步增资以提升偿付能力,公司将根据公司股东大会特别决议批准的方案,发行与弃配额度数量相同的新增股份以解决被动超限问题。如果上述股份发行无法完成或被动超限问题仍无法解决,被动超限股东有权选择不减持被动超限股份。第 2.3 条:在本协议第 5.1 条列示的所有缴纳增资款的先决条件均已得到满足或已被有权放弃此等先决条件的每一方所有有效放弃之后的五(5)个工作日内,公司应向全部增资方发出加盖公司公章的缴款通知。缴款日,即缴款通知送达日之后的第四(4)个工作日。各增资方应在缴款通知载明的缴款日之前或当日缴纳其各自的增资款至缴款通知载明的增资账户。第 4.7 条:任一增资方均可在缴款宽限期届满之前转让其持有的公司股份和/或其附属于股份上的各项股东权利、义务(包括其在本协议项下的增资认购权及相关缴款义务),前提是(1)受让方同意全部承继以及履行该转让方在本协议项下全部权利和义务;(2)转让交易符合相关法律、法规以及保监会的要求和公司章程的规定;(3)受让方成为公司股东的资格获得保监会的书面认可;以及(4)该转让方在本协议项下的全部权利和义务的转让已及时通知其他各方。在满足前述前提条件的情况下,前述转让无需取得其他各方事先的同意或者批准。第 8.1 条:如任一增资方未能按照本增资协议第 2.3 条的约定在缴款日足额缴纳增资款,将按照本增资协议第 7.3 条的规定向公司支付罚息。公司及守约增资方在此同意,在本协议第 2.3 条第(1)款规定的缴款日次日起,给予未如期缴款的增资方三十(30)日的宽限期缴纳增资款及罚息。如果在缴款宽限期届满之后相关增资方仍未足额缴纳以上金额,将按照本协议第 2.2 条第(6)款的规定处理。

同日,新华人寿向各股东发出《缴款通知书》,确定本次增资缴款日为 2010 年 10 月 29 日。博智公司签署上述协议后,欲在认购期限届满前将鸿元公司代持的 9%的股份转让给镇江康飞机器制造有限公司(以下简称镇江康飞公司),并自 2010 年 10 月 22 日起向鸿元公司发出指令,要求其配合进行转让,但鸿元公司不予回应。

2010 年 11 月 10 日,博智公司向香港国际仲裁中心以鸿元公司为被申请人就涉案 9%股权提起仲裁,仲裁案号为 hkiac / arb / 10150 / r08.1。

2010 年 11 月 10 日,鸿元公司以“新华人寿增资认购款”名义向新华人寿入资人民币 4.5 亿元,欲自行完成增资入股。

2010 年 11 月 15 日,鸿元公司以鸿元函(2010)第 035 号《关于支付新华人寿股权转让款的通知》致函博智公司,称因博智公司系持有新华人寿 4.5%股份的中国境外公司,不具备受让新华人寿原股东即中国境内企业法人新产业公司持有的新华人寿 9%股份的主体资格,故鸿元公司与博智公司之间不存在合法的代持关系和有效的代持协议。自鸿元公司作为新华人寿的股东资格获得保监会核准并取得新华人寿股权证后,其多次提出将以等额人民币向博智公司全额支付当初由博智公司支付的股权转让款,以履行其作为合格受让股东支付股权转让款并以本国货币结算的应尽义务,但博智公司一直未提供相关合格账号,以致鸿元公司至今无法完成付款。故要求博智公司提供汇款账号,以供鸿元公司支付当初由博智公司安排垫付的新华人寿股权转让款。

2010 年 11 月 26 日,博智公司与德仁公司、鸿元公司签订《股份及权益转让协议》,内容包括:鉴于 5:根据亚创公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与亚创公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排,亚创公司受让并持有新产业公司转让的新华人寿 1.08 亿股股份,占新华人寿 2010 年增资扩股完成前 9%的股份。鉴于 8:现各方同意德仁公司购买 9%股份及股份的一切附属权益,包括但不限于根据《股份认购暨增资协议》认购新华人寿 2010 年增资扩股新发行的 1.26 亿股股份。在本次转让及本次增资完成交割后,德仁公司成为 9%股份及

新增股份的合法记名股东及实际权益人，博智公司、鸿元公司及其他任何第三方不再就该股份、新增股份及该等股份的一切附属权益享有任何名义或实际的权利和权益，并不再就该 9% 股份、新增股份及该等股份的一切附属权益提出任何形式的主张。第 2.1 条：经各方协商同意，德仁公司将根据本协议列明的条款和条件购买标的股份和其一切附属权益，包括增资权。第 2.3 条：各方同意，本次转让完成交割后，博智公司与鸿元公司之间就标的股份形成的关系及双方和双方各自的关联方、合作方就此签署的所有协议、文件或安排均不可撤销的终止或者已被终止。第 3.1 条“价款”：各方同意，德仁公司将根据本协议以下第 3.2 条、第 3.3 条以及第 3.4 条的安排支付本次转让和本次增资相关的价款。第 3.2 条“与新华人寿相关款项的支付”：3.2.1，在本协议签署日后 3 个工作日内(但在任何情况下不应晚于缴款宽限期届满之日)，德仁公司将作为标的股份及其一切附属权益的受让方，以其自己的名义根据《股份认购暨增资协议》向新华人寿支付本次增资对应的人民币 12.6 亿元增资款及根据《股份认购暨增资协议》规定计算的罚息。3.2.2，在德仁公司支付上述增资款及罚息后的当日应书面通知鸿元公司并向鸿元公司提供已付款凭证，鸿元公司应在收到德仁公司的通知和付款凭证后 2 个工作日内向新华人寿发出要求其退还鸿元公司已支付的增资款及根据《股份认购暨增资协议》规定计算的罚息的通知。第 3.3 条“与博智公司相关款项的支付”：3.3.1，德仁公司应在本次转让交割日当日，根据与博智公司另行签署的相关协议向博智公司支付本次转让的相关款项；第 3.4 条“与鸿元公司相关款项的支付”：3.4.1，德仁公司应在本次转让交割日当日，根据与鸿元公司另行签署的相关协议向鸿元公司支付本次转让的相关款项；3.4.2，鸿元公司承诺如因其收款安排导致德仁公司支付上述款项存在任何风险或损失的，由鸿元公司承担全部责任。

同日，德仁公司与博智公司签订《primuspacificpartnersltd 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》，内容包括：鉴于 4：根据鸿元公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与鸿元公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，鸿元公司受托受让并持有新产业公司转让的新华人寿 1.08 亿股股份，占新华人寿 9% 的股份；第 3.1 条“本次转让价款金额”：根据本协议，德仁公司同意向博智公司支付金额共计人民币 21.6 亿元整，本次转让价款以人民币方式支付，该等款项将视为德仁公司在本次转让中应向博智公司支付的全部价款(含税)。第七条“过渡期及公司治理安排”：第 7.1 条“过渡期的安排”：在过渡期内，博智公司、德仁公司及其各自关联的其他方不得对标的股份进行任何形式的处置或增加负担(包括但不限于质押、冻结、拍卖、强制执行等情形)。第 7.2 条“德仁公司的知情权”：在过渡期内，博智公司及其委派的董事在收到新华人寿股东大会和董事会审议事项的相关信息后，应于 3 个工作日内将该等事项书面告知德仁公司。第 7.4 条“公司治理安排”：双方同意，自本次转让交割日起，德仁公司有权根据新华人寿《公司章程》的规定提名董事，博智公司及其委派的董事应采取一切必要的行动予以配合。第 7.5 条“利润分配的安排”：双方同意，本次转让完成交割后，博智公司不参与新华人寿的利润分配；无论德仁公司何时获得股东资格，德仁公司均从本协议签署之日起按其持有新华人寿的股权比例享有同等利润分配权利(含滚存未分配利润)。

同日，德仁公司与鸿元公司签订《交易价款支付协议》，内容包括：鉴于 3：根据亚创公司与新华人寿原股东新产业公司于 2005 年 11 月 17 日签署的《有关新华人寿保险股份有限公司股份转让之协议》及博智公司与亚创公司在本协议签署前所签署的相关协议的安排，亚创公司受让并持有新产业公司投资转让的新华人寿 1.08 亿股股份，占新华人寿 2010 年增资扩股完成前 9% 的股份。第 2.1 条“本次交易价款”：根据鸿元公司、博智公司与德仁公司签署的《股份及权益转让协议》，为实现本次转让和本次增资的交割，德仁公司同意向鸿元公司支付金额共计人民币 7.02 亿元整，该等价款是德仁公司在本次转让和本次增资交易中向鸿

元公司支付的全部价款(含税)。第 12.3 条“未尽事宜或不一致”:本协议未尽事宜或本协议与《股份及权益转让协议》的约定不一致的,应按照《股份及权益转让协议》的相关约定执行。

2010 年 11 月 29 日,鸿元公司向新华人寿发出《退款通知书》,请求新华人寿在收到退款通知书后 3 个工作日内将鸿元公司已为本次增资支付的全部增资款及利息人民币 450,130,191.78 元退回。2010 年 12 月 1 日,新华人寿将该款项退回鸿元公司。

2011 年 3 月 28 日,保监会作出保监发改(2011)387 号《关于新华人寿保险股份有限公司股权转让的批复》,同意鸿元公司将其所持有的新华人寿 10,800 万股股份转让给德仁公司。

2011 年 5 月 12 日,博智公司向德仁公司出具《收款通知书》,确认已收到德仁公司支付的人民币 21.6 亿元。

2011 年 5 月 13 日,鸿元公司向德仁公司出具《收款通知书》,确认已收到德仁公司支付的交易价款人民币 7.02 亿元。鸿元公司于收款当日分别向昊盛公司汇款人民币 45,360 万元、向欣鸿公司汇款人民币 2 亿元,于 5 月 16 日向潮州市建筑安装总公司第六工程公司汇款人民币 3,000 万元。昊盛公司于 5 月 15 日向俞立珍汇款人民币 40,050 万元,俞立珍于 5 月 16 日将该款以投资款、投资溢交款名义汇往宏邦公司。

2011 年 5 月 12 月,博智公司以鸿元公司为被告,欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司、德仁公司为第三人向北京市高级人民法院提起诉讼[案号:(2011)高民初字第 1706 号],案由为股权转让合同纠纷。在该案中博智公司以鸿元公司利用其作为新华人寿的名义股东、迫使博智公司在违背其真实意思的情况下向其支付数亿元的股权转让款等为由,要求法院判令变更《股权及权益转让协议》第 3.4 条约定并撤销鸿元公司与德仁公司之间依据《股份及权益转让协议》第 3.4.1 款签署的相关协议,鸿元公司将其从德仁公司取得的人民币 7.02 亿元款项返还给博智公司等。北京市高级人民法院于 2012 年 12 月 13 日作出一审判决,判决鸿元公司向博智公司返还人民币 7.02 亿元等。后鸿元公司、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司不服,向最高人民法院提起上诉。最高人民法院于 2014 年 6 月 5 日作出(2013)民四终字第 20 号判决,撤销北京市高级人民法院作出的(2011)高民初字第 1706 号民事判决,驳回博智公司的诉讼请求。

2014 年 6 月 20 日,博智公司以鸿元公司为被告,欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司作为第三人向北京市高级人民法院提起诉讼,北京市高级人民法院受理此案[案号:(2014)高民(商)初字第 02854 号],案由为委托合同纠纷。在该案中,博智公司以鸿元公司违反《委托投资和托管协议》的约定、将目标股权擅自转让、鸿元公司收取人民币 7.02 亿元股权转让款后进行转移、构成违约为由,要求判令鸿元公司赔偿博智公司损失人民币 7.02 亿元,其他收款的关联被告在收取款项范围内承担连带偿还责任。鸿元公司以北京市高级人民法院受理此案违反“一事不再理原则”为由,提出管辖权异议。北京市高级人民法院经审理后裁定驳回鸿元公司提出的管辖权异议。鸿元公司不服该裁定,向最高人民法院提起上诉。最高人民法院经审理后作出(2015)民四终字第 12 号民事裁定,认为博智公司提起的该案诉讼与(2013)民四终字第 20 号一案除案由不同,诉讼当事人相同,诉讼标的相同,诉讼请求均是要求鸿元公司返还人民币 7.02 亿元,故违反了“一事不再理原则”,遂裁定撤销北京市高级人民法院(2014)高民(商)初字第 02854 号民事裁定,驳回博智公司的起诉。

一审法院另查明:1、亚创公司于 2007 年 10 月经中华人民共和国国家工商行政管理总局核准变更企业名称为鸿元公司。2、石家庄制药集团进出口贸易有限公司于 2010 年 11 月由中华人民共和国河北省工商行政管理局核准变更企业名称为德仁公司。3、鸿元公司于 2000 年 12 月 18 日设立,注册资本为人民币 28,670 万元,其中,欣鸿公司出资人民币 14,670 万元,占 51%;昆山花桥展览中心有限公司出资人民币 14,000 万元,占 49%。经营地址为上海市静安区南京西路 XXX 号商务楼二楼。陈嘉伟于 2007~2009 年间任法定代表人,现法定代表人

为章文青，财务负责人为林霞。4、欣鸿公司于 2005 年 7 月 7 日设立，注册资本为人民币 5,760 万元，注册地址虚拟，经营地址与鸿元公司同一。法定代表人杨新英，财务负责人、联系人为陈少鸣、林霞。5、宏邦公司于 2009 年 5 月 26 日设立，设立时注册资本人民币 5,000 万元。法定代表人王晶，财务负责人、联系人为林霞、陈少鸣。6、昊盛公司于 2005 年 12 月 6 日设立，注册资本人民币 50 万元，注册地址虚拟，经营地址与鸿元公司同一。法定代表人张文君，财务负责人、联系人为陈少鸣、林霞。7、俞立珍与陈嘉伟系夫妻关系。一审法院认为：本案系涉外不当得利纠纷。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十七条规定：“不当得利、无因管理，适用当事人协议选择适用的法律。当事人没有选择的，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用不当得利、无因管理发生地法律。”本案双方当事人并未协商一致选择本案所适用的法律，且双方不具有共同的经常居所地。由于博智公司主张的不当得利的事实发生于中华人民共和国境内，故根据上述法律之规定，应适用中华人民共和国法律作为案件准据法。

本案的争议焦点在于：一、博智公司提起本案诉讼是否构成重复起诉？二、鸿元公司取得系争股权转让款是否构成不当得利？三、欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍是否应当对博智公司承担法律责任？

一、关于博智公司提起本案诉讼是否构成重复起诉。一审法院认为，《最高人民法院关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉适用的解释》第二百四十七条规定：“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。”尽管在本案之前，博智公司已经向北京市高级人民法院就相同的事实提起一起股权转让合同纠纷案件和一起委托合同纠纷案件，但本案与前两案的当事人并不尽相同。本案的被告除了鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司外，还包括陈嘉伟、章文青、俞立珍，前两案的当事人并未包括这三个人，故本案中的当事人与前两案中案件当事人并不完全相同。其次，博智公司在前两个案件中分别以股权转让纠纷和委托合同纠纷为由提起诉讼，而本案所涉案由为不当得利纠纷，本案所涉法律关系也与前两案不同，故博智公司提起本案诉讼不构成重复诉讼。

二、鸿元公司获得系争人民币 7.02 亿元股权转让款是否构成不当得利。一审法院认为，根据《中华人民共和国民法通则》第九十二条之规定，不当得利的构成要件有四：一、一方取得财产利益；二、另一方受到损失；三、取得利益与所受损失之间具有因果关系；四、没有合法依据。本案中，根据查明的事实，在股权转让过程中博智公司、鸿元公司和德仁公司之间曾先后签署了三份协议。2010 年 11 月 26 日，博智公司、鸿元公司和德仁公司签署了《股份及权益转让协议》，其中第 3.3.1 条约定，德仁公司应在本次转让交割日当日，根据与博智公司另行签署的相关协议向博智公司支付本次转让的相关款项；第 3.4.1 条约定，德仁公司应在本次转让交割日当日，根据与鸿元公司另行签署的相关协议向鸿元公司支付本次转让的相关款项。根据上述协议的安排，同日，德仁公司与博智公司签订《primuspacificpartnersltd 与石家庄制药集团进出口贸易有限公司之权益转让协议》，约定，德仁公司同意向博智公司支付金额共计人民币 21.6 亿元整，本次转让价款以人民币方式支付，该等款项将视为德仁公司在本次转让中应向博智公司支付的全部价款（含税）。同日德仁公司还与鸿元公司签订《交易价款支付协议》，其中第 2.1 条约定：根据鸿元公司、博智公司与德仁公司签署的《股份及权益转让协议》，为实现本次转让和本次增资的交割，德仁公司同意向鸿元公司支付金额共计人民币 7.02 亿元整，该等价款是德仁公司在本次转让和本次增资交易中向鸿元公司支付的全部价款（含税）。上述三份协议是博智公司和鸿元公司为了实现各自的收益而与德仁公司达成的一系列协议。根据上述协议，鸿元公司获得德仁公

司支付的人民币 7.02 亿元是各方真实意思的表示，是各方对股权转让所获得收益的一种安排，且根据上述协议，该笔款项并不属于德仁公司应当支付给博智公司的股权转让款的范畴之内。一审法院注意到，博智公司曾以受鸿元公司胁迫签署系争协议为由向北京市高级人民法院提起诉讼，要求撤销系争协议等，但是其该等诉讼请求被最高人民法院在 (2013) 民四终字第 20 号案件中予以驳回。在上述协议未被撤销或者宣告无效的情形下，依法有效成立，对各方当事人均具有法律约束力。由此，鸿元公司获得系争人民币 7.02 亿元符合《股份及权益转让协议》以及《交易价款支付协议》之约定，系各方合意的结果，具有合法依据，博智公司认为鸿元公司获得德仁公司支付的人民币 7.02 亿元构成不当得利的主张于法无据，依法不予支持。

本案中，博智公司还对《股份及权益转让协议》上加盖的其公司印文及其授权代表签字、鸿元公司印章的真实性提出异议，并要求对该公章和签字的真实性进行鉴定。对此，一审法院认为，该份协议的真实性已经在最高人民法院作出的 (2013) 民四终字第 20 号民事判决所确认并作为定案依据，由于其真实性、合法性已经为生效判决所确认，在博智公司没有相反的证据予以推翻的情形下，对其提出的鉴定申请不予准许。

三、其他被告是否对博智公司承担法律责任。鸿元公司在获得德仁公司支付的人民币 7.02 亿元后又将所获得款项以不同方式转入欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司，由于鸿元公司没有义务向博智公司返还其从德仁公司所获得的款项，故欣鸿公司、宏邦公司、昊盛公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍也不应当对博智公司承担法律责任。

综上，一审法院认为，博智公司的诉讼请求缺乏事实和法律依据，依法不予支持。据此，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第九十二条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条之规定，判决：驳回博智公司的诉讼请求。本案案件受理费人民币 3,768,981.25 元，保全费人民币 5,000 元，合计人民币 3,773,981.25 元，由博智公司负担；公告费人民币 260 元由鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青共同负担。

二审审理期间，博智公司向本院提交了以下证据材料：1、最高人民检察院 (2015) 81 号《民事监督案件受理通知书》，旨在证明最高人民检察院已受理博智公司就最高人民法院 (2013) 民四终字第 20 号判决提起的监督申请，该判决认定的事实应予重新核查。2、大庆油田有限责任公司《关于上海亚创控股有限公司隐瞒投资新华人寿股权收益一案的情况汇报》，旨在证明博智公司是新华人寿的实际股东，应获得全部股权转让所得，而鸿元公司仅是代为持有，不享有任何实际权益。

鸿元公司、欣鸿公司、昊盛公司、宏邦公司、陈嘉伟、章文青、俞立珍共同质证认为，对证据 1 的真实性没有异议，申诉是博智公司的法定权利，在最高人民法院 (2013) 民四终字第 20 号判决认定的事实未经法定程序撤销的情况下，是有效的。证据 2 是复印件，真实性不认可，且该证据不是二审新证据，其内容与本案没有关联性，不具有证明效力。

本院对博智公司提交的证据认证认为，上述证据与本案主要争议即鸿元公司获得人民币 7.02 亿元股权转让款是否构成不当得利缺乏直接关联性，本院不予采纳。

本院经审理查明，一审法院认定事实正确，应予确认。

本院认为，本案系涉外不当得利纠纷。鉴于博智公司主张的不当得利的事实发生于中华人民共和国境内，故一审法院适用中华人民共和国法律作为案件准据法正确，本院予以认可。

本案的主要争议是鸿元公司获得系争人民币 7.02 亿元股权转让款是否构成不当得利。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第九十二条的规定，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。本案中，虽然博智公司与鸿元公司签订《委托投资及托管协议》及《协议书》对涉案新华人寿 9% 股权代持作出安排，但此后在新华人寿增资扩股过程中，博智公司、鸿元公司、德仁公司通过签订《股份及权益转让协议》、《交易价款支付协议》等一系列协议，将鸿元公司所持股权转让给德仁公司，以此实现各自收益的

最大化。《股份及权益转让协议》第 2.3 条明确：“各方同意，本次转让完成交割后，博智公司与鸿元公司之间就标的股份形成的关系及双方和双方各自的关联方、合作方就此签署的所有协议、文件或安排均不可撤销的终止或者已被终止。”因此，上述协议是博智公司与鸿元公司之间就系争代持股事宜所作的最终安排，系各方真实意思表示，当然具有法律拘束力。博智公司关于其受到鸿元公司胁迫以及鸿元公司获得德仁公司支付的人民币 7.02 亿元构成不当得利的主张，明显与事实不符，本院不予支持。此外，本案所涉《股份及权益转让协议》、

《交易价款支付协议》等证据已被最高人民法院生效判决所确认，一审法院在博智公司未提供充分反证的情况下，对其提出的司法鉴定申请不予准许，程序并不违法。

本院还需指出的是，本案虽系博智公司以不当得利为由起诉要求鸿元公司等返还系争股权转让款，但双方当事人争议的实质是博智公司与鸿元公司之间就委托投资所获得的收益如何进行分配问题，而最高人民法院(2013)民四终字第 20 号案件已对双方之间的委托投资合同纠纷作出处理，故在博智公司未有相反证据足以推翻最高人民法院生效判决所确认的事实的情况下，博智公司要求鸿元公司返还系争人民币 7.02 亿元股权转让款没有事实和法律依据。综上，本院认为，博智公司的上诉请求缺乏事实和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费人民币 3,768,981.25 元，由上诉人博智资本基金公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 徐川

审判员 范倩

审判员 夏青

二〇一七年四月十七日

书记员 丁振宇

蔡某某与袁某股东资格确认纠纷一案二审民事判决书

上海市第二中级人民法院

民事判决书

(2011)沪二中民四(商)终字第 944 号

上诉人(原审被告)蔡某某。

委托代理人周恒,上海市光明律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)袁某。

委托代理人孟祥金,上海市国和律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)林芝新豪时投资发展有限公司。

法定代表人林某某。

上诉人蔡某某因股东资格确认纠纷一案,不服上海市宝山区人民法院(2010)宝民二(商)初字第 1198 号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案。上诉人蔡某某及其委托代理人周恒,被上诉人袁某及其委托代理人孟祥金到庭参加诉讼。被上诉人林芝新豪时投资发展有限公司(以下简称“新豪时公司”)经本院合法传唤,未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:1998 年时,袁某与蔡某某均在中国平安保险(集团)股份有限公司(以下简称“平安公司”)上海分公司所属大连区光大部做保险代理人,蔡某某系该部的业务主管。1998 年 6 月,平安公司向其员工发行内部股票,规定业务主管以上级别的员工可以购买,最多可以购买 2 万股。蔡某某因故不买,自愿将其可购买 2 万股股票的份额转由袁某以其名义购买,袁某对此表示同意,于 1998 年 6 月 18 日以蔡某某的名义将 2 万股股票的购股款 35,200 元(币种为人民币,下同)缴付予平安公司上海分公司人身险部。1998 年 10 月 28 日,袁某与蔡某某签订一份《协议书》,约定:一、以蔡某某名义所购内部 2 万股股票金额 35,200 元由袁某支付,蔡某某不享有该股金(2 万股)任何权益,蔡某某在分红、增股等方面提供签字等相关方便;二、当袁某离开平安公司时,由蔡某某在一个月内归还袁某本金,红利根据袁某离开时平均值计算并付清,该协议终止;三、当蔡某某离开平安公司时,(股票未上市前)将本金(包括所分红利)归还袁某,该协议终止;四、当股票上市后即刻变更姓名,股权的最终归属权(2 万股)归袁某所有,如发生任何纠葛,一切按双方所签协议为准与平安公司无关。上述协议第二条后半段原为“本协议依旧有效”,后由袁某修改为“由甲方在一个月内归还乙方本金,红利根据乙方离开时平均值计算并付清,本协议终止”。其中甲方为蔡某某,乙方为袁某。1998 年年底,平安公司上海分公司向蔡某某颁发了由新豪时公司于 1998 年 12 月 24 日制发的编号为 000001XXX 的《股份成员证》一份,将成员姓名登记为蔡某某。2003 年 4、5 月间,袁某离开了平安公司,但蔡某某未在袁某离开时将购股款本金及红利结算给袁某。2007 年 1 月 16 日,蔡某某也离开了平安公司,并与该公司办理了离职手续。2010 年 2 月 22 日,平安公司发布公告称其股东新豪时公司持有的该公司 A 股股份将于 2010 年 3 月 1 日起开始上市流通,将在未来 5 年内以在二级市场公开出售和大宗交易相结合的方式减持,每年减持该公司的股份将不超过新豪时公司在 2010 年 2 月 28 日所持该公司 A 股股份总数的 30%。袁某得知该消息后,即要求蔡某某协助其办理上述《股份成员证》的更名手续,但蔡某某对此不予理睬。袁某遂向原审法院提起诉讼,要求判令:1、确认登记于蔡某某名下的由新豪时公司出具的编号为 000001XXX 的《股份成员证》中的 2 万股股份权益属于袁某所有;2、新豪时公司协助袁某办理上述股份权益的更名登记手续;3、本案诉讼费由蔡某某承担。

原审法院另查明:平安公司在 2002 年前名为“中国平安保险股份有限公司”,于 2002 年更名为“中国平安保险(集团)股份有限公司”。根据中国保监会及中国证监会的相关批复,平

安公司获准在上海证券交易所首次公开发行 A 股 1,150 百万股，并于 2007 年 3 月 1 日起在上海证券交易所上市。新豪时公司为平安公司的股东，由袁某等平安公司员工出资购买的该公司内部股实际上为由新豪时公司持有的该公司法人股。根据中国证监会所作相关规定，法人股的锁定期为 3 年，故于平安公司首次公开发行 A 股 3 年后的 2010 年 3 月 1 日后可以上市流通。

原审法院经审理后认为，袁某与蔡某某之间签订的《协议书》系双方当事人真实意思的表示，合法有效，法律应予保护。该协议第一条明确写明系争 2 万股股份由袁某出资 35,200 元购买取得，原审审理中双方对此均无异议，故予以确认。虽然该协议的第二条及第三条分别约定当袁某或蔡某某在系争股份上市前离开平安公司时，由蔡某某将本金归还袁某并将红利付清，该协议就终止，言下之意在此情况下系争股份就归蔡某某所有，但细究其意，可发现该两条约定实际上为系争股份归蔡某某所有的同时设置了两项前提条件，即袁某或蔡某某在系争股份上市前离开平安公司及蔡某某将购股款本金归还袁某并将红利付清，而且这两项条件不可缺一，否则就不能发生系争股份归蔡某某所有的结果。如果按照蔡某某所辩，即使其未将本金及红利支付给袁某，只要袁某或其两人中的任何一方离开平安公司，该协议就终止，系争股份就归其所有，那么不仅将严重背离袁某签约的本意，而且还明显有悖于公平原则，故其上述辩称显然无理，不应采纳。现前一项条件已经满足，但是后一项条件并未成就，故系争股份仍应属于袁某所有，对此原审法院予以认定。虽然蔡某某辩称其在袁某离开平安公司时曾找过袁某要求退还本金并且支付红利，但是袁某对此并不认可，而蔡某某也未能就此提供证据加以证明，故对此无法采信。该协议第四条约定系争股份上市后即刻变更姓名，而该部分实际上由新豪时公司持有的股份已于 2010 年 3 月 1 日起可以逐步上市流通，故袁某为此所提诉讼请求合理，应当予以支持。原审法院据此依照《中华人民共和国合同法》第五条、第六条、第八条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定作出判决：一、确认由新豪时公司出具的编号为 000001XXX 的《股份成员证》登记的 2 万股股份权益属于袁某所有；二、新豪时公司于判决生效之日起十日内协助袁某办理上述股份权益的更名登记手续。一审案件受理费 680 元（袁某已预缴），由蔡某某负担。

原审判决后，蔡某某不服，向本院提起上诉称：1、根据合同约定，股份权益变更为袁某所有的基础条件是袁某和蔡某某必须仍为平安公司同事关系。2、原审判决认为满足两项条件才发生系争股票归蔡某某所有的结论错误。蔡某某未归还本金不应作为股票归袁某所有的认定依据。3、本案争议不适用公平原则，双方所签协议是受法律保护的约定。原审中，蔡某某已陈述其在袁某离开平安公司时找过袁某，要求向其归还购股本金，且离职前的红利袁某已全部领取，故原审认定不当。4、袁某离开平安公司后从未找过蔡某某索要派发的红利，由此说明了蔡某某曾明确告知其要准备归还本金和相关股票归蔡某某所有的事实。综上，请求二审法院撤销原审判决，改判驳回袁某的诉讼请求。

被上诉人袁某答辩称：根据谁出资谁受益的原则，系争股份应归袁某所有，蔡某某认为有一方离开平安公司，所有权即归蔡某某所有的理解错误。蔡某某与袁某的同事关系只是促成以蔡某某名义购买法人股，双方签订协议的目的就是为了确认股份所有人是袁某，而蔡某某不享有任何权益，且在分红和增股时都给予配合。蔡某某原审中也未提供证据证明欲将系争股份的红利归还给袁某。故根据协议约定，平安公司股票上市流通后，系争的股份权益应属于袁某所有。请求二审法院驳回上诉，维持原审判决。

被上诉人新豪时公司未到庭应诉，也未作答辩。

本院经审理查明，原审查明事实属实，本院予以确认。

二审审理中，蔡某某确认袁某自离开平安公司后至今，未领取过分红和其他收益，且系争法人股已实际发生了减持情况。故本院告知双方当事人，由袁某和蔡某某分别向新豪时公司进行核实。核实后，双方就以下事实确认无异议，并就本案讼争的部分内容达成一致意见：

1、系争的 2 万股股份权益自 2003 年至今所产生的红利和其他收益合计约为 11.3 万余元。2011 年 1 月 8 日权益相应减少比例 16.4408%，权益减持后实际分配金额 247,091.01 元；2011 年 7 月 2 日权益相应减少比例 1.3074%，权益减持后实际分配金额 16,778.01 元，截至目前，合计权益相应减少比例 17.7483%，减持后持有权益份额为 16450.33258 份(减持后比例 82.2517%)。

2、蔡某某确认系争 2 万股股份权益(编号为 000001XXX 的《股份成员证》)中现剩余的 82.2517% 份额归属于袁某所有，并由新豪时公司协助袁某办理上述股份权益的更名登记手续；袁某自愿补偿蔡某某 15 万元，蔡某某将 2003 年至今已获取的红利、利息、收益等以及减持的实际分配收益扣除上述 15 万元后归还袁某，共计 23 万元整。关于 2003 年至今的红利及收益(约 11.3 万元)经双方核对后存在的差异部分，袁某和蔡某某均予以放弃，不再向对方主张。

3、在本案二审判决生效前或者生效后至股份权益更名登记手续办理完毕之前，若有新的红利、其他收益、减持后的实际分配收益均归袁某所有。若发生减持，则双方应当按照减持后剩余的股份权益份额办理更名登记手续。

本院另查明，被上诉人原深圳市新豪时投资发展有限公司于 2010 年 9 月 10 日迁址更名为“林芝新豪时投资发展有限公司”(注册号：5426002000XXX)。同时，住所地变更为“林芝地区生物科技工业园大厦 305 室”。

本院认为，蔡某某与袁某签订的《协议书》是双方当事人的真实意思表示，合法有效，双方均应按协议履行。对蔡某某所提出的上诉理由，本院认同原审法院所作出的认定，即蔡某某并未在袁某或者自己离开平安公司后将股本金和红利支付给袁某，系争股权仍应归属袁某所有。鉴于二审中，双方已就权属争议和红利、利息、收益等的支付达成一致意见，故本院对认定的理由不再赘述。本院根据二审中出现的新的事实和双方达成的一致意见，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款之规定，判决如下：

一、撤销上海市宝山区人民法院(2010)宝民二(商)初字第 1198 号民事判决；

二、确认由被上诉人林芝新豪时投资发展有限公司(原深圳市新豪时投资发展有限公司)出具的编号为 000001XXX 的《股份成员证》登记的 16450.33258 份股份权益属于被上诉人袁某所有；

三、被上诉人林芝新豪时投资发展有限公司应于本判决生效之日起十日内协助办理上述股份权益更名至被上诉人袁某名下的登记手续；

四、上诉人蔡某某应于本判决生效之日起十日内支付被上诉人袁某因系争股份权益所产生的红利、利息和其他收益共计人民币 23 万元。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一、二审案件受理费各人民币 680 元，由上诉人蔡某某各负担 600 元，由被上诉人袁某各负担 80 元。

本判决为终审判决。

审判长 李蔚

代理审判员 顾继红

代理审判员 赵炜

二〇一一年十月十二日

书记员 王乐轶

曹琳与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷一案

二审民事裁定书

民事裁定书

(2013)深中法商终字第 2088 号

上诉人(原审被告):曹琳。

委托代理人:万隆,湖北亨迪律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):深圳市富安娜家居用品股份有限公司。住所地:深圳市南山区创业南南油大道西路自行车加工厂 1 栋。组织机构代码 61888126-8。

法定代表人:林国芳,董事长。

委托代理人:张文,北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

委托代理人:周余辉,北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

上诉人曹琳因与被上诉人深圳市富安娜家居用品股份有限公司(以下简称富安娜公司)合同纠纷一案,不服深圳市南山区人民法院(2013)深南法民二初字第 37 号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:2006 年 12 月,曹琳入职富安娜公司,曹琳在填写《应聘人员信息登记表》及《人员聘用评估表》中登记的出生年月为 1966 年 9 月 2 日,曹琳在其与富安娜公司于 2007 年 1 月 1 日签订的《保密协议》中填写的身份证号码为 42212819XXXXX001X。曹琳当庭称其真实身份证号码为 42212819XXXXX0016 并提交了身份证为证,并称其在上述《应聘人员信息登记表》及《人员聘用评估表》中填写的出生年月及《保密协议》中填写的身份证号码均为应富安娜公司要求填写,公安部系统中并不存在身份证号码为 42212819XXXXX001X 的自然人。2008 年 1 月 1 日,富安娜公司与曹琳签订了《劳动合同》,合同约定期限自 2008 年 1 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日。

2007 年 6 月 20 日,富安娜公司召开第一次临时股东大会,审议通过了《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》,同意富安娜公司以定向发行新股的方式,向高级管理人员及主要业务骨干发行 700 万股限制性股票,发行价格为 1.45 元/股。2007 年 6 月 18 日,曹琳向富安娜公司支付了 77140 元,认购富安娜公司的股票 53200 股。2007 年 6 月 29 日,富安娜公司在深圳市市场监督管理局(原深圳市工商行政管理局)办理了股权变更登记,富安娜公司提交的核发证照(通知书)情况记录表显示,富安娜公司于 2007 年 6 月 29 日的注册资本为 7700 万元,其中曹琳占有富安娜公司 0.069%的股份。

2008 年 3 月 4 日,富安娜公司召开第一届董事会第九次会议,会议达成了《关于终止<深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)>的议案》,内容为:终止实施《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》,拟对 109 名激励对象所持有的 700 万股限制性股票做如下处理:给予限制性股票持有人股票回售选择权,对于放弃股票回售选择权的限制性股票持有人,其持有的限制性股票全部转换为同股数的无限限制性的公司普通股,与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权等。

2008 年 3 月 20 日,富安娜公司召开 2008 年第二次临时股东大会,审议通过了《关于终止<深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)>的议案》。同日,曹琳出具《确认函》及《承诺函》,其中《确认函》内容为:“本人曹琳,根据公司 2007 年第三次临时股东大会审议通过的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》的有关约定,现持有公司限制性股票 5.32 万股。根据公司 2008 年第二次临时股东大会审议通过的《关于终止<深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)>的议案》的有关约定,本人同意将持有的公司限制性股票转换为同股数的无限制

性的公司普通股，与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权。”《承诺函》内容为：“本人曹琳，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称‘公司’）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 5.32 万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺：1、自本承诺函签署日至公司申请首次公开发行 A 股并上市之日起三年内，本人不以书面的形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日、不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为、不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为。2、若发生上述违反承诺的情形，本人自愿承担对公司的违约责任并向公司支付违约金，违约金=（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本人持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。3、若发生上述违反承诺的情形，本人应在持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金。”

2009 年 12 月 30 日，富安娜公司发布首次公开发行股票上市公告书，富安娜公司的控股股东、担任公司董事、监事、高级管理人员的股东及其他股东均承诺：自公司股票上市之日起 36 个月内不转让或者委托他人管理其所持有的本公司股份，其于首次公开发行前已发行的股份可上市交易时间为 2012 年 12 月 30 日。同日，富安娜股票（股票代码：002327）在深圳证券交易所上市，首次公开发行后总股本数为 10300 万股。立信大华会计师事务所有限公司于 2010 年 4 月 26 日出具的立信大华审字 [2010] 1835 号《审计报告》显示，截至 2009 年 12 月 31 日，富安娜公司的净资产值为 1042268233.27 元。

2010 年 5 月 19 日、2012 年 4 月 19 日，富安娜公司分别召开了 2009 年度股东大会、2011 年度股东大会，会议分别审议通过了《关于〈2009 年度利润分配及资本公积转增股本的预案〉的议案》、《关于〈2011 年度资本公积转增股本的预案〉的议案》，经过两次转增，曹琳持有富安娜公司股份增至 82992 股。

诉讼中，富安娜公司主张曹琳自 2010 年 7 月 1 日起连续旷工七日，违反了《承诺函》的约定，富安娜公司为此提交了其于 2010 年 7 月 22 日发布的《关于曹琳自动离职的公告》，内容为：“曹琳（身份证 42212819660902001X），任职于富安娜公司常熟工厂，此员工自 2010 年 7 月 1 日起未上班并未办理任何请假手续。根据公司人力资源手册中的相关规定：员工连续旷工达三天或月累计旷工五天以上者视为自动离职。现按规定将此员工工作自动离职处理，特此公告，请大家知悉！”曹琳对该公告的真实性、合法性、关联性不予确认，称其从未收到该公告，且公告中所指对象并非曹琳，曹琳并非自动离职，而是富安娜公司非法解聘，曹琳于 2010 年 7 月 8 日被富安娜公司常熟工厂的行政主管送出工厂后，被安排住在常熟工厂旁边的出租屋，等待富安娜公司的进一步安排，此后未再到富安娜公司上班，曹琳称其曾想就富安娜公司非法解除劳动合同关系申请劳动仲裁，但其基于其它考虑未申请。

另查，涉案 82992 股富安娜股份在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司登记的身份证号码为 42212819XXXXX0016，富安娜公司于 2012 年 12 月 26 日向原审法院起诉所提交的诉状中列明的曹琳身份证号码及富安娜公司提交的曹琳身份证的号码均为 42212819XXXXX0016。

再查，2012 年 12 月 31 日富安娜股票的收盘价为 33 元/股。

富安娜公司于 2012 年 12 月 26 日诉至原审法院，请求判令：1、曹琳向富安娜公司支付违约金 1907156.16 元（违约金暂以富安娜公司 2012 年 12 月 25 日收盘价 33.10 元为依据计算，具体支付的金额以 2012 年 12 月 30 日的收盘价计）至付清之日止的迟延履行利息（利息从 2013 年 1 月 9 日起算）。一审庭审中，富安娜公司明确其第 1 项诉讼请求中的违约金金额为 1898856.96 元。

原审法院认为：曹琳在富安娜公司股东会通过《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》后，向富安娜公司交纳购股款认购富安娜公司的限制性股票，2008年3月20日，曹琳出具《确认函》确认同意将其持有的限制性股票转换为同股数的普通股股票，同时，曹琳出具《承诺函》，富安娜公司依据该承诺内容，要求曹琳支付违约金及相应利息。本案的争议焦点为：1、曹琳主体是否适格；2、富安娜公司的起诉是否超过诉讼时效期间；3、曹琳出具的《承诺函》内容是否合法，曹琳是否构成违约。

关于第1个争议焦点，富安娜公司提交的《应聘人员信息登记表》、《人员聘用评估表》显示曹琳的出生年月为19XX年X月X日，富安娜公司提交的《保密协议》、《关于曹琳自动离职的公告》中曹琳的身份证号码为42212819XXXXXX001X，因曹琳确认《应聘人员信息登记表》、

《人员聘用评估表》上登记的出生年月及《保密协议》上登记的身份证号码为其本人所书写，而曹琳在向富安娜公司认购股票时所使用的身份证号码为42212819XXXXXX0016，即曹琳在富安娜公司工作期间曾使用过42212819XXXXXX0016及42212819XXXXXX001X两个身份证号码，又因曹琳确认其真实身份证号码为42212819XXXXXX0016，富安娜公司在诉状中所列的曹琳身份证号码为42212819XXXXXX0016，富安娜公司以曹琳违反了其购买富安娜公司股票时出具的《承诺函》的约定为由向曹琳主张违约责任，涉案82992股富安娜股票确登记在曹琳名下，曹琳辩称本案被告主体不适格，没有事实根据及法律依据，原审法院不予采纳。

关于第2个争议焦点，根据相关法律规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年，本案中，富安娜公司要求曹琳根据其出具的《承诺函》支付违约金，曹琳在《承诺函》中明确承诺“本人应持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金”，即诉讼时效期间应以曹琳承诺支付违约金期限届满的次日起计算，而曹琳所持有的股票在证券市场可以公开抛售之日为2012年12月30日，因2012年12月30日为非交易日，涉案股票可以公开出售之日顺延至2012年12月31日，曹琳应于此后三个交易日前即2013年1月8日前向富安娜公司支付违约金，诉讼时效自2013年1月9日起算，富安娜公司于2012年12月26日起诉并未超过诉讼时效，故曹琳的此抗辩意见，原审法院亦不予采纳。

关于第3个争议焦点，曹琳出具的《承诺函》是否合法，基于以下考虑：（1）曹琳在富安娜公司工作期间，向富安娜公司认购了股票，其与富安娜公司形成两种法律关系，一种是曹琳基于其劳动者的身份与富安娜公司构成劳动合同关系，另一种是曹琳基于其认购了富安娜公司的股票成为富安娜公司的股东，与富安娜公司形成了股东与公司之间的关系，富安娜公司以曹琳违反了其于2008年3月20日出具的《承诺函》的约定为由，要求曹琳支付违约金及相关利息。从《承诺函》中“本人曹琳，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称“公司”）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份5.32万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份”的表述看，曹琳是基于富安娜公司给予其购股资格成为股东后而作出的承诺，而给予曹琳购股资格并非富安娜公司作为用人单位的义务。（2）虽然《承诺函》中关于“不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工7日”的表述涉及到劳动者应遵守的劳动纪律，但这并非劳动者为了获取工作机会而作出的承诺，承诺内容并非富安娜公司与曹琳对劳动合同的补充，而是在曹琳获得了以优惠价格购买富安娜公司的股票的资格后作出的承诺，即富安娜公司一方面给予曹琳以优惠价格购买股票的资格，另一方面也要对曹琳的行为进行一定的约束，曹琳在确认将其持有的限制性股票转换为普通股票的同时作出一定的承诺，是股东基于认购股票对公司的承诺，曹琳以其承诺换取股票收益，故判断《承诺函》的内容是否符合法律规定，应适用《中华人民共和国合同法》及《中华人民共和国公司法》，而不适用《中华人民共和国劳动合同法》。（3）从曹琳承诺支付的违约金的计算方法看，曹琳应支付的违约金为其持有的富安娜股票可以公开交易日的价格扣除曹琳违约行为为上一年度涉案股票净资产值的差额，曹琳通过出具《确认函》和《承诺函》获得了收取涉案股

票差价的利益的机会，同时承担“自本承诺函签署日至公司申请首次公开发行 A 股并上市之日起三年内，本人不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工 7 日”等义务，这符合民事合同公平、等价有偿的原则，《承诺函》仅约定如出现违约行为，曹琳须支付违约金，富安娜公司并没有对于作为其股东的曹琳应当享有的我国公司法规定的股东的权利进行限制，没有免除富安娜公司责任、加重曹琳责任、排除曹琳主要权利的条款，也没有证据显示《承诺函》的内容具有我国合同法规定的无效或可撤销的情形。（4）曹琳辩称，富安娜公司并没有因其离职受到损失，虽然从表面看，曹琳的离职行为没有导致富安娜公司现有资产受损的经济损失，但富安娜公司是以优惠价格给予曹琳购股资格，以换取曹琳对富安娜公司尽到忠实、勤勉义务，在富安娜公司的股票公开发行后，曹琳获得了收到股票溢价收益的机会，富安娜公司的损失在其以优惠价格向曹琳发售股票时即已产生，曹琳辩称富安娜公司未受到实际损失的抗辩意见，原审法院亦不予采纳。综上，曹琳出具的《承诺函》的内容并没有违反法律、行政法规的强制性规定，该《承诺函》对曹琳具有约束力。

富安娜公司主张曹琳自 2010 年 7 月 1 日起连续旷工七日，违反了《承诺函》的约定，富安娜公司为此提交了其于 2010 年 7 月 22 日发布的《关于曹琳自动离职的公告》为证，富安娜公司没有证据证实其曾向曹琳送达过该公告，但因曹琳确认其自 2010 年 7 月 8 日离开富安娜公司位于常熟的工厂后未再上班，没有证据证明曹琳未再上班办理了合乎富安娜公司规定的手续，曹琳辩称系富安娜公司非法解除劳动合同，但曹琳并未就富安娜公司构成非法解除劳动合同关系申请劳动仲裁，亦不能提交其他证据予以证实，故原审法院认定曹琳自 2010 年 7 月 8 日起未再到富安娜公司指定工厂上班违反了《承诺函》的承诺，按照曹琳承诺的内容，其应按“（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本人所持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）”向富安娜公司支付违约金 1898856.96 元 $[(33 \text{ 元/股}-1042268233.27 \text{ 元} \div 10300 \text{ 万股}) \times 82992 \text{ 股}]$ ，富安娜公司的该项诉讼请求，原审法院予以支持。按照《承诺函》的约定，曹琳应于 2013 年 1 月 8 日前向富安娜公司支付违约金，曹琳未按时支付，其逾期支付违约金的行为给富安娜公司造成了利息损失，故曹琳还应自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率向富安娜公司支付利息，富安娜公司的该项诉讼请求，原审法院亦予以支持。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十五条，《中华人民共和国合同法》第六条、第八条、第四十条、第一百零九条之规定，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，并经原审法院审判委员会讨论决定，判决：曹琳应于判决生效之日起十日内向富安娜公司支付违约金 1898856.96 元及利息（利息自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率计算至判决确定的付款之日止）。曹琳如果未按判决指定的期间履行金钱给付义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。本案受理费 21964.4 元、保全费 5000 元，共计 26964.4 元，由曹琳负担（受理费、保全费富安娜公司已预交，曹琳负担之数应于判决生效之日起十日内迳付富安娜公司）。上诉人曹琳提起上诉称：一、原审判决严重超出富安娜公司的诉讼请求范围，应予纠正。富安娜公司的诉求是“判令曹琳向富安娜公司支付违约金 1907156.16 元至付清之日止的延期付款利息”而非“判令曹琳向富安娜公司支付违约金 1907156.16 元及\或\至付清之日止的延期付款利息。”一审庭审时，富安娜公司仅对违约金利息的起算标准作出数据修改，而未对诉求有任何实质性变更。原审法院仅应就富安娜公司诉求的利息部分作出相应的审理和判决，但是原审法院对违约金部分也作出了判决。二、原审判决严重违反证据规则，将富安娜公司单方陈述作为认定事实及裁判的依据。富安娜公司提交所谓 2010 年 7 月 22 日发布的《关于曹琳自动离职的公告》，试图证明曹琳有违反《承诺函》的行为，而该《公告》本质上属于富安娜公司的单方陈述。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七

十六条“当事人对自己的主张只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。”规定，该《公告》未获得曹琳认可，该《公告》在无其他相关客观证据佐证的情况下，不具备证据的证明能力。三、曹琳因富安娜公司单方解聘而无法提供劳务不能等同于曹琳有违约行为。劳动关系的形成，既需要劳动者提供劳务，也需要用人单位接受这种劳动并提供必需的履职条件。曹琳已当庭说明自己被迫离职系富安娜公司违法解聘所致，因富安娜公司原因致使曹琳无法正常履职，不能归责于曹琳，同时也说明了曹琳被富安娜公司驱逐出常熟工厂后，担心即便胜诉回到单位也会被单位迫害等客观原因而放弃提起劳动仲裁机会。四、在曹琳和富安娜公司均无法对其主张事实举证证实的情况下，应当由富安娜公司承担不利后果。曹琳是否连续旷工达七日从而是否构成违约是本案争议焦点。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十三条和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条第一款的规定，应当由富安娜公司对其主张曹琳有“连续旷工达七日”的事实举证。在富安娜公司无法提供有效的证据支持其主张，以及曹琳自称被违法解聘但也无法提供证据的情况下，可以认定曹琳于2010年7月8日离开富安娜公司的常熟工厂，但无法确定曹琳是违约旷工还是被违法解聘。在此情况下，负有举证义务的富安娜公司无法证实曹琳存在“书面形式向公司提出辞职、连续旷工达七日”等行为，应当驳回富安娜公司的全部诉求。五、《承诺函》不具有合法性，应予以否定。富安娜公司提供的格式文本《承诺函》剥夺了劳动者的选择权、用人单位存在违反行为时的劳动者单方解除劳动合同权等诸项权能等明确规定，严重违反我国劳动合同法的规定。六、原审判决违约金过高。鉴于曹琳自2006年起在富安娜公司工作，劳动合同截止日期为2011年12月31日，即便假设曹琳存在违约行为，也应综合考虑离职时间与距离合同到期时的期限，以及未给富安娜公司造成任何损失的情况，合理确定违约金金额。综上，请求依法撤销原判，改判驳回富安娜公司的全部诉求。

被上诉人富安娜公司辩称：原审判决认定事实清楚，适用法律正确。请求驳回上诉，维持原判。

本院经审理查明：原审法院所查属实，本院予以确认。另，《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》“特别提示”部分规定：“本限制性股票激励计划的期限为4.5年，包括禁售期1.5年、限售期3年。自激励对象获授限制性股票之日起1.5年（即2007年下半年及2008年度），为限制性股票禁售期。”第一条“释义”部分规定：“限制性股票指富安娜公司根据本计划授予激励对象的、转让受到限制的富安娜公司人民币普通股，以及因公司送红股或转增股本而新增的相应股份。”第十条“限制性股票的授予和解锁程序”部分规定：“激励对象在获授限制性股票后，享有与公司普通股股东相同的权利、承担相同的义务，但限制性股票的转让受本计划限制”。第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定：“在本限制性股票禁售期和限售期内，激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”，“激励对象因触犯法律、违反职业道德、泄露公司机密、失职或渎职等行为严重损害公司利益或声誉，公司有权根据限制性股票认购成本价回购其所持限制性股票”。2008年3月20日，富安娜公司作出的2008年第二次临时股东大会会议第1项决议是审议通过了《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）的议案〉》，同意鉴于外部环境的变化，现拟终止激励计划。

2010年7月8日，富安娜公司向曹琳的银行卡转账存入“股利”23940元。2010年7月17日，富安娜公司向曹琳的银行卡转账存入“工资”13835.92元。双方当事人均认可富安娜公司员工工资在下一个月份发放。曹琳称，该笔13835.92元是富安娜公司支付的相当于2个月工资的解除劳动合同经济补偿金，富安娜公司另以现金方式向曹琳支付2010年6月工资8

千元左右；富安娜公司称，该笔 13835.92 元是曹琳的 2010 年 6 月工资，因曹琳自动离职故富安娜公司未向曹琳支付解除劳动合同经济补偿金。

原审法院依据富安娜公司的申请，于 2012 年 12 月 26 日作出（2013）深南法民二初字第 37 号民事裁定，裁定对曹琳价值 1907156.16 元的财产采取保全措施。原审法院于 2012 年 12 月 27 日查封曹琳名下的 57619 股富安娜股份。后原审法院决定变更查封方式，原审法院于 2013 年 5 月 8 日查封曹琳在海通证券常熟海虞北路营业部的账户资产 1907156.16 元，该账户股票可以交易，但资金不得转出。2013 年 5 月 22 日，富安娜公司每 10 股派发 2012 年红利 2.9998 元（含税，税后 2.8499 元）并转增 9.9995 股。原审法院于 2013 年 7 月 11 日作出民事裁定解除对曹琳名下的 57619 股富安娜股份的查封。原审法院于 2013 年 9 月 26 日 [当日富安娜收盘价为每股 17.08 元（已除权）] 将相关的财产保全裁定书及《查封、扣押、冻结财产通知书》邮寄送达曹琳。

本院认为：《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》规定的面向激励对象发行的限制性股份是由激励对象（高级管理人员及主要业务骨干）自愿认购的、转让受到公司内部一定限制的普通股。此种激励计划有利于增强富安娜公司经营团队的稳定性及工作积极性，增进富安娜公司与股东的利益，不违反法律强制性规定，是合法有效的。该激励计划第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定“在本限制性股票禁售期和限售期内，激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”。根据此种回购条款，在约定条件发生时（即当激励对象在禁售期和限售期内辞职时），富安娜公司有权从激励对象回购限制性股份，回购价格按富安娜公司上一年度经审计的每股净资产计算，激励对象只能获得约定的利益（即上一年度经审计的每股净资产价值）。此种回购条款体现了激励与约束相结合原则，公平合理，当激励对象在约定期限内辞职这一条件成就时，激励对象从所持限制性股份中获得的利益应受该回购条款的限制。

由于在富安娜公司上市前其股份（包含激励对象所持股份）统一托管于中国证券登记结算有限责任公司且在上市后富安娜公司股份按证券交易所统一交易规则进行交易，富安娜公司在上市后将难以直接对激励对象转让股份的行为进行限制，亦难以直接回购激励对象的股份，故富安娜公司在终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并根据自愿原则将激励对象所持限制性股份转化为无限制普通股的同时，采用由激励对象出具《承诺书》的方式继续对激励对象进行约束。根据《承诺函》，激励对象如在富安娜公司 A 股上市之日起三年内以书面的形式向富安娜公司提出辞职或连续旷工超过七日的，应向富安娜公司支付违约金，违约金 =（激励对象持有的富安娜公司股份在证券市场可以公开抛售之日的收盘价 - 激励对象发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的富安娜公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日激励对象持有的富安娜股份 + 激励对象持有的富安娜公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。此种《承诺书》实为原《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购条款的变通和延续，亦体现了激励与约束相结合原则，激励对象按照《承诺函》向富安娜公司支付“违约金”后所能获得的利益仍为激励对象违反承诺日上一年度经审计的每股净资产价。《承诺书》继续对提前辞职的激励对象所能获得的股份投资收益予以限制，并不违反公平原则，是合法有效的。

激励对象因身为富安娜公司高级管理人员或主要业务骨干而被富安娜公司认可具有认购限制性股份的资格。激励对象与富安娜公司之间劳动合同关系的成立和存续，影响到激励对象与富安娜公司之间股权关系的成立和存续。但劳动合同关系与股权关系属于两个独立的、不同性质的法律关系，有着不同的权利义务内容，不能混为一谈。激励对象认购富安娜公司增发的股份，双方成立新增资本认购合同关系，激励对象的合同义务是按时足额缴纳认股价款，激励对象在按时足额缴纳认股价款后其义务即已履行完毕。激励对象提前离职并非《深圳市

富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》或后续《承诺书》约定的股权关系之中激励对象的违约行为，而是股权关系中的回购条款或收益限制条款的生效条件，当该条件成就时，富安娜公司有权按《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购股份，或有权按《承诺书》限制激励对象获得收益，激励对象应依约将受限制部分的股份投资收益（即“违约金”）返还给富安娜公司。原审判决将激励对象提前离职这一收益限制条款生效条件理解为违反《承诺书》的违约行为，并将该条件成就时激励对象应返还的股份投资收益理解为激励对象因违约行为给富安娜公司造成的损失，是不准确的，但原审判决得出的激励对象“违约”（实为导致收益限制条款生效的条件成就）时应支付“违约金”（实为激励对象被限制获得的收益）的结论并无不当。

曹琳称 2010 年 7 月 17 日富安娜公司向曹琳的银行卡转账存入的“工资”13835.92 元是解除劳动合同的经济补偿金而非 2010 年 6 月工资，并称 2010 年 7 月富安娜公司另行以现金方式向曹琳支付 2010 年 6 月工资。富安娜公司对此予以否认，曹琳并未提供证据证实其主张。富安娜公司并无必要以现金方式支付工资、以银行转账方式支付经济补偿金。曹琳提出的其在 2010 年 7 月被富安娜公司强行辞退的主张，缺乏证据证明。而且曹琳一方面主张其被强行辞退，另一方面却不向劳动管理部门投诉或依法申请劳动仲裁要求富安娜公司足额支付违法解除劳动合同的赔偿金等，亦不合常理。原审法院对曹琳的该种主张不予采信，是恰当的。曹琳在富安娜公司上市后三年内离职，《承诺书》约定的对曹琳股份投资收益进行限制的条件已经成就，曹琳应依约将被限制的部分收益（即“违约金”）返还给富安娜公司。另，富安娜公司于 2012 年 12 月 26 日起诉时请求判令曹琳支付违约金 1907156.16 元（违约金暂以富安娜公司 2012 年 12 月 25 日收盘价 33.10 元为依据计算，具体支付的金额以 2012 年 12 月 30 日的收盘价计）至付清之日止的迟延履行利息（利息从 2013 年 1 月 9 日起算）。富安娜公司在起诉时按 1907156.16 元诉讼标的金额向原审法院预交案件受理费 21964.4 元，并向原审法院申请对曹琳价值 1907156.16 元的财产采取保全措施。富安娜公司诉讼请求的含义应是曹琳应支付违约金及从 2013 年 1 月 9 日起算的利息。曹琳提出的富安娜公司仅请求违约金的利息、原审判决超出富安娜公司诉讼请求范围的上诉理由，没有事实依据，本院不予采纳。

综上，曹琳的上诉理由均不成立，本院不予采纳。原审判决认定事实清楚，适用法律虽有不当但处理结果正确，应予维持。依照《中华人民共和国合同法》第四十五条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项及第（二）项、第一百七十五条的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费 21964.4 元，由曹琳负担。

本判决为终审判决。

审判长 康春景

审判员 程炜

代理审判员 郭平

二〇一三年十二月二十日

书记员 石宇翔(兼)

曾育贤与龙岩市华凯投资有限公司、福建泰龙电力有限公司 民间借贷合同纠纷一审民事判决书

龙岩市新罗区人民法院

民事判决书

(2015)龙新民初字第 1958 号

原告曾育贤，居民。

委托代理人王玉，福建天岩律师事务所律师。

被告龙岩市华凯投资有限公司，住所地龙岩市新罗区南城后门前瑞德大厦十楼。

法定代表人叶跃华，总经理。

被告福建泰龙电力有限公司，住所地龙岩市新罗区南城后门前瑞德大厦十楼。

法定代表人叶跃松，总经理。

原告曾育贤与被告龙岩市华凯投资有限公司（以下简称华凯公司）、福建泰龙电力有限公司（以下简称泰龙公司）民间借贷合同纠纷一案，本院于 2015 年 2 月 5 日受理后，依法由审判员林朝晖适用简易程序公开开庭进行了审理。原告的委托代理人到庭参加诉讼，被告华凯公司、泰龙公司经本院传票传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告曾育贤诉称，2009 年 3 月 17 日，原、被告签订《委托投资合同》约定，原告委托被告华凯公司认购被告泰龙公司 1 万股股份，认购价款为 23400 元，被告泰龙公司承诺给予每年不低于认购价款 8%的分红，原告若在泰龙电力的股份首次公开发行之，要求被告华凯公司回购股份的，被告华凯公司应当按照认购价格加上应得的年 8%分红收入，减去原告累计从被告泰龙公司获得的现金红利进行回购，被告泰龙公司承担连带保证责任。合同签订后，原告依约向被告华凯公司交付认购价款 23400 元，被告泰龙公司向原告颁发股权证书，并连续 4 年按认购价款 8%支付原告分红款计 7488 元。2014 年 3 月被告泰龙公司未依约支付原告分红款，为此，原告请求判令：1、被告华凯公司支付原告股份回购价款 25272 元；2、被告泰龙公司承担连带清偿责任。

被告华凯公司、泰龙公司未向本院提交书面答辩及相关证据。

经审理查明：2009 年 3 月 17 日，原告（委托人）与被告华凯公司（受托人）、泰龙公司（受投资人）签订了《委托投资合同》，约定：原告委托被告华凯公司认购并持有被告泰龙公司 1 万股泰龙电力股份，认购价款 23400 元；被告泰龙公司承诺给予每年不低于认购价款 8%的分红，若在泰龙电力股份实现首次公开发行之，原告要求被告华凯公司回购股份的，被告华凯公司应当按照原告认购价格加上应得的年 8%分红收入，减去原告累计从被告泰龙公司获得的现金红利进行回购，被告泰龙公司承担连带保证责任等等。合同签订后，原告于同日依约向被告华凯公司交付认购价款 23400 元，被告华凯公司出具了《收款收据》，同时被告泰龙公司亦向原告出具编号 HK-200812-79（G）《股权证》，载明“兹收到曾育贤股东投入本金 2.34 万元，共持股份为壹万股”，被告泰龙公司并连续 4 年按认购价款的 8%向原告支付分红款计 7488 元。2014 年 3 月，被告泰龙公司未按约支付 2013 年 3 月至 2014 年 3 月年度分红款。2014 年 12 月 5 日，原告向被告华凯公司书面提出《关于要求回购股份申请》，要求被告华凯公司支付回购价款 23400 元。2015 年 2 月 5 日，原告诉至法院，请求判如所请。本院认为，原、被告签订的《委托投资合同》，系各方当事人真实意思表示，其内容不违反法律与行政法规，合法有效，应受法律保护。双方合同约定，若泰龙电力股份实现首次公开发行之，原告要求回购股份的，被告华凯公司应当按照原告认购价格加上应得的年 8%分红收入，减去原告累计从被告泰龙公司获得的现金红利进行回购。本案中，原告持有的泰龙电力股份尚未实现首次公开发行，现原告要求回购所持股份，被告华凯公司应依约支付原告

回购款，即按原告认购价格 23400 元加上应得的年 8% 分红 9360 元，减去原告累计从被告泰龙公司获得的现金红利 7488 元计 25272 元。被告泰龙公司作为本案债务的担保人，应依约定及《中华人民共和国担保法》之规定，对被告华凯公司的上述债务承担连带清偿责任，并有权在承担保证责任后，向被告华凯公司追偿。原告诉讼请求有理，本院予以支持。被告华凯公司、泰龙公司经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，本院依法缺席审理和判决。依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第三百九十六条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

一、被告龙岩市华凯投资有限公司应于本判决生效之日起十五日内支还原告曾育贤股份回购价款 25272 元。

二、被告福建泰龙电力有限公司对被告龙岩市华凯投资有限公司的上述债务承担连带清偿责任。

三、被告福建泰龙电力有限公司在承担保证责任后，有权向被告龙岩市华凯投资有限公司追偿。

本案案件受理费 430 元，减半收取为 215 元，由被告龙岩市华凯投资有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于龙岩市中级人民法院。

审判员 林朝晖

二〇一五年三月三十一日

书记员 高蕾（代）

柴国生与李正辉股权转让纠纷上诉案

最高人民法院

民事判决书

（2009）民二终字第 43 号

上诉人（原审原告）：柴国生，男，1953 年 8 月 12 日生。住所地：广东省佛山市南海区桂城街道美豪村富景阁 21H 房。身份证号码：532501195308120917。

委托代理人：罗文志，北京市邦盛律师事务所律师。

委托代理人：谢会生，北京市邦盛律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：李正辉，男，1961 年 3 月 5 日出生。住所地：广东省佛山市南海区桂城街道东二东怡花园 F 区 2 座 704 房。身份证号码：532501196103050614。

委托代理人：张平，广东广大律师事务所律师。

委托代理人：邱培杰，广东广大律师事务所律师。

上诉人柴国生、李正辉因股权转让纠纷一案，不服广东省高级人民法院（2007）粤高法民二初字第 30 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由王东敏担任审判长，代理审判员李京平、雷继平参加的合议庭进行了审理。书记员安杨担任记录。本案现已审理终结。

原审法院查明：2000 年 8 月 31 日，李正辉通过南海市人才交流服务中心调入南海市华星光电实业有限公司（尔后变更名称为广东华星光电有限公司、广东雪莱特光电科技股份有限公司。以下均简称雪莱特公司）工作。

2002 年 10 月 30 日，雪莱特公司法定代表人柴国生与李正辉签订一份《关于股份出让的有关规定》，内容为：鉴于李正辉先生在公司工作的重要性及未来发展需要，公司董事长柴国生先生自愿将名下股份 38 万股（占现时公司总股本的 3.8%）无偿转让给李正辉先生，股份的权益和责任规定如下：一、股份权益的享用从 2003 年 1 月 1 日生效。享受和其它股东同样的分配权益并承担相应风险责任。二、无论股票上市与否，李正辉从持有股票之日起，在公司服务时间不能少于 5 年，即 2003 年 1 月 1 日至 2006 年 12 月 31 日。若中途退出，无论公司市值多少，一律按原值 38 万元计算：以原值 38 万元除以服务年限支付股权。服务满 5 年后，其股票可按公司的实有资产（不包括无形资产）转让，或上市出售，公司有优先购买权。三、作为股东，必须以公司利益为最高利益，一旦出卖公司利益或违反保密条例，经董事会讨论，将丧失股权，并承担相应的经济、法律责任。四、作为股东，非公司允许，不得从事、兼职其它任何职业、职务；违反规定将承担由此造成的损失及赔偿。

2003 年 1 月 14 日，雪莱特公司召开董事会通过决议，内容为：吸收李正辉为该公司股东；由柴国生拿出自己股份的 3.8% 给李正辉享有，作为李正辉 2 年多来的成绩肯定。李正辉参加了会议并在会议决议上签字确认。

2003 年 4 月 1 日，雪莱特公司向其登记机关广东省工商行政管理局申报增加李正辉为该公司股东。申报提交的文件有：1. 2003 年 4 月 1 日该公司全体股东通过的《股东会议决议》，内容为：增加李正辉为该公司股东，并且受让股东柴国生转让的 106.6 万元作为出资额，占本公司总注册资本的 3.8%。2. 该公司全体股东签署的《公司章程修正案》，内容为对公司章程第三章第九条股东人数由 7 人增加李正辉后为 8 人；柴国生出资额由 2083.2 万元变更为 1976 万元；占公司注册资本由 74.4% 变更为占 70.6%，李正辉出资 106.6 万元，占公司注册资本的 3.8%。其余股东出资额和占公司注册资本不变。3. 柴国生和李正辉于 2003 年 4 月 1 日签订的《股权转让协议》。内容为：柴国生原来拥有的公司 74.4%（股金 2083.2 万元），现转让 3.8% 的股权（股金 106.4 万元）由李正辉受让，其他股东的出资额及比例都不变；李正辉必须于 2003 年 4 月 30 日前将购买股权的款项全部付清给柴国生。该公司的全

体股东都在协议书签字进行了确认。上述增加李正辉为公司股东的事宜，雪莱特公司办理了工商变更登记手续，并在其《股东名册》作了记载。

2003 年 12 月 26 日，雪莱特公司召开董事会，通过该公司年终按 1000 万元利润对股东进行分配。李正辉参加了会议并在会议决议上签字确认。

2004 年 1 月 3 日，李正辉从雪莱特公司领取了 2003 年股东分红款 38 万元。

2004 年 7 月 15 日，柴国生与李正辉又签订一份《股权赠与协议》，内容为：1. 截止本协议签署之时，甲方合法持有雪莱特公司 70.6% 的股权。2. 甲方将其合法持有的公司 0.70% 的股权赠与乙方，乙方接受该等股权赠与。3. 本次股权赠与的相关手续，依据相关法律法规办理。4. 本协议自甲、乙双方签署之日起生效。

同一日，李正辉签署一份《股权受赠承诺书》给雪莱特公司。内容为：“鉴于柴国生拟将其合法持有的公司 0.70% 的股权赠与本人，本人接受该等赠与。为此，本人郑重承诺遵守如下义务：一、自本人作出本承诺之日起五年内，本人如果以任何理由从公司主动离职，则本人应向柴国生先生给予经济赔偿，赔偿金额按以下方法计算：1. 本人离职之日，如果受赠股份未上市流通，赔偿金额=受赠股份数×公司最近一期经审计的每股净资产值；2. 本人离职之日，如果受赠股份已上市流通，赔偿金额=受赠股份数×离职之日雪莱特公司股票交易收盘价。以上“受赠股份数”指本人接受柴国生先生赠与的股权在雪莱特公司改制为股份公司后形成的股份数（含本人接受赠与至本人从雪莱特公司主动离职之日期间送股及公积金转增股本）。以上“离职之日”由雪莱特公司人力资源部确定。二、本人自离职之日起三年内，不从事与雪莱特公司相同或者相近的业务，以及其他与雪莱特公司构成同业竞争的商业活动。如违反本承诺，则本人将向柴国生先生再给予经济赔偿，赔偿金额的计算方法与本承诺书“一”相同。本条所列的赔偿金额与前条所列的赔偿金额可以同时使用，即如果本人同时存在本承诺书所列的主动离职行为和“二”所列的同业竞争行为，则本人须向柴国生先生作出双倍的赔偿。三、本人承诺严格遵守雪莱特公司的各项规章制度。”

同日，雪莱特公司召开董事会会议并作出决议：1. 同意公司股东柴国生与李正辉等 14 人签署的《股权赠与协议》，同意柴国生按照协议内容将其合法持有的公司部分股权赠与李正辉等 14 人（其中李正辉受赠和出资比例为 0.70%，出资额 28 万元）；2. 同意通过公司的《章程修正案》。

雪莱特公司对上述柴国生赠与李正辉 0.70% 股权事宜，办理了工商变更登记。

2004 年 10 月 12 日，李正辉与雪莱特公司分别签订一份《高级管理人员聘用合同》和《雪莱特公司董事、监事服务合同》，合同约定李正辉是雪莱特公司的董事和副总经理，任期 3 年。

2006 年 10 月 25 日，雪莱特公司经有关部门批准在深圳证券交易所上市，股票代码 002076。雪莱特公司在 2006 年 10 月 9 日签署的招股说明书及发行公告内容有：柴国生和李正辉等 21 名自然人为公司发起人。（1）2003 年股东股权转让。经公司股东会议同意，2003 年 4 月 1 日，员工李正辉与股东柴国生签署股权转让协议，李正辉受让柴国生所持有的 3.8% 的股份成为新股东，股东数变更为 8 人，并履行了相关的工商变更登记手续；本次股权转让价格为 106.4 万元，作价依据为当时的注册资本（即 $2800 \text{ 万元} \times 3.8\% = 106.6 \text{ 万元}$ ），股权款全部以现金方式结清，本次股权转让不存在纠纷。（2）2004 年更名和增资。2004 年 4 月 5 日，经股东会议决议，公司名称变更为广东华星光电有限公司，同时注册资本增至 4000 万元。经佛山市智勤会计师事务所有限公司佛智会证字（2004）第 041 号《验资报告》审验，本次增资后股东出资情况为：柴国生现金出资 2824 万元，比例 70.60%；李正辉现金出资 152 万元，比例 3.8%。本次增资于 2004 年 4 月 16 日在南海市工商局办理了增资备案登记。（3）2004 年 7 月 15 日，公司股东会议决议同意，股东柴国生和股东李正辉及其 13 名员工分别

签订赠与协议，柴国生将持有的 4.03% 股份赠与李正辉及其 13 名员工，并办理了相关的工商变更手续。

2007 年 7 月 25 日，李正辉向雪莱特公司领导、董事会递交一份《辞职报告》。内容为：近两年来，由于我头脑及体质方面原因，深感工作力不从心，常彻夜不眠，上班带来的巨大压力，长期得不到排解，身心感到很疲惫，医生要求要尽快减轻工作压力，静养才能缓解。现公司上市对未来的成长提出了更高要求，我深感体能已不能再承担现职务的重任。为了不影
响公司目标的实现，本人经过慎重考虑，提出在今年七月末辞呈的请求，辞去董事及副总经理职务，请领导及相应机构给予尽早批准。

2007 年 7 月 27 日，雪莱特公司董事会发布第一届董事会第十五次会议决议公告，内容为该公司董事会同日以通讯表决的方式通过《关于公司董事兼副总经理李正辉辞职的议案》；李正辉辞去董事自 2007 年 8 月 25 日向董事会递交辞职报告时生效；李正辉辞去副总经理自决议当日生效。

2007 年 8 月 28 日，雪莱特公司出具一份《离职证明》，内容为：兹有公司董事、副总经理李正辉先生，因个人身体原因提出辞呈，要求辞去公司董事、副总经理职务。经公司董事会决定，同意公司董事兼副总经理李正辉先生辞去公司一切职务，并于 2007 年 8 月 28 日与李正辉先生正式解除劳动关系。李正辉在《离职证明》上签字确认，并且在雪莱特公司办理了结清工资等离职手续。

根据雪莱特公司 2007 年 8 月 31 日的股东名册，李正辉持有雪莱特公司股数 6186181 股，占该公司总股数 184270676 股的 3.3571%。

2007 年 12 月 21 日，佛山市南海区劳动仲裁委员会对李正辉诉雪莱特公司经济补偿和董事津贴争议一案作出南仲案字（2007）632 号仲裁裁决书，认定李正辉与雪莱特公司双方解除劳动关系是李正辉单方面提出所致，驳回李正辉的仲裁请求。李正辉不服仲裁向佛山市南海区人民法院起诉。2008 年 3 月 11 日，佛山市南海区人民法院作出（2008）南民一初字第 256-2 号裁定，准许李正辉对该案撤回起诉。

2008 年 2 月 10 日，佛山市南海区人民法院作出（2008）南民二初字第 2068 号裁定，准许李正辉对其诉雪莱特公司股东权纠纷一案撤回起诉。

根据雪莱特公司在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司的交易记录，雪莱特公司于 2007 年 8 月 28 日的股票收盘价为 20.05 元/股。李正辉所持雪莱特公司 0.7% 股权现折合股票 962294 股。按 2007 年 8 月 28 日雪莱特公司股票收盘价总计为 19293994.7 元。

另查：李正辉称其是以现金的方式向柴国生支付购买雪莱特公司 3.8% 的股权价款 106.4 万元。柴国生未出具收据。

柴国生向广东省高级人民法院提起诉讼，请求：一、判令李正辉返还其持有的雪莱特公司 5223886 股股票给予柴国生（以 2007 年 9 月 21 日收盘价 17.35 元/股计算，价值 90634422.1 元）；二、判令李正辉赔偿柴国生经济损失 19294014.75 元；三、李正辉承担全部诉讼费用。原审法院认为：本案为股权转让合同纠纷。根据查明的事实，柴国生和李正辉之间先后发生涉及雪莱特公司 3.8% 和 0.7% 股权的两次转让行为。双方诉争焦点问题为：一、李正辉所持有的雪莱特公司 3.8% 的股权是柴国生无偿赠与还是李正辉有偿受让取得。柴国生请求返还雪莱特公司 3.8% 的股权的请求能否得到依法支持。二、李正辉的辞职是否符合《股权赠与协议》约定的赔偿条件。

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。对于李正辉所持有的雪莱特公司 3.8% 的股权是柴国生无偿赠与还是李正辉有偿取得的事实，应根据双方当事人举证能够证明的事实确认。柴国生主张李正辉持有的雪莱特股权 3.8% 的股票是其赠送给李正辉的事实，其提交的证明证据为 2002 年 12 月 30 日双方当事人签订的《关于股权出让的有关规定》和 2003 年 1 月 14 日雪莱特公司的《董事会决

议》。《关于股权出让的有关规定》的内容，为双方当事人对柴国生赠送给李正辉雪莱特 3.8% 股权的约定，该赠送行为尚待履行。雪莱特公司董事会于 2003 年 1 月 14 日作出的《董事会决议》内容，并未明确柴国生赠送股权给李正辉。即使有赠送的意思表示，亦属于尚待履行的赠送行为。《中华人民共和国合同法》第一百八十七条规定，赠与的财产依法需要办理登记手续的，应当办理有关手续。1999 年 12 月 25 日修改的《中华人民共和国公司法》第三十六条规定，股东依法转让其出资后，由公司将受让人的姓名、住所以及受让的出资额记载于股东名册。柴国生并未提交证据证实其约定赠送给李正辉的雪莱特公司 3.8% 股权已经在雪莱特公司的《股东名册》作了登记。柴国生提交的其他员工接受柴国生赠送股份的证据，也只能证明柴国生与其他员工的赠送关系，并不能证明柴国生已经履行向李正辉赠送雪莱特公司 3.8% 股权的事实。由于柴国生对自己的诉讼请求负有举证责任，目前所举证据不能证明自己主张的事实，应承担举证不能的后果。柴国生所主张赠送了李正辉 3.8% 雪莱特公司股权的事实，该院不予认定。

李正辉所提供的一系列包括 2003 年 3 月 1 日《股东会议决议》、《股权转让协议》、《招股说明书》等证据，其内容证明了双方当事人对雪莱特公司 3.8% 股权的购买约定到购买行为完成的事实。雪莱特公司并以此进行其股东的工商变更登记、《股东名册》登记和公司的招股上市。该部分证据证明的事实都发生在《关于股权出让的有关规定》和 2003 年 1 月 14 日《董事会决议》的时间之后，较之上述柴国生提交的证明赠与李正辉 3.8% 股权的证据更具有证明力。李正辉是否已支付柴国生转让股权价款 106.4 万元，属于双方当事人之间的债权债务关系，并不影响李正辉作为雪莱特公司股东持有 3.8% 股权事实的认定。《关于股份出让的有关规定》中“若中途退出，无论公司市值多少，一律按原值 38 万元计算：以原值 38 万元除以服务年限支付股权”的约定，也并不是对李正辉服务不足 5 年即退回全部股权给柴国生的约定。柴国生请求李正辉返还 3.8% 雪莱特公司股权之股票的请求，缺乏事实和法律依据，应予驳回。

李正辉的辞职是否符合《股权赠与协议》约定的赔偿条件问题。《股权赠与协议》和《股权受赠承诺书》，均是柴国生与李正辉双方的真实意思表示，内容未违反法律和行政法规的禁止性规定，应确认合法有效。雪莱特公司亦按赠与关系办理了公司股权的变更登记手续。柴国生对李正辉的赠与雪莱特公司 0.7% 股权的行为已履行。李正辉并未否认受赠柴国生的雪莱特公司 0.7% 股权的事实。柴国生与李正辉通过签订《股权赠与协议》和《股权受赠承诺书》设立了赠与合同关系，约定了李正辉受赠后要在雪莱特公司服务 5 年的义务。李正辉对受赠该部分股权作了 3 点承诺：1. 如 5 年之内从雪莱特公司主动离职要向柴国生作出赔偿；2. 如受赠股份未上市流通，赔偿金额=受赠股份数×雪莱特公司最近一期经审计的每股净资产值；如受赠股份已上市流通，赔偿金额：受赠股份数×离职之日股票交易收盘价。3. 离职之日由雪莱特公司人力资源部确定。这 3 点承诺是对受赠人李正辉违反赠与合同义务的赔偿责任约定。《中华人民共和国合同法》第一百九十条规定：赠与可以附义务。赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。因此，李正辉违反赠与合同义务时，应当依约定对柴国生承担赔偿责任。

李正辉对柴国生赔偿请求的异议在于《股权受赠承诺书》所约定的“主动离职”的确认。

《股权受赠承诺书》中约定，“离职之日由雪莱特公司人力资源部确定”，此约定应包含离职事实和离职时间由雪莱特公司确定。在李正辉于 2007 年 7 月 25 日先行向雪莱特公司递交《辞职报告》后，雪莱特公司于同年 8 月 28 日开具《离职证明》给李正辉。该证明内容明确了“李正辉因个人身体原因提出辞呈，要求辞去公司董事、副总经理职务。”和“公司董事会决定同意李正辉辞去公司一切职务；公司董事会决定同日与李正辉解除劳动关系。”从该证明内容，雪莱特公司是根据李正辉的主动申请而同意其辞职，《离职证明》对李正辉主动离职的事实和离职时间都作了确认。李正辉在该证明“离职者”一栏签名确认，而

且与雪莱特公司办理了结清工资等离职手续。证实了李正辉在当时亦认可该公司董事会的决定和雪莱特公司对其主动离职的确认。因此，李正辉主动离职和于 2007 年 8 月 28 日离职的事实应予确认。至于李正辉与雪莱特公司的劳动合同关系，不属于本案审理范围。李正辉未在雪莱特公司服务满 5 年而主动辞职，是受让柴国生赠与 0.7% 雪莱特公司股权所附义务的违约行为。根据《中华人民共和国合同法》第一百一十四条第一款“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法”的规定，李正辉应按《股权获赠承诺书》约定的违约赔偿办法，以 0.7% 雪莱特公司股权所折合的股票 962295 股和 2007 年 8 月 28 日的该股票收盘价 20.05 元/股为计赔依据，向柴国生承担赔偿责任。柴国生请求判令赔偿经济损失 19294014.75 元，理由成立，本院予以支持。

综上，依照 1999 年 12 月 25 日修改的《中华人民共和国公司法》第三十六条、《中华人民共和国合同法》第一百一十四条第一款、第一百八十七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百三十八条之规定，该院判决：一、驳回柴国生对李正辉返还其持有的雪莱特公司股票 5223886 股的诉讼请求；二、李正辉赔偿柴国生 19294014.7 元。限于该判决生效之日起十日内支付。逾期按中国人民银行规定的贷款利率双倍支付利息。本案案件受理费 581442 元，财产保全费 5000 元，共计 586442 元，由柴国生承担 469153 元；李正辉承担 117289 元。

柴国生、李正辉均不服原审法院上述民事判决，向本院提起上诉。

柴国生上诉请求：1. 撤销原审判决第一项，改判李正辉返还柴国生其持有的雪莱特公司股票 5223886 股；2. 诉讼费用全部由李正辉承担。主要理由如下：

一、原审判决偏袒李正辉

（一）原审判决认定事实错误

1. 李正辉向柴国生支付了 106 万元，属于认定事实错误。

李正辉主张在柴国生办公室向其支付了 106 万现金，但柴国生没有给收据，因为工商登记和招股说明书中已经说明得非常清楚。事实上，工商登记只登记股东是谁，不登记是否付款，而招股说明书是在 2006 年作出的，不可能证明 2003 年发生的事。柴国生向李正辉赠送股权，是为激励其长期在公司工作，柴国生作为公司的董事长，不可能在无人见证的情况下收巨款，且不给收据。原审法院判决书“另查，李正辉称其是以现金的方式向柴国生支付购买雪莱特公司 3.8% 的股权价款 106.4 万元。柴国生未出示收据”的认定，没有证据。

2. 原审判决认定李正辉递交《辞职报告》的时间错误。

李正辉于 2007 年 7 月 25 日向公司人力资源部提交《辞职报告》，人力资源部于 2007 年 8 月 25 日转交公司董事会，8 月 27 日董事会批准并按照上市公司信息披露的规定进行了公告。该事实有南海区劳动争议仲裁委员会和南海区人民法院生效裁判予以认定。原审法院判决书第 14 页认定李正辉 2007 年 7 月 25 将《辞职报告》送交董事会，该认定是错误的。

3. 原审判决认定李正辉于 2004 年 7 月 15 日将《股权获赠承诺书》提交给雪莱特公司，属于认定事实错误。

2004 年 7 月 15 日，柴国生和李正辉签订《股权赠与协议》，同日李正辉签署一份《股权获赠承诺书》给李正辉，而并非给雪莱特公司，原审法院对该事实的认定错误，其结果使李正辉免于向柴国生承担赔偿责任。

4. 原审判决认定雪莱特公司在股东名册上登记李正辉为股东，属于认定事实错误。

原审判决书第 11 页关于“上述增加李正辉为公司股东的事宜，雪莱特公司办理了工商变更登记手续，并在其《股东名册》作了记载”的认定，属于认定事实错误。事实上，在原审法院审理过程中，双方当事人没有任何一方曾经提交过《股东名册》这份证据，由于雪莱特公司企业管理工作存在瑕疵，公司一直未建立《股东名册》。

（二）原审判决适用法律错误

依据《合同法》第一百八十五条规定“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同”，因此，赠与合同的效力取决于赠与人与受赠人之间的合意，是诺成合同，而不是实践合同。柴国生与李正辉在签订《关于股份出让的有关规定》后，双方已就“给予”与“接受”达成合意，合同内容已对双方产生约束力。原审法院引用《合同法》第一百八十七条，认为股权未经登记即不生效，将合同登记与合同效力捆绑在一起，属于适用法律错误。

（三）原审法院违反证据规则，程序违法

1. 原审法院对李正辉在开庭后提交的证据向柴国生进行了送达，但未组织柴国生质证，也未在判决书中载明未组织质证的情况，属程序违法。
2. 原审法院对于李正辉在 2008 年 1 月 24 日提交的补充证据，柴国生于 2008 年 3 月 24 日提交的十一份补充证据，均未经质证，但分别作为认定案件事实的证据，在判决书中进行了认定（判决书第 15 页第 4、5 段），违反了《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》。
3. 原审法院认定当事人之间为股权转让的买卖合同法律关系，与柴国生主张的赠与法律关系不一致，但原审人民法院未告知柴国生，剥夺柴国生的诉讼请求变更权等权利。

（四）原审判决书中有多处文字错误，无法保证司法的严肃性和权威性

原审判决书第 2 页最后一句至第 3 页第一句“现李正辉自持雪莱特公司股份之同起在公司服务不满 5 年”，应为“现李正辉自持有雪莱特公司股份之日起在公司服务不满 5 年”，一句中有三处错误。原审判决书第 4 页第 2 行“证据 5、2003 年 12 月 26 日南海市华星光电实业有限公司董事会会议记录”，应为“证据 5、2003 年 1 月 14 日南海市华星光电实业有限公司董事会会议记录”，一句中有两处错误。等等。在法院判决书出现如此之多的文字错误，让人无法不对其严肃性和权威性产生疑虑。

二、原审庭审证据充分表明，柴国生与李正辉之间是无偿赠与而非有偿转让

（一）李正辉的证据和谎言不能证明有偿转让

《股权转让协议》不能充分证明柴国生与李正辉之间是有偿转让，李正辉陈述《股权转让协议》已经履行，与客观事实不符。《招股说明书》等上市材料是通过引用《股权转让协议》等材料编制的，《招股说明书》等上市材料中关于“有偿转让”的“证据”来源于工商行政管理机关登记的这份《股权转让协议》，由于这份协议是不真实的，因此上市材料的表述也是不真实的。雪莱特公司的这些上市材料不能否定柴国生与李正辉之间关于《关于股份出让的有关规定》的约定。

（二）柴国生提供的证据充分证明其与李正辉之间是无偿赠与

《关于股份出让的有关规定》是柴国生与李正辉之间确立股权赠与合同关系的直接证据。虽然合同名称使用了“股份出让”的字样，但合同中明确表明“公司董事长柴国生先生自愿将名下股份 38 万股无偿转让给李正辉先生”，因此，当事人的真实意思表示是要订立股权赠与合同。2003 年 1 月 14 日董事会议记录上记载“由柴国生拿出自己股份的 3.8% 给李正辉享有，作为李 2 年多来的成绩肯定”，“拿出”与“给”字，表明柴国生转让股份于李正辉是无对价的，是赠与。李正辉从 2003 年 1 月 1 日起即享受公司全年分红，进一步证明无偿赠与协议得到实际履行。在公司经营期间，柴国生向李正辉等为公司发展作出过重要贡献的骨干无偿赠与股权，冼树忠等 17 人共同签署的《共同倡议书》直接证明李正辉取得的公司股份均来自柴国生的无偿赠与。

（三）实事求是地认识本案证据

从登记的角度来说，无偿赠与也是一种转让，要将股份从柴国生名下变更登记到李正辉名下，这是双方使用《股权转让协议》的主要目的。柴国生错误地以为，只要双方不进行价款结算，《股权转让协议》就和《关于股份出让的有关规定》是一回事。正是由于柴国生对李正辉的

信任和对法律的误解，才留下了两份协议之间的矛盾。工商行政管理部门对公司股东变更登记等事项只作形式审查，《股权转让协议》经工商行政管理部门登记后，在证明效力上并不高于《关于股份出让的有关规定》。对于一次股份转让，存在两份性质不同的合同，李正辉主张是有偿转让关系，至少应举证证明支付了价款，如果李正辉不能举证已经付款，证明双方签订的不是有偿转让合同，而是无偿赠与合同，《股权转让协议》是工商登记的形式，但不是当事人的真实意思表示。从雪莱特公司的角度来说，柴国生赠与李正辉一定比例的股份，是雪莱特公司股权激励方案的一部分，作为股权激励的对象，李正辉有义务履行他的承诺，为雪莱特公司的健康发展完成他应当完成的份内工作，他的最低法律义务是工作到他承诺的工作期满为止。遗憾的是，李正辉没有这样做。

综上柴国生认为，本案的焦点是无偿赠与还是有偿转让，原审证据已经形成了一个完整的体系证明了无偿赠与的真实性。

李正辉上诉请求：变更原审判决第二项，改判李正辉赔偿柴国生 1678669.12 元，柴国生承担本案全部诉讼费用。其理由如下：

（一）《股权受赠承诺书》第一条第 1 款是对受赠股份未上市流通的赔偿约定，第 2 款是对受赠股份已上市流通的赔偿约定。是否已上市流通的界定对象均特指李正辉依受赠协议所获赠的雪莱特公司原 0.7% 的股份。上市流通的含义是指李正辉持有的受赠股份可以在证券市场进行正常交易和转让，并非指雪莱特公司公开发行的股票在证券交易所上市交易。该规定表述明确清晰，不存在歧义，是当事人的真实意思表示。柴国生将“受赠股份已上市流通”曲解为雪莱特公司公开发行的股票已上市。

（二）受赠股份在李正辉离职时尚属于未上市流通股份。《中华人民共和国公司法》第一百四十二条明确规定“公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让”。《中华人民共和国证券法》第三十八条亦明确规定“依法发行的股票、公司债券及其他证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内不得买卖”。《广东雪莱特光电科技股份有限公司章程》第二十八条对股份转让作出同样的规定。李正辉受赠的原 0.7% 股份属于雪莱特公司公开发行股票前的发起人股份，因此，该受赠的股份在雪莱特公司股票在证券交易所上市之日（2006 年 10 月 25 日）起一年内依法不得转让，不得上市流通。柴国生签署确认的《招股说明书》也明确：其他股东（含李正辉）承诺自首次公开发行并上市之日起十二个月内不转让持有的雪莱特公司股权。2007 年 10 月 24 日发布的《雪莱特（002076）关于发起人股东限售股份上市流通的提示性公告》进一步证实，李正辉所持有的股份在 2006 年 8 月份尚属于未上市流通股份，其可上市流通的时间起点为 2007 年 10 月 25 日。上述足以说明，李正辉所持的受赠股份在雪莱特公司股票上市后满 12 个月前（2007 年 10 月 25 日前）属于“未上市流通”。《广东雪莱特光电科技股份有限公司 2006 年度报告》显示，2006 年末公司股票每股的净资产值为 3.14 元，李正辉受赠的 0.7% 的股份于该报告的基准日 2006 年 12 月 31 日时的股份数为 534608 股（76,372,598 股 × 0.7%，见前述招股说明书第 1-1-15 页。雪莱特公司于 2007 年 4 月 23 日每 10 股送 8 股后该部分股票总数变为 962294 股）。即使李正辉的辞职申请被认定为主动离职，赔偿金额亦应当按照《股权受赠承诺书》第一条第 1 款的约定计算，赔偿金额为：534608 × 3.14 = 1678669.12 元。

李正辉针对柴国生的上诉答辩称：

（一）2002 年 12 月 30 日签署的《关于股份出让的有关规定》并未实际履行，既未办理其他股东同意程序，未相应修改公司章程，也未在工商机关办理相应的股权过户变更登记。根据包括李正辉在内的雪莱特公司全体董事签名确认和雪莱特公司盖章的《招股说明书》的记载，雪莱特公司的股东中并没有李正辉。这些证据足以证明有关赠与股份的约定并未履行，李正辉并没有根据该约定而取得雪莱特公司的任何股权。

(二)李正辉取得雪莱特公司 3.8%的股份是依据 2003 年 4 月 1 日签署的《股权转让协议》。该协议约定,李正辉从柴国生处取得雪莱特公司 3.8%的股份是有偿转让。该协议代替了此前的《关于股份出让的有关规定》并得到了实际履行,李正辉以现金方式付清了全部转让价款 106.4 万元。李正辉在原审中提供的《股东会议决议》、《股权转让协议》、雪莱特公司的工商登记资料等证据可以证实。除此之外,招股书也明确证实李正辉是通过上述《股权转让协议》有偿取得了雪莱特公司 3.8%的股权。该协议中的股权转让完全是有偿转让,不属于赠送,也未附带任何服务期限的承诺。原审法院依据双方当事人提供的证据资料,认定李正辉通过有偿受让的方式取得了雪莱特公司 3.8%的股权,论证清晰,认定事实清楚,并无错误。

(三)柴国生在上诉状中一再强调,李正辉并未就取得 3.8%股权支付转让价款。正如李正辉在一审庭审时所陈述的,由于做出股东会决议及办理工商股权过户在前,支付转让价款在后,柴国生称既然股权过户已办妥,就无需再开出收据了,再加上原李正辉双方间当时的信任关系和上下级关系,李正辉当时并未强求柴国生签署收款收据。尽管如此,李正辉已实际付清全部转让价款的事实是不容否认的。招股书也明确证实“股权转让价款已全部以现金方式结清,本次股权转让不存在纠纷”;北京中银律师事务所为雪莱特上市出具的作为申请上市申报材料重要组成部分的《律师工作报告》和《法律意见书》也分别验证:本次股权转让之“转让价款已全部以现金方式结清,本次股权转让不存在纠纷”。

(四)《证券法》第二十条规定“发行人向国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门报送的证券发行申请文件,必须真实、准确、完整”。《首次公开发行股票并上市管理办法》第四条规定“发行人依法披露的信息,必须真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”。李正辉认为,经柴国生郑重签署的《招股说明书》不仅具有收据的证明效力,而且,鉴于以上法律法规之规定,招股书的严谨性足以令其证明效力超过一般的收据,更何况,《招股说明书》还经过了律师事务所和上市保荐人依照法定要求和执业准则进行的查核验证。上述《招股说明书》、《律师工作报告》和《法律意见书》均再三确认李正辉是依据 2003 年 4 月 1 日签署的《股权转让协议》而有偿取得雪莱特公司 3.8%股份的,且“转让价款已全部以现金方式结清”,这些表述与雪莱特公司的工商登记资料及李正辉的陈述相符。就此等完整清晰的证据,人民法院应当予以采纳。

(五)即便是这份未实际履行的《关于股份出让的有关规定》,其第二条也是明确约定“若中途退出,无论公司市值多少,一律按原值 38 万元计算:以原值 38 万元除以服务年限支付股权”。显然,该文件并未约定在李正辉违反服务期限时应返还股票,而明确是以“原值 38 万元除以服务年限支付股权”。并非是李正辉服务不足 5 年即退回全部股权给柴国生的约定。而现在柴国生居然提出了要向其返还 5223886 股股票,没有任何合同依据或法律依据。由此可见,柴国生提出的上诉请求实属无稽之谈。

(六)柴国生在其《民事上诉状》中大量使用“偏袒”等字眼,攻击原审法院,是极不负责任的行为。原审法院在对李正辉持有雪莱特公司 3.8%股权是无偿赠与还是有偿受让等一系列重要事实的认定并无错误。原审判决即便存在一些文字性笔误,这类笔误与原审判决书的第一项判决并无因果关系,不能推翻原审法院判决的第一项。原审法院若真的对李正辉有任何偏袒的话,就不会有原审判决的第二项了。原审法院未认定李正辉另持有的雪莱特公司 962295 股股票的是否属于“未上市流通”,即直接判决李正辉以雪莱特公司股票收盘价来计算李正辉向柴国生承担 19294010.75 元的赔偿责任。这一判决明显违反了当事人双方约定的以雪莱特公司最近一期经审计的每股净资产值作为赔偿计算依据,导致了对李正辉的极大的不公,何来对李正辉的“偏袒”!

柴国生针对李正辉的上诉答辩称:

（一）依据相关法规，雪莱特公司上市后的全部股份都是流通股，包括李正辉受赠的 0.7% 的股份。《股权受赠承诺书》中的“未上市流通”与“已上市流通”指的是李正辉所受赠的 0.7% 的股份在其离职这个时点上，是非流通股还是流通股。

李正辉签署《股权受赠承诺书》是 2004 年 7 月 15 日，当时，我国证券市场存在股权分置现象，依据《关于上市公司股权分置改革的指导意见》（证监发〔2005〕80 号）文件，A 股市场的上市公司股份分为非流通股和流通股，国家股、国有法人股、社会法人股等为非流通股，不能在证券交易所上市交易，其他流通股可以在证券交易所上市交易（如普通社会公众股等）。李正辉签署《股权受赠承诺书》时，股权分置改革刚刚启动，尚未完成，假如雪莱特公司实现上市，其股份有可能被区分为流通股和非流通股，为明确李正辉在公司上市后违背承诺的责任，雪莱特公司上市后受赠股份如果是非流通股，赔偿标准按每股净资产值计算；雪莱特公司上市后受赠股份如果是流通股，赔偿标准按交易收盘价折算，这是 2004 年双方进行股权赠与之时的政策背景与真实意思。因此双方关于获赠股份“已上市流通”和“未上市流通”的赔偿标准按照相关法规是非常明确的，即按照获赠股票将来到底是流通股还是非流通股区别对待。

2005 年 8 月 23 日的《关于上市公司股权分置改革的指导意见》（证监发〔2005〕80 号）明确要取消非流通股与流通股，使上市公司所有股份最终成为“全流通股”。该文件同时提出，“根据股权分置改革进程和市场整体情况，择机实行‘新老划断’，对首次公开发行公司不再区分流通股和非流通股”。雪莱特公司股票首次公开发行的时间是 2006 年 10 月 25 日，根据“新老划断”的股权分置改革要求，雪莱特公司作为股权分置改革开始后的新上市公司，全部股份都是流通股，李正辉的股票当然是流通股，不存在持有非流通股的可能性。

（二）李正辉作为发起人股东在公司上市后一年内股票转让受限制，是李正辉应承担的责任和义务，不能否认其股份是流通股。

依据《公司法》第一百四十二条及《证券法》第三十八条的规定，李正辉作为雪莱特公司的发起人股东，他所持有股票在公司上市后一年内不能交易，但其股份属于流通股。李正辉混淆了“限售流通股”和“非流通股”的概念。股权分置改革实施后，所有上市公司新发行的股份包括雪莱特公司的股份均为流通股，但流通股的转让可能受到各种限制。股份是否属于流通股与流通股转让是否受到限制是两个完全不同的概念，李正辉作为雪莱特公司的发起人股东、高级管理人员，是完全清楚这一点的。

（三）李正辉的上诉赔偿计算标准背离双方股权赠与的目的，也不符合法理。柴国生无偿赠送个人股份给李正辉，当然是要求他在雪莱特公司长期工作，为雪莱特公司创造更大的价值。雪莱特公司上市后，每股股票的交易价格远高于每股股票对应的资产净值，按照李正辉的上诉赔偿计算标准，则李正辉在公司上市后违约提前离职比不违约获得的利益大，早离职比晚离职获得的利益大，显然该赔偿计算标准背离了股权赠与的目的，与双方当事人的真实意思表示不符。

本院二审查明：柴国生主张其向李正辉转让的 3.8% 雪莱特公司股份，经公司上市及送股后现为 5223886 股。李正辉对该 3.8% 的股份合股股票数 5223886 不持异议。对原审法院查明的其他案件事实，本院予以确认。

本院认为，根据当事人的上诉和答辩意见，本案当事人争议的焦点有两个：（一）李正辉从柴国生处获得雪莱特公司 3.8% 股权的根据及柴国生是否可以要求返还该部分股权；（二）李正辉签署《股权受赠承诺书》中关于赔偿金额计算条件“受赠股份已经上市流通”的意义以及李正辉应向柴国生赔偿的数额。

（一）李正辉从柴国生处获得雪莱特公司 3.8% 股权的根据以及柴国生是否可以要求返还该部分股权。

2002年10月30日，柴国生和李正辉签订了《关于股份出让的有关规定》，约定柴国生将股份无偿转让给李正辉，但李正辉应在雪莱特公司服务五年，即双方通过签订合同建立了附条件的赠与关系。2003年1月14日，雪莱特公司董事会决议载明，由柴国生拿出自己股份3.8%给李正辉享有，作为李正辉2年多来成绩的肯定。上述事实表明，《关于股份出让的有关规定》是双方当事人的真实意思表示，该内容不违反法律法规的禁止性规定，并得到了雪莱特公司的认可，应认定合法有效。

2003年4月1日，雪莱特公司在向广东省工商行政管理局申请办理李正辉为该公司股东时提交了《股东会决议》、《公司章程修正案》、《股权转让协议》，其中《股权转让协议》载明，柴国生3.8%的股权（股金106.4万元）由李正辉受让，李正辉必须于2003年4月30日前将购买股权的款项全部付清给柴国生。李正辉在一审期间向法庭陈述其向柴国生支付了股权转让款106.4万元，并主张该《股权转让协议》替代了原来的赠与关系，其受让股权是有偿的。由于李正辉在本案诉讼期间并未提交其支付股权转让款的直接证据，根据本案现有证据，其主张向柴国生支付106.4万元款项的事实难以认定。2006年10月25日，雪莱特公司签署《招股说明书》载明，李正辉受让柴国生持有的3.8%股份，股权款全部以现金方式结清等。《招股说明书》虽然有关于股权款全部以现金方式结清的描述，但其系传来证据，在缺乏支付款项证据印证该内容的前提下，不能予以采信。李正辉关于《招股说明书》能够证明其与柴国生之间系有偿转让股权关系的主张难以成立，本院不予支持。鉴于李正辉不能提供证据证明其向柴国生支付过股权转让款，应认定柴国生与李正辉签订的《股权转让协议》未实际履行，李正辉系根据《关于股份出让的有关规定》建立的附条件的赠与法律关系获得雪莱特公司3.8%股权。柴国生上诉主张其向李正辉赠与股份的事实成立，本院予以采信。原审判决认为柴国生与李正辉签订《关于股份出让的有关规定》后，未在《股东名册》上登记，属于尚待履行的赠送行为，该认定属于适用法律错误，本院予以纠正。《股东名册》的登记，是获得股权后的股东申请公司为其办理的相关手续之一，李正辉虽未在《股东名册》上作相应登记，但其领取了2003年的股东分红，证明其在2003年已经具备了股东身份并行使了股东权益。

《关于股份出让的有关规定》载明李正辉自2003年1月1日起在雪莱特公司服务时间需满五年，若中途退出，以原值除以服务年限支付股权。该内容系对李正辉违反赠与所附条件如何处理的约定。上述约定对李正辉提前退出公司应承担违约责任的意思表达是明确的，但“以原值除以服务年限支付股权”的文字表述不清楚，且无法结合协议其他内容推断该文字对违约如何处理的准确意思，而本案双方当事人对此又有不同的解释。上述案件事实表明，《关于股份出让的有关规定》中双方当事人对违反赠与所附条件应承担违约责任的约定明确，但对如何处理约定不明。对柴国生和李正辉关于违约如何处理内容的解读，本院均不予采信。

《中华人民共和国合同法》第一百九十二条规定，受赠人有不履行赠与合同约定义务情形的，赠与人可以撤销赠与。本案中，雪莱特公司决定于2007年8月28日与李正辉正式解除劳动关系时，李正辉依据《关于股份出让的有关规定》自2003年1月1日持股后在雪莱特公司服务了近四年零九个月，尚有四个月的服务时间未满足，按每月获赠股份的数额折合可撤销赠与的四个月股份数为348259股（李正辉约定服务时间5年为60个月，平均每月获赠股份为 $5223886 \div 60 = 87064.77$ 股，四个月对应的股份数额为 $87064.77 \times 4 = 348259$ 股），李正辉应退还柴国生。柴国生上诉请求依据合同法可以行使撤销权的观点成立，但由于李正辉已经履行了赠与所附条件约定的大部分服务时间之义务，其请求撤销全部赠与的主张，本院不予支持，对李正辉服务时间未满足部分对应的股权，本院予以准许其撤销赠与。

（二）李正辉签署《股权受赠承诺书》中关于赔偿金额计算条件“受赠股份已经上市流通”的意义以及李正辉应向柴国生赔偿的具体数额。

2004 年 7 月 15 日，柴国生与李正辉签订《股权赠与协议》约定，柴国生向李正辉赠送 0.7% 的股份，李正辉签署《股份受赠承诺书》承诺：1. 本人离职之日，如果受赠股份未上市流通，赔偿金额=受赠股份数×公司最近一期经审计的每股净资产值；2. 本人离职之日，如果受赠股份已上市流通，赔偿金额=受赠股份数×离职之日雪莱特公司股票交易收盘价。

双方当事人对该《股权受赠承诺书》约定的其他内容没有异议，对其中关于“受赠股份已经上市流通”的意义以及李正辉应向柴国生赔偿的具体数额存在意见分歧。柴国生主张雪莱特公司股份已经上市流通，应适用《股权受赠承诺书》第 2 项的约定，李正辉应赔偿柴国生 19294014.7 元。李正辉主张应以离职为时点看待其持有的股份是否可以在证券交易所上市交易和转让，其为公司发起人股东，在离职时公司上市未满一年，依据公司法规定其股份不得转让流通，即使赔偿，也应适用《股权受赠承诺书》第 1 项的规定，具体赔偿金额为 1678669.12 元。

本院认为，李正辉在签署《股权受赠承诺书》时承诺，如其违约，对受赠股份以每股价值为单位计算向柴国生进行经济赔偿，并载明了股权价值的两种计算方法。按照一般的经济生活习惯，在公司未上市时，公司净资产价值是公司股权价格的最直接参考标准，在公司上市以后，公司股票市值是公司股权价格的最直接参考标准。李正辉在《股权受赠承诺书》中对股权价值的计算方法，符合通常情况下人们对公司股权价格的参考标准，因此，对《股权受赠承诺书》中约定的“受赠股份已经上市流通”解读为系针对公司股份是否上市流通，更为符合经济生活的常理。李正辉上诉主张“受赠股份已经上市流通”系指其所持有的受赠股份可以在证券市场上正常交易和转让，并非指雪莱特公司公开发行的股份在证券交易所上市交易的观点，本院不予采信。柴国生答辩主张“受赠股份已经上市流通”系指公司股份上市流通的观点，本院予以采纳。本案赠与关系涉及的雪莱特公司在李正辉辞职时已经上市，原审法院对柴国生向李正辉赠与的 0.7% 股份，以公司股票收盘价为依据判决确定赔偿具体数额正确，本院予以维持。

综上，对当事人上诉争议的两个焦点问题，本院认为，柴国生和李正辉之间关于 3.8% 和 0.7% 雪莱特公司股份的约定及李正辉签署的《股权受赠承诺书》，建立了附条件的赠与民事法律关系，该民事法律关系是双方当事人的真实意思表示，不违反法律、法规的禁止性规定，合法有效。根据《中华人民共和国合同法》第一百九十二条和当事人之间的约定，李正辉未完全履行赠与所附条件，应相应退还柴国生所赠雪莱特公司的股份及按其承诺对柴国生作出经济赔偿，应退还的股份数为 348259 股，应赔偿金额为 19294014.7 元。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）、（二）项之规定，判决如下：

一、维持广东省高级人民法院（2007）粤高法民二初字第 30 号民事判决书主文第二项；
二、变更上述判决书主文第一项为：李正辉向柴国生退还广东雪莱特光电科技股份有限公司股份 348259 股，并于本判决生效之日起十日内协助办理股权过户变更登记手续。

一审案件受理费按一审判决执行，二审案件受理费 581442 元，由柴国生承担 465153.6 元，由李正辉承担 116288.4 元。

本判决为终审判决。

审判长：王东敏

审判员：雷继平

审判员：李京平

二〇〇九年七月二十七日

书记员：安杨

常明玉与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷二

审民事判决书

深圳市中级人民法院

民事判决书

(2014)深中法商终字第 1771 号

上诉人(原审被告):常明玉。

委托代理人:张斌,广东卓建律师事务所律师。

委托代理人:刘艳艳,广东卓建律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):深圳市富安娜家居用品股份有限公司。住所地:深圳市南山区创业南南油大道西路自行车加工厂 1 栋。组织机构代码:61888126-8。

法定代表人:林国芳,董事长。

委托代理人:张文,北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

委托代理人:周余辉,北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

上诉人常明玉因与被上诉人深圳市富安娜家居用品股份有限公司(以下简称富安娜公司)合同纠纷一案,不服深圳市南山区人民法院(2013)深南法民二初字第 45 号民事判决,向本院提起上诉。本院受理后,依法组成合议庭审理了本案,现已审理终结。

原审法院经审理查明:2005 年 7 月,常明玉入职富安娜公司,双方签订了《劳动合同》,合同约定期限自 2005 年 7 月 10 日至 2010 年 7 月 9 日。诉讼中,富安娜公司向该院提交了《员工离职交接清单》,证明常明玉于 2008 年 10 月 14 日停止出勤,离开了富安娜公司,构成违约;常明玉对该证据的真实性、合法性予以确认,但对其关联性不予确认,称常明玉系被富安娜公司辞退而离职,并非常明玉主动离职。

2007 年 6 月 20 日,富安娜公司召开第一次临时股东大会,审议通过了《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》,同意富安娜公司以定向发行新股的方式,向高级管理人员及主要业务骨干发行 700 万股限制性股票,发行价格为人民币 1.45 元/股(以下币种均为人民币)。同年,常明玉向富安娜公司支付了 29000 元,认购富安娜公司的股票 20000 股。2007 年 6 月 29 日,富安娜公司在深圳市市场监督管理局(原深圳市工商行政管理局)办理了股权变更登记,富安娜公司提交的核发证照(通知书)情况记录表显示,富安娜公司于 2007 年 6 月 29 日的注册资本为 7700 万元,其中常明玉占有富安娜公司 0.0259% 的股份。

2008 年 3 月 4 日,富安娜公司召开第一届董事会第九次会议,会议达成了《关于终止<深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)>的议案》:内容为:终止实施《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》,拟对 109 名激励对象所持有的 700 万股限制性股票做如下处理:给予限制性股票持有人股票回售选择权,对于放弃股票回售选择权的限制性股票持有人,其持有的限制性股票全部转换为同股数的无限制性的公司普通股,与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权等。该草案“特别提示”部分规定:“本限制性股票激励计划的期限为 4.5 年,包括禁售期 1.5 年、限售期 3 年。自激励对象获授限制性股票之日起 1.5 年(即 2007 年下半年及 2008 年度),为限制性股票禁售期。”第一条“释义”部分规定:“限制性股票指富安娜公司根据本计划授予激励对象的、转让受到限制的富安娜公司人民币普通股,以及因公司送红股或转增股本而新增的相应股份。”第十条“限制性股票的授予和解锁程序”部分规定:“激励对象在获授限制性股票后,享有与公司普通股股东相同的权利、承担相同的义务,但限制性股票的转让受本计划限制”。第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定:“在本限制性股票禁售期和限售

期内，激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”，“激励对象因触犯法律、违反职业道德、泄露公司机密、失职或渎职等行为严重损害公司利益或声誉，公司有权根据限制性股票认购成本价回购其所持限制性股票”。

2008年3月20日，富安娜公司召开2008年第二次临时股东大会，审议通过了《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）的议案〉》。同日，常明玉出具《确认函》及《承诺函》，其中《确认函》内容为：“本人常明玉，根据公司2007年第三次临时股东大会审议通过的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的有关约定，现持有公司限制性股票2万股。根据公司2008年第二次临时股东大会审议通过的《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）的议案〉》的有关约定，本人同意将持有的公司限制性股票转换为同股数的无限制性的公司普通股，与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权。”《承诺函》内容为：“本人常明玉，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称‘公司’）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份2万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺：1、自本承诺函签署日至公司申请首次公开发行A股并上市之日起三年内，本人不以书面的形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日、不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为、不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为。2、若发生上述违反承诺的情形，本人自愿承担对公司的违约责任并向公司支付违约金，违约金=（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本人持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。3、若发生上述违反承诺的情形，本人应在持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金。”

2009年12月30日，富安娜公司发布首次公开发行股票上市公告书，富安娜公司的控股股东、担任公司董事、监事、高级管理人员的股东及其他股东均承诺：自公司股票上市之日起36个月内不转让或者委托他人管理其所持有的本公司股份，其于首次公开发行前已发行的股份可上市交易时间为2012年12月30日。同日，富安娜股票（股票代码：002327）在深圳证券交易所上市，首次公开发行后总股本数为10300万股。

2010年5月19日、2012年4月19日，富安娜公司分别召开了2009年年度股东大会、2011年年度股东大会，会议分别审议通过了《关于〈2009年度利润分配及资本公积转增股本的预案〉的议案》、《关于〈2011年度资本公积转增股本的预案〉的议案》，经过两次转增，常明玉持有富安娜公司股份增至31200股。

另查，广东大华德律会计师事务所于2009年7月21日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止2009年6月30日、2008年12月31日、2007年12月31日、2006年12月31日财务报表的审计报告》显示，2007年12月31日，富安娜公司的净资产为170816910.18元，总股本数为7700万股。

再查，2012年12月31日富安娜股票的收盘价为43元/股。

富安娜公司诉至法院，请求判令：1、常明玉向富安娜公司支付违约金963456元（违约金暂以富安娜公司2012年12月25日收盘价33.10元为依据计算，具体支付的金额以2012年12月30日的收盘价计）至付清之日止的迟延履行利息（利息从2013年1月9日起算）；2、本案的诉讼费用（诉讼费及保全费）由常明玉承担。庭审中，富安娜公司明确其第1项诉讼请求中的违约金金额为960336元。

原审法院审理认为：常明玉在富安娜公司股东会通过《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》后，向富安娜公司交纳购股款认购富安娜公司的限制性股票，2008年3月20日，常明玉出具《确认函》确认同意将其持有的限制性股票转换为同股数的

普通股票，同时，常明玉出具《承诺函》，富安娜公司依据该承诺内容，要求常明玉支付违约金及相应利息。本案的争议焦点为：1、富安娜公司的起诉是否超过诉讼时效期间；2、常明玉出具的《承诺函》内容是否合法，常明玉是否构成违约。

关于第1个争议焦点，根据相关法律规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年，本案中，富安娜公司要求常明玉根据其出具的《承诺函》支付“违约金”，常明玉在《承诺函》中明确承诺于“本人应持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金”，即诉讼时效期间应以常明玉承诺支付“违约金”期限届满的次日起计算，而常明玉持有的股票在证券市场可以公开抛售之日为2012年12月30日，因2012年12月30日为非交易日，涉案股票可以公开出售之日顺延至2012年12月31日，常明玉应于此后三个交易日前即2013年1月8日前向富安娜公司支付“违约金”，诉讼时效应自2013年1月9日起算，富安娜公司于2012年12月26日起诉并未超过诉讼时效，故常明玉的此抗辩意见，该院不予采纳。

关于第2个争议焦点，常明玉在富安娜公司工作期间，向富安娜公司认购了股票，其与富安娜公司形成两种法律关系，一种是常明玉基于其劳动者的身份与富安娜公司构成劳动合同关系，另一种是常明玉基于其认购了富安娜公司的股票成为富安娜公司的股东，与富安娜公司形成了股东与公司之间的关系，本案富安娜公司以常明玉违反了其于2008年3月20日出具的《承诺函》的约定为由，要求常明玉支付违约金及相关利息。从《承诺函》中“本人常明玉，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称“公司”）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份2万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份”的表述看，常明玉是基于富安娜公司给予其购股资格成为股东后而作出的承诺，而给予常明玉购股资格并非富安娜公司作为用人单位的义务。虽然《承诺函》中关于“不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工7日”的表述涉及到劳动者应遵守的劳动纪律，但这并非劳动者为了获取工作机会而作出的承诺，承诺内容并非富安娜公司与常明玉对劳动合同的补充，而是在常明玉获得了以优惠价格购买富安娜公司的股票的资格后作出的承诺，即富安娜公司一方面给予常明玉以优惠价格购买股票的资格，另一方面也要对常明玉的行为进行一定的约束，常明玉在确认将其持有的限制性股票转换为普通股票的同时作出一定的承诺，是股东基于认购股票对公司的承诺，常明玉以其承诺换取股票收益，故富安娜公司与常明玉是公司与股东之间的普通合同纠纷，非劳动合同纠纷，判断《承诺函》的内容是否符合法律规定，应适用《中华人民共和国合同法》及《中华人民共和国公司法》，而不适用于《中华人民共和国劳动合同法》。

《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》规定的面向激励对象发行的限制性股份是由激励对象（高级管理人员及主要业务骨干）自愿认购的、转让受到公司内部一定限制的普通股。此种激励计划有利于增强富安娜公司经营团队的稳定性及工作积极性，增进富安娜公司与股东的利益，不违反法律强制性规定，是合法有效的。该激励计划第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定“在本限制性股票禁售期和限售期内，激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”。根据此种回购条款，在约定条件发生时（即当激励对象在禁售期和限售期内辞职时），富安娜公司有权从激励对象回购限制性股份，回购价格按富安娜公司上一年度经审计的每股净资产计算，激励对象只能获得约定的利益（即上一年度经审计的每股净资产价值）。此种回购条款体现了激励与约束相结合原则，公平合理，当激励对象在约定期限内辞职这一条件成就时，激励对象从所持限制性股份中获得的利益应受该回购条款的限制。

由于在富安娜公司上市前其股份（包含激励对象所持股份）统一托管于中国证券登记结算有限责任公司且在上市后富安娜公司股份按证券交易所统一交易规则进行交易，富安娜公司在

上市后将难以直接对激励对象转让股份的行为进行限制，亦难以直接回购激励对象的股份，故富安娜公司在终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并根据自愿原则将激励对象所持限制性股份转化为无限售普通股的同时，采用由激励对象出具《承诺书》的方式继续对激励对象进行约束。根据《承诺函》，激励对象如在富安娜公司 A 股上市之日起三年内以书面的形式向富安娜公司提出辞职或连续旷工超过七日的，应向富安娜公司支付违约金，违约金=（激励对象持有的富安娜公司股份在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-激励对象发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的富安娜公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日激励对象持有的富安娜股份+激励对象持有的富安娜公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。此种《承诺书》实为原《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购条款的变通和延续，亦体现了激励与约束相结合原则，激励对象按照《承诺函》向富安娜公司支付“违约金”后所能获得的利益仍为激励对象违反承诺日上一年度经审计的每股净资产价。《承诺书》继续对提前辞职的激励对象所能获得的股份投资收益予以限制，并不违反公平原则，是合法有效的。

激励对象因身为富安娜公司高级管理人员或主要业务骨干而被富安娜公司认可具有认购限制性股份的资格。激励对象与富安娜公司之间劳动合同关系的成立和存续，影响到激励对象与富安娜公司之间股权关系的成立和存续。但劳动合同关系与股权关系属于两个独立的、不同性质的法律关系，有着不同的权利义务内容，不能混为一谈。激励对象认购富安娜公司增发的股份，双方成立新增资本认购合同关系，激励对象的合同义务是按时足额缴纳认股价款，激励对象在按时足额缴纳认股价款后其义务即已履行完毕。激励对象提前离职并非《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》或后续《承诺书》约定的股权关系之中激励对象的违约行为，而是股权关系中的回购条款或收益限制条款的生效条件，当该条件成就时，富安娜公司有权按《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购股份，或有权按《承诺书》限制激励对象获得收益，激励对象应依约将受限制部分的股份投资收益（即“违约金”）返还给富安娜公司。常明玉在富安娜公司上市后三年内离职，《承诺书》约定的对常明玉股份投资收益进行限制的条件已经成就，常明玉应依约将被限制的部分收益（即“违约金”）返还给富安娜公司，即按“（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本人持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）”向富安娜公司返还收益 960336 元（ $(33 \text{ 元/股}-170816910.18 \text{ 元} \div 7700 \text{ 万股}) \times 31200 \text{ 股}$ ），富安娜公司要求常明玉支付 960336 元的诉讼请求，该法院予以支持。按照《承诺函》的约定，常明玉应于 2013 年 1 月 8 日前向富安娜公司支付，常明玉未按时支付，其逾期支付的行为给富安娜公司造成了利息损失，故常明玉还应自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率向富安娜公司支付利息，富安娜公司的该项诉讼请求，该院亦予以支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第四十五条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决：常明玉应于判决生效之日起十日内向富安娜公司支付 960336 元及利息（利息自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率计算至判决确定的付款之日止）。本案案件受理费 13434.56 元、保全费 5000 元，共计 18434.56 元，由常明玉负担。

上诉人常明玉不服原审判决，向本院提起上诉称：一、原判漏查重要事实，依法应予纠正。

（一）原判对于常明玉是否存在以优惠价格购买股票的行为未予查明，属于漏查重要事实，依法应予纠正。涉案《承诺函》所涉及的重要内容之一系常明玉存在以优惠价格购买股票的行为。《公司法》第一百三十六条规定：“公司发行新股，可以根据公司经营情况和财务状况，确定其作价方案”。根据以上规定，公司发行新股时的价格是否存在优惠，应以公司发行新

股时的经营状况和财务状况确定。常明玉认购涉案股票系 2007 年 6 月，从经营状况上看，富安娜公司正处于上市准备阶段——即股改募资阶段，常明玉认购股权时未获得富安娜公司作出的任何关于股票投资回报的承诺（如：确保在多长时间上市，确保上市后股价高于认购价，确保每年分红额等），即常明玉未获得关于认股资格或者回报条件的优惠；从财务状况上看，常明玉是否存在以优惠价格认购股票的行为应以认购当时的价格与富安娜公司财务状况密切相关的资产净值数据对比确定。原判仅在判决书第 7-8 页对富安娜公司 2007 年 12 月 31 日的净资产作出了认定，但对于常明玉认购涉案股票前的富安娜公司资产值未作出认定，进而对于常明玉是否存在以优惠价格认购股票的行为未予认定，属于漏查重要事实，二审法院应予纠正。

常明玉认购涉案股权系 2007 年 6 月，富安娜公司在其诉状及证据目录中均已明确，该股权认购价格系依据认购当时上一年度（即截止 2006 年 12 月 31 日）的公司净资产金额折算价格确定为 1.45 元 / 股，该股权价格系依据富安娜公司股权认购前的净资产确定的，与富安娜公司的注册资本相比，该认购价格属于溢价认购，溢缴资金已经转入资本公积（详见富安娜公司提交的证据《第一届董事会第三次会议决议》、《2007 年第一次临时股东大会会议决议》）。以上事实已经证明，常明玉认购涉案股权不存在以优惠价格认购的情形，同时也证明涉案《承诺函》所涉及内容的虚假性，常明玉在代理意见中已对不存在以优惠价格认购股权的事实进行了重点阐述和论证，但是原判对此未予理会，对以上事实亦未予审查，属于漏查重要案件事实，依法应予纠正，请二审法院对于以上事实进行审查，以确定常明玉不存在优惠价格认购的事实，查明涉案《承诺函》的虚假性。

（二）原判对涉案《承诺函》系富安娜公司提供的格式条款之事实未予查明，属于漏查重要事实，应予纠正。原判的重要依据之一系涉案《承诺函》，对于涉案《承诺函》所具有的格式条款特征之事实，原判未予查明。《合同法》第三十九条第二款规定：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”根据富安娜公司起诉包括常明玉在内的股东所形成（2013）深南法民二初字第 32-51 号等案件中所涉及的《承诺函》，从内容上看，涉案《承诺函》与其他关联案件的《承诺函》内容除手填的个人信息和持股数量外，其他内容完全一致，符合为了重复使用而预先拟定的特征；从形成过程上看，涉案《承诺函》系依据富安娜公司统一提供的文本，填写相关信息后形成的文件，在形成过程上，未经协商，涉案《承诺函》的上述特征无论在内容上，还是形成过程上，均具有格式条款的典型特征。涉案《承诺函》的格式条款性质具有明确的事实予以证明，对于此种格式条款的特征及属性，常明玉在答辩及代理意见中均作为抗辩理由提出，但是原判未予审查和认定，属于漏查重要案件事实，请二审法院依法予以纠正。

（三）原判对于《承诺函》的真实性没有查明，应予纠正。富安娜公司主张违约金的依据是《承诺函》，但常明玉从未签署过本案所争议的《承诺函》，该承诺函是富安娜公司伪造或者变造的，不是常明玉的真实意思表示。对于涉案《承诺函》的真实性，常明玉在庭审中提出了明确异议，即包括签字的笔迹、指模大小、落款日期、纸张对比等都存在明显造假嫌疑，具体表现在以下方面：第一，涉案《承诺函》的签名笔迹明显与本人的书写习惯不符，落款日期为同一日的《承诺函》、《确认函》系使用不同书写工具签署形成，不符合常理，且两份落款同日的文件反映的却是常明玉在不同时期的书写习惯，与常理相悖；另《承诺函》所涉及的指模印渍没有任何油渍印痕，明显具有伪造的嫌疑，一审法院对于以上可以直接识别的事实未予认定，属于漏查重要事实，依法应予纠正。第二，落款日期为同一日的《承诺函》、《确认函》纸张材质陈旧程度明显不同，对于肉眼即可辨别的伪造事实，原判未予审查，属于漏查重要事实，依法应予纠正。第三，经肉眼辨别，富安娜公司起诉包括常明玉在内的股东所形成（2013）深南法民二初字第 32-51 号等案件中所涉及的《承诺函》落款日期均出自同一人笔迹，绝非常明玉本人签署，存在明显伪造嫌疑。第四，富安娜公司起诉其他股东孙

文君的（2013）深南法民二初字第 46 号案件中，富安娜公司当庭提交的《承诺函》证据“原件”与其提交的《承诺函》证据复印件签字与指模的重叠性与位置明显不同，对于证明富安娜公司具有伪造涉案《承诺函》的嫌疑之认定具有重要意义，但是一审法院未予审查和考虑，漏查重要事实。第五，富安娜公司起诉其他股东陈谨的（2013）深南法民二初字第 34 号案件所涉及的第一阶段《文书司法鉴定意见书》（粤南（2013）文签字第 795 号）第五条第 3 项已经明确，涉案《承诺函》第二段文字打印部分形成时间为 2008 年 5 月中旬，非落款所明确的“二〇〇八年三月二十日”，已经间接证明了富安娜公司伪造或者变造涉案关键证据承诺函的事实，目前陈谨已经申请对于涉案承诺函的签名形成时间进行鉴定，以进一步证明《承诺函》伪造时间。一审法院对于与本案具有重大关联的事项未予理会，属于漏查重要事实。

综上，涉案关键证据《承诺函》明显存在伪造或者变造的嫌疑，无法证明所谓“合同”已经订立并生效的事实，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条之规定，富安娜公司并未完成全部的举证责任；一审过程中，常明玉曾特别向法庭表示，如果富安娜公司提出司法鉴定申请，常明玉愿意配合，但富安娜公司并没有在举证期限内提出鉴定申请，法庭也没用依职权作出司法鉴定的决定。原判不顾富安娜公司未完成举证责任的事实及涉案关键证据的伪造或者变造之事实，在双方就该问题存在明显争议的情况下，仅凭富安娜公司单方面意见，即认定关键证据的真实性，明显有失公允，故常明玉请求二审法院通过司法鉴定等途径查明该关键证据《承诺函》的真实性，常明玉愿意配合进行司法鉴定。

二、原判存在法律适用错误的情形，依法应予纠正。（一）原判引用已经失效的法律文件作为裁判依据，依法应予纠正。涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》系富安娜公司 2007 年第一次临时股东大会决议通过后实施的文件，在 2007 年 6 月 20 日至 2008 年 3 月 20 日之间曾发生过法律效力，但在 2008 年 3 月 20 日，富安娜公司已经在其 2008 年第二次临时股东大会上以决议的方式废止了该计划，即涉案诉讼发生时，《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》属于已经被终止的无效文件，不再具有任何法律效力，原判将该文件作为认定案件事实的重要依据之一，系对《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》法律效力的错误认定，应予纠正。

（二）涉案《承诺函》主要系依据常明玉的劳动者身份作出，一审法院将《承诺函》中的事实陈述作为认定常明玉作出承诺的身份的主要依据，进而认定《承诺函》系基于股东身份作出，属于法律适用错误，依法应予纠正。涉案《承诺函》系案件的主要争议之所在，从内容上看，其分为三部分：第一部分为持股事实陈述部分，即《承诺函》第一段的内容，亦即“本人常明玉，富安娜公司的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 2 万股”；第二部分为承诺函作出所依据的身份部分，即《承诺函》第二段的内容，亦即“鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺”；第三部分为承诺内容部分，即《承诺函》第三至六段的内容，即不得从事的行为及违约金的计算、支付时间等。在承诺函的段落分布中，已经明确了承诺作出时所依据的首要身份系“本人在公司任职”而产生的劳动者身份，第一段所述内容仅为持股事实的陈述，并非承诺作出所依据的身份的表述，即承诺函无论从作出的身份上看，还是承诺内容上看，均属于劳动法调整的范畴，并非合同法律关系。原判不顾承诺函的基本内容、事实陈述与承诺身份分段列示的事实，将持股事实陈述认定为常明玉作出承诺的身份，进而认定《承诺函》系依据常明玉的股东身份作出，进而认定涉案《承诺函》与劳动合同关系无关，不适用《中华人民共和国劳动合同法》，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（三）《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》、《承诺函》属于独立的法律文件，原判以《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》

的有效性作为认定《承诺函》有效性的依据，属于法律适用错误，应予纠正。已被富安娜公司股东大会决议终止，并公开披露的废止的涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》系 2007 年 6 月至 2008 年 3 月 20 日期间实施过的法律文件，从性质上看，属于富安娜公司已失效的规章制度的范畴，涉案《承诺函》属于依据富安娜公司提供的文本形成的格式文件，无论从《承诺函》作出的身份，还是内容上看均属于劳动合同的重要补充范畴。《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》与《承诺函》无论在文件性质还是形式上均属于独立的法律文件。效力认定应当分别依据公司规章制度的相关规定及劳动合同的效力影响因素进行判断，原判不顾上述文件的独立性，将股权激励计划的有效性作为认定《承诺函》有效性的依据，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（四）原判将《承诺函》认定为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关条款的变通和延续，确认《承诺函》的有效性，将导致公司治理结构的混乱，属于法律适用错误，应予纠正。富安娜公司 2008 年第二次临时股东大会决议已经明确涉案《限制性股票激励计划》已经终止，且常明玉所持股权已经转化为普通股股权，与本次同时转化为普通股的其他股东及林国芳、陈国红、柯凡、施建平等其他普通股股东具有同等的股东权利。根据《首次公开发行股票并上市管理办法》第二章第一节第十三条的规定，公司上市发行的重要条件之一系“发行人的股权清晰”，正是基于股权清晰的考虑，富安娜公司终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，构成其所谓的“配合上市”。如原判认定的涉案《承诺函》作为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的变通和延续成立，直接导致富安娜公司在上市时“股权清晰”的条件无法达到，即如一审法院判定《承诺函》合法有效成立，等同于承认富安娜公司上市之前不具备上市的主体资格，构成欺骗造假上市。根据《上市公司股权激励管理办法（试行）》第五章“实施程序和信息披露”的规定，富安娜公司股权激励计划的实施需要经过董事会审议通过后，提交中国证监会备案，并提交股东大会以特别决议的形式审议通过后方能实施；《上市公司股权激励管理办法（试行）》第四十一条进一步明确规定，“除非得到股东大会明确授权，上市公司变更股权激励计划中本办法第三十七条所列事项的，应当提交股东大会审议批准。”按照以上程序性要求，涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》包括回购条款等效力的变更或者恢复亦需要经富安娜公司股东大会决议审核，并履行相应的备案、披露程序后方能恢复和实施，原判不顾法律、法规、规范性文件的规定及公司治理的规范性要求，未审查富安娜公司是否通过股东大会决议审核的事实，是否依法进行了备案、披露的事实，将《承诺函》认定为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关回购条款的变通和延续，该种认定将直接导致公司董事会、股东大会的治理机构设置形同虚设，使已经失效、且未经合法决议程序恢复的《限制性股票激励计划》事实上获得恢复，规避了公司董事会、股东大会决议等程序要求，导致公司治理结构混乱，对外而言，一审法院的该种认定直接导致了富安娜公司对《上市公司证券发行管理办法》第十一条不得进行“虚假记载”、“严重损害投资者的合法权益”的违反，富安娜公司上市后，未及时披露《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关条款已经通过《承诺函》获得事实变通和延续的行为也违反了上市公司信息披露的要求和规定，该种严重的法律适用错误，依法应予纠正。

（五）原判对常明玉身份认定有误，依法应予纠正。常明玉在 2007 年 6 月依据《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》认购股权时，系受激励对象，但是 2008 年 3 月 20 日富安娜公司以 2008 年第二次临时股东大会决议终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》后，常明玉所持的涉案股票已经转化为普通股股票，其身份也已经由受激励股东转换为普通股股东，常明玉也不再是激励对象，原判认定《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》终止后，常明

玉仍系激励对象，属于法律适用错误，应予纠正。原判第 10 页最后一段认定，富安娜公司“因上市前其股份（包含激励对象所持股份）托管于中国证券登记和结算有限责任公司……上市后将难以直接对激励对象转让股份行为进行限制……”作为认定废止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并以承诺函的形式变通和延续的理由，除对常明玉身份认定有误外，还存在对回购认定法律适用错误的情形；根据《公司法》第一百四十三条的规定，除特殊情形外，公司不得回购本公司股份，事实上，在法定情形下，履行相应程序可以行使回购权，上市前富安娜公司确实曾回购过相关股东的股权，上市后三年内不得回购股权系因股票锁定所致，在锁定期满后，履行法律程序，可以行使回购权，原判将股票统一登记，富安娜公司难以直接回购等认定为废止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并以承诺函的形式变通和延续的原因，适用法律错误，依法应予纠正。

（六）原判漏查涉案《承诺函》格式条款属性对涉案承诺函效力的影响，属于法律适用错误，依法应予纠正。如上所述，涉案《承诺函》系依据富安娜公司提供的文本形成的格式条款文件，其效力的认定应参照合同法有关格式条款效力认定的有关规定确定。从涉案《承诺函》的内容上看，明显增加了常明玉作为股东的义务和责任，且限制了其作为劳动者的自由择业权，参照《合同法》第四十条的规定，应认定为无效；但是原判对《承诺函》的格式条款属性及效力未作任何认定，属于法律适用错误，应予纠正。

（七）涉案《承诺函》虽然并非常明玉为获得劳动机会而作出，但是其无论从作出的身份，还是内容上看，均系属于对其劳动关系的约束和补充，属于劳动合同的重要组成部分。《劳动合同法》第三十五条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。”由此可见，劳动合同的补充不限于劳动者为获取劳动机会而作出。如上所述，涉案《承诺函》作出所依据的首要身份系基于其“本人在公司任职”所产生的劳动者身份；从涉案《承诺函》第三部分承诺内容上看，其第 1 项关于不得从事行为的承诺，即“不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日，不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为，不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为”，均属于对常明玉劳动者权利（含自由择业权等）的限制和劳动者义务的重复说明，属于对劳动合同的重要补充，原判以《承诺函》所涉及的内容并非劳动者为了获取工作机会而作出的承诺，进而认定承诺内容“并非富安娜公司与常明玉对劳动合同的补充”，明显属于对《劳动合同法》的误读，法律适用错误，依法应予纠正。涉案《承诺函》作为劳动合同的补充，其所设定的违约金条款明显违反了《劳动合同法》第二十五条“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金”的规定，应属于无效条款。一审判决因对涉案《承诺函》的性质认定有误，进而对其效力错误认定，漏查其违反《劳动合同法》强制性规定的事项，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（八）涉案《承诺函》违背了同股同权的公司法基本原则，亦应认定为无效。根据富安娜公司 2008 年第二次股东大会的会议决议，从 2008 年 3 月 20 日起，常明玉所持涉案股票已经由限制性激励股票转换为与公司其他股东（含本次转为普通股的其他股东及柯凡、施建平、陈国红、公司控股股东林国芳等在内的全部其他股东）所持股票相同的普通股票。根据《公司法》第一百二十七条的规定，股份有限公司“股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利”，本条内容确定了同股同权的公司法基本原则。常明玉所持股权作为普通股票亦应享有普通股权，该等股权除法律限制外，不应附加其他限制。《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”根据《公司法》第八十一、八十三、八十四、九十二条的规定，公司股东负有出资、筹办公司事务、不得抽逃出资等义务，除上述法定义务外，不应在普通股股东法定权利外，附加其他义务。涉案《承诺函》系在普通股股东权利之外，为常明玉所持股票附加了其他义务，该种义

务的附加已经违反了同股同权的公司法原则，应当确认为无效。若原判认为《承诺函》中内容对离职股东有约束力成立，离职股东负有《承诺函》所记载的义务的话，请问林国芳和陈国红作为普通股股东是否做出过与《承诺函》内容一致的承诺？施建平、柯凡作为同样的普通股股东，从未在公司任职，是否负有同样的承诺义务，并作出了承诺？否则如何体现同股同权？如富安娜公司主张林国芳、陈国红、施建平、柯凡出具过与涉案《承诺函》一致的《承诺函》，请求二审法庭依法调取相关证据以证明同股同权的存在。

（九）《承诺函》属于单方行为，不能适用合同法的规定。从性质上来讲，《承诺函》系依据富安娜公司提供的格式条款出具的单方文本，富安娜公司对此没有任何对等的书面回应，更未形成常明玉、富安娜公司分别持有的双方法律文件，从法律行为的类型来看，涉案承诺函属于单方法律行为；而合同或协议则属于双方或多方法律行为，作为单方法律行为的承诺函与双方或者多方法律行为的合同均可以适用《民法通则》，但单方法律行为并不能直接适用《合同法》规制；一审判决径行认为《承诺函》适用合同法的规定规制过于武断，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（十）原判判定的违约金数额过高。在不考虑《承诺函》等关键证据合法性的情况下，原判依据《承诺函》判令常明玉向富安娜公司支付巨额违约金有失公允，应予纠正。本案中所谓“违约行为”系常明玉离开富安娜公司，因此如果常明玉存在违约的话，富安娜公司受到的实际损失应为常明玉离开富安娜公司之日起至 2012 年富安娜公司起诉之日因常明玉未再上班给富安娜公司所造成的实际损失，且该损失应限指直接的物质损失。1、一审中，富安娜公司并未提供其因常明玉离开富安娜公司所造成的实际损失的证据，因此应当承担未举证的不利后果；2、《承诺函》中所定的违约金数额及计算方式与富安娜公司的损失之间没有任何因果关系；3、即使富安娜公司存在损失，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 29 条的规定，违约金也不能超过对方实际损失的 30%；4、原判中所谓“富安娜公司以优惠价格给予常明玉购股资格”中的“优惠”是莫须有和不存在的，因此也就不存在“富安娜公司的损失在其以优惠价格向常明玉发售股票时即已产生”；同时股东的获利主要是基于股票市场的活跃与兴盛而并非富安娜公司所给予。事实上在股权激励的本案中，作为公司而言，其本质性的损失应该是股票溢价收益机会的错误让与，即选人不当，而这种非物质性损失的实际承受者并不是公司而是被此前股权激励计划淘汰的人选，所以富安娜公司本身并不存在物质性损失。5、原判变相地将非物质损失物质化、赋予一般法律行为惩罚性赔偿。而在我国民事法律体系中，只有《合同法》中的定金、《消费者权益保护法》、《产品质量法》和《侵权责任法》中的产品责任、《食品安全法》、商品房买卖中才存在法定的惩罚性赔偿，在此之外均是以填补损害为原则的补偿性违约金。

（十一）原判关于诉讼时效的认定，适用法律错误，应予纠正。《民法通则》第一百三十七条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算”。在本案中，富安娜公司在其起诉状中认为“常明玉未依其承诺留在富安娜公司任职，而是辞职或因连续旷工自动离职离开富安娜公司，常明玉的行为构成违约，该违约行为导致富安娜公司对常明玉的股权激励目的无法实现，富安娜公司合法权益受损。”既然富安娜公司认为常明玉的离职违约行为导致其权益受损，那么本案诉讼时效应当从富安娜公司知道或应当知道常明玉违约离职之日起算（即 2008 年 10 月 14 日常明玉自富安娜公司离职之日起计算）。富安娜公司于 2012 年 12 月 26 日起诉，已超过上述法律规定的诉讼时效。至于《承诺函》中承诺的支付违约金的时间，其并非常明玉“违约”的时间，而只是计算并支付违约金的时间，违约金最后计算是多少，是否需要给付，均以何时开始违约，是否构成违约，常明玉违约责任有多大，富安娜公司是否及时行使诉权等为判定依据。原判将《承诺函》约定的违约金给付之日作为认定本案是否超过诉讼时效的起始日，而不是将富安娜公司何时知道或应当知道常明玉“违约”之日作为诉讼时效的起始日，是在偷换概念；另一方面，本案是以合同纠纷立案而审理的违约

之诉，不是以债务纠纷立案并审理的金钱给付之诉，两者关于诉讼时效的起算完全不同，原判适用法律错误，应予纠正。若按照原判裁定确定的诉讼时效起算时间计算，富安娜公司提起诉讼时，违约事项尚未发生，一审法院受理案件的基础不存在，一审法院受理的案件应予驳回，但是一审法院却对不具有受理基础的案件进行了审理，适用法律明显不当，依法应予纠正。

（十二）涉案诉讼所涉及的违约金利息等扩大的损失，系因富安娜公司提前起诉所致，富安娜公司无权主张，原判关于利息的认定存在适用法律错误，依法应予纠正。在不考虑《承诺函》等关键证据真实性和合法性的情况下，从客观情况看，涉案违约金利息等损失产生的重要原因系富安娜公司在支付违约金的期限届至前提前起诉、一审法院不当受理并查封常明玉的涉案股票等行为所致，利息等损失并非常明玉原因产生，而系富安娜公司原因所致，富安娜公司无权要求常明玉承担，原判判令常明玉承担利息损失，属于适用法律错误，依法应予纠正。另，富安娜公司提前诉讼，一审法院不当受理和查封的行为导致常明玉产生了律师费、差旅费、误工费、诉讼费等支出，不当冻结造成的股价变动损失及账户查封造成的利息等损失，常明玉保留追究富安娜公司赔偿上述损失的权利。

（十三）常明玉与富安娜公司之间曾经确实存在多种法律关系，就一审查明的事实来看，除劳动合同关系之外，与股东身份有关的还包括股权认购合同关系，以及可能发生的股权回购关系，每一种法律关系所依据的法律法规不同，其权利义务的安排也不同，不应混为一谈。在不考虑前述上诉理由的情况下，如果按照原判的认定，确认本案所涉《承诺函》体现的是股权法律关系，那么其究竟是股权认购合同的补充，还是股权回购合同的缔结？在股权关系项下，依据何种法律规定股东需向公司承诺在公司服务满一定期限？还是股东自愿与公司约定服务期限及违约责任而可以不受劳动法律法规的约束？对上述问题稍加思考和分析，即不难判断一审判决存在许多自相矛盾且难以自圆其说的问題。

在本案中，常明玉唯一的“过错”（如果说有过错的话），无非是提前辞职，如果富安娜公司主张依据已失效的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，其有权回购常明玉所持公司股权，并按原判的逻辑理由获得支持，也不过只是回购请求权获得支持而已，其回购价格及其他回购条件还需要双方协商约定，何况上市公司股价每时每刻都在波动之中。若本案一审判决生效，将不仅在客观上产生富安娜公司实现已经失去有效法律文件支持的回购常明玉股权的目的，而且可以确保富安娜公司作为上市公司不受股价波动的影响，实现按上市当天价格回购的收益，这即便是在常明玉与富安娜公司签订有股权回购协议的情况下也不可能实现。目前富安娜公司股票在持续下跌，常明玉即便能够卖出股份（因富安娜公司的申请保全行为一直处于查封状态），也实现不了原判认定的股权收益，难道常明玉出资认购了富安娜公司股份，仅仅因为提前辞职，还需要常明玉在出资额之外向富安娜公司承担巨额赔偿责任吗？这显然不公平！没有任何法律依据！原判适用法律错误，依法应予纠正。

目前，本案一审判决的内容经由富安娜公司公告，已经引起了证券市场各方的关注。富安娜公司为上市目的终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，实际上却继续依据已经失效的激励计划对股东权利进行限制，是否涉嫌构成对证券监管机构及广大公众的欺骗，尚有待相关部门的调查认定，提请二审法院注意。请二审法院理清不同法律关系，依法裁判。

三、原判存在程序不当的情形，依法应予纠正。（一）部分文件未经质证即作为认定案件事实的依据，程序违法，应予纠正。原判第7页最后一段及第8页第一段“另查”所涉及的内容依据的主要材料系广东大华德律会计师事务所于2009年7月21日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止2009年6月30日、2008年12月31日、2007年12月31日、2006年12月31日财务报表的审计报告》（下称“《审计报告》”），但是常明玉在一审审理过

程中既未收到富安娜公司提交的该份证据，亦未收到法院送达的其调取该份《审计报告》文件，更未对该《审计报告》发表过质证意见。《最高人民法院关于民事证据的若干规定》第四十七条第一款规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”一审法院径自以未向常明玉送达、更未经过常明玉质证的《审计报告》作为认定案件事实的依据，违反了以上证据必须经过质证的规定，程序违法，依法应予纠正。

（二）调查取证申请未经及时处理，程序违法，应予纠正。为了证明涉案《承诺函》的虚假性，常明玉在一审举证期限内书面申请一审法院依职权向平安证券有限责任公司调取常明玉出具的真实《承诺函》，但一审法院在 2013 年 11 月 26 日开庭时并未做出任何同意或不同意的回应，直至庭审结束近四个月之后的 2014 年 3 月 23 日常明玉才收到一审法院作出的不予准许决定书，程序不合法，明显存在偏袒富安娜公司的嫌疑，应予纠正。平安证券有限责任公司保存的、常明玉出具的真实的关于对原始股票存在转让限制的《承诺函》系确定涉案关键证据《承诺函》虚假性的重要依据，常明玉再次强烈请求二审法院依职权向平安证券有限责任公司调取包括常明玉在内的富安娜公司首次公开发行股票前 113 位股东出具的真实《承诺函》，依法处理，维护常明玉的合法权益。

（三）一审程序存在其他保全程序不当的行为，应予纠正。涉案诉讼发生后，一审法院根据富安娜公司的申请对常明玉的涉案股票或资金账户进行了查封，查封期限届满，常明玉未收到新的查封通知或者裁定文件，常明玉的股票账户财产却事实一直处于查封状态，一审法院变更或者延长财产保全期限的行为未通知常明玉，程序不当，依法应予纠正。

常明玉上诉请求：1、撤销原判，依法改判驳回富安娜公司的诉讼请求；2、判令富安娜公司承担本案一、二审的诉讼费用。

被上诉人富安娜公司在本院二审调查时口头答辩称：原判认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院依法维持原判，驳回常明玉的上诉。个别案件的瑕疵或者不足的地方，不影响整个案件事实的认定和法律的适用，不足以改判。

本院对原审判决查明的事实予以确认。

另查明：原审中，富安娜公司提交广东大华德律会计师事务所于 2009 年 7 月 21 日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止 2009 年 6 月 30 日、2008 年 12 月 31 日、2007 年 12 月 31 日、2006 年 12 月 31 日财务报表的审计报告》作为证据，原审法院于 2013 年 11 月 26 日组织双方当事人进行证据交换并质证，常明玉对该证据的真实性、合法性予以确认。2013 年 1 月 29 日，常明玉向原审法院提出鉴定申请，申请对《承诺函》第三段文字至常明玉签名前的文字形成时间进行鉴定，并对常明玉签名下方填写的日期形成时间进行鉴定。2013 年 3 月 11 日，常明玉变更鉴定申请，申请对《承诺函》上第三段文字至常明玉签名前的文字的形成时间与前两段文字形成时间是否一致、常明玉的签名形成日期与落款日期的形成时间进行鉴定，并表示同意由法院指定鉴定人、在收到缴费通知后七日内预交鉴定费，逾期视为撤回鉴定申请。2013 年 3 月 19 日，常明玉再次变更鉴定申请：1、取消对《承诺函》上日期的形成时间进行鉴定；2、增加对《承诺函》上常明玉的签名及指纹的真伪进行鉴定；3、保留关于《承诺函》上第一段文字形成时间与第一段之后的文字形成时间是否为同一时间进行比对鉴定。一、二审中，常明玉均确认其收到法院预交鉴定费通知书后未预交鉴定费。原审法院依据富安娜公司的申请，于 2012 年 12 月 26 日作出（2013）深南法民二初字第 43 号民事裁定，裁定对常明玉价值 3579239.04 元的财产采取保全措施。原审法院于 2012 年 12 月 27 日查封常明玉名下的 108135 股富安娜公司股份，查封担保人陈国红名下用于担保的位于深圳市南山区蛇口步行街南水小区 B8 栋整栋房产。后原审法院决定变更查封方式，原审法院于 2013 年 4 月 19 日查封常明玉在广发证券股份有限公司深圳彩田路证券营业部的账户资金 3579239.04 元，该账户股票可以交易，但资金不得转出。

二审中，常明玉向本院申请对《承诺函》进行司法鉴定，鉴定内容为：1、对《承诺函》中常明玉指模的真伪进行鉴定，包括对指模的形成方式进行鉴定；2、对《承诺函》中常明玉的签名的形成时间进行鉴定，并和 2008 年 3 月 20 日临时股东大会决议中董事会签名的形成时间进行比对；3、对《承诺函》中承诺部分第一段承诺内容打印文字的打印形成时间进行鉴定。常明玉还提交了 2013 年 12 月 17 日广东南天司法鉴定所出具的粤南（2013）文鉴字第 795 号《文书司法鉴定意见书》、2014 年 9 月 21 日广东财安司法鉴定所出具的粤财安司法（2014）文鉴字第 20 号《司法鉴定意见书》，用以证明另案诉讼中，法院委托鉴定人对案外人陈瑾、梅连清在《承诺函》上签名的真实性、形成时间等内容进行了鉴定，《承诺函》上梅连清签名字迹不是梅连清所写，《承诺函》落款处梅连清签名字迹与《确认函》签署人梅连清签名字迹不是同一支笔一次性形成，《承诺函》打印文字与《确认函》打印文字是同一台打印机打印不是同期打印形成，《承诺函》纸张与《确认函》纸张不是同批次和同日期生产，《承诺函》第一段文字与第四段文字系同一时间打印形成，第四段文字不是《承诺函》签署之日打印，而是在 2008 年 5 月中旬前后打印形成。

本院认为：二审中，双方当事人争议的焦点问题一是 2008 年 3 月 20 日有常明玉签名的《承诺函》的证明力问题，二是法院是否可依据《承诺函》确定常明玉所负义务的问题。对此，本院评判如下：

一、关于 2008 年 3 月 20 日有常明玉签名的《承诺函》的证明力问题。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条第二款规定：“对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。”本案中，富安娜公司提交了《承诺函》原件，常明玉对其真实性不予确认，向原审法院申请鉴定。但是，常明玉在原审法院指定期限内无正当理由未预交鉴定费，依法应承担举证不能的法律后果。原判确认《承诺函》的证明力，是正确的。二审中，常明玉申请再对《承诺函》进行鉴定，与法律规定不符。常明玉虽提交了另案中鉴定人出具的对案外人签署的《承诺函》的相关鉴定意见，但是，该鉴定意见与本案中常明玉签署的《承诺函》的证明力没有必然联系，不足以否定原判对《承诺函》证明力的认定。本院认为，原判对于《承诺函》证明力的认定是正确的，二审中无需对《承诺函》再进行鉴定。

二、关于法院是否可依据《承诺函》确定常明玉所负义务的问题。这涉及到多个问题的审查认定，本院分别评判如下：第一，常明玉是根据《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的规定，自愿出资认购富安娜公司内部一定限制的普通股而取得该公司股份。从《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的内容来看，该计划的激励对象是富安娜公司的高级管理人员及主要业务骨干，激励对象可自愿认购，但其转让需受到公司内部一定限制。常明玉是否以优惠价格认购普通股，不影响该事实的认定和本案的处理。第二，由于富安娜公司在上市后难以直接对激励对象转让股份的行为进行限制，亦难以直接回购激励对象的股份，故富安娜公司在终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并根据自愿原则将激励对象所持限制性股份转化为无限制普通股的同时，采取由激励对象自愿出具《承诺函》的方式继续对激励对象进行约束。基于此，常明玉自愿出具《承诺函》。原判认定《承诺函》是《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的变通与延续，常明玉自愿出具《承诺函》，不违反公平原则，合法有效，是正确的。常明玉以各激励对象出具的《承诺函》格式及主要内容相同，主张《承诺函》系格式条款，明显增加了常明玉作为股东的义务和责任，且限制了其作为劳动者的自由择业权，应认定为无效，本院不予支持。第三，虽然常明玉与富安娜公司存在劳动合同关系，但双方之间的劳动合同关系与常明玉购买富安娜公司限制性股份形成的股权关系，属于两个独立的、不同性质的法律关系，有着不同的权利义务内容。原判在

认定判断《承诺函》的内容是否符合法律规定时,适用《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国公司法》,而不适用《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》,并无不当。第四,根据《承诺函》,激励对象如在富安娜公司 A 股上市之日起三年内以书面的形式向富安娜公司提出辞职或连续旷工超过七日的,应向富安娜公司支付违约金,违约金=(激励对象持有的富安娜公司股份在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-激励对象发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的富安娜公司经审计的每股净资产)×(本承诺函签署日激励对象持有的富安娜股份+激励对象持有的富安娜公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股)。从“违约金”的计算公式不难看出,激励对象按照《承诺函》向富安娜公司支付“违约金”后所能获得的利益仍为激励对象违反承诺日上一年度经审计的每股净资产价。这体现了激励与约束相结合原则,不存在违约金过高的情形,不违反公平原则,是合法有效的。

另,常明玉申请法院调取其在富安娜公司股票首次公开发行前向证券公司出具的《承诺函》。对此,本院认为,如前所述,富安娜公司提交的《承诺函》是《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》的变通与延续,常明玉是作为股权激励对象,自愿向富安娜公司出具,表示愿意接受相关约束。即使常明玉确曾向证券公司出具过《承诺函》,且内容有别于其向富安娜公司出具的《承诺函》,那么,也不应据以认定常明玉与富安娜公司之间的权利义务关系。原审法院未向证券公司调取该证据,并无不妥。

常明玉称富安娜公司在支付违约金期限届满前起诉,并申请法院查封了涉案股票,逾期支付违约金的利息损失应由富安娜公司承担。对此,本院认为,富安娜公司起诉,请求判令常明玉支付“违约金”,诉讼中,常明玉对此债务不予确认,亦未作出愿意履行债务的意思表示,原判判令常明玉承担从应付款之日起至判决确定的付款之日止的利息,符合法律规定。

《承诺函》规定:“若发生上述违反承诺的情形,本人应在持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金。”常明玉支付“违约金”是附履行期限的,履行期限届满,富安娜公司才知道常明玉是否支付“违约金”,才知道权利是否被侵害。常明玉持有富安娜公司股票可上市交易的时间为 2012 年 12 月 30 日,因 2012 年 12 月 30 日为非交易日,可上市交易之日顺延至 2012 年 12 月 31 日,此后三个交易日前即 2013 年 1 月 8 日前,常明玉应向富安娜公司支付“违约金”,本案诉讼时效期间应从 2013 年 1 月 9 日起算。常明玉主张本案诉讼时效期间从常明玉离职之日起算,与《承诺函》不符,本院不予支持。

综上,常明玉的上诉理由均不成立,本院不予采纳。原判认定事实清楚,适用法律正确,处理结果正确,本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

本案二审案件受理费 13434.56 元(已由常明玉预交),由常明玉负担。

本判决为终审判决。

审判长 袁洪涛

代理审判员 王伟

代理审判员 曹圆媛

二〇一四年十二月十八日

书记员 陈敏慧(兼)

常州和裕创业投资有限公司诉被告四川柏狮光电技术有限公司、叶建、陈野、吴涛祥、王鹏公司增资纠纷一审民事裁定书

遂宁市中级人民法院

民事判决书

(2015)遂中民初字第 153 号

原告常州和裕创业投资有限公司，住所地江苏省常州市新北区高新科技园 3 号楼 E 座 502 室。

法定代表人都战平，该公司执行董事。

委托代理人（特别授权）叶飞，上海市锦天城（成都）律师事务所律师。

委托代理人（特别授权）何利琼，上海市锦天城（成都）律师事务所律师。

被告四川柏狮光电技术有限公司。住所地四川省遂宁市国开区玉龙路 610 号柏狮光电园。

法定代表人叶建，该公司董事长。

被告叶建，男，生于 1969 年 10 月 8 日，汉族，系四川柏狮光电技术有限公司董事长。

上列二被告的委托代理人（特别授权）尤秀明，福建东方格致律师事务所律师。

上列二被告的委托代理人（特别授权）顾涛，福建东方格致律师事务所律师。

被告陈野，男，生于 1989 年 11 月 18 日，汉族，系四川柏狮光电技术有限公司股东。

被告吴涛祥，男，生于 1973 年 10 月 2 日，汉族，系四川柏狮光电技术有限公司股东。

被告王鹏，男，生于 1978 年 12 月 16 日，汉族，系四川柏狮光电技术有限公司股东。

原告常州和裕创业投资有限公司（简称和裕创业公司）诉被告四川柏狮光电技术有限公司（简称柏狮光电公司）、叶建、陈野、吴涛祥、王鹏公司增资纠纷一案，原告于 2015 年 8 月 3 日向本院起诉。本院受理后，依法组成合议庭，于 2015 年 11 月 19 日公开开庭进行了审理。原告和裕创业公司的委托代理人叶飞、何利琼，被告柏狮光电公司、叶建的委托代理人尤秀明、顾涛，被告王鹏到庭参加诉讼。被告陈野、吴涛祥经本院合法传唤未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告和裕创业公司诉称，2011 年 8 月 4 日，原告与五被告签订了《四川柏狮光电技术有限公司增资扩股协议》及《柏狮光电补充协议》约定：“原告以 1500 万元的价格认购被告柏狮光电公司 1766250 元新增注册资本，持有被告柏狮光电公司 5.5114% 股权。在 2015 年 6 月 30 日前，若被告柏狮光电公司首次公开发行人民币普通股（A 股）并上市的申请未被中国证监会核准，被告柏狮光电公司无条件同意原告有权要求被告柏狮光电公司和被告叶建于上述期限届满后 30 日内一次性回购原告持有被告柏狮光电公司全部股权。被告叶建对上述回购义务承担连带保证责任。回购价格为人民币 1500 万元并承担年利率 10% 的利息。若出现五被告实质性违反承诺和保证或根本违约的情况，原告有权要求五被告回购原告持有被告柏狮光电公司的股权，回购价格为人民币 1500 万元及年利率 10% 的利息。”上述协议签订后，原告于 2011 年 8 月 12 日向被告柏狮光电公司支付了新增注册资本认购款 1500 万元。2012 年 7 月原告通过参与被告柏狮光电公司增加注册资本，2013 年 4 月通过参与被告柏狮光电公司资本公积金转增注册资本以及 2014 年 3 月通过受让被告叶建的部份股权等方式，原告共计持有被告柏狮光电公司 9.7656% 的股权。2011 年 8 月 4 日，原告以 1500 万元认购的股权，经测算目前应为 5.122%。但被告柏狮光电公司在 2015 年 6 月 30 日前首次公开发行人民币普通股（A 股）并上市的申请未被中国证监会核准，因而原告按合同约定有权要求五被告履行股权回购义务。故请求依法判令被告柏狮光电公司、被告叶建共同回购原告现持有被告柏

狮光电公司 5.122%股权，回购价格人民币 1500 万元并支付利息（利息从 2011 年 8 月 12 日起至股权回购款支付完毕之日止），被告陈野、吴涛祥、王鹏承担连带责任。诉讼费由被告负担。

被告柏狮光电公司、叶建共同答辩称，虽然 2011 年 8 月 4 日双方签订的《柏狮光电补充协议书》第 2.1 条约定：“各方一致同意在 2015 年 6 月 30 日前，若柏狮光电公司首次公开发行人民币普通股（A 股）并上市的申请未被中国证监会核准，则柏狮光电公司无条件同意原告有权要求柏狮光电公司和叶建于上述期限届满后 30 日内一次性回购原告持有柏狮光电公司的全部股权、叶建对柏狮光电的回购义务承担连带保证责任。”约定了柏狮光电的回购义务，回购价格为人民币 1500 万元并支付年利率 10% 的利息。该股权回购条款违反了公司法关于投资者风险自负原则，违反了公司法第三条、第二十条、第七十四条、第一百四十二条的规定，损害了其他股东和债权人的合法权益，属于以合法形式掩盖非法目的，该回购条款因违反法律的强制性规定应为无效。原告无权要求柏狮光电公司回购所持有柏狮光电公司 5.122% 股权，对其请求应依法予以驳回。同时，根据《柏狮光电补充协议书》的约定，负有股权回购义务的是柏狮光电公司，叶建承担的是连带责任保证，叶建不负有直接股权回购义务，因柏狮光电公司的股权回购条款无效。因此，叶建的保证责任从义务也随之无效。且该《柏狮光电补充协议书》并未约定陈野、吴涛祥、王鹏的回购义务，也未约定其对股权回购义务承担连带责任。原告对陈野、吴涛祥、王鹏的诉讼请求没有合同依据，也没有法律依据。原告错误恶意保全造成公司及其他股东损失，公司保留要求赔偿损失诉权，并要求原告解除保全行为。故对原告的诉讼请求应全部予以驳回。

被告陈野辩称，原告的诉讼请求的事实基础是依据 2011 年 8 月 4 日《柏狮光电补充协议书》第 2.1 条的规定。但该约定仅是柏狮光电公司股权回购义务和叶建对柏狮光电公司回购义务承担连带责任保证，并未约定陈野的回购义务和对股权义务承担连带责任保证。同时原告又引用该补充协议的 7.1 条规定，要求陈野承担股权回购义务也不能成立，该 7.1 条约定是陈野存在实质性违反承诺和保证或根本违约的情况，原告有权要求陈野回购，但原告没有提供任何证据证明陈野存在实质性违反承诺和保证或根本违约。原告所诉称的事实自相矛盾，原告对陈野的诉讼请求没有合同依据，应对原告对陈野的诉讼请求予以驳回。

被告王鹏辩称，依据《补充协议》第 2 条约定，负有回购义务的是被告柏狮光电公司，负有连带保证责任的是被告叶建。我作为合同的寅方，未负有回购义务，也无须承担连带责任。我已认真负责地履行协议中的各项事项，不存在实质性违反承诺和保证或根本违约的情况，原告所提交的证据也不能证实，现有股东存在实质性违反承诺和保证或根本违约的事实，原告对我的诉讼请求没有合同和法律依据，对原告的诉讼请求应予以驳回。

被告吴涛祥未作书面答辩。

原告和裕创业公司为支持自己的诉讼请求，向本院提交了下列证据：

- 1、2011 年 8 月 4 日《柏狮光电公司增资扩股协议》和《柏狮光电补充协议书》、四川中衡安信会计师事务所川中安会 02C（2011）-146 号《验资报告》，证明原告与五被告签订了协议，原告以人民币 1500 万元认购了被告柏狮光电公司人民币 176.6250 万元的新增注册资本，持有被告柏狮光电公司 5.5114% 股权，约定了由被告柏狮光电公司和叶建回购股权、支付回购价款并承担利息的民事责任。
- 2、2012 年 6 月 18 日的《柏狮光公司增资扩股协议》和《柏狮光电补充协议书》、2012 年 6 月 20 日《柏狮光电公司股东会决议》、四川中衡安信会计师事务所川中安会 02C（2012）-134 号《验资报告》，证明原告与五被告于 2012 年 6 月 18 日签订了协议、补充协议，原告出资人民币 500 万元，认购被告柏狮光电公司人民币 50.0742 万元的新增注册资本，并实际履行了出资义务，本次增资后，原告持有被告柏狮光电公司 6.5613% 的股权。

3、2013 年 4 月 2 日《柏狮光电公司股东会决议》、四川中衡安信会计师事务所川中安会 02C (2013) -075 号《验资报告》，证明 2013 年 4 月 2 日，原告参与被告柏狮光电公司资本公积金转增注册资本，出资人民币 134.1706 万元，本次增资后，原告持有被告柏狮光电公司 6.5613% 的股权。

4、2014 年 3 月 21 日《柏狮光电公司股东会决议》、2013 年 10 月 8 日《股权转让协议》，证明原告于 2014 年 3 月受让被告叶建持有的被告柏狮光电公司的 3.2043% 的股权，本次股权转让后，原告持有被告柏狮光电公司 9.7656% 的股权。

5、《柏狮光电公司章程》，证明被告柏狮光电公司目前注册资本为人民币 5500 万元及目前的股权结构。

被告柏狮光电公司、叶建、王鹏对原告提交的 1、2、3、4、5 组证据的真实性无异议，证明观点有异议。

被告柏狮光电公司、叶建、王鹏、陈野、吴涛祥均未向本院提交证据。

本院对原告所提交的 1、2、3、4、5 组证据的真实性，予以确认。

经审理查明，2011 年 8 月 2 日，柏狮光电公司经遂宁市工商行政管理局核准并取得 510000400002136 号企业法人营业执照。公司性质为有限责任公司，公司股东有叶建、陈野、陈雪峰、王鹏、吴涛祥，共同持有公司 100% 股权，公司注册资本为人民币 2616 万元。2011 年 8 月 4 日公司召开股东会并形成决议，决定申请增加注册资本 5887500 元，柏狮光电公司注册资本变更为 32047500 元。对新增加的 5887500 元注册资本，深圳力合创赢股权投资基金合伙企业（简称深圳力合）、天津力合创赢股权投资基金合伙企业（简称天津力合）、常州市久益股权投资中心（简称常州久益）、常州和裕创业投资有限公司作为投资方，柏狮光电公司、股东叶建、陈野、陈雪峰、王鹏、吴涛祥作为合同一方，于 2011 年 8 月 4 日签订了《四川柏狮光电技术有限公司增资扩股协议》，协议约定：“投资方认购柏狮光电公司 5887500 元新增注册资本，投资方支付认购价款 5000 万元，本次增资扩股完成后，投资方持有柏狮光电公司 18.3712% 股权，其中和裕创业公司出资 1500 万元，认购柏狮光电公司 1766250 元新增注册资本，持有柏狮光电公司 5.5114% 股权，增资认购价款 5000 万元中的 5887500 元计入柏狮光电新增的注册资本，其余 44112500 元计入柏狮光电资本公积金。投资方应将增资价款一次性支付至柏狮光电公司指定的帐户，各方同意本次增资完成后，各方将尽其最大努力促使柏狮光电公司在合适的时间按账面净资产值整体变更为股份有限公司，并申请上市，投资方承诺将对柏狮光电的上市准备及申请过程尽力予以配合，包括按照中国证券监督管理委员会届时有效的上市规则对本协议和柏狮光电公司章程予以必要且合理的补充和修改等，并对其他相关权利和义务作了约定。”同日，以柏狮光电公司为甲方深圳力合、天津力合、常州久益、和裕创业公司为乙方，叶建为丙方，陈雪峰为丁方、陈野为子方，吴涛祥为丑方，王鹏为寅方签订了《柏狮光电补充协议书》，其主要内容就《增资扩股协议》未尽事宜一致同意达成如下条款：（一）各方一致确认，投资方以人民币 5000 万元的价格认购甲方人民币 5887500 元的新增注册资本，投资方本次向甲方投资，对甲方的估值为投资前人民币 24000 万元，投资后人民币 29000 万元；（二）回购。各方一致同意在 2015 年 6 月 30 日前，若甲方首次公开发行人民币普通股（A 股）并上市的申请未被中国证监会核准，则甲方无条件同意投资方有权要求甲方和丙方于上述期限届满后 30 日内一次性回购投资方持有的甲方全部股权，丙方同意对甲方的上述回购义务承担连带保证责任，回购价格为人民币 5000 万元以及人民币 5000 万元自乙方向甲方增资的股权资金到帐之日起至乙方的股权回购完成之日所产生的利息（利息按年利率 10% 计算，不计复利）；甲方应当在收到投资方要求股权回购的通知后 30 日内完成股权转让的有关法律手续并支付股权回购的全部股权转让价款，如未履行，则甲方除应继续履行外，还应向投资方按回购价款的 10% 支付违约金。丙方为甲方上述迟延支付违约责任承担连带保证责任。……第七条违约责任：7.1 甲方、丙方、丁方、

子方、丑方、寅方承诺认真负责地切实履行本协议中各项承诺事项，若出现甲方、丙方、丁方、子方、丑方、寅方实质性违反承诺和保证或根本违约的情况，投资方有权要求甲方、丙方、子方、丑方、寅方回购投资方持有的甲方股权。回购价格为人民币 5000 万元以及 5000 万元自本次增资完成工商变更登记之日起至投资方的股权回购完成之日所产生的利息（利息为年利率 10%，不计复利）……同时被告叶建、陈野、吴涛祥、王鹏向原告分别出具《避免同业竞争承诺函》载明“本人现向投资方承诺，在本人作为柏狮光电股东期间及停止作为股东 2 年内，将不会并保证促使本人 / 公司的任何关联方不会以任何相关身份为自己或柏狮光电以外的人从事以下事宜：1. 直接或间接从事与柏狮光电现有及将来从事的业务相同或类似的，且会或可能会产生竞争的任何业务或在该等业务上享有经济利益；2. 就柏狮光电所提供的任何产品、服务或相关业务、游说或招揽任何柏狮光电的客户或正在磋商的可能客户；3. 诱使或试图诱使柏狮光电的员工、顾问或担任其它职务的人士终止其与柏狮光电的聘用关系；如违反上述承诺本人愿意对因此给柏狮光电及投资方造成的损失承担赔偿责任”。在此过程中，原告于 2012 年 6 月出资 500 万元，认购被告柏狮光电公司 500742 元新增注册资本，2013 年 4 月通过参与被告柏狮光电公司资本公积金转增注册资本出资 1341706 元，2014 年 3 月原告受让被告叶建 3.204% 股权，原告共计持有被告柏狮光电公司 9.7656% 股权，现被告柏狮光电公司注册资本为人民币 5500 万元。原告于 2011 年 8 月 12 日所出资 1500 万元认购被告柏狮光电 1766250 元新增注册资本，所占股权比例由 5.5114% 变更为 5.122%。截止 2015 年 6 月 30 日，被告柏狮光电公司首次公开发行普通股（A 股）并上市的申请未被中国证监会核准。原告于 2015 年 8 月 3 日向本院起诉，要求五被告按合同约定，由被告柏狮光电公司、叶建共同回购原告所持有被告柏狮光电公司 5.122% 股权，回购价格为人民币 1500 万元并按合同约定从 2011 年 8 月 12 日起至付清股权回购款之日止，按合同约定的年利率 10% 给付利息，被告陈野、吴涛祥、王鹏承担连带责任。经开庭审理，双方各持己见，且被告陈野、吴涛祥未到庭参加诉讼。致本案无法予以调解。

本院认为，本案争议的焦点共 3 点：

（一）以上市为条件及上市失败后股权回购条款并支付股权回购款利息的约定是否有效？

本院认为，柏狮光电公司系五个自然人发起而成立的有限责任公司。作为市场的平等主体，投融资双方即本案原、被告均属于平等主体，谙熟各种投资领域规则，完全能够精密计算利润和有效控制风险，对风险投资后果有相当的预见能力。投资者（原告）只有确保风险得到有效控制才会将资金注入，而融资方（被告）只有提供或者接受这种激励与约束并存的交易框架才能融得资金，交易双方均有自主安排风险调控和经营激励的契约自由。原、被告双方于 2011 年 8 月 4 日，原告与被告所签订的《四川柏狮光电技术有限公司增资扩股协议》及《柏狮光电补充协议书》中关于以上市为条件及上市失败后的股权回购条款并支付股权回购款利息的约定系双方当事人真实意思表示，属于意思自治的范畴，以上市为约定条件可以满足投融资双方利益最大化的盈利目标。能否上市并非无法预见，支付回购款利息并无不公，且该约定也不具有《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的合同无效情形。因此，原、被告双方所签订的《四川柏狮光电技术有限公司增资扩股协议》及《柏狮光电补充协议书》中关于回购的条款并支付利息的约定应为有效。

（二）支付股权回购价款并支付利息的责任主体是谁？

2011 年 8 月 4 日双方所签《柏狮光电补充协议书》第二条回购条款中约定“在 2015 年 6 月 30 日前，若柏狮光电公司首次公开发行人民币普通股（A 股）并上市的申请未被中国证监会核准，则柏狮光电公司无条件同意投资方有权要求柏狮光电公司和叶建于上述期限届满后 30 日内一次性回购投资方持有的柏狮光电公司全部股权，叶建同意对柏狮光电公司的上述回购义务承担连带保证责任”。该条款虽约定了柏狮光电公司同意原告有权要求被告叶建回购原告所持有柏狮光电公司的股权，但并没有叶建同意回购的意思表示，其真实意思表示是

叶建对柏狮光电公司的回购义务承担连带责任。因此，原告要求被告柏狮光电公司回购 2011 年 8 月 4 日所持有柏狮光电公司 5.122% 股权，支付回购价款 1500 万元并按年利率 10% 支付利息符合合同约定。原告要求被告叶建承担共同回购责任的请求与合同约定不符，该请求本院不予支持。

（三）被告陈野、吴涛祥、王鹏是否应对回购价款并支付利息承担连带责任？因原告所提供的证据也不能证实被告陈野、吴涛祥、王鹏具有 2011 年 8 月 4 日双方所签订的《柏狮光电补充协议书》第 7.1 条中所约定的实质性违反承诺和保证或根本违约的情形，也没有合同约定和法律规定。因此，原告要求被告陈野、吴涛祥、王鹏承担连带责任的请求不能成立，本院不予支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第四十四条、第六十条、第一百零七条之规定，经本院审判委员会讨论决定，判决如下：

一、四川柏狮光电技术有限公司回购常州和裕创业投资有限公司于 2011 年 8 月 4 日认购的并持有四川柏狮光电技术有限公司 5.5114% 股权（现该股权比例变更为 5.1220%），由四川柏狮光电技术有限公司支付常州和裕创业投资有限公司股权回购价款人民币 1500 万元及利息（利息从 2011 年 8 月 12 日起至本判决确定给付之日止，利息以本金 1500 万元为基数，按合同约定的年利率标准 10% 计算），限本判决发生法律效力 10 日内履行完毕。叶建对柏狮光电技术有限公司所支付的股权回购价款 1500 万元及利息承担连带清偿责任；

二、驳回常州和裕创业投资有限公司要求陈野、吴涛祥、王鹏承担连带责任的诉讼请求；

三、驳回常州和裕创业投资有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 146800 元，由四川柏狮光电技术有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于四川省高级人民法院。

审判长 周歧

审判员 杨玲

人民陪审员 何艳妮

二〇一六年一月十二日

书记员 谢晨辰

陈黎明与胡思友合同纠纷二审民事判决书

怀化市中级人民法院

民事判决书

(2016)湘12民终845号

上诉人(原审被告):陈黎明,男,1962年2月2日出生,汉族。

委托诉讼代理人:舒适,湖南启元律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):胡思友,男,1963年4月11日出生,汉族。

第三人湖南大康国际农业食品股份有限公司,住所地怀化市鹤城区鸭嘴岩工业园3栋。

法定代表人:彭继泽,该公司负责人。

委托诉讼代理人:蒋春鸣,上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

上诉人陈黎明因与被上诉人胡思友合同纠纷一案,不服怀化市鹤城区人民法院2016年5月30日作出的(2016)怀鹤民二初字第874号民事判决,向本院提起上诉。本院于2016年7月13日立案受理后,湖南大康国际农业食品股份有限公司以该案处理结果与其有法律利害关系为由,申请以无独立请求权第三人身份参加本案诉讼,本院依法予以准许。本院依法组成合议庭由审判员朱湘辉担任审判长,代理审判员龙中华、张朗参加的合议庭,于2016年12月21日公开开庭审理了本案。上诉人陈黎明委托诉讼代理人舒适、被上诉人胡思友、第三人湖南大康国际农业食品股份有限公司委托诉讼代理人蒋春鸣到庭参加诉讼。本案现已审理终结。上诉人陈黎明上诉请求:撤销原审判决,驳回被上诉人的诉讼请求。事实与理由:1、《和解协议书》存在明显胁迫等非法因素,协议不存在真实交易背景,且约定的补偿金额显失公平;2、从协议内容上看,协议补偿内容不具有强制执行效力;3、一审判决书超过诉讼请求范围,且未计算转让个人所得税问题,严重损害上诉人财产权益。

被上诉人胡思友答辩称:原审认定案件事实清楚,适用法律正确,请求驳回上诉,维持原判。

第三人湖南大康国际农业食品股份有限公司答辩称:《和解协议书》中的股份代持违背法律强制性规定,应当无效。

胡思友起诉请求:1、陈黎明支付胡思友大康牧业股票未一次性付清的剩余补偿款人民币1454.92万元;2、判决陈黎明承担本案的诉讼费用。

一审法院认定事实:2011年7月25日,以陈黎明为甲方,胡思友为乙方,怀化市人民政府金融工作办公室作为主持调解方,经协商双方达成了《和解协议书》,主要内容:“鉴于乙方于2002年3月份投资甲方人民币2万元,双方本着友好协商、诚实信用的原则,对该人民币2万元投资事项达成如下协议:一、甲、乙双方一致认同,乙方对投资甲方人民币2万元,与湖南大康牧业股份有限公司(以下简称大康牧业)的改制,上市以及大康牧业的其它股东无关,纯属甲、乙双方之间的争议。二、甲、乙双方在本协议书履行完毕后,对该2万元投资事项就此终结,双方不得以任何形式理由,采取任何方式控告、申诉和主张权利。三、甲方同意按甲方在大康牧业上市时所持有的股份中以100万股股份为基数补偿给乙方,乙方享受同股同权同利。甲方参照甲方股份解禁后双方约定的交易日的市场价格以现金的方式补偿乙方。乙方接受甲方的补偿。具体补偿支付方式如下:1、甲方在2011年8月底前支付乙方人民币100万元。2、甲方在2011年年底支付乙方人民币400万元(其中30万元由甲方代替乙方清偿乙方于2010年12月29日借支大康牧业的借款。实际甲方支付乙方人民币370万元。)3、甲方股份解禁后五个工作日内,甲方在扣除本协议书第三条1、2项已经支付款项和股权转让相关税费后,一次性支付乙方剩余补偿款。四、甲方未按本协议书的约定支付补偿款项,乙方有权不遵守《承诺书》中的相关承诺。五、主持调解方确认协议书签订的真实性。”陈黎明、胡思友在协议上签字;怀化市人民政府金融工作办公室在协议上盖章确认和加盖了骑缝章,其工作人员单伯华也在协议上签了字。

2010 年 11 月 18 日，大康牧业股票（证券代码 002505）在深圳证券交易所上市。大康牧业 2010 年度利润分配方案是以未分配利润给全体股东每 10 股送 2 股同时派发现金 0.5 元（含税），以资本公积金转增股本的方式给全体股东每 10 股转增 4 股；2011 年度利润分配方案是给全体股东每 10 股派 1 元现金（含税），同时以资本公积金给全体股东每 10 股转增 5 股；2012 年度利润分配方案是不派发现金红利、不送红股、不以公积金转增股本。

《深圳证券交易所股票上市规则》5.1.6 规定“发行人向本所提出其首次公开发行的股票上市申请时，控股股东和实际控制人应当承诺：自发行人股票上市之日起三十六个月内，不转让或者委托他人管理其直接或间接持有的发行人公开发行股票前已发行的股份，也不由发行人购回其直接或间接持有的发行人公开发行股票前已发行的股份。”大康牧业在深圳证券交易所上市的时间为 2010 年 11 月 18 日，根据此规定，陈黎明在大康牧业股票上市发行前持有的大康牧业的股票的解禁时间为 2013 年 11 月 19 日，解禁后 5 个工作日为 2013 年 11 月 19 日、20 日、21 日、24 日、25 日（22 日、23 日为周六、周日，股市休市），该 5 个工作日大康牧业股票的平均收盘价为每股 14.308 元。

另查明，《和解协议书》签订后，陈黎明在 2011 年底前支付给了胡思友 500 万元；其股票解禁后于 2014 年 4 月分 3 次支付给了胡思友共 1500 万元，即在起诉前陈黎明共计支付给胡思友 2000 万元。

一审法院经审理认为：本案当事人双方主要存在以下两点争议：一、《和解协议书》是否是当事人双方真实意思表示，特别是协议的签订是否存在胁迫等非法因素、约定的补偿金额是否显失公平，协议是否属于可撤销的合同；二、胡思友主张的按 14.308 元每股补偿是否合理。

对于双方的第一点争议，陈黎明以 2011 年 7 月 25 日《广州日报》A113 版发表的《大康牧业被举报造假上市》，主张胡思友以披露被告及大康牧业的相关负面消息作为要挟，胁迫陈黎明在违背自己真实意思的情况下签订了《和解协议书》，协议不存在真实交易背景，且约定的补偿金额显失公平，属于可撤销的合同。对此该院认为，首先当事人双方签订的《和解协议书》不仅仅是在当事人双方在场的情况下签订的，而是在政府相应部门即怀化市人民政府金融工作办公室作为主持调解方的调解下签订的，双方经过了充分协商；加之在协议签订之前，胡思友就大康牧业的有关情况就已经向媒体及相关部门进行了反映和举报，怀化市人民政府金融工作办公室正是基于当事人双方之间的纠纷才主持双方调解，既然胡思友在调解协商之前就已经向媒体和有关部门进行了举报和反映，不存在协商之时还以披露陈黎明及大康牧业的相关负面消息作为要挟的前提，故陈黎明以协议的签订是在胡思友要挟和胁迫下违背陈黎明真实意思表示的辩解不能成立；其次陈黎明认为胡思友投入的钱只有 2 万元，但其因《和解协议书》获得的期望利益远远大于 2 万元，主张协议约定的补偿显失公平，对于此，

《和解协议书》开始就约定：“鉴于乙方于 2002 年 3 月份投资甲方人民币 2 万元，双方本着友好协商、诚实信用的原则，对该人民币 2 万元投资事项达成如下协议”，胡思友是基于 2002 年被告陈黎明及其开办的企业的经济实力以及当时的经营规模、经营状况进行的投资，胡思友 2002 年的投资利润和风险是不可预料的，陈黎明做为经营企业多年的人，对自己及所办企业大康牧业的成长经历是很清楚的，与胡思友签订此 2 万元的投资补偿协议时经过了慎重思考，加之《和解协议书》于 2011 年 7 月签订之后，陈黎明未在法定的行使撤销权期间内要求撤销《和解协议书》，反而先后根据此协议支付给了胡思友 2000 万元，故本案陈黎明辩称《和解协议书》系其在被胁迫的情况下所签、协议约定的补偿金额显失公平，协议属于可撤销的合同的辩解不能成立，该院不予采纳。

对于双方的第二点争议，《和解协议书》第三条约定：“甲方同意按甲方在大康牧业上市时所持有的股份中以 100 万股股份为基数补偿给乙方，乙方享受同股同权同利。甲方参照甲方股份解禁后双方约定的交易日的市场价格以现金的方式补偿乙方。”此约定中的“甲方参照甲

方股份解禁后双方约定的交易日”虽没有具体明确哪一个交易日，但当事人双方在第三条第 3 项中约定：“3、甲方股份解禁后五个工作日内，甲方在扣除本协议第三条 1、2 项已经支付款项和股权转让相关税费后，一次性支付乙方剩余补偿款。”该项约定明确了甲方（陈黎明）给乙方（胡思友）支付剩余补偿款的时间为“甲方股份解禁后五个工作日内”，故胡思友要求按解禁后 5 个工作日大康牧业的平均收盘价每股 14.308 计算《和解协议书》的补偿款的请求，该院予以支持。

根据《和解协议书》“甲方同意按甲方在大康牧业上市时所持有的股份中以 100 万股股份为基数补偿给乙方，乙方享受同股同权同利”的约定，大康牧业 2010 年度利润分配方案是以未分配利润给全体股东每 10 股送 2 股同时派发现金 0.5 元（含税），以资本公积金转增股本的方式给全体股东每 10 股转增 4 股，据此分配方案，2010 年的 100 万股经扩股分红后增为 160 万股，同时分红款为 $1000000 \div 10 \times 0.5 = 50000$ 元；2011 年度利润分配方案是给全体股东每 10 股派 1 元现金（含税），同时以资本公积金给全体股东每 10 股转增 5 股，据此分配方案，160 万股经扩股后增为 240 万股，同时分红款为 $1600000 \div 10 \times 1 = 160000$ 元；2012 年度利润分配方案是不派发现金红利、不送红股、不以公积金转增股本，即按《和解协议书》约定的补偿方式，胡思友应该获得的补偿为： $2400000 \times 14.308 + 50000 + 160000 = 34549200$ 元，扣除被告陈黎明已支付的 2000 万元，被告陈黎明还应支付给原告 14594200 元。综上所述，根据《中华人民共和国合同法》第八条之规定，判决如下：陈黎明于本判决生效之日起 15 日内，支付给胡思友人民币 14594200 元。

二审期间，当事人均未提交新的证据。

原审查明的案件事实与本院基本一致，本院予以确认。

本院认为，首先，从《和解协议书》第三款的内容，其并非所谓的陈黎明与胡思友之间的股权代持或股权转让合意，而是双方之间就补偿数额标准进行的具体约定，即协议以陈黎明名下 100 万股大康牧业股票在解禁时的市场价格作为对胡思友的补偿额。因此，该《和解协议书》在性质上属于补偿协议，并非股权代持或股权转让协议，不存在违背公司法、证券法的禁止性规定的问题。其次，对于陈黎明主张该《和解协议书》系被胁迫所签，且显失公平的问题。经查，一方面，陈黎明没有提供相关证据证明其系被胁迫签订的前述协议书；另一方面其也没有在法定除斥期间内以受胁迫或显失公平为由提出撤销之诉，因此，对于陈黎明的该点上诉理由不予支持。再次，关于陈黎明提出的一审判决数额未扣除应由胡思友承担的转让相关税费问题。经查，根据《和解协议书》的约定，陈黎明出售大康牧业股票筹集资金补偿胡思友时，应由胡思友承担股票出售的相关税费。因此，陈黎明的提出的应由胡思友承担相关税费的上诉理由成立，本院予以支持。最后，关于一审法院超诉讼请求判决的问题。经查，胡思友的诉请数额为 1454.92 万元，而一审法院判决数额为 14594200 元，确系超诉讼请求判决，本院在此予以纠正。

综上，上诉人的上诉理由部分成立，本院部分予以支持。陈黎明应当支付胡思友人民币 1454.92 万元（但应从该笔款项中扣除陈黎明按照《和解协议书》约定时间出售股票筹集补偿资金时的相关交易税费款）。据此，经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项的规定，判决如下：

一、撤销怀化市鹤城区人民法院（2016）怀鹤民二初字第 874 号民事判决；

二、陈黎明于本判决生效之日起 15 日内，支付给胡思友 1454.92 万元（但应从该笔 1454.92 万元款项中扣除陈黎明按照《和解协议书》约定时间出售股票筹集补偿资金时的相关股票交易税费款）；

三、驳回胡思友的其他诉讼请求。

一审案件受理费 109095 元，二审案件受理费 109095 元，共计 218190 元，由陈黎明负担 200000 元，由胡思友负担 18190 元。

本判决为终审判决。

审判长 朱湘辉
代理审判员 龙中华
代理审判员 张朗
二〇一七年三月一日
书记员 记员沈慧娟

陈良明、谢细笑等与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷 一审民事判决书

龙岩市永定区人民法院
民事判决书

(2018)闽 0803 民初 730 号

原告陈良明，男，1969 年 9 月 19 日生，住福建省龙岩市新罗区。

原告谢细笑，女，1978 年 10 月 7 日生，住福建省龙岩市新罗区。

被告福建金欣华创业投资有限公司，住所地福建省龙岩市永定区，统一社会信用代码 91350822574730803H。

法定代表人吴华桂，董事长。

第三人吴华桂，男，1963 年 4 月 14 日生，住福建省龙岩市新罗区。

原告陈良明、谢细笑与被告福建金欣华创业投资有限公司、第三人吴华桂合同纠纷一案，本院于 2018 年 4 月 10 日立案受理后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告陈良明、谢细笑到庭参加诉讼，经本院合法传票传唤，被告福建金欣华创业投资有限公司、第三人吴华桂未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

陈良明、谢细笑共同诉称，2014 年 5 月 25 日陈良明、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，吴华桂占该公司全部出资的 20%，吴华桂为陈良明合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中吴华桂出资额中 5 万元为陈良明合作投资款，陈良明全部委托给吴华桂管理，以吴华桂名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对陈良明委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日止，投资期满后，陈良明委托投资项目若无 IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则陈良明有权退出，在陈良明提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收入（按实际投资时间计算）。2015 年 3 月 29 日陈良明在《股权投资协议书》写明其所持 5 万元股份中，有 50% 股份为谢细笑所有。2015 年 3 月 29 日陈良明转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 55,000 元，实际上，陈良明、谢细笑共同支付给福建金欣华创业投资有限公司投资款 55,000 元。2018 年 4 月 9 日谢细笑出具《声明》，谢细笑声明：“因《股权投资协议书》系陈良明签订的，根据合同相对性原则，其同意陈良明作为原告参加诉讼，陈良明的诉讼行为其认可，其与林英的债权债务关系另行协商处理”。2018 年 3 月 15 日陈良明出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018 年 3 月 16 日陈良明通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收），陈良明向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 55,000 元、支付收益。请求判令：1、福建金欣华创业投资有限公司返还陈良明、谢细笑投资款 55,000 元和支付从 2015 年 3 月 29 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 11,550 元（以 55000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的收益）；2、福建金欣华创业投资有限公司赔偿陈良明、谢细笑因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止，以 55,000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的损失。

福建金欣华创业投资有限公司未作答辩。

吴华桂未作出陈述。

焦点问题：1、陈良明、谢细笑实际付给福建金欣华创业投资有限公司投资款问题；2、陈良明、谢细笑投资款收益问题；3、陈良明、谢细笑投资风险问题；4、陈良明、谢细笑退出投资条件问题。

陈良明、谢细笑共同对其主张提供以下证据：

1、《身份证》、《社会信用代码信息核查》，以此证明，陈良明、谢细笑、福建金欣华创业投资有限公司的主体身份。

2、《股权投资协议书》、《中国工商银行汇款单》、《声明》、《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》、《快递单》，以此证明，2014年5月25日陈良明、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，吴华桂占该公司全部出资的20%，吴华桂为陈良明合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资5千万元，其中吴华桂出资额中5万元为陈良明合作投资款，陈良明全部委托给吴华桂管理，以吴华桂名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对陈良明委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自2014年5月25日至2016年12月31日止，投资期满后，陈良明委托投资项目若无IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则陈良明有权退出，在陈良明提出退出10天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付12%的年收益（按实际投资时间计算）。2015年3月29日陈良明在《股权投资协议书》写明其所持5万元股份中，有50%股份为谢细笑所有。2015年3月29日陈良明转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款55,000元，实际上，陈良明、谢细笑共同支付给福建金欣华创业投资有限公司投资款55,000元。2018年4月9日谢细笑出具《声明》，谢细笑声明：“因《股权投资协议书》系陈良明签订的，根据合同相对性原则，其同意陈良明作为原告参加诉讼，陈良明的诉讼行为为其认可，其与林英的债权债务关系另行协商处理”。2018年3月15日陈良明出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018年3月16日陈良明通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018年3月17日福建金欣华创业投资有限公司签收），陈良明向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款55,000元、支付收益。

福建金欣华创业投资有限公司未提供证据。

吴华桂未提供证据。

对证据的分析与认定：本院认为，本院已依法将证据复印件向福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂送达，福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂未提供书面质证意见及反驳证据，视为其自愿放弃自己的诉讼权利。陈良明、谢细笑提供的证据，形式和来源合法，内容真实，与本案待证事实具有关联性，本院予以确认，并作为本案的定案依据。

根据认定的证据，及陈良明、谢细笑在法庭上的陈述，本院对本案的事实作如下认定：

2014年5月25日陈良明、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，吴华桂占该公司全部出资的20%，吴华桂为陈良明合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资5千万元，其中吴华桂出资额中5万元为陈良明合作投资款，陈良明全部委托给吴华桂管理，以吴华桂名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对陈良明委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自2014年5月25日至2016年12月31日止，投资期满后，陈良明委托投资项目若无IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则陈良明有权退出，

在陈良明提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收益（按实际投资时间计算）。2015 年 3 月 29 日陈良明在《股权投资协议书》写明其所持 5 万元股份中，有 50% 股份为谢细笑所有。2015 年 3 月 29 日陈良明转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 55,000 元，实际上，陈良明、谢细笑共同支付给福建金欣华创业投资有限公司投资款 55,000 元。2018 年 4 月 9 日谢细笑出具《声明》，谢细笑声明：“因《股权投资协议书》系陈良明签订的，根据合同相对性原则，其同意陈良明作为原告参加诉讼，陈良明的诉讼行为其认可，其与林英的债权债务关系另行协商处理”。2018 年 3 月 15 日陈良明出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018 年 3 月 16 日陈良明通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收），陈良明向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 55,000 元、支付收益。

本院认为，陈良明、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂签订《股权投资协议书》，是当事人真实意思表示，自签字或者盖章时合同成立并生效，当事人均应当履行协议。陈良明、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂约定：吴华桂为陈良明合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中吴华桂出资额中 5 万元为陈良明合作投资款，福建金欣华创业投资有限公司对陈良明委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日，投资期满后，陈良明委托投资项目若无 IPO（首次公开发行），则陈良明有权退出，在陈良明提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收益（按实际投资时间计算）。陈良明在《股权投资协议书》写明其所持 5 万元股份中，有 50% 股份为谢细笑所有。陈良明转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 55,000 元。实际上，陈良明、谢细笑共同支付给福建金欣华创业投资有限公司投资款 55,000 元。2018 年 3 月 15 日陈良明出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018 年 3 月 16 日陈良明通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收），陈良明向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 55,000 元、支付收益。陈良明主张投资期限内，福建德泓光电股份有限公司未上市，福建金欣华创业投资有限公司未提供反驳的证据，陈良明的该主张，本院予以采纳。因为，福建金欣华创业投资有限公司拟投资的福建德泓光电股份有限公司未上市，所以，陈良明向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 55,000 元、支付收益，符合陈良明、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂之间的约定。综上所述，福建金欣华创业投资有限公司应返还陈良明、谢细笑投资款 55,000 元和支付从 2015 年 3 月 29 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 11,550 元（以 55000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的收益），以及福建金欣华创业投资有限公司赔偿陈良明、谢细笑因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止，以 55,000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的损失。福建金欣华创业投资有限公司经本院传票传唤，无正当理由，拒不到庭参加诉讼，也未提出答辩，视为自动放弃诉讼权利，本院依法进行缺席审理和判决。吴华桂经本院传票传唤，无正当理由，拒不到庭参加诉讼，也未提出陈述，视为自动放弃诉讼权利，不影响案件的审理。依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十条的规定，判决如下：

一、福建金欣华创业投资有限公司于本判决生效后七日内返还陈良明、谢细笑投资款 55,000 元和支付从 2015 年 3 月 29 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 11,550 元（以 55,000 元投资本金为基数，按年利率 12%计算的收益）。

二、福建金欣华创业投资有限公司于本判决生效后七日内赔偿陈良明、谢细笑因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止，以 55,000 元投资本金为基数，按年利率 12%计算的损失。

如果福建金欣华创业投资有限公司未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 1,670 元，减半收取 835 元，由福建金欣华创业投资有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省龙岩市中级人民法院。

审判员 林啟文

二〇一八年五月十六日

书记员 肖璐

陈笑玲与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷一审民事判决书

龙岩市永定区人民法院
民事判决书

(2018)闽 0803 民初 721 号

原告陈笑玲，女，1973 年 12 月 17 日生，住福建省龙岩市新罗区。

被告福建金欣华创业投资有限公司，住所地福建省龙岩市永定区，统一社会信用代码 91350822574730803H。

法定代表人吴华桂，董事长。

第三人傅华达，男，1973 年 7 月 6 日生，住福建省龙岩市新罗区。

第三人吴华桂，男，1963 年 4 月 14 日生，住福建省龙岩市新罗区。

原告陈笑玲与被告福建金欣华创业投资有限公司、第三人吴华桂、傅华达合同纠纷一案，本院于 2018 年 4 月 10 日立案受理后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告陈笑玲到庭参加诉讼，经本院合法传票传唤，被告福建金欣华创业投资有限公司、第三人吴华桂、傅华达未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

陈笑玲诉称，2011 年 5 月 25 日陈笑玲、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，傅华达是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，傅华达占该公司全部出资的 20%，傅华达为陈笑玲合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中傅华达出资额中 8 万元为陈笑玲合作投资款，陈笑玲全部委托给傅华达管理，以傅华达名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对陈笑玲委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2011 年 5 月 25 日至 2014 年 5 月 24 日止，投资期满后，陈笑玲委托投资项目若无 IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则陈笑玲有权退出，在陈笑玲提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12%的年收入（按实际投资时间计算）。2014 年 5 月 25 日陈笑玲作为投资人，吴华桂作为陈笑玲的委托代理人与福建金欣华创业投资有限公司签订《股权投资补充协议》，三方约定：由陈笑玲委托吴华桂向福建金欣华创业投资有限公司投资 8 万元（2011 年 5 月 25 日《股权投资协议书》中的投资款续投，2014 年 5 月 24 日前的利息先支付），退出期有两种选择：其一，在 2015 年 12 月份之前若没有在新三板挂牌，可选择一次性退还本息（按 12%年利率结付）；其二，在 2016 年 12 月份之前，若未能在中小板上市，可一次性将本息退出（按 12%年利率结付）。2018 年 3 月 15 日陈笑玲出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018 年 3 月 16 日陈笑玲通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收），陈笑玲向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 8 万元、支付收益。请求判令：1、福建金欣华创业投资有限公司返还陈笑玲投资款 8 万元和支付从 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 24,000 元（以 8 万元投资本金为基数，按年利率 12%计算的收益）；2、福建金欣华创业投资有限公司赔偿陈笑玲因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止，以 8 万元投资本金为基数，按年利率 12%计算的损失。

福建金欣华创业投资有限公司未作答辩。

吴华桂、傅华达均未作出陈述意见。

焦点问题：1、陈笑玲是否付给福建金欣华创业投资有限公司投资款的焦点问题；2、陈笑玲投资款收益的焦点问题；3、陈笑玲投资风险的焦点问题；4、陈笑玲退出投资条件的焦点问题。

陈笑玲对其主张提供以下证据：

1、《身份证》、《社会信用代码信息核查》，以此证明，陈笑玲、福建金欣华创业投资有限公司的主体身份。

2、《股权投资协议书》、《股权投资补充协议书》，以此证明，2011年5月25日陈笑玲、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，傅华达是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，傅华达占该公司全部出资的20%，傅华达为陈笑玲合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资5千万元，其中傅华达出资额中8万元为陈笑玲合作投资款，陈笑玲全部委托给傅华达管理，以傅华达名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对陈笑玲委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自2011年5月25日至2014年5月24日止，投资期满后，陈笑玲委托投资项目若无IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则陈笑玲有权退出，在陈笑玲提出退出10天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付12%的年收入（按实际投资时间计算）。2015年3月18日陈笑玲作为投资人，傅华达作为陈笑玲的委托代理人与福建金欣华创业投资有限公司签订《股权投资补充协议书》，三方约定：由陈笑玲委托傅华达向福建金欣华创业投资有限公司投资8万元（2011年5月25日《股权投资协议书》中的投资款续投，2014年5月24日前的利息先支付），退出期有两种选择：其一，在2015年12月份之前若没有在新三板挂牌，可选择一次性退还本息（按12%年利率结付）；其二，在2016年12月份之前，若未能在中小板上市，可一次性将本息退出（按12%年利率结付）。

3、《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》、《快递单》，以此证明，2018年3月15日陈笑玲出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018年3月16日陈笑玲通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018年3月17日福建金欣华创业投资有限公司签收），陈笑玲向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款8万元、支付收益。

福建金欣华创业投资有限公司未提供证据。

吴华桂、傅华达均未提供证据。

对证据的分析与认定：本院认为，本院已依法将证据复印件向福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂、傅华达送达，福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂、傅华达未提供书面质证意见及反驳证据，视为其自愿放弃自己的诉讼权利。陈笑玲提供的证据，形式和来源合法，内容真实，与本案待证事实具有关联性，本院予以确认，并作为本案的定案依据。

根据认定的证据，及陈笑玲在法庭上的陈述，本院对本案的事实作如下认定：

2011年5月25日陈笑玲、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，傅华达是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，傅华达占该公司全部出资的20%，傅华达为陈笑玲合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资5千万元，其中傅华达出资额中8万元为陈笑玲合作投资款，陈笑玲全部委托给傅华达管理，以傅华达名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对陈笑玲委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自2011年5月25日至2014年5月24日止，投资期满后，陈笑玲委托投资项目若无IPO

(指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行),则陈笑玲有权退出,在陈笑玲提出退出 10 天内,福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12%的年收益(按实际投资时间计算)。2015 年 3 月 18 日陈笑玲作为投资人,傅华达作为陈笑玲的委托代理人与福建金欣华创业投资有限公司签订《股权投资补充协议书》,三方约定:由陈笑玲委托傅华达向福建金欣华创业投资有限公司投资 8 万元(2011 年 5 月 25 日《股权投资协议书》中的投资款续投,2014 年 5 月 24 日前的利息先支付),退出期有两种选择:其一,在 2015 年 12 月份之前若没有在新三板挂牌,可选择一次性退还本息(按 12%年利率结付);其二,在 2016 年 12 月份之前,若未能在中小板上市,可一次性将本息退出(按 12%年利率结付)。2018 年 3 月 15 日陈笑玲出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》,2018 年 3 月 16 日陈笑玲通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》(2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收),陈笑玲向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资,并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 8 万元、支付收益。

本院认为,陈笑玲、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达签订《股权投资协议书》、《股权投资补充协议书》,是当事人真实意思表示,自签字或者盖章时合同成立并生效,当事人均应当履行协议。陈笑玲、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达约定:傅华达为陈笑玲合伙投资代管人,在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中,拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元,其中傅华达出资额中 8 万元为陈笑玲合作投资款,福建金欣华创业投资有限公司对陈笑玲委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证,委托期限(包括续投期限)自 2011 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日,投资期满后,陈笑玲委托投资项目若无 IPO(首次公开发行)或未能在中小板上市,则陈笑玲有权退出,在陈笑玲提出退出 10 天内,福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12%的年收益(按实际投资时间计算)。2018 年 3 月 15 日陈笑玲出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》,2018 年 3 月 16 日陈笑玲通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》(2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收),陈笑玲向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资,并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 8 万元、支付收益。陈笑玲主张投资期限内,福建德泓光电股份有限公司未上市,福建金欣华创业投资有限公司未提供反驳的证据,陈笑玲的该主张,本院予以采纳。因为,福建金欣华创业投资有限公司拟投资的福建德泓光电股份有限公司未上市,所以,陈笑玲向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资,并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 8 万元、支付收益,符合陈笑玲、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达之间的约定。综上所述,福建金欣华创业投资有限公司应返还陈笑玲投资款 8 万元和支付从 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 24,000 元(以 8 万元投资本金为基数,按年利率 12%计算的收益),福建金欣华创业投资有限公司应赔偿陈笑玲因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止,以 8 万元投资本金为基数,按年利率 12%计算的损失。福建金欣华创业投资有限公司经本院传票传唤,无正当理由,拒不到庭参加诉讼,也未提出答辩,视为自动放弃诉讼权利,本院依法进行缺席审理和判决。吴华桂、傅华达经本院传票传唤,无正当理由,拒不到庭参加诉讼,也未提出陈述,视为自动放弃诉讼权利,不影响案件的审理。依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十条的规定,判决如下:

一、福建金欣华创业投资有限公司于本判决生效后七日内返还陈笑玲投资款 8 万元和支付从 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 24,000 元(以 8 万元投资本金为基数,按年利率 12%计算的收益)。

二、福建金欣华创业投资有限公司于本判决生效后七日内赔偿陈笑玲因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止，以 8 万元投资本金为基数，按年利率 12%计算的损失。如果福建金欣华创业投资有限公司未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。本案受理费 2,620 元，减半收取 1,310 元，由福建金欣华创业投资有限公司负担。如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省龙岩市中级人民法院。

审判员 林啟文

二〇一八年五月十六日

书记员 肖璐

陈远豪与中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司证券 纠纷一案二审民事判决书

广东省高级人民法院

民事判决书

(2013)粤高法民四终字第 116 号

上诉人(原审原告):陈远豪,男,汉族,1954 年 10 月 2 日出生,身份证住址广东省深圳市罗湖区。

被上诉人(原审被告):中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司。住所地:广东省深圳市福田区。

负责人:戴文华,该公司总经理。

委托代理人:伍鹏,该公司员工。

委托代理人:段然,该公司员工。

原审第三人:金立文(KINGLapMan),男,1951 年 4 月 2 日出生,香港特别行政区居民。

上诉人陈远豪因与被上诉人中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司(原名为深圳证券登记有限公司,以下简称证券登记结算深圳分公司)、原审第三人金立文证券纠纷一案,不服广东省深圳市中级人民法院(2011)深中法民四初字第 271 号民事判决,向本院提起上诉。本院于受理后,依法组成合议庭,进行了审理。本案现已审理终结。

陈远豪于 2011 年 3 月 16 日向广东省深圳市福田区人民法院起诉称:1、由于证券登记结算深圳分公司没有依法履行向人民法院提供 B 股帐户 202395 的原始开户资料的职责,导致陈远豪的合理合法的诉讼请求被驳回。1993 年深圳发行 B 股时,因当时的政策规定国内居民不能开立 B 股帐户,不能买卖 B 股。因此,陈远豪委托香港居民金立文用他的身份证和他的公司商业登记证在证券登记结算深圳分公司为陈远豪开立了两个 B 股帐户,证券登记结算深圳分公司分别于 1993 年 3 月 13 日、1993 年 4 月 7 日向金立文出具了帐号 201394、帐号 202395 的两份《深圳市人民币特种股票帐户确认书》。陈远豪根据上述两个 B 股帐户,于 1993 年 3 月份起委托金立文用上述两个 B 股帐户陆续申购了赤湾港 B 股、招商港 B 股等多只 B 股股票。并向金立文支付了全部股票款及相关的开户费、手续费等所有费用。其中,利用 B 股账号 202395 认购了蛇口招商港 B 股 8000 股。负责此次蛇口招商港 B 股承销发行收款的花旗银行深圳分行于 1993 年 4 月 13 日向金立文出具了编号为“11000-11619”的 B 股资金结算单。陈远豪与金立文于 1997 年 8 月 15 日在深圳市公证处办理了买卖 B 股的委托公证书。陈远豪据此将 B 股账号 201394 申购的 B 股全部 B 股办理了过户手续。但因 B 股帐户 202395 申购的蛇口招商港 B 股 8000 股的托管公司香港新鸿基投资公司办公地址在香港,陈远豪当时没有前往香港的通行证,在公证书的有效期内无法前往香港新鸿基投资公司办理 B 股的交易过户事宜。后因金立文于 1997 年底移民去了加拿大,从此,陈远豪与金立文失去了联系。也致使陈远豪于 1993 年用深圳 B 股帐号 202395 申购的蛇口招商港 B 股股票长期无法交易,也无法过户到陈远豪的名下。因此,陈远豪于 2010 年 3 月 16 日向深圳市福田区人民法院提起民事诉讼,请求法院依法裁定以金立文的公司 NEWWORLD ENTERPRISES 名义开户的深圳 B 股帐号 202395 帐户于 1993 年在蛇口招商港首次公开发行 B 股(股票代码:200024)时申购的 8000 股 B 股及其历年分红派息所产生的分红股票、转增股票、分红资金与利息全部属于陈远豪所有并且过户到陈远豪的名下。为了取得金立文在开立 B 股 202395 帐户时所提交给证券登记结算深圳分公司的原始开户签名资料、身份证信息等资料,陈远豪曾多次前往证券登记结算深圳分公司要求其依法向法院提供深圳 B 股帐号 202395 具有开户人签名的原始开户申请登记资料、法人授权开户的委托书、申请人之营业执照或身份证(或

护照) 复印副本资料。深圳市福田区人民法院取证人员于 2010 年 11 月 4 日专程前往证券登记结算深圳分公司对 B 股帐号 202395 的原始开户登记资料进行查询取证, 但是证券登记结算深圳分公司却没有向法院取证人员提供 B 股帐号 202395 在开立该帐户时所提交给证券登记结算深圳分公司的任何原始开户登记资料信息。致使深圳市福田区人民法院因缺乏上述原始开户登记签名资料及身份证信息资料, 无法认定 NEWWORLDENTERPRISES 公司开户的 B 股帐户系金立文开立, 从而造成陈远豪的合理合法的诉讼请求因证券登记结算深圳分公司没有依法履行应尽的法律职责而被驳回。2、完好地保存深圳 B 股帐户 202395 的原始开户资料及向人民法院提供原始开户资料信息也是证券登记结算深圳分公司应尽的法律职责与义务。证券登记结算深圳分公司没有履行上述法律职责与义务, 应当承担法律赔偿责任, 向陈远豪赔偿经济损失。(1) 根据证券登记结算深圳分公司自己颁布的《深圳证券登记有限公司关于深圳市人民币特种股票登记暂行规则》有关 B 股投资者开户资料的规定以及证券登记结算深圳分公司于 1993 年 4 月 7 日向金立文出具的 B 股帐号 202395 的“深圳市人民币特种股票帐户确认书”的事实, 充分证明证券登记结算深圳分公司保管有 B 股 202395 帐户投资者提供的姓名(或名称)、持股数目、身份证号码(或商业注册登记号码)、国籍(或注册地)、通讯地址及联系电话等详细资料。(2) 蛇口招商港务股份有限公司于 1993 年 3 月 3 日公开发布的“蛇口招商港务股份有限公司 B 股招股说明书概要”的规定也说明证券登记结算深圳分公司应当保存有金立文认购招商港 B 股时所提交的上述签名申请资料信息、缴款资料信息及身份证明资料信息。(3) 根据 2006 年 4 月 7 日中国证券监督管理委员会令第 29 号公布的《证券登记结算管理办法》第八条、第十四条、第二十一条的规定, 涉案深圳 B 股 202395 帐户开户及所购股票时间均发生在 1993 年 4 月, 均属于“开户资料保管期限不得少于 20 年”的法定期限之内。因此, 证券登记结算深圳分公司对金立文在开立深圳 B 股 202395 帐户时所提供给证券登记结算深圳分公司的具有签名的开户申请文件、法人代表授权开户的委托书、身份证明文件、以及认购招商港 B 股时所提交的其他原始开户资料应当妥善保管, 并应当将 B 股 202395 的上述原始开户登记资料全部完整地提供给审理该案的人民法院。综上, 陈远豪认为证券登记结算深圳分公司依法向人民法院及时完整提供深圳 B 股 202395 帐户具有投资者签名的原始开户登记资料信息是证券登记结算深圳分公司应尽的法律职责与义务。请求: 1、判令证券登记结算深圳分公司按照《深圳证券登记有限公司关于深圳市人民币特种股票登记暂行规则》第九条、第十条的规定立即向陈远豪及(2010)深福法民二初字第 5492 号民事上诉案件的深圳市中级人民法院提供深圳 B 股帐号 202395 的下列开户资料: ①具有开户人签名的开户申请表; ②开户公司 NEWWORLDENTERPRISES 的商业登记证及地址、电话、传真信息资料; ③用于 NEWWORLDENTERPRISES 公司开户的法人代表签名的授权委托书; ④开户经办人的身份证复印件及其他开户信息资料。如果证券登记结算深圳分公司不履行上述法律职责与义务, 判令证券登记结算深圳分公司向陈远豪赔偿由此而产生的全部经济损失。2、判令证券登记结算深圳分公司因在(2010)深福法民二初字第 5492 号一审期间没有依法向福田区人民法院提供深圳 B 股 202395 帐户的原始开户登记资料信息而给陈远豪造成的 5800 元上诉费损失承担全额赔偿责任, 即判令证券登记结算深圳分公司赔偿陈远豪诉讼费损失 5800 元人民币。3、判令诉讼费由证券登记结算深圳分公司承担。

证券登记结算深圳分公司在原审答辩称: 1、陈远豪不是 B 股 202395 帐户的合法持有人, 也无相关合法授权, 无权要求我方向其提供该帐户的相关资料。陈远豪诉请我方提供 B 股 202395 帐户、帐户名称为 NEWWORLDENTERPRISES 的相关证券帐户资料, 我方认为此请求没有任何法律依据。首先根据《深圳市人民币特种股票管理暂行办法》第二条的规定以及《国家外汇管理局关于境内居民个人投资境内上市外资股的决定》第二条及相关规定, 2001 年之前只有境外居民才有资格开立 B 股帐户、从事 B 股投资, 而境内居民不具备 B 股开户资格。陈远豪提供的证据显示 NEWWORLDENTERPRISES 的开户时间为 1993 年, 陈远豪在当时没

有开立 B 股帐户的合法资格，不可能成为该帐户的合法持有人。其次，没有任何证据证明陈远豪取得 202395 帐户开户人 NEWWORLDENTERPRISES 的合法授权，陈远豪称其于 1993 年委托金立文与 NEWWORLDENTERPRISES 公司为其代开 B 股帐户，但是在其提供的深圳公证处出具的公证书中，则写明金立文委托陈远豪在 1997 年 8 月 15 日至 1999 年 8 月 15 日期间代开 B 股帐户及管理相应股票事宜，两者在委托代理主体和委托代理时间上都自相矛盾。此外，陈远豪所提供的其他证据均为单纯的手写收款凭证，无法证明其款项的具体用途，更不能成为证明委托开户投资事项的证据。2、202395 帐户开户资料是否提供与陈远豪诉称的损失无直接因果关系。陈远豪所诉称的损失主要是由于陈远豪自己不能提供证明其与 NEWWORLDENTERPRISES 公司存在开户委托关系导致确权失败造成。3、我方已按相关规定履行帐户资料登记责任与义务。开户的原始资料是留存在代理登记银行的，我方仅根据代理银行提供的数据资料，将投资者信息记录在系统中，我方已将系统中相应的数据信息提供给深圳市福田区人民法院，履行了协助义务。

第三人金立文在原审未应诉，也未答辩。

原审审理查明：1993 年 3 月 18 日，深圳证券登记有限公司向金立文出具《深圳市人民币特种股票帐户确认书》，确认其人民币特种股票帐户为 201394。1993 年 4 月 7 日，深圳证券登记有限公司向案外人 NEWWORLDENTERPRISES 出具《深圳市人民币特种股票帐户确认书》，确认其人民币特种股票帐户为 202395，同时记载该公司注册号为 10650916。1993 年 5 月 19 日至 1993 年 9 月 8 日其间，案外人王泰玮向陈远豪收取款项 6 次，并出具收条。1997 年 8 月 15 日，金立文向陈远豪出具《委托书》，载明：现委托陈远豪为代理人，并以金立文的名义在代理期限 1997 年 8 月 15 日至 1999 年 8 月 15 日内，办理如下事项：1、代办 B 种股票开户事宜；2、购买深圳市人民币特种股票（即 B 种股票），购买价格由代理人根据当时股票市场行情自行决定；3、管理股票，领取红利、办理配股、扩股等手续；4、依法转让股票并办理过户手续，转让价格由代理人根据当时股票市场行情自行决定；5、支付税款及手续费；6、支配并在境内提取买卖 B 种股票的全部款项。上述委托书当日由深圳市公证处出具《公证书》予以公证。

陈远豪于 2010 年 3 月 16 日向广东省深圳市福田区人民法院起诉金立文，案由为证券纠纷，案号为（2010）深福法民二初字第 5492 号。诉讼请求为：判令以金立文公司 newworldenterprises 名义开户的深圳 B 股帐户 202395 内的股票及历年分红股票、转增股票、分红资金及利息全部属于陈远豪，并通知深圳证券登记有限公司及托管该股票的香港新鸿基投资服务有限公司将上述帐户过户到陈远豪名下。深圳市福田区人民法院查明：陈远豪提供香港商业登记署登记文件显示的公司名称为“newworldenterprise”，商业登记号码为 34204357，与涉案开立 B 种股票帐户的公司名称相差一个英文字母；该院向案外人王泰玮调查关于其收取款项的事实，案外人王泰玮承认曾代金立文向陈远豪收款，但款项具体用途并不清楚。深圳市福田区人民法院判决驳回陈远豪的诉讼请求。陈远豪向原审法院上诉，原审法院确认深圳市福田区人民法院查明的事实属实，并作出（2012）深中法涉外终字第 26 号判决，驳回上诉，维持原判。

另查明：陈远豪称已无法联系到金立文，而 NEWWORLDENTERPRISES 在 1997 年以前就注销了，香港商业登记署不保存注销 10 年以上公司的资料，故陈远豪无法提供其主体注册登记资料。原审法院通过本院委托香港特别行政区高等法院按照陈远豪提供的地址和联系方式向金立文送达涉案法律文书，结果显示为不能送达。

又查明：1990 年 9 月 26 日，深圳证券登记有限公司成立。1995 年 9 月 22 日，深圳证券登记有限公司改组后变更名称为深圳证券结算有限公司。2001 年 3 月 30 日，中国证券登记结算有限责任公司成立。2001 年 9 月 21 日，中国证券登记结算有限公司成立深圳分公司，承受原深圳证券结算有限公司的权利义务。

以上事实，有《深圳市人民币特种股票帐户确认书》、收条、《公证书》、商业登记证、民事判决书、协助查询通知书回执、购买股票的相关证据等证据及涉案庭审笔录证实，足以认定。原审认为：本案为涉港纠纷，证券登记结算深圳分公司住所地在深圳市，纠纷亦发生在广东省深圳市，因此原审法院对案件享有管辖权。涉案应适用最密切联系的法律即中华人民共和国法律。陈远豪请求证券登记结算深圳分公司提供 NEWWORLDENTERPRISES 的 202395 人民币特种股票帐户相关开户资料并承担不能提供的赔偿责任。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。原审法院认为：1、202395 人民币特种股票帐户系以 NEWWORLDENTERPRISES 的名义开立，陈远豪不能证明其涉案请求得到了权利人 NEWWORLDENTERPRISES 的授权同意或与权利人之间有相关的约定。2、陈远豪提交了一份经公证的金立文的《委托书》，内容为金立文授权陈远豪代理相关操作股票事宜。但 NEWWORLDENTERPRISES 与金立文在法律上是各自独立的民事主体，各自独立享有民事权利、承担民事义务，NEWWORLDENTERPRISES 是该股票帐户的权利人，陈远豪不能证明该金立文的授权得到了 NEWWORLDENTERPRISES 的同意，而且该金立文的授权早在 1999 年 8 月 15 日就已到期。3、陈远豪主张该股票帐户是其委托金立文开立，资金由其提供，并提交了收条等证据。但上述证据只能证明陈远豪可能与金立文之间有债权债务关系，并不能支持其涉讼主张，陈远豪可另循法律途径解决其与金立文之间的债权债务纠纷。综上，陈远豪不是涉案股票帐户的权利人，亦不能举证证明其对涉案股票帐户有其他的合法权利，应承担举证不能的不利后果。陈远豪在深圳市福田区人民法院另案提起诉讼被驳回诉讼请求是由于其举证不能所造成，相关诉讼费应由其自行承担，陈远豪的诉讼请求缺乏事实和法律依据，不予支持。原审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，于 2012 年 11 月 13 日作出（2011）深中法民四初字第 271 号民事判决：驳回陈远豪的诉讼请求。案件受理费人民币 50 元，由陈远豪负担。

宣判后，陈远豪不服，向本院提起上诉称：1、原审判决认定涉案 202395 人民币特种股票帐户系以 NEWWORLDENTERPRISES 公司的名义开立，陈远豪不能证明其请求得到了权利人 NEWWORLDENTERPRISES 的授权同意或与权利人之间有相关的约定明显错误，也与证券登记结算深圳分公司是否应该向调查取证的深圳市福田区人民法院提供涉案 B 股 201395 帐号的开户档案资料的诉讼请求无关。陈远豪依法要求证券登记结算深圳分公司向人民法院提供涉案 B 股帐号 201395 的开户原始资料，具有充分的证据、理由及事实的支持。（1）陈远豪已提交深圳 B 股帐户 202395 确认书以及花旗银行出具的 B 股帐户 202395 “申购蛇口招商港 B 股的股权凭证原件”。证券登记结算深圳分公司与花旗银行已全部确认该证据真实性、合法性、有效性。因此，证券登记结算深圳分公司对其出具的“深圳 B 股帐户 202395 确认书”和其登记在册的 202395 帐号的 B 股的开户申请表等开户资料负有向调查取证的人民法院提供帐户档案资料的法律责任。（2）陈远豪提交的金立文代购金田 B 股的新华银行支票、金立文代购金田 B 股的申请表（表格编号 08045）充分证实开设 B 股帐号 202395 的 NEWWORLDENTERPRISES 公司是金立文开立的独资公司。（3）陈远豪提交的收款收据、金立文签写的将余款汇给陈远豪的电汇申请表、金立文书写的为陈远豪代购 B 股的资金与股票结算表、文书司法鉴定意见书充分证实购买涉案 B 股 202395 帐号中的股票的资金全部系陈远豪投入的资金。（4）陈远豪提交的委托公证书、NEWWORLDENTERPRISES 商业登记证、金立文的身份证复印件等证据，充分证实金立文拥有对 B 股 202395 帐号中的股票的买卖交易权、股票卖出资金的处置权以及授权委托陈远豪代其买卖、处置该帐户上的股票的权利，即证实了陈远豪的诉讼请求得到了 NEWWORLDENTERPRISES 公司法定代表人金立文的授权约定。2、原审判决其他几项认定也完全错误，且与证券登记结算深圳分公司是否应该向调查取证的深圳市福田区人民法院提供涉案 B 股 201395 帐号的开户档案资料的诉请无关。3、证券登记结算深圳分公司是深圳市 B 股的法定登记机构，也是涉案 B 股 201395 帐号的实际开户登记人

及开户申请资料的实际收取人、保管人，具有依法提供 B 股 201395 帐号的开户申请表等签名信息原始档案资料的法定职责和实际提供的能力。证券登记结算深圳分公司委托的开户代理机构花旗银行也同时保管有涉案 B 股 202395 帐号的开户申请、申购 B 股的银行本票（支票）资料。证券登记结算深圳分公司也可以向其代理机构花旗银行调取涉案 B 股 202395 帐号的开户资料。为此，请求：1、撤销原审判决，支持陈远豪的全部诉讼请求；2、判令诉讼费由证券登记结算深圳分公司承担。

证券登记结算深圳分公司当庭口头答辩称：1、陈远豪不是 B 股 202395 账户的合法持有人，也无相关合法授权，无权要求证券登记结算深圳分公司向其提供该账户的相关资料。陈远豪诉请向其提供 B 股账户 202395 的名称为 NEWWORLDENTERPRISES 的相关证券账户资料。由于陈远豪既不能证明其为合法的 B 股开户人，也不能证明其取得了开户人 NEWWORLDENTERPRISES 公司的合法授权，更无其他法定正当理由，证券登记结算深圳分公司基于上述规定以及法律赋予的职权，有权拒绝陈远豪提出的要求提供 NEWWORLDENTERPRISES 公司 B 股账户相关开户资料的请求。2、202395 账户开户资料与陈远豪诉称的损失无直接因果关系。证券账户是记载账户持有人证券持有及变更的权利凭证，同时也是记载着账户持有人的基本信息资料。与陈远豪所诉称的另案诉讼费用损失毫无关系。该诉讼费用损失主要是由于陈远豪自己不能提供证据证明其与 NEWWORLDENTERPRISES 公司存在开户委托关系，从而最终确权之诉败诉造成的。3、证券登记结算深圳分公司已按相关规定履行股票账户资料登记责任。在公司系统中，对 NEWWORLDENTERPRISES 公司的相关证券信息资料均有记载，包括证券账户号码、持有人名称、证件号码、国籍、通讯地址、持股数目等。对于陈远豪当庭补充提出的要求证券登记结算深圳分公司调查开户资金来源和用途，不是我司的法定职责。对陈远豪提出的以法人消灭来办理过户手续，并要求我方去进行调查，不符合法律规定。基于以上的事实与理由，证券登记结算深圳分公司认为原审认定事实清楚，证据充分，适用法律正确，程序合法。请求驳回陈远豪的诉讼请求，依法维持原判。

原审第三人金立文经合法传唤未出庭，也未提交书面答辩意见。

本院经审理查明：原审查明事实属实，本院依法予以确认。

另查明：陈远豪于 2011 年 3 月 16 日向广东省深圳市福田区人民法院起诉证券登记结算深圳分公司请求其提供深圳 B 股帐号 202395 的开户原始资料。深圳市福田区人民法院于 2011 年 5 月 6 日根据最高人民法院《关于中国证券登记结算有限公司履行职能相关的诉讼案件指定管辖问题的通知》以有关中国证券登记结算有限责任公司或其分支机构进行证券登记、存管、结算业务引发的诉讼，应由该机构所在地的中级人民法院管辖为由，以（2011）深福法民二初字第 1572 号民事裁定书，裁定将案件移送广东省深圳市中级人民法院审理。

陈远豪于 2010 年 3 月 16 日向广东省深圳市福田区人民法院起诉金立文，请求以金立文公司 NEWWORLDENTERPRISES 名义开立的深圳 B 股 202395 账户的股票及其历年分红权益全部属于陈远豪所有，并通知相关机构将股票账户过户到陈远豪名下。经深圳市福田区人民法院一审和深圳市中级人民法院二审，作出驳回陈远豪诉讼请求的判决，同时判决陈远豪承担二审案件上诉费 5800 元。

深圳市福田区人民法院在审理陈远豪诉金立文证券纠纷一案中，深圳市福田区人民法院向证券登记结算深圳分公司查询 NEWWORLDENTERPRISES 公司开户时提供的资料。证券登记结算深圳分公司答复法院，根据当时的政策规定，办理 B 种股票账户，只需外资银行提供相应账户及文件，由该外资银行向其申请即可，故相应资料应向委托开户银行查询，但 NEWWORLDENTERPRISES 公司具体开户银行不详。

本院认为：本案原审第三人金立文为香港特别行政区居民，陈远豪与证券登记结算深圳分公司、金立文产生证券纠纷，故本案属涉港证券纠纷。当事人各方对原审法院行使管辖权和以

中华人民共和国法律作为处理双方实体争议的准据法均没有提出异议，本院依法对此予以确认。

根据陈远豪的上诉和证券登记结算深圳分公司的答辩意见，归纳本案双方的争议焦点为：证券登记结算深圳分公司是否应向陈远豪或原审法院提供深圳 B 股账户 202395 的原始开户登记资料；证券登记结算深圳分公司是否应赔偿陈远豪另案诉讼费损失 5800 元。

（一）关于证券登记结算深圳分公司是否应向陈远豪或原审法院提供深圳 B 股账户 202395 的原始开户登记资料的问题。虽然陈远豪持有深圳 B 股账户 202395 所有权人资料，但账户 202395 登记的权利人为 NEWWORLDENTERPRISES 公司，并非陈远豪本人。除非陈远豪能够证明 NEWWORLDENTERPRISES 公司委托其向证券登记结算深圳分公司查询该账户相关资料。尽管陈远豪提供有 1997 年 8 月 15 日金立文向其出具的《委托书》，但该《委托书》中的委托人是金立文，而不是 NEWWORLDENTERPRISES 公司，且陈远豪提供的证据无法证明 NEWWORLDENTERPRISES 公司是金立文的个人独资公司；其次，该《委托书》内容并没有包含查询深圳 B 股 202395 账户原始资料这一事项且委托期限自 1997 年 8 月 15 日至 1999 年 8 月 15 日截止。在陈远豪没有提供其与 NEWWORLDENTERPRISES 公司存在委托关系的情况下，证券登记结算深圳分公司未向其提供有关深圳 B 股 202395 账户的原始登记资料并不违反法律规定。陈远豪上诉认为其持有深圳 B 股账户的登记资料、购买股票资金的证据以及金立文的《委托书》，可以证明其是深圳 B 股账户的所有权人，有权请求证券登记结算深圳分公司提供账户资料。经查，证券登记结算深圳分公司作为深圳市 B 种股票的法定登记结构，其向 NEWWORLDENTERPRISES 公司出具的《股票确认书》，是股票账户所有权人的公示方式，从登记人即可推定该股票账户权利人。但登记的权利人是否为真正的权利人，证券登记结算深圳分公司无权审查，该法律关系也与陈远豪要求提供股票账户资料的申请分属不同的法律关系。因此，陈远豪以此理由请求证券登记结算深圳分公司提供深圳 B 股 202395 账户的原始登记资料于法无据，本院亦不予支持。

对于陈远豪上诉提出由于证券登记结算深圳分公司未向深圳市福田区人民法院提供深圳 B 股 202395 账户的原始登记资料，导致其诉讼败诉，故证券登记结算深圳分公司应向广东省深圳市中级人民法院提交深圳 B 股 202395 账户的原始登记资料的问题。在陈远豪诉金立文要求确认深圳 B 股 202395 账户为其所有的证券纠纷案件中，深圳市福田区人民法院向证券登记结算深圳分公司查询 NEWWORLDENTERPRISES 公司开立 202395 账户的原始登记资料。根据《中华人民共和国证券法》和《证券登记结算管理办法》的规定，证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、存管与结算服务，不以营利为目的的法人。证券登记结算机构应履行的职能包括有证券账户、结算账户的设立；证券持有人名册登记及权益登记；办理有关业务的查询。因此，妥善保管证券账户登记原始资料、文件及接受有关查询是证券登记结算机构应尽的职责。证券登记结算深圳分公司在 1993 年 4 月 7 日向 NEWWORLDENTERPRISES 公司出具《深圳市人民币特种股票账户确认书》，确认 NEWWORLDENTERPRISES 公司的人民币特种股票账户为 202395。故证券登记结算深圳分公司作为深圳市人民币特种股票的服务管理机构，应当保管有讼争股票账户 202395 的原始登记资料。《证券登记结算管理办法》同时也规定，证券登记结算机构及其工作人员依法对与证券登记结算业务有关的数据和资料负有保密义务。对与证券登记结算业务有关的数据和资料，证券登记结算机构应当拒绝查询。但具备下列情形的，证券登记结算机构应当办理。证券持有人查询其本人的有关证券资料，人民法院、人民检察院、公安机关和中国证监会依照法定的条件和程序进行查询和取证。深圳市福田区人民法院向证券登记结算深圳分公司调查股票账户 202395 开户的原始资料，但证券登记结算深圳分公司以该资料在委托开户行为由，未向深圳市福田区人民法院提供，当事人可另循途径解决。综上，陈远豪上诉要求证券登记结算深圳分公司提供深圳 B 股 202395 账户原始登记资料的理由均不成立，本院予以驳回。原审对此认定恰当，本院予以维持。

(二)关于证券登记结算深圳分公司是否应赔偿陈远豪另案诉讼费损失 5800 元。由于该 5800 元费用的产生系陈远豪诉金立文证券纠纷一案,深圳市福田区人民法院与深圳市中级人民法院均驳回陈远豪诉讼请求,陈远豪所应承担的诉讼费用。陈远豪上诉认为由于证券登记结算深圳分公司在深圳市福田区人民法院审理案件过程中,对深圳市福田区人民法院查询 NEWWORLDENTERPRISES 公司开立 B 股 202395 账户的原始登记资料没有如实提供,导致其承担败诉责任,造成 5800 元的诉讼费损失。证券登记结算深圳分公司对此损失应承担赔偿责任。经查,陈远豪所主张的另一案件的诉讼费损失,与证券登记结算深圳分公司应提供的深圳 B 股 202395 账户原始资料之间没有必然的因果关系。深圳 B 股 202395 账户原始资料仅是陈远豪诉金立文证券纠纷案件中的其中一项证据,该证据的取得与法院是否支持陈远豪的诉求不具有唯一因果关系。因此,陈远豪上诉要求证券登记结算深圳分公司承担该费用依据不充分,本院不予支持。

综上,原审认定事实清楚,适用法律正确,处理结果恰当。陈远豪提出上诉请求及理由均不成立,本院予以驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(一)项的规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

二审案件受理费共人民币 50 元,由上诉人陈远豪负担。

本判决为终审判决。

审判长 刘涵平

代理审判员 焦小丁

代理审判员 王芳

二〇一三年十一月七日

书记员 李俊松

成都高投创业投资有限公司与成都新方向科技发展有限公司 股权转让纠纷一审民事判决书

成都高新技术产业开发区人民法院

民事判决书

(2015)高新民初字第 4976 号

原告：成都高投创业投资有限公司，住所地：成都高新区锦城大道 539 号盈创动力大厦 A 座 5 楼。

法定代表人：黄光耀，该公司董事长。

委托诉讼代理人：李文，四川福瑞斯律师事务所律师。

委托诉讼代理人：罗逸，四川福瑞斯律师事务所律师。

被告：成都新方向科技发展有限公司，住所地：成都高新区天府大道北段 1480 号 6 栋。

法定代表人：向生建，该公司董事长。

委托诉讼代理人：黄明建，四川君合律师事务所律师。

委托诉讼代理人：柴真亮，四川君合律师事务所律师。

原告成都高投创业投资有限公司（以下简称成都高投公司）与被告成都新方向科技发展有限公司（以下简称成都新方向公司）股权转让纠纷一案，本院于 2015 年 7 月 15 日立案后，依法适用普通程序，组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告成都高投公司的委托诉讼代理人李文、罗逸，被告成都新方向公司的委托诉讼代理人黄明建到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告成都高投公司向本院提出诉讼请求：1. 判令被告支付原告股权转让价款本金 780 万元，从 2009 年 4 月 21 日起至付清为止期间的利息暂计为 507 万元（自 2009 年 4 月 21 日起暂时计算至 2015 年 10 月 21 日止期间六年零六个月的利息，按年息 10% 计算），股权转让价款本金、利息合计暂计为人民币 1287 万元；2. 案件的诉讼费用、律师费用由被告全部承担。

事实和理由：原告与被告均为四川久远新方向智能科技公司（以下简称四川新方向公司）的股东。2009 年 4 月 8 日，原告与四川新方向公司签订《增资协议》，约定原告向四川新方向公司出资 780 万元，成为四川新方向公司的股东，2009 年 4 月 21 日，原告依照约定向四川新方向公司缴存出资 780 万元，并经会计师事务所出具验资报告予以确认，原告遂正式成为四川新方向公司的股东。与此同时，原告与被告在 2009 年 3 月 4 日签署《投资合作协议》，约定原告成为四川新方向公司的股东，当出现四川新方向公司不能在 2012 年 3 月 31 日前，向中国证监会报送首次公开发行股票并上市申请材料等情形时，被告必须按照 780 万元的出资成本及 10% 的年息，回购原告所持有的四川新方向公司的所有股权。2012 年 12 月 17 日，原告与被告再次签署《投资合作补充协议》，约定当出现四川新方向公司不能在 2015 年 12 月 31 日前，向中国证监会报送首次公开发行股票并上市申请材料（中小板或创业板或其他资本市场）等情形时，被告即构成违约，被告必须按照 780 万元的出资成本及 10% 的年息，回购原告所持有的四川新方向公司的所有股权。目前，2015 年已时间过半，任务过半，根据《首次公开发行股票并上市管理办法》、《首次公开发行股票并在创业板上市管理办法》，原告认为四川新方向公司已经无法完成协议约定的条件，即在 2015 年 12 月 31 日之前向中国证监会提交 IPO 申请。因目前四川新方向公司为有限责任公司，不符合 IPO 申请主体的条件，且四川新方向公司目前存在重大股权纠纷，公司的股东通联资本管理有限公司、上海复新股权投资基金合伙企业（有限合伙）、北京浩洋投资基金管理有限公司等均以公司业绩未达到预期为由，起诉被告要求履行回购义务。其中，北京浩洋在北京市海淀区人民法院提起诉讼、上海复新、上海邦明和通联资本在成都市中级人民法院提起诉讼。四川新方向公司不符合首发办法

和创业板首发办法所要求的发行人股权结构清晰的要求。四川新方向公司存在盈利能力不确定，财务核算存在较大问题，其在 2015 年 12 月 31 日之前向中国证监会提交 IPO 申请材料已不可能，故依照原告与被告于 2012 年 12 月 17 日签订的《投资合作补充协议》之约定，被告必须按照 780 万元的出资成本及 10% 的年息，回购原告所持有的四川新方向公司的所有股权，故原告诉至法院。

被告成都新方向公司辩称，本案中原告的主张无事实依据和法律依据，依法应予驳回。1、原、被告双方签订的《投资合作协议》已经解除，《投资合作补充协议》中涉及股权回购的条款违反了《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》的规定，属于无效约定。同时股权回购约定违反了《公司法》对于股东责任的强制性规定，属于《合同法》第五十二条第（四）项规定的无效情形。原告主张的回购约定实质上是保证无风险绝对收益的保底条款，是原告利用股东身份、滥用股东权利从事的违法获利行为，且该行为有损公司及其他股东的利益，所以该回购约定属于违反强制性规定的无效约定。2、原告要求被告回购的股权属于国有产权，原告仅依据回购约定向被告主张股权回购，未获得国资委批准，该股权也未经过依法评估，不符合规定。3、原告与被告尚未就股权转让达成一致意见，上海有方德瑞投资管理中心（有限合伙）、通联资本管理有限公司等公司其他股东也未就原告主张回购的股权放弃优先购买权，且其他股东明确表示未经全体股东会一致同意，不得进行任何股权回购。4、原被告双方未就股权回购的付款及办理工商变更登记的先后顺序进行约定，且至今也未办理任何转移手续，原告直接要求被告支付转让价款，不符合约定与交易习惯，同时将损害其他股东的利益，在原告未完成股权过户变更登记被告享有先履行抗辩权。5、被告已经向原告支付投资利润 130 万元，且依据双方约定，即便发生股权回购情形时，原告应当以 130 万元为基数计算资金利息，相应扣减被告应当支付的款项，而原告的诉讼请求数额并未扣减上述款项。原告与被告签订的《投资合作补充协议》第三条约定，原告在获取公司分红款时或在转让公司股权时，优先偿还被告 2009 年 12 月 10 日和 2010 年 12 月 23 日分别向原告支付的 52 万元和 78 万元，并按照 10% 的年利率计算利息。

经审理查明，2009 年 4 月 8 日，四川新方向公司与成都高新创新投资有限公司签订《增资协议》1 份，约定，成都高新创新投资有限公司自本协议生效之日起十日内向四川新方向公司指定账户缴存 780 万元，全部作为其对四川新方向公司的出资，成都高新创新投资有限公司依本协议出资方式，在办理所有必须的手续后，取得相应的四川新方向公司的股权。四川新方向公司变更登记后，成都高新创新投资有限公司作为股东载入四川新方向公司的股权名册，享有股东权利，并承担相应义务。增资后四川新方向公司有成都新方向公司、成都高新创新投资有限公司、四川久远投资控股集团有限公司等三名股东，其中成都新方向公司、成都高新创新投资有限公司、四川久远投资控股集团有限公司的出资额分别为 2925 万元、780 万元、75 万元，分别占四川新方向公司增资后注册总资本的 77.38%、20.64%、1.98%。经四川新方向公司现有股东的一致同意，成都高新创新投资有限公司履行本协议项下的出资义务后，有权按出资比例享有四川新方向公司的全部所有者权益。协议签订后，2009 年 4 月 21 日，成都高新创新投资有限公司向四川新方向公司转账 780 万元。四川普信会计师事务所有限公司对该注册资本出具验资报告予以确认。4 月 28 日四川新方向公司的公司章程修正案确认了成都高新创新投资有限公司的持股比例为 20.64%，实缴出资额 780 万元，成都高新创新投资有限公司正式成为四川新方向公司的股东。

2009 年 3 月 4 日，成都高新创新投资有限公司与成都新方向公司签订《投资合作协议》1 份，约定，鉴于成都高新创新投资有限公司与四川新方向公司签订的增资扩股协议，成都高新创新投资有限公司对四川新方向公司增资 780 万元，双方达成如下协议：如果出现下列情形，在法律无限制性规定的情况下，成都高新创新投资有限公司有权要求成都新方向公司以四川新方向公司当月末评估后的公司净资产价格与成都高新创新投资有限公司的出资成本

780 万元加 10% 的年息（不足一年的部分，按月计算单利）的价格中较高者购回其在四川新方向公司持有的所有股权。1、四川新方向未能在 2012 年 3 月 31 日前向中国证监会报送首次公开发行股票并上市申请材料（中小板或创业板或其他资本市场）。2、四川新方向公司当年度未完成年度经营目标的 60%（四川新方向公司未来三年的经营目标具体为：2009 年净利润 1500 万元，2010 年净利润 2500 万元，2011 年净利润 3500 万元）。成都新方向公司同意严格按照上述承诺履行限期强制回购义务，否则应向成都高投公司承担违约责任。

2010 年 12 月 9 日，成都高新创新投资有限公司经工商核准变更为成都高投公司。

2012 年 12 月 17 日，成都高投公司与成都新方向公司签订《投资合作补充协议》1 份，双方约定，自本协议签署之日起，解除双方于 2009 年 3 月 4 日签署的《投资合作协议》，如果出现下列情形之一，在法律无限制性规定的情况下，成都高投公司有权要求成都新方向公司以四川新方向公司当月未经评估的净资产价格与成都高投公司的出资成本 780 万元加 10% 的年息（不足一年的部分，按月计算单利）的价格中较高者购回成都高投公司在四川新方向公司持有的全部股权。1、四川新方向未能在 2015 年 12 月 31 日前向中国证监会报送首次公开发行股票并上市申请材料（中小板或创业板或其他资本市场）；2、四川新方向公司向法定监管部门或证券交易所提交的公开发行股票并上市申请被否决，或四川新方向公司主动撤回了向法定监管部门或证券交易所提交的公开发行股票并上市申请材料的。但若因成都高投公司行为给四川新方向公司 IPO 带来障碍或不可抗力影响导致前述情况发生的情况除外。同时约定，四川新方向公司于 2009 年 12 月 10 日和 2010 年 12 月 23 日向成都高投公司分别支付了 52 万元和 78 万元，该款项名为管理咨询服务费，实为成都高投公司要求成都新方向公司代四川新方向公司对其优先和独自分配的现金红利。成都高投公司确认，在本协议生效后，成都高投公司在获取四川新方向公司的分红款时或成都高投公司在转让四川新方向公司股权时，优先偿还成都新方向公司 2009 年 12 月 10 日和 2010 年 12 月 23 日分别对成都高投公司支付的 52 万元和 78 万元的款项，并按 10% 的年利率计算利息（单利：不足一年的部分，按月计算）。2012 年 7 月四川新方向公司的公司章程修正案显示，成都高投公司在四川新方向公司持股 9.17%，四川新方向公司股东有通联资本管理有限公司、上海复新股权投资基金合伙企业（有限合伙）、北京浩洋投资基金管理有限公司等。四川新方向公司章程第 16 条载明：股东之间可以相互转让其全部出资或者部分出资，转让后，转让人和受让人应向股东会报告，并办理相关手续。

2014 年，成都高投公司向四川新方向公司出具告知函，告知提示四川新方向公司未经全体股东一致同意，四川新方向公司的控股股东或实际控制人不得向四川新方向公司借款，也不得以任何形式与其他股东私自达成股权回购协议，并支付股权回购款，并请四川新方向公司在 2014 年 12 月内拿出重组实施方案、计划和推进时间表，并在 2015 年上半年内完成公司重组。

2015 年 7 月 6 日，成都高投公司与四川福瑞斯律师事务所就该案事宜签订《委托合同》1 份，约定成都高投公司一次性向四川福瑞斯律师事务所缴纳本案一审律师代理费 27000 元，案件办理完后支付余下费用 18000 元。2015 年 7 月 9 日，四川福瑞斯律师事务所出具增值税发票两张共计金额 27000 元。

审理中，原告成都高投公司向本院递交《承诺书》，同意在被告成都新方向公司向其支付股权转让款后，在 6 个月内配合办理涉案股权的工商变更登记手续。

上述事实，有原、被告的庭审陈述，《增资协议》、《投资合作协议》、《投资合作补充协议》、交通银行进账单（回单）、《验资报告》、《四川久远新方向智能科技有限公司》、《告知函》、《委托合同》、增值税发票、《承诺书》等证据在案为证，上述证据具有真实性、合法性及与本案事实的关联性，本院依法予以确认。

被告成都新方向公司在庭审中举示了 2015 年 1 月 4 日通联资本管理有限公司出具的告知函与 2015 年 1 月 19 日上海有方德瑞投资管理中心出具的告知函，拟证明四川新方向公司的股东不同意回购股权，该证据系案外人与四川新方向公司之间的联系函件，缺乏与本案事实的关联性，本院不予采信。

本院认为，原告成都高投公司与四川新方向公司签订了《增资协议》，约定原告成都高投公司向四川新方向公司出资 780 万元，成为四川新方向公司的股东，并依约缴存出资 780 万元，经四川普信会计师事务所有限公司出具验资报告予以确认，原告成都高投公司已经成为四川新方向公司的股东。

关于股权回购条款的效力问题，首先，双方签订的《投资合作补充协议》中关于“股权回购”的条款是当事人之间根据企业未来不确定的目标是否实现对各自权利与义务所进行的一种约定，目前我国资本市场上俗称“对赌协议”。双方关于由目标公司的股东被告成都新方向公司在约定条件出现时按约定价格回购股权的约定，具有与股东之间就特定条件下的股权转让达成的合意相通的法律效果，该约定系当事人的真实、自愿的意思表示，不违反公司法的规定，不涉及公司资产的减少，不构成抽逃公司资本，不影响公司债权人的利益，应属合法有效。同时双方签订的《投资合作协议》及其补充协议中约定的股权回购的前提是四川新方向公司未在 2015 年 12 月 31 日前完成 IPO 上市或四川新方向公司的上市申请被否决或其主动撤回上市申请材料，并未约定不论盈亏按期收回本息、或按期收取固定利润等内容，故本案不属于联营合同纠纷，也不属于最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》中有关保底条款的情形，被告成都新方向公司关于《投资合作补充协议》中有关股权回购条款系保底条款应属无效的辩称意见，本院亦不予采纳。

针对股权回购条件是否已经成就的问题，根据《投资合作补充协议》第二条关于股权回购条件的约定，从四川新方向公司工商登记信息显示，四川新方向公司至今尚未完成上市公司的股份制改造，无法实现 IPO 上市，股权回购条件已经成就。被告成都新方向公司辩称原告成都高投公司要求被告成都新方向公司回购的股权属于国有产权，未经法定审批程序，回购条件不成就。本院认为，原告成都高投公司本身为国家投资企业，但其对四川新方向公司的出资则属于做为市场主体的企业对企业的股权出资、原告成都高投公司依法诉请被告成都新方向公司支付股权转让款属于原告的日常经营范围，原告成都高投公司的经营范围本身就是包括创业投资、资产管理在内，原告成都高投公司做为市场主体与被告成都新方向公司所签署的回购协议属于双方在法律规定的程序内与被告成都新方向公司的自愿约定，符合双方公司章程和有关法律规定，应当得到尊重和履行，故对被告成都新方向公司辩称回购条件不成就的意见，本院不予支持。

在股权回购条件成立的情况下，被告成都新方向公司未曾履行股权回购的义务，构成违约。被告成都新方向公司辩称在原告成都高投公司未完成股权过户变更登记的情况下，被告成都新方向公司享有先履行抗辩权。本院认为，向原告成都高投公司支付全部股权转让价款是被告成都新方向公司的主要义务，在完成向原告成都高投公司支付全部的股权转让价款后，再按照法定程序办理股权转让登记，符合法律规定。且现原告成都高投公司向本院递交《承诺书》，同意在被告成都新方向公司支付股权转让款后配合办理工商变更登记，故对被告成都新方向公司的该辩称意见，本院不予采纳。被告成都新方向公司应当向原告成都高投公司支付回购款项 780 万元及 10% 的年息。双方在《投资合作协议》及《投资合作补充协议》中未约定 10% 的年息从何时起算，但因《投资合作补充协议》解除了《投资合作协议》，故本院认为 10% 的年息应从《投资合作补充协议》签订之时即 2012 年 12 月 17 日起算为宜。

关于被告成都新方向公司向原告成都高投公司支付股权回购款时，是否应扣除被告成都新方向公司支付的 130 万元，因双方所签订的《投资合作补充协议》中对原告成都高投公司已收到被告成都新方向公司支付款项的金额、时间、性质等进行了确定，且原告成都高投公司确

认在其转让四川新方向公司股权时，优先偿还该两笔款项并按 10% 计算年息，如前所述，回购股权具有与股东之间就特定条件下的股权转让达成的合意相通的法律效果，故在被告成都新方向公司向原告成都高投公司支付股权回购款时，应当扣除双方约定优先偿还的款项。为方便计算，本院对双方款项的计息时间确定为原告成都高投公司起诉之日，即 2015 年 7 月 15 日，据此，截止该时间，被告成都新方向公司应支付的股权回购款及利息为 9808767.12 元【780 万元 + [780 万元 × 10% × ÷ 365 × (2 年 + 203 天)]】，被告成都新方向公司已付 52 万元本金及利息总额为 810915.07 元【50 万元 + [50 万元 × 10% × ÷ 365 × (5 年 + 210 天)]】，被告成都新方向公司已付 78 万元本金及利息总额为 1135594.52 元【78 万元 + [78 万元 × 10% × ÷ 365 × (4 年 + 197 天)]】，上述款项抵扣后，被告成都新方向公司应向原告成都高投公司支付的款项为 7862257.53 元 (9808767.12 元 - 810915.07 元 - 1135594.52 元)。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

一、被告成都新方向科技发展有限公司于本判决生效之日起十日内向原告成都高投创业投资有限公司支付 7862257.53 元用于受让原告成都高投创业投资有限公司持有的四川久远新方向智能科技有限公司 9.17% 的股权份额，922.31 万元股权；

二、被告成都新方向科技发展有限公司于本判决生效之日起十日内向原告成都高投创业投资有限公司支付相应的利息（计算方法为：以 650 万元为基数，按照年利率 10% 计算，从 2015 年 7 月 16 日起计算至实际付清之日止）；

三、驳回原告成都高投创业投资有限公司的其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 99020 元，由原告成都高投创业投资有限公司负担 900 元，被告成都新方向科技发展有限公司负担 98120 元，（此款原告成都高投创业投资有限公司已预交，被告成都新方向科技发展有限公司在履行上述给付义务时一并支付给原告成都高投创业投资有限公司）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于四川省高级人民法院。

审判长 梁瑛

人民陪审员 于振华

人民陪审员 常璟璞

二〇一六年十二月二十三日

书记员 冯丹

成都新方向科技发展有限公司、四川久远新方向智能科技有限公司与通联资本管理有限公司与公司有关的纠纷二审民事判决书

四川省高级人民法院
民事判决书

(2016)川民终 671 号

上诉人(原审被告): 成都新方向科技发展有限公司, 住所地: 四川省成都市高新区天府大道北段 1480 号 6 栋。

法定代表人: 向生建, 总经理。

委托诉讼代理人: 黄明建, 四川君合律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 李川东, 四川君合律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 四川久远新方向智能科技有限公司, 住所地: 四川省成都市高新区拓新东街 81 号天府软件园 C6 栋。

法定代表人: 向生建, 总经理。

委托诉讼代理人: 黄明建, 四川君合律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 李川东, 四川君合律师事务所律师。

被上诉人(原审原告): 通联资本管理有限公司, 住所地: 广东省深圳市福田区益田路江苏大厦 A 座 3701 室。

法定代表人: 赵琦, 执行董事。

委托诉讼代理人: 徐伟民, 国浩律师(杭州)律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 吴正绵, 国浩律师(杭州)律师事务所律师。

上诉人成都新方向科技发展有限公司(以下简称成都新方向公司)、上诉人四川久远新方向智能科技有限公司(以下简称四川久远公司)因与被上诉人通联资本管理有限公司(以下简称通联资本公司)与公司有关的纠纷一案, 不服四川省成都市中级人民法院(2015)成民初字第 2084 号民事判决, 向本院提起上诉。本院于 2016 年 7 月 20 日立案后, 依法组成合议庭, 并于 2016 年 8 月 23 日公开开庭进行了审理。上诉人成都新方向公司与四川久远公司共同的委托诉讼代理人黄明建、被上诉人通联资本公司的委托诉讼代理人吴正绵到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

成都新方向公司与四川久远公司以原审判决认定事实不清、适用法律错误为由, 共同提起上诉, 请求: 撤销原审判决, 依法改判驳回通联资本公司的全部诉讼请求, 本案一、二审诉讼费用由通联资本公司负担。其主要上诉理由是: 一、案涉《关于四川久远新方向智能科技有限公司之增资扩股协议》(以下简称《增资扩股协议》)第 6.1 条约定的股权回购条件明显特定且相互关联, 并随时间递进, 通联资本公司在 2014 年 4 月 30 日前, 既未行使回购权, 也未就回购权行使事宜作出任何意思表示, 已无权要求股权回购。二、即使股权回购条件成就, 通联资本公司主张的利息也过高, 依照最高人民法院《关于适用若干问题的解释(二)》第二十九条关于违约金调整条款的规定, 按照同期银行贷款利率计算利息符合我国合同法公平、诚信的原则。三、通联资本公司要求四川久远公司连带支付股权回购款及利息的依据, 系违反我国法律强制性规定的约定, 应属无效。通联资本公司依据《增资扩股协议》约定, 要求四川久远公司连带支付股权回购款及利息, 将导致四川久远公司资产不当减少, 系以股东间股权转让的合法形式掩盖股东与目标公司之间股权回购的非法目的, 该条款应属无效; 通联资本公司明知未经股东会批准, 而约定由四川久远公司对成都新方向公司提供担保, 有

违我国公司法第十六条第二款关于“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决定”的规定，其请求亦不应得到支持；且《增资扩股协议》第 4.8 条约定的是成都新方向公司对四川久远公司承担连带责任，原审法院以此认定四川久远公司对成都新方向公司承担连带责任，明显与事实不符。

通联资本公司在庭审中答辩称：一、《增资扩股协议》及相关回购条款系各方基于真实意思表示所作的投资利益安排，不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法、有效，对各方当事人具有拘束力；二、《增资扩股协议》所约定的股权回购条件已经成就，通联资本公司要求成都新方向公司回购案涉股权未超过约定时间，有权要求成都新方向公司回购；三、通联资本公司主张 15% 的年利率未超出法律允许的范围，成都新方向公司与四川久远公司要求调整回购款利息的依据不足；四、根据《增资扩股协议》第 4.8 条、第 6.2.1 条的约定，四川久远公司应对成都新方向公司的回购义务承担连带责任。我国公司法第十六条第二款属于管理性强制性规定，即使四川久远公司所提供的该担保未经股东会决议，也不影响担保的有效性，且在《增资扩股协议》签订时，通联资本公司尚不是四川久远公司的股东，主观上属于善意的第三人，其信赖利益应予以保护。请求驳回上诉，维持原判。

2015 年 6 月 23 日，通联资本公司向四川省成都市中级人民法院提起诉讼，请求判令：一、成都新方向公司向通联资本公司支付股权转让款 3000 万元，并从 2010 年 6 月 9 日起按照年利率 15% 计算利息至实际支付回购价款之日止（暂计算至 2015 年 6 月 9 日为 2250 万元）；二、本次股权回购涉及的税款由成都新方向公司承担（起诉之日暂无该项费用）；三、四川久远公司在诉讼请求第一项和第二项的范围之内与成都新方向公司承担连带责任；四、成都新方向公司和四川久远公司承担本案所有诉讼费用。

原审法院审理查明：2010 年 6 月，通联资本公司（甲方）、四川久远公司（乙方）、成都新方向公司（丙方）签订了《增资扩股协议》，约定：“1.1 本次增资方案为：乙方同意向甲方增发 1500 万股，每股认购价格 2 元，甲方共需出资人民币 3000 万元。1.2 各方同意，投资协议签署后，甲方在 5 个工作日内，将投资款项汇入乙方书面指定的账户。2.2 乙方应依照法定程序在缴足出资款后 30 个工作日内向乙方登记机关办理注册资本、股东、出资等事项的工商变更登记手续。……3.1 本次增资完成后，甲方即成为乙方新股东，按照其持股比例享有公司的权益及承担相应的风险。……4.8 乙方及丙方承诺并保证，若由于乙方及丙方的保证和承诺未全面履行而对甲方造成损失，乙方及丙方一并承诺履行赔偿义务。如乙方不能保证赔偿或无赔偿之履行能力，则由丙方对乙方一并承担连带责任，赔偿资金按以下途径执行：①成都新方向在乙方取得的分红或从其他合法渠道筹措资金的权益（现金）；②成都新方向公司资产；③成都新方向和乙方实际控制人“向生建”个人资产……6.1 当出现以下情况之一时，甲方有权要求乙方或丙方回购甲方所持有的全部乙方股份：6.1.1 甲方在 2012 年 6 月 30 日对乙方能否 IPO 上市进行独立判断，并在 2012 年 7 月 30 日前决定是否要求乙方回购甲方所持有的全部乙方股份；6.1.2 如果乙方不能在 2013 年 12 月 31 日前获得中国证监会关于乙方首次公开发行股份并上市的核准文件，该等原因包括乙方经营业绩方面不具备上市条件，或由于乙方历史沿革方面的不规范未能实现上市目标，或由于参与乙方经营的丙方存在重大过错、经营失误原因造成乙方无法上市；6.1.3 在 2013 年 12 月 31 日之前的任何时间，丙方或乙方发生股权变更而导致乙方的实际控制人发生变化；6.1.4 在 2013 年 12 月 31 日之间的任何时间，丙方或乙方明示放弃本协议项下的乙方上市安排或工作；6.1.5 甲方在 2014 年 3 月 30 日对乙方能否 IPO 上市再次进行独立判断，并在 2014 年 4 月 30 日前决定是否要求乙方或丙方回购甲方所持有的全部乙方股份。6.2 本协议项下的股份回购价格应按以下两者较高者确定：6.2.1 按照本协议第一条规定的甲方的全部投资价款 3000 万元及自从实际付款支付日起至丙方实际支付回购价款之日按年利率 15% 计算的利息，乙方及丙方承担履约连带责任；6.2.2 回购时甲方所持有的公司股权（如公司以净资产转增股本时，

包括该等股份对应的转增股本部分)所对应的公司经审计的净资产。6.3 本协议项下的股份回购均应以现金形式进行,全部股份回购款应在甲方发出书面回购要求之日起 60 日内全额支付给甲方,所涉及税收由乙方或丙方另行承担。甲方在股份回购之前从公司所收到的所有股息和红利可作为购买价格的一部分予以扣除。股份回购计算公式为:回购金额=甲方本次支付的实际出资额 $\times (1+15\% \times \text{投资月数}/12)$ -累计分红(含税)……”。《增资扩股协议》还对收益归属、目标补偿、公司治理、违约责任、争议解决等事项进行了约定。

2010 年 6 月 1 日,四川久远公司向通联资本公司发出《关于提请支付投资款的函》,提请通联资本公司将投资款人民币 3000 万元汇至四川久远公司以下账户:开户名称:四川久远公司,开户银行:中国光大银行成都天府支行,开户账号:39840188000079684。2010 年 6 月 9 日,通联资本公司将 3000 万元打入四川久远公司的上述指定账户。同日,四川久远公司出具收据,载明收到通联资本公司通过银行电汇的投资款 3000 万元。上述协议签订后,四川久远公司完成了工商变更登记手续,通联资本公司成为四川久远公司的股东。

2014 年 12 月 12 日,国浩律师(杭州)事务所接受通联资本公司委托,就要求成都新方向公司及四川久远公司回购通联资本公司持有的四川久远公司股权事宜发出《律师函》,认为依据《增资扩股协议》第六条约定,目前有关回购事项已经出现,通联资本公司有权要求四川久远公司、成都新方向公司回购通联资本公司持有的四川久远公司的股份;要求二公司在接函三十天内依法履行《增资扩股协议》约定的回购义务,如有逾期,通联资本公司将委托该所律师通过司法途径予以解决。该《律师函》于 2014 年 12 月 15 日送达给成都新方向公司和四川久远公司。

原审法院认为:通联资本公司、四川久远公司、成都新方向公司三方签订的《增资扩股协议》中关于股权回购条款的效力问题、股权回购条件是否已经成就,系本案的争议焦点。针对股权回购条款的效力问题,首先,《增资扩股协议》中关于股权回购条款模式目前普遍应用于股权投资的过程中,发生于投资方与目标公司股东或实际控制人之间,四川久远公司、成都新方向公司辩称《增资扩股协议》中有关股权回购条款是无效条款,也是保底条款,违反了最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》以及《中华人民共和国公司法》第二十条、第三十六条、第三十八条的规定,侵犯了公司其他股东和公司债权人的利益。对此,该院认为,《增资扩股协议》从形式和内容上都属于通联资本公司通过注入资金成为四川久远公司的股东,行使股东的相应权利,且股权回购前提是四川久远公司未在约定的时间内完成 IPO 上市或实际控制人发生变化,并未约定不论盈亏按期收回本息、或按期收取固定利润等内容,故本案不属于联营合同纠纷,也不属于最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》中有关保底条款的情形。该协议签订后,通联资本公司按照约定支付了投资款,四川久远公司完成了工商变更登记,通联资本公司成为四川久远公司的股东,从缔约到履行的过程均表明《增资扩股协议》系各方当事人的真实意思表示,也未违反国家法律、行政法规的禁止性规范,《增资扩股协议》应为合法有效,对各方当事人均具有约束力。且通联资本公司作为四川久远公司的股东,要求公司另一股东成都新方向股东回购股权,并未违反《中华人民共和国公司法》的禁止性规定,也不构成抽逃出资,对四川久远公司与成都新方向公司辩称股权回购条款无效的理由,缺乏充分的法律依据,该院不予采信。

针对股权回购条件是否已经成就的问题。根据《增资扩股协议》第六条关于股权回购条件的约定,从四川久远公司工商登记信息显示,四川久远公司至今尚未完成上市公司的股份制改造,无法实现 IPO 上市,股权回购条件已经成就。四川久远公司、成都新方向公司辩称协议中明确约定通联资本公司应当于 2014 年 4 月 30 日前决定是否回购,通联资本公司未在该期间要求回购,自愿放弃回购权,已经无权再主张回购,且股权回购未经全体股东同意。对此,该院认为,《增资扩股协议》第 6.1 条约定:“当出现以下情况之一时,甲方有权要求乙方或丙方回购甲方所持有的全部乙方股份”,该条款下约定了 5 种情况,该 5 种情形属于并

列的情形，只要满足其中一种情形，通联资本公司即有权要求成都新方向公司回购股权，其中第 6.1.1、6.1.3、6.1.4、6.1.5 条对通联资本公司要求成都新方向公司回购时间作出了约定，但该时间经过并不导致通联资本公司当然丧失要求成都新方向公司回购股权的权利。从第 6.1.2 条约定来看，只要成都新方向公司与四川久远公司不能在 2013 年 12 月 31 日前获得中国证监会关于四川久远公司首次公开发行股票并上市的核准文件，通联资本公司即有权要求成都新方向公司回购股权。故对成都新方向公司与四川久远公司关于股权回购条件未成就的辩称，该院不予支持。

关于股权回购的价格问题。《增资扩股协议》第 6.2 条约定股份回购价格应按以下两者较高者确定：“6.2.1 按照本协议第一条规定的甲方的全部投资价款 3000 万元及自从实际付款支付日起至丙方实际支付回购价款之日按年利率 15%计算的利息，乙方及丙方承担履约连带责任；6.2.2 回购时甲方所持有的公司股权（如公司以净资产转增股本时，包括该等股份对应的转增股本部分）所对应的公司经审计的净资产”。通联资本公司起诉要求成都新方向公司支付股权转让款 3000 万元，并从 2010 年 6 月 9 日起按照年利率 15%计算利息至实际支付回购价款之日止，且并未提交回购时所持公司股权所对应的经审计的净资产的相关证据，即使回购时所持公司股权所对应的净资产高于投资款 3000 万元及利息，也未损害成都新方向公司的权利，故对通联资本公司主张成都新方向公司支付股权转让款 3000 万元，并从 2010 年 6 月 9 日起按照年利率 15%计算利息至实际支付回购价款之日止的诉讼请求，该院予以支持。针对通联资本公司主张本次股权回购涉及的税款由成都新方向公司承担，由于该项税款尚未实际发生，也无法确定具体金额，故对通联资本公司的该项诉讼请求，因缺乏证据，该院不予支持。

按照《增资扩股协议》第 4.8 条关于“乙方及丙方承诺并保证，若由于乙方及丙方的保证和承诺未全面履行而对甲方造成损失，乙方及丙方一并承诺履行赔偿义务。如乙方不能保证赔偿或无赔偿之履行能力，则由丙方对乙方一并承担连带责任”的约定，通联资本公司主张四川久远公司对成都新方向公司的支付股权回购价款的义务承担连带责任具有合同依据，该院予以支持。

综上，通联资本公司的诉讼请求部分成立，该院予以支持。原审法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条第一款、第一百四十八条第一、二、三款之规定，判决：一、成都新方向公司在判决生效之日起十日内向通联资本公司支付股权回购款 3000 万元，并支付相应的利息，计算方法为：以本金为基数，按照年利率 15%计算，从 2010 年 6 月 9 日始计算至实际支付回购款之日止；二、四川久远公司对成都新方向公司上述第一项付款义务承担连带支付责任；三、驳回通联资本公司的其他诉讼请求。本案一审案件受理费 304300 元（此款已由通联资本公司预交），由成都新方向公司、四川久远公司负担，并在履行上述给付义务时一并支付给通联资本公司。在本院二审限定的举证期间内，成都新方向公司与四川久远公司提交了一份落款时间为 2010 年 6 月 9 日、有包括通联资本公司在内的 4 名股东签章的四川久远公司《股东会决议》，拟以该决议所通过的公司章程相关内容，证明四川久远公司为成都新方向公司提供担保，未履行我国公司法及公司章程规定的股东会决议程序，应属无效；通联资本公司作为四川久远公司股东，应当知道公司章程的相关规定。

通联资本公司质证认为：该《股东会决议》的真实性不能确定，且案涉《增资扩股协议》签订时，通联资本公司尚不是四川久远公司的股东，无从知其内部议事规则，不能以此反推《增资扩股协议》相关约定的效力；其对该证据的真实性、合法性、关联性均不予认可。本院认为：该《股东会决议》主要涉及四川久远公司章程修改事宜，通联资本公司否认该决议的真实性，但未提交与该决议内容不一致的公司章程或其他相反证据予以证明，本院对该《股东会决议》的真实性予以采信，对其关联性与证明力在本院认为部分依法据实判定。

本案二审查明并经各方当事人确认，通联资本公司于 2010 年 6 月向四川久远公司实际出资 3000 万元，其中认缴注册资本 1500 万元，另外 1500 万元作为资本公积。2012 年 2 月，四川久远公司以未分配利润 750.80 万元转增股本，公司注册资本由 7508 万元变更为 8258.80 万元，其中通联资本公司认缴注册资本增加至 1650.01 万元。同时，本案二审诉讼中，各方当事人对四川久远公司不曾以现金方式向通联资本公司分配股息或红利的事实，均无异议。通联资本公司向本院提交一份《承诺函》，表示其收到成都新方向公司或四川久远公司交付的股权回购款后，即同意向成都新方向公司交付其所持有的四川久远公司全部股权。

对原审判决查明的案件事实，双方当事人均无异议，本院依法予以确认。

本院认为：根据各方当事人的诉辩主张及理由，本案二审争议的主要问题是：案涉《增资扩股协议》中的股权回购条款是否有效；通联资本公司要求成都新方向公司支付股权回购款的条件是否成就及股权回购价格如何确定；四川久远公司是否应对此承担连带责任。

一、关于案涉《增资扩股协议》中的股权回购条款的效力问题。

案涉《增资扩股协议》为通联资本公司作为投资方与作为融资方的目标公司四川久远公司及其原股东成都新方向公司之间签订的投资协议，该协议中关于“股权回购”的条款，是当事人之间根据企业未来不确定的目标是否实现对各自权利与义务所进行的一种约定，目前我国资本市场上俗称“对赌协议”。《增资扩股协议》第 6.1 条约定：“当出现以下情况之一时，甲方（通联资本公司）有权要求乙方（四川久远公司）或丙方（成都新方向公司）回购甲方所持有的全部乙方股份……”，其中，关于由目标公司的股东成都新方向公司在约定条件出现时按约定价格回购股权的约定，具有与股东之间就特定条件下的股权转让达成的合意相通的法律效果，该约定系当事人的真实、自愿的意思表示，不违反公司法的规定，不涉及公司资产的减少，不构成抽逃公司资本，不影响公司债权人的利益，应属合法有效。但其中，关于由作为目标公司的四川久远公司回购股权的约定，既不属于我国公司法关于公司收购本公司股份的法定情形，其实质将导致公司资本不当减少，股东缴纳的股本被抽回，有损目标公司及其债权人合法利益，应属无效。因通联资本公司在本案中仅主张成都新方向公司承担股权回购责任，原审法院仅对涉及成都新方向公司的股权回购条款作出有效认定，并无不当。

二、关于通联资本公司要求成都新方向公司回购股权的条件是否成就及股权回购价格的确定问题。

成都新方向公司与四川久远公司上诉认为《增资扩股协议》第 6.1 条约定的回购条件相互关联且随时间递进，通联资本公司未在 2014 年 4 月 30 日以前决定是否要求回购股权，即无权再主张。对此，从《增资扩股协议》第 6.1 条字面理解，该条明确约定“当出现以下情况之一时”，通联资本公司均享有相应的回购权利，其中第 6.1.1、6.1.5 条对通联资本公司主张回购的时间作出了约定，但第 6.1.2、6.1.3、6.1.4 条，并未对其权利的行使期限作出限制；且根据现已查明的事实，四川久远公司至今尚未完成上市公司的股份制改造，无法实现 IPO 上市，通联资本公司的预期投资目的未能实现，应有权要求成都新方向公司依约进行股权回购。原审法院关于通联资本公司向成都新方向公司主张股权回购的条件已成就的认定，并无不当。四川久远公司与成都新方向公司关于股权回购条件未成就的上诉主张，事实和法律依据不足，不能成立，本院不予支持。

关于股权回购价格的问题。《增资扩股协议》第 6.2 条是当事人之间关于股权回购价格的约定，该约定是当事人的真实意思表示，不违反我国法律、行政法规的禁止性规定，系合法有效。通联资本公司选择依照《增资扩股协议》第 6.2.1 条关于“以其全部投资价款 3000 万元及自从实际付款支付日起至成都新方向公司实际支付回购价款之日按年利率 15%计算的利息”的价款标准主张股权回购款，符合协议约定，成都新方向公司应依约予以支付。四川久远公司与成都新方向公司上诉主张该 15% 的利息实为违约金，并请求法院予以调减，是对当事人之间协议所确定的股权回购价款性质的不当理解，不应予以支持。通联资本公司在接

收成都新方向公司支付的股权回购款的同时,应依法向成都新方向公司交付其所持有的四川久远公司全部股权。

三、关于四川久远公司是否应对成都新方向公司回购股权承担连带责任的问题。

我国公司法第十六条第二款规定:“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议”。其立法本意在于限制公司主体行为,防止公司的实际控制人或者高级管理人员损害公司、小股东或其他债权人的利益。这既是公司的内部控制程序,也是关于公司对内担保事宜的意思机关及决议程序的特别规定。合同相对人在接受公司为其股东或者实际控制人提供的担保时,理应对该事宜是否经过股东会或者股东大会决议尽到基本的形式审查义务,这并未超越交易相对人基本的判断和控制能力范围,也不会对交易效率产生严重影响。本案中,四川久远公司在《增资扩股协议书》中承诺对成都新方向公司进行股权回购承担连带责任,虽然有其法定代表人签章,但并未向通联资本公司提供相关的股东会决议,事后四川久远公司亦否认该事项经过其股东会的同意或是就此事召开过股东会;基于通联资本公司未对四川久远公司法定代表人作出的该项意思表示是否经过股东会决议尽到基本的形式审查义务,其不应属于善意的相对人,四川久远公司法定代表人的该代表行为,对通联资本公司不发生法律效力。通联资本公司关于其当时尚不是四川久远公司的股东、不知道公司的内部决议程序的抗辩理由,不能对抗我国公司法第十六条第二款的明文规定,不能成立;其依据案涉《增资扩股协议》第 4.8 条与第 6.2.1 条的约定,要求四川久远公司对成都新方向公司的股权回购义务承担连带责任的主张,本院不予支持。成都新方向公司与四川久远公司关于四川久远公司不应应对成都新方向公司所承担的股权回购责任承担连带责任的上诉请求成立,本院依法予以支持。

综上,上诉人成都新方向公司与四川久远公司的上诉请求部分成立。原审判决认定案件事实清楚,审判程序合法,关于成都新方向公司应受让通联资本公司所持有的四川久远公司股权并支付价款的责任认定正确,但判决主文表述不够准确,同时关于四川久远公司的责任认定不当,应予以纠正。依照《中华人民共和国合同法》第五十条、第六十条第一款,《中华人民共和国民事诉讼法》第十六条第二款,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(二)项的规定,判决如下:

一、变更四川省成都市中级人民法院(2015)成民初字第 2084 号民事判决第一项为:成都新方向科技发展有限公司于本判决生效之日起十日内向通联资本管理有限公司支付股权回购款 3000 万元及利息(利息计算方法为:以本金 3000 万元为基数,按照年利率 15%的标准,从 2010 年 6 月 9 日始计算至实际支付回购款之日止),用于受让通联资本管理有限公司持有的四川久远新方向智能科技有限公司 1650.01 万元股权;

二、撤销四川省成都市中级人民法院(2015)成民初字第 2084 号民事判决第一项、第三项,即:四川久远新方向智能科技有限公司对成都新方向科技发展有限公司上述第一项付款义务承担连带支付责任;驳回原告通联资本管理有限公司的其他诉讼请求;

三、驳回通联资本管理有限公司的其他诉讼请求。

如成都新方向科技发展有限公司未按本判决指定的期限履行付款义务,应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五三条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案第一审案件受理费 304300 元,由通联资本管理有限公司负担 91290 元,由成都新方向科技发展有限公司负担 213010 元;第二审案件受理费 193321 元,由通联资本管理有限公司负担 57996.3 元,由成都新方向科技发展有限公司负担 135324.7 元。

本判决为终审判决。

审判长 周静
代理审判员 许静
代理审判员 兰娟
二〇一六年十月十八日
书记员 孔云峰

迟伟与伟景行科技股份有限公司请求变更公司登记纠纷一案 一审民事判决书

北京市海淀区人民法院
民事判决书

(2013)海民初字第 24964 号

原告迟伟，男，1970 年 9 月 13 日出生。

委托代理人姜力娜，女，伟景行科技股份有限公司董事长助理。

被告伟景行科技股份有限公司，住所地北京市海淀区中关村南大街 35 号紫竹院公园西院工字厅。

法定代表人迟伟，董事长。

委托代理人陈雄飞，北京德恒律师事务所律师。

委托代理人王灵芳，北京德恒律师事务所律师。

第三人杨剑锋，男，1976 年 7 月 8 日出生。

原告迟伟与被告伟景行科技股份有限公司（以下简称伟景行公司）、第三人杨剑锋请求变更公司登记纠纷一案，本院受理后，依法适用简易程序，由本院代理审判员李皓独任审判，公开开庭进行了审理。原告迟伟的委托代理人姜力娜，被告伟景行公司的委托代理人陈雄飞、王灵芳到庭参加诉讼。第三人杨剑锋经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，本院依法缺席进行审理。本案现已审理终结。

原告迟伟诉称：2010 年 11 月 1 日，伟景行公司（原北京伟景行数字城市科技有限公司）下属北京伟景行数字展示科技有限公司（以下简称伟景行数字公司）与杨剑锋签订劳动合同，杨剑锋担任伟景行数字公司常务副总经理一职。伟景行公司于 2011 年安排其股东天津达晨创富股权投资基金中心（以下简称达晨中心）与杨剑锋签署股权转让协议，将达晨中心所持的伟景行公司 0.72% 股权无偿转让给杨剑锋，并依法办理了工商变更登记手续。同时，杨剑锋签署了关于受让股权的声明承诺函；但伟景行公司事后发现，杨剑锋自 2012 年 2 月 3 日起接受智星海（江苏）数字科技有限公司（以下简称智星海公司）的聘用，担任该公司的总经理，任期三年。该智星海公司，与伟景行公司还存在同业竞争关系。杨剑锋的上述行为已经严重侵害伟景行公司合法权益。为此，伟景行公司多次向杨剑锋提出，要求其解除与智星海公司之间的劳动关系，停止损害伟景行公司利益的行为并返回伟景行数字公司工作，但杨剑锋拒不接受。在此情况下，伟景行数字公司于 2012 年 5 月 29 日向杨剑锋送达了解除劳动合同通知书，要求其办理离职手续和股权转让手续，并要求其立即解除与智星海公司之间的劳动关系，但杨剑锋至今未解除。综上，请求法院判令：1、伟景行公司将杨剑锋持有的伟景行公司 0.72% 的股权变更登记至迟伟名下；2、杨剑锋对第一项诉讼请求项下的事项有配合义务；3、伟景行公司及杨剑锋承担本案诉讼费。

被告伟景行公司辩称：同意迟伟的诉讼请求，由于办理变更登记的手续需要杨剑锋的配合，希望法院判令杨剑锋配合办理变更登记。

第三人杨剑锋未向本院提交书面意见。

经审理查明：伟景行公司现为非上市股份有限公司，原名北京伟景行数字城市科技有限公司，系于 2011 年 6 月进行的名称变更。

2011 年杨剑锋向伟景行公司及现有股东出具《关于受让北京伟景行数字城市科技有限公司股权的声明承诺函》，载明：本人杨剑锋作为伟景行公司及其下属公司员工，现拟受让达晨中心转让的伟景行 0.72% 的股权，为实现伟景行的长远利益，体现激励和约束机制，现就本次受让的股权及其后通过资本公积金转增等方式获得的其他股权作出如下声明承诺：1、认

可并不可撤销地同意伟景行现经工商登记备案的合法的公司章程；2、在伟景行变更为股份有限公司、发行股票并上市之前，非经伟景行书面同意，不得将持有的伟景行股权转让；3、在伟景行变更为股份有限公司、发行股票并上市之前，本人作为伟景行或其下属公司员工如离职（“离职”指非因公司严重违约而致的本人主动提出辞职，或因本人严重违反劳动合同及其附件中约定的主要义务而致的被伟景行辞退，下同），将按照当初受让股权的价格转让给伟景行指定的自然人或法人。如根据需要，股权转让当时存在溢价的，本人承诺将股权转让价款的溢价部分无偿移交予伟景行或其指定的第三方。（本条声明承诺在伟景行向有关监管部门申报首次公开发行并提交上市材料期间自动失效。如首次公开发行申请出现被监管部门驳回、伟景行主动撤回材料或上市成功的，本条的声明承诺自被驳回、伟景行主动撤回材料或上市成功之日起自动恢复约束效力。）……本人所作出的上述全部声明承诺同样适用于伟景行的权利义务继承人。

2011年3月28日达晨中心（转让方）与杨剑锋（受让方）在北京市海淀区签订《股权转让协议》，约定：鉴于：1、伟景行为一家依照中国法律设立并合法存续的有限责任公司，注册资本为3000万元；2、达晨中心系伟景行股东，持有伟景行10.7143%的股权；3、杨剑锋系伟景行或其下属公司员工；4、伟景行现有股东达晨中心拟将其持有的伟景行合计0.72%的股权（出资额为人民币21.6万元）转让予杨剑锋。据此双方签订该协议。此后，双方据此办理了工商变更登记。

2012年5月28日，伟景行数字公司向杨剑锋发出《解除劳动合同通知书》称：根据该公司查明自2012年2月3日起杨剑锋已接受智星海公司的聘用，担任该公司总经理，经多次沟通，杨剑锋拒绝进行协商，亦拒绝返回该公司继续工作，导致杨剑锋无法为该公司提供劳动，还对该公司的经营管理造成恶劣影响。据此通知杨剑锋劳动合同自2012年5月28日解除。同日，伟景行公司作出《关于由迟伟承接杨剑锋股权的决定》，载明：鉴于公司下属伟景行数字公司原常务副总经理杨剑锋，因严重违反劳动合同已被辞退，根据杨剑锋于2011年做出的《关于受让北京伟景行城市数字科技有限公司股权的声明承诺函》，经公司研究决定，特指定迟伟来承接杨剑锋持有公司的0.72%股权。

2013年1月15日达晨中心出具《情况说明》称：达晨中心系伟景行公司股东，根据伟景行公司决定，达晨中心于2011年与杨剑锋签订《股权转让协议》，将持有的伟景行合计0.72%股权（出资额为人民币21.6万元）转让给杨剑锋。本次股权转让系无偿转让，杨剑锋没有向达晨中心支付任何对价。

2013年9月11日北京市第一中级人民法院就杨剑锋与伟景行数字公司劳动争议纠纷一案作出（2013）一中民终字第9349号民事判决，该判决确认杨剑锋于2012年2月3日起担任智星海公司总经理一职……杨剑锋的行为违反了其与伟景行公司签订的劳动合同的约定，未经伟景行公司的书面同意，即在与公司存在竞争关系的企业内担任职务，系对公司规章制度的重大违反，据此认为伟景行公司与杨剑锋解除劳动合同的行为合法有据。

经询，伟景行公司称杨剑锋仍持有该公司0.72%的股权，因经过一次资本公积金转增注册资本，故其股权比例未发生变化。

以上事实，有迟伟提交的《关于由迟伟承接杨剑锋股权的决定》，伟景行公司提交的名变更核准通知书、《关于受让北京伟景行数字城市科技有限公司股权的声明承诺函》、《股权转让协议》、《解除劳动合同通知书》、《关于由迟伟承接杨剑锋股权的决定》、达晨中心出具的《情况说明》、民事判决书及本院开庭笔录等在案佐证。

本院认为，迟伟提起本案诉讼系依据伟景行公司做出的决定，虽然杨剑锋受让的股权系来源于达晨中心，但根据伟景行公司提供的达晨中心出具的《情况说明》等证据能够确认杨剑锋受让的股权系伟景行公司给予杨剑锋的管理层激励，杨剑锋虽系与伟景行公司的下属公司订立的劳动合同，但股权的受让系由伟景行公司安排，其向伟景行公司出具《承诺函》也印证

了这一点。该《承诺函》系杨剑锋的真实意思表示，对其具有法律上的拘束力，伟景行公司作为接受该《承诺函》的一方，其有权依据《承诺函》的内容行使权利，其作出的《关于由迟伟承接杨剑锋股权的决定》即为其行权的表现。本案审查的重点在于伟景行公司是否有权对杨剑锋名下的股权进行处分，依据杨剑锋所出具的《承诺函》，在特定条件下，其有义务按照受让股权的价格将该部分股权转让给伟景行公司指定的第三人。已生效的（2013）一中民终字第 9349 号民事判决对于杨剑锋违反劳动合同的情形进行了认定，在此情形下，伟景行公司有权行使处分股权的行为，故其作出的由迟伟承接该部分股权的决定于法不悖，迟伟据此决定提出本案诉请，于法有据，应予支持。

第三人杨剑锋经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，不影响本院依据认定的事实依法作出裁判。

综上，本院依据《中华人民共和国合同法》第八条之规定，判决如下：

一、被告伟景行科技股份有限公司于本判决生效之日起十日内将第三人杨剑锋持有的伟景行科技股份有限公司百分之零点七二的股权变更登记至原告迟伟名下；

第三人杨剑锋对前述变更登记内容负有协助义务。

案件受理费三十五元，原告迟伟已预交，由被告伟景行科技股份有限公司负担，于本判决生效之日起七日内交纳。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，交纳上诉案件受理费，上诉于北京市第一中级人民法院。如在上诉期满后七日内未交纳上诉费的，按自动撤回上诉处理。

代理审判员 李皓

二〇一三年十二月四日

书记员 谭琪

鼎智投资有限公司与张凯钧与公司有关的纠纷一案一审民事判决书

北京市朝阳区人民法院

民事判决书

(2014)朝民初字第17540号

原告鼎智投资有限公司,注册地英属维尔京群岛。

法定代表人邹祥勇,董事长。

委托代理人董国文,上海海华永泰(北京)律师事务所律师。

委托代理人吴姿虹,上海海华永泰(北京)律师事务所律师。

被告张凯钧,男,1962年9月2日出生,汉族,住山东省淄博市。

委托代理人周里升,山东众成仁和(淄博)律师事务所律师。

委托代理人张凯强,山东众成仁和(淄博)律师事务所律师。

原告鼎智投资有限公司(以下简称鼎智投资公司)与被告张凯钧股权转让纠纷一案,本院于受理后,依法组成由审判员周昌昊担任审判长,人民陪审员徐桂华、王璧珠参加的合议庭,公开开庭进行了审理。鼎智投资公司的委托代理人董国文;张凯钧的委托代理人周里升、张凯强到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

鼎智投资公司诉称:2012年12月8日,鼎智投资公司与PENGYIINVESTMENTLIMITED(鹏溢投资有限公司,以下简称鹏溢投资公司)签订《股份回购协议》,约定由鹏溢投资公司收购鼎智投资公司持有的注册于开曼群岛的ChinaRenewableResourcesTechnologyHoldingsLimited(中国再生资源科技控股有限公司,以下简称再生资源公司)股权,后鹏溢投资公司发生经营困难,未支付鼎智投资公司股权转让款。2013年12月6日,张凯钧向鼎智投资公司出具声明,认可其为鹏溢投资公司实际控制人,并且愿意以其个人全部资产代替鹏溢投资公司偿还股份回购款,并承诺于2014年1月5日前向鼎智投资公司支付1500万元。2014年1月5日之后,张凯钧未支付上述款项,故鼎智投资公司诉至法院,要求张凯钧支付鼎智投资公司1500万元及上述款项自2014年1月5日起至实际给付之日止按照中国人民银行同期贷款利率的四倍计算的利息。

张凯钧辩称:鼎智投资公司与鹏溢投资公司之间签订的《股份回购协议》已被双方之间于2013年4月10日签订的《股份转让协议》取代,《股份回购协议》已经被废止,不具备法律效力;张凯钧出具的声明表示张凯钧属于代为履行合同义务的第三人,现第三人未履行合同义务,鼎智投资公司只能向债务人鹏溢投资公司主张权利,而无权直接向张凯钧主张权利;张凯钧不持有鹏溢投资公司任何股份,也非鹏溢投资公司实际控制人,因此声明内容与事实不符;张凯钧承诺将款项支付给邹某某而非鼎智投资公司,鼎智投资公司主体不适格。综上,不同意鼎智投资公司的诉讼请求。

经审理查明,2012年2月22日,注册于英属维尔京群岛的鼎智投资公司与鹏溢投资公司签订《股份转让协议》一份,双方约定于本协议之日,鹏溢投资公司持有注册于开曼群岛的再生资源公司100%的股权;再生资源公司的法定股本为5万美元,分为500万股,每一股面值0.001美元;于本协议日期,公司的已发行股份为10万股普通股,每股面值美元0.001美元的普通股;鹏溢投资公司将向鼎智投资公司转让其持有333股的再生资源公司的普通股股份(以2010年利润的5.5倍市盈率作为估值基础,相当于于成交日占公司全部已发行股份的0.333%);本协议项下标的股份买卖的总价款为人民币1500万元或等值美元;公司将尽最大努力于2012年12月31日前于香港联合交易所完成首次公开发行股票及上市;除双方另行协议外,倘若首次公开发行未能于2012年12月31日前完成,鼎智投资公司应要

求鹏溢投资公司在 2013 年 3 月 31 日之前或双方另行同意的较晚的日期，向鼎智投资公司回购所有标的股权，回购的价款总额为转让价款另加年利率为 20% 的利息；本协议适用香港法律，且应按香港法律予以解释。协议签订后，鼎智投资公司委托其法定代表人邹某某向鹏溢投资公司支付 1500 万元，鹏溢投资公司将再生资源公司相应股权转让给了鼎智投资公司。2012 年 12 月 8 日，鹏溢投资公司与鼎智投资公司签订《股份回购协议》，约定双方于 2012 年 2 月签署《股份转让协议》，鹏溢投资公司将其持有的再生资源公司全部股份的 0.333% 股份以人民币 1500 万元的价格转让给鼎智投资公司。鼎智投资公司已经实际支付股份价格并取得上述股份，买卖双方经协商一致，按照上述《股份转让协议》的相关约定，鹏溢投资公司决定回购上述标的股份，并终止原《股份转让协议》，鹏溢投资公司决定按 1875 万元人民币的价格回购鼎智投资公司所持有的再生资源公司全部股份的 0.333% 股份；自本协议签署之日后，鹏溢投资公司在 2013 年 1 月 15 日前，将回购价款支付至鼎智投资公司指定的邹某某开立深圳招商银行皇岗支行的帐号；自鼎智投资公司收到上述款项 15 日内，鼎智投资公司将配合鹏溢投资公司办理相关股份过户手续，将所持有股份过户给鹏溢投资公司。2013 年 4 月 10 日，鼎智投资公司与鹏溢投资公司另签订《股份转让协议》，约定再生资源公司系一间根据开曼群岛法律成立的公司，法定股本为 5 万美元，分为 5000 万股（普通股股份，每一股面值美元一分，其中已发行 100908 股普通股股份；于本协议日期，鼎智投资公司持有再生资源公司的 333 股普通股股份，占再生资源已发行股份的 0.33%；双方曾于 2012 年 2 月 22 日签订股份转让协议，当时标的股份的转让代价为 1500 万元；现经双方友好协商，鼎智投资公司同意转让标的股份予鹏溢投资公司，本协议项下就标的股份买卖的代价为人民币 1500 万元及相应利息，或等值港币或美元，计算利息的利率为每年 20%，计算利息的起始日为 2011 年 10 月 28 日，止日为上述标的股份转让代价以及相应利息到达鼎智投资公司指定账户的日期；就买卖标的股份的成交将于 2013 年 5 月 8 日或双方同意的其它日期于本协议双方同意的地点或时间进行；鹏溢投资公司应于成交日或之前按照鼎智投资公司的书面指示向鼎智投资公司的下述账户支付转让价款，并且向鹏溢投资公司交付转让价款的书面证据；账户银行为深圳招商银行皇岗支行，账户名称为邹某某；账户号码为×××；鼎智投资公司应在股份成交的同时向鹏溢投资公司交付收到转让代价的书面证据、经鼎智投资公司依法签署背书的股权转让文件、出具予鹏溢投资公司或其指定人士的标的股份股票证书及本协议约定的董事会决议的核证副本；若鹏溢投资公司不能于成交日或之前向鼎智投资公司支付转让价款，鼎智投资公司可以通知鹏溢投资公司在合理时间内根据支付转让价款；若鼎智投资公司无通知或鹏溢投资公司在鼎智投资公司规定的合理时间内仍未支付转让价款，本协议即被终止及不具任何效力及影响，买卖双方不得向另一方提出任何形式的赔偿；若本协议依据上款被终止，买卖双方在本协议下的权利义务终止，则双方在原股份转让协议下的权利义务保持不变；若鼎智投资公司未能在成交日根据本协议的规定向鹏溢投资公司交付相关文件或履行转让股份的义务，鹏溢投资公司可以通知鼎智投资公司终止本协议或要求鼎智投资公司在合理时间内根据本协议的规定向鹏溢投资公司交付相关文件或履行转让股份的义务；鹏溢投资公司无通知或鼎智投资公司在合理时间内仍不能履行相关义务，本协议即被终止及不具任何效力及影响，买卖双方不得向另一方提出任何形式的赔偿；若本协议依据上款被终止，鼎智投资公司应当在鹏溢投资公司书面通知终止本协议之日起 7 个工作日内向鹏溢投资公司全额退还已经支付的转让价款（如有）以及自成交日至卖方实际退款日期间按银行同期贷款利率计算的利息（如有），至此买卖双方在本协议下的权利义务终止；原股份转让协议的效力在股份成交后立即终止，买卖双方不再对对方享有或承担原股份转让协议以及其他任何形式的补充协议中的任何权利义务，卖方不得且不能基于原股份转让协议以及其他任何形式的补充协议向买方提出任何形式的诉求、赔偿或权利主张。协议签订后，鹏溢投资公司未向鼎智投资公司支付股权转让款。

2013 年 12 月 6 日，张凯钧向鼎智投资公司出具声明称，关于鹏溢投资公司回购鼎智投资公司股份逾期支付股权转让款一事，因鹏溢投资公司运营困难，张凯钧作为鹏溢投资公司实际控制人，现张凯钧自愿以个人全部资产代鹏溢投资公司偿还股份回购款，并承诺于 2014 年 1 月 5 日之前向鼎智投资公司股东邹某某支付 1500 万元款项，若逾期支付，按同期贷款四倍支付利息；支付方式为银行汇款给邹某某，开户行为深圳招商银行皇岗支行，账户号码为×××；若因此产生纠纷由北京市朝阳区法院管辖，签订地点为北京市朝阳区。

在本案审理过程中，经询，双方均明示认可本案适用中华人民共和国内地法律；鼎智投资公司主张双方之间的法律关系性质以法院认定为准，鼎智投资公司仅坚持要求张凯钧按照声明内容履行义务；鼎智投资公司认为声明约定的四倍银行贷款利率的性质系违约金；鼎智投资公司认可张凯钧按照声明履行义务后，鼎智投资公司应将持有的再生资源公司 333 股股权交付给鹏溢投资公司。

上述事实，有双方当事人提交的 2012 年 2 月 22 日股份转让协议、2012 年 12 月 8 日股权回购协议、2013 年 4 月 10 日股份转让协议、2013 年 12 月 6 日声明、鼎智投资公司注册资料、鹏溢投资公司注册资料、再生资源公司注册资料及当事人陈述意见等在案佐证。

本院认为，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖。张凯钧出具的声明载有签订于北京市朝阳区，如发生纠纷由北京市朝阳区法院审理，鼎智投资公司受领并保有该声明，并向本院提起诉讼，应视为该公司亦接受该约定管辖条款，故本院对本案有管辖权。当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律，本案双方当事人均当庭明示表示本案适用中华人民共和国内地法律审理，本院依法依中华人民共和国内地实体法审理本案。

本案的争议焦点在于张凯钧出具声明的法律后果。鼎智投资公司认为张凯钧出具的声明证明鼎智投资公司与张凯钧之间建立了合同关系，张凯钧出具声明应视为要约，鼎智投资公司已经进行了承诺，故双方之间合同成立，张凯钧与鼎智投资公司达成了关于债的加入的协议，张凯钧应当按照声明记载的内容履行合同义务。张凯钧则认为声明记载的内容仅应被视为双方约定由张凯钧代鹏溢投资公司履行合同义务，属于关于第三人代为履行的约定，如张凯钧未履行相应义务，债权人只得向鹏溢投资公司主张权利。对此本院认为，张凯钧作为完全民事行为能力人，其向鼎智投资公司作出声明，明确作出作为鹏溢投资公司实际控制人，现自愿以个人全部资产代鹏溢投资公司偿还股份回购款的意思表示，属于单方民事法律行为，该单方民事法律行为系基于张凯钧对自己民事权利及财产的自由处分，到达相对人即对张凯钧发生法律效力，无需鼎智投资公司作出承诺，张凯钧即应受该民事法律行为约束。该民事法律行为的后果系张凯钧作为并存的债务承担主体加入鼎智投资公司与鹏溢投资公司的债权债务关系。张凯钧虽主张该意思表示的效力系张凯钧作为第三人代鹏溢投资公司履行，法律性质为第三人代为履行，但第三人代为履行的含义是第三人作为债务承担主体加入债的关系，第三人亦无须作出付款承诺，本案中张凯钧承诺以个人财产代鹏溢投资公司偿还股权转让款，不属于第三人代为履行。张凯钧的相关答辩意见，本院不予采纳。

关于张凯钧主张的其他抗辩事由，本院认为，鹏溢投资公司与鼎智投资公司之间签订于 2013 年的股份转让协议并未实际履行，按约定双方仍应按 2012 年 12 月 8 日股权回购协议履行；张凯钧出具的声明虽表明将向邹某某付款，但亦明确说明是为了履行鹏溢投资公司对鼎智投资公司的债务，声明记载的付款账户亦与股权回购协议一致，因此鼎智投资公司向张凯钧主张权利主体适格。故本院对张凯钧的以上答辩意见亦不予采纳。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五十四条、第五十五条、第五十六条、第五十七条、第八十四条第二款；《中华人民共和国合同法》第一百零九条之规定，判决如下：

一、被告张凯钧于本判决生效之日起七日内给付原告 TOPWISEINVESTMENTLIMITED(鼎智投资有限公司)股权转让款一千五百万元；

二、被告张凯钧于本判决生效之日起七日内给付原告 TOPWISEINVESTMENTLIMITED(鼎智投资有限公司)逾期付款利息（以一千五百万元为基数，自二〇一四年一月六日起至实际给付之日止，按照中国人民银行同期贷款利率的四倍计算）。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费十一万一千八百元、保全费五千元，由被告张凯钧负担（于本判决生效之日起七日内交纳）。

如不服本判决，原告 TOPWISEINVESTMENTLIMITED(鼎智投资有限公司)可以在判决书送达之日起三十日内；被告张凯钧可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于北京市第三中级人民法院。

审判长 周昌昊

人民陪审员 徐桂华

人民陪审员 王璧珠

二〇一六年六月十九日

书记员 张钰

杜永勤与南京宝色股份公司所有权纠纷二审民事裁定书

南京市中级人民法院

民事裁定书

(2017)苏01民终5152号

上诉人(原审原告):杜永勤,男,1970年5月20日生,汉族,住陕西省宝鸡市渭滨区。

委托诉讼代理人:陈朋荣,江苏谦润律师事务所律师。

委托诉讼代理人:陈志甜,江苏谦润律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):南京宝色股份公司,住所地南京市江宁滨江经济开发区景明大街15号。

法定代表人:高颀,该公司董事长。

委托诉讼代理人:陈丹丹,江苏三法律师事务所律。

委托诉讼代理人:邓菲,江苏三法律师事务所律师。

上诉人杜永勤因与被上诉人南京宝色股份公司(以下简称宝色公司)房屋所有权纠纷一案,不服南京市江宁区人民法院(2017)苏0115民初158号民事裁定,向本院提起上诉。本院于2017年6月7日立案后,依法组成合议庭审理了本案。上诉人杜永勤及其委托诉讼代理人陈朋荣、陈志甜、被上诉人宝色公司的委托诉讼代理人陈丹丹、邓菲到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

杜永勤上诉请求:1、请求依法撤销一审裁定,指令一审法院进行实体审理。事实和理由:上诉人系被上诉人单位核心技术人员。为吸引和稳定人才,2005年11月14日,被上诉人向上诉人发出《关于收取集资住房人员房款的通知》,确认上诉人具有购房资格,自愿将案涉房屋出售给上诉人,并明确了标的、价格、付款时间、产权证办理、税收承担等事宜。根据该通知,上诉人于2005年12月12日接受被上诉人的要约,及时交足房款、履行承诺,被上诉人亦向上诉人出具了房款收据并交付案涉房屋,上诉人居住使用至今。因此,案涉房屋的买卖合同已于2005年成立,且从被上诉人的上市公司公告和其上级单位文件中多次承认当年售房行为的事实,表明被上诉人十多年来从未否认过这种基于意思自治的买卖合同关系。双方虽未签订书面合同,但案涉房屋买卖确属双方真实意思的表述,签订书面合同并非房屋买卖法律关系成立的必要条件。目前出现纠纷的起因是:被上诉人看到房价大幅上涨而意欲涨价,以上市公司公告的形式单方面恶意撕毁业已达成的合同,但上诉人不同意,从而产生房屋所有权纠纷而诉至人民法院。上诉人认为原审法院无视基本事实,适用法律错误,严重侵犯了上诉人的合法权益。上诉人依法购买了案涉房屋。一审法院无视该基本事实,片面采信被上诉人“福利分房”一说,刻意混淆劳动关系的不平等主体与房屋买卖关系的平等主体的界限,生搬硬套法发(1992)38号文,缺乏事实依据,适用法律不当。2005年11月14日的《关于收取集资住房人员房款的通知》已经确定了上诉人作为购房人员姓名、房号、面积、购房单价以及房款总额,后上诉人依约缴纳了购房款63910元,该通知和收款凭证清楚的证明了双方之间的要约与承诺,双方对于合同标的、价款等房屋买卖的主要内容也进行了明确的约定,双方之间关于房屋买卖的意思表示非常清楚明确,并且已经实际履行,上诉人与被上诉人之间的房屋买卖合同就是平等的民事法律关系,但一审法院以上诉人与被上诉人之间劳动合同关系的不平等主体就断然否定房屋买卖关系的平等主体。是否属于内部纠纷应以购房资格的确认为红线。被上诉人早已承认上诉人的购房资格,对于上诉人能否分得案涉房屋,是否有权购买案涉房屋等涉及单位内部分配或者劳动关系的问题,根本不是本案的争议焦点。因此不应适用法发(1992)38号文。另外,本案中上诉人的诉请仅仅涉及案涉房屋产权归属,根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释(一)》的规定,因不动产物权的归属,以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议,当事人提起民事诉

讼的，应当依法受理。当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议，且人民法院一并审理的除外。因此，上诉人的诉请应属于民事诉讼的受理范围。案涉房屋交易价格符合案涉房屋建造成本和当时政策情况，不存在远低于市场价一说。交易价格是否合理、是否违反土地法、是否违反经济适用房管理办法等，是判断合同效力的问题，需要在实体审理时查明，并不能影响案涉房屋买卖关系的成立，更不应作为人民法院是否受理本案的依据。合同法规定了合同成立的多种形式，本案合同关系符合合同法及其司法解释规定的其他形式，签订书面合同并非房屋买卖法律关系成立的必要条件。双方从未否认案涉房屋的买卖关系，一审法院擅自裁定案涉房屋买卖关系不成立，没有事实和法律依据。没有办理产权过户的责任不在上诉人。没有办理产权证，是上诉人善意信任被上诉人拆迁冻结一说，一审法院不能片面采信被上诉人诡辩未办理案涉房屋产权证为由，否认房屋买卖关系的成立。事实上，同栋楼其他住户遵照同一管理制度、按照同样的流程及手续、交纳同等金额的购房款后，被上诉人均为这些住户办理了房屋产权过户手续，表明案涉房屋所在的集资楼是合法建造，有审批手续，且能够办理住宅性质的产权证，而非工业用房性质，上诉人基于这种事实而善意信赖被上诉人并无过错。根据诚实信用原则和房地产合同随附义务，被上诉人也有义务为上诉人办理产权证。被上诉人在 10 多年后因价格问题单方面撕毁合同，一审法院裁定不予受理，将纵容被上诉人的这种不诚信行为，有违公平公正和诚实信用基本原则，明显侵害上诉人和社会公众的利益。在当时历史时代背景下，按照国家深化住房制度改革政策和本地引进人才政策，案涉房屋是被上诉人在自有土地上建设的集资房，而非市场销售的商品房，此类房屋贯彻的基本原则是“只售不租，以成本价销售”。因此，上诉人认为不能拿现在的房屋价格和商品房销售来评判当时具有深刻时代背景行为。

宝色公司辩称，一审裁定认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

杜永勤向一审法院起诉请求：要求确认位于南京市江宁区××路××单元××室（以下××室）归其所有。

一审法院经审查认为，《最高人民法院关于房地产案件受理问题的通知》第三条规定，因单位内部建房、分房等而引起的占房、腾房等房地产纠纷，均不属于人民法院主管工作的范围，当事人为此而提起的诉讼，人民法院应依法不予受理或驳回起诉，可告知其找有关部门申请解决。本案中，杜永勤在 2005 年 3 月自宝钛公司调至宝色公司处后，一直在宝色公司担任副总工程师职务。宝色公司于 2005 年 11 月 14 日发出《关于收取集资住房人员房款的通知》，该通知载明，为解决去年以来部分调入公司的高管人员和工程技术人员住房问题，同意分配集资住房给杜永勤等 5 位，购房款暂按以往公司首批集资建房购房单价每平方米 700 元收取。杜永勤按照此通知要求于 2005 年 12 月 12 日以远低于市场价格的标准向宝色公司支付了 63910 元，宝色公司则将早在 2002 年已经集资建造完毕的 407 室分配给杜永勤居住至今。407 室坐落土地为工业用地，该房屋的产权人为宝色公司，目前无法为个人办理不动产权证书。杜永勤与宝色公司之间存在劳动合同关系，并非平等主体。宝色公司为解决职工住房问题将 407 室以福利分房的方式分配给杜永勤居住使用，双方之间并未签订书面的房屋买卖合同，杜永勤也未按照市场价格向宝色公司支付房屋价款，杜永勤与宝色公司不构成房屋买卖合同关系，而系单位内部分房引起的房地产纠纷，不属于人民法院受理案件的范围。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条第（四）项、第一百五十四条第一款第（三）项、《最高人民法院关于适用的解释》第二百零八条第三款规定规定、《最高人民法院关于房地产案件受理问题的通知》第三条，一审法院裁定：驳回杜永勤的起诉。

本院二审查明，宝色公司于 2005 年 11 月 14 日出具的《关于收取集资住房人员房款的通知》载明，为解决去年以来部分调入公司的高管人员和工程技术人员住房问题，经公司集资住房领导小组讨论研究，同意分配集资住房给王建平、董宝才、刘义忠、王耀锋、杜永勤等五位。杜永勤系宝色公司工程技术人员。

二审中，上诉人杜永勤提供如下证据材料：1、南京市国土资源局江宁分局于 2010 年 3 月 1 日出具的《情况说明》，该说明载明，登记房屋所有权人是宝色公司，规划用途为住宅。2、北京市观韬律师事务所出具的《关于南京宝色股份公司首次公开发行 A 股股票并在创业板上市的律师工作报告》，证明涉案房屋已经属于住宅性质，且因拆迁未办理新证。3、《国海证券股份有限公司关于南京宝色股份公司处置部分房产涉及关联交易的核查意见》，证明被上诉人分别在 2005、2007 年将 9 套房屋销售给包含上诉人在内的其他高层管理人员，并且收取了购房款，同时对公司的分售行为以及因拆迁行为不能办理产权证进行了确认。被上诉人质证后称：1、对《情况说明》的真实性没有异议，但不认可杜永勤的证明目的。2、因杜永勤提供的是复印件真实性，被上诉人无法确认，被上诉人认为该证据与本案无关联性，也无法达到上诉人的证明目的。3、因杜永勤提供的是复印件真实性，被上诉人无法确认，该证据无法证明其证明目的。本院对上述证据的真实性确认。

本院认为，根据诉辩双方的意见，本案的争议焦点为：杜永勤的主张是否属于人民法院受理案件的范围。

本院认为，上诉人杜永勤系宝色公司工程技术人员，双方之间存在劳动合同关系。诉争房屋系宝色公司当年为解决部分调入其公司的高管人员和工程技术人员住房问题而分配给上诉人杜永勤的集资住房，双方并未签订房屋买卖合同。根据《最高人民法院关于房地产案件受理问题的通知》第三条规定，因单位内部建房、分房等而引起的占房、腾房等房地产纠纷，均不属于人民法院主管工作的范围，当事人为此而提起的诉讼，人民法院应依法不予受理或驳回起诉，可告知其找有关部门申请解决。故杜永勤提起本案之诉，不属于人民法院受理案件的范围，一审裁定驳回其起诉，并无不当，本院予以维持。

综上，杜永勤的上诉请求不能成立，一审裁定认定事实清楚、适用法律正确，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原裁定。

审判长 涂甫

审判员 吴勇

审判员 付双

二〇一七年六月二十三日

书记员 倪辉

福建金欣华创业投资有限公司、廖晓兰合同纠纷二审民事判决书

龙岩市中级人民法院
民事判决书

(2017)闽08民终1529号

上诉人(原审被告):福建金欣华创业投资有限公司,住所地龙岩市永定区。

法定代表人:吴华桂,董事长。

委托诉讼代理人:廖汝彪、林婧婷,福建闽天律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):廖晓兰,女,1967年10月23日出生,汉族,住龙岩市永定区。

原审第三人:傅华达,男,1973年7月6日生,汉族,住龙岩市新罗区。

委托诉讼代理人:廖汝彪、林婧婷,福建闽天律师事务所律师。

上诉人福建金欣华创业投资有限公司(以下简称金欣华公司)因与被上诉人廖晓兰及原审第三人傅华达合同纠纷一案,不服福建省龙岩市永定区人民法院(2017)闽0803民初1223号民事判决,向本院提起上诉。本院于2017年10月24日立案后,依法组成合议庭,进行了审理。上诉人金欣华公司和原审第三人傅华达的共同委托诉讼代理人廖汝彪、林婧婷及被上诉人廖晓兰参加诉讼。本案现已审理终结。

金欣华公司上诉请求:撤销原审判决,改判驳回廖晓兰的诉讼请求。事实和理由:一、廖晓兰未履行《股权投资协议书》项下的支付投资款义务,诉争投资款未实际支付,廖晓兰亦未提供任何证据证明其已支付的事实。一审法院仅凭《股权投资协议书》及《股权投资补充协议》的统一条款,片面地认定廖晓兰已完成支付义务,系认定事实不清、证据不足。1、一审法院对本案争议事实即廖晓兰是否支付了诉争投资款认定不清。《股权投资协议书》第八条关于鉴于本协议三方签章前,有关投资款已付清的约定以及《股权投资补充协议》第一条关于金欣华公司先支付过去三年(2011年5月25日至2014年5月24日)的利息的约定,都只是协议的统一条款,与本案实际情况并不相符。2012年5月15日双方签订《股权投资协议书》时,并非廖晓兰一人与金欣华公司签订,同时签协议的还有其他几个投资人,并且是以统一条款的方式签订。签订协议当时,除廖晓兰之外的其他人在协议签订前都已支付了投资款,因此协议中才会出现“鉴于本协议三方签章前,有关投资款已付清”的条款。而考虑到廖晓兰在签订协议时携带的资金不足,为避免旅途往返,金欣华公司同意其先签协议再通过转账方式履行支付义务,但《股权投资协议书》签订后,廖晓兰并未实际支付诉争投资款。因廖晓兰一直未放弃投资机会,故在2015年3月18日双方经协商一致又签订了《股权投资补充协议》,从补充协议中廖晓兰“自愿要求续投”的表述也可再次证实之前并未完成诉争协议项下的支付义务。而且在补充协议签订后,廖晓兰仍未实际履行支付义务,金欣华公司也从未向廖晓兰支付过所谓的利息。因此,一审法院仅凭两份诉争协议的签订及内容就认定廖晓兰已实际支付诉争投资款过于片面,系认定事实不清。2、一审法院认定事实证据不足。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任,对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任的规定。结合本案,廖晓兰应对合同是否履行,即是否支付诉争投资款承担举证证明责任,但廖晓兰仅凭两份诉争协议主张其权利,未能提供其他证据证明存在支付事实。而且廖晓兰在一审庭审中诉称是通过银行转账方式支付诉争投资款,有收到金欣华公司支付的利息,一审法院要求其庭后提交相关支付凭证,但廖晓兰均未完成举证义务。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定,廖晓兰对其主张必须提供证据加以证明,没有证据或者证据不足的应由其承担不利后果。

因此，廖晓兰仅提供两份诉争协议，属于孤证，未提供其他证据证明支付事实和资金来源，在一审庭审中未对支付情况作出合理解释，在一审庭审后亦未提交任何支付凭证，证据方面明显存在瑕疵和不足。而一审法院在本案证据不能形成优势证据的情况下，没有就款项支付的真实性进行严格审查，甚至机械地认定诉争协议具有证明廖晓兰已实际支付诉争投资款的证明力，系认定事实证据不足。二、《股权投资协议》和《股权投资补充协议》系当事人的真实意思表示，合法有效，双方均应严格履行诉争协议，而廖晓兰自始至终未支付诉争投资款，未实际履行诉争协议项下的支付义务。因此，廖晓兰一审诉请要求金欣华公司返还诉争投资款及支付利息没有事实和法律依据，依法应予以驳回。

被上诉人廖晓兰辩称：金欣华公司系一家创业投资有限责任公司，廖晓兰与金欣华公司及傅华达于 2012 年 5 月 15 日签订《股权投资协议书》约定：廖晓兰向金欣华公司投资 20 万元，由金欣华公司选定投资德泓（福建）光电科技有限公司进行 IPO 上市，投资期限三年；在德泓（福建）光电科技有限公司未 IPO 上市期间，金欣华公司支付廖晓兰 12% 的年收益。《股权投资协议书》明确约定：“甲方（金欣华公司）应按公司法相关规定依法经营，对丙方（廖晓兰）委托乙方（原审第三人傅华达）代持的股份权益安全作连带保证”。投资协议到期后，因德泓（福建）光电科技有限公司未能按原计划上市，金欣华公司按年利率 12% 向廖晓兰结清收益至 2014 年 5 月 24 日。2015 年 3 月 18 日，三方再次签订《股权投资补充协议》约定：丙方（廖晓兰）20 万元继续投资。德泓（福建）光电科技有限公司在 2016 年 12 月份之前，若未能在中小板上市，丙方可一次性将本息退出，并按年利率 12% 结付利息。现德泓（福建）光电科技有限公司仍没有 IPO 上市，廖晓兰提出退还投资款及利息未果，才依法向人民法院提起诉讼。因当时廖晓兰投资款大部分是交纳现金（仅少部分转账），且时间久、账目难查。现金欣华公司认为转账凭单和收条等否定收到投资款，意图抵赖。针对金欣华公司认为没有收到投资款的主张，廖晓兰认为：一、2012 年 5 月 15 日三方签订的《股权投资协议书》第八条明确约定：“鉴于本协议三方签章前，有关投资款已付清，因此甲方不另行开具收据给丙方（即廖晓兰），但投资接受方（甲方与投资项目签订合同之公司）需开具总投资收据给甲方（即金欣华公司）”。该条表明如下几点：1、“三方签章前，有关投资款已付清”，明显这是针对投资款是否收到的确认。2、“甲方不另行开具收据给丙方”，甲方即金欣华公司，丙方即廖晓兰。明显金欣华公司没有给廖晓兰开具投资款收据，金欣华公司妄想借此抵赖。3、“但投资接受方需开具总投资收据给甲方”，明显投资接受方开具的收据在金欣华公司处。二、2015 年 3 月 18 日三方再次签订《股权投资补充协议》表明：当时签订《股权投资补充协议》时，金欣华公司对是否收到投资款没有提出异议，说明当时双方对投资款是否给付的事实是没有争议的，否则金欣华公司必然提出投资款未给付而拒绝继续签订《股权投资补充协议》。金欣华公司既然签订了《股权投资补充协议》，说明其已收到廖晓兰的投资款，之后还给付部分利息。综上，足以说明金欣华公司事实收到廖晓兰的投资款，廖晓兰无需再提供任何证据证明。但由于金欣华公司抵赖，称未收到投资款，且为了否定这一事实，连利息也否定曾经给付。廖晓兰寻找当时的转账记录，该款是在签订合同的 2012 年 5 月 15 日从廖晓兰的外甥叶龙兴业银行账户转入时任德泓光电股份有限公司总经理的王勤荣工商银行 62×××99 的账户上。

原审第三人的答辩意见与上诉人金欣华公司的上诉理由一致。

被上诉人廖晓兰向一审法院起诉请求：1、金欣华公司返还投资款人民币 200000 元及支付从 2014 年 5 月 26 日起至 2017 年 5 月 26 日止按年利率 12% 计算的利息 72000 元，并承担投资本金 200000 元从 2017 年 5 月 27 日起至还清投资款之日止按年利率 12% 计算的利息；2、本案诉讼费由金欣华公司负担。

一审法院认定事实：金欣华公司是一家创业投资有限责任公司，傅华达系该发起人股东之一，占公司全部出资的 20%。廖晓兰于 2012 年 5 月 15 日前，投入 200000 元到金欣华公司，由

金欣华公司选定投资项目。2012年5月15日，廖晓兰与金欣华公司及傅华达签订《股权投资协议书》约定：廖晓兰出资200000元投资到金欣华公司，以傅华达名义持有其股份，傅华达为廖晓兰投资的代管人，而金欣华公司用此款作为资金的一部分拟向德泓(福建)光电科技有限公司(以下简称德泓光电)投资50000000元，拟占该公司股份的20%，并对廖晓兰委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证，委托投资期限自2012年5月15日至2014年5月24日止。若德泓光电在此投资期限内无法IPO上市，廖晓兰有权要求退还投资款，金欣华公司应无条件退还廖晓兰投资本金并一次性支付12%的年收益。投资协议到期后，因德泓光电未能IPO上市，廖晓兰自愿要求继续投资购买德泓光电股权，廖晓兰、傅华达、金欣华公司于2015年3月18日再次签订《股权投资补充协议》约定：1、以自愿为原则，对愿意继续等待德泓光电上市的投资人，金欣华公司先支付过去三年(2011年5月25日至2014年5月24日)的利息(按年利率12%结算)，将原持股本金续投德泓光电；2、退出期有两种选择：其一，德泓光电在2015年12月份之前若没有在新三板挂牌，可选择一次性退还本息(按12%年利率结付)；其二，在2016年12月份之前，若未能在中小板上市，可一次性将本息退出(按12%年利率结付)；3、若至2016年底，廖晓兰委托投资项目仍未能上市，但廖晓兰仍愿意等待的，股权投资协议自动顺延，直至成功上市，IPO(首次公开发行)后根据相关规定统一退市；4、原《股权投资协议书》与本补充协议具有同等法律效力，若有不同之处，以补充协议为准。德泓光电在2016年底仍未能在中小板上市，廖晓兰遂诉至一审法院要求退还投资款并支付利息。

一审法院认为，廖晓兰与金欣华公司、傅华达所签订的《股权投资协议书》和《股权投资补充协议》系当事人真实意思表示，合法有效，各方均应当严格履行协议，廖晓兰已按时、足额支付了200000元投资款，一审法院予以确认。金欣华公司抗辩未收到廖晓兰的200000元投资款，与事实不符，不予采信。《股权投资协议书》就风险承担虽约定傅华达对投资产生风险(包括股权损失及其他法律后果)不承担责任，全部由投资接收方(金欣华公司与投资项目签订合同之公司)及其股东承担，但该约定未明确投资接收方是谁，金欣华公司及傅华达也未提供证据证明廖晓兰投资款投入何处，谁是该资金的接收方，金欣华公司是否已将廖晓兰的投资实际按约定投入，不能确定；且金欣华公司在《股权投资协议书》约定对廖晓兰委托傅华达代持的股份权益安全承担连带保证，并在《股权投资补充协议》再次约定金欣华公司如何退还廖晓兰投资款的事项，故金欣华公司有义务对廖晓兰的该笔投资款承担责任。因金欣华公司拟投资的德泓光电未上市，且廖晓兰起诉要求金欣华公司返还投资款，据此可认定廖晓兰不愿意继续等待德泓光电上市而是选择退出。因德泓光电在廖晓兰委托期限内无法上市，廖晓兰又选择继续投资，根据协议约定，可认定金欣华向廖晓兰结清至2014年5月24日的收益。现廖晓兰根据合同约定要求金欣华公司返还投资款人民币200000元及支付从2014年5月26日起至2017年5月26日止按年利率12%计算的利息72000元，并承担投资本金200000元从2017年5月27日起至还清投资款之日止按年利率12%计算的利息，符合事实与法律规定，一审法院予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条之规定，判决：金欣华公司应当在判决生效之日起十日内返还廖晓兰投资款200000元及支付该款从2014年5月26日起至2017年5月26日止按年利率12%计算的利息72000元，并承担该款从2017年5月27日起至还清投资款之日止按年利率12%计算的利息。如果金欣华公司未按一审判决指定的履行期间履行金钱给付义务，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费5380元，因适用简易程序审理减半收取计2690元，由金欣华公司负担。

二审中，上诉人金欣华公司及原审第三人傅华达未向本院提交新证据。被上诉人廖晓兰向本院提交兴业银行股份有限公司龙岩永定支行2017年11月1日出具的《兴业银行账户交易明细清单》一份，证明：本案投资款在签订合同的2012年5月15日当天，从廖晓兰的外甥

叶龙兴业银行账户转入时任德泓光电总经理的王勤荣工商银行(62×××99)账户上的事实。经质证,上诉人金欣华公司及原审第三人傅华达均认为该证据与本案无关联性,金欣华公司从未委托任何人收取任何款项,该证据与本案没有关联性。

经审查,本院认为,被上诉人廖晓兰二审提供的《兴业银行账户交易明细清单》,虽然上诉人金欣华公司及原审第三人傅华达均否认该证据与本案的关联性,但结合《股权投资协议书》约定讼争投资款项用于投资德泓光电公司及汇款时间与协议签订时间、款项金额相吻合,应认定该款即为廖晓兰向金欣华公司支付讼争投资款。

对一审判决查明的事实,上诉人金欣华公司对一审认定“廖晓兰于2012年5月15日前,投入200000元到金欣华公司”有异议,认为其未收到该笔款项。被上诉人廖晓兰对一审判决查明的事实无异议,对双方无争议的事实,本院予以确认。

二审另查明,2012年5月15日,被上诉人廖晓兰以其外甥叶龙兴业银行账户向时任德泓光电公司总经理的王勤荣工商银行(62×××99)账户转入200000元。

本案各方当事人二审争议的焦点为:被上诉人廖晓兰是否支付20万元投资款?对此,本院作如下分析与认定:

本院认为,2012年5月15日,被上诉人廖晓兰以其外甥叶龙兴业的银行账户向时任德泓光电公司总经理的王勤荣工商银行(62×××99)账户转入200000元。该款项去向与《股权投资协议书》约定讼争投资款项用于投资德泓光电公司相符,且汇款时间、金额均与协议签订时间、约定金额相吻合,应认定该款即为廖晓兰向金欣华公司支付讼争的投资款。结合《股权投资协议书》第八条明确约定:“鉴于本协议三方签章前,有关投资款已付清,因此甲方不另行开具收据给丙方(即廖晓兰),但投资接受方(甲方与投资项目签订合同之公司)需开具总投资收据给甲方(即金欣华公司)”。及《股权投资补充协议》再次约定将原持股本金续投德泓光电公司。上述二协议均书面确认款项已经支付,并不存在歧义,且与廖晓兰的付款行为相互印证,可以认定被上诉人廖晓兰已按约支付讼争投资款。上诉人金欣华公司主张廖晓兰未支付讼争投资款,无事实依据,本院不予支持。

综上所述,上诉人金欣华公司的上诉请求不能成立,应予驳回;一审判决认定事实清楚,适用法律正确,本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

二审案件受理费5380元,由上诉人福建金欣华创业投资有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 郑国柱

审判员 张文池

审判员 郭胜华

二〇一七年十二月二十五日

书记员 郑冬明

福建省亚通创新集团有限公司与余孔琳与公司有关的纠纷

一审民事判决书

福州市中级人民法院

民事判决书

(2015)榕民初字第 953 号

原告：福建省亚通创新集团有限公司，住所地：福建省福清市镜洋工业区。

法定代表人：陈力辉，董事长。

委托诉讼代理人：余文珠，该公司职员。

委托诉讼代理人：郑建鸥，北京市京都律师事务所律师。

被告：余孔琳（英文名 KUSNADILYBIANTO），男，印度尼西亚国籍，1932 年 11 月 15 日出生，住址不详。

第三人：LOYALTEAMGROUPLIMITED，中国境内住所：福建省福州市。

董事：陈志忠。

委托诉讼代理人：陈丽华，该公司职员。

原告福建省亚通创新集团有限公司与被告余孔琳、第三人 LOYALTEAMGROUPLIMITED 与公司有关的纠纷一案，本院立案后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人余文珠、郑建鸥，第三人委托代理人陈丽华到庭应诉。被告余孔琳经本院合法传唤未到庭应诉，本院依法进行缺席审理。本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：1、判令被告余孔琳将其为原告受托持有的 SINOPIPEHOLDINGSLIMITED（中文名：中国管业控股有限公司，系新加坡证券交易所上市公司，股票代码：X06）18005660 股股票过户给第三人 LOYALTEAMGROUPLIMITED；2、判令被告余孔琳承担本案的公告费等法定费用（以实际发生数额为准）；3、诉讼费用由被告负担。

事实和理由：中国管业控股有限公司（简称“中国管业公司”）是一家新加坡公司，于 2005 年在新加坡证券交易所上市。目前已停牌，停牌前股价 0.13 新币/股。福建亚通新材料科技股份有限公司（简称“亚通股份公司”）是原、被告等依中国法律在福建省工商局注册的中外合资企业。在上市之前，中国管业公司通过股权形式间接控制了亚通股份公司。

2002 年，原告的法定代表人陈力辉代表原告与被告及案外人林立盛、何文正签订《出资确认协议书》，明确被告替原告代为持有亚通股份公司股份。

2004 年，原、被告等人签订《关于由公司统一安排股东出售上市公司股份的约定》，明确中国管业公司股票上市后，由原告统一安排出售中国管业公司股票。

2005 年，原、被告及案外人林立盛、何文正签订《投资确认书》，约定亚通股份公司作为中国管业公司的控股子公司之一参与在新加坡证券市场的股票首次公开发行活动，四方确认在中国管业公司所持有的股票应按照 2002 年签订的《出资确认协议书》的规定进行分享。

中国管业公司股票上市后，被告向原告提交亲笔文件，载明被告名下股票共 52727160 股，其中替原告持有 29073160 股。

经过买卖交易，截至目前，被告代原告持有的中国管业公司股票尚有 18005660 股。

2013 年 6 月，原告发现被告私自更改了股票账户对账单的邮寄地址。因被告的行为可能侵害原告的权利，而且被告年事已高，不适合继续代持股票，故原告与第三人 LOYALTEAMGROUPLIMITED 于 2015 年 4 月 29 日正式向被告发函，告知其原告已安排将剩余股票过户给第三人，要求配合办理过户手续。但被告拒绝签收，迄今未办过户。

被告未答辩。

第三人称，同意原告的诉讼请求。

原告围绕诉讼请求依法提交了证据，本院认定如下：原告提交的证据 1、3-8 与本案具有关联性，本院予以采纳；原告提交的证据 2 未经公证认证，真实性无法确认，本院不予采纳；证据 9 无法证明被告代原告持有中国管业公司股票 29073160 股的事实，本院不予采纳；证据 10 无法证明原告已向被告送达配合过户通知，且被告置之不理的事实，本院不予采纳；证据 11 与本案无关，本院不予采纳；证据 12 未注明时间，与本案关联性无法确认，本院不予采纳；证据 13 无法证明被告确认截至 2007 年 5 月 27 日其代原告持有中国管业公司股票 19673660 股的事实，本院不予采纳。

根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：

原告于 2000 年 12 月 6 日成立。2005 年 8 月 31 日，原告原企业名称福清市亚通创新建材有限公司变更为福建省亚通创新建材集团有限公司。2006 年 9 月 15 日，原告企业名称变更为现名称。

2002 年 2 月 4 日，原告的法定代表人陈力辉代表原告与被告及案外人林立盛、何文正等签订《出资确认协议书》，明确被告替原告代为持有亚通股份公司部分股份等。

2004 年 10 月 25 日，原、被告等人签订《关于由公司统一安排股东出售上市公司股份的约定》，明确中国管业公司股票上市后，由原告统一安排出售中国管业公司股票等。

2005 年至 2006 年期间，原、被告及案外人林立盛、何文正签订《投资确认书》，约定亚通股份公司作为中国管业公司的控股子公司之一参与在新加坡证券市场的股票首次公开发行股票活动，四方确认在中国管业公司所持有的股票应按照 2002 年签订的《出资确认协议书》的规定进行分享等。

截止到 2013 年 4 月 30 日，被告在花旗私人银行账户中持有中国管业公司股票 13151085 股。

截止到 2013 年 6 月 15 日，被告在丰隆银行账户中持有中国管业公司股票 16250575 股。

本案在审理期间，原告向本院提出财产保全的申请，并提供担保。本院依法作出（2015）榕民初字第 953 号民事裁定书，依法查封、冻结被告名下价值 500 万元的财产。

本院认为，被告为印度尼西亚公民，本案系涉外合同纠纷，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四十一条的规定，根据最密切联系原则，本案适用中华人民共和国法律为准据法。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”规定，原告主张被告代原告持有中国管业公司股票，被告不配合办理股票过户手续，应当提供证据证明，但其提交的证据不足以证明被告代持股数量，故原告证据不足，应由原告自行承担不利的法律后果。综上所述，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定，判决如下：

驳回原告福建省亚通创新集团有限公司的诉讼请求。

案件受理费 92022 元、财产保全费 5000 元，由原告福建省亚通创新集团有限公司负担。

如不服本判决，原告福建省亚通创新集团有限公司可在判决书送达之日起十五日内，被告余孔琳可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省高级人民法院。

审判长 林智远

审判员 谢芬

代理审判员 吕德快

二〇一七年六月二十六日

书记员 施铃涛

傅小玲与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一审民事判决书

上海市黄浦区人民法院
民事判决书

(2017)沪 0101 民初 12098 号

原告傅小玲，女，1954 年 1 月 21 日生，汉族，住上海市静安区。

委托诉讼代理人：王亦雄，上海光明律师事务所律师。

被告上海佳乐无线电总厂，住所地上海市。

法定代表人：何光辉，该厂厂长。

原告傅小玲与被告上海佳乐无线电总厂(以下简称佳乐总厂)股票权利确认纠纷一案，本院于 2017 年 5 月 3 日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告傅小玲及其委托诉讼代理人王亦雄，被告法定代表人何光辉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告傅小玲向本院提出诉讼请求：1、判令确认以被告上海佳乐无线电总厂名义登记的上海银行股份有限公司 7,767 股股票归原告所有；2、判令确认自 2008 年起至 2014 年上述股份相应的红利归原告所有；3、本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：上海茂林城市信用社(以下简称茂林信用社)成立之初，向系统内有关单位集资。因被告发动职工集资参股，原告作为被告职工出资人民币 600 元(以下币种同)，与其余四名同事共同集资认购。由于历史原因，原告与同事的股份登记在被告名下。1995 年，茂林信用社与其他单位合并，发起设立了上海银行股份有限公司(以下简称上海银行)，原茂林信用社的股东变为上海银行股东，仍由被告名义登记。经多次转增，原告与同事集资持有的股份数为 38,836 股。2007 年之前的分红均已取得，但自 2008 年起的红利一直未分配。因系争股票登记于被告名下，不便原告行使股东权利，为此原告诉至本院。

被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，愿意将名下代持股份转为原告个人持有，并配合转让登记。不同意承担本案诉讼费用，请求法院依法判决。

经审理查明，1988 年 6 月 12 日，被告职工刘昌建、许燕萌、傅小玲、沙蓓、徐耀康五人各出资 600 元认购茂林信用社原始股，登记在被告名下。后茂林信用社发起设立了上海银行，原股东也变更为上海银行股东。现佳乐无线电总厂(企业代码 XXXXXXXX-5)作为上海银行发起人股东，截止 2017 年 6 月 1 日持有上海银行首次公开发行(上市前)股份 38,836 股，股权证号为 XXXXXXXXXXXX。其中应归属于原告的股份为 7,767 股，2008 年归属原告分红 798 元，2009 年归属原告分红 798 元，2010 年归属原告分红 932.06 元，2011 年归属原告分红 1,009.73 元，2012 年归属原告分红 1,475.76 元，2013 年归属原告分红 1,708.78 元，2014 年归属原告分红 1,864.12 元，上述历年分红共计 8,586.45 元尚未发放。

本院认为，被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，故对原告主张的事实予以确认。原告作为股票投资者的合法权益依法受法律保护。现被告愿意将其名下代持股份转为原告个人持有，并配合办理转让登记所需手续。原告要求将被告代持的股份及分红确认至个人名下，也不违反法律的强制性规定，故本院予以支持。

据此，依照《中华人民共和国公司法》第四条规定，判决如下：

一、确认以“佳乐无线电总厂”(企业代码 XXXXXXXX-5)名义登记的、股权证号为 XXXXXXXXXXXX 的上海银行股份有限公司股票中 7,767 股归原告傅小玲所有；

二、确认自 2008 年起至 2014 年上述股份相应的红利共计 8,586.45 元归原告傅小玲所有。

案件受理费人民币 3,792 元，减半收取计人民币 1,896 元，由原告傅小玲负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员 蒋骏

二〇一七年六月二十日

书记员 张俊

宫俊林上诉湖南华瑞中金投资企业（有限合伙）股权转让 纠纷一案

北京市第一中级人民法院

民事判决书

（2016）京 01 民终 4985 号

上诉人（原审被告）：宫俊林，男，1964 年 8 月 12 日出生，中成新星油田工程技术服务股份有限公司董事长。

委托诉讼代理人：郝翠珍，女，1985 年 9 月 17 日出生，中成新星油田工程技术服务股份有限公司作业安全部经理，住北京市昌平区。

被上诉人（原审被告）：湖南华瑞中金投资企业（有限合伙），住所地湖南省长沙市雨花区万家丽中路二段 68 号双帆华晨大厦 1 幢 806 房。

负责人：刘珂，总经理。

委托诉讼代理人：杨深利，湖南昌言（长沙）律师事务所律师。

原审第三人：中成新星油田工程技术服务股份有限公司，住所地北京市昌平区科技园区超前路 9 号 B 座 251 号。

法定代表人：宫俊林，总经理。

上诉人宫俊林因与被上诉人湖南华瑞中金投资企业（有限合伙）（以下简称华瑞中金企业）、原审第三人中成新星油田工程技术服务股份有限公司（以下简称中成新星公司）股权转让纠纷一案，不服北京市昌平区人民法院（2015）昌民（商）初字第 07283 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2016 年 7 月 27 日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

宫俊林的上诉请求：请求二审法院撤销一审判决，将本案发回重审或者依法改判驳回华瑞中金企业的全部诉讼请求，一审、二审案件受理费由华瑞中金企业负担。事实和理由：2011 年 1 月 20 日宫俊林与华瑞中金企业及中成新星公司签署了《中成新星公司增资协议书》（以下简称《增资协议》），且宫俊林为华瑞中金企业出具了《承诺函》，根据《承诺函》的内容可知：1、未经宫俊林及中成新星公司的同意，华瑞中金企业不能转让其持有的公司股份，不得随意抽回对公司的增资，现宫俊林、中成新星公司均未出具任何书面同意华瑞中金企业转让其持有的股权的材料，因此华瑞中金公司不能将其持有的股权转让给宫俊林；2、以上市为条件的对赌承诺没有法律依据，且中成新星公司已经于 2015 年 1 月 19 日在新三板上市，华瑞中金企业可以在新三板交易平台交易其持有的公司股份，不应该再要求宫俊林回购其股权。

华瑞中金企业辩称，本案一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。一、2011 年 1 月 20 日签订的《增资协议》没有对股权回购进行限制。1、签约时中成新星公司同意股权回购安排。《增资协议》和《承诺函》是同一天签订，而且《承诺函》是依据《增资协议》出具的，显然中成新星公司对股权回购的约定是没有异议的。2、2014 年 3 月 10 日，中成新星公司出具《关于的回复函》，事实上也在此表达了同意股权回购的安排，并承诺将竭力安排协调股权转让相关事宜。3、中成新星公司的公司章程并未对股权转让进行限制。4、中成新星公司与宫俊林是关联关系，且宫俊林是中成新星公司的实际控制人，因此中成新星公司事后做出不同意股权转让的声明，是为了协助宫俊林进行诉讼，不是中成新星公司的真实意思表示，不应当被采信。二、《承诺函》中约定的回购条件已经成就，宫俊林应当依约履行回购义务。中成新星公司增资完成日即 2011 年 1 月 28 日起 36 个月内没有通过中国证券监督管理委员会发审委关于首次公开发行及上市的核准，因此宫俊林应当自收到华瑞中金企业

提出回购请求之日（2014 年 3 月 7 日）起 360 日内（2015 年 3 月 2 日前）完成回购款的支付。《增资协议》签订时并没有新三板，不可能约定在这个系统中挂牌，且新三板不是公众股票交易市场，其对投资者是有资格限制的，而且交易及其不活跃，《增资协议》中约定的是公开发行股票及上市，显然指的是经中国证券监督管理委员会批准成为公众公司，可以公开发行股票并在证券交易所交易。

中成新星公司二审期间未到庭参加诉讼，亦未向本院提交书面陈述意见。

华瑞中金企业向一审法院起诉请求：1、宫俊林依《承诺函》受让华瑞中金企业所持中成新星公司的股份，受让价款为 945 万元及相应利息（以 945 万元为本金，自 2011 年 1 月 30 日起每年 10% 的利率）；2、诉讼费用由宫俊林承担。

一审法院认定事实：2011 年 1 月 20 日，华瑞中金企业（甲方）与宫俊林（丙方）及中成新星公司（乙方）签订《增资协议》。协议约定，甲方以现金 945 万元向公司实施增资，甲方增资总金额中，150 万元作为公司注册资本，795 万元进入资本公积。增资工商变更登记完成后，新公司注册资本为 9800 万元，甲方占增资完成后新公司注册资本的 1.53%，本次增资资金用于与公司主营业务有关的扩大再生产，未经甲方同意，乙方不得擅自改变资金用途；甲方应自本协议生效后五个工作日内将其认缴的出资划入公司指定的验资账户，并由公司向甲方出具收据。公司承诺在甲方汇入增资款后 30 个工作日内完成增资各项手续，完成工商变更登记并取得换发之公司营业执照之日视为本次增资完成日；未经乙方、丙方同意，甲方在上市前不能随意转让其所持公司股份，不得随意抽回对公司的增资。签订上述协议的同时，宫俊林向华瑞中金企业出具《承诺函》，承诺其作为中成新星公司的实际控制人，将极力促成中成新星于《增资协议》第二条第 2.2 款约定的增资完成日（“交割日”）起 36 个月内通过证监会发审委关于首次公开发行及上市的核准（“投资者最佳退出条件”）。若投资者最佳退出条件届时未达成，宫俊林将以下述价格回购投资者届时持有的中成新星股权：回购价格=据《增资协议》第二条第 2.1 款约定投资者实际投入的款项（“投资款”）本金+该等投资款本金自交割日起 36 个月内按照 10% 年利率确定的利息。回购应当在投资者提出回购要求之后 360 日内，由宫俊林完成支付。如果当时本次发行并上市的申请尚在审核期，则在证监会出具明确的审批意见之前，原告不得提出上述回购请求。协议签订后，华瑞中金企业于 2011 年 1 月 28 日向中成新星公司在华夏银行的账户汇款 795 万元，向中成新星公司在广发银行的账户汇款 150 万元。2011 年 1 月 28 日，中成新星公司完成工商变更登记，华瑞中金企业持有中成新星公司 1.53% 的股份，宫俊林持有中成新星公司 18.92% 的股份。2014 年 1 月 23 日，因中成新星公司未能完成首次公开发行的承诺，华瑞中金企业向宫俊林发出《警示函》，告知宫俊林如果公司仍未实现上市，不排除华瑞中金企业按照合同约定行使权利。2014 年 3 月 7 日，华瑞中金企业再次向被告发出《股权回购通知函》，内容为，鉴于中成新星公司未能通过证监会发审委的核准，要求宫俊林立即回购华瑞中金持有的全部中成新星股份。2014 年 3 月 10 日，宫俊林及中成新星公司向华瑞中金企业发出《回复函》，告知华瑞中金企业，中成新星及宫俊林本人将通过多种渠道寻找投资人，协商股权回购事宜。在不影响中成新星正常经营的前提下，将竭力安排协调股权转让相关事宜。2014 年 12 月 25 日，宫俊林向华瑞中金企业发函，告知中成新星公司已于 2014 年 6 月着手申报新三板事宜，目前中成新星公司有望于 2015 年 1 月底 2 月初挂牌，若华瑞中金企业希望在公司 IPO 前退出，公司希望对 2011 年增资定价重新估值。重新估值后，华瑞中金企业如仍然希望退出，则实施回购。重新估值后，若华瑞中金企业对定价仍然不满意，双方可以协商一次性补偿方案。2014 年 12 月 31 日，华瑞中金企业向宫俊林及中成新星公司发出回函，称《增资协议书》与《回购承诺函》不违反法律法规强制性规定，宫俊林应依承诺履行自己的义务。

一审法院认为，华瑞中金企业与宫俊林及中成新星公司之间签订的《增资协议》约定华瑞中金企业购买宫俊林所持有的中成新星公司的股份，宫俊林基于该份《增资协议》向华瑞中金

企业出具《承诺函》，承诺在中成新星公司未能按约定时间完成首次公开发行及上市的审核时，宫俊林按一定价格回购华瑞中金企业所购买的股份。该《承诺函》系宫俊林真实意思的表示，不违反法律法规的强制性规定，该《承诺函》合法有效，宫俊林应当按其承诺履行其义务。宫俊林辩称中成新星公司已经在全国中小企业股份转让系统挂牌，在约定时间内完成了公开发行及上市的工作，华瑞中金企业要求宫俊林回购股权没有依据，该院认为，宫俊林在《承诺函》中明确承诺要通过证监会发审委关于首次公开发行及上市的核准，该条件明确约定的是首次公开发行及上市，且在宫俊林出具《承诺函》时，我国尚未推出全国中小企业股份转让系统，双方约定的并非指在该系统上市，故宫俊林的抗辩意见该院不予采纳。宫俊林辩称在《增资协议》中约定了华瑞中金企业未经中成新星公司同意不得转让其所持有的股份，但宫俊林及中成新星公司在 2014 年 3 月 10 日及 2014 年 12 月 25 日的函件中均提到与华瑞中金企业回购股权的事宜，由此可知中成新星公司对华瑞中金企业与宫俊林的股权回购事宜并未表示反对。且华瑞中金企业要求宫俊林收购股权并非股权的对外转让，而是在中成新星公司未能如约上市情况下由原有股东对股权进行的回购，该行为与转让股权并非完全相同的概念。故对宫俊林的该项抗辩意见该院亦不予以采纳。宫俊林辩称双方在《承诺函》中仅约定了 36 个月内的利息按 10% 的利率计算，对超过 36 个月之后的利息不能按 10% 计算。该院认为，宫俊林未能按期回购股权，应当承担相应的违约责任，华瑞中金企业对超过 36 个月之后的利息仍主张按 10% 计算并不违反法律法规的强制性规定，该院对此予以支持。综上所述，依据《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条及《中华人民共和国公司法》第一百三十七条之规定，判决：一、宫俊林回购华瑞中金企业所持有的中成新星公司百分之一点五三的股份；二、宫俊林向华瑞中金企业支付回购款九百四十五万元并支付利息，利息以九百四十五万元为基数，自二〇一一年一月三十日起计算至实际付清之日止，按年利率百分之十计算。

二审中，各方当事人均未向本院提交新的证据。

本院二审期间补充查明以下事实：二审期间，宫俊林与华瑞中金企业均当庭认可，新三板向全国企业接收挂牌申请的时间晚于 2011 年 1 月 20 日。

宫俊林在本院二审期间陈述称，截至 2014 年 1 月 28 日中成新星公司仍未完成在中国证券监督管理委员会发审委进行的审核工作。

本院二审期间查明的其他事实与一审查明的事实一致。

本院认为，本案华瑞中金企业以股权转让纠纷起诉宫俊林、中成新星公司，请求宫俊林回购其持有的中成新星公司的股权并承担相应的违约责任。本院认为，华瑞中金企业、宫俊林、中成新星公司签订《增资协议》系各方真实意思表示，未违反法律、行政法规的强制性规定，当属合法有效。针对宫俊林主张其回购华瑞中金企业股权须得中成新星公司的书面同意的上诉理由，本院认为，2014 年 3 月 10 日中成新星公司、宫俊林向华瑞中金企业出具的《关于的回复函》中明确写明：“中成新星及宫俊林本人将通过多种渠道寻找投资人，协商股权回购事宜。”该回复函的落款处有中成新星公司加盖公章。该回复函的内容可以看出中成新星公司表示积极协助办理股权回购事宜，系其对股权回购事宜的明知及认可，故宫俊林现以中成新星公司未以书面形式同意股权回购为由不履行回购义务，没有事实及法律依据，本院不予支持。针对宫俊林主张中成新星公司已经在新三板上市，故其不应承担回购股权的责任的上诉理由，本院认为，首先，本案中三方签署《增资协议》的时间是 2011 年 1 月 20 日，宫俊林及华瑞中金企业在二审期间均认可，新三板接收申报的时间晚于各方签订《增资协议》的时间，因此本院认为各方在《增资协议》中写明的公开发行及上市并不指向在新三板上市发行，且宫俊林在二审中亦明确认可，截至 2014 年 1 月 28 日，中成新星公司未完成在中国证券监督管理委员会发审委进行的审核，故本院认为宫俊林的此点上诉理由，亦没有事实及法律依据，本院不予支持。本院认为，根据现有证据，一审判决判决认定宫俊林回购华瑞中

金企业股权的条件已经成就，宫俊林应当履行回购义务并按照《承诺函》的约定支付利息正确，本院予以维持。

综上所述，宫俊林的上诉请求均没有事实及法律依据，本院不予支持；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 77950 元，由宫俊林负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 甄洁莹

代理审判员 孙鑫

代理审判员 王晴

二〇一六年九月十九日

书记员 马思雨

龚晓兰与沈庆元股票权利确认纠纷二审民事判决书

苏州市中级人民法院

民事判决书

(2016)苏05民终10037号

上诉人(原审原告):龚晓兰,女,1982年2月24日出生,汉族,住常熟市。

委托诉讼代理人:陈健,江苏正大发展律师事务所律师。

委托诉讼代理人:陶英杰,江苏正大发展律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):沈庆元,男,1959年6月20日出生,汉族,住常熟市。

委托诉讼代理人:秦建文,江苏圣益律师事务所律师。

上诉人龚晓兰因与被上诉人沈庆元股票权利确认纠纷一案,不服江苏省常熟市人民法院(2016)苏0581民初18号民事判决,向本院提起上诉。本院于2016年12月5日立案后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

龚晓兰上诉请求:1、撤销一审判决,依法改判支持龚晓兰全部诉讼请求;2、一、二审诉讼费由沈庆元承担。事实和理由:一、一审法院对于121万元的付款原因的认定错误。龚晓兰已经自认该121万元是借款。沈庆元主张该121万元是股票结算款,但是其主张的结算时的4%的管理费是子虚乌有的,《委托持股协议》中根本没有约定管理费。且沈庆元主张的抛售股票时间,其代持的龚晓兰的股票尚有部分未解禁,沈庆元以其自有的流通股置换龚晓兰的限售股,这种做法也不合逻辑。二、一审法院对于代持股份的数额和损失金额的认定有误。根据《委托持股协议》第三条约定,只有获得龚晓兰的明确指令,沈庆元才可以出售上述股份。因此,沈庆元在未收到龚晓兰指令的情况下擅自抛售代持的股票,已经构成违约。沈庆元系擅自抛售其代持的龚晓兰的股票,龚晓兰对抛售行为不认可。沈庆元自己也持有相应股票,因此,龚晓兰认为只有沈庆元抛售完自己持有的流通股后,其继续抛售的流通股才能认定为是代龚晓兰抛售。一审法院将2015年1月1日至2015年12月20日期间沈庆元抛售股票的均价27.37元拟制为龚晓兰持股的每股均价,并计算出代龚晓兰抛售股票的数量,龚晓兰不认可。龚晓兰认为应当按照33.08元的股价作为计算损失的依据。

沈庆元辩称:一、一审法院对于2014年12月5日由沈庆元通过银行转账方式转给龚晓兰的121万元款项是案涉代持股票抛售后价款,认定正确。并非龚晓兰所称的双方之间存在着121万元的借款。二、一审法院对于到目前为止尚余未经抛售的应属于龚晓兰的股票数量的计算,实际上是结合了当时抛售股票的价格以及之后这公司对于股份的送股和配股的具体情况进行的相应的计算,符合双方的代持的约定,同时符合上市公司所公告的相关送股的文件规定,并不存在代持股计算错误及损失金额认定有误的情形。请求二审法院依法维持一审的判决。

龚晓兰向一审法院提出的诉讼请求:1、确认截至2015年12月20日龚晓兰对沈庆元代持的江苏亿通科技股份有限公司(以下简称亿通科技)(股票代码为300211)110038.5股股票享有权益;2、判令沈庆元支付龚晓兰截至2015年12月20日分红款24084.6元;3、判令沈庆元赔偿龚晓兰股票收益损失2831168.34元,4、诉讼费用由沈庆元负担。在一审诉讼过程中,龚晓兰变更第2项诉讼请求,要求沈庆元支付截至2015年12月20日的分红款23754.6元,其余诉讼请求不变。

一审法院认定事实:沈庆元系亿通科技副总经理。2009年5月25日,龚晓兰以购买亿通科技股份为由向常熟市信和服饰辅料有限公司借款328500元,并要求常熟市信和服饰辅料有限公司将借款328500元直接汇给沈庆元。同日常熟市信和服饰辅料有限公司将328500元汇给了沈庆元。龚晓兰又于2009年5月25日汇给沈庆元182500元。上述款项合计511000

元龚晓兰欲购买亿通科技的 14 万股股份。2009 年 6 月 2 日沈庆元将 292002.92 元（含利息）退还给了龚晓兰，剩余的 219000 元用于购买亿通科技的 6 万股股份。

2009 年 6 月 12 日，龚晓兰（甲方）与沈庆元（乙方）签订了委托持股协议一份，甲方委托乙方向亿通科技投资 219000 元，折合陆万股。经甲乙双方协商一致，现达成如下协议：一、甲方将所持有的亿通科技的上述股份委托乙方持有。二、甲方享有投资收益权。上述股份应得的亿通科技的现金和股票分红、公积金转增股份等，以及上述股份的转让所得，其所有权归属于甲方。三、甲方享有股份处置权。只有获得甲方的明确指令，乙方才可以出售上述股份。四、配股选择权属于甲方。如亿通科技向老股东配售和增发新股，上述股份是否参与配售和增发，由甲方决定。五、上述股份所产生的现金收入（如现金股利、转让所得等），当甲方要求支取时，乙方应及时支付。六、乙方享有股份所拥有的提案权和表决权。对亿通科技的股东大会事项，上述股份所拥有的提案权和表决权，由乙方独立行使。七、甲乙双方均负有保密义务，不得对任何第三方泄露本协议的内容，泄露者将承担一切后果。八、自签订本协议之日起，在以前签订的所有委托持股协议全部作废。九、本协议一式二份，由双方签字后生效。双方各执一份。

亿通科技的首次公开发行股票并在创业板上市公告书内容为：亿通科技股票将在深圳证券交易所创业板市场上市，本次发行前股东所持股份的限售安排、股东对所持股份自愿锁定的承诺：1、公司控股股东、实际控制人王振洪和王桂珍、股东常熟灵丰担保、作为公司董事、监事、高管及核心技术人员的股东马晓东、杨淑兰、陈小星、顾建江、沈庆元、陈晓刚、王家康、邹建才、曹彬、吴志坚、施达承诺：自公司股票在证券交易所上市交易之日起三十六个月内，不转让或者委托他人管理其在发行前直接或间接持有的公司股份，也不由公司回购该等股份。……王振洪、马晓东、杨淑兰、陈小星、顾建江、沈庆元、陈晓刚、王家康、邹建才、何晓秋作为公司的董事、监事或高级管理人员、王桂珍作为董事、高级管理人员王振洪关系密切的家庭成员承诺：上述承诺期限届满后，在其或者其关系密切的家庭成员担任公司董事、监事、高级管理人员期间每年转让的股份不超过其直接或间接持有的公司股份总数的百分之二十五；离职后半年内不转让其直接或间接持有公司的股份；离职半年后的十二月内，转让公司股份数量占其直接或间接持有股份总数的比例不超过百分之五十。

亿通科技的股票于 2011 年 5 月 5 日在深圳证券交易所上市交易，股票简称：亿通科技，股票代码 300211。首次公开发行前已发行的股份其中沈庆元持股数量为 75 万股，可上市交易时间为 2014 年 5 月 5 日。

2012 年 6 月 7 日，亿通科技公布了 2011 年度利润分配及资本公积金转增股本方案实施公告，该公告内容为：……二、权益分配方案。本公司 2011 年年度权益分派方案为：以公司现有总股本 4886 万股为基数，向全体股东每 10 股派 1 元人民币现金（含税，扣税后，个人、证券投资基金、QFII、RQFII 实际每 10 股派 0.90 元；对于 QFII、RQFII 外的其他非居民企业、本公司未代扣代缴所得税，由纳税人在所得发生地缴纳）；同时以资本公积金向全体股东每 10 股转增 1 股。三、股权登记日与除权登记日。1、股权登记日为 2012 年 6 月 12 日；2、除权除息日为 2012 年 6 月 13 日。四、权益分派对象。本次分派对象为：截止 2012 年 6 月 12 日下午深圳证券交易所收市后，在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司登记在册的本公司全体股东。五、权益分派方法：1、本次所转增股于 2012 年 6 月 13 日直接计入股东证券账户；2、本公司此次委托中国证券登记结算深圳分公司代派的股息将于 2012 年 6 月 13 日通过股东托管证券公司（或其他托管机构）直接划入其资金账户；3、以下 A 股股份的现金红利由本公司自行派发：首发前个人类限售股、首发前机构类限售股。

在 2011 年度利润分配及资本公积金转增股本后，沈庆元原持股数量变动为 825000 股，其中龚晓兰的持股数量为 66000 股，现金分红为 5400 元（已扣税）。

2013 年 5 月 28 日，亿通科技公布了 2012 年度利润分配及资本公积金转增股本方案实施公告，该公告内容为：……二、权益分配方案。本公司 2012 年年度权益分派方案为：以公司现有总股本 5374.60 万股为基数，向全体股东每 10 股派 1.00 元人民币现金（含税，扣税后，QFII、RQFII 以及持有股改限售股、新股限售股的个人和证券投资基金每 10 股派 0.90 元；持有非股改、非新股限售股及无限售流通股的个人、证券投资基金股息红利税实行差别化税率征收，先按每 10 股派现金 0.95 元，权益登记日后根据投资者减持股票情况，再按实际持股期限补缴税款；对于 QFII、RQFII 外的其他非居民企业、本公司未代扣代缴所得税，由纳税人在所得发生地缴纳）；同时以资本公积金向全体股东每 10 股转增 2 股，合计转增 10749200 股。【根据先进先出的原则，以投资者证券账户为单位计算持股期限，持股 1 个月（含 1 个月）以内，每 10 股补缴税款 0.15 元，持股 1 个月以上至 1 年（含 1 年）的，每 10 股补缴税款 0.05 元；持股超过 1 年的，不需补缴税款。】三、股权登记日与除权除息日。1、股权登记日为 2013 年 6 月 3 日；2、除权除息日为 2013 年 6 月 4 日。四、权益分派对象：本次分派对象为：截止 2013 年 6 月 3 日下午深圳证券交易所收市后，在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司登记在册的本公司全体股东。五、权益分派方法：1、本次所转增股于 2013 年 6 月 4 日直接计入股东证券账户；2、本公司此次委托中国证券登记结算深圳分公司代派的股息将于 2013 年 6 月 4 日通过股东托管证券公司（或其他托管机构）直接划入其资金账户；3、以下 A 股股份的现金红利由本公司自行派发：首发前个人类限售股、首发前机构类限售股。

在 2012 年度利润分配及资本公积金转增股本后，沈庆元原持股数量变动为 990000 股，其中龚晓兰的持股数量为 79200 股，现金分红为 5940 元（已扣税）。

2014 年 4 月 28 日，亿通科技公布了首次公开发行前已发行限售股份上市流通的提示性公告，该公告内容为：公司控股股东、实际控制人王振洪和王桂珍、股东常熟灵丰担保、作为公司董事、监事、高管及核心技术人员的股东马晓东、杨淑兰、陈小星、顾建江、沈庆元、陈晓刚、王家康、邹建才、曹彬、吴志坚、施达承诺：自公司股票在证券交易所上市交易之日起三十六个月内，不转让或者委托他人管理其在发行前直接或间接持有的公司股份，也不由公司回购该等股份。承诺完成期限 2011 年 5 月 5 日-2014 年 5 月 5 日。本次解除限售股份可上市流通时间为 2014 年 5 月 5 日。本次申请解除限售的数量 41513736 股，占公司总股本的 64.37%；实际可上市流通数量为 13477134 股，占公司总股本的 20.90%，本次申请解除限售股份的股东人数为 15 人（其中 14 人均为自然人股东，1 人为法人股东）。其中沈庆元所持限售股股总数 99 万股，本次解除限售数量为 99 万股，本次实际可上市流通数量为 247500 股，高管锁定数量为 742500 股。

2014 年 6 月 4 日，亿通科技公布了关于 2013 年度权益分派实施公告，该公告内容为：……二、权益分配方案。公司 2013 年度权益分派方案为：以公司现有总股本 64495200 股为基数，向全体股东每 10 股派 1.00 元人民币现金（含税，扣税后，QFII、RQFII 以及持有股改限售股、首发限售股的个人和证券投资基金每 10 股派 0.90 元；持有非股改、非首发限售股及无限售流通股的个人、证券投资基金股息红利税实行差别化税率征收，先按每 10 股派现金 0.95 元，权益登记日后根据投资者减持股票情况，再按实际持股期限补缴税款；对于 QFII、RQFII 外的其他非居民企业、本公司未代扣代缴所得税，由纳税人在所得发生地缴纳）；同时公司以资本公积金向全体股东每 10 股转增 3 股，合计转增 19348560 股。【根据先进先出的原则，以投资者证券账户为单位计算持股期限，持股 1 个月（含 1 个月）以内，每 10 股补缴税款 0.15 元，持股 1 个月以上至 1 年（含 1 年）的，每 10 股补缴税款 0.05 元；持股超过 1 年的，不需补缴税款。】三、股权登记日与除权除息日：1、股权登记日为 2014 年 6 月 10 日；2、除权除息日为 2014 年 6 月 11 日。四、权益分派对象：本次分派对象为：截止 2014 年 6 月 10 日下午深圳证券交易所收市后，在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公

司登记在册的本公司全体股东。五、权益分派方法：1、本次所转增股于 2014 年 6 月 11 日直接计入股东证券账户。在转股过程中产生的不足 1 股的部分，按小数点后尾数由大到小排序依次向股东派发 1 股（若尾数相同时则在尾数相同者中由系统随机排序派发），直至实际转增股总数与本次转增股总数一致。2、本公司此次委托中国证券登记结算公司深圳分公司代派的股息将于 2014 年 6 月 11 日通过股东托管证券公司（或其他托管机构）直接划入其资金账户；3、以下 A 股股份的现金红利由本公司自行派发：公司高管锁定股股份。

在 2013 年度权益分派实施公告之后，沈庆元原持股数量变动为 1287000 股，其中龚晓兰的持股数量为 102960 股，现金分红为 7524 元（已扣税）。

2015 年 5 月 15 日，亿通科技公布了关于 2014 年年度权益分派实施公告，该公告内容为：……二、权益分配方案。公司 2014 年度权益分派方案为：以公司现有总股本 83843760 股为基数，向全体股东每 10 股派 0.50 元人民币现金（含税，扣税后，QFII、RQFII 以及持有股改限售股、首发限售股的个人和证券投资基金每 10 股派 0.45 元；持有非股改、非首发限售股及无限售流通股的个人、证券投资基金股息红利税实行差别化税率征收，先按每 10 股派现金 0.475 元，权益登记日后根据投资者减持股票情况，再按实际持股期限补缴税款；对于 QFII、RQFII 外的其他非居民企业、本公司未代扣代缴所得税，由纳税人在所得发生地缴纳）；同时公司以资本公积金向全体股东每 10 股转增 9 股，合计转增 75459384 股。【根据先进先出的原则，以投资者证券账户为单位计算持股期限，持股 1 个月（含 1 个月）以内，每 10 股补缴税款 0.075 元，持股 1 个月以上至 1 年（含 1 年）的，每 10 股补缴税款 0.025 元；持股超过 1 年的，不需补缴税款。】三、股权登记日与除权除息日：1、股权登记日为 2015 年 5 月 21 日；2、除权除息日为 2015 年 5 月 22 日。四、权益分派对象：本次分派对象为：截止 2015 年 5 月 21 日下午深圳证券交易所收市后，在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司登记在册的本公司全体股东。五、权益分派方法：1、本次所转增股于 2015 年 5 月 22 日直接计入股东证券账户。在转股过程中产生的不足 1 股的部分，按小数点后尾数由大到小排序依次向股东派发 1 股（若尾数相同时则在尾数相同者中由系统随机排序派发），直至实际转增股总数与本次转增股总数一致。2、本公司此次委托中国证券登记结算公司深圳分公司代派的股息将于 2015 年 5 月 22 日通过股东托管证券公司（或其他托管机构）直接划入其资金账户。

2014 年 6 月 27 日，沈庆元抛售亿通科技股票如下：5000 股，每股 17.1 元，成交金额 85500 元，收入金额 85329 元；5000 股，每股 17.2 元，成交金额 86000 元，收入金额 85828 元；5000 股，每股 17.12 元，成交金额 85600 元，收入金额 85428.80 元；5000 股，每股 17.1 元，成交金额 85500 元，收入金额 85329 元；5000 股，每股 17.23 元，成交金额 86150 元，收入金额 85977.71 元；5000 股，每股 17.15 元，成交金额 85750 元，收入金额 85578.50 元；141570 股，每股 15.26 元，成交金额 2160358.2 元，收入金额 2156037.48 元。2014 年 6 月 27 日，沈庆元支付限售股转让所得税 454725.89 元。

2014 年 6 月 30 日，沈庆元抛售亿通科技股票如下：5000 股，每股 17.28 元，成交金额 86400 元，收入金额 86227.20 元。2014 年 6 月 30 日，沈庆元支付限售股转让所得税 14688 元。

2014 年 10 月 29 日，沈庆元抛售亿通科技股票如下：2000 股，每股 23.7 元，成交金额 47400 元，收入金额 47305.20 元；2000 股，每股 23.6 元，成交金额 47200 元，收入金额 47105.60 元；5000 股，每股 23.5 元，成交金额 117500 元，收入金额 117265 元；2000 股，每股 23.49 元，成交金额 46980 元，收入金额 46886.04 元。2014 年 10 月 29 日，沈庆元支付限售股转让所得税 44043.6 元。

2014 年 11 月 6 日，沈庆元抛售亿通科技股票如下：5000 股，每股 23.3 元，成交金额 116500 元，收入金额 116267 元；3000 股，每股 23.28 元，成交金额 69840 元，收入金额 69700.32 元；2000 股，每股 23.25 元，成交金额 46500 元，收入金额 46407 元；2000 股，每股 23.2

元,成交金额 46400 元,收入金额 46307.20 元;5000 股,每股 23.35 元,成交金额 116750 元,收入金额 116516.50 元;2000 股,每股 23.451 元,成交金额 46902 元,收入金额 46808.20 元;3000 股,每股 23.46 元,成交金额 70380 元,收入金额 70239.24 元;3000 股,每股 23.46 元,成交金额 70380 元,收入金额 70239.24 元。2014 年 11 月 6 日,沈庆元支付限售股转让所得税 99220.84 元。

2014 年 11 月 7 日,沈庆元抛售亿通科技股票如下:2000 股,每股 23.61 元,成交金额 47220 元,收入金额 47125.55 元;2000 股,每股 23.63 元,成交金额 47260 元,收入金额 47165.48 元;5000 股,每股 23.6 元,成交金额 118000 元,收入金额 117764 元。2014 年 11 月 7 日,沈庆元支付限售股转让所得税 36121.6 元。

2014 年 11 月 24 日,沈庆元抛售亿通科技股票如下:5000 股,每股 22.8 元,成交金额 114000 元,收入金额 113772 元;5000 股,每股 22.78 元,成交金额 113900 元,收入金额 113672.20 元;5000 股,每股 22.75 元,成交金额 113750 元,收入金额 113522.49 元;5000 股,每股 22.75 元,成交金额 113750 元,收入金额 113522.50 元;5000 股,每股 22.84 元,成交金额 114200 元,收入金额 113971.60 元;5000 股,每股 22.82 元,成交金额 114100 元,收入金额 113871.80 元;5000 股,每股 22.81 元,成交金额 114050 元,收入金额 113821.90 元。2014 年 11 月 24 日,沈庆元支付限售股转让所得税 135617.5 元。

2014 年 11 月 25 日,沈庆元抛售亿通科技股票如下:5000 股,每股 23.22 元,成交金额 116100 元,收入金额 115867.80 元;5000 股,每股 23.15 元,成交金额 115750 元,收入金额 115518.50 元;5000 股,每股 23.20 元,成交金额 116000 元,收入金额 115768 元;5000 股,每股 23.13 元,成交金额 115650 元,收入金额 115418.69 元;5000 股,每股 23.13 元,成交金额 115650 元,收入金额 115418.70 元;5000 股,每股 23.12 元,成交金额 115600 元,收入金额 115368.80 元;5000 股,每股 23.10 元,成交金额 115500 元,收入金额 115269 元;5000 股,每股 23.10 元,成交金额 115500 元,收入金额 115269 元;5000 股,每股 23.10 元,成交金额 115500 元,收入金额 115269 元;5000 股,每股 23.10 元,成交金额 115500 元,收入金额 115269 元;5000 股,每股 23.10 元,成交金额 115500 元,收入金额 115269 元;5000 股,每股 23.12 元,成交金额 115600 元,收入金额 115368.80 元;5180 股,每股 23.12 元,成交金额 119761.6 元,收入金额 119522.09 元。2014 年 11 月 25 日,沈庆元支付限售股转让所得税 256293.97 元。

2015 年 5 月 19 日,沈庆元抛售亿通科技股票如下:5000 股,每股 54.7 元,成交金额 273500 元,收入金额 273144.45 元,交易费用 355.55 元;2000 股,每股 54.15 元,成交金额 108300 元,收入金额 108159.21 元,交易费用 140.79 元。2015 年 5 月 19 日,沈庆元支付限售股转让所得税 35033.6 元。

2015 年 5 月 20 日,沈庆元抛售亿通科技股票如下:3000 股,每股 54.737 元,成交金额 164211 元,收入金额 163997.53 元,交易费用 213.47 元。2015 年 5 月 20 日,沈庆元支付限售股转让所得税 15014.4 元。

2015 年 5 月 21 日,沈庆元抛售亿通科技股票如下:10000 股,每股 65 元,成交金额 650000 元,收入金额 649154.99 元,交易费用 845.01 元。2015 年 5 月 21 日,沈庆元支付限售股转让所得税 50048 元。

2015 年 6 月 10 日,沈庆元抛售亿通科技股票如下:201738 股,成交均价 28.99 元,成交金额 5848384.62 元,收入金额 5840781.72 元,交易费用 7602.90 元。2015 年 6 月 10 日,沈庆元支付限售股转让所得税 1009658.34 元。

2015 年 6 月 12 日,抛售亿通股份 218757 元,成交均价 33.08 元,成交金额 7236481.56 元,收入金额 7227074.14 元,交易费用 9407.42 元。2015 年 6 月 12 日,沈庆元支付限售股转让所得税 1094835.03 元。

在 2015 年 5 月 21 日下午深圳证券交易所收市后，在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司登记在册的全体股东中沈庆元持有的亿通科技股票数量为 945250 股，在 2014 年年度权益分派之后，沈庆元持有的亿通科技股票数量为 1795976 股，在 2015 年 6 月 10 日抛售 201738 股后，沈庆元持有的亿通科技股票数量为 1594238 股，在 2015 年 6 月 12 日抛售 218757 股后，沈庆元持有的亿通科技股票数量为 1375481 股。

综上，沈庆元自 2014 年 6 月 27 日至 2014 年 11 月 25 日共计抛售亿通科技股票 321750 股，成交金额 6121831.8 元，收入金额 6109588.13 元，缴纳交易费用 12243.67 元，缴纳限售股转让所得税 1040711.40 元。沈庆元自 2015 年 1 月 1 日起至 2015 年 12 月 20 日共计抛售亿通科技股票 440495 股，成交金额 14280877.18 元，收入金额 14262312.04 元，缴纳交易费用 18565.14 元，缴纳限售股转让所得税 2204589.37 元。

一审法院另查明：龚晓兰父亲龚建青，与沈庆元是同学关系。

2007 年 10 月 11 日，龚建青以银行卡卡卡转账方式向沈庆元转账 105000 元，苏祖昌（龚建青的妹婿）以银行卡卡卡转账方式向沈庆元转账 35 万元，上述合计 455000 元，由龚建青委托沈庆元欲购买江苏亿通高科技股份有限公司的 14 万股股份，每股 3.25 元。沈庆元收到上述款项后，购买了 14 万股江苏亿通高科技股份有限公司的股份，后因江苏亿通高科技股份有限公司上市有困难，沈庆元将上述股份退出，并于 2009 年 2 月 2 日由沈庆元的妻子戈红以通存通兑储蓄存单的形式将上述款项及利息合计 497000 元交给了龚晓兰，戈红并与龚晓兰言明：龚建青购买的江苏亿通高科技股份有限公司的股份退出来了。龚晓兰将上述通存通兑储蓄存单交给了母亲钱萍。

之后 2009 年 6 月沈庆元与龚晓兰签订了委托持股协议，龚晓兰以 219000 元购买江苏亿通高科技股份有限公司的 6 万股股份，每股 3.65 元。

在龚建青服刑期间，钱萍与龚晓兰到劳改农场看望龚建青，钱萍告诉龚建青，股份由原来的 14 万股变成 6 万股了，现在只有 6 万股了。

龚建青在 2015 年大约 1 月份刑满释放回到常熟后，在 2015 年 4 月底至江苏亿通高科技股份有限公司工作。龚建青于 2015 年 7 月 11 日写了封信给沈庆元，信的内容为：“……一、亿通股是你邀请我投资的，当时我筹集汇你 45.5 万元，购买 14 万股，每股 3.25 元，相信你是不会忘记的，只是挂你户上而已；二、当初的钱，假如你为了完成亿通股投资计划，明确借，那你对我的知足也不难理解，而事实不是那么回事；三、自参与亿通投资后，你强调不对外说，尤其是王董面前不提此事（现在才明白，当时你怕失去亿通内部的优惠股），当然，我是信守承诺的，但不明白的是，知道我回来，你在我面前从未提及亿通股的结算，反而把公司配送的股份，留在自己户下，不留露，不解释，在我心里一直是一个谜团。现在你是亿通的高管，我成公司职员，虽不可相比，但这段时间的见习，亿通股上市的前前后后，股份分配结算的形形色色，将是你知，我知，特别是公司高管的交易明细，网上每笔都有记录，一切都不再是秘密了。一、14 万股亿通股你给我砍掉 8 万股，在我回常熟之前一个月，你又同我家人光结算 6 万原始股了断，公司公告的 2011 年至 2013 年 10:1、10:2、10:3 的配送股，累计 42960 股（不含现金分红）全部留在你户上，不作说明。二、留下的 42960 股，2014 年初公司又按 10:9 比例，配送给各股民，增股 38664 股（不含现金分红），累计持股点数超过 80000 股，这不是一个小数目，你是明白的。……我只望你读一读这段话，能网开一面，妥善处理好亿通配送股的分配……。”

一审法院再查明：2014 年 12 月 5 日，沈庆元（卡号 62×××74）以银行卡卡卡转账方式向龚晓兰（卡号 62×××76）转账 121 万元。

以上事实，由委托持股协议、首次公开发行股票并在创业板上市公告书、2011 年度利润分配及资本公积金转增股本方案实施公告、2012 年度利润分配及资本公积金转增股本方案实施公告、首次公开发行前已发行限售股份上市流通的提示性公告、关于 2013 年度权益分派

实施公告、关于 2014 年年度权益分派实施公告、上市公司董事、监事、高级管理人员及相关人员持有本公司股份变动情况、南京证券常熟营业部客户资金变动明细、客户对账单、多笔交易查询、业务凭条、常熟市信和服饰有限公司的证明、银行卡取款业务回单及当事人一审陈述在案佐证。

一审法院向龚建青调查时，龚建青陈述：2015 年 1 月份回来，在 2015 年 4 月底至亿通科技上班，大约在 2015 年 5 月底沈庆元告诉龚建青，已经与龚建青家人结算了 6 万股股份，龚建青对沈庆元说，要按照亿通科技现在实际持有的股份进行结算，包括送股。龚建青提出应该与龚建青结算。龚建青在亿通科技上班的时候找过沈庆元，沈庆元老是回避不理睬，龚建青就在 2015 年 7 月份写了一封信给沈庆元，写信的目的是想与沈庆元协调股份的结算。沈庆元讲已经和龚建青结算清了，龚建青不承认，如果要把股份的钱与龚晓兰的借款相抵，要将股份的结算款摊开来算清楚。在 2015 年 9 月底 10 月初，龚建青回去问了家人，女儿拿出协议说，龚建青名下的股份已经没有了。

一审法院向钱萍调查时，钱萍陈述：沈庆元与龚建青是同学又是要好的兄弟。在 2007 年沈庆元叫龚建青一起投资亿通科技，龚建青出了 40 多万元买 14 万股股份，是沈庆元与龚建青具体联系的。龚建青出了事情后，沈庆元将股份退出来了，由沈庆元妻子戈红将存单给了龚晓兰，龚晓兰将存单给了钱萍。过了一段时间，沈庆元对钱萍讲，戈红也对龚晓兰讲又可以买股份了，钱萍对龚晓兰和女婿讲，股份你们自己想办法买吧。龚晓兰和女婿商量买 14 万股，钱付了后，沈庆元退还了 8 万股的款项，只买了 6 万股。在龚建青刑满释放前，苏祖昌要钱萍向沈庆元借钱，钱萍向沈庆元开口借款 125 万元，与沈庆元讲好后就让龚晓兰去办，龚晓兰告诉钱萍，沈庆元只借了 121 万元。对于借款的期限、利息当时都没有讲，钱萍想还钱时要加利息的。在钱萍与龚晓兰到劳改农场看望龚建青时，钱萍对龚建青讲，让沈庆元买的股份原来 14 万股现在只剩 6 万股了，没有告诉龚建青是谁的名字。钱萍还称在亿通科技股票解禁后没有让沈庆元卖股票。

一审法院向戈红调查时，戈红陈述：戈红是常熟市白茆卫生院的麻醉师，2016 年退休了；龚晓兰原来在常熟市白茆单采血浆站工作，常熟市白茆卫生院与常熟市白茆单采血浆站是在一个大院里。龚晓兰没有向沈庆元借钱，也没有向戈红借过钱，也没有写借条给戈红，龚晓兰没有借钱怎么会写借条呢。在 2014 年 12 月转账给龚晓兰的 121 万元不是借款，是帮龚晓兰卖掉股票结算的钱。

在诉讼过程中，龚晓兰陈述：戈红在常熟市白茆卫生院工作，龚晓兰在常熟市白茆血站工作，常熟市白茆卫生院与常熟市白茆血站连在一起的，平时没有什么交往，但是单位在一起，平时是看得见的。龚建青曾在 2007 年让沈庆元买亿通科技股份，后来戈红将龚建青叫沈庆元买股份的钱退还时，龚晓兰才知道是 14 万股，戈红给的存单，戈红讲这些钱退还后，龚建青名下的事情就了结了。龚晓兰将存单给了母亲钱萍。2014 年 12 月 5 日的 121 万元，是龚晓兰向沈庆元借的款，当时龚晓兰想贷款，苏祖昌对龚晓兰说，沈庆元与龚建青关系蛮好的，让龚晓兰去借款。龚晓兰电话里向沈庆元开口借 125 万元，借一年以内，利息没有讲。龚晓兰将卡号发给戈红，沈庆元将 121 万元打到卡上，龚晓兰就写了 121 万元的借条送到白茆卫生院，交给了戈红。龚建青在 2015 年 1 月刑满释放，后到亿通科技上班，龚建青见到沈庆元后，问沈庆元股份的事情，具体怎么说的不清楚。

在一审诉讼过程中，沈庆元陈述：在 2007 年龚建青让沈庆元购买亿通科技股份，打过来两笔钱，一笔是龚建青打的款，一笔是龚建青的妹婿打的款。当时讲好买 14 万股亿通股份，每股 3.25 元。钱打过来后，龚建青就有 14 万股股份。因亿通科技上市有困难，沈庆元与龚建青的妻子钱萍讲了亿通科技上市有困难，要退出股份，沈庆元在 2009 年 1 月初将股份退出来，退出来时公司结算了部分利息，沈庆元将这些钱连本带息一起由沈庆元妻子戈红将 497000 元的存单交给了龚晓兰。后来亿通科技又要上市了，沈庆元与龚建青的妻子钱萍联

系，问要不要买亿通股份，现在数量没有之前多了，钱萍讲要买的，就以龚晓兰的名义汇了钱，沈庆元主动与龚晓兰签订了委托持股协议。在 2014 年解禁后，钱萍主动与沈庆元联系，催沈庆元卖股份。2014 年 12 月 5 日汇给龚晓兰的款项就是卖股票结算的钱，根本不是借款。一审法院认为：一审庭审中龚晓兰、沈庆元双方对于沈庆元于 2014 年 12 月 5 日通过转账方式汇给龚晓兰 121 万元的事实均无争议，但双方对于款项的性质存在争议。根据查明的事实可以看出龚建青在 2007 年让沈庆元购买的 14 万股亿通科技股份有限公司，已经在 2009 年 1 月退还给了龚建青家属，至此龚建青在 2007 年购买的亿通科技股份有限公司已经结算清结，在沈庆元名下不再有为龚建青代持的亿通科技股份有限公司。在 2009 年 5 月龚晓兰汇款给沈庆元购买的亿通科技股份有限公司，开始也是让沈庆元购买 14 万股，后实际购买了 6 万股，沈庆元与龚晓兰为此签订了委托持股协议。在龚建青服刑期间，龚建青妻子钱萍去看望龚建青时，曾告诉龚建青让沈庆元购买的亿通科技股份有限公司由原来的 14 万股只剩下 6 万股了。因此龚建青是知道让沈庆元购买的亿通科技股份有限公司有 6 万股的。在龚建青刑满释放后到亿通科技上班，继而在 2015 年 7 月 7 日写给沈庆元的信中谈及沈庆元在龚建青回来前一个月与其家人结算 6 万股了结，从文字表述中可以看出，龚建青回来前一个月就是 2014 年 12 月，而结算的款项正好是 121 万元。龚晓兰主张 2014 年 12 月 5 日的 121 万元是借款，但龚晓兰并未提供证据证明借款期限、借款利率等反映借款法律关系的基本事实，龚晓兰也未能举证证明龚建青信中所说的款项除了沈庆元于 2014 年 12 月 5 日汇给龚晓兰的 121 万元外还有其他的款项存在。故一审法院对于龚晓兰主张的借款的事实不予认定，而 121 万元应是龚晓兰和沈庆元就代持亿通科技股票的结算款。

针对沈庆元就 2014 年 12 月 5 日汇款给龚晓兰的 121 万元钱是否是沈庆元所称的 102960 股减持后所得以及 2011、2012、2013 年度现金分红的总和，一审法院根据沈庆元自 2014 年 6 月 27 日起至 2014 年 11 月 25 日期间，沈庆元共计抛售亿通科技股票 321750 股，成交金额 6121831.8 元，缴纳交易费用 12243.67 元，缴纳限售股转让所得税 1040711.40 元，计算得出平均每股 15.754 元（已扣税）。沈庆元于 2014 年 12 月 5 日转账给龚晓兰的 121 万元，在扣除了 2011 年度现金分红 5400 元（已扣税）、2012 年度现金分红 5940 元（已扣税）、2013 年度现金分红 7524 元（已扣税）后，剩余款项折合股份 75608.48 股。至此沈庆元于 2014 年 12 月 5 日转账给龚晓兰的 121 万元应折合 75608.48 股的结算款及 2011 年度、2012 年度、2013 年度的现金分红，在 2014 年 6 月股权登记日止，龚晓兰由沈庆元代持的亿通科技股票 102960 股，在 2014 年 12 月 5 日之后龚晓兰由沈庆元代持的股票尚余 27351.52 股。上述股票在 2015 年 5 月 21 日股权登记日，按照 2014 年权益分派实施公告，龚晓兰由沈庆元代持的股票应得现金分红 1230.82 元，股票变动后为 51967.92 股（含按小数点后尾数由大到小排序依次向股东派发的 1 股按比例折算 0.03 股）。

综上所述，一审法院认为，龚晓兰与沈庆元于 2009 年 6 月 12 日签订的委托持股协议，是双方真实意思表示，且该委托持股协议并不存在合同法第五十二条合同无效的情形，该委托持股协议应合法有效，故沈庆元根据委托持股协议为龚晓兰代持 6 万股亿通科技股份有限公司。亿通科技在 2011 年 5 月 5 日上市后，至 2014 年 5 月 5 日沈庆元的亿通科技股份有限公司已解禁，即可上市流通。因沈庆元系亿通科技的副总经理，按照股东对所持股份自愿锁定的承诺，沈庆元每年转让的股份不超过其直接或间接持有的公司股份总数的百分之二十五。2014 年 12 月 5 日沈庆元通过银行卡转账的形式向龚晓兰支付了 121 万元，应包括 2011 年度现金分红 5400 元（已扣税）、2012 年度现金分红 5940 元（已扣税）、2013 年度现金分红 7524 元（已扣税）和由沈庆元代持的股票 75608.48 股的结算款。在 2014 年 6 月股权登记日止，龚晓兰由沈庆元代持的亿通科技股票 102960 股，在 2014 年 12 月 5 日之后龚晓兰尚余股票 27351.52 股。上述股票在 2015 年 5 月 21 日股权登记日，按照 2014 年权益分派实施公告，龚晓兰拥有的股票应得现金分红 1230.82 元，股票变动后为 51967.92 股。

在 2014 年 12 月 5 日沈庆元转账给龚晓兰 121 万元款项前，龚晓兰由沈庆元代持的股份是 102960 股，按照沈庆元每年转让的股份不得超过直接或间接持有的公司股份的 25%，在 2014 年 12 月 5 日经过结算 2011-2013 年度现金分红及 75608.48 股股份后，龚晓兰由沈庆元代持的股份 27351.52 股均为限制流通股。在 2015 年 5 月 21 日沈庆元所持股份总数为 1795976 股，沈庆元在 2015 年自然年度可转让的股份不超过 448994 股，龚晓兰由沈庆元代持的股份为 51967.92 股，按比例可流通的股份为 12991.98 股，沈庆元在 2015 年 1 月 1 日至 2015 年 12 月 20 日抛售 440495 股，龚晓兰由沈庆元代持股份可流通股尚有 8499 股，还有 4492.98 股已经由沈庆元抛售。按照 2015 年 1 月 1 日至 2015 年 12 月 20 日间沈庆元抛售的 440495 股的收入金额 14262312.04 元，扣除缴纳的限售股转让所得税 2204589.37 元，计算得出平均每股为 27.37 元，沈庆元应赔偿龚晓兰 122972.86 元。现龚晓兰由沈庆元代持的股份为 51967.92 股-4492.98 股=47474.94 股。龚晓兰要求确认对沈庆元代持的亿通科技（股票代码 300211）110038.5 股股票享有权益的诉讼请求，一审法院依法确认龚晓兰对沈庆元代持的亿通科技 47474.94 股股份享有权益。对于龚晓兰主张分红款的诉讼请求，一审法院支持 2014 年度现金分红 1230.82 元；龚晓兰要求赔偿 2831168.34 元的诉讼请求，一审法院依法支持 122972.86 元。对于沈庆元提出的沈庆元为龚晓兰代持的股份及现金分红已经结算清的意见，一审法院不予采纳。据此，遂依照《中华人民共和国合同法》第五十二条、《最高人民法院关于适用若干问题的解释（三）》第二十五条之规定，判决：一、龚晓兰对沈庆元名下为龚晓兰代持的截至 2015 年 12 月 20 日亿通科技股票 47474.94 股享有权益。二、沈庆元应支付龚晓兰 2014 年度现金分红 1230.82 元，由沈庆元于判决生效后十日内履行。三、沈庆元赔偿龚晓兰股票收益损失 122972.86 元，由沈庆元于判决生效后十日内履行。上述第二、三项付款义务，如采用转帐方式支付，请汇入龚晓兰指定帐号；或汇入常熟市人民法院，开户行：常熟农村商业银行金龙支行，账号：10×××79。四、驳回龚晓兰的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 29639 元，由龚晓兰负担 26855 元，沈庆元负担 2784 元。

二审经审理查明：亿通科技于 2011 年 5 月 5 日上市时，沈庆元持有亿通科技的股份数量为 75 万股，其中有 6 万股即 8%为代龚晓兰持有。

亿通科技上市后，截至 2015 年 12 月 20 日的权益分配及沈庆元名下持股数量、流通数量、减持数量情况如下：

送转

年度每股转增每股派现股权登记日股权登记日（送转前）沈庆元名下持股除权日即股权登记日次日

（送转后）沈庆元名下持股数字注解 20111 股 0.9 元 2012.6.12750000 股（限售）825000 股（限售）825000=750000×1.120122 股 0.95 元 2013.6.3825000 股（限售）990000 股（限售）990000=825000×1.220133 股 0.95 元 2014.6.10990000 股（其中 247500 股于 2014.5.5 流通，其余为限售股）1287000 股（2014.5.5 流通股送转后的 321750 股于 2014.6.27-2014.11.25 全部减持.2015.5.5 流通的 241312.5 股中，于 2015.5.19-2015.5.21 减持 2 万股）247500=990000×25%

1287000=990000×1.3

321750=247500×1.3

241312.5=（1287000-321750）×25%20149 股 0.475 元 2015.5.21945250 股（限售 723937.5 股，流通 221312.5 股）1795976 股（其中限售 1375481 股，流通 420495 股。流通股于 2015.6.10-2015.6.12 全部减持完毕）945250=1287000-321750-20000

723937.5=（1287000-321750）×75%

221312.5=241312.5-20000 沈庆元减持股份及分红所得金额如下:

收入日期收益来源收益金额(元) 计算方式 2012.6.13 2011 年度分红 67500750000 股 $\times$ 0.09 元/股 2013.6.4 2012 年度分红 78375825000 股 $\times$ 0.095 元/股 2014.6.11 2013 年度分红 94050990000 股 $\times$ 0.095 元/股 2014.6.27-2014.11.25 减持流通股 5068876.73321750 股分批减持 2015.5.19-2015.6.12 减持流通股 12057722.67440495 股分批减持 2015.5.22 2014 年度分红 44899.38945250 股 $\times$ 0.0475 元/股 合计 17411423.78 截至 2015 年 12 月 20 日,沈庆元名下亿通科技股份数量为 1375481 股,全部为限售股。

双方当事人二审均未提交新的证据。对于双方当事人争议的其余事实,二审认定与一审认定一致。

本院认为,首先,关于 2014 年 12 月 5 日沈庆元向龚晓兰转账支付的 121 万元款项的性质,因双方存在代持股关系且代持股份在此之前解禁并被出售,在未有证据证明该款项系其他性质款项的情况下,沈庆元主张该款项的性质系其出售股票后支付给龚晓兰的结算款,具有合理性。且龚晓兰的父亲龚建青在 2015 年 7 月 11 日写给沈庆元的信件中亦认为该款项为抛售股票后的结算款,故一审法院认定该款项系沈庆元以抛售股票后结算款的名义支付给龚晓兰,并无不当。龚晓兰主张该款项系其向沈庆元的借款,但未提交证据证明双方存在借款的合意,不能成立。

其次,关于沈庆元代龚晓兰持有的股份被抛售的数量问题,第一,依据《委托持股协议》约定,沈庆元只有在得到龚晓兰的明确指令后,才可以抛售其代龚晓兰持有的股份。但本案中,沈庆元未能证明其得到了龚晓兰要求其抛售股份的指令,而沈庆元自身亦持有亿通科技的股份,两人所持有的股份仅有数量上的约定,沈庆元未能证明其哪一次抛售的系龚晓兰的股份。故沈庆元主张其已将代龚晓兰持有的股份全部抛售完毕、剩余股份为沈庆元所有,不能成立。第二,依据亿通科技上市公告,沈庆元作为公司高级管理人员,承诺名下股份(含代龚晓兰持有的股份)在 2011 年 5 月 5 日至 2014 年 5 月 5 日之间禁止转让,解禁之后每年的转让数量不超过持股数的 25%,而龚晓兰所有的股份登记在沈庆元名下,亦应受该限售承诺约束。故在 2014 年 12 月 5 日沈庆元向龚晓兰支付 121 万元时,龚晓兰所有的股份中可流通数量为 25740 股($1287000 \times 25\% \times 8\%$)。沈庆元主张其支付的 121 万元系代为抛售龚晓兰股份的价款,按照股份解禁第一年沈庆元抛售均价 15.754 元(已扣税)计算,其主张代为抛售的数量为 75608.48 股,该数量远超此时龚晓兰实际所有的可流通股份数量。沈庆元的主张既不符合《委托持股协议》的约定,亦不符合亿通科技上市时高管持股锁定期和限售承诺安排。第三,关于龚晓兰实际所有的股份截至 2015 年 12 月 20 日的抛售情况,因事实上截至 2015 年 12 月 20 日沈庆元名下的亿通科技流通股(含代龚晓兰持有的股份)全部被减持,且龚晓兰亦主张截至 2015 年 12 月 20 日其实际所有的流通股均被出售,故本院对此数量予以认定。因亿通科技上市时,沈庆元名下股份中的 8%系代龚晓兰持有,故按此比例,对于截至 2015 年 12 月 20 日沈庆元名下的亿通科技的 1375481 股限售股份中,应当认定其中 8%即 110038.5 股系代龚晓兰持有,龚晓兰对此股份享有权利。

再次,关于沈庆元代龚晓兰持股期间,截至 2015 年 12 月 20 日应当支付给龚晓兰的款项,分为两部分,即减持流通股所得及分红所得。此两项款项沈庆元共计获得 17411423.78 元,其中 8%即 1392913.9 元应当归属于龚晓兰。扣除沈庆元于 2014 年 12 月 5 日支付给龚晓兰的 121 万元,沈庆元还应支付给龚晓兰 182913.9 元。

综上,龚晓兰的上诉请求部分成立。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第二十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项的规定,判决如下:

一、撤销江苏省常熟市人民法院(2016)苏 0581 民初 18 号民事判决;

二、龚晓兰对沈庆元名下为龚晓兰代持的截至 2015 年 12 月 20 日亿通科技股票 110038.5 股享有权益；

三、沈庆元于本判决生效之日起十日内偿付龚晓兰股票收益损失及现金分红合计 182913.9 元。

上述第二、三项付款义务，如采用转帐方式支付，请汇入龚晓兰指定帐号；或汇入常熟市人民法院，开户行：常熟农村商业银行金龙支行，账号：10×××79。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费 29639 元，由龚晓兰负担 27739 元，沈庆元负担 1900 元。二审案件受理费 29639 元，由龚晓兰负担 27739 元，沈庆元负担 1900 元。

本判决为终审判决。

审判长 丁兵

审判员 柏宏忠

审判员 管丰

二〇一七年十二月二十五日

书记员 荣莉

谷序文申请不予执行仲裁裁定一案执行裁定书

武汉市中级人民法院

执行裁定书

(2016)鄂 01 执异 553 号

申请人(被执行人)谷序文,男,1961 年 4 月 25 日出生。

申请执行人江阴市中科蓝天创业投资有限公司,住所地江苏省江阴市澄江中路 159 号 A 座 512-513 室。

法定代表人单祥双,该公司董事长。

申请执行人浙江中科东海创业投资合伙企业(有限合伙),营业场所浙江省台州市黄岩区西城街道南苑社区劳动南路 289 号。

执行事务合伙人代表单祥双,负责人。

申请执行人深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙),营业场所广东省深圳市福田区福田街道深南大道 4009 号投资大厦 13 层 D2-1 区。

执行事务合伙人代表林敏雄,负责人。

被执行人林和平,男,1955 年 2 月 23 日出生。

被执行人武汉施瑞福生物技术有限公司,住所地湖北省武汉市东湖新技术开发区庙山小区(格瑞科技产业园)。

法定代表人林和平,该公司董事长。

江阴市中科蓝天创业投资有限公司(以下简称江阴中科)、浙江中科东海创业投资合伙企业(有限合伙)(以下简称浙江中科)、深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称深圳中科)与林和平、谷序文、武汉施瑞福生物技术有限公司(以下简称施瑞福公司)合同纠纷仲裁一案,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称仲裁委)于 2015 年 10 月 30 日作出(2015)中国仲裁委员会京裁字第 1155 号裁决书(以下简称第 1155 号裁决)。因林和平、谷序文、施瑞福公司不履行,浙江中科向本院申请执行,本院以(2016)鄂 01 执 844 号立案执行。进入执行程序后,被执行人谷序文向本院提出不予执行申请。本院受理后,依法组成合议庭进行审查,现已审查终结。

申请人谷序文认为:(一)仲裁定案证据未当庭出示、也未经质证,未提供充分的质证、庭审调查程序,违反法定程序;(二)仲裁庭在收到变更仲裁请求后,未提供 45 天答辩期,且未开庭审理,违反法定程序;(三)仲裁申请人故意隐瞒足以影响公正裁决的证据,导致第 1155 号裁决错误认定谷序文为付款主体;(四)谷序文为代持股东,林和平为实际持股人,仲裁申请人申请、答辩所适用法律错误,误导仲裁庭枉法裁决;(五)谷序文为公司股东,且早于 2011 年已被排在施瑞福公司董事会成员之外,仲裁裁决其对股权回购价款承担无限连带责任违反公司法相关规定。据此,请求裁定不予执行第 1155 号裁决。

本院查明,2011 年 3 月 3 日,甲方浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光远见股权投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称天津和光)与乙方施瑞福公司及丙方林和平(凌然)、谷序文、徐亚文签订《浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光与施瑞福公司及凌然、谷序文、徐亚文关于对施瑞福公司增资协议》(以下简称<增资协议>),约定:鉴于乙方注册资本 2000 万元,拟增加注册资本 1000 万元,增资后注册资本为 3000 万元;丙方为乙方现股东,分别持有乙方 80%、15%、5%的股权;甲方认缴乙方本次增资的 1000 万元注册资金,出资 12000 万元。甲方以货币资金 12000 万元向乙方增资,取得乙方 1000 万元注册资本,占增资后 33.33%的股权,其中甲方[A](浙江中科)投资 4000 万元,取得 333.3333 万元出资额;甲方[B](江阴中科)投资 3000 万元,取得 250 万元出资额;甲方[C](深圳中科)投资 2000 万元,取得 166.6667 万元出资额;甲方[D](天津和光)投资 3000 万元,

取得 250 万元出资额。同日，各方另行签订一份《增资协议之补充协议书》（以下简称〈补充协议〉），约定：10.1 甲方在投资后将尽力协助乙方做好公司上市的相关协调工作，但发生以下情况时，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，乙方、丙方对此承担连带责任：10.1.1 乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市；10.1.2 乙方或丙方违反本协议……10.2 甲方要求丙方收购其持有的乙方股份时，丙方应以下述价格收购：收购价款=12000 万元×（1+15%×资金占用年数）-甲方获得的现金红利。资金占用年数是指自甲方增资款进入乙方验资账户至甲方要求回购日止……10.4 丙方承诺对上述条款描述之股权认沽承担无限连带责任。因履行本协议发生争议，各方均应友好协商解决；如果在 30 日内不能协商解决，任何一方均可向位于北京的仲裁委提起仲裁等内容。协议还对付款条件、股权转让限制、甲方知情权、业绩补偿及违约责任等进行了约定。

上述协议签订之后，浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光按约定履行了义务。因在协议履行过程中发生争议，浙江中科、江阴中科、深圳中科分别向仲裁委申请仲裁，该委分别受理后合并审理。2015 年 10 月 30 日仲裁委作出第 1155 号裁决，内容为：林和平、谷序文向江阴中科支付股权收购款人民币 4,525.5 万元及违约金；林和平、谷序文向浙江中科支付股权收购款人民币 6,034 万元及违约金；林和平、谷序文向深圳中科支付股权收购款人民币 3,017 万元及违约金；施瑞福公司对林和平、谷序文以上项下的支付股权收购款、违约金的义务承担连带责任；林和平、谷序文、施瑞福公司向江阴中科、浙江中科、深圳中科支付保全费用等。

此后，谷序文向北京市第二中级人民法院申请撤销仲裁委第 1155 号裁决，理由为：（一）谷序文与本裁决书任何一位仲裁申请人“之间”均没有仲裁协议；（二）定案证据未当庭出示、也未经质证，违反法定程序；（三）变更仲裁请求后，未提供答辩期（45 天），也未开庭审理，违反法定程序；（四）仲裁庭裁决目标公司施瑞福公司承担“股权回购”责任，违背社会公共利益；（五）谷序文是代持股东，林和平为实际持股人，仲裁裁决混淆“付款义务”和“连带责任”主体，错误认定谷序文为付款主体，错误判定谷序文承担支付股权回购款的义务；（六）仲裁申请人隐瞒了足以影响公正裁决的证据。

2016 年 6 月 23 日，北京市第二中级人民法院作出（2016）京 02 民特 78 号民事裁定书，认为：（二）关于谷序文提出的定案证据未当庭出示、未经质证，仲裁庭违反法定程序的主张。谷序文称其并未收到仲裁申请人于仲裁庭审后向仲裁委补充提交的证据，亦未当庭出示并质证。根据查明的事实，仲裁委于 2015 年 6 月 3 日出具的《庭审要点》中记载，本次庭审中，由双方当事人协商，并经仲裁庭同意，双方当事人同意于 2015 年 6 月 13 日之前提交补充证据及代理意见。我方当事人同意对于所有庭后提交的证据以书面意见的方式进行质证。仲裁双方当事人的代理人均在《庭审要点》尾部进行签名。仲裁委于 2015 年 6 月 16 日出具的（2015）中国贸仲京字第 020250 号文件载明：向被申请人转去申请人于 2015 年 6 月 12 日寄至本会的“代理词”、“补充证据目录”及其附件各一式一份。该补充证据中包含谷序文主张的证明《律师函》有效性的《授权书》这一证据。上述材料邮寄给谷序文后于 2015 年 6 月 19 日妥投，此后谷序文并未向仲裁委提交书面质证意见。从上述事实可见，仲裁委送达程序合法，谷序文提出的上述主张缺乏依据。（三）关于谷序文提出的仲裁申请人变更仲裁请求后，仲裁庭未给予其 45 天答辩期，亦未开庭，违反法定程序的主张。由于本仲裁案件属国内仲裁案件，被申请人享有的答辩期应为 20 天。仲裁委于 2015 年 7 月 27 日出具的（2015）中国贸仲京字第 026108 号文件载明：2、请被申请人在收到本函件后 20 天内对申请人变更的仲裁请求提交答辩以及相关的附件材料一式五份；未提交书面答辩的，不影响本案仲裁程序的继续举行。该文件向谷序文邮寄后于 2015 年 7 月 29 日妥投，此后谷序文并未向仲裁委提交书面答辩状。此外，仲裁委对庭审后仲裁申请人对仲裁请求的变更未再次开庭，并未违反《仲裁规则》的规定。综上，仲裁委的上述做法符合法定程序。（四）关于谷序文

提出的仲裁申请人隐瞒足以影响公正裁决的证据以及裁决书违背公共利益的主张。隐瞒证据是指持有证据的一方当事人采取积极行为掩盖证据或采取消极行为不告知证据的行为。该行为导致的结果是使仲裁庭不知道这份证据的存在，并且据此做出了有失公正的裁决。谷序文并未提供证据证明仲裁申请人隐瞒了足以影响公正裁决的证据。谷序文主张裁决书违背公共利益，亦缺乏事实及法律依据。（五）关于谷序文提出的其他申请理由，属于仲裁委对仲裁案件的实体问题所作的认定，不符合《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定的情形。综上，本院认为谷序文提出的申请理由均不能成立，裁定驳回谷序文撤销第 1155 号仲裁裁决的申请。

本院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第二十六条规定，当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。本案申请人谷序文在执行程序向本院提出的不予执行仲裁裁决理由与其向北京市第二中级人民法院提出的申请撤销仲裁裁决理由相同，北京市第二中级人民法院（2016）京 02 民特 78 号民事裁定书已驳回谷序文撤销第 1155 号仲裁裁决的申请，故对其不予执行该仲裁裁决书申请，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第（十一）项之规定，裁定如下：

驳回谷序文不予执行中国国际经济贸易仲裁委（2015）中国仲裁委员会京裁字第 1155 号仲裁裁决的申请。

本裁定送达后即发生法律效力。

审判长 姚红

审判员 谌玲

审判员 张跃松

二〇一六年九月十八日

书记员 王珊

谷序文申请不予执行仲裁裁决一案执行裁定书

武汉市中级人民法院

执行裁定书

(2016)鄂 01 执异 552 号

申请人(被执行人)谷序文,男,1961 年 4 月 25 日出生。

申请执行人江阴市中科蓝天创业投资有限公司,住所地江苏省江阴市澄江中路 159 号 A 座 512-513 室。

法定代表人单祥双,该公司董事长。

申请执行人浙江中科东海创业投资合伙企业(有限合伙),营业场所浙江省台州市黄岩区西城街道南苑社区劳动南路 289 号。

执行事务合伙人代表单祥双,负责人。

申请执行人深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙),营业场所广东省深圳市福田区福田街道深南大道 4009 号投资大厦 13 层 D2-1 区。

执行事务合伙人代表林敏雄,负责人。

被执行人林和平,曾用名凌然,男,1955 年 2 月 23 日出生。

被执行人武汉施瑞福生物技术有限公司,住所地湖北省武汉市东湖新技术开发区庙山小区(格瑞科技产业园)。

法定代表人林和平,该公司董事长。

江阴市中科蓝天创业投资有限公司(以下简称江阴中科)、浙江中科东海创业投资合伙企业(有限合伙)(以下简称浙江中科)、深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称深圳中科)与林和平、谷序文、武汉施瑞福生物技术有限公司(以下简称施瑞福公司)合同纠纷仲裁一案,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称仲裁委)于 2015 年 10 月 30 日作出(2015)中国仲裁委员会京裁字第 1155 号裁决书(以下简称第 1155 号裁决)。因林和平、谷序文、施瑞福公司不履行,江阴中科向本院申请执行,本院以(2016)鄂 01 执 51 号立案执行。进入执行程序后,被执行人谷序文向本院提出不予执行申请。本院受理后,依法组成合议庭进行审查,现已审查终结。

申请人谷序文认为:(一)仲裁定案证据未当庭出示、也未经质证,未提供充分的质证、庭审调查程序,违反法定程序;(二)仲裁庭在收到变更仲裁请求后,未提供 45 天答辩期,且未开庭审理,违反法定程序;(三)仲裁申请人故意隐瞒足以影响公正裁决的证据,导致第 1155 号裁决错误认定谷序文为付款主体;(四)谷序文为代持股东,林和平为实际持股人,仲裁申请人申请、答辩所适用法律错误,误导仲裁庭枉法裁决;(五)谷序文为公司股东,且早于 2011 年已被排在施瑞福公司董事会成员之外,仲裁裁决其对股权回购价款承担无限连带责任违反公司法相关规定。据此,请求裁定不予执行第 1155 号裁决。

本院查明,2011 年 3 月 3 日,甲方浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光远见股权投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称天津和光)与乙方施瑞福公司及丙方林和平(凌然)、谷序文、徐亚文签订《浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光与施瑞福公司及凌然、谷序文、徐亚文关于对施瑞福公司增资协议》(以下简称<增资协议>),约定:鉴于乙方注册资本 2000 万元,拟增加注册资本 1000 万元,增资后注册资本为 3000 万元;丙方为乙方现股东,分别持有乙方 80%、15%、5%的股权;甲方认缴乙方本次增资的 1000 万元注册资金,出资 12000 万元。甲方以货币资金 12000 万元向乙方增资,取得乙方 1000 万元注册资本,占增资后 33.33%的股权,其中甲方[A](浙江中科)投资 4000 万元,取得 333.3333 万元出资额;甲方[B](江阴中科)投资 3000 万元,取得 250 万元出资额;甲方[C](深圳中科)投资 2000 万元,取得 166.6667 万元出资额;甲方[D](天津和光)投资 3000 万元,

取得 250 万元出资额。同日，各方另行签订一份《增资协议之补充协议书》（以下简称〈补充协议〉），约定：10.1 甲方在投资后将尽力协助乙方做好公司上市的相关协调工作，但发生以下情况时，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，乙方、丙方对此承担连带责任：10.1.1 乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市；10.1.2 乙方或丙方违反本协议……10.2 甲方要求丙方收购其持有的乙方股份时，丙方应以下述价格收购：收购价款=12000 万元×（1+15%×资金占用年数）-甲方获得的现金红利。资金占用年数是指自甲方增资款进入乙方验资账户至甲方要求回购日止……10.4 丙方承诺对上述条款描述之股权认沽承担无限连带责任。因履行本协议发生争议，各方均应友好协商解决；如果在 30 日内不能协商解决，任何一方均可向位于北京的仲裁委提起仲裁等内容。协议还对付款条件、股权转让限制、甲方知情权、业绩补偿及违约责任等进行了约定。

上述协议签订之后，浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光按约定履行了义务。因在协议履行过程中发生争议，浙江中科、江阴中科、深圳中科分别向仲裁委申请仲裁，该委分别受理后合并审理。2015 年 10 月 30 日仲裁委作出第 1155 号裁决，内容为：林和平、谷序文向江阴中科支付股权收购款人民币 4,525.5 万元及违约金；林和平、谷序文向浙江中科支付股权收购款人民币 6,034 万元及违约金；林和平、谷序文向深圳中科支付股权收购款人民币 3,017 万元及违约金；施瑞福公司对林和平、谷序文以上项下的支付股权收购款、违约金的义务承担连带责任；林和平、谷序文、施瑞福公司向江阴中科、浙江中科、深圳中科支付保全费用等。

此后，谷序文向北京市第二中级人民法院申请撤销仲裁委第 1155 号裁决，理由为：（一）谷序文与本裁决书任何一位仲裁申请人“之间”均没有仲裁协议；（二）定案证据未当庭出示、也未经质证，违反法定程序；（三）变更仲裁请求后，未提供答辩期（45 天），也未开庭审理，违反法定程序；（四）仲裁庭裁决目标公司施瑞福公司承担“股权回购”责任，违背社会公共利益；（五）谷序文是代持股东，林和平为实际持股人，仲裁裁决混淆“付款义务”和“连带责任”主体，错误认定谷序文为付款主体，错误判定谷序文承担支付股权回购款的义务；（六）仲裁申请人隐瞒了足以影响公正裁决的证据。

2016 年 6 月 23 日，北京市第二中级人民法院作出（2016）京 02 民特 78 号民事裁定书，认为：（二）关于谷序文提出的定案证据未当庭出示、未经质证，仲裁庭违反法定程序的主张。谷序文称其并未收到仲裁申请人于仲裁庭审后向仲裁委补充提交的证据，亦未当庭出示并质证。根据查明的事实，仲裁委于 2015 年 6 月 3 日出具的《庭审要点》中记载，本次庭审中，由双方当事人协商，并经仲裁庭同意，双方当事人同意于 2015 年 6 月 13 日之前提交补充证据及代理意见。我方当事人同意对于所有庭后提交的证据以书面意见的方式进行质证。仲裁双方当事人的代理人均在《庭审要点》尾部进行签名。仲裁委于 2015 年 6 月 16 日出具的（2015）中国贸仲京字第 020250 号文件载明：向被申请人转去申请人于 2015 年 6 月 12 日寄至本会的“代理词”、“补充证据目录”及其附件各一式一份。该补充证据中包含谷序文主张的证明《律师函》有效性的《授权书》这一证据。上述材料邮寄给谷序文后于 2015 年 6 月 19 日妥投，此后谷序文并未向仲裁委提交书面质证意见。从上述事实可见，仲裁委送达程序合法，谷序文提出的上述主张缺乏依据。（三）关于谷序文提出的仲裁申请人变更仲裁请求后，仲裁庭未给予其 45 天答辩期，亦未开庭，违反法定程序的主张。由于本仲裁案件属国内仲裁案件，被申请人享有的答辩期应为 20 天。仲裁委于 2015 年 7 月 27 日出具的（2015）中国贸仲京字第 026108 号文件载明：2、请被申请人在收到本函件后 20 天内对申请人变更的仲裁请求提交答辩以及相关的附件材料一式五份；未提交书面答辩的，不影响本案仲裁程序的继续举行。该文件向谷序文邮寄后于 2015 年 7 月 29 日妥投，此后谷序文并未向仲裁委提交书面答辩状。此外，仲裁委对庭审后仲裁申请人对仲裁请求的变更未再次开庭，并未违反《仲裁规则》的规定。综上，仲裁委的上述做法符合法定程序。（四）关于谷序文

提出的仲裁申请人隐瞒足以影响公正裁决的证据以及裁决书违背公共利益的主张。隐瞒证据是指持有证据的一方当事人采取积极行为掩盖证据或采取消极行为不告知证据的行为。该行为导致的结果是使仲裁庭不知道这份证据的存在，并且据此做出了有失公正的裁决。谷序文并未提供证据证明仲裁申请人隐瞒了足以影响公正裁决的证据。谷序文主张裁决书违背公共利益，亦缺乏事实及法律依据。（五）关于谷序文提出的其他申请理由，属于仲裁委对仲裁案件的实体问题所作的认定，不符合《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定的情形。综上，本院认为谷序文提出的申请理由均不能成立，裁定驳回谷序文撤销第 1155 号仲裁裁决的申请。

本院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第二十六条规定，当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。本案申请人谷序文在执行程序向本院提出的不予执行仲裁裁决理由与其向北京市第二中级人民法院提出的申请撤销仲裁裁决理由相同，北京市第二中级人民法院（2016）京 02 民特 78 号民事裁定书已驳回谷序文撤销第 1155 号仲裁裁决的申请，故对其不予执行该仲裁裁决书申请，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第（十一）项之规定，裁定如下：

驳回谷序文不予执行中国国际经济贸易仲裁委（2015）中国仲裁委员会京裁字第 1155 号仲裁裁决的申请。

本裁定送达后即发生法律效力。

审判长 姚红

审判员 谌玲

审判员 张跃松

二〇一六年九月十八日

书记员 王珊

谷序文与浙江中科东海创业投资合伙企业（有限合伙）等 申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书

北京市第二中级人民法院
民事裁定书

（2016）京 02 民特 78 号

申请人（仲裁被申请人）谷序文，男，1961 年 4 月 25 日出生。

委托代理人周家奇，湖北朴诺律师事务所律师。

被申请人（仲裁申请人）浙江中科东海创业投资合伙企业（有限合伙），主要营业场所浙江省台州市黄岩区西城街道南苑社区劳动南路 289 号。

执行事务合伙人代表单祥双，负责人。

委托代理人谢国旺，北京市京悦律师事务所律师。

委托代理人段莹，北京市京悦律师事务所律师。

被申请人（仲裁申请人）江阴市中科蓝天创业投资有限公司，住所地江苏省江阴市澄江中路 159 号 A 座 512-513 室。

法定代表人单祥双，董事长。

委托代理人谢国旺，北京市京悦律师事务所律师。

委托代理人段莹，北京市京悦律师事务所律师。

被申请人（仲裁申请人）深圳中科汇富创业投资基金合伙企业（有限合伙），营业场所广东省深圳市福田区福田街道深南大道 4009 号投资大厦 13 层 D2-1 区（入驻：中科招商投资管理集团股份有限公司）。

执行事务合伙人代表林敏雄，负责人。

委托代理人谢国旺，北京市京悦律师事务所律师。

委托代理人段莹，北京市京悦律师事务所律师。

仲裁被申请人林和平，男，1955 年 2 月 23 日出生。

委托代理人张家松，湖北元申律师事务所律师。

仲裁被申请人武汉施瑞福生物技术有限公司，住所地湖北省武汉市东湖新技术开发区庙山小区（格瑞科技产业园）。

法定代表人林和平，董事长。

委托代理人周章，男，1962 年 2 月 23 日出生。

申请人谷序文申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称仲裁委）于 2015 年 11 月 12 日作出的[2015]中国仲裁委员会京裁字第 1155 号仲裁裁决（以下简称裁决书）一案，本院受理后，依法组成合议庭进行了审理，本案现已审理终结。

谷序文申请称：因谷序文与仲裁申请人浙江中科东海创业投资合伙企业（有限合伙）（以下简称浙江中科企业）、江阴市中科蓝天创业投资有限公司（以下简称江阴中科公司）、深圳中科汇富创业投资基金合伙企业（有限合伙）（以下简称深圳中科企业）（以下简称仲裁申请人）之间“没有仲裁协议”，且裁决书中定案证据未经当庭出示、未经质证，严重违反《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第三十九条、《仲裁规则》第四十二条第（一）款规定的“法定程序”，因此，依据《仲裁法》第五十八条第一款第（一）、（三）项、第三款规定，裁决书应当依法予以撤销。

一、谷序文与本裁决书任何一位仲裁申请人“之间”均没有仲裁协议。本案仲裁申请人向仲裁委提出仲裁申请的依据有两个：一个是《增资协议》第 5.2 条，另一个是《补充协议》第 15.2 条，两个条款均约定了“各方”可以就履行本协议发生的争议，提起仲裁。但谷序文认

为，这里的“各方”应是合同明确载明的甲方、乙方、丙方，而不是甲 A、甲 B、甲 C、甲 D、乙方、丙 1、丙 2、丙 3；简而言之，争议协议是三方合同，而不是八方合同，现有仲裁条款是“甲乙丙三方之间”达成的请求仲裁的意思表示。但本案的仲裁申请人仅是 1/4 甲（三案合并），不是完整的甲方，也不能代表完整的甲方，因此其无权依据协议中的“仲裁条款”提起仲裁。

基于上述理解，谷序文在仲裁开庭前提出了书面《管辖权异议书》，争议协议是“三方协议”的理由如下：其一，协议列明当事人时使用的就是甲方、乙方、丙方，这是典型的三方协议；其二，协议各个条款中均是用甲方、乙方、丙方称呼，并约定了甲方、乙方、丙方各自的权利义务内容，协议的表述习惯决定了本协议中的“各方”指向“甲、乙、丙三方”；其三，协议中仅在涉及股东谷序文的特别连带责任时，使用“丙 1”这样的方式，这证明除非是协议特别明示，协议中的“各方”仍然是指“甲、乙、丙三方”。因此结合协议的当事人列明方式、协议的表述习惯、以及协议中的特别约定，均表明协议中的“各方”应当毫无意义的被理解为“甲、乙、丙三方”。

《裁决书》在分析管辖权问题时，直接依据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民法通则》）第 86 条的规定，即共同债权人应当依据份额共享权利，由此推定“仲裁协议”同样可以由共同债权人“分别独立享有”。这一分析过程存在两个严重的错误：第一，《仲裁规则》第 5.4 条规定，合同中的仲裁条款应视为与合同其他条款分离的、独立存在的条款，……合同的变更、解除……被撤销以及成立与否，均不影响仲裁条款或仲裁协议的效力。因此“仲裁条款”是一项独立的“特别约定”——管辖约定，是程序权利，并非一项“实体权利”，

《民法通则》第 86 条中共同债权人可以分享的“权利”显然仅限于“实体权利”，而不应包含程序性的“管辖约定”，仲裁庭的解释无限扩大了第 86 条的适用范围，这种解释方式完全是对仲裁条款“独立原则”的根本违背。第二，协议到底是“三方”还是“八方”，这是一个事实判断，首先应当适用文义解释，即根据协议的上下文、表述习惯来解释“各方”的应然之意，而仲裁庭回避了对其不利的“文义解释”，通过适用《民法通则》第 86 条来推定“仲裁约定”及于每一位债权人，由此认定本案“仲裁条款”的存在。仲裁庭通过适用法律的方式做出了一个“事实判断”，这本身就是一个严重的逻辑错误，这样的解释方式极有可能违背“文义解释”，本案既是如此。事实上，通过法律推定的方式确定“仲裁条款”，这本身也是对“自愿仲裁原则”的违背。

综上，仲裁庭对“仲裁条款”的解读完全错误，违背了仲裁条款的独立原则、更回避了仲裁条款的“文义解释”，硬生生的将不存在的仲裁条款适用于本案中，导致仲裁委错误的受理、审理、并对案件作出根本错误的裁决，这是对“自愿仲裁原则”的根本违背。依据《仲裁法》第五十八条第（一）款的规定，由于没有仲裁协议，裁决书应当被撤销。

二、“定案证据”未当庭出示、也未经质证，违反法定程序。《仲裁法》第三十九条规定：“仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决”。《仲裁规则》第四十二条第（一）款规定：“开庭审理的案件，证据应在开庭时出示，当事人可以质证”。证据应当“当庭出示、当庭质证”，这是仲裁程序最基本的规则。本案属于开庭审理的案件，所有证据均应当庭出示，并质证。但本案中却出现了众多定案证据违反该原则的情形：（一）《裁决书》对此部分证据描述如下：申请人在庭后对第八项仲裁请求进行了明确、提交了相关证据，并办理了相关手续，仲裁委员会仲裁院将其转寄被申请人。该描述已足以表明该部分证据既未当庭出示、更未经申请人谷序文质证。因此，该部分定案证据明显违反了证据应当“当庭出示、当庭质证”的法定程序。（二）《律师函》的有效性是本案的核心争议，但涉及《律师函》有效性的证据——证据十一，仲裁庭没有转交申请人谷序文，更未“当庭出示、当庭质证”，仲裁庭直接认定《律师函》有效，并认定仲裁申请人已提出回购请求，违反法定程序。

仲裁申请人核心请求是“股权回购”，而提出回购的唯一证据是《律师函》（详见仲裁申请人证据七），由于该“发函主体”并非《增资协议》第三条“通知与送达”条款约定内容，因此申请人谷序文及武汉施瑞福生物技术有限公司（以下简称施瑞福公司）、林和平都在庭审中对该函件的效力予以否认。在没有随函提供当事人“委托书”的情形下，这样的《律师函》是不能被视为《补充协议》10条中甲方（投资人）关于回购股权的“收购要求”。林和平的代理人曾在庭后代理意见中再次对该处“核心争议”发表充分论述，《裁决书》中完整记录了该部分异议。

。该份《律师函》截止到庭审结束时，乃至现在，一直没有得到当事人的授权确认，谷序文也没有看到任何确认《律师函》效力的信息或证据，因此，《律师函》当然不应发生任何法律效力。

然而，仲裁庭对于这一“核心争议”——《律师函》有效性，在最终的“仲裁庭意见”部分，直接依据一份未向谷序文提供、未“当庭出示、当庭质证”的证据——仲裁申请人证据十一《授权书》，直接认可该《律师函》的效力，并作为认定仲裁申请人提出回购股权的“唯一证据”，还以律师函的寄发时间（非妥投时间）作为回购请求的起算点。这份突然出现的证据十一，没有转交谷序文，也未“当庭出示、当庭质证”，甚至有可能是虚假的。仲裁庭对这一核心证据违反法定程序的处置方式，直接导致裁决发生根本性错误。

综上，仲裁申请人仅在开庭时提交证据一至七，谷序文也仅对此部分证据予以质证，但《裁决书》却引用了仲裁申请人证据十一、证据十二，由此至少推断，谷序文至少没有收到申请人的证据八至十二，当然也不可能“当庭出示、当庭质证”，违反了《仲裁法》第三十九条、《仲裁规则》第四十二条第（一）款规定的证据应当庭出示、质证的法定程序。因此根据《仲裁法》第五十八条第一款第（三）项规定，“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的，当事人可以申请法院撤销仲裁裁决。”

三、变更仲裁请求后，未提供答辩期（45天），也未开庭审理，违反法定程序。正如前文所述，仲裁申请人是在“庭后”对第八项请求进行了明确、提交了证据、并办理了相关手续。这些连续的动作表明仲裁申请人是在“庭后”“变更仲裁请求”，对这一重大的请求变化，仲裁庭并未按《仲裁规则》第十五条的规定，给予谷序文45天的答辩期，这等于剥夺了谷序文对变更后诉讼请求进行答辩、提出反请求、提交证据等一系列的实体权利。更未按照《仲裁法》、《仲裁规则》的要求，对变更后的仲裁请求进行“开庭审理”，这是对仲裁“开庭审理”原则的根本违背。

四、裁决违背公共利益。施瑞福公司作为本次投资协议中的“目标公司”，其在投资协议中对投资股东的“回购股权”约定因违反法律强制性规定，理应认定无效，但仲裁庭裁决目标公司施瑞福承担“股权回购”责任，显然违背社会公共利益。施瑞福公司曾在庭审中提出上述答辩意见，但仲裁庭审查后认为：仲裁申请人作为投资人而非施瑞福公司股东，与仲裁被申请人之间形成合同关系，系各方作为平等主体经协商自愿达成的，是各方真实的意思表示，不损害其他股东、社会公众或国家利益，本案合同真实、有效。

但仲裁庭的上述认定，与最高院（2012）民提字第11号民事判决书的要旨相违背，在2014年第8期最高人民法院公报第34页关于该案的“审判摘要”中做出指示：在民间融资投资活动中，融资方和投资者设置估值调整机制（即投资者与融资方根据企业将来的经营情况调整投资条件或给予投资者补偿）时要遵守公司法和合同法的规定。投资者与目标公司本身之间的补偿条款如果使投资者可以取得相对固定的收益，则该收益会脱离目标公司的经营业绩，直接或间接地损害公司利益和公司债权人利益，故应认定无效。

因此，仲裁庭认定施瑞福公司做出回购承诺有效是明显错误的，且违背社会公共利益，依据《仲裁法》第五十八条第三款，人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定撤销。

五、未提供充分的质证、庭审调查程序，导致本案出现根本性错判。（一）仲裁庭错误认定谷序文为付款主体。谷序文在庭审中提出，其是代持股东，林和平为实际持股人。仲裁庭审查后认为，谷序文是工商登记股东，代持协议不产生对抗仲裁申请人的效力。但事实上，无论是在证据上，还是法律上，仲裁庭的这一认定都是错误的。从证据上，谷序文不仅提供了代持协议，还提供证据证明另一位代持股东——徐亚文的转让文件，在徐亚文的股权转让上，各申请人均同意了徐亚文零价格转让股权，足以证明各申请人明知代持事实的存在，因此在《增资协议》、《补充协议》中多处约定丙 1（林和平）对另两位股东回购、赔偿责任承担连带责任。从法律上，工商登记不具有对抗效力，仅针对的是公司外部债务人，而并非公司内部股东，本案的仲裁申请人作为内部股东，此时提出回购，已明知谷序文为代持股东，且仲裁申请人甚至已经放弃了对另一代持股东徐亚文的起诉。因此仲裁庭的结论显然违背法律宗旨。

（二）仲裁庭混淆“付款义务”和“连带责任”主体，导致错误判定原股东谷序文承担支付股权回购款的义务。仲裁庭在“本案主要争议问题”的第 5 点中，曾对此做出分析。仲裁庭综合合同第 10.1、10.3 以及 6.3 条的约定，分析称“林和平、谷序文（股东）对施瑞福公司（目标公司）在本案合同项下包括向仲裁申请人支付股权收购款的义务承担连带责任”，这里认定谷序文承担“连带责任”，这与谷序文在仲裁中的答辩意见完全一致。但紧接着下一段中，“仲裁庭认为，谷序文应向仲裁申请人履行支付股权收购款的义务”，在没有任何说明和理由的情形下，认定谷序文承担直接付款义务。显然，仲裁庭将“付款义务”和“连带付款义务”混淆，将债务人和担保人颠倒。因此，仲裁庭支持仲裁申请人提出的股东支付回购款的请求没有任何合同依据和法律依据。

六、仲裁申请人隐瞒了足以影响公正裁决的证据。第一，作为股东身份的谷序文，既没有收到仲裁申请人一分钱，也没有挪用仲裁申请人一分钱。从 2011 年 3 月签订《增资协议之补充协议》合同到仲裁申请人提交仲裁申请，从未因履行本协议发生的争议与谷序文协商过，也从未收到仲裁申请人关于要求股权回购的协议书和《律师函》等文件。因仲裁申请人在合同争议问题上，未与谷序文协商，直接向仲裁委申请仲裁，违背《增资协议之补充协议》第十五条。第二，谷序文与仲裁申请人签订的《增资协议之补充协议》属无效合同。通过仲裁申请人的仲裁申请可以看出，其资金直接打给了乙方（目标公司），（目标公司实际控制人）掌握了资金的使用和调度权。因仲裁申请人（甲方）未能履行监管机制，是其对资金的监管失职，才导致目标公司的发展受到影响，造成的（目标公司）未能实现在约定时间在中国 A 股上市目标。而谷序文，在仲裁申请人资金进入后，就被董事会免去了总经理职务，排斥在董事会成员之外。由目标公司实际控制人林和平安排私人顾问周海云担任公司执行董事，主持公司日常工作。到了 2011 年 10 月，公司董事会又免去了谷序文总经理职务，公司日常经营事务由新聘任执行总经理凌华云负责，这一变更公司总经理的重大事项，各仲裁申请人应该是知情的。因此，谷序文无义务对仲裁申请人（甲方）的投资款负责，更不应该对回购款负连带责任。根据《合同法》第五十二条，应认定《增资协议之补充协议》无效。

浙江中科企业、江阴中科公司与深圳中科企业共同答辩称：一、仲裁申请人与谷序文之间有明确的仲裁协议。

（一）本案的诉争合同是股权投资合同，合同的八个主体均表达了将履行诉争合同发生的争议提交贸仲仲裁的真实意思表示。

1、本案的诉争合同由《增资协议》与《补充协议》组成。（1）《增资协议》：即《浙江中科东海创业投资合伙企业（有限合伙）、江阴市中科蓝天创业投资有限公司、深圳中科汇富创业投资基金合伙企业（有限合伙）、天津和光远见股权投资基金合伙企业（有限合伙）与武汉施瑞福生物技术有限公司及凌然、谷序文、徐亚文关于对武汉施瑞福生物技术有限公司增资协议》（以下简称《增资协议》）；（2）《补充协议》：即《浙江中科东海创业投资合伙企业

(有限合伙)、江阴市中科蓝天创业投资有限公司、深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙)、天津和光远见股权投资基金合伙企业(有限合伙)与武汉施瑞福生物技术有限公司及凌然、谷序文、徐亚文关于对武汉施瑞福生物技术有限公司《增资协议》的补充协议》(以下简称《补充协议》)。上述《增资协议》与《补充协议》共同构成了本案完整的诉争合同,其实质是股权投资合同(以下简称股权投资合同)。

2、仲裁协议在《增资协议》与《补充协议》中均有明确约定,合同的八主体均予以签字/盖章确认,谷序文在仲裁开庭时也确认诉争合同和其签字都是真实的,因此仲裁协议是合法而且有效的。仲裁申请人依据《补充协议》的第 15.2 条仲裁委提起仲裁,同样的仲裁条款也约定于《增资协议》的第 5.2 条。在诉争合同的仲裁条款中,有请求仲裁的明确意思表示,有在法律规定仲裁范围内的具体的仲裁事项,有选定的明确的仲裁委,签订协议属于谷序文的真实意思表示,根据《中华人民共和国仲裁法》第十六条和第十七条,仲裁协议是合法而且有效的。

(二)诉争合同的八个主体均为平等、独立的法律主体,在合同中不存在限制或者特别约定任一主体仲裁权利及地位的情况下,每个主体均享有独自提起仲裁的权利。

1、诉争合同的甲乙丙方划分是根据合同主体的权利义务性质的同异而进行的划分,不代表任何一方因此放弃了程序和实体上的任何法律权利。合同的八个主体在合同中分别归入甲、乙、丙三方,是因为八主体在投资交易行为中分别处于投资方、被投资方、被投资方的股东这三个角色,是根据八个主体在投资交易行为中的地位、权利义务性质的同异的概称,这也是合同拟定的基本常识和惯例,这样,在当事人在合同中的权利义务相同时,无须再累赘地复述所有相关的主体。

2、即使是按照文义解释,诉争合同的条款也能清晰地显示“各方”指的是八个独立的主体,而不是谷序文所称的某几个当事人组成的联合体。从《补充协议》的第 12 条“声明和保证”:

“12.1 协议各方签订本协议已取得其股东会、董事会、主管机关或其他相应机构决议或批准,不存在签订履行本协议义务的障碍。12.2 协议各方依中国法律和其本国法具有签订和履行本协议的权利能力和行为能力”以及 12.3 条、12.4 条,很明显可以看出,依照中国法律,具有签订诉争协议的权利能力和行为能力的必然是合同的八个独立主体,而不是某几个主体组成的联合体的整体的权利能力和行为能力;而取得其股东会、董事会、主管机关批准的也必然是独立主体,而不会指向合同的“甲方”作为一个联合整体成立了共同的股东会与董事会。

因此,即使是从诉争合同中“各方”的文义解释来说,“各方”所指向的当事人也必然是八个独立的主体。

并且,作为投资方之一的天津和光远见股权投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称和光远见企业)已于 2014 年 7 月 30 日前根据仲裁协议行使了其权利,向仲裁委就履行《补充协议》提起了对包括谷序文在内的三个仲裁被申请人的仲裁。

3、仲裁委曾作出的(2003)第 0204 号案件裁决的理由更清楚地显示了:只有在合同中对某些当事人的仲裁地位和权利作出特别约定和限制时,才存在着对其提起仲裁的主体资格的限制。

谷序文在仲裁委开庭时提到仲裁委曾作出的(2003)仲裁委裁字第 0204 号案件(以下简称 0204 号案件)裁决书中,是作出了当时作为合同中的乙方之一的“乙方 2”不具有单独提起仲裁的主体资格的判断,因此本案也应当如此。但是,实际上,0204 号案件正是从反面说明了本案不存在任何对提起仲裁的主体资格的限制的情况。仲裁委在本案裁决书中详细论述了该案的诉争合同《“北方嘉润园小区”项目 A 地块合作合同》中鉴于条款特别约定:“各方均同意乙方向甲方主张权利时,由乙方 1 全权代表乙方 2 以乙方名义向甲方主张权利,甲方依乙方 1 的要求履行本合同项下的责任和义务视为甲方对乙方的履行。如乙方 1 与乙方 2 就

同一事项做出不同的意思表示或权利主张时，甲方有权要求乙方 1 和乙方 2 达成一致意见后通知甲方，否则甲方有权延迟履行责任和义务，乙方不得就此要求甲方承担任何违约责任。”

正是由于 0204 号案件的诉争合同专门对乙方 2 的提起仲裁的权利作出了限制性约定，0204 号案件的仲裁庭才做出了乙方 2 不具有单独提起仲裁的主体资格的判断。因此，0204 号裁决书更说明了在合同中不存在限制或者特别约定任一主体仲裁权利及地位的情况下，各主体均享有独自提起仲裁的权利。而本案的诉争合同没有对任一主体的程序或者实体权利作出限制或者约束。仲裁申请人均有权单独行使其仲裁权利。

4、仲裁申请人和和光远见企业按照各自应缴的投资款项分享权利、承担义务，其份额都是明确的、可分的，因此不属于必要共同仲裁，无须共同提起仲裁。

在《增资合同》中明确约定，江阴中科公司向施瑞福公司投资 3000 万、获得 250 万元出资额，深圳中科企业向施瑞福公司投资 2000 万、获得 166.6667 万元出资额，浙江中科企业向施瑞福公司投资 4000 万、获得 333.3333 万元出资额，和光远见企业向施瑞福公司投资 3000 万元、获得 250 万元出资额。

因此，四个投资方按照诉争合同分别投资，因投资而享有的权利是明确可分的，并非指向同一标的，无须共同提起仲裁。

二、所有定案证据均已经当庭出示并经谷序文质证，庭后补充的证据仅仅是对案件事实的补充说明，且经过谷序文同意书面质证，完全符合《仲裁规则》（2015）规定的程序。

（一）所有定案证据均经过 2015 年 6 月 3 日开庭时当庭出示并经谷序文质证是真实的。

本案是股权投资合同争议，仲裁申请人是因为合同中的股权回购条款被触发，根据合同向包括谷序文在内的仲裁被申请人要求股权回购款。因此，本案定案证据必然是要证明股权投资合同是否真实、仲裁申请人是否已经按照约定投资、股权回购条款是否约定并已被触发，合同中是否约定谷序文需向仲裁申请人支付股权回购款的证据。

以上定案证据分别是仲裁申请人提交的第一组证据（诉争合同）和第三组证据（汇款支付凭证），这些证据不仅在立案时即已经提交，包括谷序文在内的三个仲裁被申请人当庭均已确认其证据的真实性、合法性、关联性，并当庭承认施瑞福公司作为目标公司至今未能在中国境内完成首次公开发行上市，因此根据《补充协议》第 10.1 条：“10.1 甲方在投资后将尽力协助乙方做好公司上市的相关协调工作，但发生以下情况时，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，乙方、丙方对此承担连带责任：10.1.1 乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内完成首次公开发行上市”，当事人的自认证明了股权回购条款已经触发。

（二）裁决书中的第八项（三案合并审理前是第四项仲裁请求）仲裁请求是仲裁申请人要求仲裁被申请人承担仲裁费、律师费、担保费、保全费等相关费用，该请求并非本案的核心争议，而且该请求在立案时和当庭均书面提出，只因未缴纳该请求的仲裁费，仲裁申请人开庭后按照缴费通知的要求办理了补缴仲裁费的手续。

立案时，仲裁申请人是分别提起仲裁申请的，后向仲裁委申请合并，包括谷序文在内的仲裁被申请人没有提出异议，因此三个案件合并为本案审理，所有的仲裁请求也都予以合并，仲裁申请人在原《仲裁申请书》中提出的第 4 项仲裁请求“仲裁被申请人承担仲裁费、律师费、担保费、保全费、差旅费等相关费用”被列为了第八项，对此项仲裁请求，仲裁申请人在开庭时也予以了重申。

因立案时，仲裁申请人未缴纳该项仲裁请求的仲裁费，庭后经仲裁委发出了缴费通知（该通知抄送了仲裁被申请人），仲裁申请人补缴了仲裁费，办理了相关手续。

（三）仲裁申请人提出仲裁前履行了合同约定的协商前置程序，提出回购请求的《律师函》、快递单及 EMS 签收记录均经谷序文在 2015 年 6 月 3 日开庭时当庭质证、并确认收到。因仲裁协议中约定了提起仲裁前需进行协商，如果在 30 日内不能协商解决，再提起仲裁。仲裁

申请人严格按照合同约定，在 2014 年 8 月 14 日委托中伦律师事务所向包括谷序文在内的仲裁被申请人发出了要求股权回购的《律师函》、快递单、EMS 签收记录（仲裁申请人提交的证据七），对此，谷序文是在 2015 年 6 月 3 日开庭时当庭质证并承认确实收到了《律师函》。

（四）补充证据并非定案证据，只是对庭审事实的补充说明，仲裁申请人提交补充证据的时间和程序完全符合《仲裁规则》（2015）的规定，谷序文是当庭同意并签字确认的。

1、仲裁申请人交的补充证据是基于对庭审事实补充说明的证据，并非定案证据。

尽管在 2015 年 6 月 3 日开庭时，定案证据都已经当庭出示并质证，案件事实已经十分清楚，所有诉讼请求都已经当庭陈述。但为了对庭审事实进行补充说明，仲裁申请人在庭后（2015 年 6 月 12 日）提交了补充证据，其中包括武汉市中级人民法院（以下简称武汉中院）作出的保全裁定书、出具的 5000 元担保费发票，仲裁申请人为了向武汉中院提出财产保全申请而与武汉东创担保公司、武汉市农业担保公司签订的保全担保合同、汇款凭证、发票（担保公司在武汉中院的裁定书中已经列明）、仲裁申请人与北京市京悦律师事务所签订的委托代理合同、银行汇款凭证、律师费发票，仲裁申请人的资产管理部经理与施瑞福公司的董事会秘书关于股权回购事项磋商的来往电子邮件、施瑞福公司提出股权回购替代方案的股东会会议纪要，以及因谷序文在内的仲裁被申请人提到 0204 号案件裁决并断章取义误导仲裁庭，仲裁申请人提交了 0204 号案件裁决书全文（见本文第一段第二款第三项所述及），还有从最高院裁判文书网上下载的武汉中院应和光远见企业公司的保全申请作出的保全裁定（仲裁庭开庭时，施瑞福公司已经当庭确认）。

很显然，仲裁申请人提交的补充证据并非本案定案证据，只是对案件事实的补充说明，在当庭质证的《律师函》的基础上更加充分说明了仲裁申请人在提出仲裁前已经履行了合同约定的协商前置程序。

2、仲裁庭决定开庭后提交补充证据的时间和程序经过全体当事人的同意并签订确认，谷序文自己也在庭后交了一份补充证据。当事人的程序权利得到了充分的保证。

对于以上补充证据的提交时间和程序，是 2015 年 6 月 3 日开庭时，仲裁庭经征得全体当事人同意确定的，仲裁庭决定双方当事人在庭后 10 天内提交补充证据和代理词，如有质证意见书面提交，对此包括谷序文在内的全体当事人均在庭审笔录上予以签字确认。仲裁庭的上述决定完全符合《仲裁规则》（2015）“第三十五条审理方式（一）除非当事人另有约定，仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件。”以及“第四十二条（二）对于书面审理的案件的证据材料，或对于开庭后提交的证据材料且当事人同意书面质证的，可以进行书面质证。书面质证时，当事人应在仲裁庭规定的期限内提交书面质证意见。”

谷序文本人在庭后也提交了一份补充证据（落款为 2016 年 6 月 8 日），是徐亚文与林和平之间的关于代持股权的协议，仲裁委将其也转寄给了仲裁申请人。

因此，仲裁委关于决定补充证据、书面质证的程序既符合仲裁规则的规定，又充分保障了双方当事人的权利。

（五）谷序文在 2015 年 6 月 19 日收到仲裁申请人提交的补充证据，而并非像其在申请书中所说从未收到及见到。

三、国内仲裁案件的答辩期是 20 天，仲裁庭明确给予了包括谷序文在内的仲裁被申请人 20 天的答辩期限及提交证据的权利。

（一）国内仲裁案件的答辩期、提交证据材料、提出证明文件的时间是 20 天，本案仲裁庭已经在通知中给予了包括谷序文在内的仲裁被申请人全部程序权利。

本案是国内仲裁案件，根据《仲裁规则》（2015）：“第六十五条（一）国内仲裁案件，适用本章规定”，适用“第五章国内仲裁的特别规定”，因此，应当适用“第六十八条答辩和反请求（一）被申请人应在收到仲裁通知后 20 天内提交答辩书及所依据的证据材料以及其他证

明文件；如有反请求，也应在此期限内提交反请求书及所依据的证据材料以及其他证明文件。”

仲裁庭在 2015 年 7 月 27 日的（2015）中国仲裁委京字第 026108 号发给谷序文在内的仲裁被申请人的通知中，确认了收到仲裁申请人的仲裁费，通知包括谷序文在内的仲裁被申请人在 20 天内提交答辩以及相关材料。直到 2015 年 10 月 30 日裁决书作出之前，谷序文也未提交任何答辩、材料、以及提出任何异议。

（二）要求仲裁被申请人承担仲裁费、律师费等相关费用的第八项仲裁请求在本案庭前和庭中都已提出，只是尚未缴纳仲裁费，庭后按照仲裁庭的要求在开庭后 10 日内以及在 2015 年 7 月 1 日提交了证据并向仲裁庭明确了放弃差旅费的请求，办理了缴纳仲裁费的手续，对此仲裁委均通知了谷序文，并给予了谷序文提出异议的权利和时间。

如前所述，仲裁申请人在立案时就提出了第八项（原《仲裁申请书》中第 4 项）仲裁请求，开庭时重申并予以明确，但庭前未缴纳仲裁费。未缴纳仲裁费并不影响仲裁庭照常进行仲裁程序，仲裁申请人在仲裁庭规定的庭后 10 天内交了补充证据（2015 年 6 月 12 日），谷序文于 2015 年 6 月 19 日收到补充证据；另外，因武汉中院对保全裁定中的笔误作出了补正裁定，于 2015 年 7 月 1 日才寄到仲裁申请人处，因已经超出了当时的 10 天交补充证据的期限，仲裁申请人将补正裁定寄到仲裁委时还附了“补交材料的说明”及 EMS 签收记录作为证据。仲裁庭于 2015 年 7 月 10 日将武汉中院的补正裁定、仲裁申请人交的“补交材料的说明”及 EMS 签收记录寄给了谷序文，并随附了（2015）中国仲裁委京字第 023893 号函件《关于 DS20150149 号增资协议争议案》，通知三仲裁被申请人：如对上述材料有何意见或者异议，于 2015 年 7 月 17 日前一式五份书面提交至仲裁委。包括谷序文在内的仲裁被申请人没有提出异议。

尽管仲裁申请人是在开庭后缴纳了第八项仲裁请求的仲裁费，但仲裁费的缴纳时间不影响仲裁程序的进行，只是会关系到仲裁庭是否在裁决书中对该项请求作出裁决：如果缴纳了仲裁费，裁决书中会正式受理并裁决该项，如果仲裁申请人最终未办理缴纳仲裁费的相关手续，证明仲裁申请人撤销了该项请求，仲裁庭将不会在裁决书中理会未缴纳仲裁费的请求。

仲裁申请人在庭后按照庭审时确认的书面提交补充证据的时间补交了证据，仲裁庭寄给了谷序文并给予了谷序文书面质证及提出异议的权利。因此，仲裁庭已经于第八项仲裁请求的仲裁费缴纳前履行了审理该项请求的程序，并在收到仲裁费后就该项请求给予了仲裁被申请人 20 天的合法期限。

直到 2015 年 10 月 30 日裁决书作出之前，谷序文也未对以上审理方式提出新的要求和异议。

四、本案并未违反任何公共利益，谷序文是在对最高院的案例和精神断章取义，误导判断。

（一）最高院（2012）民提字第 11 号民事判决是关于业绩补偿条款部分无效的判决，和本案的股权回购条款无关。

谷序文在《撤销仲裁裁决申请书》中提到最高院（2012）民提字第 11 号民事判决，即“海富投资与甘肃世恒的最高人民法院再审判决”。在该案中，海富公司对世恒公司进行增资，约定当世恒公司 2008 年实际净利润未达到 3000 万元时，海富公司有权要求世恒公司及另一股东迪亚公司予以补偿，即合同中约定了业绩补偿条款。

最高院在判决中称因业绩补偿条款约定了被投资公司——世恒公司的年利润最低值，使得海富公司投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了世恒公司的经营业绩，因此损害了公司利益和公司债权人利益而无效；并且，最高院的判决中还明确：“但是，在《增资协议书》中，迪亚公司对于海富公司的补偿承诺并不损害公司及公司债权人的利益，不违反法律法规的禁止性规定，是当事人的真实意思表示，是有效的。迪亚公司对海富公司承诺了众星公司 2008 年的净利润目标并约定了补偿金额的计算方法。在众星公司 2008 年的利润未达到约定

目标的情况下，迪亚公司应当依约应海富公司的请求对其进行补偿。迪亚公司对海富公司请求的补偿金额及计算方法没有提出异议，本院予以确认。”

很明显，最高院海富案判决确定的是业绩补偿条款部分无效——即被投资公司向投资人补偿利润的约定无效（股东向投资人补偿利润是有效的），与本案情况完全不同，最高院从未提出过股权回购条款的约定无效。

而且，谷序文在摘选 2014 年第 8 期最高人民法院报第 34 页对最高院（2012）民提字第 11 号民事判决书的“审判摘要”时，还故意省略了最后一句话：“但目标公司股东对投资者的补偿承诺不违反法律法规的禁止性规定，是有效的。在合同约定的补偿条件成立的情况下，根据合同当事人意思自治、诚实信用的原则，引资者应信守承诺，投资者应当得到约定的补偿。”显然，谷序文有断章取义、混淆审判之嫌。

（二）公共利益是法律和行政法规明确规定的与保障国家安全、促进国民经济和社会发展有关的利益，无效的条款并不等于损害公共利益的条款。

如上所述，最高院的海富案判决中，业绩补偿条款部分无效的原因是因为约定了目标公司必须达到一定盈利，脱离了商事活动具有风险的特点，所以损害了目标公司与公司债权人的利益而无效。

但是，无效的条款并不等于损害公共利益的条款，根据《中华人民共和国宪法》第十条第三款、第十三条第三款以及《国有土地上房屋征收与补偿条例》第八条的规定可以明确看出：

“公共利益”是与国防和外交、由政府组织实施的基础设施建设、政府组织实施的公共事业、政府组织实施的保障性安居工程建设、法律及行政法规规定的保障国家安全、促进国民经济和社会发展有关的利益，不是某些个人及团体利益。因此，即使是最高院的海富案中的业绩补偿条款，也没有违反任何公共利益。

（三）本案的股权回购条款没有违反任何法律禁止性规定，更没有违反公共利益，是真实、合法且有效的。

如上所述，本案的股权回购条款并未违反任何公共利益，并且，也与海富案中的业绩补偿条款是完全不同的约定。股权回购条款没有违反以下任何法律禁止性规定，因此是有效条款：

1、股权回购条款未利用股东独立地位和有限责任侵犯公司法人独立财产权，未违反风险共担的原则。

仲裁申请人是在成为施瑞福公司的股东前，基于股权投资协议的有条件的安排进行了溢价投资，仲裁申请人分别投入了 4000 万、3000 万、2000 万，只获得了 333 万、250 万、166 万的出资额，其余出资均计入了施瑞福公司的资本公积金。也就是说，相对于公司原股东，仲裁申请人投入了巨额资金，只获得了很少的股权，已在先承担了更多的商业风险。同样，作为合同的相对方的被投资的施瑞福公司，为了获取更多的发展机会和利益签订了合同，从而获得了《补充协议》的第 2.1 条约定的用于公司四大支柱产业的新的产业基地的建设、补充流动资金的增资金额。

施瑞福公司为获取这种巨大利益，而与仲裁申请人签订了股权回购条款，约定了一定条件下履行支付股权回购款的义务，是其真实意思表示，这种由于商业风险带来的资产减少是正常的交易行为的后果。因此，仲裁申请人在股权回购条件被触发时，要求施瑞福公司承担相应责任，是通过正当、合法的程序，有正当、合理的缔约依据，不是侵犯公司法人独立财产权的行为，也未违反风险共担的原则。

2、股权回购条款不构成股东抽逃出资，未违反资本维持、资本减少限制的原则。

施瑞福公司支付股权回购款不是股东抽逃出资的行为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十二条的约定，股东抽逃出资有五种行为：

“（1）将出资款项转入公司账户后验资后又转出；（2）通过虚构债权债务关系将其出资转出；

(3) 制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；(4) 利用关联交易将出资转出；(5) 其他未经法定程序将出资抽回。”

而本案的支付股权回购款是基于合同债务，即仲裁申请人作为投资合同一方以债权人的身份要求履行合同义务，并非故意无对价或者低对价地获得公司财产，损害公司利益，要求施瑞福公司支付股权回购款有合同依据、真实交易背景、公平对价基础，没有违反法律抽逃资本的意图。

3、要求施瑞福公司支付股权回购款未损害公司及债权人利益。

被投资公司、投资人、债权人均平等的商事主体，基于股权投资合同的溢价投资是商业交易行为，法律地位完全平等，各方均会因商业行为存在利益和风险的变化。在股权回购条件被触发时，仲裁申请人要求回购股权是合法合理的，因为从这点来说，仲裁申请人也是施瑞福公司的债权人（仲裁申请人共投入 9000 万元，只有 750 万计入实收资本，其余 8250 万元都计入了施瑞福公司的资本公积金），在签订诉争合同的股权回购条款时，仲裁申请人都还不是施瑞福公司的股东，仲裁申请人基于投资合同方行使自己的合法权利，而不是基于施瑞福公司股东的地位，不存在滥用股东地位、损害公司和债权人利益的因素。

4、施瑞福公司支付股权回购款的连带责任未违反法律关于公司回购股份的规定。

签订本案诉争合同时，林和平、谷序文、徐亚文作为合同的丙方，是施瑞福公司的 100% 股东，而诉争合同的股权回购条款是施瑞福公司的全体股东及被投资公司——施瑞福公司在股权投资合同中一致表示同意的，施瑞福公司承担连带责任在程序上完全合法，未违反《中华人民共和国公司法》第十六条第二款关于公司承担连带责任的规定。

而且，根据《补充协议》第 10.3 条和第 14.5 条，施瑞福公司承担的是支付股权收购款的连带责任，仲裁申请人收到全部价款后，需将持有的施瑞福公司的股权过户给林和平、谷序文，而不是施瑞福公司。因此，该请求未违反法律关于公司回购股份的规定。

五、仲裁庭提供了法定的质证、调查程序，本案的裁决是正确的。

（一）仲裁庭对进行了充分的、法定的质证调查程序。

如前所述，仲裁申请人立案时提交了定案证据，包括谷序文在内的仲裁被申请人均委托了代理律师，2015 年 6 月 3 日开庭时携带了仲裁申请人提交的定案证据来开庭。开庭时仲裁庭给予了双方充分的举证质证权利，三位仲裁员均就仲裁相关问题对所有当事人充分询问，仲裁庭经征得双方同意，给了双方 10 天的时间提交代理词和补充证据，并就补充证据提交书面质证意见，所有当事人均予以签字确认。其中，谷序文本人还在 2015 年 6 月 8 日提交了一份凌然和徐亚文之间的《协议书》作为证明徐亚文为凌然代持股的补充证据。仲裁申请人在 2015 年 6 月 12 日交了补充说明事实的《补充证据》，仲裁庭转寄给谷序文，谷序文于 2015 年 6 月 19 日收到。因此，仲裁庭从程序上提供了法定的质证、调查程序。

（二）根据《补充协议》第 10.1 条、第 10.2 条、第 10.3 条、第 10.4 条，谷序文承担支付股权回购款的义务具有充分的合同依据。

《补充协议》第 10.1 条约定：“甲方在投资后将尽力协助乙方作好公司上市的协调工作，但发生下列情况时，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，乙方、丙方对此承担连带责任：10.1.1 乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市。”第 10.2 条：“甲方要求丙方收购其持有的乙方股份时，丙方应当以下述价格收购。”第 10.3 条：“乙方应在甲方提出收购要求之日起 1 个月内将收购价款支付给甲方。”

根据以上条款，如前所述，仲裁申请人已经按照合同约定全部投资，目标公司施瑞福公司（合同的乙方）未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市，股权回购条件已经触发，作为乙方的谷序文根据合同约定承担包括支付股权收购款在内的连带责任是有充分合同依据的。

综上，本案的仲裁协议合法有效，未违反任何法定程序，不违反任何公共利益，仲裁裁决是完全正确且有法律、合同的依据，谷序文的申请完全没有事实和法律依据，恳请贵院依法予以驳回。

林和平陈述称：首先，林和平同意谷序文的意见。其次，林和平补充说明三个问题：一、关于仲裁协议，首先，协议是三方协议，体现在合同的当事人列表中；其次，在涉案合同第 15.2 条约定条款的各方，指的就是合同第一页当事人列表；再次，同第 16 条也明确了各方的指向，合同的第 1、15、16 条就是合同中约定仲裁条款的当事人。二、仲裁庭在解释这个问题的时候，并没有直接进行解释，因为在合同中就没有八方，所以仲裁庭用的是《民法通则》第八十六条，这不能够解释到仲裁约定中，仲裁庭适用该条款解释“八方”的观点是错误的，不能说明八方之间有仲裁约定。三、2003 年贸仲第 204 号裁决书中的情况和本案情况是类似的，仲裁庭对本案无管辖权。关于定案证据没有质证的问题，本案中并没有约定书面审理，没有同意书面质证，那么证据就应当在开庭时质证。仲裁庭在裁决中的定案证据十一在开庭时仲裁申请人没有出示，庭后也没有送达，也没有安排质证。对方称林和平没有提出异议，但林和平根本就不知道这件事情，无法提出异议，仲裁申请人应当提供送达的凭证。本案定案证据 15 份，其中 8 份证据在开庭时没有出示。根据裁决书中关于程序性送达事项的陈述，第五页第三段称材料转寄给林和平，但却没有查询是否妥投，与此前的几次送达的陈述不同。最后，关于公共利益的问题。目标公司不能参加对赌是因为会损害公司其他债权人的利益，并非损害股东的利益，按照最高院的规定，目标公司不能对赌。根据仲裁申请人的主张，目标公司承担股东转让股权的转让款，资金由公司承担是损害公共利益的，裁决书应予撤销。施瑞福公司陈述称：其意见与谷序文的申请意见和林和平的陈述意见一致。

经审查，本院认为：关于谷序文提出的其与任何一位仲裁申请人之间均没有仲裁协议的主张。在《增资协议》与《补充协议》的当事人列表中，A 浙江中科企业、B 江阴中科公司、C 深圳中科企业与 D 和光远见企业为甲方，施瑞福公司为乙方，1、凌然（现名林和平）、2、谷序文与 3、徐亚文为丙方。在上述协议内容中，均以甲、乙、丙三方作为代称约定各方的权利义务。《补充协议》第 9.6 条约定，丙方[1]承诺对 9.1、9.2、9.3、9.4 及 9.5 条款描述之股份补偿或现金补偿承担无限连带责任。由此可见，将仲裁申请人统称为甲方以及将林和平、谷序文及徐亚文统称为丙方，系根据当事方身份、权利义务类型的相似性进行的归类，仅为简化当事方表述并方便辨识投资角色之目的，而并未因各投资人在协议中被合称为甲方而将甲方在合同项下享有的实体性及程序性权利在各投资人中进行分割或限制，且协议中仅在甲方四主体或丙方三主体中某一主体与其他主体存在享有权利或承担义务等不同情形时，才会在协议中单独列出予以明示。《增资协议》第 5.2 条约定，因履行本协议发生的争议，各方均应友好协商解决；协商不成或不愿协商的，可将争议提交位于北京的中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁解决。该条款并未对甲方或丙方中的任一主体所享有的将争议提请仲裁的权利进行约束或限制，故甲方或丙方中的任一主体均完整的享有该权利。该条款约束签订协议的各方当事人及各个主体，仲裁条款在各主体之间均合法有效。

关于谷序文提出的定案证据未当庭出示、未经质证，仲裁庭违反法定程序的主张。谷序文称其并未收到仲裁申请人于仲裁庭审后向仲裁委补充提交的证据，亦未当庭出示并质证。根据本院查明的事实，仲裁委于 2015 年 6 月 3 日出具的《庭审要点》中记载，本次庭审中，由双方当事人协商，并经仲裁庭同意，双方当事人同意于 2015 年 6 月 13 日之前提交补充证据及代理意见。我方当事人同意对于所有庭后提交的证据以书面意见的方式进行质证。仲裁双方当事人的代理人均在《庭审要点》尾部进行签名。仲裁委于 2015 年 6 月 16 日出具的（2015）中国贸仲京字第 020250 号文件载明，向被申请人转去申请人于 2015 年 6 月 12 日寄至本会的“代理词”、“补充证据目录”及其附件各一式一份。该补充证据中包含谷序文主张的证明《律师函》有效性的《授权书》这一证据。上述材料邮寄给谷序文后于 2015 年 6 月 19 日妥

投，此后谷序文并未向仲裁委提交书面质证意见。从上述事实可见，仲裁委送达程序合法，谷序文提出的上述主张缺乏依据，本院不予支持。

关于谷序文提出的仲裁申请人变更仲裁请求后，仲裁庭未给予其 45 天答辩期，亦未开庭，违反法定程序的主张。2015 年 1 月 1 日起施行的《仲裁规则》第六十五条第（一）款规定，国内仲裁案件，适用本章规定。本章即指第五章“国内仲裁的特别规定”，在该章项下的第六十八条第（一）款规定，被申请人应在收到仲裁通知后 20 天内提交答辩书及所依据的证据材料以及其他证明文件；如有反请求，也应在此期限内提交反请求书及所依据的证据材料以及其他证明文件。由于本仲裁案件属国内仲裁案件，被申请人享有的答辩期应为 20 天。仲裁委于 2015 年 7 月 27 日出具的（2015）中国贸仲京字第 026108 号文件载明：2、请被申请人在收到本函件后 20 天内对申请人变更的仲裁请求提交答辩以及相关的附件材料一式五份；未提交书面答辩的，不影响本案仲裁程序的继续举行。该文件向谷序文邮寄后于 2015 年 7 月 29 日妥投，此后谷序文并未向仲裁委提交书面答辩状。此外，仲裁委对庭审后仲裁申请人对仲裁请求的变更未再次开庭，并未违反《仲裁规则》的规定。综上，仲裁委的上述做法符合法定程序，对谷序文的该项主张，本院不予支持。

关于谷序文提出的仲裁申请人隐瞒足以影响公正裁决的证据以及裁决书违背公共利益的主张。本院认为，隐瞒证据是指持有证据的一方当事人采取积极行为掩盖证据或采取消极行为不告知证据的行为。该行为导致的结果是使仲裁庭不知道这份证据的存在，并且据此做出了有失公正的裁决。谷序文并未提供证据证明仲裁申请人隐瞒了足以影响公正裁决的证据。谷序文主张裁决书违背公共利益，亦缺乏事实及法律依据。故对于谷序文的该项主张，本院不予支持。

关于谷序文提出的其他申请理由，属于仲裁委对仲裁案件的实体问题所作的认定，不符合《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定的情形。

综上，谷序文提出的申请理由，均不能成立，本院对其撤销申请不予支持。依照《中华人民共和国仲裁法》第六十条之规定，裁定如下：

驳回申请人谷序文撤销中国国际经济贸易仲裁委[2015]中国仲裁委员会京裁字第 1155 号仲裁裁决的申请。

案件受理费 400 元，由谷序文负担（已交纳）。

本裁定为终审裁定。

审判长 罗珊

审判员 孙兆晖

代理审判员

杨光

二〇一六年六月二十三日

书记员 崔亚楠

关于谷序文申请不予执行仲裁裁决的执行裁定书

武汉市中级人民法院

执行裁定书

(2016)鄂 01 执异 641 号

申请人(被执行人)谷序文,男,1961年4月25日出生,汉族。

申请执行人天津和光远见股权投资基金合伙企业(有限合伙),经营场所天津经济技术开发区新城西路52号滨海金融街6号楼三层H306室。

被执行人林和平(曾用名:凌然),男,1955年2月23日出生,汉族。

被执行人武汉施瑞福生物技术有限公司,住所地湖北省武汉市东湖新技术开发区庙山小区(格瑞科技产业园)。

法定代表人林和平,该公司负责人。

天津和光远见股权投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称天津和光远见)与武汉施瑞福生物技术有限公司(以下简称施瑞福公司)、林和平、谷序文、徐亚文合同纠纷仲裁一案,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲委)于2016年4月22日作出(2016)中国贸仲京裁字第0507号裁决书(以下简称0507号裁决)。因林和平、谷序文、施瑞福公司未履行义务,天津和光远见向本院申请执行,本院于2016年6月6日以(2016)鄂01执992号立案执行。进入执行程序后,被执行人谷序文向本院提出不予执行的申请。本院受理后,调阅了相关案卷材料,并依法组成合议庭进行审查,现已审查终结。

谷序文称:一、仲裁申请人故意隐瞒了《补充协议》中甲方(仲裁申请人)与丙1(公司实际控制人)独立责任与义务约定条款,认定申请人谷序文为付款主体的事实的主要证据不足,导致贸仲委错误认定谷序文为付款主体。

1、仲裁申请人直接向第二被申请人林和平(公司实际控制人)送达的《天津和光远见股权投资合伙企业(有限合伙)致施瑞福公司并凌然董事长和谷序文总经理的信》和《股权回购协议》,并据此解除《浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光远见与施瑞福公司及凌然、谷序文、徐亚文关于对施瑞福公司增资协议》(以下简称《增资协议》)和《增资协议之补充协议书》(以下简称《补充协议》)的前置条件。而申请人至今未收到类似信件和电子邮件。

2、根据《补充协议》第10条丙方提供认沽权10.2款和10.3款约定内容,甲方要求乙方收购股权时,丙方只承诺收购股权,由乙方支付收购款。申请人谷序文作为协议丙方2,依据协议约定亦只有承诺收购义务,无支付收购款的义务。

3、《增资协议》和《补充协议》约定申请人谷序文无付款义务和连带责任。在签订《增资协议》和《补充协议》时,仲裁申请人对代持股东和实际股东的事实是明知的。《补充协议》第9.6条约定,丙1承诺对9.1、9.2、9.3、9.4及9.5条款描述之股份补偿或现金补偿承担无限连带责任。第10条约定,丙方提供认沽权10.4丙1承诺对10.1、10.2及10.3条款描述之股权认沽承担无限连带责任。《增资协议》约定丙方不仅对《增资协议》义务和违约承担连带责任,且对《补充协议》也承担连带责任。特别在《增资协议》和《补充协议》中反复地提出丙1对协议约定内容承担连带责任。在合同中作此特殊的表述表明甲方知道丙1是实际控制股东的事实。

《补充协议》中约定“甲方”应当是“甲A、甲B、甲C、甲D”;“丙方”应当是“丙1、丙2、丙3”,《补充协议》中描述的“甲方”或“丙方”并不代表协议约定独立责任内容的真实表达。

综上,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条第二款(五)对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的,人民法院应裁决不予执行。

二、仲裁申请人仲裁申请和答辩所适用法律确有错误，误导贸仲委枉法裁决申请人为付款主体。

1、本案合同《增资协议》、《补充协议》签订时，仲裁申请人与丙 1 就业绩承诺及补偿和履行支付股权收购价款在多处约定了丙 1 对另两位股东回购、赔偿责任承担连带责任。足以证明仲裁申请人知晓代持事实的存在。

施瑞福公司的工商登记变更信息和代持股东协议签订日期可以证明 2010 年 12 月 23 日前，法人代表王金平在内的三股东均为林和平亲友，林和平是实际控制人。2012 年 12 月 23 日后，林和平进入股东名册后，申请人谷序文才有 300 万元注册资本进入，且在仲裁申请人资金进入施瑞福公司后，申请人谷序文又被免去了总经理职务，所以对仲裁申请人资金的投入使用情况完全不知情，因此无义务承担付款责任。另一代持股东徐亚文作为当时的财务总监，了解资金的具体使用状况，贸仲裁却不予追究，认为贸仲裁的裁决与事实不符。

2、根据《公司法》的规定，申请人谷序文虽然是公司的名义注册股东，并非公司法人股东，无权决定乙方付款事项，即使公司破产也只承担代持的 10%股权实收注册资本的有限责任。因此贸仲裁裁决申请人承担回购价款无限连带责任，违反我国《公司法》第三条规定：有限责任公司股东以其认缴的出资额对公司承担有限责任。仲裁申请人出资后就是公司的股东，应以其出资对公司承担有限责任。

3、《补充协议》10. 认沽权约定的对赌条款是非法的，根据该条款的约定，仲裁申请人不承担风险，所以该协议显失公平。申请人谷序文签订该协议时并未仔细阅读，因为经口头承诺不用承担责任才违心签字，并不是申请人真实意思的表达，对该协议的约定有重大误解。根据《合同法》第五十四条规定，该合同是有重大误解和有失公平的合同，可依法撤销。

4、仲裁申请人的仲裁申请和 0507 号裁决违反《仲裁法》和《仲裁规则》的规定，未经调查研究认定事实，故意回避协议中“甲方与丙 1 就业绩承诺及补偿和履行支付股权收购价款约定”的独立责任条款、“申请人只承诺转股，不承担业绩承诺及补偿和履行支付股权收购价款”的特殊条款。因此申请人谷序文怀疑仲裁员徇私舞弊、枉法裁决，应不予执行该裁决。综上，贸仲裁裁决支持仲裁申请人提出的代持股东谷序文支付回购款的请求，没有任何合同和法律依据，应不予支持。请求裁定对 0507 号裁决不予执行。

经本院审查查明，2011 年 3 月 3 日，甲方：浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光远见与乙方：施瑞福公司、丙方：林和平（凌然）、谷序文、徐亚文签订《增资协议》约定（摘录）：鉴于乙方注册资本 2000 万元，拟增加注册资本 1000 万元，增资后注册资本为 3000 万元；丙方为乙方现股东，分别持有乙方 80%、15%、5%的股权；甲方认缴乙方本次增资的 1000 万元注册资金，出资 12000 万元。甲方以货币资金 12000 万元向乙方增资，取得乙方 1000 万元注册资本，占增资后 33.33%的股权，其中甲方[A]（浙江中科）投资 4000 万元，取得 333.3333 万元出资额；甲方[B]（江阴中科）投资 3000 万元，取得 250 万元出资额；甲方[C]（深圳中科）投资 2000 万元，取得 166.6667 万元出资额；甲方[D]（天津和光远见）投资 3000 万元，取得 250 万元出资额。

同日，各方另行签订一份《补充协议》约定（摘录）：10.1 甲方在投资后将尽力协助乙方做好公司上市的相关协调工作，但发生以下情况时，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，乙方、丙方对此承担连带责任：10.1.1 乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市；10.1.2 乙方或丙方违反本协议……10.2 甲方要求丙方收购其持有的乙方股份时，丙方应以下述价格收购：收购价款=12000 万元×（1+15%资金占用年数）—甲方获得的现金红利。资金占用年数是指自甲方增资款进入乙方验资账户至甲方要求回购日止……10.4 丙方承诺对上述条款描述之股权认沽承担无限连带责任。因履行本协议发生争议，各方均应友好协商解决；如果在 30 日内不能协商解决，任何一方均可向位于北京的贸仲委提起仲裁。各方还对付款条件、股权转让限制、甲方知情权、业绩补偿及违约责任等

进行了约定。上述协议签订之后，浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光远见按约定履行了义务。因在协议履行过程中发生争议，天津和光远见向贸仲委申请仲裁，该委受理后进行了审理。

贸仲委经审理认为案件的争议焦点问题如下：1、申请人（天津和光远见，下同）的仲裁主体资格；2、涉案合同的性质和效力；3、本案仲裁的启动；4、“丙方”认沽权的触发条件；5、被申请人的责任；6 关于仲裁请求。就此，仲裁庭的分析意见如下（摘录涉及本案的相关内容）：

1、被申请人是否收到了申请人的协商意见。

仲裁庭认为，《补充协议》在第 10.3 条关于“乙方应在甲方提出收购要求之日起 1 个月内将收购价款支付给甲方。甲方收到全部价款后，将其持有的乙方股份过户给丙方，包括在甲方持股期间获得的送股”的约定中，约定了“乙方应在甲方提出收购要求……”以及乙方支付收购价款的内容，未约定申请人必须向第三被申请人（谷序文，下同）和第四被申请人（徐亚文，下同）发出协商通知或请求的内容。鉴于第二被申请人（林和平，下同）、第三被申请人和第四被申请人均是第一被申请人（施瑞福公司，下同）增资时的股东，应当知晓《补充协议》约定的上述内容，第一和第二被申请人在收到申请人的通知后，可以立即转告第三和第四被申请人，无需由申请人逐一告知各被申请人。因此第一和第二被申请人收到申请人 1 月 8 日函件，应当视同第三和第四被申请人收到上述函件或知晓上述函件的内容。

2、被申请人的收购和付款义务

申请人主张第二、第三、第四被申请人收购其持有的第一被申请人之股权，支付收购价款及违约金，第一被申请人与第二、第三、第四被申请人承担连带责任。第三被申请人称其与第二被申请人之间有代理协议，实际股东是第二被申请人，不应当承担责任。

有关申请人要求第二、第三和第四被申请人收购其所持第一被申请人的股权，仲裁庭认为，该请求符合《补充协议》关于“丙方收购”的约定。根据《补充协议》首页和签字页所列明的“丙方”，“丙方”指第二、第三、第四被申请人。依此约定，申请人有权要求第二、第三、第四被申请人收购其持有的股份。对于第二、第三和第四被申请人应当分别或者连带收购申请人所持股权事宜，鉴于该条款后段载有“丙方对此承担连带责任”的内容，仲裁庭认为，基于《合同法》规定的整体解释原则，只有将该条款前段的“丙方”解释为“部分丙方”，才能保持前段与后段的一致性。换言之，依照《补充协议》第 10.3 条，申请人在程序上，既可以要求部分丙方收购，也可以要求全体丙方收购；申请人若选择部分丙方收购股权，还可以同时要求其他丙方承担连带责任；在申请人要求全体丙方收购其股权的情形下，自不再发生其他丙方承担连带责任之情形。

第三被申请人称其系代持股权，不应承担收购和支付收购价款的义务。仲裁庭认为，第三被申请人是登记在第一被申请人名册中的股东，即使其与第二被申请人存在股权代持协议，也无法改变其在法律上系第一被申请人股东的地位，也无法改变其签署《补充协议》的事实。因此，第三被申请人是否代持股权，与本案事实认定和责任制追究之间并无当然关系，第三被申请人的答辩理由不足以否认其应当承担的收购义务。

3、被申请人承担连带责任的问题。

仲裁庭认为，《补充协议》第 10.1 条约定了“甲方有权要求丙方收购甲方持有的股份，乙方、丙方对此承担连带责任”的内容，该条款所称连带责任，在文义上，指向的是申请人要求第二、第三、第四被申请人收购申请人持有的股权，并未排除第一被申请人连带承担支付收购价款的情形。而根据《补充协议》第 10.3 条关于申请人将股权过户至第二、第三和第四被申请人的约定，各方当事人无意采用第一被申请人收购股权的做法，而是明确采用第一被申请人为第二、第三和第四被申请人垫付收购价款的做法。结合该第 10.3 条的约定，将《补

充协议》第 10.1 条约定的连带责任解释为支付收购价款上的连带责任，更符合《补充协议》的整体含义。

依照《补充协议》的约定，申请人享有要求第二、第三和第四被申请人收购其股权并支付股权收购价款的实体权利，也享有要求第一、第二被申请人承担连带责任的实体权利，但鉴于第四被申请人履行收购义务的条件尚未满足，第四被申请人暂时无需履行股权收购义务，而第二、第三被申请人应当承担股权收购和支付收购价款的义务，第一被申请人就此承担连带责任。

贸仲委于 2016 年 4 月 22 日作出 0507 号裁决，第二被申请人、第三被申请人向申请人支付股权转让价款人民币 42,698,630.14 元；第二被申请人、第三被申请人支付违约金人民币 3,117,000 元；被申请人施瑞福公司对前两项裁决的款项，承担连带责任；被申请人施瑞福公司、林和平和谷序文向申请人支付律师费补偿款人民币 100,000 元；本案仲裁费为人民币 401,151.7 元，由第一被申请人、第二和第三被申请人承担 60%即人民币 240,690.6 元，由申请人承担 40%即人民币 160,460.4 元。该笔费用已由申请人全额预缴并冲抵，故第一、第二和第三被申请人应向申请人支付仲裁费人民币 240,690.6 元以补偿申请人为其垫付的仲裁费。另查明，贸仲委在开庭审理该案过程中，对仲裁申请人提交的 16 份证据：（7）《增资协议》；

（8）《补充协议》；（12）申请人 2001 年 4 月 11 日致被申请人的《天津和光远见股权投资基金合伙企业（有限合伙）致施瑞福公司并凌然董事长、谷序文总经理的函》；（13）《股权回购协议》；（14）申请人 2014 年 1 月 5 日致被申请人的《天津和光远见股权投资基金合伙企业（有限合伙）致施瑞福公司并凌然董事长、谷序文总经理的函》进行了举证、质证。

本院认为，对仲裁机构的裁决，被申请人申请不予执行的，人民法院应依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条第二款“被仲裁申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的”和第三款“人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行”的规定进行审查。现谷序文依据上述规定第二款中的第（五）、（六）项提出不予执行 0507 号裁决，本院针对其提出的理由逐一评析如下：关于谷序文提出仲裁申请人隐瞒了《补充协议》中对独立责任与义务约定条款等足以影响公正裁决的证据的理由。经查，虽然谷序文提出其与林和平之间存在股权代持协议，但是根据《补充协议》相关条款的约定和其签署该《补充协议》的事实，谷序文是否系代持股权，并不影响其作为《补充协议》的签署人享有该协议的相关权利和承担相应的法律义务。且贸仲委在开庭审理该案的过程中，对包括《增资协议》、《补充协议》的证据进行了举证、质证，不存在仲裁申请人隐瞒足以影响公正裁决的证据的情形。

关于谷序文提出仲裁员有徇私舞弊、枉法裁决行为的理由。因谷序文在本院审查期间未提供证据证明仲裁员在仲裁过程中存在徇私舞弊、枉法裁决的行为，故其提出的上述理由证据不足，不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条第二款第（六）项规定的情形。

关于谷序文提出的其他理由。经查，人民法院审查当事人提出不予执行仲裁裁决的申请，应根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条的规定予以审查，而谷序文提出的其他理由不属于上述法律规定应由人民法院审查的范围，本院对此不予审查。

综上，谷序文提出的不予执行仲裁裁决的理由均不能成立，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条第二款第（五）、（六）项的规定，裁定如下：

裁定驳回谷序文不予执行仲裁裁决的申请。

本裁定送达后即发生法律效力。

审判长 张鹰战
审判员 李淑红
审判员 徐文
二〇一七年三月二十日
书记员 高峰

关于林和平、武汉施瑞福生物技术有限公司申请不予执行 仲裁裁决一案的执行裁定书

武汉市中级人民法院
执行裁定书

(2016)鄂 01 执异 390 号

申请人(被执行人)林和平(曾用名:凌然),男,1955 年 2 月 23 日出生,汉族。

申请人(被执行人)武汉施瑞福生物技术有限公司,住所地湖北省武汉市东湖新技术开发区庙山小区(格瑞科技产业园)。

法定代表人林和平,该公司负责人。

申请执行人江阴市中科蓝天创业投资有限公司,住所地江苏省江阴市澄江中路 159 号 A 座 512-513 室。

法定代表人单祥双,该公司董事长。

申请执行人浙江中科东海创业投资合伙企业(有限合伙),经营场所浙江省台州市黄岩区西城街道南苑社区劳动南路 289 号。

负责人单祥双。

申请执行人深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙),经营场所广东省深圳市福田区深南大道 4009 号投资大厦 13 层 D2-1 区。

负责人林敏雄。

被执行人谷序文。

江阴市中科蓝天创业投资有限公司(以下简称江阴中科)、浙江中科东海创业投资合伙企业(有限合伙)(以下简称浙江中科)、深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称深圳中科)与林和平、谷序文、武汉施瑞福生物技术有限公司(以下简称施瑞福公司)合同纠纷仲裁一案,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲委)于 2015 年 10 月 30 日作出(2015)中国仲裁委员会京裁字第 1155 号裁决书(以下简称 1155 号裁决)。因林和平、谷序文、施瑞福公司未履行义务,江阴中科向本院申请执行,本院于 2016 年 1 月 8 日以(2016)鄂 01 执 51 号立案执行。进入执行程序后,被执行人林和平、施瑞福公司向本院提出不予执行的申请。本院受理后,调阅了相关案卷材料,并依法组成合议庭进行审查,现已审查终结。

林和平、施瑞福公司称:一、林和平、施瑞福公司与裁决书的任何一位仲裁申请人“之间”均没有仲裁协议。

仲裁仲裁申请人向贸仲委提出仲裁申请的依据是:《增资协议》第 5.2 条和《补充协议》第 15.2 条,两个条款均约定了“各方”可以就履行本协议发生的争议,提起仲裁。但这里的“各方”应是合同明确载明的甲方、乙方、丙方,而不是甲 A、甲 B、甲 C、甲 D、乙方、丙 1、丙 2、丙 3;争议协议是三方合同,而不是八方合同,现有仲裁条款是“甲乙丙三方之间”达成的请求仲裁的意思表示。但仲裁申请人仅是 1 / 4 甲(三案合并),不是完整的甲方,也不能代表完整的甲方,因此其无权依据协议中的“仲裁条款”提起仲裁。

基于上述理解,申请人林和平、施瑞福公司在仲裁开庭前提出了书面《管辖权异议书》,争议协议是“三方协议”的理由如下:协议列明当事人时使用的就是甲方、乙方、丙方,这是典型的三方协议;协议各个条款中均是用甲方、乙方、丙方称呼,并约定了甲方、乙方、丙方各自的权利义务内容,协议的表述习惯决定了协议中的“各方”指向“甲、乙、丙三方”;协议中仅在涉及股东林和平的特别连带责任时,使用“丙 1”这样的方式,这证明除非是协议特别明示,协议中的“各方”仍然是指“甲、乙、丙三方”。因此结合协议的当事人列明

方式、协议的表述习惯、以及协议中的特别约定，均表明协议中的“各方”应当毫无意义的被理解为“甲、乙、丙三方”。

1155 号裁决在分析管辖权问题时，直接依据《民法通则》第 86 条的规定，即共同债权人应当依据份额共享权利，由此推定“仲裁协议”同样可以由共同债权人“分别独立享有”。这一分析过程存在两个严重的错误：

第一，《仲裁规则》第 5.4 条规定，合同中的仲裁条款应视为与合同其他条款分离的、独立存在的条款，……合同的变更、解除……被撤销以及成立与否，均不影响仲裁条款或仲裁协议的效力。因此“仲裁条款”是一项独立的“特别约定”——管辖约定，并非一项实体“权利”，《民法通则》第 86 条中共同债权人可以分享的“权利”显然不应包含“仲裁条款”，仲裁庭的解释无限扩大了第 86 条的适用范围，这种解释方式完全是对仲裁条款“独立原则”的根本违背。

第二，协议到底是“三方”还是“八方”，这是一个事实判断，首先应当适用文义解释，即根据协议的上下文、表述习惯来解释“各方”的应然之意，而仲裁庭回避了对其不利的“文义解释”，通过适用《民法通则》第 86 条来推定“仲裁约定”及于每一位债权人，由此认定本案“仲裁条款”的存在。仲裁庭通过适用法律的方式做出了一个“事实判断”，这本身就是一个严重的逻辑错误，这样的解释方式极有可能违背“文义解释”，本案既是如此。事实上，通过法律推定的方式确定“仲裁条款”，这本身也是对“自愿仲裁原则”的违背。

综上，仲裁庭对“仲裁条款”的解读完全错误，违背了仲裁条款的独立原则、更回避了仲裁条款的“文义解释”，硬生生的将不存在的仲裁条款适用于本案中，导致仲裁委错误的受理、审理、并对案件作出根本错误的裁决，这是对“自愿仲裁原则”的根本违背。依据《民事诉讼法》第二百三十七条第二款第（一）项的规定，由于没有仲裁协议，1155 号裁决应当被撤销。

二、“定案证据”未当庭出示、也未经质证，违反法定程序。

《仲裁法》第三十九条规定：“仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决”。《仲裁规则》第四十二条第（一）款规定：“开庭审理的案件，证据应在开庭时出示，当事人可以质证”。证据应当“当庭出示、当庭质证”，这是仲裁程序最基本的规则。本案属于开庭审理的案件，所有证据均应当庭出示，并质证。但本案中却出现了众多定案证据违反该原则的情形：

（一）1155 号裁决对此部分证据描述如下：仲裁申请人在庭后对第 8 项仲裁请求进行了明确、提交了相关证据，并办理了相关手续，仲裁委仲裁院将其转寄被申请人。该描述已足以表明该部分证据既未当庭出示、更未经申请人林和平、施瑞福公司质证。因此，该部分定案证据明显违反了证据应当“当庭出示、当庭质证”的法定程序。

（二）《律师函》的有效性是本案的核心争议，但涉及《律师函》有效性的证据——证据十一，仲裁庭没有转交林和平、施瑞福公司，更未“当庭出示、当庭质证”，仲裁庭直接认定《律师函》有效，并认定仲裁申请人已提出回购请求，违反法定程序。

仲裁申请人核心请求是“股权回购”，而提出回购的唯一证据是《律师函》（详见仲裁申请人证据七），由于该“发函主体”并非《增资协议》第三条“通知与送达”条款约定内容，因此林和平及另两位（施瑞福公司、谷序文）都在庭审中对该函件的效力予以否认。在没有随函提供当事人“委托书”的情形下，这样的《律师函》是不能被视为《补充协议》10 条中甲方（投资人）关于回购股权的“收购要求”。林和平的代理人曾在庭后代理意见中再次对该处“核心争议”发表充分论述，1155 号裁决中完整记录了该部分异议。

该份《律师函》截止到庭审结束时，乃至现在，一直没有得到当事人的授权确认，林和平、施瑞福公司也没有看到任何确认《律师函》效力的信息或证据，因此，《律师函》当然不应发生任何法律效力。

然而，仲裁庭对于这一“核心争议”——《律师函》有效性，在最终的“仲裁庭意见”部分，直接依据一份未向林和平、施瑞福公司提供、未“当庭出示、当庭质证”的证据——仲裁申请人证据十一《授权书》，直接认可该《律师函》的效力，并作为认定仲裁申请人提出回购股权的“唯一证据”，还以律师函的寄发时间（非妥投时间）作为回购请求的起算点。这份突然出现的证据十一，没有转交林和平、施瑞福公司，也未“当庭出示、当庭质证”，甚至有可能是虚假的。仲裁庭对这一核心证据违反法定程序的处置方式，直接导致判决发生根本性错误，使得我方对本次仲裁的中立性、公正性产生了严重怀疑。

综上，仲裁申请人仅在开庭时提交证据一至七，林和平、施瑞福公司也仅对此部分证据予以质证，但 1155 号裁决却引用了仲裁申请人证据十二，由此推断，林和平、施瑞福公司至少没有收到仲裁申请人的证据八至十二，当然也不可能“当庭出示、当庭质证”，违反了《仲裁法》第三十九条、《仲裁规则》第四十二条第（一）规定的法定程序。因此根据《民事诉讼法》第二百三十七条第二款第（三）项规定，“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的”，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。

三、变更仲裁请求后，未提供答辩期（45 天）、未开庭审理，违反法定程序。

正如前文所述，仲裁申请人是在“庭后”对第八项请求进行了明确、提交了证据、并办理了相关手续。这些连续的动作表明仲裁申请人是在“庭后”“变更仲裁请求”，对这一重大的请求变化，仲裁庭并未按《仲裁规则》第十五条的规定，给予林和平、施瑞福公司 45 天的答辩期，这等于剥夺了林和平、施瑞福公司对变更后诉讼请求进行答辩、提出反请求、提交证据等一系列的实体权利。更未按照《仲裁法》、《仲裁规则》的要求，对变更后的仲裁请求进行“开庭审理”，这是对仲裁“开庭审理”原则的根本违背。

综上，仲裁庭在接受了仲裁申请变更仲裁请求后，未能按照《仲裁规则》第十五、十六、二十条的规定，给予林和平、施瑞福公司答辩、提出反请求、提交证据的权利，且未按《仲裁规则》第三十五条的规定对新的仲裁请求进行“开庭审理”，严重违法法定程序，根据《民事诉讼法》第二百三十七条第二款第（三）项规定，“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的”，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。

四、未提供充分的质证、庭审调查程序，导致本案出现根本性错判。仲裁庭裁定“目标公司”施瑞福公司承担对投资股东的“回购股权”责任，违背社会公共利益。

由于仲裁庭未能按照《仲裁规则》对仲裁申请人提交的新证据、新仲裁请求，进行充分的质证、庭审调查，导致出现对本案众多焦点争议的错判：

（一）施瑞福公司作为本次投资协议中的“目标公司”，其在投资协议中对投资股东的“回购股权”约定因违反法律强制性规定，理应认定无效，但仲裁庭裁决目标公司施瑞福公司承担“股权回购”责任，显然违背社会公共利益。

施瑞福公司曾在庭审中提出上述答辩意见，但仲裁庭审查后认为：仲裁申请人作为投资人而非第三被仲裁申请人（施瑞福公司）股东，与被申请人之间形成合同关系，系各方作为平等主体经协商自愿达成的，是各方真实的意思表示，不损害其他股东、社会公众或国家利益，《补充协议》真实、有效。

但仲裁庭的上述认定，与最高院（2012）民提字第 11 号民事判决书的要旨相违背，在 2014 年第 8 期最高人民法院公报第 34 页关于该案的“审判摘要”中做出指示：在民间融资投资活动中，融资方和投资者设置估值调整机制（即投资者与融资方根据企业将来的经营情况调整投资条件或给予投资者补偿）时要遵守公司法和合同法的规定。投资者与目标公司本身之间的补偿条款如果使投资者可以取得相对固定的收益，则该收益会脱离目标公司的经营业绩，直接或间接地损害公司利益和公司债权人利益，故应认定无效。

因此，仲裁庭认定施瑞福公司做出回购承诺有效是明显错误的，且违背社会公共利益，依据《民事诉讼法》第二百三十七条第三款，人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

林和平还认为：仲裁庭混淆“付款义务”和“连带责任”主体，导致错误判定原股东林和平承担支付股权回购款的义务。

仲裁庭在“本案主要争议问题”的第 5 点中，曾对此做出分析。仲裁庭综合合同第 10.1、10.3 以及 6.3 条的约定，分析称“第一被申请人、第二被申请人（股东）对第三被申请人（目标公司）在《补充协议》项下包括向仲裁申请人支付股权收购款的义务承担连带责任”，这里认定林和平承担“连带责任”，这与林和平在仲裁中的答辩意见完全一致。但紧接着下一段中，“仲裁庭认为，第二被申请人应向仲裁申请人履行支付股权收购款的义务”，在没有任何说明和理由的情形下，认定林和平承担直接付款义务。显然，仲裁庭将“付款义务”和“连带付款义务”混淆，将债务人和担保人颠倒，将股东错误的认定为“股权收购款的支付义务人”，以便“帮助”仲裁申请人“没有合同依据”的仲裁请求被支持。

因此，仲裁庭支持仲裁申请人提出的股东支付回购款的请求没有任何合同依据、法律依据的。申请人林和平、施瑞福公司请求裁定不予执行 1155 号裁决。

浙江中科、江阴中科、深圳中科的答辩意见如下：

一、浙江中科、江阴中科、深圳中科（以下简称三个投资公司）与林和平、施瑞福公司之间有明确的仲裁协议。

（一）本案的诉争合同是股权投资合同，合同的八个主体均表达了将履行诉争合同发生的争议提交贸仲委仲裁的真实意思表示。

1、本案的诉争合同由《增资协议》与《补充协议》组成，共同构成了本案完整的诉争合同，其实质是股权投资合同（下称“股权投资合同”）。

2、仲裁协议在《增资协议》与《补充协议》中均有明确约定，合同的八主体均予以签字 / 盖章确认，林和平、施瑞福公司在仲裁开庭时也确认诉争合同及签字、印章都是真实的，因此仲裁协议是合法而且有效的。

三个投资公司依据《补充协议》的第 15.2 条向贸仲委提起仲裁，同样的仲裁条款也约定于《增资协议》的第 5.2 条。

在诉争合同的仲裁条款中，有请求仲裁的明确意思表示，有在法律规定仲裁范围内的具体的仲裁事项，有选定的明确的仲裁委员会，签订协议属于林和平、施瑞福公司的真实意思表示，根据《中华人民共和国仲裁法》第十六条和第十七条，仲裁协议是合法而且有效的。

（二）诉争合同的八个主体均为平等、独立的法律主体，在合同中不存在限制或者特别约定任一主体仲裁权利及地位的情况下，每个主体均享有独自提起仲裁的权利。

1. 诉争合同的甲乙丙方划分是根据合同主体的权利义务性质的同异而进行的划分，不代表任何一方因此放弃了程序和实体上的任何法律权利。

合同的八个主体在合同中分别归入甲、乙、丙三方，是因为八主体在投资交易行为中分别处于投资方、被投资方、被投资方的股东这三个角色，是根据八个主体在投资交易行为中的地位、权利义务性质的同异的概称，这也是合同拟定的基本常识和惯例，这样，在当事人在合同中的权利义务相同时，无须再累赘地复述所有相关的主体。

2. 即使是按照文义解释，诉争合同的条款也能清晰地显示“各方”指的是八个独立的主体，而不是林和平、施瑞福公司所称的某几个当事人组成的联合体。

从《补充协议》的第 12 条“声明和保证”：“12.1 协议各方签订本协议已取得其股东会、董事会、主管机关或其他相应机构决议或批准，不存在签订履行本协议义务的障碍。12.2 协议各方依中国法律和其本国法具有签订和履行本协议的权利能力和行为能力”以及 12.3 条、12.4 条，很明显可以看出，依照中国法律，具有签订诉争协议的权利能力和行为能力的必

然是合同的八个独立主体，而不是某几个主体组成的联合体的整体的权利能力和行为能力；而取得其股东会、董事会、主管机关批准的也必然是独立主体，而不会指向合同的“甲方”作为一个联合整体成立了共同的股东会与董事会。

因此，即使是从诉争合同中“各方”的文义解释来说，“各方”所指向的当事人也必然是八个独立的主体。

并且，作为投资方之一的天津和光已于 2014 年 7 月 30 日前根据仲裁协议行使了其权利，向贸仲委就履行《补充协议》提起了对包括林和平在内的三个仲裁被申请人的仲裁。

3. 贸仲委曾作出的（2003）第 0204 号案件裁决的理由更清楚地显示了：只有在合同中对某些当事人的仲裁地位和权利作出特别约定和限制时，才存在着对其提起仲裁的主体资格的限制。

林和平、施瑞福公司在贸仲委开庭时提到贸仲委曾作出的第 0204 号案裁决书中，是作出了当时作为合同中的乙方之一的“乙方 2”不具有单独提起仲裁的主体资格判断，因此本案也应当如此。但是，实际上第 0204 号案正是从反面说明了本案不存在任何对提起仲裁的主体资格的限制的情况。贸仲委在本案裁决书中详细论述了该案的诉争合同《“北方嘉润园小区”项目 A 地块合作合同》中鉴于条款特别约定：“各方均同意乙方向甲方主张权利时，由乙方 1 全权代表乙方 2 以乙方名义向甲方主张权利，甲方依乙方 1 的要求履行本合同项下的责任和义务视为甲方对乙方的履行。如乙方 1 与乙方 2 就同一事项做出不同的意思表示或权利主张时，甲方有权要求乙方 1 和乙方 2 达成一致意见后通知甲方，否则甲方有权延迟履行责任和义务，乙方不得就此要求甲方承担任何违约责任。”

正是由于第 0204 号案的诉争合同专门对乙方 2 的提起仲裁的权利作出了限制性约定，第 0204 号案的仲裁庭才做出了乙方 2 不具有单独提起仲裁的主体资格判断。因此，第 0204 号案裁决书更说明了在合同中不存在限制或者特别约定任一主体仲裁权利及地位的情况下，各主体均享有独自提起仲裁的权利。而本案的诉争合同没有对任一主体的程序或者实体权利作出限制或者约束。三个投资公司均有权单独行使其仲裁权利。

4. 三个投资公司和天津和光按照各自应缴的投资款项分享权利、承担义务，其份额都是明确的、可分的，因此不属于必要共同仲裁，无须共同提起仲裁。

在《增资合同》中明确约定，江阴中科向施瑞福公司投资 3000 万、获得 250 万元出资额，深圳中科向施瑞福公司投资 2000 万、获得 166.6667 万元出资额，浙江中科向施瑞福公司投资 4000 万、获得 333.3333 万元出资额，天津和光向施瑞福公司投资 3000 万元、获得 250 万元出资额。

因此，四个投资方按照诉争合同分别投资，因投资而享有的权利是明确可分的，并非指向同一标的，无须共同提起仲裁。

二、所有定案证据均已经当庭出示并经林和平、施瑞福公司质证，庭后补充的证据仅仅是对案件事实的补充说明，且经过林和平、施瑞福公司同意书面质证，完全符合《仲裁规则（2015）》规定的程序。

（一）所有定案证据均经过 2015 年 6 月 3 日开庭时当庭出示并经林和平、施瑞福公司质证是真实的。

本案是股权投资合同争议，三个投资公司是因为合同中的股权回购条款被触发，根据合同向包括林和平、施瑞福公司在内的仲裁被申请人要求股权回购款。因此，本案定案证据必然是要证明股权投资合同是否真实、三个投资公司是否已经按照约定投资、股权回购条款是否约定并已被触发，合同中是否约定林和平需向三个投资公司支付股权回购款的证据。

以上定案证据分别是三个投资公司提交的第一组证据（诉争合同）和第三组证据（汇款支付凭证），这些证据不仅在立案时即已经提交，包括林和平、施瑞福公司在内的三个仲裁被申请人当庭均已确认其证据的真实性、合法性、关联性，并当庭承认施瑞福公司作为目标公司

至今未能在中国境内完成首次公开发行上市，因此根据《补充协议》第 10.1 条：“10.1 甲方在投资后将尽力协助乙方做好公司上市的相关协调工作，但发生以下情况时，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，乙方、丙方对此承担连带责任：10.1.1 乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内完成首次公开发行上市”，当事人的自认证明了股权回购条款已经触发。

（二）裁决书中的第 8 项仲裁请求是三个投资公司要求仲裁被申请人承担仲裁费、律师费、担保费、保全费等相关费用，该请求并非本案的核心争议，而且该请求在立案时和当庭均书面提出，只因未缴纳该请求的仲裁费，三个投资公司开庭后按照缴费通知的要求办理了补缴仲裁费的手续。

立案时，三个投资公司是分别提起仲裁申请的，后向仲裁委申请合并，包括林和平在内的仲裁被申请人没有提出异议，因此三个案件合并为本案审理，所有的仲裁请求也都予以合并，三个投资公司原在《仲裁申请书》中提出的第 4 项仲裁请求“仲裁被申请人承担仲裁费、律师费、担保费、保全费、差旅费等相关费用”被列为了第 8 项，对此项仲裁请求，三个投资公司在开庭时也予以了重申。

因立案时，三个投资公司未缴纳该项仲裁请求的仲裁费，庭后经仲裁院发出了缴费通知（该通知抄送了仲裁被申请人），三个投资公司补缴了仲裁费，办理了相关手续。

（三）三个投资公司提出仲裁前履行了合同约定的协商前置程序，提出回购请求的《律师函》、快递单及 EMS 签收记录均经林和平、施瑞福公司在 2015 年 6 月 3 日开庭时当庭质证、并确认收到。

因仲裁协议中约定了提起仲裁前需进行协商，如果在 30 日内不能协商解决，再提起仲裁，三个投资公司严格按照合同约定，在 2014 年 8 月 14 日委托中伦律师事务所向包括林和平、施瑞福公司在内的仲裁被申请人发出了要求股权回购的《律师函》、快递单、EMS 签收记录（三个投资公司提交的证据七），对此，林和平、施瑞福公司是在 2015 年 6 月 3 日开庭时当庭质证并承认确实收到了《律师函》。

（四）补充证据并非定案证据，只是对庭审事实的补充说明，三个投资公司提交补充证据的时间和程序完全符合《仲裁规则（2015）》的规定，林和平、施瑞福公司是当庭同意并签字确认的。

1. 三个投资公司交的补充证据是基于对庭审事实补充说明的证据，并非定案证据。

尽管在 2015 年 6 月 3 日开庭时，定案证据都已经当庭出示并质证，案件事实已经十分清楚，所有诉讼请求都已经当庭陈述。但为了对庭审事实进行补充说明，三个投资公司在庭后（2015 年 6 月 12 日）提交了补充证据，其中包括本院作出的保全裁定书、出具的 5000 元担保费发票，三个投资公司为了向本院提出财产保全申请而与武汉东创担保公司、武汉市农业担保公司签订的保全担保合同、汇款凭证、发票（担保公司在本院的裁定书中已经列明）、三个投资公司与北京市京悦律师事务所签订的委托代理合同、银行汇款凭证、律师费发票，三个投资公司的资产管理部经理与施瑞福公司的董事会秘书关于股权回购事项磋商的来往电子邮件、施瑞福公司提出股权回购替代方案的股东会会议纪要，以及因林和平、施瑞福公司在内的仲裁被申请人提到第 0204 号案裁决并断章取义误导仲裁庭，三个投资公司提交了第 0204 号案裁决书全文，还有从最高院裁判文书网上下载的本院应天津和光的保全申请作出的保全裁定（仲裁庭开庭时，施瑞福公司已经当庭确认）。

很显然，三个投资公司提交的补充证据并非本案定案证据，只是对案件事实的补充说明，在当庭质证的《律师函》的基础上更加充分说明了三个投资公司在提出仲裁前已经履行了合同约定的协商前置程序。

2. 仲裁庭决定开庭后提交补充证据的时间和程序经过全体当事人的同意并签订确认，仲裁被申请人之一的谷序文也在庭后交了一份补充证据。当事人的程序权利得到了充分的保证。

对于以上补充证据的提交时间和程序，是 2015 年 6 月 3 日开庭时，仲裁庭经征得全体当事人同意确定的，仲裁庭决定双方当事人在庭后 10 天内提交补充证据和代理词，如有质证意见书面提交，对此包括林和平、施瑞福公司在内的全体当事人均在庭审笔录上予以签字确认。仲裁庭的上述决定完全符合《仲裁规则（2015）》“第三十五条审理方式（一）除非当事人另有约定，仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件。”以及“第四十二条（二）对于书面审理的案件的证据材料，或对于开庭后提交的证据材料且当事人同意书面质证的，可以进行书面质证。书面质证时，当事人应在仲裁庭规定的期限内提交书面质证意见。”

仲裁被申请人之一的谷序文在庭后也提交了一份补充证据，是徐亚文与林和平之间的关于代持股的协议，仲裁委将其也转寄给了三个投资公司。

因此，贸仲委关于决定补充证据、书面质证的程序既符合仲裁规则的规定，又充分保障了双方当事人的权利。

（五）林和平、施瑞福公司在 2015 年 6 月 19 日收到三个投资公司提交的补充证据并于 2015 年 6 月 26 日将代理词寄到了贸仲委。

林和平、施瑞福公司是在 2015 年 6 月 19 日收到以上补充证据，而并非像其在申请书中所说从未收到及见到。林和平、施瑞福公司是在 2015 年 6 月 26 日将代理词寄到了贸仲委。

三、国内仲裁案件的答辩期是 20 天，仲裁庭明确给予了包括林和平、施瑞福公司在内的仲裁被申请人 20 天的答辩期限及提交证据的权利。

（一）国内仲裁案件的答辩期、提交证据材料、提出证明文件的时间是 20 天，本案仲裁庭已经在通知中给予了包括林和平、施瑞福公司在内的仲裁被申请人全部程序权利。

本案是国内仲裁案件，根据《仲裁规则（2015）》：“第六十五条（一）国内仲裁案件，适用本章规定”，适用“第五章国内仲裁的特别规定”，因此，应当适用“第六十八条答辩和反请求（一）被申请人应在收到仲裁通知后 20 天内提交答辩书及所依据的证据材料以及其他证明文件；如有反请求，也应在此期限内提交反请求书及所依据的证据材料以及其他证明文件。”

仲裁庭在 2015 年 7 月 27 日的（2015）中国贸仲京字第 026108 号发给林和平、施瑞福公司在内的仲裁被申请人的通知中，确认了收到三个投资公司的仲裁费，通知包括林和平在内的仲裁被申请人在 20 天内提交答辩以及相关材料。

直到 2015 年 10 月 30 日裁决书作出之前，林和平也未提交任何答辩、材料、以及提出任何异议。

（二）要求仲裁被申请人承担仲裁费、律师费等相关费用的第八项仲裁请求在本案庭前和庭中都已提出，只是尚未缴纳仲裁费，庭后按照仲裁庭的要求在开庭后 10 日内以及在 2015 年 7 月 1 日提交了证据并向仲裁庭明确了放弃差旅费的请求，办理了缴纳仲裁费的手续，对此仲裁委均通知了林和平，并给予了林和平提出异议的权利和时间。

尽管三个投资公司是在开庭后缴纳了第八项仲裁请求的仲裁费，但仲裁费的缴纳时间不影响仲裁程序的进行，只是会关系到仲裁庭是否在裁决书中对该项请求作出裁决：如果缴纳了仲裁费，裁决书中会正式受理并裁决该项，如果三个投资公司最终未办理缴纳仲裁费的相关手续，证明三个投资公司撤销了该项请求，仲裁庭将不会受理该项请求、也不会作出裁决。

庭后补交了证据，并给予了林和平、施瑞福公司书面质证及提出异议的权利。因此，仲裁庭已经于第 8 项仲裁请求的仲裁费缴纳前履行了审理该项请求的程序，并在收到仲裁费后就该项请求给予了仲裁被申请人 20 天的合法期限。

本案于 2015 年 6 月 3 日开庭审理，定案证据当庭质证，第 8 项仲裁请求在庭前、庭中均已经提出（三个投资公司还在庭后放弃了差旅费的请求），补充证据经双方当事人同意庭后提交并提交补充质证意见，补缴仲裁费的过程均不违反法定程序，仲裁庭在三个投资公司补缴仲裁费后再次给予了林和平在内的仲裁被申请人 20 天答辩、补交证据、提出反请求的时间，

仲裁庭的审理方式完全符合《仲裁规则（2015）》的第三十五条第一款和第四十二条第二款的要求。

直到 2015 年 10 月 30 日裁决书作出之前，林和平、施瑞福公司也未对以上审理方式提出新的要求和异议。

四、本案并未违反任何公共利益，林和平、施瑞福公司是在对最高院的案例和精神断章取义，误导判断。

（一）最高院（2012）民提字第 11 号民事判决是关于业绩补偿条款部分无效的判决，和本案的股权回购条款无关。

林和平、施瑞福公司在《不予执行仲裁裁决申请书》中提到最高院（2012）民提字第 11 号民事判决，即“海富投资与甘肃世恒的最高人民法院再审判决”。在该案中，海富公司对世恒公司进行增资，约定当世恒公司 2008 年实际净利润未达到 3000 万元时，海富公司有权要求世恒公司及另一股东迪亚公司予以补偿，即合同中约定了业绩补偿条款。

最高院在判决中称因业绩补偿条款约定了被投资公司世恒公司的年利润最低值，使得海富公司投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了世恒公司的经营业绩，因此损害了公司利益和公司债权人利益而无效；并且，最高院的判决中还明确：“但是，在《增资协议书》中，迪亚公司对于海富公司的补偿承诺并不损害公司及公司债权人的利益，不违反法律法规的禁止性规定，是当事人的真实意思表示，是有效的。迪亚公司对海富公司承诺了众星公司 2008 年的净利润目标并约定了补偿金额的计算方法。在众星公司 2008 年的利润未达到约定目标的情况下，迪亚公司应当依约应海富公司的请求对其进行补偿。迪亚公司对海富公司请求的补偿金额及计算方法没有提出异议，本院予以确认。”

很明显，最高院海富案判决确定的是业绩补偿条款部分无效——即被投资公司向投资人补偿利润的约定无效（股东向投资人补偿利润是有效的），与本案情况完全不同，最高院从未提出过股权回购条款的约定无效。

而且，林和平、施瑞福公司在摘选 2014 年第 8 期最高人民法院报第 34 页对最高院（2012）民提字第 11 号民事判决书的“审判摘要”时，还故意省略了最后一句话：“但目标公司股东对投资者的补偿承诺不违反法律法规的禁止性规定，是有效的。在合同约定的补偿条件成立的情况下，根据合同当事人意思自治、诚实信用的原则，引资者应信守承诺，投资者应当得到约定的补偿。”

（二）公共利益是法律和行政法规明确规定的与保障国家安全、促进国民经济和社会发展有关的利益，无效的条款并不等于损害公共利益的条款。

如上所述，最高院的海富案判决中，业绩补偿条款部分无效的原因是因为约定了目标公司必须达到一定盈利，脱离了商事活动具有风险的特点，所以损害了目标公司与公司债权人的利益而无效。

但是，无效的条款并不等于损害公共利益的条款，根据《中华人民共和国宪法》第十条第三款第十三条第三款以及《国有土地上房屋征收与补偿条例》第八条的规定可以明确看出：“公共利益”是与国防和外交、由政府组织实施的基础设施建设、政府组织实施的公共事业、政府组织实施的保障性安居工程建设、法律及行政法规规定的保障国家安全、促进国民经济和社会发展有关的利益，不是某些个人及团体利益。

因此，即使是最高院的海富案中的业绩补偿条款，也没有违反任何公共利益。

（三）本案的股权回购条款没有违反任何法律禁止性规定，更没有违反公共利益，是真实、合法且有效的。

如上所述，本案的股权回购条款并未违反任何公共利益，并且，也与海富案中的业绩补偿条款是完全不同的约定。股权回购条款没有违反以下任何法律禁止性规定，因此是有效条款：

1、股权回购条款未利用股东独立地位和有限责任侵犯公司法人独立财产权，未违反风险共担的原则。

三个投资公司是在成为施瑞福公司的股东前，基于股权投资协议的有条件的安排进行了溢价投资，三个投资公司分别投入了 4000 万、3000 万、2000 万，只获得了 333 万、250 万、166 万的出资额，其余出资均计入了施瑞福公司的资本公积金。也就是说，相对于公司原股东，三个投资公司投入了巨额资金，只获得了很少的股权，已在先承担了更多的商业风险。同样，作为合同的相对方的被投资的施瑞福公司，为了获取更多的发展机会和利益签订了合同，从而获得了《补充协议》的第 2.1 条约定的用于公司四大支柱产业的新的产业基地的建设、补充流动资金的增资金额。

施瑞福公司为获取这种巨大利益，而与三个投资公司签订了股权回购条款，约定了一定条件下履行支付股权回购款的义务，是其真实意思表示，这种由于商业风险带来的资产减少是正常的交易行为的后果。因此，三个投资公司在股权回购条件被触发时，要求施瑞福公司承担相应责任，是通过正当、合法的程序，有正当、合理的缔约依据，不是侵犯公司法人独立财产权的行为，也未违反风险共担的原则。

2、股权回购条款不构成股东抽逃出资，未违反资本维持、资本减少限制的原则。

施瑞福公司支付股权回购款不是股东抽逃出资的行为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十二条的约定，股东抽逃出资有五种行为：

“（1）将出资款项转入公司账户验资后又转出；（2）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（3）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（4）利用关联交易将出资转出；（5）其他未经法定程序将出资抽回。”

而本案的支付股权回购款是基于合同债务，即三个投资公司作为投资合同一方以债权人的身份要求履行合同义务，并非故意无对价或者低对价地获得公司财产，损害公司利益，要求施瑞福公司支付股权回购款有合同依据、真实交易背景、公平对价基础，没有违反法律抽逃资本的意图。

3、要求施瑞福公司支付股权回购款未损害公司及债权人利益。

被投资公司、投资人、债权人均为平等的商事主体，基于股权投资合同的溢价投资是商业交易行为，法律地位完全平等，各方均会因商业行为存在利益和 risk 的变化。在股权回购条件被触发时，三个投资公司要求回购股权是合法合理的，因为从这点来说，三个投资公司也是施瑞福公司的债权人（三个投资公司共投入 9000 万元，只有 750 万计入实收资本，其余 8250 万元都计入了施瑞福公司的资本公积金），在签订诉争合同的股权回购条款时，三个投资公司都还不是施瑞福公司的股东，三个投资公司基于投资合同方行使自己的合法权利，而不是基于施瑞福公司股东的地位，不存在滥用股东地位、损害公司和债权人利益的因素。

4、施瑞福公司支付股权回购款的连带责任未违反法律关于公司回购股份的规定。

签订本案诉争合同时，林和平、谷序文、徐亚文作为合同的丙方，是施瑞福公司的 100% 股东，而诉争合同的股权回购条款是施瑞福公司的全体股东及被投资公司——施瑞福公司在股权投资合同中一致表示同意的，施瑞福公司承担连带责任在程序上完全合法，未违反《中华人民共和国公司法》第十六条第二款关于公司承担连带责任的规定。

而且，根据《补充协议》第 10.3 条和第 14.5 条，施瑞福公司承担的是支付股权收购款的连带责任，三个投资公司收到全部价款后，需将持有的施瑞福公司的股权过户给林和平、谷序文，而不是施瑞福公司。因此，该请求未违反法律关于公司回购股份的规定。

五、仲裁庭提供了法定的质证、调查程序，本案的裁决是正确的，

（一）仲裁庭对进行了充分的、法定的质证调查程序。

如前所述，三个投资公司立案时提交了定案证据，包括林和平、施瑞福公司在内的仲裁被申请人均委托了代理律师，2015 年 6 月 3 日开庭时携带了三个投资公司提交的定案证据来开

庭。开庭时仲裁庭给予了双方充分的举证质证权利，三位仲裁员均就仲裁相关问题对所有当事人充分询问，仲裁庭经征得双方同意，给了双方 10 天的时间提交代理词和补充证据，并就补充证据提交书面质证意见，所有当事人均予以签字确认。其中，仲裁被申请人之一谷序文还在 2015 年 6 月 8 日提交了一份凌然和徐亚文之间的《协议书》作为证明徐亚文为凌然代持股的补充证据。三个投资公司在 2015 年 6 月 12 日交了补充说明事实的《补充证据》，仲裁庭转寄给林和平，林和平、施瑞福公司于 2015 年 6 月 19 日收到。因此，仲裁庭从程序上提供了法定的质证、调查程序。

（二）根据《补充协议》第 10.1 条、第 10.2 条、第 10.3 条、第 10.4 条，林和平承担支付股权回购款的义务具有充分的合同依据。

《补充协议》第 10.1 条约定：“甲方在投资后将尽力协助乙方作好公司上市的协调工作，但发生下列情况时，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，乙方、丙方对此承担连带责任：10.1.1 乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市。”第 10.2 条：“甲方要求丙方收购其持有的乙方股份时，丙方应当以下述价格收购。”第 10.3 条：“乙方应在甲方提出收购要求之日起 1 个月内将收购价款支付给甲方。”第 10.4 条：“丙方 1 承诺对如上 10.1、10.2 及 10.3 条款描述至股权认沽承担无限连带责任。”

根据以上条款，如前所述，三个投资公司已经按照合同约定全部投资，目标公司施瑞福公司（合同的乙方）未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市，股权回购条件已经触发，作为丙方 1 的林和平根据合同约定承担包括支付股权收购款在内的连带责任是有充分合同依据的。

综上，本案的仲裁协议合法有效，未违反任何法定程序，不违反任何公共利益，仲裁裁决是完全正确且有法律、合同的依据，林和平的申请完全没有事实和法律依据，是为了拖延执行进程，请求本院依法予以驳回。

经本院审查查明，2011 年 3 月 3 日，甲方：浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光远见股权投资基金合伙企业（有限合伙）（以下简称天津和光）与乙方：施瑞福公司、丙方：林和平（凌然）、谷序文、徐亚文签订《浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光与施瑞福公司及凌然、谷序文、徐亚文关于对施瑞福公司增资协议》（以下简称《增资协议》），约定：鉴于乙方注册资本 2000 万元，拟增加注册资本 1000 万元，增资后注册资本为 3000 万元；丙方为乙方现股东，分别持有乙方 80%、15%、5%的股权；甲方认缴乙方本次增资的 1000 万元注册资金，出资 12000 万元。甲方以货币资金 12000 万元向乙方增资，取得乙方 1000 万元注册资本，占增资后 33.33%的股权，其中甲方 [A]（浙江中科）投资 4000 万元，取得 333.3333 万元出资额；甲方 [B]（江阴中科）投资 3000 万元，取得 250 万元出资额；甲方 [C]（深圳中科）投资 2000 万元，取得 166.6667 万元出资额；甲方 [D]（天津和光）投资 3000 万元，取得 250 万元出资额。同日，各方另行签订一份《增资协议之补充协议书》（以下简称《补充协议》），约定包括：10.1 甲方在投资后将尽力协助乙方做好公司上市的相关协调工作，但发生以下情况时，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，乙方、丙方对此承担连带责任：10.1.1 乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市；10.1.2 乙方或丙方违反本协议……10.2 甲方要求丙方收购其持有的乙方股份时，丙方应以下述价格收购：收购价款=12000 万元×（1+15%资金占用年数）-甲方获得的现金红利。资金占用年数是指自甲方增资款进入乙方验资账户至甲方要求回购日止……10.4 丙方承诺对上述条款描述之股权认沽承担无限连带责任。因履行本协议发生争议，各方均应友好协商解决；如果在 30 日内不能协商解决，任何一方均可向位于北京的贸仲委提起仲裁等内容。协议还对付款条件、股权转让限制、甲方知情权、业绩补偿及违约责任等进行了约定。

上述协议签订之后，浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光按约定履行了义务。因在协议履行过程中发生争议，浙江中科、江阴中科、深圳中科分别向贸仲委申请仲裁，该委分别受理后合并进行了审理。

贸仲委经审理认为案件的争议焦点问题如下：1、申请人（浙江中科、江阴中科、深圳中科）提起仲裁的主体资格问题及仲裁委员会对案件的管辖权问题；2、申请人是否履行了协商解决本案争议的前置程序；3、第二被申请人（谷序文）是否应当受《补充协议》的约束；4、第三被申请人（施瑞福公司）承担收购申请人股权的连带责任的约定是否有效；5、第一被申请人（林和平）、第二被申请人是否应履行支付股权收购价款的义务；6、第三被申请人延迟支付股权收购价款的违约责任计算标准是否过高。就此，仲裁庭的分析意见如下（摘录涉及本案的相关内容）：

1、关于申请人的主体资格问题及仲裁委员会对案件的管辖权问题。

申请人认为，申请人是依据《增资协议》的第 5 条和《补充协议》的第 15 条向仲裁委员会提起仲裁。该仲裁条款是《补充协议》签订时合同主体的真实意思表示，合同主体均表达了将履行《补充协议》而引起的争议提交位于北京的中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁的合意。

《补充协议》的八个主体均享有独立、平等的法律地位，除非《补充协议》明确限制了某个合同主体行使权利的方式，八个主体均有按照仲裁条款提起仲裁的权利。

第一被申请人、第二被申请人、第三被申请人认为，《补充协议》的仲裁条款约束的是甲方、乙方和丙方，其中，甲方由申请人与天津和光共同组成，甲方权利义务为一个整体。除非合同约定，甲方项下的某一主体不具有单方提起本案仲裁的主体资格。

仲裁庭注意到，《补充协议》系经第一申请人（江阴中科）、第二申请人（浙江中科）、第三申请人（深圳中科）、天津和光、第一被申请人、第二被申请人、第三被申请人和徐亚文八方共同签署，各签署方均为相互独立、平等的法律主体。根据《增资协议》第 1.1 条的规定，第一申请人投资 3,000 万元，取得 250 万元出资额；第二申请人投资 4,000 万元，取得 333.3333 万元出资额；第三申请人投资 2,000 万元，取得 166.6667 万元出资额；天津和光投资 3,000 万元，取得 250 万元出资额。根据《民法通则》第八十六条的规定：“债权人为二人以上的，按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务。”所以，第一申请人、第二申请人、第三申请人与天津和光应按照各自应缴的增资款项份额分享权利、分担义务。根据《增资协议》第 6.1 条的规定：“本协议约定不明的，由各方协商后签署补充协议，补充协议为本协议的一部分。”所以，在《增资协议》与《补充协议》未对申请人与天津和光各自提起仲裁的权利和地位有任何特殊约定的情况下，申请人与天津和光按照各自应缴的增资款项份额分享权利、分担义务，包括各自提起仲裁的权利。

仲裁庭查阅了贸仲委（2003）仲裁委员会裁字第 0204 号案（以下简称“第 0204 号案”）裁决（申请人证据十四）的内容。在第 0204 号案中，《“北京嘉润园小区”项目 A 地块合作合同》的鉴于条款约定：“各方均同意乙方向甲方主张权利时，由乙方 1 全权代表乙方 2 以乙方名义向甲方主张权利，甲方依乙方 1 的要求履行本合同项下的责任和义务视为甲方对乙方的履行。如乙方 1 与乙方 2 就同一事项做出不同的意思表示或权利主张时，甲方有权要求乙方 1 和乙方 2 达成一致意见后并通知甲方，否则甲方有权延迟履行责任和义务，乙方不得就此要求甲方承担任何违约责任。”由于第 0204 号案申请人即乙方 2 北京兴辉兴业投资发展有限公司已经通过“鉴于条款”的约定放弃了单独以自身名义向甲方主张权利的权利，不管是诉权还是实体请求权，所以，在乙方 1 北京鄂尔多斯高新技术股份有限公司未提起仲裁的情况下，第 0204 号案仲裁庭裁定了申请人北京兴辉兴业投资发展有限公司，即乙方 2 不具有单方提起仲裁的主体资格。仲裁庭认为，第 0204 号案中的合同对部分当事人行使仲裁权利的方式作出了限制性约定，但是本案项下《补充协议》将第一申请人、第二申请人、第三申请人与天津和光统称为“甲方”，属于投资合同条款中的常用表述，系根据当事方身份、

权利义务类型的相似性进行的归类，仅为简化当事方表述并方便辨识投资角色之用，《补充协议》并没有基于各投资人在《补充协议》中被合称为“甲方”这一情形而对各投资人在《补充协议》项下的作为投资人而享有的实体性和程序性权利作出任何限制，因此，不能仅因第一申请人、第二申请人、第三申请人与天津和光被归类合称为“甲方”而推断出申请人没有以其自身名义提起仲裁的主体资格。

因此，仲裁庭认为，申请人有权依据《补充协议》第 15 条的规定以自身名义向被申请人提起仲裁，而无需征得天津和光的同意或者与天津和光一并作为本案申请人。

有关第一被申请人、第二被申请人主张其与申请人没有仲裁协议，仲裁庭认为，申请人与第一被申请人、第二被申请人均为《补充协议》的当事方。同时，如上所述，申请人有权以各自的名义向被申请人主张权利，甲方中的四方并不需要作为一个整体对被申请人行使程序性权利或实体性权利。申请人中的任何一方均与被申请人达成了仲裁协议。

综上，仲裁庭认为，申请人为本案适格的当事人，有权对被申请人提起仲裁，仲裁委员会对本案有管辖权。

2、申请人是否履行了协商解决本案争议的前置程序。

第二被申请人认为，申请人未与被申请人协商就直接提起仲裁，系未按照《补充协议》第 15.2 条的规定履行协商解决前置程序；并且，《律师函》因送达主体不是《增资协议》第三条规定的送达主体，所以不具有产生双方已协商、并要求支付收购款和支付逾期违约金的法律效力的意思表示。

仲裁庭注意到，根据《补充协议》第 15.2 条的规定：“因履行本协议发生的争议，各方均应友好协商解决；如果 30 日内不能协商解决，任何一方均可向位于北京的贸仲委提起仲裁。”仲裁庭经查，2014 年 7 月至 9 月间申请人的受托管理机构经理与第三被申请人董事会秘书之间关于回购事宜的邮件往来（申请人证据十二），2014 年 8 月 10 日第一申请人向北京市中伦律师事务所（以下简称“中伦律所”）出具的《授权书》（申请人证据十一），2014 年 8 月 14 日中伦律所向第一被申请人、第二被申请人及徐亚文发出的《律师函》、EMS 记载的收件人地址和签收记录（申请人证据七），以及 2014 年 10 月 17 日的《施瑞福公司会议记录》（申请人证据十二），均表明中伦律所系经第一申请人授权而向第一被申请人、第二被申请人及徐亚文发出《律师函》，并且申请人已就股权回购事宜与被申请人进行过多次协商、沟通。其中，根据第三被申请人董事会秘书于 2014 年 7 月 15 日发出的邮件后附《工作联系函》，以及 2014 年 10 月 17 日的《施瑞福公司会议记录》的内容显示，被申请人也提出了以签订回购协议、业绩对赌协议、不动产抵押及新三板挂牌等方式，解决股权回购问题的替代性方案。

综上，仲裁庭认为，申请人已按照《补充协议》第 15.2 条的规定，在提起本案仲裁之前，履行了其与被申请人协商解决本案争议的前置程序。

3、第二被申请人是否应当受《补充协议》的约束。

申请人认为，《补充协议》对徐亚文的权利义务的约定是基于他是第三被申请人的股东身份，徐亚文转让股权时同时转让了《补充协议》的权利和义务。在本案开庭前，申请人并不知晓第一申请人与第二被申请人之间存在股权代持协议。无论是第三被申请人的对外工商登记还是按照《补充协议》的约定，第二被申请人均为第三被申请人的股东以及合同方。即使该股权代持协议是真实的，也不能对抗作为善意第三人的申请人。申请人有权向第二被申请人主张责任。

第二被申请人认为，在签订《补充协议》前，申请人对第三被申请人进行了详尽的调查，在签订《补充协议》时，申请人对第二被申请人代持第一被申请人股权的事实是明知的。在签订《补充协议》后，第三被申请人通过股东会决议，同意徐亚文将代持股权转回给第一被申请人，按照申请人律师不将徐亚文列为被申请人的答辩理由的理解，第二被申请人也是第一

被申请人股权的代持人，所代持股权不会因为没履行股权转让并办理工商变更登记程序而属于第二被申请人所有。申请人不是善意第三人，不适用外观主义原则保护。并且，《代持协议》也约定第二被申请人在代持期间产生的相关责任义务由第一被申请人承担。所以，第二被申请人不应承担《补充协议》的责任和义务。

仲裁庭注意到，首先，《施瑞福公司尽职调查报告》（申请人证据四）第 49 至 54 页的“第一部分公司基本情况：二、历史沿革”部分，以及第 136 至 137 页“第十部分风险分析：10.6 法律风险及对策”部分，均明确记载凌然（第一被申请人原身份证记载姓名，仲裁庭注）、第二被申请人谷序文和徐亚文系第三被申请人股东，未见关于委托持股情形及其法律风险的描述。其次，根据《施瑞福公司股东会决议》（申请人证据四）第 173 页的记载，徐亚文持有第三被申请人的人民币 100 万元股权是第一被申请人授予其的激励股权，而非委托代持关系。最后，全国企业信用信息公示系统公示的第三被申请人工商信息（申请人证据六），也记载了第二被申请人谷序文系第三被申请人股东的信息。

基于上述证据，仲裁庭认为，第二被申请人关于申请人根据尽职调查结果、关于徐亚文与第一被申请人之间转股事宜的股东会决议应明知第二被申请人代持第一被申请人持有第三被申请人股权的主张不能成立。虽然第二被申请人向仲裁庭提交了其与第一被申请人签署的关于委托持股的《协议书》，但是第二被申请人仍是第三被申请人经工商登记的股东，所以，委托持股的《协议书》不产生对抗申请人的效力，第二被申请人作为《补充协议》的当事方，应当受到《补充协议》的约束，履行《补充协议》项下责任和义务。

4、第三被申请人承担收购申请人股权的连带责任的约定是否有效。

申请人认为，申请人要求第三被申请人承担连带责任，未利用股东独立地位和有限责任侵犯公司法人独立财产权，未违反风险共担的原则；第三被申请人承担连带责任不构成股东抽逃出资，未违反资本维持、资本减少限制的原则；第三被申请人承担连带责任未损害公司及债权人利益；支付股权回购款未违反法律关于公司回购股份的规定。所以，第三被申请人承担收购申请人股权的连带责任有效。

第三被申请人认为，申请人要求第三被申请人承担收购申请人股权的连带责任系滥用股东权利，损害其他股东和债权人的利益，构成股东抽逃出资情形，且不属于《公司法》第七十四条规定的法定回购情形，根据最高院海富案判决，第三被申请人在《补充协议》项下回购股权的连带责任应认定为无效。

仲裁庭认为，股权回购条款是一种附条件的合同条款，是投资人与被投资公司或其股东之间达成的，约定在被投资公司未来无法实现投资时承诺的特定事件时，投资人收回投资款的一种安排。在签订《补充协议》时，申请人只是外部投资人，而不是第三被申请人的股东，申请人是以外部投资人身份而不是股东身份与第三被申请人达成《补充协议》，《补充协议》是各方以平等缔约主体的身份达成的合同，直接建立的是投资合同法律关系，而不是股东与公司之间的公司法律关系。只有当申请人依照《补充协议》实际履行了出资义务、成为第三被申请人股东后，申请人和第三被申请人才开始形成股东与公司之间的公司法律关系。由此可以确定，尽管《补充协议》的履行即投资行为会导致申请人和第三被申请人之间形成股东与公司的公司法律关系，但此履约投资行为之结果并不改变本案申请人与第三被申请人之间依据《补充协议》而建立的投资合同法律关系的性质。

在《补充协议》签订时，申请人作为投资人而非第三被申请人股东，与被申请人之间形成合同法律关系，系各方作为平等的商事主体经协商自愿达成的，是各方真实的意思表示，且第三被申请人的全体股东也一致认可并签署《补充协议》，不涉及损害其他股东、社会公众或国家利益等《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的合同无效情形，《补充协议》真实、有效。《补充协议》第 10.1 条关于股权回购的规定即“乙方未能在 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市”的，“甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份，

乙方、丙方对此承担连带责任。”第三被申请人实际并未于 2013 年 12 月 31 日前在中国境内 A 股完成首次公开发行上市,所以,《补充协议》规定的第一被申请人、第二被申请人回购申请人持有第三被申请人股权的条件已经触发,第三被申请人也应按照《补充协议》第 10.1 条的规定,对第一被申请人、第二被申请人回购申请人股权的义务承担连带责任。根据《民法通则》第八十七条的规定:“债权人或者债务人一方人数为二人以上的,依照法律的规定或者当事人的约定,享有连带权利的每个债权人,都有权要求债务人履行义务;负有连带义务的每个债务人,都负有清偿全部债务的义务,履行了义务的人,有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。”因此,申请人系基于其债权人地位要求第三被申请人按照《补充协议》第 10.1 条的规定承担收购申请人持有其股权的连带责任,不存在滥用股东地位或权利的情形,第三被申请人应当承担该连带责任。

第三被申请人认为,申请人要求第三被申请人承担收购申请人股权同时构成股东抽逃出资情形,且不属于《公司法》第七十四条规定的法定回购情形。

关于抽逃出资问题,《最高人民法院关于适用中华人民共和国公司法若干问题的规定(三)》(以下简称“《公司法司法解释(三)》”)第 12 条以列举加兜底条款的形式,详细列明了抽逃出资的行为,包括:“……(1)将出资款项转入公司账户验资后又转出;(2)通过虚构债权债务关系将其出资转出;(3)制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配;(4)利用关联交易将出资转出;(5)其他未经法定程序将出资抽回的行为。”

仲裁庭认为,对照上述《公司法司法解释(三)》有关的抽逃出资的五项规定,仲裁庭认为,本案支付股权收购价款系基于合同债务产生,即申请人作为投资合同的一方以债权人身份要求第三被申请人履行回购义务,与申请人作为股东抽回出资是两个不同的概念,不可混淆。此外,对于一项抽逃出资的行为,行为人一定有抽逃资本的意图,无视公司独立法人财产权利,虚构交易,故意无对价或低对价地获得公司财产,损害公司的利益。而本案支付股权收购价款是有合同依据、真实交易背景和公平对价基础的,申请人只是按照《补充协议》约定主张权利,没有违反法律抽逃资本的意图存在。仲裁庭认为,第三被申请人支付股权收购价款不应被认定为构成其他未经法定程序抽逃出资的行为。

此外,《公司法》第七十四条规定了公司回购股权的情形,根据该条规定:“有下列情形之一的,对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权:(一)公司连续五年不向股东分配利润,而公司该五年连续盈利,并且符合本法规定的分配利润条件的;(二)公司合并、分立、转让主要财产的;(三)公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现,股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。……”仲裁庭认为,从文义上理解,《公司法》第七十四条恰恰以列举的方式明确了几种有限责任公司可以回购股权的情形,而且这条规定也不宜解释为除该等回购情形外,有限责任公司就不得以其它方式回购股权,比如,《公司法》第四十三条规定的“减少注册资本”也为有限责任公司回购股权提供了可行的路径。所以,股权回购条款不仅有效,而且在公司法律制度项下是可以行得通的。至于为了实现回购安排,公司应当具体履行哪些决策程序,则可以由公司按照其现行有效的章程或其他内部制度,经有权组织机构审议决定,属于行使实体权利的程序性安排,程序性安排并不影响实体性权利的依法成立。

综上,仲裁庭认为,第三被申请人回购申请人所持股权的约定不违反我国法律、行政法规的强制性规定,合法、有效,第三被申请人应按照《补充协议》的约定回购申请人持有的股权。

5、第一被申请人、第二被申请人是否应履行支付股权收购价款的义务。

申请人认为,根据《增资协议》第 6 条第 6.2、6.3 款的规定,以及《补充协议》第 10 条第 10.1、10.2、10.3 和 14.5 款的规定,第一被申请人、第二被申请人负有支付股权回购款及承担违约责任的义务,第三被申请人承担连带责任。

第二被申请人认为,根据《补充协议》第 10 条第 10.2 款和 10.3 款约定内容,第一被申请人、第二被申请人只有承诺收购义务,无支付收购款义务,支付收购款义务应由第三被申请人承担。

如上所述,申请人要求被申请人回购其股权的条件已经触发。根据《补充协议》第 10.1 条的规定:“甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份,乙方、丙方对此承担连带责任。”即,第二被申请人负有收购申请人持有第三被申请人股权的义务。根据《补充协议》第 10.3 条的规定:“乙方应在甲方提出收购要求之日起 1 个月内将收购价款支付给甲方。甲方收到全部价款后,将其持有的乙方股权过户给丙方,包括在甲方持股期间获得的送股。”即,第三被申请人负有向申请人支付收购价款的义务。根据《增资协议》第 6.3 条的约定:“丙方对乙方在本协议及其补充协议下的义务和违约责任承担连带责任。”即,第一被申请人、第二被申请人对第三被申请人在《补充协议》项下包括向申请人支付股权收购价款的义务承担连带责任。

仲裁庭认为,第一被申请人、第二被申请人应当向申请人履行支付股权收购价款的义务。贸仲委于 2015 年 10 月 30 日作出 1155 号裁决,第一被申请人、第二被申请人向第一申请人支付股权收购款共计人民币 4,525.5 万元;第一被申请人、第二被申请人自 2014 年 9 月 15 日起按照每日人民币 4,525.5 万元的 0.05%,向第一申请人支付违约金至实际付清股权收购款人民币 4,525.5 万元之日止;第一被申请人、第二被申请人向第二申请人支付股权收购款共计人民币 6,034 万元;第一被申请人、第二被申请人自 2014 年 9 月 15 日起按照每日人民币 6,034 万元的 0.05%,向第二申请人支付违约金至实际付清股权收购款人民币 6,034 万元之日止;第一被申请人、第二被申请人向第三申请人支付股权收购款共计人民币 3,017 万元;第一被申请人、第二被申请人自 2014 年 9 月 15 日起按照每日人民币 3,017 万元的 0.05%,向第三申请人支付违约金至实际付清股权收购款人民币 3,017 万元之日止;第三被申请人对第一被申请人、第二被申请人以上项下的支付股权收购款、违约金的义务承担连带责任;被申请人向第一申请人支付保全费人民币 5,000 元、律师代理费人民币 201,000 元、担保费人民币 226,275 元;向第二申请人支付保全费人民币 5,000 元、律师代理费人民币 247,000 元、担保费人民币 301,700 元;向第三申请人支付保全费人民币 5,000 元、律师代理费人民币 132,000 元、担保费人民币 150,850 元;本案的仲裁费用人民币 1,327,509 元由被申请人承担。该笔费用已由申请人全额预缴,因此被申请人应向申请人支付人民币 1,327,509 元,以补偿申请人为其垫付的仲裁费。

另查明,林和平、施瑞福公司的仲裁代理人在贸仲委于 2015 年 6 月 3 日的《庭审要点》上签字,该《庭审要点》载明:林和平、施瑞福公司同意该案由贸仲委仲裁,仲裁程序适用 2015 年 1 月 1 日施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《仲裁规则》),对仲裁庭的组成人员没有异议,本次庭审中,由当事人协商,并经仲裁庭同意,双方同意于 2015 年 6 月 13 日之前提交补充证据及代理意见,同意对于所有庭后提交的证据以提交书面意见的方式进行质证。其后,贸仲委向林和平、施瑞福公司以特快专递方式转送了仲裁申请人于 2015 年 6 月 12 日提交的代理词、补充证据目录及其附件(其中证据十一为《授权书》、证据十二为仲裁申请人与施瑞福公司之间的来往邮件及附件、《施瑞福公司的会议记录》),上述邮件于 2015 年 6 月 19 日妥投。至贸仲委作出 1155 号裁决书,林和平、施瑞福公司均未向贸仲委提交书面质证意见。

本院认为,对仲裁机构的裁决,被申请人申请不予执行的,人民法院应依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条第二款“被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所根据的证据

是伪造的；（五）对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的”和第三款“人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行”规定的情形予以审查。林和平、施瑞福公司依据上述法律规定中的第二款第（一）、（三）项和第三款的内容，申请不予执行 1155 号裁决。本院根据上述法律的规定，针对林和平、施瑞福公司申请不予执行仲裁裁决的理由，逐一评析如下：

一、关于 1155 号裁决是否具有上述第（一）项规定情形的问题。

首先，《增资协议》第 5.2 条和《补充协议》第 15.2 条均约定如发生争议，可将争议提交位于北京的贸仲委仲裁解决。即各方对争议的解决自愿达成了仲裁协议。其次，虽然在《增资协议》和《补充协议》中是以甲方、乙方、丙方三方作为当事人签订的协议，但根据上述协议的内容，作为甲方的江阴中科、浙江中科、深圳中科、天津和光向施瑞福公司增资的金额及占股比例完全不同，相对独立；而作为丙方[1]的林和平在《补充协议》第 9.6 条和 10.4 条中承诺对协议的相应条款单独承担无限连带责任；第三，《增资协议》和《补充协议》中并未对乙方或丙方违约时，甲方（四个企业）中的任何一个企业不能申请仲裁作出禁止性的约定。因此，《增资协议》和《补充协议》中的仲裁协议不仅对甲方、乙方、丙方，亦对甲方中的江阴中科、浙江中科、深圳中科、天津和光，丙方中的林和平、谷序文、徐亚文均有约束力。江阴中科、浙江中科、深圳中科均可依据协议中的仲裁条款，以自己的名义单独申请仲裁。

二、关于 1155 号裁决是否具有上述第（三）项规定情形的问题。

关于林和平、施瑞福公司提出定案证据未当庭出示、未经质证，违反法定程序的问题。经查，根据《仲裁规则》第四十二条第（二）项“对于书面审理的案件的证据材料，或对于开庭后提交的证据材料且当事人同意书面质证的，可以进行书面质证。书面质证时，当事人应在仲裁庭规定的期限内提交书面质证意见”的规定，贸仲委于 2015 年 6 月 3 日开庭时，林和平、施瑞福公司的仲裁代理人在《庭审要点》上签字，同意适用《仲裁规则》并同意在庭审后的一定期限内提交补充证据及代理意见，对所有庭后提交的证据以提交书面意见的方式进行质证。其后，仲裁申请人在规定的期限内向贸仲委提交了代理词、补充证据目录及其附件，该委随即以特快专递方式向林和平、施瑞福公司转送，但林和平、施瑞福公司均未向贸仲委提交书面质证意见。故，林和平、施瑞福公司认为相关证据未经质证，仲裁程序违法的理由，缺乏事实和法律依据。

关于林和平、施瑞福公司提出仲裁申请人变更仲裁请求后，未给予 45 天答辩期、未开庭审理，违反法定程序的问题。经审，《仲裁规则》第五章对国内仲裁作出特别规定，其中第六十八第（一）项规定“被申请人应在收到仲裁通知后 20 天内提交答辩书及所依据的证据材料以及其他证明文件……”因该仲裁案属国内仲裁案件，贸仲委出具的（2015）中国贸仲京字第 026108 号函件中对仲裁申请人变更仲裁请求，给予林和平、施瑞福公司 20 天的答辩期并无不当，且林和平、施瑞福公司在收到上述函件后，至今未提交书面答辩意见。另，贸仲委在庭审后未对仲裁申请人变更仲裁请求开庭审理，并不违反《仲裁规则》的规定。

三、关于 1155 号裁决是否具有上述第三款规定情形的问题。

“社会公共利益”是指涉及国防和外交、基础设施建设、公共事业、保障性安居工程建设等方面与国家安全、国民经济和社会发展相关的公共利益，故林和平、施瑞福公司提出 1155 号裁决违背社会公共利益的理由不属于社会公共利益的范畴，不属于上述第三款规定的情形。

综上，贸仲委作出的 1155 号裁决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法。林和平、施瑞福公司提出不予执行仲裁裁决的理由，均不能成立，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条第二款第（一）、（三）项和第三款的规定，裁定如下：

驳回林和平、武汉施瑞福生物技术有限公司不予执行仲裁裁决的申请。
如不服本判决，可以在收到裁定书之日起十日内，通过本院向湖北省高级人民法院申请复议，也可以直接向湖北省高级人民法院申请复议。

审判长 张鹰战
审判员 李淑红
审判员 徐文
二〇一六年八月十七日
书记员 高峰

广东永怡集团股份有限公司与华龙证券股份有限公司证券 承销合同纠纷一审民事判决书

中山市第一人民法院
民事判决书

(2017)粤 2071 民初 17166 号

原告(反诉被告):广东永怡集团股份有限公司,住所地广东省中山市石岐区富丽路 2 号永欣阁 1-3 幢二层,组织机构代码 28214290-3。

法定代表人:温少松,董事长。

委托诉讼代理人:黄炳星,广东万里海天律师事务所律师。

被告(反诉原告):华龙证券股份有限公司,住所地甘肃省兰州市城关区东岗西路 638 号兰州财富中心 21 楼,统一社会信用代码 91620000719077033J。

法定代表人:李晓安,董事长。

委托诉讼代理人:叶星林,北京星林律师事务所律师。

委托诉讼代理人:王贺婧,北京星林律师事务所实习律师。

原告广东永怡集团股份有限公司(反诉被告,以下简称永怡集团公司)诉被告华龙证券股份有限公司(反诉原告,以下简称华龙证券公司)证券承销合同纠纷一案,本院于 2013 年 9 月 29 日立案受理后,被告华龙证券公司提出管辖权异议,要求将本案移送甘肃省兰州市城关区人民法院审理。本院于 2014 年 5 月 4 日作出(2013)中一法民二初字第 2077-2 号民事裁定,驳回被告华龙证券公司对本案管辖权提出的异议。被告华龙证券公司不服该裁定,向广东省中山市中级人民法院提起上诉。广东省中山市中级人民法院于 2014 年 11 月 13 日作出(2014)中中法立民终字第 493 号民事裁定,撤销原裁定,将本案移送甘肃省兰州市城关区人民法院处理。甘肃省兰州市城关区人民法院认为广东省中山市中级人民法院移送不当,报请甘肃省高级人民法院与广东省高级人民法院协商本案的管辖问题。广东省高级人民法院于 2017 年 8 月 10 日作出(2017)粤民辖 95 号民事裁定,撤销广东省中山市中级人民法院(2014)中中法立民终字第 493 号民事裁定,本案由本院一审审理。在诉讼过程中,被告华龙证券公司提出反诉,本院依法予以合并审理。依法组成合议庭,公开开庭进行了审理。原告永怡集团公司委托诉讼代理人黄炳星与被告华龙证券公司委托诉讼代理人叶星林、王贺婧到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告永怡集团公司诉称,2007 年 2 月 2 日,原告与被告签订《广东永怡集团股份有限公司向社会公开发行面值 1.00 元人民币普通股之承销协议》,约定原告委托被告作为主承销商组织承销团承销拟公开发行的面值为人民币 1 元的 A 股股票,募集资金 6000 万元至 30000 万元。该协议第 3.2 条约定发行日期根据证监会通知及交易所安排由双方另行商定;第 5.1 条约定承销费率为本次股票发行实际募集资金总额的 3%;第 5.2 条约定承销费用在被告将股款划入指定的银行账户前从募集资金总额中予以扣除;第 7.2 条约定被告履行本协议规定的义务,以(1)公司所聘用的有证券从业资格的律师已就公司本次 A 股发行按证监会认可的方式出具法律意见书,阐明本次 A 股发行完全符合法律要求,不存在任何法律障碍;

(2)本次 A 股发行的申请已获得证监会的核准;(3)本次所发行的 A 股已得到证券交易所的同意与安排等 3 项条件之满足为前提;第十三条约定发生争议时,任何一方均有权将争议提交中国证监会指定的仲裁机构裁决或向当地法院提起诉讼。合同签订后,被告于 2007 年 4 月 12 日向原告发出“付款通知”,要求原告将首次公开发行股票承销费预付款 100 万元划入其指定账号,载明该款为承销费之预付款,待原告发行成功后,该款项从最终支付的承销费中抵扣。此后,因政策原因,原告未能满足上述第 7.2 条约定的被告履约承销 A 股全部前

提条件，不能首次公开发行 A 股股票。历经数年后，原告取消了上市计划。2014 年，原告联系被告当年经手此事者，拟解决此 100 万元的遗留问题。因其人事变更，遂成所谓“新人不知旧事”。原告认为，原告拟公开发行股票条件未成就，无承销可言，没有承销自无承销费及其预付款，亦无抵扣可言。为维护自身合法权益，原告特诉至法院，请求判令：1. 解除原告与被告签订的《广东永怡集团股份有限公司向社会公开发行面值 1.00 元人民币普通股之承销协议》；2. 被告返还承销费预付款 100 万元并自起诉之日起，按商业银行同期贷款利率计付至 2015 年 10 月 15 日止的利息 132800 元给原告。

诉讼期间，原告永怡集团公司变更第 2 项诉讼请求中利息的计算方法为：按照中国人民银行同期同类贷款基准利率标准从起诉之日起计算至清偿之日止。

被告华龙证券公司辩称，首次公开募股（Initial Public Offerings, 简称 IPO）需要发行人、主承销商即被告及律师事务所出具法律意见及会计事务所出具报告。程序上需要进行股份制改制，在股份改制达到一定结构后，符合上市条件才能提请证监会进行审核。被告曾经提起过一次申请，对原告首次发行股票进行审核，被驳回之后，被告给发审委的回应是之后会继续进行调整。发行股票是公司要上市的其中一个环节，股票发行成功之后才能上市。IPO 发审委有几个程序，第一次没有通过，6 个月内继续申报。2007 年至 2012 年期间，我国 IPO 从 2008 年开始就基本停止了，从 2012 年重启，2015 年又暂停，直至 2017 年又重启。本案纠纷发生的真正原因是第一次没有通过后，第二次需要双方协商继续补充材料，双方均没有联系，双方在后期怠于履行。这期间 IPO 暂停，至 2013 年重启时，原告就提起了本案诉讼。承销协议第 10.2 条约定，任何一方不能单方解除合同，如有不可抗力的原因导致中止的，原告需告知被告原因。原告至今未告知被告原因，导致被告可获得的预期利益无法得到。被告同意原告的第 1 项诉讼请求，不同意原告的第 2 项诉讼请求。

反诉原告华龙证券公司提起反诉称，2005 年 12 月，被告应原告的要求，双方达成《广东永怡集团股份有限公司向社会公开发行面值 1.00 元人民币普通股》辅导、报审及承销口头协议。被告对原告开始进行上市辅导工作。2006 年下半年，辅导工作结束。按照原告的要求，被告开始进行 IPO 申报材料的制作。2006 年 11 月，被告进行了 IPO 现场核查。2007 年 1 月，原告决定向中国证监会上报 IPO 申报材料。2007 年 2 月 2 日，依据 IPO 申报要求，被告与原告根据口头协议内容补签了《关于广东永怡集团股份有限公司向社会公开发行面值 1.00 人民币普通股之承销协议》。申报材料上报证监会后，被告精心组织和制作了相关见面会材料、申报后首次调整文件、调整发行量文件、证监会反馈意见的答复。被告根据 2007 年中报，对申报材料进行了更新补充工作、上会准备工作等，并与证监会及其他相关部门、机构进行了大量的协调沟通工作。2007 年 9 月 10 日，在 2007 年第 119 次发行审核委员会工作会议上，该项目 IPO 发行申请被证监会发行审核委员会否决。被告与原告沟通，准备进行调整、补充文件，并在 6 个月后，再次向证监会进行申报。然而，原告在未与被告协商的情况下，取消了上市计划。根据承销协议第二条（3）项“本次 A 股发行预计募集资金总额不超过 30000 万元”（即募集资金总额在 6000 万元到 30000 万元之间）以及 5.1 条“承销费率为本次股票发行实际募集资金总额的 3%”的约定，原告应支付承销服务费 180 万元到 900 万元之间，取平均承销服务费应该为 540 万元。被告已经完成大部分的服务工作，由于原告取消上市的原因，致使被告无法进行剩下的发行工作，原告应当支付按照承销协议计算的服务费。考虑到原告放弃上期计划，部分降低了被告的工作量，以及原告未募集到资金的实际情况，被告要求原告支付承销服务费 200 万元，扣除已经预付的承销服务费 100 万元，原告还应支付承销服务费 100 万元。原告取消上市计划后一直未向被告要求返还预付的 100 万元承销费，其诉讼请求已经超过诉讼时效，依法应当驳回其诉讼请求。原告一直未明确告知被告取消上市计划，被告收到本案起诉状才得知原告明确意见，为此要求原告支付剩余的服务费。综上，被告已经履行了承销协议约定的大部分工作，由于原告的原因，致使承销协

议未能得到完全履行，被告未能得到依据承销协议本应获得服务报酬，原告应向支付承销服务费。为此，华龙证券公司提出反诉，请求判令原告向被告支付承销费用 100 万元。

反诉被告永怡集团公司辩称，第一，被告的反诉主张没有合同依据。本案是证券承销合同纠纷，双方的权利义务以承销协议为依据。合同约定不是以工作过程、工作量计付报酬，而是以发行销售 A 股股票之实绩按 3% 费率提成承销佣金。该约定受法律保护。被告反诉主张是承销费，事实主张却是“进行上市辅导工作”、“进行 IPO 申报材料的制作”、“IPO 现场检查”、

“精心组织和制作见面会材料、调整文件、补充更新申报材料……进行了大量的协调沟通工作”、“被告已经完成大部分的服务工作”，不一而足的工作报酬。该反诉主张诞生了两个给付条件替代：1. 将过程替代约定的成果；2. 以劳务报酬替代约定的提成承销佣金。均跳出合同约定。第二，从被告的自认可直接驳回其反诉请求。被告于 2007 年 4 月 12 日出具的付款通知中陈述“该款项为承销费之预付款，待贵公司发行成功后，该款项从最终支付的承销费中抵扣”，这证明被告当时确认支付承销费的条件是发行股票成功，而不是上市成功，更不是申请上市不成功改按工作量计付承销费。被告既然确认发行销售原告 A 股股票实绩与提成承销佣金这种对价关系，现其企图单方改变这一约定对价关系，依照其在付款通知中所述，应直接驳回被告的反诉请求。第三，被告的反诉主张没有任何事实依据。承销协议中并未约定“放弃上市计划，按募集资金总额在 3000 万元到 30000 万元之间支付承销服务费 180 万元到 900 万元之间，取平均值承销服务费为 540 万元”。被告的反诉主张，等同其单方改变合同约定为：如申请上市不成功，由委托人支付承销佣金 200 万元给受托人。原告起诉主张的是取消上市计划，并未说取消上市申请。取消上市计划系中止上市申请，取消上市系终止上市申请，两者是过程和后果的区别。取消上市属企业重大经营事项，需要召开股东大会决定。无论是中止上市申请，还是终止上市申请，都不产生按工作量支付报酬的事实。第四，被告提供的证据不能作为反诉承销费依据。被告请求承销费，却提供好几斤重的资料证据证明其应得承销服务费。首先，按被告的证据清单，这些资料是证明原告申请公司上市，须提交这么多资料给证监会审核。被告的工作如其所述只不过系将文件报证监会，并非其工作成果。对承销了多少证券，募集多少资金，被告并未举证。其次，这些资料不符合约定的承销费给付条件，不产生按募集资金总额以 3% 计算承销费的效力。第五，被告的反诉主张没有法律依据。原告与被告的争议，反映在民事法律关系上是证券承销关系，不是雇佣关系。双方发生的是合同债权债务，不是劳务报酬债权债务。被告主张的工作服务费没有法律依据。综上所述，因首次公开发行 A 款证券目的不达，没有发生按募集资金总额以 3% 计算承销费的事实，依法原告无需支付承销费。被告的反诉主张没有事实和法律依据，请求依法驳回被告的反诉请求。

经审理查明，永怡集团公司成立于 2002 年 12 月 31 日，企业类型为股份有限公司，法定代表人为温少松，经营范围为房地产、科技项目投资（需审批的项目另行报批），房地产开发经营（按资质证核定范围经营），承接室内装饰工程，信息中介服务（不含劳务、金融、期货、房地产、出国留学信息中介），销售建筑材料。

华龙证券公司原系有限责任公司，成立于 2001 年 4 月 30 日，法定代表人为李晓安，经营范围为证券经纪，证券投资咨询，与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问，证券承销与保荐，证券自营，证券资产管理，融资融券，代销金融产品，中国证监会批准的其他业务。华龙证券有限责任公司于 2014 年 12 月 9 日变更企业类型为股份有限公司，更名为“华龙证券股份有限公司”。

2007 年 2 月 2 日，永怡集团公司（委托人、甲方、发行人）与华龙证券公司（受托人、乙方、主承销商）签订《广东永怡集团股份有限公司向社会公开发行面值 1.00 人民币普通股之承销协议》，约定甲方于 2006 年 11 月 18 日召开临时股东大会并通过决议，决定向社会公开发行股票，并授权公司董事会办理有关本次发行的一切事宜，包括但不限于代表公司签署

承销协议,甲方拟向中国证监会申请公开发行 6000 万股面值为 1 元的人民币普通股(A 股),并拟聘请乙方作为主承销商组织承销团承销本次发行的 A 股股票,乙方同意作为主承销商组织承销团,以余额包销方式承销甲方本次发行的 A 股股票;甲方本次公开发行的股票全部为人民币普通股,发行数量为 6000 万股,每股面值为 1 元,溢价发售,每股发行价格通过向特定机构投资者(询价对象)询价的方式确定,预计募集资金总额不超过 30000 万元(未扣除发行费用);发行日期根据证监会通知及交易所安排,由双方另行商定;承销费率为本次股票发行实际募集资金总额的 3%,承销费用在主承销商将股款划入指定的银行账户前从募集资金总额中予以扣除,承销团其他成员的承销费用由主承销商根据承销团协议统一支付;主承销商的义务包括根据《公司法》、《证券法》、《首次公开发行股票并上市管理办法》以及证监会的相关规定,协助公司准备公开发行 A 股的申报材料、协助公司向社会公开发行股票并且依本协议的规定承担包销股票的义务、制定发行方案并全面组织发行工作、协助公司做好发行前的路演等其他必要的工作等;主承销商履行本协议所规定的义务,以下列各项条件于承销开始日期前或承销开始日已经得到满足为前提:公司所聘请的有证券从业资格的律师已就公司本次 A 股发行按证监会认可的方式出具法律意见书,阐明本次 A 股发行完全符合法律要求,不存在任何法律障碍,本次 A 股发行的申请已获得证监会的核准以及本次发行的 A 股已得到证券交易所的同意与安排;发行公司的义务包括:根据《公司法》、《证券法》、《首次公开发行股票并上市管理办法》以及其他有关法律和法规进行本次 A 股的公开发行工作,向主承销商提供本次发行所必需的文件资料,并确保其真实性、准确性和完整性,指派董事会秘书、财务负责人等专人配合主承销商做好本次发行工作,按照本协议规定向主承销商支付承销费用等;主承销商或发行公司不履行或不按本协议的约定履行各项义务,即构成违约,对方有权要求违约方支付因违约而给对方造成的损失与发生的费用;在承销期间的任何时候,如果发生不能预见、不能避免或不能克服的客观情况已经或可能会对公司的业务状况、财务状况、公司前景及本次发行产生实质性的不利影响时,或在本次发行前股票市场低迷严重影响到本次发行时,则主承销商或公司可决定暂缓或修改本协议有关条款,遇到上述客观情况的一方应尽快将客观情况通知对方,并向对方提供相应的法律证明文件和(或)政府文件和(或)其他权威资料,并采取相应的补救措施,因上述事件导致各方不可能或不能完全履行其义务或协议时,根据该事件的影响可部分或者全部免除责任。该承销协议还约定其他权利义务事项。该承销协议签订后,华龙证券公司保荐辅导永怡集团公司发行股票事宜,为永怡集团公司整理首次公开发行股票并上市申请文件以及首次公开发行股票并上市补充 2007 年中期报告调整文件,包括招股说明书(申报稿)、招股说明书摘要(申报稿)、发行公告、发行人关于本次发行的申请报告、发行人董事会有关本次发行的决议、发行人股东大会有关本次发行的决议、发行保荐书、保荐代表人专项授权书、关于本次保荐的说明、财务报表及审计报告、内部控制鉴证报告、经注册会计师核验的非经常性损益明细表、法律意见书、补充法律意见书、律师工作报告、发行人的企业法人营业执照、发起人的协议、发起人的身份证明文件、发行人公司章程(草案)、募集资金投资项目的核准文件、发行人关于最近三年及一期的纳税情况的说明、发行人 2007 年 1 至 6 月所得税纳税申报表、主要税种纳税情况的说明及注册会计师出具的意见、主管税收征管机构出具的近三年及一期纳税情况的证明、主管税收征管机构出具的报告期内纳税情况证明、2006 年原始财务报表、2005 年原始财务报表、2004 年原始财务报表、原始财务报表与申报财务报表的差异比较表、注册会计师对差异情况出具的意见、对发行人本次发行前的存货进行评估的评估报告、发行人 1999 年增资时的土地评估报告(2002 年复核)、发行人 1999 年增资时的土地评估报告、发行人 1999 年增资时的房产评估报告(2002 年复核)、发行人 1999 年增资时的房产评估报告、发行人的历次验资报告、发行人变更设立时的审计报告、产权证书清单及律师的鉴证意见、发行人的房地产开发商资质证明、发行人实际控制人作出的避免同业竞争的承诺函、发行人

业务和募集资金投向符合环境保护要求的证明文件、重要合同、补充的其他重要商务合同、承销协议、保荐协议、发行人全体董事对发行申请文件真实性、准确性和完整性承诺书、发行人股东出具的关于自愿锁定所持股份的承诺函。华龙证券公司将上述资料整理后提交中国证监会。中国证监会监督管理委员会发行监管部出具中国证监会行政许可项目审查反馈意见通知书第 050223 号，针对永怡集团公司的申请文件提出反馈意见。2007 年 4 月 10 日，华龙证券公司制作永怡集团公司首日公开发行股票并上市反馈意见回复，包括反馈意见回复及附件、招股说明书（反馈意见修改稿）、申报财务报表及附件（反馈意见修改稿）。

永怡集团公司为此于 2007 年 3 月 19 日向华龙证券公司支付辅导费 175000 元。2007 年 4 月 12 日，华龙证券公司向永怡集团公司发出付款通知，要求永怡集团公司向其支付首次公开发行股票承销费预付款 100 万元，并载明该款项为承销费之预付款，待永怡集团公司发行股票成功后，该款项从最终支付的承销费中抵扣。当日，永怡集团公司通过银行汇款方式向华龙证券公司支付承销费预付款 100 万元。同日，华龙证券公司出具一份收据，确认收到预付股票承销款 100 万元。

2007 年 9 月 24 日，中国证监会向永怡集团公司发出证监发行字[2007]320 号关于对广东永怡集团股份有限公司首次公开发行股票申请不予核准的决定，载明中国证监会依法受理了永怡公司提交的首次公开发行股票申请文件；中国发审委于 2007 年第 119 次发审委会议，依法对永怡集团公司的首次公开发行股票申请进行了审核，在与会委员充分发表意见的基础上，会议以投票方式对永怡集团公司的首次公开发行股票申请进行了表决，同意票数未达到 5 票，申请未获通过，并根据相关规定，依法对永怡集团公司的首次公开发行股票申请作出不予核准的决定；永怡集团公司如再次申请发行证券，可在本决定作出之日起 6 个月后，向中国证监会提交申请文件；如不服本决定，可在收到本决定之日起 60 日内，向中国证监会申请行政复议，也可在收到本决定之日起 3 个月内，向有管辖权的人民法院提起行政诉讼。2013 年 8 月 29 日，永怡集团公司召开股东会并作出决议，载明经公司股东全体通过决议如下：1. 鉴于国家房地产政策调控的原因，决定在各方面条件未成熟前，公司撤销在国内 A 股市场发行股票上市计划；2. 授权公司法律部循法律途径追索华龙证券公司预收上市承销费 100 万元。永怡集团公司的股东温少松、郑泽湖、温少球、何荣、吴灏在该股东会决议上签字确认。

2013 年 9 月 29 日，永怡集团公司具状诉至本院，主张前述实体权利。

另查，2003 年 12 月 23 日，永怡集团公司（甲方）与北京尚公律师事务所（乙方）签订一份关于参与公司拟公开发行股票（A 股）的法律顾问合同，约定甲方因拟在境内公开发行股票（A 股）并上市事项，聘请乙方律师为法律顾问，办理有关甲方股票发行与上市法律事务；法律顾问费为 60 万元，分三期支付，首期支付 10 万元，应在甲乙双方签署本合同后一周内由甲方支付给乙方，第二期支付 20 万元，在甲方股票发行全套申报材料上报中国证监会后一周内由甲方支付乙方，第三期支付 30 万元，在甲方股票发行上市后十五天以内由甲方向乙方支付。该法律顾问合同还约定了其他权利义务事项。2007 年 3 月 19 日，永怡集团公司通过银行转账方式向北京市尚公律师事务所支付律师费 20 万元。

2004 年 9 月 8 日，永怡集团公司（甲方）与广东康元会计师事务所（乙方）签订一份审计业务约定书，约定乙方接受甲方委托，对甲方上市涉及的资产负债表、利润及利润分配表和现金流量表进行审计，并出具上市所必备的审计报告及其他法律文件；本项审计费用为 75 万元，第一阶段审计收费 25 万元，其中进场工作时支付 10 万元，出具第一阶段审计报告及专项审计报告后支付 15 万元，第二阶段审计收费 20 万元，其中进场工作时支付 5 万元，出具第二阶段审计报告后支付 15 万元，第三阶段审计收费 30 万元，其中进场工作时支付 5 万元，出具三年又一期的审计报告以及专项审计报告后支付 5 万元，上报材料通过中国证监会发行审核委员会后支付 10 万元，其余 10 万元在募集资金到位时支付。该审计业务约定书还

约定了其他权利义务事项。后永怡集团公司（甲方）与广东康元会计师事务所（乙方）就上述审计业务约定书作修改和补充，并达成了三份补充协议。2007 年 3 月 19 日，永怡集团公司通过银行转账的方式向广东康元会计师事务所支付审计费 10 万元。

本院认为，本案系证券承销合同纠纷。永怡集团公司与华龙证券公司签订的《广东永怡集团股份有限公司向社会公开发行面值 1.00 人民币普通股之承销协议》是双方当事人的真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，对双方当事人具有拘束力。本案中，双方均确认永怡集团公司公开发行股票的申请并未获得证监会的核准，承销协议的合同目的无法实现，现永怡集团公司主张解除双方签订的《广东永怡集团股份有限公司向社会公开发行面值 1.00 人民币普通股之承销协议》，华龙证券公司对此表示同意，本院予以确认。

关于永怡集团公司的本诉诉求是否超过诉讼时效问题。双方当事人签订的承销协议没有约定履行期限，根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第六条“不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算”之规定，永怡集团公司于 2013 年 8 月 29 日决定撤销发行股票上市计划，并于 2013 年 9 月 29 日向本院提起诉讼，要求解除承销协议，要求华龙证券公司返还承销费预付款 100 万元。据此本院认定本案诉讼时效期间应从永怡集团公司主张权利之日即 2013 年 9 月 29 日起算，永怡集团公司的本诉诉求，没有超过诉讼时效期间。

关于承销费用的支付问题。永怡集团公司主张承销协议解除后，华龙证券公司应返还其方预付的承销费 100 万元。华龙证券公司对此不予认可，认为由于永怡集团公司单方解除承销协议，导致其方预期可获得的利益无法得到，故要求永怡集团公司支付其方预期利益 200 万元，扣除预付承销费 100 万元，永怡集团公司应向其支付 100 万元。本案中，双方在承销协议中约定承销费用的支付方式是从募集资金总额中按照 3% 的比例予以扣除，且华龙证券公司履行承销协议中约定义务的前提是永怡集团公司所聘请的律师已就本次 A 股发行按证监会认可的方式出具法律意见书、本次 A 股公开发行的申请已获得证监会的核准以及本次所发行的 A 股已得到证券交易所的同意与安排。由此可见，双方在承销协议中约定承销费用的支付条件是华龙证券公司已经履行承销协议中约定的承销义务，且已募集到资金。本案中，永怡集团公司首次公开发行股票的应用没有得到证监会的核准，华龙证券公司履行承销协议中约定的承销义务的前提条件尚未成就，股票募集发行工作尚未开展，在此情形下，承销协议所约定的按募集资金总额的 3% 计收承销费用的支付条件并未成就。因此永怡集团公司不需支付承销费用。永怡集团公司向华龙证券公司支付的 100 万元款项，付款通知、收据等书证材料上明确载明属于承销费预付款性质，即属于永怡集团公司先行垫付的款项。鉴于承销协议中约定的承销履行条件尚未成就，双方当事人在本案中均同意解除承销协议，故在承销协议解除后，华龙证券公司应承担预付承销费用 100 万元的返还义务。关于华龙证券公司主张要求永怡集团公司支付预期利益的反诉请求，根据《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”的规定，华龙证券公司主张的预期利益实际为因对方违约所造成的损失，本案中，双方之间签订的承销协议中约定的承销义务并未开始履行，且导致合同履行不能的原因系中国证监会对永怡集团公司首次公开发行股票申请不予核准，属于不可归责于双方当事人的事由，永怡集团公司不构成违约。现华龙证券公司主张永怡集团公司承担预期利益损失 200 万元，于法无据，本院不予支持。另外，华龙证券公司在本案中提交的首次公开发行股票并上市申请文件、补充 2007 年中期报告调整文件、反馈意见回复等由其方为永怡集团公司整理的材料，均属于辅导保荐工作范畴。为此永怡集团公司向华龙证券公司支付辅导费 17.5 万元，对华龙证券公

司提供的服务已经支付了对价。综上，本院对永怡集团公司要求华龙证券公司返还承销费预付款 100 万元并自本案起诉之日即 2013 年 9 月 29 日起按照中国人民银行同期同类贷款基准利率标准支付利息的诉讼请求予以支持。华龙证券公司提出的反诉请求理据不足，本院不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第九十三条第一款、第九十七条，《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第六条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

一、解除原告广东永怡集团股份有限公司与被告华龙证券股份有限公司于 2007 年 2 月 2 日签订的《广东永怡集团股份有限公司向社会公开发行面值 1.00 人民币普通股之承销协议》；
二、被告华龙证券股份有限公司于本判决发生法律效力之日起七日内向原告广东永怡集团股份有限公司返还承销费预付款 100 万元，并支付利息（利息计算方法：以 100 万元为基数，从 2013 年 9 月 29 日起按照中国人民银行同期同类贷款基准利率标准计算至实际清偿之日止）；

三、驳回反诉原告华龙证券股份有限公司的反诉请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 13800 元（原告广东永怡集团股份有限公司已预交），由被告华龙证券股份有限公司负担（被告于本判决生效之日起七日内直接返还给原告，本院不另收退）；反诉案件受理费 13800 元，减半收取为 6900 元（反诉原告华龙证券股份有限公司已预交），由反诉原告华龙证券股份有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于广东省中山市中级人民法院。

审判长 丁向娜

人民陪审员 刘淑珍

人民陪审员 肖泳谊

二〇一八年三月七日

书记员 梁心然

郭雪燕与红楼(上海)快递有限公司保证合同纠纷一审民事判决书

上海市松江区人民法院
民事判决书

(2015)松民二(商)初字第209号

原告郭雪燕,女,1978年1月25日生,汉族,住福建省厦门市。委托代理人褚振亚,上海江三角律师事务所律师。被告红楼(上海)快递有限公司(原名上海希伊艾斯快递公司),住所地上海市松江区。法定代表人朱宝良,董事长。委托代理人王立新,浙江天册律师事务所律师。委托代理人陆芳,浙江天册律师事务所律师。原告郭雪燕诉被告红楼(上海)快递有限公司保证合同纠纷一案,本院于2015年1月6日受理后,依法组成合议庭,适用简易程序审理。本案于同年3月10日、5月10日,2016年4月8日三次公开开庭进行了审理。原告委托代理人褚振亚三次到庭参加诉讼;被告原委托代理人吴新联、卢红彬到庭参加第一次庭审,后被告变更代理人为王立新、陆芳分别到庭参加后两次庭审。本案现已审理终结。原告郭雪燕诉称:2011年4月6日,原告担任董事的GRACEFINDERLIMITED公司(以下简称“G公司”)与案外人CHINAEXPRESSGROPELIMITED(中国快递集团有限公司,以下简称“中国快递公司”)及THRIVEWAYLIMITED公司(以下简称“T公司”)签订《投资合同书》,约定G公司投资人民币2,000万元(以下币种同)购买T公司所持有的中国快递公司100万股普通股;本次投资受让股份以中国快递公司2012年12月31日前在海外进行首次公开发行及上市为前提,如中国快递公司不能在2012年12月31日前上市,G公司有权要求T公司按投资成本加18%的年利率为对价回购全部或部分股份。2011年4月15日,G公司通过原告将1,950万元汇入T公司执行董事方元里个人账户,另50万元按方元里指示汇入为本次投资活动提供咨询及操作的上海罗曼投资有限公司(以下简称“罗曼公司”)账户,完成投资。2012年4月12日,《投资合同书》各方当事人及原告签订《投资人变更协议》,同意投资人由G公司变更为原告。2012年5月10日,被告向原告出具担保函,自愿为中国快递公司不能按计划上市回购和偿还2,000万元提供连带担保。2013年2月8日,中国快递公司和T公司函告原告,中国快递公司上市计划取消,无法落实投资款及利息的偿还。2014年11月10日,原告向被告发函,要求承担保证责任,限期偿还2,000万元,但被告未予回应。故原告诉至法院,请求法院判令被告承担连带担保责任偿还原告2,000万元。被告红楼(上海)快递有限公司辩称:不同意原告的诉讼请求。1.系争《投资合同书》签订后,投资人由G公司变更为原告,但原告未按发改委有关规定取得境外投资的许可,因此由原告投资的合同关系尚未生效;2.主合同未生效,担保关系因从属关系,也不生效。而且系争担保函不成立,按被告2011年12月30日章程的规定,公司对外担保应由董事会作出决议,系争担保函并未经过被告决议程序,实际是被告原股东方某某将股权转让给现任股东之后再出具给原告的,是不真实的,损害被告合法权益;3.《担保函》中表明的被担保人是中国快递公司,与原告主张的《投资合同书》项下主债务及主债务人并无直接对应关系,且《投资合同书》项下交易并没有完成,原告未实际取得相应股份,主债务并不确定。保证合同也不成立;4.原告的请求超出其诉称的保证合同的保证期间,被告也不承担保证责任。本院经审理查明:一、2011年4月6日,G公司(甲方)与中国快递集团有限公司(乙方)、T公司(丙方)签订《投资合同书》一份,约定:甲方有意出资2,000万元,以购买老股的方式向丙方购买乙方发行的100万股,共2.5%普通股股票,丙方为乙方目前最大股东;甲方在本合同签订后10个工作日内,一次性将2,000万元支付到丙方指定的账户,即方某某在中国银行或工行所开设账户;丙方收到投资款后5个工作日内将100万股普通股转让给甲方,并出具相关股权证书,在股东名册上登记甲方为

股东；若乙方不能在 2012 年 12 月 31 日前在香港或美国主板等全球主流资本市场上市或 2011 年经审计的税后净利润低于盈利保证的 25%，甲方有权要求丙方回购全部或部分股份，回购价格为 2,000 万元及按年利率 18% 计算的补偿；合同各方签订书面合同后可修改、变更合同事项；本协议订立、生效、解释均受中华人民共和国法律管辖；等等。该合同落款处，甲方由原告作为执行董事代表 G 公司签章，乙方、丙方由方某某作为执行董事签章。《投资合同书》中包括三份附件，分别为 T 公司所签《最大股东的陈述和保证》，载明对国内企业相关事项作出陈述；上海希伊艾斯快递有限公司和黄山希伊艾斯物流有限公司所签《国内企业主要信息的陈述和保证》；方某某与浙江元泰控股集团股份有限公司（以下简称“元泰公司”）作为担保人与 G 公司、T 公司、中国快递公司签订《担保协议》，主要约定，方某某与元泰公司为《投资合同书》中股份回购义务提供连带担保，等等。2011 年 4 月 12 日，原告与 G 公司、T 公司、中国快递公司签订《投资人变更协议》，约定 2011 年 4 月 6 日所签订的《投资合同书》中投资人 G 公司变更为原告，合同中 G 公司权利义务由原告承继；若中国快递公司无法在 2012 年 12 月 31 日前按计划上市，T 公司将回购原告个人所持全部股份，退还投资款及约定利息；本协议订立、生效、解释均受中华人民共和国法律管辖。后原告于 2011 年 4 月 15 日向《投资合同书》中指定的方某某银行账户支付 1,950 万元；2011 年 5 月 4 日，原告通过江某某银行账户向罗曼公司支付 50 万元。本节事实由原告提供的《投资合同书》及附件、《投资人变更协议》、转账凭证等书证及当事人陈述、方某某证言等证据证实，本院予以确认。

二、被告（原名上海希伊艾斯快递有限公司）向原告出具《担保函》一份，载明：郭雪燕于 2011 年 4 月 6 日与中国快递公司签订的《投资合同书》，约定郭雪燕投资 2,000 万元购买拟发行的原始股票；因中国快递公司不能按原计划进行上市操作，且无法短时间退还投资款；为确保郭雪燕合法权益，现本公司自愿为郭雪燕的上述投资款提供担保，直至中国快递公司将全部投资款退还为止。函中载明落款日期为 2012 年 5 月 10 日。方某某向原告出具《情况说明》一份，言明：前几日，我以名下上海希伊艾斯快递有限公司向您出具担保函；针对您的疑问，现向您说明如下：按照我之前对您的承诺，我名下的中国快递公司与 T 公司一同向您承担还款责任，不分先后，不分彼此，直到全部还清为止。该说明记载的落款日期为 2012 年 5 月 14 日。2013 年 2 月 8 日，T 公司和中国快递公司向原告发出通知，称中国快递公司因故无法按计划于 2012 年 12 月 31 日前在海外上市，投资合同约定的回购偿还投资款及利息事宜，目前本公司无法落实。原告在该通知上签字确认于 2013 年 2 月 12 日收具。2014 年 11 月 10 日，原告委托律师向被告发出要求承担连带保证责任的律师函，称被告向原告出具过担保函，对退还投资款义务承担连带保证责任，故要求被告向原告偿还 2,000 万元。因原告主张的债权未获清偿，故涉诉。本节事实由原告提供的《担保函》、《情况说明》、通知、律师函及寄送凭证等书证及双方当事人的陈述、证人方某某证言证明，本院予以确认。

三、审理中，被告对原告提供的《担保函》、《情况说明》真实性不予认可，认为形成时间也非落款时间，故申请鉴定。本院依法委托鉴定，2016 年 1 月 26 日司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心作出《鉴定意见书》载明鉴定意见如下：1. 检材《担保函》上“上海希伊艾斯快递有限公司”印文与样本印文（落款日期为 2011 年 12 月 30 日的《公司变更登记申请书》、《股东决议》原件上盖有的“上海希伊艾斯快递有限公司”印文）是同一枚印章盖印；2. 根据现有材料，无法判断检材《担保函》上印文“上海希伊艾斯快递有限公司”盖印时间；3. 根据现有材料，无法判断检材《担保函》上的全部打印字迹的形成时间；4. 根据现有材料，无法判断检材《担保函》上手写字迹“2012.5.10”的形成时间；5. 检材《担保函》上“上海希伊艾斯快递有限公司”印文与手写字迹的形成先后顺序是先有字迹后有印文；6. 检材《担保函》上“上海希伊艾斯快递有限公司”印文与打印字迹的形成先后顺序是先有字迹后有印文；7. 检材《情况说明》上需检字迹（“方某某”字样签字）与样本字迹（方某某本人书写样本）是同一人所写；8. 根据现有材料，无法判断检材《情况说明》上全部手写字迹的形

成时间。双方对上述鉴定意见均无异议。审理中，方某某到庭作证称：其通过审计中介认识原告。上海希伊艾斯快递有限公司原系其设立的公司，为使上海希伊艾斯快递有限公司成功境外上市，其在英属维京群岛注册了中国快递公司和 T 公司，计划由中国快递公司收购上海希伊艾斯快递有限公司股权的方式上市，因上海希伊艾斯快递有限公司审计没有通过，未能上市；中国快递公司成立后，其与 G 公司签订过《投资合同书》，后来投资人变更为原告，原告就按约向方某某个人账户付款 1,950 万元，另 50 万元支付给财务公司，作为上市成本；方某某收到的 1,950 万元资金用于上海希伊艾斯快递有限公司的运营，后来 T 公司也将股权转让给了 G 公司。方某某于 2012 年 5 月 10 日向原告出具过一份上海希伊艾斯快递有限公司盖章的《担保函》，出具时已知中国快递公司难以上市，过几天又向原告出具过《情况说明》。因原告投资的款项都用于上海希伊艾斯快递有限公司，上海希伊艾斯快递有限公司应向原告还款。四、G 公司于 2011 年 1 月 26 日在英属维京群岛注册成立，原告系唯一股东，并出任董事。T 公司于 2010 年 2 月 2 日在英属维京群岛注册成立，方某某系唯一股东，并出任董事。T 公司于 2013 年 11 月 1 日因未支付年费被注销。中国快递公司于 2010 年 2 月 3 日在英属维京群岛注册成立，方某某任董事，成立时，登记股东为 T 公司与两案外公司。后中国快递公司股东、股份数发生过转让、变更。其中 T 公司分别于 2011 年 4 月 20 日和 2012 年 1 月 16 日将所持有 200 万股转让给 G 公司。中国快递公司于 2013 年 11 月 1 日因未支付年费被注销。被告（原名上海希伊艾斯快递有限公司）成立于 2010 年 6 月 24 日，注册为一人有限责任公司（自然人独资），成立时股东及法定代表人均为方某某，注册资本及实收资本为 2,000 万元，主要经营范围为寄递业务等。2011 年 12 月，上海希伊艾斯快递有限公司吸收上海平易缙元股权投资中心为股东，认缴增资 200 万元，占 9.09%。2012 年 7 月 12 日，方某某将所持有上海希伊艾斯快递有限公司 90.91% 股权作价 2,000 万元转让给红楼集团有限公司，并得到公司股东会决议通过，后办理了相应变更登记手续。2013 年 9 月 6 日，经工商行政管理部门核准，上海希伊艾斯快递有限公司名称变更为红楼（上海）快递有限公司。本节事实由原告提供的使馆公证认证材料及翻译件、被告工商档案资料等书证证明，本院予以确认。本院认为：本案争议焦点有三：1. 系争《投资合同书》及《投资人变更协议》是否成立生效；2. 原、被告间保证合同关系是否成立；3. 原告的主张是否超出保证期间。就此，本院逐一分析裁断如下：一、系争《投资合同书》及《投资人变更协议》依法成立，合法生效。系争《投资合同书》的签订各方均为境外主体，因所涉投资的实体企业在我国境内，各方选择使用国内法。依据我国法律，该《投资合同书》已成立生效。后《投资合同书》各方与原告签订《投资人变更协议》，约定原告继受原投资人 G 公司全部合同权利义务。被告辩称原告成为投资人后，未按发改委等有关规定取得投资许可，投资合同关系未生效。本院认为，违反法律、行政法规的强制性规定的，合同无效，但该“强制性规定”是指效力性强制性规定。被告所辩称的投资许可事项，因原告支付的投资款系在境内流转，是否需经境外投资审批、核准尚不能确定，且即便该投资应得到行政部门审批、核准，该审批、核准的规定也系管理性的强制性规定，所依据规范性文件的效力层级也不足以否定合同效力。本院对被告该辩称意见不予采纳。《投资合同书》及《投资人变更协议》成立生效后，T 公司也向 G 公司转让了中国快递公司相应股份。因 G 公司系原告设立，原告为唯一股东，T 公司将中国快递公司股份转给 G 公司可视为向原告履行股份转让义务。原告有权根据《投资合同书》的约定，在中国快递公司无法在 2012 年 12 月 31 日前上市时，要求 T 公司回购股份。二、原、被告间保证合同关系依法成立并生效。通过《投资合同书》约定及所附《国内企业主要信息的陈述和保证》，结合证人方某某的陈述，可以确定被告（原名上海希伊艾斯快递有限公司）为原告投资事业的境内实体。在被告向原告出具的落款日期为 2012 年 5 月 10 日的《担保函》中首先提及原告投资事项，确认原告投资了 2,000 万元，之后明确自愿为原告上述投资款提供担保，直至中国快递公司全部投资款退还为止。原告接受该《担保函》且未提异议，

双方就此达成保证合同关系。被告辩称《担保函》中担保表述说明其系为中国快递公司债务提供担保，与《投资合同书》所约定债务人并不对应，保证合同未成立。本院认为，被告该辩称意见不能成立：系争《担保函》明确的是对原告投资款(返还)提供担保，结合《担保函》前文中提及的签订《投资合同书》等情况，被告对原告投资款返还责任提供担保的意思表示明确。至于该《担保函》中表示的“直至中国快递公司将全部投资款退还为止”，则应是对保证期间的约定，且约定不明。该表示认为中国快递公司亦系债务人，但并未否定 T 公司的债务人身份。被告又辩称，系争《担保函》的出具未经被告决议程序，系被告原股东个人出具，损害被告合法权益。本院认为，公司对外担保应依《公司法》的规定，通过相应决议程序而形成公司意思，此公司意思的形成受《公司法》调整；公司意思通过公司法定代表人签字、公司加盖公章等方式对外表示，缔结相应法律关系，则应受《合同法》等法律调整。二者在两个层面。未经法定或公司章程规定而形成的公司意思，如经适当对外表示，并不当然导致所形成法律关系无效，此其一者。二者，系争《担保函》落款时间为 2012 年 5 月 10 日，经鉴定无法判断该落款时间的确切形成时间。本院根据我国《民事诉讼法》及相关司法解释所规定的证据规则，结合其他书证、当事人陈述、证人证言，有理由认为原告所主张的落款时间即为系争《担保函》真实形成时间的事实具有高度可能性，本院予以确认。根据该时间，方某某仍为被告法定代表人，享有 90.91% 的股权，方某某证言确认确由其出具系争《担保函》，也应认可该《担保函》的效力。由此，本院判定原、被告间保证合同关系成立并生效。三、原告的主张并未超出保证期间，被告应承担相应保证责任。依据我国《担保法》及相应司法解释的规定，保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。根据系争《投资合同书》的约定，并未明确中国快递公司未按约定期限上市后，股份回购债务的期限。依法原告可随时主张。证据表明，原告首次明确提出主张的为其 2014 年 11 月委托律师发函，因此并未超出保证期间，被告应承担相应保证责任。被告在《担保函》中对担保方式未明确，应承担连带保证责任，故原告有权直接向被告主张承担保证责任。而且《投资合同书》项下债务人 T 公司也已注销，《投资合同书》附件中包括方某某与元泰公司提供连带担保，被告在履行保证责任后有权依法向方某某和元泰公司主张分担责任。据此，依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条，最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)第十四条，《中华人民共和国担保法》第十八条、第十九条，最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第二十二条、第三十二条和最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第一百零八条的规定，判决如下：被告红楼(上海)快递有限公司对返还原告郭雪燕投资款的债务承担连带保证责任，于本判决生效之日起十日内偿付原告郭雪燕人民币 2,000 万元。如果被告未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费人民币 141,800 元，由被告红楼(上海)快递有限公司负担(于本判决生效之日起七日内交付本院)；鉴定费人民币 58,900 元由被告红楼(上海)快递有限公司负担(已付)。如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 蒋慧

审判员 虞增鑫

人民陪审员 张俭俭

二〇一六年五月五日

书记员 姚海萍

邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有 限公司合同纠纷二审民事裁定书

邯郸市中级人民法院
民事裁定书

(2016)冀 04 民辖终 444 号

上诉人(原审被告): 邯郸红日冶金有限公司, 住所地河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人: 刘生红, 该公司董事长。

委托代理人: 潘明顺, 该公司职员。

上诉人(原审被告): 河北省武安市元宝山工业集团有限公司, 住所地河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人: 刘北方, 该公司董事长。

委托代理人: 宋文召, 该公司职员。

被上诉人(原审原告): 杨昇林, 男, 1984 年 11 月 24 日出生, 汉族, 现住上海市黄浦区。上诉人邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司因合同纠纷一案, 不服河北省武安市人民法院(2016)冀 0481 民初 2998 号民事裁定, 向本院提起上诉。

邯郸红日冶金有限公司上诉称, 被上诉人投资款最终汇入国外, 合同履行地不在中华人民共和国境内。协议书约定了给付投资款的条件, 是否合格的首次公开发行或停止配合 CIS 的上市工作, 涉及到适用国外法(美国)对该事实的认定, 国内法无法确认、认定。基于以上事实, 上诉人请求裁定河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。

河北省武安市元宝山工业集团有限公司上诉称, 上诉人和邯郸红日冶金有限公司系两个完全独立的法人, 两者之间没有任何牵连关系。上诉人于 2009 年 12 月 7 日同 FriedlandCapitalInc (美国福瑞兰德资本公司北京代表处) 签订的上市金融服务协议, 已经成功履行, 协议第六条第 10 款中约定: “本协议适用的相关法律以美国法律为依据。美国科罗拉多州的法院拥有对本合同发生过程中产生的任何争议的管辖权”。因上诉人诉返还投资款同发行过程存在法律关系, 所以本案不应适用国内法。故请求裁定河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。

本院经审查认为, 本案被上诉人杨昇林提起诉讼时, 依据的是其与邯郸红日冶金有限公司签订的担保合同, 上诉人河北省武安市元宝山工业集团有限公司同案外人 FriedlandCapitalInc (美国福瑞兰德资本公司北京代表处) 签订的上市金融服务协议中有关解决纠纷方式的约定, 对本案被上诉人杨昇林不具有约束力。本案为合同纠纷, 依法应由合同履行地或者被告住所地人民法院管辖。因本案被告即二上诉人的住所地均在河北省武安市, 故河北省武安市人民法院对本案有管辖权。一审裁定正确, 依法应予维持。上诉人的上诉理由不成立, 本院不予采信。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条规定, 裁定如下:

驳回上诉, 维持原裁定。

本裁定为终审裁定。

审判长 杨俊英

审判员 左建阔

审判员 张静

二〇一六年十月三十一日

书记员 崔针针

杭州家庭医生健康产业有限公司与英凡（杭州）医药网络科技有限公司合同纠纷一审民事判决书

杭州市萧山区人民法院

民事判决书

（2014）杭萧商外初字第 11 号

原告杭州家庭医生健康产业有限公司。

法定代表人刘跃平。

委托代理人刘平、汪红馥，浙江京衡律师事务所律师。

被告英凡（杭州）医药网络科技有限公司。

法定代表人朱敏。

委托代理人陈华强、刘轲，浙江永大联合律师事务所律师。

原告杭州家庭医生健康产业有限公司（以下简称家医公司）诉被告英凡（杭州）医药网络科技有限公司（以下简称英凡公司）、耿海波合同纠纷一案，本院于 2014 年 1 月 6 日立案受理后，依法由审判员杜智慧适用简易程序。耿海波在提交答辩状期间提出管辖权异议。2014 年 2 月 12 日，原告申请撤回对被告耿海波的起诉，本院裁定予以准许。本案于 2014 年 2 月 24 日公开开庭进行了审理。原告委托代理人刘平和被告委托代理人陈华强、刘轲到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告家医公司诉称：2007 年 10 月，原、被告签订《并购合同》一份，约定将原告及其所属的 8 家医疗机构（新湖诊所、江南诊所、飞云诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、凌云妇科门诊部、春燕诊所）折价 600 万元并购给被告；同时约定被告应在并购 5 年内实现 IPO（首次公开发行募股），否则，到期后原告有权以同等条件将原并购的 8 家医疗机构回购。合同签订后，被告向原告支付收购款 200 万元，原告则将合同约定的家医公司及所属的 8 家医疗机构（包括相应证照及资产、人员等）交接给被告。后该 8 家医疗机构（包括证照等）因客观原因未能过户及变更至被告名下，但其中的“春燕诊所”按被告的指令过户至耿海波名下。在此期间，被告一直实际行使对该 8 家医疗机构的经营管理，进行投入和收益，而原告则予以配合。2012 年 9 月，“凌云妇科门诊部”因经营中存在违规行为而被杭州市西湖区卫生局注销《医疗机构执业许可证》。2012 年 12 月 31 日，合同约定的回购时间已到，但被告的 IPO 工作最终没有完成。原告为此向被告主张回购并要求赔偿“凌云妇科门诊部”被注销而造成的损失，双方因此发生争议。为此，原告向杭州市中级人民法院（以下简称杭州中院）提起诉讼【案号为（2013）浙杭商外初字第 32 号】，后杭州中院作出解除家医公司和英凡公司于 2007 年 10 月签订的《并购合同》等判决内容。判决生效后，被告仅将部分经营权交还给原告，拒绝将相应证照、公章等归还给原告，也拒绝将“春燕诊所”过户给原告。故原告起诉要求：1. 被告在限期内将家医公司、江南诊所、飞云诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、新湖诊所的所有证照（包括营业执照、医疗机构执业许可证、组织机构代码证、税务登记证等），家医公司的公章、财务章、法定代表人章返还给原告；2. 被告在限期内将家医公司、江南诊所、飞云诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、新湖诊所自 2007 年 12 月至 2013 年 7 月期间经营产生的财务凭证、帐本、报表、国地税申报表、审计报告、所得税汇算清缴审计报告交付给原告；3. 被告将家医公司 2013 年 6 月前未缴销国税发票（发票号码为 XXXXXXXXXXXX 以及 XXXXXXXXXXXX）的一批浙江省医疗服务门诊专用发票、地税收据（起始号码为 XXXXXXXX-XXXXXXX）以及电脑系统开票上传地税系统的规定格式数据交付给原告。庭审中，原告将第 1 项请求变更为：要求被告在限期内将家医公司、江南诊所、飞云

诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、新湖诊所的组织机构代码证、税务登记证，家医公司的公章、财务章、法定代表人章，江南诊所的医疗机构执业许可证返还给原告。

被告英凡公司辩称：《并购合同》订立后，原告未能按约定将家医公司以及涉案诊所转给被告所有，也没有向被告办理完整的交接手续，原告仅陆续向被告交付了家医公司的公章、财务章、法定代表人章各一枚以及江南诊所、飞云诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、新湖诊所的营业执照副本。其余证照未交接，被告也从未持有过。后营业执照副本已归还，家医公司的公章、财务章、法定代表人章尚在被告处，被告愿意返还。

由于原告并未将家医公司及涉案诊所的权属转让给被告所有，涉案诊所始终在原告的直接经营和控制之下，因此被告对涉案诊所的实际经营只能通过原告对《并购合同》的诚信遵守和原告员工的配合来实现。特别是家医公司及诊所的全部财务、审计、税务工作均由原告的员工经办处理。被告对此仅享有知情权和协助权。原告主张的财务凭证等，由原告的财务人员经办并保管，他们直接向原告负责，被告处不存在上述财务凭证。关于发票和收据，由原告的财务人员向税务机关领取并分发至各诊所，被告并未参与。而原告于 2013 年 4 月向各诊所发函声明收回全部诊所，更加使被告对发票、收据的使用、缴费情况一无所知。所以被告根本不可能持有原告主张的发票和收据，更无从归还。对开票数据，原告于 2013 年 4 月 1 日将被告数据输入端口拔除，导致被告的数据系统崩盘，原有数据全部丢失。

综上，原、被告的争议已经杭州中院判决且生效，故请求法院驳回原告的诉讼请求。

原告家医公司为支持其主张的事实，在举证期限内向本院提供了下列证据材料：

1. 杭州中院（2013）浙杭商外初字第 32 号民事判决书 1 份，欲证明法院判决《并购合同》解除、恢复原状，被告应当返还 7 家诊所，原告应当返还收购款 150 万元；其次证明法院已认定《并购合同》签订后，被告随即对 8 家医疗机构进行经营管理等；
2. 《并购合同》1 份，欲证明原、被告签订《并购合同》及合同约定的相关权利义务，同时依据合同约定和被告实际控制诊所的情况，能够证明原告已将医疗机构相应的财务凭证等交给被告。

经质证，被告对证据 1、2 的真实性无异议，但证明对象有异议，认为原、被告没有办交接手续，被告没有实际控制家医公司，而只是通过原告的法定代表人刘跃平间接控制公司。判决书也认定双方在履行合同过程中，实际上进行了变更，包括仅把部分证照和章交给被告，原告也没有足够证据证明其向被告进行了交接。

经审查，本院认为，证据 1、2 的真实性、合法性可以认定，但不足以证明原告已将医疗机构的所有证照及财务凭证等交给被告的事实。

被告英凡公司为支持其主张的事实，在举证期限内向本院提供了下列证据材料：授权书和收条各 1 份，欲证明被告已将实际占有的相关营业执照于 2013 年 6 月 21 日归还给原告。

经质证，原告对该证据的真实性无异议，但只能证明营业执照副本（包括家医公司及 6 家诊所）已归还原告，同时也印证原告已将其其他证照交给被告。

经审查，本院认为，被告提供的证据的真实性可以认定，且能证明被告所要证明的事实，本院予以认定，同时该证据不能印证原告已将其其他证照交接给被告。

根据以上所确认的证据和双方当事人庭审中的陈述，本院认定以下事实：

2007 年 10 月，英凡公司（甲方）与家医公司（乙方）签订《并购合同》一份，合同约定：甲乙双方认定乙方所拥有公司资产，包括 8 家医疗机构：新湖诊所、江南诊所、飞云诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、凌云妇科门诊部、春燕诊所（含固定资产及无形资产），不包括天城路门诊部的资产，估值 600 万元；甲方收购乙方公司，即并购款总额为 600 万元，完成并购后甲方持有乙方 8 家医疗机构 100% 的股份；甲方支付并购款以现金和股权两种方式支付：（1）股权支付：甲方承诺将增发甲方开曼公司 ChinaPharmaceuticalDistributionHoldingCo.Limited 的 87 万股股份授予乙方（按 2007

年 8 月时甲方公司估值，甲方开曼公司 87 万股股份估值为 400 万元），作为价值 400 万元的并购支付款……（2）现金支付：甲方将支付现金并购款 200 万元给乙方，其中合同签署之日起一周内付首付款 50 万元，被并购的乙方公司诊所主要证照的变更和过户手续办理前支付 100 万元，办理完成后一周内再支付 50 万元……；自甲方并购首付款交付之日起，乙方在 60 日内完成包括但不限于如下乙方公司主要证照的变更和过户手续的办理：公司章程、股东会决议、企业法人营业执照、组织机构代码证、地税和国税税务登记证、乙方并购的服务诊所完全属于甲方所有的相关手续；甲方给予协助，若由于乙方原因而不能在 60 日内完成上述所有证照的变更和过户手续，则视为乙方违约，甲方有权按合同约定追究乙方违约责任；……除不可抗拒因素外，若甲方违约，则乙方有权终止合同，且甲方向乙方支付违约金 100 万元，乙方实际经济损失与违约金不符时，差额部分由甲方据实赔偿，若乙方违约，则甲方有权终止合同，乙方必须在甲方提出终止合同之日起 5 日内将甲方已付款及利息退还给甲方，并向甲方支付违约金 100 万元，甲方实际经济损失与违约金不符时，差额部分由乙方据实赔偿；……5 年内（2008 年-2012 年）甲方未能 IPO，乙方有权以同等条件将原来被并购的 8 家医疗机构回购，即用乙方拥有的开曼公司的 87 万股份及 200 万元回购，甲方如不配合，则视为违约。

《并购合同》签订后，英凡公司向家医公司支付收购款 200 万元。英凡公司随即开始对合同约定的 8 家医疗机构进行经营管理，但双方未办理交接手续。在履行过程中，该 8 家医疗机构（包括相应证照）因故未能过户及变更至英凡公司名下，而合同约定的有关英凡公司增发开曼公司 87 万股股份（折价 400 万元）及转让事宜双方也未实际操作。但英凡公司一直实际行使对上述 8 家医疗机构的经营管理，进行投入和获得收益，家医公司则予以配合。双方合作至 2012 年 9 月，刘跃平以家医公司法定代表人名义向英凡公司发送了《关于要求对家医公司下属门诊部及诊所加强管理、堵绝违法经营等事项的函》，对几家医疗机构的管理问题提出意见，并提出合同约定的 5 年回购时间已近届满，要求英凡公司回复是否能在约定期限内完成 IPO 工作或者与家医公司协商 8 家医疗机构回购事项。英凡公司随后回复，称愿意按照合同处理 8 家医疗机构的回购问题。2012 年 12 月 8 日，家医公司向英凡公司发函，提出回购 8 家医疗机构的若干意见。但因双方未能达成一致，家医公司遂于 2013 年 2 月 4 日向杭州中院起诉要求判令：1. 英凡公司从家医公司处收购的 7 家医疗机构按约定的条件回购给家医公司；2. 英凡公司向家医公司支付违约金 100 万元；3. 英凡公司赔偿因“凌云妇科门诊部”被注销而给家医公司造成的损失 150 万元。英凡公司提起反诉要求判令：1. 家医公司与英凡公司签订的《并购合同》终止；2. 家医公司向英凡公司退还已付并购款 200 万元，并支付利息 533562 元；3. 家医公司向英凡公司支付违约金 100 万元。杭州中院判决如下：1. 解除家医公司和英凡公司于 2007 年 10 月签订的《并购合同》；2. 英凡公司于本判决生效之日起十五日内向家医公司支付折价赔偿款 50 万元；3. 家医公司于本判决生效之日起十日内向英凡公司返还收购款 200 万元；4. 驳回家医公司的其余诉讼请求；5. 驳回英凡公司的其余反诉请求。

另查明，案涉 8 家医疗机构中，江南诊所、飞云诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、凌云妇科门诊部均为家医公司名下的分支机构，负责人为刘跃平；春燕诊所为个体工商户，登记在耿海波（英凡公司签订《并购合同》的授权代表人）名下；新潮诊所为普通合伙企业，执行事务合伙人为刘跃平。刘跃平自 2006 年 11 月起至今一直担任家医公司的法定代表人，《并购合同》签订后，英凡公司又任命刘跃平作为英凡公司医疗事业部总经理负责杭州地区所有诊所及门诊部（包括案涉 8 家医疗机构）的经营管理。2008 年 12 月，经刘跃平签字和家医公司盖章，凌云妇科门诊部与案外人签订内部经济责任协议书，将该门诊部内部经营权承包给案外人。2010 年，刘跃平离开英凡公司管理层。2012 年 9 月 13 日，杭州市西湖区卫生局对凌云妇科门诊部作出杭西卫注（2012）1 号《注销卫生行政许可证件决定书》，以其在

经营中存在违规行为为由，注销其卫生行政许可证。此外，梦云诊所未办理 2010-2012 年年度的排污申报手续，江南诊所未参加 2010-2011 年年度的工商年检。

又查明，家医公司于 2013 年 3 月 31 日向案涉 8 家医疗机构中的 7 家（除凌云妇科门诊部外）诊所员工发布《通告函》，称家医公司决定自 2013 年 4 月 1 日起直接接管原拟回购的该 7 家医疗机构的经营工作。至 2013 年 4 月底左右，家医公司已实际接管除凌云妇科门诊部的案涉 7 家医疗机构进行经营管理，但未办理交接手续。2014 年 3 月 24 日，被告将家医公司的公章、财务章及法定代表人章各一枚交付给原告。

本院认为：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。原、被告订立《并购合同》后，被告接管案涉 8 家医疗机构进行经营管理及原告于 2013 年 4 月底左右实际接管除凌云妇科门诊部的案涉 7 家医疗机构进行经营管理，双方均未办理交接手续。原告主张的诉讼请求，除家医公司的公章、财务章及法定代表人章已在审理期间交付而本院不作判决外，其余请求缺乏事实依据，本院不予支持。据此，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、驳回原告杭州家庭医生健康产业有限公司要求被告英凡（杭州）医药网络科技有限公司返还英凡（杭州）医药网络科技有限公司、江南诊所、飞云诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、新湖诊所的组织机构代码证、税务登记证及江南诊所的医疗机构执业许可证的诉讼请求；

二、驳回原告杭州家庭医生健康产业有限公司要求被告英凡（杭州）医药网络科技有限公司交付英凡（杭州）医药网络科技有限公司、江南诊所、飞云诊所、梦云诊所、溪云诊所、北区诊所、新湖诊所自 2007 年 12 月至 2013 年 7 月期间经营产生的财务凭证、帐本、报表、国地税申报表、审计报告、所得税汇算清缴审计报告及 2013 年 6 月前未缴销国税发票（号码为 XXXXXXXXXXXX 及 XXXXXXXXXXXX）的浙江省医疗服务门诊专用发票、地税收据（号码为 XXXXXXXX-XXXXXXX）、电脑系统开票上传地税系统的规定格式数据的诉讼请求。

案件受理费 1150 元，原告杭州家庭医生健康产业有限公司负担 1000 元，被告英凡（杭州）医药网络科技有限公司负担 150 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省杭州市中级人民法院，并按照不服一审判决部分的上诉请求向浙江省杭州市中级人民法院预交上诉案件受理费。在上诉期满后的次日起七日内仍未交纳的，按自动撤回上诉处理。（杭州市中级人民法院开户银行为工商银行湖滨分理处，户名浙江省杭州市中级人民法院，账号 1202024409008802968）

审判员 杜智慧

二〇一四年四月二十二日

书记员 章筱敏

杭州青巢创业投资合伙企业与赵德民股权转让纠纷一审民事判决书

杭州市余杭区人民法院

民事判决书

(2015)杭余商初字第1974号

原告：杭州青巢创业投资合伙企业(有限合伙)，住所地：浙江省杭州市余杭区文一西路1500号2号楼515室。

诉讼代表人：姚勇杰，该企业执行事务合伙人委派代表。

委托代理人：陆凤麟，浙江六和律师事务所律师。

被告：赵德民。

原告杭州青巢创业投资合伙企业(有限合伙)(以下简称青巢创业投资)为与被告赵德民股权转让纠纷一案，于2015年8月11日向本院起诉，本院于同日受理后，依法组成合议庭，于2015年12月28日公开开庭进行了审理。原告青巢创业投资的委托代理人陆凤麟到庭参加诉讼，被告赵德民经本院合法传唤无正当理由拒不到庭。本案现已审理终结。

原告青巢创业投资起诉称：2012年11月20日，原告青巢创业投资及沈根年、顾立海、朱建寅、余骥作为丙方、被告赵德民及兴化市兴德投资有限公司(以下简称兴化兴德公司)、沈群、李林、冯志英作为乙方、江苏熔锐镍钴有限公司(以下简称江苏熔锐公司)作为甲方签订了《关于江苏熔锐公司之增资扩股协议》，协议约定原告青巢创业投资及沈根年、顾立海、朱建寅、余骥等人以货币方式向江苏熔锐公司增资，原告青巢创业投资增资2500万元，其中281.72万元作为江苏熔锐公司的注册资金，其余2212.79万元计入江苏熔锐公司的资本公积，增资完成后，原告青巢创业投资占江苏熔锐公司新注册资本的7.4761%；若江苏熔锐公司申请首次公开发行股份并上市的材料在2016年底前仍未被证监会受理，协议各方约定原告青巢创业投资将要求被告赵德民回购原告青巢创业投资持有的江苏熔锐公司的股权，被告赵德民应当在通知之日起30日内回购原告青巢创业投资持有的江苏熔锐公司股权并签署股权转让协议，回购金额由以下方式确定：回购金额=投资人投资金额 $\times$ (1+资金占用天数/365 $\times$ 15%)，资金占用天数指原告青巢创业投资将增资款打入江苏熔锐公司验资帐户当天起至被告赵德民支付全部购回款的当日实际天数；被告赵德民无条件同意并在双方签订股权转让协议后60日内以现金方式一次性向原告青巢创业投资支付全部购回款及利息，若发生迟延付款，则迟延付款部分需按每日万分之五支付违约金。

合同签订后，原告青巢创业投资于2012年11月21日按照协议约定将2500万元增资款一次性汇入协议指定的江苏熔锐公司帐户。后双方办理了股权变更登记手续，原告青巢创业投资持有江苏熔锐公司7.4761%的股权。

2013年底，江苏熔锐公司出现大幅度亏损，且至今已经陷入全面停产状态。直至原告青巢创业投资起诉之日，江苏熔锐公司一直未开工生产，已经不满足公开发行股权并上市要求的连续两个会计年度持续经营的实质性要求，江苏熔锐公司已经不可能完成2016年底上市，属于预期违约。原告青巢创业投资为此诉至本院，请求判令：一、被告赵德民回购原告青巢创业投资持有的江苏熔锐公司7.4761%股权；二、被告赵德民支付股权回购款34976027元(2500万元 $\times$ (1+资金占用天数/365 $\times$ 15%)，资金占用天数自2012年11月22日起暂计算至2015年7月20日，自2015年7月21日起按照上述标准计算至判决确定的履行期限之日止，并要求赵德民支付自判决确定的履行期限届满之日起至实际履行之日止、以判决确定的履行期限届满之日当日的回购款金额为基数、按日万分之五计算的违约金)；三、本案诉讼费用由被告赵德民承担。

344

原告青巢创业投资为支持其诉请主张，在庭审中出示并陈述了下列证据材料：

- 1、《增资扩股协议》一份，用以证明原告青巢创业投资向江苏熔锐公司增资，合同约定如江苏熔锐公司在 2016 年年底上市申请不能被受理，则被告赵德民回购原告青巢创业投资的股权的事实；
 - 2、江苏熔锐公司章程一份，用以证明原告青巢创业投资后，成为江苏熔锐公司股东的事实；
 - 3、网银转账业务回单一份，用以证明原告青巢创业投资已向江苏熔锐公司交付增资扩股款项的事实；
 - 4、《停产证明》一份，用以证明江苏熔锐公司目前已经停产，不具备上市条件的事实。
- 被告赵德民未作答辩，也未向本院提交证据，对原告青巢创业投资提供的证据放弃到庭质证的权利。

原告青巢创业投资提交的证据 1-4，符合证据的三性原则，且能证明本案的相关事实，本院予以确认作为认定本案相关事实的依据。

本院根据当事人的陈述及本院确认的有效证据，本院认定本案事实如下：

2012 年 11 月 20 日，江苏熔锐公司为甲方，赵德民、兴化兴德公司、沈群、李林、冯志英为乙方，青巢创业投资、沈根年、顾立海、朱建寅、余骥为丙方签订《增资扩股协议》一份，主要约定：甲方系依法成立的有限公司，因经营发展需要，拟引进战略投资者进行增资扩股，乙方为甲方的股东，一致同意接受丙方作为新股东对甲方进行投资，并按本协议之约定进行增资，丙方同意以增资的方式对甲方进行投资，参股甲方；增资前的股权结构为赵德民出资 2209.74 万元，占注册资本 70.88%，兴化兴德公司出资 218.26 万元，占注册资本 7.00%，沈群出资 300 万元，占注册资本 9.62%，李林出资 195 万元，占注册资本 6.25%，冯志英出资 195 万元，占注册资本 6.25%；青巢创业投资以人民币 2500 万元向甲方增资，其中 287.21 万元作为甲方之注册资本，余 2212.79 万元计入甲方之资本公积，增资完成后，青巢创业投资占本次增资完成后甲方新注册资本的 7.4761%；沈根年以人民币 1500 万元向甲方增资，其中 172.33 万元作为甲方之注册资本，余 1327.67 万元计入甲方之资本公积，增资完成后，沈根年占本次增资完成后甲方新注册资本的 4.4856%；顾立海以人民币 1000 万元向甲方增资，其中 114.89 万元作为甲方之注册资本，余 885.11 万元计入甲方之资本公积，增资完成后，顾立海占本次增资完成后甲方新注册资本的 2.9904%；朱建寅以人民币 800 万元向甲方增资，其中 91.91 万元作为甲方之注册资本，余 708.09 万元计入甲方之资本公积，增资完成后，朱建寅占本次增资完成后甲方新注册资本的 2.3923%；余骥以人民币 500 万元向甲方增资，其中 57.44 万元作为甲方之注册资本，余 442.56 万元计入甲方之资本公积，增资完成后，余骥占本次增资完成后甲方新注册资本的 1.4952%；丙方增资资金应于本协议生效之日起 5 个工作日内全额汇入甲方验资账户，甲方应在收到丙方的全部增资款之日起 5 个工作日内办理完毕有关本次增资的工商变更登记手续；丙方自增资额到账之日即视为公司股东，按占公司注册资本的比例享有股东权利、承担股东义务；乙方秉承善意尽职的精神，向丙方承诺甲方在 2012 年实现盈利，经持有《证券、期货相关业务许可证》会计师事务所审计（扣除非经常性损益前后，以低者为准，以下同），2013 年经审计的净利润不低于人民币 3800 万元，2014 年经审计的净利润不低于人民币 4560 万元，2015 年经审计的净利润不低于人民币 5472 万元，2016 年经审计的净利润不低于人民币 6500 万元；若甲方无法实现以上业绩，乙方在甲方各年度审计报告出具后 10 日内，向丙方支付其应补偿的现金，此项内容将另行签订《业绩补偿协议》，实际控制人赵德民以其持有的甲方股权为其应支付的补偿金向丙方提供担保，自 2014 年起，若利润为以上承诺业绩的 80%-90%时，赵德民在甲方年度《审计报告》出具后 10 日内，向丙方支付其应补偿的现金，此项内容将另行签订《业绩补偿协议》，实际控制人赵德民以其持有的公司股权为其应支付的补偿金向丙方提供担保，若小于以上承诺业绩的 80%，乙方可选择股份回购；若甲方申请首次公开发行股份并上市的

材料在 2016 年底以前仍未被证监会受理的，协议各方约定丙方将要求赵德民回购丙方持有的甲方股份，赵德民应在通知之日起 30 日内回购丙方持有的甲方股份并签署股权转让协议，回购金额由以下方式确定：回购金额=投资人投资金额 $\times$ （1+资金占用天数/365 $\times$ 15%），若按上述方式计算所得的回购金额低于丙方持有的甲方股权所对应的净资产值的，则应按丙方所持有的甲方股权所对应的净资产值为准确定回购金额；前款所谓资金占用天数指丙方将本次增资款打入甲方验资账户的当天起至赵德民完成支付上述全部回购金额的当日的实际天数；赵德民无条件同意并在双方签订股份转让协议后 60 日内以现金方式一次性向丙方支付全部回购款及利息，若发生迟延履行，则迟延履行部分需按每日万分之五支付违约金，付清回购款项后丙方协助办理股份转让的工商变更登记；甲方已分配给丙方的利润可冲抵赵德民支付给丙方的回购款；本条款自甲方提交的首次公开发行股票申请材料被中国证监会受理后，在证监会审核期间自动失效，若审核未通过，本条款继续有效，在取得证监会发行批文后并正式挂牌交易后自动永久失效。协议还就各方其他权利义务作了约定。

协议签订后，青巢创业投资于 2012 年 11 月 21 日向江苏熔锐公司的验资账户转账 2500 万元。江苏熔锐公司在收到上述增资款后，办理了股权变更登记手续，青巢创业投资持有江苏熔锐公司 7.4761% 的股份。

2015 年 8 月 3 日，江苏熔锐公司出具《停产证明》一份，载明：江苏熔锐公司自 2013 年 6 月开始停产，没有营业至今。

本院认为：原告青巢创业投资与被告赵德民及江苏熔锐公司、兴化兴德公司、沈群、李林、冯志英、沈根年、顾立海、朱建寅、余骥签订的《增资扩股协议》，未违反法律、行政法规效力性强制性规定，应认定合法有效。《增资扩股协议》约定若江苏熔锐公司申请首次公开发行股票并上市的材料在 2016 年底以前仍未被证监会受理的，原告青巢创业投资有权要求被告赵德民回购原告青巢创业投资持有的江苏熔锐公司股份。根据江苏熔锐公司于 2015 年 8 月 3 日出具的《停产证明》，江苏熔锐公司自 2013 年 6 月开始停产、没有营业，已不符合首次公开发行股票并上市的条件，其申请材料在 2016 年底以前显然不会被证监会受理，故协议约定的股权回购条件成就，原告青巢创业投资有权要求被告赵德民依约回购股权并支付相应的股权回购款，但原告青巢创业投资关于要求被告赵德民支付自判决确定的履行期限届满之日起至实际履行之日止、以判决确定的履行期限届满之日当日的回购款金额为基数、按日万分之五计算的违约金的诉讼请求，无合同和法律依据，本院不予支持。综上，原告青巢创业投资的诉讼请求，本院对其合理部分予以支持，其余部分不予支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第四十五条、第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百四十四条及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、被告赵德民于本判决生效后十日内以 34976027 元〔按 2500 万元 $\times$ （1+资金占用天数/365 $\times$ 15%）计算（其中资金占用天数自 2012 年 11 月 22 日计算至判决确定履行之日，以自 2012 年 11 月 22 日起暂计算至 2015 年 7 月 20 日的资金占用天数计算的回购款金额为 34976027 元）〕回购原告杭州青巢创业投资合伙企业（有限合伙）持有的江苏熔锐镍钴有限公司 7.4761% 的股权；

二、驳回原告杭州青巢创业投资合伙企业（有限合伙）的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费 216680 元、公告费 260 元，合计 216940 元，由被告赵德民负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省杭州市中级人民法院，并向浙江省杭州市中级人民法院预交上诉案件受理费 216680 元，上诉期满次日起七日内仍未交纳的，按自动撤回上诉处理（人民法

院户名(浙江省杭州市中级人民法院),帐号:12×××68,开户行(工商银行湖滨分理处))。
对财产案件提起上诉的,案件受理费按照不服本院判决部分的上诉请求由本院另行书面通知
预交。

审判长 胡其芬
人民陪审员 章燕
人民陪审员 唐少鹏
二〇一六年四月五日
书记员 陈斯敏

黄春选与瑞寰教育投资管理有限公司股权转让纠纷二审民事裁定书

南京市中级人民法院

民事判决书

(2017)苏01民终9228号

上诉人(原审原告):黄春选,男,汉族,1973年5月27日出生,住陕西省西安市雁塔区。

委托诉讼代理人:王云,上海市锦天城(南京)律师事务所律师。

委托诉讼代理人:郎云云,上海市锦天城(南京)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):瑞寰教育投资管理有限公司,住所地在江苏省南京市鼓楼区渊声巷17号。

法定代表人:沈伟莉,该公司董事长。

委托诉讼代理人:纪子放,北京颐合中鸿律师事务所律师。

委托诉讼代理人:李甦,北京颐合中鸿律师事务所律师。

上诉人黄春选因与被上诉人瑞寰教育投资管理有限公司(以下简称瑞寰投资公司)股权转让纠纷一案,不服南京市鼓楼区人民法院(2017)苏0106民初2517号民事判决,向本院提起上诉。本院于2017年10月23日立案后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。黄春选上诉请求:撤销一审判决并改判支持黄春选诉讼请求。事实与理由:一、一审法院对案件事实并未查清,对黄春选提出的笔迹鉴定申请不予准许,剥夺了黄春选在一审中的举证权利,存在程序错误;二、一审法院在未查明《股权转让确认书》中“黄春选”签名真实性的前提下,主观推断认定黄春选对案涉股权转让知情,事实认定不清、法律适用错误。

瑞寰投资公司辩称,一审判决认定事实清楚,适用法律正确,应予维持。黄春选对股权转让事实知情,对其提出的鉴定申请,如对待证事实没有意义,一审法院有权裁定不予准许,符合法律规定。

黄春选向一审法院起诉请求:1.确认2008年8月18日关于黄春选向瑞寰投资公司转让陕西大德教育产业开发有限公司(以下简称大德教育公司)15%股权的《股权转让确认书》无效;2.瑞寰投资公司向黄春选返还大德教育公司15%的股权;3.本案诉讼费用由瑞寰投资公司承担。

一审法院认定事实:大德教育公司于1999年9月20日登记成立。原股东有黄藤、黄普选、黄春选,其中黄藤与黄春选系叔侄关系。2008年8月18日,加盖有大德教育公司、瑞寰投资公司印章,以及“黄春选”签名字样、印章和身份证的《股权转让确认书》交由工商部门进行了变更股东登记,该确认书上注明:经大德教育公司第20次股东会决定,同意黄春选将在公司拥有的15%的股权225万元转让给瑞寰投资公司,以上转让真实有效。

一审另查明,2008年5月28日,瑞寰投资公司作为投资方与黄藤等签订《投资协议》一份,约定:瑞寰投资公司向黄藤所控制并管理的西安外事学院等3所学校投资;各方还对投资金额、出资比例、股权转让、投资方知情权、首次公开发行及赎回权、违约责任等权利义务进行了约定。2008年8月8日,瑞寰投资公司向大德教育公司转账47242403元,用途为增资;同年8月11日,黄藤向瑞寰投资公司发出付款通知书一份,要求瑞寰投资公司向其指定的账户支付1000万美元,其中包括股权转让款225万元人民币;同年8月18日,瑞寰投资公司向大德教育公司转账1亿元,用途为增资;同年8月25日,瑞寰投资公司又向大德教育公司转账1亿元。2008年9月9日,陕西华天会计师事务所有限责任公司向大德教育公司出具验资报告(陕华天验字2008第468号)及验资事项说明一份,主要内容为:其接受大德教育公司委托,审验了大德教育公司截至2008年8月26日止新增注册资本及实收资本

情况：大德教育公司变更前注册资本为 1500 万元，实收资本 1500 万元，根据公司股东会决议和修改后章程的规定，大德教育公司申请股权转让和增加注册资本，其中：由变更前股东黄春选将出资额 225 万元转让给新股东瑞寰投资公司；公司增加注册资本 5800 万元，由新股东瑞寰投资公司于 2008 年 8 月 26 日之前一次缴足，变更后的注册资本为 7300 万元；经审验，截至 2008 年 8 月 26 日，大德教育公司已收到瑞寰投资公司缴纳的货币出资 5800 万元；大德教育公司变更前股东为黄藤、黄普选、黄春选，变更后股东为黄藤、瑞寰投资公司、黄普选。2009 年 5 月 15 日，瑞寰投资公司向大德教育公司汇款 5000 万元，同年 5 月 17 日，陕西中庆会计师事务所有限责任公司对瑞寰投资公司上述出资向大德教育公司出具验资报告。2013 年 11 月 23 日，瑞寰投资公司（乙方）与黄藤等（甲方）签订《框架协议》一份，约定：鉴于 2008 年 5 月 28 日瑞寰投资公司与黄藤等签订了《投资协议》，瑞寰投资公司在全额支付了投资款项后，注册登记为持有大德教育公司 45% 股权的股东；甲乙双方经友好协商，由鱼化龙集团及大德房地产共同购买瑞寰投资公司 45% 股权，股权对价为 168632000 元等。2015 年 6 月 15 日，瑞寰投资公司作为申请人以黄藤、大德教育公司等为被申请人，根据 2008 年 5 月 28 日签订的《投资协议》中的仲裁条款向中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称国贸仲裁委）提交仲裁申请书，国贸仲裁委于同年 7 月 7 日通知受理。2016 年 1 月 26 日，黄藤等以黄春选向人民法院提起诉讼要求确认其与瑞寰投资公司之间的股权转让协议无效等为由，书面申请国贸仲裁委中止审理。

一审还查明，2008 年 8 月 18 日，大德教育公司形成第 20 次股东会决议：由股东黄藤、黄普选、黄春选参加，同意黄春选将其持有的公司 15% 的股权（225 万元）转让给瑞寰投资公司等；落款有黄藤、黄普选、黄春选的签名字样和印章。同日，大德教育公司又形成第 21 次股东会决议：由股东黄藤、黄普选、瑞寰投资公司参加，同意由黄藤、黄普选、瑞寰投资公司组成新一届股东会；同意选举黄藤、黄普选、黄春选等为董事会成员等；落款有黄藤、黄普选、瑞寰投资公司的签名字样和印章。2017 年 1 月 24 日形成的大德教育公司企业信用信息公示报告显示：大德教育公司的法定代表人为郭栋；股东为黄藤和瑞寰投资公司；黄藤为董事长、黄春选为董事等。

一审争议焦点是：黄春选与瑞寰投资公司之间的股权转让是否系黄春选真实意思表示。

一审法院认为，当事人在诉讼过程中对自己主张的事实或者反驳对方所主张的事实有责任提供证据加以证明，且提供的证据应当能充分证明案件的事实，否则将承担不利的后果。本案中，一、虽然黄春选诉称其并未与瑞寰投资公司签订股权转让协议，但其举证的《股权转让确认书》上有其印章和身份证，即使签名不是其本人所签，也不能绝对排除其有委托第三人办理股权转让事宜的意思表示。黄春选作为完全民事行为能力人，应对其民事行为所产生的后果承担相应的民事责任。二、根据工商登记表明，黄春选作为大德教育公司的原股东时持有 15% 股权（225 万元），且从 2008 年 8 月 18 日至今一直为董事会董事。而黄春选诉称的 2016 年 1 月才发现股权被转让，其间已将近 8 年时间，黄春选既不参加大德教育公司的股东会和董事会，也不要求大德教育公司分红获利，有悖一般投资人或股东、公司高管的行为常理。三、瑞寰投资公司根据上述《投资协议》，向大德教育公司投入了巨额资金作为注册资本，如果没有相应股权转让的事实，瑞寰投资公司的行为无法解释，且瑞寰投资公司在受让黄春选股权事宜中亦无恶意或重大过失。四、瑞寰投资公司现与黄藤、大德教育公司等因 2008 年 5 月 28 日签订的投资协议产生纠纷，并已仲裁，而黄藤与黄春选系叔侄关系，黄春选现在以股权转让纠纷将瑞寰投资公司诉至法院，亦非善举。故此，一审法院根据本案事实综合评判，黄春选对 2008 年 8 月 18 日将其在大德教育公司的 15% 股权（225 万元）转让给瑞寰投资公司的事实是知情的，是其与瑞寰投资公司的真实意思表示，合法有效，对黄春选和瑞寰投资公司具有约束力。综上所述，依法成立的合同，受法律保护。当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。黄春选的上述诉讼请求，因无事实和法律依据，一审法院

均不予支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六条、第八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款规定，判决：驳回黄春选的诉讼请求。一审案件受理费 24800 元，因适用简易程序减半收取 12400 元，由黄春选负担。

对一审判决认定的案件事实，双方当事人均不持异议，双方二审中均未向本院提供新的证据，本院依法予以确认。

二审争议焦点在于：案涉《股权转让确认书》是否无效。

本院认为，对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。本案中，瑞寰公司主张《股权转让确认书》真实存在，系双方的真实意思表示，为此其提供了《股权转让合同》复印件等证据予以证实。从《股权转让确认书》这一关键证据分析，确认书附有黄春选的身份证复印件，陕西省工商行政管理局经办人邢颖于 2008 年 9 月 9 日在确认书上加盖了“身份证复印件与原件一致的企业登记专用章”，由此可知在大德公司办理股权变更手续时，工商行政机关对黄春选的身份证原件进行了核实，黄春选将自己的身份证交付给大德公司经办人，委托经办人办理股权变更事宜。且确认书记载“经大德公司第 20 次股东会会议决定，同意黄春选将股权转让给瑞寰公司”的内容并加盖了大德公司印章，黄春选否认该股东会会议上其签字和印章均不是本人的，但就此未提供证据证明。依据双方当事人提供的现有证据分析，本院确信瑞寰公司待证的其与黄春选之间存在股权转让的事实存在高度可能性，应予以认定。瑞寰公司诉称其丢失了《股权转让协议》原件，存在高度可能性，应予以采纳。至于股权确认书上黄春选的签名是否是本人所签，对解决案件纠纷并无实质影响，黄春选对其将股权转让给瑞寰公司的事实应为知情同意。一审法院未予准许其鉴定申请，并无不当。黄春选上诉主张确认书无效，缺乏事实及法律依据，本院不予支持。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 24800 元，由上诉人黄春选负担。

本判决为终审判决。

审判长 张广永

审判员 董岩松

审判员 曹廷生

二〇一七年十二月二十八日

书记员 胡戎

黄溪元申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书

深圳市中级人民法院

民事裁定书

(2014)深中法涉外仲字第 223 号

申请人(仲裁被申请人、反请求申请人):黄溪元。

委托代理人:曾超等,广东圣方律师事务所律师。

委托代理人:魏苏川,广东圣方律师事务所实习律师。

被申请人(仲裁申请人,反请求被申请人):天津雷石信创股权投资合伙企业(有限合伙),住所地天津经济技术开发区新城西路 52 号滨海金融街 6 号楼三层 J312 室,组织机构代码 56268057-0。

负责人:王宇。

委托代理人:鲁立,北京市重光律师事务所律师。

委托代理人:贾建华,北京市重光律师事务所律师。

申请人黄溪元申请撤销深圳仲裁委员会(2014)深仲裁字第 732 号仲裁裁决一案,本院受理后,依法组成合议庭进行了审查,现已审查完毕。

申请人黄溪元称:2013 年 4 月 23 日,深圳仲裁委员会受理了被申请人天津雷石信创股权投资合伙企业(有限合伙)(以下称天津雷石公司)提出的仲裁申请。在提起仲裁申请时,被申请人隐瞒了《关于终止<深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议补充协议>的协议》、《关于终止<深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议>相关补充协议的协议》两份重要证据。上述补充协议约定,自申请人取得中国证监会关于其首次公开发行 A 股股票申请材料的受理通知之日起,各方签署的《增资协议》的补充协议、《补充协议一》的效力终止,对各方均不再具有约束力,即任何一方不得再依据该等协议向其他方主张任何权利。申请人于 2013 年 5 月 31 日才从中国证监会撤回材料。天津雷石公司隐瞒了上述重要证据,影响了仲裁对案件的受理决定,也影响了最终的公正裁决。据此,请求撤销深圳仲裁委员会作出的(2014)深仲裁字第 732 号仲裁裁决。

被申请人天津雷石公司答辩称:该公司在仲裁庭开庭前已提交了黄溪元所述的两份协议,仲裁庭也确认了签署两份协议的事实。黄溪元所述的两份协议已被之后签署的协议所变更,该两份协议不能作为仲裁的合法依据,更不能影响仲裁裁决的结果。黄溪元的主张缺乏事实和法律依据。

本院经审查查明:深圳仲裁委员会根据上述当事人签订的《深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议》中的仲裁条款,于 2013 年 4 月 23 日受理了天津雷石公司提出的仲裁申请。受案号为深仲受字(2013)第 516 号。2013 年 6 月 14 日,仲裁委员会又受理了黄溪元就该合同纠纷所提出的仲裁反请求。审理程序适用 2011 年 5 月 1 日起施行的《深圳仲裁委员会仲裁规则》。

天津雷石公司提出以下仲裁请求:一、裁决黄溪元支付 2012 年业绩补偿款欠款 737.12 万元;二、裁决黄溪元支付天津雷石公司因本案支出的律师费人民币 70 万元;三、裁决黄溪元承担本案的仲裁费用。

黄溪元提出以下仲裁反请求:一、裁决天津雷石公司返还已支付的 2011 年度的业绩补偿款人民币 4,686,480 元;二、裁决天津雷石公司承担本案的仲裁费。

天津雷石公司变更并增加了以下仲裁请求:一、裁决黄溪元立即向天津雷石公司支付股权收购款人民币 1,835 万元;二、裁决黄溪元立即办理收购天津雷石公司持有的深圳市某家具股份有限公司的全部股份(持股数 230 万股,持股比例 3.2857%)的工商变更手续;三、裁决黄溪元向天津雷石公司支付违约金人民币 1,484,052 元;四、请求裁决黄溪元向天津雷

石公司支付的 2012 年度业绩补偿款欠款由“人民币 737.12 万元”变更为“人民币 756.87 万元”；五、请求裁决黄溪元向天津雷石公司支付因本案支出的律师费由“人民币 70 万元”变更为“人民币 50 万元”。

2014 年 7 月 22 日深圳仲裁委员会作出（2014）深仲裁字第 732 号仲裁裁决：一、黄溪元向天津雷石公司支付 2012 年度业绩补偿款人民币 756.87 万元；二、黄溪元向天津雷石公司支付违约金人民币 148.4052 万元；三、黄溪元向天津雷石公司支付 1,835 万元，用于收购天津雷石公司持有的深圳市某家具股份有限公司的全部股份，天津雷石公司在收到股权回购款后内配合黄溪元办理工商变更登记；四、黄溪元向天津雷石公司支付因本案支出的律师费 50 万元；五、驳回黄溪元的仲裁反请求；六、本案仲裁费人民币 231,687 元，反请求仲裁费人民币 63,528 元由黄溪元承担

案件审查期间，本院依法向深圳仲裁委员会调取了当事人向仲裁庭提交的《证据清单》和仲裁庭《开庭笔录》。

《证据清单》载明：黄溪元于 2013 年 5 月 19 日、2013 年 6 月 14 日向仲裁庭提交了《关于终止〈深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议补充协议〉的协议》、《关于终止〈深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议〉相关补充协议的协议》。对方当事人亦提交了上述协议。《开庭笔录》证实：仲裁庭审时，出示了上述两份协议，双方当事人进行了质证。

深圳仲裁委员会（2014）深仲裁字第 732 号裁决书第 12 页（仲裁庭查明事实四），对双方当事人于 2011 年 11 月 25 日签订《关于终止〈深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议补充协议〉的协议》、《关于终止〈深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议〉相关补充协议的协议》的事实予以认定。

本院认为：本案为申请撤销国内仲裁裁决纠纷，应当根据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定的要件进行审查。本案争议的焦点在于天津雷石公司是否隐瞒了足以影响公正裁决的证据。

根据《中华人民共和国仲裁法》第十九条规定，仲裁协议独立存在，合同终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。天津雷石公司依据双方当事人订立的仲裁条款申请仲裁，深圳仲裁委员会受理该仲裁申请，并无不妥。

黄溪元所称的两份协议并非由天津雷石公司独占持有。双方当事人均于仲裁庭开庭前提交了相关证据，仲裁庭组织双方质证，对签订协议的事实进行了审理并予以确认。显然不存在因关键证据未披露和隐瞒而影响公正裁决的问题，黄溪元提出的主张没有事实依据。

综上所述，黄溪元申请撤销仲裁裁决的理由不能成立，依照《中华人民共和国仲裁法》第十九条、第五十八条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第二十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第（十一）项、第二款的规定，裁定如下：

驳回黄溪元撤销深圳仲裁委员会（2014）深仲裁字第 732 号仲裁裁决的申请。

本案案件受理费人民币 400 元，由申请人黄溪元负担。

本裁定为终审裁定。

审判长 周最久

审判员 高江南

审判员 邱明演

二〇一四年九月十八日

书记员 李缓（兼）

黄溪元与江苏众合创业投资有限公司申请撤销仲裁裁决一案民事裁定书

深圳市中级人民法院

民事裁定书

(2014)深中法涉外仲字第 222 号

申请人(仲裁被申请人、反请求申请人):黄溪元。

委托代理人:曾超等,广东圣方律师事务所律师。

委托代理人:魏苏川,广东圣方律师事务所实习律师。

被申请人(仲裁申请人,反请求被申请人):江苏众合创业投资有限公司,住所地江苏省南京市雨花台区雨花东路 45 号,组织机构代码 55582268-1。

法定代表人:薛炳海,该公司董事长。

委托代理人:鲁立,北京市重光律师事务所律师。

委托代理人:贾建华,北京市重光律师事务所律师。

申请人黄溪元申请撤销深圳仲裁委员会[2014]深仲裁字第 731 号仲裁裁决一案,本院受理后,依法组成合议庭进行了审查,现已审查完毕。

申请人黄溪元称:2013 年 4 月 23 日,深圳仲裁委员会受理了江苏众合创业投资有限公司(以下称众合公司)提出的仲裁申请。在提起仲裁申请时,众合公司隐瞒了《关于终止<深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议补充协议>的协议》、《关于终止<深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议>相关补充协议的协议》两份重要证据。上述补充协议约定,自申请人取得中国证监会关于其首次公开发行 A 股股票申请材料的受理通知之日起,各方签署的《增资协议》的补充协议、《补充协议一》效力终止,对各方均不再具有约束力,即任何一方不得再依据该协议向其他方主张任何权利。申请人于 2013 年 5 月 31 日才从中国证监会撤回材料。众合公司隐瞒了上述重要证据,影响了仲裁对案件的受理决定,也影响了最终的公正裁决。据此,请求撤销深圳仲裁委员会作出的[2014]深仲裁字第 731 号仲裁裁决。

被申请人众合公司答辩称:众合公司在仲裁庭开庭前已提交了黄溪元所述的两份协议,仲裁庭也确认了签署两份协议的事实。黄溪元所述的两份协议已被之后签署的协议所变更,该两份协议不能作为仲裁的合法依据,更不能影响仲裁裁决的结果。黄溪元的主张缺乏事实依据和法律依据。

本院经审查查明:深圳仲裁委员会根据当事人签订的《深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议》中的仲裁条款,于 2013 年 4 月 23 日受理了众合公司就上述合同纠纷提出的仲裁申请。受案号为深仲受字[2013]第 515 号。2013 年 6 月 14 日,仲裁委员会又受理了黄溪元提出的仲裁反请求。审理程序适用 2011 年 5 月 1 日起施行的《深圳仲裁委员会仲裁规则》。

众合公司提出以下仲裁请求:一、裁决黄溪元支付 2011 年业绩补偿款欠款 144.48 万元,2012 年度业绩补偿款欠款 462.4863 万元;二、裁决黄溪元支付众合公司因本案支出的律师费人民币 60 万元;三、裁决黄溪元承担本案的仲裁费用。

黄溪元提出以下仲裁反请求:一、裁决众合公司返还已支付的 2011 年度的业绩补偿款人民币 722,400 元;二、裁决众合公司承担本案的仲裁费。

众合公司增加了以下仲裁请求:一、裁决黄溪元立即向众合公司支付股权收购款人民币 1170.1038 万元;二、裁决黄溪元立即办理收购众合公司持有的深圳市华源轩家具股份有限

公司的全部股份（持股数 120 万股，持股比例 1.71%）的工商变更手续；三、裁决黄溪元向众合公司支付违约金人民币 94.656 万元。

2014 年 7 月 22 日深圳仲裁委员会作出[2014]深仲裁字第 731 号仲裁裁决：一、黄溪元向众合公司支付 2011 年度业绩补偿款人民币 144.48 万元；二、黄溪元向众合公司付 2012 年度业绩补偿款 462.4863 万元；三、黄溪元向众合公司支付违约金 94.656 万元；四、黄溪元向众合公司支付 1170.1038 万元，用于收购众合公司持有的深圳市某家具股份有限公司的全部股份，众合公司在收到股权回购款后，配合黄溪元办理工商变更登记；五、黄溪元向众合公司补偿该公司因本案支出的律师费 60 万元；六、驳回黄溪元的仲裁反请求；七、本案仲裁费人民币 171,571 元、反请求仲裁费人民币 23,353 元由黄溪元承担。

案件审查期间，本院依法向深圳仲裁委员会调取了当事人向仲裁庭提交的《证据清单》和仲裁庭《开庭笔录》。

《证据清单》载明：众合公司于 2013 年 8 月 22 日向仲裁庭提交了《关于终止〈深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议补充协议〉的协议》、《关于终止〈深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议〉相关补充协议的协议》。黄溪元于 2013 年 5 月 19 日、2013 年 6 月 14 日亦提交了上述协议。《开庭笔录》载明：仲裁庭审时，出示了上述两份协议，双方当事人进行了质证。

深圳仲裁委员会[2014]深仲裁字第 731 号裁决书第 11 页（仲裁庭查明事实三），对双方当事人于 2011 年 11 月 25 日签订《关于终止〈深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议补充协议〉的协议》、《关于终止〈深圳市某家具股份有限公司新增股份发行及认购协议〉相关补充协议的协议》的事实予以认定。

本院认为：本案为申请撤销国内仲裁裁决纠纷，应当根据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定的要件进行审查。本案争议的焦点在于深圳仲裁委员会在 2013 年 4 月 23 日是否应当受理众合公司所提出的仲裁申请，以及众合公司是否隐瞒了足以影响公正裁决的证据。第一、根据《中华人民共和国仲裁法》第十九条规定，仲裁协议独立存在，合同终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。众合公司依据双方当事人订立的仲裁条款申请仲裁，深圳仲裁委员会受理该仲裁申请，并无不妥。

第二、黄溪元所称的两份协议并非由众合公司独占持有，黄溪元为支持其已终止的合同条款无法恢复效力的主张，已向仲裁庭提交了上述两份协议，众合公司按照《深圳仲裁委员会仲裁规则》第三十九条的规定，在仲裁庭开庭前亦提交了相同证据。仲裁庭组织双方质证，对签订协议的情况进行了审理并予以确认。黄溪元认为对方隐瞒了关键证据，显然与事实不符。综上所述，黄溪元申请撤销仲裁裁决的理由不能成立，依照《中华人民共和国仲裁法》第十九条、第五十八条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第二十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第（十一）项、第二款的规定，裁定如下：

驳回黄溪元撤销深圳仲裁委员会[2014]深仲裁字第 731 号仲裁裁决的申请。

本案案件受理费人民币 400 元，由申请人黄溪元负担。

本裁定为终审裁定。

审判长 周最久

审判员 高江南

审判员 邱明演

二〇一四年九月十八日

书记员 李缓(兼)

黄秀珠、孙海等与福建今日特价网络有限公司新增资本认购纠纷一审民事判决书

福州市马尾区人民法院

民事判决书

2018 闽 0105 民初 863 号

原告：黄秀珠，女，1963 年 4 月 5 日出生，汉族，住福建省罗源县。

原告：孙海，男，1992 年 11 月 10 日出生，汉族，住福建省罗源县。

两原告共同委托诉讼代理人：夏朝晖，福建世好律师事务所律师。

两原告共同委托诉讼代理人：叶秋渊，福建世好律师事务所律师。

被告：福建今日特价网络有限公司，住所地福建省福州市马尾区。

法定代表人：江国健，该公司董事长兼总经理。

原告黄秀珠、孙海与被告福建今日特价网络有限公司（以下简称今日特价公司）新增资本认购纠纷一案，本院于 2018 年 7 月 12 日立案后，今日特价公司在提交答辩状期间对管辖权提出异议，认为本案应移送至福州市台江区人民法院审理。本院于 2018 年 8 月 15 日作出 2018 闽 0105 民初 863 号民事裁定，驳回今日特价公司提出的管辖权异议。今日特价公司不服该裁定，向福州市中级人民法院提起上诉。福州市中级人民法院于 2018 年 10 月 8 日作出（2018）闽 01 民辖终 553 号民事裁定，驳回上诉，维持原裁定。本院于 2018 年 12 月 12 日适用简易程序公开开庭进行了审理。原告黄秀珠、孙海的委托诉讼代理人叶秋渊到庭参加诉讼，被告今日特价公司经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

黄秀珠、孙海向本院提出诉讼请求：1. 判令今日特价公司立即向黄秀珠、孙海偿还 80000 元及利息以 80000 元为本金基数，自 2018 年 1 月 1 日起按月利率 2% 的标准计算至款项还清之日止；2. 本案的诉讼费用、公告费由今日特价公司负担。事实与理由：孙斌康与黄秀珠系夫妻，生前与黄秀珠育有一子即孙海。2015 年 11 月 7 日，孙斌康与今日特价公司签订《股权激励协议》，今日特价公司确认其决定通过增资扩股方式进行股权激励，该次增资扩股的股权比例为 5%，价值为 500 万元。并在协议中约定：“1. 乙方即孙斌康同意甲方即今日特价公司股权激励的相应方案及安排，同意将其购买的股权由甲方指定的个人或组织统一代持，股东权利由该代持人行使；在公司 IPO 时，按照要求统一安排分户持有股票；2. 甲方公司在二年内自 2015 年 12 月 30 日开始计算无法挂牌上市 IPO，则甲方无条件回购乙方的股权，退还股权购买款本金并按月 2% 计付利息自购买款项实际到位日开始计算；3. 乙方购买 10 万份股权，购买款项为人民币 10 万元等”。当日，孙斌康即将股权购买款支付给今日特价公司，并由今日特价公司出具收款收据一份，确认收到孙斌康股权购买款 10 万元。在《股权激励协议》中，今日特价公司虽确认了“以增资扩股方式进行股权激励”，但实际上，今日特价公司的注册资本为 1 亿零 8 万人民币，早已全部实际出资，且在该段时间，今日特价公司并未增加注册资本，故不存在所谓的“增资扩股”，孙斌康并未成为今日特价公司之股东。《股权激励协议》中约定的“今日特价公司在二年内无法挂牌上市 IPO，则今日特价公司无条件回购孙斌康的股权，退还股权购买款本金并按月 2% 计付利息”实质上为附条件的行为，因孙斌康从未成为今日特价公司之股东，故不存在孙斌康回购今日特价公司股权的说法，因此，该条应理解成“今日特价公司在二年内无法挂牌上市 IPO，则退还股权购买款本金并按月 2% 计付利息”。《股权激励协议》签订至今已超过二年，今日特价公司仍为有限责任公司，未完成挂牌上市，今日特价公司退款的条件已成就，根据《股权激励协议》的约定，应退还孙斌康股权购买款并按月 2% 计付利息。然今日特价公司未按约定退还股权转让款及支付利息，仅于 2018 年 1 月 10 日退还了 20000 元及支付至 2017 年 12 月 31 日的利息，尚欠 80000 元

及相应利息。2016 年 11 月 5 日,孙斌康去世。其生前与黄秀珠育有一子孙海,孙斌康的父母早于孙斌康去世,故其仅有黄秀珠与孙海两名继承人。孙斌 X X 前未订立遗嘱,黄秀珠、孙海作为孙斌康的法定继承人,有权要求今日特价公司向黄秀珠、孙海清偿前述欠款 80000 元及支付相应利息。鉴此,黄秀珠、孙海为维护自身的合法权益,特依法提起诉讼,望判如所请。

黄秀珠、孙海围绕诉讼请求依法提交了证据,今日特价公司经传票传唤,未到庭参加诉讼,视为自愿放弃举证、质证权利。经审查,黄秀珠、孙海提交的《股权激励协议》、《收款收据》、今日特价公司《内资企业登记基本情况表》、居民死亡医学证明(推断)书、死亡户口注销单、罗源县凤山镇北门社区居民委员会证明、亲属关系证明、户口簿、结婚证等证据材料,符合证据的真实性、合法性及关联性,本院予以确认并在卷佐证。

根据黄秀珠、孙海陈述和经审查确认的证据,本院认定事实如下:今日特价公司系 2006 年 1 月 19 日成立的有限责任公司,注册资金 10008 万元。2015 年 11 月 7 日,孙斌康(乙方)与今日特价公司(甲方)签订《股权激励协议》,协议约定的主要内容为:今日特价公司决定以增资扩股方式进行股权激励,一、方案实施:1. 本次增资扩股的股权比例为 5%,价值为人民币 5 百万元,1 份股权为人民币 1 元,共为 5 百万份股权。2. 乙方同意甲方股权激励的相应方案及安排,同意将其购买的股权由甲方指定的个人或组织统一代持,股东权利由该代持人行使;在公司 IPO 时,按照要求统一安排分户持有股票。3. 甲方公司 IPO 时,乙方按照规定享受公司股东利润分配。4. 甲方公司 IPO 时,乙方按比例获得相应股票。5. 甲方公司在二年内(自 2015 年 12 月 30 日开始计算)无法挂牌上市 IPO,则甲方无条件回购乙方的股权,退还股权购买款本金并按月 2%计付利息(自购买款项实际到位日开始计算),在此期间乙方分配的利润予以抵扣。二、股权购买:1. 按照乙方的具体情况,甲方决定给予乙方壹拾万份股权的购买权。2. 乙方购买壹拾万份股权,购买款项为人民币 100000 元。合同还就孙斌康、今日特价公司的其他权利和义务作了约定。合同尾部甲方处有今日特价公司的公章及代表人江国健签字,乙方处有孙斌康的签字捺印。协议签订后,孙斌康向今日特价公司支付了 100000 元股权认购款,今日特价公司亦向孙斌康出具了 100000 元盖有公司财务专用章的收款收据。2018 年 1 月 10 日,今日特价公司在协议中加写:“注:已付利息款(2017.3.7-2017.12.31) 19666 元整,本金付 20%贰万元整,总计叁万玖仟陆佰陆元整”,并加盖了今日特价公司的财务专用章。

另查明,孙斌康与黄秀珠于 1991 年 12 月 9 日登记结婚,婚后于 1992 年 11 月 10 日生育一子孙海。2016 年 12 月 20 日,孙斌康因病去世,其生前未立有遗嘱。孙斌康的父亲孙友本于 1987 年去世,其母张翠钗于 2005 年去世。

本院认为,依法成立的合同,自成立时生效。当事人应当按照约定全面履行自己的义务,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。需要说明的是,IPO 英文全称为 Initial Public Offerings,简称 IPO,中文名称为首次公开募股,是指一家企业或公司股份有限公司第一次将它的股份向公众出售首次公开发行,指股份公司首次向社会公众公开招股的发行方式。有限责任公司在申请 IPO 之前,应先变更为股份有限公司。本案中,首先,孙斌康与今日特价公司于 2015 年 11 月 7 日签订《股权激励协议》后,孙斌康按照约定向今日特价公司支付了股权投资款 100000 元,但今日特价公司在公司 IPO 前未给付孙斌康投资收益,且在公司两年内无法 IPO 后也未按约回购孙斌康所购股权。其次,今日特价公司至今没有变更为股份有限公司。孙斌康缴纳扩股增资认购款后至今,今日特价公司始终未将孙斌康作为公司股东,也没有将孙斌康记载于股东名册和工商登记档案,导致孙斌康不能行使股东的相关权益,孙斌康缴纳扩股增资认购款后的合同目的无法实现,故今日特价公司的行为已构成根本性违约,应向孙斌康承担相应的违约责任。鉴于孙斌康已于 2016 年 12 月 20 日去世,且生前未立有遗嘱,故陈

斌康的合法财产权利由其法定继承人享有。因孙斌康的父母早于孙斌康死亡，根据《中华人民共和国继承法》第十条的规定，孙斌康的配偶黄秀珠、儿子孙海作为其第一顺序法定继承人，依法有权对孙斌康 X X 前的债权享有主张的权利，故黄秀珠、孙海属于本案原告的适格主体。现孙斌康的法定继承人黄秀珠、孙海向本院起诉要求今日特价公司偿还剩余的 80000 元投资款，表明黄秀珠、孙海选择解除合同，因此，黄秀珠、孙海请求今日特价公司偿还剩余投资款 80000 元，于法有据，应予以支持。今日特价公司未履行上述义务，已构成违约，因今日特价公司已向黄秀珠、孙海支付 100000 元款项的利息至 2017 年 12 月 31 日，故黄秀珠、孙海主张今日特价公司应以 80000 元为本金基数按月利率 2% 向其支付自 2018 年 1 月 1 日起至款项还清之日止的利息，合法有据，亦予以支持。

今日特价公司经本院合法传唤，未到庭参加诉讼，本院依法予以缺席判决。

综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第四十四条、第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国继承法》第三条、第五条、第十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定，判决如下：

被告福建今日特价网络有限公司应于本判决生效之日起十日内偿还原告黄秀珠、孙海股权认购款 80000 元及自 2018 年 1 月 1 日起至款项还清之日止按每月利率 2% 计算的利息。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 2042.67 元，减半收取计 1021.34 元，由被告福建今日特价网络有限公司负担。被告福建今日特价网络有限公司负担的案件受理费 1021.34 元，应于本判决生效之日起七日内向本院交纳，拒不交纳的，本院将依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百零七条规定强制执行。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于福建省福州市中级人民法院。

审判员 李心

二〇一八年十二月十八日

书记员 张菁

嘉兴市欧普电器有限公司与欧普照明股份有限公司等侵害 商标权纠纷一审民事判决书

北京市大兴区人民法院

民事判决书

(2015)大民(知)初字第18260号

原告：嘉兴市欧普电器有限公司，住所地浙江省嘉兴市秀洲区王店镇百乐桥东堍。

法定代表人：高志祥，总经理。

委托诉讼代理人：胡丹丹，北京创博律师事务所律师。

委托诉讼代理人：商宇，北京创博律师事务所律师。

被告：欧普照明股份有限公司，住所地上海市浦东新区龙东大道6111号1幢411室。

法定代表人：王耀海，董事长。

委托诉讼代理人：余力，北京大成(上海)律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李佳铭，北京大成(上海)律师事务所律师。

被告：欧普照明电器(中山)有限公司，住所地广东省中山市古镇镇海洲东岸北路275号A幢。

法定代表人：马秀慧，董事长。

委托诉讼代理人：余力，北京大成(上海)律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李佳铭，北京大成(上海)律师事务所律师。

被告：北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司，住所地北京市北京经济技术开发区科创十一街18号C座2层222室。

法定代表人：刘强东，董事长。

原告嘉兴市欧普电器有限公司(以下简称嘉兴欧普公司)诉被告欧普照明股份有限公司(以下简称欧普照明公司)、被告欧普照明电器(中山)有限公司(以下简称欧普中山公司)、被告北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司(以下简称京东公司)侵犯注册商标专用权纠纷一案，本院于受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告嘉兴欧普公司的委托诉讼代理人胡丹丹、商宇，被告欧普照明公司及被告欧普中山公司的委托诉讼代理人余力、李佳铭到庭参加诉讼。被告京东公司经本院依法传唤，向本院提交了书面答辩状及证据，未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告嘉兴欧普公司请求本院判令：1.三被告停止在“排气扇”等商品的推广、销售经营活动中使用与原告第1594144号“欧普”商标相同和近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识的商标侵权行为；2.被告欧普照明公司和被告欧普中山公司共同赔偿原告经济损失和合理支出共计20,000,000元。事实和理由：原告享有专用权的第1594144号“欧普”注册商标于2000年3月29日申请，于2001年6月28日核准注册，经续展有效期至2021年6月27日，核定使用在第11类的“厨房用抽油烟机；排气风扇；炉子；消毒碗柜；饮水机；小型取暖器；燃气灶”商品上，该商标持续使用至今。被告欧普照明公司、被告欧普中山公司在生产、销售的“排气扇”等商品，或者作为“集成吊顶”模块之一组合销售，或者作为单一功能产品独立销售，在其商业推广、销售活动中，使用与原告注册商标相同和近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识，且与原告的注册商标核定使用的“排气风扇”商品类别相同，根据商标法第五十七条第(一)、(二)、(三)项的规定，侵犯了原告注册商标专用权。被告京东公司经营的京东商城网站的欧普照明旗舰店在销售“换气扇”等商品的相关网页中，使用与原告注册商标相同和近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识，根据商标法第五十七条第(六)项之规定，侵犯了原告的注册商标专用权。中国证监会网站公布的被告欧普照明公司

的《首次公开发行 A 股招股说明书》显示，被告欧普照明公司作为母公司与被告欧普中山公司等子公司合并财务报表，被告欧普照明公司财务报表中“照明控制及其他”产品的营业收入 2013 年为 4.92 亿元，其中“集成吊顶”产品销售占比为 32.18%，毛利率为 46.09%，其中“其他”产品的销售额占比 2013 年为 21.97%，毛利率为 35.59%；“照明控制及其他”产品的营业收入 2014 年为 6.77 亿元，其中“集成吊顶”产品的销售占比为 45.95%，毛利率为 40.64%，其中“其他”产品销售占比 2014 年为 16.19%，毛利率为 34.13%。根据上述数据，被告欧普照明公司及被告欧普中山公司两年所得利益超过了 20,000,000 元。

被告欧普照明公司辩称：被告欧普照明公司在涉案排气扇上使用的文字系对自己企业简称及企业字号的使用，不会造成消费者对商标的任何误认，同时，被告“欧普”字号及商标早于原告，在原告使用“欧普”之前已经具有很高的知名度。欧普照明公司的使用系合理使用。被告欧普照明公司销售的涉案商品实际为换气扇，与原告主张权利的排气风扇商品不属于同一产品。原告嘉兴欧普公司曾存在多次、长期侵犯被告欧普照明公司及关联公司商标权、攀附被告商誉的情形。故请求驳回原告的全部诉讼请求。

被告欧普中山公司辩称：被告欧普中山公司只是涉案商品的生产商，在生产的排气扇商品及包装上未使用“欧普”字样。原告所指控的网店上使用“欧普”及“欧普照明”字样，并非被告欧普中山公司实施，被告欧普中山公司不存在任何侵权行为。原告嘉兴欧普公司曾存在多次、长期侵犯被告欧普照明公司及关联公司商标权的情形。被告欧普中山公司无需承担任何赔偿责任。

被告京东公司提交答辩状称：一、被告京东公司不存在主观过错，不构成侵权。京东公司系京东商城的所有者，系电子商务平台提供者，不知道涉案商品是否存在商标侵权；二、被告欧普照明公司在其经营的“欧普照明旗舰店”中并非使用“欧普”作为商标进行宣传，并不构成侵权；三、原告的第 1594144 号“欧普”商标权利状态处于不稳定状态。由此，京东公司无法判断被控侵权商品是否侵犯原告的商标权。若本案生效判决认定被告欧普照明公司的行为侵犯了原告的商标专用权，被告京东公司会依据生效法律文书断开相应的链接。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。经审理查明以下事实：

一、涉案“欧普”商标的权属流转、使用情况及原告嘉兴欧普公司的身份情况

2001 年 6 月 28 日，临沂市长兴电器有限公司经核准取得第 1594144 号“欧普”商标的注册商标专用权，该商标核定使用商品为第 11 类：厨房用抽油烟机；排气风扇；炉子；消毒碗柜；饮水机；小型取暖器；燃气灶等。2007 年 6 月 21 日，山东欧普科贸有限公司受让取得该商标的注册商标专用权。2009 年 8 月 13 日，殷舷受让取得该商标的注册商标专用权。2013 年 4 月 13 日，嘉兴市伟普电器有限公司受让取得该商标的注册商标专用权。2013 年 12 月 13 日，原告嘉兴欧普公司受让取得该商标的注册商标专用权。经续展，该商标有效期至 2021 年 6 月 27 日。2016 年 6 月 20 日，该商标的状态显示为撤销连续三年停止使用注册商标中。

原告嘉兴欧普公司提交的殷舷的个体工商户营业执照显示，字号名称为嘉兴市秀洲区王店欧普电器厂，注册号为 330411630016860，经营者姓名为殷舷，经营范围及方式包括浴霸、取暖器、换气扇、塑料配件、集成吊顶、金属装饰板、照明器具、灶具、饮水机制造、加工。该执照显示的有效期限自 2009 年 4 月 8 日。2013 年 1 月 29 日，嘉兴市工商行政管理局秀洲分局出具《个体工商户转型为有限责任公司证明》，该证明载明：原个体工商户嘉兴市秀洲区王店欧普电器厂，注册号为 330411630016860，于 2013 年 1 月 16 日经我局核准转型为有限责任公司，公司名称为嘉兴市欧普电器有限公司，注册号为 330411000060295。

原告嘉兴欧普公司营业执照显示的成立日期为 2013 年 1 月 16 日，法定代表人为高志祥，经营范围为浴霸、取暖器、换气扇、塑料配件、集成吊顶、金属装饰板、照明器具、灶具、饮

水机的制造、加工。嘉兴市伟普电器有限公司的营业执照显示，法定代表人为高志祥，一般经营项目为浴霸、换气扇、集成吊顶、消毒柜、照明器具、金属装饰板、塑料装饰板、塑料制品、灶具、五金件的制造、加工。

被告欧普照明公司提交的浙江省工商行政管理局信用公示系统相关网页显示，原告嘉兴欧普公司 2013 年度营业总收入为 944,293.09 元，净利润为 19,469.58 元，2014 年度营业总收入为 2,476,186.91 元，净利润为 49,087.68 元。

原告嘉兴欧普公司提交的由其生产的 OP-18 换气扇产品包装、产品说明书、产品多处显著位置印有“欧普?”商标；原告嘉兴欧普公司 2013 年 12 月 26 日出具的发票显示，其向浙江蓝洋电子科技有限公司销售换气扇 106 台，金额为 4790 元；原告嘉兴欧普公司 2014 年 10 月 24 日出具的发票显示，其向江苏光芒新能源股份有限公司销售换气扇 550 台，价值 27,500 元；原告嘉兴欧普公司 2015 年 8 月 22 日出具的发票显示，其向嘉兴市洁赛电器有限公司销售换气扇 200 台，价值 14,500 元；嘉兴市富都包装有限公司 2016 年 10 月 20 日出具证明称，该公司于 2012 年开始接受嘉兴市秀洲王店欧普电器厂（嘉兴市欧普电器有限公司）的委托，印刷“欧普”换气扇包装。该证明所附包装样稿与原告欧普公司提交的换气扇包装基本一致。嘉兴市富都包装有限公司 2012 年 12 月 22 日出具的发票显示，其向嘉兴市秀洲区王店欧普电器厂销售 2500 只纸箱。嘉兴市富都包装有限公司 2013 年、2014 年、2015 年期间出具多张发票，上述发票显示，其向原告嘉兴欧普公司销售 20,600 只纸箱。

2010 年 11 月 4 日，江苏省产品质量监督检验研究院出具的《检验报告》载明，嘉兴市王店欧普电器厂生产的 OP300H-6 号换气扇检验合格。2014 年 8 月 11 日，浙江立德产品技术有限公司出具的《国家强制性产品认证试验报告》显示，原告嘉兴欧普公司生产的 OP-18 号换气扇产品试验结论为合格。该报告所附换气扇样品照片显示，换气扇正中位置标有“欧普”字样。

2015 年 11 月 13 日下午，欧普照明公司的委托代理人在上海市徐汇公证处工作人员的监督下，来到上海市普陀区铜川路 185 号金盛装饰城二楼名称显示为“欧普厨卫集成吊顶”字样的商铺，该店铺内悬挂有“欧普特约经销商嘉兴市欧普电器有限公司”字样的匾牌一个，该店铺内销售的换气扇包装箱显示有“欧普”字样的标识。2015 年 11 月 14 日，欧普照明公司的委托代理人在上海市徐汇公证处工作人员的监督下，收取一批货物。该批货物包含有外包装显示有“欧普”字样标识的换气扇一台。上海市徐汇公证处为上述公证行为出具（2015）沪徐证经字第 8402 号及第 8403 号公证书。

二、被控侵权的相关事实

2015 年 7 月 8 日，原告嘉兴欧普公司法定代表人高志祥的委托代理人在浙江省杭州市西湖公证处公证人员的监督下，登录被告欧普照明公司网址为 www.opple.com.cn 的网站及被告欧普照明公司在天猫网站经营的“欧普照明官方旗舰店”的店铺，打开相关网页并进行保存。保存网页显示：“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有集成吊顶换气扇（价格为 258 元）和普通吊顶换气扇（价格为 139 元）。集成吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音超薄厨房厨卫”字样。该商品“商品详情”栏目描述该商品包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。普通吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式强力排气扇大功率超薄静音”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近以显著字体标有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”字样。浙江省杭州市西湖公证处为此次公证出具（2015）浙杭西证民字第 18140 号公证书。

2015 年 11 月 23 日，原告嘉兴欧普公司的委托代理人在北京市长安公证处公证人员的监督下，登录被告欧普照明公司在被告京东商城网站上开设的“欧普照明官方旗舰店”、在苏宁易购网站上开设的“欧普照明官方旗舰店”、在 1 号店网站上开设的“欧普照明官方旗舰店”、在天猫网站上开设的“欧普照明官方旗舰店”，登录苏州欧普照明有限公司在天猫网站上开设的“欧普照明电工电器旗舰店”，登录上海欧普国际贸易有限公司在天猫网站上开设的“欧普照明欧普专卖店”，打开相关网页并进行保存。保存网页显示：京东商城网站的“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元和 139 元的换气扇商品。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇厨房卫浴排气扇”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“商品名称：欧普集成吊顶换气扇厨…”字样，该栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置显示有“欧普原厂包装”字样。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式排气扇大功率薄款静音”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“商品名称：欧普普通吊顶换气扇…”，该栏目配图附近以显著字体显示有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普滚轴轴承电机强劲动力”字样，以一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”字样；苏宁易购网站“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 238 元和 138 元的换气扇商品。价格为 238 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。价格为 138 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 欧普照明普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式排气扇大功率薄款静音风尚”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近以显著字体标有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”字样，以及以一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”；1 号店网站“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样，该店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元和 139 元的换气扇商品。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式强力排气扇风尚”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近以显著字体标有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”，以及用一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”字样。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体显示有“欧普原厂包装”字样；天猫网站“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有集成吊顶换气扇（价格为 258 元）和普通吊顶换气扇（价格为 139 元）。集成吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音超薄厨房厨卫”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称：OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。普通吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式强力排

气扇大功率超薄静音”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称：OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近以显著字体显示有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”字样，以及以一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”；天猫网站上的“欧普照明电工电器旗舰店”首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元换气扇商品。该商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇静音工程厨房厨卫”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样；天猫网站上的“欧普照明欧普专卖店”首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元换气扇商品。该商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块卫浴”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。北京市长安公证处为此次公证出具（2015）京长安内经证字第 30090 号公证书。2015 年 12 月 22 日，原告嘉兴欧普公司的委托代理人向被告京东公司发送律师函称其委托人享有第 1594144 号“欧普”商标的注册商标专用权，被告京东公司未经许可擅自在“欧普照明官方旗舰店”等网店销售的排风扇商品的网页宣传中使用了与其注册商标近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识，涉嫌侵犯委托人的注册商标专用权，故要求被告京东公司立即停止上述侵权行为，对上述侵权网页进行采取删除等措施。

2016 年 1 月 20 日，原告嘉兴欧普公司的委托代理人在北京市长安公证处公证人员的监督下，登录被告京东公司经营的京东商城网站和苏宁易购网站、1 号店网站，打开相关网页并进行保存。保存网页显示：被告欧普照明公司在京东商城网站的“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元和 139 元的换气扇商品。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 集成吊顶换气扇厨房卫浴排气扇”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近未显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置显示为“原厂包装”字样。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式排气扇大功率薄款静音”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近显示有“风尚换气扇”、“风尚”、“官方 LOGO 品质保障”、“含油轴承电机强劲动力”字样；苏宁易购网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 238 元和 138 元的换气扇商品。价格为 238 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。价格为 138 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 欧普照明普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式排气扇大功率薄款静音风尚”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近以显著字体显示有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”字样，以及以一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”字样；1 号店网站“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元和 139 元的换气扇商品。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式强力排气

扇风尚”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近以显著字体标有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”字样，以及以一般字体标有“欧普官方 LOGO 品质保障”字样。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置显示有“欧普原厂包装”字样。北京市长安公证处为此次公证出具（2016）京长安内经证字第 1792 号公证书。

2016 年 10 月 28 日，原告嘉兴欧普公司的委托代理人在北京市长安公证处公证人员的监督下，登录天猫商城网站、被告京东公司经营的京东商城网站、苏宁易购网站、1 号店网站，打开相关网页并进行保存。保存结果显示：在天猫商城网站搜索框内输入“欧普排气风扇”进行搜索，搜索所得商品页面排在前四位的依次是被告欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的价格为 258 元的换气扇商品、“欧普照明高信专卖店”销售的价值 290 元的换气扇商品、“欧普照明电工电器旗舰店”销售的价格为 258 元的换气扇商品、被告欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的价格为 139 元的换气扇商品。“洁赛家具专营店”销售的原告嘉兴欧普公司生产的“欧普”换气扇排名较后。天猫商城网站“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有集成吊顶换气扇（价格为 258 元）和普通吊顶换气扇（价格为 139 元）。集成吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音超薄厨房”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样。普通吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明普通吊顶换气扇卫生间厨房风扇排气扇冷风机功率静音”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近以显著字体标有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体标有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；天猫网站上的“欧普照明电工电器旗舰店”首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元换气扇商品和 139 元的换气扇商品。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音工程厨房厨卫”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明普通吊顶换气扇卫生间厨房风扇排气扇冷风机大功率静音”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近以显著字体标有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；天猫网站上的“欧普照明欧普专卖店”首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元换气扇商品和 139 元的换气扇商品。价格为 258 元换气扇商品商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块卫浴”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目

以显著字体显示有“欧普照明普通吊顶换气扇卫生间厨房风扇排气扇冷风机功率静音”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近以显著字体标有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；在京东商城网站搜索框内输入“欧普排气风扇”进行搜索，搜索所得商品页面排在前 4 位的依次是被告欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的风暖浴霸集成吊顶商品、“欧普酷普专卖店”销售的浴霸灯泡商品、被告欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的灯暖浴霸、“欧普酷普专卖店”销售的集成吊顶浴霸，排在第 14 位的为被告欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售价格为 299 元集成吊顶换气扇，排在第 41 位的为被告欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售价格为 169 元的普通吊顶换气扇商品。被告欧普照明公司在京东商城网站的“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的价格为 299 元换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇卫浴换气模块集成吊顶”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普（OPPLE）”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。该商品的“商品评论”栏目显示有评论“欧普的东西不错，不过排量没有标注，没说每小时排量多少立方米的，松下的还是好”、“相信欧普，确实很赞”字样。价格为 169 元的换气扇商品商品分类栏目有“欧普（OPPLE）”字样，图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 换气扇普通吊顶（厨房卫生间嵌入式）普通吊顶”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普（OPPLE）”字样，配图附近以显著字体显示有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；上海乾隆节能科技有限公司在京东商城上开设的“欧普照明乾隆专卖店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音超薄厨房厨卫”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。该店铺销售的价格为 169 元的换气扇商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 普通吊顶换气扇卫生间嵌入式强力排气扇”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近以显著字体标有“OPPLE 欧普照明”、“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；上海尚隆照明有限公司在京东商城上开设的“欧普照明灯饰专卖店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的价格为 139 元的换气扇商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 换气扇普通吊顶（厨房卫生间嵌入式强力排气扇大功率静音）普通吊顶”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近以显著字体显示有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及有以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样。该店铺销售的价格为 259 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块卫浴银色”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体显示有“欧普原厂包装”字样；苏州欧普照明有限公司在京东商城上开设的“欧普照明 OPPLE 专卖店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的价格为 159 元的换气扇商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 换气扇普通吊顶（厨房卫生间嵌入式

强力排气扇)嵌入式”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌:欧普照明(OPPLE)”,配图附近以显著字体显示有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样,以及有以一般字体标有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样。该店铺销售的价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样,该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 换气扇卫浴换气模块集成吊顶适用 30*30cm”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌:欧普照明(OPPLE)”,配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样,描述包装图片位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样;上海酷普照明有限公司在京东商城上开设的“欧普酷普专卖店”店铺销售的价格为 169 元的换气扇商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样,该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 换气扇普通吊顶(厨房卫生间嵌入式)普通吊顶”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌:欧普照明(OPPLE)”,配图附近有以显著字体标有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样,以及有以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样。该店铺销售的价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样,该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 集成吊顶换气扇卫浴换气模块集成换气扇”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌:欧普照明(OPPLE)”,配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样,描述包装图片位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样;在苏宁易购网站搜索框内输入“欧普排气风扇”进行搜索,搜索得到被告欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的价格为 238 元的排风扇和上海尚隆照明有限公司开设的“欧普照明 OPPLE 旗舰店”销售的价格为 238 元的排风扇。“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的价格为 238 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样,该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样,描述包装图片位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样。“欧普照明 OPPLE 旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明 OPPLE 旗舰店”字样。该店铺销售的价格为 238 元的换气扇商品商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 欧普照明集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样,描述包装图片位置显示有“欧普照明原厂包装”字样;在 1 号店网站搜索框内输入“欧普排气风扇”进行搜索,搜索得到被告欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”。该店铺首页上方显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的价格为 258 元的排风扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样,该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 欧普照明集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌:欧普/OPPLE”,配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样。北京市长安公证处为此次公证出具(2016)京长安内经证字第 32062 号公证书。

庭审中,原告嘉兴欧普公司未指控上述多份公证书中涉及的“欧普照明官方旗舰店”店铺首页上方显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样的行为系商标侵权行为。

三、原告主张赔偿的相关依据

被告欧普照明公司《首次公开发行 A 股招股说明书》(申报稿 2015 年 6 月 24 日报送)载明:被告欧普照明公司与包含被告欧普中山公司、苏州欧普照明有限公司、上海酷普照明有限公司等多家子公司 2013 年“照明控制及其他”产品的营业收入为 492,732,500 元,其中“集成吊顶”产品的销售占比为 32.18%,毛利率为 46.09%,其中“其他”产品销售占比为 21.97%,毛利率为 35.59%。上述公司 2014 年“照明控制及其他”产品的营业收入为 677,048,200 元,其中“集成吊顶”产品的销售占比为 45.95%,毛利率为 40.64%,其中“其他”产品销售占比为 16.19%,毛利率为 34.13%。原告嘉兴欧普公司称排气风扇在“集成吊顶”收入占

比为五分之一，主张以上述数据计算出的“集成吊顶”与“其他”产品的毛利润乘以 20% 的净利率计算被告欧普照明公司及被告欧普中山公司的获利情况。

原告嘉兴欧普公司为本案支付律师费 100,000 元、公证费 19,840 元。

原告嘉兴欧普公司起诉的时间为 2015 年 12 月 15 日。庭审中，原告嘉兴欧普公司明确其主张侵权赔偿的时间系自起诉之日向前推算 2 年。

四、被告欧普照明公司及相关公司身份、所获得的奖项与相关商标权属、知名度及其他情况
2002 年 12 月 16 日，中山市欧普照明有限公司（营业期限自 2000 年 7 月 7 日至 2004 年 7 月 7 日）经核准，企业名称变更为广东欧普照明有限公司（营业期限自 2000 年 7 月 7 日至 2004 年 7 月 7 日）。该公司法定代表人为王耀海。

被告欧普照明公司的工商登记信息显示：该公司成立于 2008 年 10 月 21 日，经营范围为电光源、照明器具、电器开关的生产（限分支机构）、销售、安装服务等。该公司股东（截至 2014 年 2 月 28 日）为蒋志虎、青岛海洋基石创业投资企业（有限合伙）、深圳市中欧基石股权投资合伙企业（有限合伙）、马伟进、马秀慧。

被告欧普中山公司的工商登记信息显示：该公司成立于 2011 年 12 月 16 日，经营范围为生产、设计、销售电光源、照明器具、电器开关、插座、集成吊顶等。该公司股东为被告欧普照明公司。

2000 年 7 月 21 日，中山市古镇绿明节能灯饰厂取得第 1424486 号“欧普 OPPL 及图”商标，核定使用的商品系第 11 类灯、日光灯管。2001 年 1 月 28 日，中山市欧普照明有限公司受让取得该商标。2003 年 10 月 31 日，该商标注册人名义变更为广东欧普照明有限公司。2007 年 3 月 7 日，中山市欧普照明股份有限公司受让取得该商标。后经核准，该商标续展有效期自 2010 年 7 月 21 日至 2020 年 7 月 20 日。2012 年 10 月 6 日，欧普照明有限公司受让取得该商标。2013 年 1 月 8 日，该商标注册人名义变更为被告欧普照明公司。

2010 年 10 月 21 日，中山市欧普照明股份有限公司取得第 7182791 号“OPPLE”商标注册商标专用权，核定使用的商品为第 11 类通风设备和装置（空气调节）；排气风扇；浴用加热器；小型取暖器；浴室装置；浴室隔板；太阳能热水器；浴霸；沐浴用设备；灯（取暖用灯）；灯（照明用灯）。该商标有效期至 2020 年 10 月 20 日。

2005 年 9 月，广东欧普照明有限公司生产的“欧普”牌灯饰灯具产品被广东省质量技术监督局认定为“广东省名牌产品”。2006 年 9 月，广东欧普照明有限公司生产的“欧普”牌室内灯具产品被国家质量监督检验检疫总局认定为“中国名牌产品”。2006 年 1 月、2008 年 12 月，第 1424486 号“欧普 OPPL 及图”商标（认定商品：灯，日光灯管）被广东省著名商标认定委员会二次认定为广东省著名商标。2007 年 6 月，广东省对外贸易经济合作厅认定中山市欧普照明股份有限公司“欧普照明 OPPL”2007-2010 年度重点培育和发展的广东省出口名牌。2007 年 9 月，第 1424486 号“欧普 OPPL 及图”商标被国家工商行政管理总局认定为中国驰名商标。2008 年 10 月，中山市欧普照明股份有限公司生产的 OPPL/欧普照明牌灯饰灯具产品被广东省质量技术监督局认定为“广东省名牌产品”。2012 年 5 月 8 日，中山市欧普照明股份有限公司被中国轻工业联合会与中国照明电器协会认定为“2011 年度中国轻工业照明电器行业十强企业”（行业排名 03）。2013 年 5 月 28 日，欧普照明公司被中国轻工业联合会与中国照明电器协会认定为“2012 年度中国轻工业照明电器行业十强企业”（行业排名 02）。2014 年 1 月，被告欧普照明公司使用在灯、浴霸、排气风扇商品上的“OPPL 及图”商标被上海市工商行政管理局认定为上海市著名商标。

2014 年 12 月 19 日，“OPPLE 欧普照明”被搜狐焦点家居评为“2014 年度最受用户关注产品奖”、“2014 年度家居产业杰出贡献奖”。2015 年 6 月 8 日，2014 中国 LED 照明灯饰行业 100 强组委会和大照明全平台依据欧普照明公司公开的 2014 年销售额认定该公司在“2014 中国 LED 照明灯饰行业 100 强”排行榜活动中，在榜单中排名为第 3 名。2015 年 11 月，欧普照

明公司的“OPPLE 集成吊顶”品牌被集成家居盛典评委会评为“2015 年度集成吊顶十大影响力品牌”。2016 年 3 月 16 日，欧普照明公司被中国质量检验协会认定为“全国产品和服务质量诚信示范企业”。2016 年 7 月，欧普照明公司被中国建筑装饰协会评为“2015 年中国建材家居百强企业”。2016 年 9 月，欧普照明公司被 ABAS 专家委员会、亚洲品牌研究院及亚洲品牌评价中心授予“亚洲名优品牌奖”荣誉称号。2016 年 6 月 7 日，欧普照明公司在“2015 中国 LED 照明灯饰行业 100 强”榜单排名中被认定为第 2 名。2016 年，欧普照明公司成为《中国质量技术监督》理事单位。

2013 年 1 月，金地（集团）股份有限公司授予欧普照明公司“战略采购优秀供应商”。2015 年 11 月，“欧普照明 Opplle”被半导体照明网授予“Ofweek2015”最具投资价值 LED 企业奖。2015 年 11 月，“欧普照明 Opplle”被半导体照明网评为“最佳 LED 创意设计奖”。2016 年 1 月，“OPPLE 集成吊顶”获得“2015 年度中国家居先锋榜暨业主喜爱的家居品牌”。2016 年 6 月，欧普照明公司在“2015 中国 LED 照明灯饰行业 100 强”被 2015 中国 LED 照明灯饰行业 100 强组委会、大照明全平台认定为在“2015 百强榜”排名第 2 名。2016 年 7 月 20 日，中国照明电器协会出具荣誉证书称欧普照明公司系 2016 年上海中国 LED 照明论坛支持单位。新浪家居出具奖杯称“欧普照明”系 2014 年度最具影响力品牌。“OPPLE 欧普照明获得“2015 智能照明设计贡献奖”。“OPPLE 集成吊顶”获得“2015 年度集成吊顶十大影响力品牌”。“欧普照明”获得搜狐焦点家居“2015 年度设计师推荐品牌”。“欧普照明”获得“2015 年度中国家居先锋榜暨业主喜爱的家居品牌”。“欧普照明”获得“2015 年度家居行业网名搜索关注奖”。“欧普照明”获评“2015 年度中国家居产业影响力品牌”、“中国家居产业企业公民奖”。

被告欧普照明公司提交的东方财富网网页打印件显示，“欧普照明”系被告欧普照明公司的股票代码。被告欧普照明公司提交的（2016）沪徐证经字第 10142 号、第 10143 号公证书显示，被告欧普照明公司在其官方网站上、其部分宣传活动中以及一些新闻报道中存在以“OPPLE 欧普照明”、“欧普照明”、“欧普”代称该公司的情形。

被告欧普照明公司提交的（2016）沪徐证经字第 10141 号公证书载明：被告欧普照明公司官方网站显示，该公司销售有集成吊顶、灯具、浴霸灯商品。其中集成吊顶分为多功能浴霸、换气模块、平板灯等模块。原告嘉兴欧普公司网站上显示有“OPOUR 欧普”字样，该网站展示有集成墙面、全屋吊顶、浴霸等产品。

被告欧普照明公司提交的（2015）苏中知民终字第 00144 号民事判决书显示，原告嘉兴欧普公司曾被法院认定为侵犯被告欧普照明公司在“浴霸”、“灯”产品上的注册商标专用权；被告欧普照明公司提交的（2010）沪高民三（知）终字第 1 号民事判决书显示，殷舷及相关公司曾被法院认定侵犯中山市欧普照明股份有限公司第 1424486 号“欧普 OPPL 及图”商标等注册商标专用权；被告欧普照明公司提交的（2010）沪一中民五（知）终字第 17 号民事判决书显示，殷舷及相关公司曾被法院认定侵犯中山市欧普照明股份有限公司第 3573242 号“欧普照明及图”商标注册商标专用权。

本案庭审结束后，被告欧普照明公司补充提交了（2016）沪徐证经字第 11144 号公证书。该公证书显示，2008 年 7 月 7 日，天涯论坛上登载一篇名为《我在欧普集成吊顶一个月（又名：上海帅维电器公司）》的帖子，该帖子作者以上海帅维电器有限公司的前员工的身份记述了其在该公司的求职及工作经历，其中提到了嘉兴市王店镇、高志祥以及高志祥知晓欧普品牌及对欧普品牌贴牌的情况。原告嘉兴欧普公司不认可该网贴内容的真实性、合法性及关联性。因该网贴内容真实性无法核实，故本院对该份证据的所反映内容的真实性不予认可。为证明涉案被控侵权商品与原告嘉兴欧普公司主张权利的排气风扇商品不属于同一产品，本案庭审结束后，被告欧普照明公司补充提交了国家相关标准规定打印件、尼斯分类相关内容打印件、第 7182788 号“欧普”商标注册证书复印件及（2015）佛中法知民初字第 7 号民事

判决书。上述证据分别载明了家用和类似用途的交流换气扇及其调速器的相关标准、排气风扇、风扇（空气调节）等商品的分类、第 7182788 号“欧普”商标的注册及权属情况及被告欧普照明公司与其他公司纠纷的判决情况。原告嘉兴欧普公司不认可上述商标注册证书的真实性，认可上述其他证据的真实性，均不认可上述证据的证明目的。被告欧普中山公司认可上述证据的真实性及证明目的。被告京东公司对上述证据未发表意见。对此，因被告欧普照明公司未提交上述商标注册证的原件以供核对，故本院不确认该商标注册证真实性，对于上述其他证据，确认其真实性。

五、被告欧普中山公司及被告京东公司提交的证据情况

被告欧普中山公司提交了由其生产的全塑天花扇-风尚系列换气扇商品。该商品外包装印有“OPPLE”字样，产品正中央位置印有“OPPLE”字样，该商品外包装及商品本身并未单独或突出显示有“欧普”字样。该商品在结构设计上具有单向排气功能。该商品与上述公证处所公证的京东商城、天猫网、苏宁易购、1 号店销售的配图附近显示有“欧普照明风尚换气扇”或“欧普风尚换气扇”字样的商品基本一致。原告嘉兴欧普公司认可该商品及涉案商品系由被告欧普中山公司生产。

被告京东公司提交的该公司的营业执照信息显示，该公司经营范围为第二类增值电信业务的信息业务：因特网信息服务业务，代理发布广告、技术咨询、技术服务等。被告京东公司提交的被告欧普照明公司在京东商城上的“欧普照明官方旗舰店”网页打印件显示，该店铺销售的价值为 299 元的换气扇商品图片上方显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇卫浴换气模块集成吊顶”字样。

上述事实，有原告嘉兴欧普公司提交的商标注册证、商标公告信息、个体工商户营业执照、个体工商户转型证明、《关于支持个体工商户转型升级为企业的意见》、嘉兴市伟普电器有限公司工商登记信息、换气扇商品实物、包装、宣传册、产品说明书、销售发票、印刷证明及发票、检验报告、国家强制性产品认证检验报告、（2015）沪徐证经字第 8402 号公证书、（2015）沪徐证经字第 8403 号公证书、（2015）浙杭西证民字第 18140 号公证书、（2015）京长安内经证字第 30090 号公证书、律师函、电子邮件打印件、（2016）京长安内经证字第 1792 号公证书、（2016）京长安内经证字第 32062 号公证书、公证费发票、律师费发票、《首次公开发行 A 股说明书》等证据，以及被告欧普照明公司提交的企业机读档案变更登记资料、商标注册证及转让续展证明、第 1594144 号商标公告信息、原告嘉兴欧普公司的营业执照副本复印件、（2014）莱凤城证民字第 3593 号公证书、2016 沪徐证经字第 8869 号公证书、（2016）沪徐证经字第 10085 号、第 7182791 号“OPPLE”商标注册证、东方财富网网页打印件、（2016）沪徐证经字第 10142 号公证书、（2016）沪徐证经字第 10143 号公证书、原告嘉兴欧普公司企业信用公示打印件、（2016）沪徐证经字第 10141 号公证书、（2016）沪徐证经字第 11144 号公证书、国家相关标准规定打印件、尼斯分类相关内容打印件、第 7182788 号“欧普”商标注册证书复印件及（2015）佛中法知民初字第 7 号民事判决书等证据，被告中山欧普公司提交的全塑天花扇-风尚系列换气扇产品，被告京东公司提交的京东商城企业公示地址查询截屏、店铺网页截屏、商标查询结果打印件等证据以及各方当事人的陈述在案佐证。

本院认为：根据我国民事诉讼法的规定，当事人有出庭对对方当事人提交的证据进行质证的权利。被告京东公司经合法传唤，无正当理由未到庭参加诉讼，应视为其放弃质证的权利。

一、关于被告欧普照明公司是否构成商标侵权

根据我国商标法的规定，未经商标权人许可，在同一种商品上使用与注册商标相同的商标的，或在同一种商品上使用与注册商标近似的商标，或在类似商品上使用与注册商标相同或近似的商标，容易导致混淆的，属于侵犯注册商标专用权的行为。

（一）关于被告欧普照明公司是否在相同或类似商品上使用被控侵权字样

根据查明的事实,被告欧普照明公司在京东商城、天猫网、苏宁易购、1号店网站上所开设、经营的“欧普照明官方旗舰店”销售的被控侵权商品虽标注为集成吊顶换气扇、卫浴换气模块、普通吊顶换气扇、排气扇、厨房风扇等多种商品名称,但结合上述商品的销售页面的图片及文字信息及被告欧普中山公司提交的全塑天花扇-风尚系列换气扇产品来看,上述商品实质上均为排气风扇商品,与原告嘉兴欧普公司主张权利的第1594144号“欧普”注册商标核定使用的排气风扇商品系同一种商品。被告欧普照明公司提交的相应证据不能证明其所称的涉案被控侵权商品与原告嘉兴欧普公司享有注册商标专用权的商品并非同一种商品,其该抗辩理由,没有事实依据,本院不予采纳。

(二)被告欧普照明公司使用“欧普”、“欧普照明”、“OPPLE 欧普照明”等字样是否系对企业简称或字号的合理使用、是否构成商标侵权

根据我国商标法的规定,商标的使用是指将商标用于商品、商品包装或容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中,用于识别商品来源的行为。

尽管依法注册的企业名称或企业名称中的字号可以起到标明企业身份的作用,某些情况下的简化、突出使用亦可以起到区分和指示商品来源的作用,但企业名称或字号的使用应当规范、合法且不侵犯他人合法权益。如果企业名称或字号的简化、单独或突出使用进入了他人商标专用权的控制范围,则应当保持克制和予以避让。

本案被告欧普照明公司在京东商城、天猫网、苏宁易购、1号店等网站上销售涉案排气风扇商品时,存在在商品图片上方显著位置使用“OPPLE 欧普照明”字样,在商品名称描述栏目使用显著字体“欧普”、“opple 欧普照明”、“欧普照明”、“欧普/OPPLE”等字样,以及在商品配图附近以使用显著字体“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普滚轴轴承电机强劲动力”或“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”、“欧普照明风尚”及“欧普原厂包装”、“欧普照明原厂包装”等字样,以及在商品配图附近使用“OPPLE 欧普照明”及“欧普官方 LOGO 品质保障”字样,在“商品介绍”栏目使用有“商品名称:欧普集成吊顶换气扇厨或“商品名称:欧普普通吊顶换气扇...”等字样,在“商品详情”栏目使用“品牌名称:OPPLE/欧普照明”及“品牌:OPPLE/欧普照明”等字样,商品分类栏目使用“欧普(OPPLE)”字样等行为,上述使用行为部分系对上述文字的突出使用,部分系非突出使用行为,但就其使用目的而言,被告欧普照明公司均意在通过上述使用行为表明其销售的商品来源于被告欧普照明公司或其关联公司,对于相关公众而言,客观亦起到了识别商品来源的作用,系商标法意义上的使用。上述文字中的“欧普”与原告嘉兴欧普公司享有注册商标专用权的第1594144号“欧普”中文读音、文字一致,构成了与原告该商标的相同及近似,容易导致相关消费者的混淆误认,侵犯了原告嘉兴欧普公司的注册商标专用权,应当承担停止侵权、赔偿损失的法律赔偿责任。需要指出的是,根据查明的事实,被告欧普照明公司在行业内具有较高的知名度,其使用“欧普”、“欧普照明”等字样并不存在攀附原告商标之商誉的目的,通常情况下亦不会导致相关消费者认为其销售的涉案排气风扇商品来源于原告嘉兴欧普公司,但其涉案行为客观上足以造成相关公众将排气风扇上的“欧普”商标与被告欧普照明公司产生联系,从而割裂涉案商标权利人原告嘉兴欧普公司与该商标的对应关系,压缩和挤占原告嘉兴欧普公司通过正常市场行为建立其商标商誉的空间,从而侵害原告的注册商标专用权。

故,即使被告欧普照明公司使用上述“欧普”、“欧普照明”等字样的行为系对其企业字号的使用或企业的简称,但由于其对字号或企业简称的简化或突出等不规范使用行为进入了原告嘉兴欧普公司注册商标专用权的权利范围,亦应当就此承担相应法律责任。对于被告欧普照明公司所称的其“欧普”字号早于原告的抗辩意见,根据查明的事实,欧普照明公司成立于2008年10月21日,原告第1594144号“欧普”商标早在2001年6月28日即被核准注册,故被告欧普照明公司该抗辩意见没有事实依据,本院不予采纳。对于被告欧普照明公司抗辩

所称的原告嘉兴欧普公司曾存在侵犯其公司或关联公司商标权、攀附其公司商誉的意见及提交的相关证据，因与本案无关，故本院不予采纳。

对于京东商城、天猫网、苏宁易购、1 号店网站等网站上的“欧普照明电工电器旗舰店”、“欧普照明欧普专卖店”、“欧普照明乾隆专卖店”、“欧普照明灯饰专卖店”、“欧普照明 OPPLE 旗舰店”等店铺上存在的被控侵权行为，因上述店铺的开办及经营者均系独立的公司法人，且未有证据显示被告欧普照明公司与上述侵权行为有关，故即使上述公司与被告欧普照明公司系关联公司，亦不应当由被告欧普公司承担上述行为的法律责任。故就上述店铺原告针对被告欧普照明公司的指控，本院不予支持。

二、关于被告欧普中山公司、被告京东公司是否构成侵权

根据查明的事实，被告欧普中山公司只是涉案排气风扇商品的生产者，其并未在该商品及包装上使用“欧普”等字样，现有证据亦不能证明原告所指控的涉案网店上存在的被控侵权行为与被告欧普中山公司有关，故原告嘉兴欧普公司要求被告欧普中山公司停止侵权并赔偿损失等诉讼请求没有事实和法律依据，本院不予支持。

根据我国侵权责任法的规定，网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。被告京东公司系涉案商品销售平台京东商城网站的网络服务提供者，并非该网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺的经营者。原告虽就“欧普照明官方旗舰店”存在的侵权行为通知过被告京东公司予以删除，被告京东公司采取删除措施一段时间后，“欧普照明官方旗舰店”又存在部分恢复侵权行为的情况，但因本案涉及事实和法律问题较为复杂的企业字号权与注册商标权的冲突，并非通常较为明显的商标侵权行为，对于作为网络服务提供者京东公司而言，其没有义务亦没有能力对涉案被控侵权行为的性质做出准确的判断。且，即使被告京东公司对涉案被控侵权行为做出了准确的判断，其亦没有能力对做到对涉案店铺随时监控，对时隔数月后再次恢复的被控侵权行为做到及时删除。故，被告京东公司对京东商城网站上“欧普照明官方旗舰店”存在的侵权行为没有过错，不能认定其“知道”被告欧普照明公司利用京东商城平台侵犯原告嘉兴欧普公司商标权的事实。故被告京东公司不应承担原告赔偿损失的法律责任，但应当就此承担停止侵权的法律责任。

三、关于被告欧普照明公司赔偿的数额如何确定

根据我国商标法规定，侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所遭受的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的实际损失或侵权人获得的利益难以确定的，参照商标许可费用的倍数确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人因被侵权所遭受的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可费用难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。

本案原、被告双方均未就原告的实际损失及涉案商标的许可费用提供相应的证据，原告主张以其提交的《首次公开发行 A 股招股说明书》为依据计算被告的侵权所得利益为赔偿损失的数额。本院认为，该计算方法依据不足。首先，本案应当承担赔偿责任的系被告欧普照明公司，而《首次公开发行 A 股招股说明书》所载明的财务数据系被告欧普照明公司与被告欧普中山公司等子公司的合并财务报表显示的数据，并非仅系被告欧普照明公司的财务报表数据。其次，上述财务数据显示的系被告欧普照明公司与被告欧普中山公司等子公司网络线上销售、线下销售与直接销售、间接销售等所有渠道销售产品总数据，而本案需要考量的仅系被告欧普照明公司在涉案“欧普照明官方旗舰店”上销售的涉案排气风扇商品的利润。再次，原告将上述财务报表中的“其他”全部计入涉案排气风扇商品、以及主张的净利润率 20%、

主张的排气风扇占集成吊顶的收入占比为五分之一依据不足。最后，原告主张计算侵权时间段为 2013 年 12 月 15 日至 2015 年 12 月 15 日，而上述财务报表反映的系上述公司 2013 年度、2014 年度的财务数据。

由此，在原告嘉兴欧普公司因被告欧普照明公司的侵权行为所受到的实际损失、被告欧普照明公司因侵权所获得的利益、涉案商标许可使用费均难以确定的情况下，本院将综合考虑被告欧普照明公司的侵权方式、侵权持续时间及范围、被告欧普照明公司的行业知名度及企业规模、主观过错程度、涉案商品的售价、原告注册商标的使用情况及知名度、原告的生产经营规模、对原告造成损害后果的严重程度等因素综合确定赔偿数额。对于原告嘉兴欧普公司主张的合理支出部分，本院将根据合理性和必要性程度，酌情予以支持。

综上，依据《中华人民共和国商标法》第四十二条第四款、第四十八条、第五十七条第（一）项、第（二）项、第六十三条第一款、第三款，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条第（一）项，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，缺席判决如下：

- 一、被告欧普照明股份有限公司于本判决生效之日起立即停止在其经营的京东商城网站、天猫网网站、苏宁易购网站、1 号店网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺内使用涉案侵权字样；
- 二、被告北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司于本判决生效之日起立即删除京东商城网站平台上“欧普照明官方旗舰店”店铺内所使用的涉案侵权字样；
- 三、被告欧普照明股份有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告嘉兴市欧普电器有限公司经济损失和合理支出共计 2,000,000 元；
- 四、驳回原告嘉兴市欧普电器有限公司的其他诉讼请求。

如果被告欧普照明股份有限公司未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 141,800 元，由原告嘉兴市欧普电器有限公司负担 41,800 元（已交纳），由被告欧普照明股份有限公司负担 100,000 元（于本判决生效之日起七日内交纳）。

如不服本判决，可在本判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，交纳上诉案件受理费，上诉于北京知识产权法院。如在上诉期满后七日内未交纳上诉案件受理费的，按自动撤回上诉处理。

审判长 党刚

人民陪审员 宋玉英

人民陪审员 闫占芳

二〇一七年一月十日

书记员 郭宁 书记员 霍文慧

嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业、袁小明合同纠纷二审民事判决书

嘉兴市中级人民法院
民事判决书

(2017)浙04民终670号

上诉人(原审被告):嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业(有限合伙)。住所地:嘉兴市吉杨路68号14幢2楼202室。统一社会信用代码:91330402580376855A。

委托诉讼代理人:王健民,浙江潮乡律师事务所律师。

委托诉讼代理人:班莹,浙江潮乡律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):袁小明,男,1967年9月1日出生,汉族,住嘉善县。

委托诉讼代理人:汪志辉,浙江裕丰律师事务所律师。

上诉人嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业(有限合伙)(以下简称鑫盛汇)因与被上诉人袁小明合同纠纷一案,不服浙江省嘉兴市南湖区人民法院(2016)浙0402民初5122号民事判决,向本院提起上诉。本院于2017年3月21日立案后,依法组成合议庭进行审理。本案现已审理终结。

鑫盛汇上诉请求:撤销一审判决,改判鑫盛汇支付袁小明投资所得款3285319.66元并按此款计算逾期付款违约金。事实和理由:一、鑫盛汇代袁小明持有杭州永创智能设备股份有限公司(以下简称永创公司)股权372540股,鑫盛汇以均价17.4544元卖出,得款6502481元,扣除本金500000元后为6002481元,根据《鑫盛汇投资管理协议》(以下简称《投资管理协议》)第四条的规定,应扣除合伙企业所得税1200496.20元(暂按20%计算),余款再扣除32%计算的佣金,袁小明应得3265349.66元。二、鑫盛汇代持股份期间的分红,应适用协议关于投资收益计算佣金的条款。截止2016年6月,累计分红64283元,扣除企业所得税12856.6元(暂按20%计算),扣除32%的佣金,得款34970元。三、鑫盛汇系合伙企业,企业所得税率依法为累进税率(从20%-35%),在鑫盛汇尚未申报纳税的情形下,仍可依法审核确定。且鑫盛汇向一审提交了按税率20%计算的清单,故一审不予扣税,与双方约定、法律规定不符。四、袁小明应向鑫盛汇支付管理费15000元,但一审未作认定,应予改判。

袁小明辩称,一、涉案股份变现的收益除佣金外都归袁小明所有,不是鑫盛汇经营所得,不存在需要鑫盛汇缴纳企业所得税的问题。二、按协议约定,股份的分红权益全部归袁小明所有,鑫盛汇无权收取佣金。分红不是鑫盛汇的经营所得,也不存在缴纳企业所得税的问题。三、管理费一审判决已经扣除。综上,请求二审驳回上诉,维持原判。

袁小明向一审法院起诉请求:一、鑫盛汇立即向袁小明支付永创公司股份变现款5872000元,历年分红82825元;二、鑫盛汇就上述款项自2016年6月7日起按银行同期贷款利率的1.5倍支付逾期付款违约金,暂计至2016年8月31日为58549元,此后仍以5954825元为基数计算至实际支付日止。

一审法院认定事实:2011年10月21日,袁小明(甲方、委托方)与鑫盛汇(乙方、受托方)签订《投资管理协议》一份,载明:甲方委托乙方共同参与投资拟上市永创公司股权,双方经协商达成协议如下:关于委托金额,甲方委托乙方投资管理的资金计人民币50万元,将其存入鑫盛汇资金托管专户,并授权乙方在该账户内对永创公司进行股权投资,甲方按拟上市的永创公司2011年的PE=8倍价格购买股权,并交由乙方代持并管理;委托代持期限自本委托持股协议签订之日起至永创公司在交易所首次公开发行并挂牌上市,若遇上市公司规定有限售时间,则在限售期内仍由乙方代甲方持股,本次委托方明确限售期为一年,限售期

满,甲方根据市场状况,可随时要求乙方部分或全部出售其代甲方持有的永创公司股份,并于变现后一周内扣除相关已约定的佣金后将全部余款转至甲方指定个人账户,因出售股份产生的相关法定费用及税费均由甲方承担;关于预期投资收益与结算,乙方代甲方持有的永创公司股权的收益归甲方所有,在永创公司挂牌上市后,乙方代持股期间,若永创公司实施分红送股等,该股权所对应的相关权益归甲方所有,股权变现后将所获投资收益税后的 32%作为佣金,支付给乙方,税费各自承担;管理费用 3%在委托投资时一次性收取;并约定了如永创公司不能上市时双方的权利义务等等。鑫盛汇已收到该协议项下袁小明的投资款 50 万元。2011 年 8 月,鑫盛汇对杭州永创机械有限公司投资 1250 万元成为新股东,持股比例为 4%,其中出资额为 300 万元。2011 年 10 月,杭州永创机械有限公司整体变更设立股份公司,并更名为永创公司,注册资本 7500 万元,总股本 7500 万股,鑫盛汇持股数量为 300 万股,持股比例为 4%。庭审中双方确认,PE 计算方式为当年度经审计的扣除非经常性损益前后净利润的孰低额除以发行后总股本。2011 年,永创公司经审计的扣除非经常性损益前后较低净利润为 50330036.99 元。2012 年、2013 年、2014 年永创公司共计分红金额为 42015600 元。永创公司于 2015 年 5 月 29 日在上海证券交易所挂牌上市。2015 年 10 月,永创公司实施资本公积金转增股本,每 10 股转增 10 股。2016 年 5 月,永创公司实施资本公积转增股本,每 10 股转增 10 股,每股并派发现金红利 0.065 元(含税)。鑫盛汇持有的永创公司股份限售锁定期为自公司上市之日起的十二个月,于 2016 年 5 月 30 日起上市流通。2016 年 5 月 26 日,袁小明委托律师向鑫盛汇发送《律师函》一份,要求鑫盛汇书面告知袁小明所持有的永创公司股份数量及累计分红金额,并请鑫盛汇于 2016 年 5 月 30 日将袁小明股份全部出售并将款项与此前分红一并支付至袁小明的农业银行账户。2016 年 6 月 23 日,鑫盛汇曾要求袁小明确认其所拥有的股票数量,但双方未达成一致。2016 年 7 月 6 日,袁小明再次委托律师致函鑫盛汇,催促告知股票数量及出售付款。2016 年 8 月 11 日,鑫盛汇委托律师致函袁小明,要求袁小明确认其所有的永创公司股票数量及分红并出具授权委托书明确出售股份的时间、数量及结算办法。

鑫盛汇以自己名义持有的永创公司股票于 2016 年 6 月至 10 月陆续抛售,总计成交金额 209453418 元,总股本 1200 万股,均价约为 17.454 元。

一审法院认为,本案系一起委托股权投资产生的合同纠纷,双方对袁小明委托鑫盛汇投资永创公司股权没有争议,本案主要争议焦点在于:一、袁小明委托投资的 50 万元投资款对应的股份数额多少、收益如何计算;二、鑫盛汇是否应支付逾期付款违约金。

关于争议焦点一,双方在《投资管理协议》中明确约定袁小明的 50 万元投资款按永创公司 2011 年 PE=8 倍价格购买股权,而不是按鑫盛汇投资永创公司的款项份额比例来确定股权,因此,袁小明要求按 48 万股计算没有依据。根据 2011 年永创公司相关的数值,袁小明投资的原始股权数额应为 $500000 \div (50330036.99 \div 75000000 \times 8) = 93135$ 股。经过永创公司两次资本公积转增股本后,袁小明所得永创公司股份应为 372540 股。按双方确认的永创公司股票抛售价格计算,袁小明拥有的永创公司股票变现所得为 $372540 \times 209453418 \div 12000000 = 6502481$ 元。关于投资收益所得税问题,鑫盛汇未提供证据证明需扣除 20%所得税,本案中不作扣除。关于佣金问题,虽然协议中约定股权变现后将所获收益税后的 32%作为佣金,但袁小明表示在鑫盛汇承担税前佣金金额对应的税负责任前提下愿意以税前的金额支付佣金,予以确认,则袁小明投资永创公司股权变现所得应为 $6502481 - (6502481 - 500000) \times 32\% = 4581687$ 元。关于分红数额,2012 年至 2014 年,袁小明应得分红为 $42015600 \div 75000000 \times 93135 = 52175$ 元;2015 年度每股派发现金红利 0.065 元,则袁小明应得分红为 $0.065 \times 93135 \times 2 = 12108$ 元;以上分红合计 64283 元。鑫盛汇主张分红应扣除 20%的税费,但亦未能举证证明,故本案中不予扣除。协议约定投资收益的税费双方各自承担,双方可依约定处理。鑫盛汇主张分红应计算佣金,也不符合协议约定,不予采纳。综上,袁小明委托

鑫盛汇投资的永创公司股权变现款及分红共计为 4645970 元。因袁小明未提供证据证明已支付管理费 15000 元，该款项在鑫盛汇应支付给袁小明的款项中予以扣除。

关于争议焦点二，因双方在鑫盛汇持有的永创公司股份解除限售后对袁小明所有的股份数量及分红数额一直存有争议，无法达成一致，庭审中袁小明明确要求自起诉之日起计算逾期付款违约金，鑫盛汇亦无异议，予以确认，袁小明主张按银行同期贷款利率的 1.5 倍计算逾期付款违约金，符合法律规定，予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百一十三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决：一、鑫盛汇于判决生效之日起七日内支付袁小明投资变现款及分红款共计 4630970 元，并支付逾期付款违约金（按银行同期贷款利率的 1.5 倍自 2016 年 9 月 2 日起计算至实际付清之日）；二、驳回袁小明的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 53894 元，由袁小明负担 10046 元，鑫盛汇负担 43848 元，于判决生效后七日内交纳。

双方在二审中均未提交新的证据。

本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，鑫盛汇主张其支付袁小明的投资变现款、分红款应当扣除 20% 的税费，但《投资管理协议》对此并未有明确的约定，且鑫盛汇也未实际缴纳，故其要求先行扣除依据不足，本院不予支持。鑫盛汇可在实际代缴后，依据双方约定或者法律规定另行向袁小明主张权利。分红是否应当计算佣金在合同中同样没有约定，鑫盛汇主张要求计算没有依据，不予支持。管理费，一审判决时已经予以扣除，鑫盛汇就此所提上诉与判决认定不符。综上所述，鑫盛汇的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 16910.85 元，由嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）负担。

本判决为终审判决。

审判长 褚翔

审判员 汪先才

代理审判员 王浩

二〇一七年四月十四日

书记员 金孝佩

江苏宏溥科技有限公司与常州永安公共自行车系统股份有限公司侵害发明专利权纠纷一审民事判决书

上海知识产权法院
民事判决书

(2016)沪73民初33号

原告：江苏宏溥科技有限公司，住所地江苏省无锡市。

法定代表人：谢瑞初，该公司董事长。

委托诉讼代理人：赵臻淞，江苏漫修律师事务所律师。

被告：常州永安公共自行车系统股份有限公司，住所地江苏省常州市。

法定代表人：孙继胜，该公司董事长。

委托诉讼代理人：李佳铭，上海翰鸿律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王芳，上海翰鸿律师事务所律师。

原告江苏宏溥科技有限公司与被告常州永安公共自行车系统股份有限公司侵害发明专利权纠纷一案，本院于2016年1月11日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告江苏宏溥科技有限公司的委托诉讼代理人赵臻淞、被告常州永安公共自行车系统股份有限公司的委托诉讼代理人李佳铭到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告江苏宏溥科技有限公司向本院提出诉讼请求：1、判令被告立即停止制造、销售侵犯原告发明专利权产品的行为；2、判令被告赔偿原告经济损失10万元；3、判令被告支付原告因维权支出的合理费用24,000元（包括律师费2万元及公证费4,000元）。事实和理由：发明人谢瑞初于2007年11月29日向中国国家知识产权局提交了名称为“非机动车停/取/租/还车管理系统及其控制与识别方法”的发明专利的申请，2012年3月28日获得授权，专利号为XXXXXXXXXX.3，目前处于有效状态。2015年5月13日，该专利被独占许可给原告使用并进行了备案。经调查取证，被告制造并在上海市松江区运行的公共自行车租赁系统的技术特征落入了上述发明专利权利要求1的保护范围。原告认为，被告行为构成对原告专利权的侵犯，故提起诉讼。

被告常州永安公共自行车系统股份有限公司辩称，被诉侵权产品与原告专利技术方案的大部分技术特征并不相同，没有落入原告专利权利要求1的保护范围，不构成对原告专利权的侵犯，请求法院驳回原告的全部诉讼请求。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的原告提交的专利文件、发明专利证书、专利缴费凭证、专利实施许可合同备案证明、无效宣告请求审查决定书、常州市武进区公共自行车系统运营服务采购项目中标公示、公证费发票、律师费发票，及被告提交的无效宣告请求受理通知书、口头审理时提交的视频材料、口头审理记录，本院予以确认并在卷佐证。

被告对原告提交的侵权产品照片、(2016)沪松证经字第233号公证书及光盘、首次公开发行A股股票招股说明书的真实性、合法性没有异议，但认为不能证明被诉侵权产品构成侵权。原告对被告提交的(2015)锡知民初字第00165号民事起诉状、民事裁定书、现场勘验视频材料的真实性、合法性没有异议，但认为不能证明被诉侵权产品不构成侵权。本院对上述证据的真实性、合法性予以确认，至于其能否证明待证事实将在下文予以论述。

本院经审理查明以下事实：

一、涉案专利基本情况

发明人谢瑞初于2007年11月29日向国家知识产权局申请了名称为“非机动车停/取/租/还车管理系统及其控制与识别方法”的发明专利。2012年3月28日获得授权，专利号为

XXXXXXXXXXXX. 3。该专利现仍在有效期内。后，谢瑞初将该专利独占许可给原告使用，许可期限为 2014 年 12 月 8 日至 2019 年 12 月 7 日，该合同已在国家知识产权局备案。

专利权利要求 1 记载，“一种非机动车停/取/租/还车管理系统，其特征在于：包括

(1) 车辆编码信息存储装置，该装置固定在车辆上，用于确定车辆身份；

(2) 通信监测与控制单元，通信监测与控制单元安置于带有电控锁的车位停车装置上，与终端管理控制单元的中央控制电路构成车位通信网络，并控制车位锁开锁电源及停车后的信息监测管理，在车位上停车的时候，由通信监测与控制单元读取车辆编码信息存储装置中的信息，并传输进入终端管理控制单元，用作判断停车的真伪和停车管理的信息监测；当通信监测与控制单元读得车位锁闭锁信号，而无法读取车辆编码信息时，即输出车位锁开锁电源使车位电控锁动作恢复车位锁开启；

(3) 接收通信监测与控制单元发出的车辆和车位信息，并向通信监测与控制单元发送指令，对停/取/租/还车进行管理的终端管理控制单元，终端管理控制单元用作判断停车的真伪和停车管理的信息监测，通信监测与控制单元如果读取了车辆编码信息，车辆编码信息以及当前时间通过中央控制器进入存储单元，同时，车辆纳入终端管理控制单元的停车监测管理；为避免停车管理纠纷，被纳入终端管理控制单元管理的停车车辆编码信息，通过终端管理控制单元的信息读写单元为便携式信息储存装置写入停车记录；在终端管理控制单元上租车终端管理控制单元中信息读写单元读取便携式信息储存装置信息，如果符合租车条件，信息提示单元提示租车操作，如果密码相同，终端管理控制单元自动选配出租车辆；也可以按需要自选车辆，终端管理装置将出租车辆的时间、车辆编码及车位编码备案，控制电路控制通信监测与控制单元输出车位锁开锁电源租出车辆，租出车辆的还车比停车后取车更为自由，凭停车/租车会员便携式信息储存装置和所租车辆可在任何地点的终端管理控制单元上还车；

(4) 用于停/取/租/还车的会员便携式信息储存装置，会员便携式信息储存装置是被停车/租人随身携带，作为停/取/租/还车的操作和电子信息记录凭证及费用结算的电子钱包。

专利说明书的背景技术记载，“目前非机动车停车还处于乱停乱放的混乱状态，即使有人管理停放的非机动车，由于人工管理上的缺陷，没有防盗控制手段，很容易造成车辆的失窃。……现有的停车管理系统停车车辆没有车上信息编号，采用会员卡停/取车的系统技术和方法仍存在缺陷，停车时，仅靠停车人输入车位编号，这样的设定方法很容易造成误操作，一旦发生纠纷，缺乏有力的判断依据，而且要实施自动停车管理，靠人工输入停车车位号的方法，在无人监管的情况下，停车管理方无法判断停车的真伪，因此，在非机动车的停车管理系统和方法上有待进一步提高改进。”说明书中的具体实施方式[0112]、[0144]、[0119]、[0209]、[0210]及附图 23 的内容均涉及停/取和租/还两种功能。

2015 年 9 月 24 日，被告就涉案专利向国家知识产权局专利复审委员会提出无效宣告请求，专利复审委员会于 2016 年 4 月 7 日作出决定，维持专利有效。

对于权利要求 1 主题名称中的“停/取/租/还”中的“/”表示的含义，专利复审委员会认为，“‘停车’和‘取车’是一组对应的功能，……‘租车’与‘还车’也是一组对应的功能，……专利说明书中记载的系统是既能够实现‘取车’和‘停车’管理功能又能够实现‘租车’、‘还车’管理功能，而不是该系统只能够实现‘取车’和‘停车’管理功能而不能实现‘租车’、‘还车’管理功能，或相反。因此，权利要求 1 中的非机动车管理系统能够实现非机动车‘停车’和‘取车’以及‘租车’和‘还车’管理操作。”

对于权利要求 1 中“终端管理控制单元自动选配出租车辆；也可以按需要自选车辆”，专利复审委员会认为，涉案专利“为用户提供了两种可选的分配出租车辆的方式，一种是由终端管理控制单元自动选配出租车辆，而另一种是按需要自选车辆”。

二、被诉侵权产品的基本情况及其与涉案专利的比对情况

被诉侵权产品系由被告制造并销售的公共自行车租赁系统。该系统可以对自行车的租用和归还进行自动管理。每个自行车对应一个锁车桩，锁车桩上有刷卡装置，用户可以在自选的锁车桩上刷卡租用自行车；归还时，将带有芯片的自行车推入系统中，系统可自动识别并锁住本系统车辆。在进行租车操作时，系统无法自动选配出租车辆。

2005 年，原告曾就被告的相同产品向江苏省无锡市中级人民法院提起专利侵权诉讼，案号为(2015)锡知民初字第 00165 号(以下代称无锡案件)。2015 年 11 月 11 日，原告申请撤回起诉。原、被告确认无锡案件中的被诉侵权产品与本案相同，并确认以该案勘验情况作为本案比对证据。在该案勘验中，曾经对被诉侵权产品进行了三个实验。第一个实验将没有芯片的车辆推进被诉侵权系统，车辆快速推进推出多次，均可以自由进出。第二个实验将带有非本系统芯片的车辆推入被诉侵权系统，系统提示“非本系统内用车”，车辆推进推出，亦可自由出入。第三个实验将本系统车辆推入被诉侵权系统，系统锁住车辆。勘验中，还曾经将本系统车辆推进被诉侵权系统后迅速推出，系统发出“咔哒咔哒”的声音，并提示“车未还好”，车辆离开系统未被锁住。

被告称其通常与客户签订五年以上合同，价格为每年每辆车加维护费共计 2,000 元。

审理中，本院组织原、被告就被诉侵权产品的技术特征与涉案专利权利要求 1 的技术特征进行比对，情况如下：

关于权利要求 1 的前序部分“一种非机动车停/取/租/还车管理系统”，被诉侵权产品仅具有对租车会员所租赁的公共自行车进行租/还管理的功能，不具有对停车会员所自有的自行车进行停/取管理的功能。

关于权利要求 1(1)的“车辆编码信息存储装置，该装置固定在车辆上，用于确定车辆身份”，被诉侵权产品具有车辆芯片，即车辆编码信息存储装置，该芯片固定在车辆前部，写入用于确定车辆身份的编码。双方确认该技术特征与涉案专利技术特征相同。

关于权利要求 1(2)的“通信监测与控制单元安置于带有电控锁的车位停车装置上”，被诉侵权产品的通信监测与控制单元安装在锁车桩上，该锁车桩上设有电控锁。双方确认该技术特征与涉案专利技术特征相同。

关于权利要求 1(2)的通信监测与控制单元“与终端管理控制单元的中央控制电路构成车位通信网络，并控制车位锁开锁电源及停车后的信息监测管理，在车位上停车的时候，由通信监测与控制单元读取车辆编码信息存储装置中的信息，并传输进入终端管理控制单元，用作判断停车的真伪和停车管理的信息监测”，原告认为，被诉侵权产品通过锁车桩上的读卡器读取车辆编码信息并传输至终端进行管理，每台锁车桩的信息读写单元只是对借车卡信息读取并控制电控锁，本质还是要通过终端管理控制单元进行管理，站点控制器具备终端管理控制单元的技术特征。因此，与涉案专利构成相同或等同。被告认为，被诉侵权产品不存在终端管理控制单元，每个锁车桩上都有通信网络，单个锁车桩上的通讯监测与控制单元的通讯网络控制每个锁车桩上的开锁电源，开锁、闭锁均由锁车桩的通信网络独立完成，不经过后台的控制中心。而且，被诉侵权产品没有停车功能，没有用作停车管理的信息监测。因此，被诉侵权产品与上述专利技术特征不相同也不等同。

关于权利要求 1(2)的“当通信监测与控制单元读得车位锁闭锁信号，而无法读得车辆编码信息时，即输出车位锁开锁电源使车位电控锁动作恢复车位锁开启”，原告认为，被诉侵权产品在闭锁后仍进行芯片识别，当无法读取车辆编码时，电控锁同样存在先锁车，然后恢复开锁的功能，与该涉案专利技术特征相同。被告认为，被诉侵权产品在闭锁之前先识别，如果识别出是系统车辆后再闭锁，如果不是系统车辆，则不闭锁，因此与涉案专利技术特征并不相同。

关于权利要求 1(3)的终端管理控制单元，用于接收通信监测与控制单元发出的车辆和车位信息，并向通信监测与控制单元发送指令，对停/取/租/还车进行管理。其有两个技术特征：

a. 用作判断停车的真伪和停车管理的信息监测, 通信监测与控制单元如果读取了车辆编码信息, 车辆编码信息以及当前时间通过中央控制器进入存储单元, 同时, 车辆纳入终端管理控制单元的停车监测管理; 为避免停车管理纠纷, 被纳入终端管理控制单元管理的停车车辆编码信息, 通过终端管理控制单元的信息读写单元为便携式信息储存装置写入停车记录; b. 在终端管理控制单元上租车终端管理控制单元中信息读写单元读取便携式信息储存装置信息, 如果符合租车条件, 信息提示单元提示租车操作, 如果密码相同, 终端管理控制单元自动选配出租车辆; 也可以按需要自选车辆, 终端管理装置将出租车辆的时间、车辆编码及车位编码备案, 控制电路控制通信监测与控制单元输出车位锁开锁电源租出车辆, 租出车辆的还车比停车后取车更为自由, 凭停车/租车会员便携式信息储存装置和所租车辆可在任何地点的终端管理控制单元上还车。原告认为, 被诉侵权产品在归还租用车辆时也需要判断停车真伪, 并记录车辆编码信息, 也具有中央控制器, 设置有存储单元。停车后, 被诉侵权产品的信息读写单元需要在借车卡上写入相应记录。被告只是将终端管理控制单元中的信息读写和提示单元分散到每个锁车桩上。在租用车辆时, 涉案专利系统选配和用户自选是可以选择的, 不需要同时具备两种功能。被告产品采取的是用户自选的方式。被告产品通过站点控制器对车辆、车位进行管理, 通过信息检测与控制单元打开电控锁, 通过终端管理实现在任何地点还车的功能, 需要在站点控制器上设置对整个站点统一管理的终端管理控制单元。被告则认为, 被诉侵权产品不具有对自有车辆进行停车管理的特征, 车辆编码信息及当前时间的读取和写入都是由锁车桩完成的, 每个锁车桩是单个管理控制单元, 不是终端管理控制单元。被诉侵权产品不能自动选配车辆, 单个锁车桩上的管理控制单元并不对出租车辆的时间、车辆编码及车位编码备案, 其车位开锁电源也不是由终端管理控制单元控制, 而是由锁车桩上的单个控制单元控制的。原、被告确认, 被诉侵权产品的用户凭便携式信息储存装置和所租车辆可在任何地点的终端管理控制单元上还车, 这一点与涉案专利相同。

关于权利要求 1(4) 的“用于停/取/租/还车的会员便携式信息存储装置, 会员便携式信息存储装置是被停车/租车人随身携带, 作为停/取/租/还车的操作和电子信息记录凭证及费用结算的电子钱包”, 被诉侵权产品可凭身份证免费办理租车卡, 使用积分记录使用情况, 如果不超时还车, 不扣积分, 部分租车卡具有扣款功能。双方确认被诉侵权产品有作为租/还车操作的电子信息记录凭证。但被告认为, 被诉侵权产品不具有电子钱包, 因此与专利技术特征不同。原告认为, 积分也是一种费用结算方式, 被诉侵权产品与该专利技术特征相同。

三、与本案有关的其他情况

原告为本案诉讼支出律师费 2 万元、证据保全公证费 4,000 元。

本院认为, 涉案 XXXXXXXXXXXX.3 号“非机动车停/取/租/还车管理系统及其控制与识别方法”发明专利经国家知识产权局依法授权, 目前仍处于有效状态, 受到法律保护。任何单位或个人未经权利人许可, 不得为生产经营目的实施该专利。原告作为独占被许可人, 有权以自己的名义提起侵权诉讼。

本案中, 在判断被告是否实施了涉案专利, 即被诉侵权产品所采用的技术方案是否落入涉案专利权权利要求 1 的保护范围时, 应当审查权利要求 1 所记载的全部技术特征。如果被诉侵权技术方案包含与权利要求 1 记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征, 应当认定其落入专利权的保护范围; 如果被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求 1 记载的全部技术特征相比, 缺少权利要求 1 记载的一个以上的技术特征, 或者有一个以上技术特征不相同也不等同, 应当认定其没有落入专利权的保护范围。

根据已经查明的事实及比对情况, 对于被诉侵权产品的技术方案是否包含涉案专利权权利要求 1 的全部技术特征, 原、被告的争议主要集中在以下几点:

一、涉案专利是否同时具备“停/取”与“租/还”两种功能

涉案专利前序部分载明“一种非机动车停/取/租/还车管理系统”，特征部分的权利要求 1(3)、(4)中也有“停/取/租/还”、“停车/租车会员”、“停车/租车人”的表达。被诉侵权产品仅具有对租车会员所租赁的公共自行车进行租/还管理的功能，不具有对停车会员所自有的自行车进行停/取管理的功能。原、被告对于涉案专利前序及特征部分中的“停/取”与“租/还”是并列关系还是或者关系，即涉案专利是否同时具备停车与租车两种功能，争议较大。原告主张“停/取”与“租/还”是或者关系，涉案专利可以只具有一种功能；被告则主张“停/取”与“租/还”是并列关系，涉案专利需同时具备两种功能。

对此，本院认为，双方上述争议的实质是对涉案专利权利要求书中“停/取/租/还”、“停车/租车会员”、“停车/租车人”中“/”符号的理解。《中华人民共和国专利法》第五十九条规定：“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。”《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第四条规定，权利要求书、说明书及附图中的语法、文字、标点、图形、符号等存有歧义，但本领域普通技术人员通过阅读权利要求书、说明书及附图可以得出唯一理解的，人民法院应当根据该唯一理解予以认定。第五条规定，在人民法院确定专利权的保护范围时，独立权利要求的前序部分、特征部分以及从属权利要求的引用部分、限定部分记载的技术特征均有限定作用。第六条规定，人民法院可以运用与涉案专利存在分案申请关系的其他专利及其专利审查档案、生效的专利授权确权裁判文书解释涉案专利的权利要求。因此，本案中，专利前序部分与特征部分对于专利权的保护范围均具有限定作用。对“停/取”与“租/还”之间是并列关系还是或者关系，可以结合权利要求书的内容、说明书、附图及涉案专利无效宣告请求审查决定书的内容进行解释。

(一)从权利要求书的内容来看，涉案专利权利要求 1(3)记载了终端管理控制单元在实现停车管理和租车管理时的技术特征，并且明确记载“为避免停车管理纠纷，被纳入终端管理控制单元管理的停车车辆编码信息，通过终端管理控制单元的信息读写单元为便携式信息储存装置写入停车记录”的内容，主题部分的技术特征应为该专利与现有技术共有的必要技术特征，应当解释为也具有“停/取”与“租/还”两组功能。

(二)从说明书的内容来看，涉案专利说明书载明，专利背景技术是，目前非机动车停车还处于乱停乱放的混乱状态，难以实现自动停车管理，停车管理方无法判断停车真伪。涉案专利所需要解决的主要现有技术问题是识别车辆身份进行停车管理。因此，通过涉案专利技术实现“停/取”功能是涉案专利必不可少的技术特征。此外，具体实施方式[0112]、[0144]、[0119]、[0209]、[0210]及附图 23 的内容均涉及“停/取”和“租/还”两种功能，整个说明书中没有内容表明涉案专利仅具有“停/取”或“租/还”一组功能。

(三)从专利确权裁判文书来看，涉案专利无效宣告请求审查决定书认为，停车和取车是一组对应的功能，租车和还车也是一组对应功能。专利说明书中记载的系统是既能够实现“取车”和“停车”管理功能又能够实现“租车”和“还车”管理功能，而不是该系统只能够实现“取车”和“停车”管理功能而不能实现“租车”、“还车”管理功能，或相反。可见，专利确权裁判文书亦认定“停/取”与“租/还”是并列关系。

(四)无论是从本领域普通技术人员的角度，还是从一般人的角度来看，涉案专利不可能只能停车不能取车，或只能租车不能还车，也就是说“停”与“取”之间只能是并列关系，“租”与“还”之间也只能是并列关系。既然“/”符号使用在“停”与“取”、“租”与“还”之间表示的都是并列关系，其使用在“停/取”与“租/还”之间也应当推定为并列关系。

综上，本院认为，涉案专利前序部分及特征部分权利要求 1(3)、(4)中的“停/取”与“租/还”是并列关系，而非或者关系。被诉侵权产品仅具有对租车会员租用车辆进行“租/还”管理的功能，不具有对停车会员自有车辆进行“停/取”管理的功能。因此，被诉侵权产品的技术方案不落入涉案专利权的保护范围。

二、被诉侵权产品是否先闭锁再识别再开锁或继续闭锁

涉案专利权利要求 1(2)记载,“当通信监测与控制单元读得车位锁闭锁信号,而无法读取车辆编码信息时,即输出车位锁开锁电源使车位电控锁动作恢复车位锁开启”。该技术特征应当解释为,涉案专利在识别车辆时,需要先将车辆锁住再进行识别。如果不是本系统车辆,无法识别车辆信息,则系统将开锁,车辆可以取出;如果识别出是本系统的车辆,则系统维持闭锁状态。上述识别过程可以简单描述为“闭锁-识别-开锁或继续闭锁”的过程。原、被告的争议点在于被诉侵权产品是否亦是如此。原告认为,被诉侵权产品也是如此操作,因此与涉案专利技术特征相同。而被告则认为,被诉侵权产品在闭锁之前先识别。如果识别出是系统车辆,即闭锁;如果不是系统车辆,则不闭锁。因此与涉案专利技术特征并不相同。

本院认为,双方已经确认无锡案件勘验情况作为本案比对证据。而在无锡案件的勘验中,将无芯片车辆及带有其他系统芯片的车辆推进被诉侵权系统后,系统均没有将车辆锁住,没有证据证明被诉侵权产品在识别之前有闭锁的动作。原告主张,勘验时有“咔哒咔哒”的声音说明被诉侵权系统实施了闭锁的动作。但即使如原告所说,“咔哒咔哒”系闭锁的声音,如果被诉侵权系统与涉案专利一样,先闭锁再识别,勘验中将本系统车辆推进被诉侵权系统后马上推出时,系统应当是不会开锁的。也就是说,“咔哒咔哒”声音发出之后,本系统的车辆应当是无法推出的。这明显与勘验结果不相一致。因此,原告主张被诉侵权产品先闭锁再识别没有事实依据,本院不予支持。

三、被诉侵权产品是否具备终端管理控制单元,该单元是否具有与涉案专利终端管理控制单元相同或等同的技术特征

根据专利权利要求 1 的记载,涉案专利具有终端管理控制单元,终端管理控制单元的中央控制电路与安置于车位停车装置上的通信监测与控制单元构成车位通信网络。终端管理控制单元用作判断停车的真伪和停车管理的信息监测[权利要求 1(3)a]。在终端管理控制单元上租车终端管理控制单元中信息读写单元读取便携式信息储存装置信息,其可以自动选配出租车辆,也可以按需要自选车辆[权利要求 1(3)b]。被告认为,被诉侵权产品不具备终端管理控制单元,因此与涉案专利不相同也不等同。

本院认为,对于被诉侵权产品是否具备终端管理控制单元,主要涉及对“终端管理控制单元”这一词语的解释问题。所谓终端管理控制单元,是对终端进行管理控制的模块,被告产品可以在租车以外的地点还车,也需要对终端进行管理控制,因此必定存在终端管理控制单元。但被诉侵权产品的终端管理控制单元不具有与涉案专利相同或等同的技术特征。其最明显的区别在于,虽然涉案专利权利要求没有明确记载终端管理控制单元的位置,但从权利要求 1 中记载的终端管理控制单元与安置在车位停车装置上的通信监测与控制单元构成车位通信网络、终端管理控制单元可以自动选配出租车辆可以认定,涉案专利的终端管理控制单元不可能位于单个的锁车桩上。再结合权利要求 1 所记载的终端管理控制单元读取便携式信息储存装置信息,可以认定涉案专利不是在锁车桩上读取便携式信息储存装置信息的。而被诉侵权产品是在锁车桩上读取便携式信息储存装置信息,故与涉案专利该项技术特征并不相同。

原告认为,被诉侵权产品将终端管理控制单元中的信息读写与提示单元移到锁车桩上,构成等同。对此,本院认为,等同原则的适用不应忽略权利要求中记载的技术特征,而且根据《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第十七条的规定,等同的认定要求被诉侵权技术方案与专利所记载的技术特征以基本相同的手段,实现基本相同的功能,达到基本相同的效果。本案中,涉案权利要求 1(3)记载,终端管理控制单元自动选配出租车辆,也可以按需要自选车辆,被诉侵权产品将信息读写与提示单元安置锁车桩上,虽然能够实现读取便携式信息储存装置的信息的功能,却无法实现系统自动选配出租车辆的功能,

亦无法达到基本相同的效果，故不构成等同。对于原告的上述观点，本院不予采纳。被诉侵权产品的终端管理控制单元的技术特征与涉案专利不相同，也不等同。

四、被诉侵权产品的会员便携式信息存储装置的技术特征与涉案专利是否相同或等同
专利权利要求 1(4) 记载，涉案专利产品包括用于停/取/租/还车的会员便携式信息存储装置，作为停/取/租/还车的操作和电子信息记录凭证及费用结算的电子钱包。被诉侵权产品有会员携带的电子信息记录凭证，用于记录电子信息并进行费用结算。被告认为这不是电子钱包，且不能实现停/取的操作，故与涉案专利不相同也不等同。

本院认为，涉案专利中的“电子钱包”应当解释为能够进行费用结算的电子数据装置，被诉侵权产品也有该装置，这一点是相同的。但由于被诉侵权产品不能进行停/取管理，故其会员便携式存储装置不具备停/取的技术特征，被诉侵权产品与涉案专利该项技术特征不相同也不等同。

综上所述，被诉侵权产品的技术方案与原告主张权利的专利权利要求 1 记载的全部技术特征相比，有一个以上的技术特征不相同也不等同，没有落入涉案专利权的保护范围。原告主张被告构成侵权的主张不能成立。依照《中华人民共和国专利法》第五十九条第一款，《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第十七条第二款，《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第七条，《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第四条、第五条、第六条的规定，判决如下：

驳回原告江苏宏溥科技有限公司的全部诉讼请求。

本案案件受理费 2,780 元，由原告江苏宏溥科技有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市高级人民法院。

审判长 胡宓

审判员 徐飞

人民陪审员 程晓鸣

二〇一六年十月十二日

书记员 沈晓玲

吸收公众存款罪二审刑事裁定书

江苏省高级人民法院

刑事裁定书

(2017)苏刑终 334 号

原公诉机关江苏省扬州市人民检察院。

上诉人(原审被告)袁长胜,男,1969 年 7 月 2 日生,汉族,中专文化,原江苏中显集团有限公司法定代表人,住扬州市开发区(户籍地上海市浦东新区)。2014 年 9 月 28 日因涉嫌犯欺诈发行债券罪被刑事拘留,2014 年 11 月 5 日被取保候审,2017 年 10 月 27 日被逮捕。现羁押于扬州市看守所。

原审被告单位江苏中显集团有限公司,住所地江苏省扬州市邗江区荷叶西路 89 号。

诉讼代表人袁长茂,江苏中显集团有限公司股东。

原审被告夏宝龙,男,1964 年 4 月 26 日生,汉族,高中文化,原江苏中显集团有限公司财务主管,住扬州市邗江区(户籍地江苏省高邮市)。2015 年 10 月 30 日因涉嫌犯非法吸收公众存款罪被取保候审。

原审被告冯德毅,男,1960 年 7 月 2 日生,汉族,高中文化,原江苏中显集团有限公司融资负责人,住扬州市邗江区(户籍地江苏省高邮市)。2015 年 10 月 30 日因涉嫌犯非法吸收公众存款罪被取保候审。

江苏省扬州市中级人民法院审理江苏省扬州市人民检察院指控原审被告单位江苏中显集团有限公司(简称江苏中显集团)、原审被告袁长胜、夏宝龙犯欺诈发行债券罪、非法吸收公众存款罪、原审被告冯德毅犯非法吸收公众存款罪一案,于 2017 年 10 月 31 日作出(2016)苏 10 刑初 9 号刑事判决。袁长胜不服,提出上诉。本院依法组成合议庭审理了本案。经审阅全案卷宗,提审上诉人,听取江苏省人民检察院冒云建检察员的意见,决定不开庭审理。现已审理终结。

一审判决认定:

(一)欺诈发行债券

2012 年底至 2013 年初,被告单位江苏中显集团申报发行企业债券,在相关单位进行尽职调查、增信担保过程中,被告人袁长胜、夏宝龙隐瞒民间借款及对外担保、虚报年销售及年利润,伪造其他单位印章及假冒他人签名虚增应收款,欺骗中兴华会计师事务所作出中兴华审字[2014]JS2000005 号审计报告。

2014 年 3 月,被告单位江苏中显集团骗取国家发改委批复。2014 年 6 月 9 日,被告人袁长胜、夏宝龙明知企业严重亏损,大量负债,不符合企业债券发行条件,仍将虚假的江苏中显集团 2011、2012、2013 年审计报告(连审)以及据此形成的《2014 年扬州中小企业集合债券总募集说明书》、《2014 年扬州中小企业集合债券分募集说明书》在中国货币网上公开披露,公开发行人企业债券 4000 万元,总募集、分募集说明书中隐瞒了 2013 年底江苏中显集团实际所有者权益亏损 1 亿余元的事实,虚报所有者权益为 1.35 亿余元。2014 年 6 月 23 日,江苏中显集团企业债券发行完成,江海证券有限公司扣除承销费用后将企业债券募集资金余额 3770.5 万元转至江苏中显集团在兴业银行扬州分行 40×××53 债券专户内。

同年 6 月 24 日,因被告单位江苏中显集团大量负债,该账户被高邮市人民法院、扬州市邗江区人民法院扣划共计 987.642736 万元、被兴业银行扬州分行回收贷款 353.60214 万元,后又陆续被多家法院冻结金额计 1 亿余元。

2017 年 3 月 6 日,一审法院依法冻结被告单位江苏中显集团在兴业银行扬州分行 40×××53 账户余额 2459.095601 万元。

上述事实,有经庭审举证、质证的多项证据证实。主要包括

(1)中兴华会计师事务所根据虚假财务资料出具审计报告,内容为江苏中显集团 2011-2013 年三年连续盈利,其中 2013 年股东权益合计 1.35 亿余元,净利润 1.529 亿余元。

(2)《国家发改委关于江苏扬州市中小企业集合债券核准的批复》等书证证明,江苏中显集团通过引用中兴华会计师事务所虚假审计结论、作虚假说明发行 4 千万元中小企业集合债券。

(3)江苏省信用再担保有限公司提供的相关书证证明,因江苏中显集团无力还款,该公司作为担保人已代为支付全部本息,被害人(申购人)要求直接向担保人发还被冻结债券资金。

(4)扬州市邗江区国家税务局第三税务分局出具的江苏中显集团资产负债表、损益表、纳税申报表及说明等证明,江苏中显集团向国税部门虚报的数据与中兴华会计师事务所出具的审计报告亦明显不符。

(5)江苏中显集团民间借款及对外担保统计汇总表及附件,南京银行扬州分行等单位贷款资料,江苏中显集团应收、应付账款、民间借款等证明,江苏中显集团合计向 30 余名自然人借款金额 6200 余万元,到账 6100 余万元,已还款 2600 余万元,尚欠 3500 余万元;江苏中显集团为程某、康宝公司等对外担保计 9200 万元,其真实的民间借款、对外担保情况与该公司提供给中兴华会计师事务所的财务资料严重不符。

(6)协助查询资产通知书及回复、协助冻结财产通知书、兴业银行扬州分行出具的江苏中显集团公司账户明细,法院民事判决书、民事调解书及邗江区人社局行政处理决定书等证明,2014 年 6 月 23 日,江苏中显集团兴业银行扬州分行账户进账企业债券资金 3700 余万元后,即被法院、银行扣划 1200 余万元,后该账户先后被法院计扣划、冻结金额达 1 亿余元。

(7)乌海德晟煤焦化公司、天津创举公司等单位与江苏中显集团合同、往来账,邗江公安分局提供的全国经侦跨区域办案协作平台回复等证明,相关单位与江苏中显集团的真实往来情况,且均未收到企业询证函。

(8)扬州邗瑞会计师事务所出具的《审核报告》等书证证明,至 2013 年 12 月 31 日江苏中显集团所有者权益为亏损 106815326.77 元。

(9)现场勘验检查笔录、照片及拓印件证明,公安机关从江苏中显集团厂区水塘内提取到印章 373 枚、胶皮若干,经拓印能辨认的包含优派能源(阜康)燃化有限公司等单位印章 150 余枚。

(10)经鉴定,优派能源(阜康)煤焦化公司等 18 家单位企业询证函复印件上的各该单位印章,与上述单位提供的印章样本比对,均为非同一枚印章形成。

(11)江苏中显集团记账凭证及收条证明,2013 年 8 月 29 日,经袁长胜同意批准,江苏中显集团支付了赵维年 40 枚私刻印章费用 6000 元。

(12)《协助冻结存款通知书》证明,一审法院已冻结江苏中显集团在兴业银行扬州分行债券专户资金人民币 24590956.01 元。

(13)证人蔡某(江苏省信用再担保公司扬州分公司负责人)证言及该公司报案材料证明,其单位担保发行的江苏中显集团债券募集资金打入兴业银行次日即被法院查封。后经调查,江苏中显集团法定代表人变更,公司与袁长胜欠有大量外债,公司对外担保、拖欠职工工资、股权质押等事项均未在债券募集说明书上说明、披露,相关财务数据虚假。

(14)证人温某(江海证券公司工作人员)证言证明,江苏中显集团募集资金 4000 万元,扣除承销费 229.5 万元,实际到账 3770.5 万元。

(15)证人李某 1(中兴华会计师事务所审计人员)证言证明,其负责 2010-2012 年中显集团公司审计,根据夏宝龙提供的材料,部分询证函也系夏宝龙提供,除泰州方兴棉业 5000 万元对外担保外,江苏中显集团未提供民间借贷及其他对外担保的情况。

(16) 证人王某 1 (中兴华会计师事务所审计人员) 证言证明, 其到江苏中显集团进行审计, 对 2013 年 12 月 31 日期末大额往来资金超过 20 万元的都发了企业询证函, 有的是夏宝龙提供的。

(17) 证人熊某证言及借条证明, 江苏中显集团欠其薪酬、工资、资金等共计 100 万余元。

(18) 证人王某 2 等多人证言及相关书证证明, 2013 年 12 月, 山东成达新能源公司等多家公司与江苏中显集团间真实业务往来情况及各单位并未收到过江苏中显集团询证函, 未将本单位印章借予他人使用的情况。

(19) 被告人袁长胜供述: 其是江苏中显集团原法定代表人、实际控制人, 在企业发行中小企业集合债接受尽职调查过程中, 提供给中兴华会计师事务所、江苏再担保公司、江海证券等单位的财务报表除银行贷款是真实的, 其余绝大部分是假的, 包括应收账款、销售利润, 隐瞒了民间借款、对外担保等事实, 材料是夏宝龙提供的, 大致情况其是知道的, 企业询证函中应收账款是虚假的, 数据变大了, 对方业务单位公章及个人签名全是假的, 假公章是其安排冯德毅私刻的, 个人签名是公司内部人员假冒, 企业实际达不到发行债券的标准, 不使用虚假财务资料就发行不了企业集合债。企业没有把法定代表人变更、股权已质押、欠工人工资、民间借款及公司对外担保的情况如实告诉江海证券, 在企业集合债券募集说明书也没有说明, 其对扬州邗瑞会计师事务所审核报告没有意见。

(20) 被告人夏宝龙供述: 其是江苏中显集团财务总监, 截止 2013 年 12 月 31 日, 江苏中显集团实际净资产是负数, 按照规定发行不了中小企业集合债, 是按袁长胜的指示提供了相关虚假财务资料给中兴华会计事务所, 企业询证函是袁长胜安排冯德毅私刻各家单位印章并加盖, 非事务所亲自核实, 数字、个人签名都是假的, 为此, 共用了约 300-400 枚假印章, 假印章后被销毁扔弃于公司消防池。审计报告中应收账款虚增 6000 万元; 其他应收款亦虚增 6000 多万元, 很多民间借款没有统计。其对扬州邗瑞会计师事务所案发后所作审核报告没有意见。

(21) 被告人冯德毅供述: 其在江苏中显集团负责融资、银行对接, 2013 年、2014 年, 相关单位到江苏中显集团进行尽职调查, 公司没有把对外担保、民间借款真实情况反映给调查单位, 企业询证函上的公章是假的, 是袁长胜安排其找人私刻, 假公章用过之后被毁掉扔弃于公司消防池。因为发行中小企业集合债的金额不能超过净资产的 40%, 发行的债券金额为 4000 万元, 但公司的净资产把民间借款算上的话肯定达不到 1 亿, 最起码发行不了 4000 万元的债券。

(二) 非法吸收公众存款

2012 年 7 月至 2014 年 6 月, 被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、夏宝龙、冯德毅未经批准, 以资金周转、生产经营等名义, 承诺还本付息、转让、回购股权付息等手段, 先后向袁某 1 (郭某 1)、金某、河北浦鑫股权投资基金管理有限公司 (简称河北浦鑫)、北京凤博汇鑫投资公司 (简称北京凤博)、范某 1、马某、吕某 1、张某 4 (周某 2)、高某、张某 1、李某 2、袁某 4、桑某、圣某、唐某、张某 3、朱某、陈某 1 等多名社会不特定对象非法吸收资金共计 7106 万元, 已归还本息合计 2350 余万元。其中, 被告人袁长胜参与了全部犯罪活动; 被告人冯德毅参与非法吸收公众存款 2080 万元; 被告人夏宝龙参与非法吸收公众存款 534.5 万元。具体事实分述如下:

1. 2013 年 6 月, 被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、冯德毅通过他人介绍, 以月息 2% 向袁某 1、郭某 1 非法吸收资金计 300 万元, 已还款 841.3 万元。
2. 2013 年 10 月, 被告单位江苏中显集团、冯德毅通过他人介绍, 以日息 5‰ 向金某非法吸收资金 100 万元, 已还款 37.5 万元。
3. 2013 年 11 月 8 日, 被告人袁长胜与河北浦鑫签订股权转让协议, 以 2000 万元的价格转让袁长胜持有的江苏中显集团 4.9% 的股权, 约定河北浦鑫在江苏中显集团收到 2000 万元转

让款一年内未能海外上市、两年内未能国内上市，有权要求袁长胜以 2000 万元回购股权，并支付 25%的年息作为投资收益。2014 年 1 月 10 日，2000 万元到账，至今未还。

4. 2014 年 2 月 27 日，江苏中显集团、袁长胜通过他人介绍，以 24%的年息向北京凤博非法吸收资金 500 万元，至今未还。

5. 2014 年 1 月至 2 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、冯德毅通过他人介绍，以月息 3%向范某 1 非法吸收资金 122 万元，已还款 84 万元。

6. 2014 年 1 月至 4 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、冯德毅通过他人介绍，以月息 3%向马某（刘某 3）非法吸收资金 270 万元，已还款 145 万元。

7. 2014 年 3 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜通过他人介绍，以月息 3%向吕某 1 非法吸收资金 100 万元，至今未还。

8. 2014 年 3 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、冯德毅通过他人介绍，以月息 2%向张某 4 非法吸收资金 700 万元，已还款 537.5 万元。

9. 2014 年 3 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、冯德毅通过他人介绍，以月息 2%通过周某 2 向王万勇非法吸收资金 200 万元，至今未还。

10. 2014 年 4 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜以日息千分之三向高某（南京世晋新材料有限公司）非法吸收资金 260 万元，已还款 43.0808 万元。

11. 2014 年 4 月 2 日，被告人袁长胜通过他人引荐，与张某 1 签订股权转让协议，江苏中显集团作为担保人，约定张某 1 出资 125 万元受让袁长胜持有的江苏中显集团 0.5%的股权，张某 1 支付 125 万元股权转让款之日起 6 个月，或相关上市公司确认不收购江苏中显集团之日，有权要求袁长胜以 125 万元的价格回购 0.5%的股权，加上年化 15%的收益。次日，江苏中显集团、袁长胜通过虚假股权转让非法吸收资金 125 万元，至今未还。

12. 2014 年 4 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、冯德毅通过他人介绍，以同期银行四倍贷款利息向李某 2 非法吸收资金 230 万元，已还款 11.9 万元。

13. 2014 年 5、6 月间，被告人袁长胜以江苏中显集团、袁长胜名义与袁某 2 签订股权转让协议及补充协议，约定袁某 2 出资 650 万元受让袁长胜所持江苏中显集团 18.2%的股权，袁某 2 向袁长胜支付 650 万元股权转让款之日起 6 个月，或相关上市公司确认不收购江苏中显集团之日，袁长胜有义务以 650 万元的价格回购 18.2%的股权，加上同期银行贷款利息。同年 5 月 14 日，6 月 6 日，袁某 2 分别向袁长胜转款 500 万元、150 万元。其中夏宝龙参与吸收资金 500 万元。同年 5 月 27 日，被告人袁长胜又以江苏中显集团、袁长胜名义与桑某签订股权补充协议，江苏中显集团、袁长胜以虚假转让袁长胜所持江苏中显集团 3%的股权、回购时以同等本金加上同期银行存款利息的方式非法吸收资金 300 万元。上述 950 万元被用于归还民间集资本息等，至今未还。

14. 2014 年 5 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、冯德毅通过他人介绍，以月息 2%向圣晓军非法吸收资金 148 万元，已还款 34.8 万元。

15. 2014 年 6 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜通过他人介绍，以月息 6%向唐某非法吸收资金 500 万元，已还款 459.4 万元。

16. 2013 年 6 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜以日息千分之二向张某 3 非法吸收资金 200 万元，已还款 1 万元。

17. 2014 年 3 月 18 日，江苏中显集团、袁长胜以 2%的日息向朱某非法吸收资金 250 万元，用于归还银行贷款、民间集资本息、生产经营等，至今未还。

18. 2012 年 7 月至 2014 年 6 月，被告单位江苏中显集团、被告人袁长胜、夏宝龙、冯德毅，以月息 1.5%至 3%多次向陈某 1 非法吸收资金 151 万元，其中被告人夏宝龙、冯德毅分别参与非法吸收资金 34.5 万元、10 万元，已还款 156.5 万元。

上述事实有经庭审举证、质证的下列证据证实，主要包括：

(1) 河南新大新材料股份有限公司（简称河南新大新）与江苏中显集团委托贷款及股权质押合同、投资意向书、夏宝龙提供的河南新大新 2000 万投资款资金流向表及凭证等证明，2013 年 12 月，江苏中显集团与河南新大新约定，河南新大新投资 8000 万元，第一期 2000 万元以委托贷款的方式支付，同时约定江苏中显集团如未能在 2015 年 12 月 31 日前完成首次公开发行，河南新大新可以要求江苏中显集团或袁长胜赎回股权对应的融资本金加上 18% 的年息。后河南新大新通过银行贷款 2000 万元汇入江苏中显集团，袁长胜、袁长茂按约将其个人股权出质登记给河南新大新，上述款项被用于还民间借贷等情况。

(2) 邗江区工商局出具的江苏中显集团工商登记资料、出质登记资料证明，2013 年 12 月 19 日，袁长胜、袁长茂将其在江苏中显集团的股权质押给河南新大新；2014 年 4 月 1 日，江苏中显集团法定代表人由袁长胜变更为张某 5。

(3) 徐某 1 提供的可转债协议书、夏宝龙提供的朱某投资款的资金流向明细表及相关凭证、福建省福州市中级人民法院民事判决书、一审法院执行裁定书、款项分配通知书等证明，袁长胜、江苏中显集团与朱某签订协议书，江苏中显集团做担保，袁长胜借款 2000 万元，以公司在德国上市为目标，可以债转股为袁长胜在目标公司 3% 的股权，并约定以袁长胜扬州别墅一栋、公寓一套、江苏中显集团公司设备抵押，袁长胜按月利率 2.5% 支付借款利息。江苏中显集团收到上述 2000 万元后，又向朱某借款 250 万元，日息 2%。因江苏中显集团、袁长胜未还款，朱某提起民事诉讼并由法院强制执行。

(4) 河北浦鑫与江苏中显集团、袁长胜签订的《股权转让协议》、电汇凭证，夏宝龙提供的江苏中显集团《利润及利润分配表》、业务合同、河北浦鑫资金流向明细表及相关凭证等证明，2013 年 11 月-2014 年 1 月袁长胜以 4.9% 股权从河北浦鑫吸收资金 2000 万元，并约定如江苏中显集团一年内未能海外上市、两年内未能国内上市，河北浦鑫有权要求袁长胜以 2000 万元回购股权，并支付年利息 25%。

(5) 江苏中显集团出具的借据、还款计划书，北京凤博提供的杭州银行业务凭证证明，2014 年 2 月 27 日江苏中显集团向北京凤博借款 500 万元，期限 15 天，借款年息 24%，到期未归还。

(6) 张某 1 提供与袁长胜签订的股权转让协议、相关转账凭证，夏宝龙提供的张某 1 投资款的相关凭证证明，2014 年 4 月，袁长胜以其江苏中显集团 0.5% 股权从张某 1 处吸收 125 万元，同时约定支付股权转让款 6 个月或张某 1 认可的相关上市公司确认不收购江苏中显集团时，张某 1 有权要求袁长胜以 125 万元的价格回购 0.5% 的股权加上 15% 的年化收益。

(7) 冯德毅、夏宝龙提供的圣某、李某 2、唐某、范某 1、高某、金某、郭某 1（袁某 1）、周某 2（王某 3）、马某、姜某从（刘某 2）、陈某 1、刘某 1、张某 4、黄某、梅某、吴某、蒋某、陈某 2、包某、胡某、袁某 2、桑某、朱某、北京凤博、河北浦鑫等单位、个人出借款项给江苏中显集团的相关凭证及资金流向等材料证明，江苏中显集团向上述相关单位、个人借款、吸收资金及使用、归还情况。

(8) 邗江区人民法院民事判决书、民事调解书等证明，经法院判决、调解江苏中显集团、袁长胜应归还张某 4 本金 347.5 万元及利息，南京世晋公司（高某）本金 234 万余元及利息，范某 1 本金 65 万元及利息，王某 3 本金 200 万元及利息。

(9) 证人常某的证言及该公司报案材料证明，其系河北浦鑫原董事长（现任职于北京凤博），因江苏中显集团、袁长胜、夏宝龙虚报江苏中显集团盈利情况、提供虚假财务资料，2013 年 11 月-2014 年 1 月，河北浦鑫以 2000 万元受让袁长胜江苏中显集团 4.9% 的股权，后袁长胜以种种借口未办理股权变更手续。2014 年 2 月，袁长胜又以银行倒贷名义向北京凤博借款 500 万元用于置换银行贷款，借用两周，2500 万元一直未还。

(10) 证人徐某 1 证言证明, 其受朱某委托报案, 反映朱某受江苏中显集团、袁长胜欺骗, 先向袁长胜出借 2000 万元可转股债, 后又出借 250 万元给江苏中显集团, 却发现袁长胜将其在江苏中显集团的股权早已质押给河南新大新, 涉嫌合同诈骗。

(11) 证人张某 1 证言及报案材料证明, 2014 年 4 月份, 因袁长胜虚报江苏中显集团业绩, 其以 125 万元受让袁长胜所持江苏中显集团 0.5% 的股权, 袁长胜承诺约定条件如不能实现, 按原价回购股份加年化 15% 的收益, 后发现被骗。

(12) 证人张某 2 (河南新大新员工) 证言及相关合同、汇款证明、江苏中显集团的财务资料证明, 袁长胜虚报江苏中显集团业绩、提供虚假财务报表, 致河南新大新帮江苏中显集团委托贷款 2000 万元未能受偿, 江苏中显集团涉嫌合同诈骗。

(13) 证人圣某证言及提供的借条证明, 2014 年 5 月 30 日袁长胜经他人介绍以月息 2% 向其借款 160 万元, 袁长胜、冯德毅为担保人, 借条上盖有江苏中显集团印章。

(14) 证人唐某证言及提供的借条证明, 2013 年 6 月 13 日, 袁长胜通过王雨林介绍向其借款 500 万元, 利息 6%, 借条加盖了江苏中显集团的公章, 还了 410 万元本金, 49.4 万元的利息。

(15) 证人高某证言及提供的借条证明, 通过他人介绍, 2014 年 4 月 2 日, 江苏中显集团向其借款 260 万元, 约定借款时间 20 天, 日息千分之三, 仅还款 43 万元。

(16) 证人金某证言及提供的借条证明, 2013 年 10 月 29 日, 江苏中显集团的冯德毅通过范某 1 介绍, 以江苏中显集团名义向其个人借了 100 万元用于资金调头, 约定借款期限 5 天, 支付利息 2.5 万元, 到期后本金未还, 支付 30 余万元利息。

(17) 证人袁某 1 证言及提供的借条证明, 其于 2013 年 6 月 7 日通过郭某 1 介绍借款 230 万元给江苏中显集团, 月息 2%, 袁长胜、冯德毅参与借款, 后来收到还款 130 万元。

(18) 证人郭某 1 证言及银行明细表证明, 其是通过他人介绍, 向江苏中显集团袁长胜、冯德毅多次出借资金, 也曾介绍袁某 1 借钱给江苏中显集团, 江苏中显集团通过其子账户向袁某 1 还款计 133 万元。

(19) 证人马某证言及提供的借条证明, 其通过范某 1 介绍向江苏中显集团多次以月利息 3% 出借资金、收取本息, 并介绍刘某 3 借款给江苏中显集团, 冯德毅、袁长胜等人参与借款。

(20) 证人姜某证言及提供的借条证明, 其从 2005 年就供应钢材给袁长胜, 双方业务往来较多, 交情较好。自 2010 年始, 袁长胜向其借钱用于银行贷款掉头, 至 2012 年 11 月, 开始出现不能及时还款的情况, 后来双方又陆续发生多次借款、还款往来, 虽结算时有一定的利息, 但其出借款项给江苏中显集团, 是基于与袁长胜的多年交情、远亲关系, 并非牟取暴利, 有部分资金其是帮袁长胜向他人转借。

(21) 证人陈某 1 证言及提供的借条证明, 其与江苏中显集团虽有业务来往, 但金额不大, 其借款给江苏中显集团按月息 1.5-3 分收息, 江苏中显集团还欠其 136 万余元, 经手借款人员有袁长胜、夏宝龙、冯德毅。2012 年 1 月 12 日结转的 111.6951 万元不仅有借款、还有利息、货款结欠; 2014 年 3 月 31 日结转的 96.59285 万元中, 有 80.29285 万元是结账收回借条复打借据入账, 另 16.3 万元是结息; 杜某的 50 万元, 是杜某夫妇个人出具借据, 用房屋抵押借款, 现已以房抵债等。

(22) 证人杜某证言及提供的借条证明, 其为开展江苏中显集团安徽科达洁能公司山西平陆脱硫项目, 高息向陈某 1 借款 50 万元, 并以房抵押。

(23) 证人刘某 1 证言及提供的借条证明, 夏宝龙、袁长胜通过他人介绍, 向其以银行同期四倍利息借款 334 万元, 并以江苏中显集团房产作为抵押物。

(24) 证人张某 3 证言及提供的收据证明, 其通过项目与袁长胜、夏宝龙认识, 2013 年 6 月, 江苏中显集团以日息 2% 向其借款 200 万元, 后仅还款 1 万元, 袁长胜、夏宝龙参与了借款。

(25) 证人吕某 1 证言及提供的借款协议证明, 其通过他人介绍认识袁长胜, 2014 年 3 月袁长胜以月利息 3%, 向其借款 100 万元, 江苏中显集团提供担保。

(26) 证人李某 2 证言及提供的借款协议等证明, 其通过他人介绍认识袁长胜, 并按银行同期利息的四倍出借 230 万元, 由冯德毅、江苏中显集团提供担保, 仅归还 6 万元利息。

(27) 证人范某 1 证言证明, 其通过他人介绍认识冯德毅, 以 3% 的月息借款 122 万元给江苏中显集团, 由冯德毅经办, 仅还款 50 万元。

(28) 证人周某 1 证言证明, 其受张某 4 委托反映, 江苏中显集团冯德毅通过他人介绍向张某 4 以月息 2% 借款 700 万元, 还本金 350 万元及部分利息, 现已诉至法院。

(29) 证人袁某 2 证言证明, 2014 年 3-6 月, 其通过他人介绍认识了袁长胜, 与桑某共出资 950 万元购买袁长胜所持江苏中显集团 21.2% 的股份, 并约定本金加利息回购条件, 后袁长胜失联, 股权未能变更。

(30) 被告人袁长胜供述、相关银行电子回单、客户回单等证明, 2013 年 6 月, 部分银行收回数千万元贷款未续贷后, 江苏中显集团开始加大向社会借款的力度, 其、冯德毅、夏宝龙通过他人介绍向圣某、唐某、陈某 1、金某、张某 1、朱某、袁某 2、桑某、姜某从、陈某 1、袁某 1、郭某 1、张某 3、马某 (包括刘某 3)、范某 1、吕某 1、刘某 1、周某 2 (王某 3)、张某 4、高某 (南京世晋新材料有限公司)、李某 2、河南新大新、河北浦鑫、北京凤博等单位、个人高息借款, 出让股权、约定高息回购股权, 并归还了部分款项。上述民间借贷人都是其与冯、夏四处打听, 通过朋友、银行人员介绍向民间借的, 不问这些人的身份, 只要愿意借钱且达到借款人的利息、担保条件即可, 所得款项绝大部分用于归还银行贷款与民间借贷本息等, 所有借款均经其认可。案发后, 其已向姜某、李某 2、蒋某等人归还了部分款项。

(31) 被告人夏宝龙供述, 江苏中显集团从 2010 年开始从民间借款, 2013 年 6 月, 中国银行收贷 2250 余万元, 因用于还银行的钱大部分来源于民间借款, 在还不上, 的情况下, 只得再向别人借款还先到期的民间借款。2012 年, 公司专门聘请冯德毅负责融资, 江苏中显集团对民间借款人没有什么要求, 只要谈好利息和担保条件即可, 冯找的人有的是通过借款人间相互介绍、有的是通过公司内部人员介绍、有的是社会上做资金生意的人, 但最终都要得到袁长胜的认可。

(32) 被告人冯德毅供述, 2012 年 1 月份, 其到江苏中显集团负责融资及与银行对接, 袁长胜让其想办法从民间借款用于银行资金调头。到 2013 年 5、6 月份, 归还招商银行贷款 500 万元、中国银行贷款 2300 万元后没能续贷, 导致不能再从银行续贷还民间借贷, 公司资金难以周转进而导致公司经营困难, 后其通过公司人员、担保公司人员介绍, 报纸上的小广告以及借款人员间相互介绍借民间资金, 谈好数额、利率、借款时间并征得袁长胜认可即可。公司对出借方的身份没有要求, 袁长胜对民间借贷的对象没有明确指示, 借款的利率月息在 6% 至 15% 之间。还证实其、袁长胜、夏宝龙分别向相关单位、个人具体吸收资金的过程及金额、利息、资金去向、还款等情况。

此外, 本案尚有以下经庭审举证、质证的证据:

(1) 受案登记表、立案决定书, 案发经过、归案情况说明证明, 本案系河北浦鑫向公安机关报案, 经公安机关侦查案发, 被告人袁长胜系被传唤到案, 夏宝龙、冯德毅系主动投案。

(2) 被告人袁长胜、夏宝龙、冯德毅的照片及户籍资料证明, 三名被告人的自然人身份情况。

原审法院认为, 被告单位江苏中显集团有限公司在企业债券募集过程中隐瞒重要事实、编造重大虚假内容, 数额巨大、后果严重, 已构成欺诈发行债券罪。被告人袁长胜作为直接负责的主管人员, 被告人夏宝龙作为直接责任人员, 依法亦应以欺诈发行债券罪定罪处罚。被告单位江苏中显集团有限公司违反国家金融管理法律规定, 向社会公众吸收资金数额巨大, 已

构成非法吸收公众存款罪。被告人袁长胜作为被告单位直接负责的主管人员，被告人冯德毅、夏宝龙作为直接责任人员，依法亦应当以非法吸收公众存款罪定罪处罚。被告人袁长胜在欺诈发行债券、非法吸收公众存款犯罪中起主要作用，系主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚；被告人夏宝龙在欺诈发行债券、非法吸收公众存款犯罪中，被告人冯德毅在非法吸收公众存款犯罪中均起次要作用，系从犯，应当从轻、减轻处罚。被告人夏宝龙、冯德毅犯罪后自首，可以从轻或者减轻处罚。被告人袁长胜在非法吸收公众存款犯罪后具有坦白情节，可以从轻处罚。案发前后，被告单位已归还部分非吸资金，对被告单位及各被告人，可酌情从轻考虑。被告单位江苏中显集团有限公司，被告人袁长胜、夏宝龙均犯数罪，应当数罪并罚。扬州市人民检察院指控被告单位、各被告人的罪名成立，唯指控被告单位、各被告人所犯非法吸收公众存款罪中，部分数额不当，予以调整。考虑到本案犯罪的起因是被告单位资金链断裂后，出于经营、存续的目的而吸收民间资金，所吸资金的主要去向为归还企业对外借款，少部分用于生产，且案发后被告单位的实际控制人袁长胜还有部分积极还款的行为，并获得了部分被害人的谅解，可对被告单位、各被告人酌情从轻处罚。综合被告单位江苏中显集团有限公司、各被告人的犯罪事实、情节、认罪悔罪表现，决定对被告单位江苏中显集团有限公司、被告人袁长胜从轻处罚，对被告人夏宝龙、冯德毅减轻处罚，并给予一定的缓刑考验期。依照《中华人民共和国刑法》第一百六十条、第一百七十六条、第六十九条、第二十七条、第三十条、第三十一条、第五十二条、第五十三条、第六十七条第一款、第三款、第六十四条之规定，判决：一、被告单位江苏中显集团有限公司犯欺诈发行债券罪，并处罚金人民币六十万元；犯非法吸收公众存款罪，并处罚金人民币二十万元，决定执行罚金人民币八十万元。二、被告人袁长胜犯欺诈发行债券罪，判处拘役六个月；犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币二十万元，决定执行有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币二十万元。三、被告人夏宝龙犯欺诈发行债券罪，判处拘役五个月；犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币五万元，决定执行有期徒刑一年，缓刑一年六个月，并处罚金人民币五万元。四、被告人冯德毅犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，并处罚金人民币六万元。五、依法冻结江苏中显集团有限公司债券专户资金人民币二千四百五十九万零九百五十六点零一元，依法发还给欺诈发行债券案被害单位。余款人民币一千五百四十万九千零四十三点九九元，继续予以追缴，发还欺诈发行债券案被害单位。六、对被告单位江苏中显集团有限公司未退出的非法吸收公众存款款项，继续予以追缴并发还被害人。

上诉人袁长胜提出：

1. 其对原审法院以欺诈发行债券罪判处拘役六个月没有异议，但认为判决以邗瑞会计师事务所审核报告为依据认定中显公司在 2013 年处于高额负债状态依据不足。
2. 其向外借债的对象一类是资产投资者、二类是有业务往来的供应商、朋友或亲戚、三类是小额贷款公司。借款的情形不具有社会性、公开性，与非法吸收公众存款犯罪的特征不符，仍属于民间借贷。

本院二审经审理查明的事实证据与一审判决一致。

关于上诉人袁长胜提出的原审判决认定江苏中显集团在 2013 年处于高额负债状态依据不足的上诉理由。经查，江苏中显集团 2013 年债务远高于债权的事实不仅有邗瑞会计师事务所审核报告证实，原审被告夏宝龙亦供述承认，该事实构成了本案涉案人为满足发行企业债券条件虚构债权行为的现实动因。该上诉理由与事实不符，不予采纳。

关于上诉人袁长胜提出其借款的情形不具有社会性、公开性，与非法吸收公众存款犯罪的特征不符的上诉理由。经查，原审被告单位江苏中显集团未经合法批准，在企业偿债能力严重不足的情况下，通过他人介绍，向社会不特定对象吸收或变相吸收资金，数额巨大，上诉人在吸收社会资金过程中无视企业经营管理不善、还款能力严重不足局面，片面夸大经营前景，

极大地推高债务风险，扰乱金融秩序，符合非法吸收公众存款罪特征，具有刑事处罚的必要性。该上诉理由不能成立，不予采纳。

本院认为：原审被告单位江苏中显集团有限公司在企业债券募集过程中隐瞒重要事实、编造重大虚假内容，数额巨大、后果严重，已构成欺诈发行债券罪。上诉人袁长胜作为直接负责的主管人员，原审被告夏宝龙作为直接责任人员，应以欺诈发行债券罪定罪处罚。原审被告单位江苏中显集团有限公司违反国家金融管理法律规定，向社会公众吸收资金数额巨大，已构成非法吸收公众存款罪。上诉人袁长胜作为直接负责的主管人员，原审被告冯德毅、夏宝龙作为直接责任人员，应以非法吸收公众存款罪定罪处罚。袁长胜在上述犯罪中起主要作用，系主犯；夏宝龙、冯德毅在各自参与的犯罪中起次要作用，系从犯，应当从轻、减轻处罚。夏宝龙、冯德毅犯罪后自首，可以从轻或者减轻处罚。袁长胜在非法吸收公众存款犯罪后具有坦白情节，可以从轻处罚。案发前后，原审被告单位已归还部分社会资金，对上诉人、原审被告单位及原审被告人，可酌情从轻处罚。江苏中显集团有限公司，袁长胜、夏宝龙均犯数罪，应数罪并罚。案发后袁长胜还有部分积极还款行为，可对原审被告单位、上诉人、原审被告人酌情从轻处罚。原审判决认定事实清楚，证据确实充分，定罪准确，量刑适当，应予维持。上诉人袁长胜的上诉理由不能成立，不予采纳。据此，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审判长 阚少敏

审判员 尚召生

审判员 戚晓红

二〇一八年三月二十二日

书记员 杜悦

江一平与上海蒂森机械制造有限公司股东资格确认纠纷一案

审民事判决书

上海市长宁区人民法院

民事判决书

(2014)长民二(商)初字第 5273 号

原告江一平,男,住上海市。

委托代理人何周,上海市锦天城律师事务所律师。

委托代理人王履冰,上海市锦天城律师事务所律师。

被告上海蒂森机械制造有限公司,住所地上海市。

法定代表人江亚非,执行董事。

原告江一平诉被告上海蒂森机械制造有限公司股东资格确认纠纷一案,原告于 2014 年 10 月 27 日向本院提起诉讼。本院受理后,依法由审判员董隽独任审判,于 2014 年 11 月 27 日、12 月 4 日公开开庭进行了审理。原告江一平及其委托代理人王履冰,被告上海蒂森机械制造有限公司的法定代表人江亚非到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告江一平诉称,2001 年 3 月,上海机床电器厂下属五家子公司进行关、停、并、转,急需以原始价将职工集资购买的“上电股份”共计 308,640 股变现返还,故上海机床电器厂请求原告协助解决上述事宜。2001 年 3 月 16 日,原、被告签订《关于电器股份法人股代购协议》,双方约定:由原告出资人民币 1,111,104 元(币种下同)并委托被告代为购买、持有上述股份。2001 年 3 月 30 日,被告分别与五家子公司签订了《法人股转让协议书》并办理公证手续,原告为此支付公证费、印花税、过户费等。2001 年 5 月 16 日,被告取得上海证券中央登记结算公司出具的《非流通股份登记证明书》,上述股份正式登记于被告名下。2006 年,“上电股份”上市流通。2008 年 12 月 3 日,根据《上海电气集团股份有限公司首次公开发行 A 股暨换股吸收合同上海输配电股份有限公司上市公告书》,被告帐户中共计 308,640 股“上电股份”托管转出,同年 12 月 4 日入账 2,259,245 股“上海电气”。此后,被告对部分股票进行交易,并将交易部分的全部本金和分红如数转账给原告,现被告帐户内尚有“上海电气”法人股共计 1,500,000 股,上述股票应归原告所有并由被告协助原告办理过户手续。原告据此起诉来院,要求:1、确认被告名下 1,500,000 股“上海电气”股票归原告所有并过户至原告名下;2、确认被告名下上述股票及相关权益归原告所有。审理中,原告撤回其第二项诉讼请求。

原告江一平为支持其主张,提供下列证据:

- 1、《关于电器股份法人股代购协议》、被告企业法人初始营业执照、股票帐户信息,证明原告委托被告代为持有讼争股票以及股票所在帐户。
- 2、《法人股转让协议书》及《公证书》,证明被告代原告实际购买了讼争股票。
- 3、《上海电器股份有限公司股票上市报告书》,证明被告代原告购买的“上电股份”是合法上市股票。
- 4、《非流通股份登记证明书》,过户费发票、印花税收据,证明被告代原告购买讼争股票后进行了登记,原告支付了相应税费。
- 5、《上海输配电股份有限公司股权分置改革说明书(摘要)》、《上海输配电股份有限公司关于股权分置改革方案获得国有资产管理部门批准的公告》、《上海输配电股份有限公司股权分置改革方案实施公告》,证明被告代原告购买的非流通股获得上市流通权。
- 6、《上电股份(600627)公告》,证明证监会并购重组委员会审核通过上海输配电股份有限公司与上海电气集团股份有限公司吸收合并方案。

7、《上电股份关于股票终止上市的公告》，证明上电股份终止上市。

8、《上海电气集团股份有限公司首次公开发行 A 股暨换股吸收合并上海输配电股份有限公司上市公告书》，证明上海电气集团股份有限公司换股吸收合并上海输配电股份有限公司。

9、2009 年 9 月 18 日对账单，证明 2008 年 11 月 25 日前，被告帐户中“上电股份”共计 308,640 股没有进行过交易；2008 年 12 月 4 日之后，上述股票转为“上海电气”2,259,245 股。

10、2014 年 10 月 10 日及 2014 年 11 月 26 日对账单，证明被告目前代原告持有的“上海电气”股票还有 1,500,000 股。

11、《上海电器股份有限公司 2003 年度股东大会决议公告》、《上海电器股份有限公司变更证券简称公告》，证明“电器股份”在 2004 年更名为“上电股份”。

被告上海蒂森机械制造有限公司辩称，对原告所述事实无异议，原告委托被告代为购买讼争股票并支付 1,111,104 元及相应税费。2008 年 12 月 4 日至今，被告已经将交易的股票本金及分红支付给原告，现被告名下尚有“上海电气”1,500,000 股，被告同意将上述股票返还被告。

被告上海蒂森机械制造有限公司未提供证据。

经质证，被告上海蒂森机械制造有限公司对原告江一平提供的证据均无异议。

经审理查明，原告原系被告法定代表人。2001 年 1 月，被告在上海证券交易所开立股票帐户，股东帐号为 B880625579。

2001 年 3 月 16 日，原、被告签订《关于电器股份法人股代购协议》，协议约定：因上海机床电器厂下属五家子公司目前正在关、停、并、转，所属职工集资购买的“上电股份”308,640 股急需以原始价 3.60 元/股变现返还职工。由于法人股为非流通股，故该厂求助于原告协助解决。经协商，原告委托被告代为购买上述股票，办理相关手续。购买股票的全部资金及手续费均由原告支付，股权归原告所有。

2001 年 3 月 26 日，被告分别与案外人上海嘉定尚吉商场、上海胜达电器厂、上海申佳电器仪表行、上海市机床电器厂技校校办厂、上海华成机床电器服务部签订《法人股转让协议书》，上述案外人将各自所持上海电器股份有限公司法人股以每股 3.60 元的价格转让给被告，转让价款分别为 129,600 元、259,200 元、419,904 元、129,600 元、172,800 元，转让款由被告交付上述案外人收讫。上海市虹口区公证处对上述协议书进行公证，并出具(2001)沪虹证经字第 1255 号、1261 号、1262 号、2192 号、2193 号《公证书》。

2001 年 4 月 2 日、5 月 10 日，上海证券中央登记结算公司向被告开具印花税收据、过户费发票。

2001 年 5 月 16 日，上海证券中央登记结算公司向被告发放《非流通股份登记证明书》，确认被告享有“电器股份”社会法人股 3,008,640 股。

2004 年 5 月，上海电器股份有限公司更名为上海输配电股份有限公司，变更后的证券简称“上电股份”，公司证券代码不变。

2006 年 11 月 2 日，上海输配电股份有限公司发出《股权分置改革方案实施公告》，原非流通股股东持有的股份获得上市流通权。

2007 年 11 月 6 日，被告名下股票帐户入账“上电股份”股票 308,640 股。

2008 年 11 月 21 日，上海输配电股份有限公司发出《关于股票中止上市的公告》，确认其与上海电气集团股份有限公司签订了《上海电气集团股份有限公司以换股方式吸收合并上海输配电股份有限公司之合并协议》。合并完成后，上海电气集团股份有限公司将作为存续公司，上海输配电股份有限公司将被注销。原公司股票将于 2008 年 11 月 26 日起终止上市，原公司股东持有的股票按照 1:7.32 的比例转换为“上海电气”A 股股票，并于相关手续办理完毕后在上海证券交易所上市交易。

2008 年 12 月 3 日，上海电气集团股份有限公司发出《首次公开发行 A 股暨换股吸收合并上海输配电股份有限公司上市公告书》，确认该公司股票将上市交易，股票简称“上海电气”，股票代码为 601727。

2008 年 12 月 4 日，被告名下股票帐户入账“上海电气”股票 2,259,245 股。此后，经原告认可，被告对其中部分股票进行了交易，所得款项已支付给原告。至今，被告名下尚有“上海电气”股票 1,500,000 股。

审理中，原、被告一致确认，《法人股转让协议书》中所涉支付给案外人上海嘉定尚吉商场、上海胜达电器厂、上海申佳电器仪表行、上海市机床电器厂技校校办厂、上海华成机床电器服务部的转让价款由原告实际出资，印花税、过户费亦由原告实际支付。

上述事实，有《关于电器股份法人股代购协议》、被告企业法人营业执照、股票帐户信息、《法人股转让协议书》及《公证书》、《上海电器股份有限公司股票上市报告书》、《非流通股股份登记证明书》，过户费发票、印花税收据、《上海电器股份有限公司 2003 年度股东大会决议公告》、《上海电器股份有限公司变更证券简称公告》、《上海输配电股份有限公司股权分置改革说明书（摘要）》、《上海输配电股份有限公司关于股权分置改革方案获得国有资产管理部门批准的公告》、《上海输配电股份有限公司股权分置改革方案实施公告》、《上电股份（600627）公告》、《上电股份关于股票终止上市的公告》、《上海电气集团股份有限公司首次公开发行 A 股暨换股吸收合并上海输配电股份有限公司上市公告书》、对账单等证据以及当事人的陈述为证。上述证据经庭审审核无误，本院予以确认。

本院认为，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。原告提供的《关于电器股份法人股代购协议》、《法人股转让协议书》、《公证书》等证据足以证明其支付相应对价取得讼争股票的权利并委托被告代为持有讼争股票，被告对此亦无异议并确认原告系讼争股票的权利人，故原告的诉讼请求合法有据，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条第一款之规定，判决如下：

一、被告上海蒂森机械制造有限公司名下（股东帐号 B880625579）“上海电气”股票（股票代码 601727）1,500,000 股归原告江一平所有。

二、被告上海蒂森机械制造有限公司应于本判决生效之日起十日内协助原告江一平办理上述股票的变更登记手续。

本案案件受理费人民币 70,600 元（原告已预缴），因适用简易程序，减半收取计人民币 35,300 元，由被告上海蒂森机械制造有限公司负担，于本判决生效之日起七日内缴付本院。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判员 董隽

二〇一四年十二月四日

书记员 孙文豪

江阴市中科蓝天创业投资有限公司、浙江中科东海创业投资合伙企业等与林和平、谷序文执行裁定书

湖北省高级人民法院

执行裁定书

(2016)鄂执复130号

复议申请人(被执行人)武汉施瑞福生物技术有限公司,住所地湖北省武汉市东湖新技术开发区庙山小区(格瑞科技产业园)。

法定代表人林和平,该公司负责人。

委托代理人林x,北京友恒(武汉)律师事务所律师。

申请执行人江阴市中科蓝天创业投资有限公司,住所地江苏省江阴市澄江中路159号A座512-513室。

法定代表人单祥双,该公司董事长。

申请执行人浙江中科东海创业投资合伙企业(有限合伙),经营场所浙江省台州市黄岩区西城街道南苑社区劳动南路289号。

负责人单祥双。

申请执行人深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙),经营场所广东省深圳市福田区深南大道4009号投资大厦13层D2-1区。

负责人林敏雄。

被执行人林和平(曾用名:凌然),男,1955年2月23日出生,汉族,住湖北省武汉市武昌区。

被执行人谷序文,住湖北省武汉市。

复议申请人武汉施瑞福生物技术有限公司(以下简称施瑞福公司)不服湖北省武汉市中级人民法院(以下简称武汉中院)于2016年8月17日作出的(2016)鄂01执异字390号执行裁定,向本院申请复议。本院受理后,依法组成合议庭进行了审查,现已审查终结。

武汉中院查明,2011年3月3日,甲方:浙江中科东海创业投资合伙企业(有限合伙,以下简称浙江中科)、江阴市中科蓝天创业投资有限公司(以下简称江阴中科)、深圳中科汇富创业投资基金合伙企业(有限合伙,以下简称深圳中科)、天津和光远见股权投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称天津和光)与乙方:施瑞福公司、丙方:林和平(凌然)、谷序文、徐亚文签订《浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光与施瑞福公司及凌然、谷序文、徐亚文关于对施瑞福公司增资协议》(以下简称《增资协议》),约定:鉴于乙方注册资本2000万元,拟增加注册资本1000万元,增资后注册资本为3000万元;丙方为乙方现股东,分别持有乙方80%、15%、5%的股权;甲方认缴乙方本次增资的1000万元注册资金,出资12000万元。甲方以货币资金12000万元向乙方增资,取得乙方1000万元注册资本,占增资后33.33%的股权,其中甲方[A](浙江中科)投资4000万元,取得333.3333万元出资额;甲方[B](江阴中科)投资3000万元,取得250万元出资额;甲方[C](深圳中科)投资2000万元,取得166.6667万元出资额;甲方[D](天津和光)投资3000万元,取得250万元出资额。同日,各方另行签订一份《增资协议之补充协议书》(以下简称《补充协议》),约定包括:10.1甲方在投资后将尽力协助乙方做好公司上市的相关协调工作,但发生以下情况时,甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方股份,乙方、丙方对此承担连带责任:10.1.1乙方未能在2013年12月31日前在中国境内A股完成首次公开发行上市;10.1.2乙方或丙方违反本协议……10.2甲方要求丙方收购其持有的乙方股份时,丙方应以下述价格收购:收购价款=12000万元×(1+15%资金占用年数)-甲方获得的现金红利。资金占用年数是指

自甲方增资款进入乙方验资账户至甲方要求回购日止……10.4 丙方承诺对上述条款描述之股权认沽承担无限连带责任。因履行本协议发生争议，各方均应友好协商解决；如果在 30 日内不能协商解决，任何一方均可向位于北京的中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称贸仲委）提起仲裁等内容。协议还对付款条件、股权转让限制、甲方知情权、业绩补偿及违约责任等进行了约定。

上述协议签订之后，浙江中科、江阴中科、深圳中科、天津和光按约定履行了义务。因在协议履行过程中发生争议，浙江中科、江阴中科、深圳中科分别向贸仲委申请仲裁，该委分别受理后合并进行了审理。贸仲委审查后于 2015 年 10 月 30 日作出（2015）中国仲裁委员会京裁字第 1155 号裁决书（以下简称 1155 号裁决）。裁决：林和平、谷序文向江阴中科支付股权收购款共计人民币 4,525.5 万元及违约金；林和平、谷序文向浙江东科支付股权收购款共计人民币 6,034 万元及违约金；林和平、谷序文向深圳中科支付股权收购款共计人民币 3,017 万元及相应违约金；施瑞福公司对林和平、谷序文以上项下的支付股权收购款、违约金的义务承担连带责任；林和平、谷序文、施瑞福公司向江阴中科、浙江中科、深圳中科支付保全费、律师代理费、担保费；林和平、谷序文、施瑞福公司承担仲裁费用。

因林和平、谷序文、施瑞福公司未履行义务，江阴中科等向武汉中院申请强制执行，武汉中院于 2016 年 1 月 8 日立案执行。进入执行程序后，林和平、施瑞福公司向武汉中院提出不予执行申请，武汉中院立案受理，并于 2016 年 8 月 17 日作出（2016）鄂 01 执异 390 号执行裁定书，驳回林和平、施瑞福公司不予执行仲裁裁决的申请。

复议申请人施瑞福公司向本院申请复议，请求撤销武汉中院（2016）鄂 01 执异 390 号执行裁定书，同时裁定不予执行贸仲委 1155 号裁决。

本院查明，武汉中院查明情况属实。

补充查明，武汉中院（2016）鄂 01 执异 390 号执行裁定书尾部赋予了当事人申请复议权。本院认为，本案施瑞福公司不服武汉中院（2016）鄂 01 执异 390 号执行裁定提出的执行复议，系当事人对人民法院驳回其不予执行仲裁裁决申请的裁定提出的执行复议。现行法律法规对于驳回不予执行仲裁裁决申请的裁定能否提出异议复议虽然没有明确规定，但在我国司法体制中，仲裁裁决作为一种方便快捷的纠纷解决方式，一裁终局是其基本特征之一，人民法院应充分尊重仲裁制度的这一特性，对仲裁裁决的审查亦应持谨慎态度，不予执行仲裁裁决只是法定情形下的例外。本案当事人在案件进入执行程序后提出不予执行仲裁裁决的申请，经人民法院审查后裁定驳回，人民法院在审查过程中对仲裁裁决所作认定从执行力的角度再次进行了肯定，已经对仲裁裁决进行了司法监督，在现行法律法规及司法解释未对此另行作出明确规定的情况下，对于驳回不予执行仲裁裁决申请的裁定，当事人提出复议申请，没有法律依据。武汉中院（2016）鄂 01 执异 390 号执行裁定书赋予当事人申请复议权错误。综上，施瑞福公司对武汉中院驳回不予执行仲裁裁决申请的裁定提出执行复议，没有法律依据，本院不予审查。参照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二条第一款的规定，裁定如下：

驳回武汉施瑞福生物技术有限公司的申请。

本裁定为终审裁定。

审判长 杨源俊

审判员 吴爱华

审判员 杨斌崇

二〇一六年十二月九日

书记员 郭晓燕

姜琴与上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼其他合同纠纷一审民事判决书

上海市杨浦区人民法院
民事判决书

(2016)沪 0110 民初 14190 号

原告：姜琴，女，1959 年 2 月 17 日出生，汉族，户籍地上海市黄浦区。

委托诉讼代理人：李源清，上海乐言律师事务所律师。

被告：上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司，住所地上海市杨浦区。

法定代表人：解治琼，执行董事。

被告：解治琼，男，1979 年 4 月 30 日出生，汉族，户籍地辽宁省，现住上海市杨浦区。

上列两被告共同委托诉讼代理人：陶武平，北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

上列两被告共同委托诉讼代理人：沈东骏，北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

原告姜琴与被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司(以下简称蔚蓝海岸公司)其他合同纠纷一案，本院于 2016 年 9 月 1 日立案。审理中，原告申请追加解治琼为被告。本案依法适用简易程序。两被告在提交答辩状期间对管辖权提出异议，本院于 2016 年 9 月 21 日作出裁定，驳回两被告对管辖权提出的异议。两被告不服提出上诉。上海市第二中级人民法院于 2016 年 10 月 31 日作出驳回上诉，维持原裁定的终审裁定。审理中，两被告申请对股权认购协议及招商银行金陵路支行开户资料上的公章进行鉴定。本院委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对公章进行鉴定。该鉴定中心于 2017 年 3 月 27 日出具鉴定意见书，本院于同年 5 月 4 日及 6 月 23 日公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人李源清，被告解治琼及两被告共同委托诉讼代理人沈东骏到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告姜琴向本院提出诉讼请求：1、判令被告蔚蓝海岸公司向原告归还人民币(以下所涉币种均指人民币)60 万元；2、判令被告蔚蓝海岸公司以 60 万元为基准，按照 8%每年向原告支付利润分红，自 2016 年 1 月 29 日起至判决生效之日止；3、判令被告蔚蓝海岸公司以 60 万元为基准，按照年化 15%标准向原告支付利息，自 2016 年 1 月 29 日起至实际还清之日止。审理中，原告增加诉讼请求，要求：1、解除双方《股权认购协议》；2、被告解治琼对原告第一项至第三项诉请承担连带责任。事实与理由：2016 年 1 月 27 日，原告与被告蔚蓝海岸公司签订股权认购协议，约定原告以每股 1 元从被告处购买 60 万股，金额 60 万元，协议签署后至证交所首次公开发售前，原告享有被告股息和每年不低于 8%的利润分红。如 2016 年 6 月 30 日前未能完成上市，被告蔚蓝海岸公司承诺以原告出资额年化 15%的收益率回购该部分股权。2016 年 1 月 28 日，原告转款 60 万元至被告蔚蓝海岸公司账户。2016 年 6 月 30 日，被告蔚蓝海岸公司未在香港上市，原告联系被告要求回购股权退款未果，故起诉来院。被告解治琼是被告蔚蓝海岸公司唯一股东，且其个人账户与被告蔚蓝海岸公司账户有经常性资金往来，故要求被告解治琼承担连带责任。

被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、被告解治琼共同辩称，不同意原告全部诉讼请求。被告蔚蓝海岸公司没有与原告签订过股权认购协议，协议签订情况被告均不知晓；原告打款 60 万元被告没有收到，钱款均被童小琳控制；被告蔚蓝海岸公司 2016 年度亏损，不需要支付利润；被告解治琼个人财产独立于公司，且公司章程规定的被告解治琼出资期限未届满，不存在连带责任问题，公司与股东之间承担责任有先后次序，现被告蔚蓝海岸公司有偿付能力，被告解治琼不应承担责任。

经审理查明：2016 年 1 月 27 日，童小琳以被告蔚蓝海岸公司名义与原告签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》，约定：原告认购被告蔚蓝海岸公司员

工持股计划下 60 万份股权，每份股权价格 1 元，认购款共 60 万元，协议签订后二个工作日内向被告蔚蓝海岸公司金陵路支行账户支付认购款。原告签署协议后至证交所首次公开发行前，享有被告蔚蓝海岸公司股息和每年不低于 8% 的利润分红。如被告蔚蓝海岸公司于 2016 年 6 月 30 日前未完成上市，被告蔚蓝海岸公司承诺以原告出资额年化 15% 收益率回购股权。2016 年 1 月 28 日，原告转账 60 万元至被告蔚蓝海岸公司金陵路支行账户，转款摘要为“投资款”。

另查明，1、因被告蔚蓝海岸公司就股权认购协议及金陵路支行账户开户材料中的公章申请司法鉴定。2017 年 3 月 27 日，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》，认为股权认购协议上的公章与样本不一致，金陵路支行账户开户材料上的公章与样本一致。

2、被告解治琼在审理中陈述，童小琳在被告蔚蓝海岸公司无职务，2013 年口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划。大约在 2016 年 1 月 15 日委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，并将该账户交由童小琳管理，该账户所涉网银、U 盾等都由童小琳掌管，内部员工持股的资金往来就是使用丽园路支行账户；金陵路支行账户的开设和使用被告并不知情。直至原告诉讼后，才知童小琳擅自开设了金陵路支行账户，从目前情况来看，两账户都是童小琳在实际控制。

3、2015 年 1 月 19 日至 2016 年 8 月 2 日被告蔚蓝海岸公司招商银行金陵路支行账户明细表显示，该账户与招商银行丽园路支行账户间互有资金往来。

4、2016 年 8 月 8 日，被告解治琼向上海市公安局杨浦分局报案，称被童小琳骗取资金共计 2900 余万元，该局于 2016 年 12 月 15 日出具不予立案通知书。

5、被告解治琼在审理中确认，被告蔚蓝海岸公司并未在香港上市。

本院认为：本案主要争议焦点为：1、原告与被告蔚蓝海岸公司间的协议是否有效；2、若有效，被告蔚蓝海岸公司是否应当支付分红利润，及被告解治琼是否应当对被告蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。

关于争议焦点一，首先，被告蔚蓝海岸公司虽否认童小琳系其公司员工，但自认委托童小琳办理公司在香港上市业务；其次，招商银行金陵路支行账户设立时开户申请书上的公章与被告提供的样本一致，且该账户与被告蔚蓝海岸公司另一个设立在招商银行丽园路支行的账户间有多次款项往来，故无论当时设立时，是否系被告蔚蓝海岸公司委托童小琳，对外可以认定金陵路支行账户系被告蔚蓝海岸公司设立的。本案所涉股权认购协议上的公章确与被告蔚蓝海岸公司提供的样本不一致，但该协议上明确投资款转入的账户确为被告蔚蓝海岸公司所设，事后，原告按协议约定将投资款 60 万元划入招商银行金陵路支行账户，结合上述情况，本院认定原告与童小琳以被告蔚蓝海岸公司名义签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》上的公章虽与被告蔚蓝海岸公司提供的样本有异，但不能仅凭公章不一致便否认协议的效力，故该协议合法有效。双方均应按协议约定履行各自的义务。现被告蔚蓝海岸公司不能在香港上市，原告要求解除协议请求可予支持。协议解除后，被告蔚蓝海岸公司应将原告所购股权款退还，并按约定向原告支付利息。

关于争议焦点二，被告蔚蓝海岸公司系一人有限责任公司，被告解治琼为该公司的唯一股东，被告解治琼在审理中，未能提供证据证明，公司财产独立于股东个人财产，依据相关法律规定，被告解治琼应当对公司的债务承担连带责任。对原告要求被告支付利润分红一节，缺乏依据，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第九十四条第二项、第九十七条，《中华人民共和国公司法》第六十二条、第六十三条之规定，判决如下：

一、原告姜琴与被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司 2016 年 1 月 27 日签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》于本判决生效之日解除；

二、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内退还原告姜琴人民币 600,000 元；

三、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内支付原告姜琴利息，以人民币 600,000 元为基数，自 2016 年 7 月 1 日起计算至实际付清日止，按年利率 15% 计算；

四、被告解治琼对上述第二项、第三项付款义务承担连带责任；

五、驳回原告姜琴的其余诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费人民币 10,490 元，适用简易程序，减半收取计人民币 5245 元，由被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、被告解治琼共同负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员 李红

二〇一七年七月二十七日

书记员 王嫣然

金童资产管理(上海)有限公司、浙江致中和实业有限公司与 建德致中和酒销售有限公司服务合同纠纷二审民事判决书

上海市第二中级人民法院

民事判决书

(2014)沪二中民四(商)终字第 177 号

上诉人(原审原告、反诉被告)金童资产管理(上海)有限公司。

法定代表人朱展谷。

委托代理人徐笑蕾,上海融孚律师事务所律师。

委托代理人许丽,上海融孚律师事务所律师。

上诉人(原审被告、反诉原告)浙江致中和实业有限公司。

法定代表人李潇。

委托代理人张彦周。

委托代理人周怡兵,浙江泽大律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)建德致中和酒销售有限公司。

法定代表人李潇。

原审第三人浙江盈通科技发展有限公司。

法定代表人邵丽黎。

原审第三人大运盈通(杭州)实业有限公司。

法定代表人邵丽黎。

上诉人金童资产管理(上海)有限公司(以下简称“金童公司”)、上诉人浙江致中和实业有限公司(以下简称“致中和实业公司”)因服务合同纠纷一案,均不服上海市普陀区人民法院(2013)普民二(商)初字第 148 号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案。上诉人金童公司的委托代理人徐笑蕾,上诉人致中和实业公司的委托代理人张彦周、周怡兵到庭参加诉讼。被上诉人建德致中和酒销售有限公司(以下简称“致中和酒销售公司”)、原审第三人浙江盈通科技发展有限公司(以下简称“浙江盈通公司”)、原审第三人大运盈通(杭州)实业有限公司(以下简称“大运盈通公司”)经本院合法传唤,无正当理由拒不到庭,本院依法缺席审判。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:2012 年 3 月 20 日,浙江宋都控股有限公司与金童公司就致中和酒上市运作计划安排达成《会议纪要》,该纪要主要内容为,双方一致同意将致中和酒推向上海国际酒业交易中心进行交易;上市规模为 1 亿元(本文所涉币种均为人民币),2012 年 6 月底前完成发行;如上市发行过程中,不能募集 1 亿元规模,金童公司或金童公司指定的第三方负责包销;路演原则上为广州、上海、河南、杭州四地,前三地路演由金童公司负责安排,杭州地区由致中和实业公司负责路演;金童公司明确该酒上市后,不存在退货机制。朱展谷、俞建午、戎炳海、龚睿在该纪要上签字确认。2012 年 3 月 28 日,金童公司作为乙方、致中和实业公司作为甲方达成《合作协议》,约定甲方作为中华老字号“致中和”品牌所有者,主要业务为生产和销售“致中和”系列酒类产品,其中致中和国养芝兰香型白酒产品定位为中国高端白酒。乙方为资产管理公司,具有品牌运营管理经验和资金运作渠道,致力于中国高端酒的品牌和市场运营。甲方现委托乙方作为品牌运营管理商,通过上海国际酒业交易中心的运作平台运营“致中和国养酒”,各方根据《中华人民共和国合同法》及其他相关规定,遵照平等自愿和诚信信用的原则,经充分协商达成以下共识,以兹遵守执行;本次运作在上海国际酒业交易中心挂牌交易的产品为甲方推出的百年国养酒 52 或 53 度芝兰香型白酒,规格为 1000ml / 瓶(坛)装;乙方作为甲方授权在上海国际酒业交易中心挂牌交易酒产品

的品牌运营商负责该酒产品在上海国际酒业交易中心挂牌整体运作，包括路演安排，承销商选定、资金募集等事项。募集资金首期为 1 亿元，在 2012 年 6 月 30 日前完成募集发行不低于 5,000 万元；经甲、乙双方协商，挂牌产品价格区间在 800—1,200 元 / 500ml，具体根据市场情况确定；本协议有效期 3 年；全国四场路演费用及其他有关产品的相关费用（促销小样品、包装、运输、保险等）由甲方承担，其中上海、广州、河南三地路演由乙方负责组织，甲方予以配合，上述三地路演费用总额不超过 60 万元（不包括甲方洋酒礼品），杭州地区路演由甲方负责组织；三场路演费用，全国承销商联络召集，上海国际酒业交易中心会员召集协调、差旅招待支出等由乙方负责，甲方承担其中的 80 万元，签约后三天内支付该费用。如因乙方原因未进行规定的三场路演，则以每场 20 万元退回甲方；本次发行产品在上海国际酒业交易中心挂牌交易、发行募集资金全部到达甲方账户后，甲方承担并一次性支付的费用为上海国际酒业交易中心会员费 500 万元、渠道等发行管理费 5%（挂牌募集总额）。乙方品牌运作费为募集资金的 25%（以实际募集资金为准）。承销商返利费用由乙方承担，乙方从所得品牌运作费中支付。如乙方不承担支付承销商返利费用，则由甲方从乙方品牌运作费中扣除相应费用另行支付。具体事宜由甲、乙双方与承销商另行签署协议。甲方指定或相关单位承销的 1,000 万元，但不支付乙方上述费用；甲方需负责买家对酒品质量提出争议、及时应买方客户要求发货、对酒品损耗、破损、包装损坏等、负责提供给乙方不少于总量 1% 的样品及品尝促销品；乙方负责落实本次产品发行的承销商，并在 2012 年 6 月 30 日前完成募集工作，募集资金 1 亿元，如募集发行认购额低于 5,000 万元，在上述签约期限六个月内，乙方指定的承销商应负责包销至认购额 5,000 万元，若无法发行，则乙方以 800—1,200 元 / 500ml，向甲方现金认购 1,000 万元，若发行在 5,000 万元至 7,500 万元（含），则乙方线下再认购 1,000 万元，发行超过 7,500 万元，乙方免责；因乙方在本次运作合作时投入大量人力物力及渠道资源，如果本次发行运作成功，乙方在三年内有权独家经营致中和实业公司酒产品在上海国际酒业交易中心等其他交易所平台的运作。如有越过乙方则为违约，甲方应承担后续交易额的 20% 作为赔偿。但乙方应履行义务为，本次发行的酒为乙方上海地区指定总经销，第一年销售额不低于 500 万，第二年销售额不低于 1,000 万，第三年销售额不低于 1,200 万元。乙方可享受甲方其他白酒经销商待遇。同时，乙方每年在上海国际酒业交易中心发行不少于 1 亿元的白酒产品，具体协议另行议定。同年 4 月 26 日金童公司收到致中和实业公司支付的路演及相关费用 80 万元，并于同年 5 月 4 日、5 月 21 日分别收到致中和实业公司作为路演使用的“致中和国养国际金奖”（2012 珍藏版）酒（100ml · 瓶）4704 瓶以及“致中和国养 1876 酒”120 瓶。

2012 年 5 月 9 日，经金童公司推荐，致中和酒销售公司与上海宏逸广告有限公司达成《广告发布制作合同》，约定由上海宏逸广告有限公司在沪杭高速临平段为致中和酒销售公司制作、安装两座立柱式广告牌，目的是为了展现致中和酒销售公司的企业形象。相应广告费已由致中和酒销售公司另行支付完毕。

2012 年 5 月 20 日，金童公司将有关《致中和发行承销合作框架协议》通过邮件的形式发送至致中和实业公司处，金童公司向致中和实业公司推荐牛尔（上海）资产管理有限公司（以下简称“牛尔公司”）作为酒品发行的承销商，但三方未达成相关协议。2012 年 5 月 21 日，金童公司制作完成了《首次公开发行 53° 1000ML 宋都一致中和国养金奖纪念承销报告》，该报告涉及涉案酒产品的概念、发展背景、投资潜力分析等诸多内容，并明确该次发行的承销人为浙江盈通公司。2012 年 5 月 24 日，在金童公司法定代表人朱展谷以浙江盈通公司的名义所参与的洽谈中，上海国际酒业交易中心有限公司作为甲方、致中和酒销售公司作为乙方（发行会员）、浙江盈通公司作为丙方（承销会员）签署了一份国际酒业 XXXXXXXX-2《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》（以下简称“国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议”），其中第二条约定：本协议所称回购，系指酒品上市后一定期限内，发行会员须根据

交易中心要求,通过交易中心的交易系统对一定数量的发行酒品按约定价格进行回购;第八条约定:乙方自愿通过甲方交易平台公开发行至中和国养国际金奖(2012 珍藏版)酒品,数量为 61000 瓶,价格为 1,658 元/瓶,合 829 元/500ml,发行总值为 101,138,000 元(含税价),乙方为本次发行提供的备份酒数量为 1830 瓶;第十条约定:甲乙丙三方一致确认,在本次酒品发行中,丙方通过交易系统包销数量为 12200 瓶,合 20,227,600 元,占乙方本次发行总额的 20%。包销部分外的剩余部分将通过甲方交易系统网上发行的方式向客户销售,由客户自愿认购。通过交易系统网上发行的部分,客户认购后仍有余额的,余额部分由丙方在甲方摇号确定网上申购中签客户当日按照发行价无条件进行包销;第十一条约定:发行酒品的认购数量达到 100%,则视为发行成功;第十四条约定:丙方承诺在 2012 年 6 月 20 日前与金童公司就本协议第二十五条以及以下条款达成一致并签订书面协议:(1)由金童公司自酒品上市之日起一年期到期前 5 个工作日(回购期)内,通过交易系统对发出回购请求的客户的酒品,以高于发行价 15%的价格(即回购价格:1,908 元/瓶)进行回购,回购数量为客户在回购期内以回购价格卖出的数量。(2)金童公司应于回购期起始日前 1 个工作日将回购保证金支付至甲方指定账户,用于实施回购。回购保证金由甲方统一计算,计算方法为:回购期起始日前 1 个工作日交易系统记录的未提货量乘以回购价格。回购完成后,甲方将剩余的保证金退还金童公司。(3)如金童公司于回购期起始日前 1 个工作日未将回购保证金支付至指定账户,则构成违约,甲方有权直接主张保函(即本协议第二十五条所述保函)金额作为违约金;违约金仍不足以弥补损失的,甲方将按客户委托向丙方追究赔偿责任;第十五条约定:如果丙方在 2012 年 6 月 20 日之前还不能与金童公司按照本协议第十四条的约定签订书面协议,则本协议不生效,本协议的所有条款对各方均无法律约束力,各方互不追究任何责任;第二十五条约定:为保证发行酒品回购条款的充分履行,金童公司必须按照附件一保函格式开具银行履约保函,并将保函原件交给甲方,方可继续发行程序。履约保函应以甲方为受益人,有效期至 2013 年 9 月 26 日,保函金额为 5,000 万元整。浙江盈通公司在落款处盖章,朱展谷也在该公司授权代表处签名。

在 2012 年 6 月 20 日前,金童公司与浙江盈通公司并未就履约保函达成协议。同日,致中和实业公司致函金童公司,该函主要内容为:致中和实业公司及相关单位均已全部做好酒产品发行的各项准备,现时间距协议约定的最后的发行期 2012 年 6 月 30 日已越来越接近,要求金童公司尽快完成与上海国际酒业交易中心、承销商的相关工作。2012 年 6 月 25 日,金童公司发函至致中和实业公司,该函主要内容为:金童公司已按照双方的《合作协议》做好了相应的工作,致中和实业公司的首要义务是完成酒品的准备和发行,但是致中和实业公司至今没有完成酒品准备(含备货、包装、保险、运输等)及发行,但金童公司为履行协议内容,不论由于致中和实业公司自身还是客观原因造成的酒品发行拖延,金童公司随时准备酒品发行的各项工作,并将在 2012 年 6 月 25 日起在上海举行酒品路演会。2012 年 7 月 10 日,致中和实业公司致函金童公司,该函内容为:根据金童公司与致中和实业公司于 2012 年 3 月 28 日签订的《合作协议》的约定,金童公司应当负责落实本次产品发行的承销商,并履行在 2012 年 6 月 30 日前完成募集工作,募集资金 1 亿元等义务。但金童公司至今未能按约履行义务。为此,致中和实业公司特函告金童公司,敦请金童公司务必于 2012 年 7 月 16 日前按照《合作协议》的约定履行完毕全部义务。否则,致中和实业公司将依法行使合同解除权。金童公司于 2012 年 7 月 14 日收到该函。2012 年 7 月 17 日,致中和实业公司致函金童公司要求解除《合作协议》,该函内容为:根据《合作协议》的约定,金童公司应当负责落实本次产品发行的承销商,并在 2012 年 6 月 30 日前完成募集工作,募集资金 1 亿元。但金童公司一直未能按约履行义务。为此,致中和实业公司曾于 2012 年 7 月 10 日函告金童公司,敦促金童公司务必于 2012 年 7 月 16 日前按照《合作协议》的约定履行完毕全部义务。但金童公司至今仍未履行,为此,致中和实业公司特郑重通知金童公司,解除金童公司与致中和实

业公司于 2012 年 3 月 28 日签订的《合作协议》。金童公司于 2012 年 7 月 18 日收到该解除函。同日，金童公司致函致中和实业公司，认为致中和实业公司未能履行《合作协议》的约定，导致产品发行和募集资金拖延。致中和实业公司单方解除合约是无效行为，应立即纠正严重违约行为，否则将追究全部违约责任和赔偿责任。

2012 年 11 月 20 日，上海国际酒业交易中心有限公司、致中和实业公司、致中和酒销售公司、大运盈通公司签订了国际酒业 XXXXXXXX《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》（以下简称“国际酒业 XXXXXXXX 承销协议”）。2012 年 11 月 30 日，北京银行股份有限公司杭州分行针对上述承销协议同意为致中和实业公司出具不可撤销的履约保函，金额为 5,000 万元。保函自 2012 年 12 月 3 日起至 2014 年 1 月 7 日止。2012 年 12 月 18 日，致中和实业公司作为出品人、致中和酒销售公司作为发行会员、大运盈通公司作为承销会员通过上海国际酒业交易中心有限公司发售了“致中和国养国际金奖（2012 珍藏版）”，发行量为 61000 瓶，公开发行业量为 15000 瓶；承销会员包销数量为 12200 瓶；定向配售数量为 33800 瓶。发售成功后，致中和酒销售公司收到了相应的募集资金。

原审法院另查明，致中和实业公司是“致中和”酒的品牌所有者，根据上海国际酒业交易中心国产收藏类酒交易细则规定，拟发行酒品系国产并为发行会员所有。“致中和国养国际金奖（2012 珍藏版）”酒品系致中和酒销售公司所有。上海国际酒业交易中心有限公司在 2012 年 5 月前发行的四款酒品均没有要求相关方作出回购承诺，自 2012 年 5 月至今，该中心在白酒发行过程中都会要求酒品发行结合市场情况设置回购制度，并且在此期间内发行的白酒均向客户作出了回购承诺。

原审法院再查明，浙江宋都控股有限公司与杭州和业投资管理有限公司的法定代表人都为俞建午；杭州和业投资管理有限公司的股东分别为浙江盈通科技发展有限公司、浙江宋都控股有限公司；浙江盈通科技发展有限公司的 90%股权系浙江宋都控股有限公司出资；致中和实业公司系杭州和业投资管理有限公司的全资子公司；致中和酒销售公司系致中和实业公司的全资子公司；浙江盈通公司与大运盈通公司的法定代表人均为邵俪黎。

审理中，金童公司还提供了一份协议编号为国际酒业 XXXXXXXX 的《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》，称该协议系致中和实业公司于 2012 年 6 月 11 日向金童公司发送的承销协议签约稿，但该协议的落款处并无任何公司盖章。

因致中和实业公司未按约支付品牌运作费，故金童公司起诉至法院，请求：1、判令致中和实业公司向金童公司赔偿 2,500 万元；2、判令致中和酒销售公司与致中和实业公司承担连带赔偿责任；3、本案诉讼费、保全费由致中和实业公司、致中和酒销售公司共同承担。原审审理中，致中和实业公司提起反诉，请求：1、确认致中和实业公司与金童公司签订的《合作协议》于 2012 年 7 月 18 日解除；2、判令金童公司返还致中和实业公司 80 万元；3、判令金童公司返还致中和实业公司“致中和国养国际金奖”（2012 珍藏版）酒（100ml·瓶）4704 瓶以及“致中和国养 1876 酒”120 瓶，如不能返还则按照“致中和国养国际金奖”（2012 珍藏版）酒（100ml·瓶）每瓶 168 元、致中和国养 1876 酒”每瓶 2,180 元进行赔偿，合计 1,051,872 元；3、金童公司承担全部反诉费用。

原审法院认为，致中和实业公司是“致中和”酒的品牌所有者，致中和酒销售公司既是致中和实业公司的全资子公司，也是案涉酒品的所有者，虽然《合作协议》系金童公司与致中和实业公司之间达成，但从合同的实际履行来看，致中和酒销售公司是参与其中的，金童公司对此也无异议，故原审法院认定该协议是致中和实业公司、致中和酒销售公司与金童公司共同订立并履行的。金童公司在与致中和实业公司签订《合作协议》之前就已明确告知致中和实业公司就案涉酒品不存在退货机制。在此基础上，金童公司与致中和实业公司签订了《合作协议》，协议约定金童公司的主要义务不仅要负责落实承销商，更是要求指定的承销商须负责一定数额的包销义务，且金童公司也需视情认购价值为 1,000 万元的案涉酒品。虽金

童公司提出其已联系了牛尔公司担任承销商，但由于该公司未与上海国际酒业中心有限公司、致中和实业公司达成相关承销协议，故金童公司落实承销商的合同义务未完成，金童公司已构成初步违约。后致中和实业公司指定浙江盈通公司作为承销商，浙江盈通公司作为致中和实业公司的关联公司是应致中和实业公司的要求出任承销商的，是没有理由将本应由金童公司承担的主要合同义务揽下来，故在这个承销商与上海国际酒业中心有限公司、致中和酒销售公司签订的相关发行、承销协议中，附加了生效条件，即必须由金童公司承担回购义务及开具银行履约保函，只有这样才是公平合理的。金童公司享有巨额收益的前提是承担相应的风险。金童公司的法定代表人朱展谷虽是以浙江盈通公司代表的身份，参与了该协议的签订，但这只应当是相对于上海国际酒业中心有限公司而言的。在关系到金童公司、致中和实业公司、浙江盈通公司之间权利义务的约定中，朱展谷仍应作为金童公司的代表，相关条款的文义清晰无歧义，金童公司理应知道该协议生效的条件是在 2012 年 6 月 20 日前，金童公司就案涉酒品的回购开具 5,000 万元的银行履约保函。由于金童公司到期后未开具相应保函，故该发行、承销协议未发生法律效力，则金童公司仍未完成确定承销商的合同义务。从上述两份协议中可以看出，致中和实业公司支付品牌运作费的前提，在没有回购承诺的情况下，是基于金童公司所落实的承销商有负责包销及金童公司本身有现金认购的义务；在有回购承诺的情况下，由于风险转移到浙江盈通公司（间接转移到了致中和实业公司），变成由浙江盈通公司包销及回购，故金童公司除上述义务外，还需负责开具履约保函。既然金童公司没有完成合同约定的主要义务，致中和实业公司依法行使合同解除权，于法有据，故金童公司要求致中和实业公司赔偿 2,500 万元是没有事实和法律依据的，原审法院不予支持。由于金童公司根据合同约定已组织了一系列路演活动，且合同中没有对路演活动的具体标准作出约定，故原审法院认定金童公司的路演活动已合理完成，而相应的酒类促销品也在为致中和实业公司酒产品的实际宣传过程中使用，金童公司为致中和实业公司酒产品的推广付出了一定的努力，起到了一定的作用，致中和实业公司也因此获益，故致中和实业公司要求金童公司返还有关费用 80 万元及酒类促销品的诉讼请求，原审法院不予支持。致中和酒销售公司经原审法院合法传唤无正当理由拒不到庭，则视为放弃抗辩权，不影响对本案的依法处理。原审法院据此判决：一、对金童公司的本诉诉讼请求不予支持；二、确认致中和实业公司与金童公司的《合作协议》于 2012 年 7 月 18 日解除；三、对致中和实业公司的其余反诉诉讼请求不予支持。一审案件本诉受理费 166,800 元、财产保全费 5,000 元，由金童公司负担；一审案件反诉受理费 10,733 元、财产保全费 5,000 元，由致中和实业公司负担。原审判决后，金童公司不服，向本院提起上诉称：原审法院以国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议为据作出金童公司具有承担回购和开具银行保函义务的认定错误。金童公司法定代表人朱展谷在签订上述协议时，并未附合同内容，仅有封面和签章页，故金童公司对回购及银行保函的开具不承担责任。金童公司已落实了承销商，而回购义务在双方签订《合作协议》时并未约定，故金童公司在履行《合作协议》过程中并无违约情形。综上，请求撤销原判第一项、第二项，改判支持金童公司原审诉讼请求。对于致中和实业公司的上诉意见，金童公司答辩称：金童公司已按约完成了路演，相关酒品已在路演中使用，故金童公司不应返还路演费用及相应酒品或承担赔偿责任。

上诉人致中和实业公司上诉称：金童公司并无证据证明其已完成了路演，且金童公司所谓的路演也不符合上海国际酒业交易中心的规定，其路演也未为致中和实业公司带来利益，因此原审所作认定错误，请求撤销原审判决第三项，支持致中和实业公司原审诉讼请求。对于金童公司的上诉意见，致中和实业公司答辩称：金童公司并不能证明其对国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议关于回购及开具银行保函的内容是不知情的，金童公司实际也未落实承销商，因此其已违约，因金童公司已构成根本违约，且致中和实业公司也通知了金童公司解除《合作协议》，故金童公司主张赔偿 2500 万元损失不能成立，请求驳回金童公司的上诉。

被上诉人致中和酒销售公司、原审第三人浙江盈通公司、原审第三人大运盈通公司均未作答辩。

经审理查明：原审法院查明事实属实，本院予以确认。

本院另查明，上海国际酒业交易中心国产收藏类酒交易细则（2012 修订版）规定：“……2.1.4 发行会员承诺通过发行审核后为发行酒品购买一年期（酒品发行公告公布的起始提货日之后一年）的保险或办理相应期限的银行见索即付保函；……2.9 发行会员、承销会员或其他第三方可对上市酒品进行回购并提供回购担保，回购及其担保事项在酒品发行公告中公布。……4.9 国产收藏类酒品发行时，发行会员须为其购买一年期（酒品发行公告公布的起始提货日之后一年）的保险或办理银行见索即付保函。……”。

本院再查明：国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议约定：“……第二十五条为保证发行酒品回购条款的充分履行，品牌运营商必须按照附件一保函格式开具银行履约保函，并将保函原件交给甲方，方可继续发行政程序。履约保函应以甲方为受益人，有效期至 2013 年 9 月 26 日，保函金额为 RMB50,000,000 元整（大写人民币伍仟万元整）。为保证发行酒品的质量、数量，乙方必须按照附件一保函格式开具银行履约保函，并将保函原件交给甲方，方可继续发行政程序。履约保函应以甲方为受益人，有效期至 2012 年 8 月 25 日，保函金额为 RMB30,000,000 元整（大写人民币叁仟万元整）……”。国际酒业 XXXXXXXX 承销协议约定：“……第三十条为保证乙方发行酒品交货义务（含质量、数量、保险单 / 保险合同交付等）以及丙方回购义务的充分履行，丁方必须按本协议附件四开具见索即付的银行履约保函，并在 2012 年 12 月 3 日前将保函原件交给甲方，方可继续发行政程序。履约保函须以甲方为受益人，有效期自 2012 年 12 月 3 日至 2014 年 1 月 7 日，保函内容必须经甲方认可。保函有效期届满或其所担保的义务全部履行完毕后，甲方将该保函退还给丁方。保函金额按以下第（一）种方式确定：（一）保函金额为 RMB50,000,000.00 元整（大写人民币伍仟万元整）；……”。

本院认为，关于金童公司未落实承销商是否构成违约的问题。因《合作协议》约定承销商是由上海国际酒业交易中心、致中和实业公司、致中和酒销售公司、金童公司共同确认并指定，但在国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议签字时承销商已变更为浙江盈通公司，致中和实业公司并无证据证明在该协议签字之前已向金童公司提出因其未落实承销商而违约，因此，各方显然对指定承销商已达成新的约定，金童公司联系的牛尔公司虽未能签订相关承销协议，但也不能认定金童公司构成违约。关于金童公司是否受国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议约束的问题。根据国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议约定，若浙江盈通公司在 2012 年 6 月 20 日之前未能与金童公司按照上述协议第十四条约定签订书面协议的，则该协议不生效，该协议的所有条款对各方均无法律约束力。而浙江盈通公司与金童公司此后实际亦未签订书面协议，故国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议尚未生效，该协议约定的条款对各方均无约束力。虽金童公司法定代表人朱展谷在该协议中浙江盈通公司授权代表一栏签字，但并无证据证明金童公司亦为该协议当事人，鉴于金童公司未与浙江盈通公司关于回购及开具保函的事宜达成新的协议，则反映各方对于回购及保函开具等事宜仍存有争议，故仅以朱展谷在上述协议浙江盈通公司授权代表处签字及知晓协议内容而认定金童公司必须承担回购及开具银行保函的义务缺乏合同依据。鉴于国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议对金童公司不具有约束力，则金童公司与致中和实业公司仍应履行《合作协议》的约定，而《合作协议》并未约定金童公司有回购与开具银行保函的义务，则双方若需履行《合作协议》则应当依据上海国际酒业交易中心的相关规定。现上海国际酒业交易中心国产收藏类酒交易细则（2012 修订版）规定了发行会员、承销会员或其他第三方均可进行回购，据此亦无法获得必须由金童公司承担回购义务的结论。但经过对国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议与国际酒业 XXXXXXXX 承销协议的比照，在国际酒业 XXXXXXXX-2 承销协议中要求金童公司开具的 5,000 万元银行保函仅对回购进行担保，而国际酒业 XXXXXXXX 承销协议中由致中和实业公司开具的 5,000 万元银行保函担保的

对象包含回购以及酒品发行交货义务。而在各方协商往来函件中致中和实业公司始终要求金童公司承担全部回购义务及开具 5,000 万元的银行保函,最终致使各方无法达成一致,亦使金童公司无法继续履行《合作协议》。综上,本院认为,虽各方因回购及开具银行保函等问题未能最终达成协议,亦非由金童公司安排系争酒品上市,但系争酒品已实际完成发行上市,而金童公司在履约过程中并未违约,且实际为系争酒品的上市付出了人力、财力等资源,原审法院认定金童公司的行为构成违约并判决驳回金童公司的所有诉请有失公平。基于本案的各种实际情况,本院酌定致中和实业公司应向金童公司补偿品牌运作费 2,500,000 元。因致中和酒销售公司实际与致中和实业公司共同履行《合作协议》,则应当对致中和实业公司应付的费用承担连带责任。另,因系争酒品已发行上市,则《合作协议》所期目的已无法达成,原审法院判决《合作协议》予以解除并无不当。关于致中和实业公司提出返还路演费用及酒品的问题。因金童公司已提供证据证明其已组织了一系列的路演活动,相关酒品已在路演活动中使用,致中和实业公司并无证据证明金童公司的路演违反约定,故本院对致中和实业公司的上诉请求不予支持。综上,本院认为,原审所作判决有误,应予纠正。据此,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条、第一百七十条第一款第(二)项、第一百七十五条之规定,判决如下:

一、撤销上海市普陀区人民法院(2013)普民二(商)初字第 148 号民事判决第一项;
二、维持上海市普陀区人民法院(2013)普民二(商)初字第 148 号民事判决第二项、第三项;

三、上诉人浙江致中和实业有限公司应于本判决生效之日起十日内支付上诉人金童资产管理(上海)有限公司品牌运作费人民币 2,500,000 元;

四、被上诉人建德致中和酒销售有限公司对上诉人浙江致中和实业有限公司向上诉人金童资产管理(上海)有限公司支付的品牌运作费人民币 2,500,000 元承担连带清偿责任;

五、驳回上诉人金童资产管理(上海)有限公司其他原审诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件本诉受理费人民币 166,800 元,由上诉人金童资产管理(上海)有限公司负担人民币 150,120 元,上诉人浙江致中和实业有限公司与被上诉人建德致中和酒销售有限公司共同负担人民币 16,680 元;一审案件反诉受理费人民币 10,733 元,由上诉人浙江致中和实业有限公司负担。财产保全费人民币 10,000 元,由上诉人金童资产管理(上海)有限公司、上诉人浙江致中和实业有限公司各半负担。二审案件受理费人民币 188,266 元,由上诉人金童资产管理(上海)有限公司负担人民币 150,120 元,上诉人浙江致中和实业有限公司与被上诉人建德致中和酒销售有限公司共同负担人民币 38,146 元。

本判决为终审判决。

审判长 陈显微

代理审判员 王丹丹

代理审判员 陈晓伟

二〇一四年十二月十日

书记员 胡雪怡

荆纪国与陈黎明、湖南大康国际农业股份有限公司股 权转让纠纷一审民事判决书

湖南省高级人民法院

民事判决书

(2016)湘民初 45 号

原告：荆纪国，男，1962 年 10 月 10 日出生，汉族，住湖南省长沙市芙蓉区。

委托诉讼代理人：李杰，湖南君卓律师事务所律师。

委托诉讼代理人：周静芬，湖南联合创业律师事务所律师。

被告：陈黎明，男，1962 年 2 月 2 日出生，汉族，住湖南省长沙市岳麓区。

委托诉讼代理人：谭程凯，湖南启元律师事务所律师。

委托诉讼代理人：刘长河，湖南启元律师事务所律师。

被告：湖南大康国际农业股份有限公司，住所地湖南省怀化市鹤城区鸭嘴岩工业园 3 栋。

法定代表人：彭继泽，该公司董事长。

委托诉讼代理人：蒋春鸣，北京国枫（上海）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：周晶敏，北京国枫（上海）律师事务所律师。

原告荆纪国与被告陈黎明、湖南大康国际农业股份有限公司（以下简称大康农业公司）股权转让纠纷一案，本院于 2017 年 2 月 9 日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告荆纪国及其委托诉讼代理人李杰、周静芬，被告陈黎明的委托诉讼代理人谭程凯，被告大康农业公司的委托诉讼代理人蒋春鸣到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

荆纪国向本院提出诉讼请求：1. 判令被告陈黎明向原告交付截止至 2016 年 6 月 30 日大康农业公司股票（代码为 002505）2859.12 万股。2. 如被告陈黎明不能向原告足额交付 2859.12 万股大康农业公司股票，请求判令陈黎明按从大康农业公司上市之日起至给付之日止该股票的每股最高价 6.68 元作为标准给予原告 2859.12 万股相应的财产损失赔偿。3. 判令被告陈黎明支付 2859.12 万股大康农业公司股票从 2016 年 6 月 30 日起至股票交付之日止的分红、送股、配股、转增股等派生权益。4. 判令被告陈黎明向原告交付大康农业公司 2016 年 6 月 30 日前派发的税后现金红利 321100 元。5. 判令被告大康农业公司对陈黎明所承担的前述四项给付义务承担连带赔偿责任。6. 判令本案诉讼费用和保全费用及财产保全担保费等由两被告承担。事实与理由：被告陈黎明系原湖南大康牧业股份有限公司（即现大康农业公司，以下简称大康牧业公司）的发起人和原法定代表人、董事长。2008 年 8 月 20 日，原告与被告陈黎明签订了《湖南大康牧业股份有限公司股东股份转让协议》（以下简称《股份转让协议》），该协议约定被告陈黎明将其在大康牧业公司 2624.58 万股股份中的 190 万股转让给原告，转让价格为人民币 200 万元（后双方确定为 190 万元），转让后被告陈黎明占大康牧业公司的股份变更为 2423.58 万股，占股比例由 41.14%变更为 38.16%；原告占大康牧业公司股份总额 6380 万股中的 2.98%。《股份转让协议》第 3 条约定：“甲方（被告陈黎明）从其股份转让之日起，不再享有大康牧业公司该转让部分的权利，亦不承担相应的义务，其在大康牧业公司转让部分的权利义务由乙方（原告）承继。”大康牧业公司在该《股份转让协议》上盖章确认。同日，时任大康牧业公司法定代表人陈黎明签发了其本人签名并加盖大康牧业公司公章的《股权证》。《股份转让协议》签订后，原告依约分别于 2008 年 11 月 13 日、12 月 30 日分两次向被告陈黎明支付了共计人民币 190 万元股权转让款。2008 年 12 月 30 日，被告陈黎明向原告出具了 190 万股股权转让款的《收据》。2010 年 11 月 18 日，大康牧业公司股票上市。上市后通过送股、转增股，至 2016 年 6 月 30 日，原告受让的 190 万股股票已增

加至 2859.12 万股。期间，原告多次找两被告交涉，要求交付股票给原告，但两被告一直怠于履行义务，原告受让的股票至今仍登记在被告陈黎明的名下。

陈黎明辩称：1. 对《股份转让协议》及《股权证》《收据》等证据文件中“陈黎明”的签名不予认可，申请人民法院进行司法鉴定。2. 《股份转让协议》违反了法律禁止性规定，且转让价格显失公平，荆纪国为公务员的特殊身份，股权转让不具备真实交易背景，签署背景存在非法因素。根据现行公司法第一百三十八条规定“股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行”，陈黎明未按该规定在指定的证券交易所或国务院规定的其他方式进行，该转让行为无效。3. 《股份转让协议》约定转让款为 200 万元，但原告提交的证据仅证明原告向被告支付过 190 万元，且该转账凭证并未注明为股权转让款，而是往来款，不能证明该项支付与《股份转让协议》有关。4. 荆纪国要求交付股票违反了上市公司股权转让的限制，要求按股票市值最高价支付股票相应财产损失更无法律依据。

大康农业公司辩称：1. 本案实质是股权转让纠纷名义所引发的民间借贷纠纷。银行转账凭证显示为往来款，而非股权转让款；大康农业公司首次公开招股说明书并没有显示涉案股权转让；相关文件亦记载大康农业公司在首次公开发行时股份不存在重大权属纠纷；原告明确知晓股权转让需要办理登记，但始终没有办理，也没有催告。2. 即使是股权转让，也因违反法律强制性规定而无效。公司法第一百三十八条规定股份有限公司的股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行，违反此强制性规定的合同应认定无效。且本案股份转让还违反证券法的相关规定。3. 即使为股权转让，诉讼时效应从协议签署时计算，原告怠于催告，已丧失权利。因已过诉讼时效，不再具备可履行性，应当视为协议已解除。4. 大康农业公司没有权利主动办理股权转让手续，办理变更手续的义务在陈黎明与荆纪国之间，荆纪国也没有提供相应的配合义务，大康农业公司不应承担连带责任。5. 荆纪国没有完全支付合同对价，没有取得相应的权利，故不存在损失。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。原告荆纪国提交了证据 1-13 以及补充证据 1-7。被告陈黎明质证认为，对证据 1-3《股份转让协议》

《股权证》《收据》的真实性、合法性、关联性均有异议，认为《股份转让协议》原件与复印件不一致，三份证据上陈黎明的签名不是其本人所签；对证据 4-11、补充证据 1-6 的关联性有异议；对补充证据 7 的真实性有异议；对证据 12、13 表示以公开资料为准。被告大康农业公司质证认为，对证据 1-3、12、补充证据 7 的真实性有异议，认为《股份转让协议》的原件与复印件不一致；对证据 4-11、补充证据 6 的关联性有异议，认为《转账凭证》体现的并非股权转让款，而是往来款；对补充证据 1-5 的真实性、关联性均有异议。被告大康农业公司提交了一份证据，即大康农业公司《首次公开发行股票招股说明书》，拟证明大康农业公司首次发行招股说明书中并未记载陈黎明与荆纪国之间的股份转让。原告荆纪国质证对该份证据的真实性提出异议。陈黎明质证无异议。

对于被告陈黎明、大康农业公司质疑的《股份转让协议》原件与复印件不一致的问题，原告荆纪国解释为：因协议书为一式四份，荆纪国持有一份，陈黎明持有三份，作为起诉证据的复印件是在签订协议当时在四份协议中随意拿一份复印的，并不是荆纪国持有的协议原件的复印件。就原告荆纪国提供的证据 1-3 上陈黎明签名的真实性问题，本院在庭后传唤陈黎明本人予以核实。陈黎明不认可《股份转让协议》《股权证》及《收据》上其本人的签名，在本院追问能否肯定不是其本人所签时，陈黎明表示是否自己所签不能确定，也记不太清楚了，要求法院对此进行鉴定。本院限期要求其提出书面鉴定申请，但陈黎明未在规定时间内提出书面鉴定申请。

对当事人提交的证据，本院认定如下：对于原告荆纪国提交的证据 1-3，虽存在《股份转让协议》复印件与原件不一致，陈黎明否认三份证据上其本人签名的真实性，但原告荆纪国均

有三份证据的原件，原告荆纪国对复印件与原件不一致的解释符合协议约定，也符合情理，且该三份证据能相互印证，在陈黎明未提出反证推翻该三份证据的真实性的情况下，依法予以采信。对于证据 4《转账凭证》，虽陈黎明、大康农业公司均对其关联性提出异议，主张原告荆纪国支付的 190 万元为借款，与本案股权转让无关，但没有提供任何证明借款关系的相关证据佐证，故对该份证据予以采信。对于证据 5-13 大康农业公司相关文件，因与大康农业公司公开资料内容一致，且与本案审理具有关联，予以采信。对于补充证据 1-7，因与本案的审理不具有关联性，不予采信。对于大康农业公司提交的《首次公开发行股票招股说明书》，因系大康农业公司已经公示的资料，且与本案的审理具有关联性，予以采信。

经审理查明，本院认定如下事实：2008 年 8 月 20 日，被告陈黎明（甲方）与原告荆纪国（乙方）签订《湖南大康牧业股份有限公司股东股份转让协议》，约定：1. 大康牧业公司现有注册资金 6380 万元（为 6380 万股）。甲方将其在大康牧业公司 2624.58 万股股份中的 190 万股股份转让给乙方。转让后甲方股份变更为 2434.58 万股，在公司所占股份比例从 41.14% 变更为 38.16%；2. 乙方付给甲方 200 万元以购买甲方在大康牧业公司的 190 万股股份。转让后乙方占大康牧业公司股份总额 6380 万股（按注册资金 6380 万元计算）的 2.98% 的股份；3. 甲方从其股份转让之日起，不再享有大康牧业公司该转让部分的权利，亦不承担相应的义务，其在大康牧业公司转让部分的权利义务由乙方承担；4. 本协议一式四份，一份交公司登记机关，一份交大康牧业公司，另两份由甲乙双方各留一份；5. 协议从签订之日起生效。同日，大康牧业公司向荆纪国颁发《股权证》，该《股权证》记载：荆纪国持有大康牧业公司股份壹佰玖拾万股，占总股本比例 2.98%。该公司时任董事长陈黎明签名，并加盖了公司公章。

2008 年 11 月 13 日，荆纪国通过兴业银行向陈黎明汇款 150 万元，注明用途往来款。2008 年 12 月 30 日，荆纪国通过农业银行向陈黎明汇款 40 万元。2008 年 12 月 30 日，陈黎明出具《收据》，载明：“今收齐我与荆纪国 2008 年 8 月 20 日签订的 190 万股股权转让款壹佰玖拾万元（190 万元）。”根据陈黎明出具《收据》载明的内容及荆纪国的当庭陈述，对协议约定的股权转让款 200 万元，双方已经变更为 190 万元。

另查明，2010 年 11 月 18 日，大康牧业公司在深圳证券交易所上市，股票简称为“大康牧业”，股票代码“002505”。陈黎明为该公司发起人、控股股东和实际控制人、董事长，在公司上市时持有“大康牧业”股票 2358.23 万股，持股比例为 22.94%。在大康牧业公司首次公开发行股票招股说明书中，荆纪国未登记在该公司股东名册。

大康牧业公司 2010 年度利润分配方案为以未分配利润向全体股东每 10 股送 2 股同时派发现金 0.5 元（含税），以资本公积金转增股本的方式向全体股东每 10 股转增 4 股；2011 年度利润分配方案为向全体股东每 10 股派 1 元人民币现金（含税），同时以资本公积金向全体股东每 10 股转增 5 股；2012 年度利润分配方案为不派发现金红利、不送红股、不以公积金转增股本；2013 年度利润分配方案为以资本公积金向全体股东每 10 股转增 5 股；2014 年半年度利润分配方案为以资本公积金向全体股东每 10 股转增 12 股；2015 年度权益分配方案为以资本公积金向全体股东每 10 股转增 9 股。

根据大康牧业公司 2010 年度至 2015 年度利润分配方案，截止至 2016 年 6 月 30 日，原告荆纪国受让的被告陈黎明 190 万股大康牧业公司股票已增至 2859.12 万股，已派发现金红利 321100 元。

2015 年 12 月 9 日，大康牧业公司法定代表人变更为彭继泽；2016 年 5 月 25 日，大康牧业公司名称变更为大康农业公司；2016 年 5 月 31 日，大康农业公司股票名称由“大康牧业”变更为“大康农业”。

本院认为，本案的争议焦点有四，分别评析如下：

一、涉案《股份转让协议》是否有效。首先，被告陈黎明与原告荆纪国签订的《股份转让协议》约定，陈黎明将其持有的大康农业公司股份中的 190 万股转让给荆纪国。虽陈黎明的代理人当庭抗辩该《股份转让协议》上陈黎明的签名非其本人签署，并要求对协议上陈黎明签名的真实性进行鉴定。但在本院对陈黎明本人进行调查核实时，陈黎明则称《股份转让协议》上的签名是否其本人所写不能确定、也记不清楚，同时要求予以鉴定。而在本院要求其须在指定期限内提出书面申请后，陈黎明到期并未提出书面申请。其次，陈黎明在与荆纪国签订《股份转让协议》的当日即签发了《股权证》，载明荆纪国持有大康农业公司 190 万股股权，享有公司 2.98% 的权益。再次，陈黎明认可收取了荆纪国的 190 万元，虽其主张该 190 万元是借款而非股权转让款，但陈黎明并未提供任何证明借款关系的相关证据，而在陈黎明出具的《收据》中，其写明已收齐与荆纪国于 2008 年 8 月 20 日签订的 190 万股股权转让款 190 万元。因而，本案陈黎明与荆纪国之间股权转让关系成立，荆纪国已依约履行了支付股权转让款的义务，陈黎明抗辩否认所签《股份转让协议》及《股权证》的真实性，主张收取 190 万元系借款的理由不能成立。陈黎明抗辩认为转让的股票价格与市场真实交易不符，存在显失公平及非法因素。因双方《股份转让协议》中对转让的股票价格进行了约定，荆纪国已按协议履行了付款义务，陈黎明已在《收据》中明确收齐了股权转让款且直至本案荆纪国诉讼前并未行使撤销权，故陈黎明该抗辩理由不能成立。陈黎明、大康农业公司抗辩认为本案股权转让违反《中华人民共和国公司法》第一百三十八条规定，未在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行，但该规定不能否定荆纪国个人通过合法的民事行为取得股份的权利，也不影响陈黎明与荆纪国之间《股份转让协议》的效力。综上，涉案《股份转让协议》系陈黎明与荆纪国的真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，且荆纪国已按协议完成了支付股权转让款的义务，故《股份转让协议》应认定为有效。

二、陈黎明应如何承担本案民事责任。《中华人民共和国合同法》第六十条第一款规定“当事人应当按照约定全面履行自己的义务”，荆纪国已依约履行了支付全部股权转让款的义务，陈黎明也应依约履行相应义务。双方所签《股份转让协议》第三条约定“陈黎明自股份转让之日起，不再享有大康牧业公司该转让部分的权利，亦不承担相应的义务，其在大康农业公司的权利义务由荆纪国承继”，而荆纪国受让的陈黎明 190 万股大康农业公司股票，通过大康农业公司历年股份权益分派，截止至 2016 年 6 月 30 日已增至 2859.12 万股，该增加部分的权利依约应由荆纪国享有。对于荆纪国要求陈黎明交付 2859.12 万股股票的诉讼请求，经查，陈黎明与荆纪国的股权转让发生在大康农业公司上市之前的 2008 年，之后在大康农业公司上市公告中并未将荆纪国登记在股东名册。根据股份有限公司首次公开发行股票的要求，大康农业公司有关的财务记载、股东信息已经相关行政部门审查确认，且已向社会公开披露。现荆纪国要求陈黎明交付 2859.12 万股股票，势必与大康农业公司首次公开募股已经行政部门审查确认的内容不一致，也与大康农业公司向社会公开披露的信息相悖。为维护大康农业公司首次公开募股的行政审查效力及对公众披露信息的确定性，对原告荆纪国要求被告陈黎明交付 2859.12 万股股票的诉讼请求不予支持。对于荆纪国的第二项诉讼请求“若陈黎明不能交付股票，则请求按从大康农业公司上市之日起至给付之日止该股票的每股最高价 6.68 元作为标准给予相应的财产损失赔偿”及第三项诉讼请求“陈黎明支付 2016 年 6 月 30 日起至股票交付之日止产生的分红、送股、配股、转增股等派生权益”，该两项诉讼请求实际为请求陈黎明给付 190 万股股票自股权转让以后所派生的相应财产权益。本院认为，在对荆纪国要求陈黎明交付股票的诉讼请求不予支持的情况下，荆纪国基于其与陈黎明之间有效的《股份转让协议》，主张受让的 190 万股股票所派生的财产权益应予以支持。但在荆纪国主张的股票数量已从 190 万股增至 2859.12 万股的情况下（截止至 2016 年 6 月 30 日），还要求以自大康农业公司上市之日起至给付之日期间的最高价 6.68 元计算每股价格没有依据，其股价应以增至 2859.12 万股之后的价格来确定。因股票价格不断变化，宜以本判决执行之

日的股票价格为计算依据。而对于 2859.12 万股股票在 2016 年 6 月 30 日之后所产生的权益，则以大康农业公司公示资料为准。对于荆纪国的第四项诉讼请求“陈黎明交付大康农业公司 2016 年 6 月 30 日前派发的税后现金红利 321100 元”，因该部分属于荆纪国受让的 190 万股股票已经派发的红利，陈黎明应向荆纪国支付，故对原告荆纪国该项请求予以支持。

三、大康农业公司是否应对陈黎明的支付义务承担连带清偿责任。本案为股权转让纠纷，股权转让关系发生在陈黎明与荆纪国之间，大康农业公司仅为《股份转让协议》所针对的目标公司，并非协议的相对方，其在《股份转让协议》中既不享有权利也不负有相关义务。虽然大康农业公司为荆纪国颁发了《股权证》，但其义务仅限于将荆纪国登记于公司股东名册，办理相关的股权变更手续，而非为股东转让股权行为承担责任，故对原告荆纪国要求大康农业公司承担本案连带清偿责任的诉讼请求不予支持。

四、荆纪国的起诉是否超过诉讼时效。大康农业公司答辩提出，因签订《股份转让协议》时大康农业公司的股票并没有相关禁售的规定，原告荆纪国也明知股权变更需要进行登记，因而诉讼时效应从协议签订时开始计算。而从双方签订的协议内容来看，仅约定了陈黎明从转让之日起将 190 万股股票的权利转让给荆纪国，但对何时办理股权变更手续以及何时交付股票财产权益均没有约定。根据《中华人民共和国合同法》第六十二条第（四）项“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间”的规定，荆纪国有权随时要求陈黎明履行股权变更或交付相关财产权益的义务。根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第六条“未约定履行期限的合同，依照合同法第六十一条、第六十二条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算”的规定，本案的诉讼时效应从荆纪国向陈黎明要求履行义务的宽限期届满之日起计算，或者以陈黎明表示不履行义务之日起计算。因本案并无证据证明陈黎明在荆纪国提起本案诉讼之前表示过不履行义务，且陈黎明并未提出诉讼时效的抗辩，故原告荆纪国提起本案诉讼要求陈黎明履行股权转让协议，并未超过诉讼时效，大康农业公司的抗辩理由不能成立。

综上所述，荆纪国的诉讼请求部分成立，本院对成立部分予以支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百三十七条，《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第六十二条第四项，《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第六条规定，判决如下：

一、被告陈黎明于本判决生效之日起十日内向原告荆纪国支付证券代码 002505 大康国际农业食品股份有限公司 2859.12 万股股票的相应财产权益（股票价格按执行之日价格确定，2016 年 6 月 30 日之后产生的分红，转、赠股，配送股继续计算至执行之日止）。

二、被告陈黎明于本判决生效之日起十日内向原告荆纪国支付诉争股票已派发的现金红利 321100 元。

三、驳回原告荆纪国的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 598075 元，财产保全费 5000 元，共计 603075 元，由被告陈黎明负担 542767 元，由原告荆纪国负担 60308 元。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国最高人民法院。

审判长 张兰
审判员 张隽
审判员 朱湘归
二〇一七年九月六日
书记员 邓姣玲

拉萨涌金慧泉投资中心与王书平股权转让纠纷一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院
民事判决书

(2016)沪0115民初85470号

原告：拉萨涌金慧泉投资中心(有限合伙)，住所地西藏自治区拉萨市。

执行事务合伙人委派代表：杨利华。

委托诉讼代理人：吴坚，国浩律师(上海)事务所律师。

委托诉讼代理人：王辰，国浩律师(上海)事务所律师。

被告：王书平，男，1970年4月19日生，汉族，住山东省。

委托诉讼代理人：王春光，男。

原告拉萨涌金慧泉投资中心(有限合伙)诉被告王书平股权转让纠纷一案，本院于2016年12月12日立案后，依法适用普通程序审理，于2017年1月23日公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人吴坚、王辰，被告委托诉讼代理人王春光到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告拉萨涌金慧泉投资中心(有限合伙)向本院提出诉讼请求：1、被告向原告支付股权收购款，包括投资人民币1,500万元以及投资收益(以1,500万元为计算基数，按5%的年利率，自2011年4月30日起计算至股权收购款全部支付之日止)；2、被告承担诉讼费。事实和理由：2011年4月21日，原告与杜翠英、王小春、刘翠兰签订《股权转让协议》，原告以合计1,500万元的价格受让三人持有的圣丰公司4.76%的股权。同年4月29日，原告将股权转让款分别支付至三人账户。2011年6月21日，原、被告签订《关于股权转让协议的补充协议书》(以下简称《补充协议书》)，约定如果圣丰公司在2014年6月30日前未能向中国证券监督管理委员会(以下简称“中国证监会”)上报IPO申报材料，致使圣丰公司A股上市目标不能实现，原告有权要求被告收购原告持有的圣丰公司全部股权。2016年3月23日，因圣丰公司未能按约定期限上报IPO申报材料，原告向被告发送律师函，正式提出收购要求。根据约定，被告应于原告提出收购要求并配合圣丰公司完成工商变更登记后30日内，向原告支付股权转让款。2016年5月5日，原、被告签订《补充备忘录》，原告同意将被告支付全部股权收购款的履行期限宽限至同年11月30日。现股权收购款的支付期限已届满，但被告并未支付任何款项，故原告提起本案诉讼。庭审中，原告明确本案按投资收益计算的股权收购款主张至2017年1月23日止，其余按投资收益计算的部分股权收购款另案主张。被告王书平辩称：原、被告之间签订的《补充协议书》、《补充备忘录》涉及对赌条款，应当认定无效；原、被告在2016年5月5日签订的《补充备忘录》侵害了其他股东的优先购买权，应当认定无效；即使按照约定，也应当先办理工商变更登记再支付股权转让款，而目前股权变更登记并未完成，支付股权转让款的条件尚未成就，故不接受对方的诉讼请求。

原告为证明其主张，向本院提供如下证据：1、《股权转让协议》；2、股权转让款支付凭证；3、《关于股权转让协议的补充协议书》；4、证明；5、律师函及其快递凭证；6、《补充备忘录》。被告未向本院提交证据材料，对原告提交证据的真实性及关联性均予以确认。本院对原告提供的上述证据的真实性予以确认，均作为本案证据予以采纳。

根据原告提供的证据及庭审中当事人的陈述，本院认定事实如下：2011年4月21日，原告与杜翠英、王小春、刘翠兰签订《股权转让协议》，约定：鉴于圣丰公司即将启动在中国A股证券市场首次公开发行股票并上市等，杜翠英、王小春、刘翠兰同意将其持有的部分圣丰公司的股权转让予原告，股权转让金共计为1,500万元，具体为：杜翠英向原告转让1.84%的股权，原告向杜翠英支付579.37万元，王小春向原告转让2.48%的股权，原告向王小春支

付 782.44 万元，刘翠兰向原告转让 0.44% 的股权，原告向刘翠兰支付 138.19 万元。【生效要件：股东会同意、修改章程】。同年 4 月 29 日，原告向杜翠英、王小春、刘翠兰支付上述股权转让款。2011 年 6 月 21 日，原告与被告签订《补充协议书》，载明：被告持有圣丰公司 49.80% 的股权，2011 年 6 月 19 日签署了《股权转让协议》是基于圣丰公司未来能够实现在中国 A 股市场挂牌上市的目标，如出现圣丰公司在 2014 年 6 月 30 日前未能向中国证监会上报首次公开发行并上市申报材料、IPO 申报材料在 2015 年 12 月 31 日前未能通过中国证监会核准等情形致使上述目标不能实现，则原告可以选择将所持公司的股权及其派生的其他股权（在原告持有期间所分得的现金分红除外）的全部售回给被告，被告须按本协议约定的条件无条件回购该等股权，并在 45 日之内完成受让手续；股权回购价款包括股权回购本金和投资收益，股权回购本金为原告股权转让时所投入的全部资金本金共计 1,500 万元，投资权益为：自原告受让股权时所投入的全部资金本金投入之日起至股权回购的工商变更登记完成日止，按原告持有的股权比例对应的目标公司产生的累积税后净利润总额（但已分配给股东现金红利应扣除）；股权回购价款在原告向被告提出回购要求，并配合圣丰公司完成该回购事项工商变更登记后 30 日内，由被告向原告全部支付完毕；圣丰公司经会计师事务所依据财政部颁布的通行且适用的企业会计准则审计后的扣除非经常性损益行就凭净利润指标应当满足以下承诺利润指标：2010 年度应不低于 1,500 万元，2011 年度不低于 2,650 万元，2012 年度不低于 3,500 万元，如某期实际净利润低于承诺净利润的，届时圣丰公司的当期估值进行调整，圣丰公司估值进行调整后，原告有要求被告股权补偿或投资成本补偿的选择权，如某个年度当期实际净利润低于承诺利润的 75%，原告有权要求被告以年利息 2% 计算的价格回购原告持有的全部或部分股权，但因不可抗力造成的除外。2016 年 3 月 23 日，原告本案委托诉讼代理人向被告发出关于要求履行股权收购义务事宜的律师函，载明：鉴于圣丰公司未能完成补充协议约定的上市目标，原告正式向被告提出股权收购要求，请被告按约定收购原告所持圣丰公司的全部股权。2016 年 5 月 5 日，原告与被告签订《补充备忘录》，约定鉴于圣丰公司已发生在 2014 年 6 月 30 日前未能向中国证监会申报材料、IPO 申报材料在 2015 年 12 月 31 日前未能通过中国证监会核准的回购事项，被告承诺于 2016 年 11 月 30 日前向原告指定银行账户支付全部股权回购款项，收购价格按如下计算公式计算为： $P2=M2 \times (1+R\% \times T2)$ ，其中，P2 为回购价款，M2 为原告的实际投资额 1,500 万元，T2 为自原告投资款项支付之日起至原告执行选择回购权并且回购价款全部支付之日的自然天数除以 365，R 为 [5]。若被告按本补充备忘录支付全部收购价款的，被告有权要求原告收到全部收购款后 30 日内配合被告办理收购股权的转让程序或者按照双方协商其他方式办理。

本院认为，本案争议的焦点在于：一是本案双方签订的《补充协议书》、《补充备忘录》是否合法有效；二是原告要求被告回购的条件是否已经成就。关于第一个争议焦点，系争《股权转让协议》、《补充协议书》、《补充备忘录》均系作为商事交易平等主体的各方自愿协商的结果，《补充协议书》、《补充备忘录》包括作为投资者的原告与作为融资方的被告共同约定设置的估值调整机制，即投资业内所称的对赌条款。综观这些条款的内容，合同相对方系圣丰公司的控股股东，该条款本身并不会对圣丰公司的利益及该公司债权人的利益造成损害，也不存在违反法律、行政法规的强制性规定之处。因此，上述各协议合法有效，各方均应恪守履行。关于争议焦点二，双方签订的《补充协议书》约定被告应在原告提出回购要求及工商变更登记后 30 日内支付股权回购价款，然，之后双方签订的《补充备忘录》对该约定内容进行了变更，即被告于 2016 年 11 月 30 日前向原告支付全部股权回购款，被告支付全部收购价款后有权要求原告收到全部收购款后 30 日内配合收购股权的转让程序或者按照双方协商其他方式办理。原告主张该条款是原告在本案中行使请求权的合同依据，应予采纳。据此，原告要求被告回购股权的条件已经成就。原告要求被告支付 1,500 万股权收购款，以及以

1,500 万元为基数按年利率 5%计付自 2011 年 4 月 30 日起至 2017 年 1 月 23 日止的股权回购款计 4,304,794.52 元,符合《补充备忘录》关于收购价格的约定,应予支持。

综上所述,依据《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条第一款、第一百零七条之规定,判决如下:

被告王书平应于本判决生效之日起十日内向原告拉萨涌金慧泉投资中心(有限合伙)支付股权收购款 19,304,794.52 元。

负有金钱给付义务的当事人,如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 140,940 元,财产保全费 5,000 元,合计 145,940 元,由被告王书平负担。

如不服本判决,可在本判决书送达之日起十五日内,向本院递交上诉状,并按对方当事人的人数提出副本,上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 杜晓淳

审判员 陆茵

人民陪审员 张孝贤

二〇一七年六月五日

书记员 王未

黎玲玲与上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼其他合同纠纷一审民事判决书

上海市杨浦区人民法院
民事判决书

(2017)沪 0110 民初 1016 号

原告：黎玲玲，女，1954 年 6 月 21 日出生，汉族，住上海市长宁区。

委托诉讼代理人：李源清，上海乐言律师事务所律师。

被告：上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司，住所地上海市杨浦区。

法定代表人：解治琼，执行董事。

委托诉讼代理人：陶武平，北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

被告：解治琼，男，1979 年 4 月 30 日出生，汉族，户籍地辽宁省，现住上海市杨浦区。

委托诉讼代理人：于彩霞，上海浦望律师事务所律师。

上列两被告共同委托诉讼代理人：沈东骏，北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

第三人：童小琳，女，1976 年 1 月 3 日出生，回族，户籍地上海市闵行区西湖苑小区 52 号 603 室。

原告黎玲玲与被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司(简称“蔚蓝海岸公司”)、被告解治琼、第三人童小琳其他合同纠纷一案，本院于 2017 年 1 月 6 日立案，依法适用简易程序。被告蔚蓝海岸公司在提交答辩状期间对管辖权提出异议，本院于同年 2 月 6 日作出裁定，驳回其对管辖权提出的异议。被告蔚蓝海岸公司不服提出上诉，上海市第二中级人民法院于同年 4 月 27 日作出驳回上诉，维持原裁定的终审裁定。本院于同年 5 月 23 日公开开庭进行了审理。审理中，经原告黎玲玲申请，本院依法追加解治琼为本案被告。因案件处理结果可能与其有法律上的利害关系，本院依法追加童小琳为本案第三人。因案情复杂，本案依法转为普通程序，并于同年 10 月 13 日公开开庭进行了审理。原告黎玲玲及其委托诉讼代理人李源清，被告蔚蓝海岸公司法定代表人暨被告解治琼、两被告共同委托诉讼代理人沈东骏、被告解治琼委托诉讼代理人于彩霞到庭参加诉讼。第三人童小琳经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告黎玲玲向本院提出诉讼请求：一、判令被告蔚蓝海岸公司返还原告黎玲玲 500,000 元；二、判令被告蔚蓝海岸公司向原告黎玲玲支付利息(以 500,000 元为基数，以年利率 15%为标准，自 2014 年 6 月 4 日计算至实际付清日止)；三、判令被告解治琼对被告蔚蓝海岸公司上述第一、二项付款义务承担连带清偿责任。事实与理由：2014 年 6 月，被告蔚蓝海岸公司员工童小琳告知原告，被告正在搞员工持股计划，届时到香港上市，但只有内部员工才能持股，让原告将款项交给童小琳，由其帮原告操作。同年 6 月 3 日，原告黎玲玲将 500,000 元转至童小琳账户。2015 年 12 月 30 日，原、被告重新签订《股权认购协议》，约定原告以 0.68 元/股的价格认购 735,300 股，金额共计 500,000 元；协议签署后至证券交易所首次公开发行前，原告享有股息及每年不低于 8%的利润分红；如被告蔚蓝海岸公司于 2016 年 9 月 30 日之前未能完成香港创业板上市，被告蔚蓝海岸公司承诺以原告出资额年化 15%的收益率回购该部分股权。2016 年 2 月 26 日，被告蔚蓝海岸公司支付原告收益 40,000 元。同年 9 月 30 日，被告未能在香港创业板上市，原告联系被告要求按约退还购股款未果，故涉讼。被告蔚蓝海岸公司、被告解治琼共同辩称，童小琳不是被告蔚蓝海岸公司员工，被告没有向外募集过资金，也没有与原告签订过《股权认购协议》，原告 500,000 元款项没有汇入被告公司账户，被告也没有收到该款。《股权认购协议》上的公章并非被告蔚蓝海岸公司公章。虽然被告解治琼系被告蔚蓝海岸公司唯一登记股东，但公司与股东彼此独立。且被告蔚蓝海

岸公司内部存在 70 至 80 位隐名股东，故公司并非一人有限责任公司。即便两被告银行账户存在资金往来，也是有原因的，不能代表公司和股东人格混同。

第三人童小琳未到庭作出陈述。

经审理查明：2014 年 6 月 3 日，原告黎玲玲向第三人童小琳个人账户汇款 500,000 元。

2015 年 12 月 30 日，被告蔚蓝海岸公司作为甲方(股权转让方)、原告黎玲玲作为乙方(股权受让方)，共同签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》并约定：公司预计于 2016 年 9 月之前完成香港上市，为奖励公司中高层管理者在公司发展过程中所作贡献，……，甲方实施本次蔚蓝海岸员工持股计划，以蔚蓝海岸公司单一品牌旗下所有资产为基础进行评估，拟定总股本为 5 亿股，本次对员工持股计划拟以 0.68 元每股价格，总计出让 5,000 万股；乙方认购甲方 735,300 份股权，每份股权价格 0.68 元，认购款共 500,000 元；乙方应在 2015 年 12 月 31 日之前向蔚蓝海岸公司招商银行上海分行金陵路支行账户汇入认购款；乙方签署协议后至证交所首次公开发行前，享有甲方股息和每年不低于 8% 的利润分红，甲方应将每年利润分红汇入黎玲玲名下中国民生银行尾号为 5370 的银行账户；若甲方于 2016 年 9 月 30 日前未完成香港上市，甲方承诺以乙方出资额年化 15% 收益率回购该部分股权；等等。

2016 年 2 月 26 日，被告蔚蓝海岸公司通过招商银行上海金陵支行账户向原告黎玲玲跨行支付 40,000 元，摘要信息显示为“收益”。

经被告蔚蓝海岸公司申请，本院依法调取第三人童小琳名下、开户行为招商银行上海长宁支行、卡号为 XXXXXXXXXXXXXXX 的账户 2014 年 1 月 1 日至 2014 年 12 月 31 日交易流水。其上显示原告黎玲玲于 4 月 22 日向童小琳支付 35,000 元(审理中原告黎玲玲确认此款与本案无关)、6 月 3 日支付本案系争 500,000 元。另，流水明细显示第三人童小琳通过该账户与被告解治琼于该年度存在多笔资金往来。

另查明，1、经童小琳介绍，案外人王志海出资 200,000 元，以每股 1 元的价格认购被告蔚蓝海岸公司 200,000 股股权，后产生纠纷，王志海于 2016 年 9 月诉至本院，案号为(2016)沪 0110 民初 14157 号。该案审理中，被告蔚蓝海岸公司就股权认购协议及金陵路支行账户开户材料中的公章申请司法鉴定。2017 年 3 月 27 日，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》(司鉴中心【2017】技鉴字第 328 号)，认为股权认购协议上的公章与样本不一致，金陵路支行账户开户材料上的公章与样本一致。本案审理中，原告黎玲玲及被告蔚蓝海岸公司、被告解治琼一致表示不再要求对《股权认购协议》中被告蔚蓝海岸公司公章真实性进行鉴定，同意以前述《司法鉴定意见书》鉴定结论作为本案认定事实依据。但原告黎玲玲认为，即便本案系争《股权认购协议》中被告蔚蓝海岸公司公章印文与样本上印文不是同一枚印章盖印形成，亦不能否认《股权认购协议》的有效性。

2、在(2016)沪 0110 民初 14157 号案件审理中，被告解治琼陈述，童小琳在被告蔚蓝海岸公司无职务，2013 年其口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划。大约在 2016 年 1 月 15 日委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，并将该账户交由童小琳管理，该账户所涉网银、U 盾等均由童小琳掌管，内部员工持股的资金往来就是使用丽园路支行账户；金陵路支行账户的开设和使用被告并不知情。直至大量诉讼产生后，才知童小琳擅自开设了金陵路支行账户，从目前情况来看，两账户都是童小琳在实际控制。

3、2015 年 1 月 19 日至 2016 年 8 月 2 日被告蔚蓝海岸公司招商银行金陵路支行账户明细表显示，该账户与招商银行丽园路支行账户、第三人童小琳个人账户之间互有资金往来。

4、2016 年 8 月，被告解治琼向上海市公安局杨浦分局报案，称被童小琳骗取资金共计 2900 余万元，该局于 2016 年 12 月 15 日出具不予立案通知书。

5、被告解治琼在审理中确认，被告蔚蓝海岸公司并未在香港上市。

本院认为：本案主要争议焦点为：1、原告与被告蔚蓝海岸公司间的协议是否有效；2、若有效，被告解治琼是否应当对被告蔚蓝海岸公司的债务承担连带清偿责任。

关于争议焦点一，首先，被告蔚蓝海岸公司虽否认童小琳系其公司员工，但自认委托童小琳办理公司在香港上市业务；其次，招商银行上海金陵路支行账户设立时开户申请书上的公章与被告提供的样本一致，且该账户与被告蔚蓝海岸公司另一个设立在招商银行丽园路支行的账户间有多次款项往来，故无论当时该账户的设立，是否系被告蔚蓝海岸公司委托第三人童小琳，对外可以认定金陵路支行账户系被告蔚蓝海岸公司所有。原告黎玲玲将系争 500,000 元汇入第三人童小琳个人账户，虽然没有证据直接证明童小琳于收款后立即将款项交付被告蔚蓝海岸公司，但从童小琳个人账户银行流水可以看出，童小琳与被告解治琼之间存在多笔大额资金往来，且原告黎玲玲于 2016 年 2 月 26 日收到被告蔚蓝海岸公司通过招商银行上海金陵支行账户支付的收益款 40,000 元。结合上述情况，本院认定不能仅凭公章不一致便否认协议的效力，原告黎玲玲与第三人童小琳以被告蔚蓝海岸公司名义签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》合法有效，双方均应按协议约定履行各自的义务。现被告蔚蓝海岸公司未能在香港上市，原告要求被告返还购股款 500,000 元，并按约支付利息的诉讼请求可予支持。

关于争议焦点二，被告蔚蓝海岸公司系一人有限责任公司，被告解治琼为该公司的唯一股东，被告解治琼在审理中，未能提供证据证明，公司财产独立于股东个人财产，依据相关法律规定，被告解治琼应当对公司的债务承担连带责任。

据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条，《中华人民共和国公司法》第六十二条、第六十三条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十条之规定，判决如下：

一、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内退还原告黎玲玲 500,000 元；

二、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内支付原告黎玲玲利息（以 500,000 元为基数，自 2016 年 10 月 1 日起计算至实际付清之日止，按年利率 15% 计算）；

三、被告解治琼对被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司上述第一项至第二项付款义务承担连带清偿责任。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费人民币 11,276 元，由被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、被告解治琼共同负担。此款，两被告应于本判决生效之日起七日内付至本院。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判长 陈锐

审判员 秦岭

人民陪审员 瞿国富

二〇一七年十月二十日

书记员 祝萍

李慧与中国银河证券股份有限公司劳动争议二审民事判决书

北京市第二中级人民法院
民事判决书

(2018)京02民终1548号

上诉人(原审原告):李慧,女,1982年9月9日出生,汉族,国泰君安证券股份有限公司职员,住北京市西城区。

委托诉讼代理人:刘瑞峰,北京市中银律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):中国银河证券股份有限公司,住所地北京市西城区金融大街35号2-6层。

法定代表人:陈共炎,董事长。

委托诉讼代理人:鄂秀坤,北京德恒律师事务所律师。

委托诉讼代理人:李金洛,北京德恒律师事务所律师。

上诉人李慧因与被上诉人中国银河证券股份有限公司(以下简称银河证券公司)劳动争议一案,不服北京市西城区人民法院(2015)西民初字第34607号民事判决,向本院提起上诉。本院于2018年2月4日立案后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

李慧上诉请求:撤销一审判决,依法改判支持李慧的全部诉讼请求。事实和理由:一审法院认定事实不清,银河证券公司提交的《员工离职交接单》不应作为定案依据。一、李慧提交离职申请后多次要求银河证券公司出具《离职证明》等文件,以便办理新的工作单位入职手续及缴纳社会保险,而银河证券公司要求李慧必须签署《员工离职交接单》后才能出具《离职证明》,因此李慧被迫签署该交接单,且当时处于双方的劳动争议仲裁期间,故该交接单是在明显违背李慧真实意愿的前提下所签署的;二、《员工离职交接单》的“本人承诺”部分,即“本人已与中国银河证券股份有限公司结清工资、奖金、经济补偿、社保等各项劳动报酬,无未了事项,并承诺不再对本人的薪酬福利进行任何主张”属于格式条款,应依法认定无效;三、银河证券公司在本案审理已过将近两年时才提交《员工离职交接单》,已过举证期限,该份证据不应被采信。

银河证券公司辩称,在李慧所属的投资银行总部连续亏损的情况下,银河证券公司已按照相应的绩效管理规定向李慧支付了应发的奖金,并不存在拖欠其劳动报酬的情况。李慧已于2015年11月6日自愿签署了离职交接单,不存在受银河证券公司胁迫的情况,故其表示银河证券公司已结清各项劳动报酬的承诺真实有效。同意一审判决,不同意李慧的上诉请求。李慧向一审法院起诉请求:1、银河证券公司支付李慧2012年度至2014年度绩效奖金625200元;2、银河证券公司支付李慧解除劳动合同的经济补偿金110000元;3、本案诉讼费由银河证券公司承担。

一审法院认定事实:2008年7月9日,银河证券公司(甲方)与李慧(乙方)签订《劳动合同书》,约定合同于当日生效,2009年7月9日终止,乙方同意根据甲方工作需要,担任股权融资总部岗位工作,乙方月工资按公司薪酬福利管理办法的规定执行。后双方续订上述劳动合同至2012年7月9日。2012年7月9日,双方再次续订上述劳动合同为无固定期限劳动合同。

2015年5月22日,李慧作出《通知》,内容为:“中国银河证券股份有限公司:……根据本人所在部门现执行的劳动报酬管理办法即公司于2011年5月19日修订执行的《投行绩效办法》(银河证券[2011]240号)的规定,公司拖欠本人劳动报酬包括2012年度至2014年度的绩效奖金共计620000余元。本人就公司拖欠工资报酬事宜多次请求支付,但公司至今

未予解决。综上所述，本人经过慎重考虑，本着与公司友好解决问题的态度，告知如下：1、请公司在收到本通知后，立即将所拖欠的劳动报酬支付予本人。2、鉴于公司长期拖欠本人劳动报酬的事实，自即日起本人与公司解除劳动合同关系，同时请公司向本人支付解除劳动合同相应的经济补偿金。3、同时请公司安排相关人员尽快与本人办理相应的交接手续，并出具《离职证明》等。特此通知。”李慧工作至该日。

后李慧向北京市西城区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称西城区仲裁委）申请仲裁，要求银河证券公司支付 2012 年度至 2014 年度芜湖港非公开发行项目、巨龙股份首次公开发行项目、润泽科技财务顾问项目及豫能控股非公开发行项目承做绩效奖金合计 625200 元，解除劳动合同的经济补偿金 110000 元。2015 年 10 月 27 日，西城区仲裁委作出京西劳人仲字[2015]第 1972 号裁决书，裁决驳回李慧的仲裁请求。

2015 年 11 月 6 日，银河证券公司为李慧出具《离职证明》、《工资截止证明》，其中载明李慧于 2008 年 7 月至 2015 年 7 月在公司工作，离职前岗位为投资银行总部副总经理（VP），经本人提出辞职，已于 2015 年 7 月 1 日解除劳动关系，相关离职手续已办理完毕，工资发放截止时间为 2015 年 6 月，住房公积金及各项社会保险缴纳至 2015 年 6 月。同日，李慧签署《员工离职交接单》，其中记载员工基本信息、所在部门办理内容、相关部门办理内容和人力资源部（党委组织部）办理内容，末尾本人承诺处以红色字记载“本人已与中国银河证券股份有限公司结清工资、奖金、经济补偿、社保等各项劳动报酬，无未了事项，并承诺不再对本人的薪酬福利进行任何主张”。2015 年 11 月 16 日，李慧诉至一审法院。

上述事实，有劳动合同书、通知、离职证明、工资截止证明、《员工离职交接单》、京西劳人仲字[2015]第 1972 及双方当事人的陈述等证据材料在案佐证。

一审法院认为，劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。本案中，西城区仲裁委于 2015 年 10 月 27 日作出京西劳人仲字[2015]第 1972 号裁决书，李慧 2015 年 11 月 6 日签署《员工离职交接单》，其中载明“本人已与中国银河证券股份有限公司结清工资、奖金、经济补偿、社保等各项劳动报酬，无未了事项，并承诺不再对本人的薪酬福利进行任何主张”，该条款系以红色字体打印。李慧主张银河证券公司以为其开具离职证明相胁迫，但未就此充分举证证明，不予采信，且李慧可通过法律途径维护其相应权利，故李慧要求银河证券公司支付绩效奖金、解除劳动合同经济补偿金的诉讼请求，法院不予支持。判决：驳回李慧的诉讼请求。

二审中，双方均未提交新证据。本院对一审查明的相关事实予以确认。

本院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条规定：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。本案中，李慧上诉主张在其多次要求而银河证券公司拒绝为其出具《离职证明》的前提下，被迫签署《员工离职交接单》，并非其真实的意思表示，但李慧并未就该主张提交充足的证据予以证明，本院不予采纳。李慧上诉主张《员工离职交接单》所列的本人承诺部分“本人已与中国银河证券股份有限公司结清工资、奖金、经济补偿、社保等各项劳动报酬，无未了事项，并承诺不再对本人的薪酬福利进行任何主张”系格式条款，应被认定无效。劳动者与用人单位在不违反法律、行政法规的强制性规定的前提下，可以就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成协议，故该《员工离职交接单》内容合法有效。综上，一审法院判令驳回李慧关于绩效奖金及经济补偿金的诉讼请求，并无不当，应予维持。综上所述，李慧的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 10 元，由李慧负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 史伟

审判员 张洁

审判员 杨志东

二〇一八年三月二十七日

书记员 付鑫裕 书记员 熊杰

李慧与中国银河证券股份有限公司劳动争议一审民事判决书

北京市西城区人民法院
民事判决书

(2015)西民初字第 34607 号

原告李慧，女，1982 年 9 月 9 日出生，国泰君安证券股份有限公司职员，住北京市西城区。

委托代理人刘瑞峰，北京市中银律师事务所律师。

委托代理人周秀娟，北京市中银律师事务所实习律师。

被告中国银河证券股份有限公司，住所地北京市西城区金融大街 35 号 2-6 层。

法定代表人陈有安，董事长。

委托代理人鄂秀坤，北京德恒律师事务所律师。

委托代理人周洁，北京德恒律师事务所实习律师。

原告李慧与被告中国银河证券股份有限公司(以下简称银河证券公司)劳动争议一案，本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告李慧之委托代理人刘瑞峰、周秀娟，被告银河证券公司之委托代理人鄂秀坤、周洁到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告李慧向本院提出诉讼请求：1、被告支付原告 2012 年度至 2014 年度绩效奖金 62.52 万元；2、被告支付原告解除劳动合同的经济补偿金 11 万元；3、本案诉讼费由被告承担。2008 年 7 月 9 日原告到被告处工作，双方签订劳动合同，后分别于 2009 年 7 月 9 日、2012 年 7 月 9 日续签。合同约定，原告的劳动报酬按被告公司的薪酬福利管理办法的规定执行。按照原告所在部门执行的劳动报酬管理办法，即被告 2011 年 5 月 19 日修订执行的《中国银行证券股份有限公司投资银行总部绩效分配管理办法》(银行证券[2011]240 号)，被告拖欠原告参与承做项目的项目奖金。2012 年至 2014 年，原告先后参与芜湖港非公开发行、巨龙股份首次公开发行、润泽科技私募融资以及豫能控股非公开发行四个项目的承做。其中，芜湖港、巨龙股份、润泽科技于 2012 年完成，豫能控股于 2014 年完成，项目收入均于项目完成当年取得。根据被告投行部门现行有效的《绩效管理办法》第五十七条规定：“投资银行总部原则上应在项目收入到账后次月进行绩效考核并发放，包括项目承揽奖励、项目承做奖励、保荐责任报酬等。”但被告仅向原告支付了 2012-2013 年度项目承做奖励的 55%，剩余 45%及 2014 年度项目承做奖励均未支付。2014 年 12 月 24 日，被告投资银行总部向全体员工发送名称为“投资银行总部关于 12-13 年度项目奖金分配发放的通知”的邮件，明确了奖金发放程序，同时向各项目负责人发送邮件，告知了各项目核算后应发放的奖金的具体金额。据此，项目负责人根据项目成员在承做过程中的角色及工作情况填写了项目贡献度评估表，项目组成员对贡献度比例进行了签字确认。按照已确定的奖金总额和贡献比例，原告参与的 12 年的三个项目应得承做奖金合计为 85.68 万元，2014 年 12 月被告支付原告绩效奖金 458472.83 元(420000 元+38472.83 元)，此前预发过一笔 20000 元的绩效奖金(未在薪金汇总表中体现)，共计 478472.83 元，占奖金总额的 55%，这是 2012-2013 年奖金的发放情况。2015 年 1 月 29 日，被告投行总部再次向全体员工发送邮件，对 2014 年度已完成项目的奖金发放程序予以明确(与前次 2012-2013 年的发放完全相同)，同时邮件将待发放奖金项目的收入情况、参与人员等进行了公示，按照与 2012-2013 年奖金相同的分配流程，原告参与承做的 2014 年度豫能控股项目应得承做奖金 24 万元。2015 年 4 月 3 日，被告投行总部向员工发送邮件，邮件中写明 2014 年奖金将全额兑现，2012-2013 年剩余奖金将于 2015 年清明节后发放。至此，被告向原告支付了 2012-2013 年奖金的 55%，邮件中写明的将兑现的剩余项目奖金至今未予支付。芜湖港非公开发行项目承做奖金共计 350 万元，原告应发绩效奖金 72.45

万元，已发 405642.97 元，拖欠 318857.03 元；巨龙股份首次公开发行项目承做奖金共计 75232.5 元，原告应发绩效奖金 25729.52 元，已发 14161.53 元，拖欠 11567.99 元；润泽科技财务顾问项目承做奖金共计 430675.5 元，原告应发绩效奖金 106592.19 元，已发 58668.34 元，拖欠 47923.85 元；豫能控股非公开发行项目承做奖金共计 400 万元，原告应发 24 万元，拖欠 24 万元。2015 年 5 月 22 日原告以书面形式向被告提交解除劳动合同通知，解除理由为被告拖欠原告劳动报酬。原告工作至当日，工资发放至 2015 年 6 月。原告离职前 12 个月的平均工资高于北京市上一年度平均工资的三倍，解除劳动合同的经济补偿金按照北京市上一年度平均工资的三倍主张。原告仲裁后，2015 年 7 月 23 日被告按照之前确定的奖金总额和各项目组成员的贡献度比例，将 2012-2014 年的奖金补充发放至 70%，但对原告和另案原告的投行部员工温军婴未进行补发。综上，被告拖欠原告 2012-2014 年项目承做奖金合计 62.52 万元，包括 2012-2013 年奖金的 45% 及 2014 年奖金的 100%，这些均为原告离职前年度的劳动所得，被告的行为明显属于拖欠劳动报酬。被告曾提出奖金发放条件未成就的说法，与其在原告仲裁期间再次对在职人员发放 2012-2013 年的 15% 和 2014 年的 70% 的做法相矛盾。事实上，被告的奖金核算早已完成，发放条件早已成就，但由于原告提起仲裁就受到不公平对待。

被告银河证券公司辩称：一、原告项目奖金最终分配数额尚未确定，不存在未及时发放情况。原告请求的承做奖励涉及四个项目，其中芜湖港项目、豫能控股项目是发行承销项目，巨龙项目、润泽科技项目是财务顾问项目。原告请求所依据的《投资银行总部绩效分配管理办法》（银河证券[2011]240 号，以下简称《投行绩效办法》）第五十一条规定，发行承销项目承做奖励金额标准：发行承销项目承做奖励金额原则上按下表所列情况实施，投资银行总部根据各项目承做的难度、项目规模、项目实施周期等因素可进行适当调整。

项目净收入

承做奖励金额

（追溯适用期）

承做奖励金额

（2011 年 1 月 1 日后）

2000 万以下

240 万元

350 万元

2000 万元（含）～3000 万元

400 万元

3000 万元（含）～4000 万元

450 万元

4000 万元（含）～5000 万元

280 万元

500 万元

5000 万元（含）～6000 万元

320 万元

550 万元

6000 万元（含）～7000 万元

360 万元

600 万元

7000 万元（含）～8000 万元

400 万元

650 万元
8000 万元（含）～9000 万元
440 万元
700 万元
9000 万元（含）～10000 万元
480 万元
750 万元
10000 万元（含）以上
500 万元
800 万元

《投行绩效办法》第五十二条规定，财务顾问项目承做奖励金额标准：财务顾问项目承做奖励金额原则上根据下表所列情况实施，投资银行总部根据各项目承做的难度、项目规模、项目实施周期等因素可进行适当调整。

项目净收入

承做奖励金额

（追溯适用期）

承做奖励金额

（2011 年 1 月 1 日后）

100 万元以下
40%
50%
100 万元（含）～200 万元
50 万
200 万元（含）～500 万元
60 万元
100 万元
500 万元（含）～800 万元
100 万元
150 万元
800 万元（含）～1000 万元
120 万元
200 万元
1000 万元（含）～1500 万元
150 万元
250 万元
1500 万元（含）以上
200 万元
300 万元

以上《投行绩效办法》仅规定了发行承销项目和财务顾问项目承做奖励金额的大致标准，涉及具体项目的最终发放数额尚未确定，我公司投资银行总部有根据各项目承做的难度、项目规模、项目实施周期等因素适当调整发放数额的自主权利。原告诉讼请求所涉芜湖港项目、豫能控股项目、巨龙项目、润泽科技项目均由原告与项目组其他同事共同承做，立足于项目开展的实际情况项目只有在实施完毕一段时间后，被告才有可能较为完整地了其承做的难度、项目规模、项目实施周期、项目收入及开支情况等，才有可能形成对每一个项目参与者

包括原告的项目参与程度的认识,才有可能进行整体评价并进一步调整,并较为客观公允地形成对每一个项目参与者的绩效奖励发放数额。截至全部奖金实际发放到原告以前,原告所主张的奖励数额都是估算金额,并非最终确定金额。在仲裁过程中,原告提交的录音也自认2012到2013年已经发放了55%,被告实际已向原告预发部分项目奖金的事实,并不等于被告认可估算金额为最终确定发放数额,诉讼请求所涉项目绩效奖励的发放数额并未最终确定。原告认可《投行绩效办法》的效力并依据《投行绩效办法》对被告提起诉讼,却又置《投行绩效办法》关于投行总部有权调整发放的规定于不顾,项目绩效奖励金额尚未最终确定,截至原告离职前,被告不存在应当发放而未及时发放的情况。二、原告诉讼请求所涉绩效奖励发放条件未成就。(一)投行总部发放奖金的前提是依照《投行绩效办法》合理地预留运营费用,在投行总部运营费用连续几年超支并向被告借款的情况下,为原告个人发放奖金的条件未成就。《投行绩效办法》第六条规定,公司对投资银行总部实行全成本覆盖制的收入核算管理。《投行绩效办法》第九条和第十条分别规定,公司在投资银行项目实施完成后的次月,按照项目收入的一定比例及时兑现运营费用,用于投资银行总部各项支出。具体兑现比例……2012年度……57%……2013年度……55%,投资银行总部在合理预留各项运营费用后,可以及时进行绩效考核并发放绩效奖金。以上规定说明,第一、投行总部作为被告的内设部门,在奖金发放问题上,应遵守公司对其进行全成本考核的规定。第二、只有在合理地预留运营费用后,投行总部才可以进行绩效考核并发放绩效奖金。原告作为公司员工,应当已经知悉并完全理解个人绩效奖金不仅受被告投行总部奖金池的影响,而且个人绩效奖金在年度内也不得突破公司绩效奖金的规定。2014年9月30日,投行总部向公司领导报送《投资银行总部关于兑现2012年-2013年已完成项目承揽承做奖励的请示》(2014年10月9日投行总部曾就同一事项向公司请示),拟向被告借款4000万元发放2012-2013年已完项目的部分承揽承做奖励,并拟在2014年年度结算使用包干结余的金额偿还2012年度运营超支费用2117.62万元,拟在2015、2016两年还清投行总部2013年度运营超支费用约3671.51万元,被告执行委员会于2014年10月14日审议通过该请示。2015年7月15日,投行总部向公司领导报送《投资银行总部关于2012年-2014年度经营绩效清算方案的请示》(2015年6月29日投行总部曾就同一事项向公司请示),说明2012-2014年投行总部包干超支5789.13万元,向公司借款2670.22万元,共计8459.35万元,应作为费用分别在2014-2016年三年平均列支,每年列支费用2819.78万元,2014-2016年上述费用应作为投行总部优先费用列支并严格执行包干制度核算投行总部绩效奖金。以上请示进一步证实,投行总部2012-2013年费用包干严重超支,费用预留需以未来几年的收入作为还款来源向被告借款,因此向个人包括原告发放项目绩效奖励的条件尚未成就。(二)发放程序上,项目绩效考核的实施程序尚未履行完毕,发放绩效奖励的条件未成就。《投行绩效办法》第五十八条规定了项目绩效考核的实施程序:“(一)考核前,项目成员尽快办理完成拟考核项目费用的报销工作。(二)投资银行总部运营管理部整理项目收入、费用明细账,并与公司计划财务部人员复核并调整(如有)后,由项目负责人和业务团队负责人确认。(三)项目组、业务团队、投资银行总部确认项目承揽、承做得分。(四)投资银行总部运营管理部根据项目的收入、费用和得分情况制作《项目考核表》,经项目负责人、业务团队负责人、投资银行总部行政负责人审核后报公司分管领导审批。(五)投资银行总部制作《项目绩效奖金分配表》和《项目绩效奖金发放表》,报公司分管领导同意后,经公司总裁批准后发放。”

《投行绩效办法》第五十七条同时还规定,“投资银行总部原则上应在项目收入到账后次月进行绩效考核并发放,包括项目承揽奖励、项目承做奖励、保荐责任报酬(“项目绩效考核与分配管理”第五部分规定,保荐责任报酬包含签字费及督导责任报酬)等。”此条所作的规定是原则性规定,“原则上”投行总部应在项目收入到账后次月进行绩效考核并发放,此条未规定投行总部“应在”或“必须在”项目收入到账后次月进行绩效考核并发放,即表明

收入到账后次月进行绩效考核并发放并非“必须”，而是可以存在例外情形。由于绩效考核实施程序尚未履行完毕，被告仅能结合原告实际业绩情况进行预发，绩效考核最终发放与否、发放金额多少，最终仍须遵循《投行绩效办法》第五十八条规定的“项目绩效考核的实施程序”。基于同一问题，2013 年 11 月，投行总部另一保荐代表人向上海市长宁区劳动争议仲裁委提请仲裁，提出包括支付项目绩效奖励在内的仲裁请求，2014 年 6 月 26 日，长宁区劳动争议仲裁委作出裁决，认定依据《投行绩效办法》，绩效奖励支付条件尚未成就，对该保荐代表人此项仲裁请求未予支持。三、原告以被告“拖欠其劳动报酬”为由单方提出解除劳动合同并主张经济补偿金没有事实和法律依据。根据《劳动合同法》三十八条、四十六条的规定，在“未及时足额支付劳动报酬的”情形下，劳动者才可以在解除劳动合同的同时，要求用人单位支付经济补偿。原告于 2008 年 7 月入职公司，2012 年 7 月与被告签订无固定期限劳动合同。原告自入职公司以来至主动提出解除劳动合同期间，公司一直按月足额为其发放固定薪酬，原告申请诉讼所主张的项目奖励等，与被告已经为原告按月足额发放的固定薪酬存在本质区别，该项目奖励等有着金额较高、且与原告所参加项目的实际情况联系较紧密等特点，被告应严格依据外部法律和内部制度的要求，履行项目绩效考核的实施程序，以保证所发奖励能起到正面、适当的激励作用。由于投行总部运营费用连续几年超支并向被告借款，且“绩效考核实施程序”尚未履行完毕，未予发放绩效奖金的原因是客观上不具备发放条件，原告所主张“拖欠其劳动报酬”的情况并不属实。被告已支付原告涉案项目奖金共计 458472.83 元。综上，被告依照公司规定向原告支付了劳动报酬，不存在原告所述的未及时支付问题，原告以被告未及时足额支付劳动报酬为由单方面解除劳动合同并主张经济补偿金无任何事实及法律依据，恳请贵院依法判决驳回原告全部诉讼请求。

本院经审理认定事实如下：2008 年 7 月 9 日，被告（甲方）与原告（乙方）签订《劳动合同书》，约定合同于当日生效，2009 年 7 月 9 日终止，乙方同意根据甲方工作需要，担任股权融资总部岗位工作，乙方月工资按公司薪酬福利管理办法的规定执行。后双方续订上述劳动合同至 2012 年 7 月 9 日。

2012 年 7 月 9 日，双方再次续订上述劳动合同为无固定期限劳动合同。

2015 年 5 月 22 日，原告作出《通知》，内容为：“中国银行证券股份有限公司：……根据本人所在部门现执行的劳动报酬管理办法即公司于 2011 年 5 月 19 日修订执行的《投行绩效办法》（银证证券[2011]240 号）的规定，公司拖欠本人劳动报酬包括 2012 年度至 2014 年度的绩效奖金共计 62 万余万元。本人就公司拖欠工资报酬事宜多次请求支付，但公司至今未予解决。综上所述，本人经过慎重考虑，本着与公司友好解决问题的态度，告知如下：1、请公司在收到本通知后，立即将所拖欠的劳动报酬支付予本人。2、鉴于公司长期拖欠本人劳动报酬的事实，自即日起本人与公司解除劳动合同关系，同时请公司向本人支付解除劳动合同相应的经济补偿金。3、同时请公司安排相关人员尽快与本人办理相应的交接手续，并出具《离职证明》等。特此通知。”原告工作至该日。

后原告向北京市西城区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求被告支付 2012 年度至 2014 年度芜湖港非公开发行项目、巨龙股份首次公开发行项目、润泽科技财务顾问项目及豫能控股非公开发行项目承做绩效奖金合计 62.52 万元，解除劳动合同的经济补偿金 11 万元。2015 年 10 月 27 日，该委作出京西劳人仲字[2015]第 1972 号裁决书，裁决驳回原告的仲裁请求。2015 年 11 月 6 日，被告为原告出具《离职证明》、《工资截止证明》，其中载明原告于 2008 年 7 月至 2015 年 7 月在公司工作，离职前岗位为投资银行总部副总经理（VP），经本人提出辞职，已于 2015 年 7 月 1 日解除劳动关系，相关离职手续已办理完毕，工资发放截止时间为 2015 年 6 月，住房公积金及各项社会保险缴纳至 2015 年 6 月。

同日，原告签署《员工离职交接单》，其中记载员工基本信息、所在部门办理内容、相关部门办理内容和人力资源部（党委组织部）办理内容，末尾本人承诺处以红色字记载“本人已

与中国银河证券股份有限公司结清工资、奖金、经济补偿、社保等各项劳动报酬，无未了事项，并承诺不再对本人的薪酬福利进行任何主张”。

2015 年 11 月 16 日，原告诉至本院。

上述事实，有劳动合同书、通知、离职证明、工资截止证明、《员工离职交接单》、京西劳人仲字[2015]第 1972 及双方当事人的陈述等证据材料在案佐证。

本院认为：劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。本案中，北京市西城区劳动人事争议仲裁委员会 2015 年 10 月 27 日作出京西劳人仲字[2015]第 1972 号裁决书，原告 2015 年 11 月 6 日签署《员工离职交接单》，其中载明“本人已与中国银河证券股份有限公司结清工资、奖金、经济补偿、社保等各项劳动报酬，无未了事项，并承诺不再对本人的薪酬福利进行任何主张”，该条款系以红色字体打印。原告主张被告以为其开具离职证明相胁迫，但未就此充分举证证明，本院不予采信，且原告可通过法律途径维护其相应权利，故原告要求被告支付绩效奖金、解除劳动合同经济补偿金的诉讼请求，本院不予支持。

综上所述，依据《中华人民共和国劳动法》第三条，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十条之规定，判决如下：

驳回原告李慧的诉讼请求。

案件受理费十元，由原告李慧负担（已交纳五元，余款于本判决生效后七日内交纳）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，交纳上诉案件的受理费，上诉于北京市第二中级人民法院。如在上诉期满七日内未交纳上诉案件受理费的，视为放弃上诉权利。

审判长 王蒙

人民陪审员 陆琳

人民陪审员 刘晓梅

二〇一七年十月三十一日

书记员 周凯雯

李军危险驾驶、非国家工作人员受贿一审刑事判决书

长沙市芙蓉区人民法院

刑事判决书

(2017)湘 0102 刑初 1076 号

公诉机关长沙市芙蓉区人民检察院。

被告人李军，男，1987 年 8 月 1 日出生于湖南省长沙市，汉族，大专文化，中铁二十五局集团第二工程有限公司长株潭项目部物资设备部部长。因涉危险驾驶案于 2017 年 7 月 7 日被长沙市公安局直属分局取保候审；因涉受贿案于 2017 年 10 月 31 日被长沙铁路运输检察院取保候审。

长沙市芙蓉区人民检察院以湘长芙检刑诉[2018]47 号起诉书指控被告人李军犯危险驾驶罪，于 2017 年 12 月 28 日向本院提起公诉；因发现遗漏的罪行受贿罪，于 2018 年 2 月 2 日决定补充起诉。本院依法组成合议庭，公开开庭进行了合并审理。长沙市芙蓉区人民检察院指派检察员柏善民出庭支持公诉。被告人李军到庭参加诉讼。现已审理终结。

长沙市芙蓉区人民检察院指控：(一)2017 年 5 月 15 日 22 时左右，被告人李军醉酒驾驶机动车在道路上行驶被查获，血检乙醇含量为 92.8 毫克/100 毫升。(二)2013 年 12 月至 2014 年期间，被告人李军利用其任中铁二十五局集团第二工程有限公司长株潭项目部物资设备部部长、辅助设备物资采购等业务审核的职务便利，为他人谋取利益，收取材料供应商彭某、张某、李某、金某等人所送财物共计价值 10.63 万元。2017 年 10 月 31 日，李军到长沙铁路运输检察院投案；后退缴违法所得 56300 元。公诉机关认为被告人李军的行为构成危险驾驶罪、受贿罪，并提交了相应证据，提请本院依法判处。

被告人李军对起诉书指控的事实供认属实，没有提出异议。

经审理查明：(一)被告人李军利用职务便利收受他人财物的事实

2007 年 11 月，经国务院国有资产监督管理委员会批复，由中国铁道建筑总公司（全民所有制）发起成立中国铁建股份有限公司，企业类型为股份有限公司，该公司于 2008 年 3 月 10 日在上海证券交易所 A 股上市。中铁二十五局集团有限公司系中国铁建股份有限公司出资成立的法人独资有限责任公司；中铁二十五局集团第二工程有限公司（以下简称中铁二十五局二公司）系法人独资有限责任公司，2009 年后工商登记投资人为中铁二十五局集团有限公司。2013 年 12 月，被告人李军由中铁二十五局二公司聘任为该公司长株潭项目部物资设备部部长，工作职责包括负责设备、物资等所有（采购合同）等业务的文件及规定的审核工作，组织参与公司物资、设备采购招标及合格供货方评定工作等。在任职期间，李军利用职务便利为他人谋取利益，收受材料供应商所送钱财共计 10.63 万元。具体事实如下：

1、2013 年 12 月，被告人李军介绍衡阳齐胜工贸有限公司（以下简称齐胜公司）到长株潭项目部承接材料供应业务，后齐胜公司向项目部提供五金、日杂、装饰灯材料，李军并在给付货款等方面给予关照。为了感谢李军的引荐和关照，齐胜公司的法定代表人彭某于 2014 年 1 月（春节前）的一天、2015 年 2 月（春节前）的一天，两次在湖南省株洲市四三零厂附近的 2 路公交车总站旁送钱给李军，每次 2 万元，共计 4 万元。

2、湖南胜利湘钢钢管有限公司（以下简称胜利湘钢公司）是长株潭项目部物资供应商。为了获得长株潭项目部项目经理刘某（另案处理）和物资设备部部长李军在结算付款等环节给予关照，2014 年 6 月，胜利湘钢公司原销售部经理张某来到长株潭项目部李军的办公室内，交给李军 2 万元，其中 1 万元送给李军，并请李军将另 1 万元转交给刘某。李军收受 1 万元后用于生活开销。2014 年 8 月的一天，张某再次来到李军的办公室，送给李军感谢费 1 万元。

3、2014 年初，被告人李军推荐了湖南浏阳的设备租赁商李某到长株潭项目部做泵车等设备租赁业务。为了感谢李军的引荐和关照，2014 年上半年的一天，李某开车到长株潭项目部外面，在车上送给李军现金 1 万元。李军予以收受。

4、中国石油天然气股份有限公司湖南株洲销售分公司是长株潭项目部的柴油供应商。2014 年 12 月 31 日，该公司客户经理金某陪同被告人李军到株洲市红旗路汽车城的雷诺汽车销售店选购汽车，李军选定一台“雷诺”牌科雷傲汽车，价税合计 18.63 万元，金某刷信用卡支付了全部款项，后李军付给金某 15 万元购车款。由此李军收受金某所送好处费 3.63 万元。

2017 年 10 月 31 日，李军主动到长沙铁路运输检察院投案，说明了自己利用职务便利收受他人钱财的情况。案发前，李军向中铁二十五局二公司退交了 5 万元；案发后，李军向长沙铁路运输检察院退交违法所得 56300 元，被长沙铁路运输检察院暂扣。

（二）被告人李军危险驾驶的事实

2017 年 5 月 15 日 23 时左右，被告人李军在长沙市芙蓉区高岭小区附近的大排档吃夜宵、饮酒后，驾驶小型客车，从高岭小区驶上古曲路，沿古曲路由北往南行驶至人民路口时，被执勤交警查获。经现场呼气检测，李军的呼气酒精检测结果为 96 毫克/100 毫升。随即公安人员将李军带至长沙市第八医院进行抽血备检。经化验，李军血液中检出乙醇，乙醇含量为 92.8 毫克/100 毫升，属于醉酒驾车。

上述事实，有下列经庭审质证、认证的证据证明：

（一）收受他人钱财的证据

- 1、中国铁道建筑总公司的营业执照、企业法人申请开业登记注册书、企业变更登记申请书等，证明该公司系全民所有制企业。
- 2、中国铁建股份有限公司的企业法人营业执照、公司设立登记审核表、公司设立登记申请书、国务院国资委《关于设立中国铁建股份有限公司的批复》、首次公开发行 A 股股票招股说明书等，证明该公司由中国铁道建筑总公司发起成立，公司类型为股份有限公司，该公司股票于 2008 年 3 月 10 日在上海证券交易所 A 股上市，简称中国铁建，证券代码 601186。
- 3、中铁二十五局集团有限公司的核准变更登记通知书，证明该集团公司系法人独资有限责任公司，2009 年 11 月变更前登记投资者为中国铁道建筑总公司，变更后登记投资者为中国铁建股份有限公司。
- 4、中铁二十五局二公司的营业执照、内资企业登记基本情况表等，证明中铁二十五局二公司系法人独资的有限责任公司，登记股东为中铁二十五局集团有限公司。
- 5、被告人李军的户籍证明、公民信息检索单、常住人口登记卡和查询违法犯罪记录证明，证明李军的中国公民身份和无违法犯罪记录的事实。
- 6、被告人李军的干部履历表、劳动合同、二十五局二公司对李军进行职务任命的通知、物资设备部部长职责等，证明李军于 2013 年 12 月被任命为二十五局二公司长株潭项目部物资设备部部长。
- 7、中铁二十五局二公司物资采购合同（五金建材采购合同）、设备租赁合同（泵车租赁合同）、物资采购合同（油料采购合同）及相关合同款的支付凭证、往来明细账等，证明中铁二十五局二公司与相关送钱的单位有业务关系。
- 8、涉案银行账户的交易明细查询等，证明部分受贿款的来源、支付情况等。
- 9、中国建设银行网上银行电子回执、中铁二十五局二公司《关于给予李军行政留用察看处分的决定》等，证明李军于 2016 年 6 月 24 日向单位退缴 5 万元的事实。
- 10、查封/扣押财物、文件清单，长沙银行现金存款单等，证明李军向长沙铁路运输检察院退款 56300 元的事实。

11、犯罪嫌疑人李军具备自首情节的情况说明，证明李军于 2017 年 10 月 31 日到长沙铁路运输检察院投案的事实。

12、证人潘某的证言，证明其丈夫金某使用潘某、何真平、吴东阳的信用卡的事实。

13、证人范某的证言，证明其介绍金某的朋友李军购买一台雷诺科雷傲汽车的事实。

14、证人金某的证言，证明其所在单位中国石油天然气股份有限公司湖南株洲销售分公司是长株潭项目部的柴油供应商，金某陪李军去购买了一台雷诺科雷傲汽车并支付了 183600 元购车款，后李军出了 15 万元，其余的钱没有给；因为他们公司在项目部还有业务在做，还有油料款等着结，金某希望李军在结算时能帮帮忙，所以没有找李军要这些钱。

15、证人张某、彭某、李某的证言，分别证明他们是中铁二十五局二公司长株潭项目部的相关业务单位工作人员，为了求得或感谢长株潭项目部物资部部长李军的关照，他们分别送钱给李军的具体事实。

16、被告人李军的供述，与本院查明的事实一致。

（二）危险驾驶的证据

17、到案经过，证明被告人李军于 2017 年 5 月 15 日凌晨 0 时 49 分左右被执勤交警查获的事实。

18、被告人李军的驾驶证信息、驾驶证号查询，证明李军持有 C1 驾驶证。

19、行驶证复印件、车辆信息、机动车交通事故责任强制保险单，证明该车证照齐全。

20、公安交通管理部门行政强制措施凭证、查获现场视频、机动车驾驶人人体内酒精检测结果及告知笔录，证明被告人李军被查获的情况及现场呼气酒精检测的结果。

21、当事人血样提取登记表、长公物鉴（理化）字[2017]1909 号《理化检验报告》，证明案发时被告人李军的血液中检出乙醇，含量为 92.8 毫克/100 毫升。

22、《公安交通管理部门行政处罚决定书》，证明被告人李军被吊销机动车驾驶证，且五年内不得重新取得机动车驾驶证。

23、被告人李军的供述，与本院查明的事实一致。

上列第 1~4 项证据证明，李军收钱时，中铁二十五局二公司的独资股东为中铁二十五局集团有限公司，中铁二十五局集团有限公司的独资股东为中国铁建股份有限公司；虽然中国铁建股份有限公司的发起人为全民所有制企业中国铁道建筑总公司，但中国铁建的股票已上市交易，只能认定为国有控股或者参股的股份有限公司。被告人李军系中铁二十五局二公司聘任的长株潭项目部物资设备部部长，公诉机关未提交证据证明李军受到国有公司、企业委派从事组织、领导、监督、管理等工作；也无证据证明李军经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或研究决定，代表其在国有控股、参股公司及分支机构中从事经营管理工作，因此认定李军系国家工作人员的证据不足。

本院认为：被告人李军系有限责任公司工作人员，其利用职务便利，收受相关业务单位人员钱财 106300 元，为他人谋取利益，数额较大，其行为构成非国家工作人员受贿罪。公诉机关指控李军构成受贿罪的指控不当，应予纠正。另李军醉酒后在道路上驾驶机动车，其行为构成危险驾驶罪。公诉机关指控的该项罪名成立。李军一人犯两罪，应数罪并罚。李军收受贿赂后，自动向司法机关投案，如实供述了受贿事实，系自首，依法可对该罪名从轻处罚；另李军因危险驾驶案到案后，如实供述了自己的罪行，依法可从轻处罚。经审前社会调查，李军符合实施社区矫正的条件，对其适用缓刑不致再危害社会。依照《中华人民共和国刑法》第一百六十三条第一款，第一百三十三条之一第一款第（二）项，第六十七条第一、三款，第六十九条，第七十二条第一、三款的规定，判决如下：

一、被告人李军犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑七个月；犯危险驾驶罪，判处拘役二个月，并处罚金人民币五千元；决定执行有期徒刑七个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元。

（缓刑考验期从判决确定之日起计算。限被告人李军自本判决生效之日起十日内，持刑事判决书到居住地司法所报到，接受社区矫正。罚金已缴纳。）

二、扣押的违法所得 56300 元予以没收，上缴国库。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向湖南省长沙市中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审判长 肖贞英

人民陪审员 张建军

人民陪审员 彭建国

二〇一八年三月十五日

书记员 叶倩

李黎明职务侵占一审刑事判决书

上海市浦东新区人民法院

刑事判决书

(2013)浦刑初字第 1714 号

公诉机关上海市浦东新区人民检察院。

被告人李黎明。

辩护人徐珊珊，上海市海华永泰律师事务所律师。

辩护人薛昌，上海诺维律师事务所律师。

上海市浦东新区人民检察院以沪浦检刑诉(2013)1509 号起诉书指控被告人李黎明犯职务侵占罪，于 2013 年 5 月 29 日向本院提起公诉。本院于同日立案，并依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。上海市浦东新区人民检察院指派检察员蒋乙出庭支持公诉，被告人李黎明及其辩护人徐珊珊到庭参加诉讼。本案审理期间，公诉机关两次建议延期审理，本院同意并决定延期审理，现已审理终结。

上海市浦东新区人民检察院指控，2007 年至 2011 年 6 月，被告人李黎明利用其担任招商某某股份有限公司(以下简称招商某某)投资银行部团队负责人的职务便利，在公司业务承揽、承做某某股份公司债、海某某 IPO 等十余个项目过程中，以虚构第三方公司申请第三方协议支出费用及拆分约定承销费用的手法，多次侵吞招商某某资金，共计人民币 5,256 万余元(以下币种均为人民币)。为证实上述指控，公诉机关当庭宣读和出示了被害单位招商某某的报案材料、证人谢甲、孙乙、刘甲等的证人证言、相关协议、银行账户明细及上海公信中南会计师事务所有限公司司法鉴定意见书等证据。公诉机关认为，被告人李黎明身为公司人员，利用职务上的便利，将本单位财产非法占为己有，数额巨大，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款之规定，应当以职务侵占罪追究其刑事责任。

被告人李黎明当庭认为其没有侵吞招商某某的资金，不存在拆分约定的承销费用的事实，第三方协议支出也确实存在(具体在本院查明的每节事实后详述)。被告人李黎明的辩护人认为被告人李黎明不构成职务侵占罪。被告人李黎明及其辩护人当庭及庭后均没有提交新的证据。

经审理查明：

一、基本事实

2007 年至 2011 年 6 月，被告人李黎明利用其担任招商某某投资银行部团队负责人的职务便利，在公司业务承揽、承做某某股份公司债、海某某 IPO 等十余个项目过程中，利用其实际控制的上海某某投资有限公司(以下简称上海某某)、万某某某投资有限公司(以下简称万某某某)或借用其他公司名义，以虚构第三方公司申请第三方协议支出费用及拆分约定承销费用的手法，多次侵吞招商某某资金达五千余万元。

对于上述基本事实，被告人李黎明及其辩护人认为：1、上海某某、万某某某并非由其实际控制，而是由案外人刘甲实际控制，利益也归属刘甲所有；2、其并没有虚构第三方公司向招商某某申请第三方协议支出费用，或使用拆分约定承销费用的手法侵吞招商某某的资金。在项目承揽、承做过程中确实存在需要公关的费用或给中间人提成的情况，其申请的第三方协议支出费用都用于上述支出。

上述基本事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、关于被告人李黎明的职务情况及职责范围，有招商某某企业法人营业执照、招商某某企业性质说明、李黎明身份证明及李黎明的供述证实，招商某某系由多家非国有公司持股的上市股份有限公司，被告人李黎明于 2004 年进入招商某某工作，至 2005 年底 2006 年初开始

担任招商某某投行部下属项目团队负责人，主要独立负责投资银行项目的开发、组织、管理、协调与实施，负责团队人员的日常工作安排、考核管理等。

2、关于招商某某对第三方协议支付的规定，有证人丁某、孙甲、谢甲、余某某、朱甲、姜某某、陈甲、霍某、王甲、黄某、段某的证言，招商某某关于第三方合作协议有关情况的说明、《合作项目协议管理办法》、《第三方合作协议签批与付款流程》、承销保荐收入的权属说明等证据证实，招商某某规定在项目募集资金中按照相关协议留下的资金为公司实现的承销保荐营业收入，权属归招商某某所有。如果项目确有第三方中介存在，团队负责人必须向公司进行说明并提出第三方协议申请，然后由投资银行经理办公会议讨论通过，协议支出比例也要讨论，招商某某只是对第三方中介进行形式上的审核，不进行实质审核。如果第三方公司确实提供了相应的服务，那么是没有问题的，如果是虚构的第三方公司，其实这公司并没有提供服务，那么这笔费用就是不当支出的，是招商某某的损失。如果有项目公司支出给招商某某以外的其他公司的资金，则分两种情况，如果项目公司认可其支付的费用是第三方公司提供了服务，且该费用有别于项目公司支付给招商某某的费用的，那么招商某某对这部分资金没有异议，而如果是项目团队中的个人以招商某某名义与项目公司谈定了收取费用的总金额，而将总费用中的部分费用支付给其他没有提供过项目服务的公司，那么这部分资金应当是招商某某的收入，这等于是由招商某某提供服务，而用其他公司名义在招商某某的收入中截留了部分收入，这是公司绝对不允许的。团队通过自己的能力承揽并成功执行的项目，公司也是不允许以第三方协议支出的资金变相向团队负责人或成员发放奖金或提成的，奖金或提成是算在奖励费内的，与第三方协议支出没有关系。

3、关于被告人李黎明系上海某某、万某某的实际控制人，有下列证据证实：

（1）上海某某、万某某的工商登记资料、股权转让协议、工商变更登记、上海公信中南会计师事务所有限公司司法鉴定意见书等证据证明，上海某某成立于 2009 年 3 月，法定代表人为曹某（李黎明前女友印某的舅妈），股东为许乙（李黎明的表弟）、刘甲，注册资本为 50 万元，其中许乙出资 45 万元（由李黎明的弟弟李 A 柜台存现），刘甲出资 5 万元（由李黎明柜台存现）。2010 年 1 月，第一次工商变更，刘甲将 10% 股权无偿转让给赵甲（李黎明的弟媳）；2010 年 7 月，第二次工商变更，许乙将 90% 股权转让给华某集团、赵甲将 10% 股权无偿转让给林某（李黎明的同学）；2010 年 9 月，第三次工商变更，公司注册资本从 50 万元变更为 6,000 万元，实收资本从 50 万元变更为 3,050 万元，华某集团增资 3,000 万元。万某某成立于 2009 年 6 月，实际经营场所为上海市浦东新区花木路 XXX 弄 XXX 号（房产权利人为李黎明及其儿子），股东为上海某某、许乙和刘甲，注册资本为 1,000 万元，其中上海某某出资 400 万元，许乙出资 500 万元，刘甲出资 100 万元。实际出资情况是上海某某 49 万元（来源于上海某某股东验资款 50 万元），许乙 180 万元（其中 100 万元从刘娟账户划入，系李黎明向方某某的借款，80 万元从李乙账户划入，系李黎明向李乙的借款），刘甲 98 万元（系刘甲柜台存现）。2009 年 10 月工商变更，刘甲将 10% 股权无偿转让给赵甲。2011 年 7 月万某某办理工商注销。

（2）相关电子邮件记录、企业数字证书申请表、电脑操作网卡查询情况等书证证实，被告人李黎明提供的其账号为 11m821@sohu.com 的邮箱正是上海某某开通网上“企业银行”数字证书 USBKey 时预留的申请单位和申请人电子邮箱，邮件的内容也多次涉及本案起诉书指控的涉案项目协议；上海某某及李 A 证券账户交易地址多次在李黎明的电脑上进行操作。

（3）证人刘甲的证言证实，其到李黎明团队帮忙期间，发现介绍方有丰厚的介绍费，所以想成立一家公司介绍业务来赚取回报，其把这个想法和李黎明说了，他同意设立一家公司，但要求参股，于是先后成立了上海某某、万某某，这两家公司的实际股东是其与李黎明，李黎明占 10%，其占 90%，经双方商议在工商登记时其代李黎明持有 10% 的股份，由李黎明安排他表弟许乙代其持有 90% 的股份。后来李黎明逐渐实际控制了上海某某，主要表现在

李黎明可以随时使用上海某某的公司账户、公司所有印章，其如果要在上海某某账户上划拨资金也必须征得李黎明同意。万某某也是在 2010 年 2、3 月后，就由李黎明实际控制，它的账户、公司印章都由李黎明控制使用。万某某的法定代表人是李黎明给其一个曹某的身份证办理的，曹某只是公司挂名法定代表人，不参与公司经营。2011 年 6 月，因为万某某的注册资金无法缴足，所以公司注销了，相关注销手续是李黎明本人或安排他人去办理的，其没有参与。上海某某、万某某的经营活动是其和李黎明负责，但由于两家公司的经营业务与李黎明在招商某某的职务息息相关，虽然其会跟李黎明商议，但最后公司事务都是由李黎明进行决策。2010 年 3 月投了西某某股份后，其曾开玩笑和李黎明说，将来的利润按照其 90%，李黎明 10% 来分配，李黎明当场就与其翻脸了，他说这些股权投资都是他出面筹集的，而且之前的某某股份、宜兴某某这些项目也是他找来的，其没有做什么贡献，凭什么要拿 90% 的利润，这是不可能的。之后李黎明就不再与其谈股权及利润分配的事情了。上海某某和万某某刚成立时，是由其记账，但从 2009 年国庆之后就再也没有记过账，是李黎明找人来记账的，其经手的是车辆维护保养等小费用支出，而公司大额资金收支都是李黎明安排操作。

(4) 证人印某、曹某、赵甲、林某的证言证实，被告人李黎明通过印某向曹某借了身份证，直到案发印某与曹某才知道该身份证注册了上海某某和万某某两家公司，曹某从来没有听说过这两家公司，也直到此时才知道自己竟然是这两家公司的法定代表人；赵甲并没有实际参与过上海某某和万某某的经营，也只是挂名股东，不享有任何权益；林某应李黎明的要求做了上海某某形式上的股东，其没有实际出资，也没有实际管理过该公司，后来李黎明对其说，审计署已经查到了上海某某，而上海某某的业务跟他有关，如果查到对他会有影响，所以要其说上海某某是其实际出资的，这样他们就没有问题了，所以在证监会找其谈话时，其说曾出过 5 万元投资，实际上海某某的真实出资情况其不清楚。

(5) 证人刘乙、周甲、郭某的证言证实，2010 年 11 月，被告人李黎明要刘乙将上海某某和万某某的发票、税务登记证、组织机构代码证等资料交给郭某做账，这两家公司的相关印章、银行账户的 U 盾平时都是放在李黎明的书房内，刘乙还在李黎明书房里看见李 A、李 A 的银行 U 盾，上面都贴了名字，这些东西也按照李黎明的要求交给郭某了；郭某是周甲公司的会计，周甲多次派郭某指导上海某某的账目记录和处理，在此过程中周甲曾听林某说他只是上海某某的挂名股东，从来没有投过资金，只是李黎明借用了其身份证作为法人代表；郭某在帮上海某某、万某某做账期间曾听刘乙说万某某使用过李 A、李 A 的个人账户。

(6) 证人肖甲、俞某某的证言证实，2010 年 3 月，李黎明将李 A 招行账户、上海某某招行账户、万某某邮政储蓄账户的 UKEY 给了肖甲，让肖甲按照李黎明的指令进行操作，李黎明还将上海某某的公司印章给了肖甲让其进行工商变更；俞某某曾应李黎明的要求为上海某某在工商系统中录入财务报表，报表的数据都是李黎明家中电脑中的预留数据，在李黎明与俞某某的多次个人借款中，均使用到了许乙、刘乙、刘甲、李 A 等人的账户。

(7) 证人方某某、谢乙的证言证实，被告人李黎明在与方某某、谢乙的个人资金借贷往来中，多次使用到上海某某、万某某的账户，方某某曾问李黎明上海某某与他是什么关系，李黎明回答说这个他可以控制。

(8) 证人许某的证言证实，其弟弟许乙曾对其说过，他将身份证借给李黎明过，还借自己的银行账户给李黎明用。

(9) 证人包某某的证言证实，2010 年 3 月，李黎明到华某村对其说，想请华某集团帮他作挂名股东，代持上海某某股权，其就同意了。后来，华某集团入股上海某某，占 90% 股份，转让总价款 45 万元，但并没有实际出资。2010 年 8 月，李黎明又让华某集团代他的名义增资 5,950 万元，实际上增资款是 3,000 万元，是从华某集团账上转到上海某某的，在华某集团账面上体现的是对上海某某的长期投资，而这 3,000 万元实际上是李黎明的，是他以

前存放在华某村委会的款项。这 3,000 万元中 1,366.69 万元是通过招商某某支付给无锡某某然后转入华某村委会（或华某集团，以具体账务为准）的，另外 1,700.56 万元由李黎明安排肖甲转入华某村委会（或华某集团，以具体账务为准）的。2010 年 9 月 6、7 日，华某集团代李黎明收江西某某新材料有限公司 3,000 万元，9 月 8 日，应李黎明要求将该款项转入万某某。华某集团只是应李黎明的要求代收代付款项，过一下账，为避免经济纠纷，李黎明还专门出具《委托付款书》。华某集团仅是上海某某的名义股东，从未参与过上海某某的管理活动。据其理解，上海某某是李黎明的公司，上海某某的资金是李黎明的，公司印章由他管理、股权变更也是他安排的。

（10）证人戴某某的证言证实，其于 2010 年 4 月到华某集团工作，在 2010 年下半年包某某安排其去办理了华某集团受让上海某某股份的工商变更手续，其觉得上海某某的实际控制人是李黎明，因为所有工商变更的手续以及后续与上海某某有关的事情其都是和李黎明联系，由他吩咐其去办理的。办理相关手续后，华某集团多次要求李黎明把上海某某的公章等放在华某集团这里，但李黎明一直不同意，凡是需要用到上海某某的公章，李黎明都让其联系肖丙，后来李黎明又让其联系刘乙。华某集团完全不参与上海某某的日常经营，所有的事情都是李黎明负责的，林某、赵甲等人都是挂名的，所有事情都是要与李黎明联系，经他同意的。

（11）华某集团 2012 年 2 月 9 日出具的《关于上海某某投资咨询有限公司的情况说明》证实，“2010 年 3 月 28 日许乙与我公司签订关于上海某某投资咨询有限公司的股权转让协议，……我公司是应李黎明的要求协助办理上述手续的，并未实际出资。”“2010 年 8 月，又应李黎明要求，以我公司名义对上海某某增资 3,000 万元。事实上，我公司只是上海某某的名义股东，代李黎明持股。上海某某实际控制人应是李黎明……上海某某的公章、印鉴章等都是由李黎明派专人保管的，按李黎明要求我公司委派戴某某担任上海某某挂名监事”。

二、具体犯罪事实

（一）莱某股份公司债项目

2007 年 11 月，招商某某与莱芜钢铁股份有限公司（以下简称莱某股份）洽谈莱某股份公司债发行项目，被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，向招商某某隐瞒其与莱某股份已谈定 3,000 万元承销总费用的事实，而以 2,000 万元的低价与莱某股份签订《公司债承销协议》。2007 年 11 月 20 日，被告人李黎明向莱某股份谎称需要第三方公关公司进行协调，且相关费用包含在 3,000 万元总费用之中，借用西藏某某商务咨询有限公司（以下简称西藏某某）名义，与莱某股份签订《管理咨询顾问协议》。2008 年 1 月、4 月，莱某股份分 3 次将总计 480 万元的财务顾问费支付至西藏某某，西藏某某随后将上述资金分 3 次打入被告人李黎明个人账户及李黎明控制的许乙账户。2008 年 4 月 9 日，此两账户刷卡消费共计 580 余万元，支付至上海和联房产开发有限公司（以下简称和联房产），用于支付被告人李黎明购买的上海市浦东新区花木路 XXX 弄 XXX 号（以下简称花木路房屋）购房款。

在上述项目进行过程中，被告人李黎明利用职务便利，谎称深圳市智某投资咨询有限公司（以下简称深圳智某）为该项目的第三方合作公司，向招商某某申请第三方协议支出费用。2008 年 6 月，招商某某根据被告人李黎明提供的伪造的深圳智某《关于合作协议执行及费用支付的说明》，向江西省先某通讯技术有限公司（以下简称江西先某）支付第三方协议支出费用 470 万元，随后该笔资金被转入和联房产，用于支付被告人李黎明购买的花木路房屋购房款。2008 年 10 月，招商某某再次根据被告人李黎明提供的伪造的深圳智某《关于合作协议执行及费用支付的说明》，向北京合某展拓建筑设计咨询有限公司（以下简称北京合某）支付第三方协议支出费用 117.59 万元，随后该笔资金通过黄乙账户被转入被告人李黎明控制的许乙账户。

对于该项目中拆分承销总费用的事实，被告人李黎明辩称，在莱某股份公司债项目中，刘甲既帮招商某某做事也帮莱某股份做事，刘甲帮莱某股份做事，要向莱某股份收钱，但是刘甲没有自己的公司，就由其通过华某村的包某某借用了西藏某某这个平台，后来刘甲用西藏某某与莱某股份签订了《财务顾问协议》，向莱某股份收取钱款作为公关费用，相关工作由刘甲做，相关费用也由刘甲支配使用，其没有参与，这些费用与招商某某也没有关系。

关于莱某股份公司债项目中被告人李黎明拆分承销总费用的事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人石某某、陈乙的证言证实，在莱某股份公司债项目中，招商某某中标后，由李黎明代表招商某某和莱某股份商谈所有事宜，包括协议的签订及费率的商定。谈判后，莱某股份参照之前已经成功发行公司债的几个项目情况，发现总的费率一般在 1.5% 左右，当时莱某股份想发 20 亿元公司债，这样的话就需要支付 3,000 万元的费用。当时李黎明推荐了一家西藏某某作为公关公司，负责项目公关协调，但具体如何开展工作不清楚。也没有和西藏某某的人接触过，因为莱某股份的原则就是发债成功，并且总的费率不变的情况下，所有工作都由招商某某协调，莱某股份不过问具体情况。在 2007 年 11 月 20 日，莱某股份和西藏某某签订了《管理咨询顾问协议》，约定莱某股份支付给西藏某某 480 万元，这个金额是李黎明确定的，莱某股份只要保证总的支出费率和以前一样，不增加费用就可以了。之后莱某股份按照协议，分期将 480 万元支付给了西藏某某。

2、证人孙乙、洪甲的证言证实，莱某股份公司债是李黎明总体负责的，关于收取费用的谈判都是李黎明去商谈的，孙乙是莱某股份公司债项目的现场负责人，这个项目承销协议的费率是发债总额的 1%，莱某股份发债金额是 20 亿元，承销费就是 2,000 万元，保荐费用是 200 多万元。在孙乙参与谈判之前，李黎明已经和莱某股份的人谈过了，孙乙只是按照李黎明的要求把金额写进协议里，并把协议签下来。

3、证人包某某、袁某某、赵乙、洪乙的证言证实，李黎明向包某某提出，他在招商某某做相关公关项目时需要与对方公司签订财务顾问协议并收取项目公司支付的财务顾问费，希望华某集团提供一家税收比较优惠的公司与他的项目公司签订协议、收取财务顾问费并开具发票，等于就是借用华某集团提供的公司作为平台收取资金，包某某当时觉得这些项目与华某集团无关，收取的资金都是给李黎明的，他也愿意承担税收，就同意了，并提供了华某集团的流通股法人股东西藏某某给李黎明。西藏某某与李黎明的项目公司签订协议，并收取对方公司支付的财务顾问费，并由西藏某某在西藏当地缴纳相应税款，剩余相应资金由华某村委支付到李黎明指定的相应账户。根据银行查账情况：2008 年 1 月 10 日与 2008 年 1 月 30 日，西藏某某收到莱某股份支付的 50 万元和 230 万元，扣除税费后，华某村委会于同年 2 月 2 日将 264.88 万元汇入李黎明指定的许乙账户；2008 年 4 月，西藏某某收到莱某股份公司支付的 200 万元，扣除税费后，华某村委会在同年 4 月 9 日，将 189.2 万元汇入李黎明指定的其个人账户。西藏某某和项目公司签订的协议是李黎明拟的，李黎明把打印出来的协议邮寄给袁某某，再由袁某某交给西藏某某盖章。

4、相关立项申请报告、莱某股份与招商某某之公司债券承销协议、莱某股份与招商某某之保荐协议、莱某股份的说明、招商某某的记账凭证、付款申请书、汇款证明、发票等书证证实，莱某股份与招商某某约定募集资金 20 亿元，支付招商某某承销费率为总募集资金的 1%，即 2,000 万元，保荐费为 260 万元，上述款项莱某股份都已按照协议规定支付给招商某某。

5、莱某股份与西藏某某的管理咨询顾问协议、银行电汇凭证、西藏某某的收据、西藏某某的银行存款明细、记账凭证、发票等书证证实，莱某股份先后支付给西藏某某服务费用共计 480 万元。

6、西藏某某的记账凭证、付款指令、华某村记账凭证、现金借款单、银行汇款凭证、袁某某提供的手机截屏照片等书证证实，袁某某收到李黎明用于收款的许乙深圳工商银行账户后，在西藏某某的要求下，由华某村代西藏某某向许乙账户支付了相关钱款。

7、李黎明于 2008 年 4 月 9 日签署的代付款说明、刷卡签购单、和联房产出具的正式收据、发票、西藏某某的记账凭证、付款指令、华某村记账凭证、现金借款单、银行汇款凭证、李黎明账户查询记录等书证证实，由西藏某某打入许乙账户的钱和打入李黎明账户的钱，通过刷卡消费支付给和联房产用于支付李黎明购买花木路房屋的购房款。

对于该项目中虚构第三方协议支出费用的事实，被告人李黎明辩称，2005 年年底，其通过朋友介绍认识了原来天同某某投行部的李甲，李甲说他可以拿到某某股份所有的项目，所以在其向领导汇报并同意后，以招商某某名义与李甲的深圳智某签订了有关某某股份的一揽子合作协议，双方约定某某股份的所有项目均由李甲来介绍，而招商某某在项目完成并取得收入后，要将其中 30%以财务顾问费的名义支付给李甲的深圳智某，并在此基础上正式和某某股份开展合作，进行了某某股份的股改项目。某某股份公司债项目一开始是由某某股份的人直接向其咨询的，其向领导余某某做了汇报，余某某让其做个先期可行性论证，其就将这个先期论证项目交给了刘甲，先期论证下来，这个公司债项目是不可以做的，因为在这个项目之前 3 年，某某股份的财务总监因为挪用公司 4 个亿资金被抓了，而按照证监会上市公司再融资管理办法和公司债的发行管理办法相关规定，公司高管涉嫌经济犯罪的话，该公司就不允许再进行融资了，所以某某股份的公司债项目是不会被批准的。其把结论告诉某某股份，某某股份要求继续做下去，其就问刘甲是否有关系能搞定，刘甲说可以，于是招商某某就做了这个项目。后来刘甲找了证监会、发改委和人民银行的人，其也通过蒋甲找到华某村的吴某某与证监会领导沟通，争取某某股份公司债能够发行成功。刘甲也带着某某股份的人去证监会沟通。其向余某某汇报的时候说需要第三方协议支出，余某某就说按照招商某某的规定办就可以了，其就按照招商某某的规定申请了第三方协议支出，在某某股份公司债项目结束，招商某某收到某某股份支付的费用后，根据和深圳智某的《合作协议》，招商某某支付了相关第三方协议支出。这个项目中李甲确实是没有提供帮助，但是因为之前招商某某和深圳智某有过协议，所以招商某某就直接把钱付到深圳智某的账上，再转给实际操作的刘甲等，也就是说只是通过深圳智某转一下账而已。这笔财务顾问费有 2 笔，一笔是 470 万元，一笔是 117 万余元。招商某某从某某股份一共收到 2,200 余万元的投行收入，按照 30%的协议约定，算下来差不多 600 余万元，所以就确定了这个数字。招商某某分别于 2008 年 6 月 13 日和 10 月 14 日，将 470 万元和 117.59 万元支付到江西先某和北京合某的账户内，这两家公司都是刘甲找来的。之后江西先某将 470 万元转入和联房产的账户，用于支付其名下花木路房屋的部分房款，470 万元是其向刘甲借的。招商某某转入北京合某的 117.59 万元中，有 117 万元于 2008 年 10 月 28 日转入黄乙个人账户内，之后 10 月 30 日，黄乙账户中又将 116.995 万元资金转入许乙深圳工商银行账户内，这个账户是刘甲控制的，其从来没有用过该账户。这些用于第三方支付的钱，全部都给了刘甲，由她去分配。

关于某某股份公司债项目中被告人李黎明虚构第三方协议支出费用的事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人谢甲的证言及招商某某的说明证实，2005 年 7 月招商某某与深圳智某就共同为某某集团提供服务签订过框架性合作协议，约定深圳智某负责前期协调工作，招商某某以向某某股份收取的单个财务顾问费用总额或者承销费用总额不低于 30%的部分支付给深圳智某。某某股份公司债项目是李黎明洽谈承揽的，深圳智某是否履行过第三方义务的相关服务，作为招商某某公司层面是无法印证的，在这个项目中，招商某某支付给深圳智某的合作费用 588 万元是根据上述合作协议及 2008 年经理办公会相干事宜的决议，未有签订其他具体协议。在支付第三方协议款项时，原则上，是按照协议支付的，但如果第三方有委托付款申请

的话,招商某某也不禁止。莱某股份公司债项目中,支付了两笔费用到江西先某和北京合某,是由李黎明提交委托付款才支付的,相应发票也是李黎明交上来的。

2、证人陈乙、石某某、赵丙的证言证实,2007年上半年,莱某股份决定发行公司债券,就主动找了几家国内比较有名的证券公司,有中某证券、东某证券和招商某某,之后,公司经过公开招标,根据券商的实力等因素,最终决定由招商某某来做公司的项目。因为莱某股份原财务总监被公安查处,2007年底,陈乙、石某某陪同李黎明去证监会和上交所说明这是个人行为,与公司无关,上述机构没有明确表态。之后上海证券交易所有人表示这是个人行为,公司认为项目可以申报,所以招商某某就将项目进行申报,2008年1月,证监会批准了这个项目。去向证监会、上海证券交易所解释过程中,李黎明都是代表招商某某员工的身去的,所以莱某股份没有支付过任何费用。刘甲是招商某某的人,具体做什么不清楚。去证监会时招商某某派了一个女的,但不是刘甲,在整个过程中除了公开招标,没有其他机构或者个人进行了居间介绍,李甲、蒋甲、华某村的吴某某等,也没有在项目中参与和协调任何事情。深圳智某、华某村的企业或个人也没有出面协调过。

3、证人刘甲的证言证实,被告人李黎明曾对其说过莱某股份公司债项目中有重大瑕疵,就是该公司的财务总监涉嫌经济犯罪,不能发行公司债,想让其帮忙找人沟通一下,还说招商某某可以给协调人一定的费用。后来其找了发改委的一个委员,咨询项目是否可以成功,还通过朋友找了其他委员,至于找了谁其也不知道,在找人协调的过程中,只是吃饭喝茶之类的开销,费用不大,也没有许诺过给相关人员公关费用,李黎明也没有给其公关费用,这个项目其参与的很少,最后项目成功也不知道跟自己找人沟通有没有关系。项目成功后,李黎明让其找一家公司和招商某某签订协议并收取费用,但其没有找到公司,李黎明就说由他来找公司,至于后来他找哪家公司其不知道。后来这笔招商某某的资金其没有收到,李黎明说他要买房子,想先使用这笔钱,还说以后与其一起成立公司出面收取费用,其考虑到以后可以合作就同意了。李黎明告诉其有500余万元,但是李黎明是如何使用这笔钱的,其一概不知,因为其不知道是否真有费用可以拿,也不知道可以拿多少,四年来李黎明一直耍无赖,根本就不想给其什么费用,直到案发时,其也没有拿到任何资金。在这个项目中,其没有听说过深圳智某、江西先某、北京合某这3家公司,不知道西藏某某是否提供过服务,其也不认识西藏某某的任何人,也没有协调过西藏某某与华某村之间的工作。

4、证人孙乙、陈丙、田甲、洪甲的证言证实,莱某股份公司债项目中,莱某股份有个财务总监挪用公司资金被判刑,但这是在2004年左右发生的事情,这个高管在2007年已经被判刑了,是个人行为,和莱某股份是没有关系的。莱某股份是在2008年申请发行公司债的,所以不会影响公司债的发行。象这种情况是不需要通过关系来沟通的,只要走正常审批程序就可以了。在整个项目过程中,也从来没有听说过有人帮助招商某某向相关部门打招呼。其中孙乙作为这个项目的现场负责人,不知道项目中有无第三方,也没有起草或发起过第三方合作协议,其没有听说过深圳智某、李甲,没听说上述人员为该项目开展过工作,在这个项目中,蒋甲、刘甲没有参与工作,也没有出现过西藏某某这家公司。被告人李黎明将第三方的户名、账号、开户银行及需要支付的金额告诉田甲,由其填写付款申请表,其按照李黎明的要求办理了指定付款至江西先某和北京合某的手续。当时李黎明让其去办理指定付款时,把合作协议以及盖有深圳智某公司印章的一份470万元及一份117.59万元的委托付款说明一并交给了其。

5、证人吴某某的证言证实,在莱某股份公司债项目中,蒋甲没有同其说过让其出面和证监会领导沟通的事情,其也没有在项目上帮李黎明协调过任何事情。

6、证人李甲的证言证实,其于2004年认识了被告人李黎明,在2005年6、7月,其曾介绍莱某集团股权转让项目给李黎明,后来项目由招商某某承揽,当时其控制的深圳智某与招商某某签订了合作协议,并由招商某某支付了48万元财务顾问费给其。深圳智某当时没有与

招商某某签署过框架性协议，商谈并签署的仅仅是莱某集团股权转让的财务顾问事宜。除了 2005 年这个项目外，其没有介绍莱某集团的其他项目给过李黎明，当时李黎明曾明确跟其讲，这个项目招商某某支付了其 48 万元后，后续再承揽莱某的任何项目都与其无关，不会再支付财务顾问费给其，意思就是把其甩开了，所以之后其再也没有问过招商某某和莱某集团之间的项目。经阅看后确认，招商某某提供的合作协议与深圳智某公司留存的原件内容上有出入，深圳智某公司留存的原件上是明确了关于莱某集团股权转让的财务顾问协议，而招商某某留存的是框架性合同，没有明确项目；深圳智某的协议上有具体金额约定，而招商某某的协议上没有具体费用金额。江西先某和北京合某这两家公司其从来没有听说过。该项目中深圳智某出具的 2008 年的两份款项支付说明不是深圳智某公司出具的，其从来没有看到过，也没有盖过章。同时还证实 2006 年 10 月，李黎明说要借用一下深圳智某的账户，过一笔资金，他把深圳智某的财务专用章和法人章都借走了，过十五天左右还回来的。在 2006 年 10 月 18 日，深圳智某的浦发银行账户收到一笔 116 万余元的资金，不是其公司的收入，应该是李黎明安排汇入的，之后半个月里陆续把这笔资金划出去了，其当时已经把印章和账户账号都给了李黎明了，这些资金划出是他自己操作的。

7、证人李乙的证言证实，2008 年 9 月，李黎明找其，说他的账户有点故障，让其帮忙找个账户临时转笔账，其将母亲和朋友合开的北京合某账号给了李黎明，几天之后，他打入该账户 117.59 万元，其按照李黎明的要求，在几天后将 117 万元打入另一个账户，其余 5,900 元其取现金给了他。

8、证人方某某的证言证实，2008 年 10 月 28 日，其向李黎明借款 117 万元整，李黎明将该款项打到其岳母黄乙账户，因为该款项其不用了，李黎明让其把该款项打到中国工商银行深圳分行许乙账户，2008 年 10 月 30 日，其从黄乙账户将 116.995 万元打回到许乙账户。

9、招商某某与深圳智某提供的合作协议、深圳智某提供的记账凭证及发票等书证证实，2005 年 7 月，深圳智某与招商某某有过合作，招商某某支付了相应费用给深圳智某。但招商某某提供的合作协议内容为双方就“为莱某提供投资银行等相关业务服务事宜”进行合作（合同有效期 5 年），深圳智某提供的合作协议内容为双方就“莱某集团提供股权转让财务顾问服务事宜”达成协议，约定支付财务顾问费 48 万元。上述两份协议，除最后一页盖章页是一样的外，中间内容完全不同。

10、深圳智某《关于合作协议执行及费用支付的说明》、招商银行的付款申请书、记账凭证、招商银行付款回单、江西先某提供的 5 张发票、北京合某提供的 1 张发票、江西先某企业信息、账户对账单、汇兑支付来账凭证、境内汇款申请书、和联房产的核销单、收据、北京合某账户明细、银行转账支票及电汇凭证、许乙账户明细等书证证实，应深圳智某的要求招商某某将 470 万元支付给江西先某，将 117.59 万元支付给北京合某，后江西先某将 470 万元支付给了和联房产作为李黎明花木路房屋的房款，北京合某将 117 万元汇入黄乙账户，后黄乙账户将 116.995 万元汇至许乙账户。

11、上海市公安局物证鉴定中心鉴定书、公安机关情况说明、江西省地税局情况说明等书证证实，招商某某与深圳智某的协议执行及费用支付的说明、款项支付说明上“深圳市智某投资咨询有限公司”印文与提供的印文样本不是同一印章盖印形成。北京合某提供的发票为假发票，江西先某提供的 5 张发票系假发票。

对被告人李黎明关于该节事实的辩解，经查，被告人李黎明代表招商某某与莱某股份谈定承销总费用为 3,000 万元，而招商某某实际与莱某股份签订的协议中约定的费用只有 2,000 余万元，被告人李黎明自己借用西藏某某的名义与莱某股份签订了顾问协议，将本应由招商某某收取的 480 万元以顾问费的形式通过西藏某某的账户转入了其个人账户及其控制的许乙账户。被告人李黎明还虚构了深圳智某与招商某某签订的框架合作协议，借用深圳智某的名义与招商某某签订了第三方合作协议，通过其提供的江西先某和北京合某两个公司账户从

招商某某骗取 580 余万元，并最终用于支付其个人房款或打入其控制的许乙账户。在该项目中刘甲否认其提供过实质性的服务，李黎明向招商某某提供的深圳智某与招商某某的框架合作协议除最后一页盖章页与之前深圳智某与招商某某签订过的合作协议是一样的外，中间内容完全不同。招商某某收到的深圳智某的协议执行及费用支付的说明、款项支付说明上“深圳市智某投资咨询有限公司”的印章系伪造，江西先某和北京合某提供给招商某某的发票均为假发票，上述证据也足以证明被告人李黎明拆分承销费用及虚构第三方协议支出并占为己有的事实。故对被告人李黎明的辩解不予采纳。

（二）海某某 IPO 项目

2008 年 1 月，招商某某与深圳市海某某照明科技股份有限公司（以下简称海某某）洽谈申请公开发行股份上市项目，被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，向招商某某隐瞒其与海某某已谈定承销费率为 4.8% 的事实，而以 3.5% 的承销费率与海某某签订《财务顾问协议》，并以税收优惠、招商某某要上市等理由，借用西藏某某名义以剩余 1.3% 的承销费率与海某某另行签订了标的为 700 万元的《关于股份改制发行股票上市财务顾问协议》。2008 年 4 月 9 日，海某某向西藏某某支付 150 万元财务顾问费，西藏某某遂将该笔款项转入李黎明个人账户，同日，该账户被刷卡消费至和联房产，用于支付被告人李黎明购买的花木路房屋购房款。2008 年 6 月，海某某根据西藏某某出具的款项支付说明，向江西先某支付 150 万元，随后该笔款项被支付至和联房产，用于支付被告人李黎明购买的花木路房屋购房款。

2009 年 7 月，海某某与西藏某某、万某某签订《关于股份改制发行股票上市财务顾问协议》，约定西藏某某未履行事宜由万某某承接，海某某支付万某某募集资金总额的 1.3% 扣除已支付的 300 万元作为顾问费用，2009 年 8 月海某某支付 400 万元至李黎明控制的万某某账户。

对上述事实，被告人李黎明辩称，海某某 IPO 项目是招商某某通过别人的介绍承揽到的，这个项目一直在做，但一直没有完成，2011 年其离开招商某某后，招商某某和海某某又重新签了协议继续在做，但与其没有关系了。招商某某与海某某约定的承销费率是其助理洪甲去谈的，协议也是洪甲签的，当时谈了多少钱其不清楚，其对整个事情完全不知情。海某某 IPO 项目中需要两块地作为募投项目，海某某自己找不到，其也通过自己的一些关系想帮海某某拿到地块，但是都没有成功。所以，其就让刘甲出面到国家发改委、深圳市政府和东莞松山湖管委会进行协调，其自己也找了华某村方面的关系，最终在深圳和东莞各拿到了一块地，所以让海某某和西藏某某签订了《财务顾问协议》，用于支付相关公关费用。这笔钱就是帮海某某搞到地块的费用，和招商某某与海某某的项目没有任何关系。海某某、西藏某某和万某某签约的事情，其也不清楚，都是刘甲在操作的。辩护人认为该项目中被告人李黎明并未利用职务之便。

对该节事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人谢甲的证言证实，海某某 IPO 项目的承揽肯定不是李黎明的一己之力，承揽到这个项目肯定有余某某的面子。招商某某在承揽项目中，如果项目公司提出需要招商某某为其引荐律师等对应服务的，项目负责人一般会提供服务，但招商某某不允许团队负责人向事务所收取相关项目的介绍费。

2、证人李丙、李丁、陈丁、冯某的证言证实，海某某 IPO 项目由招商某某承揽，项目负责人是李黎明，项目的相关费用是李黎明与海某某副总兼财务总监李丙通过电子邮件商谈的，当时谈下来的承销费用是 4.8% 的费率，在签约之前，李黎明说招商某某需要上市，有些费用需要安排别的公司来签订协议并收取资金，招商某某会找一些边远城市的小公司来收取费用，这样在税收上有优惠政策。最早签订的协议有两份，一份是 2008 年 1 月 22 日海某某与招商某某签订的财务顾问协议，约定财务顾问费 100 万元、上市辅导费 60 万元，保荐费 400

万元，承销费是总发行金额的 3.5%，之所以这份协议上没有写约定的 4.8% 的承销费，是因为当时还签了另一份协议，是以海某某名义与李黎明提供的西藏某某签订的财务顾问协议，这份协议的费率是 1.3%，加上前面那份协议，总费率就是李黎明谈定的承销费 4.8%。对海某某来说，李黎明代表招商某某将费用分开支付，那是招商某某内部的事情，海某某只要将费用控制在约定的金额即可，所以没有多问。项目自始至终只有招商某某的人员在做，西藏某某并没有提供任何服务。按照协议约定，支付给西藏某某的费率是募集资金的 1.3%，海某某在 2008 年 4 月支付了西藏某某 150 万元，在 2008 年 6 月按照李黎明提供的付款说明支付 150 万元到江西先某的账户，发票也都是李黎明提供的。到 2009 年时，李黎明提出项目拖得太久，需要先行支付部分费用，说是招商某某财务的要求，他这次要求将资金支付到万某某某去，海某某财务总监助理陈丁提出为何一直变动收款方，于是李黎明说让海某某和西藏某某以及万某某某签订三方协议，以后关于西藏某某的剩余资金全部支付到万某某某去，后来在李黎明的安排下，海某某就与万某某某签订了一份三方资金收付的协议，并于 2009 年 8 月支付了 400 万元至万某某某账户。

海某某 IPO 项目中分别拿了深圳光明新区和东莞松山湖两个地块，在光明地块拿地过程中，海某某很早就与光明新区管委会自行接触了，李黎明作为项目负责人曾牵头海某某的人员向深圳市副市长汇报拿地情况，海某某提交了书面材料，李黎明做了口头汇报，之后按照政府流程直到 2010 年下半年地块才批下来，在这个过程中海某某的人没有跟华某集团的人接触过，李黎明也没有提出需要公关协调费用。在松山湖地块拿地过程中，李黎明提出由漫某某公司的李 A 帮忙与松山湖管委会的人联系，后来在李黎明的带领下，松山湖管委会的领导到海某某查看了解，他们这次来的目的是来自荐的，向海某某介绍松山湖的优势和优惠政策，海某某的人也去了松山湖实地考察，双方都比较满意，所以这块地比较顺利就拿下来了，这个过程中李黎明就是牵线联系介绍一下，也没有提出需要公关费用。上述两块地的拿地过程中，没有听说过刘甲这个人。海某某支付给西藏某某的资金与拿地没有任何关系。

3、证人李 A 的证言证实，因为漫某某公司之前在松山湖买过地，和有关人员比较熟悉，2010 年 2 月，李黎明团队在做海某某 IPO 项目时，李黎明找到其，希望其可以联系松山湖管委会的人员，帮助海某某买地，后来其就打电话给松山湖招商局局长邓国军，介绍了海某某公司的情况和买地的想法，之后带着邓国军等人去了海某某公司拜访，海某某公司的人就直接与松山湖管委会的人建立了联系，后面的联系都是他们自行联系的。同时证实其只是介绍他们认识，至于能否谈成，那是他们的事情，其没有向李黎明或海某某要求收取介绍费公关费，项目成功后李黎明或海某某公司也没有给过其任何费用。

4、证人刘甲的证言证实，2009 年 6、7 月份，李黎明向其说起，他团队保荐的深圳海某某 IPO 项目中，由他出面为该公司协调拿到 2 块土地，海某某公司要支付顾问费用，这笔费用要进入万某某某的账户。海某某拿地的事情，都是李黎明自己在联系，他在各种场合吹嘘拿地的情况，但土地是不是他拿的，怎么拿的其并不知道。就拿地的事情，其没有和任何人打过招呼，也不认识深圳市长，也没有联系华某村的吴某某协调，其没有参与过海某某 IPO 项目的任何事情。李黎明也没有给过其任何资金去公关。海某某和西藏某某签的协议其不知道，其和西藏某某没有任何联系，西藏某某把项目中的权利转让给万某某某的情况其也不知道。2009 年 10 月左右，海某某将 400 万元汇入万某某某账户，其不知道这笔钱李黎明是怎么处理的。

5、证人洪甲、陈丙、孙乙、陈 A、田甲的证言证实，海某某 IPO 项目中，招商某某与海某某的框架性财务顾问协议最早是李黎明跟海某某公司谈定大致的内容，细节条款是洪甲与海某某沟通的。但是除了以招商某某的名义与海某某签订财务顾问协议外，李黎明还另外安排了一家西藏某某公司与海某某签订财务顾问协议。招商某某规定的最低承销费率是 3.5% 或者不低于 1,500 万元，上不封顶。2008 年 1 月海某某与招商某某签订的财务顾问协议约定了

3.5%的承销费率，当时就有人觉得这个项目的承销费率有点低。在做项目时，李黎明说要在总的收取费用切出一块给华某集团，因为李黎明说西藏某某是华某集团的公司，所以在签订协议时，海某某与西藏某某签订的协议就是李黎明说的给华某集团的资金，海某某与西藏某某约定的金额是总募集金额的 1.3%。对海某某来说，谈定的总支出没有变，只是协议分两份签，所以海某某当时并没有提出疑问。后来陈 A、田甲在李黎明的要求下草拟了相关协议，由海某某按照协议将剩余的 400 万元打入了万某某某的账户。这个项目中拿地的事情是发生在海某某与西藏某某签订协议之后，签订协议时李黎明没有提过拿地的事情。

6、证人包某某、袁某某、赵乙、洪乙的证言证实，提供西藏某某给李黎明的过程与某某股份公司债项目中一样，2008 年 4 月 9 日，西藏某某收到海某某支付的 150 万元，扣除税费后，同日华某村委会将 141.9 万元汇入李黎明指定的其个人账户，西藏某某没有出具过指定海某某支付 150 万元至江西先某的说明，没有让西藏某某的人盖过章，也没有协调西藏某某签订过海某某与万某某某的协议。

7、相关立项申请报告、海某某与招商某某之财务顾问协议、公开发行股票并上市之辅导协议、承销协议、保荐协议、招商银行付款回单、海某某付款通知书、招商某某发票等书证证实，海某某 IPO 项目由招商某某承揽，2008 年 1 月约定的承销费率为 3.5%，2011 年 9 月又签订了新的协议，原协议终止，海某某按照协议支付相应款项的事实。

8、海某某与西藏某某签订的财务顾问协议、招商银行付款回单、海某某付款通知书、西藏某某发票、银行存款明细、记账凭证、华某村记账凭证、银行汇款凭证、李黎明账户查询记录、刷卡签购单、西藏某某关于第二期款项支付的说明、江西先某的发票、账户对账单、汇兑支付来账凭证、境内汇款申请书、和联房产核销单、收据、海某某、西藏某某、万某某某关于股份改制发行股票上市的财务顾问协议、万某某某关于提前支付部分第三期款项的说明、万某某某的发票、账户查询、海某某提供的招商某某项目组杨某某的邮件等书证证实，海某某按照协议分三次将 700 万元分别打入西藏某某、江西先某和万某某某，其中打入西藏某某某的 150 万元又转入李黎明个人账户。打入李黎明个人账户和江西先某的钱被用作李黎明花木路房屋的购房款。

9、海某某出具的情况说明证实，对于第三期款项支付中支付的 400 万元是属于与西藏某某约定的，与土地取得没有关系。

对被告人李黎明关于该节事实的辩解，经查，在海某某 IPO 项目中，虽然海某某确实存在需要拿地的情况，但没有任何证据证明海某某在拿地的过程中产生了公关费用，也没有任何证据证明李黎明本人或者其提及的刘甲、吴某某等人在拿地过程中起到了至关重要的作用。而且西藏某某与海某某签订财务顾问协议是在拿地之前，海某某根据该协议支付给西藏某某、江西先某的钱最终都用于李黎明购买个人房产，而万某某某本身也是李黎明控制下的公司，本节证据足以证明被告人李黎明在海某某 IPO 项目中利用职务便利将招商某某与海某某已经谈定的承销费率拆分后，将本应由招商某某取得的部分承销费用非法占为己有。故对被告人李黎明关于本节西藏某某与海某某签订协议涉及的承销费用是用于拿地公关的辩解及辩护人关于被告人李黎明没有利用职务便利的辩护意见不予采纳。

（三）漫某某 IPO 项目

2007 年至 2010 年 1 月，招商某某与深圳漫某某科技股份有限公司（以下简称漫某某）签订《深圳市漫某某科技有限公司与招商某某股份有限公司之财务顾问协议》等协议，成为该公司股票上市项目的保荐券商。期间，被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，谎称其实际控制的上海某某为该项目的第三方合作公司，向招商某某申请第三方协议支出费用。并以上海某某名义与招商某某签订《关于深圳市漫某某科技股份有限公司首次公开发行股票并上市项目之合作协议》，2010 年 3 月，招商某某向上海某某公司支付 510.921 万元财

务顾问费。其中，除 93.5 万元按照事先约定支付给漫某某外，其余款项均被被告人李黎明用于归还个人借款等用途。2011 年 9 月，漫某某已将该 93.5 万元归还至招商某某。

对上述事实，被告人李黎明辩称，其通过陈 B 在一次饭局中认识了漫某某的股东之一苏某，顺着这个关系，其承揽到了漫某某 IPO 项目。此后陈 B 还找了发审会的委员进行协调，并寻找了一些投资者，刘甲也找过发改委财经司进行公关。后来其借用了上海某某作为第三方和招商某某签订了第三方协议，在收到资金后，分别支付了陈 B 和苏某，刘甲的费用是其从个人账户中陆续转账给她的。招商某某为这个项目支付的财务顾问费大约 510.921 万元，全部一次性支付到上海某某。因为招商某某是从宏源证券手上抢到的这个项目，要支付一定的费用，所以通过上海某某转账支付给苏某 93.5 万元，支付给陈 B 用于公关协调的 400 万元也是由上海某某转过去的。

对该节事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人孙甲、朱甲的证言证实，被告人李黎明以上海某某作为第三方公司向招商某某申请了第三方协议支出费用 510 余万元，李黎明和苏某都说要支付一定费用给原来的宏源证券，后来苏某把 93.5 万元还给招商某某时，才知道这 510 余万元中只有 93.5 万元是支付给漫某某的。

2、证人刘甲的证言证实，其从来没有参与过漫某某 IPO 项目，也没有以个人名义或上海某某、万某某的名义提供过任何服务。2010 年上半年，李黎明对其讲，招商某某参与的漫某某 IPO 项目已经完成，要给项目介绍人费用，想从上海某某账户过账，之后招商某某转来 500 多万元资金，后来其按照李黎明的指令转入 2 个个人账户，一个是陈 B 账户 400 万元，另一个人给了 100 万元不到。

3、证人苏某的证言证实，漫某某 IPO 项目开始是由宏源证券做的，后来李黎明主动打电话给其，说他是招商某某的保荐人，希望参与项目，其与李黎明见了面后对李黎明比较满意，就把让招商某某替代宏源证券的想法告诉了张某，之后项目就交给了招商某某。但是因为宏源证券有一些前期工作，其就问李黎明可否对宏源证券的入驻人员进行一些补偿，李黎明讲招商某某对介绍人有一笔费用支出，其可以用这笔费用对宏源证券的人员进行补偿，其就同意了，当时约定是 100 万元。2010 年 2 月项目成功，2010 年 4 月李黎明把介绍费扣除税费后最终给了其 93.5 万元。因为当时暂时找不到宏源证券的人，所以其把钱转入肖乙账户作为公司基金。同时证实，其不认识一个叫陈 B 的人，上海某某也不是第三方机构。

4、证人张某的证言证实，漫某某从 2007 年 8 月份开始准备做 IPO，最先是找宏源证券，因为方案有一定缺陷，想多接触几个券商，公司的一个股东苏某就提出他认识招商某某的李黎明，可以问一下招商某某是否对项目感兴趣。电话打过去后，李黎明就马上带着队伍到了漫某某来了，开始开展方案拟定等工作。后来漫某某就婉拒了宏源证券而选择了招商某某。2011 年李黎明打了电话给其，说如果有关部门来调查他在漫某某 IPO 项目承揽过程中是否存在第三方的话，要其一定要说存在第三方，可实际上根本没有第三方，其觉得很可笑。当时李黎明表示招商某某可以给项目介绍人苏某一定的费用，好像是 100 万元不到，谈好以后，漫某某就在承销费用上作出了一定的让步。当时这笔费用公司股东都知道，公司是希望用这笔费用支付给宏源证券作出补偿。其实这笔钱的支配权在漫某某，只是借用苏某的名义来收取这笔费用而已。但后来这笔费用因为李黎明虚构第三方支付的问题就将资金还给招商某某了。同时证实，在项目过程中其从来没有听说过陈 B 这个人 and 上海某某这个公司。

5、证人肖乙、李 A 的证言证实，漫某某 IPO 项目开始是由宏源证券做的，后来改为招商某某做，是苏某找到招商某某的。2010 年 4 月苏某的账户内收到过一笔 93.5 万元资金，这笔钱是苏某和李黎明约定，苏某作为项目介绍人收取招商某某 100 万元介绍费，准备上市之后补偿宏源证券用的，后来审计署调查说这笔资金有问题，其就在 2011 年 9 月把这笔资金汇给了招商某某。两人表示均不认识陈 B、刘甲，也没有听过上海某某这家公司。

6、证人陈 B 的证言及委托持股协议证实，2010 年 3 月，李黎明打电话给其，说急需向其借款 400 万元，但没说派什么用处，说只要借 20 天左右，其就同意了，并将 400 万元汇入李黎明指定的肖丙账户。过了 20 多天，其打电话给李黎明催这笔借款，李黎明就将 400 万元汇入了其银行卡上。2011 年李黎明出事后，他打电话给其说有关部门正在调查他，让其把这笔借的 400 万元说成是投资西某某股权的投资款，再把还的 400 万元说成是为漫某某项目中协调证监会收取的招商某某支付的佣金，其当时很生气，认为李黎明归还的 400 万元来源不正常，后来李黎明再三要求，其答应这样帮他说，李黎明还说他会写一份“委托持股协议”让其补签。之后几天，有个小姑娘到北京找到其，拿出一份上海某某与其本人的就 400 万元投资西某某股权的“委托持股协议”，内容为陈 B 委托上海某某向西某某出资 400 万元，并代为行使股东权利，其当时签了字，但没有签署日期。同时证实，协议上的日期不是其签的，其不认识漫某某的任何人，也没有参与过漫某某 IPO 项目。

7、证人肖甲、孙乙的证言证实，李黎明向肖甲借用账户转款，后肖甲账户收到一个叫陈 B 的汇入的 400 万元和同事俞某某汇入的 20 万元，肖甲将 420 万元全部转入李黎明给其的上海某某账户内。孙乙在参与漫某某 IPO 项目中，没有看见上海某某的人提供过任何服务。

8、相关立项申请报告、漫某某与招商某某之保荐协议、承销协议、补充协议、财务顾问协议、辅导协议、发票等书证证实，漫某某 IPO 项目由招商某某李黎明承揽，漫某某已按照协议支付给招商某某相关费用。

9、招商某某与上海某某签订的合作协议、招商银行付款回单、招商某某记账凭证、上海某某提供的发票、上海某某账户历史交易明细、上海市杨浦区国家税务局、地方税务局涉税事项调查证明材料等书证证实，招商某某根据协议于 2010 年 3 月 25 日支付给上海某某财务顾问费 5,109,210 元，上海某某于 2010 年 3 月 31 日将 510 万元汇入万某某某账户。上海某某向招商某某提供的 6 张发票经鉴定后均认定为假发票。

10、相关银行账户明细、招商银行转款汇款回单、招商某某的收据、陈 B 银行账户查询及汇款凭证等书证证实，万某某某账户转给苏某账户 93.5 万元，后又通过肖乙账户还给了招商某某。2010 年 3 月 1 日陈 B 汇给肖甲账户 400 万元，同年 4 月 8 日万某某某又汇入陈 B 账户 400 万元。

对被告人李黎明关于该节事实的辩解，经查，漫某某的股东苏某及漫某某的其他领导层均不认识陈 B，而陈 B 也不认识漫某某的任何人，根本不存在招商某某通过陈 B 的介绍认识苏某进而取得漫某某 IPO 项目的事实。在该项目中上海某某也没有提供过任何服务。关于上海某某汇给陈 B 的 400 万元，陈 B 称该钱款只是李黎明还给其的借款，其并没有投资西某某股份，其与上海某某签订委托持股协议，是在被告人李黎明的请求下为应付相关部门对李黎明的调查而补签的。上海某某提供给招商某某的发票也均为假发票。故对被告人李黎明的辩解不予采纳。

（四）莱某股份定向增发项目

2009 年 6 月，招商某某与莱某股份洽谈公司债券定向增发项目，被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，向招商某某隐瞒其与莱某股份已谈定项目总费用为 1,300 万元的事实，以招商某某名义与莱某股份签订《关于非公开发行股份购买资产暨重大资产重组项目之财务顾问及持续督导协议》，约定财务顾问费 620 万元；同时以招商某某不便出面沟通、协调为由，以其实际控制的万某某某名义与莱某股份签订《关于非公开发行股份购买资产暨重大资产重组项目之合作协议》，约定将项目总费用中剩余的 680 万元作为财务顾问费支付给万某某某。2009 年 8 月莱某股份支付给万某某某 136 万元。2010 年 3 月，定向增发项目终止，莱某股份与招商某某、万某某某分别签订终止协议书，变更应支付顾问费总额分别为 310 万元、535 万元。2010 年 5 月，莱某股份支付给万某某某剩余顾问费 399 万元。

对上述事实，被告人李黎明辩称其对这个项目完全不知情，其没有参与谈判，具体谁去谈的其也不清楚，只是后来其因为另外一个项目与莱某股份总裁通电话的时候才知道这个项目由招商某某来做的。莱某股份支付给万某某某的 535 万元用于哪里其也不清楚。

对该节事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人闵某某的证言证实，2009 年其所在公司开展定向增发项目，由招商某某李黎明团队承做。因为之前李黎明团队承做了公司债项目，所以公司就主动将这个�项目交给招商某某做，项目中没有第三方中介机构。2009 年 10 月项目立项时，李黎明代表招商某某与莱某股份就该项目进行商谈，在商谈过程中，双方约定项目费用是 1,300 万元。之后几天准备签订协议时，李黎明提出招商某某在这个项目不方便出面与证监会协调，要由另一家机构出面，并提出由他自己介绍一家有能力的公司，其向公司法务部商谈，法务部认为只要项目总费用不变，招商某某总的义务不变，就可以根据李黎明的要求签订协议。之后其把意见告诉李黎明，李黎明通过快递发给莱某股份两份合同，一份是招商某某与莱某股份的协议，一份是万某某某与莱某股份的协议，在李黎明寄过来的两份协议上，招商某某和万某某某都已经签字敲章，莱某股份收到后也签字敲章，并寄给了李黎明。在项目中，其没有见到万某某某的人员，也不知道招商某某有无与相关部门进行协调，在公司宴请招商某某团队人员时见过刘甲一、二次，其认为刘甲是李黎明团队的员工。2010 年 3 月，因为莱某股份与济南钢铁合并，公司就停止了定向增发项目，经与李黎明协商，莱某股份分别向招商某某和万某某某支付一定比例的费用后终止协议。其中确定莱某股份支付万某某某的总顾问费为 535 万元，减去先前已经支付的 136 万元，另外再支付 399 万元。

2、证人刘甲的证言证实，2009 年 3 月，李黎明向其介绍莱某股份定向增发项目，说因为募集资金用于收购银山型钢不合法，让其以万某某某作为中介机构与发改委进行协调，并安排其以万某某某的名义和莱某股份签订了一份财务顾问合同，收取相关费用。之后其跟着李黎明去了莱某股份开过两次会，还一个人去发改委咨询过，当时去了发改委工业司，因为不认识任何人，就自己找到相关人员的办公室，想初步沟通一下，结果对方说不能批，其就再也没有到发改委沟通过。其他政府部门其也没有沟通过。在这个过程中，没有任何公关费用的支出。在这个项目中，其没有表明自己的身份，只是按照李黎明的安排做事，莱某股份可能认为其是李黎明的助理。2009 年 8 月，莱某股份将二笔资金共计 136 万元汇入万某某某的账户，在 2010 年 5 月，李黎明告诉其这个项目停止了，之后其发现万某某某账上有一笔 399 万元的资金，李黎明讲是莱某股份终止合同的资金。上述一共 535 万元资金，李黎明全部用于归还西某某股权投资借款，但其不知道具体还给了谁。

3、证人孙乙、俞某某的证言证实，李黎明作为团队负责人，所有项目的承揽、与项目公司就相关费用的洽谈都是他一个人去和对方接触的。在莱某股份定向增发项目终止时，李黎明带俞某某一起去莱某股份谈项目收费事宜，他是一个人与莱某股份的闵某某等人谈的，俞某某就坐在办公室外面等着。孙乙也证实其在这个项目中没有见过万某某某的任何人。

4、莱某股份与招商某某《关于非公开发行股份购买资产暨重大资产重组项目之财务顾问及持续督导协议》、《关于终止〈关于非公开发行股份购买资产暨重大资产重组项目之财务顾问及持续督导协议〉的协议书》、发票及汇款凭证等书证证实，莱某股份定向增发项目由招商某某承揽，后协议终止，莱某股份总共支付招商某某 310 万元的事实。

5、莱某股份与万某某某《关于非公开发行股份购买资产暨重大资产重组项目之合作协议》、《关于终止〈非公开发行股份暨重大资产重组项目之合作协议〉的协议书》、发票、汇款凭证及万某某某账户查询等书证证实，莱某股份定向增发项目中，万某某某与莱某股份签订合作协议，后协议终止，莱某股份总共支付万某某某 535 万元的事实。其中，万某某某账户于 2009 年 8 月 28 日收到 136 万元、2010 年 5 月 11 日收到 399 万元。

对被告人李黎明关于该节事实的辩解，经查，在该项目中的多位证人均证实被告人李黎明亲自代表招商某某与莱某股份就项目总费用进行协商，在确定总费用后又利用其为团队负责人的职务便利，以需要公关协调为由，将本应由招商某某收取的费用拆分给其实际控制的万某某，在项目终止后，又亲自代表万某某与莱某股份商定变更后的费用，足见其并非对该项目一无所知，而是亲力亲为地参与了整个项目过程。而被告人李黎明所谓的公关没有任何证据予以证实。故对被告人李黎明的辩解不予采纳。

（五）华某集团企业债项目

2008 年 11 月，招商某某承揽了江苏华某集团（以下简称华某集团）企业债项目。被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，谎称无锡某某投资担保有限公司（以下简称无锡某某）为该项目的第三方合作公司，向招商某某申请第三方协议支出费用。2009 年 4 月，被告人李黎明借用无锡某某名义与招商某某签订《关于江苏华某集团公司企业债项目之合作协议》，2009 年 6 月，招商某某向无锡某某支付 417.55308 万元财务顾问费。该笔费用通过华某村最终转入被告人李黎明实际控制的万某某某账户。

对上述事实，被告人李黎明辩称华某集团企业债项目是华某集团董事长吴某某的朋友蒋甲介绍的，在项目过程中蒋甲还参与了相关项目的论证、负责接送、跟招商某某的人一起与华某集团的吴某某、包某某或卞某某商谈项目方案等。在项目完成后，按照招商某某第三方协议支出的规定，招商某某会支付财务顾问费给蒋甲个人。因为招商某某三方协议支出规定费用只能支付给公司，所以蒋甲就提供了无锡某某作为第三方，与招商某某签订协议，蒋甲应该和华某集团的副董事长包某某沟通好的。招商某某在这个项目中支付给无锡某某财务顾问费 417 万元左右，这笔钱实际是支付给蒋甲的，无锡某某事后有无将 417 万元支付给蒋甲其不清楚。承揽项目、商谈项目方案的时候刘甲没有参与，后来在项目运作过程中刘甲通过其作为独立第三方参与了进来，因为刘甲只是想熟悉项目流程，所以事后没有获利或分红。

对该节事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人朱甲的证言证实，在华某集团企业债项目的经理办公会上，李黎明提出在项目承揽过程中存在竞争，需要通过第三方发挥作用才能承揽到，但没有明确第三方的名称、设计环节、具体人员和具体作用，之后李黎明提供了相关协议材料，招商某某就按照协议向无锡某某支付了第三方费用。

2、证人蒋甲的证言证实，有一次吴某某说到打算发行华某集团企业债，并问其有没有券商可以介绍，其就把这个项目告诉了李黎明，李黎明表示感兴趣，并许诺如果帮他拿下这个项目就给其一两百万好处费，其说介绍项目只是朋友之间的事情，不需要好处费。之后其将李黎明介绍给吴某某，吴某某与李黎明具体怎么谈其没有参与，最终招商某某承揽到该项目，固然有其介绍的因素，但主要还是因为招商某某本身的资质和竞争力。招商某某在拿到这个项目并完成承销后，李黎明再也没有提到支付好处费的事情，其因为只是引荐一下，也没有出过什么力，也没有与李黎明签订过任何协议，李黎明不给予其也没有理由去问他要。无锡某某是华某集团的下属公司，但无锡某某是否参与协助招商某某完成这个项目，其不清楚。2011 年 10、11 月，李黎明给其打电话，说关于华某集团的项目，招商某某在追查相关资金的问题，如果有人向其调查，让其对外称相关资金是给其的好处费。其对李黎明说根本没有收到过任何资金，连多少金额、对方是谁、哪天打的资金都不知道，没法帮忙。李黎明就支支吾吾，让其接受调查时帮忙称相关资金是给其的好处费。

3、证人吴某某的证言证实，2007 年华某集团打算发行企业债券，当时多家证券公司参与竞标，招商某某也参与投标。招商某某李黎明是通过蒋甲引荐，与其见过面，但没有具体谈，其只是告诉李黎明让招商某某找包某某沟通并让他们公平参与竞标，没有答应一定让招商某某做。在最后比较中，由于招商某某的项目书比较好，才决定由招商某某承销。华某集团与招商某某约定的发行费是 2,400 万元，其他不需要再支付什么费用。华某集团没有许诺给

蒋甲任何费用,李黎明是否许诺给蒋甲费用其不清楚,华某集团也不可能给李黎明任何报酬,李黎明也没有承诺给华某集团任何资金返还。在整个过程中,无锡某某没有提供任何咨询服务,无锡某某是华某集团下属公司,不可能为自己集团公司项目提供咨询服务。

4、证人卞某某、包某某的证言证实,华某集团 2007 年开始筹备发行企业债券,当时有包括招商某某在内的 4 家证券公司竞标,最终公司选择了招商某某。该项目与无锡某某完全没有关系,是在项目筹备接近尾声时,李黎明带刘甲来过,说刘甲是他的秘书。无锡某某与招商某某就华某集团企业债项目签订过合作协议,但是是在 2011 年 8 月补签的,无锡某某并没有履行过协议上的事项,没有提供过服务。之所以补签是因为李黎明在 2009 年至 2010 年,打款 1,366 万余元到无锡某某的账上,在 2011 年 8 月,李黎明说现在有关部门在查他,他的这些资金不能不明不白,必须要有说辞,所以就补签了这些协议。因为李黎明说只是事后补签的协议,与华某集团没有任何关系,所以包某某就安排财务袁某某在协议上盖章了。这个项目的批文,是包某某和卞某某在北京通过自己努力获得的,没有其他人参与,项目的成功是由于华某集团自己的努力的结果。李黎明原来承诺的中央部委的审批工作也没有做。

5、证人袁某某的证言及无锡某某出具的证明证实,从 2009 年 6 月到 2010 年 8 月,无锡某某陆续收到招商某某汇入的资金,李黎明说是他在招商某某的奖金,让其公司代收上述资金。在公司收到这些资金时,与李黎明没有任何协议或手续,但在 2011 年 8 月时,李黎明来到其公司要求补签了几份招商某某与其公司的合作协议,由其在协议上加盖了无锡某某的公章。其中有华某集团企业债项目、中国某某南京新某公司债项目、宜兴某某企业债项目和无锡某某企业债项目,实际上这些项目无锡某某都没有参与,是虚假的,公司在收到上述款项后,从未开具过相应的发票,这些款项后来全部划转给华某村委会。

6、证人刘甲的证言证实,其参与华某集团企业债项目,没有和招商某某签订过任何协议,项目完成后,招商某某也没有发给其任何奖金提成,其就是听从李黎明的安排帮忙做点事情,熟悉一下项目流程,再多认识一些人脉。其不清楚这个项目中有没有第三方协议支出。

7、证人孙乙、肖甲、俞某某、杨某某的证言证实,这个项目的第三方协议支出单位是无锡某某,但在项目期间从未见过无锡某某的人参与项目工作。协议是由俞某某按照李黎明的吩咐草拟的,虽然其觉得无锡某某从未参与过华某企业债项目,但作为下属也不能多问,就只能按照李黎明的意思草拟协议,无锡某某这家公司的名字和协议支出金额都是李黎明告诉俞某某的,关于第三方协议支出的事都是李黎明说了算的。在李黎明团队期间,几乎每个项目都是在即将结束时,李黎明突然让下属草拟一份第三方支出的协议,而这个所谓的第三方根本从来没有参与过项目。

8、相关立项申请报告、华某集团与招商某某的承销协议等书证证实,华某集团企业债项目由招商某某作为主承销商,约定的全部承销费用为 2,400 万元,李黎明是该项目招商某某方的联系人。

9、招商某某与无锡某某的合作协议、相关付款申请书、记账凭证、汇票申请书的结算业务委托书、无锡某某提供的发票、无锡地税局征管和科技发展处出具的说明等书证证实,招商某某向无锡某某支付相关费用的 20% 共计 417 万余元作为财务顾问费。经查证,招商某某收到的由李黎明提供的无锡某某相关发票系假发票。

对被告人李黎明关于该节事实的辩解,经查,蒋甲的确向李黎明介绍了华某集团企业债项目,且李黎明也曾承诺事后要给蒋甲好处费,但项目完成后其并没有实际支付给蒋甲任何好处费,而是通过谎称存在第三方公司的方式从招商某某骗取财务顾问费 417 万余元,对无锡某某却谎称是招商某某发给其个人的奖金,其只是利用无锡某某的账户挂账。在政府对其进行调查时,其还要求蒋甲谎称该笔资金是招商某某给的财务顾问费,并让无锡某某补签协议以达到掩盖事实的目的。故对被告人李黎明关于该项目存在第三方支出,且该笔资金是给蒋甲个人的辩解不予采纳。

（六）无锡某某企业债项目

2008 年 11 月，招商某某承揽了无锡市交通产业集团有限公司（以下简称无锡某某）企业债券项目。被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，谎称无锡某某为该项目的第三方合作公司，向招商某某申请第三方协议支出费用。2009 年 4 月，被告人李黎明借用无锡某某名义与招商某某签订《关于无锡市交通产业集团有限公司企业债项目之合作协议》，2009 年 7 月，招商某某向无锡某某支付财务顾问费 396.168 万元。该笔费用通过华某村最终转入被告人李黎明实际控制的万某某账户。

对上述事实，被告人李黎明辩称，无锡农业银行的龙某、谭龙斌告诉其无锡某某想发企业债，其获得信息后，华某村的书记吴某某带其与团队成员孙乙专程拜访了无锡某某的财务总监、总会计师刘丙，沟通发债事宜，其也通过包某某和市里打招呼，并最终把项目交给招商某某来做，还促成了无锡某某和华某集团发行企业债互相担保。由于在华某村的介绍下招商某某才能拿到无锡某某企业债项目，所以招商某某就该项目与无锡某某签订了第三方协议，并于 2009 年 7 月 24 日支付 396 万余元的顾问费给华某村，选择用这家公司是由蒋甲联系并由华某村自己安排的。该项目是由孙乙负责做的，刘甲以实习生的身份参与了

对该节事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

- 1、证人朱甲的证言证实，被告人李黎明在经理会上提出这个项目有第三方存在，但没有谈及第三方的名称及作用。
- 2、证人刘丙的证言证实，无锡某某在 2009 年启动发行 20 亿企业债券的项目，2009 年 7 月发行完成。招商某某是由无锡农行的谭某某等人介绍的，公司根据各个券商的资质和计划书，全面评判后决定由招商某某作为承销商，具体由李黎明团队负责。公司与招商某某约定的发行费率是 1.2%，即 2,400 万元，该项目中无锡农行是介绍单位，律师事务所、会计师事务所、评级机构作为中介服务机构，除了这些机构，没有别的机构作为第三方参与项目。项目中和华某集团互相担保发行企业债，但不涉及任何费用，李黎明也没有提出需要支付费用给华某集团。
- 3、证人谭某某、龙某的证言证实，无锡某某企业债项目是无锡农行介绍给李黎明做的，为此无锡农行与招商某某签订了合作协议，招商某某支付了无锡农行 187 万余元的财务顾问费。李黎明承做的华某集团企业债项目需要寻找合适的担保人，其就出主意让华某集团与无锡某某互相担保，后来华某集团自行到无锡某某进行商谈的，双方同意互相担保。
- 4、证人蒋甲的证言证实，其没有向李黎明介绍过无锡某某企业债的项目，不知道李黎明承揽了这个项目，没有提供过任何帮助，也没有出面向吴某某打招呼让吴某某或华某集团帮忙，也从来没有收到过李黎明给的任何资金，更没有说过其中部分资金需要支付给吴某某。
- 5、证人吴某某的证言证实，无锡某某项目是与华某集团相互担保发行企业债券的，该担保是无锡市政府协调的。李黎明承揽这个项目与华某集团下属公司无锡某某没有关系，其也没有帮任何忙。有关招商某某与无锡某某签订的协议其也是审计署来调查时才知道的，听包某某汇报说，是应李黎明要求在 2011 年 8、9 月份时补签的，事实上无锡某某肯定没有参与该项目，之所以要补签协议，是李黎明陆续有资金汇到无锡某某公司挂账，李黎明为了应付政府调查才让包某某补签的，并且李黎明好像伪造了无锡某某的发票。
- 6、证人卞某某的证言证实，2009 年 6、7 月，华某集团企业债发行过程中，华某集团与无锡某某是互相担保单位，其带着无锡市市长、无锡某某的人、无锡某某项目组人员一起去了国家发改委，其中就有李黎明，他是带着刘甲一起去的，但这并不是特意介绍李黎明或刘甲认识国家发改委的人。无锡某某项目肯定不是华某集团介绍给招商某某李黎明的。
- 7、证人包某某的证言证实，无锡某某与招商某某就该项目签订过合作协议，但是是在 2011 年 8 月补签的，无锡某某并没有履行过协议上的事项，没有提供过服务。

8、证人刘甲、俞某某、孙乙的证言证实，无锡某某企业债项目是无锡农行介绍给李黎明的，刘甲是李黎明安排进这个项目实习的，刘甲对外也宣称是招商某某的员工。这个项目的第三方支出单位也是无锡某某，因为项目和华某集团企业债同时开展，所以当时李黎明让俞某某同时草拟了两份第三方支出的协议，支出对象公司都是无锡某某。第三方公司的名字和支付比例都是李黎明告诉俞某某的。在项目中没有见过无锡某某的人提供过任何服务。

9、证人袁某某、胡甲的证言及无锡某某出具的情况说明证实，无锡某某与招商某某签订的无锡某某项目合作协议均是 2011 年 8、9 月应李黎明要求帮忙签订的，无锡某某从未参与该项目的任何工作，也未开具过发票。其公司收到招商某某支付的款项后全部划转给华某村委会。

10、相关立项申请报告、无锡某某与招商某某签订的企业债券承销协议、款项支付申请表、发票、招商某某与无锡农行签订的合作顾问协议、记账凭证等书证证实，无锡某某企业债项目由招商某某主承销，无锡某某支付给招商某某承销费 2,400 万元，同时，招商某某支付给无锡农行顾问费 187 万元的事实。

11、招商某某与无锡某某签订的合作协议、付款回单、记账凭证、无锡某某提供的发票、无锡地税局征管和科技发展处出具的说明等书证证实，招商某某向无锡某某支付相关费用的 20% 共计 396 万余元作为财务顾问费。经查证，由李黎明提供给招商某某的无锡某某相关发票系假发票。

对被告人李黎明关于该节事实的辩解，经查，现有证据足以证实无锡某某企业债项目是经无锡农行介绍，无锡某某再根据各个券商的资质和计划书全面评判后决定由招商某某作为承销商，为此无锡农行与招商某某签订了合作协议，招商某某支付了无锡农行 187 万余元的财务顾问费。而华某集团及其下属的无锡某某均没有提供任何服务，无锡某某与华某集团为发行企业债券相互担保是无锡市政府协调完成的。华某集团还提出当初被告人李黎明谎称从招商某某打入无锡某某账户的钱款系其个人奖金，只是利用无锡某某账户挂账，事后为帮助被告人李黎明应付政府调查才补签了协议，且涉案的由李黎明提供给招商某某的无锡某某相关发票系假发票，故对被告人关于该项目系华某村促成招商某某承做并促成无锡某某与华某集团相互担保，签订第三方协议系支付财务顾问费给华某村的辩解不予采纳。

（七）南京某某企业债项目和中国某某企业债分销项目

2008 年至 2009 年，招商某某承揽了中国某某公司债券承销项目及南京新某高科技股份有限公司（以下简称南京某某）债券发行项目，被告人李黎明利用其担任这两个项目团队负责人的职务便利，谎称无锡某某为该两个项目的第三方合作公司，向招商某某申请第三方协议支出费用。2010 年 3 月，被告人李黎明借用无锡某某名义与招商某某签订《关于 2009 年中国某某公司企业债券项目、南京新某高科技股份有限公司 2009 年公司债券项目之合作协议》，2010 年 4 月，招商某某向无锡某某支付 39.5 万元财务顾问费。该笔费用通过华某村最终转入被告人李黎明实际控制的万某某账户。

对上述事实，被告人李黎明辩称，由于洪甲在做华某集团企业债项目时，认识了无锡农行的公司部副总龙某，之后龙某又调到中国农业银行北京分行，经她介绍招商某某取得了上述两个项目，因为最初的关系是华某村的包某某介绍洪甲认识龙某的，吴某某还亲自带其去见中国农业银行总行的相关领导，沟通项目事宜，这个项目相当于是华某村介绍的，所以招商某某会与无锡某某签订协议，支付相关的财务顾问费。

对该节事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人朱甲的证言证实，在经理办公会上，李黎明提出这个项目存在第三方，但没有谈及第三方的名称及作用。这个项目的第三方协议是李黎明签署的，应该是孙甲授权的。

2、证人陆某某的证言及南京某某出具的证明证实，2009 年，南京某某以华泰证券为主承销商，招商某某为财务顾问，发行了 10 亿公司债券。当时南京某某有这方面意向后，各路券

商纷纷上门洽谈业务。2009 年下半年，招商某某的李黎明主动找到陆某某，提出希望和南京某某建立长期合作关系，包括参与该证券的发行工作。南京某某综合考虑了招商某某的综合实力、承销能力和业内名气等因素，确定由招商某某作为债券发行的财务顾问。招商某某提供财务协助，南京某某支付招商某某 150 万元顾问费。南京某某与无锡某某、华某集团没有往来，未签订过任何书面协议。

3、证人龙某的证言证实，其从来没有听说过南京某某这家公司。其在无锡工作期间从来没有和中国某某这家公司接触过，去北京工作以后，中国某某成为其银行的客户，但其从来没有介绍中国某某至招商某某做过项目。

4、证人韩某的证言证实，其本人未参与 2009 年南京某某公司债项目，招商某某的李黎明是由无锡农行业务部介绍认识，但未向南京某某推介过李黎明，也未安排农行人参与该项目，未要求南京某某将项目交给李黎明，也未收到李黎明任何介绍费用。

5、证人胡乙的证言证实，2009 年底，南京某某财务负责人陆某某到其所在的江苏省农行进行拜访，了解到该客户拟发行公司债，当时公司的承销商为华泰债券，企业认为报价过高，请求江苏农行介绍更多的券商，出于服务客户的目的，在投行部分管领导的要求下，其联系了与江苏农行已签订合作协议的券商，当时只有招商某某和中投债券，经联系，招商某某表达了合作意向，联系人就是李黎明。随后其向南京某某转达了招商某某反馈的信息，对方表示可以见面商谈，其就陪同李黎明前往南京某某，会见了陆某某。当时的会面由农行主要负责为双方引荐，后续事宜由招商某某单独与南京某某联系，其本人再未参与。李黎明也没有向其本人承诺支付介绍费用。

6、证人蒋甲的证言证实，其没有向李黎明介绍过这个项目，不知道李黎明承揽了这个项目，没有提供过任何帮助，也没有出面向吴某某打招呼让吴某某或华某集团帮忙，其也从来没有收到过李黎明给的任何资金，更没有说过其中部分资金需要支付给吴某某。

7、证人刘甲、孙乙的证言证实，刘甲在中国某某企业债分销项目中曾以招商某某员工的身份参与过，但从来没有参与过南京某某企业债项目，也没有任何费用支出。孙乙也从来没有见无锡某某的人提供过服务。

8、证人吴某某、包某某、袁某某的证言及无锡某某出具的情况说明证实，无锡某某在项目中没有提供过任何服务，相关合作协议也都是 2011 年 8 月李黎明为应付政府对其在无锡某某账户上挂账的情况进行调查而请求无锡某某补签的。事后，无锡某某没有出具过任何发票，而招商某某收到的无锡某某的发票经查证后确认是伪造的发票。

9、招商某某与南京某某签订的战略合作协议、总服务协议、财务顾问协议、记账凭证及发票、招商某某与中国某某的记账凭证、付款申请及发票、招商某某与无锡某某关于中国某某、南京某某企业债项目的合作协议、付款申请书、付款回单、记账凭证、无锡某某提供的发票、无锡地税局征管和科技发展处出具的说明等书证证实，在南京某某企业债项目、中国某某企业债分销项目中南京某某支付给招商某某财务顾问费 150 万元、中国某某支付给招商某某承销佣金 237 万元，招商某某向无锡某某支付财务顾问费 39.5 万元的事实。经查证，由李黎明提供给招商某某的无锡某某相关发票系假发票。

对被告人李黎明关于该节事实的辩解，经查，现有证据不足以证明农行的龙某介绍招商某某取得了这两个项目，华某集团的吴某某也否认华某集团及其下属的无锡某某在这两个项目中提供过任何服务，并提出当初被告人李黎明谎称从招商某某打入无锡某某账户的钱款系其个人奖金，只是利用无锡某某账户挂账，事后为帮助被告人李黎明应付政府调查才补签了协议，且涉案的由李黎明提供给招商某某的无锡某某相关发票系假发票，故对被告人关于该项目系龙某介绍，华某村提供了服务，签订第三方协议系支付财务顾问费给华某村的辩解不予采纳。

（八）宜兴某某企业债项目

2009 年 4 月，招商某某经中国农业银行无锡分行引荐，承揽了宜兴市城市某某投资有限公司（以下简称宜兴某某）企业债项目。期间，被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，向招商某某隐瞒了其与宜兴某某已谈定承销费率为 1.6% 的事实，而以 0.82% 的承销费率与宜兴某某签订《2009 年宜兴市城市某某投资有限公司企业债券承销协议》；同时以招商某某项目惯例为由，以上海某某名义按照剩余 0.78% 的承销费率与宜兴某某另行签订《关于企业债券发行并上市之财务顾问协议》。2009 年 7 月，宜兴某某向上海某某支付顾问费 150 万元；2010 年 6 月，根据上海某某出具的委托付款书，宜兴某某向万某某某支付顾问费 1,020 万元，上述钱款均被被告人李黎明用于归还个人借款。

在该项目承揽过程中，犯罪嫌疑人李黎明利用担任该项目团队负责人的职务便利，谎称无锡某某为该项目的第三方合作公司，向招商某某申请第三方协议支出费用。2009 年 10 月，被告人李黎明借用无锡某某名义与招商某某签订《关于宜兴城市某某投资有限公司企业债项目之合作协议》，2010 年 6 月，招商某某向无锡某某支付财务顾问费 203.98 万元。该笔费用通过华某村最终转入被告人李黎明实际控制的万某某某账户。

对于该项目中拆分承销总费用的事实，被告人李黎明辩称，宜兴某某企业债项目是刘甲通过关系找的，其当时因为生病在广东住院，项目的承揽、洽谈、承做都不是由其完成，其只是陪同一些相关人员吃过饭。刘甲拿下项目后，宜兴某某就全权委托刘甲找承销商，后来刘甲就找到招商某某进行合作。刘甲在宜兴某某企业债项目中提供方案设计、论证、材料的制作、发行时定价报告、投资者关系管理、与投资者以及国家发改委、人民银行、证监会沟通等工作，所以刘甲通过上海某某与宜兴某某签订了财务顾问协议。其后来才知道有这个协议，并听说收到了一笔费用。因为这个项目完全是刘甲去操作的，招商某某几乎没有做什么事情，所以她那边获得相关费用是很正常的。

关于宜兴某某企业债项目中被告人李黎明拆分承销总费用的事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人朱甲的证言证实，这个项目的经理办公会上，李黎明提出在项目承揽过程中存在第三方需要与其他券商竞争，但是没有明确第三方的名称、涉及环节、具体人员和具体作用。招商某某肯定没有要求李黎明团队以上海某某的名义来收取宜兴某某向招商某某支付的部分费用。

2、证人刘甲的证言证实，其在参与宜兴某某企业债项目中，都是以招商某某员工的身份出现的，李黎明和农行的人也都向宜兴某某介绍其是招商某某的员工，其没有以上海某某的身份去过相关部门。2009 年 5、6 月，项目差不多了，其向李黎明提出，其为宜兴某某企业债项目做了这么多工作，酬劳从哪里出，李黎明就提出由上海某某与项目方直接签订财务顾问协议，并收取相关费用。其就起草了上海某某与宜兴某某关于财务合作的协议，期间，其问李黎明协议上的金额如何填写，李黎明在电话中告诉其费用及支付方式，李黎明按什么标准制定的其不知道，其是按照李黎明报告的金额进行填写的。之后其按李黎明的要求将协议电子版发至李的邮箱，由李和宜兴某某签订。过了几天，宜兴某某把签好字的协议快递到花木路 XXX 弄 XXX 号李黎明住处，其收到后，盖了上海某某的章，并代曹某签字，再把签好的协议快递给宜兴某某。2009 年 5 月，收到宜兴某某的第一笔资金 150 万元。后来李黎明说万某的税收有优惠，让其安排汇入万某某某的账户，所以在宜兴某某支付第二笔钱款前，其打电话给对方，要求他们将资金汇至万某某某的账户。2010 年 6 月左右，这笔 1,020 万元的钱就汇入万某某某在江西凤凰路的邮政储蓄支行的账户。两次收到的钱款共计 1,170 万元都是用于归还西某某股权投资的借款。在项目中，其与李黎明及客户一起设计了项目方案，把材料送发改委并负责沟通协调，其负责的部分，除了请客吃饭外，没有别的较大的公关费用支出，请客费用李黎明事后给报销了。上海某某与宜兴某某签订的协议上的金额是由李黎明定的，收到钱后，资金都是李黎明安排用于归还他之前的借款，其没有拿到过钱。

3、证人舒某某的证言证实，2008 年，宜兴某某决定发行企业债，由无锡农行的谭某某通过宜兴农行的缪某某介绍了招商某某的团队，该团队负责人是李黎明。2008 年底，宜兴农行缪某某、无锡农行龙某陪同招商某某的李黎明、孙乙、肖甲、刘甲等人与其和宜兴市财政局局长郭泽明见面商谈。第二次见面就商谈了发行费率问题，当时大致确定在总发行量的 1.5% 至 1.8%，初步打算发行 15 亿元企业债。宜兴某某与招商某某大约在 2009 年 4 月签订了企业承销协议，协议约定宜兴某某支付给招商某某的承销费是 0.82%，事实上，当时商谈确定的费率是 1.6%，之所以协议上约定 0.82% 是因为李黎明同时要求宜兴某某与上海某某签订财务顾问协议，将其余 0.78% 的费用约定支付给上海某某。按照正常来讲，这 1.6% 的承销费是应当支付给招商某某的，但在 2009 年 4 月签约时，肖丙就同时给了两份协议，把总计 2,400 万元的承销费分割在两份协议中，其认为有异议所以没有交给领导，之后其和李黎明沟通，得到李黎明的答复是引入另一家公司（上海某某）作为财务顾问是他们招商某某在承揽项目中的惯例做法。其向领导汇报了此事，领导意见是只要宜兴某某的总费用控制在 2,400 万元就可以了，之后其就拿给市长签署了。在项目过程中，其没有接触过自称是上海某某的人，刘甲给其的名片上反映她是招商某某的员工，在项目材料报批省发改委和国家发改委过程中，负责材料的送交、反馈工作。就项目成功而言，这就是一个政府层面的正规审批程序，关键看材料和手续的准备是否齐全，最终成功只是一个时间问题，事实上这个项目从 2008 年筹备到 2010 年 5 月发行的确是等了很长时间。在这期间，没有人引荐去国家发改委联络项目，刘甲也没有引荐、介绍过相关部门领导。在审批过程中，宜兴某某与招商某某是一起跑的，按照汇报沟通的对口部门，找具体负责部门沟通，不存在谁引荐。在证监会、人民银行的会签工作也是按照正常程序办理的。

4、证人缪某某、谭某某、龙某的证言证实，江苏省农行与招商某某曾在 2008 年签订过框架性合作协议，就是江苏省农行将自己客户推荐给招商某某进行上市、发行等项目保荐，农行将收取客户承销费的 10% 作为财务顾问费。2008 年底 2009 年初，无锡农行的谭某某通过宜兴农行的缪某某将宜兴某某企业债项目推荐给了李黎明，之后其与龙某、缪某某陪同李黎明及其团队人员与宜兴市财政局的郭泽明、舒某某见了两次面。2009 年初，李黎明提出招商某某要收取 2% 的承销费和财务顾问费，通过向市政府汇报和商量，最终缪某某和舒某某出面跟李黎明确定了总的承销费包含财务顾问费在内为 1.6%，这是要付给招商某某的。后来在签订协议时，李黎明拟了两份协议，分别是宜兴某某与招商某某、宜兴某某与上海某某，等于把应当支付的 1.6% 承销费用（总计 2,400 万元）分摊支付给这两家公司，舒某某当时问李黎明为何要这么做，李黎明答复这是他们招商某某做项目收费的惯例。宜兴某某项目是农行引荐至招商某某的，为此招商某某后来还与宜兴农行签订了财务顾问协议，并支付了宜兴农行 112 万余元，刘甲只是代表招商某某与企业进行洽谈。不存在刘甲将企业引荐给招商某某的说法，刘甲的身份是招商某某的员工，在项目中也并没有见过上海某某的人。

5、证人孙乙、俞某某、肖甲的证言证实，宜兴某某企业债项目是宜兴农行的缪某某介绍给招商某某的，在孙乙负责现场的过程中，除了无锡农行、宜兴农行和会计师事务所、律师事务所等，其没有见过其他第三方机构。这个项目中有重大事项时，都是宜兴某某的舒某某亲自去和发改委沟通的。项目过程中只有一个担保问题需要协调解决，后来用宜兴市的财政收入作担保解决了。项目的费率是李黎明和宜兴某某的人谈的，李黎明告诉孙乙说招商某某的收费费率是 0.8% 多一点，其当时就觉得费率比较低，后来宜兴某某的舒某某打电话给孙乙，问无锡某某项目的费率是多少，其说是 1.2%，舒某某就说为什么宜兴某某企业债的费率比较高，其说宜兴某某的费率不是才 1% 不到，为什么会高呢？舒某某愣了一下，没说什么就把电话挂了。招商某某对承销费率是有规定的，最低不得低于募集资金的 1.2% 还是 1.5%，或者不低于固定金额 1,200 万元。在这个项目结束后，俞某某有一次跟孙乙聊起，为什么每个项目都有第三方协议支出，当时孙乙告诉俞某某，这些项目中除了第三方协议支出挖走

公司给团队的项目费用外，宜兴某某这个项目，李黎明在承销费用中又挖走了一块资金。事实上，李黎明作为团队负责人，所有项目的承揽、与项目公司就相关费用的洽谈都是他一个人去和对方接触的。李黎明还让肖甲跟舒某某说之所以将承销费用分别支付给招商某某和上海某某是招商某某的意思。

6、兴某某与招商某某签订的企业债券承销协议、国家发改委关于宜兴某某发行 2010 年企业债券核准的批复、中国农业银行记账凭证、宜兴某某记账凭证及发票等书证证实，宜兴某某聘用招商某某作为主承销商，负责承销本期债权，承销费率为本期募集金额的 0.82%，承销费 1,230 万元在发债时已扣除。

7、兴某某与上海某某签订的财务顾问协议、宜兴某某的记账凭证、中国农业银行结算业务申请书、委托付款书、上海某某、万某某某的发票及账户明细等书证证实，宜兴某某与上海某某约定的财务顾问费为 1,170 万元，宜兴某某依照协议及委托付款书，分别支付给上海某某 150 万元和万某某某 1,020 万元的事实。

对于该项目中虚构第三方协议支出费用的事实，被告人李黎明辩称宜兴某某企业债的项目中，华某村在项目运作过程中起了作用，因为项目中有些高层关系都是通过华某村约的，等于是招商某某通过华某村和Related的高层有了联系，所以也需要支付相关的费用给华某村，后来在蒋甲的安排下招商某某和无锡某某签了约，招商某某给无锡某某大约支付了 203.98 万元顾问费。

关于宜兴某某企业债项目中被告人李黎明虚构第三方协议支出费用的事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人蒋甲的证言证实，其没有向李黎明介绍过这个项目，不知道李黎明承揽了这个项目，没有提供过任何帮助，更没有出面向吴某某打招呼让吴某某或华某集团帮忙，其也从来没有收到过李黎明给的任何资金，更没有说过其中部分资金需要支付给吴某某。

2、证人舒某某的证言证实，其没有听说过无锡某某公司，也不认识华某集团的吴某某或包某某。在该项目中，其只接触招商某某的团队和由他们带过来的律师、会计师事务所及评级机构，没有其他第三方机构参与项目。

3、证人肖甲、洪甲的证言证实，宜兴某某企业债项目是宜兴农行介绍给招商某某的，在这个项目中招商某某分别和宜兴农行、无锡某某签订过第三方合作协议，但无锡某某没有提供任何服务，招商某某和无锡某某的合作协议文本是根据李黎明的要求拟定的，相关纸质协议打印出来后，无锡某某的两份是按照李黎明给的地址寄过去，或是直接交给李黎明带过去的。

4、证人吴某某、包某某、袁某某的证言及无锡某某出具的情况说明证实，在宜兴某某企业债项目中华某集团及下属的无锡某某均没有提供任何服务，从 2009 年 6 月到 2010 年 8 月，无锡某某陆续收到招商某某汇入的资金，李黎明说是他在招商某某的奖金，让无锡某某代收上述资金。但在 2011 年 8 月时，李黎明到无锡某某要求补签了几份招商某某与无锡某某的合作协议，实际上这些项目无锡某某都没有参与，也未开具过发票。无锡某某在收到招商某某支付的款项后全部划转给华某村委会。

5、宜兴某某项目立项申请报告、招商某某与宜兴农行签订的合作顾问协议、招商某某与无锡某某签订的合作协议、相关付款申请书、发票、记账凭证、无锡某某提供的发票及无锡地税局征管和科技发展处出具的说明等书证证明，宜兴某某企业债项目中，招商某某分别与宜兴农行和无锡某某签订合作协议，分别支付给宜兴农行顾问费 112.56 万元、支付给无锡某某顾问费 203.98 万元的事实。经查证，由李黎明提供给招商某某的无锡某某相关发票系假发票。

对该节中被告人李黎明的辩解，经查，宜兴某某企业债项目是宜兴农行介绍招商某某承做的，招商某某也为此与宜兴农行签订了合作协议并支付了相应的财务顾问费。但多名证人已证实该项目的承销费率是李黎明直接与宜兴市财政局商谈的，且最终商定费率为 1.6%，只是在

签订协议的时候被告人李黎明以招商某某在承揽项目中的惯例做法为由将费率拆分为 0.82% 和 0.78%，让宜兴某某分别与招商某某和上海某某签订协议，并最终将本应由招商某某收取的 1,170 万元承销费用划入了其实际控制的上海某某和万某某某账户。而案外人刘甲只是以招商某某员工的身份参与到该项目中，刘甲既没有承揽该项目，其在该项目中也绝非起到关键作用，且事后也没有从李黎明处得到钱款。故对被告人李黎明关于该项目系刘甲交由招商某某承做，是刘甲通过上海某某与宜兴某某签订协议的辩解不予采纳。同时，宜兴某某的舒某某表示其不认识吴某某等人，华某集团的吴某某及下属的无锡某某也都否认在该项目中提供过服务，并提出当初被告人李黎明谎称从招商某某打入无锡某某账户的钱款系其个人奖金，只是利用无锡某某账户挂账，事后为帮助被告人李黎明应付政府调查才补签了协议，且涉案的由李黎明提供给招商某某的无锡某某相关发票系假发票，故对被告人李黎明关于该项目中华某集团帮忙与上层关系沟通，通过无锡某某支付第三方协议费用的辩解不予采纳。

（九）南京某某增发项目

2009 年 8 月，招商某某承揽了南京某某股份有限公司（以下简称南京某某）非公开发行 A 股股票并上市项目，被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，谎称无锡某某为该项目的第三方合作公司，向招商某某申请第三方协议支出费用。2010 年 3 月，被告人李黎明借用无锡某某名义与招商某某签订《关于南京某某股份有限公司非公开发行 A 股股票并上市项目之合作协议》，2010 年 5 月，招商某某向无锡某某支付 168.8 万元财务顾问费。该笔费用通过华某村最终转入被告人李黎明实际控制的万某某某账户。

对上述事实，被告人李黎明辩称，南京某某的董事长周乙和吴某某的哥哥吴协东是好朋友，招商某某通过这层关系最终拿下了南京某某增发项目，因为这个项目是华某村介绍的，所以会通过与无锡某某签订第三方合作协议支付财务顾问费。

对该节事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人朱甲的证言证实，这个项目的经理办公会上，李黎明提出存在第三方，但是没有明确第三方的名称及作用。

2、证人周乙、王乙、朱乙的证言及南京某某出具的事项说明证实，南京某某在 1996 年上市，和一些主要券商包括招商某某都是有一定接触的，2006 年做股权分置改革时这些券商都知道南京某某打算之后进行非公开发行，所以在 2007 年陆续有国信证券、招商某某等券商询问，公司当时也根据券商的公开资料，先后向国信证券、招商某某、中某建投发出合作意向信息，最终根据券商的承销能力、承销费用报价等因素选择了招商某某作为公司增发项目的保荐承销机构。这个项目是公司直接与招商某某的李黎明洽谈的，期间没有出现其他第三方中介推荐的情况，无锡某某、华某集团没有提供任何中介服务，公司董事长周乙也完全不认识且从未接触过华某集团吴某某、吴协东、包某某等人，这些人员也未曾亲自或者委托他人向南京某某和周乙推荐介绍过招商某某。这个项目中，公司和相关部门的接触都是正常的程序性问题，没有遇到特别的疑难问题，不存在任何政府公关的问题，李黎明从来没有讲过需要第三方机构或个人出面协调公关。

3、证人蒋甲、吴某某、包某某的证言及无锡某某出具的情况说明证实，蒋甲没有向李黎明介绍过南京某某增发项目，不知道李黎明承揽了这个项目，没有提供过任何帮助，也没有收到过任何资金。吴某某不认识南京某某的周乙或其他高层，吴协东也都不认识南京某某公司的人，与该公司没有接触。该项目与华某集团及下属公司包括无锡某某均没有关系，更没有提供项目服务。无锡某某与招商某某签订的南京某某增发项目合作协议纯属虚构，公司没有留存相关协议。

4、证人刘甲、孙乙、肖甲的证言证实，刘甲没有参与南京某某增发项目，在项目中上海某某、万某某、无锡某某没有人提供任何服务。这个项目没有通过华某村方面牵线搭桥，周

乙从来没有提到过他认识华某村的任何人。招商某某和无锡某某签订的合作协议，也是根据李黎明的意思拟定的。

5、相关立项申请报告、招商某某与南京某某签订的保荐协议、承销协议、南京某某记账凭证和相关发票等书证证实，南京某某增发项目中南京某某与招商某某约定的保荐费为 300 万元、承销费为 1,500 万元，后南京某某按照协议已支付给招商某某保荐费 100 万元及承销费 1,500 万元的事实。

6、招商某某与无锡某某签订的合作协议、付款回单、付款申请书、记账凭证、无锡某某提供的发票、无锡地税局征管和科技发展处出具的说明、上海市公安局物证鉴定中心鉴定书等书证证实，南京某某增发项目中招商某某与无锡某某签订合作协议，约定财务顾问费为 168.8 万元，后招商某某按照协议将 168.8 万元财务顾问费支付给无锡某某，无锡某某提供相应发票的事实。同时经鉴定，无锡某某与招商某某签订的合作协议上“无锡某某投资担保有限公司”、“胡甲之印”印文系伪造的印文，由李黎明提供的无锡某某发票系伪造的发票。对该节中被告人李黎明的辩解，经查，南京某某增发项目是南京某某在比较了多家证券公司后根据券商的承销能力、承销费用报价等因素选择招商某某作为保荐承销机构，不存在第三方中介推荐的情况，公司董事长周乙也完全不认识且从未接触过华某集团吴某某、吴协东、包某某等人，同时在项目过程中无锡某某与华某集团没有提供任何服务，招商某某和无锡某某签订的合作协议，也是根据李黎明的意思拟定的。案发后提取的无锡某某与招商某某就该项目签订的合作协议上“无锡某某投资担保有限公司”、“胡甲之印”印文系伪造的印文，由李黎明提供的无锡某某发票系伪造的发票。上述查证的事实足以证明在南京某某增发项目中，被告人李黎明虚构第三方支出费用的存在，通过伪造的合同及发票从招商某某骗取了 168.8 万元财务顾问费。

（十）天某某 IPO 项目

2007 年至 2010 年，招商某某承揽了天某某股份有限公司（以下简称天某某）公开发行股票承销项目，被告人李黎明利用其担任该项目团队负责人的职务便利，谎称无锡某某为该项目的第三方合作公司，向招商某某申请第三方协议支出费用。2010 年 8 月，被告人李黎明借用无锡某某名义与招商某某签订《关于天某某股份有限公司首次公开发行 A 股股票并与中小板上市项目之合作协议》，同月，招商某某向无锡某某支付 140.69 万元。该笔费用通过华某村最终转入被告人李黎明实际控制的万某某账户。

对上述事实，被告人李黎明辩称，招商某某通过华某村的关系与江南证券建立了全面战略合作，天某某和江南证券的股东之一都是中国航天集团深圳公司，通过这层关系，招商某某取得了天某某 IPO 项目。另外其通过蒋甲介绍认识了东某证券的董事长朱克敏，从东某证券处获得了常发制冷 IPO 项目，后来招商某某把常发制冷 IPO 项目给了江南证券，所以江南证券就同意把天某某 IPO 项目给招商某某。综上，因为蒋甲介绍、华某村的关系招商某某才拿到的项目，所以招商某某会和无锡某某签订协议，支付财务顾问费。

对该节事实，有下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人朱甲的证言证实，天某某 IPO 项目最开始是李黎明团队在做，后来到证监会上会时没有通过，天某某很不满意，招商某某就决定由其代替李黎明负责这个项目，最后成功上市。项目之初李黎明提出这个项目是通过第三方承揽到的，需要申请第三方协议支出费用，但没有提及第三方的名称和作用，成功上市后，李黎明就提出要第三方承揽费用，招商某某经过讨论后还是同意支付。但其负责的时候并不知道第三方是谁。

2、证人曾某的证言证实，其所在的中国航某技术深圳有限公司是天某某的第一大股东，2006 年天某某考虑 IPO 上市，当时聘请了广发证券做保荐机构，后来广发证券认为发行有障碍，就主动退出了，天某某只能另外再寻找其他券商来做保荐机构。当时，一方面中国航某技术深圳有限公司与招商某某一直存在合作关系，有合作基础，另一方面，在广发证

券退出时，招商某某就知道了天某某 IPO 项目，而招商某某的洪甲撰写了一份可行性方案，天某某觉得招商某某是有想法也有能力的，所以就决定由招商某某来负责这个项目。可以说，天某某 IPO 的项目不是通过某个第三方机构或个人来承揽的，而是天某某直接和招商某某发生合作关系。

3、证人毛某某的证言证实，天某某最初准备 IPO 上市的时候是由广发证券做保荐券商的，后来广发证券退出了，当时由天某某大股东中国航某技术深圳有限公司来物色保荐券商，最终通过天某某董事会讨论决定，由招商某某具体负责实施。一开始招商某某的团队负责人是李黎明。后来因为天某某的上市申请被证监会否决，招商某某积极弥补后果，更换了包括李黎明在内的全部团队人员，并由朱甲任团队负责人，天某某于 2008 年 11 月第二次向证监会提出上市申请，2010 年 6 月，正式完成上市工作。整个过程中，除会计师事务所、律师事务所、评估机构、保荐人这 4 块，没有其他机构或个人为天某某提供过服务，其没有听说过无锡某某的名字，它也不可能为这个项目提供任何服务。

4、证人刘甲、田乙、洪甲、丁某、孙乙的证言证实，天某某 IPO 项目中除了审计、评估、法务之外，没有其他第三方机构提供过服务。在项目过程中从未见过或接触过江南证券的人，也没有看到过江西省领导或华某村方面的人出面协调过相关事宜，刘甲也完全没有参与这个项目。

5、证人蒋甲、吴某某、包某某的证言及无锡某某出具的情况说明证实，蒋甲从来没有向李黎明介绍过天某某这个项目，不知道李黎明承揽了这个项目，也没有提供过任何帮助。吴某某也表示其不认识江南证券的人，李黎明也从来没有向其提起过天某某 IPO 的事情。华某集团与下属公司包括无锡某某与这个项目没有关系，更没有提供过服务，无锡某某与招商某某签订的天某某 IPO 项目合作协议也纯属虚构。

6、天某某立项申请报告、相关保荐协议、承销协议、发票及记账凭证等书证证实，天某某 IPO 项目由中国航某技术深圳有限公司介绍给招商某某，招商某某与天某某签订了保荐协议、承销协议及天某某按照协议支付招商某某相关承销费用的事实。

7、招商某某与无锡某某签订的合作协议、付款回单、付款申请书、记账凭证、无锡某某提供的发票、无锡地税局征管和科技发展处出具的说明、上海市公安局物证鉴定中心鉴定书等书证证实，天某某 IPO 项目中招商某某与无锡某某签订合作协议，约定财务顾问费为 140.69 万元，后招商某某按照协议将 140.69 万元财务顾问费支付给无锡某某，无锡某某提供相应发票的事实。同时经鉴定，无锡某某与招商某某签订的合作协议上“无锡某某投资担保有限公司”、“胡甲之印”印文系伪造的印文，由李黎明提供的无锡某某发票系伪造的发票。对该节中被告人李黎明的辩解，经查，天某某 IPO 项目是天某某大股东中国航某技术深圳有限公司经过物色，由天某某与招商某某直接接触，并经天某某董事会讨论后决定由招商某某承做的，不存在第三方介绍的情况。华某集团的吴某某也不认识江南证券的人，更不存在招商某某通过华某村的关系与江南证券建立战略合作关系的事实，且在项目中华某村及其下属的无锡某某公司均没有提供任何服务。案发后提取的无锡某某与招商某某就该项目签订的合作协议上“无锡某某投资担保有限公司”、“胡甲之印”印文系伪造的印文，由李黎明提供的无锡某某发票系伪造的发票。上述查证的事实足以证明在天某某 IPO 项目中，被告人李黎明虚构第三方支出费用的存在，通过伪造的合同及发票从招商某某骗取了 140.69 万元财务顾问费。

三、关于本案事实中部分资金流向问题

上述第（五）至第（十）节犯罪事实中招商某某依据第三方协议支出支付给无锡某某的钱款合计 13,666,910.8 元，2009 年 3 月至 2010 年 12 月，李黎明通过肖丙、鲁证某某、无锡新峰某某公司、刘甲、李 A 打到华某村委会账户 30,675,018.1 元。此后通过让华某村代持上海某某股份为上海某某增资 3000 万元，再利用西某某公司账户过账将上述 3000 万元

钱款转入由被告人李黎明实际控制的万某某某账户，截止案发时留在华某集团账户上属于被告人李黎明的钱款还有 14,341,928.9 元。

对无锡某某所收的 1,366 万余元钱款的去向，被告人李黎明辩称其没有使用无锡某某收到的 1,366 万余元资金中的任何资金，不知其去向。对上海某某通过华某集团增资的 3,000 万元的来源，李黎明辩称来源如下：1、通过肖甲账户汇入华某村曹乙账户 1,700 万余元，而肖甲账户资金的来源是周甲、林某、李涛（是张乙的资金）、张乙（是其清华同学王丙的妻子）、王丙、齐某等人投资无锡某某股权的资金，还有李 A 和上海某某或万某某某公司转入的资金，以及俞某某的资金；2、之前刘甲和李 A 曾各转入华某村账户 230 万元；3、其与刘甲向华某村的吴某某借了 900 万元。此外被告人李黎明称案发时华某村账上留有的 1,400 余万元钱款与其无关。

上述资金的去向，由下列经庭审质证属实的证据予以证实：

1、证人袁某某的证言证实，从 2009 年 6 月到 2010 年 8 月，其所在的公司无锡某某陆续收到招商某某汇入的资金共计 1,366.6911 万元，其中 949.138 万元是打到无锡某某在农行华某支行账户的，其公司收到上述款项后将资金打到华某村委会账上，另有 471.5531 万元，是通过汇票过来后，由其公司背书给了华某村委会。这些资金全部都是其公司应招商某某李黎明的要求挂账的，当时他与包某某说这是他在招商某某的奖金，让其公司代收上述资金，所以其公司是以往来账目名义将资金挂账。公司收到上述款项后，从未开具过相应的发票，其看到的无锡某某开具给招商某某的发票的抬头、印章和开票人全部都不对。2010 年包某某帮李黎明做为上海某某增资的事情，增资资金为 3,000 万元，钱是李黎明自己的资金，汇款申请是其经办的。当时包某某让其核对一下李黎明存放在华某村村委会账上的资金不够 3,000 万元，经核对，李黎明通过招商某某汇入的资金是 1,300 多万元，李黎明在 2010 年 8 月 31 日又汇入 1,700 多万元，两笔资金已经超过 3,000 万元了，其就填写了汇款申请单。在增资过程中，李黎明没有向无锡某某借款，也没听说向华某集团借款。

2、证人吴某某的证言证实，包某某曾提起李黎明想请华某集团代持上海某某的股份，但其没有详细过问。后来其才知道包某某应李黎明要求办理了华某集团受让上海某某股份的事情，还应李黎明要求将他挂在华某集团账上的 3,000 万元用于给上海某某增资，事实上，华某集团没有实际出资受让上海某某的股份，增资的资金也是李黎明自己的资金。

3、华某集团出具的情况说明证实，华某集团账上的 4,434 万余元系李黎明所有，汇出的 3,000 万元是李黎明要求借用华某集团名义为上海某某增资，目前尚有 1,400 万余元资金挂在华某集团账上，也是李黎明的资金；华某集团受让上海某某股份并未实际出资，增资 3,000 万元是李黎明要求的，华某集团不享有上海某某的实际经营和控制权；华某集团未参与入股西某某，不享有该公司的股东权益。

4、证人包某某的证言证实，李黎明在 2009 年至 2010 年陆续将 1,366 万余元汇到无锡某某的账上，这些钱李黎明当时说是他在招商某某做项目得到的奖金，个人不方便收，让华某集团代收一下。在 2010 年 8 月，李黎明又有资金让其代收，因为这笔资金李黎明是通过一些个人账户打过来的，所以其就让会计曹乙用个人账户收下了李黎明打过来的 1,700 多万元资金并转到华某村委会。除了上述 3,000 万余元资金外，李黎明还通过其他一些公司账户及刘甲、李 A 等个人账户陆续汇款给无锡某某共计 1,366 万余元，李黎明也说是他在招商某某的提成奖金，让华某集团代收一下，所以华某集团一共收到李黎明的资金是 4,400 余万元。2010 年 3 月，李黎明向其提出希望华某集团受让他控制的上海某某并增资 3,000 万，因为他本身就有资金在华某集团账上，并提出只是将自己的资金拿回，与华某集团无关，其就同意了。2010 年 9 月，其安排戴某某将李黎明挂在华某集团账上的 3,000 万元汇至上海某某作为增资款，上海某某是由李黎明实际控制的，公章等所有材料都是李黎明保管的，华某集团只是名义上的持股和增资，资金都是李黎明的。李黎明放在华某集团账上的资金有 4,

400 余万元，减去向上海某某增资的 3,000 万元，李黎明目前还有另外 1400 万余元留在华某集团的账上，李黎明也从来没有向华某集团及下属公司借过钱。2010 年 9 月，戴某某说李黎明有一笔 3,000 万的资金汇到华某集团账上过账并要求华某集团汇到万某某账户，其让李黎明出具了授权声明后就办理了汇款 3,000 万至万某某的手续，事后其才知道这笔资金是从西某某汇过来的。2011 年 9 月，李黎明打电话对其说可能会有相关部门到华某集团调查招商某某打款 1,366 万余元到无锡某某的事情，让其就说是无锡某某提供了相关项目的中介而收到的顾问费用，并在李黎明的要求下补签了相关协议。

5、证人戴某某的证言证实，2010 年下半年，李黎明打电话给其，让其去找肖丙办理华某集团给上海某某增资扩股的事情，其请示包某某同意后，填写了 3,000 万元的汇款单，办理了汇款手续，和肖丙一起办理了增资的事宜。实际上增资的资金不是华某集团的，只是李黎明安排了 3,000 万元资金在华某集团账上走一下。2010 年 9 月，肖丙与其联系让华某集团代收 3,000 万元并代付至万某某，其与肖丙一起草拟了代收代付委托书，并传真给李黎明签字后办理了 3,000 万元汇至万某某的手续。另外，在 2010 年 8 月，李黎明曾提出如果在增资时他的资金不够，可能需要从华某集团借部分资金，后来李黎明从北京传真了一份借款合同，金额是 900 万元，其敲了华某集团的章，但是公司最终有无履行这份合同其不知道。

6、证人赵乙的证言证实，2008 年华某集团通过招商某某发行 20 亿元的企业债券，从 2009 年 7 月至 2010 年 12 月间，从招商某某分 6 大笔通过无锡某某打到华某村委会账上共计 13,666,910.8 元，2009 年 3 月至 2010 年 12 月，李黎明通过肖丙、鲁证某某、无锡新峰某某公司、刘甲、李 A 打到华某村委会账户 30,675,018.1 元。这样 2009 年至 2010 年李黎明一共存放在华某集团账户的资金是 44,341,928.9 元。2010 年 9 月 1 日，华某集团转账 3,000 万到上海某某，代李黎明持股进行增资扩股。2010 年 9 月 6 日、7 日，从江西西某某公司打到华某集团账户共计 3,000 万元，之后我们根据李黎明发来的委托付款书，将该笔 3,000 万元转到了万某某的邮政储蓄银行账户。

7、证人肖甲的证言及其账户明细证实，2010 年 8 月，李黎明对其说有一些资金会转入其账户，让其收到资金后再根据他的指令划出去，之后其账户就陆续收到林某、周甲等人汇入的总计 1,700 万余元资金，后来李黎明给了其一个姓曹的户名和账户，其就把上述资金全部汇入了该账户。2010 年 7、8 月，李黎明让其打印了一份内容为借款的话，李黎明签字后，让其传真给华某集团戴某某，但华某集团是否借款给李黎明其不知道。

8、证人廖某某、肖乙的证言证实，2010 年 2 月，上海某某与西某某公司签订了 500 万股权转让协议，总金额是 3,000 万元，上海某某在 2010 年 3 月将这 3,000 万资金打入了西某某公司账户。在 2010 年 9 月，李黎明说有一笔资金要从西某某的账上过一下，后上海某某于 2010 年 9 月 6 日将 3,000 万元资金打到西某某公司账上，当天和次日，廖某某就安排肖乙将这 3,000 万元资金分成 5 笔转至江苏华某集团公司账户。

9、华某集团出具的李黎明存放在华某的资金情况说明、无锡某某公司账户清单、辅助明细表及记账凭证、转账支票存根、华某集团出具的华某村委会账户明细、进账单、记账凭证、无锡某某出具给招商某某的发票等书证证实，从 2009 年 7 月至 2010 年 12 月间，从招商某某分 6 笔通过无锡某某打到华某村委会账上共计 13,666,910.8 元，2009 年 3 月至 2010 年 12 月，李黎明通过肖丙、鲁证某某、无锡新峰某某公司、刘甲、李 A 打到华某村委会账户 30,675,018.1 元。共计 44,341,928.9 元。无锡某某出具给招商某某的 10 张发票记载财务顾问费共计 13,666,911 元，经袁某某确认，均不是无锡某某公司开具的发票。

10、上海某某股权转让协议、华某集团出具的情况说明、华某集团汇款申请书、记账凭证、农业银行单据、招商银行收款回单等书证证实，许乙转让其 90% 上海某某股权给华某集团，

华某集团将 3,000 万元汇入上海某某的账户,但华某集团实际并未出资,仅为上海某某挂名股东的事实。

11、西某某的记账凭证、银行记账回执、交通银行单据、华某集团记账凭证、委托付款书、华某集团汇款申请书、电子银行转账凭证、万某某某账户查询等书证证实,2010 年 9 月 6 日上海某某支付 3,000 万元给西某某公司,同月 6 日、7 日西某某分 5 笔将 3,000 万元转入华某集团账户,后华某集团根据李黎明出具的委托付款书于 9 月 8 日将 3,000 万元支付到万某某某账户的事实。

12、北京好某某装饰有限公司说明、建设工程施工合同、银行汇兑凭证、好某某公司的收据等书证证实,李黎明及上海某某购买北京房屋两套,上海某某于 2010 年 9 月 9 日通过万某某某付款 4,308,963 元至好某某公司,用于支付上述 2 套房屋的装修改造款。

13、上海公信中南会计师事务所有限公司司法鉴定意见书证实:

(1)截止 2010 年 9 月 1 日华某集团代李黎明投入上海某某的增资款 3,000 万元时,华某村委会其他应付款中有收到的与李黎明相关资金为 35,272,510.80 元;截至 2012 年 6 月 29 日止,华某村委会其他应付款中有收到的与李黎明相关资金为 44,341,928.90 元,华某集团长期投资中有代李黎明投入上海某某的增资款 3,000 万元,两者抵抵后华某村委会其他应付款中尚有收到的与李黎明相关资金为 14,341,928.90 元。

(2)2010 年 9 月 1 日,华某集团投入上海某某增资款 3000 万元后,该增资款先后通过上海某某、西某某公司、华某集团账户于 2010 年 9 月 3 日划入万某某某账户,后该 3000 万元资金被用于上海某某支付北京西城区新华里 16 号院 10 号楼 3 单元 1101 室房屋的购房款、李黎明和上海某某支付北京西城区新华里 16 号院 10 号楼 3 单元 1001 室、1101 室两套房屋的装修改造款、归还被李黎明使用的方某某对新某某公司、无锡四方友信股份有限公司、深圳市金信诺高新技术股份有限公司的投资款及其他李黎明的个人借款等。

对被告人李黎明的辩解,经查,被告人李黎明通过虚构第三方协议支出从招商某某套取财务顾问费及其他方式陆续转入华某村账户资金达 4,400 余万元,后通过由华某集团代持上海某某股份向上海某某增资及借用西某某公司过账等方式将其中 3,000 万元转入其实际控制的万某某某账户。在华某集团向上海某某增资 3,000 万元时,华某集团账户中属于李黎明的资金已远远多于 3,000 万元,故李黎明根本无需向华某集团借款,且被告人李黎明也无充足证据证实其从华某集团借出过 900 万元。故对被告人李黎明关于无锡某某打入华某集团的 1,366 万余元与其无关,以及案发时留在华某集团账上的 1,400 余万元钱款与其无关的辩解不予采纳。

2012 年 6 月 28 日,被告人李黎明主动至公安机关接受调查,但到案后对其犯罪事实拒不供述。案发后公安机关查封、冻结了被告人李黎明及其控制下的个人账户及上海某某的相关财产,主要包括:上海某某持有 3,000 万元西某某股权、上海市浦东新区花木路 1883 弄御翠园七期 316 号全幢别墅、上海市浦东新区长岛路 XXX 弄 XXX 号 XXX 室房产、北京市西城区新华里 16 号院 10 号楼 3 单元 1001 号房产、北京市西城区新华里 16 号院 10 号楼 3 单元 1101 号房产、华某集团账上剩余 14,341,928.90 元、许乙账户上的 680,288.25 元、上海某某名下的牌照为沪 H8XXXX 宝马汽车一辆。

本院认为,被告人李黎明利用职务便利,以拆分承销费用或虚构第三方公司申请第三方协议支出的手段将本单位财产人民币 5,256 万余元非法占为己有,数额巨大,其行为已构成职务侵占罪,公诉机关指控的事实及罪名成立,予以支持。被告人李黎明虽然对每节事实都作出了辩解,但其辩解均被相关项目的当事人一一否认,相关书证也证实了涉案资金最终流向了被告人李黎明个人账户或其实际控制的万某某某账户,并用其于个人消费、投资或还债。其中还出现多次伪造协议、伪造印章及伪造发票的行为,足见被告人李黎明将本单位财产非法占为己有的主观故意,故对被告人李黎明的辩解及其辩护人的辩护意见不予采纳。案发后,

公安机关查封并冻结了相关涉案财产，被害单位的损失基本得到了挽回，对被告人李黎明可以酌情从轻处罚。综合本案的犯罪情节、犯罪后果及被告人李黎明到案后的悔罪表现，依照《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人李黎明犯职务侵占罪，判处有期徒刑八年，并处没收财产人民币二百万元。

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2012年6月28日起至2020年6月27日止。）

二、冻结在案的现金直接发还被害单位，不足部分以查封在案的财产折价变现后发还被害单位或责令被告人李黎明继续退赔。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向上海市第一中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审判长 肖波

代理审判员 师坤鹏

人民陪审员 戴雨珍

二〇一四年四月二十二日

书记员 陆玮

李某甲非国家工作人员受贿罪一审刑事判决书

利辛县人民法院

刑事判决书

(2014)利刑初字第 00475 号

公诉机关利辛县人民检察院。

被告人李某甲，男，1985 年 11 月 21 日出生，汉族，2010 年 3 月至案发时系中国建筑一局集团有限公司安徽分公司市场部业务员。住合肥市瑶海区，2013 年 8 月 27 日因涉嫌犯串通投标罪到亳州市公安投案，同年 11 月 24 日因涉嫌犯受贿罪被利辛县人民检察院决定取保候审。现取保候审在其住所。

辩护人刘大云，安徽承义律师事务所律师。

辩护人张杰，安徽承义律师事务所律师。

利辛县人民检察院以利检刑诉(2014)391 号起诉书指控被告人李某甲犯受贿罪，于 2014 年 7 月 23 日向本院提起公诉。期间退回补充侦查一次，本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。利辛县人民检察院指派检察员路万里出庭支持公诉。被告人李某甲及其辩护人刘大云、张杰到庭参加诉讼。现已审理终结。

利辛县人民检察院指控：2011 年 3 月份，亳州市招投标服务中心发布亳州市南部新区安置还原小区 E1 区段招标公告，参与投标的单位有中建一局（集团）有限公司、中建三局建设工程股份有限公司、中国建筑第四工程局有限公司、中博建设集团有限公司参与投标。在投标期间，中博集团有限公司副经理等人王某、杨某甲、李某乙（均另案处理）通过事前预谋，以向其他参与投标单位、人员支付好处费的形式，以期获得相关投标单位的配合，以取得中博公司最终中标的结果，并约定该工程中标后与王某等三人平分工程量。通过与中建一局参与投标人员被告人李某甲和姜某（另案处理）、詹某的沟通协商，被告人李某甲和姜某、詹某答应了在标书时予以配合。同时由姜某出面做中建四局参与投标人员的工作，以保证中博公司中标，2011 年 6 月初，E1 区标段控制价公布后，中博公司分两次支付陪标费 950 万元，并通过姜某和被告人李某甲向陪标单位及个人支付陪标费，被告人李某甲和姜某支付了相关陪标单位及个人陪标费后，二人把余下的 265 万私分，其中李某甲分得 100 万元。期间被告人李某甲和姜某还收受王某等人所送好处费 30 万元，二人各分得 15 万元。同年 6 月 13 日，亳州市南部新区安置还原小区 E1 区工程开标，中博建设集团有限公司中得该标段。公诉机关提供了书证、被告人供述与辩解、证人证言等证据，认为被告人李某甲的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第三百八十五条，提请本院以受贿罪追究其刑事责任。

被告人李某甲对起诉书正在指控的事实没有异议。

辩护人对本案的事实无异议，认为被告人的身份不具备国家工作人员资格，不构成受贿罪。

经审理查明：2011 年 3 月份，亳州市招投标服务中心发布亳州市南部新区安置还原小区 E1 区段招标公告，参与投标的单位有中建一局（集团）有限公司（以下简称中建一局）、中建三局建设工程股份有限公司（以下简称中建三局）、中建第四工程局有限公司（以下简称中建四局）、中博建设集团有限公司（以下简称中博公司）参与投标。在投标期间，中博公司副经理陈某等人王某、杨某甲、李某乙（均另案处理）通过事前预谋，以向其他参与投标单位、人员支付好处费形式，以期获得相关投标单位的配合，以取得中博公司最终中标的结果，并约定该工程中标后与王某等三人平分工程量。通过与中建一局参与投标人员被告人李某甲和姜某（另案处理）、詹某的沟通协商，被告人李某甲和姜某、詹某答应了在标书时予以配合。同时由姜某出面做中建四局参与投标人员的工作，以保证中博公司中标，2011 年 6 月初，E1 区标段控制价公布后，中博公司分两次支付陪标费 950 万元，并通过姜某和被告人李某甲向陪标单位及个人支付陪标费，姜某安排被告人李某甲支付了相关陪标单位及个人

陪标费后，二人把余下的 265 万元私分，其中李某甲分得 100 万元。期间被告人李某甲和姜某还收受王某等人所送好处费 30 万元，二人各分得 15 万元。同年 6 月 13 日，亳州市南部新区安置还原小区 E1 区工程开标，中博建设集团有限公司中得该标段。

案发后，被告人李某甲已退出全部赃款。

另查明，被告人李某甲于 2013 年 8 月 27 日因涉嫌犯串通投标罪到亳州市公安局投案，并如实供述自己的罪行。被告人李某甲于 2014 年 4 月 22 日 23 时许，在合肥市南一环路与金寨路交叉处，协助公安机关抓获一名正在转移赃物的盗窃嫌疑人罗江飞，该犯于 2014 年 7 月 29 日被合肥市蜀山区人民法院判处有期徒刑七个月。

被告人李某甲系与中建一局（集团）公司签订的劳动合同，在本案案发时，被告人李某甲系与中建一局（集团）公司安徽分公司霍山“新天地”住宅项目部签订劳动合同。其不是经国家机关、国有公司、企业、事业单位提名、推荐、任命、批准等方式，也没有在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理的人员，其主体身份应为非国家工作人员。

上述事实，经当庭举证、质证的下列证据证实：

一、书证

- 1、企业法人营业执照，证明中建建筑一局（集团）有限公司企业，系有限责任公司（法人独资），经营范围施工民承包、专业承包、工程项目管理等；
- 2、中建一局安徽分公司证明，证明李某甲同志于 2010 年 3 月 18 日-2012 年 12 月 31 日与安徽分公司霍山“新天地”住宅项目部签订了劳动合同。其原因是为了让李某甲同志到项目部实习锻炼，分公司特要求李某甲同志与霍山项目部签订了为期 2 年 9 个月的劳动合同；
- 3、劳动合同书，证明李某甲和中建一局签订了劳动合同（合同期自 2008 年 3 月 18 日至 2010 年 3 月 18 日止）；
- 4、与中建一局北京施工总承包工程分公司签订了劳动合同。（合同期自 2012 年 12 月 31 日至 2017 年 12 月 31 日止）；
- 4、到案经过，证明 2013 年 8 月 27 日，被告人李某甲因涉嫌犯串通投标罪主动到亳州公安局投案，并如实供述了全部犯罪事实；
- 5、户籍证明，证明被告人李某甲已达到刑事责任年龄；
- 6、亳州市南部新区安置还原小区 E1 区评标报告书、招标文件、建设工程施工合同，证明投标单位中博建设有限公司、中建一局、中建三局建设工程股份有限公司、中建建筑第四工程局有限公司。后中博建设有限公司中标并与亳州市重点工程建设管理局签订施工合同，标的额 13 亿余元。证明 E1 招投标情况及李某甲所在中建一局参与了投标，中博公司技术标（22.09）、商务标（68.68）两项得分均高于其它三家以第一名中标的事实；
- 7、银行帐户明细帐，证明工行安徽分行明细单，李某甲的帐户 13×××03 于 2011 年 7 月 14 日在合肥天鹅湖支行取现金 115 万元。李某甲帐户（18×××73）于 2011 年 6 月 11 时从王某帐户（185×××4638）中转入 36 万，于 2011 年 6 月 28 日、30 日收到现金付 100 万、36 万元（对方帐号 18×××46）；
- 8、亳州市纪委暂扣、封存物品登记表，暂扣李某甲个人非法所得款 1897000 元。证明李某甲在案发后退赃情况。

二、证人证言

- 1、证人姜某证言，证明王某、杨某甲、李某乙到合肥中建一局安徽分公司，他们说已经和中博建设集团有限公司谈好合作投标 E1 区的事情了，中标后工程量平分，陪标费各出一半。李某乙告诉他和李某甲，参与 E1 区投标单位是中建一、三、四局和中博公司。因为王某不认识中建四局的人，想让他出面做通中建四局的工作，他同意了。王某说詹某不知道几家投标单位，还想虚报一家投标单位，以减少支付给詹某的陪标费用，他就同意了王某的要求。

后来，他找到时任中建四局第六建筑工程有限公司安徽分公司党委书记常某（分管市场），让他帮帮忙，配合一下，给陪个标。后常某答应了陪标请求，他许诺给常某 100 万元陪标费。他和李某甲说，除去给三局、四局以及他们公司的陪标费后，剩下的钱归他们个人，是他靠个人本事忽悠的，也不占公司的便宜。李某甲表示同意，当时没说每人分多少钱。

2011 年 5 月底，杨某甲联系李某甲，说中博公司的人想和他们见面，谈谈合作投标的事情。第二天，中博公司的副总经理陈某等三个人到达合肥，在这期间，王某给他打电话，告诉他，和中博公司商谈的陪标费是按中标价的 1.5% 支付，他又把此事告诉李某甲，让李某甲别说穿帮了。王某、杨某甲、李某乙带着陈某等人到他们公司后，他同意给中博公司陪标。提出想见见中建三局、四局人，他告诉王某、杨某甲、李某乙等人，没有必要和中建三局、四局的人见面，工作由他来做，不会出问题的，请放心。然后提到标书编制问题，他说各单位编制自己的标书，中博公司的标书编制结束前，把标书拿给他审查一下，把把关，防止废标。几天后，王某、杨某甲、李某乙和中博公司的陈某等人和做标书技术人员到他们公司，并带着标书。陈某等人、王某、杨某甲、李某乙在他办公室商谈 E1 区的投标事宜。他说不要操心中建三局、四局，两家的的工作由他负责去做。在商谈商务标时，陈某等人想把他们 E1 区的报价在控制价的基础上下浮 4 个点，他说，“中建系统的三家投标单位的业绩和实力以及加分奖项都比中博公司强，如果报价接近的话，谁也不能保证中博公司中标”。他让他们公司的报价要在控制价的基础上下浮 5 个多点，其他投标单位的报价在控制价基础上下浮 3 个点左右，陈某他们同意了他提出的投标报价。李某甲说，在不废标的前提下，陪标单位少放业绩和加分奖项，再抽出一部分人员的证件，以减少加分因素，这样就能确保中博公司中标。他就骗陈某等人说，“已经和杨某甲、王某、李某乙谈好了，按中标价的 1.5% 支付陪标费。并让中博公司在控制价公布后的两天内，要将 1.5% 的陪标费以现金形式支付给他，由他再与另外两家分配。”2011 年 6 月初，亳州市重点工程建设管理局公布 E1 区的控制价为 13.9 亿多。杨某甲通知中博公司的陈某，将陪标费送到他们公司。王某、杨某甲、李某乙等人先到他们公司，王某、杨某甲、李某乙也带了一部分现金，故意让中博公司的人看看，表明他们也支付陪标费了。因中博公司从银行取现时，银行没有那么多现金，中博公司的人第一次给他们送了 270 万元的现金，他们和王某、杨某甲、李某乙见面后，将 270 万元现金交给李某甲清点，然后李某甲和王某一起把钱存入王某在合肥的中行卡上。第二天或者第三天，陈某又送了 680 万元现金，李某甲把 680 万元现金放在办公室里。陈某走后，他打电话给詹某，让他领取陪标费。詹某算出了每家得到 251 万元陪标费。他让李某甲先支付给詹某 201 万元，余下的 50 万元等开标后再支付，李某甲把 201 万元现金支付给詹某。然后把 100 万元现金给了常某。680 万元现金，除去支付给詹某 201 万元，支付给常某 100 万元，剩余 379 万元。他安排李某甲和王某把这 379 万元现金存入王某的银行卡中。后来，他和李某甲把 50 万元陪标费支付给詹某了。2011 年 6 月 13 日，中博公司顺利中标。前期通过银行转账和现金，支付给李某甲一部分。后来，他们在一起结算陪标费时，王某、杨某甲、李某乙为了感谢他和李某甲，提出给他们 30 万元的好处费，他表示同意。通过结算，存入王某卡中 649 万元陪标费，除去前期支付给他们的之外，再除去他们欠王某的 E2 区 27 万元陪标费，王某还应支付给他们一定的金额，结算清楚后，王某把余下的金额和给他们的 30 万元好处费，都陆续通过银行转账和支付现金的形式支付给他们了。王某给的 30 万元好处费，他和李某甲每人 15 万元。950 万元陪标费除去支付给詹某 251 万，常某 100 万，他公司的 334 万元，余下 265 万元，他拿 150 万元，李某甲得到 100 万元，剩余 15 万元作为他的零花钱。

2、证人王某证言，证明 2011 年初，他们通过亳州市重点工程建设管理局的张某庚知道亳州市南部新区安置还原小区 E 区有三个标段将要招标，但投标单位应具有特级资质，他们想挂靠资质参与投标，做点工程。2013 年 3 月中旬亳州市发布了亳州市南部新区安置还原小区 E1 区和 E2 区一、二标段招标公告。

E2 区两个开标后，李某乙通过张某庚打探出参与 E1 区投标单位是中建一、三、四局和中博公司，因中建一、三、四局都是国有企业，不好谈合作，中建一局已经中标 E2 区二标段了，按规定，不能再中标 E1 区，所以他和杨某甲、李某乙三人就想和中博公司合作。后通过程根法联系上中博公司，经与中博公司的刘某、陈某等人协商后达成一致意见“陪标费按中标价的 1.5% 支付，双方各承担一半，在控制价出来的后两天之内，以现金形式支付，如果由于中博公司自身原因，造成废标、流标、不中标，陪标费不退还，如果其他三家投标单位因做标书的原因，造成废标、流标，或者其它单位中标，费用双倍退还”；中博公司中标后，双方平分 E1 区工程，他们上交中博公司 1% 的管理费；投标保证金及银行履约保函由中博公司承担；由他们负责协调业主单位、代建单位以及其它投标单位的关系。”后与中博公司签定了协议。

他们到合肥和姜某说，和中博公司合作投标 E1 区的事情已谈的差不多，李某乙把参与投标 E1 区的单位名单告诉了姜某。他们请求姜某去做中建四局的工作，姜某满口答应。他和姜某说，詹某不知道几家投标单位，他提议多报一家投标单位，少给詹某陪标费，姜某也不喜欢詹某，另外，姜某也能从中得到好处，姜某就同意了。从这之后，他们就和詹某说 E1 区是 5 家投标单位，实际是 4 家投标单位。期间，他给姜某打电话说，他们和中博公司是按中标价的 1.5% 谈的陪标费，让他们和陈某见面时，别说是按 0.8% 谈的，让他也安排一下李某甲，别说漏了，姜某同意了。第二天，他们和陈某、沈某等人到中建一局安徽分公司。陈某他们问姜总，中建一局是否同意陪标，姜某说已近和他们谈好了，配合中博公司中标 E1 区工程。陈某他们又提出想和中建三局、四局的人见面，姜某说没有必要，中建三局、四局都是合作单位，相互配合的都很好，不会有问题的。他们又谈了做标书的问题，姜总让各家做各自的标书，中建一局负责审查中博公司的标书，防止废标。过了几天，陈某要求再次见姜某，杨某甲和李某甲联系后，他们三人提前到中建一局安徽分公司。陈某、沈某、刘某带着他们公司做标书人员一起到中建一局安徽分公司后，姜某安排李某甲把中博公司做标书的人带到会议室，他们研究做标书的事情，他们三人和陈某、沈某、刘某同姜总商量投标的事情。陈某他们提出见见中建三局、四局的人员，姜某说，他们两家的的工作由他负责。在商谈 E1 区报价时，沈某提出按控制价下调 4% 进行报价，姜某没有同意，让中博公司要按控制价下浮 5 个多点，陪标单位按控制价下浮 3 个百分点左右，陈某同意了。在商谈技术标时，李某甲提出，在不废标的前提下，陪标单位的业绩和加分奖项不放进去，减少加分项，中博公司把所有的加分业绩和奖项都放进去，这样就能确保中博公司中标。然后，陈某让他们向姜某确认一下陪标费是不是按中标价的 1.5%，姜总说已经和他们谈好了，按中标价的 1.5% 支付陪标费，在控制价公布后的两天内，将陪标费以现金形式支付给姜总。

2011 年 6 月初，亳州市重点工程建设管理局公布 E1 区的控制价为 13.9 亿多。在控制价公布前，李某乙通过张某庚已经知道了 E1 区的控制价了。他们根据控制价大致能算出中标价，根据算出的中标价，能算出陪标费大约是 1900 多万元，每家 950 多万元。然后，他们通知陈某，让他先拿出 950 万元，送到中建一局安徽分公司，等以后中标后，多退少补。后中博公司分两次送现金 950 万元，杨某甲给中博公司打了两张收条，一张是 270 万元，一张是 680 万元。陈某走后，姜某给詹某打电话，让他到中建一局安徽分公司领取陪标费。詹某算了一下，公司应得 251 万元，李某甲给詹某 201 万元，余下的 50 万元等到开标后再给詹某。在陈某到合肥送钱的当天，沈某带领中博公司的技术人员也到合肥，他们三人又陪同他们到中建一局安徽分公司，姜某安排他们公司的技术人员审查了中博公司的技术标书，并提出了修改意见。开标的前一天晚上，中博公司的标书才做好。后来，亳州市招投标服务中心在网上发布中博公司中标 E1 区的公示，公示结束后，中博公司接到中标通知书。

实际上，他们和中博公司总计支付 950 万元陪标费。中建四局实际应得到 334 万元陪标费，但是实际得到多少，他不知道。

他和杨某甲、李某乙同姜某、李某甲进行的结算陪标费时，为了感谢姜某和李某甲对他们的帮助，他和杨某甲、李某乙事先商量好，给姜某和李某甲 30 万元的好处费。所以，在结算陪标费时，他们把他们商量的结果告诉了姜某，给他和李某甲 30 万元好处。姜某表示同意。E2 区一、二标段，他们应得陪标费 411 万元，姜某和李某甲支付给他 384 万元，下欠 27 万元。存入他银行卡中的 649 万元陪标费，除去下欠他们的 27 万元之外，他通过现金和转账的方式，连同 30 万元好处费，全部支付给李某甲和姜某了。

在他们和中博公司合作投标 E1 区过程中，姜某和李某甲给他们提供的帮助有，一是中建一局同意给他们陪标，二是让中建三局放弃了中标 E1 区，同意给他们陪标，三是做通中建四局的工作，同意给他们陪标，四是按照约定编制标书，达到中博公司中标的目的。另外，他们还帮助他们欺骗中博公司的人、欺骗中建三局的詹某，减少他们三人支付陪标费。

2、证人杨某甲证言，证明 2011 年 3 月中旬，亳州市招投标服务中心发布亳州市南部新区安置还原小区 E1 区和 E2 区一、二标段招标公告。李某乙从张某庚那里得到消息，E1 区正在办理有关手续，肯定会开标。他们通过张某庚知道了参与 E1 区投标单位名单。参与 E1 区投标的单位是中建一、三、四局和中博建设集团有限公司。然后通过程根法与中博公司协商，中博公司同意合作投标。后来他们到中建一局安徽分公司，告诉姜某和李某甲，他们已经找到合作投标 E1 区的单位了，中博公司同意和他们合作投标并签订了合作协议，中标后工程量平分，陪标费按中标价的 1.5% 支付，双方各承担一半，在控制价出来的后两天之内，以现金形式支付。后他们和中博公司的陈某等人到合肥见到姜某、并达成一致意见，一是中建一局的技术人员检查了中博公司的技术标书，并提出了修改意见，中博公司的技术人员看了中建一局的技术标书；二是姜某明确告诉陈某中建三局、四局的工作由他去做，中博公司没有必要和他们公司的人见面，三是中博公司商务标报价在控制价的基础上上浮 5 个多点，其他陪标单位下浮 3 个点左右，四是中博公司的技术标，要把所有的业绩和加分奖项都放进去，其它陪标单位，在不废标的前提下，减少业绩和加分奖项，确保中博公司中标，五是中博公司按中标价的 1.5% 支付陪标好处费（陪标单位平分），在控制价公布后的两天内，将陪标好处费以现金形式支付给姜总。

2011 年 6 月初，李某乙通过张某庚提前知道了 E1 区的控制价。他们根据控制价大致能算出中标价，根据算出的中标价，能算出陪标费大约是 1900 多万元，每家 950 多万元。然后，他们通知陈某，让他先拿出 950 万元，送到中建一局安徽分公司，等以后中标后，多退少补。为了做个假象给中博公司的人看，让中博公司的人相信他们也支付同样的陪标费，王某从他亳州中行卡中支取了 300 万元现金。他们三人带 300 万元现金赶到中建一局安徽分公司。当天下午，刘某和中博公司的几个人带着 270 万元现金（因银行现金不足）赶到中建一局安徽分公司。刘某把 270 万元交给王某和李某甲，他们清点后，王某又打开他的车的后备箱，让中博公司的人看看他们带的 300 万元现金。然后，王某和李某甲把中博公司的 270 万元现金和王某的 300 万元现金都拿到中建一局安徽分公司的别克商务车上，他两人把钱存入银行了。第二天或第三天，陈某和他公司老总的弟弟等人把余下的 680 万元现金送到中建一局安徽分公司，王某和李某甲清点后，把这 680 万元现金放在姜某的办公室里。陈某把 680 万元现金交给李某甲后，他让他们给他出具手续，他给陈某打了两张收条，一张是 270 万元，一张是 680 万元。后来，亳州市招投标服务中心在网上发布中博公司中标 E1 区的公示，公示结束后，中博公司接到中标通知书。

他和王某、李某乙在 E1 区工程开标后，到中建一局同姜某、李某甲进行结算的陪标费。在结算陪标费时，他们又送给姜某、李某甲 30 万元好处。结算清楚后，连同送给姜某、李某甲的 30 万元，以及存入王某银行卡中的陪标好处费，由王某把钱支付给姜某和李某甲。他们送给詹某、姜某、李某甲的好处费是从他们得到的 E2 区一、二标段陪标好处费中支付的。如果不通过围标、串标，中博公司中标的希望不大。

3、证人李某乙证言，证明 2011 年 3 月中旬，亳州市招投标服务中心发布亳州市南部新区安置还原小区 E1 区和 E2 区一、二标段。通过张某庚知道了参与 E1 区的投标单位是中建一、三、四局和中博公司。后他们通过程根法和中博公司取得了联系，经过与中博公司陈某等人协商达成共识如下，中标后工程量平分，陪标费各出一半按 1.5% 支付陪标费在控制价出来后两天内以现金的形式支付陪标费的有合作的意向。和中博公司的陈某等人谈过后，感觉中博公司应该会和他们合作，他们就到中建一局安徽分公司告诉姜某，已经联系好中博公司了，同意和他们合作。同时，他们请求姜某去做中建四局的工作，姜某说可以。后陈某他们提出要见见中建一局的姜某，他们把陈某、沈某、刘某带到中建一局安徽分公司，姜某和李某甲接待了他们。姜某说，中建三局、四局都是合作单位，相互配合的都很好，不会有问题的。姜总让各家做各自的标书，中建一局负责审查中博公司的标书，防止废标。过了几天，他们三人和陈某、沈某、刘某又一次到合肥和姜某协商投标的事情。这次见面，主要做了以下事情，一是中建一局的技术人员检查了中博公司的技术标书，并提出了修改意见，中博公司的技术人员看了中建一局的技术标书，二是姜某明确告诉陈某他们，中建三局、四局的工作由他去做，中博公司没有必要和他们公司的人见面；三是中博公司商务标报价在控制价的基础上下浮 5 个多点，其他陪标单位下浮 3 个点左右；四是中博公司的技术标，要把所有的业绩和加分奖项、证书都放进去，其它陪标单位，在不废标的前提下，减少业绩和加分奖项、证书，确保中博公司中标，五是中博公司按中标价的 1.5% 支付陪标费（陪标单位平分），在控制价公布后的两天内，将陪标费以现金形式支付给姜某。

2011 年 6 月初，他提前一、二天从张某庚那里得到控制价，杨某甲通知中博公司先拿 950 万元现金送到中建一局安徽分公司，以后多退少补。中博公司分两次将 950 万陪标费送到中建一局安徽分公司姜某处。杨某甲给中博公司打了两张收条，一张是 270 万元，一张是 680 万元。

他和王某、杨某甲在 E1 区工程开标后，到中建一局同姜某、李某甲进行结算的陪标费。在结算陪标费时，他们又送给姜某、李某甲 30 万元好处费。

4、证人陈某证言，证明 2011 年 3 月份，亳州市招投标服务中心在网上发布 E1 区工程招标公告，武汉公司第五分公司以中博集团的名义报名参加投标该工程，2011 年 5 月，王某、杨某甲、李某乙通过程根法联系到他公司，后经他和刘某与王某商谈，并经公司董事长陈于玲等人同意，他们与王某达成以下协议，E1 区工程控制价出来的后两天之内，将 1.5% 的陪标费以现金形式支付给陪标单位。中博公司中标后，他们公司和杨某甲三人各分得 50% 的工程量，他们按工程量，上交他们公司 1% 的管理费。

过了 3、4 天，他们到中建一局安徽分公司，姜某安排李某甲带他们的标书编制人员到会议室，由他们的技术人员审查他们的技术标书，并提出了修改意见，相互了解一些标书编制和技术上的一些问题，相互交换意见，他们技术人员也看了中建一局的技术标书。他们三人和杨某甲、王某、李某乙在姜总办公室商谈合作投标的具体事宜。他们提出还是想见见中建三局、四局的人员，听听他们的意见，姜总说，“没有必要见面，他们两家的的工作由他负责，让他们不要操心”。他们又让杨某甲、王某、李某乙向姜总确认一下支付给他们三家公司的陪标好处费是不是按中标价的 1.5%，姜总说他已经和杨某甲、王某、李某乙谈好了，按中标价的 1.5% 支付好处费，在控制价公布后的两天内，要将 1.5% 的费用以现金形式支付给姜总，由他再与另外两家分配，此事不需他们操心，他们只要出钱就行。2011 年 6 月份，杨某甲给他打电话，告诉他控制价已经出来了，是 13.9 亿多，他让他们公司支付 950 万元的陪标费，并说多退少补，安排刘某和经营部的三人把 270 万元现金送到中建一局安徽分公司。第三天，他和陈于兵、陈崇其把钱送到中建一局安徽分公司。与王某、杨某甲、李某乙见面后，王某和他把 680 万元现金交给李某甲清点，王某说他们的 950 万元陪标费已经交给姜总了。杨某甲给他打了两张收条，一张 270 万元，一张 680 万元；

5、证人沈某证言，证明内容同陈某证言；

6、证人刘某证言，证明 2011 年，中博集团和亳州人杨某甲、王某、李某乙合作，通过中建一局的姜某、李某甲居中协调中建三局、中建四局投标单位通过围标、串标的形式，中标亳州市南部新区安置还原小区 E1 区工程，其间姜某安排李某甲给其公司人员讲了编制标书要注意的问题并提议在保证不废标的情况下把中建一局、三局、四局的加分项少放不放，再抽出一部拟派建造师奖项，抽出项目班子人员的证件。分两次通过付给中建一局、三局、四局陪标费 950 万元。开标前姜某安排李某甲看了其技术标书并提出了修改意见；

7、证人詹某证言，证明 2011 年 3 月份，中建三局华东公司以中建三局名义投标亳州市南部新区安置还原小区 E1 区、E2 区一、二标段三个标段。后经其及杨某甲、王某、李某乙及中建一局姜某、李某甲等入商议采用投标串标的方式投标 E1、E2 区，期间其收了王某等人给予的好处费 30 万元，在经手收取公司陪标费 602 元的过程中，个人占有了 50 万元。

8、证人常某证言，证明 2011 年的 3、4 月份，其公司以中建四局的名义投标亳州南部安置还原小区 E1 区工程，其负责该工程的投标工作中建一局安徽分公司副总经理姜某要求其公司去陪标。并许诺给他 100 万元陪标费，他当时就答应他了，按照姜某的要求去操作。在 2011 年 6 月初（E1 区工程开标前几天），姜某在合肥天鹅湖附近的一处茶楼附近给他现金 100 万元。

9、证人杨某乙证言，证明华东公司以中建三局的名义于 2011 年初投标亳州南部新区安置还原小区 E1、E2、C 区工程，其安排詹某具体负责投标工，其间其公司在投标 E1、E2 工程中采用串标、围标、收取陪标费的形式参与投标，其公司收取陪标费 552 万元。

10、证人鲁某证言，证明其系中建一局安徽分公司总经理，分公司隶属于总承包公司，姜某和李某甲是其单位员工，其公司在参与亳州市南部新区安置还原小区工程中为帮助其他公司中标，收取围标费用，该款在李某甲处保管。

三、被告人李某甲的供述与辩解，证明 2008 年 3 月被中国建筑一局（集团）公司安徽分公司聘用合同制业务主办，并签订二年期聘用合同在市场部工作，2010 年 3 月份公司安排中建一局安徽分公司霍山新天地工程项目部和签订了聘用合同，同时提拔担任安徽分公司市场部资格预审业务主管（口头任命，人事和工资关系都在安徽分公司），但没有到项目部工作，一直在中建一局安徽省分公司市场部工作，工资及其他福利待遇都是安徽分公司发，工作职责是投标报名、编制资格预审文件、编制技术标中的企业业绩部分、参加工程投标。2012 年 3 月，中建一局安徽分公司和他续签两年期的聘用合同。2013 年 10 月份，担任中建一局安徽分公司市场部经理至今；

中国建筑工程总公司是中央直接管理的国有重点企业，下设中国建筑一局至八局有限公司以及中建钢构、中建装饰、中建市政等公司。因他们的上级单位中建一局总承包公司也不具有独立法人，也没有独立资质，所以他们分公司承揽工程时，以中建一局的名义。2011 年 3 月底他公司市场部经理姜某安排他和朱毅等人到亳州报名亳州市南部新区安置还原小区工程 E1 及 E2 区第一、二标段。

王某、杨某甲、李某乙到合肥中建一局安徽分公司办公室，他们说已经找到中博建设集团有限公司合作投标 E1 区，参加投标的单位是中建一、三、四局和中博公司。因王某不认识中建四局的人，他让姜某去做四局的工作，姜总同意。王某说詹某不知道几家投标单位，他提出多报一家投标单位，减少支付给詹某陪标费，姜总也比较讨厌詹某，另外，他们也能得到好处，所以姜某同意了王某的请求。之后，詹某问投标单位时，他们就和詹某说 E1 区有 5 家投标单位。后来，姜某做通了中建四局负责 E1 区投标的常某，和他谈陪标的事情，并许诺给 100 万元陪标好处费，常某同意。姜总和四局的常某说好后，姜某对他说，除去给三局、四局以及他们公司的陪标费用外，剩下的钱他们两个分。姜总说这是靠个人的本事忽悠的，也不占公司的便宜。他表示同意，当时没说每人分多少。

2011年5月下旬,杨某甲和他联系,说中博公司的人想见姜某。第二天,王某、杨某甲、李某乙先去接中博公司的人,在没到他们公司之前,姜总安排他,说是王某他们和中博公司的人是按1.5%谈的陪标费,让他见到中博公司的人后,别说穿帮了。他们见和中博公司的副总陈某等人,姜某告诉他们,已经和王某、杨某甲、李某乙谈好了,答应给中博公司陪标。姜总让他们放心,三局、四局的工作由他来做,不会出问题的。在谈到标书编制时,姜某说各单位编制自己的标书。中博公司的标书编制结束后,拿到他们公司,让他们公司的技术人员审查一下,防止废标。几天后,中博公司的陈某和姓刘的、姓沈的以及技术人员和王某、杨某甲、李某乙一起又到他们公司。姜总安排他把他们的技术人员带到会议室,让他们的技术人员审查中博公司的技术标书,给他们提出修改意见,相互交换了标书答疑等问题,同时,也让中博公司的技术人员看了他们的技术标书。王某、杨某甲、李某乙、陈某等人在姜总办公室,商量投标的具体细节问题。中博公司的人担心中建三家单位的技术标书得分会超过其公司,虽然中博公司的报价比他们低,但总分可能还会低于他们,他说,这事好办,在确保不废标的前提下,把他们三家单位的加分奖项不放进去,再抽出一部分人员的证件,以减少加分因素,这样就能确保中博公司中标。然后,陈某又确认陪标费是不是按1.5%支付,因为王某他们已经安排姜总了,所以姜总说已经和杨某甲、王某、李某乙谈好了,按1.5%支付陪标费(实际是按0.8%支付)。同时,姜某告诉他们,在控制价公布后的两天内,要将1.5%的费用支付给姜某,由姜某再与另外两家分配。并明确了必须以现金形式支付。

2011年6月初,E1区的控制价公布出来了,是13.9亿多元,其中含预留金6867万元。之后,中博公司的人在联系好王某、杨某甲、李某乙后,到他们公司,送了270万元陪标费,王某为了让中博公司的人相信他们也支付陪标费,他同时也带了300万元的现金。他和王某把270万元现金清点后,王某把他的300万元现金让中博公司的人看看,说这是他们带的陪标费。然后,他和王某把中博公司的270万元现金和王某的300万元现金装到他们公司别克商务车上,他们两人把570万元现金存入王某的中行合肥潜山路支行的卡上了。可能是第三天,中博公司的陈某等人联系好王某他们后,又到他们公司,送来680万元现金。他和王某清点后,把这680万元现金放到公司的办公室里。陈某走后,姜某给詹某打电话,让他到他们公司支取陪标费,詹某到后,他问他是几家陪标单位, he说是4家(其实是3家),王某把中博公司的投标报价告诉了詹某(投标报价是13.24亿多元),詹某根据投标报价,减去预留金后,乘以0.8%,算出陪标费为1004万元,每家陪标单位得到251万元,姜某让他先支付给詹某201万元,余下的50万元等到中博公司中标后再支付。他问他补偿给他个人的15万元好处费什么时候给他,他说等等。詹某拿钱走后,听王某说,“詹某向他要了15万元的好处费,王某给了詹某15万元现金”。之后,姜某用旅行包装了100万元现金,他开车把100万元现金送给了常某。680万元现金,除去支付给詹某201万元、支付给常某100万元,剩余379万元,他和王某把这379万元现金存入王某合肥潜山路中行的卡中了。E1区的陪标费649万元存入王某银行卡中后,王某陆续通过银行转账和提取现金的方式,把钱支付给他,但是,没有把649万元全部支付给他。后来,他和姜某同王某、杨某甲、李某乙在他们公司结算陪标费,王某、杨某甲、李某乙为了感谢他和姜某,提出给他们个人30万元的好处费,姜总同意了。除去他们欠王某他们E2区27万元陪标之外,王某还应支付他们一部分现金。结算后,王某把余下的钱,连同给他和姜某的30万元好处费,陆续通过银行转账和支付现金的形式,全部支付给他们了。存入王某银行卡中的649万元,王某把649万元也全部支付给他们了。另外,王某还支付给他和姜某30万元的好处费,30万的好处费他分得15万。

这950万元E1区陪标费支付给中建三局的詹某251万元,支付给中建四局的常某100万元,支付给他们公司334万元,余下265万元,姜某个人得到165万元,他得到100万元。这

115 万元被他购买合肥政务区博悦公馆商住楼了。他公司总经理鲁某知道收取 334 万元陪标费的事。

2011 年 6 月 13 日，E1 区工程开标，中建一局、三局、四局都是按照事前约定编制的标书，经评标专家组评标，中博公司的分数排在第一，经公示后，中博公司顺利中标。

辩护人出示证据

一、中建一局有限公司设立申请书及股东名单、国资委产权函(2007)76 号、国资产权(2007)1469 号文件、中国建筑总公司文件中建企字(2007)874 号、股权转让协议、企业变更登记申请书、验资报告、国资委国资改革(2007)1087 号、国资改革(2007)1495 号文件、证监会的批复证监许可(2009)627 号文件、中国建筑股份有限公司首次公开发行 A 股股票、招股意向书及上市公告书、验资报告、营业执照、股权关系证明等，证明中建一局的企业性质，中建一局系中建股份设立的全资子公司，中建股份是由中国建筑总公司发起设立，属于国有控股公司。因此，中建一局就其性质而言，属于国有控股公司的全资子公司；

二、中国建筑一局(集团)有限公司出具的证明，证明李某甲是通过社会招聘进入中国建筑一局(集团)有限公司安徽分公司。中国建筑一局(集团)有限公司没有对李某甲进行任何文件任命，也不属于该集团委派至安徽分公司工作人员；

三、合肥市特警支队情况说明，立案决定书，登记表，刑事判决书，情况说明，证明被告人李某甲于 2014 年 4 月 22 日 23 时许，被告人李某甲协助公安机关抓获一名正在转移赃物的盗窃嫌疑人罗江飞，该犯于 2014 年 7 月 29 日被合肥市蜀山区人民法院判处有期徒刑七个月；

本院认为：被告人李某甲作为国有企业中的非国家工作人员，利用职务便利非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额巨大，其行为构成非国家工作人员受贿罪，经查，案发时被告人李某甲的身份是中国建筑一局(集团)有限公司安徽分公司霍山新天地项目部的聘用人员，非经国家机关、国有公司以提名、推荐、任命、批准、委派等方式，亦不是在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作，而是在国有控股公司的全资子公司的分支机构的项目部里从事一般技术性工作，其主体身份应为非国家工作人员，故对利辛县人民检察院指控被告人李某甲犯受贿罪罪名予以更正。对辩护人提出的被告人李某甲不具有国家工作人员身份，其能够积极退赃，有认罪、悔罪表现，具有自首、立功等法定、酌定从轻或减轻情节，依法对其减轻处罚的辩护意见，与审理查明的事实相符，本院予以采纳，根据被告人犯罪的事实、性质、后果及对社会的危害程度等情节，案经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国刑法》第一百六十三条、第六十七条、第六十八条、第七十二条、第七十三条第二、三款之规定，判决如下：

被告人李某甲犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年。

(缓刑考验期限，从判决确定之日起计算)。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向安徽省亳州市中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审判长 王妍

审判员 李国臣

审判员 贾清海

二〇一四年十月二十八日

书记员 刘建轩

李廷福、新疆佳晖奇茂股权投资有限合伙企业合伙协议纠纷、股权转让纠纷二审民事判决书

汕头市中级人民法院

民事判决书

(2018)粤 05 民终 283 号

上诉人(原审被告): 李廷福, 男, 汉族, 住广东省汕头市龙湖区。

委托诉讼代理人: 蔡燕云, 广东东铭律师事务所律师。

被上诉人(原审原告): 新疆佳晖奇茂股权投资有限合伙企业, 主要经营场所新疆乌鲁木齐高新技术产业开发区(新市区)高新街 258 号数码港大厦 2015-53 室。

执行事务合伙人: 王丽月。

委托诉讼代理人: 杨林柏, 广东柏义兴律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 裴婷, 广东海埠律师事务所实习律师。

上诉人李廷福因与被上诉人新疆佳晖奇茂股权投资有限合伙企业(下称佳晖奇茂企业)股权转让纠纷一案, 不服汕头市龙湖区人民法院(2017)粤 0507 民初 506 号民事判决, 向本院提起上诉。本院于 2018 年 2 月 12 日立案后, 依法组成合议庭, 于同年 3 月 15 日公开开庭进行了审理。上诉人的委托诉讼代理人蔡燕云、被上诉人的委托诉讼代理人杨林柏及裴婷到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

上诉人李廷福上诉请求: 1. 撤销一审判决第一项; 2. 改判驳回佳晖奇茂企业全部诉讼请求; 3. 一、二审诉讼费用由佳晖奇茂企业承担。事实和理由: 一审法院适用法律错误, 佳晖奇茂企业与李廷福签订的《股权转让补充协议书》(下称《补充协议书》)违反公平原则应认定无效。公司法明确规定, 公司股东需与其他股东共享收益、共担风险。而根据《补充协议书》的约定, 佳晖奇茂企业成为汕头市帝远海运有限公司(下称帝远公司)股东之后可以后顾无忧, 按约定还可坐享年至少 10%的投资回报, 而无需承担任何经营风险或不能上市的风险。这份《补充协议书》其性质是一种“对赌协议”, 实际上是佳晖奇茂企业强加于李廷福的一种旱涝保收的承诺, 违背投资行为这一商业活动等价有偿、风险共担的基本原则, 对于李廷福以及其他股东均严重显失公平。另外, 根据《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见》第 72 条之规定: “一方当事人利用优势或者利用对方没有经验, 致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则的, 可以认定为显失公平。”佳晖奇茂企业作为专业的股权投资机构, 在看好帝远公司投资前景与李廷福签订《汕头市帝远海运有限公司股权转让协议书》(下称《股权转让协议书》)的情况下, 又让李廷福与其签订上述《补充协议书》, 让所有的风险都由李廷福承接, 这完全显失公平。李廷福已履行《股权转让协议书》全部合同义务, 依法将帝远公司 2.2%的股权变更登记为佳晖奇茂企业所有, 不存在违约。李廷福无需向佳晖奇茂企业回购股权, 因而也不存在支付股权回购款及利息的义务。

被上诉人佳晖奇茂企业在法定答辩期内没有答辩, 庭审时辩称: 李廷福认为一审法院适用法律错误, 但并没有指出适用哪条法律错误, 上诉理由不能成立。

被上诉人佳晖奇茂企业向一审法院起诉请求: 1. 李廷福向佳晖奇茂企业支付股权回购款 1000 万元及利息; 2. 诉讼费用由李廷福承担。

一审法院认定事实: 2011 年 6 月 20 日, 李廷福作为转让方、佳晖奇茂企业作为受让方和其他受让方共同签订《股权转让协议书》, 约定李廷福同意将其出资 3303360 元, 占帝远公司注册资本 2.22%的股权以 666 万元转让给佳晖奇茂企业; 佳晖奇茂企业、李廷福和其他受让方在签署页签字、盖章。

同日，李廷福作为转让方与佳晖奇茂企业作为受让方签订《补充协议书》，约定李廷福作为帝远公司的控股股东和实际控制人，同意将其占公司注册资本 2.22% 的股权以 666 万元的价格转让予佳晖奇茂企业，佳晖奇茂企业愿意受让该等股份，为取得前述股份之目的，佳晖奇茂企业同意按照本补充协议另行支付股权转让补偿款 334 万元给李廷福，佳晖奇茂企业根据股权转让协议所支付的股权转让款及本补充协议支付的补偿款合并为佳晖奇茂企业为取得受让股权所支付的投资款；如果公司不能在佳晖奇茂企业在公司登记机关登记为公司股东之日起 36 个月内实现合格的首次公开发行，则佳晖奇茂企业有权利要求李廷福回购佳晖奇茂企业所持有的股权。李廷福在收到股权回购的书面通知当日起 2 个月内需付清全部金额。股权回购价格应为佳晖奇茂企业所支付全部投资款按年投资回报率 10% 计算的投资本金和收益之和（扣减已收取的股息）；若因本协议第四条和第七条约定，李廷福应向佳晖奇茂企业作出补偿或回购受让方股权的，李廷福应在佳晖奇茂企业提出书面要求之日起 2 个月内作出补偿给佳晖奇茂企业或回购佳晖奇茂企业股权，因李廷福的原因未能在限期内作出补偿或回购股权的，每延期一日，按其应付款项的 0.1% 向佳晖奇茂企业支付违约金；自公司进行国内 A 股上市申报起，前述协议中的第四条、第七条项下各条款自动失效；若公司在国内 A 股市场未能完成发行上市，则以上项下各条款重新生效；若公司在国内 A 股市场完成发行上市，则以上项下各条款永久失效。

2011 年 7 月 5 日，帝远公司变更企业名称为“帝远股份有限公司”。

2011 年 7 月 22 日，佳晖奇茂企业分两次向李廷福转账 666 万元、334 万元，共计 1000 万元。同年 12 月 1 日，佳晖奇茂企业成为帝远股份有限公司股东，实缴出资额为 4135860 元。截止到 2017 年 12 月 6 日，帝远公司未按协议约定实现公开发行。

一审法院认为，佳晖奇茂企业与李廷福签订的《股权转让协议书》系自愿协商而订立，不违反法律行政法规的强制性规定，依法成立并生效，佳晖奇茂企业、李廷福双方已按合同履行了约定义务，佳晖奇茂企业履行了支付股权转让款义务并已办理了工商登记变更手续，依法成为帝远公司的股东。佳晖奇茂企业与李廷福签订的《补充协议书》系自愿协商而订立，协议中李廷福对佳晖奇茂企业的补偿承诺并不损害目标公司及该司债权人的利益，不违反法律法规的禁止性规定，是当事人的真实意思表示，是有效的。佳晖奇茂企业履行了支付股权转让补偿款义务，帝远公司未能在约定的时间内申报并上市，李廷福应依据《补充协议书》向佳晖奇茂企业回购股权，支付股权回购款。佳晖奇茂企业主张的股权回购价格为 1000 万元，合同约定的股权回购价格应为受让方所支付全部投资款按年投资回报率 10% 计算的投资本金和收益之和，其中佳晖奇茂企业、李廷福双方约定的全部投资款为股权转让款 666 万元和股权转让补偿款 334 万元，合计为 1000 万元。佳晖奇茂企业主张的金额在合同约定的股权回购价格范围内，应予以支持。关于股权回购款的利息，佳晖奇茂企业主张利息为以股权回购款 1000 万元为基数按年投资回报 10% 计算，从 2011 年 12 月 1 日计算至还款之日止。本案是以股权交易为媒介进行的投资和融资的组合行为，属一般民事法律行为，投资者和融资者均应当遵循民法的公平原则和诚信原则，投资者谨慎投资、融资者诚实守信，投资者和融资者均要承担一定的风险和收益，佳晖奇茂企业的投资利益已受到股权回购条款的保护，故佳晖奇茂企业主张的利息计算标准对李廷福显失公平，不予采纳，应予以调整。同时，李廷福应按双方协议的约定条件和时间回购股权，李廷福未按时回购，显属违约，应当承担违约责任，向佳晖奇茂企业支付资金占用期间的利息损失。按照双方的约定，李廷福触发股权回购条款时间为 2014 年 12 月 1 日，故佳晖奇茂企业主张利息应从 2014 年 12 月 2 日起至还款之日止以股权回购款 1000 万元为基数按中国人民银行公布的同期金融机构人民币贷款基准利率计算的利息。综上，一审法院依照《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决：一、李廷福应于判决生效之日起十日内向佳晖奇茂企业支付股权回购款 1000 万元及该款自 2014 年 12 月 2 日

起至还款之日止按中国人民银行公布的同期金融机构人民币贷款基准利率计算的利息；二、驳回佳晖奇茂企业其他诉讼请求。案件受理费 81800 元由李廷福负担。

二审中，当事人没有提交新证据。

本院认定事实如下：一审查明的事实与本案证据一致，本院予以确认。

本院认为，本案为股权转让纠纷。综合本院认定的事实以及李廷福的上诉请求，二审的审理焦点为：李廷福与佳晖奇茂企业签订的《补充协议书》是否有效。

《补充协议书》虽然约定帝远公司应在佳晖奇茂企业登记为公司股东之日起 36 个月内实现合格的首次公开发行，否则佳晖奇茂企业有权要求李廷福按投资款加上一定的投资回报回购股权，但并不意味佳晖奇茂企业在这场交易过程中不承担任何风险，佳晖奇茂企业投入的不仅是资金成本，还包含了以公司上市为目标的资本运作，存在资本运作的风险；而且，佳晖奇茂企业成为帝远公司的股东后，还应承担帝远公司的股东责任。因此，本案不能简单以合同的约定推导出佳晖奇茂企业“旱涝保收”，无须承担任何经营风险。且法律不禁止当事人在意思自治的前提下作出风险分担的安排，李廷福作为完全民事行为能力人，对股权出价和回购定价完全取决于其对风险的预测和偏好，属于意思自治和自我控制的范围。本案亦没有证据证明佳晖奇茂企业签订《补充协议书》时利用了自身的优势或者利用对方没有经验。故李廷福主张《补充协议书》违反公平原则、显失公平缺乏依据，本院不予采纳。

综上，《补充协议书》系当事人真实意思表示，不违反法律法规的禁止性规定，依法应认定有效，对李廷福与佳晖奇茂企业均产生法律效力。李廷福上诉主张《补充协议书》无效，理由不成立，本院不予支持。

综上所述，李廷福的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实基本清楚，适用法律正确，可予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 81800 元，由上诉人李廷福负担。

决为终审判决。

审判长 游建英

审判员 林玫

审判员 林楠

二〇一八年五月三日

书记员 林坚毅

李学华、侯敏与方正证券股份有限公司、北大方正集团有限公司证券虚假陈述责任纠纷一审民事裁定书

北京市第一中级人民法院
民事裁定书

(2017)京 01 民初 635 号

原告：李学华，男，1952 年 10 月 5 日出生，住北京市海淀区。

原告：侯敏（李学华之妻），女，1957 年 7 月 9 日出生，住北京市海淀区。

委托诉讼代理人：李学华，男，1952 年 10 月 5 日出生，住北京市海淀区。

被告：北大方正集团有限公司，住所地北京市海淀区成府路 298 号。

法定代表人：生玉海，董事长。

委托诉讼代理人周伟，北京市金杜律师事务所律师。

被告：方正证券股份有限公司，住所地湖南省长沙市芙蓉中路二段华侨国际大厦 22-24 层。

法定代表人：高利。

原告李学华、侯敏与被告北大方正集团有限公司（以下简称方正集团）、方正证券股份有限公司（以下简称方正证券）证券虚假陈述责任纠纷一案，本院于 2017 年 8 月 22 日立案。

李学华、侯敏诉称，诉讼请求：一、方正集团赔偿李学华、侯敏夫妇的损失人民币 15877898.8 元；二、方正集团承担本案全部诉讼费用。事实与理由：2011 年 6 月 9 日，方正证券股份有限公司签署《首次公开发行 A 股股票招股说明书》，称：方正证券将公开发行 A 股股票 1500000000 股，发行后总股本为 6100000000 股；发起人方正集团等 45 个法人企业持有 4600000000 股，其中，方正集团持有 2603228385 股，利德科技发展有限公司持有 397731595 股，上海圆融担保租赁有限公司持有 83440195 股，上海容大贸易发展有限公司持有 54613810 股，发行前，方正证券各股东之间不存在关联关系。2011 年 8 月 9 日，方正证券发布《首次公开发行 A 股股票上市公告书》，2014 年 8 月 12 日，方正证券发布《关于发行股份购买资产之股票发行结果暨总股本变动公告》，列明了各股东持股情况。2015 年 5 月 12 日至 7 月 14 日，李学华在上海证券交易所共买入方正证券 2370000 股，共卖出方正证券 970000 股。2015 年 5 月 20 日至 7 月 14 日，侯敏在上海证券交易所共买入方正证券 1600000 股，共卖出方正证券 400000 股。2015 年 7 月 15 日，方正证券发布《关于收到中国证监会调查通知书的公告》，因公司涉嫌未披露控股股东与其他股东间关联关系等信息披露违法违规，中国证监会根据《中华人民共和国证券法》的有关规定，决定对公司立案调查。2017 年 5 月 10 日，方正证券发布《关于收到中国证监会行政处罚决定书的公告》，中国证监会对公司及相关责任主体做出相关行政处罚。

李学华、侯敏认为，方正集团未按规定履行信息披露义务的行为违反了《上市公司信息披露管理办法》、《中华人民共和国证券法》的相关法律规定，被中国证监会予以行政处罚，其虚假陈述行为给李学华、侯敏造成了巨大的经济损失，应依法承担赔偿责任。

方正集团在收到本案起诉状后，向本院提交追加被告暨管辖权异议申请书，请求追加方正证券为本案共同被告，并裁定将本案移送至湖南省长沙市中级人民法院审理。

2017 年 9 月 20 日，方正集团向本院提交申请书，申请撤回管辖权异议的申请。

本院经审查认为，《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第十条第一款规定：人民法院受理以发行人或者上市公司以外的虚假陈述行为人为被告提起的诉讼后，经当事人申请或者征得所有原告同意后，可以追加发行人或者上市公司为共同被告。人民法院追加后，应当将案件移送发行人或者上市公司所在地有管辖权的中级人民法院管辖。本案中，因方正证券系本案信息披露义务人，亦是上市公司，属于《最高人民

最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第七条规定的虚假陈述证券民事赔偿案件中被告的范围，故本院依法追加方正证券为本案共同被告。在追加方正证券为本案被告后，依据上述法律规定，应将本案移送至方正证券所在地有管辖权的中级人民法院即湖南省长沙市中级人民法院审理。

依照《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第七条、第十条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第三十六条之规定，裁定如下：

本案移送湖南省长沙市中级人民法院处理。

本裁定一经作出即生效。

审判长 常洁

审判员 阴虹

代理审判员 董伟

二〇一七年九月二十七日

书记员 朱平

李正辉诉柴国生财产损害赔偿纠纷案

最高人民法院

民事裁定书

(2012)民申字第 1282 号

再审申请人(一审原告、二审上诉人):李正辉。

委托代理人:郭香龙,北京市天同律师事务所律师。

委托代理人:郑玮,北京市天同律师事务所律师。

被申请人(一审被告、二审被上诉人):柴国生。

委托代理人:钟炜,广东法则明律师事务所律师。

委托代理人:徐婉雯,北京市大成(深圳)律师事务所律师。

再审申请人李正辉因与被申请人柴国生财产损害赔偿纠纷一案,不服广东省高级人民法院(2011)粤高法民一终字第 87 号民事判决,向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查,现已审查终结。

李正辉申请再审称:

(一)柴国生在另案(最高人民法院[2009]民二终字第 43 号,以下简称“43 号案”)一审时,申请保全了李正辉名下广东雪莱特光电科技股份有限公司(以下简称雪莱特公司)6186180 股股票(保全当日 2007 年 9 月 28 日雪莱特公司股票收盘价为每股 17.2 元,约 10640 万元)及两处房产、一辆机动车(价值约 220 万元),总共价值 10860 万元,但法院最终只支持了柴国生 2374 万元(法院生效判决判令李正辉向柴国生退还雪莱特公司股票 348259 股及赔偿 1929 余万元。判决生效之日,雪莱特公司股票价格为每股 12.77 元)的诉讼请求。柴国生超标的申请查封了 8486 万元,超过合理范围,属于保全错误。原审判决未能认定柴国生的保全错误行为,属于法律适用错误。

(二)最高人民法院(2010)民申字第 572 号案件(以下简称“572 号案”)与本案案情类似,根据该案中的裁判观点,本案柴国生的超额错误保全行为构成侵权。

(三)柴国生错误申请保全,应当承担保全期间标的物价值贬损的风险。柴国生对李正辉所持股票申请保全,限制了李正辉对股票的处分权,根据权利义务相适应的原则,柴国生应当承担股票价格波动造成的价值贬损的风险。雪莱特公司股票在被保全期间发生价格下跌,属于柴国生申请保全应当预见和承担的风险,柴国生应当承担该部分损失的赔偿责任。这种责任包括三方面:一是李正辉所持股票在禁售期内,发生了贬值损失。这部分损失应由柴国生予以赔偿。二是在李正辉所持股票可自由流通后的股价损失,该损失应按该股票解禁日与解封日价值之间的差额计算。原审判决已查明相关事实却未能判决支持,于法无据。三是柴国生保全李正辉巨额财产,应当赔偿李正辉因此遭受的该期间利息损失。柴国生对李正辉的财产采取诉讼保全,限制了李正辉的处分权,导致李正辉无法利用被保全的财产从事经营活动。因此,判令柴国生赔偿超额保全部分财产在保证期间的利息损失,是公平合理的。

(四)柴国生的错误保全和未能及时解除保全,致使李正辉处分股票需缴纳税费,该部分税费应由柴国生承担。原审判决未能支持李正辉该项请求是错误的。

综上,李正辉依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项的规定请求再审本案。

柴国生提交书面答辩意见认为,柴国生在“43 号案”中的保全申请行为符合法律规定,不存在申请错误的情形;李正辉认为柴国生保全申请错误没有任何事实和法律依据。李正辉在再审申请中陈述的其所持有的股票在保全期间发生的贬值损失根本不存在,更不存在股价利息损失;李正辉以雪莱特公司股票在限售期内的历史最高点价格计算其损失并要求柴国生赔偿毫无依据。李正辉称由于柴国生在股权纠纷案终审判决后没有及时向法院申请解封标的物,

导致其增加了个人所得税的支出，并要求柴国生赔偿其损失毫无依据。李正辉依法缴纳个人所得税是其作为公民的法定义务。故请求驳回李正辉的再审申请。

本院认为：

(一)关于柴国生在“43 号案”中申请保全是否存在错误的问题。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百条第一款规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”第一百零五条规定：“申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。”根据这些规定，申请保全是当事人的诉讼权利，但如果权利行使不当，造成他人财产损失的，应当予以赔偿。在“43 号案”中，柴国生提起诉讼的原因是其认为讼争股票依据双方签订的协议在李正辉服务不满五年的情况下应全部返还，为保证将来判决得以执行，对所涉股票申请了保全，其行为本身不具备违法性。虽然生效判决未支持柴国生的全部诉讼请求，但就案件的证据而言，不足以认定柴国生具有通过保全来损害李正辉财产的故意或明显过失。同时，财产保全制度的设立目的是为了为了保护当事人的合法权益和保证将来人民法院生效的裁判文书得以执行。人民法院采取保全措施，必然会使得被保全的当事人不能自由地对被保全的财产进行事实上或法律上的处分。因此，仅以法院生效判决支持的诉讼请求额少于保全财产数额来判断柴国生保全错误，与民事诉讼法规定的保全制度不符。

(二)关于柴国生的保全行为是否给李正辉造成了股票损失的问题。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百条和第一百零五条的规定，只有在申请人的保全申请有错误时，才应赔偿被申请人因此所遭受的损失。股票的价格是波动的，从双方提供的雪莱特公司股票的价格变动情况来看，虽然在查封之日即 2007 年 9 月 28 日雪莱特公司股票的价格为 17.2 元 / 股，但根据《中华人民共和国公司法》第一百四十二条第一款“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市之日起一年内不得转让”的规定，雪莱特公司的股票首次公开发行的时间是 2006 年 10 月 25 日，也就是说最早要到 2007 年 10 月 25 日，李正辉名下的股份才能上市交易，即使柴国生没有申请法院采取保全措施，李正辉也不可能在 2007 年 10 月 16 日将其名下的股票变现。2007 年 8 月 28 日李正辉从雪莱特公司离职，根据《中华人民共和国公司法》第一百四十二条第二款“公司董事、监事、高级管理人员离职半年内，不得转让其所持有的本公司股份”的规定，在 2008 年 2 月 27 日前，李正辉作为该公司的高管人员不能转让其所持有的公司股份。从 2008 年 2 月 28 日至 2010 年 2 月 22 日的股票价格变动情况来看，2008 年 2 月 27 日至 2010 年 2 月 22 日期间雪莱特公司的股票日平均收盘价为 8.41 元 / 股。其中 2008 年 11 月 4 日股票收盘价仅为 3.75 元 / 股，到深圳市中级人民法院解封之日的 2010 年 2 月 22 日，当日股票收盘价已涨为 9.46 元 / 股。如果按 2008 年 11 月 4 日的 3.75 元 / 股的股价计算，扣除应退还给柴国生的 348259 股股票及股票变现后应缴纳的个人所得税，剩余股票价值与柴国生申请保全的股票价值基本相当。李正辉以雪莱特公司股票价格的最高点来计算其损失并请求由柴国生赔偿没有依据，依法不应支持。由于股市的特殊性，其风险无法预见，以股票价格的波动来认定柴国生申请保全的行为侵害了李正辉的合法权益没有合理性。另外，在查封期间，李正辉未向法院或柴国生提出过要对被保全的股票进行交易、变卖，也未依法申请置换查封物。

李正辉持有股票在禁售期届满后，在被查封期间，如果认为其存在损失，则存在如何计算损失的问题。从双方当事人提供的材料分析，从 2008 年 2 月 28 日起至 2010 年 2 月 22 日期间，雪莱特公司股票收盘价，最高为 15.33 元 / 股，最低为 3.75 元 / 股，日平均收盘价为 8.41 元 / 股，低于解封日的价格。如果认为李正辉持有的股票在查封期间存在损失，难

以确定计算其损失的股票基价。对比 2008 年 2 月 28 日至 2010 年 2 月 22 日期间的平均价与 2010 年 2 月 22 日的股价，李正辉不存在损失。李正辉后出售其股票共获利 84357958.45 元。

(三)关于税收损失应由谁承担的问题。

李正辉在再审申请中还提出，判决生效后柴国生没有及时向人民法院申请解封标的物，导致其增加了个人所得税的支出，应由柴国生赔偿。2009 年 12 月 31 日财政部、国家税务总局、证监会发布《关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》规定自 2010 年 1 月 1 日起，对个人转让限售股取得的所得，征收个人所得税。2009 年 9 月 4 日李正辉签收“43 号案”的二审判决，其应当按照判决所确定的内容自觉履行义务，但其没有主动履行，应当承担由此产生的不利的法律后果。税收是国家征收的，与申请保全行为没有必然联系。李正辉再审申请中提出由柴国生赔偿其多支付的个人所得税损失没有依据，本案二审判决未予以支持是正确的。

(四)关于本案与“572 号案”的关系问题。

“572 号案”虽然与本案皆是因申请财产保全引起的纠纷，但两案有重大差别：一是被保全人是否存在损失。“572 号案”中，当事人申请保全的标的物是电子产品等，不宜采取保全措施，本案柴国生申请查封的财产主要是雪莱特公司的股票。依现行市场行情，电子产品的价格呈下降趋势；股票价格呈波动趋势，有涨有跌。“572 号案”的被保全人确有损失，而本案被保全人并无损失。二是被保全的当事人过错情形不同。“572 号案”的保全申请人乐金飞利浦曙光电子有限公司和被保全人东莞牡丹电视机厂对被保全财产的损失的产生均有过错，而本案中难以认定柴国生申请保全存在过错。“572 号案”驳回双方当事人的再审申请出于平衡双方利益及该案的实际情况考虑，并未确定判断保全错误的标准。实际上，对本案有参考意义的案例是最高人民法院(2011)民申字第 271 号案，该案明确了对权属有争议的标的物申请保全不构成保全错误的意见。

综上所述，李正辉的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款规定的情形，裁定如下：驳回李正辉的再审申请。

审判长 汪治平

审判员 李伟

代理审判员 李玉林

二〇一三年六月二十四日

书记员 王慧娴

连云港市德邦精细化工有限公司与北京利亚保险代理有限公司股权转让纠纷案

北京市第一中级人民法院

民事判决书

(2008)一中民初字第 9611 号

原告(反诉被告)连云港市德邦精细化工有限公司,住所地江苏省连云港市海州区新海路 180 号。

法定代表人单宝霞,董事长。

委托代理人郭巍,男,1962 年 2 月 3 日出生,汉族,江苏德邦化学工业集团有限公司法律顾问,住北京市海淀区罗庄西里乙 7 号。

被告(反诉原告)北京利亚保险代理有限公司,住所地北京市宣武区白广路 4 号 8 幢 501 室。

法定代表人王天寿,董事长。

委托代理人徐志新,北京市地平线律师事务所律师。

委托代理人杜媛萍,北京市地平线律师事务所律师。

原告连云港市德邦精细化工有限公司(以下简称德邦精细公司)与被告北京利亚保险代理有限公司(以下简称利亚公司)股权转让纠纷一案,本院于 2008 年 7 月 23 日受理后,依法组成由法官魏纪明担任审判长,法官梁志雄、人民陪审员闫景芸参加的合议庭审理本案。本院于 2008 年 9 月 4 日、2008 年 9 月 11 日、2008 年 10 月 14 日召集双方当事人进行了庭前证据交换,并于 2008 年 10 月 21 日公开开庭进行了审理。原告德邦精细公司的法定代表人单宝霞、委托代理人郭巍,被告利亚公司的委托代理人徐志新、杜媛萍到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告德邦精细公司诉称:2006 年 11 月,利亚公司采取不正当手段,使德邦精细公司负责人在转让德邦精细公司持有的 143 万南京银行股份的协议上盖章签字。之后,利亚公司既未将加盖其公章和其代表签字的协议交给德邦精细公司备案,也未按协议规定在 2006 年 11 月 29 日前支付股份转让款 286 万元,而是背着德邦精细公司在南京银行办理了股份转让手续,非法占有了德邦精细公司的 143 万南京银行股份。德邦精细公司在公安机关调查处理期间,多次要求利亚公司返还德邦精细公司股份或者支付对应价款,而利亚公司始终不予理睬。鉴于利亚公司拒绝支付协议价款的事实,德邦精细公司依据合同法的有关规定提起诉讼,请求:一、解除双方于 2006 年 11 月 22 日签订的《股权转让协议》;二、利亚公司返还 143 万南京银行股份。如不能返还,利亚公司按照判决生效之日股份的净资产值赔偿相应价款。三、诉讼费由利亚公司负担。

原告德邦精细公司向本院提交以下证据予以证明:

- 1、德邦精细公司《企业法人营业执照》;
- 2、德邦精细公司与利亚公司 2006 年 11 月 22 日签订的《股权转让协议》;
- 3、《南京银行股份有限公司首次公开发行 A 股招股意向书(二)》;
- 4、2008 年 6 月 10 日德邦精细公司发给利亚公司的《关于解除股份转让合同的公函》;
- 5、南京利亚光学仪器仪表厂 2005 年 9 月 27 日向江苏德邦化学工业集团有限公司出具的《借款申请书》、加拿大利亚贸易公司 2005 年 9 月 27 日向江苏德邦化学工业集团有限公司出具的《借款担保书》、江苏德邦化学工业集团有限公司 2005 年 9 月 27 日给付南京利亚光学仪器仪表厂 2981644.8 元的《汇款通知单》、《银行付款凭证》、2005 年 9 月 28 日《结算业务申请书》。

被告利亚公司答辩称：一、双方签订的《股权转让协议》无法定无效情形，有效。二、股份是德邦精细公司于 2005 年 12 月 27 日无偿受让自利亚公司的关联企业南京利亚经贸公司，其真实情况是德邦精细公司代持南京利亚经贸公司股份。（一）1997 年，南京利亚经贸公司购买了南京银行 110 万股股份（送股后为 143 万股）。2005 年，南京银行准备上市，南京利亚经贸公司为规避当时关于国有法人股转让审批程序的规定，且因企业未年检，无法开设证券交易账户等原因，于 2005 年 10 月与德邦精细公司的母公司连云港市德邦化学工业集团有限公司达成口头协议，将南京利亚经贸公司的上述 143 万股股份转由德邦精细公司代持。后因南京利亚经贸公司系国有企业，转让程序需由省级人民政府批准，以协议方式转让存在障碍，改由以虚假诉讼方式办理过户手续。后南京利亚经贸公司与德邦精细公司在连云港市海州区人民法院展开虚假诉讼活动。为制造南京利亚经贸公司与德邦精细公司之间存在债权债务关系的假象，2005 年 10 月初，南京利亚经贸公司与德邦精细公司签署了一份 280 万元的虚假购销合同，约定由南京利亚经贸公司这个停业多年的企业向德邦精细公司提供黄磷，意在制造出南京利亚经贸公司收款后不能供货的违约假象。事实上，南京利亚经贸公司收到的所谓德邦精细公司的货款，是由其自身的关联企业南京利亚光学仪器仪表厂于 2005 年 10 月 12 日将 282 万元转入江苏德邦化学工业集团有限公司。同日，再由江苏德邦化学工业集团有限公司转给德邦精细公司 280 万元（另 2 万元作为诉讼费扣除，由江苏德邦化学工业集团有限公司交付给连云港市海州区人民法院）。在次日，由德邦精细公司将 280 万元转给南京利亚经贸公司，最后由南京利亚经贸公司转回南京利亚光学仪器仪表厂。2005 年 11 月 24 日，连云港市海州区人民法院开庭审理了南京利亚经贸公司与德邦精细公司之间所谓的“买卖纠纷”，后作出于四日内归还货款的调解协议。在调解书约定还款期限到期的次日，南京利亚经贸公司与德邦精细公司共同申请连云港市海州区人民法院强制执行，法院以（2005）海执字第 549 号裁定，将南京利亚经贸公司的 143 万股股份划至德邦精细公司名下。此过程中，南京利亚经贸公司在股权转让手续上的签字，均由南京利亚经贸公司法定代表人吴伟一人签署。一年后，因连云港市德邦化学工业集团有限公司及德邦精细公司涉嫌巨额走私，为股权之安全考虑，南京利亚经贸公司、连云港市德邦化学工业集团有限公司和德邦精细公司共同商议，决定将该部分股权转至利亚公司持有，并办理了相关手续。利亚公司认为，南京利亚经贸公司与连云港市德邦化学工业集团有限公司、德邦精细公司为规避国有法人股转让的相关法律政策，在南京利亚经贸公司与德邦精细公司之间没有真实债权债务关系的情况下，通过串通的方式进行虚假诉讼，是连云港市海州区人民法院（2005）海民初字第 362 号民事调解书、（2005）海执字第 549 号民事裁定书出具的真实背景。利亚公司提供的证据足以证明，利亚公司无需为持有的南京银行的股权向德邦精细公司支付任何款项。但是，由于连云港市德邦化学工业集团有限公司某领导为报复吴伟，故意使代持股关系变得复杂，形成本案诉讼。另，江苏德邦化学工业集团有限公司 2006 年、2007 年审计报告中，均未记载涉案股份，也未记载利亚公司欠德邦精细公司股份转让款，且《股权转让协议》中关于德邦精细公司放弃代持期间股份红利的约定以及利亚公司提供的其他证据，均可证明德邦精细公司代持南京利亚经贸公司上述股份的事实存在。（二）德邦精细公司关于南京利亚光学仪器仪表厂于 2005 年 10 月 12 日汇给江苏德邦化学工业集团有限公司的 282 万元是其归还 2005 年 9 月 27 日向江苏德邦化学工业集团有限公司的 2981644.8 元借款的主张没有事实依据。首先，江苏德邦化学工业集团有限公司 2006 年的审计报告中，该笔汇款的会计科目是“预付账款”。其次，江苏德邦化学工业集团有限公司在 2007 年 7 月 2 日另案答辩状中，认可了南京利亚光学仪器仪表厂的上述借款已被江苏德邦化学工业集团有限公司股东红利抵销，该债权债务关系已经消灭，与本案无关。再次，江苏德邦化学工业集团有限公司 2006 年、2007 年审计报告均未记载涉案股份资产，亦未记载利亚公司欠付股权转让款，说明江苏德邦化学工业集团有限公司和德邦精细公司从来就不认为上述股权是其公司资产，也不认为利亚公司

应向其支付所谓的股权转让款，证明了德邦精细公司代南京利亚经贸公司持有涉案股份的事实。第四、江苏德邦化学工业集团有限公司分管财务的副总裁兼德邦精细公司董事季旭东的工作笔记，对股份代持的整个过程进行了客观记录。庭审中，德邦精细公司以季旭东与利亚公司存在利益关系为由，不认可季旭东工作笔记的证据效力。但德邦精细公司在庭审中已认可工作笔记的真实性，而季旭东作为涉案股份两次转让的经办人，完全清楚股份代持的前因后果，其工作笔记客观地、连续地记载了涉案股份两次转让的过程，同本案事实具有关联性。该工作笔记同利亚公司提交的其他证据一起，有力地证明了德邦精细公司代持股份的事实。第五，正是因为德邦精细公司是代持股份，双方才会约定 2005 年（代持之前）及以后年度（代持期间和“转让”之后）的红利及股权利益全部归利亚公司所有。最后、德邦精细公司转让股份给利亚公司，南京利亚经贸公司并无异议。因为南京利亚经贸公司的营业执照已被吊销，利亚公司作为南京利亚经贸公司的关联企业，受让德邦精细公司转让代持的南京利亚经贸公司股份，符合南京利亚经贸公司的利益。如果无视这一事实，而追问德邦精细公司转让行为是否得到南京利亚经贸公司的授权，甚至认为南京利亚经贸公司可向德邦精细公司主张侵权或违约而要求返还已被转让的股份，则只会无端增加当事人讼累，也不符合德邦精细公司转让涉案股份时各方主体的真实意思。（三）德邦精细公司将代持的南京利亚经贸公司的股份转让给利亚公司，利亚公司不需要支付对价，双方当事人对此均以实际行为表示认可，利亚公司并未“违约”。根据《股权转让协议》，利亚公司应在 2006 年 11 月 29 日前将股权转让款划至德邦精细公司指定账户。德邦精细公司须在 2006 年 12 月 31 日前将上述股权过户给利亚公司。即双方履行的义务有着先后顺序。在利亚公司未按照协议约定先履行付款义务的情况下，德邦精细公司依然将股份转让给利亚公司，且在长达近两年的时间里未催告利亚公司付款。这说明双方早已认可利亚公司不需要支付股权转让款，也更让利亚公司确信：除红利外，股权转让协议早已履行完毕，利亚公司不存在德邦精细公司诉称的“违约”行为。三、退一步讲，即使如德邦精细公司所称，利亚公司需要支付股权转让款，利亚公司也不构成违约。利亚公司从未拒绝支付价款。（一）利亚公司未在协议约定时间付款，已被德邦精细公司认可。德邦精细公司在利亚公司未履行先付款义务的情况下，依然履行了转让股权义务。如果德邦精细公司认为利亚公司未付款构成违约，其完全可以行使先履行抗辩权，不履行自己的义务。（二）德邦精细公司前述转让股权的行为，已经变更了利亚公司支付股权转让款的期限。虽然双方并未就新的付款期限进行约定，但德邦精细公司在股权转让后长达近两年的时间未向利亚公司催告履行，也未向利亚公司履行“指定账户”的通知义务。（三）利亚公司从未表示自己不履行协议，没有证据证明利亚公司曾拒绝支付转让价款。因此，退一步，即便利亚公司需要付款，也并不构成违约。四、依据《合同法》第九十四条，德邦精细公司不享有协议的解除权，其诉讼请求应予驳回。（一）德邦精细公司要求解除协议没有事实依据。1、利亚公司不构成“迟延履行”。没有支付股权转让款，首先是因为双方均以实际行为认可利亚公司不需要支付。其次，利亚公司支付价款的履行期限未明确。最后，德邦精细公司未履行“指定账户”义务。2、德邦精细公司从未催告利亚公司履行付款义务，其要求解除协议的函件，利亚公司 2008 年 8 月 25 日才收到，而此前，德邦精细公司已提起诉讼。至于德邦精细公司所说的利亚公司 2008 年 6 月 17 日发给德邦精细公司的《工作联系函》，印证了德邦精细公司未向利亚公司催告付款的事实。联系函中提到的邮件，乃江苏德邦化学工业集团有限公司员工发给其董事吴伟的，且不论其内容如何，该邮件根本就不是德邦精细公司对利亚公司的意思表示。（二）德邦精细公司要求解除协议于法无据。经过法庭多次释明，德邦精细公司要求解除协议的法律依据明确为《合同法》第九十四条第（三）项。但首先，德邦精细公司不构成“迟延履行主要债务”。其次，德邦精细公司未向利亚公司催告要求付款。德邦精细公司更无法证明其曾为利亚公司付款限定了“合理期限”。上述法律条款规定的合同解除权条件未成就。（三）即使利亚公司未支付价款构成违约，也不导致“合

同目的不能实现”。因为股份已转让，而利亚公司支付价款的义务依然可以履行（如果法院判定利亚公司需要支付的话），双方转让股权的目的依然可以实现。五、关于本案责任的认定和裁判。（一）本案是股权合同纠纷案件，法院应尊重合同当事人意思自治，以《股权转让协议》中双方约定的内容作为裁判基础。即便法院根据《合同法》第一百零七条判令利亚公司承担违约责任，利亚公司应按照协议约定继续履行，支付价款。股份净资产价格对于利亚公司继续履行协议不具有意义。退一步，若法院判令利亚公司赔偿损失，赔偿范围也应依据《合同法》第一百一十三条规定。（二）本案判决不能违反“不告不理”的诉讼原则，不能超出当事人的诉讼请求进行裁判。经过法庭多次释明，德邦精细公司诉讼请求最终确定为“解除协议，要求返还股份，若不能返还，则按照判决生效日的股份净资产返还相应款项”。德邦精细公司未诉请继续履行协议，也未主张利亚公司承担违约责任，更未就其损失进行主张和举证。（三）再退一步，若法院认定利亚公司构成违约，违约责任的承担也应考虑以下两点：1、“违约”的起算时间应从德邦精细公司要求给付价款，即一审立案之日（2008年7月23日）起算。因为协议约定的付款期限届满后，德邦精细公司未向利亚公司主张付款，其2008年6月10日发出的要求解除协议的函件，利亚公司也是2008年8月25日才收到。2、“违约金”应自“违约”之日起，按照日万分之二点一计算。法律依据是最高人民法院《关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》（法释[1998]8号）、《关于修改的批复》（法释[2000]34号）以及中国人民银行《关于人民币贷款利率有关问题的通知》（银发[2003]251号）。综上，股份是德邦精细公司代南京利亚经贸公司持有，德邦精细公司将该股份转让给南京利亚经贸公司的关联企业利亚公司，利亚公司不需要支付对价。即便利亚公司需要支付价款，利亚公司也不构成迟延履行或根本违约。德邦精细公司依据《合同法》第九十四条第（三）项规定，诉请解除协议，要求利亚公司返还股份的诉讼请求，没有事实和法律依据，法院应予驳回。同时，被告利亚公司反诉称：根据协议，德邦精细公司应当向利亚公司支付争议股份2005年度分红，德邦精细公司一直未履行。在286万元转让款扣除南京利亚光学仪器仪表厂已经支付的282万元基础上，德邦精细公司还应向利亚公司支付7.44万元。故反诉请求：一、德邦精细公司支付143万股股份2005年度红利7.44万元，并赔偿延期支付的利息损失（自2006年12月31日分红日起至实际给付之日止，按中国人民银行同期贷款利率计算）；二、反诉费由德邦精细公司承担。

被告利亚公司向本院提交以下证据予以证明：

- 1、南京市公证处“（99）宁证外民字第113号”《出生公证书》及南京利亚经贸公司工商登记信息；
- 2、南京利亚光学仪器仪表厂工商登记信息；
- 3、吴伟与南京肯发实用科学技术总公司1993年4月15日签订的《经理、厂长任期目标承包经营合同书》及南京市公证处“（99）宁证外民字第2142号”《公证书》；
- 4、利亚公司工商登记资料，包括：北京市工商行政管理局宣武分局“京工商宣注册企许字（2006）0006230号”《北京市工商行政管理局宣武分局准许设立（变更、注销、撤销变更）登记（备案）通知书》及投资者注册资本（注册资金、出资额）缴付情况；
- 5、《南京证券托管中心-法人股权转让凭证》；
- 6、2002年4月3日南京市商业银行股份有限公司《证明》；
- 7、上海证券交易所2007年7月18日《上交所关于南京银行（601009）19日上市交易公告》；
- 8、季旭东的工作记录及其证言；
- 9、德邦精细公司2006年11月22日《股权转让委托书》；
- 10、德邦精细公司与南京利亚经贸公司2005年9月28日签订的《工矿产品购销合同》；

- 11、南京利亚光学仪器仪表厂 2005 年 10 月 12 日给付江苏德邦化学工业集团有限公司 282 万元的《南京市商业银行电汇凭证》;
- 12、江苏德邦化学工业集团有限公司 2007 年 7 月 2 日向连云港市中级人民法院提交的《答辩状》;
- 13、江苏富华会计师事务所有限公司“苏富会审[2007]69 号”《江苏德邦化学工业集团有限公司审计报告》;
- 14、电话录音,包括:吴伟与李靖的通话录音、吴伟与赵德明的通话录音、吴伟与徐玉霞的通话录音、吴伟与武兴祥的通话录音;
- 15、德邦精细公司 2005 年 10 月 13 日给付南京利亚经贸公司 280 万元的银行汇票;
- 16、德邦精细公司 2005 年 10 月 14 日给付南京利亚光学仪器仪表厂 280 万元的银行进账单;
- 17、吴伟与单宝霞的通话录音;
- 18、连云港市海州区人民法院(2005)海民二初字第 362 号案的诉讼费收据、起诉状、送达回证、法定代表人身份证明、授权委托书、开庭笔录、民事调解书、“(2005)海执字第 549 号”《民事裁定书》;
- 19、江苏富华会计师事务所有限公司“苏富会审报[2006]168 号”《江苏德邦化学工业集团有限公司审计报告》;
- 20、2008 年 6 月 17 日利亚公司发给德邦精细公司的《工作联系函》;
- 21、南京利亚经贸公司出具的“南京利亚经贸公司与德邦精细公司虚假诉讼资金流动图”;
- 22、南京市商业银行 2005 股份红利发放表;
- 23、南京肯发实用科学技术总公司、南京农垦产业(集团)有限公司工商登记信息、《南京市人民政府关于南京市农垦农工商总公司改制为南京农垦产业(集团)有限公司的批复》、南京农垦产业(集团)有限公司 2008 年 6 月 26 日《关于南京利亚经贸公司情况的说明》;
- 24、德邦精细公司 2006 年 11 月 22 日《股权转让申请报告》、季旭东身份证、德邦精细公司《企业法人营业执照》、利亚公司《委托书》、2006 年 11 月 22 日德邦精细公司与利亚公司签订的《股权转让协议》、德邦精细公司《法定代表人身份证明书》;
- 25、江苏德邦化学工业集团有限公司 2008 年 10 月给英属维尔京群岛利亚资本公司的《复函》;
- 26、邮件跟踪查询记录。

原告德邦精细公司针对被告利亚公司的答辩,反驳称:一、德邦精细公司认为双方对下列事实没有争议:(一)双方合同签订的时间、内容及德邦精细公司履行了合同义务,但利亚公司一直未支付转让价款。(二)2008 年 6 月 17 日前,利亚公司收到德邦精细公司的电子邮件,利亚公司 2008 年 6 月 17 日的书面回函中明确:1、德邦精细公司是代持股。所以,利亚公司不同意支付股权转让款,也不同意解除合同;2、利亚公司同意就这一争议继续协商,德邦精细公司的书面文件要寄送到其指定地址和人员。(三)2008 年 6 月 23 日,德邦精细公司通过 EMS 向利亚公司寄送了解除股权转让协议的通知且利亚公司收到。二、德邦精细公司对争议事实的主张:(一)德邦精细公司是股份的合法持有人。利亚公司主张德邦精细公司取得股份是与吴伟的家族企业南京利亚经贸公司假诉讼的结果,德邦精细公司是代吴伟的家族企业持股,所以,利亚公司不需要支付股份转让款。因此,利亚公司不存在违约问题。德邦精细公司认为,德邦精细公司与南京利亚经贸公司的民事调解书目前依然生效,且与判决具有同等法律效力,没有被认定违法或者撤销。利亚公司也没有提供德邦精细公司只是代持股份的有效证据。因此,德邦精细公司对股份拥有所有权。(二)德邦精细公司履行了催要转让款及通知解除合同的义务。1、德邦精细公司在发现股份被转到利亚公司名下而利亚公司没有付转让款后,曾向公安机关报案,要求依法处理。公安部门曾传唤利亚公司当时的法定代表人,其对上述事实并不否认。利亚公司如有意付款,应当在得知德邦精细公司向公

安机关控告后支付转让款，而利亚公司仍然拒绝付款。2、利亚公司 2008 年 6 月 17 日给德邦精细公司的回函证明，德邦精细公司至少在 2008 年 6 月 17 日前曾向利亚公司催要转让款，并发出了不给转让款就解除合同的书面通知。德邦精细公司在 2008 年 6 月 10 日曾经通过 EMS 和电子邮件分别发送函件给利亚公司，要求其支付货款或解除合同，因利亚公司不在注册地址办公，EMS 邮件被退回，但通过电子邮件发送的通知，利亚公司收到了。2008 年 6 月 23 日，德邦精细公司按照利亚公司书面指定的地址和联系人，通过 EMS 寄送“解除股权转让协议通知”，利亚公司指使其联系人故意外出，不接收该邮件，致使上述函件到了 2008 年 8 月 30 日才被签收。上述事实表明，在利亚公司延期履行合同主要义务的情况下，德邦精细公司依法进行了催告付款和书面通知解除合同的行为。3、利亚公司提出，德邦精细公司未指定付款账号，属违约。德邦精细公司认为，支付转让款是利亚公司的主要义务，德邦精细公司只需在利亚公司付款时告知其账号即可。而利亚公司在德邦精细公司以各种方式催告的情况下，始终拒绝付款，从而导致其主要合同义务没有履行。利亚公司违约的原因不是德邦精细公司没有提供付款账号，而是利亚公司拒绝付款，即德邦精细公司不提供账号与利亚公司不能付款之间不存在因果关系。三、德邦精细公司作为守约方，有权选择解除合同。德邦精细公司认为，在德邦精细公司履行了股份交付义务的前提下，利亚公司长期不履行付款义务，在德邦精细公司通过公安报案、电子和书面催告等形式要求利亚公司支付款项，甚至在德邦精细公司起诉后的审理过程中，利亚公司仍拒绝支付股份转让款，已构成解除合同的充分理由。在此情况下，德邦精细公司作为守约一方，不论是选择要求继续履行合同，还是要求解除合同，都是符合法律规定的。利亚公司主张合同不存在不能履行的障碍，如果法院不认定代持的事实，应当判决继续履行，由利亚公司支付 286 万元的转让款和银行利息。德邦精细公司认为，即使合同可以履行，合同法 94 条第 3 项也赋予了守约方解除合同的权利。相反，如果继续履行，而且只支付 286 万元转让款和利息，就会导致利亚公司没有履行义务，却坐享股份升值和 3 年红利的收益，而德邦精细公司没有收到转让款，还失去了本属于自己的股份收益，这显然不公平且违反了权利与义务对等、不履行义务就不能享受权利的民法基本原则。因此，德邦精细公司坚持解除协议，由利亚公司返还 143 万股银行股份。如果股份无法返还，应当按照本判决生效之日的每股净资产，折价赔偿德邦精细公司。如果计算利亚公司迟延履行所造成的损失，应当按照利亚公司获得股权，致使德邦精细公司损失了自股权转让之日起至本案判决生效之日的全部股份收益，包括股份的分红和增值。

原告德邦精细公司针对被告利亚公司的反诉，答辩称：不同意反诉请求。

经本院庭审质证，双方当事人对原告德邦精细公司提交的证据 1、3-5，被告利亚公司提交的证据 1、4-9、17、20-24、26 的真实性、关联性、合法性均无异议，本院予以确认。

双方当事人对以下涉及本案争议焦点的证据持有异议：

一、原告德邦精细公司提交的证据 2，证明双方设立了股权转让关系。利亚公司未按合同约定定期支付股权转让款，构成违约。利亚公司陈述，合同内容属实，但德邦精细公司提交法庭的这份复印件，没有利亚公司法人代表签字，且上面的德邦精细公司公章应当是假的。鉴于双方当事人均认可签订了此合同，对合同内容无异议，且利亚公司提供的合同与德邦精细公司一致，故对该证据真实性，本院确认。

二、利亚公司提交的证据 2，证明南京利亚光学仪器仪表厂与利亚公司存在关联关系。德邦精细公司否认关联性。因该证据对认定德邦精细公司是否代持南京利亚经贸公司的南京银行股份具有法律意义，本院作为证据。

三、利亚公司提交的证据 3，证明南京利亚经贸公司与利亚公司存在关联关系。德邦精细公司以是复印件为由，否认其真实性。因公证机关已证明该复印件与原件相符，本院认定其真实性，作为证据。

四、利亚公司提交的证据 10-13，证明南京利亚经贸公司与德邦精细公司存在虚假诉讼。德邦精细公司否认关联性。因上述证据对认定德邦精细公司是否代持南京利亚经贸公司的南京银行股份具有法律意义，本院作为证据。

五、利亚公司提交的证据 14，证明德邦精细公司代持南京利亚经贸公司的南京银行股份及德邦精细公司与南京利亚经贸公司存在虚假诉讼。德邦精细公司以不能确定受话人的真实身份为由，否定真实性。本院采纳德邦精细公司意见，不作为证据。

六、利亚公司提交的证据 15、16，证明德邦精细公司与南京利亚经贸公司存在虚假诉讼。德邦精细公司否认关联性。因上述证据对认定德邦精细公司是否代持南京利亚经贸公司的南京银行股份具有法律意义，本院作为证据。

七、利亚公司提交的证据 18、19，证明德邦精细公司与南京利亚经贸公司存在虚假诉讼。德邦精细公司否认关联性。因上述证据对认定德邦精细公司是否代持南京利亚经贸公司的南京银行股份具有法律意义，本院作为证据。

八、利亚公司提交的证据 25，证明德邦精细公司所述南京利亚光学仪器仪表厂 2005 年 10 月 12 日给付江苏德邦化学工业集团有限公司的 282 万元，是偿还对江苏德邦化学工业集团有限公司借款不真实。德邦精细公司否认其关联性。因该证据涉及德邦精细公司陈述是否属实，本院作为证据。

本院根据上述认证查明：2005 年 12 月 27 日，南京利亚经贸公司因不执行连云港市海州区人民法院“（2005）海民二初字第 362 号”《民事调解书》，被上述法院将南京利亚经贸公司所持 143 万股南京银行股份，通过强制执行程序过户给德邦精细公司。2006 年 11 月 22 日，德邦精细公司与利亚公司签订《股权转让协议》，主要内容：一、德邦精细公司将所持南京银行 143 万股股份转让给利亚公司。转让价格每股 2 元，总金额 286 万元。二、2005 年度红利归利亚公司，德邦精细公司自愿放弃 2005 年及以后年度的红利。三、利亚公司在 2006 年 11 月 29 日前将转让款划至德邦精细公司指定账户。德邦精细公司在 2006 年 12 月 31 日前将股份过户给利亚公司。上述合同签订后，德邦精细公司于 2006 年 12 月 7 日将上述股份转让给利亚公司，但未向利亚公司指定付款账户，利亚公司也未支付股份转让款。2008 年 6 月 17 日，利亚公司发给德邦精细公司《工作联系函》，主要内容：利亚公司闻听江苏德邦化学工业集团有限公司职员朱士欢发送电子邮件给董事吴伟，要求解除利亚公司与德邦精细公司之间的合同。不管朱士欢能否代表江苏德邦化学工业集团有限公司或者德邦精细公司，因德邦精细公司是代南京利亚经贸公司持有上述股份，故利亚公司无需支付股权转让款，也不同意解除合同。邮件中所说曾经多次催要股份转让款的事实不存在。2008 年 6 月 23 日，德邦精细公司向利亚公司发送《关于解除股份转让合同的公函》，主要内容：在德邦精细公司多次要求利亚公司返还股份或支付股份转让款未果的情况下，德邦精细公司解除与利亚公司的合同。利亚公司于诉讼中，即 2008 年 8 月 31 日收到上述函件。另查：一、双方在起诉、答辩及辩论中提到的南京利亚经贸公司、南京利亚光学仪器仪表厂及本案被告利亚公司，均是吴根全和吴伟父子实际控制的企业。二、双方合同所述 2005 年度红利，数额为 114400 元。上述事实，有双方当事人提交的上述证据、证人证言和当事人陈述意见在案佐证。

本院认为：当事人争议焦点一是德邦精细公司是否存在通过与南京利亚经贸公司进行虚假诉讼，代南京利亚经贸公司持有南京银行股份的事实。鉴于其他人民法院的裁判对德邦精细公司与南京利亚经贸公司纠纷的真实性已经确认，且利亚公司提交的证据，不足以推翻上述法院认定的事实；季旭东个人笔记及证言，考虑到季旭东与利亚公司的关联公司存在利害关系，且无其他证据足以佐证上述证据内容的真实性，故该证据的证明力较低。江苏德邦化学工业集团有限公司的审计报告，内容本身也不能证明德邦精细公司代持股份的事实。南京利亚经贸公司出具的证明，因南京利亚经贸公司与利亚公司的关联关系，证明力也很低。所以，在利亚公司提交的间接证据及直接证据尚不足以使本院推翻其他法院认定的事实的情况下，根

据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条第一款第（四）项、第二款，利亚公司有关答辩，本院不予认定。

当事人另一争议焦点是德邦精细公司依照《中华人民共和国合同法》第九十四条第（三）项要求解除合同是否应该支持。上述法律条款至少存在两个构成要件：第一、一方迟延履行主要债务。合同规定了利亚公司的履行债务期限，但利亚公司未履行债务。虽然德邦精细公司没有按照约定向利亚公司指定付款账户，但相对于德邦精细公司的转让股权义务，指定付款账户仅是德邦精细公司的从义务，在德邦精细公司履行了主要义务的情况下，利亚公司以德邦精细公司未履行从义务为由，拒绝履行其主要义务，本院不能支持。且从利亚公司发给德邦精细公司的函件及答辩看，其拒绝付款的理由并不是德邦精细公司未指定付款账户，如果利亚公司以诚信履行合同，完全可以要求德邦精细公司提供账户或将款项提存，从而履行合同义务。利亚公司以德邦精细公司未实施先履行抗辩权为由，认为双方变更了付款期限，本院也不能支持。合同的变更需要当事人达成合意，放弃先履行抗辩权即为变更合同，没有法律依据。据此，本院认定利亚公司构成迟延履行主要债务。第二、债权人实施了催告行为。德邦精细公司认为利亚公司给其的函件，能够反映出其实施了催告行为。纵观函件内容，本院不能得出德邦精细公司的上述结论。故德邦精细公司要求解除合同的请求，本院不能支持。利亚公司应当给付股份转让款，并赔偿迟延履行给德邦精细公司造成的损失。

当事人争议焦点三是利亚公司赔偿损失的数额。德邦精细公司转让的股份是否升值，不是由利亚公司的迟延给付行为决定，而是取决于南京银行的经营状况。因此，德邦精细公司要求按股份的净资产值给付相应价款，因该价款与利亚公司的违约行为不存在因果关系，本院不能支持。在德邦精细公司没有证明存在其他损失的情况下，利亚公司赔偿的损失，应是 286 万元自应给付之日起产生的法定孳息。

当事人争议焦点四是利亚公司的反诉请求能否支持。根据合同第三条，2005 年度红利，德邦精细公司应当返还利亚公司。至于利亚公司放弃部分，本院不予干涉。但其要求赔偿损失的反诉请求，因双方对上述红利的给付时间没有约定，故此反诉请求不能支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第八条第一款、第二款，第一百零七条的规定，判决如下：

一、北京利亚保险代理有限公司于本判决生效后十日内，给付连云港市德邦精细化工有限公司股份转让款二百八十六万元，并比照中国人民银行同期活期存款利率赔偿自二〇〇六年十一月二十九日起至本判决确定的给付之日止的利息。

二、连云港市德邦精细化工有限公司于本判决生效后十日内，返还北京利亚保险代理有限公司二〇〇五年红利七万四千四百元。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费和反诉案件受理费共计七万三千三百二十元，由连云港市德邦精细化工有限公司负担四万五千九百七十六元，由北京利亚保险代理有限公司负担二万七千三百四十四元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状及副本二份，上诉于北京市高级人民法院，同时按照不服本判决的上诉请求数额，交纳上诉案件受理费，上诉于北京市高级人民法院。上诉期满后七日内仍未交纳上诉案件受理费的，按自动撤回上诉处理。

审判长 魏纪明

代理审判员 梁志雄

人民陪审员 闫景芸
二〇〇九年一月十三日
书记员 王晴

廖晓兰与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷一审民事判决书

龙岩市永定区人民法院
民事判决书

(2017)闽 0803 民初 1223 号

原告：廖晓兰，女，1967 年 10 月 23 日出生，汉族，住福建省龙岩市永定区。

被告：福建金欣华创业投资有限公司，住所地：福建省龙岩市永定区工业园区德泓台商光电产业园 B 幢二楼，统一社会信用代码：91350822574730803H。

法定代表人：吴华桂，公司董事长。

第三人：傅华达，男，1973 年 7 月 6 日生，汉族，住福建省龙岩市新罗区。

被告和第三人的共同委托诉讼代理人：廖汝彪、林婧婷，福建闽天律师事务所律师。

原告廖晓兰与被告福建金欣华创业投资有限公司(以下简称金欣华公司)、第三人傅华达合同纠纷一案。本院于受理后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告廖晓兰、被告金欣华公司及第三人傅华达的共同委托诉讼代理人廖汝彪、林婧婷到庭参加诉讼，本案现已审理终结。

廖晓兰向本院提出诉讼请求：1. 判决金欣华公司返还投资款人民币 200000 元及支付从 2014 年 5 月 26 日起至 2017 年 5 月 26 日止按年利率 12%计算的利息 72000 元，并承担投资本金 200000 元从 2017 年 5 月 27 日起至还清投资款之日止按年利率 12%计算的利息；2. 本案诉讼费由被告负担。事实与理由：金欣华公司系一家创业投资有限责任公司，第三人傅华达系该发起人股东之一，占公司全部出资的 20%。2012 年 5 月 15 日，廖晓兰与金欣华公司及傅华达签订《股权投资协议书》，三方约定：傅华达为廖晓兰的投资代管人，向金欣华公司投资 200000 元，由金欣华公司选定投资德泓(福建)光电科技有限公司进行 IPO 上市，投资期限三年；若德泓(福建)光电科技有限公司无法 IPO 上市，廖晓兰有权要求退还投资款，金欣华公司应无条件退还廖晓兰投资本金并一次性支付 12%的年收益。《股权投资协议书》明确约定：“甲方(金欣华公司)应按公司法相关规定依法经营，对丙方(廖晓兰)委托乙方(傅华达)代持的股份权益安全作连带保证”。投资协议到期后，因德泓(福建)光电科技有限公司未能按原计划上市，金欣华公司按年利率 12%向廖晓兰结清收益至 2014 年 5 月 24 日。2015 年 3 月 18 日，三方再次签订《股权投资补充协议》，约定：廖晓兰 200000 元继续投资。德泓(福建)光电科技有限公司在 2016 年 12 月份之前，若未能在中小板上市，(廖晓兰)可一次性将本息退出，并按年利率 12%结付利息。现德泓(福建)光电科技有限公司仍没有 IPO 上市，廖晓兰提出退还投资款及利息未果，特依法向人民法院提起诉讼。

金欣华公司辩称：1. 投资协议签订后，廖晓兰就诉争的投资款未实际支付，未履行完毕协议项下的支付义务，因此廖晓兰的主张依法无据。2. 补充投资协议中“丙方自愿要求续投”也可证实廖晓兰并未实际履行支付义务，事实上补充协议签订后，廖晓兰仍未履行支付义务，且廖晓兰也未向法庭提供证据证明已支付诉争投资款。

傅华达辩称：同金欣华公司答辩意见一致，补充一点：第三人作为廖晓兰的投资代管人根据法律规定以及协议第六条第二款风险承担的约定，傅华达对该风险不承担责任。

当事人围绕自己的主张依法提交了证据，本院依法组织双方当事人进行了举证和质证。廖晓兰提供的《股权投资协议书》及《股权投资补充协议》，对方当事人质证对合同内容真实性无异议，本院予以确认并在卷佐证。双方争议事实：廖晓兰投资的 200000 元是否到位。本院对有争议的事实认定如下：廖晓兰主张已支付了投资款 200000 元，金欣华公司和傅华达则以廖晓兰无证据证明其支付了 200000 元为由主张未收到投资款。廖晓兰与金欣华公司及

傅华达于 2012 年 5 月 15 日签订的《股权投资协议书》第八条“鉴于本协议三方签章前，有关投资款已付清，因此甲方（金欣华公司）不另行开具收据给丙方（廖晓兰），但投资接收方（甲方与投资项目签订合同之公司）须开具总投资收据给甲方（金欣华公司）。”，《股权投资补充协议》第 1 条约定“金欣华公司先支付过去三年（2011 年 5 月 25 日至 2014 年 5 月 24 日）的利息”，以上协议的内容及《股权投资补充协议》的签订可以确认，金欣华公司在股权投资协议书签订前已收到了廖晓兰 200000 元投资款。

对本案的事实，本院认定如下：

金欣华公司系一家创业投资有限责任公司，傅华达系该发起人股东之一，占公司全部出资的 20%。廖晓兰于 2012 年 5 月 15 日前，投入 200000 元到金欣华公司，由金欣华公司选定投资项目。2012 年 5 月 15 日，廖晓兰与金欣华公司及傅华达签订《股权投资协议书》，三方约定：廖晓兰出资的 200000 元投资到金欣华公司，以傅华达名义持有其股份，傅华达为廖晓兰投资的代管人，而金欣华公司用此款作为资金的一部分拟向德泓（福建）光电科技有限公司投资 50000000 元，拟占该公司股份的 20%，并对廖晓兰委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证，委托投资期限自 2012 年 5 月 15 日至 2014 年 5 月 24 日止，若德泓（福建）光电科技有限公司在此投资期限内无法 IPO 上市，廖晓兰有权要求退还投资款，金欣华公司应无条件退还廖晓兰投资本金并一次性支付 12% 的年收益。投资协议到期后，因德泓（福建）光电科技有限公司未能 IPO 上市。因廖晓兰自愿要求继续投资购买德泓（福建）光电科技有限公司股权，廖晓兰、傅华达、金欣华公司于 2015 年 3 月 18 日再次签订《股权投资补充协议》，约定：1. 以自愿为原则，对愿意继续等待德泓光电上市的投资人，金欣华公司先支付过去三年（2011 年 5 月 25 日至 2014 年 5 月 24 日）的利息（按年利率 12% 结算），将原持股本金续投德泓光电；2. 退出期有两种选择：其一，德泓（福建）光电科技有限公司在 2015 年 12 月份之前若没有在新三板挂牌，可选择一次性退还本息（按 12% 年利率结付）；其二，在 2016 年 12 月份之前，若未能在中小板上市，可一次性将本息退出（按 12% 年利率结付）。3. 若至 2016 年底，廖晓兰委托投资项目仍未能上市，但廖晓兰仍愿意等待的，股权投资协议自动顺延，直至成功上市。IPO（首次公开发行）后根据相关规定统一退市。4. 原《股权投资协议书》与本补充协议具有同等法律效力，若有不同之处，以补充协议为准。德泓（福建）光电科技有限公司在 2016 年底仍未能在中小板上市，廖晓兰遂诉至法院要求退还投资款并支付利息。

本院认为，廖晓兰与金欣华公司、傅华达所签订的《股权投资协议书》和《股权投资补充协议》系当事人真实意思表示，合法有效，双方均应当严格履行协议，廖晓兰已按时、足额支付了 200000 元投资款，予以确认。金欣华公司抗辩未收到廖晓兰的 200000 元投资款，与事实不符，不予采信。《股权投资协议书》就风险承担虽约定傅华达对投资产生风险（包括股权损失及其他法律后果）不承担，全部由投资接收方（金欣华公司与投资项目签订合同之公司）及其股东承担，但该约定未明确投资接收方是谁，金欣华公司及傅华达也未提供证据证明廖晓兰投资款投入何处，谁是该资金的接收方，金欣华公司是否已将廖晓兰的投资实际按约定投入，不能确定，且金欣华公司在《股权投资协议书》约定对廖晓兰委托傅华达代持的股份权益安全承担连带保证，并在《股权投资补充协议》再次约定金欣华公司如何退还廖晓兰投资款的事项，故金欣华公司有义务对廖晓兰的该笔投资款承担责任。因金欣华公司拟投资的德泓（福建）光电科技有限公司未上市，且廖晓兰起诉要求金欣华公司返还投资款，据此可认定廖晓兰不愿意继续等待德泓（福建）光电科技有限公司上市而是选择退出。因德泓（福建）光电科技有限公司在廖晓兰委托期限内无法上市，廖晓兰又选择继续投资，根据协议约定，可认定金欣华向廖晓兰结清至 2014 年 5 月 24 日的收益。现廖晓兰根据合同约定要求金欣华公司返还投资款人民币 200000 元及支付从 2014 年 5 月 26 日起至 2017 年 5 月 26 日止按年利率 12% 计算的利息 72000 元，并承担投资本金 200000 元从 2017 年 5 月 27 日起至还

清投资款之日止按年利率 12%计算的利息，符合事实与法律规定，应予支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条之规定，判决如下：

福建金欣华创业投资有限公司应当在本判决生效之日起十日内返还廖晓兰投资款 200000 元及支付该款从 2014 年 5 月 26 日起至 2017 年 5 月 26 日止按年利率 12%计算的利息 72000 元，并承担该款从 2017 年 5 月 27 日起至还清投资款之日止按年利率 12%计算的利息。

如果福建金欣华创业投资有限公司未按本判决指定的履行期间履行金钱给付义务，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 5380 元，因适用简易程序审理减半收取计 2690 元，由福建金欣华创业投资有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省厦门市中级人民法院。

审判员 林祥贞

二〇一七年九月五日

书记员 赖玉珍

林曲怀与奈步（中国）有限公司、林火炎民间借贷纠纷一案 一审民事判决书

泉州市中级人民法院

民事判决书

（2013）泉民初字第 990 号

原告：林曲怀，男，1970 年 7 月 17 日出生，住中华人民共和国福建省泉州市鲤城区下河 7 号。

委托代理人：柯双木，福建志立律师事务所律师。

被告：奈步（中国）有限公司。住所地：中华人民共和国福建省晋江市陈埭镇坊脚村滨阳路。

组织机构代码：78217245-5。

法定代表人：林火炎，该公司董事长。

被告：林火炎（LIN, HUOYAN），男，1970 年 12 月 24 日出生，菲律宾共和国公民，现住中华人民共和国福建省福州市。

两被告共同委托代理人：林天敏，福建万和律师事务所律师。

原告林曲怀因与被告奈步（中国）有限公司（以下简称奈步公司）、林火炎民间借贷纠纷一案，于 2013 年 7 月 31 日向本院提起诉讼。本院受理后，依法组成合议庭进行审理。2013 年 9 月 10 日，被告奈步公司、林火炎分别提出管辖权异议。2013 年 9 月 16 日，本院作出（2013）泉民初字第 990-2 号民事裁定书，裁定驳回被告奈步公司、林火炎对本案管辖权提出的异议。被告林火炎不服，向福建省高级人民法院提出上诉。2013 年 11 月 12 日，福建省高级人民法院作出（2013）闽民终字第 1285 号民事裁定书，裁定：驳回上诉，维持原裁定。在审理过程中，原告林曲怀向本院提出财产保全申请，本院于 2013 年 8 月 15 日作出（2013）泉民初字第 990-1 号民事裁定书，裁定：查封、冻结被告奈步（中国）有限公司、林火炎价值 4812500 元的财产。2014 年 3 月 19 日，原告增加诉讼请求。2014 年 4 月 28 日本院公开开庭进行了审理，原告林曲怀的委托代理人柯双木，被告奈步公司、林火炎的共同委托代理人林天敏到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告林曲怀诉称：奈步公司因上市筹备及生产经营，需要借入一笔运营资金，于 2011 年 6 月 4 日与林曲怀签订 1 份协议书，约定奈步公司向林曲怀借款 350 万元，借款利率为年息 18%，按实际借款天数计算，还款日期为借款金额支付给奈步公司之日起满 24 个月后的任何时候。林火炎对奈步公司向林曲怀的上述借款本息承担连带担保责任。协议签订后，林曲怀将其中的 100 万元借款以现金的形式直接支付给奈步公司，余下 250 万元根据约定于 2011 年 6 月 8 日前汇至奈步公司指定的银行账户。林曲怀、奈步公司签订的协议约定的还款方式为：林曲怀有权单方选择奈步公司或林火炎替奈步公司归还借款本息或将借款本息转化为上市公司前总股本 1%的上市公司股份。以上选择由林曲怀单方决定，无论林曲怀选择以上任何一种还款方式，奈步公司、林火炎均不得有异议，并应无条件地按照林曲怀的要求，签署一切所需的文件及采取一切所需的行为，将借款本息以林曲怀要求的方式归还给林曲怀。现该借款已经到期，林曲怀选择以现金还款的方式要求奈步公司偿还借款，但至今奈步公司、林火炎没有还款的意思表示。请求法院判令：一、被告奈步公司偿还原告林曲怀借款本金 350 万元及自 2011 年 6 月 4 日起至实际还款之日止，按双方约定的借款利息为年息 18%的利息计算；二、被告林火炎对被告奈步公司向林曲怀的上述借款本金及利息向林曲怀承担连带担保责任；三、被告奈步公司、林火炎承担本案诉讼费。

被告奈步公司、林火炎在答辩期内均未作书面答辩，但在庭审中共同辩称：协议书约定奈步公司向林曲怀借款 350 万元，其中 100 万元以现金方式直接支付，余下 250 万元汇款至林火

炎银行账户。此后，林曲怀于 2011 年 6 月 8 日向林火炎个人账户转入 250 万元款项，而 100 万元现金款项自始至终没有交付。林曲怀只借出 250 万元的借款，却要诉请和享有 350 万元的借款债权，不仅于法无据，更属违约在先。

在审理过程中，双方当事人对于下列事实均没有异议，本院予以确认。

2011 年 6 月 4 日，奈步公司作为甲方、林曲怀作为乙方、林火炎作为丙方，共同签订 1 份《协议书》，约定林曲怀向奈步公司借出 350 万元，其中 100 万元以现金方式支付，余下 250 万元于 2011 年 6 月 8 日前汇至奈步公司指定的银行账户。还款方式由林曲怀单方选择：1、林曲怀自借款金额支付予奈步公司之日起满 24 个月后的任何时候，有权要求奈步公司现金方式归还本息，借款年利率 18%，按实际借款天数计算，林火炎对奈步公司的还款义务承担连带担保责任；2、林曲怀要求将借款本息转为奈步公司境外控股公司上市前总股本 1% 的股份。2011 年 6 月 8 日，林曲怀将 250 万元借款转入奈步公司指定的收款人林火炎账户。

原告林曲怀为支持其诉求，向本院提供如下证据：一、居民身份证，拟证明原告林曲怀的基本情况。二、外资企业登记基本情况表、组织机构代码证、居民身份证，拟证明被告奈步公司、林火炎的基本情况。三、《协议书》和《建设银行转账凭证》各 1 份，拟证明双方签订协议，约定奈步公司向林曲怀借款 350 万元，借款期限二年，借款年利率 18%，林火炎对借款承担连带担保责任，林曲怀支付 350 万元给奈步公司的事实。四、录音整理资料、录音光盘，拟证明林曲怀已经将借款协议书上约定的 350 万元借款全部支付给奈步公司，林火炎也确认欠林曲怀 350 万元借款的事实。

被告奈步公司、林火炎共同质证认为：对原告的基本情况均无异议，对《协议书》的真实性没有异议，但只收到 250 万元借款，《协议书》不能证明林曲怀确已支付了 350 万元的事实。对录音证据的真实性、关联性、合法性及证明对象均有异议，该录音不清晰，无法确认是林火炎所讲。即便鉴定这份录音证据是真实的，这段录音始终没有提及 100 万元现金，也不能说明林曲怀已经支付了 100 万元现金。

本案的争议焦点为：林曲怀是否向奈步公司履行借款协议约定的支付借款的义务？

原告林曲怀认为：借款协议约定借款 350 万元，其中的 100 万元借款以现金方式支付，说明双方对于以现金方式进行支付是做了特别约定的。根据林曲怀提供的录音证据表明，林曲怀已经根据协议的约定将 100 万元现金交付给林火炎。且从签订协议至林曲怀起诉还款这长达 2 年多的时间内，奈步公司、林火炎也从未向林曲怀主张协议约定的借款没有全部支付的证据，也与常理不符。对于林曲怀提交的录音证据，奈步公司、林火炎否认该证据又不申请鉴定，该证据的真实性应当予以认定。在录音中，林火炎承认有欠款 350 万元且至今为止不能偿还的事实，说明林曲怀确已将 350 万元的借款全部支付给奈步公司。

被告奈步公司、林火炎共同认为：借款协议双方明确约定是借款 350 万元，其中 100 万元现金支付，但林曲怀无直接证据证明其支付了 100 万元现金。林曲怀提出于 2011 年 6 月 8 日向林火炎汇款 250 万元的同时，又向林火炎支付了 100 万元现金的说法，不仅有悖常理，也不是事实。录音证据也没有说到林火炎收到了林曲怀多少借款。

本院认为：双方当事人对于林曲怀已通过银行转账方式支付 250 万元借款的事实均无异议，本院依法予以认定。《协议书》第 1 条借款金额及支付条款约定：乙方（注：即林曲怀）同意向甲方（注：即奈步公司）借出 350 万元，其中 100 万元以现金形式支付给甲方，余下 250 万元于 2011 年 6 月 8 日前汇至甲方所指定的银行账户。因此，林曲怀向奈步公司支付现金的方式是双方约定的，不存在有悖常理的情形。虽然林曲怀在本案中未能充分举证证明其支付 100 万元现金的直接证据，但从提供的录音材料中体现了奈步公司欠款 350 万元的情况。奈步公司、林火炎对该证据的真实性、关联性、合法性提出异议，经法院释明却又不提出鉴定申请，对该录音证据本院应予采信。因此，林曲怀已经按《协议书》约定支付 350 万元借款的情况，符合事实和法律规定，本院予以认定。

经审理查明：2011 年 6 月 4 日，奈步公司作为甲方、林曲怀作为乙方、林火炎作为丙方，共同签订 1 份《协议书》，约定林曲怀向奈步公司借出 350 万元，其中 100 万元以现金方式支付，余下 250 万元于 2011 年 6 月 8 日前汇至奈步公司指定的银行账户。还款方式由林曲怀单方选择：1、林曲怀自借款金额支付予奈步公司之日起满 24 个月后的任何时候，有权要求奈步公司现金方式归还本息，借款年利率 18%，按实际借款天数计算，林火炎对奈步公司的还款义务承担连带担保责任；2、林曲怀要求将借款本息转为奈步公司境外控股公司上市前总股本 1%的股份。还款时间为：1、如果林曲怀选择现金还款方式，则还款时间为自借款之日起 24 个月后的任何一个时间；2、如果林曲怀选择以转股方式还款，则还款时间为自合同签订后至上市公司首次公开发行前的任何时候。2011 年 6 月 8 日，林曲怀依约向奈步公司支付了 350 万元借款。2013 年 7 月 31 日，林曲怀催讨未果，遂向本院提出诉讼。

以上事实有原告林曲怀提供的《协议书》、《中国建设银行转账凭条》、录音材料和双方当事人的法庭陈述等证据予以证实，上列证据具备真实性、合法性、关联性，本院依法予以确认。本院认为，本案系原告林曲怀与被告奈步公司、林火炎之间因民间借贷关系引起的纠纷，因被告林火炎系菲律宾共和国公民，故本案涉外民商事案件。诉讼中双方当事人共同选择适用中华人民共和国法律作为本案的准据法，本院依法予以准许。

本案原告林曲怀与被告奈步公司、林火炎之间的民间借贷关系，有双方当事人签订的《协议书》和《中国建设银行转账凭条》为证，可以确认。该民间借贷关系双方主体合格，意思表示真实，内容符合法律规定，借款合同合法有效，双方当事人均必须严格履行合同规定的义务。奈步公司在借到 350 万元借款后，至今已经超过 24 个月，仍未能向林曲怀偿还借款。现林曲怀要求奈步公司以现金方式偿还借款，符合双方当事人的约定，奈步公司依法应承担及时偿还借款本息的违约责任。林火炎在《协议书》签名，自愿为本案的借款提供连带责任保证担保，依法应承担连带保证责任。林火炎承担保证责任后，依法对奈步公司享有追偿权。原告林曲怀的诉讼请求，符合事实和法律依据，予以支持。奈步公司、林火炎的抗辩，缺乏事实和法律依据，不予采纳。据此，依照《中华人民共和国合同法》第二百零六条，《中华人民共和国担保法》第十八条、第三十一条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四十二条第一款之规定，判决如下：

一、被告奈步（中国）有限公司应于本判决生效后十日内偿还原告林曲怀借款本金 350 万元及按年利率 18%的标准支付自 2011 年 6 月 8 日起至法院判决确定的还款之日止的利息；
二、被告林火炎对上述债务的清偿承担连带保证责任。被告林火炎承担连带保证责任后，有权向被告奈步（中国）有限公司追偿。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费 48795 元，保全费 5000 元，均由被告奈步（中国）有限公司、林火炎共同负担。

如不服本判决，原告林曲怀、被告奈步（中国）有限公司可在判决书送达之日起十五日内，被告林火炎可在判决书送达之日起三十日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省高级人民法院。

审判长 黄海瑞

审判员 吴智家

代理审判员 贺张翡

二〇一四年六月二十六日

书记员 林东杰

林英、谢巧华等与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷

一审民事判决书

龙岩市永定区人民法院

民事判决书

(2018)闽 0803 民初 34 号

原告林英,女,1988 年 10 月 11 日生,住福建省龙岩市新罗区。

原告谢巧华,女,1979 年 7 月 27 日生,住福建省龙岩市新罗区。

被告福建金欣华创业投资有限公司,住所地福建省龙岩市永定区。

法定代表人吴华桂,董事长。

第三人吴华桂,男,1963 年 4 月 14 日生,住福建省龙岩市新罗区。

原告林英、谢巧华与被告福建金欣华创业投资有限公司、第三人吴华桂合同纠纷一案,本院于 2018 年 1 月 2 日立案受理后,依法适用简易程序,公开开庭进行了审理。原告林英、谢巧华到庭参加诉讼,经本院合法传票传唤,被告福建金欣华创业投资有限公司、第三人吴华桂未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

林英、谢巧华共同诉称,2014 年 5 月 25 日林英、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂签订《股权投资协议书》,三方约定:福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司,经营范围为投资及经营管理,吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一,吴华桂占该公司全部出资的 20%,吴华桂为林英合伙投资代管人,在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中,拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元,其中吴华桂出资额中 5 万元为林英合作投资款,林英全部委托给吴华桂管理,以吴华桂名义持有并代为行使相应的投资权利,福建金欣华创业投资有限公司对林英委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证,委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日止,投资期满后,林英委托投资项目若无 IPO(指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行),则林英有权退出,在林英提出退出 10 天内,福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12%的年收入(按实际投资时间计算)。2015 年 3 月 29 日林英在《股权投资协议书》写明其所持 5 万元股份中,有 2 万元股份为谢巧华所有。2015 年 3 月 30 日林英转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 33,000 元,2015 年 3 月 30 日谢巧华转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 22,000 元。实际上,林英、谢巧华共同支付给福建金欣华创业投资有限公司投资款 55,000 元。请求判令:1、福建金欣华创业投资有限公司返还林英、谢巧华投资款 55,000 元和支付从 2015 年 3 月 30 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 11,550 元(以 55000 元投资本金为基数,按年利率 12%计算的收益);2、福建金欣华创业投资有限公司赔偿林英、谢巧华因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止,以 55,000 元投资本金为基数,按年利率 12%计算的损失。

福建金欣华创业投资有限公司未作答辩。

吴华桂未作出陈述。

焦点问题:1、林英、谢巧华实际付给福建金欣华创业投资有限公司投资款问题,2、林英、谢巧华投资款收益问题,3、林英、谢巧华投资风险问题;4、林英、谢巧华退出投资条件问题。

林英、谢巧华共同对其主张提供以下证据:

1、《身份证》、《社会信用代码信息核查》,以此证明,林英、谢巧华、福建金欣华创业投资有限公司的主体身份。

2、《股权投资协议书》,以此证明,2014 年 5 月 25 日林英、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂签订《股权投资协议书》,三方约定:福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资

有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，吴华桂占该公司全部出资的 20%，吴华桂为林英合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中吴华桂出资额中 5 万元为林英合作投资款，林英全部委托给吴华桂管理，以吴华桂名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对林英委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，林英与吴华桂之间是免费委托关系，吴华桂对林英的投资产生风险不承担责任，委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日，投资期满后，林英委托投资项目若无 IPO（首次公开发行），则林英有权退出，在林英提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收入（按实际投资时间计算）。2015 年 3 月 29 日林英在《股权投资协议书》写明其所持 5 万元股份中，有 2 万元股份为谢巧华所有。

3、《中国工商银行汇款单》，以此证明，2015 年 3 月 30 日林英转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 33,000 元，2015 年 3 月 30 日谢巧华转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 22,000 元。

4、《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》、快递单》，以此证明，2017 年 11 月 1 日林英出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2017 年 11 月 3 日林英通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（福建金欣华创业投资有限公司拒绝签收），林英向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 55,000 元、支付收益。

5、《声明》、《身份证》，以此证明，2017 年 12 月 26 日谢巧华出具《声明》，谢巧华声明：“因《股权投资协议书》系林英签订的，根据合同相对性原则，其同意林英作为原告参加诉讼，林英的诉讼行为其认可，其与林英的债权债务关系另行协商处理”。

福建金欣华创业投资有限公司未提供证据。

吴华桂未提供证据。

对证据的分析与认定：本院认为，本院已依法将证据复印件向福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂送达，福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂未提供书面质证意见及反驳证据，视为其自愿放弃自己的诉讼权利。林英、谢巧华提供的证据，形式和来源合法，内容真实，与本案待证事实具有关联性，本院予以确认，并作为本案的定案依据。

根据认定的证据，及林英、谢巧华在法庭上的陈述，本院对本案的事实作如下认定：

2014 年 5 月 25 日林英、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，吴华桂占该公司全部出资的 20%，吴华桂为林英合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中吴华桂出资额中 5 万元为林英合作投资款，林英全部委托给吴华桂管理，以吴华桂名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对林英委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，林英与吴华桂之间是免费委托关系，吴华桂对林英的投资产生风险不承担责任，委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日，投资期满后，林英委托投资项目若无 IPO（首次公开发行），则林英有权退出，在林英提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收入（按实际投资时间计算）。2015 年 3 月 29 日林英在《股权投资协议书》写明其所持 5 万元股份中，有 2 万元股份为谢巧华所有。2015 年 3 月 30 日林英转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 33,000 元，2015 年 3 月 30 日谢巧华转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 22,000 元。实际上，林英、谢巧华共同支付给福建金欣华创业投资有限公司投资款 55,000 元。2017 年 11 月 1 日林英出具《关

于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2017 年 11 月 3 日林英通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（福建金欣华创业投资有限公司拒绝签收），林英向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司退还投资款 55,000 元、支付收益。

本院认为，林英、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂签订《股权投资协议书》，是当事人真实意思表示，自签字或者盖章时合同成立并生效，当事人均应当履行协议。林英、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂约定：吴华桂为林英合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中吴华桂出资额中 5 万元为林英合作投资款，福建金欣华创业投资有限公司对林英委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日，投资期满后，林英委托投资项目若无 IPO（首次公开发行），则林英有权退出，在林英提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收益（按实际投资时间计算）。林英在《股权投资协议书》写明其所持 5 万元股份中，有 2 万元股份为谢巧华所有。林英转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 33,000 元，谢巧华转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 22,000 元。实际上，林英、谢巧华共同支付给福建金欣华创业投资有限公司投资款 55,000 元。2017 年 11 月 1 日林英出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2017 年 11 月 3 日林英通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（福建金欣华创业投资有限公司拒绝签收），林英向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司退还投资款 55,000 元、支付收益。林英主张投资期限内，福建德泓光电股份有限公司未上市，福建金欣华创业投资有限公司未提供反驳的证据，林英的该主张，本院予以采纳。因为，福建金欣华创业投资有限公司拟投资的福建德泓光电股份有限公司未上市，所以，林英向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司退还投资款 55,000 元、支付收益，符合林英、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂之间的约定。综上所述，福建金欣华创业投资有限公司应退还林英、谢巧华投资款 55,000 元和支付从 2015 年 3 月 30 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 11,550 元（以 55000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的收益），以及福建金欣华创业投资有限公司赔偿林英、谢巧华因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止，以 55,000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的损失。福建金欣华创业投资有限公司经本院传票传唤，无正当理由，拒不到庭参加诉讼，也未提出答辩，视为自动放弃诉讼权利，本院依法进行缺席审理和判决。吴华桂经本院传票传唤，无正当理由，拒不到庭参加诉讼，也未提出陈述，视为自动放弃诉讼权利，不影响案件的审理。依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十条的规定，判决如下：

一、福建金欣华创业投资有限公司于本判决生效后七日内退还林英、谢巧华投资款 55,000 元和支付从 2015 年 3 月 30 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 11,550 元（以 55000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的收益）。

二、福建金欣华创业投资有限公司于本判决生效后七日内赔偿林英、谢巧华因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止，以 55,000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的损失。

如果福建金欣华创业投资有限公司未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 1,661.80 元，减半收取 830.90 元，由福建金欣华创业投资有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省龙岩市中级人民法院。

审判员 林啟文

二〇一八年三月九日

书记员 记员阙庆琳

刘昌建与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一审民事判决书

上海市黄浦区人民法院
民事判决书

(2017)沪0101民初12096号

原告刘昌建，女，1953年12月3日生，汉族，住上海市黄浦区。

委托诉讼代理人：王亦雄，上海光明律师事务所律师。

被告上海佳乐无线电总厂，住所地上海市。

法定代表人：何光辉，该厂厂长。

原告刘昌建与被告上海佳乐无线电总厂(以下简称佳乐总厂)股票权利确认纠纷一案，本院于2017年5月3日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告刘昌建及其委托诉讼代理人王亦雄，被告法定代表人何光辉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告刘昌建向本院提出诉讼请求：1、判令确认以被告上海佳乐无线电总厂名义登记的上海银行股份有限公司7,767股股票归原告所有；2、判令确认自2008年起至2014年上述股份相应的红利归原告所有；3、本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：上海茂林城市信用社(以下简称茂林信用社)成立之初，向系统内有关单位集资。因被告发动职工集资参股，原告作为被告职工出资人民币600元(以下币种同)，与其余四名同事共同集资认购。由于历史原因，原告与同事的股份登记在被告名下。1995年，茂林信用社与其他单位合并，发起设立了上海银行股份有限公司(以下简称上海银行)，原茂林信用社的股东变为上海银行股东，仍由被告名义登记。经多次转增，原告与同事集资持有的股份数为38,836股。2007年之前的分红均已取得，但自2008年起的红利一直未分配。因系争股票登记于被告名下，不便原告行使股东权利，为此原告诉至本院。

被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，愿意将名下代持股份转为原告个人持有，并配合转让登记。不同意承担本案诉讼费用，请求法院依法判决。

经审理查明，1988年6月12日，被告职工刘昌建、许燕萌、傅小玲、沙蓓、徐耀康五人各出资600元认购茂林信用社原始股，登记在被告名下。后茂林信用社发起设立了上海银行，原股东也变更为上海银行股东。现佳乐无线电总厂(企业代码XXXXXXXX-5)作为上海银行发起人股东，截止2017年6月1日持有上海银行首次公开发行(上市前)股份38,836股，股权证号为XXXXXXXXXXXX。其中应归属于原告的股份为7,767股，2008年归属原告分红798元，2009年归属原告分红798元，2010年归属原告分红932.06元，2011年归属原告分红1,009.73元，2012年归属原告分红1,475.76元，2013年归属原告分红1,708.78元，2014年归属原告分红1,864.12元，上述历年分红共计8,586.45元尚未发放。

本院认为，被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，故对原告主张的事实予以确认。原告作为股票投资者的合法权益依法受法律保护。现被告愿意将其名下代持股份转为原告个人持有，并配合办理转让登记所需手续。原告要求将被告代持的股份及分红确认至个人名下，也不违反法律的强制性规定，故本院予以支持。

据此，依照《中华人民共和国公司法》第四条规定，判决如下：

一、确认以“佳乐无线电总厂”(企业代码XXXXXXXX-5)名义登记的、股权证号为XXXXXXXXXXXX的上海银行股份有限公司股票中7,767股归原告刘昌建所有；

二、确认自2008年起至2014年上述股份相应的红利共计8,586.45元归原告刘昌建所有。

案件受理费人民币3,792元，减半收取计人民币1,896元，由原告刘昌建负担。

500

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员 蒋骏

二〇一七年六月二十日

书记员 张俊

刘来宝与罗莹、裴健松股权转让纠纷二审民事判决书

南京市中级人民法院

民事判决书

(2018)苏01民终9877号

上诉人(原审被告):刘来宝,男,1964年4月2日出生,汉族,住江苏省连云港市赣榆县金山产业集聚区。

委托诉讼代理人:张克勤,江苏沁园春律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):罗莹,女,1968年11月2日出生,汉族,住江苏省南京市鼓楼区。

委托诉讼代理人:许国喜,江苏玄博律师事务所律师。

委托诉讼代理人:曹娟,江苏玄博律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):裴健松,男,1972年3月5日出生,汉族,住江苏省宜兴市。

委托诉讼代理人:蒋红英,宜兴市官林法律服务所法律工作者。

上诉人刘来宝因与被上诉人罗莹、裴健松股权转让纠纷一案,不服南京市鼓楼区人民法院(2017)苏0106民初7439号民事判决,向本院提起上诉。本院于2018年11月9日立案后,依法组成合议庭进行了审理。上诉人刘来宝的委托诉讼代理人张克勤,被上诉人罗莹的委托诉讼代理人许国喜、曹娟,被上诉人裴健松的委托诉讼代理人蒋红英到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

刘来宝上诉请求:撤销一审判决,改判驳回对刘来宝的诉讼请求。事实与理由:依据罗莹与裴健松签订的《委托持股协议》,罗莹是股权实际权利人,裴健松是代持人,该协议也约定罗莹可以向第三人转让股份。刘来宝并非《委托持股协议》中股权转让人和回购人。刘来宝向罗莹出具《承诺函》实质是双方达成股权转让协议,其中已明确裴健松不履行股权回购义务,而由罗莹将裴健松代持的股份转让给刘来宝,双方同时对回购股份、时间、金额均作了约定,虽然《承诺函》沿用的词语是回购,但本质是转让。刘来宝支付对价目的是获得相应股份,而罗莹收取刘来宝款项负有转让股份义务,因此《承诺函》能证明刘来宝并非债务加入。由于《承诺函》所指向股份已被法院冻结,法律上无法履行,因此罗莹无法行使股权转让行为,故刘来宝有权拒绝履行给付款项义务。罗莹称刘来宝已支付20万与事实不符,刘来宝至今未支付股权转让款。

罗莹辩称,一审判决认定事实清楚,适用法律正确,请求驳回刘来宝的上诉请求,维持原判。理由如下:1.刘来宝2016年3月24日出具给罗莹的《承诺函》明确自愿与裴健松共同连带承担回购罗莹全部股权义务,并约定具体回购时间、违约责任及若不按时回购造成的一切损失由刘来宝和裴健松共同承担连带赔偿责任,故其已明确加入裴健松对罗莹股权回购的债务。2.案涉股权一直在裴健松名下,被人民法院冻结系因裴健松本人以及其所在公司原因,非因罗莹过错所致。刘来宝、裴健松名下股权是在刘来宝出具《承诺函》之前即被人民法院冻结,并不构成刘来宝违反承诺的理由。3.罗莹于2017年1月13日所收20万元,系刘来宝指示以其公司员工周宪林名义支付,因刘来宝当时认为债务比较多,如以其自己名义支付,被其他债权人知道会有麻烦,故以周宪林名义支付给罗莹。

裴健松述称,刘来宝已向罗莹出具《承诺函》,双方约定将案涉股权转让给刘来宝,即是对罗莹与裴健松之前所签《委托持股协议》中由裴健松回购股份内容的变更。案涉股权既然已约定转让给刘来宝,该股份就不具备再由裴健松回购的可能,故裴健松不构成违约,不应承担违约责任。

罗莹向一审法院起诉请求:1.判令裴健松、刘来宝连带支付罗莹股份回购款1966000元及利息(自2016年1月1日起至实际支付之日止,按照银行同期贷款利率计算);2.本案诉讼费用由裴健松、刘来宝负担。

一审法院认定事实：2012 年 11 月 28 日，罗莹通过案外人席娟的账户向裴健松转账 2166000 元。

2012 年 12 月 26 日，罗莹（乙方）与裴健松（甲方）签订《委托持股协议》一份，约定：乙方同意以每股 3.8 元价格购买江苏佳宇资源利用股份有限公司（以下简称佳宇公司）57 万股股份，合计 2166000 元，成为佳宇公司股东，占佳宇公司 0.6115% 股份；乙方委托甲方以甲方名义代为持有上述股权份额；甲方代表乙方参加佳宇公司股东会，代行乙方该股权份额的表决权；甲方代为持有的乙方股权份额的股份收益全部归乙方所有；如佳宇公司三年内无法完成在中小板或创业板首次公开发行上市，甲方以当年每股净资产×股数或者以 3.8 元股+一年期银行贷款利率×年数×股数的价格，购买其代为持有的全部乙方股权份额等。

2016 年 3 月 24 日，刘来宝向罗莹出具《承诺函》，主要内容为：因佳宇公司未完成三年内中小板或创业板首次公开发行上市，裴健松亦不履行股权回购义务；现刘来宝自愿与裴健松共同连带承担对委托持股协议项下罗莹全部股权的回购义务；刘来宝承诺其本人具体回购方式如下，2016 年 6 月 30 日前购买 19 万股股份，合计 722000 元；2016 年 9 月 30 日前购买 19 万股股份，合计 722000 元；2016 年 12 月 31 日前购买 19 万股股份，合计 722000 元（回购价按上述 3.8 元股）；其中代持协议中的利息部分不再追究，若不按时回购造成的一切损失由刘来宝承诺与裴健松共同承担连带赔偿责任并承担之前的利息，利息按银行同期贷款利率执行。

罗莹庭审中陈述：当时是朋友推荐，而且投资之前也到佳宇公司实际考察过，裴健松跟罗莹已经谈好，所以罗莹先付款；协议也是裴健松出具的，当时裴健松在外地，罗莹提出了一些修改意见，所以后来裴健松才到南京签订了这个协议；2017 年 1 月 13 日去找刘来宝，其付了 20 万元。

一审法院认为，合法的股权转让关系应受法律保护。本案中，罗莹与裴健松、刘来宝签订的《委托持股协议》及《承诺函》，系各方真实意思表示，合法有效，各方应依约履行相应义务。

本案中，罗莹已依约支付相应股权转让款，裴健松在委托持股协议约定的条件不成就时，未依约回购罗莹股份，构成违约，应承担违约责任。刘来宝未依其债务加入的承诺给付罗莹股权回购款，亦构成违约，应承担违约责任。故罗莹主张裴健松、刘来宝共同给付股权回购款 1966000 元并支付相应利息的诉讼请求，于法有据，应予支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十四条之规定，判决：裴健松、刘来宝于判决生效之日起五日内共同给付罗莹股权回购款 1966000 元并支付相应利息（以 1966000 元为基数，自 2016 年 1 月 1 日起至实际付清之日止，按中国人民银行同期同类贷款基准利率标准计算）。

如未按判决指定的期间履行给付金钱义务，则应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费 24088 元、公告费 600 元，共计 24688 元，由裴健松、刘来宝共同负担。

二审中，刘来宝称案涉股权已被江苏省无锡市中级人民法院冻结，现无法转让，并提供国家企业信用信息公示系统打印的佳宇公司公示信息一份佐证。罗莹、裴健松均认可股权被冻结事实，但罗莹称股权被冻结时间在刘来宝出具《承诺函》之前，并出具国家企业信用信息公示系统打印的佳宇公司公示信息佐证。裴健松称，股权被冻结不影响股权转让协议的效力。罗莹二审另称，2017 年 12 月 28 日，佳宇公司法定代表人由刘来宝变更为周宪林，周宪林是佳宇公司员工，受刘来宝指示以周宪林名义付款给罗莹。周宪林 2017 年 1 月 13 日将 20 万元转账给罗莹。罗莹据此提交转账凭证等证据。刘来宝认可周宪林的身份，但不认可周宪林身份、转款行为与本案有关联性。裴健松认为该事实与其无关。

对一审法院查明的事实，罗莹、裴健松不持异议，刘来宝除对一审认定 20 万元系其向罗莹支付外，对其他事实亦不持异议。对一审法院查明事实中各方均不持异议部分，本院予以确认，另对二审中刘来宝、罗莹所称事实，因各方均无异议，本院亦予确认。据此，二审另查明，裴健松名下佳字公司 683.7232 万元股权分别被江苏省连云港市中级人民法院以（2014）连执字第 00444 号执行通知书、（2015）连执字第 00444 号执行通知书，被江苏省无锡市中级人民法院以（2015）锡执委字第 22 号执行通知书冻结。

以上事实，有佳字公司公示信息、转账凭证、二审谈话笔录等在卷为凭。

经当事人确认，二审归纳争议焦点为：刘来宝所出具的《承诺函》是否构成债务加入。

本院认为，债务加入是指第三人与债权人、债务人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式。第三人与债权人在合同中未明确约定免除债务人可履行义务的，债权人可以请求债务人承担履行责任，亦可请求第三人与债务人承担连带责任。本案中，刘来宝 2016 年 3 月 24 日向罗莹出具的《承诺函》明确：“现刘来宝自愿与裴健松共同连带承担对委托持股协议项下罗莹全部股权的回购义务；刘来宝承诺其本人具体回购方式如下……若不按时回购造成的一切损失由刘来宝承诺与裴健松共同承担连带赔偿责任并承担之前的利息，利息按银行同期贷款利率执行。”该承诺意思表示明确具体，符合债务加入的法律特征，故刘来宝所出具的《承诺函》构成回购罗莹股权的债务加入，且该承诺并未免除裴健松的回购义务。刘来宝所称该函系其与罗莹之间的股权转让协议而非回购协议及裴健松关于其不构成违约、不应承担违约责任的主张，均无事实依据，本院依法不予支持。

关于罗莹收到的以周宪林名义支付的 20 万元款项性质问题。诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。本案中。

罗莹主张该 20 万元系刘来宝支付的回购款，而刘来宝予以否认，结合本案事实，罗莹承认 20 万元系刘来宝已支付案涉股权回购款，实质上免除了刘来宝 20 万元的付款义务，系承认对其自身不利的事实，故裁判结果不应进行调整。裴健松认为，刘来宝的所谓购买行为实际上免除了其回购义务，因该主张与债务加入的法律规定不符，且其并未上诉，故本院不予支持。

综上所述，刘来宝的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项、第一百七十五条规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 24088 元，由刘来宝负担。

本判决为终审判决。

审判长 夏雷

审判员 王方方

审判员 陈宏军

二〇一九年一月十四日

书记员 刘晓春

刘某某与曾某 1、曾某 2 遗嘱继承纠纷一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院

民事判决书

(2017)沪 0115 民初 50702 号

原告：刘某某，女，1944 年 7 月 20 日出生，汉族。

委托诉讼代理人：伊鑫，上海劲力律师事务所律师。

被告：曾某 1，女，1973 年 7 月 16 日出生，汉族，户籍地址上海市普陀区。

被告：曾某 2，女，1969 年 1 月 10 日出生，汉族，户籍地址上海市普陀区。

原告刘某某与被告曾某 1、曾某 2 遗嘱继承纠纷一案，本院于 2017 年 7 月 3 日立案受理后，于 2017 年 7 月 19 日公开开庭进行了审理。原告刘某某及委托诉讼代理人伊鑫、被告曾某 1 到庭参加诉讼。曾某 2 经本院依法传唤未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告刘某某向本院提出诉讼请求：确认被继承人曾尧持有的上海银行股份有限公司首次公开发行并上市前发行的 4,234 股股份(股权证号 XXXXXXXXXXXXX)由原告继承。事实与理由：曾尧立有代书遗嘱，确定原告为继承人。

被告曾某 1 辩称：同意原告的诉讼请求，放弃继承。

被告曾某 2 辩称：自愿放弃对于原告诉请之遗产的继承，同意归原告一人所有。

本院经审理认定事实如下：

被继承人曾尧与刘某某系夫妻关系。曾某 1、曾某 2 系其二人之女。曾尧于 2005 年 8 月 8 日报死亡。

上海银行股份有限公司于 2017 年 3 月 6 日出具证明：曾尧(身份证号 XXXXXXXXXXXXX)截止 2017 年 3 月 6 日持有上海银行股份有限公司首次公开发行并上市前发行的 4,234 股股份(股权证号 XXXXXXXXXXXXX)，每股面值人民币壹元。

曾某 2 未到庭参加诉讼但提交了书面答辩意见。

本院认为，原、被告均为曾尧第一顺序继承人，现两被告明确表示对于原告诉请的遗产放弃继承，故该部分遗产应归原告一人所有。综上，依照《中华人民共和国继承法》第十条、第二十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：

案外人曾尧持有的上海银行股份有限公司首次公开发行并上市前发行的 4,234 股股份(股权证号 XXXXXXXXXXXXX)由原告刘某某继承，归其一人所有。

案件受理费人民币 2,300 元，减半收取计人民币 1,150 元，由原告刘某某负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

(此页无正文)

审判员 黄啸

二〇一七年八月一日

书记员 刘月娥

刘某挪用公款一审刑事判决书

上海市金山区人民法院

刑事判决书

(2016)沪0116刑初614号

公诉机关上海市金山区人民检察院。被告人刘某，男，1987年9月1日生，汉族，户籍地安徽省蚌埠市，现住江苏省常州市。辩护人邵某某，上海某某律师事务所律师。上海市金山区人民检察院以沪金检诉刑诉(2016)632号起诉书指控被告人刘某犯挪用公款罪，于2016年6月8日向本院提起公诉。本院依法适用简易程序，实行独任审判，公开开庭审理了本案。上海市金山区人民检察院指派检察员唐某出庭支持公诉。被告人刘某及辩护人邵某某到庭参加诉讼。现已审理终结。公诉机关指控：被告人刘某在担任中国核工业某某建设有限公司海阳核电工程施工总承包部财务部经理助理期间，于2015年6月至同年8月，利用保管单位资金的职务便利，先后三次擅自将公款共计人民币195,672元转入其个人银行账户后用于个人炒股，进行营利活动，至案发前未归还。2015年10月10日，被告人刘某主动至上海市金山区人民检察院投案，如实供述了上述事实。案发后被告人刘某退缴了赃款。上述事实，被告人刘某在开庭审理过程中亦无异议，并有证人孙某某、张某、朱某某的证言，中核五公司章程、工商登记资料、企业改制登记申请书、验资报告，中国核工业建设股份有限公司工商资料及中国核工业建设股份有限公司首次公开发行A股股票招股说明书，被告人刘某的职务任免通知、职工履历表、劳动合同，中国工商银行资金交易明细、恒泰证券账户明细，检察机关出具的案发经过，公安机关调取的身份信息等证据所证实，足以认定。辩护人认为，被告人刘某系自首，犯罪情节较轻，社会危害性小，案发后积极退赃，认罪、悔罪，建议法庭对其免于刑事处罚。本院认为，被告人刘某利用自己保管单位账外资金的职务便利，挪用公款进行营利活动，共计人民币195,672元，数额较大，其行为已构成挪用公款罪。被告人刘某犯罪后能自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，可以从轻处罚。被告人刘某积极退赃，可酌情从轻处罚。被告人刘某有悔罪表现，可适用缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第六十四条之规定，判决如下：一、被告人刘某犯挪用公款罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年。刘某回到社区后，应当遵守法律、法规，服从监督管理，接受教育，完成公益劳动，做一名有益社会的公民。(缓刑考验期限自判决确定之日起计算。)二、在案退赃款人民币195,672元发还被害单位。如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向上海市第一中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审判员 朱纪红

二〇一六年六月二十二日

书记员 亓淑云

刘守慧与汉银投资（厦门）有限公司、福建泰龙电力股份有限公司合同纠纷二审民事判决书

厦门市中级人民法院

民事判决书

（2016）闽 02 民终 2865 号

上诉人（原审原告）刘守慧，男，1970 年 12 月 20 日出生，汉族。

委托诉讼代理人：林巧陵（刘守慧之妻），女，1979 年 12 月 7 日出生，汉族。

被上诉人（原审被告）：汉银投资（厦门）有限公司。

法定代表人：蔡德头，总经理。

被上诉人（原审被告）：福建泰龙电力股份有限公司。

法定代表人：王辉，总经理。

上诉人刘守慧因与被上诉人汉银投资（厦门）有限公司（以下简称汉银公司）、福建泰龙电力股份有限公司（以下简称泰龙公司）合同纠纷一案，不服福建省厦门市思明区人民法院（2015）思民初字第 15271 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2016 年 8 月 8 日立案后，依法组成合议庭审理了本案。本案现已审理终结。

上诉人刘守慧上诉请求：撤销原审判决第二项，改判泰龙公司承担连带还款责任。事实与理由：泰龙公司系作为合同一方，承诺为汉银公司适当履行股份回购或出售以及缴付股份回购价款或出售价款向刘守慧提供连带责任保证，因此，泰龙公司应当为汉银公司向刘守慧退还投资款承担连带还款责任。

被上诉人汉银公司未作答辩。

被上诉人泰龙公司辩称，该案应移送公安机关侦查。

刘守慧向一审法院起诉请求判令：汉银公司、泰龙公司退还原始股投资款 2370660.68 元；汉银公司、泰龙公司偿还原始股投资款的分红款 331892.49 元（从 2014 年 1 月 1 日至 2015 年 9 月 30 日，按年利率 8% 计算）及利息（从 2015 年 10 月 1 日起至还清之日，按年利率 8% 计算）；本案诉讼费用由汉银公司、泰龙公司承担。

一审法院认定事实：刘守慧作为委托人与汉银公司、泰龙公司于 2009 年 3 月 16 日、2009 年 4 月 24 日、2009 年 4 月 28 日、2009 年 4 月 30 日分别签订了《委托投资合同》，约定由刘守慧委托汉银公司以其名义认购并持有泰龙公司的股份，四份《委托投资合同》中约定认购价格分别为 100000 元、1440775 元、556136.8 元、271748.88 元，合同 3.1.1 条款约定，若泰龙公司实现首次公开发行之，刘守慧可要求汉银公司回购标的股份，汉银公司应当按照合同的认购价格加上刘守慧应得的年 8% 分红收入减去刘守慧累计从泰龙公司获得的现金红利回购其代刘守慧持有的标的股份。后，刘守慧按照约定将上述的认购价格款项汇入了汉银公司指定的泰龙公司的账户。现刘守慧主张泰龙公司无法实现首次公开发行，刘守慧多次要求汉银公司回购标的股份，但汉银公司一直未能回购，刘守慧遂诉至法院。

一审法院认为，刘守慧与汉银公司、泰龙公司所签订的《委托投资合同》系当事人真实意思表示，合法有效，双方均应当严格履行协议，刘守慧依照约定按时、足额支付了认购价款，履行了相应的义务。现刘守慧根据合同约定在泰龙公司实现首次公开发行之，要求汉银公司回购讼争股份，偿还原始股投资款 2370660.68 元及所拖欠的红利，和请求逾期还款利息，符合事实与法律规定，应予支持。刘守慧请求泰龙公司与汉银公司共同承担上述责任，缺乏事实与法律依据，不予支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第九十二条、第一百四十四条之规定，判决：一、汉银公司应当在判决生效之日起十日内退还刘守慧原始股投资款 2370660.68 元及原始

股投资款分红款（从 2014 年 1 月 1 日至 2015 年 9 月 30 日，按年利率 8% 计算）及逾期还款利息（从 2015 年 10 月 1 日起至还清之日止，按年利率 8% 计算）；二、驳回刘守慧其他诉讼请求。

本院二审查明，一审法院查明事实属实，本院予以确认。二审中，当事人没有提交新证据。本院二审另查明，讼争《委托投资合同》4.4 条约定，自刘守慧认购价款全部到位之日起，至执行合同第 3.1.1 条回购条款的持有期内，泰龙公司承诺给予刘守慧每年不低于其认购股份金额的 8% 的分红，并将分红所得以现金形式直接支付给刘守慧。在合同第 3.1 条所述的回购或出售条件达成时，泰龙公司为汉银公司适当履行股份回购或出售以及向刘守慧缴付股份回购价款或出售价款义务，向刘守慧提供连带责任保证。

本院认为，泰龙公司作为讼争《委托投资合同》的合同一方，为汉银公司履行股份回购或出售以及缴付回购款或出售价款提供连带责任保证。因此，刘守慧根据合同约定，要求泰龙公司连带承担还款责任的诉讼请求应予支持。泰龙公司请求将案件移送公安机关侦查没有相应的依据，该理由本院不予采信。原审判决对刘守慧上述诉求未予支持系判决有误，该部分判决应予改判。综上所述，刘守慧的上诉请求可以成立，应予支持。一审判决对泰龙公司是否承担责任认定事实不清，导致该判决结果有误，应予改判；其余判决正确，应予维持。依照《中华人民共和国担保法》第十八条、第二十一条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一、二项规定，判决如下：

一、维持福建省厦门市思明区人民法院（2015）思民初字第 15271 号民事判决第一项；
二、撤销福建省厦门市思明区人民法院（2015）思民初字第 15271 号民事判决第二项；
三、福建泰龙电力股份有限公司对汉银投资（厦门）有限公司就本判决第一项确定的债务承担连带清偿责任。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费 28421 元，由汉银投资（厦门）有限公司负担；二审案件受理费 28421 元，由福建泰龙电力股份有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 尤冰宁

审判员 师光

审判员 陈杰

二〇一六年十二月十四日

书记员 李科研

刘文光与广东雄关农业科技实业有限公司与公司有关的纠纷一审民事判决书

东莞市第一人民法院
民事判决书

(2017)粤1971民初21857号

原告：刘文光，男，汉族，1974年2月7日出生，住广西贵港市港南区，

委托代理人：石向卫，广东国悦律师事务所律师。

被告：广东雄关农业科技实业有限公司。住所地：广东省韶关市南雄市珠玑镇梅岭村委会办公大楼二楼（作办公场所使用），统一社会信用代码：91440282398085939C。

法定代表人：李立平。

原告刘文光诉被告广东雄关农业科技实业有限公司（以下简称“雄关公司”）与公司有关的纠纷一案，本院于受理后，依法由审判员李静适用简易程序于2017年10月9日公开开庭进行了审理。原告的委托代理人石向卫到庭参加诉讼。被告雄关公司经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告向本院提起诉讼请求：1、判令被告退还原告投资款40000元及利息（自起诉之日起计算至实际付清之日止，按照银行同期贷款利率计算）、及支付违约金5000元；2、全部诉讼费用由被告承担。事实与理由：2015年4月12日，双方签订《投资协议》（以下简称协议）一份，当日原告给付50000元投资款。协议第五条约定，被告在2016年前未实现首次公开发行股票挂牌，则甲方（原告）可要求退出乙方（被告）的投资。至今，原告向被告多次要求退款，被告还剩40000元未予退还。为维护原告的合法权益，诉至东莞市第一人民法院，请依法处理。

被告雄关公司未作答辩，也未向本院提供任何证据。

经审理查明，2015年4月12日，原告刘文光（甲方、投资人）与被告雄关公司（乙方）签订投资协议（下称“协议”），约定甲方以债权转为股权的形式投资乙方；协议第二条第2点对本轮投资的具体方案做了约定：“甲方以现金形式向目标公司一次性投入人民币伍万元；甲方有权自本合同签订之日起12个月内，将全部所投资金额由债权置换为目标公司股权，并在债权到期日取回本余额（如有）；甲方同意，于签署日以银行转账（或现金支付）的方式一次性将上述款项支付到本协议指定账户（乙方开具收据为准）”；协议第三条第2点约定了债权转股权行权期：“本协议项下甲方的行权期为以下两个阶段：首次置换期，首次公开发行至2015年5月30日……；第二次置换期，目标公司股权在上海股权交易所公开挂牌发行期……”；协议第五条对退出机制进行了约定：“1、退出条件：无论主客观原因，若乙方公司在2016年4月1日之前未实现首次公开发行股票挂牌，则甲方可要求退出对乙方的投资。2、甲方可于退出条件成立时，向【乙方股东1】发出要求其回购甲方持有的全部乙方股权的书面通知。【乙方股东1】同意在收到该书面通知后【30】日内按约定向甲方支付回购总价，回购甲方持有的全部乙方股权。3、回购总价=甲方债权总额+甲方债权总额×年投资回报率（18%）÷360天×至【乙方股东1】收到甲方要求其回购股权的书面通知之日止的总天数”；协议第九条就违约责任进行约定：“1、甲、乙双方任何一方违反本协议项下的义务，均应向其他方承担违约责任。双方同意补偿其因违约行为而可能遭受的全部损失，该损失包括实际损失和可得利益损失，亦包括但不限于因此发生的向中介机构支出的费用如诉讼费、律师费、咨询费、审计费、评估费等。2、甲方未按协议第二条约定的时间向乙方支付借款，则乙方有权解除合同，并要求甲方按应借款10%向乙方支付违约金”。协议还就双方的其他

权利义务进行了约定，协议落款处有原告刘文光签名，被告雄关公司盖章以及其法定代表人李立平签字确认，落款时间为 2015 年 4 月 12 日。

后原告刘文光依约向被告公司支付五万元。原告提供的收据显示，“今收到姓名刘文光身份证号码交来投资款人民币 50000 元，大写伍万元。（具体按投资协议）”，收款单位为广东雄关农业科技实业有限公司，收款人为李立平，交款人为刘文光，落款时间为 2015 年 4 月 12 日。该收据正文后附加手写文字“以转账到帐为准。已刷卡，匡雪云”。经查，匡雪云为被告雄关公司股东。被告雄关公司现企业类型为有限责任公司，原告刘文光认为被告未按协议约定在 2016 年 4 月 1 日之前实现首次公开发行股票挂牌，要求乙方退回其的投资。原告主张其有通知被告退回投资款，被告用现金的方式退回 10000 元，尚欠原告 40000 元投资款未退。

上述事实，有原告提供的投资协议、中国农业银行银行卡交易明细清单、收据及本院庭审笔录等书证附卷为证。

本院认为，本案为与公司有关的纠纷。被告雄关公司经本院合法传唤未到庭应诉，也未书面向本院陈述其意见视为放弃举证、质证、答辩等相关诉讼权利，被告应自行承担相应的责任。经审查，本院认为案涉投资协议是双方当事人的真实意思表示，相关的当事人应依约履行义务。原告刘文光与被告雄关公司签订投资协议后，按约定向被告支付 50000 元作为投资款项。现被告雄关公司未按约定时间实现公开发行股票挂牌，原告债权转股权的约定亦没有证据显示已经实现，因此，原告刘文光向被告公司支付的 50000 元款项仍为债权，在约定退出条件成就时，被告雄关公司应按协议约定向原告退回投资款。原告虽没有提供书面证据证明其有向被告发出要求回购原告持有的全部被告股权的书面通知，但原告起诉的行为已经可以证明其要求被告返还投资款，现原告主张被告已用现金偿还 10000 元投资款，本院予以采纳，故被告仍需向原告退回剩余 40000 元投资款。关于原告利息的诉请，双方签订的投资协议有约定回购总价可计算 18% 的年投资回报率，现原告要求从起诉之日（2017 年 8 月 25 日）起按照中国人民银行同期同类贷款利率计算至本息清偿之日止，属于自行处分权利的范围，本院予以支持。至于原告违约金的诉请，原、被告签订的投资协议中并未有明确约定，原告请求参照投资协议第九条第二点“甲方未按协议第二条约定的时间向乙方支付借款，则乙方有权解除合同，并要求甲方按应借款 10% 向被告支付违约金”没有依据，本院不予支持。

综上所述，依照上述法律以及《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条、第九十二条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、第一百四十四条之规定，本判决判决如下：一、被告广东雄关农业科技实业有限公司于本判决发生法律效力之日起五日内向原告刘文光支付 40000 元及利息（以 40000 元为本金，自 2017 年 8 月 25 日起按照中国人民银行同期同类贷款利率计算至清偿之日止）；

二、驳回原告刘文光其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 462.5 元（原告已预交），由原告刘文光承担 51.4 元，被告广东雄关农业科技实业有限公司承担 411.1 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省东莞市中级人民法院。

审判员 李静

二〇一七年十月三十日

书记员 黎绣珍

刘毓钧受贿一审刑事判决书

杭州市上城区人民法院

刑事判决书

（2009）杭上刑初字第 358 号

公诉机关杭州市上城区人民检察院。

被告人刘毓钧。2009 年 8 月 6 日因涉嫌犯受贿罪被杭州市公安局刑事拘留，同年 8 月 19 日被依法逮捕。现羁押于杭州市看守所。

辩护人荣丰闽。

杭州市上城区人民检察院以杭上检刑诉（2009）352 号起诉书指控被告人刘毓钧犯受贿罪，于 2009 年 10 月 26 日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。杭州市上城区人民检察院指派检察员胡青、代理检察员王沁出庭支持公诉，被告人刘毓钧及其辩护人荣丰闽到庭参加诉讼。现已审理终结。

杭州市上城区人民检察院指控，被告人刘毓钧利用担任交通银行杭州分行行长兼党组书记的职务便利，于 1999 年 12 月收取浙江通策控股集团有限公司董事长吕某现金人民币 11 万元。公诉机关认为上述事实有被告人供述、证人证言、公有住房买卖协议书、套购房证明、售房款票据、房屋所有权证存根、情况说明、银行卡明细、简某、解除劳动合同证明书、营业执照、股东结构分析表、股东名册、干部履历表、行员登记表、干部任免某、干部任免呈报表、扣押物品文件清单、暂扣款票据、户籍证明、归案经过等证据证明，对被告人刘毓钧应以受贿罪追究刑事责任。

被告人刘毓钧辩称房子是交通银行出面购买，退赃是本人主动要求的，吕某公司贷款及吕某妻子的工作调动都是经合法手续办理的。且自己并非国家工作人员。辩护人认为交通银行是国有控股的股份制商业银行，刘毓钧是交通银行聘用的员工，虽从事管理工作，但并非受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派或代表国有投资主体行使监督、管理职权的人员。因此被告人刘毓钧的行为不应当构成受贿罪，而是非国家工作人员受贿罪。被告人刘毓钧认罪态度好，主动退赃，并非主动索贿，要求对其从轻处罚。

经审理查明，1999 年 12 月，担任交通银行杭州分行行长兼党组书记的被告人刘毓钧根据交通银行杭州分行规定可以购买房改房，按当时的房改政策，被告人刘毓钧可享受 120 平方米的房改面积。在浙江通策控股集团有限公司（原浙江通策房地产有限公司，以下简称通策公司）董事长吕某的推荐下，由交通银行杭州分行出面购买了该公司开发的天巢花苑的房子，即杭州市体育场路 402 号 1 单元 301 室，面积为 136.38 平方米，其中超出房改面积 16.38 平方米部分最终需要刘毓钧本人按市场价出钱购买。吕某得知此事后，于 1999 年 12 月的一天在刘毓钧位于本市直戒坛寺巷的家中送其现金人民币 11 万元作为购房款，以感谢刘毓钧为吕某的妻子赵玲玲进入交通银行杭州分行工作提供的帮助，以及在银行贷款业务审批等方面对通策公司一直以来的照顾，刘毓钧对该 11 万元予以收受。事后，被告人刘毓钧将该 11 万元交给其妻施某用于缴纳购房款。

案发后赃款已全部退清。

上述事实经庭审质证有下列证据证明：（1）被告人刘毓钧供述，证明被告人刘毓钧利用担任交通银行杭州分行行长兼党组书记的职务便利，于 1999 年 12 月收取浙江通策控股集团有限公司董事长吕某现金人民币 11 万元用于个人购房。（2）证人吕某证言，证明出于感谢刘毓钧帮助其妻子调入交通银行和希望得到更多的贷款，于 1999 年送了 11 万元给刘毓钧的事实。（3）证人施某证言，证明被告人刘毓钧在换购房改房时将 11 万元现金交给其，后用于缴房款的事实。（4）公有住房买卖协议书、套购房证明、房屋所有权证存根，证明被告人刘毓钧参加房改、购房的情况。（5）售房款票据，证明被告人刘毓钧于 1997 年、1999 年两

次交付房款的情况。(6)情况说明,证明从1998年至2000年通策公司在交通银行的贷款情况。(7)银行卡明细,证明施某的银行卡于1999年12月8日存入95000元,12月27日取出103171.51元。(8)简某、解除劳动合同证明书,证明赵玲玲于1996年调入交通银行工作,2005年解除劳动合同的情况。(9)营业执照、股东结构分析表、股东名册,证明交通银行杭州分行系国家控股的股份制商业银行。(10)干部履历表、行员登记表、干部任免某、干部任免呈报表,证明被告人刘毓钧在1994年至2000年先后担任交通银行杭州分行总经理、行长兼党组书记。(11)扣押物品文件清单、暂扣款票据,证明被告人刘毓钧退赔赃款的情况。(12)户籍证明,证明被告人刘毓钧的身份情况。(13)归案经过,证明被告人刘毓钧归案的情况。

辩护人提供了以下证据经庭审质证:(1)交通银行章程、许可证书、财政部关于交通银行首次公开发行A股国有股权管理方案的批复、交通银行关于首次公开发行A股国有股权管理方案的请示、交通银行股权证、浙江东海石油实业有限公司工商登记资料,证明交通银行是非国有的股份制商业银行。(2)关于在全行实施行员聘用暂行规定的通知、关于刘毓钧同志有关情况的说明、关于刘毓钧同志任职的通知、关于刘毓钧同志免职的通知、浙江省原行业统筹单位退休职工(退职)基本养老金审批核定表,证明被告人刘毓钧是交通银行总行聘用,在交通银行杭州分行退休,由省社保局发放退休工资。(3)情况说明,证明被告人刘毓钧由交通银行聘任,无委派情况。

本案事实清楚,证据确实、充分,足以认定。

被告人刘毓钧及其辩护人关于被告人刘毓钧并非国家工作人员身份的辩解和辩护意见。经审理认为控辩双方对交通银行是国家控股的股份制商业银行,并非国有企业的事实没有分歧。双方的争议焦点在被告人刘毓钧是否受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派或代表国有投资主体行使监督、管理职权的人员。公诉机关认为被告人刘毓钧是受人民银行的委派。经查被告人刘毓钧于1988年从人民银行调离,到交通银行担任副经理,从未有人民银行的委派任命手续。从其退休养老金的领取情况也可看出被告人刘毓钧的非国家工作人员身份。因此公诉机关关于被告人刘毓钧是受人民银行的委派的指控不能成立,被告人刘毓钧不能成为受贿罪的主体。被告人刘毓钧及其辩护人的相应辩解和辩护意见可以采纳。被告人刘毓钧关于房子是交通银行出面购买的辩解,经查该住房确是交通银行为刘毓钧换购房改房而购买,以谁的名义出面购买不影响本案的定性与量刑。被告人刘毓钧关于吕某公司贷款及吕某妻子的工作调动都是经合法手续办理的辩解。经审理认为受贿行为人为行贿人谋取的利益不一定是非法利益,且手续合法也仅是形式上的合法,不影响对被告人刘毓钧收取贿赂行为的认定。

本院认为,被告人刘毓钧身为国有资本控股的股份制商业银行的工作人员,利用职务上的便利,非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额巨大,其行为已构成非国家工作人员受贿罪。公诉机关指控其犯受贿罪不妥。据此,依照《中华人民共和国刑法》第一百六十三条第一款、第六十四条的规定,判决如下:

一、被告人刘毓钧犯非国家工作人员受贿罪,判处有期徒刑五年。

(刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的,羁押一日折抵刑期一日,即自2009年8月6日起至2014年8月5日止。)

二、扣押在杭州市人民检察院的赃款人民币11万元予以没收。

如不服本判决,可在接到判决书的第二日起十日内,通过本院或者直接向杭州市中级人民法院提出上诉。书面上诉的,应交上诉状正本一份,副本二份。

审判长 周莹
人民陪审员 王君丽
人民陪审员 韩小玲
二〇〇九年十一月二十六日
书记员 陈晓

刘壮超与汕头市浩力投资有限公司、广东壮丽彩印股份有限公司股权转让纠纷一审民事判决书

汕头市中级人民法院

民事判决书

(2017)粤 05 民初 1184 号

原告：刘壮超，男，住汕头市龙湖区。

委托诉讼代理人：马少平、陈志扬，广东岭海律师事务所律师。

被告：汕头市浩力投资有限公司，住所地汕头市。

法定代表人：曾丽丽，执行董事。

被告：广东壮丽彩印股份有限公司，住所地汕头市。

法定代表人：曾丽丽，董事长。

委托诉讼代理人：林楚南，男，该司法律事务部经理。

被告：曾丽丽，女，住汕头市金平区。

原告刘壮超诉被告汕头市浩力投资有限公司（以下简称浩力公司）、被告广东壮丽彩印股份有限公司（以下简称壮丽公司）、被告曾丽丽股权转让纠纷一案，本院于 2017 年 6 月 1 日立案受理后，依法组成合议庭，于 7 月 17 日公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人马少平、陈志扬以及被告曾丽丽（任被告浩力公司、被告壮丽公司法定代表人）、被告壮丽公司委托诉讼代理人林楚南到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：1. 浩力公司支付股权回购款 10800 万元；2. 浩力公司支付股权回购款 10800 万元自 2013 年 6 月 21 日至还清之日止按年利率 10%计算的利息（暂计至 2017 年 5 月 18 日为 40559138.89 元）；3. 壮丽公司、曾丽丽对浩力公司上述债务承担连带清偿责任；4. 三被告共同承担诉讼费用。事实和理由：2013 年 5 月 30 日，原告与三被告签订《股权转让及代持协议书》，约定：原告受让浩力公司持有的壮丽公司 20%的股权，转让价为 10800 万元，该股权转让后仍由浩力公司代持；壮丽公司的年净利润未能达到约定的，三被告应支付现金补偿给原告；壮丽公司在 2015 年 4 月 30 日前未能实现首次股票公开发行的，原告可要求浩力公司回购股权，回购价为转让价加利息；壮丽公司和曾丽丽对浩力公司应承担的所有义务向原告承担连带担保责任。协议签订后，原告依约将股权转让款支付给浩力公司，但三被告未能按约履行合同义务。2015 年 10 月 13 日，考虑到壮丽公司的实际经营及上市进展情况，原告与三被告就上述协议签订《补充协议》，约定：浩力公司和曾丽丽应在 2016 年 3 月 31 日前向原告支付现金补偿款 33393854.55 元；壮丽公司未能在补充协议签订后至 2016 年 12 月 31 日前将上市申请材料提交中国证监会的，原告有权要求浩力公司回购上述股权，回购价为转让价加利息（自原告付款之日起至收回全部款项之日按年利率 10%计息）；三被告对补充协议约定的义务承担连带责任。《补充协议》签订后，浩力公司和曾丽丽至今没有支付现金补偿款，壮丽公司也没有在 2016 年 12 月 31 日前向中国证监会提交上市申请材料。基于三被告的违约行为，原告已多次要求浩力公司回购股权并支付回购款及利息，但浩力公司至今没有支付，壮丽公司和曾丽丽也没有履行连带清偿责任。

三被告在法定答辩期限内均未作书面答辩。开庭时，浩力公司称没有意见；壮丽公司对原告利息计算时间有异议，认为根据补充协议第二条关于回购股权总价款的计算方式，利息应自最后一笔款项支付之日 2014 年 1 月 24 日起算，其他没有意见；曾丽丽辩称按照协议进行回购其没有能力履行，其他没有意见。

原告对其陈述的事实举证期限内提供的证据有：1. 股权转让及代持协议书，2. 股权转让及代持协议书之补充协议，证据 1-2 证明股权转让及代持事实。3. 付款凭证，证明原告已

依约支付全部股权转让款 10800 万元给被告。4. 律师催告函, 5. EMS 寄件单及查询单, 证据 4-5 证明原告向被告催讨补充协议约定的现金补偿款。6. 股权回购通知, 7. EMS 寄件单, 证据 6-7 证明原告再次通知被告回购股权并支付股权回购款。8. (2017) 粤 05 财保 2 号之一民事裁定书, 证明原告已申请诉前财产保全。9. 原告身份证, 10. 被告企业机读档案登记资料、广东公安人口信息查询资料, 证据 9-10 证明原告、被告的主体资格。11. EMS 查询单, 证明股权回购通知已送达三被告。

三被告均没有提供证据。

经质证, 浩力公司、曾丽丽对原告证据没有意见; 壮丽公司认为根据原告证据 3, 最后一笔付款的 2014 年 1 月 24 日才是利息起算时间, 其他没有异议。本院对原告提供的证据的真实性、合法性、关联性予以确认, 并依法作为认定案件事实的证据。

根据当事人陈述和经审查确认的证据, 本院认定事实如下:

浩力公司为壮丽公司的股东, 曾丽丽为浩力公司、壮丽公司的法定代表人。2013 年 5 月 30 日, 原告与三被告签订《股权转让及代持协议书》, 约定: 原告受让浩力公司持有的壮丽公司 20% 的股权 (计 2000 万股), 每股价格 5.4 元, 转让价 10800 万元。该股权转让不办理变更登记手续, 继续由浩力公司代为持有。壮丽公司 2013、2014 年度净利润未能达到约定的业绩承诺的, 浩力公司应按约定计算方法向原告支付现金补偿。第五条约定, 在出现壮丽公司“未能在 2015 年 4 月 30 日前实现合格的首次股票公开发行的”等三种情形之一的情况下, 原告有权随时单方选择要求三被告回购股权, 回购价为原告实际投资的股权转让款加算原告“自付出上述全部款项至收回全部款项期间的按照年利率 10% 计算的利息”。第七条之 5 约定壮丽公司和曾丽丽对浩力公司应承担的所有义务向原告承担连带担保责任。

协议签订后, 原告分别于 2013 年 6 月 21 日支付 3240 万元、2013 年 7 月 19 日支付 1890 万元、2013 年 12 月 11 日支付 1000 万元、2013 年 12 月 12 日支付 1000 万元、2013 年 12 月 24 日支付 2000 万元、2014 年 1 月 24 日支付 1670 万元, 以上合计 10800 万元。浩力公司确认已收到上述全部款项。

2015 年 10 月 13 日, 根据壮丽公司的实际经营及上市进展情况, 原告与三被告签订《〈股权转让及代持协议书〉之补充协议》, 约定: 因 2014 年壮丽公司税后净利润低于原协议书承诺业绩, 浩力公司和曾丽丽应在 2016 年 3 月 31 日前向原告支付现金补偿款 33393854.55 元。第二条对原告的退出选择权重新约定为在出现“壮丽股份未能在 2016 年 12 月 31 日前将上市申请材料提交中国证监会”、“壮丽股份未能在 2017 年 12 月 31 日前实现合格的首次公开发行并上市”等三种情形之一的情况下, 原告有权随时单方选择要求三被告回购股权, 回购价为总投资款扣除未达预期业绩的现金补偿款、再加算原告“自付出上述全部款项至回收全部款项期间的按照年利率 10% 计算的利息”。第三条约定三被告对补充协议中约定的义务向原告承担连带责任。

2017 年 1 月 13 日, 原告委托的律师向三被告邮寄《律师催告函》, 催告浩力公司和曾丽丽付还现金补偿款及违约金。2017 年 5 月 22 日, 原告向三被告邮寄《股权回购通知》, 函告要求三被告按照补充协议第二条约定立即支付股权回购价款。《律师催告函》及《股权回购通知》均已送达三被告。

2017 年 4 月 27 日, 原告向本院提出诉前财产保全申请。本院经审查作出 (2017) 粤 05 财保 2 号之一民事裁定, 裁定查封、冻结三被告的财产, 价值以 14800 万元为限。

2017 年 5 月 26 日, 原告向本院起诉并提出前述诉讼请求。

另查, 至开庭时, 浩力公司和曾丽丽未向原告支付现金补偿款 33393854.55 元, 壮丽公司尚未向中国证监会提交上市申请材料。

2017 年 8 月 25 日，原告提交《变更诉讼请求申请书》，要求变更原诉讼请求第 3 项为壮丽公司对浩力公司上述债务承担过错赔偿责任、曾丽丽对浩力公司上述债务承担连带清偿责任。本院经审查认为，原告申请变更诉讼请求不符合法律规定，对该申请不予照准。

本院认为：双方当事人因股权投资发生纠纷，本案为股权转让纠纷。根据认定之事实，综合当事人的诉辩主张，本案审理的焦点为：协议书的性质；浩力公司是否应承担付还股权回购款及利息的责任；壮丽公司、曾丽丽应对浩力公司的债务承担连带清偿责任。

一、关于本案两份协议书的性质问题。

根据前述查明的事实，本案当事人之间签订的《股权转让及代持协议书》和《〈股权转让及代持协议书〉之补充协议》，实质上是在民间投融资活动中，作为投资者的原告与作为融资方的三被告之间关于对目标公司（壮丽公司）的增资合作、股权转让、估值调整等一系列内容的合同，双方约定壮丽公司应于限定期限内完成股票的公开发行业，以及在固定期限内应达成的经营目标，如不能完成目标，则应对原告进行补偿及回购股权。该协议是投资者在向目标公司投资时为合理控制风险而拟定的价值估值调整协议，实质上即对赌协议。投资者与融资方基于对目标公司未来的经营情况约定调整投资条件或给予投资者补偿时，应严格依照《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国公司法》等相关法律法规之规定，以维护公司、股东及其他债权人的利益。

二、关于浩力公司是否应承担付还股权回购款及利息的责任的问题。

在对赌协议中，投资者与目标公司本身之间的补偿条款如果使投资者可以取得相对固定的收益，则该收益会脱离目标公司的经营业绩，直接或间接地损害公司利益和公司债权人利益，应认定为无效。但目标公司股东对投资者的补偿承诺不违反法律法规的禁止性规定，是有效的。本案中，原告受让浩力公司持有的壮丽公司的股权，并约定由浩力公司继续代持，在原告已依约足额支付股权转让款的情况下，壮丽公司未能按照协议约定在限定时间内向证监会提交上市申请材料、实现股票的首次公开发行业，已触发股权回购条件。依协议，原告可选择三被告以约定的回购价回购其之前受让的股权。依据我国公司法的基本原则，公司财产与其股东财产相互独立，股东出资后除法定情形外，不能将其持有的股份返还公司并取得公司财产，否则将侵害公司的法人财产权以及债权人的利益。同时，根据《中华人民共和国公司法》第一百四十二条之规定，除该条规定的四种情形之外，公司不得收购本公司股份，而本案并不符合该四种情形之规定。因此，两份协议中关于原告可要求壮丽公司回购股权的约定，应认定为无效。但本案原告起诉仅请求浩力公司履行回购责任、付还股权回购款，是基于目标公司股东对投资者的补偿承诺，根据合同当事人意思自治、诚实信用的原则，在不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的欺诈、胁迫、恶意串通或损害公共利益等情形的前提下，该对赌条款应确认为有效，原告该请求可予支持。

根据两份协议约定，股权回购价的计算方式为总投资款扣除未达预期业绩的现金补偿款、再加算原告“自付出上述全部款项至回收全部款项期间的按照年利率 10%计算的利息”。该利率的约定未违反法律法规及司法解释的规定，可予支持；但原告请求自 2013 年 6 月 21 日起计算利息不符合合同约定，缺乏依据，应自原告 2014 年 1 月 24 日支付最后一笔款项之次日起计算利息。壮丽公司该抗辩意见理由成立，本院予以采纳。

三、关于壮丽公司、曾丽丽应对浩力公司的债务承担连带清偿责任的问题。

本案中，原告基于投资行为取得了壮丽公司的股权。一旦其以股东身份进入目标公司，则应依据《中华人民共和国公司法》的规定，对目标公司的经营盈亏按照持股比例共享利润、共担风险。本案协议虽约定三被告对原告承担连带责任，但是，如壮丽公司承担连带清偿责任的话，将出现目标公司对于股东的赔偿责任，客观上将导致公司财产受损，并进而导致公司其他股东以及公司债权人的利益受损。因此，根据《中华人民共和国公司法》第二十条第一款之规定，两份协议中关于壮丽公司承担连带责任的约定应认定为无效。而股东或实际控制

人作为独立的公司法人及自然人对其自身作出的承诺应当独立承担民事责任，其即使承担相应的民事责任也并不会损害到目标公司的利益或其他债权人的利益，曾丽丽自愿承诺就浩力公司的债务向原告承担连带担保责任，该意思表示并不违反法律法规的效力性强制性规定，应认定为有效。由此，原告请求壮丽公司承担连带清偿责任缺乏法律依据，本院不予支持；请求曾丽丽承担连带清偿责任，于法有据，可予支持。

综上，根据《中华人民共和国合同法》第五十六条之规定，合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。本案中，两份协议约定壮丽公司义务条款的效力不影响约定浩力公司回购义务以及曾丽丽担保义务条款的效力。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第五十六条，《中华人民共和国公司法》第三条、第二十条第一款、第一百四十二条之规定，判决如下：

一、被告汕头市浩力投资有限公司应于本判决发生法律效力之日起 10 日内向原告刘壮超支付股权回购款 10800 万元，以及该款自 2014 年 1 月 25 日起至本判决限定还款之日止按年利率 10%计算的利息；

二、被告曾丽丽对被告汕头市浩力投资有限公司上述第一项债务承担连带清偿责任；

三、驳回原告刘壮超的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 784595.69 元、诉前财产保全费 5000 元，由被告汕头市浩力投资有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省高级人民法院。

审判长 林玫

审判员 游建英

审判员 郭建龙

二〇一七年九月四日

书记员 陈思妮

陆宏与洪敏雄、福建簪城科技竹业有限公司公司增资纠纷

一审民事判决书

厦门市中级人民法院

民事判决书

(2015)厦民初字第 632 号

原告陆宏，男，1975 年 6 月 14 日出生，汉族。

委托代理人黄臻臻、黄其阳，福建天衡联合律师事务所律师。

被告洪敏雄，男，1962 年 10 月 31 日出生，汉族。

被告福建簪城科技竹业有限公司。

法定代表人洪敏雄。

原告厦门陆宏与被告洪敏雄、福建簪城科技竹业有限公司（以下简称簪城公司）公司增资纠纷一案，本院于 2015 年 3 月 9 日受理后，依法公开开庭进行了审理。原告陆宏的委托代理人黄臻臻、黄其阳到庭参加诉讼，被告洪敏雄、簪城公司经本院合法传唤，未到庭参加诉讼，本院依法进行缺席审理。本案现已审理终结。

原告陆宏诉称，请求判令：1、洪敏雄向陆宏支付股权回购款人民币（币种下同）31294880 元（股权回购款金额为总投资额 2400 万元加上按总投资额年投资收益率 10%计算的投资收益并扣除洪敏雄已支付的补偿金额 1845120 元，投资收益应以总投资额 2400 万元为基数从 2011 年 5 月 1 日起计至股权回购款付清之日，暂计算至 2015 年 1 月 31 日）；2、簪城公司对洪敏雄上述股权回购款支付义务承担连带责任。事实与理由主要是：2011 年 3 月 28 日，陆宏和上海厚的投资中心（有限合伙）（以下简称厚的中心）、黄林、厦门东方汇富股权投资合伙企业（有限合伙）（以下简称东方汇富）与簪城公司签订《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之协议》（以下简称《增资协议》），约定陆宏与其他三名投资人向簪城公司投资 7000 万元，其中 1860 万元用于增加簪城公司的注册资本，其余的 5140 万元计入资本公积；陆宏认缴出资金额为 2152.69 万元，其中 572 万元作为注册资本，占本次增资扩股完成后簪城公司注册资本 8.1%的注册资本份额，亦占股份制改造完成后簪城公司总股本 8.1%的股份，其余 1580.69 万元进入簪城公司资本公积。2011 年 4 月 2 日，陆宏和上海厚的、黄林、东方汇富与洪敏雄和簪城公司签订《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议》（以下简称《补充协议》），约定本次增资扩股新增四名股东的投资总额为 7,800 万元，其中 7000 万元支付给簪城公司，其余 800 万元直接支付给洪敏雄。陆宏的投资总额为 2400 万元，具体支付方式为：（1）2152.69 万元投入簪城公司，其中：572 万元作为注册资本，占本次增资扩股完成后簪城公司注册资本 8.1%的注册资本份额，亦占股份制改造完成后簪城公司总股本 8.1%的股份，其余 1580.69 万元进入簪城公司资本公积；（2）247.31 万元直接支付给洪敏雄。《补充协议》第四条第 5、6 款约定了触发行使股权回售权的适用情形、股权回购款计算方式、支付时间。《补充协议》签订后，陆宏依约向洪敏雄支付了 247.31 万元，向簪城公司支付 2152.69 万元。簪城公司于 2011 年 4 月 28 日召开股东会，审议通过本次增资扩股相关事项，并于 2011 年 5 月办理完成相应的工商变更登记手续。2012 年 1 月 20 日，陆宏和上海厚的、黄林、东方汇富与洪敏雄和簪城公司签订《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》（以下简称《补充协议二》），其中第一条就 2011 年业绩未达承诺的补偿金额及方式进行了约定；第三条就股权回售权进行了补充约定：若经具有证券从业资格的会计师审计的福建簪城科技竹业有限公司 2012 年度扣除非经常性损益后的净利润低于 2500 万元，则陆宏有权要求洪敏雄或簪城公司回购其所持福建簪城科技竹业有限公司的全部股权，并且洪敏雄和簪城公司对回购事项承担连带责任；若陆宏行使回售权，

519

则洪敏雄应将陆宏总投资额加上总投资额 10%年投资收益率计算的投资收益扣除洪敏雄已经向陆宏进行补偿的金额及篁城公司已经支付给陆宏的利润分红款。根据《补充协议二》约定，洪敏雄于 2012 年 1 月 19 日向陆宏支付补偿款 922560 元，于 2012 年 3 月 30 日委托钟雪玉、魏培胜、方兰仔分别向陆宏支付补偿款 395945 元、333737、192878 元，合计支付补偿款 1845120 元。篁城公司聘请的审计机构中汇会计师事务所有限公司于 2013 年 5 月 31 日正式出具中汇会审（2013）1069 号《审计报告》，根据该《审计报告》，篁城公司 2012 年度的净利润为 3783711.35 元，扣除非经常性损益后净利润远低于 2,500 万元。因此，根据《补充协议二》的约定，已触发了股权回购义务，陆宏于 2013 年 7 月 22 日向洪敏雄和篁城公司发出了《股权回购通知函》，要求洪敏雄或篁城公司按照相关协议约定赎回陆宏持有的篁城科技全部股权及投资收益，并在《审计报告》出具之日起六个月内完成回购款的支付。但经陆宏多次催促，两被告至今仍未支付股权回购款。

被告洪敏雄、篁城公司未提交书面答辩意见。

陆宏为证实其诉讼主张，提供如下证据：

1、篁城公司工商登记资料，用于证实：（1）篁城公司目前的股权结构，陆宏仍持有篁城科技 8.1%股权；（2）篁城公司目前尚未完成股份制改造，截至 2014 年 12 月 31 日仍未取得中国证监会关于首次公开发行股票申请的受理函；

2、《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之协议》；

3、《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议》；

4、《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》；

证据 2-4 用于证实：陆宏参与篁城公司增资扩股时，与洪敏雄、篁城公司之间的权利义务约定，包括：（1）陆宏总投资 2400 万元参与篁城公司增资扩股；（2）《补充协议》、《补充协议二》中明确约定触发股权回购义务的适用情形、股权回购款计算方式、支付时间；

5、转账汇款回单；

6、篁城公司验资报告；

证据 5、6 用于证实陆宏于 2011 年 4 月 26 日向篁城公司支付投资款 21526900 元。

7、转账凭证；

8、收款凭证；

证据 7、8 用于证实：洪敏雄于 2011 年 5 月 14 日出具收款凭证，确认收到陆宏根据《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议》约定支付的款项 247.31 万元；

9、股东会决议，用于证实篁城公司于 2011 年 4 月 28 日召开股东会，审议通过本次增资扩股相关事项；

10、2012 年 1 月 19 日网银交易受理单；

11、2012 年 3 月 30 日网银交易受理单；

证据 11、12 用于证实：洪敏雄于 2012 年 1 月 19 日向陆宏支付补偿款 922560 元，于 2012 年 3 月 30 日委托钟雪玉、魏培胜、方兰仔分别向陆宏支付补偿款 395945 元、333737、192878 元，合计支付补偿款 1845120 元。

12、《审计报告》，用于证实：中汇会计师事务所有限公司于 2013 年 5 月 31 日正式出具中汇会审（2013）1069 号《审计报告》，篁城公司 2012 年度扣除非经常性损益后净利润远低于 2500 万元；

13、公证书，用于证实：陆宏于 2013 年 7 月 22 日通过公证送达方式向洪敏雄和篁城公司发出了《股权回购通知函》，要求洪敏雄或篁城公司按照相关协议约定赎回陆宏持有的篁城公司全部股权及投资收益；

14、《律师函》、快递底单、签收回执，用于证实陆宏委托律师致函，要求洪敏雄和篁城公司支付股权回购款；

15、银行账户交易明细一份，证明对象与证据 7 一致。

上述证据中证据 1-6、证据 8、9、13 陆宏均有提供原件核对，证据 7、10、11 没有原件，但是陆宏提供证据 15 予以佐证。证据 12《审计报告》系被告公司以扫描件形式提供给陆宏，陆宏没有原件。证据 13 公证书有原件。证据 14 中《律师函》原件已经邮寄给被告，陆宏手持的是备份件，快递底单、签收回执都有原件。

本院认证如下，被告洪敏雄、篁城公司未到庭应诉，视为其放弃相应诉讼抗辩权利，陆宏提供上述证据 1-6、证据 8、9、13 都有原件，证据 7 虽无原件，但与陆宏提供的证据 15 相印证，上述证据的真实性及证明力本院予以采纳。证据 8、9 陆宏虽未能提供原件，但其证明对象属于陆宏自认，该证据的证明对象本院予以采纳。证据 12、14，因被告均未到庭提出抗辩，其证明力本院予以采纳。

经审理查明如下事实：

1、2011 年 3 月 28 日，甲方篁城公司、乙方厚的中心、丙方陆宏、丁方黄林、戊方东方汇富签订《关于参与福建省篁城科技竹业有限公司增资扩股之协议》（即上文所指《增资协议》），协议对厚的中心、陆宏、东方汇富、黄林的投资总额、投资比例、投资款支付方式、违约责任等内容进行了约定。协议同时约定：乙方、丙方、丁方、戊方所持甲方股权或股份所享有的权利与甲方原股东或未来股东所享有的权利一致，包括但不限于表决权、分红权等。

2、2011 年 4 月 2 日，甲方篁城公司、乙方厚的中心、丙方陆宏、丁方黄林、戊方东方汇富、己方洪敏雄签订《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》，《补充协议》将四位新股东的投资额由 7000 万元增加至 7800 万元。其中 7000 万元作为增资扩股款项支付给甲方，800 万元支付给己方。乙方、丙方、丁方、戊方对篁城公司的投资额和股权比例与 2011 年 3 月 28 日《增资协议》约定相同。另，乙方、丙方、丁方、戊方向己方支付 800 万元。按照投资比例，乙方支付给己方 286.02 万元，丙方支付给己方 247.31 万元，丁方支付给己方 118.82 万元，戊方支付给己方 147.85 万元。《补充协议》仍然约定乙方、丙方、丁方、戊方所持甲方股权或股份所享有的权利与甲方原股东或未来股东所享有的权利一致，包括但不限于表决权、分红权等，但对投资款项的支付方式等进行了重新约定，并增加约定了业绩承诺、回售权等条款。

《补充协议》第四条第 4 点“业绩承诺”条款约定：甲方和己方承诺：甲方在 2011 年、2012 年和 2013 年三个会计年度里实现的扣除非经常性损益后的净利润分别不低于 2500 万元、4000 万元和 6000 万元。本次增资扩股是以甲方 2011 年实现的扣除非经常性损益后的净利润 2500 万元作为定价基础，以 11.845 倍 PE 计算公司总估值为 29612.76 万元。若 2011 年甲方实际实现的扣除非经常性损益后的净利润低于上述利润标准的 90%，己方（洪敏雄）承诺以甲方 2011 年实际实现的扣除非经常性损益后的净利润与 11.845 倍 PE 重新计算本次增资扩股的总估值和乙方、丙方、丁方、戊方的投资总额，重新计算后的乙方、丙方、丁方、戊方的投资总额与本次增资扩股乙方、丙方、丁方、戊方实际已经支付的投资款项的差额由己方以其自有资金向乙方、丙方、丁方、戊方进行补偿。

《补充协议》第四条第 5 点“回售权”条款约定：当下列情况出现时，乙方、丙方、丁方、戊方有权要求甲方或己方赎回乙方、丙方、丁方、戊方所持甲方的全部股份，甲方和己方对回购事项承担连带责任：（1）甲方未能于 2013 年 12 月 31 日前获得中国证监会关于首次公开发行申请的受理函；或者（2）甲方未能于 2014 年 12 月 31 日前在中国境内中小板或创业板上市发行；或者（3）甲方或甲方原控股股东发生违法违规行为；或者（4）若甲方在满足发行上市条件的情况下（包括但不限于符合辅导条件，符合向中国证监会上报发行材料或已获得中国证监会的核准等情形），而甲方撤回发行申请或反对进行首次公开发行；或者（5）若相关法律法规的修订使甲方公开发行股票变成不可行。上述情形发生时，如果乙方、丙方、丁方、戊方行使回售权，则甲方和己方承诺赎回价格为乙方、丙方、丁方、戊方对甲方本次

增资扩股的投资总额加上 10%年投资收益率计算的投资收益。支付时间为上述情形发生后乙方、丙方、丁方、戊方行使回售权的 3 个月内。

《补充协议》第四条第 6 点约定,如果上述“5、回售权”中情形出现时,己方亦需归还乙方、丙方、丁方、戊方按照本协议第三条约定支付给己方的款项,同时加上 10%年投资收益率计算的投资收益。若出现第四条第 4 点业绩承诺补偿时,己方应按乙方、丙方、丁方、戊方总投资额扣除己方以其自有资金向乙方、丙方、丁方、戊方进行补偿的金额,同时加上 10%年投资收益率计算的投资收益,支付给乙方、丙方、丁方、戊方。

协议对上述款项的支付方式和支付时间进行了约定。

3、2011 年 4 月 26 日,陆宏向篁城公司转账 21526900 元;2011 年 5 月 9 日向洪敏雄转账 2473100 元。

4、2011 年 4 月 28 日,篁城公司作出临时股东会决议,其中包括:同意对公司进行增资扩股。新增总投资为 7000 万元,其中 1860 万元作为注册资本,其余 5140 万元作为公司资本公积金。增资扩股后,公司的注册资本从 5200 万元扩大到 7060 万元。新增总投资 7000 万元分别由新股东厚的中心、陆宏、东方汇富、黄林四位新股东投入,四位股东的具体投资额度和股权比例分别是:(1)厚的中心投资 2513.98 万元,其中 668 万元作为注册资本,占公司增资扩股后 9.46%的股权,其余 1845.98 万元作为公司的资本公积金;(2)陆宏投资 2152.69 万元,其中 572 万元作为注册资本,占公司增资扩股后 8.1%的股权,其余 1580.69 万元作为公司的资本公积金;(3)东方汇富投资 1302.15 万元,其中 346 万元作为注册资本,占公司增资扩股后 4.9%的股权,其余 956.15 万元作为公司的资本公积金;(4)黄林投资 1031.18 万元,其中 274 万元作为注册资本,占公司增资扩股后 3.88%股权,其余 757.18 万元作为公司的资本公积金。同意就上述变更事项修改公司章程相关条款,并采用新版公司章程。

5、2011 年 5 月 4 日,篁城公司工商登记体现:篁城公司的注册资本变更为 7060 万元,其中厚的中心出资额为 668 万元,陆宏出资额为 572 万元,东方汇富出资额为 346 万元,黄林出资额为 274 万元。

6、2012 年 1 月 20 日,厚的中心(乙方)、陆宏(丙方)、东方汇富(戊方)、黄林(丁方)与篁城公司(甲方)、洪敏雄(己方)签订《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》。协议对篁城公司的业绩承诺、回售权、内控要求进行了重新约定,并针对 2011 年篁城公司业绩未达承诺的情况约定了补偿金额、计算方法和支付方式。

《补充协议二》第一条约定:1、2011 年预计业绩未达补充协议一中承诺业绩所触发的补偿金额确认为 6000 万元。厚的中心、陆宏、东方汇富、黄林按照 2011 年 4 月增资后占篁城公司股权比例的相对值分别获得上述补偿的相应部分,即上述四家战略投资者按照 35.915%、30.752%、18.603%、14.730%比例分别获得 2154.90 万元、1845.12 万元、1116.18 万元、883.80 万元。2、考虑篁城公司及其实际控制人洪敏雄存在资金困难,同意将 6000 万补偿金分期支付。第一期补偿金额为 600 万元,支付时间为 2012 年 1 月 21 日前支付 300 万,2012 年 3 月 31 日前支付 300 万。该补偿金无需支付资金占用费,支付方式为洪敏雄支付到各战略投资者指定账户。剩余分期支付的补偿金 5400 万元形成控股股东对战略投资者的债务,需计算资金占用费,按年 10%年化利率计算。若触发第三条回售权,则该补偿即停止。

《补充协议二》第二条“业绩承诺”条款约定:甲方和己方承诺,甲方在 2012 年和 2013 年两个会计年度里实现的扣除非经常性损益后的净利润分别不低于 2500 万元、4000 万元。若 2012 年和 2013 年甲方实际实现的扣除非经常性损益后的净利润低于上述利润标准,己方承诺以其自有资金向乙方、丙方、丁方、戊方进行补偿,补偿金额为 2012 年和 2013 年甲方实际实现的扣除非经常性损益后的净利润低于承诺利润的差额。……

第三条约定:当下列情况之一出现时,乙方、丙方、丁方、戊方有权要求甲方或己方赎回乙方、丙方、丁方、戊方所持甲方的全部股份,甲方和己方对回购事项承担连带责任:(1)2012

年 11 月 30 日前若预计 2012 年全年扣除非经常性损益后的净利润低于 2500 万元;或者(2)经具有证券从业资格的会计师审计的 2012 年度篁城公司扣除非经常性损益后的净利润低于 2500 万元。该审计报告应当在 2013 年 3 月末前完成。……若出现战略投资者行使回售权,则己方应将乙方、丙方、丁方、戊方总投资额加上总投资额 10%年投资收益率计算的投资收益扣除己方已经向乙方、丙方、丁方、戊方进行补偿的金额(包含本补充协议中第五条债权债务条款中补偿金转为债务部分的本金加上利息部分)及甲方已经支付给乙方、丙方、丁方、戊方的利润分红款,支付给乙方、丙方、丁方、戊方。计算回购涉及的投资收益的起算时间为 2011 年 5 月 1 日。

第五条约定:根据第一条的约定,控股股东对战略投资者剩余尚未支付的补偿金 5400 万元转为控股股东对战略投资者的债务,需计算资金占用费,按年 10%年化利率计算。控股股东承诺按照第一条的预定时间偿还该笔债务,并按下列方法计算分期支付的债务的资金利息:从 2012 年 3 月 31 日以后偿还的资金都需要按 10%的年化利率与实际偿还的时间计算利息,并以每年的 3 月 31 日为年度计息日。其中,如果在未满一个计息年周期(12 个月)内偿还的资金按照偿还时的时间与前一个计息日(3 月 31 日)的距离天数确认资金占用时间来计算利息,如果到了每年的 3 月 31 日,尚未支付的资金余额按照 10%的利率计算利息并计入下一个计息年度的本金。……甲方对本条债权债务承担连带责任。若战略投资者行使回售权时,第五条债权债务协议无效。

7、洪敏雄于 2012 年 1 月 19 日向陆宏支付补偿款 922560 元,于 2012 年 3 月 30 日委托钟雪玉、魏培胜、方兰仔分别向陆宏支付补偿款 395945 元、333737、192878 元,合计支付补偿款 1845120 元。

8、2013 年 5 月 31 日,中汇会计师事务所出具中汇会审(2013)1069 号审计报告,显示篁城公司 2012 年度扣除非经常性损益后的净利润仅为 378.371135 万元,远低于 2500 万元。

9、2013 年 7 月 22 日,陆宏向篁城公司、洪敏雄发出《股权回购通知函》,要求篁城公司、洪敏雄按照《补充协议二》约定的金额在审计报告出具之日起六个月内赎回陆宏持有的篁城公司的全部股权。

本案争议焦点是:一、《补充协议》及《补充协议二》的效力;二、陆宏是否有权要求篁城公司、洪敏雄回购其持有的篁城公司股权。

一、关于《补充协议》及《补充协议二》的效力问题。

本院认为,根据《补充协议》和《补充协议二》的约定,陆宏向篁城公司投资 2400 万元,占篁城公司增资扩股完成后注册资本的 8.1%。篁城公司、洪敏雄承诺,2011 年、2012 年和 2013 年三个会计年度里篁城公司实现的扣除非经常性损益后的净利润分别不低于 2500 万、4500 万和 6000 万元(《补充协议二》中各方将篁城公司的业绩目标调整为 2012 年、2013 年两个会计年度实现的扣除非经常性损益后的净利润分别不低于 2500 万元、4000 万元)。若篁城公司三个年度的净利润未达上述约定业绩目标,洪敏雄承诺以其自有资金向厚的中心、陆宏、东方汇富、黄林进行补偿。与此同时,厚的中心、陆宏、东方汇富、黄林还可以要求篁城公司、洪敏雄回购他们持有的篁城公司的股份。协议中涉及的回购、补偿条款,一方面使篁城公司得以引入新的投资,壮大企业经济实力;另一方面,对于陆宏而言,其投资行为也因为回购、补偿条款的设定有了一定的保障。尽管上述条款体现了各方当事人的真实意思表示,但由于遵照该条款执行,当企业利润未达到预定目标时,往往会涉及公司资产减少(公司对投资者进行补偿)或股权转让的发生(公司或股东回购投资人持有的公司股权),因此,对上述条款效力的认定不仅应受民法、合同法等一般民事法律规范的调整,还应当遵循公司法等商事法律规范的规制。本案中,厚的中心、陆宏、黄林、东方汇富基于对篁城公司的投资行为,成为篁城公司的新股东。《补充协议》和《补充协议二》中有关篁城公司回购陆宏持有的公司股份的约定,不仅有违商事活动共担风险、共负盈亏的基本原则,更会造成公司

资产的不当减少（相当于公司减资），损害公司及其他股东的利益和公司债权人的利益。因此，该部分回购条款因违反《中华人民共和国公司法》第二十条的规定，应认定无效。

对于《补充协议》和《补充协议二》中有关篁城公司利润未达目标时，陆宏有权要求洪敏雄回购其持有的篁城公司股份以及洪敏雄承诺以其自有资金向厚的中心等投资人支付补偿金的约定，由于上述条款是洪敏雄对自身权益的处分，体现了其真实意思表示，条款内容并未违反法律、行政法规的强制性规定，亦未损害公司或他人的合法权益，因此，该部分回购条款和补偿条款合法有效。各方当事人均应依约履行。

二、关于陆宏是否有权要求篁城公司、洪敏雄回购其持有的篁城公司股权的问题。

本院认为，如前所述，《补充协议》和《补充协议二》中的回售权条款和业绩承诺条款，除有关篁城公司回购股份的内容无效之外，条款的其余内容均是有效的，因此，当协议约定的回购、补偿条件具备时，陆宏有权要求洪敏雄回购其持有的股份或支付补偿金。根据篁城公司、洪敏雄与陆宏等投资人最后达成的《补充协议二》第三条的约定，若出现战略投资者行使回售权，则己方（洪敏雄）应将乙方（厚的中心）、丙方（陆宏）、丁方（黄林）、戊方（东方汇富）总投资额加上总投资额 10% 年投资收益率计算的投资收益扣除己方（洪敏雄）已经向乙方、丙方、丁方、戊方支付的补偿款及甲方（篁城公司）已经支付给乙方、丁方、戊方的利润分红款，支付给乙、丙、丁、戊方，计算回购投资收益的起算时间为 2011 年 5 月 1 日。因此，洪敏雄应向陆宏支付的回购款为：2400 万元投资总额 + 2400 万元投资收益（投资收益率按 10% / 年计算，从 2011 年 5 月 1 日起计至实际付清回购款之日止） - 1845120 元（洪敏雄已支付的补偿金）。陆宏要求洪敏雄承担回购相关法律责任的诉请理由成立，本院予以支持。陆宏要求篁城公司承担回购连带责任缺乏依据，本院不予支持。

综上所述，本院认为，篁城公司、洪敏雄与厚的中心、陆宏、黄林、东方汇富之间签订的《补充协议》和《补充协议二》体现了各方当事人的真实意思表示。协议中约定的回售条款和业绩补偿条款，除篁城公司回购股份的内容违反法律规定无效之外，其余内容均合法有效。现有证据表明，篁城公司 2012 年度实现的扣除非经常性损益后的净利润未达 2500 万元，协议约定的回购触发条件已经具备，陆宏有权要求洪敏雄回购其所持有的篁城公司股份并支付股权回购款。原告陆宏其余诉讼请求本院不予支持。依照《中华人民共和国公司法》第二十条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第六十条、第一百零七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

一、被告洪敏雄应于本判决生效之日起十日内回购原告陆宏持有的福建篁城科技竹业有限公司 8.1% 股权，即向陆宏支付股权回购款 2400 万元及投资收益（投资收益以 2400 万元为本金，按 10% 年投资收益率标准，从 2011 年 5 月 1 日计至实际付清款项之日止，并扣除洪敏雄已支付给陆宏的 1845120 元）；

二、驳回原告陆宏的其他诉讼请求。

如未能按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费 198274 元，由被告洪敏雄负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省高级人民法院。

审判长 张超

审判员 陈杰

代理审判员 苏鑫

二〇一五年十一月六日

书记员 徐佳茵

陆某与邵某股权转让纠纷一案一审民事判决书

上海市青浦区人民法院

民事判决书

(2012)青民二(商)初字第 527 号

原告陆某。

委托代理人孔某, 某律师集团上海事务所律师。

委托代理人程某, 某律师集团上海事务所律师。

被告邵某。

委托代理人尹某, 上海某律师事务所律师。

第三人某投资发展有限公司(原称“某投资发展有限公司”, 2010 年 9 月 10 日更名)。

原告陆某诉被告邵某股权转让纠纷一案, 本院于 2012 年 3 月 5 日立案受理后, 依法适用简易程序, 由审判员杨明华独任审判。5 月 8 日, 本院根据原告申请依法追加某投资发展有限公司(简称某公司)为本案第三人参加诉讼。6 月 19 日, 本院对本案公开开庭进行了审理, 原告陆某、委托代理人孔某, 被告委托代理人尹某到庭参加诉讼。第三人某公司经本院合法传唤, 无正当理由拒不到庭, 本院依法缺席审理。审理中, 原告向本院提出了诉讼保全申请, 本院依法采取了财产保全措施。7 月 2 日, 本案因案情需要依法转普通程序进行审理。8 月 7 日, 本院对本案再次公开开庭进行了审理, 原告陆某、委托代理人孔某, 被告委托代理人尹某到庭参加诉讼。第三人某公司经本院合法传唤, 无正当理由拒不到庭, 本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告陆某诉称: 原、被告均系中国某人寿保险股份有限公司员工。1998 年底, 公司鼓励员工购买某公司的股份成员证, 被告因此于 2001 年购买了编号为 00000 某的《股份成员证》。2004 年 11 月 1 日, 被告将该股份成员证以原价转让给原告, 双方为此签订《股权转让证明》一份。当日, 原告付清了转让款人民币 17,600 元, 被告将《股份成员证》和银行卡交给了原告。2005 年 2 月 6 日至 2007 年 9 月 13 日期间, 原告通过银行卡共获得红利收益 14,000 元。同年 9 月底, 因原告不同意解除双方之间的股权转让行为产生矛盾, 被告报失了原告持有的银行卡。此后被告虽向原告支付了部分红利, 但自 2009 年起停止支付。原告系该股份成员证的实际权力(利)人。据此, 原告请求判令: 1、确认原告为编号 0000029075《股份成员证》的实际权力(利)人; 2、判令被告协助原告办理编号为 0000029075《股份成员证》变更登记事项; 3、判令被告返还原告自 2007 年 9 月 14 日起至实际归还日止的红利收益 1 万元。

审理中, 原告将上述第 2 项诉请变更为: 要求被告及第三人协助原告办理编号为 0000029075《股份成员证》的变更登记事项; 将第 3 项诉请金额变更为: 判令被告返还原告 2009 年 9 月 14 日至 2012 年 6 月 20 日期间的红利及股份减持收益计 639,636.62 元(其中红利收益 30,957.75 元, 股份减持收益 608,678.87 元)。

被告邵某辩称: 原、被告之间未曾达成股份转让的合意, 股份转让合同关系不存在; 双方之间的行为应适用公司法及公司内部员工持股的规定以及平安员工投资权益管理办法的相关规定, 故不同意原告诉请。

第三人某投资发展有限公司未到庭陈述。

经开庭审理查明: 被告于 2000 年出资购买某员工投资权益 1 万股(份), 每股(份)1.76 元。2001 年 5 月 30 日, 某公司制发了股份编号为 00000 某、股份成员登记为被告的《股份成员证》一份。

2004 年 11 月 1 日, 被告出具给原告《股权转让证明》一份, 载明: 本人自愿将某公司股票 1 万股转让给原告, 价值 17,600 元, 今日起所有股权利益归原告所有。同一天被告出具给

原告的《收条》载明：今收到原告现金 17,600 元。同日，被告将编号为 00000 某的《股份成员证》、股份成员资料账单以及被告在中国银行开户的银行卡二张交给原告。

2004 年 11 月 1 日至 2007 年 9 月 13 日期间，原告持被告户名银行卡共领取红利收益 14,000 元。

2008 年 3 月，被告将银行卡挂失。同年 5 月 28 日至 2009 年 9 月 14 日期间，被告共支付给原告红利收益 11,600 元。

另查明：2009 年 9 月 14 日至 2012 年 6 月 20 日期间，本案股份成员证项下的红利收益为 30,957.73 元（其中 2010 年 7 月 12 日为 4,000 元，9 月 25 日为 2,200 元，2011 年 7 月 26 日为 11,679.73 元，8 月 24 日为 11,186.22 元，9 月 19 日为 1,891.78 元）、股份减持收益为 608,678.89 元（其中 2011 年 1 月 8 日为 123,545.50 元，7 月 2 日为 8,389 元，2012 年 5 月 22 日为 284,949.30 元，6 月 20 日为 191,795.09 元）。

再查明：中国某保险股份有限公司于 2002 年更名为“中国某保险（集团）股份有限公司”（简称平某公司）。根据中国保监会及中国证监会的相关批复，平某公司获准在上海证券交易所首次公开发行 A 股 1,150 百万股，并于 2007 年 3 月 1 日起在上海证券交易所上市。某公司为平某公司的股东，由邵某等公司员工出资购买的该公司内部股实际上为由某公司持有的该公司法人股。根据中国证监会所做相关规定，法人股的锁定期为 3 年，故于平安公司首次公开发行 A 股 3 年后的 2010 年 3 月 1 日后可以上市流通。

至 2012 年 6 月 20 日，本案股份成员证项下的 1 万股股份权益份额减持完毕。

以上查明的事实，由原告提供的《股权转让证明》原件一份，《收条》原件一张，编号为 00000 某《股份成员证》（与原件核对无异）一个，股份成员资料账单原件一张，户名为被告、账号为 403180201880653638 的中国银行存折原件一本，持卡人为被告、账号为 4563510800012917760 的中国银行借记卡一张，法院调查的《平安员工投资权益相关信息确认书》原件一份、本案股份成员证分红及减持收益情况表原件一份以及原、被告的一致陈述等证据为证，经当庭出证、质证，双方当事人均无异议，本院予以确认。

本案在审理过程中，被告称，被告将《股份成员证》和银行卡交给原告时双方口头约定仅 2004 年 11 月 1 日起三年内的红利归原告所有。对此原告予以否认。

根据庭审确认的事实，本院认为：本案股份成员证实为平安公司员工的投资权益凭证。被告于 2004 年 11 月 1 日向原告出具《股权转让证明》、同时将《股份成员证》以及银行卡交给原告的行为足以证明被告已将股份成员证项下的投资权益转让给原告。其转让行为并未违背法律的禁止性规定，应确认为合法、有效，对双方当事人具有法律约束力。自被告转让该股份时起，该股份成员证项下的权益已归原告所有，故原告系编号为 00000 某《股份成员证》的实际权利人，期间产生的红利及股份减持收益应归原告所有，被告应将截止至 2012 年 6 月 20 日已获得的红利及股份减持收益返还给原告。鉴于本案股份成员证项下的股份已减持完毕，故原告的第 2 项诉请已无必要。被告称原告未在《股权转让证明》上签字，双方之间的股份转让行为未成立，对此抗辩，本院认为，原告的起诉行为足以表明原告已确认了该协议，故被告的该抗辩不成立。被告又称，双方仅约定 2004 年 11 月 1 日起三年内的红利归原告所有，对此主张，被告既无证据证明，也与其在 2008 年 5 月 28 日至 2009 年 9 月 14 日期间支付给原告红利收益 11,600 元的行为不符，故对此抗辩，本院同样不予采信。况且，如果被告的主张成立，被告无需将《股份成员证》交付原告。第三人经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭，放弃了当庭抗辩的权利。据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第五十二条第（五）项、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、《最高人民法院关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 162 条的规定，判决如下：一、确认原告陆某为编号 00000 某《股份成员证》的权利人；

二、被告邵某应于本判决生效之日起十日内返还原告陆某红利及股份减持收益 639,636.62 元；

三、驳回原告陆某的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 10,356.37 元，由原告负担 80 元，被告负担 10,276.37 元；财产保全费 3,718.18 元，由被告负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判长 杨明华

人民陪审员 范根生

人民陪审员 邹惠贤

二〇一二年九月三日

书记员 黄洁亭

吕丽萍与徐建军股权转让纠纷一审民事判决书

上海市奉贤区人民法院

民事判决书

(2015)奉民二(商)初字第3号

原告吕丽萍。

委托代理人李洪刚，上海徐卫红律师事务所律师。

被告徐建军。

委托代理人方英，上海方英律师事务所律师。

原告吕丽萍与被告徐建军股权转让纠纷一案，本院于2014年12月26日立案受理后，于2015年3月16日依法适用普通程序，于2015年6月18日公开开庭进行了审理。原告委托代理人李洪刚、被告委托代理人方英均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告吕丽萍诉称，1999年9月，原、被告签订了“关于转让股权的协议”一份，被告将其购入的“深圳市新豪时投资发展公司”(以下简称“新豪时公司”)发行股份中的一万股转让给原告。该协议约定，每股作价人民币1.76元(以下币种同)，合计17,600元，并约定该股票对应的股息、红利及上市交易后的相关财产权益均归原告所有，因该股票记载于被告处，相关股息、红利派发至被告处后，被告应于三日内交付原告。

2007年3月1日，中国平安保险(集团)股份有限公司(以下简称“中国平安”)在上海证券交易所成功上市，其股份承诺锁定三年。2010年3月1日，该股份解除限售，中国平安公告称新豪时公司将在五年内以在二级市场公开出售和大宗交易相结合的方式进行减持。自2011年1月14日至2012年12月17日通过九次减持完毕，所得的减持款以一万股计算为642,155.30元。但被告仅向原告支付过173,545.50元，余款468,609.80元经原告多次催讨，被告至今未付。故原告诉至法院，要求被告返还股票减持款468,609.80元，并支付以459,891.10为本金(不包括最后两期减持款)自2012年6月28日起至判决生效日止的同期银行贷款利息损失。

原告为其诉称提供了下列证据：

- 1、“关于转让股权的协议”一份，旨在证明被告将其名下新豪时公司的份额以每股1.76元的价格转让给了原告，并约定一旦抛售，被告应于三日内将该所得资金交与原告；
- 2、案外人谢某某的股份成员证、个人明细交易清单各一份，旨在证明其所持新豪时公司的股份分别于2011年1月14日、7月7日、8月1日、8月30日、9月23日、2012年5月25日、6月25日、9月4日、12月17日共九次进行减持，每次所得的减持款金额；
- 3、招股意向书一份，旨在证明新豪时公司的组成背景，原、被告所持的实际为中国平安的原始股；
- 4、2010年年度报告摘要一份，旨在证明新豪时公司自2010年3月1日起开始减持中国平安的股权，并在三年内减持完毕；
- 5、中国平安关于股东来函的公告一份，旨在证明2012年5月14日最后一期通过大宗交易转让给北京公司，55%股权减持款发放日是6月25日，新豪时公司持有的中国平安股已减持完毕；
- 6、民事判决书两份、申诉裁定书一份，旨在证明与本案相同代持股份的相关事实，已有生效判决予以确认；
- 7、银行个人存款凭条一份，旨在证明2011年1月31日原告账户存入现金120,000元，该款是被告给付的第一期股票减持款；

8、明细对账单、上海荣盛投资管理有限公司工商信息各一份，旨在证明 2013 年 2 月 7 日上海荣盛投资管理有限公司向原告账户转账 50,000 元，而该公司系被告徐建军的一人有限责任公司，该款系被告给付的减持款；

9、催款函一份，旨在证明原告曾于 2014 年 5 月 14 日向被告催要减持款的事实；

10、受理通知书、民事裁定书等，旨在证明原告曾于 2014 年 8 月份起诉，诉讼时效发生中断；

11、被告与案外人谢某某、费某某签订的股权转让协议两份，旨在证明有其他人与原告一样向被告购买新豪时公司股份；

12、原、被告户籍信息，旨在证明当事人主体资格；

13、证人沈某某、沈泉昌及朱才明的证言，旨在证明原、被告之间的股权转让协议已实际履行的事实。

被告徐建军辩称，不同意原告的诉讼请求，原、被告之间曾签订过股权转让协议是事实，但由于原告未实际交付股权转让款，故该协议实际并未履行；另外新豪时公司所持平安股在 2011 年 9 月就减持结束，因此原告起诉已超过诉讼时效。

被告未提供证据。

经当庭质证，被告对原告证据 1 无异议；对原告证据 2-8 真实性无异议，但认为与本案均无关联性，且证据 7 系原告个人的账户信息，不能证明与被告之间的关系，而证据 8 系上海荣盛投资管理有限公司与原告之间的关系，与本案无关联性；对证据 9 有异议，认为没有收到；对原告证据 10-12 的真实性均无异议，但认为 2014 年原告的起诉就已经超过了诉讼时效；对原告证据 13 认为，证人与原告关系亲近，其证言不能反映事实真相，且证人均只是听说，并没有亲见原告将股权转让款给付被告。本院对原告证据 1-8、10-12 的真实性均予以认定；对证据 9 无法认定被告已收到；对证据 13 证人均听说原告向被告购买股份的事实予以认定。

应原告申请，本院调取了被告徐建军的个人账户交易明细。原告对该明细的真实性均无异议，原告认为该明细中被告取得减持款的日期与案外人谢某某获得减持款的日期一致、每股获得减持款的金额均一致；另外 2011 年 1 月 31 日，被告从其账户中领取的 200,000 元中有 120,000 元交付给了原告。被告对该明细真实性无异议，认为 2011 年 9 月 23 日前的系减持款，之后的款项与减持款无关。本院结合该份证据与原告证据 2，被告与案外人谢某某的账户开户网点均为“平安银行上海分行营业部”，从双方账户明细可见，该九次账户变化的交易日期、交易网点、摘要均一致，而每一次双方的金额相差均为四倍。因此本院采纳原告的意见，被告账户清单中显示的该九次均为股份减持款。

通过法庭调查、举证、质证，结合原、被告的诉辩意见，本院确认如下事实：

1999 年 9 月 29 日，原、被告签订“关于转让股权的协议”一份，约定被告自愿将其持有的新豪时公司的一万股份额，以每股作价 1.76 元转让给原告，共计 17,600 元；并约定该股票自购入后至上市前所对应的股息、红利、配股等权利归原告所有，及上市交易后的相关财产权益均归原告所有，期间的一切手续均由被告方代理；该股票上市时，抛售所得资金由被告在三日之内给付原告。

2011 年 1 月 31 日，被告账户领取现金 200,000 元，同日原告账户存入现金 120,000 元。2013 年 2 月 7 日上海荣盛投资管理有限公司向原告账户转账 50,000 元，而该公司系被告徐建军的一人有限责任公司。原告认为上述两笔款项均系被告支付的减持款，加上被告给付的现金，被告共计已向原告给付款项 173,545.50 元，尚有 468,609.80 元的减持款应向原告支付。原告曾于 2014 年 8 月 26 日诉至法院，要求被告给付减持款，后因补充证据而撤诉。现原告再次诉至来院。

另查明，案外人谢某某以自己名义持有新豪时公司的股份为两万股，在该股票上市后，谢某某因此获得的减持款分别为 2011 年 1 月 14 日 247,091.01 元、7 月 7 日 16,778.01 元、8 月 1 日 23,359.47 元、8 月 30 日 22,372.45 元、9 月 23 日 3,783.57 元、2012 年 5 月 25 日 569,898.60 元、6 月 25 日 383,590.18 元、9 月 4 日 5,428.60 元、12 月 17 日 12,008.74 元，共九次，合计 1,284,310.63 元。平均每一万股获得的减持款为 642,155.32 元，其中 2011 年为 156,692.26 元、2012 年为 485,463.06 元。

再查明，新豪时公司原名称“深圳市新豪时投资发展公司”，2010 年 9 月变更名称为“林芝新豪时投资发展有限公司”。新豪时公司系中国平安的发起人、股东之一。中国平安在 2002 年前名为“中国平安保险股份有限公司”，于 2002 年更名为“中国平安保险（集团）股份有限公司”。根据中国保监会及中国证监会的相关批复，中国平安获准在上海证券交易所首次公开发行 A 股，并于 2007 年 3 月 1 日起在上海证券交易所上市。中国平安设立了员工受益所有权计划，由参与员工认缴员工集合资金并获得单位权益。由被告徐建军等中国平安员工出资购买新豪时公司的股份，实际上是由新豪时公司持有的中国平安法人股。根据中国证监会所作相关规定，法人股的锁定期为三年，故中国平安首次公开发行 A 股三年后的 2010 年 3 月 1 日后可以上市流通。

本院认为，当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。原、被告之间签订了股权转让协议，就新豪时公司的股份转让进行了约定，双方均应依约定履行合同义务。首先，本案争议的焦点在于，原告是否向被告交付了股权转让款，该转让协议是否实际履行？被告在 2011 年 1 月 31 日取款 200,000 元，而同日原告账户存入 120,000 元，虽然该两笔款项并不必然互相存在关系，但结合被告的一人公司之后向原告又付款 50,000 元，及三位证人的证言，原告的证据相对而言比被告所述更有证明力。被告虽然主张该 50,000 元系其他业务，但并未对此提供任何证据，故本院对此不予采信。综上，本院有理由相信，原、被告之间的股权转让协议成立并实际履行，新豪时公司每一万股的减持款共计为 642,155.32 元，现原告自认被告已给付 173,545.50 元，故被告尚欠原告 468,609.80 元，应按约定向原告进行支付。其次，根据股权转让协议的约定，被告应当在取得减持款三日内向原告交付款项。现原告仅主张前七期减持款（即扣除最后两期每一万股的减持款共计 8,718.67 元）的利息，即 2012 年 6 月 25 日前发放的款项利息，故对原告要求被告自 2012 年 6 月 28 日起偿付该部分款项利息的诉讼请求本院予以支持。再次，对于被告提出诉讼时效的辩称，由于最后一次发放减持款至原告第一次起诉的时间未逾两年，故原告主张并未超过诉讼时效，本院对被告就诉讼时效的意见不予采纳。依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条的规定，判决如下：

一、被告徐建军于本判决生效之日起十日内给付原告吕丽萍欠款 468,609.80 元；
二、被告徐建军于本判决生效之日起十日内偿付原告吕丽萍以 459,891.10 元为本金，自 2012 年 6 月 28 日起至本判决生效日止按中国人民银行同期贷款利率计算的利息损失。
如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 8,329 元，由被告徐建军负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 王蕾
代理审判员 张琳

人民陪审员 任新海
二〇一五年七月一日
书记员 顾红

绿城集团有限公司与 Tra 一案二审民事判决书

浙江省高级人民法院

民事判决书

(2008)浙民四终字第 7 号

上诉人(原审原告): Tra××。

法定代表人: 陈××。

委托代理人: 王××。

上诉人(原审被告): 绿城××集团有限公司。住所地: 中华人民共和国浙江省××大路××世纪广场。

法定代表人: 寿××。

委托代理人: 徐××。

委托代理人: 李×。

上诉人 Tra××(以下简称 TradeStar)为与上诉人绿城××集团有限公司(以下简称绿城××)居间合同纠纷一案,不服中华人民共和国浙江省杭州市中级人民法院(2006)杭民三初字第 191 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2008 年 7 月 15 日立案受理后,依法组成合议庭,于同年 10 月 29 日公开开庭进行了审理。上诉人 TradeStar 的法定代表人陈××及委托代理人王××;上诉人绿城××的委托代理人徐××、李×到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院审理查明: TradeStar 为一家注册在美国的从事咨询服务的公某,绿城××为注册在中国的从事房地产开发、经营、管理的公某。2004 年,绿城××因受国家对房地产宏观调控政策的影响,在项目开发和经营上出现资金困难,急需有资金实力的投资者向其进行投资。TradeStar 了解到这一情况后,于 2004 年 6 月与绿城××联系,表示其能够为绿城××提供寻找到境外意向投资人的服务,绿城××对此表示同意。同时,为了绿城××的融资事宜,TradeStar 的陈××与设立在香港的摩根大通证券(亚太)有限公某的投资银行部邹某某取得了联系,了解到摩根大通证券(亚太)有限公某对此事有意向并需要了解有关绿城××的更多详细信息。为此,陈××多次与绿城××相关人员联系,要求并协助绿城××收集、整理、提交了详细的公某情况资料。

2004 年 6 月 21 日,陈××代表 TradeStar(作为乙方)与绿城××(作为甲方)签订《服务协议》一份,约定“甲方因寻求投资贷款事宜,需要相关服务,甲乙双方经协商达成如下协议”,其中第一条约定:甲方聘请乙方为甲方的顾问,委托乙方寻找有意对甲方或甲方指定的公某进行投资和/或贷款的外方投资者。第二条约定:根据甲、乙双方的约定,乙方提供的服务范围是:寻找有意对甲方或甲方的项目投资和/或贷款的外方投资者,向甲方提供关于外方投资者有意投资和/或贷款的信息,协助甲方向外方投资者提供有关甲方的资金需求的信息和外方投资者要求提供的甲方有关信息,协调甲方和有意投资者之间的联络、沟通和商谈,尽力促使投资和/或贷款项目的实现。第五条约定:费用及支甲式是 1、甲乙双方约定乙方此次提供服务的服务费按以下约定的外方投资者在本合同期间的投资和/或贷款总额的下列百分比支付:如甲方获取此投资和/或贷款的税前费用为投资和/或贷款总额的 5%或以下,甲方向某某支付投资和/或贷款总额的 2%的服务费;如甲方获取此投资和/或贷款税前费用为投资和/或贷款总额的 10%或以下,甲方向某某支付投资和/或贷款总额的 1%的服务费;或,如甲方获取此投资和/或贷款的税前费用高于投资和/或贷款总额的 10%,甲方向某某支付投资和/或贷款总额的 0.5%的服务费。甲方向某某支付服务费的具体数额根据甲方与外方投资者之间的合资合同、贷款协议或任何其他相关文件所述的总投资或贷款额确定,不受本合同期限影响。具体支付日期如下:甲方与外方投资者之间的合资

合同、贷款协议或任何其他相关文件签订之日（以先到之日为准）起五日内由甲方向某某以美金某某支乙付服务费的 20%，服务费的余额部分将在每一笔投资或贷款金额到位后五日内由甲方向某某以美金根据此金额应付服务费的 80% 支付。2、甲乙双方约定如果外方投资者在本协议终止后二年内对甲方有新的投资和 / 或贷款（包括本协议项下的投资和 / 或贷款的追加），甲方应及时通知乙方并在投资或贷款金额到位后十五日内向某某以美金支付该投资和 / 或贷款总额的 0.2% 作为服务费。3、在本协议签署后乙方乙方丙到杭州从事与甲方丙有关的活动，甲方将负责乙方在杭州的食宿与交通及相关费用。4、如有依据中国法律乙方应支付的任何某款，甲方将从乙方支付的服务费中扣除。此外，《服务协议》中还约定了甲方的义务（第三条）、乙方的义务（第四条）、保密义务（第六条）、协议的有效期限（第七条）、协议份数（第八条）、争议解决（第九条）、协议签署地点和日期（第十条）。

《服务协议》签订后，TradeStar 的陈××就绿城××的融资事宜继续在绿城××和香港摩根大通证券（亚太）有限公某邹某某之间进行联系、斡旋。2004 年 8 月，TradeStar、绿城××、摩根大通证券（亚太）有限公某三方相关人员在杭州会面，进一步了解某某集团的公某状况和融资要求等，初步商讨融资事宜，摩根大通证券（亚太）有限公某出席人员向绿城××推介了有关投资银行的业务。2004 年 9 月 3 日，绿城××、摩根大通证券（亚太）有限公某在杭州召开了关于某某集团融资事宜的专题演示会，会上摩根大通证券（亚太）有限公某方面详细介绍了其关于某某集团融资的初步方案，包括公募和私募，双方并就此进行了详细讨论。TradeStar 也出席了此次演示会。2004 年 11 月 3 日，绿城××与摩根大通证券（亚太）有限公某签署了《聘任函》，确认“摩根大通证券（亚太）有限公某被绿城××依照本聘任函或本协议之条件聘任作为其为在香港联交所上市发行红筹股项目而实施重组，私募交易和首次公开发行之独家财务顾问、独家保荐人和独家主承销商”。

此后，绿城××开始了为境外上市融资而进行的一系列重组行为，包括在境外设立壳公某、收购境内公某资产、股权转让、发行可转换债券、发行股票等。在摩根大通证券（亚太）有限公某牵头和其他投资银行、律师事务所、会计师事务所等中介机构的服务和参与下，绿城中国控股有限公某（在开曼群岛注册成立）获得 1.3 亿美元可转换债券融资，DeltaHouse Limited（在英属维尔京群岛注册成立）获得 2000 万美元股权融资，才智控股有限公某（在英属维尔京群岛注册成立）获得了 2400 万美元过桥贷款。2006 年 1 月 18 日，绿城××召开了《绿城××引进国某战略投资者暨可转债境外上市新闻发布会》。TradeStar 获悉绿城××的海外控股公某和绿城中国控股有限公某通过配售可转换债券和股本成功引进由摩根大通和 STARINVESTMENT 组成的国某战略投资者，绿城中国控股有限公某发行的可转换债券已经在新加坡证券交易所挂牌上市，并且，绿城××正在积极实施向海外公开发行股票以进一步募集资金，在 2006 年下半年即可完成。得知上述消息后，TradeStar 遂与绿城××联系，要求绿城××按照双方 2004 年 6 月 21 日签订的《服务协议》的约定向 TradeStar 支付服务费，但绿城××未予支付。经协商未果，TradeStar 遂于 2006 年 5 月 29 日向原审法院提起诉讼，请求判令绿城××向 TradeStar 给付居间服务费 150 万美元（后变更为 174 万美元）并按照同期美元存款利息承担延期付款违约金至清偿之日。

原审法院审理认为：根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十四条规定“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖”以及第二百三十七条规定“在中华人民共和国××内进行涉外民事诉讼，适用本编规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定”。本案 TradeStar 系外国企业，但绿城××住所地在原审法院管辖范围内，故该院享有本案的管辖权。《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百四十五条规定“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。”本案系涉外合同纠纷，当事人双方在合同中及庭审中一致同意适用中国法律，故原审法院依据双方共同选择适用中华人民共和国法律。

TradeStar（作为乙方）与绿城××（作为甲方）于 2004 年 6 月 21 日签订的《服务协议》主体适格，内容不违反我国法律法规的强制性规定，应属合法有效。根据《服务协议》的约定，绿城××因寻求投资贷款事宜，需要相关服务，故聘请 TradeStar 为其顾问，委托 TradeStar 寻找有意对绿城××或绿城××指定的公某进行投资和 / 或贷款的外方投资者，在绿城××和有意投资者之间传递信息、进行联络、沟通和商谈，尽力促使投资和 / 或贷款项目的实现。而在绿城××与外方投资者之间的合资合同、贷款协议或任何其他相关文件签订、投资和 / 或贷款资金到位后，绿城××应按照其所获取的投资和 / 或贷款实际数额的相应比例向 TradeStar 支付服务费。从整个协议内容来看，双方所要达到的合同目的是由 TradeStar 寻找到外方投资者直接向绿城××进行投资和 / 或贷款，使绿城××获得资金，这应该是一种直接投资方式。只有该合同目的达到了，TradeStar 才能获取约定数额的服务费。

在《服务协议》签订前后，TradeStar 确实为绿城××寻找有意投资者进行了一些工作，其为绿城××联系到的是香港的摩根大通证券（亚太）有限公某，TradeStar 向摩根大通证券（亚太）有限公某提供了绿城××的资料、信息，并在两家之间进行联系、沟通。此后，绿城××、摩根大通证券（亚太）有限公某、TradeStar 三方对于某某集团融资事宜还召开了几次会议。通过绿城××与摩根大通证券（亚太）有限公某的商谈后，摩根大通证券（亚太）有限公某最终并没有作为“外方投资者”直接向绿城××投入资金或进行贷款，而是与绿城××达成了一种中介服务关系，即由摩根大通证券（亚太）有限公某作为独家财务顾问、独家保荐人和独家主承销商帮助绿城××在境外上市融资。为此，绿城××和某某大通证券（亚太）有限公某于 2004 年 11 月 3 日签署了一份《聘任函》。自此之后，TradeStar 未再向绿城××提供服务，而摩根大通证券（亚太）有限公某则依照《聘任函》的内容，在其牵头和其他中介机构的配合下，帮助绿城××通过重组、发行债券、发行股票等一系列方式在境外资本市场上进行了融资，绿城××为此向摩根大通证券（亚太）有限公某支付了相应的服务费。由此可见，TradeStar 在前期虽然为绿城××联系了摩根大通证券（亚太）有限公某，但是摩根大通证券（亚太）有限公某本身并没有向绿城××投入资金和 / 或贷款，因此，TradeStar 并没有完成某某在《服务协议》中约定的服务成果，没有达到合同目的。至于后来的 1.3 亿美元可转换债券融资、2000 万美元股权融资和 2400 万美元过桥贷款融资是通过摩根大通证券（亚太）有限公某提供的中介服务，由绿城××的相关海外控股公某在公开资本市场上获得，而并非由 TradeStar 安排或提供服务的结果。因此，在上述情况下，TradeStar 要求绿城××按照《服务协议》中约定的以其最终所获取资金数额的相应比例支付服务费的主张不能成立。

但是，不可否认的是，本案中 TradeStar 确实为绿城××介绍、联络到了摩根大通证券（亚太）有限公某，并安排双方见面、商谈，尽管摩根大通证券（亚太）有限公某没有依照绿城××和 TradeStar 当初的意愿直接向绿城××提供资金，但是却与绿城××达成了一份《聘任函》，建立了中介服务合同关系。在绿城××没有证据证明此《聘任函》的签订是通过其他途径介绍或联系的情况下，应认定是 TradeStar 前期所做的一系列工作获得的成果。由于该成果并不是 TradeStar 与绿城××签订的《服务协议》中约定的成果，所以 TradeStar 不能以此要求绿城××按照《服务协议》中约定的付款内容和付款方式进行付款。事实上，这应该是一项《服务协议》中没有约定而在实践过程某取得的新的工作成果，而 TradeStar 与绿城××并未就此项新工作成果的报酬达成协议。根据《中华人民共和国合同法》第四百二十六条的相甲定，对居间人的报酬没有约定或者约定不明确的，应根据居间人的劳务合理确定。在上述情况下，对于 TradeStar 的居间报酬应根据其所做的工作和公平原则酌情予以确定。

综上，TradeStar 和绿城××之间的居间合同合法有效，TradeStar 所进行的居间活动虽然取得了一定成果，但与双方合同所约定要达到的结果并不一致，因此其所应获取的居间报酬不能按照原来合同约定的数额确定，由于双方不能就此达成新的协议，应依据公平原则并综合考虑全案予以酌情确定。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第四条、第一百四十五条、《中华人民共和国合同法》第八条、第四百二十四条、第四百二十六条之规定，原审法院于 2008 年 5 月 4 日判决：一、绿城××于判决生效之日起十日内支付 TradeStar 居间报酬 180000 美元。二、驳回 TradeStar 其他诉讼请求。案件受理费人民币 78740 元，由 TradeStar 负担 62240 元，绿城××负担 16500 元。

TradeStar 不服原审判决，向本院提起上诉称：1. 原判对于其提供的电子邮件、公开网站登载的文章以及证人阎某某的证言不予采信不符合事实且违反法律规定。2. 原判认为双方签订的《服务协议》所要达到目的是 TradeStar 为绿城××寻找外方投资者向绿城××进行直接投资和贷款，与事实相悖。从双方签订《服务协议》的背景、目的以及合同权利义务看，居间协议的目的是满足绿城××的资金需求，寻找能为绿城××“融资”的外方投资者，并非局限于某接投资和贷款。绿城××在接受 TradeStar 提供的居间服务时，也未对此提出任何异议。3. 原判认定 TradeStar 仅完成居间服务的“一些工作”与事实相悖。TradeStar 已经按照《服务协议》的约定全面履行了居间服务，最终促成了绿城××与摩根大通公某的融资合同，绿城××负有给付居间报酬的义务。4. 原判割裂了摩根大通公某与摩根大通证券（亚太）有限公某的关联事实。TradeStar 为绿城××寻找的是摩根大通公某而不仅是摩根大通证券（亚太）有限公某，摩根大通公某为客户提供的包括证券和贷款、投资银行等全面金融服务是摩根大通公某实际控制和进行，其全球子公某仅根据摩根大通公某的内部分工安排并以项目组的形式进行操作，最终受益的仍是摩根大通公某。摩根大通公某为绿城××提供的一揽子金融服务，参与该服务的摩根大通证券（亚太）有限公某、摩根大通证券、NA 伦敦银行等均为该一揽子金融服务的组成部分。5. 原判适用法律错误。原判认为 TradeStar 并未完成《服务协议》中约定的工作成果，故应适用《合同法》第四百二十六条的规定，对居间人的报酬没有约定或者约定不明的，应根据居间人的劳务合理确定。但本案中 TradeStar 已完成居间服务，故应当按照《服务协议》的约定获得居间报酬。综上，请求撤销原判，依法予以改判。

绿城××答辩称：1. 原判对 TradeStar 提供的电子邮件等证据不予认定符合事实和法某某定。2. 原判认定绿城××和 TradeStar 签订《服务协议》的目的是一种直接投资方式与事实相符。3. 绿城××与摩根大通证券（亚太）有限公某签订的《聘任函》并非 TradeStar 依照《服务协议》达成的居间服务成果。4. 可转换债券与股权融资、过桥贷款等均非依照《聘任函》而取得的投资和贷款，与服务协议没有任何关联，并非 TradeStar 居间服务的成果。5. 《聘任函》只在绿城××和某某大通证券（亚太）有限公某之间建立关系，不能约束整个摩根集团。《聘任函》只是一个中介服务合同，而不是一揽子金融服务的总协议。

绿城××上诉称：1. TradeStar 以已经完成《服务协议》约定的服务成果为由，要求绿城××支付约定的居间服务费。原判认定 TradeStar 未完成《服务协议》约定的服务成果，但又认定《聘任函》是 TradeStar 服务成果并酌定了居间服务费，违反了“不告不理”的原则，超出了 TradeStar 诉讼请求。2. 绿城××并未要求 TradeStar 寻找融资中介机构或者要求促成其与摩根大通证券（亚太）有限公某签订相关融资中介顾问服务合同的约定。原判认定《聘任函》是 TradeStar 居间服务的成果与事实不符。事实上《聘任函》系绿城××通过其他途径与摩根大通证券（亚太）有限公某中国区副主席刘小俞商谈后促成。3. 原判适用法律有误，应当适用《合同法》第四百二十七条的规定，由绿城××向 TradeStar 支付从事居间活动而支出的必要费用。综上，请求撤销原判，依法改判驳回 TradeStar 公某的全部诉讼请求。

TradeStar 未提交书面答辩状，在庭审中辩称：1. 对于原判是否超过诉讼范围，原审法院认定《聘任函》是其前期工作的成果，法院对此有权自由裁量。2. 原判认定《聘任函》是 TradeStar 居间服务的成果正确。3. 绿城××不能提供证据证实《聘任函》是刘小俞促成。4. 摩根大通证券（亚太）有限公某为绿城××提供的金融服务属于摩根某某司为绿城××提供一系列相乙融服务的前期工作。

二审中双方均未提交新的证据。对于一审中 TradeStar 提供的电子邮件、绿城××公开网站登载的文章、证人阎某某的证言，原判已结合其他证据并认定了相关案件事实，对上述证据的认定并无不当，TradeStar 对此提出的上诉理由不予采纳。

本院除确认原审判决查明的事实外，另查明：《聘任函》签订后，摩根大通银行伦敦分行向才智控股有限公某提供了 2400 万美元过桥贷款用以并购绿城××等境内关联企业的股权；绿城中国控股有限公某的股东 DeltaHouse Limited 将其持有的绿城中国控股有限公某各 10 股股份分别以 1000 万美元的价格转让给摩根大通证券公某（JPMorgan Securities Ltd.）和 Stark。2006 年 1 月 10 日，绿城中国控股有限公某发行 1.3 亿美元可转换债券，其中摩根大通证券公某和 Stark 分别认购 4000 万美元和 9000 万美元。

本院认为：本案系涉外合同纠纷，绿城××住所地在原审法院管辖范围内，且双方一致同意适用中国法律，故原审法院对本案具有管辖权并适用中华人民共和国法律正确。根据双方的上诉和答辩意见，本案二审审理的焦点是：一、TradeStar 提供的居间服务是否取得了成果，即《聘任函》和绿城××的融资是否属于 TradeStar 居间服务的成果；二、如何确定 TradeStar 居间服务的报酬。

一、TradeStar 提供的居间服务是否取得了成果

本案双方当事人于 2004 年 6 月 21 日签订了《服务协议》，该协议约定 TradeStar 为绿城××寻找外方投资者进行“投资和 / 或贷款”，其内容不违反我国法律法规的强制性规定，属合法有效。TradeStar 认为上述协议中的“投资”包某某接投资和间接投资；而绿城××认为仅指直接投资。对于“投资”的含义，根据《辞海》的解释，“投资是指企业或个人以获得未来收益为目的，投放一定量的货币或实物，以经营某项事业的行为。有直接投资、间接投资。将货币或实物直接投于企业生产经营活动的，称为直接投资；将货币用于购买股票、债券等金融资产的，称为间接投资”。从经济学上而言，投资是指货币转化为资本的过程。直接投资与间接投资二者的实质性区别在于某接投资是资金所有者和资金使用者的合一，是资产所有权和资产经营权的统一运动，一般是生产事业，会形成实物资产；而间接投资是资金所有者和资金使用者的分解，是资产所有权和资产经营权的分离运动，投资者对企业资产及其经营没有直接的所有权和控制权，其目的只是为了取得其资本收益或保值。鉴于本案并无证据证实双方的《服务协议》仅限于 TradeStar 为绿城××寻找直接投资，《服务协议》本身的内容对此也无从反映，故应当按照“投资”的文某解释，认定包某某接和间接投资。原审判决认定本案协议仅限于某接投资方式缺乏事实和法律依据，应予纠正。

本案中 TradeStar 为绿城××联系了摩根大通证券（亚太）有限公某，在双方之间进行联系、沟通并召开会议。绿城××称事实上《聘任函》系由绿城××通过其他途径与摩根大通证券（亚太）有限公某商谈后促成，但并无相应的证据支持，本院不予采信。原审认定《聘任函》系 TradeStar 居间服务的成果并无不当，绿城××对此提出的上诉理由不能成立。

至于本案绿城××获得的融资是否属于 TradeStar 居间服务的成果。绿城××认为，TradeStar 为绿城××联系的是摩根大通证券（亚太）有限公某，但该公某并没有向绿城××投入资金和贷款，而是与绿城××达成了一种中介服务关系，即由摩根大通证券（亚太）有限公某作为独家财务顾问、独家保荐人和独家主承销商帮助绿城××在境外上市融资。故其获得的可转换债券和过桥贷款等与协议约定的服务内容没有任何关联。TradeStar 则认为，

其为绿城××寻找的是摩根大通公某，而并非仅限于摩根大通证券（亚太）有限公某。摩根大通公某各全球子公某是根据摩根大通公某的内部分工为绿城××提供一揽子金融服务。对此，本院认为：摩根大通公某（JPMorganChase&CO）作为一家综合性金融服务公某，其在全球拥有多家子公某从事投资银行、并购与私募、债券市场等业务。本案中绿城××在境外设立壳公某、收购境内公某资产、股权转让、发行可转换债券等一系列为获得境外上市融资而进行重组的行为，均是在摩根大通公某各附属公某的安排和协助下并以项目组的形式进行。故摩根大通公某各附属公某提供过桥贷款、认购股权和可转换债券等行为，难以使人信服是各自独立的行为。同时，摩根大通证券（亚太）有限公某与绿城××签订的《聘任函》中明确约定：“摩根大通可以将其根据本协议获得的信息与其关联企业分享，并可与其关联企业共同完成本协议规定的各服务项目”。“（绿城××）了解摩根大通的某些从事风险投资业务的关联企业及其所投资的某些资产组合公某（这些关联企业和组合公某一起称为“摩根购买方”）可能会成为与该交易有关的购买方。绿城××明确表示免除任何因摩根大通作为该公某顾问和某某购买方的关联方的多重角色而引起的利益冲突。”显然，摩根大通证券（亚太）有限公某作为绿城××的融资财务顾问与交易方——“摩根购买方”之间存在关联性，虽然绿城××免除了摩根大通证券（亚太）有限公某参与关联交易的责任，但这种豁免并不能对抗为双方提供融资交易机会的居间人 TradeStar。否则即侵害了 TradeStar 获得居间报酬的请求权。

综上，本院认为，本案双方签订《服务协议》的根本目的在于 TradeStar 为绿城××介绍投资者提供资金，投资形式的差别并不影响 TradeStar 获得居间报酬的请求权。在绿城××获得融资的过程某，摩根大通公某各附属公某向其提供了过桥贷款、认购了股权和可转换债券，而为绿城××和某某大通公某提供上述交易机会是基于 TradeStar 的牵线，故应当认定摩根大通公某及其附属公某提供的金融服务系 TradeStar 居间服务的成果。根据合同法的规定，居间服务提供的仅是订立合同的机会或者为双方介绍活动，故绿城××提出 TradeStar 没有相应资质和能力，其获得融资与 TradeStar 无关的理由不能成立，不予采纳。

二、如何确定 TradeStar 居间服务的报酬

根据《服务协议》的约定，TradeStar 的服务费应当根据绿城××所支付的税前费用与获得的投资总额的百分比，按照相应的比例计算。对于“税前费用”，绿城××认为指获得投资或贷款所要支付的成本和对价，对此本院予以认可。一审中绿城××提供了债券发行机构的付款指示，证明绿城中国控股有限公某在发行可转换债券后，支付了佣金、折让及中介服务费用共计 29,055,864 美元，其实际融资所得为 100,944,136 美元。TradeStar 在一审中对该证据的真实性和合法性并无异议。而且可转换债券的《招股说明书》明确规定了可转换债券的初步年息率为 10%，提早赎回金额的年度化回报为 20%。故本院对绿城××获得该项资金的“税前费用”超过 10% 予以认定，本案应当按照投资总额的 0.5% 为标准计算服务费。在本案所涉融资中，其中 9000 万美元可转换债券和 1000 万美元股权融资系 Stark 投入，而 TradeStar 已明确表示其为绿城××介绍的是摩根大通公某，故绿城××通过摩根大通公某而引入 Stark 的投资并不属于其居间服务的成果，不应计算在投资金额之内。综上所述，绿城××和 TradeStar 对于“摩根购买方”在可转换债券和股本投资中共出资 5000 万美元并无异议，应当按照该金额的 0.5% 计算服务费。至于过桥贷款，在本案中仅用于满足并购方实施并购前的短期融资需求，作为绿城××重组并上市的前期准备，并非一般意义上为解决或满足借款方生产经营及项目开发需要资金而给予的贷款，且该贷款已在可转换债券募得的资金中扣除，故不应计算在《服务协议》约定的“贷款”范畴。

对于违约金的计算。TradeStar 在诉讼中要求按照同期美元存款利息计算违约金，并未明确起算时间。本院认为，按照服务协议的约定，绿城××应在投资金额到位后五日内向 TradeStar 以美金支付。本案绿城中国控股有限公某于 2006 年 1 月 10 日发行 1.3 亿美元可

转换债券，故绿城××应当于 5 日内即 2006 年 1 月 15 日之前向 TradeStar 支付居间报酬。因此，绿城××应当于 2006 年 1 月 16 日起承担逾期支付居间报酬的利息。

本院认为，居间合同是居间人按委托人的指示，为委托人与第三人订立合同提供机会或者进行介绍活动，提供订立合同的媒介服务，并由委托人向居间人给付约定报酬的协议。

TradeStar 根据其与绿城××之间的居间协议，为绿城××介绍了摩根大通证券（亚太）有限公司某。摩根大通证券（亚太）有限公司某为绿城××规划了一系列股权转让、发行可转换债券等融资服务，满足了绿城××的资金需求。故 TradeStar 提供的居间服务已取得成果，绿城××应当按照摩根大通公某各附属公某实际提供的资金额向 TradeStar 给付居间报酬。

综上，绿城××关于 TradeStar 没有取得居间成果的上诉理由不能成立，不予采纳。

TradeStar 认为其取得居间服务成果的上诉理由成立，依法予以采纳；但其认为应当按照绿城××实际获得融资金额计算报酬的理由不能成立，不予采纳。原判认定事实部分不清，适用法律不当。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(三)项、《中华人民共和国合同法》第四百二十四条、第四百二十六条之规定，判决如下：

一、撤销中华人民共和国浙江省杭州市中级人民法院(2006)杭民三初字第 191 号民事判决；

二、绿城××于本判决送达之日起十日内向 TradeStar 支付居间报酬 25 万美元并按照同期美元存款利率支付利息自 2006 年 1 月 16 日起至清偿之日止（利率按照中国人民银行公布的标准计算）；

三、驳回 TradeStar 的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一、二审案件受理费各 78740 元，均由绿城公某负担 11320 元，由 TradeStar 负担 67420 元。

本判决为终审判决。

审判长 苗青

代理审判员 郭剑霞

代理审判员 裘剑锋

二〇〇九年三月三日

书记员 俞磊

马浩川与邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司合同纠纷二审民事裁定书

邯郸市中级人民法院

民事裁定书

(2016)冀 04 民辖终 445 号

上诉人(原审被告): 邯郸红日冶金有限公司, 住所地: 河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人: 刘生红, 该公司董事长。

委托代理人: 潘明顺, 该公司职员。

上诉人(原审被告): 河北省武安市元宝山工业集团有限公司, 住所地: 河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人: 刘北方, 该公司董事长。

委托代理人: 宋文召, 该公司职员。

被上诉人(原审原告): 马浩川, 男, 1988 年 5 月 5 日出生, 汉族, 现住北京市西城区。

上诉人邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司因合同纠纷一案, 不服河北省武安市人民法院(2016)冀 0481 民初 3005 号民事裁定, 向本院提起上诉。

邯郸红日冶金有限公司上诉称, 被上诉人投资款最终汇入国外, 合同履行地不在中华人民共和国境内。协议书约定了给付投资款的条件, 是否合格的首次公开发行或停止配合 CIS 的上市工作, 涉及到适用国外法(美国)对该事实的认定, 国内法无法确认、认定。基于以上事实, 上诉人认为河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。请求撤销一审裁定, 并裁定河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。

河北省武安市元宝山工业集团有限公司上诉称, 上诉人和邯郸红日冶金有限公司系两个完全独立的法人, 两者之间没有任何牵连关系。上诉人于 2009 年 12 月 7 日同 FriedlandCapitalInc (美国福瑞兰德资本公司北京代表处) 签订的上市金融服务协议, 已经成功履行, 协议第六条第 10 款中约定: “本协议适用的相关法律以美国法律为依据。美国科罗拉多州的法院拥有对本合同发生过程中产生的任何争议的管辖权”。因上诉人诉返还投资款同发行过程存在法律关系, 所以本案不应适用国内法。请求一审裁定, 裁定河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。

本院经审查认为, 本案被上诉人马浩川提起诉讼时, 依据的是其与邯郸红日冶金有限公司签订的担保合同, 上诉人河北省武安市元宝山工业集团有限公司同案外人 FriedlandCapitalInc (美国福瑞兰德资本公司北京代表处) 签订的上市金融服务协议中有关解决纠纷方式的约定, 对本案被上诉人马浩川不具有约束力。本案为合同纠纷, 依法应由合同履行地或者被告住所地人民法院管辖。因本案被告即二上诉人的住所地均在河北省武安市, 故河北省武安市人民法院对本案有管辖权。一审裁定正确, 依法应予维持。上诉人的上诉理由不成立, 本院不予采信。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条规定, 裁定如下:

驳回上诉, 维持原裁定。

本裁定为终审裁定。

审判长 田保俊

审判员 左建阔

审判员 张志华

二〇一六年十月三十一日

书记员 崔针针

南京博发投资咨询有限公司与江苏阳山硅材料科技有限公司请求公司收购股份纠纷二审民事判决书（2）

江苏省高级人民法院
民事判决书

（2015）苏商终字第 00310 号

上诉人（原审原告）南京博发投资咨询有限公司，住所地在江苏省南京市秦淮区洪武路 23 号隆盛大厦 1008 室。

法定代表人彭灵勇，该公司董事长。

委托代理人夏妍，江苏天哲律师事务所律师。

委托代理人王苾钢，江苏天哲律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）江苏阳山硅材料科技有限公司，住所地在江苏省泰州市姜堰区民营经济产业中心兴姜路 1 号。

法定代表人魏元柏，该公司董事长。

委托代理人仲菲菲，该公司员工。

上诉人南京博发投资咨询有限公司（以下简称博发公司）因与被上诉人江苏阳山硅材料科技有限公司（以下简称阳山公司）请求公司收购股份纠纷一案，不服江苏省泰州市中级人民法院（2014）泰中商初字第 00209 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2015 年 6 月 4 日立案受理，并依法组成合议庭，于 2015 年 7 月 3 日公开开庭进行了审理。上诉人博发公司的委托代理人夏妍、王苾钢，被上诉人阳山公司的委托代理人仲菲菲到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

博发公司一审诉称：2010 年 9 月，博发公司与阳山公司签署《投资协议》。根据《投资协议》，在阳山公司向博发公司承诺“净利润保证条款”和“赎回与并购条款”的前提下，博发公司向阳山公司投资 1050 万元，占投资完成后阳山公司股权比例额的 10%。据此，如果阳山公司未完成在《投资协议》中承诺的净利润，则博发公司有权要求阳山公司按照约定回购博发公司 1050 万元的投资。

阳山公司于 2011 年、2012 年和 2013 年均没有完成该《投资协议》中约定的年度净利润目标，且自 2012 年 9 月底仍处于无法正常生产状态。博发公司与阳山公司于 2012 年 5 月 8 日签署了《股权回购协议》，约定阳山公司同意按照年息 18% 回购博发公司对阳山公司的投资，回购金额共计 14329035 元，并配合博发公司办理相关回购手续，将博发公司对阳山公司的股权转为博发公司对阳山公司的债权，并按年息 14% 向博发公司支付利息。违反《股权回购协议》约定的，阳山公司将按照违约总金额的日 1% 承担违约责任。

阳山公司于 2012 年 10 月 31 日向博发公司归还 158.5 万元，其余款项经博发公司多次催讨，阳山公司均表示没有资金支付。请求判令：阳山公司根据《股权回购协议》的约定支付博发公司的回购金额本金和利息 14329035 元，承担本案的诉讼费用。

阳山公司一审辩称：同意博发公司的诉讼请求以及事实。

原审法院经审理查明：2010 年 9 月 28 日，南京阳山硅材料科技有限公司（阳山公司前身、甲方）与博发公司（乙方）、杜建中（丙方、担保人）就阳山公司股权融资达成协议，签订《投资协议书》。约定：博发公司投资阳山公司普通股权，实行同股同权，投入 1050 万元，投资完成后占总股本 10%；阳山公司实际控制人杜建中保证税后净利润 2010 年 800 万元、2011 年 3500 万元、2012 年 4900 万元、2013 年 6800 万元、2014 年 9000 万元；……甲方需尽其所能在 2014 年 12 月 31 日前完成首次公开发行上市；投资期限自投资完成之日起至 2014 年 12 月 31 日止。若公司未能在 2014 年 12 月 31 日前完成首次公开发行，投资人有权

自 2015 年 1 月 1 日起要求公司购回投资人所拥有的股份。公司未能按照净利润保证的要求完成相关年度净利润且低于年度净利润 60% 时，博发公司有权要求阳山公司或者杜建中回购博发公司全部股份。回购价格应为本次融资价格的 100% 并加上 18% 的年回报率（自交割之日起，以复利计算；不足一年的期间按日率计算）。同时赎回价格应进行调整以反映股票分拆及股票红利等情况。自 2010 年 6 月 21 日起至 11 月 25 日止，博发公司累计向阳山公司投资 1170 万元。

2012 年 5 月 8 日，阳山公司全部 18 位股东，一致通过股东会决议，审议通过《关于解决公司资金等相关事宜的议案》。1、本次股东会确定公司增资 2000 万元，分两期到位，首次增资 1000 万元，5 月 10 日前到达公司账户，由马继勇、韩细云共同增资 500 万元，乐宜仁、彭灵勇共同增资 300 万元，洪海洋、余兆建共同增资 200 万元。本次增资首先作为股东对公司的借款，借款期限 1 年，借款利率为年 14%，一旦发生清偿，本次增资股东清偿顺序优先于博发公司。借款期限内股东有权随时转为公司股权的权利，转股价格为 44.5 万元占 1% 的股权，如实施债权转为股权，本次增资的股东自愿放弃本次借款的利息。2、博发公司作为公司的机构投资人，与公司签订的投资协议中的回购条款合法有效，公司承认并同意回购博发公司股权，但博发公司暂不行权，将其对公司的已加上回购条件的股权转为对公司的债权，行权利率为年 14%，并承诺在公司正常经营情况下两年之内暂不行权（自 2012 年 5 月 8 日起算，两年内为复利计算）。

2012 年 5 月 8 日，博发公司与阳山公司签署了《股权回购协议》，确认 2010 年 9 月 28 日双方签订的《投资协议》，“净利润条款”和“赎回与并购条款”，2011 年、2012 年和 2013 年阳山公司均没有完成该《投资协议》中约定的年度净利润目标，自 2012 年 9 月底起，阳山公司处于非正常生产状态，阳山公司通过了回购博发公司股份的决议。回购协议约定阳山公司同意按照博发公司投资本金 1050 万元加上按年息 18% 计算的复利共计 14329035 元回购博发公司对阳山公司的投资，回购金额 14329035 元转为对阳山公司的债权；阳山公司随时配合博发公司办理相关回购手续；至阳山公司全部偿付上述回购资金止，阳山公司对博发公司的前述回购资金总额按年息 14% 向博发公司支付利息，并计算复利；阳山公司正常经营情况下，博发公司 2 年内不向阳山公司追索赎回债权本息；阳山公司承诺，阳山公司对博发公司回购债务本息的履行不受是否完成博发公司所持有阳山公司股份回购手续的影响；违反《股权回购协议》约定的，阳山公司将按照违约总金额的日 1% 承担违约责任。2012 年 10 月 31 日，阳山公司支付 158.5 万元，余款未支付。博发公司遂诉至原审法院要求判如所请。

另查明，原南京阳山硅材料科技有限公司迁址姜堰市（泰州市姜堰区）后变更为阳山公司。博发公司投资后，阳山公司依法变更了公司股东、股权比例、修订公司章程等并经工商注册变更登记。

原审法院认为：博发公司投资阳山公司后，依法取得阳山公司 10% 股份，阳山公司依法变更登记，博发公司成为阳山公司的股东，应依法享有阳山公司的股东权利，承担股东义务。但是，《投资协议书》约定阳山公司必须达到净利润目标或者必须在 2014 年 12 月 31 日前完成首次上市，否则，阳山公司有义务回购博发公司投资并按照投资本金加 18% 的年回报率回购其股权，该约定实质上是保证无风险绝对收益的保底条款，违反了《中华人民共和国公司法》第二十条的规定，侵犯了公司其他股东和公司债权人的利益，不符合公司法规定的股东以其投入的股份对公司债务承担责任的公司法基本原则，依照《中华人民共和国公司法》第三十五条，《中华人民共和国合同法》第五十二条第（三）项、第（四）项的规定，博发公司与阳山公司所签订《投资协议书》中赎回条款以及《股权回购协议》应当认定为无效。博发公司依据该协议请求阳山公司依据《股权回购协议》支付回购金额本息的诉讼请求，没有法律依据，其请求原审法院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第（三）、（四）项，《中华人民共和国公司法》第二十条第一款、第三十五条，《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百四十二条的规定，判决：驳回博发公司的诉讼请求。案件受理费 107774 元，由博发公司负担。

博发公司不服原审判决，向本院提起上诉称：2012 年 5 月 8 日签订的《股权回购协议》及股东会决议表明，双方之间就股权回购经过了签署及股东会批准，合法有效，且阳山公司就此进行了公告，履行了法定程序，不存在侵犯阳山公司其他股东和债权人利益的情况。博发公司与阳山公司就股权回购并无争议，只有阳山公司无力还款的还款纠纷。请求撤销原审判决，判令阳山公司支付本金、利息、违约金并承担一、二审诉讼费用。

阳山公司二审同意博发公司的上诉意见。

本院经审理查明，对于原审判决认定的事实，双方均无异议，本院予以确认。

本院认为：《中华人民共和国公司法》第二十条第一款规定“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益”。案涉《投资协议书》约定博发公司投资阳山公司普通股、实行同股同权，意味着博发公司只有在阳山公司经过清算、清偿了全部公司债务后，方能就剩余财产按照出资比例获得分配；但《投资协议书》同时又约定阳山公司净利润未达到一定程度时、博发公司有权要求回购股份，回购价格为融资价格 100%加上 18%年回报率等，该约定如果实际履行，将使博发公司在脱离阳山公司实际经营业绩的情况下获得固定收益，侵犯了阳山公司的独立法人财产权及其债权人的利益，应当依法认定无效。故博发公司依据《投资协议书》、《股权回购协议》等所主张的回购款本金及利息均不能成立。

综上，博发公司的上诉缺乏事实和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚、适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判决。

二审案件受理费 107774 元，由上诉人博发公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 朱亚男

代理审判员 邹宇

代理审判员 孔萍

二〇一五年八月十一日

书记员 安晓辉

南京博发投资咨询有限公司与江苏阳山硅材料科技有限公司请求公司收购股份纠纷一案二审民事判决书

民事判决书

(2015)苏商终字第 00310 号

上诉人(原审原告)南京博发投资咨询有限公司,住所地在江苏省南京市秦淮区洪武路 23 号隆盛大厦 1008 室。

法定代表人彭灵勇,该公司董事长。

委托代理人夏妍,江苏天哲律师事务所律师。

委托代理人王苾钢,江苏天哲律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)江苏阳山硅材料科技有限公司,住所地在江苏省泰州市姜堰区民营经济产业中心兴姜路 1 号。

法定代表人魏元柏,该公司董事长。

委托代理人仲菲菲,该公司员工。

上诉人南京博发投资咨询有限公司(以下简称博发公司)因与被上诉人江苏阳山硅材料科技有限公司(以下简称阳山公司)请求公司收购股份纠纷一案,不服江苏省泰州市中级人民法院(2014)泰中商初字第 00209 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2015 年 6 月 4 日立案受理,并依法组成合议庭,于 2015 年 7 月 3 日公开开庭审理了本案。上诉人博发公司的委托代理人夏妍、王苾钢,被上诉人阳山公司的委托代理人仲菲菲到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

博发公司一审诉称:2010 年 9 月,博发公司与阳山公司签署《投资协议》。根据《投资协议》,在阳山公司向博发公司承诺“净利润保证条款”和“赎回与并购条款”的前提下,博发公司向阳山公司投资 1050 万元,占投资完成后阳山公司股权比例额的 10%。据此,如果阳山公司未完成在《投资协议》中承诺的净利润,则博发公司有权要求阳山公司按照约定回购博发公司 1050 万元的投资。

阳山公司于 2011 年、2012 年和 2013 年均没有完成该《投资协议》中约定的年度净利润目标,且自 2012 年 9 月底仍处于无法正常生产状态。博发公司与阳山公司于 2012 年 5 月 8 日签署了《股权回购协议》,约定阳山公司同意按照年息 18%回购博发公司对阳山公司的投资,回购金额共计 14329035 元,并配合博发公司办理相关回购手续,将博发公司对阳山公司的股权转为博发公司对阳山公司的债权,并按年息 14%向博发公司支付利息。违反《股权回购协议》约定的,阳山公司将按照违约总金额的日 1%承担违约责任。

阳山公司于 2012 年 10 月 31 日向博发公司归还 158.5 万元,其余款项经博发公司多次催讨,阳山公司均表示没有资金支付。请求判令:阳山公司根据《股权回购协议》的约定支付博发公司的回购金额本金和利息 14329035 元,承担本案的诉讼费用。

阳山公司一审辩称:同意博发公司的诉讼请求以及事实。

原审法院经审理查明:2010 年 9 月 28 日,南京阳山硅材料科技有限公司(阳山公司前身、甲方)与博发公司(乙方)、杜建中(丙方、担保人)就阳山公司股权融资达成协议,签订《投资协议书》。约定:博发公司投资阳山公司普通股,实行同股同权,投入 1050 万元,投资完成后占总股本 10%;阳山公司实际控制人杜建中保证税后净利润 2010 年 800 万元、2011 年 3500 万元、2012 年 4900 万元、2013 年 6800 万元、2014 年 9000 万元;……甲方需尽其所能在 2014 年 12 月 31 日前完成首次公开发行上市;投资期限自投资完成之日起至 2014 年 12 月 31 日止。若公司未能在 2014 年 12 月 31 日前完成首次公开发行,投资人有权自 2015 年 1 月 1 日起要求公司购回投资人所拥有的股份。公司未能按照净利润保证的要求

完成相关年度净利润且低于年度净利润 60%时,博发公司有权要求阳山公司或者杜建中回购博发公司全部股份。回购价格应为本次融资价格的 100%并加上 18%的年回报率(自交割之日起,以复利计算;不足一年的期间按日率计算)。同时赎回价格应进行调整以反映股票分拆及股票红利等情况。自 2010 年 6 月 21 日起至 11 月 25 日止,博发公司累计向阳山公司投资 1170 万元。

2012 年 5 月 8 日,阳山公司全部 18 位股东,一致通过股东会决议,审议通过《关于解决公司资金等相关事宜的议案》。1、本次股东会确定公司增资 2000 万元,分两期到位,首次增资 1000 万元,5 月 10 日前到达公司账户,由马继勇、韩细云共同增资 500 万元,乐宜仁、彭灵勇共同增资 300 万元,洪海洋、余兆建共同增资 200 万元。本次增资首先作为股东对公司的借款,借款期限 1 年,借款利率为年 14%,一旦发生清偿,本次增资股东清偿顺序优先于博发公司。借款期限内股东有权随时转为公司股权的权利,转股价格为 44.5 万元占 1%的股权,如实施债权转为股权,本次增资的股东自愿放弃本次借款的利息。2、博发公司作为公司的机构投资人,与公司签订的投资协议中的回购条款合法有效,公司承认并同意回购博发公司股权,但博发公司暂不行权,将其对公司的已加上回购条件的股权转让为对公司的债权,行权利率为年 14%,并承诺在公司正常经营情况下两年之内暂不行权(自 2012 年 5 月 8 日起算,两年内为复利计算)。

2012 年 5 月 8 日,博发公司与阳山公司签署了《股权回购协议》,确认 2010 年 9 月 28 日双方签订的《投资协议》,“净利润条款”和“赎回与并购条款”,2011 年、2012 年和 2013 年阳山公司均没有完成该《投资协议》中约定的年度净利润目标,自 2012 年 9 月底起,阳山公司处于非正常生产状态,阳山公司通过了回购博发公司股份的决议。回购协议约定阳山公司同意按照博发公司投资本金 1050 万元加上按年息 18%计算的复利共计 14329035 元回购博发公司对阳山公司的投资,回购金额 14329035 元转为对阳山公司的债权;阳山公司随时配合博发公司办理相关回购手续;至阳山公司全部偿付上述回购资金止,阳山公司对博发公司的前述回购资金总额按年息 14%向博发公司支付利息,并计算复利;阳山公司正常经营情况下,博发公司 2 年内不向阳山公司追索赎回债权本息;阳山公司承诺,阳山公司对博发公司回购债务本息的履行不受是否完成博发公司所持有阳山公司股份回购手续的影响;违反《股权回购协议》约定的,阳山公司将按照违约总金额的日 1‰承担违约责任。2012 年 10 月 31 日,阳山公司支付 158.5 万元,余款未支付。博发公司遂诉至原审法院要求判如所请。

另查明,原南京阳山硅材料科技有限公司迁址姜堰市(泰州市姜堰区)后变更为阳山公司。博发公司投资后,阳山公司依法变更了公司股东、股权比例、修订公司章程等并经工商注册变更登记。

原审法院认为:博发公司投资阳山公司后,依法取得阳山公司 10%股份,阳山公司依法变更登记,博发公司成为阳山公司的股东,应依法享有阳山公司的股东权利,承担股东义务。但是,《投资协议书》约定阳山公司必须达到净利润目标或者必须在 2014 年 12 月 31 日前完成首次上市,否则,阳山公司有义务回购博发公司投资并按照投资本金加 18%的年回报率回购其股权,该约定实质上是保证无风险绝对收益的保底条款,违反了《中华人民共和国公司法》第二十条的规定,侵犯了公司其他股东和公司债权人的利益,不符合公司法规定的股东以其投入的股份对公司债务承担责任的公司法基本原则,依照《中华人民共和国公司法》第三十五条,《中华人民共和国合同法》第五十二条第(三)项、第(四)项的规定,博发公司与阳山公司所签订《投资协议书》中赎回条款以及《股权回购协议》应当认定为无效。博发公司依据该协议请求阳山公司依据《股权回购协议》支付回购金额本息的诉讼请求,没有法律依据,其请求原审法院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第(三)、(四)项,《中华人民共和国公司法》第二十条第一款、第三十五条,《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百四十二条的规定，判决：驳回博发公司的诉讼请求。案件受理费 107774 元，由博发公司负担。

博发公司不服原审判决，向本院提起上诉称：2012 年 5 月 8 日签订的《股权回购协议》及股东会决议表明，双方之间就股权回购经过了签署及股东会批准，合法有效，且阳山公司就此进行了公告，履行了法定程序，不存在侵犯阳山公司其他股东和债权人利益的情况。博发公司与阳山公司就股权回购并无争议，只有阳山公司无力还款的还款纠纷。请求撤销原审判决，判令阳山公司支付本金、利息、违约金并承担一、二审诉讼费用。

阳山公司二审同意博发公司的上诉意见。

本院经审理查明，对于原审判决认定的事实，双方均无异议，本院予以确认。

本院认为：《中华人民共和国公司法》第二十条第一款规定“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益”。案涉《投资协议书》约定博发公司投资阳山公司普通股、实行同股同权，意味着博发公司只有在阳山公司经过清算、清偿了全部公司债务后，方能就剩余财产按照出资比例获得分配；但《投资协议书》同时又约定阳山公司净利润未达到一定程度时、博发公司有权要求回购股份，回购价格为融资价格 100%加上 18%年回报率等，该约定如果实际履行，将使博发公司在脱离阳山公司实际经营业绩的情况下获得固定收益，侵犯了阳山公司的独立法人财产权及其债权人的利益，应当依法认定无效。故博发公司依据《投资协议书》、《股权回购协议》等所主张的回购款本金及利息均不能成立。

综上，博发公司的上诉缺乏事实和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚、适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判决。

二审案件受理费 107774 元，由上诉人博发公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 朱亚男

代理审判员 邹宇

代理审判员 孔萍

二〇一五年八月十一日

书记员 安晓辉

南京博发投资咨询有限公司与江苏阳山硅材料科技有限公司请求公司收购股份纠纷一审民事判决书

泰州市中级人民法院

民事判决书

(2014)泰中商初字第 00209 号

原告南京博发投资咨询有限公司，住所地南京市秦淮区洪武路 23 号隆盛大厦 1008 室。

法定代表人彭灵勇，董事长。

委托代理人徐鹏程（特别授权），该公司员工。

被告江苏阳山硅材料科技有限公司，住所地泰州市姜堰区民营经济产业中心兴姜路 1 号。

法定代表人魏元柏，董事长。

委托代理人仲菲菲（特别授权），该公司员工。

原告南京博发投资咨询有限公司（以下简称博发公司）为与被告江苏阳山硅材料科技有限公司（以下简称阳山公司）请求公司收购股份纠纷一案，于 2014 年 10 月 23 日向本院提起诉讼。本院受理后依法组成合议庭，于 2014 年 12 月 25 日公开开庭进行了审理。原告博发公司委托代理人徐鹏程、被告阳山公司委托代理人仲菲菲等到庭参加诉讼。本案现已审理终结。原告博发公司诉称：2010 年 9 月，原、被告签署《投资协议》。根据《投资协议》，在被告向原告承诺“净利润保证条款”和“赎回与并购条款”的前提下，原告向被告投资 1050 万元，占投资完成后被告股权比例额的 10%。据此，如果被告未完成在《投资协议》中承诺的净利润，则原告有权要求被告按照约定回购原告 1050 万元的投资。

被告于 2011 年、2012 年和 2013 年均没有完成该《投资协议》中约定的年度净利润目标，且自 2012 年 9 月底仍处于无法正常生产状态。

原、被告于 2012 年 5 月 8 日签署了《股权回购协议》，约定被告同意按照年息 18% 回购原告对被告的投资，回购金额共计 14329035 元，并配合原告办理相关回购手续，将原告对被告的股权转为原告对被告的债权，并按年息 14% 向原告支付利息。违反《股权回购协议》约定的，被告将按照违约总金额的日 1% 承担违约责任。

被告于 2012 年 10 月 31 日向原告归还 158.5 万元，其余款项，经原告多次催讨，被告均表示没有资金支付。请求：判令被告根据《股权回购协议》的约定支付原告的回购金额本金和利息 14329035 元，承担本案的诉讼费用。

被告阳山公司辩称，同意原告的诉讼请求以及事实。

经审理查明：2010 年 9 月 28 日，南京阳山硅材料科技有限公司（阳山公司前身、甲方）与博发公司（乙方）、杜建中作为丙方（或保证人）就阳山公司股权融资达成协议，签订《投资协议书》。约定：博发公司投资阳山公司普通股权，实行同股同权，投入 1050 万元，投资完成后占总股本 10%；阳山公司实际控制人杜建中保证税后净利润 2010 年 800 万元、2011 年 3500 万元、2012 年 4900 万元、2013 年 6800 万元、2014 年 9000 万元；……甲方需尽其所能在 2014 年 12 月 31 日前完成首次公开发行上市；投资期限自投资完成之日起至 2014 年 12 月 31 日止。若公司未能在 2014 年 12 月 31 日前完成首次公开发行，投资人有权自 2015 年 1 月 1 日起要求公司购回投资人所拥有的股份。公司未能按照净利润保证的要求完成相关年度净利润且低于年度净利润 60% 时，博发公司有权要求阳山公司或者杜建中回购博发公司全部股份。回购价格应为本次融资价格的 100% 并加上 18% 的年回报率（自交割之日起，以复利计算；不足一年的期间按日率计算）。同时赎回价格应进行调整以反映股票分拆及股票红利等情况。

自 2010 年 6 月 21 日起至 11 月 25 日止，博发公司累计向阳山公司投资 1170 万元。

2012年5月8日，阳山公司全部18位股东，一致通过股东会决议，审议通过《关于解决公司资金等相关事宜的议案》。1、本次股东会确定公司增资2000万元，分两期到位，首次增资1000万元，5月10日前到达公司账户，由马继勇、韩细云共同增资500万元，乐宜仁、彭灵勇共同增资300万元，洪海洋、余兆建共同增资200万元。本次增资首先作为股东对公司的借款，借款期限1年，借款利率为年14%，一旦发生清偿，本次增资股东清偿顺序优先于博发公司。借款期限内股东有权随时转为公司股权的权利，转股价格为44.5万元占1%的股权，如实施债权转为股权，本次增资的股东自愿放弃本次借款的利息。2、博发公司作为公司的机构投资人，与公司签订的投资协议中的回购条款合法有效，公司承认并同意回购博发公司股权，但博发公司暂不行权，将其对公司的已加上回购条件的股权转为对公司的债权，行权利率为年14%，并承诺在公司正常经营情况下两年之内暂不行权（自2012年5月8日起算，两年内为复利计算）。

2012年5月8日，博发公司与阳山公司签署了《股权回购协议》，确认2010年9月28日双方签订的《投资协议》，“净利润条款”和“赎回与并购条款”，2011年、2012年和2013年阳山公司均没有完成该《投资协议》中约定的年度净利润目标，自2012年9月底起，阳山公司处于非正常生产状态，阳山公司通过了回购博发公司股份的决议。

回购协议约定阳山公司同意按照博发公司投资本金1050万元加上按年息18%计算的复利共计14329035元回购博发公司对阳山公司的投资，回购金额14329035元转为对阳山公司的债权；阳山公司随时配合博发公司办理相关回购手续；至阳山公司全部偿付上述回购资金止，阳山公司对博发公司的前述回购资金总额按年息14%向博发公司支付利息，并计算复利；阳山公司正常经营情况下，博发公司2年内不向阳山公司追索赎回债权本息；阳山公司承诺，阳山公司对博发公司回购债务本息的履行不受是否完成博发公司所持有阳山公司股份回购手续的影响；违反《股权回购协议》约定的，被告将按照违约总金额的日1%承担违约责任。

2012年10月31日，阳山公司支付158.5万元，余款未支付。

另查明，阳山公司是由原南京阳山硅材料科技有限公司迁址姜堰市（泰州市姜堰区）后变更为阳山公司的。博发公司投资后，阳山公司依法变更了公司股东、股权比例、修订公司章程等并经工商注册变更登记。

本院认为：原告博发公司投资阳山公司后，依法取得阳山公司10%股份，阳山公司依法变更登记，博发公司成为阳山公司的股东，应依法享有阳山公司的股东权利，承担股东义务。但是，《投资协议书》约定阳山公司必须达到净利润目标或者必须在2014年12月31日前完成首次上市，否则，阳山公司有义务回购博发公司投资并按照投资本金加18%的年回报率回购其股权，该约定实质上是保证无风险绝对收益的保底条款，违反了公司法第二十条的规定，侵犯了公司其他股东和公司债权人的利益，不符合公司法规定的股东以其投入的股份对公司债务承担责任的公司法基本原则，依照公司法第三十五条，合同法第五十二条第（三）项、第（四）项的规定，博发公司与阳山公司所签订《投资协议书》中赎回条款以及《股权回购协议》应当认定为无效。博发公司依据该协议请求阳山公司依据《股权回购协议》支付回购金额本息的诉讼请求，没有法律依据，其请求本院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第（三）、（四）项，《中华人民共和国公司法》第二十条第一款、第三十五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条的规定，判决如下：

驳回原告南京博发投资咨询有限公司的诉讼请求。

案件受理费107774元，由原告南京博发投资咨询有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于江苏省高级人民法院。同时依照《诉讼费用交纳办法》的有关规定向江苏省高级人民法院预交上诉案件受理费（开户行：中国农业银行南京山西路支行；账号：10×××75）。

审判长 陈茂林
审判员 李乐文
代理审判员 朱希懋
二〇一五年三月二十五日
书记员 徐文兰

宁波 A 控股集团有限公司与上海 B 投资发展有限公司（原名深圳市 E 投资发展有限公司）与公司有关的纠纷一案一审民事判决书

上海市闵行区人民法院

民事判决书

（2012）闵民二（商）初字第 1832 号

原告宁波 A 控股集团有限公司，住所地浙江省象山县石浦镇×××

法定代表人卢 a，该公司董事长。

委托代理人诸 a，上海 C 律师事务所律师。

委托代理人郑 a，浙江 D 律师事务所律师。

被告上海 B 投资发展有限公司（原名深圳市 E 投资发展有限公司），注册地上海市闵行区中春路×××，主要营业地广东省深圳市南山区侨城北路香年广场×××

法定代表人李 a，该公司执行董事。

被告陈 a，男，汉族，1958 年 6 月 23 日出生，住广东省深圳市福田区香梅路×××

两被告的共同委托代理人孟 a，广东 F 律师事务所律师。

两被告的共同委托代理人彭 a，广东 F 律师事务所律师。

原告宁波 A 控股集团有限公司与被告上海 B 投资发展有限公司（以下简称 B 公司）、被告陈 a 其他与公司有关的纠纷一案，本院于 2012 年 9 月 28 日立案受理。依法由审判员段蕴强、审判员刘锋、人民陪审员陈秀芬组成合议庭，于 2012 年 11 月 5 日、11 月 14 日公开开庭进行了审理。原告宁波 A 控股集团有限公司的委托代理人诸 a、郑 a，被告 B 公司及被告陈 a 的共同委托代理人孟 a、彭 a 到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告宁波 A 控股集团有限公司诉称，被告 B 公司原名称为深圳市 E 投资发展有限公司，2012 年 6 月变更为 B 公司，并在上海市工商行政管理局闵行分局办理了工商变更登记手续。案外人深圳市 G 源科技股份有限公司（以下简称 G）系一家于深圳证券交易所上市的中国股份有限公司，股票代码×××。被告 B 公司、被告陈 a 系 G 的第二和第三大股东，被告陈 a 并担任法定代表人。2011 年 2 月，原告与 G 签订《非公开发行股票认购协议》，约定由原告认购 G 非公开发行股票 395 万股，每股价格为人民币（以下币种相同）21 元，共计 8,295 万元。另双方确认本次认购股票的上市锁定期为 12 个月，至 2012 年 3 月止。同年 2 月 25 日，原告与两被告签订《协议书》一份，就原告认购 G 非公开发行股票 395 万股事宜作出约定，若原告的净收益（计算方式为：原告于出售期内在二级市场出售全部认购股份的收入再扣除认购成本之后的收益）低于保底收益（认购成本*8%）的，则由被告 B 公司补足原告净收益和保底收益之间的差价，且被告 B 公司须在原告出售全部认购股份后的 3 个工作日内以现金方式支付该差价。逾期支付的，违约方须额外承担应汇金额每天万分之五的违约金。被告陈 a 对此补足事宜承担连带责任。同时约定原告应事先告知被告 B 公司在出售期内关于出售认购股份的交易安排。G 于 2011 年 4 月 19 日召开 2010 年度股东大会，审议通过了 2010 年度利润分配及资本公积金转增股本方案：以 G 当时总股本 326,500,000 股为基数，向全体股东进行利润分配，每 10 股转增 5 股送现金 0.5 元（含税）。原告转增后持股 592.5 万股，并在扣除税费之后实收现金 15.8 万元。在锁定期解除后，原告于 2012 年 4 月按约事先告知两被告将出售原告持有的 G 于 2011 年非公开发行的股票，并要求两被告做好履行协议书的准备。后在 2012 年 4 月 17 日，原告将上述全部 592.5 万股股票在二级市场出售，收入 53,825,840.25 元。按照原告与两被告签订的《协议书》约定，原告此次的净收益为-

28,966,159.75 元, 保底收益应为 6,636,000 元, 因此被告 B 公司须于 2012 年 4 月 21 日前向原告支付差价 35,602,159.75 元, 被告陈 a 对此承担连带清偿责任。但此后原告就补足差价事宜多次向两被告交涉沟通, 但两被告均推诿履行协议书约定之义务。故原告诉至法院要求: 1、判令被告 B 公司向原告补足收益款 35,602,159.75 元; 2、判令被告 B 公司向原告支付违约金 2,349,742.54 元 (自 2012 年 4 月 22 日起算, 暂算至 2012 年 8 月 31 日, 并要求继续计算至实际履行之日止, 详见违约金计算清单); 3、判令被告陈 a 对被告 B 公司上述第一、二项义务承担连带清偿责任。

原告为支持其诉讼请求, 向本院提供如下证据材料:

1、2011 年 2 月 G 非公开发行股票认购协议一份, 证明原告认购 G 非公开发行股票 395 万股, 约定上市锁定期 12 个月, 解禁期至 2012 年 3 月。

被告 B 公司、被告陈 a 对该份证据经质证后认为, 对真实性、合法性均无异议。

2、2011 年 2 月 25 日原告与被告 B 公司、被告陈 a 签订的协议书一份、原告出具的股份锁定承诺一份, 证明原告与两被告约定, 原告所认购的 G 须在锁定期结束后 20 日内在二级市场公开出售, 如亏损由被告 B 公司补足差价, 被告陈 a 承担连带责任, 也约定补足差价的方式和时间。协议书第八条约定, 除了原告自身原因之外, 其他原因被告均应赔偿原告损失。被告 B 公司、被告陈 a 对该组证据经质证后认为, 真实性无异议, 但协议书第一页中注明该份协议书是原告提供的认购协议的补充协议, 并且从整个协议的内容来看, 也是对认购协议的补充。该协议书第四条约定, 若净收益低于保底收益, 由被告 B 公司承担补足原告净收益和保底收益间的差价, 被告陈 a 对此承担补足连带责任。此条款及前面第一条中有关本协议中有关名词含义的约定, 违反了公司法、证券法的规定, 属于无效条款, 且无效也是由原告自身原因造成的, 按照协议第八条约定, 在此情况下, 如对于条款约定无效是原告自身原因造成的, 两被告无需承担责任。另对于股份锁定承诺书的真实性、合法性、关联性均无异议。

3、2012 年 4 月 6 日交易安排告知书、2012 年 4 月 9 日刘 a 签收的交易安排告知书、2012 年 4 月 11 日通知书及对应的 EMS 邮件详情单各一份, 证明原告按协议约定事先告知两被告股票出售的交易安排。

被告 B 公司、被告陈 a 对该组证据经质证后认为, 对真实性无异议, 但认为告知书及通知书均未依合同或协议书约定送达给两被告。根据原告提供的被告 B 公司的迁移材料可以证实, 被告 B 公司已经于 2012 年 2 月 29 日正式由深圳注册迁移到了上海现有的注册地址, 原告的通知是 2012 年 4 月 6 日发出的, 送达地址仍为被告 B 公司原先在深圳的注册地, 而此时被告 B 公司已经离开深圳 2 个多月。且交易安排告知书中签名的刘 a 既不是被告陈 a 的同住近亲属, 也不是被告 B 公司的任何员工, 所以虽然告知书的真实性无异议, 但因未有效送达, 故属于无效, 不能达到原告用以证明其在协议约定期限内告知两被告股票出售安排的证明目的。

4、2012 年 4 月 17 日证券营业部交割三联单一份, 证明原告于 20 天出售期内成交金额为 53,917,500 元, 佣金 37,742.25 元, 印花税 53,917.50 元, 净收入 53,825,840.25 元。

被告 B 公司、被告陈 a 对该组证据经质证后认为, 真实性无异议, 但对于原告在当天以 9.1 元的金额进行大宗交易, 价格偏低, 明显损害了其自身的合法权益。

5、2012 年 2 月 B 公司的企业名称变更材料一组, 证明被告 B 公司原名为深圳市 E 投资发展有限公司, 之后变更为现在的企业名称。

被告 B 公司、被告陈 a 对该组证据经质证后认为无异议。

6、2012 年 4 月 19 日结算通知书及快递凭证各一份, 证明原告在出售后三个工作日内将出售情况告知了被告, 且该结算通知书是与三联单一起邮寄给被告。

被告 B 公司、被告陈 a 对该组证据经质证后认为经与当事人核实, 未收到上述材料。

7、EMS 查询记录一份，证明原告于 2012 年 4 月 12 日寄出的快递已经于 2012 年 4 月 14 日妥投。

被告 B 公司、被告陈 a 对该份证据经质证后认为，EMS 的查询结果只能反映原告投递的函件已经在深圳投递完毕，但是并无具体的签收人。而 EMS 的查询结果是可以查到具体的签收人的，这份快递被告确实未收到。被告并不怀疑原告投递了该份函件，但是上述投递的地址被告并无人在此地点办公，邮件有可能是由其他人签收，但签收人并非被告员工或同住成员，原告以该份证据无法证明原告已经合法通知了被告。

8、照片四份，证明被告 B 公司在上海的注册地址现场拍摄之时，该办公地址是空无一人的，且该地址对外公示的招牌是经销汽车配件的商店，故被告 B 公司称其已经搬迁到上海办公并非事实。

被告 B 公司、被告陈 a 对该组证据经质证后认为，从照片显示的拍摄时间可以得知是 2012 年 11 月 14 日，显示的内容如原告所述，与被告并无关联，但是这些照片到底拍摄于何时并不清楚，因为照片上所显示的时间是可以调整的。被告 B 公司确实是在此地办公，如有怀疑可以进行现场勘察。

被告 B 公司、被告陈 a 辩称，驳回原告诉请，因为协议书条款违反了法律强制性规定。系争协议书并非独立存在的协议，是认购协议的补充，这一点在协议书中已经明确载明。而这份协议书的签订完全是出于该次的定向增发，不仅仅是本案原、被告之间的合同关系。从该份系争协议书的内容来看，一个核心意思就是原告在这次定向增发过程中，实际结果就是只赚不赔。如出售股票，出售价高于认购价，则原告获益，并且约定保底利润为 8%；如果出售价低于认购价，并且低于保底利润 8%的，责任全部在被告，与原告无关，原告进行的股权投资是一个不承担任何风险的投资，这与投资与风险并重这一市场经济原则相悖，故应当认定该份协议书为无效的协议。

被告 B 公司、被告陈 a 针对其上述辩称，向本院提供了如下证据材料：

1、中国证券监督管理委员会证监许可（2011）×××号“关于核准深圳市 G 源科技股份有限公司非公开发行股票批复”及关于非公开发行 A 股股票申请获得中国证监会核准的公告各一份，证明与本案有关的定向增发是获得证监会批准，是合法行为。

原告对该组证据经质证后认为，对批复的真实性无异议，但认为公告是打印件，真实性无法确认，且认为这与双方纠纷无关。

2、认购邀请书、申购申请函、申购报价单及股份锁定承诺各一份，证明原告认购 G 定向增发股票的过程文件，这些文件中均未涉及到任何保底利润等条款。

原告对该组证据经质证后认为，真实性无异议，但不能达到被告的证明目的，这是 G 出具的文件，与原、被告之间的承诺无关。

3、G 与九家公司签订的认购协议各一份，证明本次定向增发的认购单位是十家，该九家的协议与本案的协议是一致的，G 与这九家公司仅签订了认购协议，而未和原告一样在签订认购协议后再签订补充协议。

原告对该组证据经质证后认为，仅能证明 G 与这九家公司签订了协议，但是不能证明其未签订其他协议书。虽 G 与该九家公司未签订其他补充协议，但据原告所知，二位被告与这九家公司还有补充的约定。当初定向增发股票的要求要达到十家认购单位，原告是最后一家与 G 签订协议的，如原告不签，是达不到本次增发要求的，增发也不会成功，所以被告与原告签订协议书也是合理的。

4、H 律师集团（深圳）事务所关于 G 非公开发行 A 股股票发行过程和认购对象合规性之法律意见书一份，证明本次定向增发的过程和签订的协议是合法的，但这个合法仅限于 G 与增发对象所签订的认购协议，如发现被告 B 公司与原告还存在其他的协议书，则本次定向增发的合法性不能得到确认。

原告对该份证据经质证后认为，真实性无异议，与本案无关。

5、G 的公司章程一份，证明章程第 30 条规定持有同一种类股票的股东享有同等权利并承担同种义务，第 37 条规定股东除了应当遵守法律和行政法规的规定之外，还应遵守本章程。本案中所涉的协议书违反了章程第 30 条规定，导致持有同一种类股票的股东享有的权利和承担的义务不对等。

原告对该份证据经质证后认为，对真实性无异议，但对关联性有异议，章程约束的是 G 的股东，并不约束原告，因为章程约束的是股东与公司的权利义务，而本案是股东与他人另行签订的协议，不属于约束的范围。并不排除股东可以向公司外的第三人作出承诺，这与章程约束的内容不冲突。

6、2012 年 4 月 17 日 G 股票的 K 线图一份，证明 2012 年 4 月 17 日的开盘价是 9.57 元，当天最高成交价为 9.59 元，最低成交价为 9.29 元，收盘价为 9.31 元，这些价格均高于原告当天大宗交易的 9.10 元。

原告对该份证据经质证后认为，股票交易的时间是因合同约定期限即将届满，被告承诺未能兑现，故只能将股票出售。如大宗股票在二级市场进行抛售的话，会导致市场恐慌。大宗交易按照法律规定，可低于市场价 10%，故原告为了促成交易下浮了 5%，且这个价格也高于之后的市场交易价。

7、2011 年 2 月 25 日至 2012 年 4 月 17 日深市的大盘走势图一份，证明不仅仅是 G 股价大跌，整个大盘从原告认购股票到抛售股票，股价一直在跌，这是客观大背景。

原告对该份证据经质证后认为与本案无关。

8、2011 年 2 月 25 日至 2012 年 4 月 17 日光伏板块、G 股票深市走势图一份，证明光伏板块的股价一直在走低。

原告对该份证据经质证后认为，足以证明原告抛售价格是合理的，并未损害任何人的利益。

9、2011 年 3 月至 2012 年 4 月光伏行业恶化的评论文章一份，证明从原告认购股票到抛售股票，整个中国股市、光伏板块、G 股票一路下行，造成股票缩水，不是 G 或其股东的原因所致，也不是 G 的管理层管理不善所致，如原告股票缩水是受害者的话，被告 B 公司、G 就是更大的受害者。

原告对该份证据经质证后认为，与本案无关，这是市场的正常风险，签订补充协议时被告理应预见，不能以此作为抗辩理由。

本院根据各方当事人的质证意见，对原告、被告提供的证据材料认证如下：双方所提供的证据真实、合法，且与本案有关联，本院予以确认。

根据上述质证、认证的证据及庭审中各方当事人的陈述，本院确认如下法律事实：

2011 年 1 月 11 日中国证券监督管理委员会作出“关于核准深圳市 G 源科技股份有限公司非公开发行股票批复”，批复中载明：你公司报送的《深圳市 G 源科技股份有限公司关于非公开发行人民币普通股（A 股）的请示》（深拓日字〔2010〕×××号）及相关文件收悉。根据《公司法》、《证券法》和《上市公司证券发行管理办法》（证监会令第×××号）等有关规定，经审核，现批复如下：一、核准你公司非公开发行不超过 3,850 万股新股；二、本次发行股票应严格按照报送我会的申请文件实施；三、本批复自核准发行之日起 6 个月内有效；四、本批复自批准发行之日起至本次股票发行结束前，你公司如发生重大事项，应及时报告我会并按有关规定处理。2011 年 1 月 13 日 G 的董事会作出关于非公开发行 A 股股票申请获得中国证监会核准的公告，公司董事会将根据上述批复文件要求和公司股东大会的授权尽快办理本次非公开发行股票相关事宜。本次发行的保荐人为海通证券股份有限公司，保荐代表人为程 a、桑 a。发行人 G 的联系人为刘 a、任英。

2011 年 2 月 21 日 G 发出非公开发行股票认购邀请书，邀请书中载明：一、认购对象与条件
1、认购对象。本次非公开发行的发行对象为证券投资基金管理公司、证券公司、信托投资

公司、财务公司、保险机构投资者、合格境外机构投资者及其他符合法律法规规定的投资者等不超过十名的特定对象。2、认购数量。每一认购对象的最低有效申购数量不得低于 385 万股（含 385 万股），超过 385 万股的必须是 10 万股的整数倍。每一认购对象最多申购数量不得超过 3,850 万股（含 3,850 万股）。如有投资者填写申购数量超过这一上限，则其超出上限的部分无效。认购对象填写的《申购报价单》中有三档报价，低于上一档申报价格的报价，其对应的申购数量应不少于上一档申报价格对应的申购数量。证券投资基金管理公司以其管理的 2 只以上基金认购的，视为一个发行对象。资产管理公司以其管理的 2 个以上组合认购的，比照证券投资基金。3、认购价格。本次发行价格根据本邀请书“三、发行价格、发行对象及分配股数的确定程序和规则”所规定的程序和规则确定。4、股份锁定安排。本次非公开发行的股份自发行结束之日起 12 个月内不得转让。二、认购时间安排。1、接到本邀请书后，认购对象如欲认购，请将填妥的《申购报价单》及本邀请函之附件二所列示的全部文件于 2011 年 2 月 23 日（T+1 日）9:00-12:00 之间传真至保荐人（主承销商）海通证券处。认购对象参加本次申购应缴纳的履约保证金为 800 万元。缴纳履约保证金的划款凭证应于 2011 年 2 月 23 日（T+1 日）12:00 前传真至保荐人（主承销商）海通证券处，并保证履约保证金在 2011 年 2 月 23 日（T+1 日）17:00 前全额汇至本次发行申购款项缴款专用账户。……2、发行人和主承销商收到上述《申购报价单》后，将根据中国证监会的有关规定和本邀请书所规定的程序和规则确定本次发行的价格、最终发行对象和股份分配数量，并尽快向最终发行对象发出《缴款通知书》。三、发行价格、发行对象及分配股数的确定程序和规则。1、本次申报价格。本次申报价格应不低于每股 20.97 元，认购对象应在该价格基础上，根据不同的认购股份数量，以增加 0.01 元的整数倍的形式确定其申报价格，每个认购对象申报的价格不超过三档。……2、发行价格及定价方式。在本次非公开发行底价（即 20.97 元，公司在 2010 年 5 月 18 日实施了 2009 年度利润分配，按每 10 股派发现金红利 0.35 元，含税，扣税后，个人、证券投资基金、合格境外机构投资者实际每 10 股派 0.315 元），故本次非公开发行的发行底价由 21 元相应调整为 20.97 元/股上向目标投资者进行询价，保荐人（主承销商）对全部报价进行簿记建档后，将全部认购对象有效申购价格按照从高到低的顺序排列，以不超过十名认购对象有效申购资金的总和能够满足募集资金 81,000 万元的最高价格为发行价格；若认购对象不足十名，且其全部有效申购资金相加仍不足 81,000 万元，则在将所有有效申购价格按照从高到低的顺序排列后，最后一名认购对象的申购价格即为发行价格。……5、申购不足的情形及其配售规则。若本次发行出现申购不足的情形，即认购对象不足十家且其全部有效申购数量乘以发行价，募集资金总和不足 81,000 万元，则剩余部分将在已确定的发行价格上，按照本次发行已确认的配售对象排列次序，依次优先满足已确认配售对象的追加购买需求。若仍不足，将由发行人董事会决定是否向其他认购对象配售及具体配售数量。本次发行结束后，配售对象不超过十名，且本次募集资金总额不超过 81,000 万元。6、签署认购协议及全额股款的缴纳。在确定本次非公开发行的发行对象后，发行人与获配对象签署《深圳市 G 源科技股份有限公司非公开发行股票认购协议》，并向其发出《缴款通知书》。发行对象应按要求在规定的时间内缴齐全部认股款项。如因任何发行对象不能及时缴纳全部认股款项而导致本次发行不能足额完成，除将其履约保证金及期间产生的利息收归发行人所有外，其获得的配售数额将由发行人董事会决定是否向其他申购者配售及具体配售数量。……四、特别提示。……8、本邀请书所附《申购报价单》为无条件确认书，接受人一旦申报，即有法律效力。9、本邀请书的发出、《申购报价单》的接收、《缴款通知书》的发出、发行价格、发行对象及分配股数的确定，由国浩律师集团（深圳）事务所进行见证。

2011 年 2 月 25 日原告向 G 发出《申购申请函》、《申购报价单》，同意按每股 21 元的价格认购 395 万股 G 的非公开发行的股票。并于同日向深圳证券交易所作出《股份锁定承诺》，承

诺自本次发行股票上市之日起 12 个月内，不转让本次发行所认购的 G 股票 395 万股，并请贵所对该部分股票予以锁定。

2011 年 2 月 25 日由原告作为认购人，G 作为发行人签订《深圳市 G 源科技股份有限公司非公开发行股票认购协议》，鉴于：……3、2011 年 1 月 13 日，发行人经中国证监会证监许可【2011】×××号《关于核准深圳市 G 源科技股份有限公司非公开发行股票的批复》核准，以非公开发行方式发行不超过 3,850 万股的新股，本次非公开发行所募集资金将用于投资 150MW 非晶硅光伏电池生产线项目。4、认购人已详细阅读了《认购邀请书》，有意通过认购发行人本次非公开发行的股票而成为发行人的股东，并承诺按照《认购邀请书》规定的条件、方式与规则参与发行人的发行询价及其他与发行认购相关的程序和事项。5、根据《认购邀请书》要求，认购人已递交了有效的《申购报价单》及附件，并被确认为发行对象。6、双方愿意依照《认购邀请书》确定的原则、价格条件、发行程序认购本次非公开发行的股票，并签署本协议。……第二条关于本次非公开发行的审批。2.1 2010 年 3 月 19 日，发行人 2010 年第二次临时股东大会审议通过了本次非公开发行相关的议案，同意发行人在取得中国证监会批准的条件下，非公开发行人民币普通股（A 股）股票并上市。2.2 2011 年 1 月 13 日，中国证监会以证监许可（2011）×××号文核准发行人以非公开发行的方式，发行不超过 3,850 万股的新股，用于投资 150MW 非晶硅光伏电池生产线项目。第三条股票发行的价格。3.1 经发行人股东大会批准，本次非公开发行的股票的发行价格不低于发行人第二届董事会第二次会议决议公告日（2010 年 3 月 3 日）前二十个交易日发行人股票均价的 90%，即 21 元/股（注：公司在 2010 年 5 月 18 日实施了 2009 年度利润分配，按每 10 股派发现金红利 0.35 元，故本次非公开发行的发行底价由 21 元相应调整为 20.97 元/股）。3.2 根据本次非公开发行的发行询价情况，本次非公开发行的股票的价格最终定为每股 21 元。第四条股票认购的数量和认股款项的支付、退还。4.1 根据《认购邀请书》及认购人填报的《申购报价单》，认购人获配本次非公开发行的股票的数量为 395 万股。4.2 认股款项支付的时间和方式：认购人应于本协议签署后，在收到发行人《缴款通知书》所规定的时间内，以现金方式将认股款项 8,295 万元（含抵扣的履约保证金）一次性付至《缴款通知书》指定的本次申购款项缴款专用账户。4.3 认购人在递交《申购报价单》时所缴纳的履约保证金 800 万元将在支付认股款项时予以抵扣。第五条发行人承诺 5.1 发行人保证本次非公开发行的发行程序符合国家法律、行政法规和发行人章程的规定。5.2 发行人已经就本次非公开发行事项取得其内部所有的批准。5.3 发行人将积极取得与本次非公开发行有关的全部批准文件，但根据相关法律法规规定需由认购人取得的除外。……第七条本次认购股份的锁定期。7.1 根据相关法律、行政法规的规定以及认购人在认购本次非公开发行的股票的《申购报价单》中的承诺，认购人本次认购的发行人 395 万股股票的上市锁定期为 12 个月。7.2 认购人在锁定期内不得将本次认购的发行人股票出售。

另查明，2011 年 2 月 25 日由原告作为甲方，被告 B 公司作为乙方，被告陈 a 作为丙方签订协议书一份，鉴于：1、G 系一家依法在深圳证券交易所挂牌交易的 A 股上市公司，股票代码：×××。G 于 2010 年 1 月 14 日经中国证监会发行审核委员会审核通过，拟向特定对象非公开发行股票（发行对象不超过 10 名，发行股数不超过 3,850 万股）。2、乙方系 G 的股东，持有 G6,095.52 万股股份；丙方系 G 实际控制人，担任 G 董事长。3、甲方或其控制的关联公司于 2011 年 2 月 25 日认购 G 本次非公开发行的 395 万股股票。甲乙丙三方经友好协商，就甲方或其控制的关联公司认购本次非公开发行股份事宜，达成以下补充协议，作为甲方或其控制的关联公司认购 G 股份相关文件的补充文件，第 1 条释义。1.1 认购股份，指甲方或其控制的关联公司认购本次非公开发行股票 of 的总股数；1.2 认购成本，指甲方或其控制的关联公司认购股份所支付的全部资金总额；1.3 收入，指甲方或其控制的关联公司于出售期内在二级市场出售全部认购股份的收入（出售股价*认购股份-交易佣金-印花税）；1.4

净收益，指甲方或其控制的关联公司于出售期内在二级市场出售全部认购股份的收入，扣除认购成本的收益；1.5 保底收益，指认购成本*8%；1.6 出售期，指认购股份锁定期结束后 20 个交易日。第 2 条甲方或其控制的关联公司认购本次 G 非公开发行股票的数量为 395 万股，认购价格为每股 21 元，认购成本为 8,295 万元，认购资金已划入保荐人为本次非公开发行专门开立的账户。甲方购买 G 非公开发行股票的锁定期为 12 个月。第 3 条甲方或其控制的关联公司持有的认购股份在出售期内应全部在二级市场出售。若各方书面协商一致，可以延长出售期。第 4 条甲方需按协议约定的价格和股数认购本次 G 非公开发行的股票。若净收益低于保底收益，乙方承诺补足甲方净收益和保底收益之间的差价，丙方对此补足事宜承担连带责任。第 5 条若出现第 4 条所示情况，乙方承诺在甲方或其控制的关联公司出售全部认购股份后 3 个工作日内，以现金方式向甲方补足净收益和保底收益之间的差价，甲方开具发票给乙方，甲方因分享收益而产生的税收，由甲方自行承担。逾期支付的，违约方须额外承担应汇金额每天万分之五的违约金。第 6 条甲方或其控制的关联公司应事先告知乙方在出售期内关于出售认购股份的交易安排，有关交易清单应在每笔交易结束后 2 个工作日内提供给乙方。在认购股份出售完毕后 3 个工作日内，甲方或其控制的关联公司和乙方确认投资收益情况，并确定是否有按本协议第四条规定的需要补足的具体金额。第 7 条本协议各方应当对本协议及磋商中所涉及的各方的任何信息、资料、情况和本协议及其内容等予以保密。第 8 条除甲方自身原因外，其余原因导致本协议无效的，乙方应赔偿甲方损失，甲方损失为净收益低于保底收益的差额部分，丙方对乙方的赔偿责任承担连带担保责任。嗣后原告于 2011 年 3 月 4 日再次向深圳证券交易所作出股份锁定承诺，承诺自本次发行股票上市之日起 12 个月内，不转让本次发行所认购的 G 股票 395 万股，并请贵所对该部分股票予以锁定。G 董事会于 2012 年 3 月 13 日作出“非公开发行股票限售股份上市流通提示性公告”，公告中载明：G 于 2011 年 4 月 19 日召开 2010 年度股东大会，审议通过了 2010 年度利润分配及资本公积金转增股本方案：以公司当时总股本 326,500,000 股为基数，向全体股东进行利润分配，每 10 股转增 5 股送现金 0.50 元（含税）。其中涉及到原告的限售股份从 395 万股变化为 592.5 万股，并对限售股份作出上市流通安排即本次限售股份可上市流通时间为 2012 年 3 月 19 日，可上市流通股份的总数为 5,775,000 股，占公司目前总股本的 11.79%，原告即属于本次解除限售的股东，解除限售数量为 592.50 万股。而基于上述利润分配，原告获得了股利现金为 158,000 元，故原告实际净收益为 53,983,840.25 元。

2012 年 4 月 6 日原告向被告 B 公司、被告陈 a 发出“交易安排告知书”，告知书中载明根据贵方和原告签订的《协议书》第 6 条约定，原告特将出售认购股份的交易安排告知贵方：原告将于 2012 年 4 月 9 日起出售持有的“G”于 2011 年非公开发行的股票。G 负责本次非公开发行股票的联系人刘 a 于 2012 年 4 月 9 日在该份告知书中签字注明“双方协商以补充协议执行”。2012 年 4 月 11 日原告向被告 B 公司、被告陈 a 发出通知书称：一、鉴于《协议书》约定，原告在出售期内出售股票需在二级市场出售前告知交易安排。为此原告现通知贵司，原告将在出售期届满之日前，按前一交易日的收盘价以大宗交易方式出售全部所持股票，交易清单将在交易结束后两个工作日内提供给贵司。二、鉴于《协议书》约定贵司在原告出售股票获得的净收益低于保底收益的，由贵司承担补足义务并由陈 a 先生承担担保义务，所以请贵司做好履行合同的准备。三、鉴于《协议书》约定双方书面协商一致的，可延长出售期。为此原告根据贵司意见就延长出售期一事提出相关方案，贵司若同意请在 2012 年 4 月 13 日前告知原告并签订合同，否则原告将按此前《协议书》履行。该份通知书的邮寄地址为深圳市南山区侨城北路香年广场×××。

嗣后，原告与被告 B 公司及 G 并未达成延长出售期的补充协议，原告于 2012 年 4 月 17 日将其认购的非公开发行股票通过大宗交易的方式在二级市场进行出售，成交价格为 9.10 元/股，成交金额为 53,917,500 元，交易佣金为 37,742.25 元。印花税 53,917.50 元，清算金

额即净收益为 53,825,840.25 元。2012 年 4 月 19 日原告将上述交易情况以结算通知书的方式邮寄给被告 B 公司及陈 a,并要求被告 B 公司及陈 a 在 2012 年 4 月 21 日之前支付原告差价款 35,760,159.75 元。该份结算通知书的邮寄地址为深圳市南山区侨城北路香年广场南区主楼 A 座 801 号。

另查明,2011 年 10 月 21 日被告 B 公司将企业迁移至上海市工商行政管理局闵行分局登记注册,迁移地址至上海市闵行区中春路×××。虽被告 B 公司完成了上述地址的工商变更手续,但是被告 B 公司实际经营地址仍位于深圳市南山区侨城北路香年广场×××,本院寄送诉讼材料并由被告 B 公司签收邮件的地址亦为深圳市南山区侨城北路香年广场×××。

再查明,G 股票自 2012 年 4 月 19 日至今的股价持续走低,2013 年 2 月 4 日该股收盘价为 6.05 元。

本院认为:本案的主要争议焦点是原告与被告 B 公司、陈 a 所签订协议书中涉及到补偿承诺的效力问题。而根据《合同法》第 52 条第(5)项的规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。而《合同法司法解释二》第 14 条将《合同法》第 52 条第(5)项规定的强制性规定限缩解释为效力性强制性规定。效力性规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效,或者虽未明确规定违反将导致合同无效,但违反该规定如使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的,也应当认定该规定是效力性强制性规定,故只有违反了效力性的强制性规定的,才应当认定合同无效。针对此被告援引了《公司法》第 3 条、第 127 条、第 167 条第 3 款、《证券法》第 27 条、《合同法》第 5 条、《合同法》第 52 条第 3 项等规定作为认定系争协议书无效的法律依据。结合本案具体的投资方式,G 通过非公开发行新股的方式进行资金募集,且是向特定对象发出认购邀请书,相对于公开募集而言,该种资金的融资方式即私募,原告也正是专门投资这类基金、股票,且有丰富经验的专业投资者;加之原告投资的是上市公司非公开发行的股票,故本案的具体投资方式应为私募股权投资。以下本院将结合本案系争私募股权投资的方式及其主要特征、协议书中涉及到对投资净收益与保底收益之间差价补偿条款的效力进行详细的阐述。

第一、关于本案系争的私募股权投资的方式。广义的私募股权投资涵盖了企业首次公开发行前各阶段的权益投资,也涵盖对企业上市后的各阶段的各种私募权益投资。涉及到本案的私募股权投资的方式为“上市后私募投资”,即私人股权投资已上市公司股份,明确为私人投资或共同基金以低于当时市场价格的价格买入一家公司的普通股。相对于上市公司发行新股等传统的融资手段,上市后私募投资的融资成本和融资效率要相对高一些,在上市后私募投资发行中监管机构的审查更少一些,而且也不需要昂贵的促成股票成功发行的推介活动,这使得获得资本的成本和时间都大大降低,这种投资比较适合一些快速成长为中型企业的上市公司,且这种投资方式使得投资者能够以一个相对于公开市场价格的折扣价格购买股票,同时也为投资者提供了一个以一个固定价格而不是通过公开市场的更高价格获得一个相对大的股东地位的机会。但是该类投资主要在上市后进行投资,是否投资主要看公司的现金流和经营团队稳定等情况,收益不可能很高,但安全性高,尤其是在市场不好的情况下,经过股市调整,入股价格更有吸引力。该类投资市盈率一般与二级市场差别不大,而一些机构进行该类投资的目的,并不是单纯的寻求财务投资机会,还包括对战略投资者的定向增发。本案中涉及的上市公司 G 通过向中国证监会提出非公开发行股票的应用,中国证监会在审核了 G 提出的申请之后予以批复,嗣后 G 依据该批复在履行相应的上市公司议事规则之后发出认购邀请书,原告也正是基于认购邀请书的要求发出申购申请函、报价单及股份锁定承诺书,最终由原告与 G 签订非公开发行股票认购协议,而该份认股协议充分体现了原告与 G 的真实意思表示,该份协议并未违反法律、行政法规中的效力性的强制性规范,协议签订后原告依约支付了相应的认股款,并且在锁定期内未将认购的股票予以出售。在协议约定的锁定期届满之后,原告与 G 未能就锁定期达成延期的协议,在 G 作出限售股解禁公告之后,原告将

所认购股份予以出售。在股份出售之前原告亦将股票即将出售的事实通知了被告 B 公司，故本院认为原告在出售股票这一过程中并不存在违反认购协议的违约行为，原告出售股票是作为私募股权投资者正常的市场行为。至于原告出售股票的价格，由于原告所持股份数量较大，依据证监会的相关规定原告采用了大宗交易的方式，将股价略低于当日市场价予以出售符合相关规定。更何况结合 G 股价走势及目前股票市场价，原告出售股票之时价格将其投资的损失做到了尽可能的减损。虽然认购协议中对于原告股权投资产生的损失未作约定，但结合该种股权投资的特征来看，理应由相应的责任主体对原告的股权投资损失予以一定的补偿。

第二、由上述私募股权投资方式引伸出投资损失的补偿问题，结合本案即原告与被告 B 公司、被告陈 a 所签订协议书第 5 条“若净收益低于保底收益，被告 B 公司承诺补足原告净收益和保底收益之间的差价，被告陈 a 对此补足事宜承担连带责任”，第 8 条“除甲方自身原因外，其余原因导致本协议无效的，被告 B 公司应赔偿原告损失，原告损失为净收益低于保底收益的差额部分，被告陈 a 对被告 B 公司的赔偿责任承担连带担保责任”。首先，从该份协议书签订的合同主体来看。原告系 G 非公开发行股票的认购者，而被告 B 公司、被告陈 a 系 G 的股东及实际控制人，但应区分该份协议书并非是原告与 G 所签订，即并非是认购人与发行人之间所签订的协议，虽然该份协议书与原告、G 签订的认股协议存在极大的关联，而从协议书约定的内容来看，该份协议书的主要内容是对于原告私募股权投资可能产生的损失进行了事先约定，即由 G 的股东对原告的投资损失予以补偿，但并非由 G 对原告的投资损失进行补偿，承担赔偿责任的主体是 G 的股东及实际控制人，并非 G 公司本身，这点需要着重明确。即若原告通过私募股权投资成为上市公司 G 的限售股股东，那该项协议书中的补偿约定，也仅是股东与股东及实际控制人之间补偿约定。既然赔偿主体是 G 的股东及实际控制人，股东及实际控制人作为独立的公司法人及自然人对其自身所作出的承诺而引发的赔偿责任应当独立承担相应的民事责任，上述民事主体即使承担相应的民事责任也并不会损害到 G 的公司利益或 G 公司债权人的利益，并不违反法律、行政法规中的效力性的强制性规定，故本院认为原告与被告 B 公司、被告陈 a 所签订的协议书体现了各方当事人的真实意思表示，当属有效，对各方当事人均具有合同约束力。其次，被告 B 公司、被告陈 a 承诺了若原告净收益低于保底收益，则由被告 B 公司承担补足责任，并由被告陈 a 承担连带责任。即被告 B 公司系主债务人，且主债务人并没有脱离债的关系，被告陈 a 作为第三人加入到原告与被告 B 公司的债权债务关系中，属于债务加入，由被告陈 a 与被告 B 公司共同向原告承担差价部分的赔偿责任，被告陈 a 与被告 B 公司为连带债务人。现原告的净收益确实低于协议书约定的保底收益，而被告 B 公司、被告陈 a 对原告请求的补偿金额及计算方法并未提出异议，应予确认。现被告 B 公司、被告陈 a 并未能按照协议书的约定履行补偿投资损失的合同义务，该行为显然构成违约，且该违约行为给原告造成了相应的损失，协议书亦对该违约行为约定了明确的违约责任，原告据此主张要求被告 B 公司、被告陈 a 承担赔偿责任并支付违约金的诉请于法有据，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第六十条第一款、第一百零七条、第一百零九条、第一百一十四条第一款之规定，判决如下：

一、被告上海 B 投资发展有限公司、被告陈 a 于本判决生效之日起十日内支付原告宁波 A 控股集团有限公司补偿款 35,602,159.75 元；

二、被告上海 B 投资发展有限公司、被告陈 a 于本判决生效之日起十日内支付原告宁波 A 控股集团有限公司以 35,602,159.75 元为本金，自 2012 年 4 月 22 日起至判决生效之日止，按照每日万分之五的标准计算逾期付款违约金。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 231,559.51 元，由被告上海 B 投资发展有限公司、被告陈 a 共同负担（于本判决生效之日起十日内直接支付给原告）。

如不服本判决，可在本判决送达之日起十五日内，向本院（立案庭）递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 段蕴强

审判员 刘锋

人民陪审员 陈秀芬

二〇一三年二月二十日

书记员 钟益青

宁京涛与世纪证券有限责任公司劳动争议一审民事判决书

北京市东城区人民法院

民事判决书

(2015)东民初字第06577号

原告(被告):宁京涛,男,1975年6月17日出生。

委托诉讼代理人:鲁丽莉,北京市中银律师事务所律师。

被告(原告):世纪证券有限责任公司,住所地深圳市福田区深南大道招商银行大厦40-42层。

法定代表人:姜味军,董事长。

委托诉讼代理人:陈欣,男,1980年12月6日出生,该公司法务经理。

原告宁京涛与被告世纪证券有限责任公司(以下简称世纪证券)劳动争议纠纷一案,本院于2015年5月4日立案后,依法适用普通程序,公开开庭进行了审理。原告宁京涛及其委托诉讼代理人鲁丽莉、被告世纪证券之委托诉讼代理人陈欣到庭参加诉讼。本案现已审理终结。原告宁京涛向本院提出诉讼请求:1、要求被告支付2014年2月工资157878.5元,项目奖金及签字费1633215.81元,并加发拖欠工资25%的经济补偿金人民币447773.58元;2、要求被告支付拖欠应报销费用3875元;3、支付拖欠的终止劳动合同经济补偿金52137元,并支付50%额外经济补偿金26068.5元;4、诉讼费由被告承担。诉讼过程中,宁京涛放弃第1项诉讼请求中“要求被告支付2014年2月工资157878.5元”的主张。事实和理由:宁京涛自2011年2月1日至2014年2月底与世纪证券存在劳动关系,职位为北京地区投资银行总部的保荐代表人,月工资为税前1578785元(税后10万元)。2014年2月底,世纪证券向宁京涛发出《终止劳动合同通知书》,决定双方劳动合同到期终止后不再续签。在宁京涛办理完毕离职手续后,世纪证券拖欠宁京涛的工资、奖金、应报销费用及经济补偿金等未结算。经宁京涛多次催要未果后,宁京涛于2014年10月28日向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会(以下简称东城仲裁)提起劳动仲裁申请要求世纪证券:1、支付2014年2月工资157878.5元,项目奖金签字费1633215.81元,及25%的经济补偿金447773.58元;2、报销差旅费用3875元;3、支付终止劳动合同经济补偿金52137元及25%的经济补偿金26068.5元。经东城仲裁审理后,作出京东劳人仲字2015第31号裁决:1、世纪证券支付宁京涛项目奖金1333215.81元;2、世纪证券支付宁京涛终止劳动关系经济补偿金52137元;3、驳回宁京涛的其他申请请求。现原告不服该裁决,向法院提起诉讼,诉如所请。

被告世纪证券辩称,宁京涛2011年2月入职,在投资银行总部工作,双方签订了2011年2月1日-2014年1月31日的劳动合同。宁京涛于2014年1月31日已经离职,其主张2014年2月的工资缺乏依据。宁京涛主张的项目奖金及签字费缺乏依据,其不符合分配奖金的条件;宁京涛所主张的签字费的项目也并没有做。对于拖欠工资25%经济补偿金,北京市高院2014年发了指导意见,已经不再支持。对于报销费用的主张缺乏依据,不同意支付。对于经济补偿金,按照相关法律规定,经济补偿金应当是在员工办理工作交接时支付,因为宁京涛尚未办理工作交接,因此还未到支付经济补偿的时间节点。对于50%的额外经济补偿金,北京高院2014年也明确规定不再支持,综上原告的诉讼请求缺乏依据,请求法院驳回原告的诉讼请求。被告世纪证券向本院提出诉讼请求:1、不同意支付宁京涛项目奖金费用人民币1333215.81元;2、不同意支付宁京涛终止劳动关系经济补偿金52137元;3、诉讼费由宁京涛负担。事实与理由同上。

原告宁京涛对被告世纪证券的诉讼请求辩称,根据双方签订的劳动合同和补充协议、保荐代表人管理暂行办法及根据项目完成情况,我方应当得到项目奖金和签字费,经济补偿金因为

是合同到期后，单位不续签劳动合同，应当支付经济补偿金。不同意世纪证券公司的全部诉讼请求。

本院经审理认定事实如下：宁京涛于 2011 年 2 月 1 日与世纪证券订立一份劳动合同，约定：履行期间为 2011 年 2 月 1 日-2014 年 1 月 31 日；宁京涛工作地点在北京，担任投资银行总部保荐代表人岗位。同日，双方签订一份《劳动合同补充协议》，约定：甲方（世纪证券）按照目前《投资银行业务奖励分配暂行办法》等相关制度规定，支付乙方（宁京涛）签字费及其他项目奖励费用；本协议生效后，甲方（世纪证券）向乙方（宁京涛）按月发放工资税后人民币十万元整。双方当事人对上述事实均认可，本院予以确认。

就劳动关系终止一节，宁京涛提交了二份终止劳动合同通知书。其中，2013 年 12 月 31 日及 2014 年 1 月 2 日的终止劳动合同通知书内容均涉及告知宁京涛其与世纪证券的劳动合同将于 2014 年 1 月 31 日到期终止，且不再续签。世纪证券认可上述二份劳动合同终止书，本院对该二份证据的真实性予以确认，同时对于双方劳动关系于 2014 年 1 月 31 日终止，予以确认。

宁京涛提交了：《世纪证券关于浙江汉力士船用推进系统股份有限公司（以下简称汉力士）首次公开发行股票并在创业板上市之发行保荐工作报告》及《中国证监会行政许可申请受理通知书》证明宁京涛为保荐代表人，且中国证监会于 2012 年 5 月 23 日受理了汉力士的首次公开发行股票的行政申请。其中，上述工作报告显示：保荐代表人中有宁京涛的名字。《中国证监会行政许可申请受理通知书》显示：2012 年 5 月 23 日中国证监会已经决定对汉力士提交的《首次公开发行股票（A、B 股）核准》的行政许可申请予以受理。世纪证券对上述证据的真实性认可，本院予以确认。

就签字费的争议，宁京涛提交了《世纪证券有限责任公司保荐代表人管理暂行办法》，主张该办法系劳动合同补充协议，证明依据该办法其应获得汉力士项目的奖金 30 万元人民币。其中，该办法第四章第十条规定：保荐代表人尽职推荐首次公开发行并上市（含创业板）项目费用奖励总额为 80 万元人民币/人，项目报中国证监会正式受理且收到部分费用后费用奖励为 30 万元人民币/人。项目发行结束后费用奖励为 40 万元人民币/人，剩余 10 万元人民币/人在持续督导期按月平均发放直至结束时全部发放。世纪证券在 2016 年 1 月 28 日庭审过程中称需要对该证据予以核实，在 2016 年 3 月 28 日询问过程中，世纪证券认可该证据的真实性；在 2016 年 6 月 4 日的庭审过程中，世纪证券改口否认该证据的真实性，但未能提交其否认该证据的相关反证，故世纪证券应对其反言行为承担举证不能的不利后果。本院对该证据的真实性予以采信。

就项目奖金的争议，宁京涛提交了从公证书中复印的：审签发放深大通项目奖金的请示、通用 workflow 表单、深大通项目签报单、深大通恢复上市保荐项目奖金发放申请签字页、深大通 2013 年保荐费用奖金分配情况表，证明 2014 年 3 月经世纪证券核算，确认了深大通项目奖金及发放申请签报单与深大通 2013 年保荐费用奖励计算表的内容，保荐工作已经实施完毕以及奖金数额，认可兑现项目奖金的条件、期限均已具备，经审批后已经同意宁京涛作为深大通项目组成员应得奖金共计 1333215.81 元，且应于 3 月 15 日前完成发放。世纪证券的质证意见为：该公证书系案外人王雪春做的公证，有多处纰漏和瑕疵，其公司已经向长安公证处申请撤销公证，公证处在进行电子公证的时候出现明显失误，没有按照公证协会办理保全互联网电子证据公证的指导规定的规定，应当使用公证机构的计算机接入互联网，否则应当对所使用的计算机进行清洁性检查，对当事人或第三人提供的异动储存介质进行清洁性检查，公证处所出具的公证书中显示网页链接的真实性存在重大疑点；所公证的网页本身出现多处“网页上有错误”的信号；复印件第一页左下角显示已完毕但网页上有错误，第 17、18、20、23 页，网页上有错误；项目奖金结算的都是显示网页上有错误；公证书第 30 页显示网页已断开；我方认为公证书实际是一份错误的公证书，不能作为证据使用；证据第 50

页签字页，公证书这一页是没有人签字的，但宁京涛提交的有六人签字。对此宁京涛解释道：公证书中所涉签字页是电子版的不可能有签字，打印出来的纸质版本有签字。其中，该套证据中的《通用 workflow 表单》显示“深大通项目签报单”所涉项目奖金已经通过层批并获通过。世纪证券认可公证书未被撤销，故相应的公证书仍具有法律效力，本院对世纪证券的主张不予采信；宁京涛对于电子版无法签字的陈述符合常理，本院予以采信，同时对于公证书所涉内容的真实性予以确认。

世纪证券为了证明未拖欠宁京涛奖金提交了《世纪证券投资银行业务奖励分配暂行办法》；宁京涛对该办法的真实性、合法性及证明目的均不认可，主张：暂行办法没有标注生效实施日期，不能证明已经生效实施。世纪证券未能证明该暂行办法经过民主程序制定，并向其公示，故对其不产生约束效力。此外，深大通项目奖金分配的条件已经具备，公证书所载内容证实，深大通项目奖金的分配已经经过世纪证券相关领导的审批同意，故证明目的不认可。本院对宁京涛的主张予以采信，世纪证券的证明目的不予采信。

2012 年 4 月 26 日，世纪证券与汉力士签订一份《汉力士与世纪证券关于首次公开发行股票并上市保荐协议》，该协议就保荐费用约定为：甲方（汉力士）应一次性向乙方（世纪证券）支付保荐费，保荐费金额为人民币 400 万元，保荐费在甲方首次公开发行并上市申报材料获得中国证监会正式受理函后的三十日内支付给乙方指定的乙方收款银行账户。同年 6 月 28 日，汉力士将 400 万元保荐费支付给世纪证券。双方当事人对该事实均予以认可，本院予以确认。

2015 年 10 月 20 日汉力士企业名称由原企业名称“浙江汉力士船用推进系统股份有限公司”变更为“浙江汉力士智能科技股份有限公司（以下仍简称为汉力士）”。

就报销问题，宁京涛主张世纪证券曾于 2014 年 3 月 15 日之前给其报销了 36379 元，仍有未报销的费用，并提交了 2014 年 3 月 7 日标题为《关于报销投行部北京业务部部分人员费用的请示》的电子邮件公证书。世纪证券的质证意见为：不认可该公证书，且邮件没有显示是宁京涛的费用。对于报销费用需要公司财务审核后才进行报销，宁京涛不能证明费用已经全部经过审核。因宁京涛提交的证据，仅能证明其提交了报销申请，并不能证明报销申请的数额已经经过世纪证券同意或批准，故本院对于世纪证券的质证意见予以采信。

本院认为，依据审理认定的事实，深大通项目奖金的分配已经经过世纪证券相关领导的审批同意，故世纪证券应当按照奖金分配方案中载明的数额支付宁京涛奖金共计 1333215.81 元。对于汉力士项目的奖金问题，因《世纪证券有限责任公司保荐代表人管理暂行办法》第四章第十条明确载明：……项目报中国证监会正式受理且收到部分费用后费用奖励为 30 万元人民币/人。而汉力士的首次公开发行股票的行政申请已于 2012 年 5 月 23 日被中国证件会受理，且同年 6 月 28 日，汉力士将 400 万元保荐费支付给世纪证券。故依据上述暂行办法，世纪证券应支付宁京涛奖励费（签字费）30 万元。因上述项目奖金及签字费是否应当发放，正是双方争议的焦点，世纪证券未予支付的行为不构成故意拖欠，宁京涛要求世纪证券支付拖欠上述项目奖金及签字费 25% 的经济补偿金的诉讼请求，缺乏法律依据，本院不予支持。对于报销费用一节，因宁京涛提交的《关于报销投行部北京业务部部分人员费用的请示》的电子邮件，不能证明其所申请的款项系因公产生且符合报销标准，亦能证明其报销申请已经经过世纪证券的批准或许可，故宁京涛要求世纪证券报销相关费用的诉讼请求，无事实及法律依据，本院不予支持。

因双方劳动关系于 2014 年 1 月 31 日终止，依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条：“有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的……”、第四十六条：“有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：……（五）除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的……”第四十七条：“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，

每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。”之规定，世纪证券应支付宁京涛终止劳动合同经济补偿金 52137 元。世纪证券不同意支付宁京涛终止劳动合同经济补偿金的诉讼请求，无事实及法律依据，本院不予支持。宁京涛要求支付拖欠的终止劳动合同经济补偿金 50%额外经济补偿金的诉讼请求，未经劳动仲裁前置程序，本案不予处理。综上所述，依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条、第四十六条、第四十七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定，判决如下：

一、自本判决生效之日起十日内，世纪证券有限责任公司支付宁京涛终止劳动合同经济补偿金 52137 元；

二、自本判决生效之日起十日内，世纪证券有限责任公司支付宁京涛项目奖金 1333215.81 元；

三、自本判决生效之日起十日内，世纪证券有限责任公司支付宁京涛项目奖励费（签字费）300000 元；

四、驳回宁京涛的其他诉讼请求；

五、驳回世纪证券有限责任公司的全部诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 20 元，由原告宁京涛负担 5 元（已交纳），由世纪证券有限责任公司负担 15 元（已交纳 5 元），自本判决生效之日起七日内交纳。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，交纳上诉案件受理费，上诉于北京市第二中级人民法院。

审判长 杨文起

审判员 伊然

人民陪审员 李立敏

二〇一六年十月二十七日

书记员 梁媛苑

欧普照明股份有限公司等与嘉兴市欧普电器有限公司侵害 商标权纠纷二审民事判决书

北京知识产权法院

民事判决书

(2017)京73民终1513号

上诉人(原审被告):欧普照明股份有限公司,住所地上海市浦东新区龙东大道6111号1幢411室。

法定代表人:王耀海,董事长。

委托诉讼代理人:陈晓玲,北京市万慧达律师事务所律师。

委托诉讼代理人:余娜,北京市万慧达律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):嘉兴市欧普电器有限公司,住所地浙江省嘉兴市秀洲区王店镇百乐桥东堍。

法定代表人:高志祥,总经理。

委托诉讼代理人:胡丹丹,北京创博律师事务所律师。

委托诉讼代理人:崔启坤,北京创博律师事务所实习律师。

原审被告:欧普照明电器(中山)有限公司,住所地广东省中山市。

法定代表人:马秀慧,董事长。

委托诉讼代理人:程联明,男,1980年8月19日出生,汉族,欧普照明电器(中山)有限公司员工,住江苏省昆山市。

原审被告:北京京东×××,住所地北京市北京经济技术开发区科创十一街18号C座2层222室。

法定代表人:刘强东,董事长。

委托诉讼代理人:杨曼青,女,1988年9月10日出生,汉族,北京京东×××,住河北省张家口市涿鹿县。

上诉人欧普照明股份有限公司(简称欧普照明公司)因与被上诉人嘉兴市欧普电器有限公司(简称嘉兴欧普公司)、原审被告欧普照明电器(中山)有限公司(简称欧普中山公司)、原审被告北京京东×××(简称京东公司)侵害商标权纠纷一案,不服北京市大兴区人民法院(简称一审法院)作出的(2015)大民(知)初字第18260号民事判决(简称一审判决),向本院提起上诉。本院于2017年8月2日受理后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人欧普照明公司上诉请求:请求二审法院撤销一审判决第一、二、三项,依法改判驳回被上诉人嘉兴欧普公司的全部诉讼请求。

上诉人欧普照明公司上诉的事实与理由:一、一审判决认定欧普照明公司使用的商品为“换气扇”,与嘉兴欧普公司注册商标核定使用的商品“排气风扇”为同类商品,属于事实认定不清。按照2003年8月1日实施的《家用和类似用途的交流换气扇及其调速器》的规定,换气扇的用途为“家用或类似用途”;而按照2008年实施的《排风扇》的规定,排风扇的用途为“工业用途(如车间、仓库)”。家用换气扇和工业用排风扇在功能用途、消费渠道、消费对象等方面均有较大差异,并不构成类似商品。一审判决未经查明事实,且嘉兴欧普公司也未举证两者属于同种产品的情况下,就认定商品构成类似,实为不当。二、一审判决判令欧普照明×××其经营的欧普照明官方旗舰店店铺内使用涉案侵权字样,属于适用法律错误。欧普照明公司认为,商标和字号均有指示商品来源的功能,一审判决通过认定文字使用起到识别商品来源的作用,来认定其构成商标法意义上的使用的前提错误。一审判决既然已

经认定欧普照明公司的使用“部分系非突出使用行为”，却不作区分，判决全部“欧普”字样的使用侵犯了嘉兴欧普公司的商标专用权错误。三、一审判决认定欧普照明公司的“欧普”字号早于嘉兴欧普公司的“欧普”商标的抗辩不成立，属于事实认定不清。虽然欧普照明公司成立于 2008 年，但实际上 2000 年 7 月 7 日中山市欧普照明有限公司成立，该公司与欧普照明公司属于关联公司。对“欧普”字号的认定时间应当追溯至 2000 年 7 月 7 日，早于嘉兴欧普公司的“欧普”商标的注册日。四、一审判决认定商标权利人与商标的对应关系被割裂，属于事实认定不清。最高人民法院在（2016）最高法民再 216 号民事判决书里指出，商标法对于权利的保护范围和保护强度，应当与对该商标的显著性和知名度所作出的贡献相符，即比例原则。商标法的立法本意是激励创新、鼓励创造，只有使商标的保护范围、强度与创新贡献度相适应，才是符合比例原则的要求。“欧普”标识在集成吊顶领域的知名度是欧普照明公司及其关联企业创造的结果，嘉兴欧普公司不仅没有“换气扇”商品上的“欧普”商标，而且对该商标没有任何贡献，其与“欧普”商标之间的联系几近于无。另外，嘉兴欧普公司没有证据证明其使用的“换气扇”商品与“欧普”商标产生了联系，欧普照明公司自然也不会导致联系被割裂。实际上，欧普照明公司在本案中的使用行为仅仅是对“欧普”字号、“欧普照明”简称的合理使用，不存在突出或放大使用。且欧普照明公司以官方旗舰店的方式销售产品，消费者通过“欧普照明官方旗舰店”进入的网页页面也不会导致消费者对商品来源的混淆和误认。五、嘉兴欧普公司并非善意取得涉案商标，其对欧普照明公司的正当使用行为提起侵权之诉，构成权利滥用。嘉兴欧普公司作为同行业者，在明知欧普照明公司“欧普”、“欧普照明”具有极高知名度和显著性的情况下，仍恶意注册“欧普”商标，注册不成又受让取得涉案商标，其主观恶意明显。故其提起的侵权诉讼构成权利滥用，不应得到法院支持。六、一审判决判令欧普照明公司赔偿嘉兴欧普公司经济损失和合理支出 200 万元的数额过高，属于事实认定不清。嘉兴欧普公司恶意诉讼，违反诚实信用原则，不应获得赔偿。即使判令赔偿，赔偿数额不应以欧普照明公司的获利作为计算依据。涉案商标于 2013 年被嘉兴欧普公司受让取得，其未取得显著性和知名度。一审法院以欧普照明公司的财务数据作为计算赔偿数额依据完全未考虑涉案商标自身的价值因素，违背了知识产权赔偿的填平原则。嘉兴欧普公司 2013 年度的公司净利润为 19469.58 元，2014 年度净利润 49087.58 元，换气扇产品占不到其公司所经营产品的十分之一。一审判决给予 200 万赔偿明显过高。嘉兴欧普公司的换气扇产品在 2013 年每台的销售价格是 45 元，2014 年为 50 元，2015 年为 72 元。一般小家电的利润率在 10%-15%。可见换气扇的净利润为几元或十几元，嘉兴欧普公司不应获得 200 万元的高额赔偿。综上，请求二审法院依法改判，维护上诉人欧普照明公司的合法权利。

被上诉人嘉兴欧普公司答辩称：一、嘉兴欧普公司依法享有第 1594144 号“欧普”商标（简称涉案商标）的注册商标专用权及禁用权。二、一审判决认定欧普照明公司在销售的“排气扇”商品的相关商业推广、宣传活动中使用“欧普”、“欧普照明”商业标识，造成相关公众的混淆误认，属于侵害嘉兴欧普公司注册商标专用权的行为，认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。三、一审判决判令欧普照明公司赔偿嘉兴欧普公司经济损失 200 万元于法有据，应予维持。因欧普照明公司的侵权行为导致嘉兴欧普公司的商标价值完全丧失。欧普照明公司的侵权行为属于反向混淆，损害结果更多是对嘉兴欧普公司预期市场空间的挤占。简单套用正向混淆中权利人损失的计算方式赔偿并不能填补嘉兴欧普公司的损害。从“恢复原状”的一般侵权行为的责任承担方式来看，嘉兴欧普公司的主张也应得到支持。欧普照明公司的获利属于不当利益，无论使用多久、投入多大都是非法利益。综上，嘉兴欧普公司请求二审法院驳回上诉人欧普照明公司的上诉请求，维持一审判决。

原审被告欧普中山公司陈述意见称：一、欧普照明公司是一家专业的研发、生产、销售家居照明及商业照明的大型企业，拥有众多注册商标，其中多枚商标已经被认定为驰名商标。二、

“欧普”这一字号在国内具有广泛影响。2016 年欧普在照明行业排名第一。因此，嘉兴欧普公司的涉案商标不能获得过度及不对称的保护。三、被控侵权的使用方式不会导致市场的混淆。四、上诉人欧普照明公司的“欧普”字号最早于 2000 年获得注册，嘉兴欧普公司的涉案商标于 2001 年获得注册。欧普照明公司使用“欧普”在先，且具有高知名度，其使用字号或企业名称是合理合法的。五、一审判决未考虑诚信原则、善意合理使用原则，不当援引“反向混淆理论”，不利于鼓励创新，应予纠正。六、被上诉人嘉兴欧普公司获得涉案商标具有非法意图，其滥用诉权恶意索赔的目的不应得到法院的支持。

原审被告京东×××：京东×××和判决事项。尽管京东×××“欧普照明”系其使用其企业字号，不构成侵权，但经过本案一审审理，京东×××“欧普照明官方旗舰店”对网页宣传内容进行整改。

嘉兴欧普公司向一审法院请求判令：1. 欧普照明公司、欧普中山公司及京东×××“排气扇”等商品的推广、销售经营活动中使用与嘉兴欧普公司涉案商标相同和近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识的商标侵权行为；2. 欧普照明公司和欧普中山公司共同赔偿嘉兴欧普公司经济损失和合理支出共计 2000 万元。事实和理由：嘉兴欧普公司享有专用权的涉案商标于 2000 年 3 月 29 日申请，于 2001 年 6 月 28 日核准注册，经续展有效期至 2021 年 6 月 27 日，核定使用在第 11 类的“厨房用抽油烟机；排气风扇；炉子；消毒碗柜；饮水机；小型取暖器；燃气灶”商品上，该商标持续使用至今。欧普照明公司、欧普中山公司在生产、销售的“排气扇”等商品，或者作为“集成吊顶”模块之一组合销售，或者作为单一功能产品独立销售，在其商业推广、销售活动中，使用与嘉兴欧普公司注册商标相同和近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识，且与嘉兴欧普公司的注册商标核定使用的“排气风扇”商品类别相同，根据商标法第五十七条第（一）、（二）、（三）项的规定，侵犯了嘉兴欧普公司注册商标专用权。京东×××销售“换气扇”等商品的相关网页中，使用与嘉兴欧普公司注册商标相同和近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识，根据商标法第五十七条第（六）项之规定，侵犯了嘉兴欧普公司的注册商标专用权。中国证监会网站公布的欧普照明公司的《首次公开发行 A 股招股说明书》显示，欧普照明公司作为母公司与欧普中山公司等子公司合并财务报表，欧普照明公司财务报表中“照明控制及其他”产品的营业收入 2013 年为 4.92 亿元，其中“集成吊顶”产品销售占比为 32.18%，毛利率为 46.09%，其中“其他”产品的销售额占比 2013 年为 21.97%，毛利率为 35.59%；“照明控制及其他”产品的营业收入 2014 年为 6.77 亿元，其中“集成吊顶”产品的销售占比为 45.95%，毛利率为 40.64%，其中“其他”产品销售占比 2014 年为 16.19%，毛利率为 34.13%。根据上述数据，欧普照明公司及欧普中山公司两年所得利益超过了 2000 万元。

一审法院认定事实：

一、涉案“欧普”商标的权属流转、使用情况及嘉兴欧普公司的身份情况

2001 年 6 月 28 日，临沂市长兴电器有限公司经核准取得第 1594144 号“欧普”商标的注册商标专用权，该商标核定使用商品为第 11 类：厨房用抽油烟机；排气风扇；炉子；消毒碗柜；饮水机；小型取暖器；燃气灶等。2007 年 6 月 21 日，山东欧普科贸有限公司受让取得该商标的注册商标专用权。2009 年 8 月 13 日，殷舷受让取得该商标的注册商标专用权。2013 年 4 月 13 日，嘉兴市伟普电器有限公司受让取得该商标的注册商标专用权。2013 年 12 月 13 日，嘉兴欧普公司受让取得该商标的注册商标专用权。经续展，该商标有效期至 2021 年 6 月 27 日。2016 年 6 月 20 日，该商标的状态显示为撤销连续三年停止使用注册商标中。

嘉兴欧普公司提交的殷舷的个体工商户营业执照显示，字号名称为嘉兴市秀洲区王店欧普电器厂，注册号为 330411630016860，经营者姓名为殷舷，经营范围及方式包括浴霸、取暖器、换气扇、塑料配件、集成吊顶、金属装饰板、照明器具、灶具、饮水机制造、加工。该执照

显示的有效期自 2009 年 4 月 8 日。2013 年 1 月 29 日，嘉兴市工商行政管理局秀洲分局出具《个体工商户转型为有限责任公司证明》，该证明载明：原个体工商户嘉兴市秀洲区王店欧普电器厂，注册号为 330411630016860，于 2013 年 1 月 16 日经我局核准转型为有限责任公司，公司名称为嘉兴市欧普电器有限公司，注册号为 330411000060295。

嘉兴欧普公司营业执照显示的成立日期为 2013 年 1 月 16 日，法定代表人为高志祥，经营范围为浴霸、取暖器、换气扇、塑料配件、集成吊顶、金属装饰板、照明器具、灶具、饮水机的制造、加工。嘉兴市伟普电器有限公司的营业执照显示，法定代表人为高志祥，一般经营项目为浴霸、换气扇、集成吊顶、消毒柜、照明器具、金属装饰板、塑料装饰板、塑料制品、灶具、五金件的制造、加工。

欧普照明公司提交的浙江省工商行政管理局信用公示系统相关网页显示，嘉兴欧普公司 2013 年度营业总收入为 944293.09 元，净利润为 19469.58 元，2014 年度营业总收入为 2476186.91 元，净利润为 49087.68 元。

嘉兴欧普公司提交的由其生产的 OP-18 换气扇产品包装、产品说明书、产品多处显著位置印有“欧普??”商标；嘉兴欧普公司 2013 年 12 月 26 日出具的发票显示，其向浙江蓝洋电子科技有限公司销售换气扇 106 台，金额为 4790 元；嘉兴欧普公司 2014 年 10 月 24 日出具的发票显示，其向江苏光芒新能源股份有限公司销售换气扇 550 台，价值 27500 元；嘉兴欧普公司 2015 年 8 月 22 日出具的发票显示，其向嘉兴市洁赛电器有限公司销售换气扇 200 台，价值 14500 元；嘉兴市富都包装有限公司 2016 年 10 月 20 日出具证明称，该公司于 2012 年开始接受嘉兴市秀洲区王店欧普电器厂（嘉兴市欧普电器有限公司）的委托，印刷“欧普”换气扇包装。该证明所附包装样稿与嘉兴欧普公司提交的换气扇包装基本一致。嘉兴市富都包装有限公司 2012 年 12 月 22 日出具的发票显示，其向嘉兴市秀洲区王店欧普电器厂销售 2500 只纸箱。嘉兴市富都包装有限公司 2013 年、2014 年、2015 年期间出具多张发票，上述发票显示，其向嘉兴欧普公司销售 20600 只纸箱。

2010 年 11 月 4 日，江苏省产品质量监督检验研究院出具的《检验报告》载明，嘉兴市秀洲区王店欧普电器厂生产的 OP300H-6 号换气扇检验合格。2014 年 8 月 11 日，浙江立德产品技术有限公司出具的《国家强制性产品认证试验报告》显示，嘉兴欧普公司生产的 OP-18 号换气扇产品试验结论为合格。该报告所附换气扇样品照片显示，换气扇正中位置标有“欧普”字样。

2015 年 11 月 13 日下午，欧普照明公司的委托代理人在上海市徐汇公证处工作人员的监督下，来到上海市普陀区铜川路 185 号金盛装饰城二楼名称显示为“欧普厨卫集成吊顶”字样的商铺，该店铺内悬挂有“欧普特约经销商嘉兴市欧普电器有限公司”字样的匾牌一个，该店铺内销售的换气扇包装箱显示有“欧普”字样的标识。2015 年 11 月 14 日，欧普照明公司的委托代理人在上海市徐汇公证处工作人员的监督下，收取一批货物。该批货物包含有外包装显示有“欧普”字样标识的换气扇一台。上海市徐汇公证处为上述公证行为出具（2015）沪徐证经字第 8402 号及第 8403 号公证书。

二、被控侵权的相关事实

2015 年 7 月 8 日，嘉兴欧普公司法定代表人高志祥的委托代理人在浙江省杭州市西湖公证处公证人员的监督下，登录欧普照明公司网址为 www.opple.com.cn 的网站及欧普照明公司在天猫网站经营的“欧普照明官方旗舰店”的店铺，打开相关网页并进行保存。保存网页显示：“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有集成吊顶换气扇（价格为 258 元）和普通吊顶换气扇（价格为 139 元）。集成吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音超薄厨房厨卫”字样。该商品“商品详情”栏目描述该商品包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字

样。普通吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式强力排气扇大功率超薄静音”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近以显著字体标有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”字样。浙江省杭州市西湖公证处为此次公证出具（2015）浙杭西证民字第 18140 号公证书。

2015 年 11 月 23 日，嘉兴欧普公司的委托代理人在北京市长安公证处公证人员的监督下，登录欧普照明公司在京东×××“欧普照明官方旗舰店”、在苏宁易购网站上开设的“欧普照明官方旗舰店”、在 1 号店网站上开设的“欧普照明官方旗舰店”、在天猫网站上开设的“欧普照明官方旗舰店”，登录苏州欧普照明有限公司在天猫网站上开设的“欧普照明电器旗舰店”，登录上海欧普国际贸易有限公司在天猫网站上开设的“欧普照明欧普专卖店”，打开相关网页并进行保存。保存网页显示：京东×××“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元和 139 元的换气扇商品。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇厨房卫浴排气扇”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“商品名称：欧普集成吊顶换气扇厨…”字样，该栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置显示有“欧普原厂包装”字样。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式排气扇大功率超薄静音”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“商品名称：欧普普通吊顶换气扇…”，该栏目配图附近以显著字体显示有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普滚轴轴承电机强劲动力”字样，以一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”字样；苏宁易购网站“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 238 元和 138 元的换气扇商品。价格为 238 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。价格为 138 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 欧普照明普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式排气扇大功率薄款静音风尚”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近以显著字体标有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”字样，以及以一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”；1 号店网站“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样，该店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元和 139 元的换气扇商品。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式强力排气扇风尚”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近以显著字体标有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”，以及用一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”字样。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体显示有“欧普原厂包装”字样；天猫网站“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有集成吊顶换气扇（价格为 258 元）和普通吊顶换气扇（价格为 139 元）。集成吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇卫

生间铝扣板排气扇风扇静音超薄厨房厨卫”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称：OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。普通吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式强力排气扇大功率超薄静音”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称：OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近以显著字体显示有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”字样，以及以一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”；天猫网站上的“欧普照明电工电器旗舰店”首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元换气扇商品。该商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音工程厨房厨卫”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样；天猫网站上的“欧普照明欧普专卖店”首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元换气扇商品。该商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块卫浴”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。北京市长安公证处为此次公证出具（2015）京长安内经证字第 30090 号公证书。

2015 年 12 月 22 日，嘉兴欧普公司的委托代理人向京东×××44 号“欧普”商标的注册商标专用权，京东×××“欧普照明官方旗舰店”等网店销售的排风扇商品的网页宣传中使用了与其注册商标近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识，涉嫌侵犯委托人的注册商标专用权，故要求京东×××，对上述侵权网页进行采取删除等措施。

2016 年 1 月 20 日，嘉兴欧普公司的委托代理人在北京市长安公证处公证人员的监督下，登录京东×××、1 号店网站，打开相关网页并进行保存。保存网页显示：欧普照明公司在京东×××“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元和 139 元的换气扇商品。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 集成吊顶换气扇厨房卫浴排气扇”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近未显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置显示为“原厂包装”字样。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式排气扇大功率薄款静音”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近显示有“风尚换气扇”、“风尚”、“官方 LOGO 品质保障”、“含油轴承电机强劲动力”字样；苏宁易购网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 238 元和 138 元的换气扇商品。价格为 238 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。价格为 138 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 欧普照明普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式排气扇大功率薄款静音风尚”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近以显著字体显示有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”字样，以及以一般字体显示有“欧普官方 LOGO 品质保障”字样；1 号店网站“欧普照

明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元和 139 元的换气扇商品。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 普通吊顶换气扇厨房卫生间嵌入式强力排气扇风尚”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近以显著字体标有“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普含油轴承电机”字样，以及以一般字体标有“欧普官方 LOGO 品质保障”字样。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品介绍”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置显示有“欧普原厂包装”字样。北京市长安公证处为此次公证出具（2016）京长安内经证字第 1792 号公证书。

2016 年 10 月 28 日，嘉兴欧普公司的委托代理人在北京市长安公证处公证人员的监督下，登录天猫×××、京东×××、苏宁易购网站、1 号店网站，打开相关网页并进行保存。保存结果显示：在天猫×××“欧普排气风扇”进行搜索，搜索所得商品页面排在前四位的依次是欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的价格为 258 元的换气扇商品、“欧普照明高信专卖店”销售的价值 290 元的换气扇商品、“欧普照明电工电器旗舰店”销售的价格为 258 元的换气扇商品、欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的价格为 139 元的换气扇商品。“洁赛家具专营店”销售的嘉兴欧普公司生产的“欧普”换气扇排名较后。天猫×××“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的商品中有集成吊顶换气扇（价格为 258 元）和普通吊顶换气扇（价格为 139 元）。集成吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音超薄厨房”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样。普通吊顶换气扇商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明普通吊顶换气扇卫生间厨房风扇排气扇冷风机功率静音”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近以显著字体标有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体标有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；天猫网站上的“欧普照明电工电器旗舰店”首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元换气扇商品和 139 元的换气扇商品。价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音工程厨房厨卫”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明普通吊顶换气扇卫生间厨房风扇排气扇冷风机大功率静音”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPL/欧普照明”、“品牌：OPPL/欧普照明”字样，配图附近以显著字体标有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；天猫网站上的“欧普照明欧普专卖店”首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的商品中有价格为 258 元换气扇商品和 139 元的换气扇商品。价格为 258 元换气扇商品商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块卫浴”字

样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品包装配图位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样。价格为 139 元的换气扇商品商品图片上方明显位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明普通吊顶换气扇卫生间厨房风扇排气扇冷风机功率静音”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌名称 OPPLE/欧普照明”、“品牌：OPPLE/欧普照明”字样，配图附近以显著字体标有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；在京东×××“欧普排气风扇”进行搜索，搜索所得商品页面排在前 4 位的依次是欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的风暖浴霸集成吊顶商品、“欧普酷普专卖店”销售的浴霸灯泡商品、欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的灯暖浴霸、“欧普酷普专卖店”销售的集成吊顶浴霸，排在第 14 位的为欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售价格为 299 元集成吊顶换气扇，排在第 41 位的为欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售价格为 169 元的普通吊顶换气扇商品。欧普照明公司在京东×××“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的价格为 299 换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇卫浴换气模块集成吊顶”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普（OPPLE）”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。该商品的“商品评论”栏目显示有评论“欧普的东西不错，不过排量没有标注，没说每小时排量多少立方米的，松下的还是好”、“相信欧普，确实很赞”字样。价格为 169 元的换气扇商品商品分类栏目有“欧普（OPPLE）”字样，图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 换气扇普通吊顶（厨房卫生间嵌入式）普通吊顶”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普（OPPLE）”字样，配图附近以显著字体显示有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；上海乾隆节能科技有限公司在京东×××“欧普照明乾隆专卖店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 集成吊顶换气扇卫生间铝扣板排气扇风扇静音超薄厨房厨卫”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普原厂包装”字样。该店铺销售的价格为 169 元的换气扇商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 普通吊顶换气扇卫生间嵌入式强力排气扇”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近以显著字体标有“OPPLE 欧普照明”、“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样；上海尚隆照明有限公司在京东×××“欧普照明灯饰专卖店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的价格为 139 元的换气扇商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 换气扇普通吊顶（厨房卫生间嵌入式强力排气扇大功率静音）普通吊顶”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近以显著字体显示有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及有以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样。该店铺销售的价格为 259 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块卫浴银色”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体显示有“欧普原厂包装”字样；苏州欧普照明有限公司在京东

×××“欧普照明 OPPLE 专卖店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明”字样。该店铺销售的价格为 159 元的换气扇商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 换气扇普通吊顶（厨房卫生间嵌入式强力排气扇）嵌入式”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近以显著字体显示有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及有以一般字体标有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样。该店铺销售的价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“opple 换气扇卫浴换气模块集成吊顶适用 30*30cm”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样；上海酷普照明有限公司在京东×××“欧普酷普专卖店”店铺销售的价格为 169 元的换气扇商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 换气扇普通吊顶（厨房卫生间嵌入式）普通吊顶”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近有以显著字体标有“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”字样，以及有以一般字体显示有“欧普照明官方 LOGO 品质保障”字样。该店铺销售的价格为 258 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 集成吊顶换气扇卫浴换气模块集成换气扇”字样。该商品“商品介绍”栏目显示有“品牌：欧普照明（OPPLE）”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样；在苏宁易购网站搜索框内输入“欧普排气风扇”进行搜索，搜索得到欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”销售的价格为 238 元的排风扇和上海尚隆照明有限公司开设的“欧普照明 OPPLE 旗舰店”销售的价格为 238 元的排风扇。“欧普照明官方旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的价格为 238 元的换气扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置以显著字体标有“欧普照明原厂包装”字样。“欧普照明 OPPLE 旗舰店”店铺首页左上角显示有“OPPLE 欧普照明 OPPLE 旗舰店”字样。该店铺销售的价格为 238 元的换气扇商品商品名称描述栏目以显著字体显示有“OPPLE 欧普照明集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块”字样。该商品“商品详情”栏目配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样，描述包装图片位置显示有“欧普照明原厂包装”字样；在 1 号店网站搜索框内输入“欧普排气风扇”进行搜索，搜索得到欧普照明公司开设的“欧普照明官方旗舰店”。该店铺首页上方显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样。该店铺销售的价格为 258 元的排风扇商品商品图片上方显著位置显示有“OPPLE 欧普照明”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普/OPPLE 欧普照明集成吊顶换气扇排气扇厨房风扇吊顶排气扇换气模块 JYLH01”字样。该商品“商品详情”栏目显示有“品牌：欧普/OPPLE”，配图附近显示有“OPPLE 欧普照明”字样。北京市长安公证处为此次公证出具（2016）京长安内经证字第 32062 号公证书。

庭审中，嘉兴欧普公司未指控上述多份公证书中涉及的“欧普照明官方旗舰店”店铺首页上方显示有“OPPLE 欧普照明官方旗舰店”字样的行为系商标侵权行为。

三、嘉兴欧普公司主张赔偿的相关依据

欧普照明公司《首次公开发行 A 股招股说明书》（申报稿 2015 年 6 月 24 日报送）载明：欧普照明公司与包含欧普中山公司、苏州欧普照明有限公司、上海酷普照明有限公司等多家子公司 2013 年“照明控制及其他”产品的营业收入为 492732500 元，其中“集成吊顶”产品的销售占比为 32.18%，毛利率为 46.09%，其中“其他”产品销售占比为 21.97%，毛利率为 35.59%。上述公司 2014 年“照明控制及其他”产品的营业收入为 677048200 元，其中“集

成吊顶”产品的销售占比为 45.95%，毛利率为 40.64%，其中“其他”产品销售占比为 16.19%，毛利率为 34.13%。嘉兴欧普公司称排气风扇在“集成吊顶”收入占比为五分之一，主张以上述数据计算出的“集成吊顶”与“其他”产品的毛利润乘以 20%的净利率计算欧普照明公司及欧普中山公司的获利情况。

嘉兴欧普公司为本案支付律师费 100000 元、公证费 19840 元。

嘉兴欧普公司起诉的时间为 2015 年 12 月 15 日。庭审中，嘉兴欧普公司明确其主张侵权赔偿的时间系自起诉之日向前推算 2 年。

四、欧普照明公司及相关公司身份、所获得的奖项与相关商标权属、知名度及其他情况

2002 年 12 月 16 日，中山市欧普照明有限公司（营业期限自 2000 年 7 月 7 日至 2004 年 7 月 7 日）经核准，企业名称变更为广东欧普照明有限公司（营业期限自 2000 年 7 月 7 日至 2004 年 7 月 7 日）。该公司法定代表人为王耀海。

欧普照明公司的工商登记信息显示：该公司成立于 2008 年 10 月 21 日，经营范围为电光源、照明器具、电器开关的生产（限分支机构）、销售、安装服务等。该公司股东（截至 2014 年 2 月 28 日）为蒋志虎、青岛海洋基石创业投资企业（有限合伙）、深圳市中欧基石股权投资合伙企业（有限合伙）、马伟进、马秀慧。

欧普中山公司的工商登记信息显示：该公司成立于 2011 年 12 月 16 日，经营范围为生产、设计、销售电光源、照明器具、电器开关、插座、集成吊顶等。该公司股东为欧普照明公司。2000 年 7 月 21 日，中山市古镇绿明节能灯饰厂取得第 1424486 号“欧普 OPPL 及图”商标，核定使用的商品系第 11 类灯、日光灯管。2001 年 1 月 28 日，中山市欧普照明有限公司受让取得该商标。2003 年 10 月 31 日，该商标注册人名义变更为广东欧普照明有限公司。2007 年 3 月 7 日，中山市欧普照明股份有限公司受让取得该商标。后经核准，该商标续展有效期自 2010 年 7 月 21 日至 2020 年 7 月 20 日。2012 年 10 月 6 日，欧普照明有限公司受让取得该商标。2013 年 1 月 8 日，该商标注册人名义变更为欧普照明公司。

2010 年 10 月 21 日，中山市欧普照明股份有限公司取得第 7182791 号“OPPLE”商标注册商标专用权，核定使用的商品为第 11 类通风设备和装置（空气调节）；排气风扇；浴用加热器；小型取暖器；浴室装置；浴室隔板；太阳能热水器；浴霸；沐浴用设备；灯（取暖用灯）；灯（照明用灯）。该商标有效期至 2020 年 10 月 20 日。

2005 年 9 月，广东欧普照明有限公司生产的“欧普”牌灯饰灯具产品被广东省质量技术监督局认定为“广东省名牌产品”。2006 年 9 月，广东欧普照明有限公司生产的“欧普”牌室内灯具产品被国家质量监督检验检疫总局认定为“中国名牌产品”。2006 年 1 月、2008 年 12 月，第 1424486 号“欧普 OPPL 及图”商标（认定商品：灯，日光灯管）被广东省著名商标认定委员会二次认定为广东省著名商标。2007 年 6 月，广东省对外贸易经济合作厅认定中山市欧普照明股份有限公司“欧普照明 OPPL”2007-2010 年度重点培育和发展的广东省出口名牌。2007 年 9 月，第 1424486 号“欧普 OPPL 及图”商标被国家工商行政管理总局认定为中国驰名商标。2008 年 10 月，中山市欧普照明股份有限公司生产的 OPPL/欧普照明牌灯饰灯具产品被广东省质量技术监督局认定为“广东省名牌产品”。2012 年 5 月 8 日，中山市欧普照明股份有限公司被中国轻工业联合会与中国照明电器协会认定为“2011 年度中国轻工业照明电器行业十强企业”（行业排名 03）。2013 年 5 月 28 日，欧普照明公司被中国轻工业联合会与中国照明电器协会认定为“2012 年度中国轻工业照明电器行业十强企业”（行业排名 02）。2014 年 1 月，欧普照明公司使用在灯、浴霸、排气风扇商品上的“OPPL 及图”商标被上海市工商行政管理局认定为上海市著名商标。

2014 年 12 月 19 日，“OPPL 欧普照明”被搜狐焦点家居评为“2014 年度最受用户关注产品奖”、“2014 年度家居产业杰出贡献奖”。2015 年 6 月 8 日，2014 中国 LED 照明灯饰行业 100 强组委会和大照明全平台依据欧普照明公司公开的 2014 年销售额认定该公司在“2014 中国

LED 照明灯饰行业 100 强”排行榜活动中，在榜单中排名为第 3 名。2015 年 11 月，欧普照明公司的“OPPLE 集成吊顶”品牌被集成家居盛典组委会评为“2015 年度集成吊顶十大影响力品牌”。2016 年 3 月 16 日，欧普照明公司被中国质量检验协会认定为“全国产品和服务质量诚信示范企业”。2016 年 7 月，欧普照明公司被中国建筑装饰协会评为“2015 年中国建材家居百强企业”。2016 年 9 月，欧普照明公司被 ABAS 专家委员会、亚洲品牌研究院及亚洲品牌评价中心授予“亚洲名优品牌奖”荣誉称号。2016 年 6 月 7 日，欧普照明公司在“2015 中国 LED 照明灯饰行业 100 强”榜单排名中被认定为第 2 名。2016 年，欧普照明公司成为《中国质量技术监督》理事单位。

2013 年 1 月，金地（集团）股份有限公司授予欧普照明公司“战略采购优秀供应商”。2015 年 11 月，“欧普照明 Opplē”被半导体照明网授予“Ofweek2015”最具投资价值 LED 企业奖。2015 年 11 月，“欧普照明 Opplē”被半导体照明网评为“最佳 LED 创意设计奖”。2016 年 1 月，“OPPLE 集成吊顶”获得“2015 年度中国家居先锋榜暨业主喜爱的家居品牌”。2016 年 6 月，欧普照明公司在“2015 中国 LED 照明灯饰行业 100 强”被 2015 中国 LED 照明灯饰行业 100 强组委会、大照明全平台认定为在“2015 百强榜”排名第 2 名。2016 年 7 月 20 日，中国照明电器协会出具荣誉证书称欧普照明公司系 2016 年上海中国 LED 照明论坛支持单位。新浪家居出具奖杯称“欧普照明”系 2014 年度最具影响力品牌。“OPPLE 欧普照明”获得“2015 智能照明设计贡献奖”。“OPPLE 集成吊顶”获得“2015 年度集成吊顶十大影响力品牌”。“欧普照明”获得搜狐焦点家居“2015 年度设计师推荐品牌”。“欧普照明”获得“2015 年度中国家居先锋榜暨业主喜爱的家居品牌”。“欧普照明”获得“2015 年度家居行业网名搜索关注奖”。“欧普照明”获评“2015 年度中国家居产业影响力品牌”、“中国家居产业企业公民奖”。

欧普照明公司提交的东方财富网网页打印件显示，“欧普照明”系欧普照明公司的股票代码。欧普照明公司提交的（2016）沪徐证经字第 10142 号、第 10143 号公证书显示，欧普照明公司在其官方网站上、其部分宣传活动中以及一些新闻报道中存在以“OPPLE 欧普照明”、“欧普照明”、“欧普”代称该公司的情形。

欧普照明公司提交的（2016）沪徐证经字第 10141 号公证书载明：欧普照明公司官方网站显示，该公司销售有集成吊顶、灯具、浴霸灯商品。其中集成吊顶分为多功能浴霸、换气模块、平板灯等模块。嘉兴欧普公司网站上显示有“OPOUR 欧普”字样，该网站展示有集成墙面、全屋吊顶、浴霸等产品。

欧普照明公司提交的（2015）苏中知民终字第 00144 号民事判决书显示，嘉兴欧普公司曾被法院认定为侵犯欧普照明公司在“浴霸”、“灯”产品上的注册商标专用权；欧普照明公司提交的（2010）沪高民三（知）终字第 1 号民事判决书显示，殷舷及相关公司曾被法院认定侵犯中山市欧普照明股份有限公司第 1424486 号“欧普 OPPLÉ 及图”商标等注册商标专用权；欧普照明公司提交的（2010）沪一中民五（知）终字第 17 号民事判决书显示，殷舷及相关公司曾被法院认定侵犯中山市欧普照明股份有限公司第 3573242 号“欧普照明及图”商标注册商标专用权。

本案庭审结束后，欧普照明公司补充提交了（2016）沪徐证经字第 11144 号公证书。该公证书显示，2008 年 7 月 7 日，天涯论坛上登载一篇名为《我在欧普集成吊顶一个月（又名：上海帅维电器公司）》的帖子，该帖子作者以上海帅维电器有限公司的前员工的身份记述了其在该公司的求职及工作经历，其中提到了嘉兴市王店镇、高志祥以及高志祥知晓欧普品牌及对欧普品牌贴牌的情况。嘉兴欧普公司不认可该网贴内容的真实性、合法性及关联性。因该网贴内容真实性无法核实，故一审法院对该份证据的所反映内容的真实性不予认可。

为证明涉案被控侵权商品与嘉兴欧普公司主张权利的排气风扇商品不属于同一产品，本案庭审结束后，欧普照明公司补充提交了国家相关标准规定打印件、尼斯分类相关内容打印件、

第 7182788 号“欧普”商标注册证书复印件及（2015）佛中法知民初字第 7 号民事判决书。上述证据分别载明了家用和类似用途的交流换气扇及其调速器的相关标准、排气风扇、风扇（空气调节）等商品的分类、第 7182788 号“欧普”商标的注册及权属情况及欧普照明公司与其他公司纠纷的判决情况。嘉兴欧普公司不认可上述商标注册证书的真实性，认可上述其他证据的真实性，均不认可上述证据的证明目的。欧普中山公司认可上述证据的真实性及证明目的。京东×××。对此，因欧普照明公司未提交上述商标注册证的原件以供核对，故一审法院不确认该商标注册证的真实性，对于上述其他证据，确认其真实性。

五、欧普中山公司及京东×××

欧普中山公司提交了由其生产的全塑天花扇-风尚系列换气扇商品。该商品外包装印有“OPPLE”字样，产品正中央位置印有“OPPLE”字样，该商品外包装及商品本身并未单独或突出显示有“欧普”字样。该商品在结构设计上具有单向排气功能。该商品与上述公证书所公证的京东商城、天猫网、苏宁易购、1 号店销售的配图附近显示有“欧普照明风尚换气扇”或“欧普风尚换气扇”字样的商品基本一致。嘉兴欧普公司认可该商品及涉案商品系由欧普中山公司生产。

京东×××，该公司经营范围为第二类增值电信业务的信息业务：因特网信息服务业务，代理发布广告、技术咨询、技术服务等。京东×××“欧普照明官方旗舰店”网页打印件显示，该店铺销售的价值为 299 元的换气扇商品图片上方显示有“OPPLE”字样，该商品名称描述栏目以显著字体显示有“欧普照明集成吊顶换气扇卫浴换气模块集成吊顶”字样。

上述事实，有嘉兴欧普公司提交的商标注册证、商标公告信息、个体工商户营业执照、个体工商户转型证明、《关于支持个体工商户转型升级为企业的意见》、嘉兴市伟普电器有限公司工商登记信息、换气扇商品实物、包装、宣传册、产品说明书、销售发票、印刷证明及发票、检验报告、国家强制性产品认证检验报告、（2015）沪徐证经字第 8402 号公证书、（2015）沪徐证经字第 8403 号公证书、（2015）浙杭西证民字第 18140 号公证书、（2015）京长安内经证字第 30090 号公证书、律师函、电子邮件打印件、（2016）京长安内经证字第 1792 号公证书、（2016）京长安内经证字第 32062 号公证书、公证费发票、律师费发票、《首次公开发行 A 股说明书》等证据，以及欧普照明公司提交的企业机读档案变更登记资料、商标注册证及转让续展证明、第 1594144 号商标公告信息、嘉兴欧普公司的营业执照副本复印件、（2014）莱凤城证民字第 3593 号公证书、2016 沪徐证经字第 8869 号公证书、（2016）沪徐证经字第 10085 号、第 7182791 号“OPPLE”商标注册证、东方财富网网页打印件、（2016）沪徐证经字第 10142 号公证书、（2016）沪徐证经字第 10143 号公证书、嘉兴欧普公司企业信用公示打印件、（2016）沪徐证经字第 10141 号公证书、（2016）沪徐证经字第 11144 号公证书、国家相关标准规定打印件、尼斯分类相关内容打印件、第 7182788 号“欧普”商标注册证书复印件及（2015）佛中法知民初字第 7 号民事判决书等证据，被告欧普中山公司提交的全塑天花扇-风尚系列换气扇产品，京东×××、店铺网页截屏、商标查询结果打印件等证据以及各方当事人的陈述在案佐证。

一审法院认为：根据我国民事诉讼法的规定，当事人有出庭对对方当事人提交的证据进行质证的权利。京东×××，无正当理由未到庭参加诉讼，应视为其放弃质证的权利。

一、关于欧普照明公司是否构成商标侵权

根据我国商标法的规定，未经商标权人许可，在同一种商品上使用与注册商标相同的商标的，或在同一种商品上使用与注册商标近似的商标，或在类似商品上使用与注册商标相同或近似的商标，容易导致混淆的，属于侵犯注册商标专用权的行为。

（一）关于欧普照明公司是否在相同或类似商品上使用被控侵权字样

根据查明的事实，欧普照明公司在京东商城、天猫网、苏宁易购、1 号店网站上所开设、经营的“欧普照明官方旗舰店”销售的被控侵权商品虽标注为集成吊顶换气扇、卫浴换气模块、

普通吊顶换气扇、排气扇、厨房风扇等多种商品名称，但结合上述商品的销售页面的图片及文字信息及欧普中山公司提交的全塑天花扇-风尚系列换气扇产品来看，上述商品实质上均为排气风扇商品，与嘉兴欧普公司主张权利的第 1594144 号“欧普”注册商标核定使用的排气风扇商品系同一种商品。欧普照明公司提交的相应证据不能证明其所称的涉案被控侵权商品与嘉兴欧普公司享有注册商标专用权的商品并非同一种商品，其该抗辩理由，没有事实依据，一审法院不予采纳。

（二）欧普照明公司使用“欧普”、“欧普照明”、“OPPLE 欧普照明”等字样是否系对企业简称或字号的合理使用、是否构成商标侵权

根据我国商标法的规定，商标的使用是指将商标用于商品、商品包装或容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。

尽管依法注册的企业名称或企业名称中的字号可以起到标明企业身份的作用，某些情况下的简化、突出使用亦可以起到区分和指示商品来源的作用，但企业名称或字号的使用应当规范、合法且不侵犯他人合法权益。如果企业名称或字号的简化、单独或突出使用进入了他人商标专用权的控制范围，则应当保持克制和予以避让。

本案欧普照明公司在京东商城、天猫网、苏宁易购、1 号店等网站上销售涉案排气风扇商品时，存在商品图片上方显著位置使用“OPPLE 欧普照明”字样，在商品名称描述栏目使用显著字体“欧普”、“opple 欧普照明”、“欧普照明”、“欧普/OPPLE”等字样，以及在商品配图附近以使用显著字体“欧普风尚换气扇”、“欧普风尚”、“欧普滚轴轴承电机强劲动力”或“欧普照明风尚换气扇”、“欧普照明风尚”、“欧普照明风尚”及“欧普原厂包装”、“欧普照明原厂包装”等字样，以及在商品配图附近使用“OPPLE 欧普照明”及“欧普官方 LOGO 品质保障”字样，在“商品介绍”栏目使用有“商品名称：欧普集成吊顶换气扇厨或“商品名称：欧普普通吊顶换气扇…”等字样，在“商品详情”栏目使用“品牌名称：OPPLE/欧普照明”及“品牌：OPPLE/欧普照明”等字样，商品分类栏目使用“欧普（OPLLE）”字样等行为，上述使用行为部分系对上述文字的突出使用，部分系非突出使用行为，但就其使用目的而言，欧普照明公司均意在通过上述使用行为表明其销售的商品来源于欧普照明公司或其关联公司，对于相关公众而言，客观亦起到了识别商品来源的作用，系商标法意义上的使用。上述文字中的“欧普”与嘉兴欧普公司享有注册商标专用权的第 1594144 号“欧普”中文读音、文字一致，构成了与嘉兴欧普公司该商标的相同及近似，容易导致相关消费者的混淆误认，侵犯了嘉兴欧普公司的注册商标专用权，应当承担停止侵权、赔偿损失的法律責任。

需要指出的是，根据查明的事实，欧普照明公司在行业内具有较高的知名度，其使用“欧普”、

“欧普照明”等字样并不存在攀附嘉兴欧普公司商标之商誉的目的，通常情况下亦不会导致相关消费者认为其销售的涉案排气风扇商品来源于嘉兴欧普公司，但其涉案行为客观上足以造成相关公众将排气风扇上的“欧普”商标与欧普照明公司产生联系，从而割裂涉案商标权利人嘉兴欧普公司与该商标的对应关系，压缩和挤占嘉兴欧普公司通过正常市场行为建立其商标商誉的空间，从而侵害嘉兴欧普公司的注册商标专用权。

故，即使欧普照明公司使用上述“欧普”、“欧普照明”等字样的行为系对其企业字号的使用或企业的简称，但由于其对字号或企业简称的简化或突出等不规范使用行为进入了嘉兴欧普公司注册商标专用权的权利范围，亦应当就此承担相应法律責任。对于欧普照明公司所称的其“欧普”字号早于嘉兴欧普公司的抗辩意见，根据查明的事实，欧普照明公司成立于 2008 年 10 月 21 日，嘉兴欧普公司第 1594144 号“欧普”商标早在 2001 年 6 月 28 日即被核准注册，故欧普照明公司该抗辩意见没有事实依据，一审法院不予采纳。对于欧普照明公司抗辩所称的嘉兴欧普公司曾存在侵犯其公司或关联公司商标权、攀附其公司商誉的意见及提交的相关证据，因与本案无关，故一审法院不予采纳。

对于京东商城、天猫网、苏宁易购、1 号店网站等网站上的“欧普照明电工电器旗舰店”、“欧普照明欧普专卖店”、“欧普照明乾隆专卖店”、“欧普照明灯饰专卖店”、“欧普照明 OPPLE 旗舰店”等店铺上存在的被控侵权行为，因上述店铺的开办及经营者均系独立的公司法人，且未有证据显示欧普照明公司与上述侵权行为有关，故即使上述公司与欧普照明公司系关联公司，亦不应当由被告欧普公司承担上述行为的法律责任。故就上述店铺嘉兴欧普公司针对欧普照明公司的指控，一审法院不予支持。

二、关于欧普中山公司、京东×××

根据查明的事实，欧普中山公司只是涉案排气风扇商品的生产者，其并未在该商品及包装上使用“欧普”等字样，现有证据亦不能证明嘉兴欧普公司所指控的涉案网店上存在的被控侵权行为与欧普中山公司有关，故嘉兴欧普公司要求欧普中山公司停止侵权并赔偿损失等诉讼请求没有事实和法律依据，一审法院不予支持。

根据我国侵权责任法的规定，网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。京东×××服务提供者，并非该网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺的经营者。嘉兴欧普公司虽就“欧普照明官方旗舰店”存在的侵权行为通知过京东×××，京东×××，“欧普照明官方旗舰店”又存在部分恢复侵权行为的情况，但因本案涉及事实和法律问题较为复杂的企业字号权与注册商标权的冲突，并非通常较为明显的商标侵权行为，对于作为网络服务提供者京东×××，其没有义务亦没有能力对涉案被控侵权行为的性质做出准确的判断。且，即使京东×××，其亦没有能力对做到对涉案店铺随时监控，对时隔数月后再次恢复的被控侵权行为做到及时删除。故，京东×××“欧普照明官方旗舰店”存在的侵权行为没有过错，不能认定其“知道”欧普照明公司利用京东×××。故京东×××任，但应当就此承担停止侵权的法律责任。

三、关于欧普照明公司赔偿的数额如何确定

根据我国商标法规定，侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所遭受的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的实际损失或侵权人获得的利益难以确定的，参照商标许可费用的倍数确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人因被侵权所遭受的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可费用难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。

本案原、被告双方均未就嘉兴欧普公司的实际损失及涉案商标的许可费用提供相应的证据，嘉兴欧普公司主张以其提交的《首次公开发行 A 股招股说明书》为依据计算被告的侵权所得利益为赔偿损失的数额。一审法院认为，该计算方法依据不足。首先，本案应当承担赔偿责任的系欧普照明公司，而《首次公开发行 A 股招股说明书》所载明的财务数据系欧普照明公司与欧普中山公司等子公司的合并财务报表显示的数据，并非仅系欧普照明公司的财务报表数据。其次，上述财务数据显示的系欧普照明公司与欧普中山公司等子公司网络线上销售、线下销售与直接销售、间接销售等所有渠道销售产品总数据，而本案需要考量的仅系欧普照明公司在涉案“欧普照明官方旗舰店”上销售的涉案排气风扇商品的利润。再次，嘉兴欧普公司将上述财务报表中的“其他”全部计入涉案排气风扇商品、以及主张的净利润率 20%、主张的排气风扇占集成吊顶的收入占比为五分之一依据不足。最后，嘉兴欧普公司主张计算侵权时间段为 2013 年 12 月 15 日至 2015 年 12 月 15 日，而上述财务报表反映的系上述公司 2013 年度、2014 年度的财务数据。

由此，在嘉兴欧普公司因欧普照明公司的侵权行为所受到的实际损失、欧普照明公司因侵权所获得的利益、涉案商标许可使用费均难以确定的情况下，一审法院将综合考虑欧普照明公司的侵权方式、侵权持续时间及范围、欧普照明公司的行业知名度及企业规模、主观过错程度、涉案商品的售价、嘉兴欧普公司注册商标的使用情况及知名度、嘉兴欧普公司的生产经营规模、对嘉兴欧普公司造成损害后果的严重程度等因素综合确定赔偿数额。对于嘉兴欧普公司主张的合理支出部分，一审法院将根据合理性和必要性程度，酌情予以支持。

综上，一审法院依据《中华人民共和国商标法》第四十二条第四款、第四十八条、第五十七条第（一）项、第（二）项、第六十三条第一款、第三款，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条第（一）项，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，缺席判决如下：一、欧普照明股份有限公司于一审判决生效之日起立即停止在其经营的京东×××、天猫网网站、苏宁易购网站、1号店网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺内使用涉案侵权字样；二、北京京东×××之日起立即删除京东×××“欧普照明官方旗舰店”店铺内所使用的涉案侵权字样；三、欧普照明股份有限公司于一审判决生效之日起十日内赔偿嘉兴市欧普电器有限公司经济损失和合理支出共计200万元；四、驳回嘉兴市欧普电器有限公司的其他诉讼请求。

二审中，上诉人欧普照明公司提交了国家工商行政管理总局商标评审委员会的裁定书、北京市高级人民法院作出的（2015）高行（知）终字第4223号行政判决书、欧普照明公司申请注册的多枚“欧普”、“欧普 OPPL”商标及中国轻工业百强企业证书，用于证明欧普照明公司的相关商标已经被认定为驰名商标，享有极高知名度，嘉兴欧普公司的涉案商标存在恶意注册、恶意受让，其恶意索赔行为不应得到支持。欧普照明公司提交了在京东商城、1号店、苏宁易购、天猫及淘宝等网站的网页打印件，用以证明嘉兴欧普公司并未在上述电商销售产品或销量极小，与欧普照明公司的销售市场不同，故两公司的商品共存不会导致相关消费者的混淆误认。欧普照明公司提交了商标信息打印件，用以证明嘉兴欧普公司及其法定代表人在本案涉案商标受让前已经在多个类别上注册“欧普”商标，具有主观恶意，其恶意取得的涉案商标不应受到法律保护。欧普照明公司提交了最高人民法院作出的（2014）民提字第24号民事判决书及（2016）民再216号民事判决书，用以证明商标标识本身近似不是认定侵权行为是否成立的决定因素，如果使用行为未损害标识的识别和区分功能，亦未导致市场混淆的后果，则该行为不在商标法禁止的范围内。恶意取得并行使商标权的行为不受法律保护。上述事实，有裁定书、判决书、商标注册证书复印件、中国轻工业百强企业证书、网页打印件、商标信息打印件等证据在案佐证。

本院认为：根据各方当事人的上诉主张及答辩意见，本案涉及以下焦点问题：

一、欧普照明公司在其经营的京东×××、天猫网网站、苏宁易购网站、1号店网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺内使用“欧普”、“欧普照明”字样的行为是否侵犯嘉兴欧普公司对涉案商标享有的注册商标专用权

一审判决认定欧普照明公司在其经营的京东×××、天猫网网站、苏宁易购网站、1号店网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺内使用“欧普”、“欧普照明”字样的行为构成商标法第五十七条第（一）、（二）项规定之情形。商标法第五十七条第（一）、（二）项规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，均属侵犯注册商标专用权。

首先，对于欧普照明公司使用“欧普”、“欧普照明”字样的商品与嘉兴欧普公司的涉案商标核定使用的商品是否属于同一种或者类似商品。欧普照明公司上诉主张其所使用的商品为“换气扇”，用途为家用；涉案商标核定使用的商品为“排气风扇”，用途为工业及相关用途，两者不构成同一种或者类似商品。对此，本院认为，涉案商标核定使用的“排气风扇”在《类

似商品和服务区分表（基于尼斯分类第十版 2014 版本）》（简称类似商品和服务区分表）中处于第 11 类商品中的第 1106 群组“干燥、通风、空调设备（包括冷暖房设备）”，与风扇（空气调节）、通风设备和装置（空气调节）等商品属于同一群组。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条规定，人民法院依据商标法第五十二条第（一）项的规定，认定商品或者服务是否类似，应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断；《商标注册用商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考。鉴于排气风扇与风扇（空气调节）、通风设备和装置（空气调节）等商品在类似商品和服务区分表的同一群组中，且换气扇的功能、用途与风扇（空气调节）、通风设备和装置（空气调节）等商品相近。因此，在没有其他相反证据证明排气风扇与换气扇功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象均不一致的情况下，应当认定欧普照明公司在“欧普照明官方旗舰店”店铺内使用“欧普”、“欧普照明”字样的换气扇与嘉兴欧普公司的涉案商标核定使用的排气风扇构成类似商品。欧普照明公司主张两商品不构成类似商品的上诉理由没有事实及法律依据，本院不予支持。

其次，对于欧普照明公司在“欧普照明官方旗舰店”店铺内使用“欧普”、“欧普照明”字样是否构成商标法意义上的商标使用行为。一审法院认定，欧普照明公司在其经营的京东×××、天猫网网站、苏宁易购网站、1 号店网站上“欧普照明官方旗舰店”店铺内使用“欧普”、“欧普照明”字样的行为，欧普照明公司的使用目的在于通过上述使用行为表明其销售的商品来源于欧普照明公司或其关联公司。对于相关公众而言，客观亦起到了识别商品来源的作用，系商标法意义上的使用。欧普照明公司上诉主张其上述使用行为系对其企业字号的合理使用，并非商标使用。本院认为，商标法第四十八条规定，本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。尽管“欧普”、“欧普照明”确系欧普照明公司的企业字号，但是如果将企业名称中的字号单独使用或突出使用时，能够起到区别商品来源的作用，则此时其是在发挥商标的功能，应当认定该种行为属于商标性使用。因此，一审判决的该项结论正确，本院予以维持。上诉人欧普照明公司的该项上诉理由没有事实及法律依据，本院不予支持。

最后，对于欧普照明公司在“欧普照明官方旗舰店”店铺内的换气扇商品上使用“欧普”、“欧普照明”字样的行为是否侵害了嘉兴欧普公司对涉案商标享有的注册商标专用权，本院认为，欧普照明公司在“欧普照明官方旗舰店”店铺内的换气扇商品上使用“欧普”、“欧普照明”等商标，与嘉兴欧普公司的涉案商标“欧普”文字完全一致或相近，上述商标共存于换气扇、排气风扇灯商品上，易造成相关公众的混淆和误认。因此，欧普照明公司的该行为侵害了嘉兴欧普公司对涉案商标享有的注册商标专用权。至于欧普照明公司主张其以官方旗舰店方式销售产品，不会造成消费者混淆误认的上诉理由，本院认为，虽然消费者在欧普照明公司的官方旗舰店中选购相关商品时可能会意识到该商品来源于欧普照明公司，但是，在官方旗舰店购买商品的行为，并不能使得相关公众明确地区分标注有“欧普”标识的换气扇或排气风扇究竟来源于欧普照明公司还是嘉兴欧普公司，以至于消费者在看到嘉兴欧普公司在相同或类似的商品上使用涉案商标“欧普”字样时，可能会认为该商品为欧普照明公司生产或与其具有关联，从而对商品的来源产生混淆和误认。因此，欧普照明公司的该项上诉理由没有事实及法律依据，本院不予支持。至于欧普照明公司主张其关联公司成立于涉案商标申请注册以前，欧普照明公司的“欧普”字号及“欧普”系列商标经使用具有较高知名度，与欧普照明公司、欧普中山公司建立了稳固的联系，而涉案商标并无知名度，与嘉兴欧普公司并未建立联系，故欧普照明公司的行为不会导致嘉兴欧普公司与涉案商标的对应关系被割裂的结果的上诉理由，本院认为，虽然根据一审法院查明的事实，欧普照明公司在相关行业内具有较高的知名度，但是不论是其企业名称和字号的使用，还是其申请注册的“欧普”系

列商标的使用，相关知名度的证据均为灯具、浴霸、集成吊顶等产品，并无在排气风扇、换气扇等商品上通过使用获得较高知名度的证据。而且，欧普照明公司亦未在排气风扇、换气扇等商品上申请注册“欧普”、“欧普照明”商标。因此，在排气风扇、换气扇等商品欧普照明公司并未与“欧普”、“欧普照明”等标识建立稳固联系，欧普照明公司的该项上诉理由没有事实及法律依据，本院不予支持。一审法院对此认定结论正确，本院予以维持。

二、嘉兴欧普公司是否属于恶意取得涉案商标并提起侵权之诉，是否构成权利滥用

上诉人欧普照明公司认为，嘉兴欧普公司在明知欧普照明公司“欧普”、“欧普照明”具有极高知名度和显著性的情况下，仍恶意注册“欧普”商标，注册不成又受让取得涉案商标，其主观恶意明显，故其提起的侵权诉讼构成权利滥用的上诉理由，本院认为，根据一审查明的事实，涉案商标于 2001 年核准注册，2013 年嘉兴欧普公司经受让取得涉案商标的注册商标专用权，该商标目前仍处于有效的状态。现有证据并不能证明涉案商标的申请与转让行为存在恶意，故嘉兴欧普公司在受让涉案商标后，对欧普照明公司的被控侵权行为提起侵权之诉系对其注册商标专用权的正当行使，并未构成权利滥用。上诉人欧普照明公司的该项上诉理由没有事实及法律依据，本院不予支持。

三、一审法院认定的侵权赔偿数额是否恰当

对于上诉人欧普照明公司主张一审判决判令欧普照明公司赔偿嘉兴欧普公司经济损失和合理支出 200 万元的数额过高，属于事实认定不清的上诉理由，本院认为，商标法第六十三条第一款规定，侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。商标法第六十三条第三款规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。上诉人主张应当按照嘉兴欧普公司因被侵权所受到的实际损失确定，但其在本案中并未就此举证证明。因此，一审法院综合考虑欧普照明公司的侵权方式、侵权持续时间及范围、欧普照明公司的行业知名度及企业规模、主观过错程度、涉案商品的售价、涉案商标的使用情况及知名度、嘉兴欧普公司的生产经营规模、对嘉兴欧普公司造成损害后果的严重程度等因素综合确定 200 万元的经济损失及合理支出，本院认为并无不当，应予维持。上诉人欧普照明公司的上诉理由于法无据，本院不予支持。

综上所述，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。欧普照明公司的上诉请求不能成立，本院予以驳回。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，本院判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费二万二千八百元，由欧普照明股份有限公司负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 袁伟

审判员 王东

审判员 陈勇

二〇一八年五月二十四日

书记员 李晓帆

欧普照明股份有限公司与厦门雷士光电科技有限公司侵害 商标权纠纷一审民事判决书

厦门市湖里区人民法院

民事判决书

(2016)闽 0206 民初 3456 号

原告：欧普照明股份有限公司，住所地上海市浦东新区龙东大道 6111 号 1 幢 411 室。

法定代表人：王耀海，该公司董事长。

委托诉讼代理人：刘井，广东品安律师事务所执业律师。

委托诉讼代理人：伍素贞，广东品安律师事务所执业律师。

被告：厦门雷士光电科技有限公司，住所地福建省厦门市湖里区吕岭路 197 号之二 202 室 B 区。

法定代表人：陈栋财。

原告欧普照明股份有限公司（以下简称欧普公司）与被告厦门雷士光电科技有限公司（以下简称雷士公司）侵害商标权纠纷一案，本院于 2016 年 4 月 29 日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告欧普公司的委托诉讼代理人伍素贞到庭参加诉讼，被告雷士公司经公告送达开庭传票，未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

欧普公司向本院提出诉讼请求：1. 判令雷士公司立即停止侵犯欧普公司第 9 类第 4983580 号“OPPLE”注册商标专用权；2. 判令雷士公司立即停止使用“欧普电工”、“欧普墙壁开关插座”、“欧普照明电器”等标语；3. 判令雷士公司赔偿欧普公司经济损失 100000 元（含律师费 10000 元）；4. 判令雷士公司赔偿欧普公司为制止侵权行为所支付的合理开支 1511.48 元；5. 雷士公司承担本案公告费 390 元。事实与理由：欧普公司是一家集研发、生产和销售于一体的全球化照明企业，产品涵盖家居、商照、电工、光源等领域，是第 4983580 号“OPPLE”注册商标、第 7182788 号“欧普”注册商标和 1424486 号“ ”的商标权人。其中第 4983580 号“OPPLE”核定使用商品为第 9 类浴插头、插座、和其他接触器（电联接）；电开关、电器插头等。欧普公司的第 1424486 号“ ”注册商标于 2007 年被国家工商行政管理总局评定为中国驰名商标。欧普公司发现雷士公司在其经营的阿里巴巴店铺雷士公司（会员名：品牌开关供应商）大量销售侵犯欧普公司上述注册商标专用权的商品，并且雷士公司在销售的过程中使用欧普电工、欧普墙壁开关插座、欧普照明电器等标语，这些标语中包含欧普公司的字号、注册商标及驰名商标“ ”的中文“欧普”二字，明显具有攀附欧普公司驰名商标的知名度和美誉度的恶意，目的是使消费者误认为其与欧普公司具有联营、合作、投资等关系。2015 年 11 月 10 日，欧普公司采取网络公证购买措施，对雷士公司实施的侵权行为予以证据保全。雷士公司在销售开关插座的过程中，故意实施侵犯欧普公司注册商标专用权和涉嫌不正当竞争的行为，牟取暴利，给欧普公司造成经济损失，应当依法承担相应的赔偿责任。雷士公司未到庭参加诉讼，亦未作书面答辩。

欧普公司为支持其主张，提供了第 4983580 号商标注册证书、第 7182788 号商标注册证书、驰名商标公证书（第 1424486 号）、（2015）粤清国信第 005354 号公证书、鉴定报告、《广东省非税收入（电子）票据》（编号 CJ63912949）及证明、律师费发票、发行 A 股说明书摘要、商标注册证的第 14224486 号公证书。经欧普公司申请，本院向杭州阿里巴巴广告有限公司（以下简称阿里巴巴公司）调取了阿里巴巴网店雷士公司的注册信息，向支付宝（中国）网络技术有限公司（以下简称支付宝公司）调取了阿里巴巴网店雷士公司的买卖交易记录及提现记录。雷士公司未到庭参加诉讼，又未作书面答辩并提交证据，视为自愿放弃答辩和质证的抗辩权利。欧普公司首次公开发行人 A 股招股说明书，因其未能反映是否经过审计，故本院

不予采信。本院对欧普公司的陈述和提供的其他证据及本院调取的证据进行核对审查，确认上述证据的真实性、合法性和关联性。

根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定全案事实如下：

欧普公司成立于 2008 年 10 月 21 日，注册资本 521479104 元，公司类型为股份有限公司。经营范围包括电光源、照明器具、电器开关的生产、销售、安装服务，照明线路系统设计、照明行业技术开发等，是第 4983580 号“OPPLE”、第 7182788 号“欧普”商标注册权人。其中第 4983580 号“OPPLE”核定使用商品为第 9 类灯光调节器（电）、变压器、整流器、光电开关（电器）、电源材料（电线、电缆）、电开关、电器接插件、电器插头、闸盒（电）、插头、插座及其他接触器（电接头）、高低压开关板、控制板（电）、母线槽、断路器、调压器等，注册有效期限自 2008 年 10 月 14 日至 2018 年 10 月 13 日止。

2000 年 7 月 21 日，中山市古镇绿明节能灯饰厂注册第 1424486 号欧普+OPPLE+图形商标，核定使用商品为第 11 类，包括灯、日光灯管。有效期限至 2010 年 7 月 20 日，后续展至 2020 年 7 月 20 日。2001 年 1 月 28 日，该商标核准转让给中山市欧普照明有限公司。2003 年 10 月 31 日，该商标注册人名称变更为广东欧普照明有限公司。2007 年 3 月 7 日，该商标核准转让给中山市欧普照明股份有限公司，并于 2007 年被国家工商行政管理总局认定为中国驰名商标。2012 年 10 月 6 日，该商标核准转让给欧普照明有限公司，2013 年 1 月 8 日，该商标注册人变更为本案欧普公司。

2012 年 3 月 28 日，中山市欧普照明股份有限公司注册第 7182788 号文字商标“欧普”，核定使用商品均为第 11 类，包括浴用加热器、浴室装置、浴室隔板、太阳能热水器、浴霸、灯（照明用灯）、加热装置、电加热装置等，注册有效期限至 2022 年 3 月 27 日止。2012 年 10 月 6 日，商标核准转让给欧普照明有限公司。2013 年 1 月 8 日，商标注册人变更为本案欧普公司。

雷士公司成立于 2014 年 7 月 28 日，经营范围包括电线、电缆制造；照明灯具制造；配电开关控制设备制造；其他输配电及控制设备制造；灯具、装饰物品批发；家用电器批发；日用家电设备零售；灯具零售等等。雷士公司在阿里巴巴网店注册网店，成功销售欧普墙壁开关插座 411 笔，交易金额为 68160.37 元。

2015 年 11 月 10 日至 2015 年 11 月 25 日期间，欧普公司的委托代理人许蕾向广东省清远市国信公证处对其通过互联网购买相关产品的过程进行保全证据公证。在广东省清远市国信公证处公证员秦小明、公证人员罗嘉杰的监督下，许蕾于 2015 年 11 月 10 日，登录阿里巴巴店铺雷士公司（公员名：品牌开关供应商），该店铺以“OPEEL 欧普”、“OPEEL”标识展示商品，以“欧普”、“欧普电工”、“OPEEL”作为出售商品品牌，许蕾在该网店购买欧普五孔插座，支付 11.48 元；2015 年 11 月 12 日，许蕾收到该插座，该插座的外包装印有“OPEEL”、“欧普”照明电气；2015 年 11 月 25 日，许蕾查看该插座网上物流信息，显示该插座于当月 10 日自厦门市湖里软件园派送；2015 年 12 月 17 日，广东省清远市国信公证处就上述公证内容出具（2015）粤清国信第 005354 号公证书。为此，欧普公司支付公证费 1500 元。

2016 年 4 月 29 日，欧普公司委托诉讼代理人向本院提起诉讼，支付律师费 10000 元。诉讼中，因雷士公司下落不明，法院公告送达法律文书，欧普公司支付公告费 390 元。

本院认为，欧普公司作为第 4983580 号“OPPLE”、第 7182788 号“欧普”注册商标专用权人，其注册商标专用权合法有效，应受法律保护。

雷士公司在阿里巴巴网店以“OPEEL 欧普”、“OPEEL”标识展示的商品介绍，以“欧普”、“欧普电工”、“OPEEL”作为出售商品品牌，与欧普公司享有注册商标专用权核定使用的商品属于相同商品，且其商品的外包装印有“OPEEL”、“欧普”照明电气，其字形、字体、结构等与欧普公司的注册商标相近似，极易引起普通消费者对商品来源的混淆，侵害了欧普公司对上述注册商标专用权，应当承担停止侵权和赔偿损失的民事责任。

《中华人民共和国商标法》第六十三条的规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十六条第二款规定，人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果，商标的声誉，商标使用许可费的数额，商标使用许可的种类、时间、范围及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。鉴于欧普公司因侵权所受到的实际损失、雷士公司因侵权所获得的利益及注册商标许可使用费均难以确定，本案可依法适用法定赔偿方式确定赔偿数额。本院综合考虑涉案商标的知名度、公众认知程度、雷士公司的经营规模、侵权行为性质及影响范围、过错程度及欧普公司维权必然发生的合理费用等因素，酌情确定赔偿数额。雷士公司经本院合法传唤，无正当理由未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理和判决。

综上所述，雷士公司未经商标权人许可，销售侵权商品侵犯了欧普公司的注册商标专用权，依法应停止侵权和赔偿损失的民事责任。依照《中华人民共和国商标法》第五十七条第（二）项、第六十三条第三款，最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十六条第一、二款、第十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定，判决如下：

一、厦门雷士光电科技有限公司于本判决发生法律效力之日起十日内停止侵犯欧普照明股份有限公司第 9 类第 4983580 号“OPPLE”注册商标专用权；

二、厦门雷士光电科技有限公司于本判决发生法律效力之日起十日内停止使用“欧普电工”、“欧普墙壁开关插座”、“欧普照明电器”的标语；

三、厦门雷士光电科技有限公司于本判决发生法律效力之日起十日内赔偿欧普照明股份有限公司经济损失 35000 元（含律师费）；

四、厦门雷士光电科技有限公司于本判决发生法律效力之日起十日内赔偿欧普照明股份有限公司为制止侵权行为所支付的合理开支 1511.48 元；

五、厦门雷士光电科技有限公司于本判决发生法律效力之日起十日内支付欧普照明股份有限公司公告费 390 元。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 2330.22 元，由欧普照明股份有限公司负担 1500.22 元，厦门雷士光电科技有限公司负担 830 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省厦门市中级人民法院。

审判长 陈辉峰

人民陪审员 洪清秀

人民陪审员 宋阿娟

二〇一六年十二月二十九日

书记员 黄雅珠

欧普照明股份有限公司与韶关市韶光工贸发展有限公司、 嘉兴市欧普电器有限公司侵害商标权纠纷一审民事判决书

韶关市中级人民法院

民事判决书

(2016)粤 02 民初 47 号

原告：欧普照明股份有限公司。住所地上海市浦东新区龙东大道 6111 号 1 幢 411 室。

法定代表人：王耀海，该公司董事长。

委托诉讼代理人：刘井，广东品安律师事务所律师。

委托诉讼代理人：伍素贞，广东品安律师事务所律师。

被告：韶关市韶光工贸发展有限公司。住所地广东省韶关市浈江区站南路 168 号首层 A1 铺位。

法定代表人：李卫光，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：王力军，男，该公司职员。

委托诉讼代理人：叶志坚，浙江天册律师事务所律师。

被告：嘉兴市欧普电器有限公司，住所地嘉兴市秀洲区王店镇百乐桥东堍。

法定代表人：高志祥，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：叶志坚，浙江天册律师事务所律师。

委托诉讼代理人：陈强，浙江天册律师事务所律师。

原告欧普照明股份有限公司（以下简称欧普公司）与被告韶关市韶光工贸发展有限公司（以下简称韶光公司）、嘉兴市欧普电器有限公司（以下简称嘉兴公司）侵害商标权纠纷一案，本院于 2016 年 3 月 2 日受理后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告欧普公司委托诉讼代理人伍素贞、被告韶光公司委托诉讼代理人叶志坚与王力军、被告嘉兴公司委托诉讼代理人叶志坚到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告欧普公司向本院提出诉讼请求：1、判令韶光公司、嘉兴公司立即停止侵犯欧普公司第 7182788 号“ ”注册商标专用权；2、判令韶光公司、嘉兴公司赔偿原告为制止侵权行为所支付的合理开支和经济损失共计人民币 10 万元；3、由韶光公司、嘉兴公司承担本案诉讼费用。事实和理由：欧普公司是一家集研发、生产和销售于一体的全球化照明企业。产品涵盖家具、商照、电工、光源等领域。欧普公司为第 7182788 号“ ”注册商标的商标权人，核定商品为第 11 类浴用加热器、浴霸、灯（照明用）、加热装置等。原告的第 1424486 号注册商标于 2007 年被国家工商行政管理总局评定为中国驰名商标。欧普公司发现韶光公司在韶关市浈江区站南路 168 号首层 A1 铺位大量销售侵犯上述商标权的产品。2015 年 12 月 15 日，韶关市工商行政管理局（以下简称韶关市工商局）对上述铺位及其二楼仓库进行查处，现场查获大量侵犯原告商标专用权的侵权产品。韶光公司销售侵犯原告注册商标专用权的行为以及嘉兴公司生产、销售侵犯原告注册商标专用权行为，给原告造成了巨大的经济损失，同时破坏了原告的商业信誉。本案中，我方虽未能出示侵权实物，但根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条的规定：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”可推定被告侵权成立。

被告韶光公司辩称，我方销售的欧普牌取暖器是由嘉兴公司生产，如果嘉兴公司不侵权，韶光公司不侵权。如果嘉兴公司构成商标侵权，韶光公司产品有合法来源，韶光公司不承担赔偿责任。请求法院驳回原告对韶光公司的赔偿请求。

被告嘉兴公司辩称，韶光公司销售的欧普牌取暖器由我方提供，我方抗辩的理由主要是：1、本案原告已经在 2015 年 2 月在上海市徐汇区人民法院提起 2015 徐民三初字第 418 号商标侵权诉讼案件，要求我方停止侵犯其 7182788 号欧普商标专用权，在上海这个案件中，本案原告主张的侵权范围是全国，并据此主张 1000 万的损害赔偿。该案仍在审理过程中，原告又单独在韶关地区提起诉讼，我方认为构成重复救济，我方要求法院将法院移送审理或者中止审理。2、本案我方在第六类和第十一类商品上拥有欧普中文文字的注册商标，拥有 2001 年就注册的使用范围为取暖器的 1594144 号欧普中文商标，本案我方在取暖器商品上使用欧普商标是合法的，本案争议核心是国家商标局在给原告 2013 年新核准的商标中核定了浴霸商品，浴霸商品是因为分类表变动之后新增加的商品种类，因此我方认为双方都有权依照其获得商标核准注册时候核定的商品名称在商品上使用商标，相互不构成侵权。至于国家商标局在后核发的 7182788 号商标是否合法问题，目前在商标无效处理当中，等待国家商标局裁决，如果单从这点考虑，法院也应当考虑中止审理，因此我方在取暖器商品上使用欧普商标具有合法权利，请求法院根据情况中止或者移送，或者驳回原告对我方的诉请。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。

原告欧普公司提交了如下证据：

1、第 7182788 号商标注册证；2、核准商标转让证明；3、注册商标变更证明，以上三项证据均证明原告是“ ”商标的商标权利人；4、韶工商检实字[2015]1121 号实施行政强制措施决定书；韶工商检实字[2015]1122 号实施行政强制措施决定书；韶工商检解字[2015]1125 号解除行政强制措施决定书；韶关市工商行政管理局（场所、设施、财物）清单（第 1121 号）；韶关市工商行政管理局（场所、设施、财物）清单（第 1122 号）；5、现场照片 4 张，51：工商查封封条；52：被控侵权产品取暖器（浴霸）外包装侧面图；53：被控侵权产品取暖器（浴霸）的实物照片；54：被控侵权取暖器（浴霸）的包装侧面图，和 52 是拍摄角度不同的外包装侧面图。证据 45 证明韶光公司实施侵犯了原告注册商标专用权的行为；6、律师费发票，证明原告的合理开支；7、欧普公司《首次公开发行 A 股招股说明书摘要》，证明原告在 2015 年涉案产品类型的毛利率，被告对原告造成巨大损失；8、商标评审委员会 2007 年在商标争议案件中认定的 51 件驰名商标链接、清单，第 16 号为欧普照明，证明我方商标具有知名度；9、苏州市虎丘区人民法院（2014）虎知民初字第 00061 号民事判决书，证明嘉兴公司生产的同类侵权产品侵权的事实，嘉兴公司被判决停止侵害商标权行为以及赔偿款之后仍大肆生产、销售浴霸侵权产品，嘉兴公司的侵权恶意性强；10、2016 年 12 月 26 日提交的图片四张。

被告韶光公司没有提交证据。

被告嘉兴公司提交如下证据：

1、第 1594144 号“欧普”中文文字商标和续展证明、经商标网查询的该商标机读档案；第 4416780 号“欧普”中文文字商标；第 8509209 号“OPOUR”英文文字商标；第 8509210 号“OPOUR”英文文字商标。证明在第 6 类建筑材料和第 11 类电器产品上，我方注册有四项商标，注册时间亦较早。我方是对自身注册商标的正当使用，其中第 1594144 号“欧普”商标注册于 2001 年；2、第 7182788 号“欧普”商标商标网机读档案，证明第 7182788 号商标已经于 2015 年 7 月进入无效宣告程序；3、国家商标局中国商标网《类似商品和服务区分表》说明网页四页，证明根据商品与服务分类原则，集成吊顶整体产品应当一并按第 6 类建筑材料产品归类；4、国家商标局《类似商品和服务区分表》第七版和第八版中第 11 类商品部分的节选 GB/T227692008《浴室电加热器具（浴霸）》节选，证明浴霸商品本身属于小型取暖器、我方第 1594144 号“欧普”商标在 2001 年注册使用的第七版分类表时没有第 1109 小类浴霸产品，是按照第 1111 小类小型取暖器归类。所以在 2001 年第 1594144 号商标注册时核定的小型取暖器商品包含了浴霸；5、第 6823485 号和 6823493 号“OP”图形注册商标机读

档案，证明在第 6 类和第 11 类商品上，“OP”图形商标也属于嘉兴公司所有；6、上海市徐汇区人民法院一审判决书及该案卷中的部分材料，（包括：民事起诉书、证据目录、证据交换笔录、《关于对嘉兴市欧普电器有限公司商标侵权不正当竞争一案审理的说明》、上海市徐汇区人民法院庭审笔录（节选）、《辩论意见》、上海市徐汇区人民法院谈话笔录）；7、上诉状，以上证据 6、7 证明本案争议，原告已经在上海市徐汇区人民法院案件中覆盖在里面，本案是原告主张重复救济。

原、被告质证意见：

被告对原告提交的证据：第 7182788 号商标注册证及该商标核准商标转让证明、注册商标变更证明的三性无异议，该 7182788 号商标注册时间是 2012 年，原告取得商标专用权时间是 2012 年 10 月受让取得；对实施行政强制措施决定书、解除行政强制措施决定书、韶关市工商行政管理局（场所、设施、财物）清单的真实性、合法性没有异议，证明目的有异议。产品名称是取暖器，这些产品目前都已经解除了查封手续，工商机关方面意见是认为这些产品不构成侵权；对现场照片 4 张及 2016 年 12 月 26 日提交的图片四张的真实性有异议，我方要求看实物。如果看不到实物，我方对该证据有异议。我方和欧普公司有几个纠纷，无法提供实物，西安市人法院驳回了欧普公司的起诉；对律师费发票的三性无异议，但费用偏高；对欧普公司《首次公开发行 A 股招股说明书摘要》形式上真实性予以认可，是原告制作的，但是其合法性和证明能力有异议，毛利率都是原告自己说法，目前为止，原告没有通过证监会发行上市；对商标评审委员会 2007 年在商标争议案件中认定的 51 件驰名商标链接、清单的驰名商标链接予以认可，关联性和证明力有异议，2007 年认定驰名商标的是原告持有的 1424486 号欧普图形文字商标，核定商品是灯，本案中原告没有要求对该项商标权进行保护，该证据与本案无关；对（2014）虎民初字第 00061 号民事判决书的真实性予以认可，关联性和证明力有异议，该案涉及的产品型号和外包装与本案不一致，本案中认定侵权的情节上不具有参考性，本案是否构成侵权应该以具体实物和包装为准。

原告对被告嘉兴公司提交的证据：第 1594144 号“欧普”中文文字商标和续展证明、经商标网查询的该商标机读档案、第 4416780 号“欧普”中文文字商标、第 8509209 号“OPOUR”英文文字商标、第 8509210 号“OPOUR”英文文字商标的真实性、合法性无异议，但是不同意证明内容。嘉兴公司拥有的欧普中文文字商标核定使用范围内不包括本案被控侵权产品浴霸；第 7182788 号“欧普”商标商标网机读档案的真实性、合法性无异议，但是我方认为嘉兴公司对于无效宣告结果不确定不应该大范围大量销售；国家商标局网站中《商标注册用商品和服务分类说明》四页的真实性、合法性无异议，关联性不予认可，韶光公司所销售的取暖器产品应当属于浴霸产品的类型；第七版《类似商品和服务区分表》和第八版《类似商品和服务区分表》中第 11 类商品部分的节选 GB/T227692008《浴室电加热器具（浴霸）》节选的真实性、合法性无异议，不同意证明内容，我方认为被控侵权产品是属于浴霸商品类型；第 6823485 号和 6823493 号“OP”图形注册商标机读档案的真实性无异议，与本案无关，该商标是英文字母组合商标，我方主张的是欧普文字商标，没有关联性；上海市徐汇区人民法院一审判决书的真实性、合法性无异议，嘉兴公司生产其自称为取暖器产品实际上也是浴霸的商品，从而证明嘉兴公司生产的取暖器行为属于侵犯原告注册商标权的行为，我方主张被控侵权行为是就韶光公司所销售的行为主张侵权事实，该判决书仅是就嘉兴公司销售给上海案件被告一所查处的销量作出的判决，该赔偿款 50 万不包括本案因韶光公司的销售行为对原告所造成的损失；对上海徐汇区人民法院案卷中的部分材料，原告认为真实性无法确认，原告在徐汇区人民法院起诉嘉兴公司的时间点是 2015 年 1 月份，在起诉之后，嘉兴公司仍未停止侵权产品供货给销售商，本案是就韶光公司销售行为追究嘉兴公司的法律责任，不能将本案原告对被告的追究权利包含在该侵权行为发生前的诉讼里面，否则，相当于变相承认了嘉兴公司在赔付了 50 万元之后无论是诉讼前被发现的侵权行为或是之后的侵权行为而剥夺了原告

的责任追究权利；对上诉状，原告认为不能证明嘉兴公司的证明目的。我方认为对全国字眼的理解是基于徐汇区法院案件中各地区的侵权事件，原告在徐汇区法院提到的全国只是为了强调被告的侵权范围广、省份多的描述，并不包括在该案 12 个案件之外侵权行为的追究权利。本案不能拘束于全国字眼的理解，应该立足于徐汇区案件中的证据上的理解。

本院认定如下：中山市欧普照明股份有限公司在中华人民共和国国家工商行政管理总局商标局（以下简称国家商标局）注册了第 7182788 号“”商标，注册有效期为 2012 年 3 月 28 日至 2022 年 3 月 27 日止，核定使用商品（第 11 类）：浴用加热器、浴室装置、浴室隔板、太阳能热水器、浴霸、沐浴用设备、灯（照明用灯）、加热装置、电加热装置（截止）。注册地址为广东省中山市古镇东岸公路欧普大厦一层、二层、四层、五层。2012 年 10 月 6 日，国家商标局核准第 7182788 号商标转让，受让人为欧普照明有限公司，受让人地址为上海市浦东新区龙东大道 6111 号 1 幢 411 室。2013 年 1 月 8 日，国家商标局核准第 7182788 号商标变更注册人为欧普照明股份有限公司。

“”商标（第 1594144 号）的注册人是嘉兴公司，该商标核定使用商品为第 11 类，包括厨房用抽油烟机、排气风扇、炉子、消毒碗柜、饮水机、小型取暖器、燃气灶（截止），注册有效期限自 2011 年 6 月 28 日至 2021 年 6 月 27 日。“”第 4416780 号的注册人是嘉兴公司，该商标核定使用商品为第 6 类，包括保险柜、车辆用金属锁、金属锁（非电）、树木金属保护器、铜、铝塑板（以铝为主）、车辆紧固用螺丝、集装箱（截止），注册有效期限自 2007 年 10 月 28 日至 2017 年 10 月 27 日。

2015 年 12 月 15 日，韶关市工商局向韶光公司分别出具了两份《韶关市工商行政管理局实施行政强制措施决定书》，上述决定书称：经查，韶光公司涉嫌销售商标侵权商品，韶关市工商局依法决定对相关场所财物实施扣押、查封。该决定书所附的《韶关市工商行政管理局（场所、设施、财物）清单》载明：扣押以下财物：名称为欧普取暖器，规格分别为 H1，H4，H8，H14，数量均为 2 台；查封以下财物：名称为欧普取暖器，规格与数量分别为 H1，592 台、H4，78 台、H8，154 台、H14，34 台。2015 年 12 月 25 日，韶关市工商局出具《韶关市工商行政管理局解除行政强制措施决定书》解除了上述物品的查封与扣押。在本案庭审中，韶光公司称涉案商品已全部出售。

2016 年 10 月 27 日，广东品安律师事务所向欧普公司出具律师费发票，金额为 1 万元。

另查明，韶光公司成立于 2003 年 9 月 1 日，为有限责任公司。嘉兴公司成立于 2013 年 1 月 16 日，为私营有限责任公司，住所地为嘉兴市秀洲区王店镇百乐桥东堍，经营范围，一般范围经营项目：浴霸、取暖器、换气扇、塑料配件、集成吊顶、金属装饰板、照明器具、灶具、饮水机的制造、加工。嘉兴公司确认被控侵权产品是其提供、该产品与上海市徐汇区法院审理的（2015）徐民三（知）初字第 418 号案（以下简称第 418 号案）的侵权产品不是同一批货。

第 418 号案于 2015 年 2 月 6 日立案。

欧普公司《首次公开发行 A 股招股说明书摘要》，并非由独立的中介部门出具，且其内容不完整，其主张的毛利率与其要求证明的所造成损失并不等同，故本院对此不予采信。对商标评审委员会 2007 年在商标争议案件中认定的 51 件驰名商标中“欧普 OPPLE 及图”商标与本案的文字商标是两个不同的商标，且商标所有人显示为中山市欧普照明有限公司，并非本案原告，故与本案无关，本院对此证据不予采信。对于欧普公司提交的照片，并非在现场检查的工商部门拍摄，亦没有工商部门现场查封的实物予以佐证，照片内容也不能反映出工商部门查扣行为及在上述行为下被控侵权商品的包装、实物特征，且对方亦不认可该照片，故本院对该证据不予采信。

对嘉兴公司提供的上海市徐汇区法院的部分案卷材料，嘉兴公司称其提交的是原件供本院核对，经本院查阅不确认上述材料为原件，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第十条：“当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。”的规定，本院对该证据不予采信。对上诉状，是在本案被控侵权行为发生之前的对第 418 号案的上诉，与本案无关，故本院不予采信。

本院认为：本案为侵害商标权纠纷。欧普公司是第 7182788 号商标的商标权人。其权利应受到法律保护。本案的焦点是韶光公司、嘉兴公司是否侵犯欧普公司的注册商标专用权。本案中，嘉兴公司是“”商标（第 1594144 号）的商标权人，该商标核定使用商品包括小型取暖器，从工商部门的行政强制措施决定书及查封、扣押清单来看，未描述被控侵权商品的商标标识图形及实物外形、特征，也没有工商部门查扣的实物予以比对，工商部门解除强制措施时，原告并未固定证据，也没有证据证实被告仍持有涉案被控侵权商品，因此，原告主张被告侵权的证据不足，本院不予支持。

综上所述，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（2012 年修正）第六十四条第一款、第六十五条第一款、《最高人民法院关于适用的解释》第九十条的规定，判决如下：

驳回原告欧普照明股份有限公司的诉讼请求。

案件受理费 2300 元，由原告欧普照明股份有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省高级人民法院。

审判长 焦晓巍

审判员 张丽珊

代理审判员 杨平

二〇一六年十二月二十九日

书记员 朱秋绮

彭鑫与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷二审 民事判决书

深圳市中级人民法院

民事判决书

(2014)深中法商终字第 1770 号

上诉人(原审被告): 彭鑫。

委托代理人: 张斌, 广东卓建律师事务所律师。

委托代理人: 刘艳艳, 广东卓建律师事务所律师。

被上诉人(原审原告): 深圳市富安娜家居用品股份有限公司。住所地: 深圳市南山区创业南南油大道西路自行车加工厂 1 栋。组织机构代码: 61888126-8。

法定代表人: 林国芳, 董事长。

委托代理人: 张文, 北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

委托代理人: 周余辉, 北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

上诉人彭鑫因与被上诉人深圳市富安娜家居用品股份有限公司(以下简称富安娜公司)合同纠纷一案, 不服深圳市南山区人民法院(2013)深南法民二初字第 43 号民事判决, 向本院提起上诉。本院受理后, 依法组成合议庭审理了本案, 现已审理终结。

原审法院经审理查明: 2003 年 11 月, 彭鑫入职富安娜公司, 2009 年 8 月, 彭鑫以个人原因为由向富安娜公司提出辞职。

2007 年 6 月 20 日, 富安娜公司召开第一次临时股东大会, 审议通过了《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》, 同意富安娜公司以定向发行新股的方式, 向高级管理人员及主要业务骨干发行 700 万股限制性股票, 发行价格为 1.45 元/股(以下币种均为人民币)。同年, 彭鑫向富安娜公司支付了 40165 元, 认购富安娜公司的股票 27700 股。2007 年 6 月 29 日, 富安娜公司在深圳市市场监督管理局(原深圳市工商行政管理局)办理了股权变更登记, 富安娜公司提交的核发证照(通知书)情况记录表显示, 富安娜公司于 2007 年 6 月 29 日的注册资本为 7700 万元, 其中彭鑫占有富安娜公司 0.0359% 的股份。

2008 年 3 月 4 日, 富安娜公司召开第一届董事会第九次会议, 会议达成了《关于终止<深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)>的议案》: 内容为: 终止实施《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》, 拟对 109 名激励对象所持有的 700 万股限制性股票做如下处理: 给予限制性股票持有人股票回售选择权, 对于放弃股票回售选择权的限制性股票持有人, 其持有的限制性股票全部转换为同股数的无限限制性的公司普通股, 与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权等。该草案“特别提示”部分规定: “本限制性股票激励计划的期限为 4.5 年, 包括禁售期 1.5 年、限售期 3 年。自激励对象获授限制性股票之日起 1.5 年(即 2007 年下半年及 2008 年度), 为限制性股票禁售期。”第一条“释义”部分规定: “限制性股票指富安娜公司根据本计划授予激励对象的、转让受到限制的富安娜公司普通股, 以及因公司送红股或转增股本而新增的相应股份。”第十条“限制性股票的授予和解锁程序”部分规定: “激励对象在获授限制性股票后, 享有与公司普通股股东相同的权利、承担相同的义务, 但限制性股票的转让受本计划限制。”第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定: “在本限制性股票禁售期和限售期内, 激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时, 公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”, “激励对象因触犯法律、违反职业道德、泄露公司机密、失职或渎职等行为严重损害公司利益或声誉, 公司有权根据限制性股票认购成本价回购其所持限制性股票”。

590

2008 年 3 月 20 日，富安娜公司召开 2008 年第二次临时股东大会，审议通过了《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）的议案〉》。同日，彭鑫出具《确认函》及《承诺函》，其中《确认函》内容为：“本人彭鑫，根据公司 2007 年第三次临时股东大会审议通过的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的有关约定，现持有公司限制性股票 2.77 万股。根据公司 2008 年第二次临时股东大会审议通过的《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）的议案〉》的有关约定，本人同意将持有的公司限制性股票转换为同股数的无限限制性的公司普通股，与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权。”《承诺函》内容为：“本人彭鑫，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称‘公司’）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 2.77 万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺：1、自本承诺函签署日至公司申请首次公开发行 A 股并上市之日起三年内，本人不以书面的形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日、不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为、不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为。2、若发生上述违反承诺的情形，本人自愿承担对公司的违约责任并向公司支付违约金，违约金=（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本人持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。3、若发生上述违反承诺的情形，本人应在持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金。”

2009 年 12 月 30 日，富安娜公司发布首次公开发行股票上市公告书，富安娜公司的控股股东、担任公司董事、监事、高级管理人员的股东及其他股东均承诺：自公司股票上市之日起 36 个月内不转让或者委托他人管理其所持有的本公司股份，其于首次公开发行前已发行的股份可上市交易时间为 2012 年 12 月 30 日。同日，富安娜股票（股票代码：002327）在深圳证券交易所上市，首次公开发行后总股本数为 10300 万股。

2010 年 5 月 19 日、2012 年 4 月 19 日，富安娜公司分别召开了 2009 年年度股东大会、2011 年年度股东大会，会议分别审议通过了《关于〈2009 年度利润分配及资本公积转增股本的预案〉的议案》、《关于〈2011 年度资本公积转增股本的预案〉的议案》，经过两次转增，彭鑫持有富安娜公司股份增至 43212 股。

另查，广东大华德律会计师事务所于 2009 年 7 月 21 日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止 2009 年 6 月 30 日、2008 年 12 月 31 日、2007 年 12 月 31 日、2006 年 12 月 31 日财务报表的审计报告》显示，2008 年 12 月 31 日，富安娜公司的净资产值为 221190622.33 元，总股本数为 7700 万股。

再查，2012 年 12 月 31 日富安娜股票的收盘价为 43 元 / 股。

富安娜公司诉至法院，请求判令：1、彭鑫向富安娜公司支付违约金 1306298.76 元（违约金暂以富安娜公司 2012 年 12 月 25 日收盘价 33.10 元为依据计算，具体支付的金额以 2012 年 12 月 30 日的收盘价计）至付清之日止的迟延履行利息（利息从 2013 年 1 月 9 日起算）；2、本案的诉讼费用（诉讼费及保全费）由彭鑫承担。庭审中，富安娜公司明确其第 1 项诉讼请求中的违约金金额为 1301977.56 元。

原审法院审理认为：彭鑫在富安娜公司股东会通过《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》后，向富安娜公司交纳购股款认购富安娜公司的限制性股票，2008 年 3 月 20 日，彭鑫出具《确认函》确认同意将其持有的限制性股票转换为同股数的普通股票，同时，彭鑫出具《承诺函》，富安娜公司依据该承诺内容，要求彭鑫支付违约金及相应利息。本案的争议焦点为：1、富安娜公司的起诉是否超过诉讼时效期间；2、彭鑫出具的《承诺函》内容是否合法，彭鑫是否构成违约。

关于第 1 个争议焦点,根据相关法律规定,向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年,本案中,富安娜公司要求彭鑫根据其出具的《承诺函》支付“违约金”,彭鑫在《承诺函》中明确承诺于“本人应持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金”,即诉讼时效期间应以彭鑫承诺支付“违约金”期限届满的次日起计算,而彭鑫持有的股票在证券市场可以公开抛售之日为 2012 年 12 月 30 日,因 2012 年 12 月 30 日为非交易日,涉案股票可以公开出售之日顺延至 2012 年 12 月 31 日,彭鑫应于此后三个交易日前即 2013 年 1 月 8 日前向富安娜公司支付“违约金”,诉讼时效应自 2013 年 1 月 9 日起算,富安娜公司于 2012 年 12 月 26 日起诉并未超过诉讼时效,故彭鑫的此抗辩意见,该院不予采纳。

关于第 2 个争议焦点,彭鑫在富安娜公司工作期间,向富安娜公司认购了股票,其与富安娜公司形成两种法律关系,一种是彭鑫基于其劳动者的身份与富安娜公司构成劳动合同关系,另一种是彭鑫基于其认购了富安娜公司的股票成为富安娜公司的股东,与富安娜公司形成了股东与公司之间的关系,本案富安娜公司以彭鑫违反了其于 2008 年 3 月 20 日出具的《承诺函》的约定为由,要求彭鑫支付违约金及相关利息。从《承诺函》中“本人彭鑫,为深圳市富安娜家居用品股份有限公司(以下简称“公司”)的股东。截至本承诺函签署日,本人持有公司股份 2.77 万股。鉴于本人在公司任职,且是以优惠的条件获得上述股份”的表述看,彭鑫是基于富安娜公司给予其购股资格成为股东后而作出的承诺,而给予彭鑫购股资格并非富安娜公司作为用人单位的义务。虽然《承诺函》中关于“不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工 7 日”的表述涉及到劳动者应遵守的劳动纪律,但这并非劳动者为了获取工作机会而作出的承诺,承诺内容并非富安娜公司与彭鑫对劳动合同的补充,而是在彭鑫获得了以优惠价格购买富安娜公司的股票的资格后作出的承诺,即富安娜公司一方面给予彭鑫以优惠价格购买股票的资格,另一方面也要对彭鑫的行为进行一定的约束,彭鑫在确认将其持有的限制性股票转换为普通股票的同时作出一定的承诺,是股东基于认购股票对公司的承诺,彭鑫以其承诺换取股票收益,故富安娜公司与彭鑫是公司股东之间的普通合同纠纷,非劳动合同纠纷,判断《承诺函》的内容是否符合法律规定,应适用《中华人民共和国合同法》及《中华人民共和国公司法》,而不适用《中华人民共和国劳动合同法》。

《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》规定的面向激励对象发行的限制性股份是由激励对象(高级管理人员及主要业务骨干)自愿认购的、转让受到公司内部一定限制的普通股。此种激励计划有利于增强富安娜公司经营团队的稳定性及工作积极性,增进富安娜公司与股东的利益,不违反法律强制性规定,是合法有效的。该激励计划第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定“在本限制性股票禁售期和限售期内,激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时,公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”。根据此种回购条款,在约定条件发生时(即当激励对象在禁售期和限售期内辞职时),富安娜公司有权从激励对象回购限制性股份,回购价格按富安娜公司上一年度经审计的每股净资产计算,激励对象只能获得约定的利益(即上一年度经审计的每股净资产价值)。此种回购条款体现了激励与约束相结合原则,公平合理,当激励对象在约定期限内辞职这一条件成就时,激励对象从所持限制性股份中获得的利益应受该回购条款的限制。

由于在富安娜公司上市前其股份(包含激励对象所持股份)统一托管于中国证券登记结算有限责任公司且在上市后富安娜公司股份按证券交易所统一交易规则进行交易,富安娜公司在上市后将难以直接对激励对象转让股份的行为进行限制,亦难以直接回购激励对象的股份,故富安娜公司在终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》并根据自愿原则将激励对象所持限制性股份转化为无限制普通股的同时,采用由激励对象出具《承诺书》的方式继续对激励对象进行约束。根据《承诺函》,激励对象如在富安娜公司

A 股上市之日起三年内以书面的形式向富安娜公司提出辞职或连续旷工超过七日的，应向富安娜公司支付违约金，违约金=（激励对象持有的富安娜公司股份在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-激励对象发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的富安娜公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日激励对象持有的富安娜股份+激励对象持有的富安娜公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。此种《承诺书》实为原《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购条款的变通和延续，亦体现了激励与约束相结合原则，激励对象按照《承诺函》向富安娜公司支付“违约金”后所能获得的利益仍为激励对象违反承诺日上一年度经审计的每股净资产价。《承诺书》继续对提前辞职的激励对象所能获得的股份投资收益予以限制，并不违反公平原则，是合法有效的。

激励对象因身为富安娜公司高级管理人员或主要业务骨干而被富安娜公司认可具有认购限制性股份的资格。激励对象与富安娜公司之间劳动合同关系的成立和存续，影响到激励对象与富安娜公司之间股权关系的成立和存续。但劳动合同关系与股权关系属于两个独立的、不同性质的法律关系，有着不同的权利义务内容，不能混为一谈。激励对象认购富安娜公司增发的股份，双方成立新增资本认购合同关系，激励对象的合同义务是按时足额缴纳认股价款，激励对象在按时足额缴纳认股价款后其义务即已履行完毕。激励对象提前离职并非《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》或后续《承诺书》约定的股权关系之中激励对象的违约行为，而是股权关系中的回购条款或收益限制条款的生效条件，当该条件成就时，富安娜公司有权按《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购股份，或有权按《承诺书》限制激励对象获得收益，激励对象应依约将受限制部分的股份投资收益（即“违约金”）返还给富安娜公司。彭鑫在富安娜公司上市后三年内离职，《承诺书》约定的对彭鑫股份投资收益进行限制的条件已经成就，彭鑫应依约将被限制的部分收益（即“违约金”）返还给富安娜公司，即按“（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）”向富安娜公司返还收益 1301977.56 元（（33 元/股-221190622.33 元÷7700 万股）×43212 股），富安娜公司要求彭鑫支付 1301977.56 元的诉讼请求该院予以支持。按照《承诺函》的约定，彭鑫应于 2013 年 1 月 8 日前向富安娜公司支付，彭鑫未按时支付，其逾期支付的行为给富安娜公司造成了利息损失，故彭鑫还应自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率向富安娜公司支付利息，富安娜公司的该项诉讼请求，该院亦予以支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第四十五条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决：彭鑫应于判决生效之日起十日内向富安娜公司支付 1301977.56 元及利息（利息自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率计算至判决确定的付款之日止）。本案案件受理费 16556.68 元、保全费 5000 元，共计 21556.68 元，由彭鑫负担。

上诉人彭鑫不服原审判决，向本院提起上诉称：一、原判漏查重要事实，依法应予纠正。（一）原判对于彭鑫是否存在以优惠价格购买股票的行为未予查明，属于漏查重要事实，依法应予纠正。涉案《承诺函》所涉及的重要内容之一系彭鑫存在以优惠价格购买股票的行为。《公司法》第一百三十六条规定：“公司发行新股，可以根据公司经营情况和财务状况，确定其作价方案”。根据以上规定，公司发行新股时的价格是否存在优惠，应以公司发行新股时的经营状况和财务状况确定。彭鑫认购涉案股票系 2007 年 6 月，从经营状况上看，富安娜公司正处于上市准备阶段——即股改募资阶段，彭鑫认购股权时未获得富安娜公司作出的任何关于股票投资回报的承诺（如：确保在多长时间上市，确保上市后股价高于认购价，确保每年分红额等），即彭鑫未获得关于认股资格或者回报条件的优惠；从财务状况上看，彭鑫

是否存在以优惠价格认购股票的行为应以认购当时的价格与富安娜公司财务状况密切相关的资产净值数据对比确定。原判仅在判决书第 7 页对富安娜公司 20082 年 12 月 31 日的净资产值作出了认定,但对于彭鑫认购涉案股票前的富安娜公司资产值未作出认定,进而对于彭鑫是否存在以优惠价格认购股票的行为未予认定,属于漏查重要事实,二审法院应予纠正。彭鑫认购涉案股权系 2007 年 6 月,富安娜公司在其诉状及证据目录中均已明确,该股权认购价格系依据认购当时上一年度(即截止 2006 年 12 月 31 日)的公司净资产金额折算价格确定为 1.45 元/股,该股权价格系依据富安娜公司股权认购前的净资产确定的,与富安娜公司的注册资本相比,该认购价格属于溢价认购,溢缴资金已经转入资本公积(详见富安娜公司提交的证据《第一届董事会第三次会议决议》、《2007 年第一次临时股东大会会议决议》)。以上事实已经证明,彭鑫认购涉案股权不存在以优惠价格认购的情形,同时也证明涉案《承诺函》所涉及内容的虚假性,彭鑫在代理意见中已对不存在以优惠价格认购股权的事实进行了重点阐述和论证,但是原判对此未予理会,对以上事实亦未予审查,属于漏查重要案件事实,依法应予纠正,请二审法院对于以上事实进行审查,以确定彭鑫不存在优惠价格认购的事实,查明涉案《承诺函》的虚假性。

(二)原判对涉案《承诺函》系富安娜公司提供的格式条款之事实未予查明,属于漏查重要事实,应予纠正。原判的重要依据之一系涉案《承诺函》,对于涉案《承诺函》所具有的格式条款特征之事实,原判未予查明。《合同法》第三十九条第二款规定:“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。”根据富安娜公司起诉包括彭鑫在内的股东所形成(2013)深南法民二初字第 32-51 号等案件中所涉及的《承诺函》,从内容上看,涉案《承诺函》与其他关联案件的《承诺函》内容除手填的个人信息和持股数量外,其他内容完全一致,符合为了重复使用而预先拟定的特征;从形成过程上看,涉案《承诺函》系依据富安娜公司统一提供的文本,填写相关信息后形成的文件,在形成过程上,未经协商,涉案《承诺函》的上述特征无论在内容上,还是形成过程上,均具有格式条款的典型特征。涉案《承诺函》的格式条款性质具有明确的事实予以证明,对于此种格式条款的特征及属性,彭鑫在答辩及代理意见中均作为抗辩理由提出,但是原判未予审查和认定,属于漏查重要案件事实,请二审法院依法予以纠正。

(三)原判对于《承诺函》的真实性没有查明,应予纠正。富安娜公司主张违约金的依据是《承诺函》,但彭鑫从未签署过本案所争议的《承诺函》,该承诺函是富安娜公司伪造或者变造的,不是彭鑫的真实意思表示。对于涉案《承诺函》的真实性,彭鑫在庭审中提出了明确异议,即包括签字的笔迹、指模大小、落款日期、纸张对比等都存在明显造假嫌疑,具体表现在以下方面:第一,涉案《承诺函》的签名笔迹明显与本人的书写习惯不符,落款日期为同一日的《承诺函》、《确认函》系使用不同书写工具签署形成,不符合常理,且两份落款同日的文件反映的却是彭鑫在不同时期的书写习惯,与常理相悖;另《承诺函》所涉及的指模印渍没有任何油渍印痕,明显具有伪造的嫌疑,一审法院对于以上可以直接识别的事实未予认定,属于漏查重要事实,依法应予纠正。第二,落款日期为同一日的《承诺函》、《确认函》纸张材质陈旧程度明显不同,对于肉眼即可辨别的伪造事实,原判未予审查,属于漏查重要事实,依法应予纠正。第三,经肉眼辨别,富安娜公司起诉包括彭鑫在内的股东所形成(2013)深南法民二初字第 32-51 号等案件中所涉及的《承诺函》落款日期均出自同一人笔迹,绝非彭鑫本人签署,存在明显伪造嫌疑。第四,富安娜公司起诉其他股东孙文君的(2013)深南法民二初字第 46 号案件中,富安娜公司当庭提交的《承诺函》证据“原件”与其提交的《承诺函》证据复印件签字与指模的重叠性与位置明显不同,对于证明富安娜公司具有伪造涉案《承诺函》的嫌疑之认定具有重要意义,但是一审法院未予审查和考虑,漏查重要事实。第五,富安娜公司起诉其他股东陈谨的(2013)深南法民二初字第 34 号案件所涉及的第一阶段《文书司法鉴定意见书》(粤南(2013)文签字第 795 号)第五条第 3 项已经明确,涉案

《承诺函》第二段文字打印部分形成时间为 2008 年 5 月中旬，非落款所明确的“二〇〇八年三月二十日”，已经间接证明了富安娜公司伪造或者变造涉案关键证据承诺函的事实，目前陈谨已经申请对于涉案承诺函的签名形成时间进行鉴定，以进一步证明《承诺函》伪造时间。一审法院对于与本案具有重大关联的事项未予理会，属于漏查重要事实。

综上，涉案关键证据《承诺函》明显存在伪造或者变造的嫌疑，无法证明所谓“合同”已经订立并生效的事实，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条之规定，富安娜公司并未完成全部的举证责任；一审过程中，彭鑫曾特别向法庭表示，如果富安娜公司提出司法鉴定申请，彭鑫愿意配合，但富安娜公司并没有在举证期限内提出鉴定申请，法庭也没用依职权作出司法鉴定的决定。原判不顾富安娜公司未完成举证责任的事实及涉案关键证据的伪造或者变造之事实，在双方就该问题存在明显争议的情况下，仅凭富安娜公司单方面意见，即认定关键证据的真实性，明显有失公允，故彭鑫请求二审法院通过司法鉴定等途径查明该关键证据《承诺函》的真实性，彭鑫愿意配合进行司法鉴定。

二、原判存在法律适用错误的情形，依法应予纠正。（一）原判引用已经失效的法律文件作为裁判依据，依法应予纠正。涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》系富安娜公司 2007 年第一次临时股东大会决议通过后实施的文件，在 2007 年 6 月 20 日至 2008 年 3 月 20 日之间曾发生过法律效力，但在 2008 年 3 月 20 日，富安娜公司已经在其 2008 年第二次临时股东大会上以决议的方式废止了该计划，即涉案诉讼发生时，《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》属于已经被终止的无效文件，不再具有任何法律效力，原判将该文件作为认定案件事实的重要依据之一，系对《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》法律效力的错误认定，应予纠正。

（二）涉案《承诺函》主要系依据彭鑫的劳动者身份作出，一审法院将《承诺函》中的事实陈述作为认定彭鑫作出承诺的身份的主要依据，进而认定《承诺函》系基于股东身份作出，属于法律适用错误，依法应予纠正。涉案《承诺函》系案件的主要争议之所在，从内容上看，其分为三部分：第一部分为持股事实陈述部分，即《承诺函》第一段的内容，亦即“本人彭鑫，富安娜公司的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 2.77 万股”；第二部分为承诺函作出所依据的身份部分，即《承诺函》第二段的内容，亦即“鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺”；第三部分为承诺内容部分，即《承诺函》第三至六段的内容，即不得从事的行为及违约金的计算、支付时间等。在承诺函的段落分布中，已经明确了承诺作出时所依据的首要身份系“本人在公司任职”而产生的劳动者身份，第一段所述内容仅为持股事实的陈述，并非承诺作出所依据的身份的表述，即承诺函无论从作出的身份上看，还是承诺内容上看，均属于劳动法调整的范畴，并非合同法律关系。原判不顾承诺函的基本内容、事实陈述与承诺身份分段列示的事实，将持股事实陈述认定为彭鑫作出承诺的身份，进而认定《承诺函》系依据彭鑫的股东身份作出，进而认定涉案《承诺函》与劳动合同关系无关，不适用《中华人民共和国劳动合同法》，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（三）《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》、《承诺函》属于独立的法律文件，原判以《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的有效性作为认定《承诺函》有效性的依据，属于法律适用错误，应予纠正。已被富安娜公司股东大会决议终止，并公开披露的废止的涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》系 2007 年 6 月至 2008 年 3 月 20 日期间实施过的法律文件，从性质上看，属于富安娜公司已失效的规章制度的范畴，涉案《承诺函》属于依据富安娜公司提供的文本形成的格式文件，无论从《承诺函》作出的身份，还是内容上看均属于劳动合同的重要补充范畴。《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》与《承

诺函》无论在文件性质还是形式上均属于独立的法律文件。效力认定应当分别依据公司章程制度的相关规定及劳动合同的效力影响因素进行判断，原判不顾上述文件的独立性，将股权激励计划的有效性作为认定《承诺函》有效性的依据，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（四）原判将《承诺函》认定为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关条款的变通和延续，确认《承诺函》的有效性，将导致公司治理结构的混乱，属于法律适用错误，应予纠正。富安娜公司 2008 年第二次临时股东大会决议已经明确涉案《限制性股票激励计划》已经终止，且彭鑫所持股权已经转化为普通股股权，与本次同时转化为普通股的其他股东及林国芳、陈国红、柯凡、施建平等其他普通股股东具有同等的股东权利。根据《首次公开发行股票并上市管理办法》第二章第一节第十三条的规定，公司上市发行的重要条件之一系“发行人的股权清晰”，正是基于股权清晰的考虑，富安娜公司终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，构成其所谓的“配合上市”。如原判认定的涉案《承诺函》作为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的变通和延续成立，直接导致富安娜公司在上市时“股权清晰”的条件无法达到，即如一审法院判定《承诺函》合法有效成立，等同于承认富安娜公司上市之前不具备上市的主体资格，构成欺骗造假上市。根据《上市公司股权激励管理办法（试行）》第五章“实施程序和信息披露”的规定，富安娜公司股权激励计划的实施需要经过董事会审议通过后，提交中国证监会备案，并提交股东大会以特别决议的形式审议通过后方能实施；《上市公司股权激励管理办法（试行）》第四十一条进一步明确规定，“除非得到股东大会明确授权，上市公司变更股权激励计划中本办法第三十七条所列事项的，应当提交股东大会审议批准。”按照以上程序性要求，涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》包括回购条款等效力的变更或者恢复亦需要经富安娜公司股东大会决议审核，并履行相应的备案、披露程序后方能恢复和实施，原判不顾法律、法规、规范性文件的规定及公司治理的规范性要求，未审查富安娜公司是否通过股东大会决议审核的事实，是否依法进行了备案、披露的事实，将《承诺函》认定为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关回购条款的变通和延续，该种认定将直接导致公司董事会、股东大会的治理结构设置形同虚设，使已经失效、且未经合法决议程序恢复的《限制性股票激励计划》事实上获得恢复，规避了公司董事会、股东大会决议等程序要求，导致公司治理结构混乱，对外而言，一审法院的该种认定直接导致了富安娜公司对《上市公司证券发行管理办法》第十一条不得进行“虚假记载”、“严重损害投资者的合法权益”的违反，富安娜公司上市后，未及时披露《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关条款已经通过《承诺函》获得事实变通和延续的行为也违反了上市公司信息披露的要求和规定，该种严重的法律适用错误，依法应予纠正。

（五）原判对彭鑫身份认定有误，依法应予纠正。彭鑫在 2007 年 6 月依据《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》认购股权时，系受激励对象，但是 2008 年 3 月 20 日富安娜公司以 2008 年第二次临时股东大会决议终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》后，彭鑫所持的涉案股票已经转化为普通股股票，其身份也已经由受激励股东转换为普通股股东，彭鑫也不再是激励对象，原判认定《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》终止后，彭鑫仍系激励对象，属于法律适用错误，应予纠正。原判第 10 页最后一段认定，富安娜公司“因上市前其股份（包含激励对象所持股份）托管于中国证券登记和结算有限责任公司……上市后将难以直接对激励对象转让股份行为进行限制……”作为认定废止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并以承诺函的形式变通和延续的理由，除对彭鑫身份认定有误外，还存在对回购认定法律适用错误的情形；根据《公司法》第一百四十三条的规定，除特殊情形外，公司不得回购本公司股份，事实上，在法定情形下，履行相应程序可以

行使回购权，上市前富安娜公司确实曾回购过相关股东的股权，上市后三年内不得回购股权系因股票锁定所致，在锁定期满后，履行法律程序，可以行使回购权，原判将股票统一登记，富安娜公司难以直接回购等认定为废止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并以承诺函的形式变通和延续的原因，适用法律错误，依法应予纠正。

（六）原判漏查涉案《承诺函》格式条款属性对涉案承诺函效力的影响，属于法律适用错误，依法应予纠正。如上所述，涉案《承诺函》系依据富安娜公司提供的文本形成的格式条款文件，其效力的认定应参照合同法有关格式条款效力认定的有关规定确定。从涉案《承诺函》的内容上看，明显增加了彭鑫作为股东的义务和责任，且限制了其作为劳动者的自由择业权，参照《合同法》第四十条的规定，应认定为无效；但是原判对《承诺函》的格式条款属性及效力未作任何认定，属于法律适用错误，应予纠正。

（七）涉案《承诺函》虽然并非彭鑫为获得劳动机会而作出，但是其无论从作出的身份，还是内容上看，均系属于对其劳动关系的约束和补充，属于劳动合同的重要组成部分。《劳动合同法》第三十五条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。”由此可见，劳动合同的补充不限于劳动者为获取劳动机会而作出。如上所述，涉案《承诺函》作出所依据的首要身份系基于其“本人在公司任职”所产生的劳动者身份；从涉案《承诺函》第三部分承诺内容上看，其第1项关于不得从事行为的承诺，即“不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日，不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为，不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为”，均属于对彭鑫劳动者权利（含自由择业权等）的限制和劳动者义务的重复说明，属于对劳动合同的重要补充，原判以《承诺函》所涉及的内容并非劳动者为了获取工作机会而作出的承诺，进而认定承诺内容“并非富安娜公司与彭鑫对劳动合同的补充”，明显属于对《劳动合同法》的误读，法律适用错误，依法应予纠正。涉案《承诺函》作为劳动合同的补充，其所设定的违约金条款明显违反了《劳动合同法》第二十五条“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金”的规定，应属于无效条款。一审判决因对涉案《承诺函》的性质认定有误，进而对其效力错误认定，漏查其违反《劳动合同法》强制性规定的事项，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（八）涉案《承诺函》违背了同股同权的公司法基本原则，亦应认定为无效。根据富安娜公司2008年第二次股东大会的会议决议，从2008年3月20日起，彭鑫所持涉案股票已经由限制性激励股票转换为与公司其他股东（含本次转为普通股的其他股东及柯凡、施建平、陈国红、公司控股股东林国芳等在内的全部其他股东）所持股票相同的普通股票。根据《公司法》第一百二十七条的规定，股份有限公司“股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利”，本条内容确定了同股同权的公司法基本原则。彭鑫所持股权作为普通股股票亦应享有普通股权，该等股权除法律限制外，不应附加其他限制。《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”根据《公司法》第八十一、八十三、八十四、九十二条的规定，公司股东负有出资、筹办公司事务、不得抽逃出资等义务，除上述法定义务外，不应在普通股股东法定权利外，附加其他义务。涉案《承诺函》系在普通股股东权利之外，为彭鑫所持股票附加了其他义务，该种义务的附加已经违反了同股同权的公司法原则，应当确认为无效。若原判认为《承诺函》中内容对离职股东有约束力成立，离职股东负有《承诺函》所记载的义务的话，请问林国芳和陈国红作为普通股股东是否做出过与《承诺函》内容一致的承诺？施建平、柯凡作为同样的普通股股东，从未在公司任职，是否负有同样的承诺义务，并作出了承诺？否则如何体现同股同权？如富安娜公司主张林国芳、陈国红、施建平、柯凡出具过与涉案《承诺函》一致的《承诺函》，请求二审法庭依法调取相关证据以证明同股同权的存在。

（九）《承诺函》属于单方行为，不能适用合同法的规定。从性质上来讲，《承诺函》系依据富安娜公司提供的格式条款出具的单方文本，富安娜公司对此没有任何对等的书面回应，更未形成彭鑫、富安娜公司分别持有的双方法律文件，从法律行为的类型来看，涉案承诺函属于单方法律行为；而合同或协议则属于双方或多方法律行为，作为单方法律行为的承诺函与双方或者多方法律行为的合同均可以适用《民法通则》，但单方法律行为并不能直接适用《合同法》规制；一审判决径行认为《承诺函》适用合同法的规定规制过于武断，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（十）原判判定的违约金数额过高。在不考虑《承诺函》等关键证据合法性的情况下，原判依据《承诺函》判令彭鑫向富安娜公司支付巨额违约金有失公允，应予纠正。本案中所谓“违约行为”系彭鑫离开富安娜公司，因此如果彭鑫存在违约的话，富安娜公司受到的实际损失应为彭鑫离开富安娜公司之日起至 2012 年富安娜公司起诉之日因彭鑫未再上班给富安娜公司所造成的实际损失，且该损失应限指直接的物质损失。1、一审中，富安娜公司并未提供其因彭鑫离开富安娜公司所造成的实际损失的证据，因此应当承担未举证的不利后果；2、《承诺函》中所定的违约金数额及计算方式与富安娜公司的损失之间并没有任何因果关系；3、即使富安娜公司存在损失，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 29 条的规定，违约金也不能超过对方实际损失的 30%；4、原判中所谓“富安娜公司以优惠价格给予彭鑫购股资格”中的“优惠”是莫须有和不存在的，因此也就不存在“富安娜公司的损失在其以优惠价格向彭鑫发售股票时即已产生”；同时股东的获利主要是基于股票市场的活跃与兴盛而并非富安娜公司所给予。事实上在股权激励的本案中，作为公司而言，其本质性的损失应该是股票溢价收益机会的错误让与，即选人不当，而这种非物质性损失的实际承受者并不是公司而是被此前股权激励计划淘汰的人选，所以富安娜公司本身并不存在物质性损失。5、原判变相地将非物质损失物质化、赋予一般法律行为惩罚性赔偿。而在我国民事法律体系中，只有《合同法》中的定金、《消费者权益保护法》、《产品质量法》和《侵权责任法》中的产品责任、《食品卫生安全法》、商品房买卖中才存在法定的惩罚性赔偿，在此之外均是以填补损害为原则的补偿性违约金。

（十一）原判关于诉讼时效的认定，适用法律错误，应予纠正。《民法通则》第一百三十七条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算”。在本案中，富安娜公司在其起诉状中认为“彭鑫未依其承诺留在富安娜公司任职，而是辞职或因连续旷工自动离职离开富安娜公司，彭鑫的行为构成违约，该违约行为导致富安娜公司对彭鑫的股权激励目的无法实现，富安娜公司合法权益受损。”既然富安娜公司认为彭鑫的离职违约行为导致其权益受损，那么本案诉讼时效应当从富安娜公司知道或应当知道彭鑫违约离职之日起算（即 2009 年 8 月彭鑫自富安娜公司离职之日起计算）。富安娜公司于 2012 年 12 月 26 日起诉，已超过上述法律规定的诉讼时效。至于《承诺函》中承诺的支付违约金的时间，其并非彭鑫“违约”的时间，而只是计算并支付违约金的时间，违约金最后计算是多少，是否需要给付，均以何时开始违约，是否构成违约，彭鑫违约责任有多大，富安娜公司是否及时行使诉权等为判定依据。原判将《承诺函》约定的违约金给付之日作为认定本案是否超过诉讼时效的起始日，而不是将富安娜公司何时知道或应当知道彭鑫“违约”之日作为诉讼时效的起始日，是在偷换概念；另一方面，本案是以合同纠纷立案而审理的违约之诉，不是以债务纠纷立案并审理的金钱给付之诉，两者关于诉讼时效的起算完全不同，原判法律适用错误，应予纠正。若按照原判裁定确定的诉讼时效起算时间计算，富安娜公司提起诉讼时，违约事项尚未发生，一审法院受理案件的基础不存在，一审法院受理的案件应予驳回，但是一审法院却对不具有受理基础的案件进行了审理，法律适用明显不当，依法应予纠正。

（十二）涉案诉讼所涉及的违约金利息等扩大的损失，系因富安娜公司提前起诉所致，富安娜公司无权主张，原判关于利息的认定存在法律适用错误，依法应予纠正。在不考虑《承诺

函》等关键证据真实性和合法性的情况下，从客观情况看，涉案违约金利息等损失产生的重要原因系富安娜公司在支付违约金的期限届至前提前起诉、一审法院不当受理并查封彭鑫的涉案股票等行为所致，利息等损失并非彭鑫原因产生，而系富安娜公司原因所致，富安娜公司无权要求彭鑫承担，原判判令彭鑫承担利息损失，属于法律适用错误，依法应予纠正。另，富安娜公司提前诉讼，一审法院不当受理和查封的行为导致彭鑫产生了律师费、差旅费、误工费、诉讼费等支出，不当冻结造成的股价变动损失及账户查封造成的利息等损失，彭鑫保留追究富安娜公司赔偿上述损失的权利。

（十三）彭鑫与富安娜公司之间曾经确实存在多种法律关系，就一审查明的事实来看，除劳动合同关系之外，与股东身份有关的还包括股权认购合同关系，以及可能发生的股权回购关系，每一种法律关系所依据的法律法规不同，其权利义务的安排也不同，不应混为一谈。在不考虑前述上诉理由的情况下，如果按照原判的认定，确认本案所涉《承诺函》体现的是股权法律关系，那么其究竟是股权认购合同的补充，还是股权回购合同的缔结？在股权关系项下，依据何种法律规定股东需向公司承诺在公司服务满一定期限？还是股东自愿与公司约定服务期限及违约责任而可以不受劳动法律法规的约束？对上述问题稍加思考和分析，即不难判断一审判决存在许多自相矛盾且难以自圆其说的问题。

在本案中，彭鑫唯一的“过错”（如果说有过错的话），无非是提前辞职，如果富安娜公司主张依据已失效的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，其有权回购彭鑫所持公司股权，并按原判的逻辑理由获得支持，也不过只是回购请求权获得支持而已，其回购价格及其他回购条件还需要双方协商约定，何况上市公司股价每时每刻都在波动之中。若本案一审判决生效，将不仅在客观上产生富安娜公司实现已经失去有效法律文件支持的回购彭鑫股权的目的，而且可以确保富安娜公司作为上市公司不受股价波动的影响，实现按上市当天价格回购的收益，这即便是在彭鑫与富安娜公司签订有股权回购协议的情况下也不可能实现。目前富安娜公司股票在持续下跌，彭鑫即便能够卖出股份（因富安娜公司的申请保全行为一直处于查封状态），也实现不了原判认定的股权收益，难道彭鑫出资认购了富安娜公司股份，仅仅因为提前辞职，还需要彭鑫在出资额之外向富安娜公司承担巨额赔偿责任吗？这显然不公平！没有任何法律依据！原判适用法律错误，依法应予纠正。

目前，本案一审判决的内容经由富安娜公司公告，已经引起了证券市场各方的关注。富安娜公司为上市目的终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，实际上却继续依据已经失效的激励计划对股东权利进行限制，是否涉嫌构成对证券监管机构及广大公众的欺骗，尚有待相关部门的调查认定，提请二审法院注意。请二审法院理清不同法律关系，依法裁判。

三、原判存在程序不当的情形，依法应予纠正。（一）部分文件未经质证即作为认定案件事实的依据，程序违法，应予纠正。原判第7页最后一段及第8页第一段“另查”所涉及的内容依据的主要材料系广东大华德律会计师事务所于2009年7月21日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止2009年6月30日、2008年12月31日、2007年12月31日、2006年12月31日财务报表的审计报告》（下称“《审计报告》”），但是彭鑫在一审审理过程中既未收到富安娜公司提交的该份证据，亦未收到法院送达的其调取该份《审计报告》文件，更未对该《审计报告》发表过质证意见。《最高人民法院关于民事证据的若干规定》第四十七条第一款规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”一审法院径自以未向彭鑫送达、更未经彭鑫质证的《审计报告》作为认定案件事实的依据，违反了以上证据必须经过质证的规定，程序违法，依法应予纠正。

（二）调查取证申请未经及时处理，程序违法，应予纠正。为了证明涉案《承诺函》的虚假性，彭鑫在一审举证期限内书面申请一审法院依职权向平安证券有限责任公司调取彭鑫出具的真实《承诺函》，但一审法院在2013年11月26日开庭时并未做出任何同意或不同意的回

应，直至庭审结束近四个月之后的 2014 年 3 月 23 日彭鑫才收到一审法院作出的不予准许决定书，程序不合法，明显存在偏袒富安娜公司的嫌疑，应予纠正。平安证券有限责任公司保存的、彭鑫出具的真实的关于对原始股票存在转让限制的《承诺函》系确定涉案关键证据《承诺函》虚假性的重要依据，彭鑫再次强烈请求二审法院依职权向平安证券有限责任公司调取包括彭鑫在内的富安娜公司首次公开发行股票前 113 位股东出具的真实《承诺函》，依法处理，维护彭鑫的合法权益。

（三）一审程序存在其他保全程序不当的行为，应予纠正。涉案诉讼发生后，一审法院根据富安娜公司的申请对彭鑫的涉案股票或资金账户进行了查封，查封期限届满，彭鑫未收到新的查封通知或者裁定文件，彭鑫的股票账户财产却事实一直处于查封状态，一审法院变更或者延长财产保全期限的行为未通知彭鑫，程序不当，依法应予纠正。

彭鑫上诉请求：1、撤销原判，依法改判驳回富安娜公司的诉讼请求；2、判令富安娜公司承担本案一、二审的诉讼费用。

被上诉人富安娜公司在本院二审调查时口头答辩称：原判认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院依法维持原判，驳回彭鑫的上诉。个别案件的瑕疵或者不足的地方，不影响整个案件事实的认定和法律的适用，不足以改判。

本院对原审判决查明的事实予以确认。

另查明：原审中，富安娜公司提交广东大华德律会计师事务所于 2009 年 7 月 21 日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止 2009 年 6 月 30 日、2008 年 12 月 31 日、2007 年 12 月 31 日、2006 年 12 月 31 日财务报表的审计报告》作为证据，原审法院于 2013 年 11 月 26 日组织双方当事人进行证据交换并质证，彭鑫对该证据的真实性、合法性予以确认。2013 年 1 月 29 日，彭鑫向原审法院提出鉴定申请，申请对《承诺函》第三行文字至彭鑫签名前的文字形成时间进行鉴定，并对彭鑫签名下方填写的日期形成时间进行鉴定。2013 年 3 月 11 日，彭鑫变更鉴定申请，申请对《承诺函》上第三段文字至彭鑫签名前的文字的形成时间与前两段文字形成时间是否一致、彭鑫的签名形成日期与落款日期的形成时间进行鉴定，并表示同意由法院指定鉴定人、在收到缴费通知后七日内预交鉴定费，逾期视为撤回鉴定申请。2013 年 3 月 19 日，彭鑫再次变更鉴定申请：1、取消对《承诺函》上日期的形成时间进行鉴定；2、增加对《承诺函》上彭鑫的签名及指纹的真伪进行鉴定；3、保留关于《承诺函》上第一段文字形成时间与第一段之后的文字形成时间是否为同一时间进行比对鉴定。一、二审中，彭鑫均确认其收到法院预交鉴定费通知书后未预交鉴定费。

原审法院依据富安娜公司的申请，于 2012 年 12 月 26 日作出（2013）深南法民二初字第 43 号民事裁定，裁定对彭鑫价值 3579239.04 元的财产采取保全措施。原审法院于 2012 年 12 月 27 日查封彭鑫名下的 108135 股富安娜公司股份，查封担保人陈国红名下用于担保的位于深圳市南山区蛇口步行街南水小区 B8 栋整栋房产。后原审法院决定变更查封方式，原审法院于 2013 年 4 月 19 日查封彭鑫在广发证券股份有限公司深圳彩田路证券营业部的账户资金 3579239.04 元，该账户股票可以交易，但资金不得转出。

二审中，彭鑫向本院申请对《承诺函》进行司法鉴定，鉴定内容为：1、对《承诺函》中彭鑫指模的真伪进行鉴定，包括对指模的形成方式进行鉴定；2、对《承诺函》中彭鑫的签名的形成时间进行鉴定，并和 2008 年 3 月 20 日临时股东大会决议中董事会签名的形成时间进行比对；3、对《承诺函》中承诺部分第一段承诺内容打印文字的打印形成时间进行鉴定。彭鑫还提交了 2013 年 12 月 17 日广东南天司法鉴定所出具的粤南（2013）文鉴字第 795 号《文书司法鉴定意见书》、2014 年 9 月 21 日广东财安司法鉴定所出具的粤财安司法（2014）文鉴字第 20 号《司法鉴定意见书》，用以证明另案诉讼中，法院委托鉴定人对案外人陈瑾、梅连清在《承诺函》上签名的真实性、形成时间等内容进行了鉴定，《承诺函》上梅连清签名字迹不是梅连清所写，《承诺函》落款处梅连清签名字迹与《确认函》签署人梅连清签名

字迹不是同一支笔一次性形成,《承诺函》打印文字与《确认函》打印文字是同一台打印机打印不是同期打印形成,《承诺函》纸张与《确认函》纸张不是同批次和同日期生产,《承诺函》第一段文字与第四段文字系同一时间打印形成,第四段文字不是《承诺函》签署之日打印,而是在 2008 年 5 月中旬前后打印形成。

本院认为:二审中,双方当事人争议的焦点问题一是 2008 年 3 月 20 日有彭鑫签名的《承诺函》的证明力问题,二是法院是否可依据《承诺函》确定彭鑫所负义务的问题。对此,本院评判如下:

一、关于 2008 年 3 月 20 日有彭鑫签名的《承诺函》的证明力问题。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条第二款规定:“对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人,在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。”本案中,富安娜公司提交了《承诺函》原件,彭鑫对其真实性不予确认,向原审法院申请鉴定。但是,彭鑫在原审法院指定期限内无正当理由未预交鉴定费,依法应承担举证不能的法律后果。原判确认《承诺函》的证明力,是正确的。二审中,彭鑫申请再对《承诺函》进行鉴定,与法律规定不符。彭鑫虽提交了另案中鉴定人出具的对案外人签署的《承诺函》的相关鉴定意见,但是,该鉴定意见与本案中彭鑫签署的《承诺函》的证明力没有必然联系,不足以否定原判对《承诺函》证明力的认定。本院认为,原判对于《承诺函》证明力的认定是正确的,二审中无需对《承诺函》再进行鉴定。

二、关于法院是否可依据《承诺函》确定彭鑫所负义务的问题。这涉及到多个问题的审查认定,本院分别评判如下:第一,彭鑫是根据《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》的规定,自愿出资认购富安娜公司内部一定限制的普通股而取得该公司股份。从《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》的内容来看,该计划的激励对象是富安娜公司的高级管理人员及主要业务骨干,激励对象可自愿认购,但其转让需受到公司内部一定限制。彭鑫是否以优惠价格认购普通股,不影响该事实的认定和本案的处理。第二,由于富安娜公司在上市后难以直接对激励对象转让股份的行为进行限制,亦难以直接回购激励对象的股份,故富安娜公司在终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》并根据自愿原则将激励对象所持限制性股份转化为无限制普通股的同时,采取由激励对象自愿出具《承诺函》的方式继续对激励对象进行约束。基于此,彭鑫自愿出具《承诺函》。原判认定《承诺函》是《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》的变通与延续,彭鑫自愿出具《承诺函》,不违反公平原则,合法有效,是正确的。彭鑫以各激励对象出具的《承诺函》格式及主要内容相同,主张《承诺函》系格式条款,明显增加了彭鑫作为股东的义务和责任,且限制了其作为劳动者的自由择业权,应认定为无效,本院不予支持。第三,虽然彭鑫与富安娜公司存在劳动合同关系,但双方之间的劳动合同关系与彭鑫购买富安娜公司限制性股份形成的股权关系,属于两个独立的、不同性质的法律关系,有着不同的权利义务内容。原判在认定判断《承诺函》的内容是否符合法律规定时,适用《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国公司法》,而不适用《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》,并无不当。第四,根据《承诺函》,激励对象如在富安娜公司 A 股上市之日起三年内以书面的形式向富安娜公司提出辞职或连续旷工超过七日的,应向富安娜公司支付违约金,违约金=(激励对象持有的富安娜公司股份在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-激励对象发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的富安娜公司经审计的每股净资产)×(本承诺函签署日激励对象持有的富安娜股份+激励对象持有的富安娜公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股)。从“违约金”的计算公式不难看出,激励对象按照《承诺函》向富安娜公司支付“违约金”

后所能获得的利益仍为激励对象违反承诺日上一年度经审计的每股净资产价。这体现了激励与约束相结合原则，不存在违约金过高的情形，不违反公平原则，是合法有效的。

另，彭鑫申请法院调取其在富安娜公司股票首次公开发行前向证券公司出具的《承诺函》。对此，本院认为，如前所述，富安娜公司提交的《承诺函》是《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的变通与延续，彭鑫是作为股权激励对象，自愿向富安娜公司出具，表示愿意接受相关约束。即使彭鑫确曾向证券公司出具过《承诺函》，且内容有别于其向富安娜公司出具的《承诺函》，那么，也不应据以认定彭鑫与富安娜公司之间的权利义务关系。原审法院未向证券公司调取该证据，并无不妥。

彭鑫称富安娜公司在支付违约金期限届满前起诉，并申请法院查封了涉案股票，逾期支付违约金的利息损失应由富安娜公司承担。对此，本院认为，富安娜公司起诉，请求判令彭鑫支付“违约金”，诉讼中，彭鑫对此债务不予确认，亦未作出愿意履行债务的意思表示，原判判令彭鑫承担从应付款之日起至判决确定的付款之日止的利息，符合法律规定。

《承诺函》规定：“若发生上述违反承诺的情形，本人应在持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金。”彭鑫支付“违约金”是附履行期限的，履行期限届满，富安娜公司才知道彭鑫是否支付“违约金”，才知道权利是否被侵害。彭鑫持有富安娜公司股票可上市交易的时间为2012年12月30日，因2012年12月30日为非交易日，可上市交易之日顺延至2012年12月31日，此后三个交易日前即2013年1月8日前，彭鑫应向富安娜公司支付“违约金”，本案诉讼时效期间应从2013年1月9日起算。彭鑫主张本案诉讼时效期间从彭鑫离职之日起算，与《承诺函》不符，本院不予支持。

综上，彭鑫的上诉理由均不成立，本院不予采纳。原判认定事实清楚，适用法律正确，处理结果正确，本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费16556.68元（已由彭鑫预交），由彭鑫负担。

本判决为终审判决。

审判长 袁洪涛

代理审判员 王伟

代理审判员 曹圆媛

二〇一四年十二月十八日

书记员 陈敏慧（兼）

其他与公司有关的纠纷一审民事判决书

上海市虹口区人民法院

民事判决书

(2015)虹民二(商)初字第1205号

原告王茁：男，1968年7月27日出生，汉族，公司职员，住上海市虹口区山阴路XXX弄XXX号。委托诉讼代理人：吴冬，上海市汇业律师事务所律师。委托诉讼代理人：年沙，上海市汇业律师事务所律师。被告：上海家化联合股份有限公司，住所地上海市保定路XXX号。法定代表人：谢文坚，董事长。委托诉讼代理人：崔庆玮，国浩律师(上海)律师事务所律师。委托诉讼代理人：达健，国浩律师(上海)律师事务所律师。原告王茁与被告上海家化联合股份有限公司其他与公司有关的纠纷一案，本院于2015年8月14日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告王茁及其委托诉讼代理人吴冬、年沙律师、被告委托诉讼代理人崔庆玮、达健律师到庭参加诉讼，本案现已审理终结。原告向本院提出诉讼请求：要求被告对原告持有的315,000股的上海家化股权激励股票给予解锁。事实和理由：原告于2004年1月1日进入被告公司工作，自2012年12月18日起担任公司总经理，并于2013年11月19日与被告签订《无固定期限劳动合同》。原告作为公司高级管理人员，于2012年参与并制定了被告对董事、中高层管理人员及核心技术人员《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票激励计划(草案)》及《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票激励计划(草案修订稿)》。根据该计划，原告通过与被告签订《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票授予协议》(以下简称《授予协议》)认购了被告公司A股限制性股票，数量为350,000股。2014年5月13日，被告通过电子邮件向原告发了《员工违纪处理通知书》，解除与原告的劳动合同。2014年5月20日，原告收到被告《关于五届十七次董事会的通知》以及《五届十七次董事会关于回购并注销王茁尚未解锁股权激励股票的议案》，被告辞退原告，回购并注销原告尚未解锁的限制性股票315,000股。2014年6月3日，被告发布《上海家化联合股份有限公司五届十七次董事会决议的公告》，通过上述议案。原告认为，总经理不是内控制定及执行的主要责任人，原告不存在《激励计划》第十二条规定的违纪行为以及违反公司规定损害公司利益的行为，被告辞退原告目的是恶意剥夺原告股权。被告单方强行回购原告尚未解锁的股权激励股票，没有事实与法律依据，严重违反《激励计划》及《授予协议》的约定。被告辩称，不同意原告诉讼请求。1、原告已被免除总经理职务，不再属于《激励计划》中规定的激励对象。2、原告违反公司规定、损害公司利益、根据被告公司《员工手册》给予原告记过处分，被告董事会有权回购尚未解锁的股票。3、被告董事会作出回购并注销原告激励股票的决定，已经公司股东大会通过。回购并注销股票是公司减资行为，被告履行减资程序，已对外公示，原告诉请已不具有可操作性。当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对相关证据和事实，本院认定如下：被告于2012年4月5日召开董事会审议通过《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票激励计划(草案)》，2012年5月7日，被告对限制性股票激励计划的相应内容进行了修订，形成《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票激励计划(草案修订稿)》(以下两项简称《激励计划》)。该《激励计划》第三部分第一节第二条规定：“本次激励对象为公司及其子公司的董事(不含独立董事)、高级管理人员、中层管理人员，核心技术(业务)人员，且均不持有公司首次公开发行前已发行股份”，“激励对象中不包括公司监事、独立董事及公司实际控制人”。第七部分第一条授予价格规定：“限制性股票的授予价格为16.41元，即满足授予条件后，激励对象可以16.41元的价格购买1股公司向激励对象定向增发的上海家化A股股票。”第二条“授予价格的确定方法：授予价格依据审议通过本计划(草案)的公司第四届董事会第十六次会议决议日前20个交易日公司股票均价32.82元/股的50%确定，

即 16.41 元/股。”第八部分第一条“限制性股票的获授条件”规定：“激励对象未发生如下之一情形：(1)最近三年内被证券交易所公开谴责或宣布为不适当人选的；(2)最近三年内因重大违法违规行为被中国证监会予以行政处罚的；(3)具有《公司法》第 147 条规定的不得担任公司董事、高级管理人员情形的；(4)激励对象单方面终止劳动合同的；(5)在任职期间因犯罪受司法机关刑事处罚的，或违反公司规定、损害公司利益根据员工手册给予记过以上处分的。根据《考核办法》，激励对象上一年度绩效考核合格。”第三条规定：“本计划授权激励对象的限制性股票分三期解锁，在解锁期内满足本计划的解锁条件的，激励对象可以申请股票解除锁定并上市流通。”“锁定期：自激励对象获授限制性股票授予日后的 12 个月。”

“解锁安排：第一批于授予日 12 个月后至 24 个月内解锁；第二批于授予日 24 个月后至 36 个月内解锁；第三批于授予日 36 个月后至 48 个月内解锁。”“解锁比例：40%、30%和 30%。”

第十二部分第一条规定：“激励对象职务发生变更，不符合本激励计划的激励对象范围，或已经从公司或公司的控股子公司离职，与公司或公司控股子公司彻底解除劳动合同的，经公司董事会批准，可以取消授予激励对象尚未解锁的限制性股票，由公司按照授予价格进行回购注销。”“激励对象职务发生变更，但仍为公司的董事(不含独立董事)、高级管理人员、中层管理人员，核心技术(业务)人员，或者被公司委派到公司的控股子公司任职，原则上已获授的限制性股票不作变更。”第十二部分第二条规定：“激励对象在任职期间因犯罪受司法机关刑事处罚的，或违反公司规定、损害公司利益根据员工手册给予记过以上处分的，经公司董事会批准，可以注销激励对象解锁的限制性股票，回购价格按照以下三种价格较低者确定：(1)限制性股票的授予价格；(2)回购实施日前 20 个交易日的公司股票均价；(3)回购实施日前一个交易日的公司股票收盘价。”第五条规定“对于上述规定之外的情形，公司董事会根据激励对象的具体情况酌情作出处置激励对象未解锁的标的股票。”原、被告于 2012 年 6 月 1 日签订《授予协议》，规定：原告属于本计划确定的激励对象范围，并为被告董事会确定有权参与本计划，原告将以 16.41 元/股的价格获授被告发行的 350,000 股 A 股发行上市的人民币普通股股票，双方在平等自愿基础上达成如下协议：被告负责将原告实际获授的限制性股票过户至原告账户。被告根据《激励计划》的有关规定对原告获授的限制性股票解锁，并按照《激励计划》中规定的解锁程序办理解锁事宜。原告上一年度考核结果达到合格(C)以上才具备限制性股票本年度的解锁条件。限制性股票的授予与锁定、解锁、激励计划在异动情况下的调整(包括激励对象发生职务变更、离职或死亡)、激励对象的权利与义务的约定均与《激励计划》中相关规定一致。违约责任中约定：“本协议任何一方违反本协议及本次激励计划文件规定的义务，造成另一方损失的，应承担赔偿责任。”激励计划文件为本协议附件，是本协议的组成部分，对本协议双方都具有约束力，本协议没有约定或约定不明的，以本协议附件为准。被告有权通过法定程序不经原告同意而对激励计划文件进行修改，修改后的激励计划文件对原告仍具有约束力。2012 年 6 月，被告发布《上海家化联合股份有限公司四届十九次董事会决议暨 2012 年股权激励之限制性股票授予公告》，原告获授 350,000 股限制性股票，授予价格为 16.41 元/股，授予日为 2012 年 6 月 6 日。其中第一期限限制性股票(对应获授股票总量的 40%)的解锁期自 2013 年 6 月 7 日起，第二期限限制性股票(对应获授股票总量的 30%)的解锁期自 2014 年 6 月 7 日起，第三期限限制性股票(对应获授股票总量的 30%)的解锁期自 2015 年 6 月 7 日起。原告获授的限制性股票于 2012 年 6 月 21 日完成了股份登记手续。2013 年 5 月 21 日，被告发布《2012 年度利润分配实施公告》，被告向包括原告在内的全体股东进行每 10 股送 5 股的分配，调整后原告持有的限制性股票总数为 525,000 股、每股限制性股票回购价格(授予价格)为 10.94 元/股。原告持有的第一期 40%限制性股票经公司董事会批准自 2013 年 6 月 7 日起解锁并上市流通，剩余未解锁限制性股票 315,000 股，其中：第二期限限制性股票数为 157,500 股，第三期限限制性股票数为 157,500 股。2014 年 3 月 11 日，被告作出五届十一次董事会决议，通过公司股权激励股票符合解锁

条件的议案，于3月13日作出公告：经董事会审查，公司和本次解锁对象均满足限制性股票解锁条件，公司申请第二次限制性股票解锁。2014年5月12日，被告召开五届十五次董事会，会议审议通过了《关于解除王茁先生公司总经理的职务及提请股东大会解除王茁先生董事职务的议案》。2014年5月30日，被告召开五届十七次董事会，会议审议通过了《关于回购并注销王茁尚未解锁股权激励股票的议案》，鉴于原告属于“违反公司规定、损害公司利益根据员工手册给予记过以上处分的”情形，其已不满足公司限制性股票解锁条件。董事会依据《激励计划》规定批准按授予价格回购并注销原告尚未解锁的限制性股票。被告于2014年6月4日发布《上海家化联合股份有限公司第五届十七次董事会决议公告》，审议通过关于回购并注销原告尚未解锁股权激励股票的议案，公司董事会决定原告已获授但尚未解锁的全部股权激励股票不予解锁，按照授予价格进行回购并注销，数量为315,000股，回购总价款为人民币3,446,100元，每股10.94元；关于公司股本减少的议案，鉴于公司董事会决定回购并注销部分股权激励股票，提请股东大会同意公司总股本相应减少315,000股，同意公司章程中关于注册资本的内容做相应修改，并提交股东大会审议等。2014年6月13日，被告第三次临时股东大会通过《关于解除王茁先生董事职务的议案》。2015年3月17日，被告独立董事作出《关于公司股权激励股票解锁的独立意见》，载明：经董事会审查，截至目前，公司满足第三次限制性股票解锁业绩考核条件；本次解锁对象（拟回购并注销限制性股票所涉人员除外）满足上述的第三次限制性股票解锁条件；公司第三次限制性股票解锁在规定时间内实施。2015年4月28日，被告召开2014年度股东大会，审议通过《关于回购并注销部分已授出的股权激励股票的议案》，决定回购原告尚未解锁的315,000股激励股票，回购总价款为3,446,100元，每股10.94元。2015年6月2日，被告董事会发布《关于2012年股权激励计划限制性股票第三次解锁暨上市公告》，本次解锁的限制性股票上市流通日为2015年6月8日。另查明：自2012年12月19日起，原告经被告董事会聘任担任公司总经理一职。2013年11月19日，原被告签订自2014年1月1日起的无固定期限劳动合同。2014年5月12日，被告召开五届十五次董事会，认为原告在被告与吴江市黎里沪江日用化学品厂（以下简称沪江日化）发生采购销售、资金拆借等关联交易事件中负有不可推卸的责任，审议并通过关于解除原告总经理职务及提请股东大会解除原告董事职务的议案。次日，被告向原告送达《员工违纪处理通知书》，决定：自2014年5月13日15时起，被告辞退原告，原告将不再是被告员工，不再担任总经理职务，不享受公司任何相关权益等。原告对通知书的内容及处理结果均不予认可，于2014年6月4日向上海市虹口区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求：1、与被告从2014年5月14日起恢复劳动关系；2、被告支付原告2014年5月14日至6月24日的工资72,660元。该委员会于8月4日作出裁决：1、原告要求与被告恢复劳动关系（从2014年5月14日起）的请求予以支持；2、被告支付原告2014年6月1日至6月24日的工资42,355.17元。被告不服，起诉来院（（2014）虹民四（民）初字第2100号，以下简称第2100号案）。本院于2015年5月26日依法判决：1、被告与原告恢复劳动关系；2、自本判决生效之日起三日内，被告支付原告2014年6月1日至6月24日的工资42,355.17元。一审判决后，被告不服向上海市第二中级人民法院（以下简称二中院）提起上诉。二中院于2015年9月25日判决：1、维持第2100号民事判决主文第一项；2、撤销第2100号民事判决主文第二项；被告支付原告2014年6月1日至6月24日工资10,520.77元。2015年10月10日，被告向原告发出《岗位通知函》，安排原告担任中国文化应用研究员一职，要求其每周提交不少于2万字关于中国文化研究的进展报告；每月提交不少于8万字的中国文化应用建议报告。2014年12月19日，中国证券监督管理委员会上海监管局（以下简称上海证监局）发布[2014]10号《行政处罚事先告知书》，因原告等17人系被告相关年度报告信息披露违法行为的其他直接责任人员，拟对原告等人给予警告，并分别处以3万元不等的罚款。2015年6月9日，上海证监局发布[2015]4号《行政处罚决定

书》，对原告等人给予警告，并分别处以 3 万元不等的罚款。2015 年 12 月 18 日，被告以邮寄方式向原告送达《员工违纪处理通知书》，该《员工违纪处理通知书》载明：被告于 2014 年 5 月 13 日曾对原告作出解除劳动合同的处罚决定，但二审法院经审理判定该处罚决定过重，撤销了被告做出的解除原告劳动合同的处罚决定，被告根据公司《员工手册》有关规定，决定将对原告的处分方式由“解除劳动合同”改为“记过”。再查明：本案涉讼 315,000 股的上海家化股权激励对象限制性股票尚登记在原告股票账户。截至本案判决之日，被告未因涉案纠纷办理股本变更、工商登记变更手续。被告《员工手册》规定，每年公司对员工当年工作业绩进行考核评价，评价结果分为五个等级：A+（卓越）、A（优秀）、B（良好）、C（尚可）、D（待改进）。截止 2012 年 12 月前的原告历年评定均为 A、B。被告对原告 2013 年的考核等级评定为 C。上述事实，由《激励计划》、《授予协议》、被告 2014 年度股东大会资料、被告董事会决议、《劳动合同书》、（2014）虹民四（民）初字第 2100 号民事判决书、（2015）沪二中民三（民）终字第 747 号民事判决书、《关于股权激励之限制性股票登记完成暨股份变动的公告》、《关于 2012 年股权激励之限制性股票第一次解锁暨上市公告》、《责令改正的决定》、《员工手册》、《员工违纪处理通知书》、《行政处罚决定书》、及原被告双方的陈述等予以证明，本院予以确认。本案的争议焦点：被告是否有权回购并注销已授予原告的上海家化股权激励对象限制性股票？原告认为：原告不存在违纪行为及损害公司利益的行为。被告此前在公告中从未提及原告职务发生变更、不再处于被激励对象范围及公司有权酌情处置原告限制性股票，回购并注销原告限制性股票之情形。股东大会已决议公司减资，也根本不能成为其对于原告限制性股票不予解锁的正当理由。被告认为：原告已被免除总经理职务，其不再属于激励计划的对象范围，根据员工手册给予原告记过处分，符合回购的规定，被告董事会作出回购并注销原告激励股票的决议，获得了被告股东大会的批准，被告公司在 2015 年 4 月份年度股东大会上已通过了回购并注销原告的限制性股票，被告有权对原激励计划进行变更。该项回购并注销激励股票的决议同时也构成被告注册资本的减少，原告要求被告继续给付激励股票的主张在法律上和事实上均不能履行。本院认为：被告授予限制性股票的目的是促进公司建立、健全长期激励与约束机制，有效调动公司经营管理人员、核心技术（业务）人员的积极性，吸引和稳定优秀人才。激励对象仅限于公司的董事（不含独立董事）、高级管理人员、中层管理人员，核心技术（业务）人员等。鉴于被告属于《激励计划》确定的激励对象范围，并为被告董事会确定为有权参与激励计划，以 16.41 元/股的价格获授被告发行的 350,000 股 A 股上海家化普通股股票，原、被告在平等自愿基础上签订《授予协议》，并约定《激励计划》作为该协议附件，是该协议的组成部分，《授予协议》、《激励计划》对双方都具有约束力。《授予协议》、《激励计划》约定激励对象职务发生变更、不符合本激励计划的激励对象范围经公司董事会批准，可以取消授予激励对象尚未解锁的限制性股票，由公司按照授予价格进行回购注销。同时又规定“激励对象职务发生变更，但仍为公司的董事（不含独立董事）、高级管理人员、中层管理人员，核心技术（业务）人员，或者被公司委派到公司的控股子公司任职，原则上已获授的限制性股票不作变更”。原告持有的第一期 40% 限制性股票经公司董事会批准自 2013 年 6 月 7 日起解锁并上市流通，剩余未解锁限制性股票 315,000 股，其中：第二期限制性股票数为 157,500 股应于 2014 年 6 月 7 日解锁，第三期限制性股票数为 157,500 股应于 2015 年 6 月 7 日解锁。被告第二批股票解锁时，原告仍然担任被告公司董事，其董事职务是在 2014 年 6 月 12 日的股东大会上被解除。换言之，虽然在公司股票解锁时原告已经不再担任总经理职务了，但仍为公司董事的，仍属于被激励对象范围。《激励计划》规定激励对象上一年度考核结果达到合格（C）以上才具备限制性股票本年度的解锁。原告 2013 年度考核结果为合格（C），具备限制性股票本年度的解锁条件。原告有权要求被告对其第二期限制性股票进行解锁，被告应根据《激励计划》的有关规定对原告获授的限制性股票解锁，并按照《激励计划》中规定的解锁程序办理解锁事宜。依据目前证据，

被告第三期限限制性股票数可以解锁时,原告已不属于激励对象范围,要求解锁的条件不成立,故原告要求对其已获授的第三期限限制性股票数予以解锁的诉讼请求,不予支持。对被告辩称公司不能违背股东大会决议行事,本案诉讼请求无法执行,本院认为,股东大会决议应合法、合理,其无权决定回购并注销原告作为激励对象已经取得的限制性股票的权利。被告以此为由剥夺原告的合法权利,显属不当。对此,本院不予采信。限制性股票的锁定和解锁,经董事会或董事会授权的机构确认后,上市公司应当向证券交易所提出行权申请,经证券交易所确认后,由证券登记结算机构办理登记结算事宜。现涉案的限制性股票,登记在原告名下,被告所诉的原告诉请不具有可操作性与事实不符,本院亦不予采信。综上所述,依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、《中华人民共和国公司法》第一百四十一条第二款之规定,判决如下:一、被告上海家化联合股份有限公司对原告王茁持有的 157,500 股的上海家化股权激励限制性股票给予解锁;二、驳回原告其他诉讼请求。本案受理费 34,368.80 元,由原告、被告各半负担 17,184.40 元。如不服本判决,可在判决书送达之日起十五日内,向本院递交上诉状,并按对方当事人的人数提出副本,上诉于上海市第二中级人民法院。

审判长 施剑蓉
审判员 金革平
人民陪审员 张素华
二〇一六年八月三十一日
书记员 梁聪聪

泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司等二审行政判决书

北京市高级人民法院
行政判决书

(2018)京行终 4415 号

上诉人(原审原告)泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司,住所地福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室。

法定代表人庄学恩,总经理。

委托代理人弋东东,北京市鼎知律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)上海电影股份有限公司,住所地上海市漕溪北路 595 号。

法定代表人任仲伦,董事长。

委托代理人卢亮,北京市君合律师事务所律师。

委托代理人马强,北京市君合律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)国家工商行政管理总局商标评审委员会,住所地北京市西城区茶马南街 1 号。

法定代表人赵刚,主任。

委托代理人邢妍,国家工商行政管理总局商标评审委员会审查员。

上诉人泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司(简称春回大地公司)因商标权无效宣告请求行政纠纷一案,不服北京知识产权法院(2016)京 73 行初 5375 号行政判决,向本院提起上诉。本院于 2018 年 8 月 3 日受理本案后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

北京知识产权法院查明:诉争商标为第 14374197 号“SFC”商标,由春回大地公司于 2014 年 4 月 14 日提出注册申请,并于 2015 年 7 月 21 日获准注册,核定使用于第 41 类配音、录像带发行、私人健身教练服务、出借书籍的图书馆、动物训练、为艺术家提供模特服务、娱乐、组织教育或娱乐竞赛服务上。

2015 年 11 月 2 日,国家工商行政管理总局商标评审委员会(简称商标评审委员会)收到上海电影股份有限公司(简称上影公司)提交的《注册商标无效宣告申请书》。该申请书第 5 页载明,“争议商标的注册违反商标法第四十四条,属于‘以不正当手段取得注册’的情况,主观恶意明显,应该予以宣告无效”。同时,上影公司提交了下列证据材料:

- 1、上影公司官网(www.sh-sfc.com)及上影影城官网(www.sfccinema.com)页面;
- 2、百度百科对上影公司的相关介绍;
- 3、上影公司首次公开发行人 A 股股票招股说明书(申报稿)封面;
- 4、上影公司旗下影院外观、经营场所、制作的《电影首映》刊物、办公用品等照片;
- 5、上影公司于 2014 年在《新民晚报》上发布的广告宣传;
- 6、上影公司旗下微信公众号列表;
- 7、天下票仓网站(www.txpc.cn)页面;
- 8、美团、格瓦拉电影网中搜索上影公司旗下影院所得结果页面;
- 9、艺恩网中搜索上影公司旗下影院票房数据所得结果页面。

前述证据均用以证明上影公司对“SFC”标识的宣传、使用情况。

2016 年 3 月 20 日,春回大地公司提交答辩意见称,诉争商标系春回大地公司在案外人上海申花足球俱乐部有限公司的“SFC”商标有效期满未续展的情况下申请注册,故诉争商标的

注册手段正当。在案证据不能证明“SFC”为上影公司在先使用并具有一定知名度的商标。据此，上影公司的无效宣告理由不能成立。同时，春回大地公司提交了下列证据材料：

- 1、在中国商标网上查询“SFC”商标所得结果页面，用以证明“SFC”标识并非上影公司独创；
- 2、第 1924925 号“SFC”商标的详细信息，用以证明上海申花足球俱乐部有限公司曾注册“SFC”商标。

2016 年 6 月 15 日，春回大地公司向商标评审委员会提交《商标评审案件答辩材料目录（补充）》及证据材料 4 份。其中，《商标评审案件答辩材料目录（补充）》中除列明证据名称外，另载有 3 点说明，内容为“1、以上材料证明‘泉州花城电子商务有限公司’和‘泉州绿地运动装备有限公司’系春回大地公司全资子公司，营业范围涉及 SFC 核定使用商品和服务，春回大地公司申请‘SFC’商标有其合理性和必要性；2、上述两家子公司名下均无商标，对于商标，春回大地公司一直以母公司的名义统一申请、统一管理、统一使用；3、春回大地公司已经开始为子公司办理商标许可使用”。春回大地公司补充提交的 4 份证据材料包括（证据编号续前）：3、泉州花城电子商务有限公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 5 月 26 日；4、泉州花城电子商务有限公司企业登记基本情况表，其上显示法定代表人庄学恩的电话为 135XX****XX；5、泉州绿地运动装备有限公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 6 月 12 日；6、泉州绿地运动装备有限公司企业登记基本情况表，其上显示法定代表人庄学恩的电话为 135XX****XX。

针对春回大地公司的答辩理由及 6 份证据材料，上影公司向商标评审委员会提交质证意见称，其对春回大地公司提交的其他“SFC”商标的注册情况、两家子公司的营业执照及企业登记情况表的真实性不持异议，但前述证据不能证明春回大地公司注册诉争商标具备正当性。诉争商标系春回大地公司委托泉州泉港红运来知识产权代理有限公司（以下简称红运来知识产权代理公司）申请注册，在诉争商标申请注册之时，春回大地公司的法定代表人庄学恩同时也是红运来知识产权代理公司监事，故诉争商标系庄学恩利用春回大地公司进行的不正当注册。除诉争商标外，庄学恩还利用春回大地公司大量抢注了与他人知名商标相同或者近似的商标，并公开售卖。前述行为违反诚实信用原则，扰乱商标注册秩序。据此，诉争商标应予无效宣告。

为支持其质证理由，上影公司补充提交下列证据材料（证据编号续前）：

- 10、春回大地公司抢注他人知名商标情况列表，其上涉及 167 个商标，包括：7 个与中国人民大学校徽图形近似的商标，15 个与化妆品品牌“水之印”相同的“水之印”商标，26 个与显示器品牌“AOC”相同的“AOC”商标，10 个与自由行服务平台“蚂蜂窝”近似的“蚂蜂窝”商标，35 个与啤酒品牌“惠泉”相同的“惠泉”商标，13 个与纺织品牌“凤竹纺织”相近的“凤竹”商标，10 个与医疗器械品牌“加加林”相同的“加加林”商标，8 个与户外服装品牌“Col 及图”近似的“COL”商标等；
- 11、春回大地公司企业信用信息公示信息，其上显示该公司法定代表人为庄学恩，成立日期为 2011 年 6 月 30 日，2016 年 5 月 19 日公司注册资本、经营范围及章程发生变更，其中，注册资本变更前为 3 万元，变更后为 1299 万元；经营范围变更前为电子产品研发、办公用品批发，变更后为电子产品研发、办公用品批发；法律咨询等；
- 12、红运来知识产权代理公司企业公示信息，其上显示该公司成立日期为 2012 年 12 月 17 日，经营范围为知识产权代理、商标代理等，2014 年 8 月 8 日该公司监事发生变更，变更前监事为庄学恩；
- 13、第 13583233 号“天犬 TianQuan”商标的详细信息，其上显示该商标注册人为春回大地公司，核定使用服务包括第 45 类法律研究等；
- 14、春回大地公司法定代表人庄学恩的新浪微博及百度贴吧页面。

在此基础上，商标评审委员会于 2016 年 9 月 6 日作出商评字[2016]第 77566 号《关于第 14374197 号“SFC”商标无效宣告请求裁定书》（简称被诉裁定）。商标评审委员会在该裁定中认为：春回大地公司注册资本 3 万元，经营范围为“电子产品研发、办公用品批发”，其在多个商品、服务类别上申请注册了包括诉争商标在内的四百余件商标，明显超出经营所需和能力范围，具有抢注和囤积商标营利的目的。前述行为扰乱了正常的商标注册秩序，有损公平竞争的市场秩序，违反诚实信用原则，不应鼓励和支持。因此，诉争商标的注册违反了《中华人民共和国商标法》（简称商标法）第四十四条第一款规定，应予无效宣告。至于上影公司所称诉争商标的注册亦违反商标法第十条第一款第八项、第十三条、第三十二条规定之理由，皆因事实依据不足，不予支持。综上，依照商标法第四十四条第一款、第四十四条第三款、第四十六条的规定，裁定：诉争商标予以无效宣告。

春回大地公司不服被诉裁定，向北京知识产权法院提起诉讼，请求撤销被诉裁定，并判令商标评审委员会重新作出裁定。

在原审诉讼中，春回大地公司补充提交了下列证据材料（证据编号续前）：

- 7、春回大地公司营业执照，其上显示注册资本为 1299 万元；
 - 8、泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司涂岭分公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 10 月 9 日；
 - 9、商标使用许可备案受理通知书 2 份，涉及第 13569229 号“首发”商标与第 13930192 号“SFC”商标，2 份通知书显示商标许可人均均为春回大地公司，被许可人分别为泉州花城电子商务有限公司、泉州绿地运动装备有限公司，许可备案报送日期均为 2016 年 6 月；
 - 10、春回大地公司自制防御商标列表，具体涉及 52 个“徐夫人”商标、38 个“金鱼鳞”商标、7 个“鱼鳞”商标、27 个“AOC”商标，16 个“SFC”商标、35 个“惠泉”商标、13 个“风竹”商标、19 个“三优”商标、4 个“优三”商标；
 - 11、第 1924925 号“SFC”商标的详细信息，其上显示注册人为上海申花足球俱乐部有限公司，类别为第 16 类，专用权期限至 2012 年 11 月 6 日止；
 - 12、本院（2015）高行（知）终字第 1374 号行政判决书，该判决书认定“以‘其他不正当手段取得注册’主要是指注册手段而不是注册目的的不正当性”；
 - 13、《上海电影股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书》，封面显示有“SFC”标识；
 - 14、《“SFC”商标广告宣传品印制合同》3 份及付款凭证、宣传单，其中，3 份合同均由春回大地公司与同一案外人在 2017 年 1 月 2 日签订，3 份宣传单上显示的服务内容分别为“力量器械有氧塑身美式桌球”、“娱乐配音、舞台设备出租、票务服务”、“书法服务、文稿撰写”，地址均为福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室；
 - 15、产品销售单据 24 张，销货单位均为春回大地公司；
 - 16、泉州民东文化艺术有限公司营业执照及企业登记基本情况表，其中，营业执照显示成立日期为 2016 年 12 月 30 日，企业登记基本情况表显示法定代表人庄学恩电话为 135XX****XX。
- 上影公司向原审法院补充提交了以下证据材料（证据编号续前）：

- 15、最高人民法院（2014）知行字第 14 号行政裁定书与本院（2016）京行终 475 号行政判决书，该两份裁判文书均认定大量囤积商标谋取不正当利益行为，属于以“其他不正当手段”取得商标注册的情形；
- 16、春回大地公司抢注他人知名商标情况介绍，涉及春回大地公司申请注册的“安利皇后”商标、“农夫牧园”商标、“AOC”商标、“TOYO”商标、“水之印”商标、“惠泉”商标等；
- 17、（2016）京长安内经证字第 12894 号公证书（简称第 12894 号公证书），其上显示公证日期为 2016 年 5 月 30 日，公证内容包括春回大地公司企业公示信息、春回大地公司百度贴吧页面、庄学恩新浪微博页面、春回大地公司商标申请情况等。该公证书第 20 页显示“《注册商标期满未续展的法律风险》作者：庄学恩”，公证书第 26 页显示“庄学恩—135XXXX****”

一中国专利代理人一天犬商标战略工作室”，公证书第 42 页显示“徐夫人商标转让 135XXXX**庄学恩”，公证书第 66 页显示“徐夫人商标：①两千多年历史；②典故妇孺皆知；③上过《百家讲坛》；④大儒王立群代言；⑤与“习夫人”谐音，又合法合规；⑥类别基本覆盖（43 大类）；⑦现成，无风险”，公证书第 75—76 页显示“真实姓名：庄学恩；公司：知识产权（2000—至今）；职位：代理人”，公证书第 85—100 页显示春回大地公司申请注册的商标数量为 448 个；

18、上影公司域名“sh-sfc.com”注册信息，其上显示域名注册日期为 2012 年 7 月 19 日；

19、上影公司在实际经营中使用“SFC”标识的相关证明材料，包括《电影首映》刊物、影片兑换券、电影宣传海报、影片发行通知、员工名片、业务往来邮件、办公用品、员工手册、工作人员服装、一周年宣传视频等；

20、新浪微博用户“电影神奇 AMAZING”的部分微博页面截图，其中 2013 年 10 月 19 日转发的一则微博刊载了印制有“SFC 上影永华国际影城”字样的《神奇》电影票照片；

21、2013 年上映的《百万爱情宝贝》、《喜羊羊与灰太狼之喜气羊羊过蛇年》、《神奇》三部影片的片尾截图，其中影片发行方位置均标注有“SFC”标识及上影公司中英文企业名称；

22、上影公司于 2012 年至 2013 年间设立的部分影院开业典礼照片及影院经营场地租赁合同等，其中，照片显示上影公司在相关影院开业庆典中均使用了“SFC”标识；

23、大众点评网、时光网、美团网、蜘蛛网等网站中关于上影公司旗下影院的评论内容截图；

24、上影公司于 2013 年 5 月至 2014 年 4 月间在部分报纸媒体上发布的广告宣传资料，涉及 31 份《环球时报》、16 份《ShanghaiDaily 上海日报》、69 份《广州日报》，均显示有“SFC”标识；

25、春回大地公司诉上影公司侵害商标权纠纷一案庭审笔录，涉及如下内容：“审（审判长）：原告，你注册 SFC 本意？原（春回大地公司）：要注册三个字母的商标，对 26 个字母排列组合，如果组合出来有人注册了就排除掉，后来发现 SFC 可以注册，就注册在第 41 类”。

春回大地公司明确认可上影公司提交的第 12894 号公证书的真实性，并认可以下事实：

- 1、其于注册资本和经营范围变更前已申请注册有四百余件商标；
- 2、其法定代表人庄学恩曾为红运来知识产权代理公司的监事；
- 3、其提交的证据 10 中所涉 16 个“SFC”商标，均系其待案外人上海申花足球俱乐部有限公司的“SFC”商标有效期满后申请注册；
- 4、其与上影公司存在商标侵权纠纷，但该民事纠纷发生于上影公司针对其注册的第 14374197 号“SFC”商标提出无效宣告申请之后。

北京知识产权法院认为：商标评审委员会对春回大地公司的商标注册情况予以审查，并无不当。对于上影公司在评审阶段新提出春回大地公司大规模抢注他人知名商标的理由，商标评审委员会宜通知春回大地公司再次进行答辩。商标评审委员会并未超范围审理，但其审理程序存在瑕疵。商标评审委员会未在被诉裁定中列明春回大地公司提交证据的情况确有不妥，但春回大地公司的全部证据材料在法定期限内已经上影公司质证，春回大地公司关于商标评审委员会遗漏主要证据的主张，事实依据不足。春回大地公司在缺乏真实使用意图的情况下，将同一案外人在不同商品、服务类别上期满未续展的多个“SFC”商标申请注册，明显属于囤积商标的行为，被诉裁定关于诉争商标的注册属于商标法第四十四条第一款所指的“以其他不正当手段取得注册”的认定正确。春回大地公司以其变更后的工商登记信息主张其申请四百余件商标未超出经营所需和能力范围，事实依据不足。春回大地公司关于上影公司提出无效宣告申请具有恶意，且破坏先申请原则的主张，缺乏事实及法律依据。综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决：驳回春回大地公司的诉讼请求。

春回大地公司不服原审判决，向本院提起上诉，请求撤销原审判决及被诉裁定。其主要上诉理由是：1、诉争商标的注册没有违反商标法第四十四条第一款的规定，原审法院相关认定

有误；2、商标评审委员会超范围审理且遗漏了主要证据，原审法院的相关认定错误；3、上影公司囤积商标，其针对诉争商标提出无效宣告申请具有恶意，破坏了我国商标注册制度中的先申请原则；4、原审法院遗漏补充证据 5（即其注册资本增加至一亿元拥有六家全资子公司和一家分公司，经营范围涉及多个行业），漏审上影公司是否涉嫌欺诈上市。

上影公司和商标评审委员会服从原审判决。

经审理查明：原审判决查明事实清楚，且有诉争商标的商标档案、当事人在无效宣告程序和原审诉讼程序中提交的证据、被诉裁定及当事人陈述等在案佐证，本院对原审法院查明的事实予以确认。

本院认为：商标法第四十四条第一款规定，已经注册的商标是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

该项规定的立法精神在于贯彻公序良俗原则，维护良好的商标注册、管理秩序，营造良好的商标市场环境。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二十四条规定，以欺骗手段以外的其他方式扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者谋取不正当利益的，可以认定其属于商标法第四十四条第一款规定的“其他不正当手段”。

商标法第四条规定，自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。商标的基本功能在于区分商品或者服务的来源，民事主体申请商标注册应以满足自身的商标使用需求为目的，并具有真实的使用意图，即其申请注册商标的行为应具有正当性。

本案中，上影公司提交的证据 17 表明，春回大地公司申请注册 400 余件商标，除诉争商标外，其另注册有 15 个“SFC”商标，同时在案证据证明春回大地公司法人代表庄学恩具有从事知识产权代理的经历。综合上述因素，在春回大地公司提交的证据不足以证明其对诉争商标具有真实使用意图的情况下，商标评审委员会和原审法院认定春回大地公司具有囤积商标的行为，扰乱了商标注册秩序、影响市场正常运行规律且不正当占用公共资源，构成商标法第四十四条第一款所规定的“以其他不正当手段”取得商标注册的行为并无不当，本院予以支持。

上影公司向商标评审委员会提出诉争商标无效宣告申请时已明确主张诉争商标的注册属于商标法第四十四条第一款规定的以“其他不正当手段”取得注册的情形，并于质证阶段详细列举了春回大地公司大规模抢注他人知名商标的情况。同时，在案证据表明，春回大地公司已经进行了相应答辩。虽然商标评审委员会接受上影公司于质证阶段提出的该项理由未通知春回大地公司再次进行答辩存在审理程序瑕疵，但并未影响春回大地公司的实体权利，且最终结论并无不当。因此，春回大地公司据此主张原审法院相关认定错误的上诉理由，不能成立。

商标评审委员会在评审阶段已将春回大地公司提交的全部证据材料送达给上影公司质证，且被诉裁定对于上影公司的质证情况亦予载明，故春回大地公司关于商标评审委员会遗漏主要证据的主张，缺乏事实依据，本院对此不予支持。

春回大地公司提交的证据不足以证明上影公司囤积商标，并恶意针对诉争商标提出无效宣告申请。尽管原审法院并未针对补充证据 5 进行评述，但并不影响案件审理结果。此外，上影公司是否涉嫌欺诈上市并非本案审理范围。因此，对春回大地公司的相关上诉理由，本院均不予支持。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，审理程序合法，依法应予维持。春回大地公司的上诉理由均缺乏依据，本院均不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一、二审案件受理费各一百元，均由泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司负担（均已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 谢甄珂

审判员 王晓颖

审判员 王东勇

二〇一八年九月十六日

书记员 负璇

泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司等二审行政判决书

北京市高级人民法院
行政判决书

(2018)京行终 4425 号

上诉人(原审原告)泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司,住所地福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室。

法定代表人庄学恩,总经理。

委托代理人弋东东,北京市鼎知律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)上海电影股份有限公司,住所地上海市漕溪北路 595 号。

法定代表人任仲伦,董事长。

委托代理人卢亮,北京市君合律师事务所律师。

委托代理人马强,北京市君合律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)国家工商行政管理总局商标评审委员会,住所地北京市西城区茶马南街 1 号。

法定代表人赵刚,主任。

委托代理人邢妍,国家工商行政管理总局商标评审委员会审查员。

上诉人泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司(简称春回大地公司)因商标权无效宣告请求行政纠纷一案,不服北京知识产权法院(2016)京 73 行初 5376 号行政判决,向本院提起上诉。本院于 2018 年 8 月 3 日受理本案后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

北京知识产权法院查明:诉争商标为第 13930192 号“SFC”商标,由春回大地公司于 2014 年 1 月 16 日提出注册申请,并于 2015 年 4 月 21 日获准注册,核定使用于第 28 类钓鱼用具、游戏器具、玩具、足球棋、运动用球、锻炼身体器械、箭弓、体操器械、游泳池(娱乐用品)、塑料跑道、护腰、雪鞋、圣诞树架商品上。

2015 年 11 月 2 日,国家工商行政管理总局商标评审委员会(简称商标评审委员会)收到上海电影股份有限公司(简称上影公司)提交的《注册商标无效宣告申请书》。该申请书第 5 页载明,“争议商标的注册违反商标法第四十四条,属于‘以不正当手段取得注册’的情况,主观恶意明显,应该予以宣告无效”。同时,上影公司提交了下列证据材料:

- 1、上影公司官网(www.sh-sfc.com)及上影影城官网(www.sfccinema.com)页面;
- 2、百度百科对上影公司的相关介绍;
- 3、上影公司首次公开发行 A 股股票招股说明书(申报稿)封面;
- 4、上影公司旗下影院外观、经营场所、制作的《电影首映》刊物、办公用品等照片;
- 5、上影公司于 2014 年在《新民晚报》上发布的广告宣传;
- 6、上影公司旗下微信公众号列表;
- 7、天下票仓网站(www.txpc.cn)页面;
- 8、美团、格瓦拉电影网中搜索上影公司旗下影院所得结果页面;
- 9、艺恩网中搜索上影公司旗下影院票房数据所得结果页面。

前述证据均用以证明上影公司对“SFC”标识的宣传、使用情况。

2016 年 3 月 20 日,春回大地公司提交答辩意见称,诉争商标系春回大地公司在案外人上海申花足球俱乐部有限公司的“SFC”商标有效期满未续展的情况下申请注册,故诉争商标的

注册手段正当。在案证据不能证明“SFC”为上影公司在先使用并具有一定知名度的商标。据此，上影公司的无效宣告理由不能成立。同时，春回大地公司提交了下列证据材料：

- 1、在中国商标网上查询“SFC”商标所得结果页面，用以证明“SFC”标识并非上影公司独创；
- 2、第 1924925 号“SFC”商标的详细信息，用以证明上海申花足球俱乐部有限公司曾注册“SFC”商标。

2016 年 6 月 15 日，春回大地公司向商标评审委员会提交《商标评审案件答辩材料目录（补充）》及证据材料 4 份。其中，《商标评审案件答辩材料目录（补充）》中除列明证据名称外，另载有 3 点说明，内容为“1、以上材料证明‘泉州花城电子商务有限公司’和‘泉州绿地运动装备有限公司’系春回大地公司全资子公司，营业范围涉及 SFC 核定使用商品和服务，春回大地公司申请‘SFC’商标有其合理性和必要性；2、上述两家子公司名下均无商标，对于商标，春回大地公司一直以母公司的名义统一申请、统一管理、统一使用；3、春回大地公司已经开始为子公司办理商标许可使用”。春回大地公司补充提交的 4 份证据材料包括（证据编号续前）：3、泉州花城电子商务有限公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 5 月 26 日；4、泉州花城电子商务有限公司企业登记基本情况表，其上显示法定代表人庄学恩的电话为 135XX****XX；5、泉州绿地运动装备有限公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 6 月 12 日；6、泉州绿地运动装备有限公司企业登记基本情况表，其上显示法定代表人庄学恩的电话为 135XX****XX。

针对春回大地公司的答辩理由及 6 份证据材料，上影公司向商标评审委员会提交质证意见称，其对春回大地公司提交的其他“SFC”商标的注册情况、两家子公司的营业执照及企业登记情况表的真实性不持异议，但前述证据不能证明春回大地公司注册诉争商标具备正当性。诉争商标系春回大地公司委托泉州泉港红运来知识产权代理有限公司（以下简称红运来知识产权代理公司）申请注册，在诉争商标申请注册之时，春回大地公司的法定代表人庄学恩同时也是红运来知识产权代理公司监事，故诉争商标系庄学恩利用春回大地公司进行的不正当注册。除诉争商标外，庄学恩还利用春回大地公司大量抢注了与他人知名商标相同或者近似的商标，并公开售卖。前述行为违反诚实信用原则，扰乱商标注册秩序。据此，诉争商标应予无效宣告。

为支持其质证理由，上影公司补充提交下列证据材料（证据编号续前）：

- 10、春回大地公司抢注他人知名商标情况列表，其上涉及 167 个商标，包括：7 个与中国人民大学校徽图形近似的商标，15 个与化妆品品牌“水之印”相同的“水之印”商标，26 个与显示器品牌“AOC”相同的“AOC”商标，10 个与自由行服务平台“蚂蜂窝”近似的“马蜂窝”商标，35 个与啤酒品牌“惠泉”相同的“惠泉”商标，13 个与纺织品牌“凤竹纺织”相近的“凤竹”商标，10 个与医疗器械品牌“加加林”相同的“加加林”商标，8 个与户外服装品牌“Col 及图”近似的“COL”商标等；
- 11、春回大地公司企业信用信息公示信息，其上显示该公司法定代表人为庄学恩，成立日期为 2011 年 6 月 30 日，2016 年 5 月 19 日公司注册资本、经营范围及章程发生变更，其中，注册资本变更前为 3 万元，变更后为 1299 万元；经营范围变更前为电子产品研发、办公用品批发，变更后为电子产品研发、办公用品批发；法律咨询等；
- 12、红运来知识产权代理公司企业公示信息，其上显示该公司成立日期为 2012 年 12 月 17 日，经营范围为知识产权代理、商标代理等，2014 年 8 月 8 日该公司监事发生变更，变更前监事为庄学恩；
- 13、第 13583233 号“天犬 TianQuan”商标的详细信息，其上显示该商标注册人为春回大地公司，核定使用服务包括第 45 类法律研究等；
- 14、春回大地公司法定代表人庄学恩的新浪微博及百度贴吧页面。

在此基础上，商标评审委员会于 2016 年 9 月 6 日作出商评字[2016]第 77569 号《关于第 13930192 号“SFC”商标无效宣告请求裁定书》（简称被诉裁定）。商标评审委员会在该裁定中认为：春回大地公司注册资本 3 万元，经营范围为“电子产品研发、办公用品批发”，其在多个商品、服务类别上申请注册了包括诉争商标在内的四百余件商标，明显超出经营所需和能力范围，具有抢注和囤积商标营利的目的。前述行为扰乱了正常的商标注册秩序，有损公平竞争的市场秩序，违反诚实信用原则，不应鼓励和支持。因此，诉争商标的注册违反了《中华人民共和国商标法》（简称商标法）第四十四条第一款规定，应予无效宣告。至于上影公司所称诉争商标的注册亦违反商标法第十条第一款第八项、第十三条、第三十二条规定之理由，皆因事实依据不足，不予支持。综上，依照商标法第四十四条第一款、第四十四条第三款、第四十六条的规定，裁定：诉争商标予以无效宣告。

春回大地公司不服被诉裁定，向北京知识产权法院提起诉讼，请求撤销被诉裁定，并判令商标评审委员会重新作出裁定。

在原审诉讼中，春回大地公司补充提交了下列证据材料（证据编号续前）：

- 7、春回大地公司营业执照，其上显示注册资本为 1299 万元；
- 8、泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司涂岭分公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 10 月 9 日；
- 9、商标使用许可备案受理通知书 2 份，涉及第 13569229 号“首发”商标与第 13930192 号“SFC”商标，2 份通知书显示商标许可人均均为春回大地公司，被许可人分别为泉州花城电子商务有限公司、泉州绿地运动装备有限公司，许可备案报送日期均为 2016 年 6 月；
- 10、春回大地公司自制防御商标列表，具体涉及 52 个“徐夫人”商标、38 个“金鱼鳞”商标、7 个“鱼鳞”商标、27 个“AOC”商标，16 个“SFC”商标、35 个“惠泉”商标、13 个“风竹”商标、19 个“三优”商标、4 个“优三”商标；
- 11、第 1924925 号“SFC”商标的详细信息，其上显示注册人为上海申花足球俱乐部有限公司，类别为第 16 类，专用权期限至 2012 年 11 月 6 日止；
- 12、本院（2015）高行（知）终字第 1374 号行政判决书，该判决书认定“以‘其他不正当手段取得注册’主要是指注册手段而不是注册目的的不正当性”；
- 13、《上海电影股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书》，封面显示有“SFC”标识；
- 14、《“SFC”商标广告宣传品印制合同》3 份及付款凭证、宣传单，其中，3 份合同均由春回大地公司与同一案外人在 2017 年 1 月 2 日签订，3 份宣传单上显示的服务内容分别为“力量器械有氧塑身美式桌球”、“娱乐配音、舞台设备出租、票务服务”、“书法服务、文稿撰写”，地址均为福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室；
- 15、产品销售单据 24 张，销货单位均为春回大地公司；
- 16、泉州民东文化艺术有限公司营业执照及企业登记基本情况表，其中，营业执照显示成立日期为 2016 年 12 月 30 日，企业登记基本情况表显示法定代表人庄学恩电话为 135XX****XX。

上影公司向原审法院补充提交了以下证据材料（证据编号续前）：

- 15、最高人民法院（2014）知行字第 14 号行政裁定书与本院（2016）京行终 475 号行政判决书，该两份裁判文书均认定大量囤积商标谋取不正当利益行为，属于以“其他不正当手段”取得商标注册的情形；
- 16、春回大地公司抢注他人知名商标情况介绍，涉及春回大地公司申请注册的“安利皇后”商标、“农夫牧园”商标、“AOC”商标、“TOYO”商标、“水之印”商标、“惠泉”商标等；
- 17、（2016）京长安内经证字第 12894 号公证书（简称第 12894 号公证书），其上显示公证日期为 2016 年 5 月 30 日，公证内容包括春回大地公司企业公示信息、春回大地公司百度贴吧页面、庄学恩新浪微博页面、春回大地公司商标申请情况等。该公证书第 20 页显示“《注册商标期满未续展的法律风险》作者：庄学恩”，公证书第 26 页显示“庄学恩—135XXXX****”

一中国专利代理人一天犬商标战略工作室”，公证书第 42 页显示“徐夫人商标转让 135XXXX**庄学恩”，公证书第 66 页显示“徐夫人商标：①两千多年历史；②典故妇孺皆知；③上过《百家讲坛》；④大儒王立群代言；⑤与“习夫人”谐音，又合法合规；⑥类别基本覆盖（43 大类）；⑦现成，无风险”，公证书第 75—76 页显示“真实姓名：庄学恩；公司：知识产权（2000—至今）；职位：代理人”，公证书第 85—100 页显示春回大地公司申请注册的商标数量为 448 个；

18、上影公司域名“sh-sfc.com”注册信息，其上显示域名注册日期为 2012 年 7 月 19 日；

19、上影公司在实际经营中使用“SFC”标识的相关证明材料，包括《电影首映》刊物、影片兑换券、电影宣传海报、影片发行通知、员工名片、业务往来邮件、办公用品、员工手册、工作人员服装、一周年宣传视频等；

20、新浪微博用户“电影神奇 AMAZING”的部分微博页面截图，其中 2013 年 10 月 19 日转发的一则微博刊载了印制有“SFC 上影永华国际影城”字样的《神奇》电影票照片；

21、2013 年上映的《百万爱情宝贝》、《喜羊羊与灰太狼之喜气羊羊过蛇年》、《神奇》三部影片的片尾截图，其中影片发行方位置均标注有“SFC”标识及上影公司中英文企业名称；

22、上影公司于 2012 年至 2013 年间设立的部分影院开业典礼照片及影院经营场地租赁合同等，其中，照片显示上影公司在相关影院开业庆典中均使用了“SFC”标识；

23、大众点评网、时光网、美团网、蜘蛛网等网站中关于上影公司旗下影院的评论内容截图；

24、上影公司于 2013 年 5 月至 2014 年 4 月间在部分报纸媒体上发布的广告宣传资料，涉及 31 份《环球时报》、16 份《ShanghaiDaily 上海日报》、69 份《广州日报》，均显示有“SFC”标识；

25、春回大地公司诉上影公司侵害商标权纠纷一案庭审笔录，涉及如下内容：“审（审判长）：原告，你注册 SFC 本意？原（春回大地公司）：要注册三个字母的商标，对 26 个字母排列组合，如果组合出来有人注册了就排除掉，后来发现 SFC 可以注册，就注册在第 41 类”。

春回大地公司明确认可上影公司提交的第 12894 号公证书的真实性，并认可以下事实：

- 1、其于注册资本和经营范围变更前已申请注册有四百余件商标；
- 2、其法定代表人庄学恩曾为红运来知识产权代理公司的监事；
- 3、其提交的证据 10 中所涉 16 个“SFC”商标，均系其待案外人上海申花足球俱乐部有限公司的“SFC”商标有效期满后申请注册；
- 4、其与上影公司存在商标侵权纠纷，但该民事纠纷发生于上影公司针对其注册的第 14374197 号“SFC”商标提出无效宣告申请之后。

北京知识产权法院认为：商标评审委员会对春回大地公司的商标注册情况予以审查，并无不当。对于上影公司在评审阶段新提出春回大地公司大规模抢注他人知名商标的理由，商标评审委员会宜通知春回大地公司再次进行答辩。商标评审委员会并未超范围审理，但其审理程序存在瑕疵。商标评审委员会未在被诉裁定中列明春回大地公司提交证据的情况确有不妥，但春回大地公司的全部证据材料在法定期限内已经上影公司质证，春回大地公司关于商标评审委员会遗漏主要证据的主张，事实依据不足。春回大地公司在缺乏真实使用意图的情况下，将同一案外人在不同商品、服务类别上期满未续展的多个“SFC”商标申请注册，明显属于囤积商标的行为，被诉裁定关于诉争商标的注册属于商标法第四十四条第一款所指的“以其他不正当手段取得注册”的认定正确。春回大地公司以其变更后的工商登记信息主张其申请四百余件商标未超出经营所需和能力范围，事实依据不足。春回大地公司关于上影公司提出无效宣告申请具有恶意，且破坏先申请原则的主张，缺乏事实及法律依据。综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决：驳回春回大地公司的诉讼请求。

春回大地公司不服原审判决，向本院提起上诉，请求撤销原审判决及被诉裁定。其主要上诉理由是：1、诉争商标的注册没有违反商标法第四十四条第一款的规定，原审法院相关认定

有误；2、商标评审委员会超范围审理且遗漏了主要证据，原审法院的相关认定错误；3、上影公司囤积商标，其针对诉争商标提出无效宣告申请具有恶意，破坏了我国商标注册制度中的先申请原则；4、原审法院遗漏补充证据 5（即其注册资本增加至一亿元拥有六家全资子公司和一家分公司，经营范围涉及多个行业），漏审上影公司是否涉嫌欺诈上市。

上影公司和商标评审委员会服从原审判决。

经审理查明：原审判决查明事实清楚，且有诉争商标的商标档案、当事人在无效宣告程序和原审诉讼程序中提交的证据、被诉裁定及当事人陈述等在案佐证，本院对原审法院查明的事实予以确认。

本院认为：商标法第四十四条第一款规定，已经注册的商标是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

该项规定的立法精神在于贯彻公序良俗原则，维护良好的商标注册、管理秩序，营造良好的商标市场环境。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二十四条规定，以欺骗手段以外的其他方式扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者谋取不正当利益的，可以认定其属于商标法第四十四条第一款规定的“其他不正当手段”。

商标法第四条规定，自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。商标的基本功能在于区分商品或者服务的来源，民事主体申请商标注册应以满足自身的商标使用需求为目的，并具有真实的使用意图，即其申请注册商标的行为应具有正当性。

本案中，上影公司提交的证据 17 表明，春回大地公司申请注册 400 余件商标，除诉争商标外，其另注册有 15 个“SFC”商标，同时在案证据证明春回大地公司法人代表庄学恩具有从事知识产权代理的经历。综合上述因素，在春回大地公司提交的证据不足以证明其对诉争商标具有真实使用意图的情况下，商标评审委员会和原审法院认定春回大地公司具有囤积商标的行为，扰乱了商标注册秩序、影响市场正常运行规律且不正当占用公共资源，构成商标法第四十四条第一款所规定的“以其他不正当手段”取得商标注册的行为并无不当，本院予以支持。

上影公司向商标评审委员会提出诉争商标无效宣告申请时已明确主张诉争商标的注册属于商标法第四十四条第一款规定的以“其他不正当手段”取得注册的情形，并于质证阶段详细列举了春回大地公司大规模抢注他人知名商标的情况。同时，在案证据表明，春回大地公司已经进行了相应答辩。虽然商标评审委员会接受上影公司于质证阶段提出的该项理由未通知春回大地公司再次进行答辩存在审理程序瑕疵，但并未影响春回大地公司的实体权利，且最终结论并无不当。因此，春回大地公司据此主张原审法院相关认定错误的上诉理由，不能成立。

商标评审委员会在评审阶段已将春回大地公司提交的全部证据材料送达给上影公司质证，且被诉裁定对于上影公司的质证情况亦予载明，故春回大地公司关于商标评审委员会遗漏主要证据的主张，缺乏事实依据，本院对此不予支持。

春回大地公司提交的证据不足以证明上影公司囤积商标，并恶意针对诉争商标提出无效宣告申请。尽管原审法院并未针对补充证据 5 进行评述，但并不影响案件审理结果。此外，上影公司是否涉嫌欺诈上市并非本案审理范围。因此，对春回大地公司的相关上诉理由，本院均不予支持。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，审理程序合法，依法应予维持。春回大地公司的上诉理由均缺乏依据，本院均不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一、二审案件受理费各一百元，均由泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司负担（均已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 谢甄珂

审判员 王晓颖

审判员 王东勇

二〇一八年九月十六日

书记员 负璇

泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司等二审行政判决书

北京市高级人民法院
行政判决书

(2018)京行终 4409 号

上诉人(原审原告)泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司,住所地福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室。

法定代表人庄学恩,总经理。

委托代理人弋东东,北京市鼎知律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)上海电影股份有限公司,住所地上海市漕溪北路 595 号。

法定代表人任仲伦,董事长。

委托代理人卢亮,北京市君合律师事务所律师。

委托代理人马强,北京市君合律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)国家工商行政管理总局商标评审委员会,住所地北京市西城区茶马南街 1 号。

法定代表人赵刚,主任。

委托代理人邢妍,国家工商行政管理总局商标评审委员会审查员。

上诉人泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司(简称春回大地公司)因商标权无效宣告请求行政纠纷一案,不服北京知识产权法院(2016)京 73 行初 5378 号行政判决,向本院提起上诉。本院于 2018 年 8 月 3 日受理本案后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

北京知识产权法院查明:诉争商标为第 13629429 号“SFC”商标,由春回大地公司于 2013 年 11 月 28 日提出注册申请,并于 2015 年 8 月 28 日获准注册,核定使用于第 16 类包装用塑料膜、复写纸、海报、绘画材料、建筑模型、教学材料(仪器除外)、平版印刷工艺品、卫生纸、纸商品上。

2015 年 11 月 2 日,国家工商行政管理总局商标评审委员会(简称商标评审委员会)收到上海电影股份有限公司(简称上影公司)提交的《注册商标无效宣告申请书》。该申请书第 5 页载明,“争议商标的注册违反商标法第四十四条,属于‘以不正当手段取得注册’的情况,主观恶意明显,应该予以宣告无效”。同时,上影公司提交了下列证据材料:

- 1、上影公司官网(www.sh-sfc.com)及上影影城官网(www.sfccinema.com)页面;
- 2、百度百科对上影公司的相关介绍;
- 3、上影公司首次公开发行 A 股股票招股说明书(申报稿)封面;
- 4、上影公司旗下影院外观、经营场所、制作的《电影首映》刊物、办公用品等照片;
- 5、上影公司于 2014 年在《新民晚报》上发布的广告宣传;
- 6、上影公司旗下微信公众号列表;
- 7、天下票仓网站(www.txpc.cn)页面;
- 8、美团、格瓦拉电影网中搜索上影公司旗下影院所得结果页面;
- 9、艺恩网中搜索上影公司旗下影院票房数据所得结果页面。

前述证据均用以证明上影公司对“SFC”标识的宣传、使用情况。

2016 年 3 月 20 日,春回大地公司提交答辩意见称,诉争商标系春回大地公司在案外人上海申花足球俱乐部有限公司的“SFC”商标有效期满未续展的情况下申请注册,故诉争商标的

注册手段正当。在案证据不能证明“SFC”为上影公司在先使用并具有一定知名度的商标。据此，上影公司的无效宣告理由不能成立。同时，春回大地公司提交了下列证据材料：

- 1、在中国商标网上查询“SFC”商标所得结果页面，用以证明“SFC”标识并非上影公司独创；
- 2、第 1924925 号“SFC”商标的详细信息，用以证明上海申花足球俱乐部有限公司曾注册“SFC”商标。

2016 年 6 月 15 日，春回大地公司向商标评审委员会提交《商标评审案件答辩材料目录（补充）》及证据材料 4 份。其中，《商标评审案件答辩材料目录（补充）》中除列明证据名称外，另载有 3 点说明，内容为“1、以上材料证明‘泉州花城电子商务有限公司’和‘泉州绿地运动装备有限公司’系春回大地公司全资子公司，营业范围涉及 SFC 核定使用商品和服务，春回大地公司申请‘SFC’商标有其合理性和必要性；2、上述两家子公司名下均无商标，对于商标，春回大地公司一直以母公司的名义统一申请、统一管理、统一使用；3、春回大地公司已经开始为子公司办理商标许可使用”。春回大地公司补充提交的 4 份证据材料包括（证据编号续前）：3、泉州花城电子商务有限公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 5 月 26 日；4、泉州花城电子商务有限公司企业登记基本情况表，其上显示法定代表人庄学恩的电话为 135XX****XX；5、泉州绿地运动装备有限公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 6 月 12 日；6、泉州绿地运动装备有限公司企业登记基本情况表，其上显示法定代表人庄学恩的电话为 135XX****XX。

针对春回大地公司的答辩理由及 6 份证据材料，上影公司向商标评审委员会提交质证意见称，其对春回大地公司提交的其他“SFC”商标的注册情况、两家子公司的营业执照及企业登记情况表的真实性不持异议，但前述证据不能证明春回大地公司注册诉争商标具备正当性。诉争商标系春回大地公司委托泉州泉港红运来知识产权代理有限公司（以下简称红运来知识产权代理公司）申请注册，在诉争商标申请注册之时，春回大地公司的法定代表人庄学恩同时也是红运来知识产权代理公司监事，故诉争商标系庄学恩利用春回大地公司进行的不正当注册。除诉争商标外，庄学恩还利用春回大地公司大量抢注了与他人知名商标相同或者近似的商标，并公开售卖。前述行为违反诚实信用原则，扰乱商标注册秩序。据此，诉争商标应予无效宣告。

为支持其质证理由，上影公司补充提交下列证据材料（证据编号续前）：

- 10、春回大地公司抢注他人知名商标情况列表，其上涉及 167 个商标，包括：7 个与中国人民大学校徽图形近似的商标，15 个与化妆品品牌“水之印”相同的“水之印”商标，26 个与显示器品牌“AOC”相同的“AOC”商标，10 个与自由行服务平台“蚂蜂窝”近似的“蚂蜂窝”商标，35 个与啤酒品牌“惠泉”相同的“惠泉”商标，13 个与纺织品牌“凤竹纺织”相近的“凤竹”商标，10 个与医疗器械品牌“加加林”相同的“加加林”商标，8 个与户外服装品牌“Col 及图”近似的“COL”商标等；
- 11、春回大地公司企业信用信息公示信息，其上显示该公司法定代表人为庄学恩，成立日期为 2011 年 6 月 30 日，2016 年 5 月 19 日公司注册资本、经营范围及章程发生变更，其中，注册资本变更前为 3 万元，变更后为 1299 万元；经营范围变更前为电子产品研发、办公用品批发，变更后为电子产品研发、办公用品批发；法律咨询等；
- 12、红运来知识产权代理公司企业公示信息，其上显示该公司成立日期为 2012 年 12 月 17 日，经营范围为知识产权代理、商标代理等，2014 年 8 月 8 日该公司监事发生变更，变更前监事为庄学恩；
- 13、第 13583233 号“天犬 TianQuan”商标的详细信息，其上显示该商标注册人为春回大地公司，核定使用服务包括第 45 类法律研究等；
- 14、春回大地公司法定代表人庄学恩的新浪微博及百度贴吧页面。

在此基础上，商标评审委员会于 2016 年 9 月 6 日作出商评字[2016]第 77568 号《关于第 13629429 号“SFC”商标无效宣告请求裁定书》（简称被诉裁定）。商标评审委员会在该裁定中认为：春回大地公司注册资本 3 万元，经营范围为“电子产品研发、办公用品批发”，其在多个商品、服务类别上申请注册了包括诉争商标在内的四百余件商标，明显超出经营所需和能力范围，具有抢注和囤积商标营利的目的。前述行为扰乱了正常的商标注册秩序，有损公平竞争的市场秩序，违反诚实信用原则，不应鼓励和支持。因此，诉争商标的注册违反了《中华人民共和国商标法》（简称商标法）第四十四条第一款规定，应予无效宣告。至于上影公司所称诉争商标的注册亦违反商标法第十条第一款第八项、第十三条、第三十二条规定之理由，皆因事实依据不足，不予支持。综上，依照商标法第四十四条第一款、第四十四条第三款、第四十六条的规定，裁定：诉争商标予以无效宣告。

春回大地公司不服被诉裁定，向北京知识产权法院提起诉讼，请求撤销被诉裁定，并判令商标评审委员会重新作出裁定。

在原审诉讼中，春回大地公司补充提交了下列证据材料（证据编号续前）：

- 7、春回大地公司营业执照，其上显示注册资本为 1299 万元；
- 8、泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司涂岭分公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 10 月 9 日；
- 9、商标使用许可备案受理通知书 2 份，涉及第 13569229 号“首发”商标与第 13930192 号“SFC”商标，2 份通知书显示商标许可人均均为春回大地公司，被许可人分别为泉州花城电子商务有限公司、泉州绿地运动装备有限公司，许可备案报送日期均为 2016 年 6 月；
- 10、春回大地公司自制防御商标列表，具体涉及 52 个“徐夫人”商标、38 个“金鱼鳞”商标、7 个“鱼鳞”商标、27 个“AOC”商标，16 个“SFC”商标、35 个“惠泉”商标、13 个“风竹”商标、19 个“三优”商标、4 个“优三”商标；
- 11、第 1924925 号“SFC”商标的详细信息，其上显示注册人为上海申花足球俱乐部有限公司，类别为第 16 类，专用权期限至 2012 年 11 月 6 日止；
- 12、本院（2015）高行（知）终字第 1374 号行政判决书，该判决书认定“以‘其他不正当手段取得注册’主要是指注册手段而不是注册目的的不正当性”；
- 13、《上海电影股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书》，封面显示有“SFC”标识；
- 14、《“SFC”商标广告宣传品印制合同》3 份及付款凭证、宣传单，其中，3 份合同均由春回大地公司与同一案外人在 2017 年 1 月 2 日签订，3 份宣传单上显示的服务内容分别为“力量器械有氧塑身美式桌球”、“娱乐配音、舞台设备出租、票务服务”、“书法服务、文稿撰写”，地址均为福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室；
- 15、产品销售单据 24 张，销货单位均为春回大地公司；
- 16、泉州民东文化艺术有限公司营业执照及企业登记基本情况表，其中，营业执照显示成立日期为 2016 年 12 月 30 日，企业登记基本情况表显示法定代表人庄学恩电话为 135XX****XX。

上影公司向原审法院补充提交了以下证据材料（证据编号续前）：

- 15、最高人民法院（2014）知行字第 14 号行政裁定书与本院（2016）京行终 475 号行政判决书，该两份裁判文书均认定大量囤积商标谋取不正当利益行为，属于以“其他不正当手段”取得商标注册的情形；
- 16、春回大地公司抢注他人知名商标情况介绍，涉及春回大地公司申请注册的“安利皇后”商标、“农夫牧园”商标、“AOC”商标、“TOYO”商标、“水之印”商标、“惠泉”商标等；
- 17、（2016）京长安内经证字第 12894 号公证书（简称第 12894 号公证书），其上显示公证日期为 2016 年 5 月 30 日，公证内容包括春回大地公司企业公示信息、春回大地公司百度贴吧页面、庄学恩新浪微博页面、春回大地公司商标申请情况等。该公证书第 20 页显示“《注册商标期满未续展的法律风险》作者：庄学恩”，公证书第 26 页显示“庄学恩—135XXXX****”

一中国专利代理人一天犬商标战略工作室”，公证书第 42 页显示“徐夫人商标转让 135XXXX**庄学恩”，公证书第 66 页显示“徐夫人商标：①两千多年历史；②典故妇孺皆知；③上过《百家讲坛》；④大儒王立群代言；⑤与“习夫人”谐音，又合法合规；⑥类别基本覆盖（43 大类）；⑦现成，无风险”，公证书第 75—76 页显示“真实姓名：庄学恩；公司：知识产权（2000—至今）；职位：代理人”，公证书第 85—100 页显示春回大地公司申请注册的商标数量为 448 个；

18、上影公司域名“sh-sfc.com”注册信息，其上显示域名注册日期为 2012 年 7 月 19 日；

19、上影公司在实际经营中使用“SFC”标识的相关证明材料，包括《电影首映》刊物、影片兑换券、电影宣传海报、影片发行通知、员工名片、业务往来邮件、办公用品、员工手册、工作人员服装、一周年宣传视频等；

20、新浪微博用户“电影神奇 AMAZING”的部分微博页面截图，其中 2013 年 10 月 19 日转发的一则微博刊载了印制有“SFC 上影永华国际影城”字样的《神奇》电影票照片；

21、2013 年上映的《百万爱情宝贝》、《喜羊羊与灰太狼之喜气羊羊过蛇年》、《神奇》三部影片的片尾截图，其中影片发行方位置均标注有“SFC”标识及上影公司中英文企业名称；

22、上影公司于 2012 年至 2013 年间设立的部分影院开业典礼照片及影院经营场地租赁合同等，其中，照片显示上影公司在相关影院开业庆典中均使用了“SFC”标识；

23、大众点评网、时光网、美团网、蜘蛛网等网站中关于上影公司旗下影院的评论内容截图；

24、上影公司于 2013 年 5 月至 2014 年 4 月间在部分报纸媒体上发布的广告宣传资料，涉及 31 份《环球时报》、16 份《ShanghaiDaily 上海日报》、69 份《广州日报》，均显示有“SFC”标识；

25、春回大地公司诉上影公司侵害商标权纠纷一案庭审笔录，涉及如下内容：“审（审判长）：原告，你注册 SFC 本意？原（春回大地公司）：要注册三个字母的商标，对 26 个字母排列组合，如果组合出来有人注册了就排除掉，后来发现 SFC 可以注册，就注册在第 41 类”。

春回大地公司明确认可上影公司提交的第 12894 号公证书的真实性，并认可以下事实：

- 1、其于注册资本和经营范围变更前已申请注册有四百余件商标；
- 2、其法定代表人庄学恩曾为红运来知识产权代理公司的监事；
- 3、其提交的证据 10 中所涉 16 个“SFC”商标，均系其待案外人上海申花足球俱乐部有限公司的“SFC”商标有效期满后申请注册；
- 4、其与上影公司存在商标侵权纠纷，但该民事纠纷发生于上影公司针对其注册的第 14374197 号“SFC”商标提出无效宣告申请之后。

北京知识产权法院认为：商标评审委员会对春回大地公司的商标注册情况予以审查，并无不当。对于上影公司在评审阶段新提出春回大地公司大规模抢注他人知名商标的理由，商标评审委员会宜通知春回大地公司再次进行答辩。商标评审委员会并未超范围审理，但其审理程序存在瑕疵。商标评审委员会未在被诉裁定中列明春回大地公司提交证据的情况确有不妥，但春回大地公司的全部证据材料在法定期限内已经上影公司质证，春回大地公司关于商标评审委员会遗漏主要证据的主张，事实依据不足。春回大地公司在缺乏真实使用意图的情况下，将同一案外人在不同商品、服务类别上期满未续展的多个“SFC”商标申请注册，明显属于囤积商标的行为，被诉裁定关于诉争商标的注册属于商标法第四十四条第一款所指的“以其他不正当手段取得注册”的认定正确。春回大地公司以其变更后的工商登记信息主张其申请四百余件商标未超出经营所需和能力范围，事实依据不足。春回大地公司关于上影公司提出无效宣告申请具有恶意，且破坏先申请原则的主张，缺乏事实及法律依据。综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决：驳回春回大地公司的诉讼请求。

春回大地公司不服原审判决，向本院提起上诉，请求撤销原审判决及被诉裁定。其主要上诉理由是：1、诉争商标的注册没有违反商标法第四十四条第一款的规定，原审法院相关认定

有误；2、商标评审委员会超范围审理且遗漏了主要证据，原审法院的相关认定错误；3、上影公司囤积商标，其针对诉争商标提出无效宣告申请具有恶意，破坏了我国商标注册制度中的先申请原则；4、原审法院遗漏补充证据 5（即其注册资本增加至一亿元拥有六家全资子公司和一家分公司，经营范围涉及多个行业），漏审上影公司是否涉嫌欺诈上市。

上影公司和商标评审委员会服从原审判决。

经审理查明：原审判决查明事实清楚，且有诉争商标的商标档案、当事人在无效宣告程序和原审诉讼程序中提交的证据、被诉裁定及当事人陈述等在案佐证，本院对原审法院查明的事实予以确认。

本院认为：商标法第四十四条第一款规定，已经注册的商标是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

该项规定的立法精神在于贯彻公序良俗原则，维护良好的商标注册、管理秩序，营造良好的商标市场环境。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二十四条规定，以欺骗手段以外的其他方式扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者谋取不正当利益的，可以认定其属于商标法第四十四条第一款规定的“其他不正当手段”。

商标法第四条规定，自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。商标的基本功能在于区分商品或者服务的来源，民事主体申请商标注册应以满足自身的商标使用需求为目的，并具有真实的使用意图，即其申请注册商标的行为应具有正当性。

本案中，上影公司提交的证据 17 表明，春回大地公司申请注册 400 余件商标，除诉争商标外，其另注册有 15 个“SFC”商标，同时在案证据证明春回大地公司法人代表庄学恩具有从事知识产权代理的经历。综合上述因素，在春回大地公司提交的证据不足以证明其对诉争商标具有真实使用意图的情况下，商标评审委员会和原审法院认定春回大地公司具有囤积商标的行为，扰乱了商标注册秩序、影响市场正常运行规律且不正当占用公共资源，构成商标法第四十四条第一款所规定的“以其他不正当手段”取得商标注册的行为并无不当，本院予以支持。

上影公司向商标评审委员会提出诉争商标无效宣告申请时已明确主张诉争商标的注册属于商标法第四十四条第一款规定的以“其他不正当手段”取得注册的情形，并于质证阶段详细列举了春回大地公司大规模抢注他人知名商标的情况。同时，在案证据表明，春回大地公司已经进行了相应答辩。虽然商标评审委员会接受上影公司于质证阶段提出的该项理由未通知春回大地公司再次进行答辩存在审理程序瑕疵，但并未影响春回大地公司的实体权利，且最终结论并无不当。因此，春回大地公司据此主张原审法院相关认定错误的上诉理由，不能成立。

商标评审委员会在评审阶段已将春回大地公司提交的全部证据材料送达给上影公司质证，且被诉裁定对于上影公司的质证情况亦予载明，故春回大地公司关于商标评审委员会遗漏主要证据的主张，缺乏事实依据，本院对此不予支持。

春回大地公司提交的证据不足以证明上影公司囤积商标，并恶意针对诉争商标提出无效宣告申请。尽管原审法院并未针对补充证据 5 进行评述，但并不影响案件审理结果。此外，上影公司是否涉嫌欺诈上市并非本案审理范围。因此，对春回大地公司的相关上诉理由，本院均不予支持。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，审理程序合法，依法应予维持。春回大地公司的上诉理由均缺乏依据，本院均不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一、二审案件受理费各一百元，均由泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司负担（均已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 谢甄珂

审判员 王晓颖

审判员 王东勇

二〇一八年九月十六日

书记员 负璇

泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司等二审行政判决书

北京市高级人民法院
行政判决书

(2018)京行终 4406 号

上诉人(原审原告)泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司,住所地福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室。

法定代表人庄学恩,总经理。

委托代理人弋东东,北京市鼎知律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)上海电影股份有限公司,住所地上海市漕溪北路 595 号。

法定代表人任仲伦,董事长。

委托代理人卢亮,北京市君合律师事务所律师。

委托代理人马强,北京市君合律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)国家工商行政管理总局商标评审委员会,住所地北京市西城区茶马南街 1 号。

法定代表人赵刚,主任。

委托代理人邢妍,国家工商行政管理总局商标评审委员会审查员。

上诉人泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司(简称春回大地公司)因商标权无效宣告请求行政纠纷一案,不服北京知识产权法院(2016)京 73 行初 5377 号行政判决,向本院提起上诉。本院于 2018 年 8 月 3 日受理本案后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

北京知识产权法院查明:诉争商标为第 14007977 号“SFC”商标,由春回大地公司于 2014 年 2 月 10 日提出注册申请,并于 2015 年 9 月 7 日获准注册,核定使用于第 9 类工业用放射设备、导航仪器、个人用防事故装置等商品上。

2015 年 11 月 2 日,国家工商行政管理总局商标评审委员会(简称商标评审委员会)收到上海电影股份有限公司(简称上影公司)提交的《注册商标无效宣告申请书》。该申请书第 5 页载明,“争议商标的注册违反商标法第四十四条,属于‘以不正当手段取得注册’的情况,主观恶意明显,应该予以宣告无效”。同时,上影公司提交了下列证据材料:

- 1、上影公司官网(www.sh-sfc.com)及上影影城官网(www.sfccinema.com)页面;
- 2、百度百科对上影公司的相关介绍;
- 3、上影公司首次公开发行 A 股股票招股说明书(申报稿)封面;
- 4、上影公司旗下影院外观、经营场所、制作的《电影首映》刊物、办公用品等照片;
- 5、上影公司于 2014 年在《新民晚报》上发布的广告宣传;
- 6、上影公司旗下微信公众号列表;
- 7、天下票仓网站(www.txpc.cn)页面;
- 8、美团、格瓦拉电影网中搜索上影公司旗下影院所得结果页面;
- 9、艺恩网中搜索上影公司旗下影院票房数据所得结果页面。

前述证据均用以证明上影公司对“SFC”标识的宣传、使用情况。

2016 年 3 月 20 日,春回大地公司提交答辩意见称,诉争商标系春回大地公司在案外人上海申花足球俱乐部有限公司的“SFC”商标有效期满未续展的情况下申请注册,故诉争商标的注册手段正当。在案证据不能证明“SFC”为上影公司在先使用并具有一定知名度的商标。

据此,上影公司的无效宣告理由不能成立。同时,春回大地公司提交了下列证据材料:

1、在中国商标网上查询“SFC”商标所得结果页面，用以证明“SFC”标识并非上影公司独创；

2、第 1924925 号“SFC”商标的详细信息，用以证明上海申花足球俱乐部有限公司曾注册“SFC”商标。

2016 年 6 月 15 日，春回大地公司向商标评审委员会提交《商标评审案件答辩材料目录（补充）》及证据材料 4 份。其中，《商标评审案件答辩材料目录（补充）》中除列明证据名称外，另载有 3 点说明，内容为“1、以上材料证明‘泉州花城电子商务有限公司’和‘泉州绿地运动装备有限公司’系春回大地公司全资子公司，营业范围涉及 SFC 核定使用商品和服务，春回大地公司申请‘SFC’商标有其合理性和必要性；2、上述两家子公司名下均无商标，对于商标，春回大地公司一直以母公司的名义统一申请、统一管理、统一使用；3、春回大地公司已经开始为子公司办理商标许可使用”。春回大地公司补充提交的 4 份证据材料包括（证据编号续前）：3、泉州花城电子商务有限公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 5 月 26 日；4、泉州花城电子商务有限公司企业登记基本情况表，其上显示法定代表人庄学恩的电话为 135XX****XX；5、泉州绿地运动装备有限公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 6 月 12 日；6、泉州绿地运动装备有限公司企业登记基本情况表，其上显示法定代表人庄学恩的电话为 135XX****XX。

针对春回大地公司的答辩理由及 6 份证据材料，上影公司向商标评审委员会提交质证意见称，其对春回大地公司提交的其他“SFC”商标的注册情况、两家子公司的营业执照及企业登记情况表的真实性不持异议，但前述证据不能证明春回大地公司注册诉争商标具备正当性。诉争商标系春回大地公司委托泉州泉港红运来知识产权代理有限公司（以下简称红运来知识产权代理公司）申请注册，在诉争商标申请注册之时，春回大地公司的法定代表人庄学恩同时也是红运来知识产权代理公司监事，故诉争商标系庄学恩利用春回大地公司进行的不正当注册。除诉争商标外，庄学恩还利用春回大地公司大量抢注了与他人知名商标相同或者近似的商标，并公开售卖。前述行为违反诚实信用原则，扰乱商标注册秩序。据此，诉争商标应予无效宣告。

为支持其质证理由，上影公司补充提交下列证据材料（证据编号续前）：

10、春回大地公司抢注他人知名商标情况列表，其上涉及 167 个商标，包括：7 个与中国人民大学校徽图形近似的商标，15 个与化妆品品牌“水之印”相同的“水之印”商标，26 个与显示器品牌“AOC”相同的“AOC”商标，10 个与自由行服务平台“蚂蜂窝”近似的“马蜂窝”商标，35 个与啤酒品牌“惠泉”相同的“惠泉”商标，13 个与纺织品牌“凤竹纺织”相近的“凤竹”商标，10 个与医疗器械品牌“加加林”相同的“加加林”商标，8 个与户外服装品牌“Col 及图”近似的“COL”商标等；

11、春回大地公司企业信用信息公示，其上显示该公司法定代表人为庄学恩，成立日期为 2011 年 6 月 30 日，2016 年 5 月 19 日公司注册资本、经营范围及章程发生变更，其中，注册资本变更前为 3 万元，变更后为 1299 万元；经营范围变更前为电子产品研发、办公用品批发，变更后为电子产品研发、办公用品批发；法律咨询等；

12、红运来知识产权代理公司企业公示信息，其上显示该公司成立日期为 2012 年 12 月 17 日，经营范围为知识产权代理、商标代理等，2014 年 8 月 8 日该公司监事发生变更，变更前监事为庄学恩；

13、第 13583233 号“天犬 TianQuan”商标的详细信息，其上显示该商标注册人为春回大地公司，核定使用服务包括第 45 类法律研究等；

14、春回大地公司法定代表人庄学恩的新浪微博及百度贴吧页面。

在此基础上，商标评审委员会于 2016 年 9 月 6 日作出商评字[2016]第 77565 号《关于第 14007977 号“SFC”商标无效宣告请求裁定书》（简称被诉裁定）。商标评审委员会在该裁定

中认为：春回大地公司注册资本 3 万元，经营范围为“电子产品研发、办公用品批发”，其在多个商品、服务类别上申请注册了包括诉争商标在内的四百余件商标，明显超出经营所需和能力范围，具有抢注和囤积商标营利的目的。前述行为扰乱了正常的商标注册秩序，有损公平竞争的市场秩序，违反诚实信用原则，不应鼓励和支持。因此，诉争商标的注册违反了《中华人民共和国商标法》（简称商标法）第四十四条第一款规定，应予无效宣告。至于上影公司所称诉争商标的注册亦违反商标法第十条第一款第八项、第十三条、第三十二条规定之理由，皆因事实依据不足，不予支持。综上，依照商标法第四十四条第一款、第四十四条第三款、第四十六条的规定，裁定：诉争商标予以无效宣告。

春回大地公司不服被诉裁定，向北京知识产权法院提起诉讼，请求撤销被诉裁定，并判令商标评审委员会重新作出裁定。

在原审诉讼中，春回大地公司补充提交了下列证据材料（证据编号续前）：

- 7、春回大地公司营业执照，其上显示注册资本为 1299 万元；
- 8、泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司涂岭分公司营业执照，其上显示成立日期为 2016 年 10 月 9 日；
- 9、商标使用许可备案受理通知书 2 份，涉及第 13569229 号“首发”商标与第 13930192 号“SFC”商标，2 份通知书显示商标许可人均均为春回大地公司，被许可人分别为泉州花城电子商务有限公司、泉州绿地运动装备有限公司，许可备案报送日期均为 2016 年 6 月；
- 10、春回大地公司自制防御商标列表，具体涉及 52 个“徐夫人”商标、38 个“金鱼鳞”商标、7 个“鱼鳞”商标、27 个“AOC”商标，16 个“SFC”商标、35 个“惠泉”商标、13 个“凤竹”商标、19 个“三优”商标、4 个“优三”商标；
- 11、第 1924925 号“SFC”商标的详细信息，其上显示注册人为上海申花足球俱乐部有限公司，类别为第 16 类，专用权期限至 2012 年 11 月 6 日止；
- 12、本院（2015）高行（知）终字第 1374 号行政判决书，该判决书认定“以‘其他不正当手段取得注册’主要是指注册手段而不是注册目的的不正当性”；
- 13、《上海电影股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书》，封面显示有“SFC”标识；
- 14、《“SFC”商标广告宣传品印制合同》3 份及付款凭证、宣传单，其中，3 份合同均由春回大地公司与同一案外人在 2017 年 1 月 2 日签订，3 份宣传单上显示的服务内容分别为“力量器械有氧塑身美式桌球”、“娱乐配音、舞台设备出租、票务服务”、“书法服务、文稿撰写”，地址均为福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室；
- 15、产品销售单据 24 张，销货单位均为春回大地公司；
- 16、泉州民东文化艺术有限公司营业执照及企业登记基本情况表，其中，营业执照显示成立日期为 2016 年 12 月 30 日，企业登记基本情况表显示法定代表人庄学恩电话为 135XX****XX。上影公司向原审法院补充提交了以下证据材料（证据编号续前）：
- 15、最高人民法院（2014）知行字第 14 号行政裁定书与本院（2016）京行终 475 号行政判决书，该两份裁判文书均认定大量囤积商标谋取不正当利益行为，属于以“其他不正当手段”取得商标注册的情形；
- 16、春回大地公司抢注他人知名商标情况介绍，涉及春回大地公司申请注册的“安利皇后”商标、“农夫牧园”商标、“AOC”商标、“TOYO”商标、“水之印”商标、“惠泉”商标等；
- 17、（2016）京长安内经证字第 12894 号公证书（简称第 12894 号公证书），其上显示公证日期为 2016 年 5 月 30 日，公证内容包括春回大地公司企业公示信息、春回大地公司百度贴吧页面、庄学恩新浪微博页面、春回大地公司商标申请情况等。该公证书第 20 页显示“《注册商标期满未续展的法律风险》作者：庄学恩”，公证书第 26 页显示“庄学恩—135XXXX****—中国专利代理人—天犬商标战略工作室”，公证书第 42 页显示“徐夫人商标转让 135XXXX****庄学恩”，公证书第 66 页显示“徐夫人商标：①两千多年历史；②典故妇孺皆

知；③上过《百家讲坛》；④大儒王立群代言；⑤与“习夫人”谐音，又合法合规；⑥类别基本覆盖（43 大类）；⑦现成，无风险”，公证书第 75—76 页显示“真实姓名：庄学恩；公司：知识产权（2000—至今）；职位：代理人”，公证书第 85—100 页显示春回大地公司申请注册的商标数量为 448 个；

18、上影公司域名“sh-sfc.com”注册信息，其上显示域名注册日期为 2012 年 7 月 19 日；

19、上影公司在实际经营中使用“SFC”标识的相关证明材料，包括《电影首映》刊物、影片兑换券、电影宣传海报、影片发行通知、员工名片、业务往来邮件、办公用品、员工手册、工作人员服装、一周年宣传视频等；

20、新浪微博用户“电影神奇 AMAZING”的部分微博页面截图，其中 2013 年 10 月 19 日转发的一则微博刊载了印制有“SFC 上影永华国际影城”字样的《神奇》电影票照片；

21、2013 年上映的《百万爱情宝贝》、《喜羊羊与灰太狼之喜气羊羊过蛇年》、《神奇》三部影片的片尾截图，其中影片发行方位置均标注有“SFC”标识及上影公司中英文企业名称；

22、上影公司于 2012 年至 2013 年间设立的部分影院开业典礼照片及影院经营场地租赁合同等，其中，照片显示上影公司在相关影院开业庆典中均使用了“SFC”标识；

23、大众点评网、时光网、美团网、蜘蛛网等网站中关于上影公司旗下影院的评论内容截图；

24、上影公司于 2013 年 5 月至 2014 年 4 月间在部分报纸媒体上发布的广告宣传资料，涉及 31 份《环球时报》、16 份《ShanghaiDaily 上海日报》、69 份《广州日报》，均显示有“SFC”标识；

25、春回大地公司诉上影公司侵害商标权纠纷一案庭审笔录，涉及如下内容：“审（审判长）：原告，你注册 SFC 本意？原（春回大地公司）：要注册三个字母的商标，对 26 个字母排列组合，如果组合出来有人注册了就排除掉，后来发现 SFC 可以注册，就注册在第 41 类”。

春回大地公司明确认可上影公司提交的第 12894 号公证书的真实性，并认可以下事实：

1、其于注册资本和经营范围变更前已申请注册有四百余件商标；

2、其法定代表人庄学恩曾为红运来知识产权代理公司的监事；

3、其提交的证据 10 中所涉 16 个“SFC”商标，均系其待案外人上海申花足球俱乐部有限公司的“SFC”商标有效期满后申请注册；

4、其与上影公司存在商标侵权纠纷，但该民事纠纷发生于上影公司针对其注册的第 14374197 号“SFC”商标提出无效宣告申请之后。

北京知识产权法院认为：商标评审委员会对春回大地公司的商标注册情况予以审查，并无不当。对于上影公司在评审阶段新提出春回大地公司大规模抢注他人知名商标的理由，商标评审委员会宜通知春回大地公司再次进行答辩。商标评审委员会并未超范围审理，但其审理程序存在瑕疵。商标评审委员会未在被诉裁定中列明春回大地公司提交证据的情况确有不妥，但春回大地公司的全部证据材料在法定期限内已经上影公司质证，春回大地公司关于商标评审委员会遗漏主要证据的主张，事实依据不足。春回大地公司在缺乏真实使用意图的情况下，将同一案外人在不同商品、服务类别上期满未续展的多个“SFC”商标申请注册，明显属于囤积商标的行为，被诉裁定关于诉争商标的注册属于商标法第四十四条第一款所指的“以其他不正当手段取得注册”的认定正确。春回大地公司以其变更后的工商登记信息主张其申请四百余件商标未超出经营所需和能力范围，事实依据不足。春回大地公司关于上影公司提出无效宣告申请具有恶意，且破坏先申请原则的主张，缺乏事实及法律依据。综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决：驳回春回大地公司的诉讼请求。

春回大地公司不服原审判决，向本院提起上诉，请求撤销原审判决及被诉裁定。其主要上诉理由是：1、诉争商标的注册没有违反商标法第四十四条第一款的规定，原审法院相关认定有误；2、商标评审委员会超范围审理且遗漏了主要证据，原审法院的相关认定错误；3、上影公司囤积商标，其针对诉争商标提出无效宣告申请具有恶意，破坏了我国商标注册制度中

的先申请原则；4、原审法院遗漏补充证据 5（即其注册资本增加至一亿元拥有六家全资子公司和一家分公司，经营范围涉及多个行业），漏审上影公司是否涉嫌欺诈上市。

上影公司和商标评审委员会服从原审判决。

经审理查明：原审判决查明事实清楚，且有诉争商标的商标档案、当事人在无效宣告程序和原审诉讼程序中提交的证据、被诉裁定及当事人陈述等在案佐证，本院对原审法院查明的事实予以确认。

本院认为：商标法第四十四条第一款规定，已经注册的商标是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

该项规定的立法精神在于贯彻公序良俗原则，维护良好的商标注册、管理秩序，营造良好的商标市场环境。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二十四条规定，以欺骗手段以外的其他方式扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者谋取不正当利益的，可以认定其属于商标法第四十四条第一款规定的“其他不正当手段”。

商标法第四条规定，自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。商标的基本功能在于区分商品或者服务的来源，民事主体申请商标注册应以满足自身的商标使用需求为目的，并具有真实的使用意图，即其申请注册商标的行为应具有正当性。

本案中，上影公司提交的证据 17 表明，春回大地公司申请注册 400 余件商标，除诉争商标外，其另注册有 15 个“SFC”商标，同时在案证据证明春回大地公司法人代表庄学恩具有从事知识产权代理的经历。综合上述因素，在春回大地公司提交的证据不足以证明其对诉争商标具有真实使用意图的情况下，商标评审委员会和原审法院认定春回大地公司具有囤积商标的行为，扰乱了商标注册秩序、影响市场正常运行规律且不正当占用公共资源，构成商标法第四十四条第一款所规定的“以其他不正当手段”取得商标注册的行为并无不当，本院予以支持。

上影公司向商标评审委员会提出诉争商标无效宣告申请时已明确主张诉争商标的注册属于商标法第四十四条第一款规定的以“其他不正当手段”取得注册的情形，并于质证阶段详细列举了春回大地公司大规模抢注他人知名商标的情况。同时，在案证据表明，春回大地公司已经进行了相应答辩。虽然商标评审委员会接受上影公司于质证阶段提出的该项理由未通知春回大地公司再次进行答辩存在审理程序瑕疵，但并未影响春回大地公司的实体权利，且最终结论并无不当。因此，春回大地公司据此主张原审法院相关认定错误的上诉理由，不能成立。

商标评审委员会在评审阶段已将春回大地公司提交的全部证据材料送达给上影公司质证，且被诉裁定对于上影公司的质证情况亦予载明，故春回大地公司关于商标评审委员会遗漏主要证据的主张，缺乏事实依据，本院对此不予支持。

春回大地公司提交的证据不足以证明上影公司囤积商标，并恶意针对诉争商标提出无效宣告申请。尽管原审法院并未针对补充证据 5 进行评述，但并不影响案件审理结果。此外，上影公司是否涉嫌欺诈上市并非本案审理范围。因此，对春回大地公司的相关上诉理由，本院均不予支持。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，审理程序合法，依法应予维持。春回大地公司的上诉理由均缺乏依据，本院均不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一、二审案件受理费各一百元，均由泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司负担（均已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 谢甄珂

审判员 王晓颖

审判员 王东勇

二〇一八年九月十六日

书记员 负璇

泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司侵害商标权纠纷二审民事判决书

上海知识产权法院

民事判决书

(2017)沪73民终174号

上诉人(原审原告):泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司,住所地福建省泉州市。

法定代表人:庄学恩,总经理。

委托诉讼代理人:陈晨,北京盈科(上海)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):上海电影股份有限公司,住所地上海市徐汇区。

法定代表人:任仲伦,董事长。

委托诉讼代理人:高廷凯,上海四维乐马律师事务所律师。

委托诉讼代理人:孙丽丽,上海四维乐马律师事务所律师。

上诉人泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司(以下简称春回大地公司)因与被上诉人上海电影股份有限公司(以下简称上影公司)侵害商标权纠纷一案,不服上海市徐汇区人民法院(2016)沪0104民初8708号民事判决,向本院提起上诉。本院立案后,依法组成合议庭,公开开庭进行了审理。上诉人春回大地公司的委托诉讼代理人陈晨、被上诉人上影公司的委托诉讼代理人高廷凯到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

上诉人春回大地公司上诉请求:撤销一审判决,改判支持上诉人的一审全部诉讼请求。事实和理由:一、一审判决对上诉人及关联公司认定错误。上诉人注册资本人民币1,299万元(以下币种相同),拥有3家全资子公司(泉州花城电子商务有限公司、泉州绿地运动装备有限公司、泉州民东文化艺术有限公司)及1家分公司(泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司涂岭分公司),经营范围涉及各行各业。二、一审判决对类似服务构成与否的认定存在错误。1.一审判决对“配音”与“电影放映”不构成类似服务认定错误。“配音”与“电影放映”同属《类似商品和服务区分表》4105第(一)部分,“电影放映”系“配音”的类似服务。被上诉人侵害第XXXXXXX号“SFC”注册商标(以下简称涉案商标)在“电影放映”服务上的禁用权,构成《中华人民共和国商标法》(以下简称商标法)第五十七条第二项规定的行为。2.一审判决对“SFC上影影城”与涉案商标核定服务不构成类似认定错误。影城的功能就是放映电影,“电影放映”与涉案商标核定的“配音”服务类似,被上诉人的“SFC上影影城”标识侵害了涉案商标在“电影放映”服务上的禁用权。3.一审判决对“录像带发行”与“电影胶片的分配(发行)”不构成类似服务认定错误。“录像带发行”与“电影胶片的分配(发行)”系《类似商品和服务区分表》特别注明的类似服务。三、一审判决对www.sh-sfc.com网站(以下简称涉案网站)业务模块中“营销传媒”栏目刊载的“”上方左侧“SFC”标识(一审判决事实认定部分将该标识称为被控标识6)属于指示性使用认定错误。该标识虽与“天下票仓”等组合使用,但“天下票仓”四字不可能让相关公众联想到“天下票仓(上海)网络科技有限公司(以下简称天下票仓公司)”,结合整体标识底部文字“电脑端、手机微信在线选座购票上海影院全覆盖”,“天下票仓”更像“SFC”品牌的广告语。另该标识中“SFC”字样由单独底色映衬,显著性强,具有商标特征,整体感觉“SFC”系票务代理服务品牌。故该标识系商标性使用,被上诉人侵害了涉案商标在“娱乐”类似服务上的商标权。四、一审判决对被上诉人在涉案商标申请日前大量使用“SFC”标识认定错误。1.被上诉人的证据1-24均系未经公证认证的网页、期刊、照片、视频等,这些证据本身是容易被制作和篡改的,没有真实性,属无效证据。2.被上诉人提供的2013年8月11日至2014年3月18日共69期《广州日报》以及2014年1月3日至4月25日共14期《ShanghaiDaily(上海日报)》

(以下称《ShanghaiDaily》)虽有“SFC”字样,但没有被上诉人或其关联公司名称,没有涉案商标服务项目,该字样的使用与本案无关联性,不能作为“SFC”商标使用证据;且《广州日报》发行主要在广州区域,不会对上海消费者就“SFC”商标知名度产生影响,不能用来认定在上海的知名度。因此,被上诉人在涉案商标申请日前大量使用“SFC”标识没有事实依据。五、一审判决以被上诉人总资产、净利润、影院数量、市场份额来认定其使用“SFC”商标已经具有较高知名度以及其无攀附上诉人意图,不会侵害涉案商标权错误。“SFC”商标知名度只与“SFC”标识使用有关,与其他无关。六、一审认定“SFC”是被上诉人英文企业名称简称错误。1. 中文企业名称可以有多种英文翻译,相关公众不熟悉被上诉人的英文企业名称,不会把“SFC”与被上诉人英文企业名称简称联系起来。2. 根据《企业名称管理条例》规定,中国法律只保护企业名称权或字号,不保护其对应英文名称,更不保护英文名称的简称。3. 被上诉人突出放大大使用“SFC”标识,属于商标性使用。七、一审判决以被上诉人在使用“SFC”时与中英文企业名称紧密联系,能明确“SFC”指向被上诉人,不会与上诉人产生混淆的认定错误。被上诉人的这种行为会割裂“SFC”标识与上诉人的关联,使上诉人以后很难再与“SFC”标识建立唯一、稳定的关系,损害了上诉人的商标专用权,导致了混淆。八、一审判决遗漏了涉案使用证据是否真实、合法、有效的争议焦点。上诉人对被上诉人提供的使用证据的真实性、合法性和有效性均不予认可,商标使用的有效性应同时满足使用主体、使用时间、使用项目三个条件,一审法院未对上述争议焦点评述的情况下直接采信涉及“SFC”知名度的证据,侵害了上诉人的合法权某。九、被上诉人侵害公众利益。上诉人的“SFC”商标于2015年4月20日至同年7月20日期间公告,被上诉人于2015年6月25日申报《招股说明书》,当时知道或应该知道“SFC”商标的存在,根据《首次公开发行股票并上市管理办法》第三十条第五项规定“发行人在用的商标的使用不得存在重大不利变化的风险”,被上诉人涉嫌欺诈上市。对涉案《招股说明书》,上诉人已提起(2017)京01行初16号行政诉讼要求予以撤销。被上诉人作为上市公司,应接受社会监督,主动公布案件信息,保护股民利益。十、一审判决对“前期称系发现案外人名下商标未某某后进行注册,后期称系对26个字母进行排列组合检索后选择注册”前后陈述不一的认定错误。上诉人只有对26个字母排列组合检索后方能得知涉案商标系案外人未某某的商标,后期所述系对前期所述的补充说明。另外,被上诉人确认其在上诉人注册地无经营业务,上诉人在收到涉案商标无效宣告副本后才得知被上诉人的存在。十一、即使被上诉人使用了“SFC”商标,具有较高知名度并为相关公众所知悉,根据商标法第五十九条第三款规定,应判决被上诉人附加区别标识在原使用范围内使用,并承担相应诉讼费用。一审判决被上诉人不侵权,属于适用法律错误。十二、上诉人已经使用涉案商标,并许可泉州民东文化艺术有限公司(以下简称泉州民东公司)使用。综上,一审判决认定事实有误,适用法律错误,遗漏争议焦点,故请求二审法院依法审理。

被上诉人上影公司辩称:一、一审法院对上诉人春回大地公司及其关联公司的认定无误。上诉人在2011年6月成立时注册资本为3万元,经营范围为电子产品研发、办公用品批发。上诉人所述注册资本为1,299万元以及旗下有3家子公司和1家分公司的情况,均系后来的变更和设立。二、一审法院对被控侵权标识所涉服务与涉案商标核定服务是否构成类似的认定正确。1. “配音”与“电影放映”虽然列于《类似商品和服务区分表》同一类别项下,但二者在服务提供者、服务内容、服务对象、服务目的、服务方式方面均有不同,二者不构成类似服务。2. 影城功能之一的放映电影是在电影作品完成之后向观众进行放映,而配音是在电影制作过程中的一个环节,故“SFC 上影影城”与涉案商标核定服务不构成类似服务,二者完全不同。3. 《类似商品和服务区分表》仅供法院参考,并不必然成为判决的直接依据。一审法院考量个案实际情况,综合考虑服务目的、内容、方式和对象等因素,认定涉案“录像带发行”与“电影胶片的分配(发行)”不构成类似服务正确,且符合客观实际。三、被控

标识 6 并非单独标注,而是与其他文字、图形紧密组成的组合标识,相关公众均应能判断该组合标识对应的商品或服务来源于主营业务为票务代理的天下票仓公司,一审法院认定该标识系指示性使用而非商标性使用正确。四、被上诉人提供了充分、详实的证据证明在涉案商标申请日之前,被上诉人已大量使用“SFC”标识。上诉人否认这些证据但并没有提供任何反驳证据,也无证据证明被上诉人对证据进行过“制作”或“篡改”。对《广州日报》及《ShanghaiDaily》上的商业推广,相关公众均知道或应该知道“SFC”标识对应的是被上诉人。五、一审法院综合考虑被上诉人的总资产、净利润、影院数量及市场份额等因素,认定被上诉人及其所使用的“SFC”标识具有较高知名度是正确的。上诉人申请注册“SFC”商标,无论从其申请目的还是申请背景来看,其抢注的行为均不具有正当性。相比之下,被上诉人对“SFC”的使用是善意、合理的,应该得到法律保护。六、“SFC”是被上诉人英文名称“ShanghaiFilmCorporationLtd.”的英文首字母缩写,系显而易见的事实,一审法院的认定完全符合事实。七、“SFC”无论是英文还是汉语拼音,均看不出与上诉人有任何关联,被上诉人对“SFC”的使用不会与上诉人产生混淆。上诉人抢注商标不正当,故其所称的商标专用权不应影响被上诉人对“SFC”的正当使用。八、一审法院对相关证据的采信合法有效,上诉人否认相关证据却没有任何反证,且被上诉人的证据在真实性、合法性、关联性方面无任何问题,构成了完整的证据链。九、被上诉人不存在任何侵犯公众利益的行为,针对上诉人的恶意诉讼,被上诉人积极应诉,正是为了保护广大股民及公众利益不受侵犯。十、上诉人对确定涉案商标的过程前后陈述不一,充分反映了上诉人抢注具有不正当性,恰与上诉人的背景及其股东、法定代表人庄学恩的背景相互印证。另外,被上诉人在泉州没有经营业务是事实,但上诉人所称在收到无效宣告副本后才得知被上诉人的存在,显属撒谎。十一、上诉人主张被控标识侵害其商标专用权,没有事实基础和法律依据,一审判决驳回上诉人的诉讼请求正确。十二、泉州民东公司是上诉人的全资子公司,可以说是为了某种需要而成立的空壳公司,其与上诉人之间的合同和付款行为没有任何证明意义。综上,一审判决认定事实准确有据,适用法律正确,判决结果无误,请求驳回上诉,维持原判。

春回大地公司向一审法院起诉请求,要求判令:1.上影公司立即停止侵害春回大地公司享有的第 XXXXXXXX 号注册商标专用权;2.上影公司赔偿春回大地公司合理开支 11,622 元(包括律师代理费 8,500 元、公证费 1,500 元、交通费 142 元、食宿费 1,480 元)。

一审法院认定事实:

一、春回大地公司、涉案商标及关联公司的相关情况

春回大地公司成立于 2011 年 6 月,法定代表人庄学恩,注册资本 3 万元,经营范围为电子产品研发、办公用品批发。

2014 年 4 月 14 日,春回大地公司向国家工商行政管理总局商标局提出涉案商标注册申请。经核准,核定使用服务项目为第 41 类中的组织教育或娱乐竞赛;出借书籍的图书馆;录像带发行;娱乐;配音;私人健身教练服务;动物训练;为艺术家提供模特服务。有效期为 2015 年 7 月 21 日至 2025 年 7 月 20 日。

泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司涂岭分公司成立于 2016 年 10 月,负责人庄学恩,经营范围为销售日用品。泉州绿地运动装备有限公司是春回大地公司的全资子公司,成立于 2016 年 6 月,法定代表人庄学恩,经营范围为通过互联网及实体店销售体育装备、机械设备、运输设备等商品;广告策划;产品设计;家政服务;文化创意服务等。

一审审理中,春回大地公司称涉案商标的字母组合不具特殊含义,但对于确定过程前后陈述不一,前期称系发现案外人名下商标未某某后进行注册,后期称系对 26 个字母进行排列组合检索后选择注册。春回大地公司确认涉案商标未实际使用,仅设立了涂岭分公司及子公司泉州绿地运动装备有限公司为使用作准备,其他准备工作尚在委托策划中,但未提供相应证据。

二、上影公司及其英文企业名称、涉案网站、关联公司的相关情况

上影公司成立于 1994 年 10 月，注册资本 28,000 万元，经营范围为电影发行、放映管理，设计、制作各类广告，利用自有媒体发布广告，电影院线及电影院投资与资产管理，文化方案咨询服务，市场营销策划，展览展示服务，票务服务等。

2012 年 9 月 10 日，上影公司与上海银星皇冠假日酒店签订客房租赁合同，合同加盖的上影公司印章中有 SHANGHAIFILMCORPORATIONLTD. 字样。一审审理中，双方当事人确认 ShanghaiFilmCorporationLtd. 系上影公司在经营中使用的英文企业名称。

2016 年 3 月 11 日，登陆工业和信息化部 ICP/IP 地址/域名信息备案管理系统查询，显示涉案网站的主办单位为上影公司，ICP 备案审核通过时间为 2015 年 12 月 23 日。2016 年 5 月 19 日，登陆 whois.aliyun.com 网站查询，显示涉案网站所有者为 shanghaifilmco.,ltd，注册日期为 2012 年 7 月 19 日。一审审理中，上影公司确认涉案网站由其主办并实际运营。天下票仓公司是上影公司的全资子公司，成立于 2013 年 11 月，注册资本 1,000 万元，经营范围为商务信息咨询，投资咨询(以上咨询除经纪)，票务代理等。

上海上影依普亚影城开发管理有限公司(以下简称依普亚公司)系上影公司与外国企业合资，于 2009 年 8 月 25 日成立，注册资本 1,000 万元，经营范围为影院经营管理技术服务，影院放映设备、影视器材、音响设备批发等。

三、被控侵权行为的情况

2016 年 3 月 11 日，春回大地公司向上海市闸北公证处提出相关网页的保全证据公证申请，该处派员监督了查看、打印网页的过程，对此出具(2016)沪闸证经字第 726 号公证书，主要内容如下：1. 登陆涉案网站，可见该网站页面左上方均标注有“”，左侧的“SFC”标识以下简称被控标识 1，右侧系上影公司的中英文企业名称；该网站页面左下方均设置有友情链接，首个标识为“”，左侧的“SFC”标识以下简称被控标识 2，右侧标注了“天下票仓”“txpc.cn”信息，该组合标识下方还标注有“天下票仓”文字；2. 涉案网站首页上方刊载有电影《美人鱼》的宣传图片；首页居中位置标注“”，上方的“SFC”标识以下简称被控标识 3，下方系上影公司的中英文企业名称；3. 涉案网站“关于我们”栏目刊载有大幅图片 1 张，拍摄场景为办公场所前台，前台墙面上方标注的“SFC”标识以下简称被控标识 4，毗邻标识下方有上影公司中英文企业名称；该栏目中还有如下内容“目前，上影股份的主营业务是电影发行及放映，具体包括电影发行和版权销售、院线经营以及影院投资、开发和经营。”“目前，上影股份在全国范围内拥有超过 50 家连锁影院，‘SFC 上影影城’作为公司的高端连锁影院品牌……”，上述文字中的“SFC”以下简称被控标识 5；4. 涉案网站业务模块中“营销传媒”栏目，刊载有“”，上方的左侧“SFC”标识以下简称被控标识 6，右侧标注了“天下票仓”“txpc.cn”文字，下方标注“电脑端、手机微信在线选座购票上海影院全覆盖”文字；该栏目中还有如下内容“上海电影股份有限公司营销传媒分公司是上影股份的专业电影营销机构，下设三个部门(公司)：市场营销部、广告经营部和天下票仓(上海)网络科技有限公司”“公司立足上海，辐射华东，全方位整合地区广告资源……公司成立至今，与万达、华谊兄弟、光线、博纳等多家国内知名影视公司成功合作，仅上海一地主办各类影片落地宣传活动已近百场，公司还与品牌联动……开展冠名、赞助、植入、互换等商业活动。目前，公司在华东，特别是上海地区已成为影片整合营销最有影响力的市场传播机构之一”“除电影营销业务外，公司还设立了‘天下票仓(上海)网络科技有限公司’，重点拓展电子商务领域，‘天下票仓’是集在线票务、网上营销和电子商务服务在内的电影市场网络平台，并成为上海国际电影节的指定网络售票平台”；5. 涉案网站业务模块中“影院投资”栏目有如下文字内容“上海上影依普亚(简称 SFC-EPR)影城开发管理有限公司是由上海电影股份有限公司和美国 ENTERTAINMENTPROPERTIETRUST(简称 EPR)合资设立的全国性影城开发建设

企业，SFC-EPR 充分发挥双方的品牌和优势……”，上述文字中的“SFC”以下简称被控标识 7。

2014 年 5 月 13 日，涉案网站发布标题为“上影股份携‘天下票仓’入局票务电商站”的文章，有如下内容“在目前电影票务网站正发展得如火如荼之时，拥有强大渠道资源的上影股份已全面启动对票务电商行业的战略布局，旗下网站‘天下票仓’正式宣布进入票务电商市场，作为票房收入稳居国内第二的联合院线的所有方，上影股份此举有望颠覆目前票务电商市场上淘宝、百度等互联网巨头和格瓦拉、时光网等专业票务代理网站分唱主角的现状，票务电商中的‘院线力量’将加入战团。”

一审审理中，春回大地公司主张涉案网站刊载电影宣传图片、营销传媒均属于娱乐信息的服务内容。上影公司称“”“”均系天下票仓公司使用的标识，上影公司对其在该标识中使用“SFC”字样表示认可；上影公司确认涉案网站“关于我们”栏目中图片场景系其办公场所实景。

四、上影公司及其关联公司在涉案商标申请日前使用“SFC”标识的情况

（一）电影发行

2013 年 1 月至 9 月，电影《喜洋洋与灰太狼之喜气羊羊过蛇年》《百万爱情宝贝》《神奇》在我国上映，上述影片结尾发行方均标注有纵向排列的“SFC”标识及上影公司中英文企业名称。

（二）电影放映

有效期至 2013 年 10 月 31 日的电影《神奇》的电影票兑换券、电影狂欢兑换券均在正面印制有“SFC 上海电影”标识，背面加盖有上影公司票务专用章，并标注有本市范围内连锁影院的信息。

2013 年 10 月 19 日，新浪微博用户“电影神奇 AMAZING”转发的一则微博刊载了印制有“SFC 上影永华国际影城”字样的《神奇》电影票照片。

（三）影院经营

2011 年 8 月至 2012 年 9 月，上影公司的子公司上海影城有限公司、上海联和电影院线有限责任公司，以及关联公司依普亚公司分别与案外人签订租赁合同，承租房屋用于开设影院。2012 年 12 月至 2013 年 12 月，上述合同所涉影院开业庆典中，均使用“SFC”标识。

（四）宣传推广

上影公司主办的《电影首映》2013 年合集中有“SFC”与上影公司中英文企业名称呈上下排列的“”标识，该刊物 2013 年合集以及 2014 年 1 月至 4 月的月刊均有上下排列的“SFC”“上影股份”标识，刊物中刊载有天下票仓公司的广告，其中标注了“”标识。

2013 年 5 月 8 日至 2014 年 4 月 23 日，共 42 期《环球时报》中刊载有以上影公司自有影院“SFC 超级电影世界”“SFC 新衡山电影院”“SFC 上影永华电影城”为标题的宣传广告，其中“SFC”字样均突出、放大。

2013 年 8 月 11 日至 2014 年 3 月 18 日，共 69 期《广州日报》中刊载有以上影公司自有影院“SFC 上影联和电影城”为标题的宣传广告，其中“SFC”字样均突出、放大。

2014 年 1 月 3 日至 4 月 25 日，共 14 期《ShanghaiDaily》中刊载有以上影公司自有影院“SFCYONGHUAPREMIEREINTERNATIONALCINEMA 上影永华·海上国际影城”为标题的宣传广告。

五、上影公司公开发行股票、经营影院等情况

2016 年 6 月 20 日，中国证券监督管理委员会作出《关于核准上海电影股份有限公司首次公开发行股票批复》。8 月 4 日，上影公司发布首次公开发行 A 股股票招股说明书（以下简称招股说明书）。8 月 16 日，上海证券交易所发布《关于上海电影股份有限公司人民币普通股股票上市交易的公告》。招股说明书的首页中标注有突出、放大的“SFC”字样，内页中有如下记载：上影公司的主营业务为电影发行及放映业务，具体包括电影发行和版权销售、院线

经营以及影院投资、开发和经营业务；上影公司是行业内少数形成“专业化发行公司+综合型院线+高端影院经营”的完整电影发行放映产业链的公司，在电影发行及放映业务的各个领域均具有领先的市场地位；上影公司是全国最早从事市场化电影发行业务、累计发行影片最多的专业化电影发行公司之一，下属联和院线为全国票房排名前列的院线，2013 至 2015 年票房分别位列城市院线第二名、第四名、第四名，下属影院票房长期占据本市近 30%或以上的市场份额，子公司天下票仓公司成立以来，建立了票务网站，与各类媒体平台及企业合作，实行电商售票联盟，为影院接入、架设统一的网络售票平台、售票取票设备；上影公司 2013 至 2015 年度的净利润分别为 1.4 亿、1.7 亿、2 亿余元，年末总资产分别为 9 亿、12 亿、16 亿余元；截至 2016 年 5 月 3 日，上影公司主要有 43 家控股子公司（包括全资子公司）、4 家合营企业和 12 家参股公司，其中成立于 2014 年 4 月之前的控股子公司 25 家；截至 2015 年 12 月 31 日，上影公司共有实际运营的资产联结影院 53 家，其中控股影院 34 家，位于本市的影院 22 家，开业时间早于 2014 年 4 月的影院 37 家。

2016 年 5 月 19 日、20 日，登陆相关网站进行查看显示：网站 <http://theater.mtime.com>、<http://film.spider.com.cn> 于 2012 年 1 月 15 日起陆续刊载有用户对上影公司自有影院“SFC 上影(上海影城店)”的点评；美团网(<http://meituan.com>)发布有上影公司自有影院【江桥】SFC 上影国际影城的团购券，有效期为 2013 年 6 月 6 日至 2016 年 6 月 17 日，已售 8,573 张，共有用户评价 1,701 条；大众点评网(www.dianping.com)于 2012 年 5 月 26 日、2013 年 7 月 24 日起陆续刊载有用户对上影公司自有影院“SFC 上影(上海影城店)”、“SFC 上影(江桥店)”的点评，总点评数分别为 6,701 条、900 条。

六、与本案有关的其他情况

《类似商品和服务区分表—基于尼斯分类第十版》中记载，4104 出版服务类似群中的录像带发行与 4105 的电影胶片的分配(发行)类似；4105 文娱、体育活动的服务类似群中，配音与电影放映属于该类似群的同一部分，娱乐与娱乐信息、票务代理服务(娱乐)属于该类似群的同一部分，该类似群备注有本类似群各部分之间服务不类似的记载。

2015 年 11 月 2 日，上影公司向国家工商行政管理总局商标评审委员会(以下简称商评委)提出宣告涉案商标无效的申请。2016 年 9 月 6 日，商评委作出商评字[2016]第 XXXXXXXXXX 号关于涉案商标无效宣告请求裁定书，该委认为，春回大地公司在多个商品和服务类别上申请注册了包括涉案商标在内的四百余件商标，明显超出了其经营所需和能力范围，其行为具有不正当抢注和囤积注册商标以营利的目的，扰乱了正常的商标注册管理秩序，并有益于公平竞争的市场秩序，违反了诚实信用原则，不应鼓励和支持，涉案商标的申请注册构成了商标法第四十四条第一款规定的情形，据此裁定涉案商标予以无效宣告。春回大地公司不服裁定，向北京知识产权法院提起诉讼，北京知识产权法院于 2016 年 10 月 13 日立案受理，目前尚在审理中。

一审审理中，春回大地公司为证明上影公司在涉案商标申请日前未将“SFC”视作商标使用，提供了涉案网站网页打印件，显示涉案网站于 2014 年 8 月 7 日发布了标题为“上影股份 LOGO 设计方案征集公告”的文章，内容为向社会公开征集上影股份 LOGO 设计方案。上影公司认为，征集 LOGO 不代表其放弃将“SFC”作为自己的英文商号、商标要素，对证明目的不予认可。一审法院认为，民事主体有权在经营中使用多个商业标识，上影公司征集 LOGO 的行为与其使用被控标识的意图不具关联性，并且商标使用也不以使用人的主观状态为评判标准，只要客观上产生商品或服务的识别作用即可构成，故该证据的证明目的一审法院不予确认。春回大地公司为证明上影公司在先使用“SFC”不具善意和合法性，提供了第 XXXXXXX 号注册商标查询信息打印件，显示申请人为案外人上海申花足球俱乐部有限公司，部分核定服务与涉案商标相同，专用权期限为 2003 年 4 月至 2013 年 4 月，上影公司认为，该证据与本案无任何关联。一审法院认为，春回大地公司未提供证据证明上影公司使用“SFC”标识

曾被有关部门认定侵害案外人权某,而此节亦与本案争议焦点缺乏关联,故该证据证明目的一审法院不予确认。

一审法院认为,双方当事人确认涉案商标由春回大地公司于 2014 年 4 月 14 日申请,2015 年 7 月 21 日注册,上述事实与一审法院查明事实相符,一审法院予以确认。上影公司向商评委提起涉案商标无效的申请,虽获得支持,但春回大地公司已就该裁定提起行政诉讼,故该裁定尚未生效,涉案商标至今有效,春回大地公司享有的涉案商标专用权应受法律保护。依据春回大地公司和上影公司的诉辩意见,本案存在如下争议焦点:一、上影公司使用被控标识是否均属于商标法意义上的商标使用,受商标法规制;二、上影公司使用被控标识的行为是否侵害了涉案商标专用权。

关于焦点一,商标法所称商标的使用,是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中,用于识别商品来源的行为。春回大地公司主张上影公司使用被控标识均构成了商标的使用,一审法院对此不予认同。根据前述法律规定,商标是商品生产者或服务提供者为使自己的商品或服务区别于他人使用的一种标识,应当具有显著性和区别的功能。在判断提供服务使用的标识是否属于商标使用时,应根据标识的具体使用方式,判断其是否具有识别服务来源的功能,不产生识别服务来源作用的标识使用行为不是商标法意义的商标使用,不属于商标法的规制范围。

被控标识 2 出现于涉案网站页面下方的友情链接中,被控标识 6 出现于涉案网站的营销传媒栏目中介绍天下票仓公司的文字下方,上述标识并非单独标注,而是与其他文字、图形紧密组成了组合标识,相关公众不会将被控标识 2、6 从整体的组合标识中隔离出来,单独认知为识别商品或服务的标识,客观上只会对整个组合标识进行识别,结合具体的使用形式以及文字介绍,相关公众应该知道组合标识对应的商品或服务来源于天下票仓公司,并不会认为指向于上影公司,故上影公司对上述标识的使用属于指示性使用,而关于天下票仓公司使用上述组合标识是否侵害涉案商标专用权,以及上影公司就此是否需要承担相应民事责任,春回大地公司可另寻救济途径。

被控标识 7 出现于涉案网站的影院投资栏目的文章中,是依普亚公司简称“SFC-EPR”的组成部分,从使用方式看该部分使用的字体、字形、字号与其余部分并无不同,阅读该文的公众不会将该部分从文章中隔离并认知为商品或服务的标识,客观上只会根据文章的内容将“SFC-EPR”整体识别为依普亚公司的简称,故上影公司对被控标识 7 的使用不是商标使用,不受商标法规制。

除上述标识外的其余被控标识,从上影公司使用形式上看,在涉案网站使用时,或标注于醒目位置,使用的字形也大于网站中其他文字,具有突出醒目的特征,或直接表明系上影公司经营的影院品牌;在经营场所使用时,标注于中英文企业名称的上方,而且使用的字形明显较大;上述被控标识实际发挥了识别商品或服务来源于上影公司的作用,故应认定上影公司使用上述标识构成了商标使用,受商标法规制。

关于焦点二,春回大地公司主张上影公司在涉案网站、经营场所使用被控标识 1、3、4、5 的行为,违反了商标法第五十七条第二项规定,侵害了其享有的涉案商标专用权。

商标法第五十七条第二项规定,未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的,属于侵害注册商标专用权的行为。鉴于双方当事人均确认两者提供的服务并非相同,故对于上影公司使用被控标识 1、3、4、5 的行为,需要从两者提供的服务是否构成类似,使用的商标是否构成相同或近似,以及是否容易导致混淆等方面予以评判。而为了合理界定涉案商标的权利范围,在判定两者服务是否类似以及商标是否近似时,应当充分考虑涉案商标的显著程度和市场知名度。春回大地公司明确涉案商标未曾实际使用,其仅设立了分公司、子公司准备使用涉案商标。一审法院认为,春回大地公司未提供证据证实为使用涉案商标作了实

质性的准备工作，而仅设立分公司、子公司的行为也不产生使用涉案商标的效果，故对于相关公众而言，涉案商标知名度相当有限，相应的识别服务功能亦相当有限。

一、被控标识 1、3、4 突出使用在上影公司的网站显著位置及经营场所前台，故其产生识别服务来源的功能不限于个别服务类别，应以上影公司从事的全部业务，特别是主营业务作为评判标准，根据上影公司营业执照、招股说明书记载的经营范围，涉案网站宣传的业务内容，以及春回大地公司相关主张，一审法院认为本案中需要评价上影公司的经营业务是电影胶片发行、电影放映、营销传媒。

类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。判断服务是否类似，应当以相关公众对于服务的一般认识综合判断，《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似服务的参考。

春回大地公司以《类似商品和服务区分表—基于尼斯分类第十版》中录像带发行与电影胶片的分配(发行)构成类似的记载为依据，主张上影公司主营的电影胶片发行与涉案商标核定的录像带发行构成类似服务。一审法院认为，商标行政主管部门以《类似商品和服务区分表》作为标准进行类似服务的划分，是为了保证商标审查标准的客观性、一致性以及执行的统一性，而具体到商标争议时，涉及到特定民事权利的保护，更应考量个案的实际情况，综合服务的目的、内容、方式、对象等因素进行认定，而不能机械地将《类似商品和服务区分表》作为唯一认定标准。录像带发行的是记载各类影音资料的录像带，目的是提供给录像机播放，对象往往是录像带出租店或消费者，而电影胶片发行的是记载电影信息的胶片，目的是提供给电影放映机播放，对象往往只是电影院，两者的服务目的、内容以及对象均有明显差异，故两者不构成类似服务。

春回大地公司又主张上影公司主营的电影放映与涉案商标核定的配音构成类似服务。一审法院认为，上述服务虽列于《类似商品和服务区分表》相同的类似群组，但配音的服务内容是为视听作品角色配上声音的工作，并不局限于电影作品，而上影公司提供的电影放映服务内容是在电影院为观众播放电影的工作；配音服务的提供者是配音演员，对象是相关视听作品的制作方，电影放映的提供者是电影院，对象是观看电影的观众；从上述对比可见，即使配音服务针对的是电影作品，也只是电影制作的一个组成部分，而电影放映是电影制作完毕后推向市场面对最终消费者的服务，两者服务的目的、内容、方式、提供者以及消费者均不相同，故两者不构成类似服务。

春回大地公司还主张上影公司在涉案网站发布电影广告属于提供娱乐信息服务，与涉案商标核定的娱乐构成类似服务。上影公司认为从事的营销传媒服务，属于《类似商品和服务区分表》中的广告服务，与娱乐不构成类似服务。一审法院认为，上影公司在涉案网站发布电影广告的行为主要是告知消费者电影的上映时间等信息，确实包含着娱乐信息内容，以相关公众的一般认识，会认为与涉案商标核定的娱乐服务存在特定联系，故应认定为类似服务。

综上所述，虽然一审法院认定上影公司提供的部分服务内容与涉案商标核定的娱乐服务构成类似服务，而且被控标识 1、3、4 与涉案商标相同，但根据商标法第五十七条第二项规定，尚需对上影公司的使用行为是否容易导致相关公众混淆作出判定。对此，一审法院认为，在案证据可以证实上影公司在涉案商标申请日前，已经在经营活动中大量使用了“SFC”商标，并持续使用至今，而且总资产、净利润以及开设影院的数量也足以证实其经营规模较大且经营状况良好，在主营业务市场所占份额位居全国前列，上述事实使一审法院确信上影公司使用“SFC”商标已经具有了较高的知名度，为相关公众所知悉；一审法院还指出，“SFC”是上影公司的英文企业名称各单词首字母的组合，上影公司将其作为商标使用具有合理性，并且上影公司在使用“SFC”商标时与中英文企业名称紧密联系，证实其使用“SFC”商标并无攀附春回大地公司的意图，而且如前所述，春回大地公司并未实际使用涉案商标，涉案商标

识别服务功能相当有限；故对于相关公众而言，看到电影广告时，明确知晓“SFC”商标指向于上影公司，并不会与春回大地公司产生混淆。

二、被控标识 5 以“SFC 上影影城”形式使用于涉案网站关于上影公司经营的高端连锁影院品牌的文字介绍中，应认定上影公司在从事的电影院线及电影院投资与资产管理业务中使用了该标识来区分服务来源，上述服务无论从服务的目的、内容、方式、对象等方面，还是从《类似商品和服务区分表》划分的类群，与涉案商标核定使用的服务项目均不构成类似。因两者提供的服务构成类似、使用的商标构成相同或近似，以及容易导致混淆是适用商标法第五十七条第二项规定的充分必要条件，故一审法院对其他条件是否成就不再评述。

综上所述，春回大地公司主张上影公司使用被控标识侵害涉案商标专用权，缺乏事实、法律依据，一审法院不予支持，其相应的赔偿合理开支的诉讼请求，一审法院亦不予支持。一审法院依照《中华人民共和国商标法》第四十八条、第五十七条第二项，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条第二款、第十二条规定，判决：驳回春回大地公司的诉讼请求。一审案件受理费 90.55 元，由春回大地公司负担。

本院二审期间，上诉人春回大地公司向本院提交了《商标使用许可备案受理通知书》、泉州民东公司营业执照副本及内资企业登记基本情况表、《“SFC”商标广告宣传品印刷合同》、宣传品样稿、付款凭证及发票等证据，拟证明上诉人许可泉州民东公司使用涉案商标，并进行了许可备案，涉案商标正在实际使用。经质证，被上诉人上影公司表示在上诉人春回大地公司能提交原件的情况下，对上述证据的真实性无异议，但认为泉州民东公司是上诉人的全资子公司，两者存在利害关系，这些证据可能是为了诉讼目的所制作，不能说明涉案商标的真实使用情况，对证据的证明目的不予认可。对此，本院认证如下：上诉人春回大地公司提交之证据仅能证明其许可关联公司使用，同时又委托案外人印制了宣传品，但并不能证明被许可人已实际使用涉案商标以及印有“SFC”的宣传品已在何处以何种方式对外分发或展示，故仅凭上诉人在二审中补充提交的证据尚不能证明涉案商标正在实际使用。

本院经审理查明，一审法院事实认定属实，本院予以确认。

本院认为，虽然商评委已裁定宣告涉案商标无效，但北京知识产权法院已受理上诉人春回大地公司对裁定不服提起的诉讼，且目前双方均未提交行政诉讼裁判文书证明该裁定已生效，故本院在上诉人春回大地公司对涉案商标仍享有商标专用权的前提下，对本案作出处理。根据各方当事人在二审期间的诉辩意见，本案的主要争议焦点在于：一、一审法院有关被上诉人上影公司在涉案商标申请日前已大量并持续使用具有较高知名度的“SFC”标识之认定是否正确；二、一审判决法律适用是否得当。

对于第一项争议焦点，上诉人春回大地公司认为被上诉人上影公司为此提交的证据未经公证易自行制作或被篡改，部分证据未显示被上诉人及其关联公司名称，部分证据如《广州日报》发行区域不会对在上海的知名度产生影响等，故均不能作为证明“SFC”标识使用之证据；被上诉人上影公司则认为其提交的证据真实且充分。对此，本院认为，被上诉人上影公司为证明其在涉案商标申请日即 2014 年 4 月 14 日之前在经营和对外宣传过程中长期、广泛和持续地使用含有“SFC”的标识并具有一定影响，而提供了域名注册查询信息、电影票兑换券、早期发行影片的片尾截图、影城开业庆典照片、《环球时报》《广州日报》《ShanghaiDaily》等报刊等大量证据。从证据形式要件来看，上诉人在二审庭审时认可一审中已核对过原件，因证据的真实性并非均需通过公证方式才能予以确认，故在上诉人未能举证证明被上诉人所提供的证据存在为诉讼而制作或有篡改的情况下，一审法院确认相关证据真实性并据此认定被上诉人及其关联公司在涉案商标申请日前使用“SFC”标识情况之事实，并无不当。一审法院可以根据案件具体情况确定对证据认证的方式，其对被上诉人使用商标证据的真实性、合法性和有效性未作具体评述，并不涉及侵害上诉人合法权某问题。从证据的关联性来看，能够证明主要从事电影发行和放映管理、影院管理和票务服务的被上诉人自 2012 年 7 月起

就将“sfc”用于所注册的域名中，此后无论是在电影发行和放映，还是在影院经营、宣传推广中，被上诉人或其关联公司均将“SFC”标识以较为突出的方式单独或与含有“上影”等字样的文字同时使用，经过长期持续的使用，“SFC”已经在影院服务市场与被上诉人建立起直接的对应关系，并成为该领域具有一定影响的标识，且《广州日报》、第三方平台（美团网、大众点评网等）用户点评等证据表明其影响已超出了被上诉人的注册地上海市范围。同时，一审判决查明的被上诉人总资产、净利润、关联公司和影院数量、全国票房排名和市场份额等事实，均可以作为认定被上诉人经营规模及其知名度的考量因素，其在各类场合、各种宣传推广平台使用的“SFC”标识也随之在市场上产生相当的影响。鉴于双方当事人均确认 ShanghaiFilmCorporationLtd. 系被上诉人上影公司在经营中使用其企业名称的英语翻译，一审法院根据被上诉人上影公司答辩时对“SFC”来源的解释，认定系被上诉人将其企业名称英语翻译各单词首字母的组合作为商标使用具有合理性，并无不当。上诉人以《企业名称管理条例》不保护英文名称及其简称为由而否定上述认定，理由不充分；相反，上诉人对于选择“SFC”注册为商标的确定过程陈述过于牵强，本院难以采信。综上所述，一审法院对于被上诉人上影公司对“SFC”标识的使用属于在先善意使用有一定影响商标的认定正确，上诉人春回大地公司的相关上诉理由不能成立，本院不予采纳。

对于第二项争议焦点，上诉人春回大地公司主要针对一审法院就类似服务的判断、指示性使用的认定持有异议。对此，本院认为，商标法第五十九条第三款规定：“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。”本案中，被控侵权标识“SFC”与涉案商标相同，基于第一项争议焦点的分析与认定，即便被上诉人上影公司使用上述标识所涉服务与涉案商标核定使用类别中的某项服务相同或者类似，也可以适用上述条款认定上诉人春回大地公司无权禁止被上诉人上影公司在原使用范围内继续使用，并判决驳回上诉人要求被上诉人停止侵权、赔偿合理开支的一审诉讼请求。因一审判决驳回上诉人一审诉讼请求时未援引商标法第五十九条第三款，本院予以补正。就一审法院对服务类似与否以及有关指示性使用所作出的判定，因上诉人春回大地公司在二审中明确提出异议，本院逐项回应如下：1. 本院认同一审法院对于“电影放映”与“配音”不构成类似服务的理由和结论，故不再赘述。2. 对于“录像带发行”与“电影胶片的发行”，本院认为，从服务目的来看，电影是录像带存储的主要内容之一，故录像带发行和电影胶片发行均有提供给相关主体用于放映电影的目的，均可满足服务最终接受者观看电影的需求；从服务的内容和方式来看，两者均是将存储有包括电影在内的影音文件的载体向相关公众发行；从服务的提供者和对象来看，两项服务的提供者均与影视行业相关，最终服务对象多为对影视剧感兴趣的人群，由此可见，录像带发行与电影胶片发行属于实现基本相同服务目的的不同发行模式，可认定为类似服务。一审法院认为两者服务目的、内容和对象均有明显差异不妥，本院予以纠正。3. 就被控标识“6”中的“SFC”，上诉人春回大地公司对一审法院认定属于指示性使用亦持有异议。对此，本院认为，虽然被上诉人上影公司在本案中称“”系天下票仓公司使用的标识，但其对该标识中使用“SFC”表示认可，且从“”在被上诉人上影公司网站上的使用位置和方式来看，“”应为天下票仓公司与被上诉人上影公司共同使用的标识，其中的“SFC”具有识别服务来源的作用，一审法院认定上影公司对上述标识的使用属于指示性使用不当，本院予以纠正。综上分析，尽管一审判决部分理由需要修正，但因有证据证明被上诉人上影公司有关在先使用有一定影响的标识之抗辩成立，上诉人春回大地公司认为被上诉人上影公司构成商标侵权的主张应予驳回，一审判决结果正确，本院予以维持。

至于上诉人春回大地公司提及的其余上诉理由，本院认为：就一审判决对上诉人及关联公司的事实认定是否有误问题，被上诉人的相应答辩意见成立，本院予以采纳；就被上诉人使用

“SFC”是否会与上诉人产生混淆问题，因上诉人所提供证据不足以证明其或其关联公司已实际使用“SFC”，而被上诉人通过长期、持续使用“SFC”，已在影视市场中与该标识建立起相对稳定的对应关系，尚难以判断两者会产生混淆，也难谓有附加区别标识之必要；就被上诉人申报《招股说明书》是否涉嫌侵害公众利益问题，不属于本案审理范畴。

综上，本院认为，上诉人春回大地公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律虽有瑕疵，但裁判结果正确，应予维持。依照《中华人民共和国商标法》第五十九条第三款、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、《最高人民法院关于适用的解释》第三百三十四条规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币 90.55 元，由上诉人泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司负担。本判决为终审判决。

审判长 陈惠珍

审判员 杨韡

审判员 刘静

二〇一七年十二月十五日

书记员 周颖

泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与上海电影股份有限公司侵害商标权纠纷一审民事判决书

上海市徐汇区人民法院

民事判决书

(2016)沪 0104 民初 8708 号

原告：泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司，住所地福建省泉州市。

法定代表人：庄学恩，执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人：陈晨，北京盈科(上海)律师事务所律师。

被告：上海电影股份有限公司，住所地上海市徐汇区。

法定代表人：任仲伦，董事长。

委托诉讼代理人：马强，北京市君合律师事务所律师。

委托诉讼代理人：卢亮，北京市君合律师事务所律师。

原告泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司(以下简称春回大地公司)诉被告上海电影股份有限公司(以下简称上影公司)侵害商标权纠纷一案，本院于 2016 年 3 月 21 日立案受理后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告的法定代表人庄学恩、委托诉讼代理人陈晨，被告的委托诉讼代理人马强、卢亮到庭参加诉讼。经本院院长批准，本案延长审理期限 6 个月，现已审理终结。

春回大地公司向本院提出诉讼请求，要求判令上影公司：1. 立即停止侵害春回大地公司享有的第 XXXXXXXX 号注册商标专用权；2. 赔偿春回大地公司合理开支 11,622 元(包括律师代理费 8,500 元、公证费 1,500 元、交通费 142 元、食宿费 1,480 元)。

事实和理由：春回大地公司于 2015 年 7 月 21 日注册取得第 XXXXXXXX 号“SFC”注册商标(以下简称涉案商标)，上影公司未经其许可在主办的 www.sh-sfc.com 网站(以下简称涉案网站)以及位于本市漕溪北路 XXX 号 C 座 14 楼办公场所的前台处标注了“SFC”标识，系使用在电影发行、电影放映、娱乐信息及票务代理服务中，分别与涉案商标核定使用的录像带发行、配音、娱乐构成类似服务，依据《中华人民共和国商标法》(以下简称商标法)第五十七条第二项规定，上影公司在类似服务中使用了与涉案商标相同的商标，侵害了春回大地公司享有的涉案商标专用权。

上影公司辩称：1. “SFC”系上影公司英文企业名称的简称，上影公司在涉案商标申请日前已将“SFC”作为企业简称及商标进行使用，具有一定影响且持续至今，春回大地公司以不正当手段抢先注册为商标，不具有正当性，不应享有实质权某，国家工商行政管理总局商标评审委员会(以下简称商评委)亦认为春回大地公司具有不正当抢注、囤积注册商标营利的目的，裁定涉案商标无效；2. 即使涉案商标受法律保护，依据商标法五十九条第三款规定，上影公司系在先使用“SFC”标识且有一定影响，春回大地公司无权禁止上影公司在原有范围内继续使用；3. 上影公司使用“SFC”标识的服务与涉案商标的核定服务不构成相同或类似，并且上影公司标注“SFC”标识时附加企业名称、字号、经营影院名称等要素进行组合使用，不会导致相关公众对两者商标发生混淆，上影公司涉案行为不侵害春回大地公司享有的涉案商标专用权。

本院认定事实如下：

一、春回大地公司、涉案商标及关联公司的相关情况

春回大地公司成立于 2011 年 6 月，法定代表人庄学恩，注册资本 3 万元，经营范围为电子产品研发、办公用品批发。

2014 年 4 月 14 日,春回大地公司向国家工商行政管理总局商标局提出涉案商标注册申请。经核准,核定使用服务项目为第 41 类中的组织教育或娱乐竞赛;出借书籍的图书馆;录像带发行;娱乐;配音;私人健身教练服务;动物训练;为艺术家提供模特服务。有效期为 2015 年 7 月 21 日至 2025 年 7 月 20 日。

春回大地公司涂岭分公司成立于 2016 年 10 月,负责人庄学恩,经营范围为销售日用品。泉州绿地运动装备有限公司是春回大地公司的全资子公司,成立于 2016 年 6 月,法定代表人庄学恩,经营范围为通过互联网及实体店销售体育装备、机械设备、运输设备等商品;广告策划;产品设计;家政服务;文化创意服务等。

审理中,春回大地公司称涉案商标的字母组合不具特殊含义,但对于确定过程前后陈述不一,前期称系发现案外人名下商标未续展后进行注册,后期称系对 26 个字母进行排列组合检索后选择注册。春回大地公司确认涉案商标未实际使用,仅设立了涂岭分公司及子公司泉州绿地运动装备公司为使用作准备,其他准备工作尚在委托策划中,但未提供相应证据。

二、上影公司及其英文企业名称、涉案网站、关联公司的相关情况

上影公司成立于 1994 年 10 月,注册资本 28,000 万元,经营范围为电影发行、放映管理,设计、制作各类广告,利用自有媒体发布广告,电影院线及电影院投资与资产管理,文化方案咨询服务,市场营销策划,展览展示服务,票务服务等。

2012 年 9 月 10 日,上影公司与上海银星皇冠假日酒店签订客房租赁合同,合同加盖的上影公司印章中有 SHANGHAIFILMCORPORATIONLTD. 字样。审理中,双方当事人确认 ShanghaiFilmCorporationLtd. 系上影公司在经营中使用的英文企业名称。

2016 年 3 月 11 日,登陆工业和信息化部 ICP/IP 地址/域名信息备案管理系统查询,显示涉案网站的主办单位为上影公司,ICP 备案审核通过时间为 2015 年 12 月 23 日。2016 年 5 月 19 日,登陆 whois.aliyun.com 网站查询,显示涉案网站所有者为 shanghaifilmco.,ltd,注册日期为 2012 年 7 月 19 日。审理中,上影公司确认涉案网站由其主办并实际运营。

天下票仓(上海)网络科技有限公司(以下简称天下票仓公司)是上影公司的全资子公司,成立于 2013 年 11 月,注册资本 1,000 万元,经营范围为商务信息咨询,投资咨询(以上咨询除经纪),票务代理等。

上海上影依普亚影城开发管理有限公司(以下简称依普亚公司)系上影公司与外国企业合资,于 2009 年 8 月 25 日成立,注册资本 1,000 万元,经营范围为影院经营管理技术服务,影院放映设备、影视器材、音响设备批发等。

三、被控侵权行为的情况

2016 年 3 月 11 日,春回大地公司向上海市闸北公证处提出相关网页的保全证据公证申请,该处派员监督了查看、打印网页的过程,对此出具(2016)沪闸证经字第 726 号公证书,主要内容如下:1. 登陆涉案网站,可见该网站页面左上方均标注有“”,左侧的“SFC”标识以下简称被控标识 1,右侧系上影公司的中英文企业名称;该网站页面左下方均设置有友情链接,首个标识为“”,左侧的“SFC”标识以下简称被控标识 2,右侧标注了“天下票仓”“txpc.cn”信息,该组合标识下方还标注有“天下票仓”文字;2. 涉案网站首页上方刊载有电影《美人鱼》的宣传图片;首页居中位置标注“”,上方的“SFC”标识以下简称被控标识 3,下方系上影公司的中英文企业名称;3. 涉案网站“关于我们”栏目刊载有大幅图片 1 张,拍摄场景为办公场所前台,前台墙面上方标注的“SFC”标识以下简称被控侵权标识 4,毗邻标识下方有上影公司中英文企业名称;该栏目中还有如下内容“目前,上影股份的主营业务是电影发行及放映,具体包括电影发行和版权销售、院线经营以及影院投资、开发和经营。”“目前,上影股份在全国范围内拥有超过 50 家连锁影院,‘SFC 上影影城’作为公司的高端连锁影院品牌……”,上述文字中的“SFC”以下简称被控标识 5;4. 涉案网站业务模块中“营销传媒”栏目,刊载有“”,上方的左侧“SFC”标识以下简称被控标识 6,右

侧标注了“天下票仓”“txpc.cn”文字，下方标注“电脑端、手机微信在线选座购票上海影院全覆盖”文字；该栏目中还有如下内容“上影公司营销传媒分公司是上影股份的专业电影营销机构，下设三个部门(公司)：市场营销部、广告经营部和天下票仓公司”“公司立足上海，辐射华东，全方位整合地区广告资源……公司成立至今，与万达、华谊兄弟、光线、博纳等多家国内知名影视公司成功合作，仅上海一地主办各类影片落地宣传活动已近百场，公司还与品牌联动……开展冠名、赞助、植入、互换等商业活动。目前公司在华东，特别是上海地区已成为影片整合营销最有影响力的市场传播机构之一”“除电影营销业务外，公司还设立了‘天下票仓公司’，重点拓展电子商务领域，‘天下票仓’是集在线票务、网上营销和电子商务服务在内的电影市场网络平台，并成为上海国际电影节的指定网络售票平台”；5. 涉案网站业务模块中“影院投资”栏目有如下文字内容“上海上影依普亚(简称 SFC-EPR)影城开发管理有限公司是由上海电影股份有限公司和美国 ENTERTAINMENT PROPERTY TRUST(简称 EPR)合资设立的全国性影城开发建设企业，SFC-EPR 充分发挥双方的品牌和优势……”，上述文字中的“SFC”以下简称被控标识 7。

2014 年 5 月 13 日，涉案网站发布标题为“上影股份携‘天下票仓’入局票务电商站”的文章，有如下内容“在目前电影票务网站正发展得如火如荼之时，拥有强大渠道资源的上影股份已全面启动对票务电商行业的战略布局，旗下网站‘天下票仓’正式宣布进入票务电商市场，作为票房收入稳居国内第二的联合院线的所有方，上影股份此举有望颠覆目前票务电商市场上淘宝、百度等互联网巨头和格瓦拉、时光网等专业票务代理网站分唱主角的现状，票务电商中的‘院线力量’将加入战团。”

审理中，春回大地公司主张涉案网站刊载电影宣传图片、营销传媒均属于娱乐信息的服务内容。上影公司称“”“”均系天下票仓公司使用的标识，上影公司对其在该标识中使用“SFC”字样表示认可；上影公司确认涉案网站“关于我们”栏目中图片场景系其办公场所实景。

四、上影公司及其关联公司在涉案商标申请日前使用“SFC”标识的情况

(一) 电影发行

2013 年 1 月至 9 月，电影《喜洋洋与灰太狼之喜气羊羊过蛇年》《百万爱情宝贝》《神奇》在我国上映，上述影片结尾发行方均标注有纵向排列的“SFC”标识及上影公司中英文企业名称。

(二) 电影放映

有效期至 2013 年 10 月 31 日的电影《神奇》的电影票兑换券、电影狂欢兑换券均在正面印制有“SFC 上海电影”标识，背面加盖有上影公司票务专用章，并标注有本市范围内连锁影院的信息。

2013 年 10 月 19 日，新浪微博用户“电影神奇 AMAZING”转发的一则微博刊载了印制有“SFC 上影永华国际影城”字样的《神奇》电影票照片。

(三) 影院经营

2011 年 8 月至 2012 年 9 月，上影公司的子公司上海影城有限公司、上海联和电影院线有限责任公司，以及关联公司依普亚公司分别与案外人签订租赁合同，承租房屋用于开设影院。2012 年 12 月至 2013 年 12 月，上述合同所涉影院开业庆典中，均使用“SFC”标识。

(四) 宣传推广

上影公司主办的《电影首映》2013 年合集中有“SFC”与上影公司中英文企业名称呈上下排列的“”标识，该刊物 2013 年合集以及 2014 年 1 月至 4 月的月刊均有上下排列的“SFC”“上影股份”标识，刊物中刊载有天下票仓公司的广告，其中标注了“”标识。

2013 年 5 月 8 日至 2014 年 4 月 23 日，共 42 期《环球时报》中刊载有以上影公司自有影院“SFC 超级电影世界”“SFC 新衡山电影院”“SFC 上影永华电影城”为标题的宣传广告，其中“SFC”字样均突出、放大。

2013 年 8 月 11 日至 2014 年 3 月 18 日,共 69 期《广州日报》中刊载有以上影公司自有影院“SFC 上影联和电影城”为标题的宣传广告,其中“SFC”字样均突出、放大。

2014 年 1 月 3 日至 4 月 25 日,共 14 期《ShanghaiDaily》中刊载有以上影公司自有影院“SFCYONGHUAPREMIEREINTERNATIONALCINEMA 上影永华·海上国际影城”为标题的宣传广告。

五、上影公司公开发行股票、经营影院等情况

2016 年 6 月 20 日,中国证券监督管理委员会作出《关于核准上海电影股份有限公司首次公开发行股票批复》。8 月 4 日,上影公司发布首次公开发行 A 股股票招股说明书(以下简称招股说明书)。8 月 16 日,上海证券交易所发布《关于上海电影股份有限公司人民币普通股股票上市交易的公告》。招股说明书的首页中标注有突出、放大的“SFC”字样,内页中有如下记载:上影公司的主营业务为电影发行及放映业务,具体包括电影发行和版权销售、院线经营以及影院投资、开发和经营业务;上影公司是行业内少数形成“专业化发行公司%2B 综合型院线%2B 高端影院经营”的完整电影发行放映产业链的公司,在电影发行及放映业务的各个领域均具有领先的市场地位;上影公司是全国最早从事市场化电影发行业务、累计发行影片最多的专业化电影发行公司之一,下属联和院线为全国票房排名前列的院线,2013 至 2015 年票房分别位列城市院线第二名、第四名、第四名,下属影院票房长期占据本市近 30% 或以上的市场份额,子公司天下票仓公司成立以来,建立了票务网站,与各类媒体平台及企业合作,实行电商售票联盟,为影院接入、架设统一的网络售票平台、售票取票设备;上影公司 2013 至 2015 年度的净利润分别为 1.4 亿、1.7 亿、2 亿余元,年末总资产分别为 9 亿、12 亿、16 亿余元;截至 2016 年 5 月 3 日,上影公司主要有 43 家控股子公司(包括全资子公司)、4 家合营企业和 12 家参股公司,其中成立于 2014 年 4 月之前的控股子公司 25 家;截至 2015 年 12 月 31 日,上影公司共有实际运营的资产联结影院 53 家,其中控股影院 34 家,位于本市的影院 22 家,开业时间早于 2014 年 4 月的影院 37 家。

2016 年 5 月 19 日、20 日,登陆相关网站进行查看显示:网站 <http://theater.mtime.com>、<http://film.spider.com> 于 2012 年 1 月 15 日起陆续刊载有用户对上影公司自有影院“SFC 上影(上海影城店)”的点评;美团网(<http://meituan.com>)发布有上影公司自有影院【江桥】SFC 上影国际影城的团购券,有效期为 2013 年 6 月 6 日至 2016 年 6 月 17 日,已售 8,573 张,共有用户评价 1,701 条;大众点评网(www.dianping.com)于 2012 年 5 月 26 日、2013 年 7 月 24 日起陆续刊载有用户对上影公司自有影院“SFC 上影(上海影城店)”、“SFC 上影(江桥店)”的点评,总点评数分别为 6,701 条、900 条。

六、与本案有关的其他情况

《类似商品和服务区分表—基于尼斯分类第十版》中记载,4104 出版服务类似群中的录像带发行与 4105 的电影胶片的分配(发行)类似;4105 文娱、体育活动的服务类似群中,配音与电影放映属于该类似群的同一部分,娱乐与娱乐信息、票务代理服务(娱乐)属于该类似群的同一部分,该类似群备注有本类似群各部分之间服务不类似的记载。

2015 年 11 月 2 日,上影公司向商评委提出宣告涉案商标无效的申请。2016 年 9 月 6 日,商评委作出商评字[2016]第 XXXXXXXXXX 号关于涉案商标无效宣告请求裁定书,该委认为,春回大地公司在多个商品和服务类别上申请注册了包括涉案商标在内的四百余件商标,明显超出了其经营所需和能力范围,其行为具有不正当抢注和囤积注册商标以营利的目的,扰乱了正常的商标注册管理秩序,并有损于公平竞争的市场秩序,违反了诚实信用原则,不应鼓励和支持,涉案商标的申请注册构成了商标法第四十四条第一款规定的情形,据此裁定涉案商标予以无效宣告。春回大地公司不服裁定,向北京知识产权法院提起诉讼,北京知识产权法院于 2016 年 10 月 13 日立案受理,目前尚在审理中。

上述事实,除双方当事人当庭陈述外,另有春回大地公司提供的商标注册证、公证书、《类似商品和服务区分表—基于尼斯分类第十版》、涉案网站网页打印件、受理通知书、营业执

照,上影公司提供的网页打印件、租赁合同、电影兑换券、《电影首映》刊物、租赁合同、照片、商标评审申请受理通知书、裁定书、报刊复印件、批复、招股说明书,以及本院出示的网络信息勘验记录等证据在案佐证,本院对此予以确认。

审理中,春回大地公司为证明上影公司在涉案商标申请日前未将“SFC”视作商标使用,提供了涉案网站网页打印件,显示涉案网站于2014年8月7日发布了标题为“上影股份LOGO设计方案征集公告”的文章,内容为向社会公开征集上影股份LOGO设计方案。上影公司认为,征集LOGO不代表其放弃将“SFC”作为自己的英文商号、商标要素,对证明目的不予认可。本院认为,民事主体有权在经营中使用多个商业标识,上影公司征集LOGO的行为与其使用被控标识的意图不具关联性,并且商标使用也不以使用人的主观状态为评判标准,只要客观上产生商品或服务的识别作用即可构成,故该证据的证明目的本院不予确认。春回大地公司为证明上影公司在先使用“SFC”不具善意和合法性,提供了第XXXXXXX号注册商标查询信息打印件,显示申请人为案外人上海申花足球俱乐部有限公司,部分核定服务与涉案商标相同,专用权期限为2003年4月至2013年4月,上影公司认为,该证据与本案无任何关联。本院认为,春回大地公司未提供证据证明上影公司使用“SFC”标识曾被有关部门认定侵害案外人权某,而此节亦与本案争议焦点缺乏关联,故该证据证明目的本院不予确认。

本院认为,双方当事人确认涉案商标由春回大地公司于2014年4月14日申请,2015年7月21日注册,上述事实与本院查明事实相符,本院予以确认,上影公司向商评委提起涉案商标无效的申请,虽获得支持,但春回大地公司已就该裁决提起行政诉讼,故该裁定尚未生效,涉案商标至今有效,春回大地公司享有的涉案商标专用权应受法律保护。

依据原、被告的诉辩意见,本案存在如下争议焦点:一、上影公司使用被控标识是否均属于商标法意义上的商标使用,受商标法规制;二、上影公司使用被控标识的行为是否侵害了涉案商标专用权。

关于焦点一,商标法所称商标的使用,是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中,用于识别商品来源的行为。春回大地公司主张上影公司使用被控标识均构成了商标的使用,本院对此不予认同。根据前述法律规定,商标是商品生产者或服务提供者为使自己的商品或服务区别于他人使用的一种标识,应当具有显著性和区别的功能。在判断提供服务使用的标识是否属于商标使用时,应根据标识的具体使用方式,判断其是否具有识别服务来源的功能,不产生识别服务来源作用的标识使用行为不是商标法意义的商标使用,不属于商标法的规制范围。

被控标识2出现于涉案网站页面下方的友情链接中,被控标识6出现于涉案网站的营销传媒栏目中介绍天下票仓公司的文字下方,上述标识并非单独标注,而是与其他文字、图形紧密组成了组合标识,相关公众不会将被控标识2、6从整体的组合标识中隔离出来,单独认知为识别商品或服务的标识,客观上只会对整个组合标识进行识别,结合具体的使用形式以及文字介绍,相关公众应该知道组合标识对应的商品或服务来源于天下票仓公司,并不会认为指向于上影公司,故上影公司对上述标识的使用属于指示性使用,而关于天下票仓公司使用上述组合标识是否侵害涉案商标专用权,以及上影公司就此是否需要承担相应民事责任,春回大地公司可另寻救济途径。

被控标识7出现于涉案网站的影院投资栏目的文章中,是依普亚公司简称“SFC-EPR”的组成部分,从使用方式看该部分使用的字体、字形、字号与其余部分并无不同,阅读该文的公众不会将该部分从文章中隔离并认知为商品或服务的标识,客观上只会根据文章的内容将“SFC-EPR”整体识别为依普亚公司的简称,故上影公司对被控标识7的使用不是商标使用,不受商标法规制。

除上述标识外的其余被控标识,从上影公司使用形式上看,在涉案网站使用时,或标注于醒目位置,使用的字形也大于网站中其他文字,具有突出醒目的特征,或直接表明系上影公司

经营的影院品牌；在经营场所使用时，标注于中英文企业名称的上方，而且使用的字形明显较大；上述被控标识实际发挥了识别商品或服务来源于上影公司的作用，故应认定上影公司使用上述标识构成了商标使用，受商标法规制。

关于焦点二，春回大地公司主张上影公司在涉案网站、经营场所使用被控标识 1、3、4、5 的行为，违反了商标法第五十七条第二项规定，侵害了其享有的涉案商标专用权。

商标法第五十七条第二项规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，属于侵害注册商标专用权的行为。鉴于双方当事人均确认两者提供的服务并非相同，故对于上影公司使用被控标识 1、3、4、5 的行为，需要从两者提供的服务是否构成类似，使用的商标是否构成相同或近似，以及是否容易导致混淆等方面予以评判。而为了合理界定涉案商标的权利范围，在判定两者服务是否类似以及商标是否近似时，应当充分考虑涉案商标的显著程度和市场知名度。春回大地公司明确涉案商标未曾实际使用，其仅设立了分公司、子公司准备使用涉案商标。本院认为，春回大地公司未提供证据证实为使用涉案商标作了实质性的准备工作，而仅设立分公司、子公司的行为也不产生使用涉案商标的效果，故对于相关公众而言，涉案商标知名度相当有限，相应的识别服务功能亦相当有限。

一、被控标识 1、3、4 突出使用在上影公司的网站显著位置及经营场所前台，故其产生识别服务来源的功能不限于个别服务类别，应以上影公司从事的全部业务，特别是主营业务作为评判标准，根据上影公司营业执照、招股说明书记载的经营范围，涉案网站宣传的业务内容，以及春回大地公司相关主张，本院认为本案中需要评价上影公司的经营业务是电影胶片发行、电影放映、营销传媒。

类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。判断服务是否类似，应当以相关公众对于服务的一般认识综合判断，《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似服务的参考。

春回大地公司以《类似商品和服务区分表——基于尼斯分类第十版》中录像带发行与电影胶片的分配(发行)构成类似的记载为依据，主张上影公司主营的电影胶片发行与涉案商标核定的录像带发行构成类似服务。本院认为，商标行政主管机关以《类似商品和服务区分表》作为标准进行类似服务的划分，是为了保证商标审查标准的客观性、一致性以及执行的统一性，而具体到商标争议时，涉及到特定民事权益的保护，更应考量个案的实际情况，综合服务的目的、内容、方式、对象等因素进行认定，而不能机械地将《类似商品和服务区分表》作为唯一认定标准。录像带发行的是记载各类影音资料的录像带，目的是提供给录像机播放，对象往往是录像带出租店或消费者，而电影胶片发行的是记载电影信息的胶片，目的是提供给电影放映机播放，对象往往只是电影院，两者的服务目的、内容以及对象均有明显差异，故两者不构成类似服务。

春回大地公司又主张上影公司主营的电影放映与涉案商标核定的配音构成类似服务。本院认为，上述服务虽列于《类似商品和服务区分表》相同的类似群组，但配音的服务内容是为视听作品角色配上声音的工作，并不局限于电影作品，而上影公司提供的电影放映服务内容是在电影院为观众播放电影的工作；配音服务的提供者是配音演员，对象是相关视听作品的制作方，电影放映的提供者是电影院，对象是观看电影的观众；从上述对比可见，即使配音服务针对的是电影作品，也只是电影制作的一个组成部分，而电影放映是电影制作完毕后推向市场面对最终消费者的服务，两者服务的目的、内容、方式、提供者以及消费者均不相同，故两者不构成类似服务。

春回大地公司还主张上影公司在涉案网站发布电影广告属于提供娱乐信息服务，与涉案商标核定的娱乐构成类似服务。上影公司认为从事的营销传媒服务，属于《类似商品和服务区分表》中的广告服务，与娱乐不构成类似服务。本院认为，上影公司在涉案网站发布电影广告

的行为主要是告知消费者电影的上映时间等信息，确实包含着娱乐信息内容，以相关公众的一般认识，会认为与涉案商标核定的娱乐服务存在特定联系，故应认定为类似服务。

综上所述，虽然本院认定上影公司提供的部分服务内容与涉案商标核定的娱乐服务构成类似服务，而且被控标识 1、3、4 与涉案商标相同，但根据商标法第五十七条第二项规定，尚需对上影公司的使用行为是否容易导致相关公众混淆作出判定。对此，本院认为，在案证据可以证实上影公司在涉案商标申请日前，已经在经营活动中大量使用了“SFC”商标，并持续使用至今，而且总资产、净利润以及开设影院的数量也足以证实其经营规模较大且经营状况良好，在主营业务市场所占份额位居全国前列，上述事实使本院确信上影公司使用“SFC”商标已经具有了较高的知名度，为相关公众所知悉；本院还需指出，“SFC”是上影公司的英文企业名称各单词首字母的组合，上影公司将其作为商标使用具有合理性，并且上影公司在使用“SFC”商标时与中英文企业名称紧密联系，证实其使用“SFC”商标并无攀附春回大地公司的意图，而且如前所述，春回大地公司并未实际使用涉案商标，涉案商标识别服务功能相当有限；故对于相关公众而言，看到电影广告时，明确知晓“SFC”商标指向于上影公司，并不会与春回大地公司产生混淆。

二、被控标识 5 以“SFC 上影影城”形式使用于涉案网站关于上影公司经营的高端连锁影院品牌的文字介绍中，应认定上影公司在从事的电影院线及电影院投资与资产管理业务中使用了该标识来区分服务来源，上述服务无论从服务的目的、内容、方式、对象等方面，还是从《类似商品和服务区分表》划分的类群，与涉案商标核定使用的服务项目均不构成类似。因两者提供的服务构成类似、使用的商标构成相同或近似，以及容易导致混淆是适用商标法第五十七条第二项规定的充分必要条件，故本院对其他条件是否成就不再评述。

综上所述，春回大地公司主张上影公司使用被控标识侵害涉案商标专用权，缺乏事实、法律依据，本院不予支持，其相应的赔偿合理开支的诉讼请求，本院亦不予支持。

依照《中华人民共和国商标法》第四十八条、第五十七条第二项，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条第二款、第十二条规定，判决如下：驳回泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司的诉讼请求。

案件受理费 90.55 元，由泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司负担。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海知识产权法院。

备注：“”为商标标识，因系统问题无法显示。

审判长 孙谧

审判员 于是

人民陪审员 韩国钦

二〇一七年三月十七日

书记员 包珺

泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司与中国证券监督管理委员会一审行政裁定书

北京市第一中级人民法院
行政裁定书

(2017)京01行初16号

原告泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司，住所地福建省泉州市泉港区海南街东段 11 幢 102 室。

法定代表人庄学恩，总经理。

委托代理人弋冬冬，北京市鼎知律师事务所律师。

被告中国证券监督管理委员会，住所地北京市西城区金融大街 19 号。

法定代表人刘士余，主席。

委托代理人高京，中国证券监督管理委员会工作人员。

委托代理人韩卓，中国证券监督管理委员会工作人员。

原告泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司不服被告中国证券监督管理委员会作出的审核决定及招股说明书公示行为，向本院提起行政诉讼。本院受理后依法组成合议庭，向被告送达了起诉状副本及应诉通知书，并于 2017 年 4 月 19 日公开开庭进行了审理。原告的委托代理人弋冬冬，被告的委托代理人高京、韩卓到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告诉称，2015 年 7 月 21 日，原告获准注册“SFC”商标，核定使用在第 41 类服务上。以娱乐、电影放映为主营业务的上海电影股份有限公司（以下简称上海电影公司）的招股说明书扉页擅自使用原告的“SFC”商标，构成商标侵权行为。依据《首次公开发行股票并上市管理办法》第三十条第五项之规定，发行人在用的商标不得存在重大不利变化的影响。被告违反上述规定，审核通过了该决定，上海电影公司正是基于该决定得以上市，扩大规模，导致“SFC”商标侵权行为进一步扩大，损害原告合法权益。被告在其官网上发布招股说明书，并提供查询、下载、公示等服务，为“SFC”商标侵权提供便利条件，损害原告合法权益。故请求法院判决撤销被告 2015 年第 217 次发审委会议作出的关于上海电影公司（首发）获得通过的审核决定，并责令被告在其官网上撤下《上海电影股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》。

被告辩称：1. 对于被告核准上海电影公司首次公开发行的行为，原告既非该行为的相对人，也与该行为没有利害关系，无权就该行为提起诉讼。而且，被告所属发审委作出的审核决定是被告核准发行行政许可行为的中间程序，而非最终的具体行政行为，不属于行政诉讼受案范围；2. 被告在官网上公开涉案招股说明书的行为未对原告的权利义务造成实际影响。《中华人民共和国证券法》第二十一条规定，发行人首次公开发行股票的，在提交申请文件后，应当按照国务院证券监督管理机构的规定预先披露有关申请文件。当时有效的《首次公开发行股票并上市管理办法》第五十八条规定，申请文件受理后、发行审核委员会审核前，发行人应当将该招股说明书（申报稿）在中国证监会网站预先披露。因此，招股说明书的披露主体为发行人，被告仅提供服务，对此无需承担法律责任，原告请求判令被告撤下该招股说明书缺乏法律依据；3. 原告起诉已经超出法定起诉期限。2015 年 6 月 29 日，被告官网上预先披露招股说明书，此时原告即应知晓该行为。同年 12 月 30 日，被告公布“主板发审委 2015 年第 217 次会议审核结果公告”，此时原告也应知晓该行为，原告迟至 2016 年 12 月 12 日方才起诉，已经超出法定起诉期限。综上，请求裁定驳回原告起诉。

经审理查明：2015 年 4 月 18 日及 6 月 29 日，发行人上海电影公司在被告官网上预先披露了其招股说明书（申报稿）。同年 12 月 30 日，被告在其官网上公布“主板发审委 2015 年第

217 次会议审核结果公告”，其中载明的审核结果为上海电影公司（首发）获通过。原告认为上海电影公司在招股说明书上使用了原告的“SFC”商标，构成商标侵权。被告在其官网上发布招股说明书，其下属的发审委作出的 2015 年第 217 次会议审核决定上海电影公司（首发）通过，进一步导致商标侵权行为扩大，损害了原告的合法权益，遂向本院提起本案诉讼。本院认为，《中华人民共和国行政诉讼法》第四十九条第（四）项规定，当事人提起诉讼应当属于人民法院受案范围。涉案审核决定当时所适用的《首次公开发行股票并上市管理办法》第四十八条规定，中国证监会受理申请文件后，由相关职能部门对发行人的申请文件进行初审，并由发行审核委员会审核。该办法第五十条第一款规定，中国证监会依照法定条件对发行人的发行申请作出予以核准或者不予核准的决定，并出具相关文件。因此，发审委的审核决定仅为被告作出核准或不予核准股票发行申请这一行政行为的中间行为，其不对外产生法律效力，不属于行政诉讼受案范围，原告针对该行为提起的诉讼不符合法定起诉条件，本院依法应予驳回。

此外，《中华人民共和国行政诉讼法》第四十九条第（三）项规定，当事人提起诉讼应当具有事实根据。《首次公开发行股票并上市管理办法》第五十八条规定，申请文件受理后、发行审核委员会审核前，发行人应当将招股说明书（申报稿）在中国证监会网站（www.csrc.gov.cn）预先披露。发行人可以将招股说明书（申报稿）刊登于其企业网站，但披露内容应当完全一致，且不得早于在中国证监会网站的披露时间。该办法第五十九条规定，发行人及其全体董事、监事和高级管理人员应当保证预先披露的招股说明书（申报稿）的内容真实、准确、完整。由此可知，招股说明书（申报稿）的发布主体为发行人，发行人及其全体董事、监事和高级管理人员对预先披露的招股说明书（申报稿）的内容真实、准确、完整负责，被告对此并不负有相关责任。原告请求判令被告撤下发行人上海电影公司发布的招股说明书明显缺乏事实根据，对其针对该事项的起诉，本院依法亦应予以驳回。

综上，本院依照《最高人民法院关于适用若干问题的解释》第三条第一款第（一）项的规定，裁定如下：

驳回原告泉州市泉港区春回大地电子科技有限公司的起诉。

案件受理费 50 元（已交纳），于本裁定生效后全部退还。

如不服本裁定，各方当事人可在本裁定书送达之日起十日内，向本院提交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于北京市高级人民法院。

审判长 赵锋

代理审判员 徐钟佳

人民陪审员 田枝梅

二〇一七年六月十六日

书记员 冯晓俐

瑞寰教育投资管理有限公司与陕西大德教育产业开发有限公司、西安大德房地产开发有限公司等申请撤销仲裁裁决 一审民事裁定书

北京市第二中级人民法院
民事裁定书

(2017)京02民特14号

申请人：(仲裁被申请人)瑞寰教育投资管理有限公司，住所地江苏省南京市鼓楼区渊声巷17号。

法定代表人：沈伟莉，总经理。

委托诉讼代理人：纪子放，北京颐合中鸿律师事务所律师。

委托诉讼代理人：滑丽容，北京颐合中鸿律师事务所律师。

被申请人(仲裁申请人)：陕西鱼化龙投资集团有限公司，住所地陕西省西安市高新区科技路48号创业广场B座1904室。

法定代表人：江继领，总经理。

委托诉讼代理人：杨伟国，北京观韬中茂律师事务所律师。

委托诉讼代理人：郑罡，北京观韬中茂律师事务所律师。

被申请人(仲裁申请人)：西安大德房地产开发有限公司，住所地陕西省西安市高新区科技路48号创业广场B座1904室。

法定代表人：郭栋，总经理。

委托诉讼代理人：杨伟国，北京观韬中茂律师事务所律师。

委托诉讼代理人：郑罡，北京观韬中茂律师事务所律师。

被申请人(仲裁申请人)：陕西大德教育产业开发有限公司，住所地陕西省西安市高新区科技路48号创业广场B座1904室。

法定代表人：郭栋，总经理。

委托诉讼代理人：杨伟国，北京观韬中茂律师事务所律师。

委托诉讼代理人：郑罡，北京观韬中茂律师事务所律师。

第三人(仲裁被申请人)：上海正大景成企业发展有限公司，住所地上海市浦东新区陆家嘴西路168号。

法定代表人：DANNYLIU，总经理。

申请人瑞寰教育投资管理有限公司(以下简称瑞寰教育公司)与被申请人陕西鱼化龙投资集团有限公司(以下简称鱼化龙集团)、被申请人西安大德房地产开发有限公司(以下简称大德房地产)、被申请人陕西大德教育产业开发有限公司(以下简称大德公司)、第三人上海正大景成企业发展有限公司(以下简称正大景成)申请撤销仲裁裁决一案，本院于2017年1月4日立案后进行了审查。现已审查终结。

瑞寰教育公司申请称：请求法院依法撤销中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称仲裁委)(2016)中国贸仲京裁字第1329号仲裁裁决(以下简称《裁决书》)。

事实和理由：

一、《裁决书》项下当事人之间并无仲裁协议，仲裁委不具有管辖权。

仲裁案件的“当事人”即仲裁的申请人鱼化龙集团、大德房地产、大德公司与仲裁的被申请人瑞寰教育公司及第三人正大景成之间未达成仲裁协议。《框架协议》中关于争议解决的约

定为对协议双方即甲方、乙方具有约束力，即必须由构成甲方、乙方的全体签约主体参加方为有效，而不是任意签约主体均可以依据该约定提出仲裁申请。

（一）《框架协议》关于仲裁管辖的约定仅限甲、乙双方，《裁决书》项下当事人之间不具有仲裁协议。

根据《框架协议》的约定及签署背景可知，《框架协议》实际涉及的金额巨大：签署目的系为解决价值超过 6.5 亿元人民币对价的股权收购/赎回的责任落实问题，实际需要履行和支付的金额也达到了 2.75 亿元人民币；为理顺投资款项，交易中还涉及免除债务金额 1558 万美元，按照签约当时汇率折算为人民币也接近 1 亿元。为完成上述巨额交易，《框架协议》项下构成甲、乙双方的主体又分别承担不同功能和职责。

首先，在合同首部，《框架协议》明确约定了黄藤等九个签约个体合称“甲方”，瑞襄教育公司等四个签约个体合称“乙方”。而并非分别列为甲、乙、丙、丁……十三方，这充分说明《框架协议》有且仅有两个协议主体。

其次，《框架协议》中对于甲方、乙方以及甲方、乙方之下各签约个体，表述明晰。

最后，在《框架协议》第九条明确约定：“仲裁裁决对双方具有约束力。”显然，该表述仅指作为协议主体的甲、乙双方，而非任意一个签约个体。由于本案的当事人之间并非《框架协议》项下之“双方”，故该仲裁协议并不对本案当事人具有约束力，即本案当事人之间并无仲裁协议。

（二）《框架协议》项下只有两方主体，且除甲方、乙方外，任意签约个体之间并无“仲裁协议”。

首先，一份合同项下具有多个当事人，并不意味着该份合同就具有多个主体。

其次，任一签约个体均为独立的民事主体，但在合同项下并不必然具备独立的主体地位及权利义务。

最后，多个签约个体的合同项下，任一签约个体并非完全具备独立诉讼主体地位。在仲裁程序中，须依据当事人之间的“仲裁协议”来确定仲裁参加人。依据本案《框架协议》的签署背景，一旦双方之间发生纠纷，必须在甲方、乙方各签约个体全部参加的情况下，方可查明事实。

（三）仲裁裁决故意遗漏、曲解瑞襄教育公司提出的管辖异议主张，错误就管辖权做出决定，损害了瑞襄教育公司的合法权益。

本案争议之《框架协议》的签署背景是：以瑞襄教育公司为核心的投资方与以黄藤为核心的被投资方，在签署了《投资协议》且瑞襄教育公司一方已经如约履行了全部投资、出资及付款义务的基础上，依据《投资协议》的约定，黄藤为核心的被投资方应向瑞襄教育公司赎回大德公司 45% 股权并依约支付超过 6.5 亿元人民币的对价。经双方协商，在黄藤一方保证依约履行以及愿意承担高达 5500 万元违约金作为履约诚意表示的前提下，瑞襄教育公司一方做出巨大让步，放弃了超过 3.7 亿元的巨额利益，双方达成了《框架协议》。因此，《框架协议》从本质上是完成瑞襄教育公司为核心的投资方与黄藤为核心的被投资方之间依据相关《投资协议》约定，所进行的以投资方收回投资为目的的股权转让及对价支付，其主体仅为投资方及被投资方两方。

甲方九个签约个体，为《投资协议》的主要当事人黄藤及黄藤具有控股股东地位的八个公司法人，从股权关系上，九个构成甲方的签约个体一方面具有紧密的利益关联，另一方面又在《框架协议》中分别承担不同的任务和功能。

有鉴于此，《框架协议》的仲裁条款明确约定仅对甲方、乙方具有约束力，而包括本案当事人在内的任一签约个体之间不能适用仲裁协议。

但仲裁委对瑞寰教育公司的主张视而不见，就黄藤一方为达到其不良目的而故意违背《框架协议》的管辖约定以部分签约个体提出的仲裁请求，错误决定受理本案的同时，就不可避免地直接导致本案的审理并不客观全面且有失公允，具体体现在：

1. 瑞寰教育公司因被投资方当事人缺失，无法就黄藤等主体的违约行为提出仲裁反请求，而只能就部分《框架协议》签约主体提出的有关《框架协议》片面的、部分内容的履行进行抗辩，而不能按照《框架协议》条款的明确约定，就部分签约个体的违约行为要求甲方承担违约责任。因此，不难看出黄藤一方的鱼化龙集团、大德房地产、大德公司故意违背《框架协议》约定以部分甲方签约主体提出仲裁请求的初衷，就是为了使黄藤等相关签约个体得以逃避履行相关义务和承担违约责任。

2. 《裁决书》明确否定了乙方（投资方）已依据《框架协议》约定及法律规定行使扣收、抵销权利的事实，不仅在实体上存在违反法律规定的错误。而且，该裁决内容与未能到庭的乙方签约个体存在利害关系，在客观上形成了本案缺失乙方签约个体，“无辜”被剥夺提出抗辩、主张等仲裁权利的违法后果。

综上，《裁决书》的表述体现出仲裁委混淆了法律关系，以具有独立的民事主体资格就有权提出独立的仲裁请求的错误逻辑，而无视本案实际上仅有两方主体的客观事实，罔顾《框架协议》的明确约定，认为其对本案具有管辖权，从而做出了破坏力巨大的错误裁决，严重损害了瑞寰教育公司的合法权益。

二、《裁决书》的裁决事项明显属于仲裁委无权裁决的内容，且明显属于枉法裁决。

瑞寰教育公司认为，该《裁决书》的裁决内容，仲裁委不仅无权裁决而且裁决内容严重枉法。

1. 仲裁委在无当事人提出仲裁请求、反请求的情况下，无权径行裁决鱼化龙集团、大德房地产、大德公司向瑞寰教育公司支付违约金，更无权在无任何当事人主张调整违约金的情况下酌定并变更违约金的支付标准。

鱼化龙集团、大德房地产、大德公司在仲裁程序中提出的仲裁请求仅为请求瑞寰教育公司向其返还股权转让款、委托贷款本金并支付相应的资金占用利息，并未提出扣收违约金以及调整违约金的仲裁请求。

而瑞寰教育公司在仲裁审理过程中，虽然在答辩中提出过：瑞寰教育公司在发给鱼化龙集团、大德房地产、大德公司的解除通知函中已经依据《框架协议》约定扣除其应付违约金及滞纳金，并依法行使抵销权，从而使瑞寰教育公司在《框架协议》项下再无应付鱼化龙集团、大德房地产、大德公司费用。但是：（1）瑞寰教育公司明确提出扣收的违约金是依据《框架协议》约定的违约金标准进行计算得出，合计人民币 7165 万元；（2）瑞寰教育公司并未就此提出仲裁反请求，更未提出调整违约金的仲裁请求。

有鉴于此，仲裁委在没有任何一方当事人提出扣收违约金以及调整违约金的仲裁请求的情况下，不仅裁决应当扣收违约金，且自作主张径行调整违约金金额，将瑞寰教育公司依据合同约定计算并已经按照合同约定实施扣收的违约金 7165 万元予以否定，并毫无依据地酌定为 827.5 万元。尽管裁决书试图说明仲裁委做出上述决定是合理的，但显然没有任何法律依据，毫无疑问上述仲裁裁决均完全是超出其权限所做出的。

2. 仲裁委自行裁决支付且酌定调整违约金，以及支付资金占用利息的裁决内容严重枉法。

仲裁委自行裁决鱼化龙集团、大德房地产、大德公司向瑞寰教育公司支付违约金予以扣除鱼化龙集团、大德房地产、大德公司部分仲裁请求以及自行酌定调整违约金的裁决内容，不仅涉及无权裁决，该裁决是对包括瑞寰教育公司在内的《框架协议》全体乙方已依法依约实施完毕的抵扣行为，在构成《框架协议》乙方主体缺失的情况下，在没有当事人主张的情况下，径行予以否定且酌定减少 6000 余万元违约金，实在是不折不扣的枉法裁判。

仲裁委裁决返还的股权转让款金额是扣收了违约金之后的 10357000 元，该扣收是否合理暂且不论，那么所谓“资金占用利息”，占用的金额就应当是应予返还的金额 10357000 元，不

应返还的金额，当然就不涉及占用。但《裁决书》居然裁决“资金占用利息”以股权转让款全额 18632000 元为基数计算。对于《裁决书》认为瑞寰教育公司不需要返还的部分金额，瑞寰教育公司居然需要支付“占用”利息。

三、本案仲裁程序严重违法法定程序，损害了瑞寰教育公司的合法权益。

瑞寰教育公司于 2016 年 3 月 24 日向仲裁委提交了《仲裁管辖异议申请书》。此后，因仲裁委在 2016 年 4 月 13 日发出的通知中明确将针对管辖异议进行实体审理后再行作出决定，故瑞寰教育公司又于 2016 年 4 月 22 日向仲裁委提出了《追加当事人申请书》，请求追加《框架协议》项下全部签约主体加入本案仲裁审理。

瑞寰教育公司提出追加当事人申请，并非认可仲裁委对本案具有管辖权，而是为了保障本案项下纠纷之审理能够客观、全面地查清事实，明晰各方当事人的权责，而不得不依据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（以下简称《仲裁规则》）提出了追加当事人的申请。

瑞寰教育公司明确提出：如无法确保全体《框架协议》项下签约个体参与本案仲裁争议解决，瑞寰教育公司恳请仲裁委审慎考虑瑞寰教育公司的上述意见，裁定管辖异议成立，驳回部分构成甲方的签约个体提出的不当仲裁请求。

但仲裁委对瑞寰教育公司强调之管辖权异议以及追加当事人的申请，均未能按照《仲裁规则》的规定程序予以处理。仲裁委不仅没有征求被追加当事人的意见，而且径行由不具备决定权的仲裁委在《裁决书》中予以否定，该行为已经严重违法法定程序。

不仅如此，瑞寰教育公司在开庭审理过程中当庭主张应先行就管辖异议予以决定后，又于 2016 年 8 月 4 日向仲裁委提交了《申请书》，明确提出：在本案当事人之间没有单独的仲裁协议的情况下，如果仲裁委在经过此前的开庭审理后认为对本案具有管辖权，那么，考虑到在正在进行的仲裁审理中，瑞寰教育公司在明确知晓仲裁委关于管辖权的决定和观点后，就相关实体问题的抗辩意见与已经进行的围绕管辖权问题进行的相关实体问题的抗辩意见将很可能有所不同，故仲裁委理应在充分听取瑞寰教育公司的相关意见后再行作出裁决，以最大限度地保证瑞寰教育公司的程序及实体权利。因此，瑞寰教育公司请求仲裁委先行就管辖权异议做出中间裁决，以便瑞寰教育公司就本案所涉实体问题进行充分抗辩。但仲裁委同样没有支持瑞寰教育公司的合理请求。

综上所述，瑞寰教育公司认为：《裁决书》存在《中华人民共和国仲裁法》第五十八条第一款第（一）项、第（二）项、第（三）项规定的应当予以撤销的情形，应当依法予以撤销。鱼化龙集团、大德房地产、大德公司辩称：瑞寰教育公司提出的撤销裁决的理由均不能成立，法院应裁定驳回瑞寰教育公司的申请。

一、瑞寰教育公司与鱼化龙集团、大德房地产、大德公司之间存在有效的仲裁协议，仲裁委对本案具有管辖权。瑞寰教育公司所主张的“无仲裁协议”不能成立。

（一）涉案《框架协议》存在有效的仲裁条款。

涉案《框架协议》第九条明确约定：“由本协议产生或者与本协议相关的所有争议应提交中国国际经济贸易仲裁委员会在北京依据提起仲裁时现行有效的仲裁规则，通过仲裁方式加以解决。仲裁裁决对双方具有约束力。”

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第十八条的规定：“仲裁法第五十八条第一款第（一）项规定的‘没有仲裁协议’是指当事人没有达成仲裁协议。仲裁协议被认定无效或者被撤销的，视为没有仲裁协议。”而在仲裁委审理的本案中，瑞寰教育公司、正大景成与鱼化龙集团、大德房地产、大德公司五方主体均是《框架协议》的签约主体，其之间当然达成了仲裁协议，且仲裁协议并未被认定无效或者被撤销，在此情况下瑞寰教育公司主张本案五方主体之间不存在仲裁协议毫无依据。

（二）基于以上仲裁条款，鱼化龙集团、大德房地产、大德公司享有单独申请仲裁的主体资格和权利。

《框架协议》由黄藤、西安外事学院（以下简称外事学院）、长安大学兴华学院（以下简称兴华学院）、鱼化龙集团、大德房地产、大德公司、ARCEducationHoldingsLimited（以下简称 ARCHHoldings）、FamousGeniusInternationalLimited（以下简称创始人 SPV）、ARCEducation（HongKong）Limited（以下简称 ARCEducation）共同作为一方（合称甲方），与瑞寰教育公司、正大景成、ARCHEducationHoldingsLimited（以下简称：ARCH）、ARCHAssetsLimited（以下简称 ARCHAssets）（合称乙方）各主体共同签署。

上述主体虽然合称为“甲方”或“乙方”，但仅是为了合同条款的叙述和交易安排的方便。在合同履行过程中，各个签约主体独立存续，各自独立享有《框架协议》约定的不同权利、承担不同的民事义务，因此各主体有权独立根据《框架协议》的仲裁条款就争议事项申请仲裁。

（三）鱼化龙集团、大德房地产、大德公司和瑞寰教育公司、正大景成是与本案争议事项具有直接利害关系的主体，应为本案的当事人。其他合同项下的主体与争议事项均无直接利害关系，不应也无需追加为当事人。

本案中，《框架协议》虽然由多方主体共同签署，但《框架协议》具体约定就五方面事项达成合意并进行安排，具体包括：（1）瑞寰教育公司所持大德公司 45%的股权转让事宜；（2）大德公司与正大景成委托贷款处理问题；（3）ARCHAssets 与 ARCH 借款处理问题；（4）ARCH 所持 ARCHolding45%的股权转让事宜；（5）终止《咨询及服务协议》事宜。

而本案争议事项为《框架协议》解除后的合同关系恢复原状（即返还已支付的资金）问题，仅涉及境内主体之间发生的第（1）项、第（2）项争议。因此，与该两项争议具有直接利害关系的主体为鱼化龙集团、大德房地产、大德公司和瑞寰教育公司、正大景成，这五方主体当然可以就涉案争议事项进行仲裁。上述事实 and 理由，双方在仲裁过程中均向仲裁委和仲裁委作了详尽的阐述；瑞寰教育公司在本案中提出的当事人主体问题只是对其在此前仲裁程序中不当观点的重复主张，根本不属于“无仲裁协议”的情形。

鱼化龙集团、大德房地产、大德公司认为，在仲裁活动中，根据《仲裁规则》第 18 条的规定，只有如果仲裁委认为确有必要，在征求包括被追加当事人在内的各方当事人的意见后，由仲裁委作出决定是否追加当事人。

二、本案《裁决书》的裁决事项中不存在任何无权裁决或枉法裁决的内容。

（一）仲裁委支持部分申请人的违约金请求不属于超裁。

首先，鱼化龙集团、大德房地产、大德公司认为仲裁委用违约金抵扣部分应返还的股权转让价款不属于无权裁决。首先，仲裁委对于违约金的支持是基于瑞寰教育公司的抗辩。在本案的仲裁过程中，在鱼化龙集团、大德房地产、大德公司提出申请裁定瑞寰教育公司返还鱼化龙集团、大德房地产、大德公司的股权转让款 18632000 元及其利息后，瑞寰教育公司在其 2016 年 4 月 22 日向仲裁委提交的《答辩意见》以及 2016 年 6 月 3 日提交的《代理意见》中主动且明确要求鱼化龙集团、大德房地产、大德公司承担违约责任并且提出用违约金抵销应退还的股权转让款。

其次，根据仲裁委对事实的审理，本案主要的争议焦点在于对鱼化龙集团、大德房地产、大德公司违约行为的认定以及由此造成的合同解除法律后果。在瑞寰教育公司主张解除合同时，就早已明确提出要求鱼化龙集团、大德房地产、大德公司支付违约金的主张，因此将违约金考虑在裁决结果内是基于对双方对同一履约事实的综合考量，也是基于合同整体的约定，仲裁委在查清事实时无法回避违约金问题而仅支持鱼化龙集团、大德房地产、大德公司退还股权转让款的请求，因此仲裁委亦认为无需就违约金问题单独提出反请求。实际上，《框架协议》第七条约定了瑞寰教育公司可在返还鱼化龙集团、大德房地产、大德公司款项时扣除相应的违约金。对于仲裁委关于鱼化龙集团、大德房地产、大德公司应当承担的违约金的

认定及进行抵扣的裁决，鱼化龙集团、大德房地产、大德公司虽在仲裁程序中有不同观点但是同意并尊重仲裁委的最终裁决。仲裁委的裁决事项显然不属于超载的情形。

最后，瑞寰教育公司提出，仲裁委未支持其主张的高达 7165 万元的违约金而仅支持了 827.5 万元的裁决结果没有法律依据。鱼化龙集团、大德房地产、大德公司认为此问题属于仲裁委对实体问题的审理，系仲裁委对《框架协议》中约定过高的违约金的依法调整。

综上，仲裁委支持部分申请人的违约金请求不属于无权仲裁，请求贵院对瑞寰教育公司的此项撤裁理由不予认可。

（二）瑞寰教育公司声称的仲裁委枉法裁决没有任何依据，不能成立。

瑞寰教育公司提出的裁决内容“返还股权转让款人民币 10357000 元（即抵扣违约金后的金额）”和“资金占用利息以股权转让款人民币 18632000 元为基数”的差额问题，实际上是完全正确的裁决内容。资金占用利息的计算当然应以实际已支付、解除合同后应返还的总金额为基数；而既然仲裁委裁决了鱼化龙集团、大德房地产、大德公司应承担部分违约金，在瑞寰教育公司应返还的本金中即可直接抵扣该部分违约金的金额。因此，该问题实际上与瑞寰教育公司所提出的“违约金能否抵扣”问题是一个问题，是案件实体审理和认定的问题。而且，瑞寰教育公司主张仲裁委“枉法裁决”，但却未提出任何事实或证据。

（三）瑞寰教育公司提出的其他观点均属于仲裁委对案件的实体审理范围，不属于可申请撤销仲裁裁决的理由。

瑞寰教育公司提出的理由均属于仲裁委对案件的事实认定和实体审理范围。瑞寰教育公司无法证明本案《裁决书》存在《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定的任一情形，应予以驳回。

三、本案仲裁程序完全符合法律规定和仲裁规则，不存在任何违法情形。

首先，仲裁委对管辖权异议的处理完全符合法律规定和仲裁规则。仲裁委依据仲裁委的授权作出管辖权决定时，可以在仲裁程序进行中单独作出，也可以在裁决书中一并作出。因此，仲裁委将本案管辖权异议和实体问题一并审理并统一在裁决书中作出裁决结果，完全符合《仲裁规则》的规定。

其次，仲裁委对瑞寰教育公司追加当事人申请的处理完全符合法律规定和仲裁规则。在仲裁程序中，只有在仲裁委认为确有必要的情况下，仲裁委才会征求各方意见并最终作出是否追加当事人的决定。对当事人的追加与否，属于仲裁委对法律关系和各方主体利益关系的判断，实质上亦为实体审理问题，不属于《中华人民共和国仲裁法》规定的撤销裁决的理由。而且，仲裁委对于追加当事人的处理，亦完全符合程序规定，不存在任何违法情形。

综上，瑞寰教育公司所提起的撤销仲裁裁决申请，没有任何事实和法律依据。瑞寰教育公司的撤仲申请，应予以驳回。

经审理查明：2008 年 5 月 28 日，以瑞寰教育公司（投资方）与黄藤、西安外事学院、长安大学兴华学院、西安博迪学校（被投资方）签署了《投资协议》（具有对赌性质）。（此时目标公司大德公司尚未成立，《投资协议》中使用举办人公司指代约定上市的目标公司）。

瑞寰教育公司作为投资方，对赌的对象实际为黄藤及现有股东（被投资方、目标公司的股东）以及目标公司（举办人公司）即后来设立的大德公司。

瑞寰教育公司作为投资方与黄藤、西安外事学院、长安大学兴华学院、西安博迪学校共同作为被投资方于 2008 年 5 月 28 日签订《投资协议》，约定由黄藤在西安设立、收购或确定一家其全资拥有的有限责任公司，并将西安外事学院、长安大学兴华学院的举办人变更为该公司（即举办人公司——后来成立的大德公司），博迪学校的举办人将根据进一步协商确定为外事学院或变更为举办人公司，在此基础上，申请人瑞寰教育公司投资于举办人公司，举办人公司将作为双方共同持有学校权益的法律主体。《投资协议》第 21.04 条进一步约定，《投资协议》中所规定的举办人公司和各学校的义务，现有股东黄藤同意其作为控股股东或实际

控制人，将采取必要的措施以促使和保证举办人公司和各学校接受和履行该等义务。2008 年 6 月 12 日，瑞寰教育公司与黄藤、外事学院、兴华学院、博迪学校签署《投资协议之补充协议》，约定对《投资协议》第 5.03 款修改为“现有股东将陕西斯创作为举办人公司，陕西斯创依法设立及有效存续，且其名称已变更为大德公司”，确认大德公司作为举办人公司。后申请人瑞寰教育公司与包括大德公司在内的四被申请人于 2009 年 4 月 6 日签署了《投资协议之补充协议 2》，确认博迪学校不再作为一方主体，并约定《投资协议之补充协议 2》作为原投资协议的一部分，与原投资协议有冲突的部分以《投资协议之补充协议 2》为准，《投资协议之补充协议 2》投有约定的事项以原投资协议为准。（上述《投资协议》、《投资协议之补充协议》、《投资协议之补充协议 2》以下合称为“原《投资协议》”）。

根据《投资协议》第 9.01 条的约定，大德公司将在申请人的第一笔资金注入后的三年时间内（以下简称“首次公开发行期限”）在具有良好声誉和流动性的主要国际股票交易所挂牌上市。同时，《投资协议》第 9.02 条（赎回权）明确约定，大德公司未能在第 9.01 条约定的首次公开发行期限内实现上市则在作为投资方的申请人提出书面要求的情况下，大德公司和黄藤应承担连带责任收购或赎回申请人持有的大德公司 45%股权，对价为下列二部分之和：（1）申请人累计投资的全部投资本金，（2）全部投资金额按照投入时间每年 5%复利计算的利息。

《投资协议》第 15.01 条（违约）约定，四被申请人的任何一方对于另一方在《投资协议》项下的义务或责任承担连带责任。

申请人瑞寰教育公司于 2008 年 8 月 8 日注入第一笔资金，但在约定的首次公开发行期限内（即 2011 年 8 月 7 日前），大德公司未能实现上市。

为此，申请人及其关联方与四被申请人及其关联方就申请人收回投资款事宜进行了磋商，并于 2013 年 11 月 23 日签署了《框架协议》。

根据《框架协议》的约定，黄藤所控制的鱼化龙集团及大德房地产共同购买申请人瑞寰教育公司持有的大德公司 45%股权，并向申请人瑞寰教育公司支付对价。按照《框架协议》约定，鱼化龙集团及大德房地产应在 2014 年 12 月 10 日或之前向申请人瑞寰教育公司履行第二笔对价人民币 150000000 元的共同支付义务。但宽限期已逾期，前述支付义务未获履行。并且，四被申请人在 2014 年 11 月下旬在与申请人瑞寰教育公司的沟通中（包括黄藤以书面致函的方式）明确表示无法筹集到足够资金来支付剩余对价，要求继续全面履行原《投资协议》的约定。

根据《框架协议》第七条的约定，2015 年 4 月 7 日，申请人瑞寰教育公司及其关联方委托律师向四被申请人及其关联方发出《关于解除的通知函》，通知解除《框架协议》以及要求共同继续全面履行原《投资协议》等相关事项。传真于当日发送成功，EMS 速递于 2015 年 4 月 8 日送达。

2015 年 4 月 8 日，申请人瑞寰教育公司及其关联方以传真和 EMS 中国邮政速递方式向四被申请人发出《关于履行相关条款的通知》，言明黄藤、大德公司应承担连带责任收购/赎回申请人持有的大德公司 45%股权，并至迟在 2015 年 4 月 15 日前向申请人支付对价。

截至 2015 年 5 月，四被申请人未向申请人瑞寰教育公司支付收购/赎回对价。

2015 年 6 月，瑞寰教育公司作为申请人，以黄藤、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院为被申请人，向仲裁委申请仲裁（仲裁另案），仲裁请求：1. 裁决黄藤和大德公司承担连带责任收购或赎回瑞寰教育公司持有的大德公司 45%股权，并向瑞寰教育公司支付对价款经抵扣后的余额 599443242.64 元；2. 裁决西安外事学院、长安大学兴华学院对黄藤和大德公司向瑞寰教育公司支付第一项仲裁请求所述对价款之义务承担连带责任；

瑞寰教育公司申请仲裁，索赔额的计算及各项计算数值的说明和依据：

瑞寰教育公司以《框架协议》项下需向四被申请人（即黄藤、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院）返还之款项余额人民币 5335 万元，抵扣部分四被申请人（即黄藤、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院）需向瑞寰教育公司支付的收购/赎回对价款 652793242.64 元后，四被申请人（即黄藤、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院）实际需向瑞寰教育公司支付的收购/赎回对价款余额为人民币 599443242.64 元。具体计算方法及相应依据如下：

（一）四被申请人（即黄藤、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院）需向瑞寰教育公司支付的收购/赎回对价款总额人民币 652793242.64 元的计算。

根据《投资协议》第 9.02 条（赎回权）的规定，大德公司（《投资协议》所指向之“举办人公司”）在首次公开发行期限内未能实现上市，则在首次公开发行期限届满后，在作为投资方的申请人提出书面要求的情况下，大德公司和黄藤应承担连带责任要赎回或收购瑞寰教育公司持有的大德公司 45% 股权，对价为下列二部分之和：（1）瑞寰教育公司累计投资的全部投资本金；（2）全部投资金额按照投入时间每年 5% 复利计算的利息。

瑞寰教育公司累计投资的全部投资本金折合人民币为 485882960.79 元，按照投入时间每年 5% 复利计算的利息暂计算至 2015 年 3 月 31 日为人民币 166910281.85 元，合计金额为人民币 652793242.64 元。因此，大德公司和黄藤应向瑞寰教育公司支付的对价总金额为人民币 652793242.64 元。

（二）《框架协议》项下瑞寰教育公司需向四被申请人（即黄藤、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院）返还之款项余额人民币 5335 万元。

因四被申请人（即黄藤、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院）未能履行《投资协议》约定义务，瑞寰教育公司及其关联方与四被申请人（即黄藤、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院）及其关联方就申请人收回投资款等事宜于 2013 年 11 月 23 日签署了《框架协议》。

根据《框架协议》第七条的约定，四被申请人及其关联方应一次性支付：（1）迟延履行滞纳金（自逾期之日 2014 年 12 月 11 日起暂计至 2015 年 3 月 31 日，共计逾期 111 天，每日按逾期未支付金额人民币 1.5 亿元的千分之一计算，迟延履行滞纳金应为人民币 1665 万元）；（2）违约金人民币 5500 万元。该等迟延履行滞纳金和违约金共计人民币 7165 万元，从瑞寰教育公司及其关联方需向四被申请人及其关联方返还的款项（民生银行贷款本金人民币 106368000 元和第一笔股权转让对价人民币 18632000 元，共计人民币 1.25 亿元）中直接予以抵扣。因此，瑞寰教育公司及其关联方在《框架协议》项下需向四被申请人及其关联方返还之款项的余额为人民币 5335 万元。

基于上述情况，瑞寰教育公司以《框架协议》项下需向四被申请人返还之款项余额人民币 5335 万元，抵扣部分四被申请人需向瑞寰教育公司支付的收购/赎回对价款。据此，四被申请人实际需向瑞寰教育公司支付的收购/赎回对价款余额为人民币 599443242.64 元。

经协商，以黄藤为核心的被投资方（即黄藤、鱼化龙集团、大德房地产、大德公司、西安外事学院、长安大学兴华学院、ARCEducationHoldingsLimited、FamousGeniusInternationalLimited、ARCEducation（HongKong）Limited 作为甲方，共计 9 方），于 2013 年 11 月 23 日，与投资方瑞寰教育公司、正大景成以及 ARCEducationHoldingsLimited、ARCHAssetsLimited 作为乙方，共同签署了《框架协议》。约定由鱼化龙集团、大德房地产收购/赎回瑞寰教育公司依据《投资协议》持有的大德公司 45% 的股权，并支付瑞寰教育公司《投资协议》项下所支付的投资款——投资方瑞寰教育公司将应支付的约 6.5 亿元投资款，在《框架协议》中约定为约 2.8 亿元，并同意鱼化龙集团、大德房地产分两次支付。

甲方在支付了第一笔股权转让款 18632000 元后，发生了违约行为。甲方未再支付第二笔股权转让款，且在瑞寰教育公司致函催款（要求黄藤一方于 2014 年 12 月 10 日前支付剩余约 1.5 亿元）情况下，黄藤以书面致函的方式，明确表明不再履行支付第二笔股权转让款的义务。黄藤代表另外 8 个被投资方签约主体，于 2014 年 11 月 17 日，致函瑞寰教育公司，函件载明：我方（黄藤）无法筹集到足够资金来支付剩余对价，我方正式通知贵方（瑞寰教育公司），我方无法继续履行《框架协议》中支付剩余对价的义务；我方同意按照中国法律、法规的规定，承担违约金的赔偿责任；我方要求贵方按照《框架协议》的约定，在扣除了我方应承担的违约金后，返还我方已经支付的股权转让对价。

2015 年 4 月 7 日，瑞寰教育公司等投资方致函黄藤等被投资方，《关于解除的通知函》，载明，依据《框架协议》的约定，我方（瑞寰教育公司）作为守约方，决定解除《框架协议》，该《框架协议》自本通知函到达贵方时即行解除。我方要求贵方一次性支付：（1）迟延履行滞纳金经计算至 2015 年 3 月 31 日为 1665 万元；（2）违约金 5500 万元。

2015 年 12 月 31 日，鱼化龙集团、大德房地产、大德公司作为申请人，以瑞寰教育公司、正大景成为被申请人，向中国国际经济贸易仲裁委员会申请仲裁，仲裁请求：瑞寰教育公司、正大景成返还鱼化龙集团、大德房地产、大德公司支付的股权转让款 18632000 元以及自 2015 年 4 月 21 日至实际返还之日期间的资金。

瑞寰教育公司在收到仲裁委送达的鱼化龙集团、大德房地产、大德公司提出的仲裁申请书等资料后，于 2016 年 3 月 24 日向仲裁委提交了《仲裁管辖异议申请书》，主张本案因双方当事人之间并无仲裁协议而请求仲裁委驳回鱼化龙集团、大德房地产、大德公司之仲裁请求。鱼化龙集团、大德房地产、大德公司作为仲裁案件的申请人，在提交给仲裁委的书面代理意见中，表示（书面代理意见第 4 项关于被申请人瑞寰教育公司所称的违约金及迟延履行滞纳金能否从返还款项中抵扣一项）：本案中，只有全体乙方才有权要求应由全体甲方承担支付迟延履行滞纳金和违约金的义务，本案中的被申请人瑞寰教育公司无权向申请人鱼化龙集团、大德房地产、大德公司提出该等要求。因此，在协议解除情况下的迟延履行滞纳金和违约金不能从本案申请人鱼化龙集团、大德房地产、大德公司所主张的返还款中扣除。申请人鱼化龙集团、大德房地产、大德公司认为，就被申请人瑞寰教育公司所提出的协议解除后迟延履行滞纳金和违约金的支付问题，应当是另案解决的问题，而不应当是本案审理的范围。在仲裁案件审理中，仲裁委庭审笔录（2016 年 6 月 3 日）第 6 页、第 8 页显示，鱼化龙集团、大德房地产、大德公司作为仲裁案件的申请人表示：“仲裁委的审理范围主要依据我们提出的仲裁请求”，“本案中，被方（瑞寰教育公司）没有提出反请求，也没有提出抵扣的权利诉讼，违约金抵扣不应作为本案审理”，“我方提出合同解除的后果问题，解除合同的背景不是本案的审理问题，是否存在违约，也不是本案提出的仲裁请求和反请求的范围。本案仲裁委不应审理违约的问题”。

仲裁委认为其对本案具有管辖权，并于 2016 年 11 月 4 日作出（2016）中国贸仲京裁字第 1329 号仲裁裁决，裁决：

（一）被申请人（即瑞寰教育公司）向申请人（即鱼化龙集团、大德房地产、大德公司）返还股权转让款人民币 10357000 元[此金额为抵扣申请人（即鱼化龙集团、大德房地产、大德公司）因未支付第二笔股权转让款而应向被申请人（即瑞寰教育公司）支付的违约金金额后的净额]及股权转让价款自 2015 年 4 月 22 日起至实际返还之日期间的资金占用利息，该利息以股权转让价款人民币 18632000 元为基数并按中国人民银行同期贷款利率计算（暂计至 2015 年 12 月 31 日为人民币 617408.33 元）；

（二）被申请人（即瑞寰教育公司）向申请人（即鱼化龙集团、大德房地产、大德公司）返还已偿还的委托贷款本金人民币 106368000 元及自 2015 年 4 月 22 日起至实际返还之日日期

间的资金占用利息，该利息以人民币 106368000 元为基数按中国人民银行同期贷款利率计算（暂计至 2015 年 12 月 31 日为 3524714.96 元）；

（三）本案仲裁费人民币 1024882 元，由申请人（即鱼化龙集团、大德房地产、大德公司）承担 20%即人民币 204976.40 元，由被申请人（即瑞寰教育公司）承担 80%即人民币 819905.60 元。鉴于该笔费用已由申请人预缴至仲裁委员会的等额仲裁预付金相冲抵，被申请人还应向申请人支付人民币 819905.60 元以偿付申请人代其垫付的仲裁费用。

上述应付款项，被申请人应在本裁决生效后 15 日内支付完毕，逾期支付的，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本院认为：《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定，当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的。

《裁决书》的裁决事项属于仲裁庭无权仲裁的内容，应予以撤销。仲裁庭能够进行仲裁的事项，必须有当事人提请。仲裁庭不得对当事人未提请仲裁的事项进行仲裁，否则将构成超裁。首先，鱼化龙集团、大德房地产、大德公司作为仲裁案件的申请人，提出仲裁请求：瑞寰教育公司、正大景成返还鱼化龙集团、大德房地产、大德公司支付的股权转让款 18632000 元及资金占用利息。（其并未提出扣收违约金的仲裁请求）。鱼化龙集团、大德房地产、大德公司在提交给仲裁委的书面代理意见中，亦表示：本案中，只有全体乙方才有权要求应由全体甲方承担支付迟延履行滞纳金和违约金的义务，瑞寰教育公司无权向鱼化龙集团、大德房地产、大德公司提出该等要求。因此，在协议解除情况下的迟延履行滞纳金和违约金不能从鱼化龙集团、大德房地产、大德公司所主张的返还款中扣除，相关问题应当另案解决，而不应当是本案审理的范围。

鱼化龙集团、大德房地产、大德公司在仲裁庭庭审中亦表示：“仲裁委的审理范围主要依据我们提出的仲裁请求”，“本案中，瑞寰教育公司没有提出反请求，也没有提出抵扣的权利诉讼，违约金抵扣不应作为本案审理”，“我方提出合同解除的后果问题，解除合同的背景不是本案的审理问题，是否存在违约，也不是本案提出的仲裁请求和反请求的范围。本案仲裁委不应审理违约的问题”。

其次，瑞寰教育公司在仲裁审理中，虽在答辩中提出过：瑞寰教育公司在发给鱼化龙集团、大德房地产、大德公司的解除通知函中已经依据《框架协议》约定扣除其应付违约金及滞纳金，并依法行使抵销权，从而使瑞寰教育公司在《框架协议》项下再无应付鱼化龙集团、大德房地产、大德公司费用。但瑞寰教育公司并未就此提出仲裁反请求，亦未提出调整违约金的仲裁请求。

由此，双方均未主张违约金。鱼化龙集团、大德房地产、大德公司认为，就瑞寰教育公司所提出的协议解除后迟延履行滞纳金和违约金的支付问题，应当是另案解决的问题，而不应当是本案审理的范围。仲裁委在裁决事项中，仍对违约金进行了处理。仲裁委不仅处理了违约金，亦对《框架协议》中约定、黄藤致函瑞寰教育公司同意扣除的违约金（5500 万元固定金额的违约金以及按照违约日期计算出来的违约金，共计 7165 万元）予以降低，降低为 827.5 万元。

《裁决书》的裁决事项属于仲裁委无权仲裁的情形，属于超裁。本案超裁的违约金部分，与其他裁决事项密不可分，故该仲裁裁决应予以撤销。

综上，《裁决书》存在《中华人民共和国仲裁法》第五十八条第一款第（二）项规定的应当予以撤销的情形，对瑞寰教育公司要求撤销仲裁委 1329 号《裁决书》的请求，本院予以支持，该仲裁裁决应予以撤销。

根据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条、第五十九条、第六十条的规定，裁定如下：撤销中国国际经济贸易仲裁委员会（2016）中国贸仲京裁字第 1329 号仲裁裁决。

申请费 400 元，由被申请人陕西鱼化龙投资集团有限公司、被申请人西安大德房地产开发有限公司、被申请人陕西大德教育产业开发有限公司共同负担（于本裁定生效后七日内交纳）。

审判长 李丽

审判员 郭菁

审判员 罗珊

二〇一七年九月三十日

书记员 李雪

沙蓓与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一审民事判决书

上海市黄浦区人民法院
民事判决书

(2017)沪 0101 民初 12099 号

原告沙蓓，女，1949 年 7 月 8 日生，汉族，住上海市徐汇区。

委托诉讼代理人：王亦雄，上海光明律师事务所律师。

被告上海佳乐无线电总厂，住所地上海市。

法定代表人：何光辉，该厂厂长。

原告沙蓓与被告上海佳乐无线电总厂(以下简称佳乐总厂)股票权利确认纠纷一案，本院于 2017 年 5 月 3 日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告沙蓓及其委托诉讼代理人王亦雄，被告法定代表人何光辉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告沙蓓向本院提出诉讼请求：1、判令确认以被告上海佳乐无线电总厂名义登记的上海银行股份有限公司 7,767 股股票归原告所有；2、判令确认自 2008 年起至 2014 年上述股份相应的红利归原告所有；3、本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：上海茂林城市信用社(以下简称茂林信用社)成立之初，向系统内有关单位集资。因被告发动职工集资参股，原告作为被告职工出资人民币 600 元(以下币种同)，与其余四名同事共同集资认购。由于历史原因，原告与同事的股份登记在被告名下。1995 年，茂林信用社与其他单位合并，发起设立了上海银行股份有限公司(以下简称上海银行)，原茂林信用社的股东变为上海银行股东，仍由被告名义登记。经多次转增，原告与同事集资持有的股份数为 38,836 股。2007 年之前的分红均已取得，但自 2008 年起的红利一直未分配。因系争股票登记于被告名下，不便原告行使股东权利，为此原告诉至本院。

被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，愿意将名下代持股份转为原告个人持有，并配合转让登记。不同意承担本案诉讼费用，请求法院依法判决。

经审理查明，1988 年 6 月 12 日，被告职工刘昌建、许燕萌、傅小玲、沙蓓、徐耀康五人各出资 600 元认购茂林信用社原始股，登记在被告名下。后茂林信用社发起设立了上海银行，原股东也变更为上海银行股东。现佳乐无线电总厂(企业代码 XXXXXXXX-5)作为上海银行发起人股东，截止 2017 年 6 月 1 日持有上海银行首次公开发行(上市前)股份 38,836 股，股权证号为 XXXXXXXXXXXX。其中应归属于原告的股份为 7,767 股，2008 年归属原告分红 798 元，2009 年归属原告分红 798 元，2010 年归属原告分红 932.06 元，2011 年归属原告分红 1,009.73 元，2012 年归属原告分红 1,475.76 元，2013 年归属原告分红 1,708.78 元，2014 年归属原告分红 1,864.12 元，上述历年分红共计 8,586.45 元尚未发放。

本院认为，被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，故对原告主张的事实予以确认。原告作为股票投资者的合法权益依法受法律保护。现被告愿意将其名下代持股份转为原告个人持有，并配合办理转让登记所需手续。原告要求将被告代持的股份及分红确认至个人名下，也不违反法律的强制性规定，故本院予以支持。

据此，依照《中华人民共和国公司法》第四条规定，判决如下：

一、确认以“佳乐无线电总厂”(企业代码 XXXXXXXX-5)名义登记的、股权证号为 XXXXXXXXXXXX 的上海银行股份有限公司股票中 7,767 股归原告沙蓓所有；

二、确认自 2008 年起至 2014 年上述股份相应的红利共计 8,586.45 元归原告沙蓓所有。

案件受理费人民币 3,792 元，减半收取计人民币 1,896 元，由原告沙蓓负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员 蒋骏

二〇一七年六月二十日

书记员 张俊

厦门东方汇富股权投资合伙企业与洪敏雄、福建篁城科技竹业有限公司公司增资纠纷一案一审民事判决书

厦门市中级人民法院

民事判决书

(2015)厦民初字第 631 号

原告厦门东方汇富股权投资合伙企业(有限合伙)。

执行事务合伙人委派代表吴重茂。

委托代理人黄臻臻、黄其阳,福建天衡联合律师事务所律师。

被告洪敏雄,男,1962 年 10 月 31 日出生,汉族。

被告福建篁城科技竹业有限公司。

法定代表人洪敏雄。

原告厦门东方汇富股权投资合伙企业(有限合伙)(以下简称东方汇富)与被告洪敏雄、福建篁城科技竹业有限公司(以下简称篁城公司)公司增资纠纷一案,本院受理后,依法组成合议庭,公开开庭进行了审理。原告东方汇富的委托代理人黄臻臻、黄其阳到庭参加诉讼。被告洪敏雄、篁城公司经本院合法传唤未到庭参加诉讼,本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告东方汇富向本院起诉,请求判令:1、被告洪敏雄向原告东方汇富支付股权回购款人民币(币种,下同)18905903.33 元(股权回购款金额为总投资额 1450 万元加上按总投资额年投资收益率 10%计算的投资收益并扣除被告洪敏雄已支付的补偿金额 1116180 元,投资收益应以总投资额 1450 万元为基数从 2011 年 5 月 1 日起计至股权回购款付清之日,暂计算至 2015 年 1 月 31 日);2、被告篁城公司对被告洪敏雄上述股权回购款支付义务承担连带责任。事实和理由:2011 年 3 月 28 日,原告东方汇富和上海厚的投资中心(有限合伙)(以下简称上海厚的)、黄林、陆宏与被告篁城公司签订《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之协议》,约定原告东方汇富与其他三名投资人向被告篁城公司投资 7000 万元,其中 1860 万元用于增加被告篁城公司的注册资本,其余的 5140 万元计入资本公积;原告东方汇富认缴投资金额为 1302.15 万元,其中 346 万元作为注册资本,占本次增资扩股完成后被告篁城公司注册资本 4.9%的注册资本份额,亦占股份制改造完成后被告篁城公司总股本 4.9%的股份,其余 956.15 万元进入被告篁城公司资本公积。2011 年 4 月 2 日,原告东方汇富和上海厚的、黄林、陆宏与被告洪敏雄和被告篁城公司签订《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议》,约定本次增资扩股新增四名股东的投资总额为 7800 万元,其中 7000 万元支付给被告篁城公司,其余 800 万元直接支付给被告洪敏雄。原告东方汇富的投资总额为 1450 万元,具体支付方式为:(1)1302.15 万元投入被告篁城公司,其中:其中 346 万元作为注册资本,占本次增资扩股完成后被告篁城公司注册资本 4.9%的注册资本份额,亦占股份制改造完成后被告篁城公司总股本 4.9%的股份,其余 956.15 万元进入被告篁城公司资本公积;(2)147.85 万元直接支付给被告洪敏雄。第四条第 5、6 款约定了触发行使股权回售权的适用情形、股权回购款计算方式、支付时间。《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议》签订后,原告东方汇富依约向被告洪敏雄支付了 147.85 万元,向被告篁城公司支付 1302.15 万元。被告篁城公司于 2011 年 4 月 28 日召开股东会,审议通过本次增资扩股相关事项,并于 2011 年 5 月办理完成相应的工商变更登记手续。2012 年 1 月 20 日,原告东方汇富和上海厚的、黄林、陆宏与被告洪敏雄、篁城公司签订《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》,其中第一条就 2011 年业绩未达承诺的补偿金额及方式进行了约定;第三条就股权回售权进行了补充约定:若经具有证券从

业资格的会计师事务所审计的福建簪城科技竹业有限公司 2012 年度扣除非经常性损益后的净利润低于 2500 万元，则原告东方汇富有权要求被告洪敏雄或被告簪城公司回购其所持簪城公司的全部股权，并且被告洪敏雄和被告簪城公司对回购事项承担连带责任；若原告东方汇富行使回售权，则被告洪敏雄应将原告东方汇富总投资额加上总投资额 10% 年投资收益率计算的投资收益扣除被告洪敏雄已经向原告东方汇富进行补偿的金额及被告簪城公司已经支付给原告东方汇富的利润分红款。根据《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》约定，被告洪敏雄于 2012 年 1 月 19 日向原告东方汇富支付补偿款 558090 元，于 2012 年 4 月 1 日向原告东方汇富支付补偿款 558090 元，合计支付补偿款 1116180 元。被告簪城公司聘请的审计机构中汇会计师事务所有限公司于 2013 年 5 月 31 日正式出具中汇会审（2013）1069 号《审计报告》，根据该《审计报告》，被告簪城公司 2012 年度的净利润为 3783711.35 元，扣除非经常性损益后净利润远低于 2500 万元。因此，根据《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》的约定，已触发了股权回购义务，原告东方汇富于 2013 年 7 月 22 日向被告洪敏雄和被告簪城公司发出了《股权回购通知函》，要求被告洪敏雄或被告簪城公司按照相关协议约定赎回原告东方汇富持有的簪城公司全部股权及投资收益，并在《审计报告》出具之日起六个月内完成回购款的支付。但经原告东方汇富多次催促，两被告至今仍未支付股权回购款。

被告洪敏雄、簪城公司在答辩期内未提交书面答辩状，也未到庭陈述答辩意见。

原告东方汇富为支持其诉讼主张，提供如下证据：

1、簪城公司工商登记资料，用于证实：（1）被告簪城公司目前的股权结构，原告东方汇富仍持有被告簪城公司 4.9% 股权；（2）被告簪城公司目前尚未完成股份制改造，截至 2014 年 12 月 31 日仍未取得中国证监会关于首次公开发行股票申请的受理函。2、《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之协议》，3、《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议》，4、《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》，证据 2-4 用于证实：原告东方汇富参与被告簪城公司增资扩股时，与被告洪敏雄、簪城公司之间的权利义务约定，包括：（1）原告东方汇富总投资 1450 万元参与被告簪城公司增资扩股；（2）《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议》、《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》中明确约定触发股权回购义务的适用情形、股权回购款计算方式、支付时间。5、转账汇款回单，6、被告簪城公司验资报告，证据 5、6 用于证实：原告东方汇富于 2011 年 4 月 26 日向被告簪城公司支付投资款 13021500 元。7、转账汇款回单，8、收款凭证，证据 7、8 用于证实：被告洪敏雄于 2011 年 7 月 17 日出具收款凭证，确认收到原告东方汇富根据《关于参与福建簪城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议》约定支付的款项 147.85 万元。9、股东会决议，用于证实：被告簪城公司于 2011 年 4 月 28 日召开股东会，审议通过本次增资扩股相关事项。10、2012 年 1 月 19 日网银交易受理单，11、2012 年 4 月 1 日网银交易受理单，证据 10、11 用于证实：被告洪敏雄于 2012 年 1 月 19 日向原告东方汇富指定账户支付补偿款 558090 元，于 2012 年 4 月 1 日向原告东方汇富指定账户支付补偿款 558090 元，合计支付补偿款 1116180 元。12、《审计报告》，用于证实：中汇会计师事务所有限公司于 2013 年 5 月 31 日正式出具中汇会审（2013）1069 号《审计报告》，被告簪城公司 2012 年度扣除非经常性损益后净利润远低于 2500 万元。13、公证书，用于证实：原告东方汇富于 2013 年 7 月 22 日通过公证送达方式向被告洪敏雄、簪城公司发出了《股权回购通知函》，要求被告洪敏雄或簪城公司按照相关协议约定赎回原告东方汇富持有的被告簪城公司全部股权及投资收益。14、《律师函》、快递底单、签收回执，用于证实：原告东方汇富委托律师致函，要求被告洪敏雄、簪城公司支付股权回购款。

本院认证如下：被告洪敏雄、簪城公司未到庭应诉，视为其放弃相应诉讼抗辩权利，原告东方汇富提供上述证据 1-9、证据 13 都有原件，上述证据的真实性及证明力本院予以采纳。

证据 10、11 原告东方汇富虽未能提供原件，但其证明对象属于原告东方汇富自认，该证据的证明对象本院予以采纳。证据 12、14，因被告洪敏雄、篁城公司均未到庭提出抗辩，其证明力本院予以采纳。

经审理查明：

1、2011 年 3 月 28 日，甲方篁城公司、乙方上海厚的、丙方陆宏、丁方黄林、戊方东方汇富签订《关于参与篁城公司增资扩股之协议》，协议对上海厚的、陆宏、东方汇富、黄林的投资总额、投资比例、投资款支付方式、违约责任等内容进行了约定。协议同时约定：乙方、丙方、丁方、戊方所持甲方股权或股份所享有的权利与甲方原股东或未来股东所享有的权利一致，包括但不限于表决权、分红权等。

2、2011 年 4 月 2 日，甲方篁城公司、乙方上海厚的、丙方陆宏、丁方黄林、戊方东方汇富、己方洪敏雄签订《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》，将四位新股东的投资额由 7000 万元增加至 7800 万元。其中 7000 万元作为增资扩股款项支付给甲方，800 万元支付给己方。乙方、丙方、丁方、戊方对篁城公司的投资额和股权比例与 2011 年 3 月 28 日《关于参与篁城公司增资扩股之协议》约定相同。另，乙方、丙方、丁方、戊方向己方支付 800 万元。按照投资比例，乙方支付给己方 286.02 万元，丙方支付给己方 247.31 万元，丁方支付给己方 118.82 万元，戊方支付给己方 147.85 万元。《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》仍然约定乙方、丙方、丁方、戊方所持甲方股权或股份所享有的权利与甲方原股东或未来股东所享有的权利一致，包括但不限于表决权、分红权等，但对投资款项的支付方式等进行了重新约定，并增加约定了业绩承诺、回售权等条款。《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》第四条第 4 点“业绩承诺”条款约定：甲方和己方承诺：甲方在 2011 年、2012 年和 2013 年三个会计年度里实现的扣除非经常性损益后的净利润分别不低于 2500 万元、4000 万元和 6000 万元。本次增资扩股是以甲方 2011 年实现的扣除非经常性损益后的净利润 2500 万元作为定价基础，以 11.845 倍 PE 计算公司总估值为 29612.76 万元。若 2011 年甲方实际实现的扣除非经常性损益后的净利润低于上述利润标准的 90%，己方（洪敏雄）承诺以甲方 2011 年实际实现的扣除非经常性损益后的净利润与 11.845 倍 PE 重新计算本次增资扩股的总估值和乙方、丙方、丁方、戊方的投资总额，重新计算后的乙方、丙方、丁方、戊方的投资总额与本次增资扩股乙方、丙方、丁方、戊方实际已经支付的投资款项的差额由己方以其自有资金向乙方、丙方、丁方、戊方进行补偿。《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》第四条第 5 点“回售权”条款约定：当下列情况出现时，乙方、丙方、丁方、戊方有权要求甲方或己方赎回乙方、丙方、丁方、戊方所持甲方的全部股份，甲方和己方对回购事项承担连带责任：（1）甲方未能在 2013 年 12 月 31 日前获得中国证监会关于首次公开发行申请的受理函；或者（2）甲方未能在 2014 年 12 月 31 日前在中国境内中小板或创业板上市发行；或者（3）甲方或甲方原控股股东发生违法违规行为；或者（4）若甲方在满足发行上市条件的情况下（包括但不限于符合辅导条件，符合向中国证监会上报发行材料或已获得中国证监会的核准等情形），而甲方撤回发行申请或反对进行首次公开发行；或者（5）若相关法律法规的修订使甲方公开发行股票变成不可行。上述情形发生时，如果乙方、丙方、丁方、戊方行使回售权，则甲方和己方承诺赎回价格为乙方、丙方、丁方、戊方对甲方本次增资扩股的投资总额加上 10%年投资收益率计算的投资收益。支付时间为上述情形发生后乙方、丙方、丁方、戊方行使回售权的 3 个月内。《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》第四条第 6 点约定，如果上述“5、回售权”中情形出现时，己方亦需归还乙方、丙方、丁方、戊方按照本协议第三条约定支付给己方的款项，同时加上 10%年投资收益率计算的投资收益。若出现第四条第 4 点业绩承诺补偿时，己方应按乙方、丙方、丁方、戊方总投资额扣除己方以其自有资金向乙方、丙方、丁方、戊方进行补偿的金额，同时加上 10%年投资收益率计算的投资收益，支付给乙方、丙方、丁方、戊方。协议对上述款项的支付方式和支付时间进行了约定。

- 3、2011 年 4 月 29 日，东方汇富依约向篁城公司转账 1302.15 万元。
- 4、2011 年 4 月 28 日，篁城公司作出临时股东会决议，其中包括：同意对公司进行增资扩股。新增总投资为 7000 万元，其中 1860 万元作为注册资本，其余 5140 万元作为公司资本公积金。增资扩股后，公司的注册资本从 5200 万元扩大到 7060 万元。新增总投资 7000 万元分别由新股东上海厚的、陆宏、东方汇富、黄林四位新股东投入，四位股东的具体投资额度和股权比例分别是：（1）上海厚的投资 2513.98 万元，其中 668 万元作为注册资本，占公司增资扩股后 9.46%的股权，其余 1845.98 万元作为公司的资本公积金；（2）陆宏投资 2152.96 万元，其中 572 万元作为注册资本，占公司增资扩股后 8.1%的股权，其余 1580.69 万元作为公司的资本公积金；（3）东方汇富投资 1302.15 万元，其中 346 万元作为注册资本，占公司增资扩股后 4.9%的股权，其余 956.15 万元作为公司的资本公积金；（4）黄林投资 1031.18 万元，其中 274 万元作为注册资本，占公司增资扩股后 3.88%股权，其余 757.18 万元作为公司的资本公积金。同意就上述变更事项修改公司章程相关条款，并采用新版公司章程。
- 5、2011 年 5 月 26 日，东方汇富依约向洪敏雄个人转账 147.85 万元。
- 6、2012 年 1 月 20 日，上海厚的、陆宏、东方汇富、黄林与篁城公司、洪敏雄签订《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》，对篁城公司的业绩承诺、回售权、内控要求进行了重新约定，并针对 2011 年篁城公司业绩未达承诺的情况约定了补偿金额、计算方法和支付方式。《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》第一条约定：1、2011 年预计业绩未达补充协议一中承诺业绩所触发的补偿金额确认为 6000 万元。上海厚的、陆宏、东方汇富、黄林按照 2011 年 4 月增资后占篁城公司股权比例的相对值分别获得上述补偿的相应部分，即上述四家战略投资者按照 35.915%、30.752%、18.603%、14.730%比例分别获得 2154.90 万元、1845.12 万元、1116.18 万元、883.80 万元。2、考虑篁城公司及其实际控制人洪敏雄存在资金困难，同意将 6000 万补偿金分期支付。第一期补偿金额为 600 万元，支付时间为 2012 年 1 月 21 日前支付 300 万，2012 年 3 月 31 日前支付 300 万。该补偿金无需支付资金占用费，支付方式为洪敏雄支付到各战略投资者指定账户。剩余分期支付的补偿金 5400 万元形成控股股东对战略投资者的债务，需计算资金占用费，按年 10%年化利率计算。若触发第三条回售权，则该补偿即停止。《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》第二条“业绩承诺”条款约定：甲方和己方承诺，甲方在 2012 年和 2013 年两个会计年度里实现的扣除非经常性损益后的净利润分别不低于 2500 万元、4000 万元。若 2012 年和 2013 年甲方实际实现的扣除非经常性损益后的净利润低于上述利润标准，己方承诺以其自有资金向乙方、丙方、丁方、戊方进行补偿，补偿金额为 2012 年和 2013 年甲方实际实现的扣除非经常性损益后的净利润低于承诺利润的差额。……第三条约定：当下列情况之一出现时，乙方、丙方、丁方、戊方有权要求甲方或己方赎回乙方、丙方、丁方、戊方所持甲方的全部股份，甲方和己方对回购事项承担连带责任：（1）2012 年 11 月 30 日前若预计 2012 年全年扣除非经常性损益后的净利润低于 2500 万元；或者（2）经具有证券从业资格的会计师审计的 2012 年度篁城公司扣除非经常性损益后的净利润低于 2500 万元。该审计报告应当在 2013 年 3 月末前完成。……若出现战略投资者行使回售权，则己方应将乙方、丙方、丁方、戊方总投资额加上总投资额 10%年投资收益率计算的投资收益扣除己方已经向乙方、丙方、丁方、戊方进行补偿的金额（包含本补充协议中第五条债权债务条款中补偿金转为债务部分的本金加上利息部分）及甲方已经支付给乙方、丙方、丁方、戊方的利润分红款，支付给乙方、丙方、丁方、戊方。计算回购涉及的投资收益的起算时间为 2011 年 5 月 1 日。第五条约定：根据第一条的约定，控股股东对战略投资者剩余尚未支付的补偿金 5400 万元转为控股股东对战略投资者的债务，需计算资金占用费，按年 10%年化利率计算。控股股东承诺按照第一条的预定时间偿还该笔债务，并按下列方法计算分期支付的债务的资金利息：从 2012 年 3 月 31 日以后偿还的资金都需要按 10%

的年化利率与实际偿还的时间计算利息，并以每年的 3 月 31 日为年度计息日。其中，如果在未满足一个计息年周期（12 个月）内偿还的资金按照偿还时的时间与前一个计息日（3 月 31 日）的距离天数确认资金占用时间来计算利息，如果到了每年的 3 月 31 日，尚未支付的资金余额按照 10% 的利率计算利息并计入下一个计息年度的本金。……甲方对本条债权债务承担连带责任。若战略投资者行使回售权时，第五条债权债务协议无效。

7、洪敏雄于 2012 年 1 月 19 日向东方汇富指定账户支付补偿款 558090 元，于 2012 年 4 月 1 日向东方汇富指定账户支付补偿款 558090 元，合计支付补偿款 1116180 元。

8、2013 年 5 月 31 日，中汇会计师事务所出具中汇会审（2013）1069 号审计报告，显示篁城公司 2012 年度扣除非经常性损益后的净利润仅为 378.371135 万元，远低于 2500 万元。

9、2013 年 7 月 22 日，东方汇富向篁城公司、洪敏雄发出《股权回购通知函》，要求篁城公司、洪敏雄按照《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》约定的金额在审计报告出具之日起六个月内赎回东方汇富持有的篁城公司的全部股权。

本案争议焦点是：一、《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》及《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》的效力；二、东方汇富是否有权要求篁城公司、洪敏雄回购其持有的篁城公司股权并支付补偿金。

一、关于《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》及《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》的效力问题。

本院认为，根据《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》和《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》的约定，东方汇富向篁城公司投资 1302.15 万元，占篁城公司增资扩股完成后注册资本的 4.9%。篁城公司、洪敏雄承诺，2011 年、2012 年和 2013 年三个会计年度里篁城公司实现的扣除非经常性损益后的净利润分别不低于 2500 万、4500 万和 6000 万元（《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》中各方将篁城公司的业绩目标调整为 2012 年、2013 年两个会计年度实现的扣除非经常性损益后的净利润分别不低于 2500 万元、4000 万元）。若篁城公司三个年度的净利润未达上述约定业绩目标，洪敏雄承诺以其自有资金向上海厚的、陆宏、东方汇富、黄林进行补偿。与此同时，上海厚的、陆宏、东方汇富、黄林还可以要求篁城公司、洪敏雄回购他们持有的篁城公司的股份。协议中涉及的回购、补偿条款，一方面使篁城公司得以引入新的投资，壮大企业经济实力；另一方面，对于东方汇富而言，其投资行为也因为回购、补偿条款的设定有了一定的保障。尽管上述条款体现了各方当事人的真实意思表示，但由于遵照该条款执行，当企业利润未达到预定目标时，往往会涉及公司资产减少（公司对投资者进行补偿）或股权转让的发生（公司或股东回购投资人持有的公司股权），因此，对上述条款效力的认定不仅应受民法、合同法等一般民事法律规范的调整，还应当遵循公司法等商事法律规范的规制。本案中，上海厚的、陆宏、黄林、东方汇富基于对篁城公司的投资行为，成为篁城公司的新股东。《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》和《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》中有关篁城公司回购东方汇富持有的公司股份的约定，不仅有违商事活动共担风险、共负盈亏的基本原则，更会造成公司资产的不当减少（相当于公司减资），损害公司及其他股东的利益和公司债权人的利益。因此，该部分回购条款因违反《中华人民共和国公司法》第二十条的规定，应认定无效。对于《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》及《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》中有关篁城公司利润未达目标时，东方汇富有权要求洪敏雄回购其持有的篁城公司股份以及洪敏雄承诺以其自有资金向东方汇富等投资人支付补偿金的约定，由于上述条款是洪敏雄对自身权益的处分，体现了其真实意思表示，条款内容并未违反法律、行政法规的强制性规定，亦未损害公司或他人的合法权益，因此，该部分回购条款和补偿条款合法有效。各方当事人均应依约履行。

二、关于东方汇富是否有权要求篁城公司、洪敏雄回购其持有的篁城公司股权并支付补偿金的问题。

本院认为，如前所述，《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》及《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》中的回售权条款和业绩承诺条款，除有关篁城公司回购股份的内容无效之外，条款的其余内容均是有效的，因此，当协议约定的回购、补偿条件具备时，东方汇富有权要求洪敏雄回购其持有的股份或支付补偿金。根据篁城公司、洪敏雄与东方汇富等投资人最后达成的《补充协议二》第三条的约定，若出现战略投资者行使回售权，则己方（洪敏雄）应将乙方（上海厚的）、丙方（陆宏）、丁方（黄林）、戊方（东方汇富）总投资额加上总投资额 10% 年投资收益率计算的投资收益扣除己方（洪敏雄）已经向乙方、丙方、丁方、戊方支付的补偿款及甲方（篁城公司）已经支付给乙方、丁方、戊方的利润分红款，支付给乙、丙、丁、戊方，计算回购投资收益的起算时间为 2011 年 5 月 1 日。因此，洪敏雄应向东方汇富支付的回购款为：1450 万元投资总额 + 1450 万元投资收益（投资收益率按 10% / 年计算，从 2011 年 5 月 1 日起计至实际付清回购款之日止） - 1116180 元（洪敏雄已支付的补偿金）。东方汇富该项诉讼请求理由成立，本院予以支持。

综上所述，本院认为，篁城公司、洪敏雄与上海厚的、陆宏、黄林、东方汇富之间签订的《关于参与篁城公司增资扩股之补充协议》及《关于参与福建篁城科技竹业有限公司增资扩股之补充协议二》体现了各方当事人的真实意思表示。协议中约定的回售条款和业绩补偿条款，除篁城公司回购股份的内容违反法律规定无效之外，其余内容均合法有效。现有证据表明，篁城公司 2012 年度实现的扣除非经常性损益后的净利润未达 2500 万元，协议约定的回购触发条件已经具备，东方汇富有权要求洪敏雄回购其所持有的篁城公司股份并支付股权回购款。但东方汇富要求篁城公司对洪敏雄就上述股权回购款的支付义务承担连带责任缺乏依据，该诉讼请求本院不予支持。被告洪敏雄、篁城公司经本院合法传唤未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理和判决。依照《中华人民共和国公司法》第二十条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第六十条、第一百零七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：

一、被告洪敏雄应于本判决生效之日起十日内回购原告厦门东方汇富股权投资合伙企业（有限合伙）持有的福建篁城科技竹业有限公司 4.9% 股权，即向厦门东方汇富股权投资合伙企业（有限合伙）支付股权回购款 1450 万元及投资收益 [投资收益以 1450 万元为本金，按 10% 年投资收益率标准，从 2011 年 5 月 1 日计至实际付清款项之日止，并扣除洪敏雄已支付厦门东方汇富股权投资合伙企业（有限合伙）的 1116180 元]；

二、驳回原告厦门东方汇富股权投资合伙企业（有限合伙）的其他诉讼请求。

如未能按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费 135235 元，由被告洪敏雄负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省高级人民法院。

审判长 张超

审判员 陈杰

代理审判员 苏鑫

二〇一五年十一月六日

书记员 徐佳茵

陕西航天红土创业投资有限公司与张勤福股权转让纠纷一案 一审民事判决书

宝鸡市中级人民法院
民事判决书

(2016)陕 03 民初第 81 号

原告：陕西航天红土创业投资有限公司，住所地陕西省西安市航天基地航天中路 369 号。

法定代表人：李朝杰，该公司董事长。

委托代理人：张玲，陕西众邦律师事务所律师。

委托代理人：郑士东，陕西众邦律师事务所律师

被告：张勤福

委托代理人：许贵淳，国浩律师（北京）事务所。

原告陕西航天红土创业投资有限公司与被告张勤福股权转让纠纷一案，本院于受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告西安红土创新投资有限公司的委托代理人张玲、郑士东，被告张勤福的委托代理人许贵淳到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告陕西航天红土创业投资有限公司诉称，2013 年 12 月 13 日，原告与被告签订《宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司股权转让协议》，约定原告将其持有的宝鸡市海浪锅炉设备有限责任公司 3.467% 的股权转让给被告，被告在 2013 年 12 月 31 日前向原告分次支付股权转让价款。如不能按期支付，应从 2014 年 1 月 1 日起按每日万分之六支付违约金，承担违约责任。按照协议约定的计算方法，截止 2013 年 12 月 31 日被告应付股权转让价款 1758 万元，经原告不断催要，被告始终未能支付。为维护原告的合法权益，特向贵院提起诉讼，恳请依法判令被告支付股权转让款 1758 万元；判令被告支付逾期违约金至款项付清之日，截止 2016 年 5 月 31 日为 8496816 元；诉讼费用由被告承担。

被告张勤福辩称，一、《股权转让协议》与《增资合同》是因果关系，两份协议中有关投资人不承担投资风险只收取固定收益条款应依法认定无效。无论是增资合同还是股转协议，实质上均是投资人不承担投资风险只收取固定收益，名为投资实为“借贷”、

“假回购、真放贷”。二、《股权转让协议》并非答辩人的真实意思表示。《股转协议》的所有条款及内容，双方根本没有协商；被告没有履行该协议的能力。三、股转协议属于格式条款，免除了原告的责任，加重被告的责任，排除了被告的主要权利，应当依法认定无效。四、

《股转协议》违反公平原则。原告在收到全部转让款后才丧失股东权利和义务，被告在分期付款的过程中未取得股权却要承担支付对价的义务，在法律上被告在此期间仍然作为海浪公司的股东享有分取红利及所享有的股东其他权利。明显没有遵循公平原则确定各方权利义务。原告依据《增资协议》将投资款投入到了海浪锅炉公司，被告并没有实际收到、占有或者使用原告投资。原告通过签订《股转协议》方式由被告承担和支付

其自投资至实际给付期间固定收益，明显有违公平原则。五、被告并无“回购”股权的法定义务，且被告也无受让股权的实际能力。六、被告是国有企业，股权转让未履行法定程序，该《股转协议》未生效。七、原告利息计算有误、违约金过高。从原告提供的证据看，2010 年 6 月 24 日出具验资报告，原告投入海浪公司的资金公司在验资后才可以使使用，在验资前对公司不会产生任何收益。原告请求自 2010 年 6 月 24 日前起计算利息不妥。原告没有提供违约给其造成损失的证据，且计算过高。综上所述，被告认为，股权转让协议应依法认定无效。特请贵院在查清事实的基础上依法驳回原告诉讼请求，以维护正常交易秩序，保护被告的合法权益。

原告为支持其主张提交了如下证据：1、宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司股权转让协议，原告证明原告将其 3.467% 的宝鸡海浪锅炉有限责任公司的股权转让给被告，被告应于 2013 年 12 月 31 日前将分次支付股权转让款；自 2014 年 1 月 1 日起按每日万分之六计算违约金；原告认股金额 $\times (1 + 10\% \times \text{资金到账实际天数} / 365)$ ；2、验资报告，原告证明原告的认股款 1300 万元于 2010 年 6 月 24 日出资到位；2010 年 6 月 25 日至 2013 年 12 月 31 日，资金实际到账的时间为 1285 天；依据计算公式转让款为 1758 元。3、工作联系函，证明 2016 年 5 月 31 日被告尚欠原告股权转让款 1498 万元，被告认可。4、宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司增资合同，证明 2010 年 4 月 30 日，原告以增资入股的方式向宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司投资 1300 万元；被告没有达到该合同第五条第二项业绩，第 3 项的承诺，原告有权要求被告回购股权。5、原告董事会会议决议，证明原告董事会决议同意退出宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司。6、律师函，证明 2015 年 10 月 16 日原告通过律师函向被告催收股权转让款。7、宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司的工商档案材料，证明原告持有宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司的股权比例是 3.467%。

被告张勤福对以上证据的质证意见为：1、对宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司股权转让协议的真实性、关联性认可，对合法性不认可，不能证明原告的证明目的。2、对验资报告的真实性、合法性、关联性认可，但不认可原告的证明目的。3、对工作联系函的真实性、合法性、关联性认可，但不认可原告的证明目的。4、对增资合同的真实性、关联性认可，但不认可合法性，不认可原告的证明目的。5、不认可原告的董事会决议，该决议还需经过国资委的批准。6、律师函的真实性、合法性、关联性认可，但不认可原告的证明目的。7、对宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司的工商档案材料认可。

被告张勤福为证明其主张提交了如下证据：1、增资合同，原告投资后成为海浪公司股东，和其他股东一样享有股东权利承担股东义务；原告对投资享有固定收益，不承担股东风险，存在保底条款；名为投资、实为借贷；原告向海浪公司进行增资，并未与被告有交易关系。被告无回购股权的法定义务；回购附条件没有成就；增资合同与《股权转让协议》存在因果关系。2、股权转让协议，证明五份股权转让协议除了标的额股权价款不同，其他完全相同。证明是原告事先拟定好的格式合同，显示公平，并非原告的真实意思表示。3、验资报告，原告的增资款项到公司账号后，未经验资，资金不可使用。股权转让协议中转让价款的起算时间显示公平。应以验资报告出具之日为起算时间。4、《宝鸡市海浪锅炉设备有限公司与民生证券有限责任公司关于宝鸡市海浪锅炉设备有限公司改制与上市辅导保养之总体合作协议》，证明被告及海浪公司为公司公开发行股票与上市做了积极的努力。证券公司是原告推荐的。海浪公司未在 2012 年 12 月 31 日之前向中国证监会上报上市申请材料不是被告和海浪锅炉设备公司的原因，而是原告和中介机构的原因。5、《宝鸡市海浪锅炉设备有限公司首次公开发行 A 股股票并上市项目专项法律顾问协议书》，证明被告及海浪公司为公司公开发行股票与上市做了积极的努力。6、会议记录，证明被告和海浪公司对上市的事项并不专业，完全听从原告和中介机构的意见和建议，没有向证监会申报材料不是海浪公司的原因，增资合同中回购条件不成就。7、原告公司股东股权结构图及其股东工商档案材料，证明原告是国有控股企业，股权转让需履行一定的法律程序。8、申明函及快递单据，证明被告于 2016 年 9 月 21 日通过快递将不能受让原告的股权声明函发送给原告，原告未提出异议。

原告对被告张勤福提交的证据质证为：1、对被告提交的增资合同的真实性没有异议，对被告的证明目的有异议，合同有效。2、对股权转让协议的真实性认可，对被告的证明目的不认可，股权转让协议没有格式条款。3、对验资报告的真实性、合法性认可，被告的证明目的由法院认定。4、对被告提交的《宝鸡市海浪锅炉设备有限公司与民生证券有限责任公司关于宝鸡市海浪锅炉设备有限公司改制与上市辅导保养之总体合作协议》的真实性和证明目的不认可，没有上市的原因是被告的原因。5、《法律顾问协议书》与本案无关。6、对会议

记录的证明目的不认可，回购条件不成就与原告无关。7、对原告公司股东股权结构图及其股东工商档案材料的真实性认可，对被告的证明目的不认可。8、对申明函及快递单据的真实性认可，证明目的不认可。

经过质证，本院对原告、被告提交的证据认证如下：对原告双方签订的股权转让协议、《增资合同》、海浪公司的验资报告、工作联系函、宝鸡市海浪锅炉设备有限责任公司的工商档案材料予以认定。

经审理查明，2010年4月30日宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司及主要股东、原告签订了一份增资合同，约定原告出资1300万元，其占宝鸡海浪宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司3.467%的股权；乙A方（被告）承诺，如因公司的原因导致未能在2012年12月31日以前向中国证监会上报上市申请材料，丙方（原告）各方有权要求乙A方以丙方各方对公司增资扩股时投资额的1.3倍一次性回购丙方各方在公司中的投资，但应扣除丙方各方已经自公司取得的所有红利。原告1300万元投资到位后，经工商注册其成为宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司的股东。后因宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司没有上市，2013年12月13日，原告（甲方）与被告（乙方）签订《宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司股权转让协议》，主要约定原告将其持有的宝鸡市海浪锅炉设备有限公司3.467%的股权转让给被告，股权转让价款总计为 $1300 \times (1 + 10\% \times D / 365)$ 万元，其中：D代表甲方认股款到达宝鸡海浪公司账户之日至上述股权转让的款项到达甲方之日的实际天数；乙方在2013年12月31日前向甲方分次支付股权转让价款，每次支付转让款 $A_i = B_i \times (1 + 10\% \times D / 365)$ 万元，其中：B_i代表乙方每次支付予甲方的部分甲方投资本金，D代表甲方认股款到达宝鸡海浪公司账户之日至上述股权转让的款项到达甲方之日的实际天数，当乙方向甲方分次支付的股权转让款中B_i之和达到1300万元时，股权转让款方支付完毕；截止2013年12月31日前，乙方应向甲方支付 $1300 \times (1 + 10\% \times D / 365)$ 万元股权转让款（D代表甲方认股款到达宝鸡海浪公司账户之日至上述股权转让的款项到达甲方之日的实际天数；如乙方不能按期支付转让金，乙方应从违约之日起按应付未付的股权转让价款的每日万分之六向甲方支付违约金，承担违约责任；甲方收到全部股权转让款后，方视为完成对持有的宝鸡海浪公司股权的转让行为，此后甲方不再享有在宝鸡海公司之股东权利、承担股东义务；受让方在享有宝鸡海浪公司股东权利的同时，承担股东的义务。按照协议约定的计算方法，截止2013年12月31日被告应付股权转让价款1758万元。2016年5月31日原告给被告发了一份工作联系函，在函件上被告确认其拖欠原告的股权转让款为1498万元（扣除已还的260万元）。经原告催要，被告未能支付，原告遂将被告诉至法院。

本院认为，2010年4月30日原告与宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司及主要股东被告签订的增资合同；2013年12月13日原告与被告签订宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司股权转让协议，双方当事人意思表示真实，内容不违反法律、行政法规的禁止性规定，应属有效合同。合同有效，双方当事人应按合同全面履行其合同义务。原告给宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司投资1300万元后，经工商注册原告成为宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司的股东，该1300万元应认定为原告的投资款，被告关于名为联营，视为借贷，增资合同和股权转让协议属无效的辩解理由，依据不足，不予支持。被告在2016年5月31日原告给其的联系函上确认其拖欠原告的股权转让款数额，故能够认定被告认可其与原告签订的股权转让协议，被告关于该股权转让协议不是其真实意思表示，依据不足，应予以驳回。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款，而本案中股权转让合同被告并没有证据证明该合同中的条款是原告事先拟定，并未与被告协商，故被告关于股权转让协议属格式条款的答辩，依据不足，应予以驳回。股转协议是双方协商签订的，内容并不违反《中华人民共和国公司法》的相关规定，被告称股转协议违反公平原则，依据不足，不予支持。被告虽无收购原告股权的法定义务，但其有收购原告股权的合同义务，被告是否有收购原告股

权的能力，并不影响股权转让协议的合法性。原告的国有股东只持有原告 10% 的股权，原告将其宝鸡海浪锅炉设备有限责任公司的股权转让给被告经过了其董事会的决议通过，故应认定股权转让协议已生效，被告以原告是国有企业股权转让未履行法定批准程序，该股权转让未生效的理由，依据不足，应予以驳回。原告对股权转让款的计算，符合合同约定，且被告在原告给其发的工作联系函上也确认其拖欠原告的股权转让款为 1498 万元，故原告要求被告支付 1498 万元的股权转让款，应予以支持。被告未按股权转让协议的约定给原告支付股权转让款，构成违约，原告要求被告承担截止 2016 年 5 月 31 日的 8496816 元的违约金，符合合同约定，应予以支持。参照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条的规定，股权转让协议约定日万分之六的违约金，并不过高，被告要求降低违约金的请求，应予以驳回。依据《中华人民共和国公司法》第三十五条、《中华人民共和国合同法》第六十条之规定，判决如下：

由被告张勤福于本判决生效后十日内向原告陕西航天红土创业投资有限公司支付股权转让款 1498 万元，并承担违约金 8496816 元（截止 2016 年 5 月 31 日，按日万分之六计算）。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 159184 元，由被告张勤福承担。

如不服本判决，可于判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，同时交纳上诉案件受理费，上诉于陕西省高级人民法院。

审判长 付金国

审判员 吴成君

代理审判员 孙亚峰

二〇一六年十一月二十三日

书记员 黄莎

上海秉原旭股权投资发展中心、邢雪森、姜辉燕、雪龙黑牛股份有限公司联营合同纠纷一审民事判决书

辽宁省高级人民法院

民事判决书

(2016)辽民初 68 号

原告：上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）。住所地：上海市浦东新区浦东大道 2313 号 3E-1472 室。

代表人：原艳芬，上海秉原秉荣投资管理有限公司委派代表。

委托诉讼代理人：翟文明，北京大成律师事务所律师。

被告：邢雪森，男，汉族，1957 年 10 月 1 日生，住址：辽宁省大连市西岗区。

委托诉讼代理人：宁时璞，辽宁正然律师事务所律师。

委托诉讼代理人：高阳，辽宁正然律师事务所律师。

被告：姜辉燕，女，汉族，1960 年 3 月 2 日生，住址：辽宁省大连市西岗区。

委托诉讼代理人：宁时璞，辽宁正然律师事务所律师。

委托诉讼代理人：高阳，辽宁正然律师事务所律师。

第三人：雪龙黑牛股份有限公司。住所地：辽宁省大连市甘井子区新水泥路 271 号。

法定代表人：邢雪森，该公司董事长。

原告上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）（以下简称上海秉原旭）诉被告邢雪森、姜辉燕及第三人雪龙黑牛股份有限公司（以下简称雪龙公司）投资合作协议纠纷一案，本院于 2016 年 9 月 14 日受理后，邢雪森、姜辉燕在提交答辩状期间，对管辖权提出异议，本院于 2017 年 3 月 9 日作出（2016）辽民初 68 号之一民事裁定书，裁定驳回邢雪森、姜辉燕对本案管辖权提出的异议。邢雪森、姜辉燕不服该裁定，向最高人民法院提起上诉，最高人民法院于 2017 年 7 月 28 日作出（2017）最高法民辖终 202 号民事裁定书，裁定驳回上诉，维持原裁定。本院依法组成合议庭，适用普通程序，于 2017 年 10 月 10 日公开开庭进行了审理。上海秉原旭的委托诉讼代理人翟文明，邢雪森、姜辉燕共同委托的诉讼代理人宁时璞、高阳到庭参加诉讼。雪龙公司经传票传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告上海秉原旭向本院提出诉讼请求：1. 请求判令被告邢雪森、姜辉燕支付原告股权回购价款人民币 135,605,747.9 元（暂计算至 2016 年 6 月 30 日）；2. 请求判令被告邢雪森、姜辉燕承担本案全部诉讼费用。事实和理由：2010 年 1 月 22 日，北京秉原创业投资有限责任公司（以下简称北京秉原）与大连雪龙产业集团有限公司即本案第三人（2012 年更名为“雪龙黑牛股份有限公司”）及其控股股东即两被告签署《大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议》（以下简称《投资合作协议》），约定对第三人增资 8000 万元人民币。2010 年 9 月 7 日，由北京秉原联合河南河南秉原创业投资有限公司（以下简称河南秉原）、上海鲁盛创业投资发展中心（有限合伙）（以下简称上海鲁盛）、上海玺洱业投资发展中心（有限合伙）（以下简称上海玺洱）等投资人，与第三人及其股东签署《增资扩股协议》，将原《投资合作协议》中的投资主体确认为北京秉原、河南秉原、上海鲁盛和上海玺洱（以下合称联合投资人）。协议签署后，上述联合投资人依约履行了全部增资义务，成为第三人的股东。2011 年 6 月 18 日，原告与北京秉原、河南秉原分别签订《股权转让协议》，北京秉原将其持有的大连雪龙产业集团有限公司 11.457% 的股权；河南秉原将其持有的大连雪龙产业集团有限公司 5.977% 的股权转让给原告，由原告承继北京秉原、河南秉原在《投资合作协议》及《增资扩股协议》及相关补充协议下的全部权利义务。2016 年，另外两个联合投资人上海鲁盛和上

675

海玺洱也将其对第三人的投资权益全部转让给原告。由于第三人在前述联合投资人投资后又进行了多次增资扩股，截至起诉前，原告共持有第三人 16.563% 的股权，合计持有 2996.25 万股。根据《投资合作协议》的约定，若第三人不能在 2014 年 12 月 31 日前在国内外资本市场上市，被告邢雪森、姜辉燕应按照第八条约定，无条件受让投资人所持第三人的全部股权，回购款为本金 8000 万元外加 12% 年利率的利息之和，截至 2016 年 6 月 30 日回购金额为 135,605,747.9 元。依照合同约定，该款项被告应于收到投资人要求股权转让的书面通知之日起两个月内付清股权定向转让价款。由于第三人未能在 2014 年 12 月 31 日前在国内外资本市场上市，触发《投资合作协议》第八条两被告“股权定向转让”条款即回购条款。随后，原告多次要求被告邢雪森、姜辉燕按照《投资合作协议》约定支付原告股权回购价款并办理股权变更手续，然而两被告邢雪森、姜辉燕始终拒绝履行回购义务。为维护原告的合法权益，现将两被告起诉至人民法院，请求法院依法判决，支持原告的诉讼请求。

邢雪森、姜辉燕辩称，不同意原告的诉请，原告对第三人实际的投资额为 7000 万元，上海鲁盛、上海玺洱两家公司仍然是第三人股东，原告无权代表两家公司行使权利，原告已签署协议免除二被告回购股权的义务，所以二被告请求法院驳回原告的诉请。

根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：2010 年 1 月 22 日，北京秉原为投资人甲方，雪龙公司为乙方，邢雪森、姜辉燕为丙方签订《投资合作协议》约定，1.3 协议各方一致同意，投资人向乙方本次增资的金额为：人民币捌仟万元整（¥8000 万元），其中人民币 3103.26 万元用于增加乙方注册资本，剩余部分列入乙方资本公积。2.1 投资人本次增资的总额为人民币 8000 万元。该项资金分两期支付，其中，甲方在本协议生效后 3 个工作日内向委托贷款银行申请并办理贷款手续，并在本协议生效后 15 个工作日内将第一期资金人民币 5000 万元通过委托贷款的方式支付至乙方指定账户；投资人于乙方在满足本协议 2.2 条约定的条件并书面通知甲方后的 3 个工作日内向委托贷款银行申请并办理贷款手续，并于 20 个工作日内将第二期资金人民币 3000 万元以委托贷款的方式支付至乙方指定账户。委托贷款过程中的具体事宜，由本协议各方与相关金融机构签订《委托贷款协议》，办理相关手续。3.3 乙方承诺并保证 2010 年度税后净利润不少于 3000 万元人民币，2011 年度税后净利润不低于 4000 万元人民币。3.6 丙方承诺，如乙方未能在 2014 年 12 月 31 日前成功上市，则按照本协议第八条约定购买投资人在乙方持有的全部股份。3.7 本次增资价格是基于乙方和丙方预测公司 2010 年度、2011 年度实现净利润不低于本协议 3.3 条承诺而确定的，利润预测值允许与最终经审计的财务报表实际数据有 10% 以内的差异；若 2010 年实际实现净利润低于人民币 3000 万元的 90%（即低于 2700 万元），2011 年实际实现净利润低于人民币 3000 万元的 90%（即低于 3600 万元），丙方将无条件以现金的方式对投资人进行补偿，补偿的公式为：补偿金额=（乙方承诺净利润-实际完成净利润）×2.5，该补偿金额应在本协议第 3.3 条及第 5.4.1 条约定的投资人收到年度审计报告之日后的 20 个工作日内，丙方全额支付给投资人。如果丙方不能在投资人收到年度审计报告后 20 个工作日内将补偿的现金全额支付给投资人，则投资人有权要求丙方改以股权的方式对投资人进行补偿。补偿的具体计算公式为：补偿的股份比例=（投资人实际投资金额÷实际净利润调整后的估值）×100%-投资人持股比例。注 1：实际净利润调整后的估值=当年实际完成净利润×当年 PE？；注 2：2010 年 PE=35000÷3000=11.67，2011 年 PE=35000÷4000=8.75。上述股份补偿应于丙方收到投资人书面通知之日起 30 个工作日内办理完毕工商变更手续。8.1 如果 2014 年 12 月 31 日前乙方不能在国内外资本市场上市，投资人有权要求丙方无条件受让投资人所持乙方的全部股权，丙方应当在收到投资人要求股权转让的书面通知之日起两个月内付清全部款项。8.2 上述股权转让的总价款按照以下方式确认（以下面两种计算方法高者为准）：8.2.1 投资人全部投资款人民币 8000 万元，加按 12% 年利率计算的本息之和（按单利计算，时间自投资人 8000 万元资金到达乙方指定账户之日起至丙方支付完毕全部股权转让价款之日）；

8.2.2 以投资人提出转让股权之日的上一年度的经审计的净资产乘以投资人出资（股权）比例所得出的金额。如果乙方或丙方推荐第三方愿意按照上述条件和方式受让投资人的股权，投资人可以认可以此方式转让其持有的股权。乙方未来公司形式的变更不影响上述条款的约束力。11.2 在本协议生效期间，如果发生地震、火灾、洪水等自然灾害以及其他不能预见并且对其发生和后果不能防止和避免的不可抗力事件（含政府行为），致使协议不能履行、不能按约定履行或使协议的目的无法实现的，则本协议各方可以暂缓或终止履行本协议，各方相互之间不承担责任。第十四条争议解决本协议各方如就本协议的解释或履行发生任何争议，应尽量通过友好协商解决；如果通过友好协商，争议仍得不到解决的，则任何一方均有权向有管辖权的人民法院起诉。

2010 年 7 月 8 日，北京秉原为投资人甲方，雪龙公司为乙方，邢雪森、姜辉燕为丙方签订《投资合作协议》补充协议约定，一、本协议各方同意，原《投资合作协议》第 2.1 款中甲方向乙方提供第二期资金（借款）的金额由原来的 3000 万元人民币变更为 1500 万元人民币，该等款项应由甲方在本补充协议签署生效后三个工作日内通过委托贷款的方式提供给乙方。二、各方确认，在原《投资合作协议》签署时，乙方注册资本为 10471.82 万元，融资前估值为 28000 万元人民币，基于甲方在增资前先行向乙方提供数额为人民币 8000 万元的委托贷款，所以，乙方给予甲方人民币 1000 万元的优惠，即按融资前 27000 万元的估值计算股价（每一元注册资本 2.58 元）。由于本补充协议项下甲方提供的借款资金数额的减少，乙方估值调整为融资前人民币 28000 万元（每一元注册资本 2.67 元），甲方出资人民币 8000 万元，其中 2996.25 万元人民币用于增加乙方注册资本，剩余部分列入乙方资本公积，增资后甲方持有乙方 22.22% 的股权。原《投资合作协议》中有关增资的金额和比例依照本条执行。六、各方确认，原《投资合作协议》第 8.1 款“如果 2014 年 12 月 31 日前乙方不能在国内外资本市场上市，投资人有权要求丙方无条件受让投资人所持乙方的全部股权，丙方应当在收到投资人要求股权转让的书面通知之日起两个月内付清全部款项”变更为：“除本协议第 11.2 条所列情形外，如果 2014 年 12 月 31 日前乙方不能在国内外资本市场上市，投资人有权要求丙方无条件受让投资人所持乙方的全部股权，丙方应当在收到投资人要求股权转让的书面通知之日起两个月内付清全部款项”。七、本补充协议未约定的事项，仍然依照原《投资合作协议》执行，本补充协议的签署和履行不影响甲方依照《投资合作协议》第一条约定对乙方 8000 万元人民币增资权利的行使。

2010 年 9 月 7 日，北京秉原、河南秉原、上海鲁盛、上海玺洱、邢雪森、姜辉燕、雪龙公司共同签订一份《大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议补充协议》，该协议约定：一、根据《投资合作协议》的约定，对公司进行增资的投资人是指北京秉原和/或北京秉原关联企业旗下管理的基金，和/或北京秉原选择的其他投资伙伴。目前，北京秉原确定向公司进行投资的投资人是：投资人（1）北京秉原、投资人（2）河南秉原、投资人（3）上海鲁盛、投资人（4）上海玺洱。上述投资人共同履行《投资合作协议》。邢雪森、姜辉燕及公司对投资人资格予以确认。二、各方确认，投资人具有对雪龙公司进行投资的权利。北京秉原在与邢雪森、姜辉燕及公司所签订的《投资合作协议》及相关补充协议中的所有权利、义务同样适用于其他投资人，邢雪森、姜辉燕及公司承认投资人在《投资合作协议》及相关补充协议中具有完全相同的法律地位。投资人承诺依照诚信和审慎原则严格履行《投资合作协议》及相关补充协议的约定。四、根据《投资合作协议》第 2.4 款的约定：在投资人本次增资的验资之前，公司应将北京秉原所提供的委托贷款按照合同的约定归还给北京秉原。现根据公司经营所需，各方同意将《投资合作协议》第 2.4 款修改为：投资人应当按照《增资扩股协议》的约定将增资款 8000 万元人民币汇入各方约定的验资账户，该验资账户由投资人北京秉原、公司以及验资开户行三方共同监管，未经北京秉原及公司同意并出具相关手续，公司不得动用该监管账户内的人民币 6500 万元资金。具体监管措施由北京秉原及公司另行约定。验资

机构验资结束并完成工商变更登记后 3 个工作日后，公司应将增资款人民币 8000 万元中的人民币 6500 万元用于归还投资人北京秉原所提供委托贷款。

同日，北京秉原、河南秉原、上海鲁盛、上海玺洱、邢雪森、姜辉燕、雪龙公司及其他雪龙公司原股东签订一份《大连雪龙产业集团有限公司增资扩股协议》，该协议 1.3.1 条约定：协议各方同意投资人共同以人民币现金捌仟万元（¥80,000,000）认购公司新增注册资本人民币贰仟玖佰玖拾陆万贰仟伍佰元（¥29,962,500），其中：北京秉原以现金出资人民币肆仟陆佰万元（¥46,000,000），认缴公司新增注册资本人民币壹仟柒佰贰拾贰万捌仟肆佰元（¥17,228,400）；河南秉原以现金出资人民币贰仟肆佰万元（¥24,000,000），认缴公司新增注册资本人民币捌佰玖拾捌万捌仟捌佰元（¥8,988,800）；上海鲁盛以现金出资人民币伍佰捌拾伍万元（¥5,850,000），认缴公司新增注册资本人民币贰佰壹拾玖万壹仟元（¥2,191,000）；上海玺洱以现金出资人民币肆佰壹拾伍万元（¥4,150,000），认缴公司新增注册资本人民币壹佰伍拾伍万肆仟叁佰元（¥1,554,300）。

同日，XL[董]字 2010-0901 号《大连雪龙产业集团有限公司董事会决议》载明，审议并通过《大连雪龙产业集团有限公司增资议案》，同意由北京秉原、河南秉原、上海鲁盛、上海玺洱增资进入大连雪龙。

2010 年 9 月 7 日，上海玺洱向雪龙公司缴付 415 万增资款。2010 年 9 月 8 日，上海鲁盛向雪龙公司缴付 585 万增资款。2010 年 9 月 17 日，河南秉原向雪龙公司缴付 2400 万增资款。同日，北京秉原向雪龙公司缴付 4600 万增资款。

2010 年 10 月 8 日 4 份《大连雪龙产业集团有限公司出资证明书》分别载明，雪龙公司注册资本人民币 134,680,700.00 元，北京秉原出资数额人民币 1722.84 万元，持股比例 12.776%；河南秉原出资数额人民币 898.88 万元，持股比例 6.666%；上海鲁盛出资数额人民币 219.10 万元，持股比例 1.625%；上海玺洱出资数额人民币 155.43 万元，持股比例 1.153%。

北京秉原、河南秉原、上海秉原旭、邢雪森、姜辉燕、雪龙公司签订《大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议补充协议（三）》，开往篇载明：（1）鉴于北京秉原与邢雪森、姜辉燕及公司于 2010 年 1 月 22 日签订了《投资合作协议》一份，并于 2010 年 9 月 7 日签订了《大连雪龙产业集团有限公司增资扩股协议》，目前公司增资已经完成。（2）北京秉原与河南秉原将其持有的雪龙集团股权转让给上海秉原旭，为进一步明确各方的权利义务，根据《公司法》、《合同法》等法律法规之规定，各方在平等自愿的基础上，经充分协商，签订如下补充协议，以共同遵守。一、北京秉原与河南秉原将其持有的雪龙集团股权转让给上海秉原旭。上海秉原旭与其他投资人（上海鲁盛、上海玺洱）共同履行《投资合作协议》、《增资扩股协议》及《投资合作协议补充协议》。邢雪森、姜辉燕及公司对上海秉原旭的投资人资格予以确认。二、各方确认，雪龙集团原投资人在与邢雪森、姜辉燕及公司所签订的《投资合作协议》、《增资扩股协议》及《投资合作协议补充协议》及相关补充协议中的所有权利、义务同样适用于上海秉原旭，邢雪森、姜辉燕及公司承认上海秉原旭在《投资合作协议》及相关补充协议中具有完全相同的法律地位。三、上海秉原旭以 7000 万元受让受让北京秉原与河南秉原持有的雪龙集团股权后，持有雪龙集团 2621.72 万元注册资本，出资比例为 17.434%，即持有大连雪龙 17.434%股权。本协议没有载明签订时间。

2011 年 6 月 18 日，甲方（转让方）北京秉原与乙方（受让方）上海秉原旭签订一份《北京秉原创业投资有限公司与上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）关于大连雪龙产业集团有限公司之股权转让协议书》，该协议第一条转让标的约定：本协议项下转让标的为甲方持有的雪龙公司 1722.84 万元的出资额，占大连雪龙总注册资本 15037.847 万元的 11.457%。第二条转让对价约定，经甲乙双方协商同意，本次股权转让由乙方方向甲方支付 4600 万元作为转让价款。

2011 年,甲方(转让方)河南秉原与乙方(受让方)上海秉原旭签订一份《河南河南秉原创业投资有限公司与上海秉原旭股权投资发展中心(有限合伙)关于大连雪龙产业集团有限公司之股权转让协议书》,该协议第一条转让标的约定,本协议项下转让标的为甲方持有的大连雪龙 898.88 万元的出资额,占大连雪龙总注册资本 15037.847 万元的 5.977%。第二条转让对价约定,经甲乙双方协商同意,本次股权转让由乙方方向甲方支付 2400 万元作为转让价款。

2012 年 3 月 11 日,甲方邢雪森、姜辉燕、乌鲁木齐齐泰和纪元股权投资合伙企业(普通合伙)、中路股份有限公司、浙江公兴投资管理有限公司、东知雪龙控股有限公司、宏港国际集团有限公司、上海秉原旭、上海玺洱业投资发展中心(有限合伙)、上海鲁盛创业投资发展中心(有限合伙)、兼松株式会社、捷辉(香港)有限公司、晖阳国际投资有限公司、康惠企业有限公司、天津鼎鑫股权投资合伙企业、雪龙公司与乙方天津天图兴华股权投资合伙企业、上海伟成投资中心(有限合伙)、招远市开源实业有限公司、新疆元盈股权投资合伙企业签订一份《雪龙黑牛股份有限公司增资扩股协议》,该协议第三条第 2 项本次增资扩股后,股份公司各股东的持股情况如下:其中,上海秉原旭认购雪龙公司 2621.72 万股,持股比例 14.493%。

2012 年 5 月 24 日,甲方上海秉原旭、乙方雪龙公司、丙方邢雪森、丁方姜辉燕签订一份《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议》,该协议约定:一、各方同意于本补充协议签署之日终止《投资协议》(指《大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议》)第 1.11 条、第 3.3 条、第 3.6 条、第 3.7 条、第 5.2 条、第七条和第八条(以上条款统称为“被终止条款”)。二、被终止条款终止后,各方不再享有被终止条款约定的各项权利,各方也不再承担被终止条款约定的各种义务和责任。任何一方于被终止条款终止后,均不得依据被终止条款要求其他方履行被终止条款约定的任何义务,或基于被终止条款向其他方提出任何权利主张、要求、索赔、提起诉讼或仲裁。三、各方已经按照《投资协议》约定完成增资,北京秉原以及北京秉原指定的河南秉原、上海鲁盛和上海玺洱已向乙方合计增资人民币 2996.25 万元:其中,北京秉原已认购增资人民币 1722.84 万元,河南秉原已认购增资人民币 898.88 万元,上海鲁盛已认购增资人民币 219.1 万元,上海玺洱已认购增资人民币 155.43 万元。各方确认《投资协议》第一条增资方案的约定与实际增资情况不一致的,以实际增资情况为准,各方按照实际增资情况享有相关股东权利并承担相应义务。同时,各方一致同意:任何一方不得因实际增资情况与《投资协议》第一条增资方案约定的情况不一致而要求其他方承担任何责任。四、本补充协议经各方签字或盖章后生效。

2012 年 5 月 25 日,甲方上海秉原旭、乙方雪龙公司、丙方邢雪森、丁方姜辉燕签订一份《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议(二)》,开篇载明,鉴于:2、上海秉原旭、乙方、丙方、丁方于 2012 年月日签署了关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议(《补充协议》),并在《补充协议》中终止《投资协议》第 1.11 条、第 3.3 条、第 3.6 条、第 3.7 条、第 5.2 条、第七条和第八条(以上条款统称为“被终止条款”)。为明确各方权利义务,现各方经协商一致,达成本补充协议如下:一、本终止条款的终止以及《补充协议》第三条各方对实际增资情况的确认,不影响《投资协议》其他条款的效力,其他条款仍然有效。但是如果乙方在国内首次公开发行股票被否或失败,则“被终止条款”自动恢复生效。在签署条款失效期间,其他条款持续有效。二、在出现“被终止条款”自动恢复的事由时,《补充协议》第二条约定同时失效。三、如各方签署的其他协议或合同内容与本补充协议不一致的,以本协议为准。四、本补充协议经各方签字或盖章后生效。

2012 年 5 月 28 日,甲方上海秉原旭、乙方雪龙公司、丙方邢雪森、丁方姜辉燕签订一份与 2012 年 5 月 24 日,甲方上海秉原旭、乙方雪龙公司、丙方邢雪森、丁方姜辉燕签订的《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议》内容相同的协议。

2012 年 7 月 31 日《雪龙黑牛股份有限公司第一届董事会第三次会议决议》，审议并通过了《关于雪龙黑牛股份有限公司首次公开发行 A 股股票并在创业板上市的议案》，决定公司申请公开发行股票并在创业板上市。

2015 年 3 月 6 日，上海秉原旭委托河南文丰律师事务所向邢雪森发律师函要求就回购事宜进行洽商。2015 年 9 月 11 日，上海秉原旭向邢雪森、姜辉燕发催告函，要求其回购上海秉原旭全部股权。

2016 年 7 月，甲方（转让方）上海鲁盛与乙方（受让方）上海秉原旭签订一份《股权转让协议书》，该协议第一条转让标的约定，本协议项下转让标的为甲方持有的雪龙黑牛 1.211% 的股权。第二条转让对价约定，经甲乙双方协商同意，本次股权转让由乙方方向甲方支付 585 万元作为转让价款。

2016 年 7 月，甲方（转让方）上海玺洱与乙方（受让方）上海秉原旭签订一份《股权转让协议书》，该协议第一条转让标的约定，本协议项下转让标的为甲方持有的雪龙黑牛 0.859% 的股权。第二条转让对价约定，经甲乙双方协商同意，本次股权转让由乙方方向甲方支付 415 万元作为转让价款。

另查明，2012 年 2 月，大连雪龙产业集团有限公司更名为雪龙黑牛股份公司。2014 年 12 月 31 日前雪龙公司没有在国内外市场上市。

又查明，2017 年 10 月 13 日，本案在庭审过程中，姜辉燕对原告上海秉原旭提供的证据七，即 2012 年 5 月 25 日《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议（二）》中第 6 页“姜辉燕”的签字提出鉴定申请。2017 年 12 月 1 日，姜辉燕撤回了对 2012 年 5 月 25 日《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议（二）》中第 6 页“姜辉燕”的签字提出鉴定申请。

上述事实有原告提供的《大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议》、《大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议》补充协议、《大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议补充协议》、《大连雪龙产业集团有限公司增资扩股协议》、《大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议补充协议（三）》、《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议》、《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议（二）》、《北京秉原创业投资有限公司与上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）关于大连雪龙产业集团有限公司之股权转让协议书》、《河南河南秉原创业投资有限公司与上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）关于大连雪龙产业集团有限公司之股权转让协议书》、《雪龙黑牛股份有限公司增资扩股协议》、《上海鲁盛创业投资发展中心与上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）关于雪龙黑牛股份有限公司之股权转让协议书》（2016 年）、《上海玺洱业投资发展中心与上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）关于雪龙黑牛股份有限公司之股权转让协议书》（2016 年）、《大连雪龙产业集团有限公司董事会决议》（XL[董]字 2010-0901 号）、《雪龙黑牛股份有限公司第一届董事会第三次会议决议》、河南汇赢缴付 2400 万增资款银行转账凭证及大连雪龙收款凭证、北京秉原缴付 4600 万增资款银行转账凭证及大连雪龙收款凭证、上海玺洱缴付 415 万增资款银行转账凭证及大连雪龙收款凭证、上海鲁盛缴付 585 万增资款银行转账凭证及大连雪龙收款凭证、《大连雪龙产业集团有限公司出资证明书》共 4 份、《律师函》、《催告函》、被告提供的《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议》、鉴定申请书、姜辉燕撤回笔迹鉴定申请及庭审笔录在卷佐证，并经庭审质证、认证，足资认定。

对被告邢雪森、姜辉燕提供的证据《补充协议（二）》，因该证据是北京秉原与雪龙公司之间关于向银行贷款事宜的约定，与本案无关联性，故本院不予采信。

本院认为，本案上海秉原旭虽然是以增资纠纷提起诉讼，但从其诉讼请求来看，其是要求邢雪森、姜辉燕依据投资合作协议履行股权回购义务，其性质属于股权投资过程中投资方上海秉原旭与融资方雪龙公司及邢雪森、姜辉燕签订协议进行溢价增资，当投资方上海秉原旭预

期投资利益无法达到时，触发其行使退出权利条款所引发的案件，因此，本案案由应当确定为投资合作协议纠纷。

根据当事人的诉请及答辩情况，本案纠纷的争议焦点是：（一）案涉《投资合作协议》、《增资扩股协议》及《补充协议》中回购股份条款的法律效力。（二）邢雪森、姜辉燕是否应当承担回购上海秉原旭持有雪龙公司股份的民事责任。（三）上海秉原旭主张的回购价款及利息如何认定。

一、关于案涉《投资合作协议》、《增资扩股协议》及《补充协议》中回购股份条款的法律效力问题。首先从协议的内容看，立约各方为达到使雪龙公司增资上市之目的，先签订了《投资合作协议》，约定北京秉原以资金注入方式对雪龙公司进行增资 8000 万元，并对股权定向转让进行了约定，即若 2014 年 12 月 31 日前未上市，邢雪森、姜辉燕应无条件全部回购投资人所持雪龙公司全部股权，协议还包括业绩承诺等条款内容。之后又签订了《增资扩股协议》和《补充协议》，确认北京秉原、河南秉原、上海鲁盛、上海玺洱投资人资格、权利及增资数额。又通过签订《补充协议》的形式，对股权回购条款被终止及恢复进行了约定。《投资合作协议》中对股权回购承诺清晰而明确，是当事人在《投资合作协议》中特别设立的保护投资人利益的条款，属于缔约过程中对投资合作商业风险的安排。该条款与《补充协议》中的股权回购条款终止及恢复等条款相对应，系各方当事人的真实意思表示。其次，《投资合作协议》中关于在一定条件下被投资方雪龙公司股东邢雪森、姜辉燕回购股份的内容不违反法律及行政法规的强制性规定，且无《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的导致合同无效的情形。再次，案涉协议系各方当事人专为此次交易自愿达成的一致约定，并非单方预先拟定或者反复使用，不属于我国合同法所规定的格式合同或者格式条款，不存在显失公平的问题，应为合法有效。因此，《投资合作协议》、《增资扩股协议》及《补充协议》中有关在一定条件下被投资方雪龙公司的股东邢雪森、姜辉燕回购股份的承诺等内容合法有效。故邢雪森、姜辉燕关于案涉《投资合作协议》、《增资扩股协议》及《补充协议》中设定的股份回购等条款没有法律效力的抗辩主张，没有法律和事实依据，本院不予支持。

二、关于邢雪森、姜辉燕是否应当承担回购上海秉原旭持有雪龙公司股份的民事责任问题。本院认为，本案属于私募股权投资领域性质的案件，在私募基金对企业进行权益性投资中，股权投资方北京秉原与被投资方雪龙公司出于对未来不确定因素的考量，通过签订合作协议设定预期目的实现与否来约定由投资方北京秉原或融资方雪龙公司实现一定的权利或义务。所设条件的内容包括对雪龙公司的财务绩效、利润实现和公司能否实现上市等方面。由于北京秉原最初以溢价方式对雪龙公司进行增资而成为新股东，则原股东邢雪森、姜辉燕在此情况下首先将获得该溢价部分的相对股东权益。一旦雪龙公司运营的实际绩效达到预期，原股东邢雪森、姜辉燕还可能实现再次获利。故投资方北京秉原为降低自身商业风险，与原股东邢雪森、姜辉燕签订股权回购条款，约定在预期目标无法实现时，原股东邢雪森、姜辉燕回购其股权。该条款本身因商事交易的利益平衡而产生，以当事人意思自治为前提，对当事人具有约束性。本案雪龙公司在 2014 年 12 月 31 日前无法上市已呈事实状态，协议所约定的股份回购条件已成就，邢雪森、姜辉燕应当依约履行自己的合同义务，向上海秉原旭承担回购股份的民事责任。

（一）关于原告上海秉原旭是否免除被告邢雪森、姜辉燕回购义务的问题。根据本案庭审查明的情况，邢雪森、姜辉燕对原告提交的其他证据的真实性均无异议，但对原告提交的证据七 2012 年 5 月 25 日《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议（二）》的真实性提出异议，该份证据约定若雪龙公司在国内首发上市被否或失败，被终止条款自动回复生效，其认为该份证据是经变造形成的虚假协议，并对该份证据“姜辉燕”的签字提出鉴定申请。同时，庭审中邢雪森、姜辉燕提交了 2012 年 5 月 28 日上海秉原旭、雪龙公司、邢雪森、姜辉燕签订的《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议》，以此证

明原告免除了邢雪森、姜辉燕回购股份的义务。对此，本院认为，第一，2017年12月1日姜辉燕撤回了对“姜辉燕”签字提出的鉴定申请，本案并无证据证明该补充协议是变造形成。第二，虽然原告提交的证据七即2012年5月25日《关于大连雪龙产业集团有限公司投资合作协议的补充协议(二)》中没有加盖雪龙公司骑缝印章以及主文末尾页下方大幅留白签章，但均有邢雪森、姜辉燕的签字和加盖上海秉原旭、雪龙公司印章，不能以此为由否定该协议的真实性和真实性。第三，合同签订时间的先后不影响合同的生效。虽然邢雪森、姜辉燕提交2012年5月28日上海秉原旭、雪龙公司、邢雪森、姜辉燕签订的补充协议与上海秉原旭提交的2012年5月24日上海秉原旭、雪龙公司、邢雪森、姜辉燕签订的补充协议，载明的时间不同，但是两份协议的内容完全相同，均加盖上海秉原旭、雪龙公司印章，并有邢雪森、姜辉燕的签字，都是合法有效协议，不能因时间不同而影响合同的效力。第四，2012年5月25日的补充协议(二)是鉴于股权回购条款已被终止，而签订本协议是为了恢复股权回购条款。综上，邢雪森、姜辉燕以2012年5月28日补充协议落款时间晚于2012年5月25日补充协议(二)落款时间为由，主张上海秉原旭已免除其回购义务的理由不能成立，本院不予支持。

(二)关于邢雪森、姜辉燕是否因不可抗力免除其回购股权义务问题。被告邢雪森、姜辉燕认为，证监会的停审是导致雪龙公司没有在2014年12月31日前完成上市的原因，这属于2010年7月8日补充协议约定的不可抗力中的政府行为，其回购上海秉原旭持有雪龙公司股份的责任应免除。对此，本院认为，虽然在双方签订的投资合作协议及补充协议中约定，如果发生自然灾害以及其他不能预见并且对其发生和后果不能防止和避免的不可抗力事件(含政府行为)，致使协议不能履行、不能按约定履行或使协议的目的无法实现的，则本协议各方可以暂缓或终止履行本协议，各方相互之间不承担责任。但是法律规定的不可抗力是指不能预见、不能避免、并且不能克服的客观情况。本案证监会是否审批雪龙公司上市，本案双方当事人已经预见，并对不能上市的后果进行了约定，证监会的审查行为并不属于不可抗力。因此，邢雪森、姜辉燕关于因不可抗力免除其回购股权义务的抗辩主张不能成立，本院不予支持。

(三)关于上海秉原旭是否有权要求被告邢雪森、姜辉燕回购上海鲁盛、上海玺洱所持雪龙公司股权问题。被告邢雪森、姜辉燕庭审中辩称，上海鲁盛、上海玺洱仍是雪龙公司登记注册股东，上海秉原旭无权要求邢雪森、姜辉燕回购上海鲁盛、上海玺洱所持雪龙公司股权。对此，本院认为，2016年上海鲁盛和上海玺洱将其持有雪龙公司股权转让给上海秉原旭，虽未办理工商变更登记手续，只是不得对抗第三人，但不影响股权转让合同的效力。因此，邢雪森、姜辉燕的上述抗辩理由不能成立，本院不予支持。

三、关于上海秉原旭主张的回购价款及利息如何认定问题。本案关于股权转让的总价款《投资合作协议》第8.2.1条约定，投资人全部投资款人民币8000万元，加按12%年利率计算的本息之和(按单利计算，时间自投资人8000万元资金到达乙方指定账户之日起至丙方支付完毕全部股权转让价款之日)。首先，上述约定是当事人双方的真实意思表示，旨在保证协议的履行，其内容并不违反法律禁止性和强制性规定，应当认定有效。其次，从资金流转使用于经营的效益分析，及与银行关于贷款利息、逾期罚息的计算比例、方法相比较，从2010年9月17日原告上海秉原旭入至今，其不能如期取得经营效益。根据公平原则和诚实信用原则，双方约定应按年12%的利息标准支付利息，显然不属于合同法规定的利息过高的情形。故原告上海秉原旭关于请求法院判令邢雪森、姜辉燕支付12%利息的诉讼请求，本院予以支持。

综上，原告上海秉原旭的诉请，有事实和法律依据，本院予以支持。依据《中华人民共和国合同法》第八条、第四十四条、第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

一、被告邢雪森、姜辉燕在本判决生效之日起十日内向原告上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）支付股份回购款本金人民币 4600 万元及相应利息（以 4600 万元为基数，自 2010 年 9 月 17 日起至实际给付之日止，按年利率 12% 计算）；

二、被告邢雪森、姜辉燕在本判决生效之日起十日内向原告上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）支付股份回购款本金人民币 2400 万元及相应利息（以 2400 万元为基数，自 2010 年 9 月 17 日起至实际给付之日止，按年利率 12% 计算）；

三、被告邢雪森、姜辉燕在本判决生效之日起十日内向原告上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）支付股份回购款本金人民币 585 万元及相应利息（以 585 万元为基数，自 2010 年 9 月 8 日起至实际给付之日止，按年利率 12% 计算）；

四、被告邢雪森、姜辉燕在本判决生效之日起十日内向原告上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）支付股份回购款本金人民币 415 万元及相应利息（以 415 万元为基数，自 2010 年 9 月 7 日起至实际给付之日止，按年利率 12% 计算）；

五、驳回原告上海秉原旭股权投资发展中心（有限合伙）其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行上述给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 719,828.71 元（原告已交纳），财产保全费 5,000.00 元，共计 724,828.71 元由邢雪森、姜辉燕共同负担。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国最高人民法院。

审判长 苏本营
审判员 张秀军
审判员 谭弘
二〇一七年十二月十五日
书记员 张博涵

上海家化联合股份有限公司其他与公司有关的纠纷一审民事判决书

上海市虹口区人民法院
民事判决书

(2016)沪0109民初19233号

原告：易峰，男，汉族，1976年8月19日出生，住上海市虹口区。

委托诉讼代理人：周飞，上海信亚律师事务所律师。

被告：上海家化联合股份有限公司，住所地上海市。

法定代表人：谢文坚，董事长。

委托诉讼代理人：崔庆玮，国浩律师(上海)事务所律师。

委托诉讼代理人：达健，国浩律师(上海)事务所律师。

原告易峰与被告上海家化联合股份有限公司其他与公司有关的纠纷一案，本院于2016年9月1日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告易峰及其委托诉讼代理人周飞律师、被告委托诉讼代理人崔庆玮律师到庭参加诉讼，本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：1、要求被告对原告持有的18,000股的上海家化股权激励限制性股票给予解锁；2、本案诉讼费由被告承担。事实与理由：原告于2004年7月20日进入被告公司工作，2010年9月1日被安排至上海双妹实业有限公司工作。2012年6月1日，原告与被告签订《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票授予协议》(以下简称《授予协议》)，约定原告有权以16.41元/股的价格认购被告公司A股限制性股票，数量为40,000股，股票分三期解锁，原告按约交付了股款。2013年9月1日，原告被安排至上海佰草集美容投资管理有限公司(以下简称佰草集)担任营运发展经理，并与被告签订了期限至2016年8月31日的劳动合同。2015年6月12日，被告以原告2014年度绩效考核结果为D为由，回购并注销了原告尚未解锁的限制性股票18,000股。原告认为其2014年度绩效考核结果应为C，符合约定的限制性股票解锁条件，被告回购并注销原告尚未解锁的限制性股票，没有事实与法律依据，违反《授予协议》的约定，故诉至法院。

被告辩称，不同意原告诉讼请求。1、原告在2014年度的考核结果为D，不符合限制性股票的解锁条件，即便原告在2014年度的考核结果为C，被告董事会也有权根据激励对象的具体情况，酌情处置激励对象未解锁的限制性股票；2、被告董事会作出回购并注销原告激励股票的决定，已经公司股东大会通过，该决定合法、有效。回购并注销股票是公司减资行为，被告履行减资程序已对外公示，原告诉请已不具有可操作性。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对相关证据和事实，本院认定如下：

被告于2012年4月5日召开董事会审议通过《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票激励计划(草案)》，2012年5月7日，被告对限制性股票激励计划的相应内容进行了修订，形成《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票激励计划(草案修订稿)》(以下两项简称《激励计划》)。该《激励计划》第三部分第一节第二条规定：“本次激励对象为公司及其子公司的董事(不含独立董事)、高级管理人员、中层管理人员，核心技术(业务)人员，且均不持有公司首次公开发行前已发行股份”，“激励对象中不包括公司监事、独立董事及公司实际控制人”。第五部分激励对象获授的限制性股票分配情况中，原告作为被告核心技术(业务)人员，被记录在激励对象具体名单及限制性股票分配情况表中，属于激励对象范围。第七部分第一条授予价格规定：“限制性股票的授予价格为16.41元，即满足授予条件后，激励对象可以16.41元的价格购买1股公司向激励对象定向增发的上海家化A股股票。”第

二条规定：“授予价格的确定方法：授予价格依据审议通过本计划(草案)的公司第四届董事会第十六次会议决议日前 20 个交易日公司股票均价 32.82 元/股的 50%确定，即 16.41 元/股。”第八部分第一条“限制性股票的获授条件”规定：“激励对象未发生如下任一情形：(1)最近三年内被证券交易所公开谴责或宣布为不适当人选的；(2)最近三年内因重大违法违规行为被中国证监会予以行政处罚的；(3)具有《公司法》第 147 条规定的不得担任公司董事、高级管理人员情形的；(4)在任职期间因犯罪受司法机关刑事处罚的，或违反公司规定、损害公司利益根据员工手册给予记过以上处分的。根据《考核办法》，激励对象上一年度绩效考核合格。”第三条规定：“本计划授予激励对象的限制性股票分三期解锁，在解锁期内满足本计划的解锁条件的，激励对象可以申请股票解除锁定并上市流通。”“锁定期：自激励对象获授限制性股票授予日后的 12 个月。”“解锁安排：第一批于授予日 12 个月后至 24 个月内解锁；第二批于授予日 24 个月后至 36 个月内解锁；第三批于授予日 36 个月后至 48 个月内解锁。”“解锁比例：40%、30%、30%。”第十二部分第二节第四条规定：“发生以下任一情形时，已解锁的标的股票可按本股权激励计划的规定正常行使权利，未解锁的标的股票不再解锁，经公司董事会批准，由公司按照授予价格进行回购注销激励对象尚未解锁的限制性股票：(1)……；(2)激励对象因不能胜任工作岗位、考核不合格发生职务变更的；(3)……。”第五条规定：“对于上述规定之外的情形，公司董事会根据激励对象的具体情况酌情作出处置激励对象未解锁的标的股票。”

原、被告于 2012 年 6 月 1 日签订《授予协议》，规定：原告属于本计划确定的激励对象范围，并为被告董事会确定有权参与本计划，原告将以 16.41 元/股的价格获授被告发行的 40,000 股 A 股发行上市的人民币普通股股票，双方在平等自愿基础上达成如下协议：被告负责将原告实际获授的限制性股票过户至原告账户。被告根据《激励计划》的有关规定对原告获授的限制性股票解锁，并按照《激励计划》中规定的解锁程序办理解锁事宜。原告上一年度考核结果达到合格(C)以上才具备限制性股票本年度的解锁条件；原告上一年度考核结果为不合格(D)的对象，被告将根据激励计划文件的有关规定，其本次应解锁的股票，按授予价回购，由被告注销；原告连续前两个年度考核结果为 C(合格)的，视作不合格，被告将根据本次激励计划文件的有关规定，其本次应解锁的股票按授予价回购，由被告注销。限制性股票的授予与锁定、解锁、激励计划在异动情况下的调整(包括激励对象发生职务变更、离职或死亡)、激励对象的权利与义务的约定均与《激励计划》中相关规定一致。违约责任中约定：“本协议任何一方违反本协议及本次激励计划文件规定的义务，造成另一方损失的，应承担赔偿责任。”另，激励计划文件为本协议附件，是本协议的组成部分，对本协议双方都具有约束力，本协议没有约定或约定不明的，以本协议附件为准。被告有权通过法定程序不经原告同意而对激励计划文件进行修改，修改后的激励计划文件对原告仍具有约束力。

2012 年 6 月，被告发布《上海家化联合股份有限公司四届十九次董事会决议暨 2012 年股权激励之限制性股票授予公告》及《上海家化联合股份有限公司关于股权激励之限制性股票登记完成暨股份变动的公告》，载明：限制性股票授予价格为 16.41 元/股，授予日为 2012 年 6 月 6 日。其中第一期限制性股票(对应获授股票总量的 40%)的解锁期自 2013 年 6 月 7 日起，第二期限制性股票(对应获授股票总量的 30%)的解锁期自 2014 年 6 月 7 日起，第三期限制性股票(对应获授股票总量的 30%)的解锁期自 2015 年 6 月 7 日起。原告获授的限制性股票于 2012 年 6 月 21 日完成了股份登记手续。2013 年 5 月 21 日，被告发布《上海家化联合股份有限公司 2012 年度利润分配实施公告》，被告向包括原告在内的全体股东进行每 10 股送 5 股的分配，调整后原告持有的限制性股票总数为 60,000 股、每股限制性股票回购价格(授予价格)为 10.94 元/股。原告持有的第一期 40%限制性股票经公司董事会批准自 2013 年 6 月 7 日起解锁并上市流通，第二期 30%限制性股票经公司董事会批准自 2014 年 6 月 7 日起解锁并上市流通，剩余未解锁限制性股票 18,000 股。

2015 年 3 月 17 日,被告召开五届二十三次董事会,会议审议通过了《关于回购并注销部分已授出的股权激励股票的议案》及《关于回购并注销部分已授出的股权激励股票的决议》,鉴于《激励计划》规定:“激励对象上一年度考核结果达到合格(C)以上才具备限制性股票本年度的解锁。激励对象上一年度考核结果为不合格(D)的对象,公司将根据股权激励计划的有关规定,其本期应解锁的股票,按授予价回购,由公司注销。”原告 2014 年度的考核结果为 D,出现了上述规定情形,被告董事会决定按照授予价格回购并注销原告已获授但尚未解锁的 18,000 股激励股票,每股 10.94 元。被告于 2015 年 3 月 19 日发布《上海家化联合股份有限公司第五届二十三次董事会决议公告》,载明:“审议通过关于回购并注销部分已授出的股权激励股票的议案并提交股东大会审议”、“综上,经董事会薪酬与考核委员会审查,公司和本次解锁对象整体满足上述的限制性股票解锁条件(回购注销议案所涉及人员除外)”。2015 年 4 月 28 日,被告召开 2014 年度股东大会,审议通过《关于回购并注销部分已授出的股权激励股票的议案》,决定回购原告尚未解锁的 18,000 股激励股票,每股 10.94 元。2015 年 6 月 2 日,被告董事会发布《关于 2012 年股权激励计划限制性股票第三次解锁暨上市公告》,本次解锁的限制性股票上市流通日为 2015 年 6 月 8 日。

另查明,本案原告与上海佰草集美容投资管理有限公司(以下简称佰草集)劳动合同纠纷案〔(2015)虹民四(民)初字第 2036 号,以下简称 2036 号案〕查明:原告于 2004 年 7 月 20 日进入上海家化国际商贸有限公司工作,2010 年 9 月 1 日起被安排至上海双妹实业有限公司担任全国销售经理一职,2013 年 9 月 1 日被安排至佰草集担任营运发展经理一职,双方签订了期限至 2016 年 8 月 31 日的劳动合同;佰草集于 2015 年 8 月 6 日解除与本案原告的劳动合同关系。佰草集实行年度绩效考核制度,本案原告 2014 年度绩效考核得分为 2.135 分;2015 年 2 月 13 日本案原告收到其年终绩效考核等级为 D(未达标)的电子邮件。法院经审理认为,佰草集因本案原告 2014 年度年终绩效考核等级为 D(未达标),不能胜任目前岗位的要求对原告安排了培训并换岗,佰草集对于本案原告绩效综合评分为 2.14 分,根据本案原告提供的佰草集公司 2014 年绩效管理相关规定中反映出该分值属于 C(部分达标)。佰草集没有证据证明本案原告存在“劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的”情形,佰草集因此与本案原告解除劳动合同没有依据,法院判决佰草集自 2015 年 8 月 7 日起与本案原告恢复劳动关系。一审判决后,佰草集不服,向上海市第二中级人民法院(以下简称二中院)提起上诉〔(2016)沪 02 民终 XXXX 号,以下简称 XXXX 号案〕。二中院经审理认为,鉴于佰草集公司未提供与绩效等级为 D 相对应的考核标准,原审法院据此否定本案原告绩效等级为 D 的考核结果,并无不妥。二中院于 2016 年 8 月 22 日作出终审判决:驳回上诉,维持原判。

再查明:本案涉讼 18,000 股的上海家化股权激励对象限制性股票尚登记在原告股票账户。截至本案判决之日,被告未因涉案纠纷办理股本变更、工商登记变更手续。

本案的争议焦点:被告是否有权回购并注销已授予原告的第三期 18,000 股上海家化股权激励对象限制性股票?

本院认为:被告授予限制性股票的目的是促进公司建立、健全长期激励与约束机制,有效调动公司经营管理人员、核心技术(业务)人员的积极性,吸引和稳定优秀人才。激励对象为公司的董事(不含独立董事)、高级管理人员、中层管理人员,核心技术(业务)人员等。鉴于原告属于《激励计划》确定的激励对象范围,并为被告董事会确定为有权参与激励计划,以 16.41 元/股的价格获授被告发行的 40,000 股 A 股上海家化普通股股票,原、被告在平等自愿基础上签订《授予协议》,并约定《激励计划》作为该协议附件,是该协议的组成部分,《授予协议》、《激励计划》对原告、被告双方均具有约束力。原告 2014 年度绩效考核结果应为 C,符合约定的限制性股票解锁条件,被告回购并注销原告尚未解锁的限制性股票,没有事实与法律依据,违反《授予协议》的约定。原告有权要求被告对其第三期限限制性股票进行

解锁，被告应根据《授予协议》、《激励计划》的有关规定对原告获授的限制性股票解锁，并按照解锁程序办理解锁事宜。

对被告辩称其依据《授予协议》、《激励计划》对于激励股权处置具有酌定权，且已先后召开董事会、股东大会决定回购原告尚未解锁的 18,000 股激励股票，公司不能违背股东大会决议行事，本案诉讼请求无法执行，本院认为，根据《授予协议》、《激励计划》的约定，公司董事会对于规定范围之外的情形，可根据激励对象的具体情况酌情作出处置，但本案被告对限制性股票不予解锁的理由属于《授予协议》、《激励计划》所列的情形，不适用公司董事会可根据激励对象具体情况酌情处置的规定，且股东大会决议应合法、合理，其无权决定回购并注销原告作为激励对象已经取得的限制性股票。被告以此为由剥夺原告的合法权利，显属不当。对此，本院不予采信。限制性股票的锁定和解锁，经董事会或董事会授权的机构确认后，上市公司应当向证券交易所提出行权申请，经证券交易所确认后，由证券登记结算机构办理登记结算事宜。现涉案的限制性股票，仍登记在原告名下，被告所述的原告诉请不具有可操作性与事实不符，本院亦不予采信。

综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款之规定，判决如下：

被告上海家化联合股份有限公司对原告易峰持有的 18,000 股上海家化股权激励限制性股票给予解锁，于本判决生效之日起 10 日内履行。

本案受理费 4,238.40 元，由被告负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起 15 日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判长 金革平

审判员 张海

人民陪审员 朱慧勇

二〇一七年二月二十八日

书记员 李丹颖

上海家化联合股份有限公司与王茁与公司有关的纠纷二审 民事判决书

上海市第二中级人民法院
民事判决书

(2016)沪02民终9040号

上诉人(原审被告):上海家化联合股份有限公司,住所地上海市。法定代表人:谢文坚,董事长。委托诉讼代理人:崔庆玮,国浩律师(上海)事务所律师。委托诉讼代理人:达健,国浩律师(上海)事务所律师。被上诉人(原审原告):王茁,男,1968年7月27日出生,汉族,住上海市虹口区。委托诉讼代理人:吴冬,上海市汇业律师事务所律师。委托诉讼代理人:武建权,上海市汇业律师事务所律师。上诉人上海家化联合股份有限公司(以下简称上海家化公司)因与被上诉人王茁其他与公司有关的纠纷一案,不服上海市虹口区人民法院(2015)虹民二(商)初字第1205号民事判决,向本院提起上诉。本院于2016年11月3日受理后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。上海家化公司上诉请求:公司董事会于2014年5月12日通过关于解除王茁总经理职务及提请解除其董事职务的议案,后又于同年6月12日召开临时股东大会通过了解除王茁董事职务的议案。2014年5月13日,上海家化公司对王茁作出解除劳动合同的处罚并引发了诉讼,后公司根据法院判决恢复了与王茁的劳动关系,并于2015年12月18日针对其原违纪行为作出对王茁记过处分。2015年4月28日,公司股东大会就争议股票通过回购并注销的议案。根据相关协议和约定,特殊情况下董事会就股权激励股票事宜可以行使酌定权,有权作出限制性决定。王茁的业绩考核情况与股票解锁条件并无关联,不应作为本案裁判的依据。上海家化公司请求撤销一审判决,改判驳回王茁的诉讼请求。被上诉人王茁辩称,《授予协议》中明确自2014年6月7日起第二期限制性股票解锁,而王茁至6月12日仍为公司董事,且上一年度的考核为合格,符合第二期股票的解锁条件。针对股权激励授予者的职务变动情形激励股票应如何处理,在相关协议中均有明确规定,酌情权系在协议未作出规定的情况下行使,且应针对所有员工,而非针对个别别人任意进行修改。在另案的生效判决中已认定王茁系被非法辞退,上海家化公司不应以此后追加的记过处分作为限制解锁的条件,相关处分及处罚不具有溯及既往的效力。王茁请求维持一审判决,驳回上海家化公司的上诉请求。王茁一审诉讼请求:要求上海家化公司对王茁持有的315,000股上海家化股权激励股票给予解锁。一审法院查明的事实:上海家化公司于2012年4月5日召开董事会审议通过《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票激励计划(草案)》;同年5月7日,上海家化公司对限制性股票激励计划的相应内容进行了修订,形成《上海家化联合股份有限公司2012年限制性股票激励计划(草案修订稿)》(以上两项简称《激励计划》)。《激励计划》第三部分第一节第二条规定:本次激励对象为公司及其子公司的董事(不含独立董事)、高级管理人员、中层管理人员,核心技术(业务)人员,且均不持有公司首次公开发行前已发行股份,激励对象中不包括公司监事、独立董事及公司实际控制人;第七部分第一条关于授予价格规定:限制性股票的授予价格为人民币16.41元(以下所涉币种均为人民币),即满足授予条件后,激励对象可以16.41元的价格购买1股公司向激励对象定向增发的上海家化A股股票;第二条授予价格的确定方法:授予价格依据审议通过本计划(草案)的公司第四届董事会第十六次会议决议日前20个交易日公司股票均价32.82元/股的50%确定,即16.41元/股;第八部分第一条关于限制性股票的获授条件规定:激励对象未发生如下之一情形:(1)最近三年内被证券交易所公开谴责或宣布为不适当人选的;(2)最近三年内因重大违法违规行为被中国证监会予以行政处罚的;(3)具有《公司法》第147条规定的不得担任公司董事、高级管理人员情形的;(4)激励对象单方面终止劳动合

688

同的；(5)在任职期间因犯罪受司法机关刑事处罚的，或违反公司规定、损害公司利益根据员工手册给予记过以上处分的。根据《考核办法》，激励对象上一年度绩效考核合格；第三条规定：本计划授权激励对象的限制性股票分三期解锁，在解锁期内满足本计划的解锁条件的，激励对象可以申请股票解除锁定并上市流通；锁定期：自激励对象获授限制性股票授予日后的 12 个月；解锁安排：第一批于授予日 12 个月后至 24 个月内解锁，第二批于授予日 24 个月后至 36 个月内解锁，第三批于授予日 36 个月后至 48 个月内解锁，解锁比例：40%、30%和 30%；第十二部分第一条规定：激励对象职务发生变更，不符合本激励计划的激励对象范围，或已经从公司或公司的控股子公司离职，与公司或公司控股子公司彻底解除劳动合同的，经公司董事会批准，可以取消授予激励对象尚未解锁的限制性股票，由公司按照授予价格进行回购注销；激励对象职务发生变更，但仍为公司的董事(不含独立董事)、高级管理人员、中层管理人员，核心技术(业务)人员，或者被公司委派到公司的控股子公司任职，原则上已获授的限制性股票不作变更；第十二部分第二条规定：激励对象在任职期间因犯罪受司法机关刑事处罚的，或违反公司规定、损害公司利益根据员工手册给予记过以上处分的，经公司董事会批准，可以注销激励对象解锁的限制性股票，回购价格按照以下三种价格较低者确定：(1)限制性股票的授予价格；(2)回购实施日前 20 个交易日的公司股票均价；(3)回购实施日前一个交易日的公司股票收盘价；第五条规定：对于上述规定之外的情形，公司董事会根据激励对象的具体情况酌情作出处置激励对象未解锁的标的股票。王茁、上海家化公司在 2012 年 6 月 1 日签订的《授予协议》中约定：王茁属于本计划确定的激励对象范围，并为上海家化公司董事会确定有权参与本计划，王茁将以 16.41 元/股的价格获授上海家化公司发行的 350,000 股 A 股发行上市的人民币普通股股票，双方在平等自愿基础上达成如下协议：上海家化公司负责将王茁实际获授的限制性股票过户至王茁账户；上海家化公司根据《激励计划》的有关规定对王茁获授的限制性股票解锁，并按照《激励计划》中规定的解锁程序办理解锁事宜；王茁上一年度考核结果达到合格(C)以上才具备限制性股票本年度的解锁条件；限制性股票的授予与锁定、解锁、激励计划在异动情况下的调整(包括激励对象发生职务变更、离职或死亡)、激励对象的权利与义务的约定均与《激励计划》中相关规定一致；关于违约责任约定：本协议任何一方违反本协议及本次激励计划文件规定的义务，造成另一方损失的，应承担赔偿责任；《激励计划》文件为本协议附件，是本协议的组成部分，对本协议双方都具有约束力，本协议没有约定或约定不明的，以本协议附件为准；上海家化公司有权通过法定程序不经王茁同意而对激励计划文件进行修改，修改后的激励计划文件对王茁仍具有约束力。2012 年 6 月，上海家化公司发布《上海家化联合股份有限公司四届十九次董事会决议暨 2012 年股权激励之限制性股票授予公告》(以下简称《授予公告》)，王茁获授 350,000 股限制性股票，授予价格为 16.41 元/股，授予日为 2012 年 6 月 6 日；其中第一期限限制性股票(对应获授股票总量的 40%)的解锁期自 2013 年 6 月 7 日起，第二期限限制性股票(对应获授股票总量的 30%)的解锁期自 2014 年 6 月 7 日起，第三期限限制性股票(对应获授股票总量的 30%)的解锁期自 2015 年 6 月 7 日起。王茁获授的限制性股票于 2012 年 6 月 21 日完成了股份登记手续。2013 年 5 月 21 日，上海家化公司发布《2012 年度利润分配实施公告》，上海家化公司向包括王茁在内的全体股东进行每 10 股送 5 股的分配，调整后王茁持有的限制性股票总数为 525,000 股、每股限制性股票回购价格(授予价格)为 10.94 元/股。王茁持有的第一期 40%限制性股票经公司董事会批准自 2013 年 6 月 7 日起解锁并上市流通，剩余未解锁限制性股票 315,000 股，其中：第二期限限制性股票数为 157,500 股，第三期限限制性股票数为 157,500 股。2014 年 3 月 11 日，上海家化公司作出五届十一次董事会决议，通过《公司股权激励股票符合解锁条件的议案》，并于 3 月 13 日作出公告的主要内容：经董事会审查，公司和本次解锁对象均满足限制性股票解锁条件，公司申请第二次限制性股票解锁。同年 5 月 12 日，上海家化公司召开五届十五次董事会，会议审议通过了《关

于解除王茁先生公司总经理的职务及提请股东大会解除王茁先生董事职务的议案》。2014 年 5 月 30 日，上海家化公司召开五届十七次董事会，会议审议通过了《关于回购并注销王茁尚未解锁股权激励股票的议案》，主要内容为：鉴于王茁属于违反公司规定、损害公司利益根据员工手册给予记过以上处分的情形，其已不满足公司限制性股票解锁条件，董事会依据《激励计划》规定批准按授予价格回购并注销王茁尚未解锁的限制性股票。上海家化公司于 2014 年 6 月 4 日发布《上海家化联合股份有限公司第五届十七次董事会决议公告》，审议通过关于回购并注销王茁尚未解锁股权激励股票的议案，公司董事会决定王茁已获授但尚未解锁的全部股权激励股票不予解锁，按照授予价格进行回购并注销，数量为 315,000 股，回购总价款为 3,446,100 元，每股 10.94 元；关于公司股本减少的议案，鉴于公司董事会决定回购并注销部分股权激励股票，提请股东大会同意公司总股本相应减少 315,000 股，同意公司章程中关于注册资本的内容做相应修改，并提交股东大会审议。同年 6 月 12 日，上海家化公司第三次临时股东大会通过《关于解除王茁先生董事职务的议案》并于次日公布该议案。2015 年 3 月 17 日，上海家化公司独立董事作出《关于公司股权激励股票解锁的独立意见》，载明：经董事会审查，截至目前，公司满足第三次限制性股票解锁业绩考核条件；本次解锁对象（拟回购并注销限制性股票所涉人员除外）满足上述的第三次限制性股票解锁条件；公司第三次限制性股票解锁在规定时间内实施。2015 年 4 月 28 日，上海家化公司召开 2014 年度股东大会，审议通过《关于回购并注销部分已授出的股权激励股票的议案》，决定回购王茁尚未解锁的 315,000 股激励股票，回购总价款为 3,446,100 元，每股 10.94 元。2015 年 6 月 2 日，上海家化公司董事会发布《关于 2012 年股权激励计划限制性股票第三次解锁暨上市公告》，明确本次解锁的限制性股票上市流通日为 2015 年 6 月 8 日。另查明：自 2012 年 12 月 19 日起，王茁经上海家化公司董事会聘任担任公司总经理一职。2013 年 11 月 19 日，王茁与上海家化公司签订自 2014 年 1 月 1 日起的无固定期限劳动合同。2014 年 5 月 12 日，上海家化公司召开五届十五次董事会，认为王茁在上海家化公司与吴江市黎里沪江日用化学品厂发生采购销售、资金拆借等关联交易事件中负有不可推卸的责任，审议并通过《关于解除王茁总经理职务及提请股东大会解除王茁董事职务的议案》。次日，上海家化公司向王茁送达《员工违纪处理通知书》，决定：自 2014 年 5 月 13 日 15 时起，上海家化公司辞退王茁，王茁将不再是上海家化公司员工，不再担任总经理职务，不享受公司任何相关权益等。王茁对通知书的内容及处理结果均不予认可，并于 2014 年 6 月 4 日向上海市虹口区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求：1、与上海家化公司从 2014 年 5 月 14 日起恢复劳动关系；2、上海家化公司支付王茁 2014 年 5 月 14 日至 6 月 24 日的工资 72,660 元。该委员会于同年 8 月 4 日作出如下裁决：1、王茁要求与上海家化公司恢复劳动关系（从 2014 年 5 月 14 日起）的请求予以支持；2、上海家化公司支付王茁 2014 年 6 月 1 日至 6 月 24 日的工资 42,355.17 元。上海家化公司不服，起诉至一审法院，案号为 2014 虹民四（民）初字第 2100 号案件（以下简称第 2100 号案件）。一审法院于 2015 年 5 月 26 日作出如下判决：1、上海家化公司与王茁恢复劳动关系；2、自判决生效之日起三日内，上海家化公司支付王茁 2014 年 6 月 1 日至 6 月 24 日的工资 42,355.17 元。一审判决后，上海家化公司不服向本院提起上诉，本院于 2015 年 9 月 25 日作出如下判决：1、维持第 2100 号案件民事判决主文第一项；2、撤销第 2100 号案件民事判决主文第二项；3、上海家化公司支付王茁 2014 年 6 月 1 日至 6 月 24 日工资 10,520.77 元。2015 年 10 月 10 日，上海家化公司向王茁发出《岗位通知函》，安排王茁担任中国文化应用研究员一职，要求其每周提交不少于 2 万字关于中国文化研究的进展报告，每月提交不少于 8 万字的中国文化应用建议报告。2014 年 12 月 19 日，中国证券监督管理委员会上海监管局（以下简称上海证监局）发布[2014]10 号《行政处罚事先告知书》，因王茁等 17 人系上海家化公司相关年度报告信息披露违法行为的其他直接责任人员，拟对王茁等人给予警告处分，并分别处以 3 万元不等的罚款。2015 年 6 月 9 日，

上海证监局发布[2015]4号《行政处罚决定书》，对王茁等人给予警告处分，并分别处以3万元不等的罚款。2015年12月18日，上海家化公司以邮寄方式向王茁送达《员工违纪处理通知书》，该通知书载明：上海家化公司于2014年5月13日曾对王茁作出解除劳动合同的处罚决定，但二审法院经审理判定该处罚决定过重，撤销了上海家化公司做出的解除王茁劳动合同的处罚决定，上海家化公司根据公司《员工手册》有关规定，决定将对王茁的处分方式由“解除劳动合同”改为“记过”。再查明：本案涉讼315,000股的上海家化股权激励对象限制性股票尚登记在王茁股票账户。截至本案判决之日，上海家化公司未因涉案纠纷办理股本变更、工商登记变更手续。上海家化公司《员工手册》规定：每年公司对员工当年工作业绩进行考核评价，评价结果分为五个等级：A+（卓越）、A（优秀）、B（良好）、C（尚可）、D（待改进）。截止2012年12月前，王茁历年评定均为A、B，上海家化公司对王茁2013年的考核等级评定为C。一审法院认为，本案的争议焦点为：上海家化公司是否有权回购并注销已授予王茁的限制性股权激励股票。王茁认为其不存在违纪行为及损害公司利益的行为，上海家化公司此前在公告中从未提及王茁职务发生变更、不再处于被激励对象范围及公司有权酌情处置王茁限制性股票并予回购注销的情形。股东大会已决议公司减资，也不能成为对王茁限制性股票不予解锁的正当理由。上海家化公司认为王茁已被免除总经理职务，其不再属于激励计划的对象范围，根据《员工手册》给予王茁记过处分，符合回购的规定。上海家化公司董事会作出回购并注销王茁激励股票的决定，获得了上海家化公司股东大会的批准，在2015年4月召开的年度股东大会上已通过了回购并注销王茁限制性股票的决议，上海家化公司有权对原激励计划进行变更。该决议同时也构成上海家化公司注册资本的减少，王茁要求继续给付激励股票的主张在法律上和事实上均不能履行。一审法院认为，上海家化公司授予限制性股票的目的是促进公司建立、健全长期激励与约束机制，有效调动公司经营管理人员、核心技术(业务)人员的积极性，吸引和稳定优秀人才，激励对象仅限于公司的董事(不含独立董事)、高级管理人员、中层管理人员，核心技术(业务)人员等。鉴于王茁属于《激励计划》确定的激励对象范围，并为上海家化公司董事会确定有权参与激励计划，以16.41元/股的价格获授上海家化公司发行的350,000股A股上海家化普通股股票，双方在平等自愿基础上签订《授予协议》，并约定《激励计划》作为该协议附件，系该协议的组成部分，《授予协议》、《激励计划》对双方都具有约束力。《授予协议》、《激励计划》约定激励对象职务发生变更、不符合本激励计划的激励对象范围经公司董事会批准，可以取消授予激励对象尚未解锁的限制性股票，由公司按照授予价格进行回购注销。同时又规定激励对象职务发生变更，但仍为公司的董事(不含独立董事)、高级管理人员、中层管理人员，核心技术(业务)人员，或者被公司委派到公司的控股子公司任职，原则上已获授的限制性股票不作变更。王茁持有的第一期40%限制性股票经公司董事会批准自2013年6月7日起解锁并上市流通，剩余未解锁限制性股票315,000股，其中：第二期限限制性股票数为157,500股应于2014年6月7日解锁，第三期限限制性股票数为157,500股应于2015年6月7日解锁。上海家化公司第二批股票解锁时，王茁仍然担任公司董事，其董事职务是在2014年6月12日的股东大会上被解除。换言之，虽然在公司股票解锁时王茁已不再担任总经理职务，但仍为公司董事，仍属于被激励对象范围。《激励计划》规定激励对象上一年度考核结果达到合格(C)以上才具备限制性股票本年度的解锁。王茁2013年度考核结果为合格(C)，具备限制性股票本年度的解锁条件。王茁有权要求上海家化公司对第二期限限制性股票进行解锁，公司应根据《激励计划》的有关规定对王茁获授的限制性股票解锁，并按照《激励计划》中规定的解锁程序办理解锁事宜。依据目前证据，上海家化公司第三期限限制性股票可以解锁时，王茁已不属于激励对象范围，要求解锁的条件不成立，故对王茁要求对已获授的第三期157,500股限制性股票予以解锁的诉讼请求，不予支持。对上海家化公司称公司不能违背股东大会决议行事，本案诉讼请求无法执行的主张，一审法院认为股东大会决议应合法、合理，其无权决定回购并注

销王茁作为激励对象已经取得的限制性股票的权利。上海家化公司以此为由剥夺王茁的合法权利，显属不当，对此应不予采信。限制性股票的锁定和解锁，经董事会或董事会授权的机构确认后，上市公司应当向证券交易所提出行权申请，经证券交易所确认后，由证券登记结算机构办理登记结算事宜。现涉案的限制性股票登记在王茁名下，对于上海家化公司所称王茁诉请不具有可操作性与事实不符，亦不予采信。综上所述，一审法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、《中华人民共和国公司法》第一百四十一条第二款之规定，判决如下：一、上海家化公司对王茁持有的 157,500 股的上海家化股权激励限制性股票给予解锁；二、驳回王茁其他诉讼请求。一审案件受理费 34,368.80 元，由王茁、上海家化公司各半负担 17,184.40 元。本院经审理查明：原审法院查明的事实属实，本院予以确认。本院认为，本案的争议焦点为：王茁持有的上海家化公司第二期股权激励股票解锁条件是否成就。本院认为，根据《激励计划》的规定，激励对象职务发生变更，但仍为公司的董事（不含独立董事）、高级管理人员、中层管理人员，核心技术（业务）人员，或者被公司委派到公司的控股子公司任职，原则上已获授的限制性股票不作变更；激励对象在任职期间因犯罪受司法机关刑事处罚的，或违反公司规定、损害公司利益根据员工手册给予记过以上处分的，经公司董事会批准，可以注销激励对象解锁的限制性股票；同时，该《激励计划》还规定有对于上述规定之外的情形，公司董事会根据激励对象的具体情况酌情作出处置激励对象未解锁标的股票的内容。后王茁与上海家化公司在 2012 年 6 月 1 日签订的《授予协议》中约定其获授上海家化公司发行的 350,000 股 A 股股票，并约定上海家化公司根据《激励计划》的有关规定对王茁获授的限制性股票解锁，王茁上一年度考核结果达到合格（C）以上才具备限制性股票本年度的解锁条件，限制性股票的授予与锁定、解锁在异动情况下的调整（包括激励对象发生职务变更、离职或死亡）、激励对象的权利与义务的约定均与《激励计划》中相关规定一致。2012 年 6 月，王茁依据上海家化公司发布的《授予公告》获授 350,000 股限制性股票，其中第一期限制性股票（对应获授股票总量的 40%）的解锁期自 2013 年 6 月 7 日起，第二期限制性股票（对应获授股票总量的 30%）的解锁期自 2014 年 6 月 7 日起，第三期限制性股票（对应获授股票总量的 30%）的解锁期自 2015 年 6 月 7 日起。现王茁根据上述《激励计划》及《授予协议》的相关规定，诉请要求上海家化公司对王茁持有的第二、三期 315,000 股上海家化股权激励股票给予解锁。而上海家化公司则以王茁曾经受过记过处分、董事会有酌定权作出限制性决定及董事会、股东大会已通过解除王茁董事职务并回购注销王茁尚未解锁股票的议案为由，拒绝为王茁持有的股票解锁。对此，本院认为，《授予公告》中已明确王茁持有的 350,000 股限制性股票中，第一期限限制性股票（对应获授股票总量的 40%）的解锁期自 2013 年 6 月 7 日起，第二期限限制性股票（对应获授股票总量的 30%）的解锁期自 2014 年 6 月 7 日起，第三期限限制性股票（对应获授股票总量的 30%）的解锁期自 2015 年 6 月 7 日起。王茁在 2014 年 6 月 7 日第二期限限制性股票解锁期时仍为上海家化公司的董事，其 2013 年度的考核结果亦为合格，符合《激励计划》及《授予协议》中关于第二期股权激励股票解锁的条件。此后，上海家化公司对王茁作出的记过处分并不影响到第二期解锁条件已经成就。上海家化公司称其依据《激励计划》对于激励股权处置具有酌定权，且已先后召开董事会、股东大会决定回购王茁尚未解锁的 315,000 股激励股票。对此，根据《激励计划》的约定，公司董事会对于该计划规定范围之外的情形，可根据激励对象的具体情况酌情作出处置，但本案上海家化公司对限制行股票不予解锁的理由属于《激励计划》所列的情形，故上海家化公司应对王茁持有的第二期 157,500 股限制性股票给予解锁。综上所述，一审法院对本案所作出的认定处理并无不当，本院予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费人民币 34,368.80 元，由上诉人上海家化联合股份有限公司负担。本判决为终审判决。

审判长 陈显微

审判员 杨喆明

审判员 肖光亮

二〇一六年十二月十九日

书记员 胡雪怡

上海嘉石投资有限公司与连云港鼎发投资有限公司、朱立起股权转让纠纷一审民事判决书

上海市长宁区人民法院

民事判决书

(2014)长民二(商)初字第7680号

原告上海嘉石投资有限公司，住所地上海市长宁区。

法定代表人林祥青，董事长。

委托代理人李阿敏，北京市金杜律师事务所上海分所律师。

委托代理人杨帆，北京市金杜律师事务所上海分所律师。

被告连云港鼎发投资有限公司，住所地江苏省连云港市。

法定代表人朱立起，执行董事。

委托代理人孙太友。

被告朱立起，男，1953年11月7日出生，汉族，住江苏省连云港市。

两被告共同委托代理人朱晓冬，江苏云港律师事务所律师。

原告上海嘉石投资有限公司(以下简称嘉石公司)、温州睿祥股权投资管理有限公司(以下简称睿祥公司)诉被告连云港鼎发投资有限公司(以下简称鼎发公司)、朱立起股权转让纠纷一案，原告于2014年12月15日向本院提起诉讼。本院受理后，依法组成合议庭进行审理。根据原告嘉石公司、睿祥公司的申请，本院于2014年12月25日做出裁定，查封、冻结被告鼎发公司、朱立起名下价值人民币37,062,800元(币种下同)的财产。经审查，原告嘉石公司、睿祥公司系独立法人，依据《乐园新材增资协议》(以下简称《增资协议》)、《乐园新材增资协议之补充协议》(以下简称《补充协议》)分别承担各自的权利义务，分别支付投资款，故其与被告鼎发公司、朱立起之间所涉股权转让纠纷系不同当事人之间的纠纷，应分案处理。2015年2月5日，本院做出裁定，对原告睿祥公司与被告鼎发公司、朱立起之间的股权转让纠纷另立案号(2015)长民二(商)初字第2171号处理。被告鼎发公司在提交答辩状期间对管辖权提出异议。本院于2015年2月5日做出裁定，驳回被告鼎发公司对本案管辖权提出的异议。被告鼎发公司不服该裁定，提起上诉。上海市第一中级人民法院经审理，于2015年4月28日做出裁定，驳回上诉，维持原裁定。后本院于2015年6月1日、8月31日组织原、被告进行证据交换，并于2015年10月19日公开开庭进行了审理。原告嘉石公司的委托代理人李阿敏，被告鼎发公司的委托代理人孙太友及其与被告朱立起的共同委托代理人朱晓冬到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告嘉石公司诉称，2011年3月6日，原、被告及案外人江苏乐园新材料集团有限公司(以下简称乐园公司)等签署《增资协议》。各方约定：乐园公司的注册资本由64,000,000元增至84,700,900元，其中原告认缴投资款10,000,000元(1,592,400元计入乐园公司注册资本，8,407,600元计入乐园公司资本公积)，取得乐园公司股权的比例为1.88%。同日，各方还签署《补充协议》，各方约定：如果乐园公司在2013年12月31日前没有成功实现合格上市，各增资方有权要求被告按照《补充协议》约定的回购价格以现金方式回购其所持的乐园公司股权。被告应在收到回购要求之日起30日内支付股权回购款，逾期支付的，应按年利率20%计息。上述协议生效后，原告于2011年3月8日按约向乐园公司支付了投资款并成为该公司股东。因乐园公司未能在2013年12月31日前成功实现合格上市，原告根据《补充协议》之约定于2014年4月22日向被告发出书面通知，要求其回购原告所持乐园公司全部股权，但被告至今未履行回购义务。原告据此起诉来院，要求：1、被告鼎发公司、朱立起共同支付股权回购款13,260,000元及自2014年5月24日起至其实际支付股

权回购款之日止的逾期付款违约金（以 13,260,000 元为本金，按年利率 20% 计算）。2、被告鼎发公司、朱立起共同支付律师费 150,000 元。审理中，原告变更其第二项诉讼请求为：被告鼎发公司、朱立起向原告支付律师费 50,000 元。

原告嘉石公司为支持其主张，向本院提供以下证据：

- 1、《增资协议》，证明 2011 年 3 月 6 日，原告与被告鼎发公司、朱立起及乐园公司等签订《增则协议》及协议内容。
- 2、《补充协议》，证明 2011 年 3 月 6 日，原告与被告鼎发公司、朱立起及乐园公司等签订《补充协议》及协议内容。
- 3、中国建设银行上海市分行电汇凭证，证明 2011 年 3 月 8 日，原告按《增资协议》的约定向乐园公司支付出资款 10,000,000 元。
- 4、乐园公司《验资报告》，证明截至 2011 年 3 月 9 日，乐园公司已收到原告缴纳的出资款 10,000,000 元（认缴乐园公司新增注册资本 1,592,400 元），其他增资方的出资款亦已缴付完毕。
- 5、《准予变更登记通知书》。
- 6、乐园公司新的企业法人营业执照（副本）。
- 7、乐园公司股东名册。

上述证据证明 2011 年 3 月 16 日，乐园公司完成本次增资的工商登记并获得变更后的营业执照。原告被登记为乐园公司股东并记载于股东名册，原告在乐园公司注册资本中的出资额为 1,592,400 元，持股比例为 1.88%。

8、《股权回购通知函》及回执，证明 2014 年 4 月 22 日，原告向被告发出书面通知，要求其回购原告持有的乐园公司全部股权。

9、（2014）沪一中民四（商）终字第 730 号民事判决书。

10、（2013）浦民二（商）初字第 2418 号民事判决书。

上述证据证明原、被告与乐园公司等签订《增资协议》、《补充协议》的事实，乐园公司在 2013 年 12 月 31 日前没有成功实现合格上市的事实等已经由生效判决确认。《补充协议》中股权回购条款的效力已经由生效判决认可。

11、《律师聘用协议》，证明原告因本案产生律师费 150,000 元。

12、招商银行收款回单、上海增值税普通发票，证明 2015 年 1 月 16 日，原告向北京市金杜律师事务所上海分所支付律师费 50,000 元。

被告鼎发公司、朱立起辩称，原、被告等各方 2011 年 3 月 6 日签订《增资协议》、《补充协议》后，在 2011 年下半年，美国及欧盟就我国的光伏产业提出反倾销、反补贴调查，并最终在 2012 年 10 月 17 日做出终裁，导致我国光伏产业受到巨大冲击。乐园公司是光伏产业的上游产业，也受到巨大冲击，效益明显下滑。此外，中国证监会也停止新公司上市。上述情势变更的事实是原、被告无法预见且无法避免的，导致原、被告签订的合同赖以成立的环境、基础发生异常变动，合同目的在约定时间内无法实现，原、被告对此均无过错。综上，对于原告主张的回购价中超过 10,000,000 元的部分，即 3,260,000 元及违约金的请求应予驳回。对原告主张的律师费，因没有付款依据，应予驳回。

被告鼎发公司为支持其主张，向本院提供以下证据：

- 1、反倾销征税令，证明美国政府决定对中国太阳能相关产品启动反倾销、反补贴调查。
- 2、美国商务部对华太阳能电池板发起反倾销、反补贴合并调查的新闻。
- 3、美国国际贸易委员会公布对华输美晶体硅光伏电池和组件产品双反调查肯定性初裁的新闻。
- 4、美国商务部对华太阳能电池反补贴调查做出初裁的新闻。
- 5、美国商务部对华太阳能电池产品反倾销调查做出初裁的新闻。

- 6、美国商务部决定合并对华太阳能电池双反调查终裁时间的新闻。
 - 7、美国商务部初裁对中国产太阳能电池板征收反倾销税的新闻。
 - 8、美国太阳能企业对华输美太阳能产品提起双反调查申请的新闻。
 - 9、美国太阳能企业对华输美太阳能产品提起双反调查申请的新闻。
- 上述证据证明决定对中国太阳能相关产品启动反倾销、反补贴调查是美国政府行为。
- 10、江苏省无锡市中级人民法院民事裁定书，证明无锡尚德太阳能电力有限公司因双反造成资不抵债，公司重整。
 - 11、嘉兴五神光电材料有限公司破产申请书，证明该公司因双反造成资不抵债，公司破产。
 - 12、浙江省嘉善县人民法院（2013）嘉善商破字第 3-1 号民事裁定书，证明浙江省嘉善县人民法院同意受理嘉兴五神光电材料有限公司的破产申请。
 - 13、浙江省嘉善县人民法院（2013）嘉善商破字第 3-7 号民事裁定书，证明浙江省嘉善县人民法院同意嘉兴五神光电材料有限公司破产。
 - 14、河南新大新材料股份有限公司年报，证明光伏行业因受国外双反政策的影响，企业破产重组。
 - 15、乐园公司销售情况表和部分客户销售情况表，证明构成合同约定情势变更。
 - 16、中国机床工具工业协会磨料磨具分会出具证明，证明双反对中国太阳能以及相关产业影响巨大，碳化硅切割刀料是太阳能光伏产品的重要材料，尚无有效替代产品，乐园公司在碳化硅行业中排名仅次于河南新大新材料股份有限公司。
 - 17、欧盟委员会对原产于中国的晶体硅光伏组件即关键零部件（即电池和晶片）启动反倾销调查的公告，证明欧盟启动对中国太阳能产品产业的反倾销调查。
 - 18、中国股市八次暂停 IPO 回顾的新闻。
 - 19、IPO 暂停一年多后正式开闸的新闻。
 - 20、发审会 IPO 暂停三大原因的新闻。
- 上述证据证明中国证监会自 2012 年 11 月 16 日至 2014 年上半年暂停受理新上市企业申报材料。
- 21、南京证券有限责任公司工作备忘录。
 - 22、乐园公司与南京证券有限责任公司签订的《总体财务顾问协议书》、乐园公司与君合（深圳）律师事务所签订的《法律服务协议》、乐园公司与南京立信永华会计师事务所签订的《审计业务约定书》。
 - 23、连云港市人民政府第 49 号会议纪要。
 - 24、江苏省人民政府苏政地（2012）767 号批复。
 - 25、江苏省科学技术厅（2010）392 号通知。
 - 26、江苏省科学技术厅等（2011）363 号通知。
 - 27、乐园公司花果山商标获得的江苏省著名商标证书。
 - 28、乐园公司获得的高新技术企业证书。
 - 29、乐园公司获得的实用新型专利证书、发明专利证书。
 - 30、乐园公司获得的质量管理体系认证证书、环境管理体系认证证书、职业健康安全管理体系认证证书。
- 上述证据证明被告鼎发公司为乐园公司上市做了准备工作。
- 31、扬州荣德新能源科技有限公司出具的情况说明。
 - 32、晶硅片切割原理示意图。
 - 33、碳化硅切割刀料在 1,500 倍电镜下放大的影像。
 - 34、河南新大新材料股份有限公司会计数据及财务指标摘要。
 - 35、销售切割刀料占总收入比例情况表。

36、采购订单。

上述证据证明光伏行业的切割刀料由碳化硅行业提供，光伏行业受到冲击后，乐园公司作为碳化硅行业的供应商也受到冲击。

37、2003 年 12 月 18 日《土地使用权转让协议书》。

38、《招商引资协议书》。

39、2008 年 10 月 24 日缴款书。

40、江苏省连云港市新浦区浦南镇人民政府出具的证明。

41、2006 年 4 月 26 日《土地使用权转让协议书》。

42、2006 年 6 月 20 日、12 月 20 日，2007 年 10 月 12 日缴款书。

43、关于乐园公司 55 亩土地挂牌出让的请示及办理土地出让手续的函。

44、连云港市规划局建设项目规划设计条件。

45、地籍调查前置成果表。

46、国有建设用地使用权出让预申请书。

47、国有建设用地使用权挂牌出让公告。

48、关于帮助乐园公司尽快办理土地证的请示。

49、关于乐园公司反映土地出让金事宜的情况反馈。

50、回复土地出让金事宜的情况反馈报告。

上述证据证明乐园公司在土地方面为上市做的准备工作，因为江苏省连云港市浦南镇人民政府没有将土地出让金差价交给国土资源局，导致土地使用证未办理，目前正在解决。

51、扬子晚报关于八次 IPO 暂停及重启的新闻，证明 2012 年 11 月 16 日至 2014 年 1 月 7 日，证监会停止受理和审核上市材料。协议约定的 2013 年 12 月 30 日完成上市正好在上述停止办理期间，故因为政府的原因导致合同无法实现。

52、新闻联播及新闻报道的视频资料，证明 2011 年、2012 年，因为美国及欧盟对我国光伏产业实行双反政策，导致乐园公司经营困难。该客观原因是不能预见的，构成情势变更导致对赌协议无法实现。

被告朱立起未提供证据。

经质证，被告鼎发公司、朱立起对原告嘉石公司提供证据的意见为：对证据 1-11 的真实性均无异议，但认为乐园公司不能上市是因为国际上对华执行双反政策及我国证监会暂停 IPO，被告并无过错，律师费不应由被告承担。对证据 12 的真实性、合法性无异议，但认为原告应根据实际发生的费用主张律师费，二审律师费尚未发生，不应予以支持。

原告嘉石公司对被告鼎发公司提供证据的意见为：对证据 1 至 10 的真实性无异议，关联性不予认可，对其证明目的有异议。双反政策目前频繁产生，不属于当事人无法预见的情况，欧盟与我国已经达成和解，其对华执行的双反政策实际没有结果，故上述证据不能证明构成情势变更的事由。对证据 11 至 14 的真实性无异议，因其并未涉及本案当事人，故与本案无关，也不能证明构成情势变更的事由。对证据 15，系鼎发公司自行打印，对其真实性无法确认，且该证据不能证明乐园公司业绩大幅下滑。对证据 16 的真实性无异议，但认为该证明并非太阳能产业协会出具，故不合法，也不能证明构成情势变更的事由。对证据 17 的质证意见与对证据 1 至 10 的质证意见一致。对证据 18 至 20 的真实性无异议，对其证明内容有异议，不能证明乐园公司无法上市是因为政府原因及构成情势变更的事由。对证据 21 的真实性无法确认。对证据 22 中《总体财务顾问协议书》的真实性无法确认，其余材料真实性无异议。对证据 23、24 的真实性无异议。对证据 25、26 的真实性无法确认。对证据 27-30 的真实性无异议，但认为无法证明乐园公司充分履行了准备上市的义务。对证据 31 的真实性无异议，但认为该证据形式不合法且与本案无关，不能证明双反政策构成情势变更的事由及乐园公司无法上市的理由。对证据 32-34 的真实性不予认可，对其证明内容有异议。对证

据 35、36 的真实性无异议。对证据 37 的真实性无法确认。对证据 38、39 的真实性予以认可。对证据 40 的真实性不予认可。对证据 41、42 的真实性予以认可。对证据 43 中请示的真实性予以认可，对函的真实性不予认可。对证据 44-47 的真实性无法确认，且证据 45、46 的证明内容也不能成立。对证据 48 的真实性予以认可。对证据 49 的真实性无法确认。对证据 50 的真实性予以认可，但认为证据 37 至 50 不能证明未办理土地证是浦南镇政府的原因，乐园公司未缴纳土地出让金是被告的责任，不能以与浦南镇政府之间的合同来主张本案项下的义务。对证据 51 的真实性无异议。对证据 52 的真实性、合法性无异议，但该证据与合同履行无关；乐园公司经营业绩未达标，未能如期上市不是双反政策所致，双反政策不构成本案《增资协议》、《补充协议》项下情势变更的事由，被告不能因此免责或减轻付款责任。

被告朱立起对被告鼎发公司提供证据的真实性、合法性、关联性均无异议。

经审理查明，乐园公司成立于 2004 年 11 月 25 日，主营冶炼、生产、加工和销售碳化硅（SCI）产品，该公司注册资本原为 64,000,000 元，被告鼎发公司、朱立起原系该公司股东，出资分别占该公司注册资本的 79.69%、20.31%。

2011 年 3 月 6 日，被告、乐园公司及包括原告在内的八名投资人共同签订《增资协议》，协议约定：乐园公司拟新增注册资本 20,700,900 元，即注册资本增加至 84,700,900 元。本次增资全部由被告以外的其他投资者以货币方式缴纳。投资款共计 130,000,000 元，其中计入公司注册资本部分为 20,700,900 元，计入公司资本公积部分为 109,299,100 元。八名投资人中，原告应缴纳投资款为 10,000,000 元，占该公司增资后注册资本的 1.88%。增资完成后，增资方即成为乐园公司的股东并享有其认购的出资附带的所有权利和权益以及作为公司股东的一切权利，并承担作为公司股东的一切义务。本协议签署后，经各方协商一致，可以对本协议进行补充或修改，本协议的任何变更或补充须书面做出并经各方签署，否则无效。若因本协议产生的争议未能得到协商解决，除非法院判决另有规定，诉讼费用和执行费用（包括证人费和律师费）由败诉方承担。

同日，被告、乐园公司及包括原告在内的八名投资人共同签订《补充协议》，《补充协议》约定：增资募集资金将被用于以下方面，公司固定资产和流动资金需求—35,000,000 元；东海（暂定）兴建油砂回收厂—35,000,000 元；新产品开发—5,000,000 元；新科公司设备、流动资金—5,000,000 元；冶炼厂项目—40,000,000 元；首次公开发行募集资金投资项目所需土地—10,000,000 元。如果乐园公司在 2013 年 12 月 31 日前没有成功实现合格上市或已存在 2013 年 12 月 31 日前无法上市的情形，各增资方有权要求现有股东以现金方式回购各增资方所持的全部或部分公司股权；股权回购价格的计算公式为 $P = I \times (1 + r \times n) - Div$ ，即股权回购价格=各增资方取得股权时投入的投资总额 $\times (1 + \text{回购溢价率} \times \text{各投资方支付投资款之日至回购条款履行之日的实际天数} \div 360)$ - 各增资方从公司获得累计分红以及现金补偿。其中回购溢价率按照 10% 的年回报计算。如果各增资方根据本协议提出回购要求，现有股东须在收到各增资方提出回购要求的书面通知之日起 30 日内将所有的回购股权款项支付给增资方，并完成股权交割。逾期支付的，应按年利率 20% 计息。回购权需在出现回购情形之日起的 180 日内行使，否则视为增资方放弃行使回购权。

2011 年 3 月 8 日，原告向乐园公司支付投资款 10,000,000 元。此后，乐园公司向江苏省连云港工商行政管理局提交变更登记申请，将该公司注册资本由 64,000,000 元变更为 84,700,900 元；股东由鼎发公司、朱立起变更为鼎发公司、朱立起、原告等。2011 年 3 月 16 日，江苏省连云港工商行政管理局发出《公司准予变更登记通知书》。

2011 年 12 月 29 日，江苏省连云港市人民政府办公室做出《关于推进乐园公司上市工作的会议纪要》，其中指出：乐园公司新浦区浦南镇太平工业园厂区中的 56 亩土地，乐园公司应

配合市国土局，抓紧组织上报其中约 5 亩集体建设用地征用材料，获得批准后，由市国土局组织土地上市挂牌工作，尽快完成土地招拍挂手续并办理土地证……。

2012 年 11 月 19 日，江苏省人民政府做出苏政地（2012）767 号批复，同意连云港市人民政府农用地转用方案和征收土地方案，将浦南镇太平村 2.8282 公顷集体农用地转为建设用地并征收为国有，同时将浦南镇太平村的 0.3922 公顷集体建设用地征收为国有。

2014 年 4 月 15 日，乐园公司向江苏省连云港市国土资源局提交国有建设用地使用权出让预申请书，申请受让太平村太平路东、310 国道北的地块。乐园公司愿意以 288 元 / 平方米，总计 10,450,000 元为最低出价，并按要求参加此宗地公开挂牌的出让活动。

2014 年 7 月 2 日，江苏省连云港市国土资源局发布连云港市区 2014 年度第 4 批工业国有建设用地使用权挂牌出让公告，对太平村太平路东、310 国道北 36,280 平方米土地等进行公开挂牌出让。

2014 年 10 月 16 日，浦南镇人民政府向其所在区政府提交关于解决乐园公司 55 亩土地挂牌土地出让金的请示，其中提及：乐园公司 55 亩土地已进入招拍挂程序，该宗地块应向国土局上缴土地出让金共计 10,450,000 元。根据乐园公司与浦南镇签订的《招商引资协议书》，该宗土地出让金应由镇财政支付，但浦南镇目前财政无力支付，故提出三种方案请区政府决定……。

2014 年 4 月 22 日，原告向乐园公司发出信函，要求两被告按照《补充协议》约定回购原告全部股权，同年 4 月 23 日，乐园公司及被告收到该信函。但被告未向原告支付股权回购款。2015 年 1 月 26 日，原告与北京市金杜律师事务所上海分所签订《律师聘用协议》，委托该所就本案提供法律服务，一审阶段法律服务费为 100,000 元，在立案后 10 日内支付 50,000 元，一审结案后 10 日内支付 50,000 元；二审阶段法律服务费为 50,000 元，在提交上诉状或收到对方当事人提交的上诉状后 10 日内支付。原告已支付一审阶段法律服务费 50,000 元。

另查明，2008 年 11 月，乐园公司与南京证券有限责任公司签订《总体财务顾问协议书》，委托该公司承办乐园公司股份改制及股票发行上市的方案策划、发行辅导、股票发行上市保荐与承销等事宜。

2011 年 5 月，乐园公司与君合（深圳）律师事务所签订《法律服务协议》，委托该律师事务所为乐园公司改制重组、首次公开发行（A 股）股票并上市事宜提供法律服务。

2011 年 6 月，乐园公司与南京立信永华会计师事务所有限公司签订《审计业务约定书》，委托该会计师事务所为乐园公司整体变更后的股份公司拟上市申报材料的财务报表及其他相关资料进行审计或鉴证。

2015 年 6 月 9 日，南京证券有限责任公司向乐园公司发出工作备忘录，备忘录中指出：乐园公司上市工作于 2011 年正式启动，但由于土地证未解决、股改工作一直没有进展。2011 年下半年以来市场环境发生恶化，公司 2011 年业绩大幅下滑，上市计划被推迟。2012 年公司经营持续恶化并出现加大亏损，首发并上市计划已无实现可能。

又查明，2012 年 11 月至 2013 年 12 月期间，新股发行暂停。

上述事实，有《增资协议》、《补充协议》、中国建设银行上海市分行电汇凭证、乐园公司《验资报告》、《准予变更登记通知书》、乐园公司新的企业法人营业执照（副本）、乐园公司股东名册、《股权回购通知函》、《律师聘用协议》、招商银行收款回单、上海增值税普通发票、新闻报道、南京证券有限责任公司工作备忘录、《总体财务顾问协议书》、《法律服务协议》、《审计业务约定书》、乐园公司获得的江苏省著名商标证书、高新技术企业证书、实用新型专利证书、发明专利证书、质量管理体系认证证书、环境管理体系认证证书、职业健康安全管理体系认证证书、连云港市人民政府会议纪要、江苏省人民政府批复、江苏省科学技术厅通知、缴款书、江苏省连云港市新浦区浦南镇人民政府出具证明、缴款书、土地挂牌出让的请示及

办理土地出让手续的函、连云港市规划局建设项目规划设计条件、地籍调查前置成果表、国有建设用地使用权出让预申请书、国有建设用途使用权挂牌出让公告等证据以及双方当事人的陈述为证。上述证据经庭审审核无误，本院予以确认。对原告提供的（2014）沪一中民四（商）终字第 730 号民事判决书，（2013）浦民二（商）初字第 2418 号民事判决书，因两案所涉事实与本案尚有一定差异，故不能以此为据对本案进行处理。对被告鼎发公司提供的关于案外人的破产申请书、民事裁定书，河南新大新材料股份有限公司的年报、会计数据及财务指标摘要，销售切割刀料占总收入比例情况表、扬州荣德新能源科技有限公司出具的情况说明、采购订单等，因案外人的生产经营、破产清算与乐园公司未能如期上市之间并无直接关联，且其中部分数据系被告鼎发公司自行出具，故本院不予认定。对被告鼎发公司提供的中国机床工具工业协会磨料磨具分会出具证明，因未能提供该分会的登记信息以证明其资质，故本院对该证明难以认定。对被告鼎发公司提供的关于帮助乐园公司尽快办理土地证的请示、回复土地出让金事宜的情况反馈报告，系乐园公司自行出具，故无法证明被告关于乐园公司对未能及时取得土地证不存在过错这一抗辩意见。对被告鼎发公司提供的关于乐园公司反映土地出让金事宜的情况反馈，虽然落款为中共海州区委办公室，但并未加盖任何印鉴，故本院对其真实性难以认定。

本院认为，原告以乐园公司未能如期上市，故其有权根据《补充协议》中约定的股权回购条款要求被告对原告所持乐园公司股权进行回购。被告则认为因美国及欧盟对我国光伏产业等进行反倾销、反补贴调查，采取制裁措施，致使乐园公司作为光伏产业原料供应商受到影响，加之我国暂停新股发行，使得乐园公司无法如期上市，乐园公司与被告对此并无过错，故仅同意返还原告增资款 10,000,000 元，双方由此产生争议。要解决双方的争议，首先应对回购条款加以认定。本院认为，原、被告之间关于股权回购之约定首先是双方真实自愿意思表示，属于意思自治范畴，故应予充分尊重。其次，该条款是为了促进乐园公司增资行为的依法顺利完成，最大程度维护原始股东、增资方以及目标公司的基本利益。原、被告约定以乐园公司未在一定期限内完成核准上市为触发股权回购的条件，上述约定并未违反我国强制性法律法规，亦不属于显失公平，侵害一方当事人权利，故原、被告签订的《增资协议》、

《补充协议》合法有效，股权回购条款对原告、被告均具有约束力，双方均应恪守履行。原告于 2011 年 3 月 8 日支付增资款，江苏省连云港工商行政管理局于同年 3 月 16 日批准乐园公司注册资本、股东的变更登记，乐园公司的增资就此完成。据此，原告已经按约履行了己方义务。早在 2008 年，乐园公司就已经与南京证券有限责任公司签订了《总体财务顾问协议书》；2011 年 3 月，乐园公司与原、被告签订《增资协议》及《补充协议》；2011 年 5 月，乐园公司与君和（深圳）律师事务所签订《法律服务协议书》；2011 年 6 月，乐园公司与南京立信永华会计师事务所有限公司签订《审计业务约定书》。上述一系列行为说明乐园公司是经过长时间慎重考虑，在对自身经营状况及对可能遇到的各种问题、困难进行充分预估后才做出上市决定，并已开始着手实施准备工作。但乐园公司至今未能就有关土地取得土地证，未能完成股份制改制工作，而上述工作是实现乐园公司上市目标的前提及基础，是乐园公司在己方能力范围内能够且应该完成的。乐园公司未能完成上述准备工作，已使得其不可能在约定期限内实现上市，触发股权回购条款。虽然被告将乐园公司不能如期上市的理由归咎于反倾销、反补贴调查及制裁措施，但上述调查及制裁措施针对的是我国光伏产业的企业，并未直接作用于乐园公司。作为企业，无论其从事何种范围的经营活动，均不可避免地会遭遇到各种市场风险，乐园公司作为一家决定上市的企业，在与原告等增资方签订协议前就应对可能遭遇的市场风险及自身的抗风险能力有充分预估，并在此基础上从事经营活动、做出决策、签订协议。即使乐园公司的经营因被告所述情况受到一定间接影响，在各增资方已经支付增资款，且部分增资款系用于乐园公司流动资金、新品开发、土地招拍挂等用途的前提下，乐园公司已初步具备一定的抗风险能力，其可在拥有资金保证的前提下通过内部挖潜、降低

成本、研发新品等一系列措施应对风险，将所受影响降至最小；也可与原告在内的增资方及时沟通、协商，应对风险，故反倾销、反补贴调查及制裁措施并不必然导致乐园公司无法按期上市。被告鼎发公司所提供的实用新型专利证书、发明专利证书显示，证书所涉专利、申请日均为 2009 年，均发生于《增资协议》、《补充协议》签订之前，故仅凭上述证据难以证明乐园公司在履行《增资协议》、《补充协议》过程中在新品开发等方面所做的工作。被告鼎发公司还提供了关于土地出让的一系列证据，根据这些证据可以认定相关土地的挂牌出让问题在 2014 年尚未解决，此时早已超过《补充协议》中约定的乐园公司上市期限，而土地问题与反倾销、反补贴调查及制裁措施之间更无关联，故被告不能以此规避乐园公司因自身原因未能解决土地问题的事实及其应承担的责任。此外，如被告的该项抗辩意见成立，是否意味着直接受到反倾销、反补贴调查等影响的光伏产业的企业也能以同样的抗辩意见对抗向其供应原材料的乐园公司，以免除己方合同义务。这势必影响到合同的稳定性，亦有违当事人意思自治原则，不利于鼓励、保障商事交易，平等保护合同各方当事人的合法权益，故被告的该项抗辩意见本院不予采纳。

被告还将乐园公司不能如期上市的理由归咎于新股暂停发行的情形。诚然，在 2012 年 11 月至 2013 年 12 月期间，新股发行确曾暂停，但在此之前，曾发生过多次新股暂停发行的情形。作为决定上市的企业，乐园公司及被告对新股暂停发行、暂停发行可能引发的后果应充分了解，可以通过制定相应条款以应对风险、保护目标公司、原始股东及增资方的权益，为最终实现乐园公司上市这一目标创造有利条件。在实践中，即曾有投资方与目标公司及其原始股东、实际控制人等做出如新股暂停发行，股权回购时间相应顺延等约定以应对、降低风险。但是，在《增资协议》及《补充协议》中，原、被告及乐园公司并未做出类似约定，故被告应严格按照协议约定履行己方义务，由此产生的后果应由被告自行承担。此外，乐园公司已委托多名案外人为其上市提供服务，其对申请发行新股需递交的申请材料应予明知。但本案中，被告始终未能提供乐园公司已向有关审批部门提出新股发行申请的证据，甚至连乐园公司准备向有关审批部门报送的申请文件也未能提供。鉴于新股暂停发行不代表乐园公司可以停止为上市进行准备、提出申请，而根据本案查明事实及现有证据可以认定乐园公司并未完成其上市的前期准备工作，是不可能进入最终审核程序的，故被告的该项抗辩意见缺乏依据，本院不予采纳。

综上，乐园公司未能根据协议如期实现上市，已经触发股权回购条款，原告作为投资方请求被告按约回购其所持乐园公司股权，该项诉讼请求符合法律规定，亦具有合同依据，本院予以支持。根据《补充协议》约定，股权回购价款计算公式为“ $P=I \times (1+r \times n) - Div$ ”，原告主张 $n=2011$ 年 3 月 8 日至 2014 年 5 月 24 日的实际天数 $\div 360$ ，被告则不予认可，认为应截至 2013 年 12 月 31 日。就此本院认为，根据《补充协议》约定， n 为各增资方支付投资款之日起至回购条款履行之日的实际天数 $\div 360$ 。回购权需在出现回购情形之日起的 180 日内行使，否则视为增资方放弃行使回购权。被告应在收到书面回购通知之日起 30 日内将股权回购款项支付给原告。综上，根据《增资协议》及《补充协议》各条文的文义并结合原、被告的权利义务分析，原告作为增资方享有是否行使回购权的选择权，而回购条款履行之日应为被告根据回购条款支付股权回购价款之日。鉴于乐园公司未能在 2013 年 12 月 31 日前上市，而原告经过考虑于 2014 年 4 月发出回购通知，决定行使回购权，在《补充协议》规定的 180 日期限内，故原告的行为符合约定，并无不当。被告于 2014 年 4 月 23 日收到回购通知，应于 30 日内履行付款义务，回购条款履行期限应截至 2014 年 5 月 22 日。因被告未能在上述期限内按约履行付款义务，故被告应向原告支付的股权回购价格为： $10,000,000 \times (1+10\% \times 1,172 \div 360) - 0 = 13,255,000$ 元，其中 $n=2011$ 年 3 月 8 日至 2014 年 5 月 22 日的实际天数为 1,172 日。

原告已发出回购通知，被告至今未能按约履行付款义务，应承担相应违约责任，根据《补充协议》约定自 2014 年 5 月 23 日起向原告支付违约金。原告现要求被告自 2014 年 5 月 24 日起支付违约金的诉讼请求合法有据，本院予以支持。

原告另要求被告支付律师费 50,000 元，因《增资协议》中对律师费的承担已有明确约定，且原告也实际支付上述费用，故原告据此要求被告承担律师费 50,000 元的诉讼请求合法有据，本院予以支持。

据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百零七条、第一百一十四条第一款之规定，判决如下：

一、被告连云港鼎发投资有限公司、朱立起应于本判决生效之日起十日内支付原告上海嘉石投资有限公司股权转让款人民币 13,255,000 元。

二、被告连云港鼎发投资有限公司、朱立起应于本判决生效之日起十日内偿付原告上海嘉石投资有限公司违约金（以人民币 13,255,000 元为本金，自 2014 年 5 月 24 日起至本判决生效之日止，按年利率 20% 计付）。

三、被告连云港鼎发投资有限公司、朱立起应于本判决生效之日起十日内支付原告上海嘉石投资有限公司律师费人民币 50,000 元。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费人民币 108,870.70 元（原告已预缴），由被告连云港鼎发投资有限公司、朱立起负担，于本判决生效之日起七日内缴付本院。

本案保全费人民币 5,000 元（原告已预缴），由被告连云港鼎发投资有限公司、朱立起负担，于本判决生效之日起七日内缴付本院。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 董隽

审判员 李志斌

人民陪审员 窦申

二〇一五年十月二十三日

书记员 吴昊天

上海联合汽车（集团）有限公司与上海联合汽车大道开发建设有限公司公司决议撤销纠纷一案一审民事判决书

上海市闸北区人民法院

民事判决书

（2012）闸民二（商）初字第 365 号

原告上海联合汽车（集团）有限公司。

法定代表人王某某，该公司董事长。

委托代理人严某某，该公司员工。

委托代理人陈燕，上海市锦天城律师事务所律师。

被告上海联合汽车大道开发建设有限公司。

法定代表人周某，该公司董事长。

委托代理人师某某，该公司员工。

委托代理人梅心，上海市君悦律师事务所律师。

被告中国五冶集团有限公司。

法定代表人程某某，该公司董事长。

委托代理人吕毅，上海市君悦律师事务所律师。

委托代理人叶杨斌，上海市君悦律师事务所律师。

原告上海联合汽车（集团）有限公司（以下简称联合集团）与被告上海联合汽车大道开发建设有限公司（以下简称联合大道公司）公司决议撤销纠纷一案，本院于 2012 年 6 月 11 日受理后，被告联合大道公司股东之间曾因由谁代表公司意志发生争议，后经协商，确定被告联合大道公司法定代表人周某为本案的被告联合大道公司的诉讼代表人，周某可委托他人作为被告联合大道公司的委托代理人。被告联合大道公司对本案管辖权提出异议，本院依法作出裁定予以驳回。被告联合大道公司不服上述裁定，提起上诉。上海市第二中级人民法院于 2012 年 8 月 20 日作出终审裁定：驳回上诉，维持原裁定。后本院依法追加中国五冶集团有限公司（以下简称中国五冶）为本案被告，并组成合议庭进行审理，于 2012 年 9 月 10 日、10 月 10 日两次进行了证据交换，于 2013 年 3 月 6 日进行了庭审。原告委托代理人严某某、陈燕，被告联合大道公司委托代理人梅心、被告中国五冶委托代理人吕毅到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告上海联合汽车（集团）有限公司诉称，2006 年 8 月，原告与中国第五冶金建设公司（以下简称五冶建设）共同投资设立被告联合大道公司。经历次股东变更，现被告联合大道公司的股东为原告和被告中国五冶。2012 年 4 月 16 日，被告联合大道公司召开第四次股东会及一届六次董事会，原告和被告中国五冶委托的股东代表和推荐董事出席此次会议。该会议拟讨论被告联合大道公司 2011 年费用预算、2012 年费用预算及补充意见两项内容；董事会拟讨论被告联合大道公司 2011 年度工作总结、2012 年度工作计划等十一项内容。会上，原告明确表达反对决议方式、内容，但被告不顾原告意见，罔顾事实，自行拟定了股东会决议和董事会决议，认定原告投了弃权票，通过了所谓的股东会决议一和决议二，以及董事会决议一至十一。被告联合大道公司股东会及董事会上述表决方式违反了两股东的约定，即股东行使表决权不以公司章程为依据、原告在股东会和董事会决议中享有多数表决权，和被告联合大道公司章程第三十九条规定，故原告诉至法院，请求判令：1、撤销 2012 年 4 月 16 日被告联合大道公司第四次股东会决议一；2、撤销 2012 年 4 月 16 日被告联合大道公司一届六次董事会决议一、决议二、决议三、决议五、决议六、决议七、决议八、决议十、决议十一。原告为证明其主张提交了以下证据材料：

证据 1、2012 年 4 月 16 日被告联合大道公司第四次股东会决议一、二，一届六次董事会决议一至十一。上述证据证明：1) 原告诉请要求撤销的股东会决议和董事会决议；2) 上述股东会决议和董事会决议，表决方式上违反章程规定，违反股东间真实意思表示，应当被撤销；3) 上述股东会决议和董事会决议，不顾原告作为股东一方及原告推荐董事的明确反对，将原告和原告推荐董事记为弃权票，明显违背事实；4) 董事会决议五为，项目公司销售回款不足情况下，由股东双方按比例注资，这一决议超出董事会职权范围，违反法律及章程规定，当属无效。

证据 2、从上海市工商行政管理局闸北分局调阅的 2006 年 8 月 22 日被告联合大道公司章程和 2006 年 8 月 21 日章程附件。上述证据证明：1) 对外登记的章程中显示，原告出资占 49%，五冶建设占 51%，股东按照投资比例行使表决权，而事实上，上述规定仅为配合五冶建设报上级单位审批，双方真实意思表示体现在 8 月 21 日的章程附件中，该附件规定，本项目的实际投资比例为：原告占 60%、五冶建设占 40%，股东会会议由股东按照实际投资比例行使表决权，即原告占 60%，五冶建设占 40%；2) 关于董事会，章程第二十一条规定，董事会成员为 5 名，原告推荐 3 名，五冶建设推荐 2 名，证明自始原告在董事会中占多数票，这也和原告出资占多数相吻合。

证据 3、2007 年 12 月 25 日被告联合大道公司股东会决议和 2007 年 12 月 25 日五冶建设出具承诺函。上述证据证明 2007 年 12 月 25 日，应五冶建设的要求，为配合其上级单位上市工作，联合集团和五冶建设作出股东会决议，修改章程条款，规定投资比例不作为股东会表决比例，规定董事会比例改为原告推荐 2 名，五冶建设推荐 3 名；而同日五冶建设出具承诺函，表明该份股东会协议仅为其配合其上级单位上市工作需要所用，双方权利义务仍按之前的约定执行，即股东会表决比例仍按出资比例，原告占 60%，五冶建设占 40%，董事会仍按原告推荐 3 名，五冶建设推荐 2 名，这是双方真实意思的表示。

证据 4、从上海市工商行政管理局闸北分局调阅的被告联合大道公司 2008 年 1 月 27 日章程修正案、2008 年 5 月 11 日章程修正案、关于灵石路*号地块项目合作开发合同主体变更备忘录，证明：1) 2008 年上半年五冶建设退出被告联合大道公司，中冶成工建设有限公司（以下简称中冶成工）为被告联合大道公司股东，占出资的 40%；2) 三方一致确认，之前五冶建设与原告签订的所有文件，合同主体均由五冶建设变更为中冶成工，即前述证据文件对中冶成工均有拘束力。

证据 5、从上海市工商行政管理局闸北分局调阅的被告联合大道公司 2008 年 8 月 9 日章程，证明 2008 年 8 月 9 日章程显示，原告出资占 60%，中冶成工占 40%，但在股东会表决权比例方面，原告却占 49%，中冶成工占 51%，董事会成员，原告推荐 2 名，中冶成工推荐 3 名。如同前面证据所表明的，这一不合理的规定实际上是为了配合中冶成工上级单位上市包装的需要，并不是双方真实意思表示。

证据 6、2009 年 3 月 20 日原告关于在董事会召开前签署《补充协议五》的函和 2009 年 4 月 3 日中冶成工复函、2009 年 4 月 3 日原告复函、补充协议五草稿。上述证据证明 2008 年 8 月 9 日，被告联合大道公司第二次股东暨一届四次董事会上，双方股东以鼓掌通过的方式通过了股东会和董事会表决方式为全体股东和董事一致同意方能通过的《补充协议五》，但上述协议迟迟未能签署。

证据 7、从上海市工商行政管理局闸北分局调阅的 2009 年 10 月 19 日被告联合大道公司章程、2010 年 5 月 31 日章程修正案、2011 年 6 月 28 日章程修正案。上述证据证明被告联合大道公司现行有效的章程及修订案，其中第三十九条规定，第十八条、第二十二条须全体股东补充约定后方可实施，就是在双方补充协议五一直在协商，将签而未签的情况下补充的；2) 中冶成工被被告中国五冶吸收合并，被告联合大道公司股东变更为原告和被告中国五冶。

证据 8、中国冶金科工股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股意向书节选；中国冶金科工股份有限公司首次公开发行 H 股股票招股说明书节选；中国冶金科工股份有限公司 2009、2010 和 2011 年度报告节选，证明被告联合大道公司所属的项目包含在中国冶金科工股份有限公司的整体估值中，成为影响中国冶金科工股份有限公司股票发行和面值的重要依据，合理解释了五冶方面在出资仅占 40%的情况下，为实现上市的包装目的，在对外公示的文件上显示其在被告联合大道公司股东会占 51%表决权，董事会占 3 票，从而印证原告的观点。

证据 9、中冶成工建设有限公司《关于对〈关于八月十三日函的回复〉的回函》、《对 2009 年 10 月 30 日来函的复函》，证明双方一直就补充协议五的内容进行协商。

证据 10、中国五冶网站信息节选，证明被告联合大道公司股东乙方前后更替关系和权利义务承继关系。

证据 11、关于建议延期举行上海联合汽车大道开发建设有限公司第四次股东会暨第一届第六次董事会的函，证明被告联合大道公司股东会和董事会从未按 51%和 49%的表决比例通过任何决议，一直按照协商一致原则表决的。

被告联合大道公司对原告证据的质证意见如下：证据 1，真实性予以认可，但该证据不能达到原告要证明决议应被撤销的目的。理由如下：1）第四次股东会和董事会召集程序合乎章程和公司法的规定，原告有代表出席该股东会，股东会召集程序有效，不应被撤销。2）在全体股东、董事均到会的情况下，采用当场表决的方式，但原告代表既未发表任何意见，亦未在决议的落款处签章，由此可证原告系放弃而非反对内容，弃权和反对有本质区别。既然原告放弃投票权，即应将其从投票总数中扣除，然后再计算通过的比例，据此本案系争股东会决议和董事会的表决通过的比例为 100%，系绝对同意；股东会两决议和董事会决议的表决结果有效，不应被撤销。股东会决议一、二和董事会决议的召集、表决程序和表决结果完全相同，原告却仅要求撤销股东会和董事会部分决议，原告自相矛盾的态度亦从另一个侧面表明其是认可该次股东会所作出的全部决议的。对证据 2，1）对 2006 年 8 月 22 日的章程确认其真实性，但该章程与本案并无关联性，该章程只能证明 2006 年被告联合大道公司设立之时股东间的约定，但是随着被告联合大道公司经营情况的变化，以及公司股东及股东持股比例的变化，公司章程早已发生了变更；2）对于该章程附件的真实性不予确认，此附件右上角无工商局打印页码；对于该附件与本案的关联性不予确认；对证据 3，对于这两份证据的真实性均不予确认，关联性也不予确认，因为该两份证据所显示形成时间与被告联合大道公司 2008 年 9 月通过涉及表决条款变更的新章程的时间间隔近 10 个月，在该等文件形成之后，被告联合大道公司还于 2008 年 1 月、5 月进行过两次工商变更登记，这两次变更都未涉及这些文件所提到的变更事项，也即，该等文件并非 2008 年 9 月涉及表决条款变更的新章程的依据文件；对证据 4、对 2008 年 1 月 27 日章程修正案、2008 年 5 月 11 日的章程修正案的真实性予以确认，但该证据与本案并无关联性，与本案关联的是公司章程的表决条款而非股东变更条款；对于该备忘录的真实性不予确认，该文件并非被告联合大道公司出具，对于该备忘录的关联性也不予确认，该备忘录所显示的是“灵石路*号地块的项目合作开发的合同主体变更事宜”，显然与本案无关；对证据 5，真实性没有异议，但该组证据并不能达到原告的证明目的。2008 年 9 月，被告联合大道公司办理工商变更的主要事项为注册资本增加，但在当时原告认缴的 15,480 万注册资本金仅到位 418 万，而中冶成工认缴的 10,320 万注册资本已经全部到位，为防控风险，所以双方对表决条款做了变更，约定实缴全部注册资本的中冶成工占 51%的表决权，以平衡双方股东实缴注册资本的巨大不平衡；对证据 6，对 2009 年 3 月 20 日函件的真实性不予确认，该文件系原告单方面制作；对 2009 年 4 月 3 日函件的真实性不予确认，对该文件的关联性也不予确认，该文件显示的文件主要内容是关于 1113 号地块开发事项的，与本案无关；对《补充协议五》草稿的真实性不予确认，该文件并没有任何公章和签字，系原告单方制作；对证据 7，对于 2009 年 10 月的章程，

不认可该章程第三十九条“第十八、二十二条须经全体股东补充约定后方可实施”内容的真实性，该章程并不能表明联合集团所要证明系争决议应被撤销的事实。该添加内容系原告的私自篡改。第一，该章程与另一股东及被告联合大道公司所持章程不一致，被告联合大道公司所持该等章程第三十九条并无该“添加内容”，被告联合大道公司从未做出该等变更；第二，对于事关公司权力机构、权力执行机构正常运作的公司表决制度的添加内容，被告联合大道公司系直到本案案发前方知工商备案章程与所持章程不一致，此前完全不知情；第三，该章程第十八、二十二条系对被告联合大道公司股东会和董事会表决方式的规定，而且规定非常明确，在此情况下，如存在添加内容，则该章程的约定即存在前后逻辑的自我否定，明显违背常理。添加内容并不能成为系争决议被撤销的依据。即使存在该添加内容，但被告联合大道公司的股东从未就第十八条和二十二条达成过任何合意，既然未达成合意，则该章程第十八、二十二条对被告联合大道公司及其股东、董事均有约束力。其次，如前所述，原告及其委派的董事在表决之时，放弃了对系争决议的表决权，也即，系争决议的绝对赞成票比例为 100%，达到了任何一种公司表决要求的最高标准，效力毋庸置疑。对于 2010 年章程修正案和 2011 年章程修正案，确定该证据的真实性，该证据并不能表明原告所要证明的事实，与本案不具有关联性。对证据 8，真实性不予认可，该等证据系案外人的文件，而且与本案无关，不能达到原告的证明目的。对证据 9，真实性不予认可，该证据反而证明原告无法提供任何证据证明与被告中国五冶就被告联合大道公司表决条款的变更达成过任何一致意见。对证据 10，因该证据不符合证据要求，真实性关联性均不认可。对证据 11，真实性不能确认，被告联合大道公司并没有加盖印章，不能达到原告举证目的。庭审中，被告联合大道公司对原告证据 2 中的章程附件、证据 3、证据 4 中变更备忘录发表补充质证意见，上述证据产生于五冶建设为公司股东期间，即便真实，也不能当然适用于中冶成工。

被告中国五冶对原告证据的质证意见如下：证据 1、证据 2、证据 3、证据 4、证据 5、证据 6、证据 7、证据 8 质证意见同被告联合大道公司。对证据 9，真实性不予确认，该证据不是五冶集团发送，该证据反而证明原告无法提供任何证据证明与五冶集团就被告联合大道公司表决条款的变更达成过任何一致意见。对证据 10 真实性不予认可，内容也不真实。对证据 11，与本案无关。

被告联合大道公司辩称，不同意原告全部诉讼请求，原告诉请撤销的股东会决议、董事会决议系在合法召集的股东会、董事会中、原告放弃表决后全票通过的决议，应为有效。而且，原告诉请依据的在工商部门备案的 2009 年 10 月 19 日公司章程中第 39 条最后一句内容，系原告擅自添加内容，被告联合大道公司持有的章程中并没有此项内容。

被告联合大道公司为证明其主张提交了以下证据材料：

证据 1、被告联合大道公司所持 2009 年 10 月 19 日八份章程中的一份，证明被告联合大道公司签署的章程第 39 条并无“第十八、二十二条须经全体股东补充约定后方可实施”的约定。证据 2、2009 年 10 月 19 日股东会决议，证明在该次股东会中，被告联合大道公司仅针对该公司住所地变更达成一致，形成股东会决议，在该股东会上，股东对章程其他条款未做讨论，其他事项均使用 2008 年 8 月 9 日签署的章程，所以才有了该股东会决议显示的“其他条款不变”这一决议内容。

证据 3、2009 年 10 月 23 日准予公司住所地变更通知书及相关申请材料一套，证明 2009 年 10 月 23 日被告联合大道公司办理的是公司住所地工商变更登记手续，并不涉及其他事项。证据 4、2012 年 5 月 10 日被告中国五冶致原告的《对项目公司 2009 年 10 月 19 日章程被篡改的严正声明函》并抄送被告联合大道公司的函件，证明直至收到该函件，被告联合大道公司方知原告竟然未经公司股东会决议，在其他股东也完全不知情的情况下，借被告联合大道公司于 2009 年 10 月办理公司注册地址工商变更登记之机，擅自对系争章程第三十九条作出了有利于己方利益的篡改。

证据 5、第四次股东会暨第一届第六次董事会会议通知、会议资料收到确认单、委托书、签到表，证明股东会、董事会召集程序符合公司章程要求，而且原告已经知道审议事项。

证据 6、第四次股东会暨第一届第六次董事会纪要，证明系争决议合法不存在瑕疵，原告滥用权力，意图通过离场的方式不通过决议，主观存在恶意。

原告对被告联合大道公司证据的质证意见如下：对证据 1，真实性不确定，因被告中国五冶一贯采取阴阳两个版本，不排除被告中国五冶为满足其需要而制作版本的可能性。而且章程应以工商部门备案登记为准；对证据 2，真实性没有异议。该次股东会上通过了新章程；对证据 3，真实性没有异议，但与本案无关；对证据 4，真实性不予认可，系被告单方面制作；对证据 5，真实性没有异议，但无关联性；对证据 6，真实性不予认可，该份证据系被告联合大道公司单方制作，没有原告签章确认，与本案无关。

被告中国五冶对被告联合大道公司证据的质证意见如下：对证据 1，真实性、关联性均无异议。原告证据中的章程有事后添加的内容；对证据 2，真实性没有异议，该份章程的变更仅是对公司住址的变更，没有其他变更内容；对证据 3，真实性没有异议，强调一点，如需变更表决权应在申请中列明；对证据 4，真实性无异议，是被告中国五冶发函；对证据 5，真实性、关联性均无异议；对证据 6，真实性、合法性、关联性均无异议，记载真实。

被告中国五冶辩称，不同意原告全部诉讼请求。原告诉请依据与事实不符。第一，2008 年 9 月章程中未按照认缴比例决定表决权是因为原告虽然认缴出资比例高但并未出资到位，反而被告方已全部出资到位，故双方在认定原告持股比例为 60%、中国第五冶金建设有限公司持股比例为 40%的情况下，确定按原告占 49%、中冶成工占 51%比例行使表决权，董事会 5 名成员中，原告推荐 2 名，中冶成工推荐 3 名；第二，工商部门备案的 2009 年 10 月被告联合大道公司章程中第 39 条最后一句内容系原告事后擅自添加内容；第三，被告联合大道公司均按照公司章程行使表决权，不存在原告所述的阴阳版本一说；第四，股东之间的权利义务在没有新的约定情况下，应按照 2008 年章程规定为准。

被告中国五冶为证明其主张提交如下证据：

证据 1、2012 年 7 月 10 日被告中国五冶申请确认 2009 年章程相关条款无效的起诉状及证据目录一套，证明被告中国五冶曾向上海市闸北区人民法院提起诉讼，要求确认该工商章程第 39 条“第十八、二十二条须全体股东补充约定后方可实施”的内容无效；

证据 2、工商备案的沪惠验字（2008）1621 号验资报告（增资第一期）；

证据 3 沪惠验字（2010）0925 号验资报告（增资第二期）；

以上证据 2、证据 3 证明：1）2008 年 9 月被告联合大道公司的新章程之所以要将表决条款作出变更的原因为：2008 年 9 月工商变更的主要事项为注册资本增加，但在当时，联合集团认缴的 15,480 万注册资本仅到位 418 万（仅占注册资本的 1.62%），而五冶集团方面认缴的 10,320 万注册资本已经全部到位（占注册资本 40%），为防控风险，平衡双方实缴注册资本的巨大不平衡，所以双方对表决条款做了倒置性变更；2）时隔近两年后，直到 2010 年 6 月，原告才将剩余未到位的 15,061.95 万元的注册资本以土地使用权的方式实缴到位；证据 4、被告中国五冶所执被告联合大道公司 2009 年 10 月 19 日八份章程中的其中两份，证明当时被告联合大道公司签署的章程第 39 条并无“第十八、二十二条须全体股东补充约定后方可实施”的约定；

证据 5、2009 年 10 月 19 日股东会决议，证明被告联合大道公司股东仅针对该公司住所地变更达成一致（其他事项不变），形成股东会决议；

证据 6、用印、借印、介绍信审批单；

证据 7、2009 年 10 月 23 日准予公司住所地变更登记通知书及相关申请材料一套；

以上证据 6、证据 7 证明 2009 年 10 月 23 日被告联合大道公司办理的是公司住所地工商变更登记手续，并不涉及其他事项；

证据 8、2012 年 5 月 10 日被告中国五冶发送原告的《对项目公司 2009 年 10 月 19 日章程被篡改的严正声明函》及相关邮寄凭证；

证据 9、工商部门备案的 2009 年 10 月 19 日被告联合大道公司章程；

以上证据 8、证据 9，证明原告竟然未经公司股东会决议，在其他股东完全不知情的情况下，借被告联合大道公司于 2009 年 10 月办理公司注册地址工商变更登记之机，擅自对系争章程第三十九条作出了有利于己方利益的篡改。

证据 10、成都市工商行政管理局出具的证明、准予注销登记通知书、公司合并协议，证明被告中国五冶吸收合并中冶成工，成为被告联合大道公司股东。

原告对被告中国五冶证据的质证意见如下：对证据 1 有异议，不能达到举证目的；对证据 2、证据 3 真实性没有异议，但原告不存在晚缴情况，原告出资中有土地，需要时间办理相关手续。对证据 4 的质证意见同原告对被告联合大道公司证据中相同证据的质证意见；对证据 5 的质证意见同原告对被告联合大道公司证据中相同证据的质证意见，而且变更事项是由被告联合大道公司法定代表人委托他人办理的，作为法定代表人对递交工商部门备案的资料负有审核义务；对证据 6，真实性不予认可，系被告中国五冶的内部资料；对证据 7 质证意见同原告对被告联合大道公司证据中相同证据的质证意见；对证据 8、证据 9，形式上真实性无异议，但该函内容与事实不符，而且不能达到被告中国五冶所述的证明目的。该章程是被告联合大道公司的法定代表人授权报工商部门备案的；对证据 10 真实性没有异议，反而证明中冶成工与原告签订的协议应由被告中国五冶承继。

被告联合大道公司对被告中国五冶证据的质证意见如下：对证据 1、2、3、4、5、6、7、8、9、10 真实性没有异议。

经庭审质证，本院对各方证据作如下确认：对原告证据 1、证据 2 中的 2006 年 8 月 22 日公司章程、证据 4 中 2008 年 1 月 27 日、5 月 11 日章程修正案、证据 5、证据 7 中 2010 年 5 月 31 日章程修正案、2011 年 6 月 28 日章程修正案，两被告对上述证据真实性并无异议，本院予以采信。对原告证据 2 中的 2006 年 8 月 21 日章程附件、证据 3、证据 4 中主体变更备忘录、证据 6 中 2009 年 4 月 3 日中冶成工复函、证据 9，被告虽不认可上述证据的真实性，对证据上的印章或签名持有异议，但没有提供相应的证据加以证实，也未通过比对印章或鉴定笔迹的方式支持其主张，故本院对上述证据予以采信。对于原告证据 6 中的 2009 年 3 月 20 日函、2009 年 4 月 3 日复函及补充协议五草稿，被告以上述证据系原告单方制作提出异议，鉴于上述证据上无被告或第三人的确认，且原告也未提供其他证据印证，本院对上述证据不予采信。对原告证据 7 中 2009 年 10 月 19 日公司章程，被告以该章程第三十九条中“第十八、二十二条须全体股东补充约定后方可实施”系原告方擅自添加为由提出异议，并要求就该添加内容与章程其他内容是否同一时间形成进行鉴定，原告庭审中表示被告所称的添加内容是经双方同意后增加的内容，因此被告申请鉴定是否同一时间形成已无必要，而且不管鉴定结论如何，系争章程的第十八、二十二条内容属于公司章程的议事规则，应在章程中有清晰、明确的表示，第三十九条中“第十八、二十二条须全体股东补充约定后方可实施”内容将导致公司的议事规则处于不确定状态，违反了《公司法》有关公司议事规则必须要在公司章程中记载的规定，本院对该项证据不予采信。对原告证据 8、证据 10，该证据来源于上市公司及被告公开披露的信息，被告虽对此不予认可，但未提出证据予以反驳，故本院对上述证据予以采信。对原告证据 11，被告对真实性提出异议，鉴于原告无法提供证据原件，并不符合证据形式要求，故本院对该证据不予采信。

对被告联合大道公司提交的证据 1，鉴于原告与被告中国五冶对该证据存在争议，而且与被告联合大道公司递交至工商部门备案的章程并不一致，无法确定是否是双方当事人最终意思表示，故对于该份证据本院不予采信；对于证据 2、证据 3、证据 5，原告与被告中国五冶均无异议，本院对真实性予以确认；对证据 4，原告对真实性有异议，被告中国五冶确认其

真实性，因该证据系中国五冶的发函，仅能证明被告联合大道公司收到被告中国五冶公司该份函件。对证据 6，该份证据上无任何参会人员或记录人的签名，不符合《公司法》第四十二条“股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名”及第四十九条“董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名”的规定，而且该会议纪要对董事会第一项决议议程——审议《2011 年工作总结》表决结果记录为同意 2 票，反对 3 票，与原告收到的决议中的表决结果同意的董事三票、不同意的董事零票、弃权的董事两票，明显不一致，故本院对该份证据的真实性难以采信。

对中国五冶的证据 1、证据 2、证据 3、证据 5、证据 7、证据 10，本院确认其真实性；对证据 4、证据 8、证据 9，本院认证意见同被告联合大道证据 1、证据 4 和原告证据 7；对证据 6，系被告中国五冶内部审批单，原告又对此提出异议，本院不予采信。

经审理查明，2012 年 3 月 30 日，周某作为被告联合大道公司董事长向公司股东、董事、监事及有关人员发出联合大道公司第四次股东会暨第一届第六次董事会会议通知。该通知载明，2012 年 4 月 16 日召开联合大道公司第四次股东会暨第一届第六次董事会，就有关事项进行审议、确定。已将需审议事项的相关资料收集完毕并汇编成册送达各方。董事会主要议程如下：一、审议《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2011 年度工作总结》、审议《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2012 年度工作计划》；二、审议公司 2011 年度费用预算、2012 年度费用预算；三、审议项目资金计划、后续资金保障方案；四、审议项目专业分包所涉重要事项的原则安排、后续工程施工进度计划；五、审议公司销售管理制度和销售代理业务招投标文件；六、审议《2011 年工作目标完成情况及经营层考核建议》；七、审理许应兴提出不再担任董事会秘书议案。股东会会议主要议程如下：一、审议公司 2011 年度费用预算；二、审议公司 2012 年度费用预算。汇编成册的《上海联合汽车大道开发建设有限公司第四次股东会暨第一届第六次董事会会议资料》作为该通知附件。原告及原告方推荐的董事收到上述通知及附件。2012 年 4 月 16 日，被告联合大道公司召开第四次股东会及第一届第六次董事会。原告方股东代表许应兴等 4 人、推荐董事（或董事代表）王泽华等 2 人、被告股东代表陈玉才等 4 人及推荐董事周某等 3 人到会。会议结束之后，原告收到第四次股东会及第一届第六次董事会决议（均为夹杂个别手写字样的打印件）。上述股东会决议一内容为不批准王某某董事并（及）经营层提交的《联合汽车 2011 年度费用预算》；股东中国五冶集团有限公司（即本案被告）意见：同意以上决议内容（手写字样）；股东上海联合汽车（集团）有限公司（即本案原告）意见：空白。以上决议事项表决结果：同意的占全体股东表决权的 51%；不同意的占全体股东表决权的 0%；弃权的占全体股东表决权的 49%，根据公司章程规定，以上表决结果有效，股东会通过该决议。股东（签名或盖章）：陈玉才（手写字样），加盖中国五冶印章。股东会决议二内容为批准董事会提交的甘兴友董事提出的《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2012 年度费用预算（董事建议稿）》，以及《甘兴友董事对其提交的〈上海联合汽车大道开发建设有限公司 2012 年度费用预算（董事建议稿）〉补充意见》。其他内容与上述股东会决议一一致。原告收到的董事会决议一，决议内容为：鉴于经营层没有实事求是，客观的对工作中的问题和不足进行总结，达不到股东要求，并在总结中有推脱责任的表述。因此董事会暂不通过经营层提交的《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2011 年度工作总结》。以上决议事项表决结果：同意的董事三票。不同意的董事零票。弃权的董事两票。周某董事意见：同意该决议（手写字样）签名：周某（手写字样）。王某某董事意见：空白。签名：空白。黄德鸽董事意见：同意该决议（手写字样）签名：黄德鸽（手写字样）。甘兴友董事意见：同意该决议（手写字样）签名：甘兴友（手写字样）。王泽华董事意见：空白。签名：空白。决议二内容为同意甘兴友董事对《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2012 年工作计划安排》的修改意见。决议三内容为不通过王某某董事并（及）经营层提交的《联合汽车 2011 年度费用预算》。决议四内容为通过甘兴友董事提出的《上海联合汽车大道

建设有限公司 2012 年费用预算（董事建议稿）》以及《甘兴友董事对其提交的〈上海联合汽车大道开发建设有限公司 2012 年度费用预算（董事建议稿）〉补充意见》提交股东会审议批准。决议五内容为通过甘兴友董事提交的《上海联合汽车广场项目资金收支计划表》，公司后续资金来源主要为销售回款，若销售回款不能满足公司正常开支，股东双方同时按照出资比例注资或其他融资渠道解决。决议六内容为同意甘兴友董事对《项目专业分包所涉及重要事项的原则安排》的修改意见。决议七内容为通过《联合汽车广场项目后续工程施工进度计划》。决议八内容为通过甘兴友董事提交的《上海联合汽车大道开发建设有限公司销售管理制度》。决议九内容为通过《上海联合汽车广场项目策划及销售代理业务招标文件》。决议十内容为：1. 关于经营层提交董事会《2011 年工作目标完成情况及经营层考核建议》中相关经营层 2011 年度薪酬等事项，鉴于经营层 2011 年度经营管理组织不力，项目建设停工七个月与总体开发进度计划偏差太大，达不到股东要求，并有推脱责任的行为，因此除 94.21 万元已发放部分，对《2011 年工作目标完成情况及经营层考核建议》中的剩余部分不再发放。二、经营层须对已发数提供详细发放记录给董事会。决议十一内容为同意许应兴同志请辞，许应兴同志不再担任董事会秘书。同意由师某某同志担任董事会秘书。上述决议二至决议十一的决议事项表决结果和各董事意见与决议一一致。原告收到上述决议后六十日内，诉至本院。

另查明，为开发灵石路*号地块，原告与五冶建设出资成立被告联合大道公司。2006 年 8 月，原告作为甲方与作为乙方的五冶建设签署被告联合大道公司第一份章程。该章程载明：……第七条，股东的姓名或名称、认缴出资和出资方式如下：原告认缴出资 245 万元，持股比例为 49%；五冶建设认缴出资 255 万元，持股比例 51%；……第十八条，股东会会议由股东按照投资比例行使表决权；……第二十一条，公司设董事会，成员为 5 名，其中甲方推荐 3 名，乙方推荐 2 名；董事会设董事长 1 人，由乙方推荐，董事会产生。董事任期 3 年，任期届满，可连选连任。……第二十二条，……董事会决议的表决实行一人一票。董事会决议应当由三名以上董事通过。上述章程在工商部门备案落款时间为 2006 年 8 月 22 日。同年 8 月 21 日，原告作为甲方与作为乙方的中国第五冶金建设公司签订了被告联合大道公司章程附件一份。该附件载明：经本公司投资者及全体董事一致同意，对上海联合汽车大道开发建设有限公司（即本案被告）章程补充附件内容如下：公司成立之后，在对灵石路*号地块开发项目中，甲乙双方对该开发项目的实际投资比例为甲方以部分土地价款投资，占实际投资比例的 60%，乙方以现金投资，占实际投资比例的 40%。在灵石路*号地块的项目开发中，股东会会议由股东按照实际投资比例行使表决权。

2007 年 12 月 25 日，原告作为甲方与作为乙方的五冶建设作出股东会决议：为配合乙方上级单位中冶集团上市工作，经甲方和乙方友好协商并表决通过，同意修改联合大道公司章程部分条款，具体内容如下：一、联合大道公司利润按照甲乙投资比例分配；投资比例不作为股东会表决方式。二、联合大道公司董事会由原甲方推荐三名董事，改为甲方推荐两名董事；余下三名董事由乙方推荐。三、同意乙方由中国第五冶金建设公司变更为中冶成工建设有限公司。同日，中国第五冶金建设公司出具承诺函一份给原告：“我公司与贵公司在 2007 年 12 月 25 日形成的上海联合汽车大道开发建设有限公司（即本案原告）股东会决议，仅作为我公司配合上级单位中冶集团上市工作需要所用，有关双方的权利义务关系按之前签订的合作协议执行。我们将依然本着诚信原则，按照贵我双方在谈判成立上海联合汽车大道开发建设有限公司时所达成的一致意见，共同努力促成灵石路*号地块的房地产开发。”

2008 年 1 月 27 日，联合大道公司股东会决议修改公司章程第六章第七条，即由原告认缴出资 245 万元，持股比例 49%，五冶建设认缴出资 255 万元，持股比例 51%，变更为原告认缴出资 490 万元，持股比例 49%，五冶建设认缴出资 255 万元，持股比例 25.5%，中冶成工认缴出资 255 万元，持股比例 25.5%。2008 年 5 月 11 日，联合大道公司股东会决议再次修改

公司章程，原章程中第五章第六条修正为公司注册资本 637.50 万元，第六章第七条修正为原告认缴出资 382.50 万元，持股比例 60%，中冶成工认缴出资 255 万元，持股比例 40%。2008 年 8 月，原告作为甲方与作为乙方的中冶成工签署被告联合大道公司章程。该章程载明：……第七条，股东的姓名或名称、认缴出资和出资方式如下：原告认缴出资 15,480 万元，持股比例为 60%；中国第五冶金建设公司认缴出资 10,320 万元，持股比例 40%；……第九条，……公司成立后，在对灵石路*号地块进行开发的项目中，甲乙双方对本公司投资比例定为，甲方占投资比例 60%、乙方占投资比例的 40%。第十八条，股东会会议由股东按照甲方占 49%，乙方占 51%的比例行使表决权；……第二十一条，公司设董事会，成员为 5 名，其中甲方推荐 2 名，乙方推荐 3 名；董事会设董事长 1 人，由乙方推荐，董事会产生。董事任期 3 年，任期届满，可连选连任。……第二十二条，……董事会对所议事项作出的决定由全体董事人数五分之三以上的董事表决通过方为有效，并应作为会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事会决议的表决实行一人一票。上述章程在工商部门备案落款时间为 2008 年 8 月 9 日。

2009 年 4 月 3 日，中冶成工向原告发函，标题为关于 38 丘桩基工程开工及《补充协议五》签署事宜的复函。该函载明：……三、注意到贵司对签署《补充协议五》的关切，本司也愿意在紧急股东会或董事会上一并讨论和解决此问题。四、请贵司能注意到去年的《补充协议五》草稿原表述为“重大事项”而非“所议事项”，建议双方均对“重大事项”的概念和范围提出初步意见，以利于在会议上双方进行协商。2009 年 11 月 3 日，董事长周某及其他两位董事以联合大道公司名义向原告发函，标题为《对 2009 年 10 月 30 日来函的复函》。该函称，……第四，补充协议五问题。补充协议五不能签订，责任完全在联合集团（即本案原告）一方。在去年第三次股东会暨一届四次董事会召开前，股东方中冶成工与联合集团反复协商达成一致的补充协议五表述为：“股东会表决方式为重大事项的股东会决议必须经代表 100% 表决权的股东通过；董事会表决方式为重大事项须经董事会全体董事一致投赞成票方可通过。”2008 年 8 月 9 日召开的第三次股东会暨一届四次董事会已经表决通过了这份补充协议五的表述。然而，联合集团置通过的补充协议五于不顾，在送交股东中冶成工盖章时，将“重大事项”修改成“所议事项”，遂中冶成工没有统一。这直接导致了股东间信任度的降低，也阻止了董事会的召开……。

2010 年 5 月 31 日，联合大道公司股东会决议修改公司章程第六章第七条，即由原告认缴出资 15,480 万元，以货币方式实缴出资 418.05 万元，持股比例 60%，中国第五冶金建设公司认缴出资 10,320 万元，以货币方式实缴出资 10,320 万元，持股比例 40%，变更为原告认缴出资 15,480 万元，以货币方式实缴出资 418.05 万元，以土地使用权方式实缴出资 15,061.95 万元，持股比例 60%，中国第五冶金建设公司认缴出资 10320 万元，以货币方式实缴出资 10,320 万元，持股比例 40%。2011 年 6 月 28 日，联合大道公司股东会决议再次修改公司章程，原章程中第五章第六条修正为原告认缴出资 15,480 万元，以货币方式实缴出资 418.05 万元，持股比例 60%，被告认缴出资 10,320 万元，以货币方式实缴出资 10,320 万元，持股比例 40%。

再查明，中冶成工建设有限公司作为甲方、中国第五冶金建设公司作为乙方和作为丙方的原告曾共同签署关于灵石路 1113 号地块项目合作开发合同主体变更备忘录一份。该备忘录载明：一、甲乙丙三方一致同意，在本备忘录生效之前乙丙双方签订的各协议书和补充协议书，合同主体均由乙方变更为甲方。二、本备忘录签署生效之前，乙丙双方签订的所有协议中约定的乙方的权利和义务，由甲方承继。

又查明，中国冶金科工股份有限公司在首次公开发行 A 股股票招股意向书中载明，中冶成工建设有限公司是中国冶金科工股份有限公司子公司，属于合并财务报表范围。联合大道公司开发的汽车广场属中国冶金科工股份有限公司在建项目，该公司在项目中的权益为 37.72%。

中国冶金科工股份有限公司在 H 股股票招股意向书中载明，联合大道公司为中国冶金科工股份有限公司附属公司，拥有其 37.72% 的权益。联合大道公司开发的汽车广场纳入中国冶金科工股份有限公司物业估值范围内。2009 年、2010 年、2011 年中国冶金科工股份有限公司年度报告披露中冶成工建设有限公司（自 2010 年后为中国五冶集团有限公司，即本案被告）为该公司子公司，上海闸北区联合汽车广场纳入中国冶金科工股份有限公司房地产开发项目中。

还查明，2010 年 6 月，被告中国五冶吸收合并中冶成工，成都市工商行政管理局准予中冶成工注销登记。

审理中，原告表示原告及其推荐的董事在股东会、董事会上对被告不顾股东间的约定坚持以被告中国五冶按 51% 比例行使表决权的表决方式提出反对，并明确对股东会决议、董事会决议提出反对。两被告则认为原告在知晓股东会、董事会审议事项的情况下，既不表示反对也不表示赞成，应视为弃权，而且原告在收到决议后，也未书面提出异议，更印证了两被告的观点。

本院认为，本案系公司决议撤销纠纷，原告因对系争决议表决方式持有异议而主张撤销决议，故本案的裁判焦点应为对系争决议表决方式的审查。所谓表决，是通过一定的意思表示方式按一定决议形成的规则而做出的决定。因此，对于表决方式审查应从决议形成的规则和对表决事项的意思表示两方面进行。

第一，关于决议形成的规则的认定。两被告认为按照公司章程，股东会会议由原告占 49%，被告中国五冶占 51% 的比例行使表决权，董事会按董事一人一票由五分之三以上的董事表决通过，原告则主张，公司章程是为配合另一股东五冶建设、后为中冶成工及被告中国五冶的上级公司中国冶金科工股份有限公司上市需要而签订的，行使表决权不以公司章程为依据，应按股东之间的约定即原告在股东会、董事会享有多数表决权为准。本院认为，公司章程作为对公司重要和基本问题均作出明确规定的公众法律文件，对公司股东以外的债权人以及其他社会公众来说是其赖以了解公司的基本依据，但对股东之间来说，公司章程仅是股东之间的一种契约，股东可以通过其他合意在不违反强制性规定的情况下进一步明确各自的权利义务，甚至否定公司章程的约定，故在股东之间应以股东的真实意思合意为准。本案中，判断股东会、董事会决议形成的规则也应以股东的真实意思为依据。首先，被告联合大道公司股东约定其行使表决权不以公司章程为依据。理由如下：从 2006 年 8 月 21 日章程附件、2007 年股东会决议、2007 年 12 月 25 日承诺函可以看出，被告联合大道公司章程中有关股东会行使表决权的比例和董事会推荐董事比例的约定与股东之间真实意思表示并不一致，股东之间确定决议形成的规则是按照出资比例确定的。对此，原告提出的理由是为配合另一股东上级公司中国冶金科工股份有限公司上市需要，将被告联合大道公司的开发项目纳入中国冶金科工股份有限公司合并会计报表的合并范围内。上述主张可从原告提供的中国冶金科工股份有限公司 A 股、H 股招股说明书、2009 年、2010 年、2011 年中国冶金科工股份有限公司年度报告以及 2007 年 12 月 25 日承诺函得到印证，本院予以采信。被告中国五冶提出上述 2006 年 8 月 21 日章程附件、2007 年股东会决议、2007 年 12 月 25 日承诺函的涉及的主体是原告及五冶建设，与被告中国五冶吸收合并的中冶成工及被告中国五冶无关，但中冶成工、五冶建设和原告曾共同签署关于灵石路 1113 号地块项目合作开发合同主体变更备忘录一份，该备忘录明确原告与五冶建设签订的各协议书和补充协议书中五冶建设的权利由中冶成工承继，被告中国五冶吸收合并了中冶成工，故上述 2006 年 8 月 21 日章程附件、2007 年股东会决议、2007 年 12 月 25 日承诺函对被告中国五冶有拘束力。被告中国五冶又辩称该备忘录只涉及各协议书和补充协议书，并未提及章程附件、股东会决议和承诺书，本院认为，备忘录提到的协议书和补充协议书并未一一罗列，说明对此应做广义的解释，泛指所有涉及五冶建设的真实意思表示，章程附件、股东会决议、承诺函系五冶建设的真实意思表示的载

体，被告中国五冶的抗辩理由没有法律依据，本院不予采纳。其次，双方曾就行使表决权的方式进行新的商议但未达成合意。从 2009 年 4 月 3 日中冶成工致原告《关于 38 丘桩基工程开工及〈补充协议五〉签署事宜的复函》、2009 年 10 月 30 日来函的复函来看，原告与中冶成工就股东会、董事会表决方式进行了新的协商即补充协议五，但双方对“重大事项”还是“所议事项”需经 100% 股东或董事通过存在争议。鉴于被告联合大道公司股东之间不按公司章程行使表决权，且现有证据无法证明原、被告对股东会、董事会形成决议的规则达成其他合意的情况下，本院认为决议形成的规则可按照《公司法》规定予以确定，即股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。原告对被告联合大道公司出资比例为 60%，被告中国五冶出资比例为 40%，故股东会会议由原告占 60%、被告中国五冶占 40% 的比例行使表决权。董事会决议的表决则实行一人一票。

第二，对表决事项意思表示的认定。本院认为，对表决事项的意思表示应该在特定的表决程序中通过一定的形式予以表现，如举手、投票。根据《公司法》第四十二条“股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名”及第四十九条“董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名”的规定，对于股东会或董事会决议事项的意思表示应该在股东会记录及董事会记录予以记载。本案中，被告联合大道公司主张原告及原告推荐董事对表决事项弃权，应出示股东会、董事会会议记录予以证明，然被告联合大道公司并未出示合法有效的会议记录予以证明，仅提供了有被告代表或被告推荐董事手写表决意见但印有表决结果的股东会、董事会决议为证。该份证据既无法证明在特定的表决程序中（如发放空白表决票）赋予原告或原告推荐董事行使表决的机会，也无法证明表决结果系汇总股东、董事意思表示而得出，更无法证明原告及原告推荐董事对表决事项既不赞成、也不反对、表示弃权。被告联合大道公司未履行法定义务将股东会、董事会所议事项作成会议记录，又无法提供其他充足有效的证据，理应承担举证不能的后果。被告认为原告收到股东会、董事会决议后并无提出书面异议即视为弃权，本院认为，原告收到决议后在法定期限内向人民法院提起诉讼要求撤销决议，已经表明原告对决议的态度，被告联合大道公司上述主张，于法相悖，本院不予采纳。被告联合大道公司以原告及原告推荐董事弃权方式通过股东会、董事会决议与客观事实不符，被告联合大道公司该项主张，本院不予支持。

综上，本院认为，被告联合大道公司 2012 年 4 月 16 日作出的股东会决议和董事会决议的表决方式存在瑕疵，现原告要求撤销股东会决议一及董事会决议一、二、三、五、六、七、八、十、十一，于法有据，本院予以支持。被告联合大道公司认为原告仅撤销部分股东会、董事会决议应视为对会议召集程序、表决方式的认可，因原告撤销部分股东会、董事会的决议是其对自己权利的处分，被告的上述抗辩意见并无法律依据，故本院不予采信。

据此，依照《中华人民共和国公司法》第二十二条第二款、第四十二条、第四十三条、第四十九条之规定，判决如下：

一、撤销被告上海联合汽车大道开发建设有限公司于 2012 年 4 月 16 日作出的第四次股东会决议一；

二、撤销被告上海联合汽车大道开发建设有限公司于 2012 年 4 月 16 日作出的第一届六次董事会决议一、决议二、决议三、决议五、决议六、决议七、决议八、决议十、决议十一。本案案件受理费 160 元，原告上海联合汽车（集团）有限公司已预交，由上海联合汽车大道开发建设有限公司承担，于本判决生效之日起十日内支付。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判长 吴晶
代理审判员 张力群
人民陪审员 虞红珍
二〇一三年五月十七日
书记员 姜玥莹

上海联合汽车大道开发建设有限公司与有限公司公司决议

撤销纠纷一案二审民事判决书

上海市第二中级人民法院

民事判决书

(2013)沪二中民四(商)终字第 733 号

上诉人(原审被告)上海联合汽车大道开发建设有限公司。

法定代表人周某。

委托代理人梅心,上海市君悦律师事务所律师。

上诉人(原审被告)中国五冶集团有限公司。

法定代表人程某某。

委托代理人吕毅,上海市君悦律师事务所律师。

委托代理人叶杨斌,上海市君悦律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)上海联合汽车(集团)有限公司。

法定代表人王某某。

委托代理人严某某。

委托代理人陈燕,上海市锦天城律师事务所律师。

上诉人上海联合汽车大道开发建设有限公司(以下简称“联合大道公司”)、上诉人中国五冶集团有限公司(以下简称“中国五冶”)因与被上诉人上海联合汽车(集团)有限公司(以下简称“联合集团”)公司决议撤销纠纷一案,不服上海市闸北区人民法院(2012)闸民二(商)初字第 365 号民事判决,向本院提起上诉。本院于受理后,依法组成合议庭公开开庭进行审理。上诉人联合大道公司的委托代理人梅心,上诉人中国五冶的委托代理人吕毅,被上诉人联合集团的委托代理人严某某、陈燕到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:2012 年 3 月 30 日,周某作为联合大道公司的董事长向公司股东、董事、监事及有关人员发出联合大道公司第四次股东会暨第一届第六次董事会会议通知。该通知载明:2012 年 4 月 16 日召开联合大道公司第四次股东会暨第一届第六次董事会,就有关事项进行审议、确定;已将需审议事项的相关资料收集完毕并汇编成册送达各方;董事会主要议程如下:一、审议《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2011 年度工作总结》,审议《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2012 年度工作计划》;二、审议公司 2011 年度的费用预算,2012 年度的费用预算;三、审议项目资金计划、后续资金保障方案;四、审议项目专业分包所涉重要事项的原则安排、后续工程施工进度计划;五、审议公司销售管理制度和销售代理业务招投标文件;六、审议《2011 年工作目标完成情况 & 经营层考核建议》;七、审议许应兴提出不再担任董事会秘书议案;股东会会议主要议程如下:一、审议公司 2011 年度费用预算;二、审议公司 2012 年度费用预算。汇编成册的《上海联合汽车大道开发建设有限公司第四次股东会暨第一届第六次董事会会议资料》作为该通知附件。联合集团及其一方推荐的董事收到上述通知及附件。2012 年 4 月 16 日,联合大道公司召开第四次股东会暨第一届第六次董事会。联合集团方的股东代表许应兴等 4 人、推荐董事(或董事代表)王泽华等 2 人、联合大道公司股东代表陈玉才等 4 人及推荐的董事周某等 3 人到会。会议结束之后,联合集团收到第四次股东会暨第一届第六次董事会决议(均为夹杂个别手写字样的打印件)。上述“股东会决议一”的内容为:不批准王某某董事并(及)经营层提交的《联合汽车 2011 年度费用预算》;股东中国五冶意见:同意以上决议内容(手写字样);股东联合集团意见:空白。以上股东会决议的表决结果为:同意的占全体股东表决权的 51%;不同意的占全体股东表决权的 0%;弃权的占全体股东表决权的 49%。根据联合大道公司章程的规定,上述表决结

果有效，即公司股东会通过了该项决议。股东的签名或盖章情况为：陈玉才(手写字样)，同时加盖有中国五冶的印章。“股东会决议二”的内容为：批准董事会提交的甘兴友董事提出的《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2012 年度费用预算(董事建议稿)》，以及《甘兴友董事对其提交的补充意见》；其他内容与上述“股东会决议一”一致。

联合集团收到的“董事会决议一”的内容为：鉴于经营层没有实事求是、客观的对工作中的问题和不足进行总结，达不到股东要求，并在总结中有推脱责任的表述；因此董事会暂不通过经营层提交的《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2011 年度工作总结》。以上决议事项表决结果为：同意的董事为三票，不同意的董事为零票，弃权的董事为两票。其中，周某董事意见：同意该决议(手写字样)、签名“周某”(手写字样)；王某某董事意见：空白、签名为空白；黄德鸽董事意见：同意该决议(手写字样)、签名“黄德鸽”(手写字样)；甘兴友董事意见：同意该决议(手写字样)、签名“甘兴友”(手写字样)；王泽华董事意见：空白、签名为空白。“董事会决议二”的内容为：同意甘兴友董事对《上海联合汽车大道开发建设有限公司 2012 年工作计划安排》的修改意见。“董事会决议三”的内容为：不通过王某某董事并(及)经营层提交的《联合汽车 2011 年度费用预算》。“董事会决议四”的内容为：通过甘兴友董事提出的《上海联合汽车大道建设有限公司 2012 年费用预算(董事建议稿)》以及《甘兴友董事对其提交的补充意见》提交股东会审议批准。“董事会决议五”的内容为：通过甘兴友董事提交的《上海联合汽车广场项目资金收支计划表》，公司后续资金来源主要为销售回款，若销售回款不能满足公司正常开支，股东双方同时按照出资比例注资或其他融资渠道解决。“董事会决议六”的内容为：同意甘兴友董事对《项目专业分包所涉及重要事项的原则安排》的修改意见。“董事会决议七”的内容为：通过《联合汽车广场项目后续工程施工进度计划》。“董事会决议八”的内容为：通过甘兴友董事提交的《上海联合汽车大道开发建设有限公司销售管理制度》。“董事会决议九”的内容为：通过《上海联合汽车广场项目策划及销售代理业务招标文件》。“董事会决议十”的内容为：1. 关于经营层提交董事会《2011 年工作目标完成情况 & 经营层考核建议》中相关经营层 2011 年度薪酬等事项，鉴于经营层 2011 年度经营管理组织不力，项目建设停工七个月与总体开发进度计划偏差太大，达不到股东要求，并有推脱责任的行为，因此除 94.21 万元已发放部分，对《2011 年工作目标完成情况 & 经营层考核建议》中的剩余部分不再发放；2. 经营层须对已发数提供详细发放记录给董事会。“董事会决议十一”的内容为：同意许应兴同志请辞，许应兴同志不再担任董事会秘书；同意由师景森同志担任董事会秘书。上述“董事会决议二”至“董事会决议十一”中决议事项的表决结果同各董事意见，且与“董事会决议一”一致。联合集团在收到上述决议后的六十日内，诉至原审法院。请求判令：1、撤销 2012 年 4 月 16 日的联合大道公司第四次股东会决议一；2、撤销 2012 年 4 月 16 日的联合大道公司一届六次董事会决议一、董事会决议二、董事会决议三、董事会决议五、董事会决议六、董事会决议七、董事会决议八、董事会决议十、董事会决议十一。

另查明：为开发灵石路 XXX 号地块，联合集团与中国第五冶金建设公司(以下简称“五冶建设”)出资成立联合大道公司。2006 年 8 月，联合集团作为甲方与作为乙方的五冶建设签署了联合大道公司的第一份公司章程。该章程载明有如下内容：第七条，股东的姓名或名称、认缴出资和出资方式如下：联合集团认缴出资人民币 245 万元(以下所涉币种均为人民币)，持股比例为 49%；五冶建设认缴出资 255 万元，持股比例 51%；第十八条，股东会会议由股东按照投资比例行使表决权；第二十一条，公司设董事会，成员为 5 名；其中，甲方推荐 3 名，乙方推荐 2 名；董事会设董事长 1 人，由乙方推荐，董事会产生；董事任期 3 年，任期届满，可连选连任；第二十二条，董事会决议的表决实行一人一票；董事会决议应当由三名以上董事通过。该份章程在工商行政管理部门备案落款的时间为 2006 年 8 月 22 日。同年 8 月 21 日，联合集团作为甲方与作为乙方的五冶建设签订了联合大道公司章程附件一份，该

份附件载明：经公司投资者及全体董事一致同意，对联合大道公司章程补充附件内容如下：公司成立之后，在对灵石路 XXX 号地块开发项目中，甲乙双方对该开发项目的实际投资比例为甲方以部分土地价款投资，占实际投资比例的 60%，乙方以现金投资，占实际投资比例的 40%；在灵石路 XXX 号地块的项目开发中，股东会会议由股东按照实际投资比例行使表决权。2007 年 12 月 25 日，联合集团作为甲方与作为乙方的五冶建设作出股东会决议：为配合乙方上级单位中冶集团上市工作，经甲方和乙方友好协商并表决通过，同意修改联合大道公司章程部分条款，具体内容如下：一、联合大道公司利润按照甲乙投资比例分配；投资比例不作为股东会表决方式；二、联合大道公司董事会由原甲方推荐三名董事，改为甲方推荐两名董事；余下三名董事由乙方推荐；三、同意乙方由五冶建设变更为中冶成工建设有限公司（以下简称“中冶成工”）。同日，五冶建设向联合集团出具承诺函一份：“我公司与贵公司在 2007 年 12 月 25 日形成的联合大道公司股东会决议，仅作为我公司配合上级单位中冶集团上市工作需要所用，有关双方的权利义务关系按之前签订的合作协议执行。我们将依然本着诚信原则，按照贵我双方在谈判成立联合大道公司时所达成的一致意见，共同努力促成灵石路 XXX 号地块的房地产开发。”。

2008 年 1 月 27 日，联合大道公司经股东会决议修改公司章程第六章第七条内容，即将“联合集团认缴出资 245 万元、持股比例 49%，五冶建设认缴出资 255 万元、持股比例 51%”的条款内容，变更为“联合集团认缴出资 490 万元、持股比例 49%，五冶建设认缴出资 255 万、持股比例 25.5%，中冶成工认缴出资 255 万元、持股比例 25.5%”。2008 年 5 月 11 日，联合大道公司经股东会决议再次修改公司章程，原章程中第五章第六条的内容修正为“公司注册资本 637.50 万元”；第六章第七条的内容修正为“联合集团认缴出资 382.50 万元、持股比例 60%，中冶成工认缴出资 255 万元，持股比例 40%”。

2008 年 8 月，联合集团作为甲方与作为乙方的中冶成工再次签署联合大道公司章程，该章程载明有如下内容：第七条，股东的姓名或名称、认缴出资和出资方式如下：联合集团认缴出资 15,480 万元，持股比例为 60%；中国第五冶金建设公司认缴出资 10,320 万元，持股比例 40%；第九条，公司成立后，在对灵石路 XXX 号地块进行开发的项目中，甲乙双方对联合大道公司的投资比例定为：甲方占投资比例 60%、乙方占投资比例的 40%；第十八条，股东会会议由股东按照甲方占 49%，乙方占 51%的比例行使表决权；第二十一条，公司设董事会，成员为 5 名，其中甲方推荐 2 名，乙方推荐 3 名；董事会设董事长 1 人，由乙方推荐，董事会产生；董事任期 3 年，任期届满，可连选连任；第二十二条，董事会对所议事项作出的决定由全体董事人数五分之三以上的董事表决通过方为有效，并应作为会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名，董事会决议的表决实行一人一票。上述章程在工商行政管理部门备案落款的时间为 2008 年 8 月 9 日。

2009 年 4 月 3 日，中冶成工向联合集团发函，标题为“关于 38 丘桩基工程开工及《补充协议五》签署事宜的复函”，该函载明有如下内容：三、注意到贵司对签署《补充协议五》的关切，本司也愿意在紧急股东会或董事会上一并讨论和解决此问题；四、请贵司能注意到去年的《补充协议五》草稿原表述为“重大事项”而非“所议事项”，建议双方均对“重大事项”的概念和范围提出初步意见，以利于在会议上双方进行协商。2009 年 11 月 3 日，董事长周某及其他两位董事以联合大道公司名义向联合集团发函，标题为“对 2009 年 10 月 30 日来函的复函”，该函部分所称内容为：第四，补充协议五问题，补充协议五不能签订，责任完全在联合集团一方；在去年第三次股东会暨一届四次董事会召开前，股东方中冶成工与联合集团反复协商达成一致的补充协议五表述为：“股东会表决方式为重大事项的股东会决议必须经代表 100%表决权的股东通过；董事会表决方式为重大事项须经董事会全体董事一致投赞成票方可通过”；2008 年 8 月 9 日召开的第三次股东会暨一届四次董事会已经表决通过了这份补充协议五的表述；然而，联合集团却置上述已经由双方协商一致的事实于不顾，

将协议文本中的“重大事项”修改成“所议事项”后送交股东中冶成工盖章，最终致中冶成工表示不予同意，这直接导致了股东间信任度的降低，也阻止了董事会的召开。

2010年5月31日，联合大道公司又经股东会决议修改公司章程第六章第七条，即将“联合集团认缴出资15,480万元，其中，以货币方式实缴出资418.05万元，持股比例为60%；五冶建设认缴出资10,320万元，以货币方式实缴出资10,320万元，持股比例为40%”的条款内容，变更为“联合集团认缴出资15,480万元，其中，以货币方式实缴出资418.05万元，以土地使用权方式实缴出资15,061.95万元，持股比例为60%；五冶建设认缴出资10,320万元，以货币方式实缴出资10,320万元，持股比例为40%”。2011年6月28日，联合大道公司又再次经股东会决议修改公司章程，将原章程中第五章第六条的内容修正为“联合集团认缴出资15,480万元，其中，以货币方式实缴出资418.05万元，持股比例为60%；中国五冶认缴出资10,320万元，以货币方式实缴出资10,320万元，持股比例为40%”。

再查明：中冶成工作为甲方、五冶建设作为乙方和作为丙方的联合集团曾共同签署关于灵石路XXX号地块项目合作开发合同主体变更备忘录一份，该备忘录载明：一、甲、乙、丙三方一致同意，在本备忘录生效之前乙、丙双方签订的各协议书和补充协议书，合同主体均由乙方变更为甲方；二、本备忘录签署生效之前，乙、丙双方签订的所有协议中约定的乙方的权利和义务，由甲方承继。

又查明：中国冶金科工股份有限公司在首次公开发行A股股票招股意向书中载明：中冶成工是中国冶金科工股份有限公司子公司，属于合并财务报表范围；联合大道公司开发的汽车广场属中国冶金科工股份有限公司在建项目，该公司在项目中的权益为37.72%。中国冶金科工股份有限公司在H股股票招股意向书中载明：联合大道公司为中国冶金科工股份有限公司附属公司，拥有其37.72%的权益，联合大道公司开发的汽车广场纳入中国冶金科工股份有限公司物业估值范围内。2009年、2010年、2011年中国冶金科工股份有限公司年度报告披露中冶成工（自2010年后为中国五冶）为该公司子公司，上海闸北区联合汽车广场纳入中国冶金科工股份有限公司房地产开发项目中。

还查明：2010年6月，中国五冶吸收合并中冶成工。为此，四川省成都市工商行政管理局准予中冶成工注销其工商登记。

原审审理中，联合集团表示：该公司及其推荐的董事在联合大道公司股东会、董事会上对联合大道公司、中国五冶不顾公司股东间的约定，坚持让中国五冶按51%股权比例行使股东表决权的行为表示反对，且明确对所形成的股东会决议、董事会决议提出反对。联合大道公司、中国五冶则认为：联合集团在知晓股东会、董事会审议事项的情况下，既不表示反对也不表示赞成，应视为弃权。而且，根据联合集团在收到相关决议后未书面提出异议的事实，亦可印证两公司的上述观点。

原审法院认为，本案系公司决议撤销纠纷，联合集团系因对涉案决议的表决方式持有异议而主张予以撤销，故本案的裁判焦点应为对系争决议表决方式的审查。所谓表决，是通过一定的意思表示方式按一定决议形成的规则而做出的决定。因此，对于表决方式审查应从决议形成的规则和对表决事项的意思表示两方面进行。

第一，关于决议形成的规则的认定。联合大道公司、中国五冶认为：按照公司章程，股东会会议应由联合集团占49%，中国五冶占51%的比例行使表决权，董事会按董事一人一票由五分之三以上的董事表决通过。联合集团则主张，公司章程是为配合另一股东五冶建设、后为中冶成工及中国五冶的上级公司中国冶金科工股份有限公司上市需要而签订的，行使表决权不以公司章程为依据，应按股东之间的约定即联合集团在股东会、董事会享有多数表决权为准。原审法院认为，公司章程作为对公司重要和基本问题均作出明确规定的公众法律文件，对公司股东以外的债权人以及其他社会公众来说是其赖以了解公司的基本依据，但对股东之间来说，公司章程仅是股东之间的一种契约，股东可以通过其他合意在不违反强制性规定的

情况下进一步明确各自的权利义务，甚至否定公司章程的约定，故在股东之间应以股东的真实意思合意为准。本案中，判断股东会、董事会决议形成的规则也应以股东的真实意思为依据。首先，联合大道公司股东约定其行使表决权不以公司章程为依据。理由如下：从 2006 年 8 月 21 日章程附件、2007 年股东会决议、2007 年 12 月 25 日承诺函可以看出，联合大道公司章程中有关股东会行使表决权的比例和董事会推荐董事比例的约定与股东之间真实意思表示并不一致，股东之间确定决议形成的规则是按照出资比例确定的。对此，联合集团提出的理由是为配合另一股东上级公司中国冶金科工股份有限公司上市需要，将联合大道公司的开发项目纳入中国冶金科工股份有限公司合并会计报表的合并范围内。上述主张可从联合集团提供的中国冶金科工股份有限公司 A 股、H 股招股说明书、2009 年、2010 年、2011 年中国冶金科工股份有限公司年度报告以及 2007 年 12 月 25 日承诺函中得到印证，故可予以采信。中国五冶提出上述 2006 年 8 月 21 日章程附件、2007 年股东会决议、2007 年 12 月 25 日承诺函所涉及的主体是联合集团和五冶建设，与中国五冶吸收合并的中冶成工及中国五冶本身无关，但中冶成工、五冶建设和联合集团曾共同签署“关于本市灵石路 XXX 号地块项目合作开发合同主体变更备忘录”一份，该备忘录明确联合集团与五冶建设签订的各协议书和补充协议书中五冶建设的权利由中冶成工承继，中国五冶吸收合并了中冶成工，故上述 2006 年 8 月 21 日章程附件、2007 年股东会决议、2007 年 12 月 25 日承诺函对中国五冶有拘束力。中国五冶又辩称该备忘录只涉及各协议书和补充协议书，并未提及章程附件、股东会决议和承诺书。对此，原审法院认为，备忘录提到的协议书和补充协议书并未一一罗列，说明对此应做广义的解释，泛指所有涉及五冶建设的真实意思表示，章程附件、股东会决议、承诺函系五冶建设的真实意思表示的载体，中国五冶的抗辩理由没有法律依据，应予以采纳。其次，双方曾就行使表决权的方式进行新的商议但未达成合意。从 2009 年 4 月 3 日中冶成工致联合集团《关于 38 丘桩基工程开工及签署事宜的复函》、2009 年 10 月 30 日来函的复函来看，联合集团与中冶成工就股东会、董事会表决方式进行了新的协商即《补充协议五》，但双方对“重大事项”还是“所议事项”需经 100% 股东或董事通过存在争议。鉴于联合大道公司股东之间不按公司章程行使表决权，且现有证据无法证明各方对股东会、董事会形成决议的规则达成其他合意的情况下，本案决议形成的规则可按照《公司法》规定予以确定，即股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。联合集团对联合大道公司的出资比例为 60%，中国五冶的出资比例则为 40%，故股东会会议由联合集团占 60%、中国五冶占 40% 的比例行使表决权。董事会决议的表决则实行一人一票。

第二，对表决事项意思表示的认定。原审法院认为，对表决事项的意思表示应该在特定的表决程序中通过一定的形式予以表现，如举手、投票。根据我国《公司法》第四十二条即“股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名”以及第四十九条“董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名”的规定，对于股东会或董事会决议事项的意思表示应该在股东会记录及董事会记录予以记载。本案中，联合大道公司主张联合集团及联合集团推荐董事对表决事项弃权，应出示股东会、董事会会议记录予以证明，然联合大道公司并未出示合法有效的会议记录予以证明，仅提供了有中国五冶代表或中国五冶推荐董事手写的表决意见，但同时又印有表决结果的股东会、董事会决议为证。该份证据既无法证明在特定的表决程序中（如发放空白表决票）赋予联合集团或联合集团推荐董事行使表决的机会，也无法证明表决结果系汇总股东、董事意思表示而得出，更无法证明联合集团及联合集团推荐董事对表决事项既不赞成、也不反对，以及表示弃权。联合大道公司未履行法定义务将股东会、董事会所议事项作成会议记录，又无法提供其他充足有效的证据，理应承担举证不能的后果。联合大道公司认为联合集团收到股东会、董事会决议后并未提出书面异议即应视为弃权，对此，原审法院认为，联合集团收到决议后在法定期限内向人民法院提起诉讼要求撤销决议，已经表明联合集团对决议的态度，

联合大道公司上述主张，于法相悖，不予采纳。联合大道公司以联合集团及联合集团推荐董事弃权方式通过股东会、董事会决议与客观事实不符，联合大道公司的该项主张，依法不予支持。

综上，原审法院认为，联合大道公司 2012 年 4 月 16 日作出的股东会决议和董事会决议的表决方式存在瑕疵，现联合集团要求撤销“股东会决议一”及“董事会决议一、二、三、五、六、七、八、十、十一”，于法有据，可予以支持。联合大道公司认为联合集团仅撤销部分股东会、董事会决议应视为对会议召集程序、表决方式的认可，因联合集团撤销部分股东会、董事会的决议是对其对自己权利的处分，联合大道公司的上述抗辩意见无法律依据，故不予采信。据此，依照《中华人民共和国公司法》第二十二条第二款、第四十二条、第四十三条、第四十九条之规定，原审法院判决：一、撤销联合大道公司于 2012 年 4 月 16 日作出的第四次股东会决议一；二、撤销联合大道公司于 2012 年 4 月 16 日作出的第一届六次董事会决议一、决议二、决议三、决议五、决议六、决议七、决议八、决议十、决议十一。本案一审案件受理费 160 元，由联合大道公司承担。

原审判决后，联合大道公司、中国五冶均不服，向本院共同提起上诉称：1、2008 年 8 月，联合大道公司办理工商变更登记事宜和重新签署公司章程的主要原因在于公司注册资本的增加，当时联合集团认缴的 15,480 万元注册资本金仅到位 418 万元，而中冶成工认缴的 10,320 万元注册资本已经全部到位，为防控风险和平衡双方实缴注册资本的巨大不平衡，所以双方股东决定对股东会的表决方式作出与双方投资比例相倒置的约定条款，即中冶成工以 51% 的比例行使股东会表决权，联合集团以 49% 的比例行使股东会表决权。事实上，联合集团也实际是在时隔近两年后的 2010 年 6 月，才将剩余未到位的 15,061.95 万元的注册资本以土地使用权的方式予以实缴到位。因此，2008 年 8 月的联合大道公司章程应为双方股东就股东会、董事会决议的表决方式重新作出了约定，即否定了五冶建设之前所承诺确认的表决方式。2、五冶建设、中冶成工与联合集团之间所形成的章程附件、承诺函、备忘录对中国五冶不具有法律的约束效力。3、经工商部门备案的联合大道公司 2009 年章程第三十九条中有关“第十八、二十二条须全体股东补充约定后方可实施”的条款内容，为联合集团所私自添加形成，与中国五冶及联合大道公司所对应持有的章程内容存在不同。上述添加行为的本身恰恰表明了联合大道公司在 2008 年 8 月 9 日之后，就涉及董事会和股东会的表决方式已经不是按照股东的出资比例来行使，而是按照章程确定的股东表决比例来行使。综上，请求：撤销原审判决，驳回联合集团的原审诉请。

联合集团辩称：原审时，联合集团提出要求撤销涉案董事会决议和股东会决议的依据为两点。一是决议作出不符合客观事实，当时联合集团在会上就表示不同意表决的方式和结果，当天联合大道公司没有形成任何董事会决议、股东会决议，但之后联合集团却收到了联合大道公司寄来的董事会决议和股东会决议，联合大道公司、中国五冶的行为强行剥夺了联合集团的股东权利，所以涉案董事会决议和股东会决议应当被撤销；二是涉案董事会决议和股东会决议的表决方式违反了股东间的约定，联合大道公司于 2006 年 8 月成立，当时股东双方是联合集团和五冶建设，之后，项目公司的注册资本增加到 2.58 亿，联合集团以现金和土地出资、占 60%，五冶建设、中冶成工先后以现金出资，占 40%，期间，联合集团和五冶建设、中冶成工先后以章程附件、承诺函、备忘录的方式确认股东双方应按出资比例行使对董事会决议和股东会决议的表决权。关于联合大道公司 2009 年 10 月章程的第三十九条规定中有关后一部分的表述内容，并非为联合集团所擅自添加形成，该部分条款是经双方协商后一致同意添加的。从 2008 年开始，双方就一直在讨论与该条款内容有关的公司议事方式。为此，双方股东一致同意在此后由工商部门备案的联合大道公司 2009 年章程第三十九条中加入“第十八、二十二条须全体股东补充约定后方可实施”的条款内容。最终，在 2008 年 8 月 9 日联合大道公司第二次股东暨一届四次董事会上，双方以鼓掌通过的方式通过了股东会和

董事会表决方式为全体股东和董事一致同意方能通过的《补充协议五》。综上，请求：维持原判，驳回联合大道公司、中国五冶的上诉请求。

本院经审理查明：原审法院查明的事实属实，本院予以确认。

另查明：在联合大道公司的工商登记资料中，反映有一份在 2009 年 10 月 19 日修定的公司章程，与之前公司章程相比，章程的第三十九条规定部分添加了“第十八、二十二条须全体股东补充约定后方可实施”的条款内容。

在本院审理中，为查明案件事实以及就本案股东双方争议的股东会表决方式和董事会中双方人员的构成作出全面客观的认定，要求联合大道公司提供除本案系争的联合大道公司在 2008 年 8 月 9 日以后所形成的董事会决议及表决记录，但相关董事会决议及表决记录均反映为由全体董事一致通过。故无法印证在双方派驻董事持有不同表决意见的情况下，双方股东实际是如何确定各自的董事会表决票数，即双方究竟系按照 2007 年 12 月以后所形成的联合大道公司章程所反映的董事会人员构成比例来行使表决权，还是按照原五冶建设承诺函中所确认的董事会人员构成比例来行使表决权。对此，联合集团认为：上述情况，正好印证了联合集团所陈述的事实，即在 2008 年 8 月 9 日联合大道公司第二次股东暨一届四次董事会上，双方股东以鼓掌通过的方式通过了股东会和董事会表决方式为全体股东和董事一致同意方能通过的《补充协议五》，但上述补充协议事后未能由中冶成工予以正式签署确认。联合大道公司、中国五冶则认为，上述情况只是因为当时股东双方对所表决的事项不存在异议。

本院认为：本案系关于申请撤销公司股东会决议、董事会决议的纠纷案件，作为申请一方的联合集团认为联合大道公司于 2012 年 4 月 16 日形成的股东会决议、董事会决议违反了股东间约定的表决方式，以及违反了联合大道公司 2009 年章程第三十九条的约定，因而依法申请法院予以判令撤销。我国《公司法》第二十二条规定，公司股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。根据本案审理所查明的事实反映，联合集团与五冶建设为投资开发本市灵石路 XXX 号地块项目，于 2006 年 8 月出资成立了联合大道公司，并由双方签署形成了联合大道公司的第一份公司章程。该公司章程确认：联合集团认缴出资 245 万元、持股比例为 49%，五冶建设认缴出资 255 万元、持股比例 51%，股东会会议由股东按照投资比例行使表决权；公司设董事会，成员为 5 名，联合集团推荐的董事为 3 名，五冶建设推荐的董事为 2 名，董事会设董事长 1 人，由五冶建设推荐，董事任期 3 年，任期届满可连选连任，董事会决议的表决实行一人一票，董事会决议应当由三名以上董事通过。嗣后，双方又以签订联合大道公司章程附件的方式确认：联合大道公司成立之后，针对本市灵石路 XXX 号地块开发项目，联合集团以部分土地价款投资，占实际投资比例的 60%；五冶建设以现金投资，占实际投资比例的 40%；在本市灵石路 XXX 号地块的项目开发中，股东会会议由股东按照实际投资比例行使表决权。2007 年 12 月 25 日，为配合五冶建设上级单位“中冶集团”的上市工作，双方经协商后同意以股东会决议的方式修改联合大道公司的部分章程条款，具体为：一、联合大道公司利润按照双方投资比例分配，投资比例不作为股东会表决方式；二、联合大道公司董事会由原联合集团推荐三名董事，改为联合集团推荐两名董事，余下三名董事由五冶建设推荐；三、同意股东一方由五冶建设变更为中冶成工。同日，五冶建设向联合集团出具承诺函一份，明确：双方 2007 年 12 月 25 日形成的联合大道公司股东会决议内容，仅作为五冶建设配合其上级单位“中冶集团”上市工作的需要而用，有关双方的权利义务关系仍按之前签订的合作协议执行。因此，在中冶成工正式成为联合大道公司股东以及由该公司与联合集团于 2008 年 8 月签署形成公司新的章程之前，作为联合大道公司原股东一方的五冶建设始终确认：在本市灵石路 XXX 号地块的项目开发中，股东会会议由股东按照实际投资比例行使表决权；联合集团以部分土地价款投资，

占实际投资比例的 60%；5 名董事会成员中，联合集团推荐的董事为 3 名，董事会决议的表决实行一人一票。

而现在作为吸收合并中冶成工的中国五冶认为联合集团无权申请撤销涉案股东会决议、董事会决议的理由为：2008 年 8 月，联合大道公司办理工商变更登记事宜和重新签署公司章程的主要原因在于为增加公司注册资本，当时联合集团认缴的 15,480 万元注册资本金仅到位 418 万元，而中冶成工认缴的 10,320 万元注册资本已经全部到位，为防控风险和平衡双方实缴注册资本的巨大不平衡，所以双方决定对股东会的表决方式作出与双方投资比例相倒置的约定条款，即中冶成工以 51% 的表决比例行使股东会表决权，联合集团以 49% 的表决比例行使股东会表决权；董事会的表决，则依据章程记载的董事人员构成，实行一人一票，五分之三以上表决通过；事实上，联合集团实际也是在时隔近两年后的 2010 年 6 月，才将剩余未到位的 15,061.95 万元的注册资本以土地使用权的方式予以实缴到位；2008 年 8 月的联合大道公司章程应为双方股东对股东会、董事会决议的表决方式重新进行了约定，即否定了五冶建设之前所承诺确认的表决方式。

对此，联合集团的意见为：2008 年 8 月 9 日，在工商部门备案的联合大道公司章程显示，联合集团的出资比例为 60%，中冶成工的出资比例为 40%，但在股东会的表决权比例方面，联合集团却只占 49%，而中冶成工却占到了 51%；同样，5 名董事会成员中，联合集团推荐 2 名，中冶成工则推荐 3 名；如同之前证据所证明的，这一不合理的约定实际只是为了配合中冶成工上级单位“中冶集团”上市工作的包装需要，并不是双方的真实意思表示。

本院的认定意见为：根据原审查明的事实反映，中冶成工作为甲方与作为乙方的五冶建设和作为丙方的联合集团，曾共同签署过一份“关于本市灵石路 XXX 号地块项目合作开发合同主体变更备忘录”，该备忘录载明：一、甲、乙、丙三方一致同意，在本备忘录生效之前乙、丙双方签订的各协议书和补充协议书，合同主体均由乙方变更为甲方；二、本备忘录签署生效之前，乙、丙双方签订的所有协议中约定的乙方的权利和义务，由甲方承继。因此，2006 年 8 月 21 日五冶建设与联合集团签订的联合大道公司章程附件，以及 2007 年 12 月 25 日五冶建设向联合集团所出具的承诺函，在没有相反证据可加以否定其效力的情况下，对中冶成工均具有法律的约束效力。中国五冶作为中冶成工的权利义务继受主体，依法亦应加以恪守。诚如原审法院所分析认定的，公司章程作为对公司重要和基本问题作出明确规定的公众法律文件，对公司股东以外的债权人以及其他社会公众而言是其赖以了解公司的基本依据，但对股东之间来说，公司章程仅是股东之间的一种契约，股东可以通过其他合意且在不违反强制性规定的情况下进一步明确各自的权利义务，甚至否定公司章程的约定，故在股东之间应以股东的真实意思合意为准。本案的事实表明，联合大道公司的股东双方实际并不是以章程的规定来行使对股东会、董事会的表决权，而实际以股东内部协议的方式来确定相应的表决方式，该约定对股东之间具有法律的效力，且与我国《公司法》第四十三条即股东会会议由股东按照出资比例行使表决权的規定，以及《公司法》第四十九条即关于董事会会议的表决规定相符，本院对此予以确认。

关于联合集团主张的涉案股东会决议、董事会决议违反了联合大道公司 2009 年在工商部门备案的章程第三十九条规定的理由，首先，联合大道公司、中国五冶主张，上述在工商部门备案的联合大道公司 2009 年公司章程第三十九条中有关“第十八、二十二条须全体股东补充约定后方可实施”的内容为联合集团私自添加后所形成，与中国五冶及联合大道公司所对应持有章程内容存在不一致，并为此提供了由该两公司所对应持有的联合大道公司 2009 年公司章程加以证明。其次，联合大道公司、中国五冶在原审中提供了在 2009 年 10 月 23 日由工商部门出具的准予联合大道公司住所地变更登记通知书及相关申请材料一套，用于证明在 2009 年 10 月 23 日联合大道公司只是办理了公司住所地工商变更的登记手续，并不涉及其他事项；联合集团在其他股东完全不知情的情况下，借联合大道公司于 2009 年 10 月办理

公司注册地址工商变更登记之机，擅自对系争章程第三十九条作出了有利于己方利益的篡改。故对于联合集团主张的该节诉请理由，本院不予采信。

综上，联合集团主张涉案的联合大道公司于 2012 年 4 月 16 日作出的股东会决议和董事会决议的表决方式违反了股东间约定的表决方式，进而违反我国《公司法》第二十二条规定的理由成立，可予以支持。至于联合大道公司、中国五冶主张的上诉理由，因事实和法律依据不足，本院不予支持。本案原审认定事实清楚，所作判决并无不当，应予维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币 160 元，由上诉人上海联合汽车大道开发建设有限公司、上诉人中国五冶集团有限公司共同负担。

本判决为终审判决。

审判长 高增军

代理审判员 韩俊

代理审判员 杨怡鸣

二〇一三年九月二十二日

书记员 王乐轶

上海市 xxx 律师事务所与常 xx 名誉权纠纷一案一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院
民事判决书

(2011)浦民一(民)初字第 43762 号

原告上海市 xxx 律师事务所。

法定代表人吴 xx，负责人。

委托代理人林 xx，上海市 xxx 律师事务所律师。

委托代理人刘 xx，上海市 xxx 律师事务所杭州分所律师。

被告常 xx，女。

委托代理人汪 x，男。

委托代理人李 xx，男。

原告上海市 xxx 律师事务所诉被告常 xx 名誉权纠纷一案，本院于 2011 年 12 月 1 日受理后，依法适用简易程序，于 2012 年 2 月 14 日公开开庭进行了审理。后因案情需要，依法转为普通程序，并于 2012 年 3 月 27 日公开开庭进行了审理。原告上海市 xxx 律师事务所的委托代理人林 xx、被告常 xx 及其委托代理人汪 x、李 xx 到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告上海市 xxx 律师事务所诉称，原告于 2011 年 11 月 16 日在《xxxx》杂志 2011 年 10 月刊中阅读到被告以记者名义所撰写的《解读 xxxxxx 乱象》(以下简称涉案文章)一文。被告常 xx 无记者证，假冒记者发表文章，已违反了相关规定。被告还在严重缺乏事实基础的情况下，在涉案文章中写道“有接近证监会人士向《xxxx》表示：‘证监会已经把 xxx 律师事务所拉进了黑名单，尤其是章 xx 负责过的案子现在审核的很严’”。因被告不能举证证明该报道内容系引用采访对象的陈述，原告据此认为上述报道内容即为被告的观点。对“黑名单”一词，大多数人理解为原告负责的项目不能通过审核。但事实上原告负责的上市项目数量在证监会的上市项目中名列前茅。涉案文章中还称原告及原告律师涉嫌 PE 腐败案，亦无事实依据。同日，原告在 xx 中国网、xx 界网、xx 网等多家网站上发现，被告以《xxxxxx 直指律师：垄断已形成、市场遭分割》等不同标题发表涉案文章。经查，《xxxx》并非合法出版物，无独立刊号。根据《xxxx》的记载，其每期发行 15 万册，发行量大。原告认为，被告在没有任何事实依据的情况下捏造事实撰写文章，并在多家网站和刊物上发表，不仅扰乱了证券业、律师职业的正常执业环境，也侵犯了原告的名誉权，给原告的名誉及业务造成了很大影响和损失。故原告诉至法院，请求判令：1、被告立即停止侵权，消除影响；2、被告向原告公开书面道歉；3、被告赔偿原告损失人民币 100,000 元(以下币种同)；4、诉讼费用由被告承担。案件审理中，原告变更诉讼请求为请求判令：1、被告在《xx 财富》杂志上刊登对原告的公开赔礼道歉声明，消除影响；2、诉讼费用由被告承担。

被告常 xx 辩称，被告没有侵害原告的名誉权，不同意原告的诉讼请求。发表在《xxxx》上的涉案文章系被告所写，但其内容基本属实，并未违反新闻报道原则。“拉进黑名单”是被告引用采访对象的陈述所作的记录，是采访对象的观点，并非作者本人的观点。原告所指称的涉案文章侵权内容来源于资本市场内部人士的陈述，鉴于该人士不同意公布其姓名和采访录音，也不同意出庭作证，被告无法提供相应证据。在被告发表文章期间，许多媒体也发表了与涉案文章内容类似的文章，甚至语气更加激烈。涉案文章被更改标题后转载在其他网站上，并非被告所为，被告不应承担责任。《xxxx》杂志是隶属于《xx 财富》杂志的，其为《xx 财富》的上旬刊，刊号即《xx 财富》杂志的刊号，出版单位是《xx 财富》杂志社，主管单位是 xx 报业中心，因此《xxxx》并非非法出版物。

经审理查明，原告上海市 xxx 律师事务所从事的股票首次公开发行上市法律业务（IPO）在行业内排名靠前。被告常 xx 系上海 xx 文化传播有限公司工作人员，具有新闻采编人员资格。2011 年 10 月，被告常 xx 撰写的《解读 xxxxxxxx 乱象》一文发表在《xxxx》2011 年 10 月刊。文中称，“近日，大家把 PE 腐败矛头对准了 IPO 利益链中的律师事务所，其中最引人关注的当属上海 xxx 律师事务所高级合伙人章 xx”，以及“有接近证监会人士向《xxxx》表示：‘目前，证监会已经把 xxx 律师事务所拉进了黑名单，尤其是章 xx 负责过的案子现在审核的很严’”。涉案文章发表后，即被登载到 xxxx 网（域名：www.xxxxxx.com）这一公开网站上。其后，涉案文章又被冠以《xxxxxx 直指律师：垄断已形成、市场遭分割》的标题刊登在中国投资网、挖贝网、爱蜂网等网站上，被冠以《xxxxxxx 链：章 xx 涉多起弊案进证监会黑名单》的标题刊登在 xx 网、xxx 中文网等网站上。

另查明，《xx 财富》杂志为旬刊，国内统一连续出版物号为 xxxxxxx，出版单位为《xx 财富》杂志社，主管、主办单位均为 xx 报业中心。《xxxx》杂志并无独立刊号，该杂志 2011 年 10 月刊封二上记载的主管、主办单位、刊号、出版单位均与《xx 财富》杂志相同。

以上事实，由原告上海市 xxx 律师事务所提交的 2011 年 10 月刊《xxxx》杂志、（2011）浙杭西证民字第 7084 号公证书、（2011）浙杭西证民字第 xxxx 号公证书、（2011）浙杭西证民字第 yyyy 号公证书、（2012）浙杭西证民字第 zzzz 号公证书，被告常 xx 提交的新闻采编人员资格培训合格证书、《xxxx》2010 年 10 月刊杂志、劳动合同、发票、期刊出版许可证复印件、年度核验记录、授权书、社保情况证明，以及双方当事人的当庭陈述等证据在案佐证。本院认为，本案的争议焦点为：被告常 xx 在《xxxx》2011 年 10 月刊杂志上发表的《解读 xxxxxxxx 乱象》一文，是否侵犯了原告上海市 xxx 律师事务所的名誉权。本院认为，因撰写、发表文章引起的名誉权纠纷，文章的基本内容失实，使他人名誉受到损害的，应认定为侵害他人名誉权。被告常 xx 撰写的涉案文章中称：“大家把 xx 腐败矛头对准了 xxx 利益链中的律师事务所，其中最引人关注的当属上海 xxx 律师事务所高级合伙人章 xx”，以及“有接近证监会人士向《xxxx》表示：‘目前，证监会已经把 xxx 律师事务所拉进了黑名单，尤其是章 xx 负责过的案子现在审核的很严’”，缺乏事实依据，显属不当。涉案文章公开发表在对外发行的期刊及 xxxx 网这一公开网站上，传播范围广泛，足以造成社会公众对原告社会评价降低之后果。被告辩称涉案文章中的相关陈述系引用采访对象言论，但未提供相应证据予以佐证，本院难以采信。综上，被告常 xx 在没有任何证据证明原告上海市 xxx 律师事务所及章 xx 律师涉及 PE 腐败的情况下，在期刊及公开网站上发布内容失实的文章，侵害了原告的名誉权，应当承担相应的侵权责任。涉案文章发表在《xxxx》杂志上，但因该杂志并无独立刊号，而该杂志的出版单位为《xx 财富》出版社，故原告告诉被告在《xx 财富》上登载赔礼道歉声明，以恢复名誉、消除影响，并无不当，本院依法确认。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零一条、第一百二十条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第一百四十四条之规定，判决如下：

被告常 xx 应于本判决生效之日起三十日内在《xx 财富》上发布道歉声明，向原告上海市 xxx 律师事务所赔礼道歉，消除影响，道歉声明内容经本院审定。

案件受理费 800 元，由被告常 xx 负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 尹志君
人民陪审员 芮萍

人民陪审员 庄建英
二〇一二年四月十日
书记员 周阳

上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼与姜琴股权转让 纠纷二审民事判决书

上海市第二中级人民法院
民事判决书

(2017)沪02民终9194号

上诉人(原审被告):上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司,住所地上海市杨浦区。

法定代表人:解治琼,执行董事。

上诉人(原审被告):解治琼,男,1979年4月30日出生,汉族,住辽宁省,现住上海市杨浦区。

上列两上诉人共同委托诉讼代理人:陶武平,北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

上列两上诉人共同委托诉讼代理人:沈东骏,北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):姜琴,女,1959年2月17日出生,汉族,住上海市黄浦区。

委托诉讼代理人:李源清,上海乐言律师事务所律师。

上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司(以下简称蔚蓝海岸公司)、解治琼因与被上诉人姜琴其他合同纠纷一案,不服上海市杨浦区人民法院(2016)沪0110民初14190号民事判决,向本院提起上诉。本院于2017年9月26日立案受理后,依法组成合议庭,对本案进行审理。本案现已审理终结。

上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼上诉请求:撤销一审判决,发回重审或依法驳回被上诉人一审诉请。事实与理由:一、程序错误。本案当事人对案件事实存在巨大争议,依法不应适用简易程序审理。一审未追加童小琳这一关键人物为案件诉讼当事人,导致案件事实无法查清。二、认定事实错误。童小琳私刻公章开立银行账户并对外签订合同,将所得款项侵占使用,蔚蓝海岸公司并不知晓,也不应当承担法律责任,童小琳的行为涉嫌刑事犯罪,依法应当移送公安,本案应当中止审理。且《股权认购协议》的公章系虚假的,不应蔚蓝海岸公司产生约束力。三、蔚蓝海岸公司虽未变更工商登记,但其经过融资,现已实际上是由众多股东组成的普通有限责任公司,解治琼承担连带责任既不符合客观事实,也不符合公司法有关一人公司股东承担连带责任的立法本意。综上,请求判如所请。

被上诉人姜琴辩称:不同意上诉人的请求和理由。一审判决事实清楚。姜琴与童小琳签订了协议,且姜琴支付了相应款项,协议应属有效。解治琼在审理中未能举证证明其个人财产独立于公司财产,一审法院判令其承担连带责任正确。请求二审法院驳回上诉,维持原判。

被上诉人姜琴向一审法院起诉请求:一、判令上诉人蔚蓝海岸公司向被上诉人归还人民币(以下所涉币种均指人民币)60万元;二、判令上诉人蔚蓝海岸公司以60万元为基准,按照8%每年向被上诉人支付利润分红,自2016年1月29日起至判决生效之日止;三、判令上诉人蔚蓝海岸公司以60万元为基准,按照年化15%标准向被上诉人支付利息,自2016年1月29日起至实际还清之日止。一审审理中,被上诉人增加诉讼请求,要求:一、解除双方《股权认购协议》;二、上诉人解治琼对被上诉人第一项至第三项诉请承担连带责任。

一审法院认定事实:2016年1月27日,童小琳以上诉人蔚蓝海岸公司名义与被上诉人签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》,约定:被上诉人认购上诉人蔚蓝海岸公司员工持股计划下60万份股权,每份股权价格1元,认购款共60万元,协议签订后二个工作日内向上诉人蔚蓝海岸公司金陵路支行账户支付认购款。被上诉人签署协议后至证交所首次公开发售前,享有上诉人蔚蓝海岸公司股息和每年不低于8%的利润分红。如上诉人蔚蓝海岸公司于2016年6月30日前未完成上市,上诉人蔚蓝海岸公司承诺以被

上诉人出资额年化 15%收益率回购股权。2016 年 1 月 28 日，被上诉人转账 60 万元至上诉人蔚蓝海岸公司金陵路支行账户，转款摘要为“投资款”。

一审另查明，1、因上诉人蔚蓝海岸公司就股权认购协议及金陵路支行账户开户材料中的公章申请司法鉴定。2017 年 3 月 27 日，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》，认为股权认购协议上的公章与样本不一致，金陵路支行账户开户材料上的公章与样本一致。

2、上诉人解治琼在审理中陈述，童小琳在上诉人蔚蓝海岸公司无职务，2013 年口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划。大约在 2016 年 1 月 15 日委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，并将该账户交由童小琳管理，该账户所涉网银、U 盾等都由童小琳掌管，内部员工持股的资金往来就是使用丽园路支行账户；金陵路支行账户的开设和使用上诉人并不知情。直至被上诉人诉讼后，才知童小琳擅自开设了金陵路支行账户，从目前情况来看，两账户都是童小琳在实际控制。

3、2015 年 1 月 19 日至 2016 年 8 月 2 日上诉人蔚蓝海岸公司招商银行金陵路支行账户明细表显示，该账户与招商银行丽园路支行账户间互有资金往来。

4、2016 年 8 月 8 日，上诉人解治琼向上海市公安局杨浦分局报案，称被童小琳骗取资金共计 2,900 余万元，该局于 2016 年 12 月 15 日出具不予立案通知书。

5、上诉人解治琼在审理中确认，上诉人蔚蓝海岸公司并未在香港上市。

一审法院认为：本案主要争议焦点为：1、被上诉人与上诉人蔚蓝海岸公司间的协议是否有效；2、若有效，上诉人蔚蓝海岸公司是否应当支付分红利润，及上诉人解治琼是否应当对上诉人蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。

关于争议焦点一，首先，上诉人蔚蓝海岸公司虽否认童小琳系其公司员工，但自认委托童小琳办理公司在香港上市业务；其次，招商银行金陵路支行账户设立时开户申请书上的公章与上诉人提供的样本一致，且该账户与上诉人蔚蓝海岸公司另一个设在招商银行丽园路支行的账户间有多次款项往来，故无论当时设立时，是否系上诉人蔚蓝海岸公司委托童小琳，对外可以认定金陵路支行账户系上诉人蔚蓝海岸公司设立的。本案所涉股权认购协议上的公章确与上诉人蔚蓝海岸公司提供的样本不一致，但该协议上明确投资款转入的账户确为上诉人蔚蓝海岸公司所设，事后，被上诉人按协议约定将投资款 60 万元划入招商银行金陵路支行账户，结合上述情况，一审法院认定被上诉人与童小琳以上诉人蔚蓝海岸公司名义签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》上的公章虽与上诉人蔚蓝海岸公司提供的样本有异，但不能仅凭公章不一致便否认协议的效力，故该协议合法有效。双方均应按协议约定履行各自的义务。现上诉人蔚蓝海岸公司不能在香港上市，被上诉人要求解除协议的请求可予支持。协议解除后，上诉人蔚蓝海岸公司应将被上诉人所购股权款退还，并按约定向被上诉人支付利息。

关于争议焦点二，上诉人蔚蓝海岸公司系一人有限责任公司，上诉人解治琼为该公司的唯一股东，上诉人解治琼在审理中，未能提供证据证明，公司财产独立于股东个人财产，依据相关法律规定，上诉人解治琼应当对公司的债务承担连带责任。对被上诉人要求上诉人支付利润分红一节，缺乏依据，一审法院不予支持。

一审法院判决：一、被上诉人姜琴与上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司 2016 年 1 月 27 日签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》于判决生效之日解除；二、上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于判决生效之日起十日内退还被上诉人姜琴人民币 600,000 元；三、上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于判决生效之日起十日内支付被上诉人姜琴利息，以人民币 600,000 元为基数，自 2016 年 7 月 1 日起计算至实际付清日止，按年利率 15%计算；四、上诉人解治琼对上述第二项、第三项付款义务承担连带责任；五、驳回被上诉人姜琴的其余诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义

务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费人民币 10,490 元，适用简易程序，减半收取计人民币 5,245 元，由上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、上诉人解治琼共同负担。

二审中，双方当事人均未提交新证据。本院经审理查明，一审法院查明事实属实，本院予以确认。

本院认为，本案争议焦点为童小琳与姜琴签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》的行为系其个人行为还是蔚蓝海岸公司的行为，亦即相应的法律后果应由谁承担。对于姜琴而言，童小琳在其签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》时持有蔚蓝海岸公司的公章，姜琴按照协议约定的户名为蔚蓝海岸公司招商银行上海分行金陵支行的账户转账 60 万元，姜琴据此认为其股权投资相对方系蔚蓝海岸公司并不存在主观过失，童小琳的行为在客观上形成具有代表蔚蓝海岸公司的表象，即该行为系属蔚蓝海岸公司的行为。蔚蓝海岸公司以童小琳持有的公章与蔚蓝海岸公司企业注册资料所加盖印章不一致，以及收款账户招商银行金陵路支行账户系未经其授权私自开设等事由作为抗辩，系属对姜琴课以过高的注意义务，既不现实也不合理，本院不予支持。综上，蔚蓝海岸公司应对童小琳与姜琴签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》的行为承担相应的法律后果。现因投资目的无法实现，姜琴要求蔚蓝海岸公司将投资款项返还并支付相应利息，一审法院予以支持，合法有据，本院予以确认。本院另核查，一审法院在本案审理中，适用简易程序，以及不追加童小琳为诉讼当事人，并不存在程序错误，也无需中止审理。另外，蔚蓝海岸公司所称该公司实质已非一人有限责任，没有事实依据，解治琼依法应对蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。综上所述，上诉人的上诉理由依据不足，本院不予支持。一审法院认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 20,980 元，由上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司负担 10,490 元，上诉人解治琼负担 10,490 元。

本判决为终审判决。

审判长 张晓菁

审判员 李非易

代理审判员 王曦

二〇一七年十月十七日

书记员 沈振宇

上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼与黎玲玲其他合同纠纷二审民事判决书

上海市第二中级人民法院
民事判决书

(2018)沪02民终1541号

上诉人(原审被告):上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司,住所地上海市杨浦区。

法定代表人:解治琼,总经理。

委托诉讼代理人:王明坤,江苏苏明律师事务所律师。

上诉人(原审被告):解治琼,男,1979年4月30日出生,汉族,住辽宁省。

委托诉讼代理人:于彩霞,上海浦望律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):黎玲玲,女,1954年6月21日出生,汉族,住上海市长宁区。

委托诉讼代理人:李源清,上海赢火虫律师事务所律师。

原审第三人:童小琳,女,1976年1月3日出生,回族,户籍地上海市闵行区。

上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司(以下简称蔚蓝海岸公司)、解治琼因与被上诉人黎玲玲、原审第三人童小琳合同纠纷一案,不服上海市杨浦区人民法院(2017)沪0110民初1016号民事判决,向本院提起上诉。本院于2018年2月5日立案受理后,依法组成合议庭,对本案进行审理。本案现已审理终结。

上诉人蔚蓝海岸公司、解治琼上诉请求:撤销一审判决,发回重审或依法改判。事实与理由:

《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》(以下简称《股权认购协议》)上的公章是假的,黎玲玲款项进入的账户也是童晓玲私自开立的,一审法院仅凭蔚蓝海岸公司账户向黎玲玲转账4万元收益,就反推蔚蓝海岸公司收取黎玲玲股权投资款,有失偏颇。《股权认购协议》对蔚蓝海岸公司没有约束力,相应责任应由童小琳个人承担。即便蔚蓝海岸公司在公章、营业执照的管理上存在疏忽,也不应承担全部的责任,黎玲玲也应对其没有谨慎投资承担后果。综上,请求判如所请。

被上诉人黎玲玲辩称:不同意上诉人蔚蓝海岸公司、解治琼的请求和理由。《股权认购协议》的效力应综合合同签订时的情况整体判断,而不应仅依据公章真伪认定。黎玲玲根据当时的情况,完全有理由相信童小琳是蔚蓝海岸公司的实际控制人,其收款行为可以代表蔚蓝海岸公司。蔚蓝海岸公司金陵路支行账户向黎玲玲支付收益,只是进一步印证了《股权认购协议》的有效性。故《股权认购协议》有效且已得到履行,对蔚蓝海岸公司具有约束力。请求二审法院驳回上诉,维持原判。

原审第三人童小琳未到庭参加诉讼。

被上诉人黎玲玲向一审法院起诉请求:一、判令蔚蓝海岸公司返还黎玲玲人民币500,000元(以下币种同);二、判令蔚蓝海岸公司向黎玲玲支付利息(以500,000元为基数,以年利率15%为标准,自2014年6月4日计算至实际付清日止);三、判令解治琼对蔚蓝海岸公司上述第一、二项付款义务承担连带清偿责任。

一审法院认定事实:2014年6月3日,黎玲玲向童小琳个人账户汇款500,000元。

2015年12月30日,蔚蓝海岸公司作为甲方(股权转让方)、黎玲玲作为乙方(股权受让方),共同签订《股权认购协议》并约定:公司预计于2016年9月之前完成香港上市,为奖励公司中高层管理者在公司发展过程中所作贡献,……,甲方实施本次蔚蓝海岸员工持股计划,以蔚蓝海岸公司单一品牌旗下所有资产为基础进行评估,拟定总股本为5亿股,本次对员工持股计划拟以0.68元每股价格,总计出让5,000万股;乙方认购甲方735,300份股权,每份股权价格0.68元,认购款共500,000元;乙方应在2015年12月31日之前向蔚蓝海岸

公司招商银行上海分行金陵路支行账户汇入认购款；乙方签署协议后至证交所首次公开发行前，享有甲方股息和每年不低于 8% 的利润分红，甲方应将每年利润分红汇入黎玲玲名下中国民生银行尾号为 5370 的银行账户；若甲方于 2016 年 9 月 30 日前未完成香港上市，甲方承诺以乙方出资额年化 15% 收益率回购该部分股权；等等。

2016 年 2 月 26 日，蔚蓝海岸公司通过招商银行上海金陵路支行账户向黎玲玲跨行支付 40,000 元，摘要信息显示为“收益”。

经蔚蓝海岸公司申请，一审法院依法调取童小琳名下、开户行为招商银行上海长宁支行、卡号为 XXXXXXXXXXXXXXXX 的账户 2014 年 1 月 1 日至 2014 年 12 月 31 日交易流水。其上显示黎玲玲于 4 月 22 日向童小琳支付 35,000 元（一审审理中黎玲玲确认此款与本案无关）、6 月 3 日支付本案系争 500,000 元。另，流水明细显示童小琳通过该账户与解治琼于该年度存在多笔资金往来。

一审另查明：一、经童小琳介绍，案外人王志海出资 200,000 元，以每股 1 元的价格认购蔚蓝海岸公司 200,000 股股权，后产生纠纷，王志海于 2016 年 9 月诉至一审法院，案号为（2016）沪 0110 民初 14157 号。该案审理中，蔚蓝海岸公司就股权认购协议及金陵路支行账户开户材料中的公章申请司法鉴定。2017 年 3 月 27 日，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》（司鉴中心【2017】技鉴字第 328 号），认为股权认购协议上的公章与样本不一致，金陵路支行账户开户材料上的公章与样本一致。本案一审审理中，黎玲玲及蔚蓝海岸公司、解治琼一致表示不再要求对《股权认购协议》中蔚蓝海岸公司公章真实性进行鉴定，同意以前述《司法鉴定意见书》鉴定结论作为本案认定事实依据。但黎玲玲认为，即便本案系争《股权认购协议》中蔚蓝海岸公司公章印文与样本上印文不是同一枚印章盖印形成，亦不能否认《股权认购协议》的有效性。

二、在（2016）沪 0110 民初 14157 号案件审理中，解治琼陈述，童小琳在蔚蓝海岸公司无职务，2013 年其口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划。大约在 2016 年 1 月 15 日委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，并将该账户交由童小琳管理，该账户所涉网银、U 盾等均由童小琳掌管，内部员工持股的资金往来就是使用丽园路支行账户；金陵路支行账户的开设和使用蔚蓝海岸公司、解治琼并不知情。直至大量诉讼产生后，才知童小琳擅自开设了金陵路支行账户，从目前情况来看，两账户都是童小琳在实际控制。

三、2015 年 1 月 19 日至 2016 年 8 月 2 日蔚蓝海岸公司招商银行金陵路支行账户明细表显示，该账户与招商银行丽园路支行账户、童小琳个人账户之间互有资金往来。

四、2016 年 8 月，解治琼向上海市公安局杨浦分局报案，称被童小琳骗取资金共计 2,900 余万元，该局于 2016 年 12 月 15 日出具不予立案通知书。

五、解治琼在一审审理中确认，蔚蓝海岸公司并未在香港上市。

一审法院认为：本案主要争议焦点为：一、黎玲玲与蔚蓝海岸公司间的协议是否有效；二、若有效，解治琼是否应当对蔚蓝海岸公司的债务承担连带清偿责任。

关于争议焦点一，首先，蔚蓝海岸公司虽否认童小琳系其公司员工，但自认委托童小琳办理公司在香港上市业务；其次，招商银行上海金陵路支行账户设立时开户申请书上的公章与蔚蓝海岸公司提供的样本一致，且该账户与蔚蓝海岸公司另一个设立在招商银行丽园路支行的账户间有多次款项往来，故无论当时该账户的设立，是否系蔚蓝海岸公司委托童小琳，对外可以认定金陵路支行账户系蔚蓝海岸公司所有。黎玲玲将系争 500,000 元汇入童小琳个人账户，虽然没有证据直接证明童小琳于收款后立即将款项交付蔚蓝海岸公司，但从童小琳个人账户银行流水可以看出，童小琳与解治琼之间存在多笔大额资金往来，且黎玲玲于 2016 年 2 月 26 日收到蔚蓝海岸公司通过招商银行上海金陵路支行账户支付的收益款 40,000 元。结合上述情况，一审法院认定不能仅凭公章不一致便否认协议的效力，黎玲玲与童小琳以蔚蓝海岸公司名义签订的《股权认购协议》合法有效，双方均应按协议约定履行各自的义务。

现蔚蓝海岸公司未能在香港上市，黎玲玲要求蔚蓝海岸公司返还购股款 500,000 元，并按约支付利息的诉讼请求可予支持。

关于争议焦点二，蔚蓝海岸公司系一人有限责任公司，解治琼为该公司的唯一股东，解治琼在一审审理中，未能提供证据证明，公司财产独立于股东个人财产，依据相关法律规定，解治琼应当对公司的债务承担连带责任。

一审法院判决：一、蔚蓝海岸公司应于判决生效之日起十日内退还黎玲玲 500,000 元；二、蔚蓝海岸公司应于判决生效之日起十日内支付黎玲玲利息（以 500,000 元为基数，自 2016 年 10 月 1 日起计算至实际付清之日止，按年利率 15% 计算）；三、解治琼对蔚蓝海岸公司上述第一项至第二项付款义务承担连带清偿责任。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费 11,276 元，由蔚蓝海岸公司、解治琼共同负担。此款，蔚蓝海岸公司、解治琼应于判决生效之日起七日内付至一审法院。

二审中，蔚蓝海岸公司、解治琼提交证据：一、律师与一审法院法官的谈话录音，证明一审法院处理本案时涉嫌受贿；二、童小琳的视频，证明童小琳承认私刻蔚蓝海岸公司公章、私开账户，承认自己欺骗朋友，并承诺还款给蔚蓝海岸公司和解治琼；三、鉴定报告，证明《股权认购协议》上的公章是童小琳伪造的；四、张洁胜诉判决书，证明童小琳以借贷和代持股方式骗取朋友张洁的 100 万元，法院判令童小琳承担全部责任；五、黎玲玲与童小琳之间的转账记录，证明黎玲玲的资金进入童小琳的个人账户，与蔚蓝海岸公司没有任何关系。黎玲玲的质证意见：对证据一的真实性不予认可；对证据二真实性不予认可；对鉴定报告真实性无异议，一审法院也明确以司鉴中心【2017】技鉴字第 328 号为准；对证据四真实性无异议，但该案法律关系与本案不同，该案投资人与蔚蓝海岸公司没有合同关系，该判决对事实的认定和判决结果不能作为本案的参考；对证据五真实性不认可。

黎玲玲提交证据《蔚蓝海岸公司员工持股计划书》，证明蔚蓝海岸公司 2014 年度对于员工持股计划有详尽的安排，间接印证黎玲玲在 2014 年 12 月前与童小琳签订股权代持协议，之后员工持股计划出来后，黎玲玲又签订本案《股权认购协议》的事实。蔚蓝海岸公司对员工持股计划书的真实性不予认可，蔚蓝海岸公司的员工持股计划只是停留在理论层面，该计划书是童小琳一手炮制的，蔚蓝海岸公司对此不知情。

本院经审理查明，一审查明事实属实，本院予以确认。

本院认为，本案争议焦点为童小琳与黎玲玲签订《股权认购协议》的行为系其个人行为还是蔚蓝海岸公司的行为，亦即相应的法律后果应由谁承担。对于黎玲玲而言，如其所述，在童小琳向其出示蔚蓝海岸公司员工持股计划书后，即在原先与童小琳个人签订蔚蓝海岸公司股权代持协议的基础上，基于童小琳持有蔚蓝海岸公司公章的表面事实，与童小琳签订了《股权认购协议》。黎玲玲据此判断其股权投资相对方系蔚蓝海岸公司并不存在主观过失，童小琳的行为在客观上形成具有代表蔚蓝海岸公司的表象，即该行为系属蔚蓝海岸公司的行为。蔚蓝海岸公司以童小琳持有的公章与蔚蓝海岸公司企业注册资料所加盖印章不一致，以及此后向黎玲玲支付收益的招商银行金陵路支行账户系未经其授权私自开设等事由作为抗辩，系属对黎玲玲课以过高的注意义务，既不现实也不合理，本院不予支持。一审庭审中，蔚蓝海岸公司自述，2013 年其口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划，并曾委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，另结合蔚蓝海岸公司与童小琳开具两个银行账户均有频繁资金往来等事实，本院认为，蔚蓝海岸公司所称其对包括本案在内的童小琳经手的融资行为概不知情，不合常理，本院难以采纳。综上，蔚蓝海岸公司应对童小琳与黎玲玲签订《股权认购协议》的行为承担相应的法律后果。现因投资目的无法实现，黎玲玲要求蔚蓝海岸公司将投资款项返还并支付相应利息，一审法院予以支持，合法有据，本院予以确认。蔚蓝海岸公司系解治琼一人持股的一人有限责任公司，现无证据证明蔚蓝海岸公司财产独立

于解治琼个人财产，解治琼依法应对蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。综上所述，蔚蓝海岸公司、解治琼的上诉理由依据不足，本院不予支持。一审法院认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 10,490 元，由上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼共同负担。本判决为终审判决。

审判长 张晓菁

审判员 李非易

审判员 王曦

二〇一八年三月一日

书记员 杜自强

上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼与王琳琳股权转让纠纷二审民事判决书

上海市第二中级人民法院
民事判决书

(2018)沪02民终1647号

上诉人(原审被告):上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司,住所地上海市杨浦区。

法定代表人:解治琼,执行董事。

委托诉讼代理人:王明坤,江苏苏明律师事务所律师。

上诉人(原审被告):解治琼,男,1979年4月30日出生,汉族,住辽宁省。

委托诉讼代理人:于彩霞,上海浦望律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):王琳琳,女,1959年12月13日生,汉族,住广东省深圳市。

委托诉讼代理人:李源清,上海赢火虫律师事务所律师。

原审第三人:童小琳,女,1976年1月3日出生,回族,户籍地上海市闵行区。

上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司(以下简称蔚蓝海岸公司)、解治琼因与被上诉人王琳琳、原审第三人童小琳合同纠纷一案,不服上海市杨浦区人民法院(2017)沪0110民初1022号民事判决,向本院提起上诉。本院于2018年2月6日立案受理后,依法组成合议庭,对本案进行审理。本案现已审理终结。

上诉人蔚蓝海岸公司、解治琼上诉请求:撤销一审判决,发回重审或依法改判。事实与理由:

《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》(以下简称《股权认购协议》)上的公章是假的,王琳琳款项进入的账户也是童晓玲私自开立的,一审法院仅凭蔚蓝海岸公司账户向王琳琳转过8万余元收益,就反推蔚蓝海岸公司收取王琳琳股权投资款,有失偏颇,《股权认购协议》对蔚蓝海岸公司没有约束力,相应责任应由童小琳个人承担。即便蔚蓝海岸公司在公章、营业执照的管理上存在疏忽,也不应承担全部的责任,王琳琳也应对其没有谨慎投资承担后果。综上,请求判如所请。

被上诉人王琳琳辩称:不同意上诉人蔚蓝海岸公司、解治琼的请求和理由。《股权认购协议》的效力应综合合同签订时的情况整体判断,而不应仅依据公章真伪认定。王琳琳根据当时的情况,完全有理由相信童小琳是蔚蓝海岸公司的实际控制人,其收款行为可以代表蔚蓝海岸公司。蔚蓝海岸公司金陵路支行账户向王琳琳支付收益,只是进一步印证了《股权认购协议》的有效性。故《股权认购协议》有效且已得到履行,对蔚蓝海岸公司具有约束力。请求二审法院驳回上诉,维持原判。

原审第三人童小琳未到庭参加诉讼。

被上诉人王琳琳向一审法院诉讼请求:一、判令蔚蓝海岸公司返还王琳琳人民币1,006,400元(以下币种同);二、判令蔚蓝海岸公司向王琳琳支付利息(以1,006,400元为基数,以年利率15%为标准,自2016年10月1日起算至实际清偿日止);三、判令解治琼对蔚蓝海岸公司上述第一、二项付款义务承担连带责任。

一审法院认定事实:2014年8月8日,王琳琳向童小琳个人账户汇款1,006,400元。

2015年12月30日,蔚蓝海岸公司作为甲方(股权转让方)、王琳琳作为乙方(股权受让方),共同签订《股权认购协议》并约定:公司预计于2016年9月之前完成香港上市,为奖励公司中高层管理者在公司发展过程中所作贡献,……,甲方实施本次蔚蓝海岸员工持股计划,以蔚蓝海岸公司单一品牌旗下所有资产为基础进行评估,拟定总股本为5亿股,本次对员工持股计划拟以0.68元每股价格,总计出让5,000万股;乙方认购甲方XXXXXXX份股权,每份股权价格0.68元,认购款共1,006,400元;乙方应在2015年12月31日之前向蔚蓝海

岸公司招商银行上海分行金陵路支行账户汇入认购款；乙方签署协议后至证交所首次公开发行前，享有甲方股息和每年不低于 8% 的利润分红，甲方应将每年利润分红汇入王琳琳名下招商银行尾号为 5577 的银行账户；若甲方于 2016 年 9 月 30 日前未完成香港上市，甲方承诺以乙方出资额年化 15% 收益率回购该部分股权；等等。

2016 年 2 月 3 日，蔚蓝海岸公司通过招商银行上海金陵路支行账户向王琳琳跨行支付 80512 元，摘要信息显示为“分红”。

经蔚蓝海岸公司申请，一审法院依法调取童小琳名下、开户行为招商银行上海长宁支行、卡号为 XXXXXXXXXXXXXXXX 的账户 2014 年 1 月 1 日至 2014 年 12 月 31 日交易流水。其上显示王琳琳于 1 月 21 日向童小琳支付 100,000 元、童小琳于 2 月 17 日向王琳琳支付 100,000 元（一审审理中王琳琳确认上述两笔款项与本案无关，是王琳琳与童小琳之间的借贷关系），王琳琳于 8 月 8 日向童小琳支付 1,006,400 元（一审审理中王琳琳称该笔此款即系争股权认购款），王琳琳于 12 月 16 日向童小琳支付 150,000 元（一审审理中王琳琳确认此款与本案无关，是王琳琳与童小琳之间的借贷关系，该笔借款童小琳也已经向王琳琳还清）。另，流水明细显示童小琳通过该账户与解治琼于该年度存在多笔资金往来。且一审审理中，解治琼自认其与童小琳自 2012 年开始至今有 2,000 多万元的资金往来。

一审另查明：一、经童小琳介绍，案外人王志海出资 200,000 元，以每股 1 元的价格认购蔚蓝海岸公司 200,000 股股权，后产生纠纷，王志海于 2016 年 9 月诉至一审法院，案号为（2016）沪 0110 民初 14157 号。该案审理中，蔚蓝海岸公司就股权认购协议及金陵路支行账户开户材料中的公章申请司法鉴定。2017 年 3 月 27 日，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》（司鉴中心【2017】技鉴字第 328 号），认为股权认购协议上的公章与样本不一致，金陵路支行账户开户材料上的公章与样本一致。本案一审审理中，王琳琳同意以前述《司法鉴定意见书》鉴定结论作为本案认定事实依据。但王琳琳认为，即便本案系争《股权认购协议》中蔚蓝海岸公司公章印文与样本上印文不是同一枚印章盖印形成，亦不能否认《股权认购协议》的有效性。

二、在（2016）沪 0110 民初 14157 号案件审理中，解治琼陈述，童小琳在蔚蓝海岸公司无职务，2013 年其口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划。大约在 2016 年 1 月 15 日委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，并将该账户交由童小琳管理，该账户所涉网银、U 盾等均由童小琳掌管，内部员工持股的资金往来就是使用丽园路支行账户；金陵路支行账户的开设和使用并不知情。直至大量诉讼产生后，才知童小琳擅自开设了金陵路支行账户，从目前情况来看，两账户都是童小琳在实际控制。

三、2015 年 1 月 19 日至 2016 年 8 月 2 日蔚蓝海岸公司招商银行金陵路支行账户明细表显示，该账户与招商银行丽园路支行账户、童小琳个人账户之间互有资金往来。

四、2016 年 8 月，解治琼向上海市公安局杨浦分局报案，称被童小琳骗取资金共计 2,900 余万元，该局于 2016 年 12 月 15 日出具不予立案通知书。

五、解治琼在一审审理中确认，蔚蓝海岸公司并未在香港上市。

一审法院认为：本案主要争议焦点为：一、王琳琳与蔚蓝海岸公司间的协议是否有效；二、若有效，解治琼是否应当对蔚蓝海岸公司的债务承担连带清偿责任。

关于争议焦点一，首先，蔚蓝海岸公司虽否认童小琳系其公司员工，但自认自 2013 年即开始委托童小琳办理公司在香港上市业务及员工持股计划；其次，招商银行上海金陵路支行账户设立时开户申请书上的公章与蔚蓝海岸公司提供的样本一致，且该账户与蔚蓝海岸公司另一个设立在招商银行丽园路支行的账户间有多次款项往来，故无论当时该账户的设立，是否系蔚蓝海岸公司委托童小琳，对外可以认定金陵路支行账户系蔚蓝海岸公司所有；再次，王琳琳将系争 1,006,400 元汇入童小琳个人账户，虽然没有证据直接证明童小琳于收款后立即将款项交付蔚蓝海岸公司，但从童小琳个人账户银行流水可以看出，童小琳与解治琼之间

存在多笔大额资金往来；最后，王琳琳于 2016 年 2 月 3 日收到蔚蓝海岸公司通过招商银行上海金陵路支行账户支付的一年时间的分红 80,512 元。结合上述情况，一审法院认定不能仅凭公章不一致便否认协议的效力，王琳琳与童小琳以蔚蓝海岸公司名义签订的《股权认购协议》合法有效，王琳琳向童小琳支付的 1,006,400 元已经转为履行该协议项下的股权认购款。按照协议约定，蔚蓝海岸公司未能在香港上市，王琳琳要求蔚蓝海岸公司返还购股款，并按约支付利息的诉讼请求，可予支持。

关于争议焦点二，蔚蓝海岸公司系一人有限责任公司，解治琼为该公司的唯一股东，解治琼在审理中，未能提供证据证明，公司财产独立于股东个人财产，依据相关法律规定，解治琼应当对公司的债务承担连带责任。

一审法院判决：一、蔚蓝海岸公司应于判决生效之日起十日内退还王琳琳 1,006,400 元；二、蔚蓝海岸公司应于判决生效之日起十日内支付王琳琳利息（以 1,006,400 元为基数，自 2016 年 10 月 1 日起计算至实际付清之日止，按年利率 15% 计算）；三、解治琼对蔚蓝海岸公司上述第一项至第二项付款义务承担连带清偿责任。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费 13,858 元，由蔚蓝海岸公司、解治琼共同负担。此款，蔚蓝海岸公司、解治琼应于判决生效之日起七日内付至一审法院。

二审中，蔚蓝海岸公司、解治琼提交证据：一、律师与一审法院法官的谈话录音，证明一审法院处理本案时涉嫌受贿；二、童小琳的视频，证明童小琳承认私刻蔚蓝海岸公司公章、私开账户，承认自己欺骗朋友，并承诺还款给蔚蓝海岸公司和解治琼；三、鉴定报告，证明《股权认购协议》上的公章是童小琳伪造的；四、张洁胜诉判决书，证明童小琳以借贷和代持股方式骗取朋友张洁的 100 万元，法院判令童小琳承担全部责任；五、王琳琳与童小琳之间的转账记录，证明王琳琳的资金进入童小琳的个人账户，与蔚蓝海岸公司没有任何关系。王琳琳的质证意见：对证据一的真实性不予认可；对证据二真实性不予认可；对鉴定报告的真实性无异议，一审法院也已明确以司鉴中心【2017】技鉴字第 328 号为准；对证据五真实性无异议，但该案法律关系与本案不同，该案投资人与蔚蓝海岸公司没有合同关系，该判决对事实的认定和判决结果不能作为本案的参考；对证据六真实性不认可。

王琳琳提交证据《蔚蓝海岸公司员工持股计划书》，证明蔚蓝海岸公司 2014 年度对于员工持股计划有详尽的安排，间接印证王琳琳在 2014 年 12 月前与童小琳签订股权代持协议，之后员工持股计划出来后，王琳琳又签订本案《股权认购协议》的事实。蔚蓝海岸公司对员工持股计划书的真实性不予认可，蔚蓝海岸公司的员工持股计划只是停留在理论层面，该计划书是童小琳一手炮制的，蔚蓝海岸公司对此不知情。

本院经审理查明，一审查明事实属实，本院予以确认。

本院认为，本案争议焦点为童小琳与王琳琳签订《股权认购协议》的行为系其个人行为还是蔚蓝海岸公司的行为，亦即相应的法律后果应由谁承担。对于王琳琳而言，如其所述，在童小琳向其出示蔚蓝海岸公司员工持股计划书后，即在原先与童小琳个人签订蔚蓝海岸公司股权代持协议的基础上，基于童小琳持有蔚蓝海岸公司公章的表面事实，与童小琳签订了《股权认购协议》。王琳琳据此判断其股权投资相对方系蔚蓝海岸公司并不存在主观过失，童小琳的行为在客观上形成具有代表蔚蓝海岸公司的表象，即该行为系属蔚蓝海岸公司的行为。蔚蓝海岸公司以童小琳持有的公章与蔚蓝海岸公司企业注册资料所加盖印章不一致，以及此后向王琳琳支付收益的招商银行金陵路支行账户系未经其授权私自开设等事由作为抗辩，系属对王琳琳科以过高的注意义务，既不现实也不合理，本院不予支持。一审庭审中，蔚蓝海岸公司自述，2013 年其口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划，并曾委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，另结合蔚蓝海岸公司与童小琳开立的两个银行账户均有频繁资金往来等事实，本院认为，蔚蓝海岸公司所称其对包括本案在内的童小琳经

手的融资行为概不知情，不合常理，本院难以采纳。综上，蔚蓝海岸公司应对童小琳与王琳琳签订《股权认购协议》的行为承担相应的法律后果。现因投资目的无法实现，王琳琳要求蔚蓝海岸公司将投资款项返还并支付相应利息，一审法院予以支持，合法有据，本院予以确认。蔚蓝海岸公司系解治琼一人持股的一人有限责任公司，现无证据证明蔚蓝海岸公司财产独立于解治琼个人财产，解治琼依法应对蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。综上所述，蔚蓝海岸公司、解治琼的上诉理由依据不足，本院不予支持。一审法院认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 13,858 元，由上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼共同负担。
本判决为终审判决。

审判长 张晓菁

审判员 李非易

审判员 王曦

二〇一八年三月一日

书记员 杜自强

上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼与王志海股权转让纠纷二审民事判决书

上海市第二中级人民法院
民事判决书

(2017)沪02民终9195号

上诉人(原审被告):上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司,住所地上海市杨浦区。

法定代表人:解治琼,执行董事。

上诉人(原审被告):解治琼,男,1979年4月30日出生,汉族,户籍地辽宁省,现住上海市杨浦区。

上列两上诉人共同委托诉讼代理人:陶武平,北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

上列两上诉人共同委托诉讼代理人:沈东骏,北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):王志海,男,1975年10月12日出生,汉族,户籍地河北省张家口市。

委托诉讼代理人:张晓雪,上海山田律师事务所律师。

委托诉讼代理人:金鑫,上海山田律师事务所律师。

上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司(以下简称蔚蓝海岸公司)、解治琼因与被上诉人王志海其他合同纠纷一案,不服上海市杨浦区人民法院(2016)沪0110民初14157号民事判决,向本院提起上诉。本院于2017年9月26日立案受理后,依法组成合议庭,对本案进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼上诉请求:撤销一审判决,发回重审或依法驳回被上诉人一审诉请。事实与理由:一、程序错误。本案当事人对案件事实存在巨大争议,依法不应适用简易程序审理。一审未追加童小琳这一关键人物为案件诉讼当事人,导致案件事实无法查清。二、认定事实错误。童小琳私刻公章开立银行账户并对外签订合同,将所得款项侵占使用,蔚蓝海岸公司并不知晓,也不应当承担法律责任,童小琳的行为涉嫌刑事犯罪,依法应当移送公安,本案应当中止审理。三、蔚蓝海岸公司虽未变更工商登记,但其经过融资,现已实际上是由众多股东组成的普通有限责任公司,解治琼承担连带责任既不符合客观事实,也不符合公司法有关一人公司股东承担连带责任的立法本意。综上,请求判如所请。

被上诉人王志海辩称:不同意上诉人的请求和理由。一审判决事实正确。一审已经查明,蔚蓝海岸公司有丽园路和金陵路支行账户,且两个账户有资金往来,也自认往来中的人民币112万元(以下币种均为人民币)适用于支付员工退股款,因此,蔚蓝海岸公司所称童小琳系私自开立账户,其不知晓账户情况的情形并不存在。同时,本案合同已实际履行,蔚蓝海岸公司自认委托童小琳办理上市业务,合同上有其签字及公章,可以认定是蔚蓝海岸公司的真实意思表示,王志海按约将款项打入金陵路支行账户,已经完成合同义务,因此不能以公章与样本有异而否定合同,本案也不存在回购问题。另外,一审法院适用简易程序无误,童小琳并非合同相对方,也非第三人,不必列为诉讼当事人。解治琼未能证明个人财产独立于公司财产,其应当承担连带责任。请求二审法院驳回上诉,维持原判。

被上诉人王志海向一审法院起诉请求:1、解除双方《股权认购协议》,上诉人蔚蓝海岸公司返还被上诉人股权价款人民币(以下所涉币种均指人民币)20万元及利息(以20万元为基数,按年化15%利率计算,自2016年4月26日计算至实际付清日止);2、上诉人蔚蓝海岸公司赔偿被上诉人损失,律师费19,000元;3、上诉人解治琼承担连带赔偿责任。

一审法院认定事实：2016 年 4 月 26 日，童小琳以上诉人蔚蓝海岸公司名义与被上诉人签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》，约定：被上诉人认购蔚蓝海岸公司员工持股计划下 20 万份股权，每份股权价格 1 元，认购款共 20 万元，协议签订后三个工作日内向蔚蓝海岸公司金陵路支行账户支付 50% 认购款，另外 50% 于 2015 年 5 月 28 日前支付。被上诉人签署协议后至证交所首次公开发发行前，享有蔚蓝海岸公司股息和每年不低于 8% 的利润分红。如蔚蓝海岸公司于 2016 年 11 月 30 日前未完成上市，蔚蓝海岸公司承诺以被上诉人出资额年化 15% 收益率回购股权。2016 年 4 月 28 日及同年 5 月 20 日，被上诉人分两次各转账 10 万元至蔚蓝海岸公司招行金陵路支行账户，共计 20 万元，转款摘要均为“购股款”。被上诉人另提供上海山田律师事务所发票一张，证明已支付律师费 19,000 元。

一审另查明，1、因上诉人蔚蓝海岸公司就股权认购协议及金陵路支行账户开户材料中的公章申请司法鉴定。2017 年 3 月 27 日，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》，认为股权认购协议上的公章与样本不一致，金陵路支行账户开户材料上的公章与样本一致。

2、上诉人解治琼在审理中陈述，童小琳在上诉人蔚蓝海岸公司无职务，2013 年口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划。大约在 2016 年 1 月 15 日委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，并将该账户交由童小琳管理，该账户所涉网银、U 盾等都由童小琳掌管，内部员工持股的资金往来就是使用丽园路支行账户；金陵路支行账户的开设和使用上诉人并不知情。直至被上诉人诉讼后，才知童小琳擅自开设了金陵路支行账户，从目前情况来看，两账户都是童小琳在实际控制。

3、2015 年 1 月 19 日至 2016 年 8 月 2 日上诉人蔚蓝海岸公司招商银行金陵路支行账户明细表显示，该账户与招商银行丽园路支行账户间互有资金往来。

4、2016 年 8 月 8 日，上诉人解治琼向上海市公安局杨浦分局报案，称被童小琳骗取资金共计 2,900 余万元，该局于 2016 年 12 月 15 日出具不予立案通知书。

5、上诉人解治琼在审理中确认，上诉人蔚蓝海岸公司并未在香港上市。

一审法院认为：本案主要争议焦点为：1、被上诉人与上诉人蔚蓝海岸公司间的协议是否有效；2、若有效，上诉人解治琼是否应当对上诉人蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。

关于争议焦点一，首先，上诉人蔚蓝海岸公司虽否认童小琳系其公司员工，但自认委托童小琳办理公司在香港上市业务；其次，招商银行金陵路支行账户设立时开户申请书上的公章与上诉人提供的样本一致，且该账户与上诉人蔚蓝海岸公司另一个设在招商银行丽园路支行的账户间有多次款项往来，故无论当时设立时，是否系上诉人蔚蓝海岸公司委托童小琳，对外可以认定金陵路支行账户系上诉人蔚蓝海岸公司设立的。本案所涉股权认购协议上的公章确与上诉人蔚蓝海岸公司提供的样本不一致，但该协议上明确投资款转入的账户确为上诉人蔚蓝海岸公司所设，事后，被上诉人按协议约定将投资款 20 万元划入招商银行金陵路支行账户，结合上述情况，一审法院认定被上诉人与童小琳以上诉人蔚蓝海岸公司名义签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》上的公章虽与上诉人蔚蓝海岸公司提供的样本有异，但不能仅凭公章不一致便否认协议的效力，故该协议合法有效。双方均应按协议约定履行各自的义务。现上诉人蔚蓝海岸公司不能在香港上市，被上诉人要求解除协议的请求可予支持。协议解除后，上诉人蔚蓝海岸公司应将被上诉人所购股权款退还，并按约定向被上诉人支付利息，并赔偿被上诉人为此支出的相关律师费用。

关于争议焦点二，上诉人蔚蓝海岸公司系一人有限责任公司，上诉人解治琼为该公司的唯一股东，上诉人解治琼在审理中，未能提供证据证明，公司财产独立于股东个人财产，依据相关法律规定，上诉人解治琼应当对公司的债务承担连带责任。

一审法院判决：一、被上诉人王志海与上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司 2016 年 4 月 26 日签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》于判决生效之日解除；二、上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于判决生效之日起十日内退还被上诉人王志海人民币 200,000 元；三、上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于判决生效之日起十日内支付被上诉人王志海利息，以人民币 200,000 元为基数，自 2016 年 12 月 1 日起计算至实际付清日止，按年利率 15% 计算；四、上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于判决生效之日起十日内赔偿被上诉人王志海律师费损失人民币 19,000 元；五、上诉人解治琼对上述第二项至第四项付款义务承担连带责任。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费人民币 4,718 元，适用简易程序，减半收取计人民币 2,359 元，保全费人民币 1,520 元，鉴定费人民币 11,600 元，合计人民币 15,479 元，由上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、上诉人解治琼共同负担。

二审中，双方当事人均未提交新证据。本院经审理查明，一审查明事实属实，本院予以确认。本院认为，本案争议焦点为童小琳与王志海签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》的行为系其个人行为还是蔚蓝海岸公司的行为，亦即相应的法律后果应由谁承担。对于王志海而言，童小琳在其签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》时持有蔚蓝海岸公司的公章，王志海按照协议约定的户名为蔚蓝海岸公司招商银行上海分行金陵支行的账户转账 60 万元，王志海据此判定其股权投资相对方系蔚蓝海岸公司并不存在主观过失，童小琳的行为在客观上形成具有代表蔚蓝海岸公司的表象，即该行为系属蔚蓝海岸公司的行为。蔚蓝海岸公司以童小琳持有的公章与蔚蓝海岸公司企业注册资料所加盖印章不一致，以及收款账户招商银行金陵路支行账户系未经其授权私自开设等事由作为抗辩，系属对王志海课以过高的注意义务，既不现实也不合理，本院不予支持。综上，蔚蓝海岸公司应对童小琳与王志海签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》的行为承担相应的法律后果。现因投资目的无法实现，王志海要求蔚蓝海岸公司将投资款项返还并支付相应利息，一审法院予以支持，合法有据，本院予以确认。本院另核查，一审法院在本案审理中，适用简易程序，以及不追加童小琳为诉讼当事人，并不存在程序错误，也无需中止审理。另外，蔚蓝海岸公司所称该公司实质已非一人有限责任公司，没有事实依据，解治琼依法应对蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。综上所述，上诉人的上诉理由依据不足，本院不予支持。一审法院认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 9,436 元，由上诉人上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司负担 4,718 元，上诉人解治琼负担 4,718 元。

本判决为终审判决。

审判长 张晓菁

审判员 李非易

代理审判员 王曦

二〇一七年十月十七日

书记员 沈振宇

上海星聚投资管理有限公司与南京钢铁联合有限公司股权转让纠纷一案一审民事判决书

民事判决书

(2014)苏商初字第 0016 号

原告上海星聚投资管理有限公司，住所地在上海市普陀区东新路 248 号 3 楼 308 室 F。

法定代表人王建伦，该公司执行董事。

委托代理人侯钟鲁，江苏天淦律师事务所律师。

被告南京钢铁联合有限公司，住所地在江苏省南京市六合区卸甲甸。

法定代表人杨思明，该公司董事长。

委托代理人王一冰，江苏致邦律师事务所律师。

委托代理人毛禾枫，江苏致邦律师事务所律师。

原告上海星聚投资管理有限公司（简称上海星聚公司）诉被告南京钢铁联合有限公司（简称南京钢铁公司）股权转让纠纷一案，本院于 2014 年 7 月 15 日受理后，依法组成合议庭，于 2014 年 9 月 22 日公开开庭进行了审理。原告上海星聚公司的委托代理人侯钟鲁，被告南京钢铁公司的委托代理人王一冰到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告上海星聚公司起诉称：上海星聚公司和南京钢铁公司于 2009 年签订了《股权转让合同》，约定由上海星聚公司受让南京钢铁公司持有的华泰证券股份有限公司（简称华泰证券公司）2.986%股权（共计 143786827 股），转让价款为 143786827 元；受让方未来对外减持或转让股权所获全部增值部分收益归属转让方。之后，华泰证券公司上市，案涉股权市值已高达七、八亿元，而根据合同约定，案涉股权一旦转让，南京钢铁公司将获得巨大收益，上海星聚公司却仅能获得几年的分红款。可见，上述约定违背了公平交易规则，显失公平，应属无效。请求判令：确认上海星聚公司和南京钢铁公司于 2009 年签订的《股权转让合同》第 2 条第 2.2 款中关于“受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益”属于股权转让价款、归属股权转让方的约定无效。

被告南京钢铁公司答辩称：一、案涉《股权转让合同》是双方当事人的真实意思表示，且权利分配清晰。该合同明确约定股权转让价款由两部分组成，并非 143786827 元，还包括受让方未来减持或转让股权所获得的增值部分。二、《股权转让合同》双方当事人权利义务对等，不存在显失公平的情形。一方面，该合同签订的背景是南京钢铁公司当时持有三家证券公司的股权，但中国证券监督管理委员会规定同一单位参股证券公司的数量不得超过两家，故为了配合华泰证券公司上市，南京钢铁公司将案涉股权进行转让。股权转让方与受让方均清楚案涉股权在华泰证券公司上市后将大幅增值，转让时的实际价值就远远超过 143786827 元，故双方约定股权转让价款由 143786827 元及未来收益两部分组成，这两部分完整不可分割。上海星聚公司要求把两部分价款进行分割，仅以 143786827 元取得案涉股权，不合情理。另一方面，上海星聚公司投入 143786827 元，在 4 年内即已获得 8000 余万元分红款，收益可观。三、上海星聚公司所主张的“显失公平”并不属于法律规定的合同条款无效情形，且如以该理由行使撤销权亦超过了一年的法定期间。综上，请求驳回上海星聚公司的诉讼请求。原告上海星聚公司为证明其主张，提交了下列证据：

- 1、上海星聚公司与南京钢铁公司签订的《股权转让合同》。用以证明《股权转让合同》第 2 条第 2.2 款的争议内容显失公平，应认定无效。
- 2、2010 年 1 月 5 日的上海银行业务委托书（回单）一份。用以证明上海星聚公司已向南京钢铁公司支付了 143786827 元。

对上海星聚公司提交的上述证据，南京钢铁公司质证认为：对证据 1 的真实性无异议，但不能证明争议合同条款无效；对证据 2 的真实性无异议，上海星聚公司已按约支付了第一部分股权转让款 143786827 元。

被告南京钢铁公司为证明其观点，提交了下列证据：

1、上海星聚公司与南京钢铁公司签订的《备忘录》。用以证明双方对于股权转让价款及权利分配是清楚的，且合法合理，不存在显失公平的情形。

2、中国证券监督管理委员会颁布的《关于证券公司控制关系的认定标准及相关指导意见》。用以证明案涉股权转让的背景之一是，中国证券监督管理委员会规定同一单位参股证券公司数量不得超过两家，而南京钢铁公司在 2009 年参股了三家证券公司，为了配合华泰证券公司上市，南京钢铁公司将案涉股权转让。

3、《华泰证券股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》、《华泰证券股份有限公司首次公开发行 A 股股票上市公告书》及《华泰证券股份有限公司首次公开发行限售股上市流通公告》。用以进一步证明案涉股权转让的背景，即上海星聚公司系在华泰证券公司即将上市前取得案涉股权，双方清楚该股权上市后的价值将远超 143786827 元，故约定的股权转让价款还包括未来增值，南京钢铁公司并无仅以 143786827 元转让股权的意思表示。

4、华泰证券公司 2010 年度至 2013 年度每年利润分配实施公告。用以证明上海星聚公司受让的案涉股权每年的投资回报率在 14% 左右，收益可观，并不存在显失公平的情形。

对南京钢铁公司提交的上述证据，上海星聚公司质证认为：对证据 1 的真实性无异议，但《备忘录》实际属于《股权转让合同》的一部分，上海星聚公司提起本案诉讼是要求确认该合同部分条款无效，故该合同所属附件中有关价款的约定亦应无效；对证据 2 的真实性无异议，对南京钢铁公司陈述的转让背景亦无异议；对证据 3 的真实性无异议，但该证据不能证明南京钢铁公司的观点；对证据 4 的真实性无异议，但该证据不能证明案涉争议条款不构成显失公平，因为案涉股权市值在华泰证券公司上市后上升至七、八亿元左右，合同却约定该部分增值收益属于股权转让方，故上海星聚公司目前所获得的 8000 余万元分红收益并不能改变股权转让价款显失公平的事实。

本院认为：南京钢铁公司提交的证据 3 之《华泰证券股份有限公司首次公开发行限售股上市流通公告》，与本案不具有关联性，本院不将其作为本案认定事实的依据。对于上海星聚公司、南京钢铁公司所举证据中的其余证据，双方当事人均认可其真实性，且这些证据均与本案有关联，可以作为本案认定事实的依据。

本院经审理查明：根据中国证券监督管理委员会颁布的《关于证券公司控制关系的认定标准及相关指导意见》等要求，南京钢铁公司于 2009 年 11 月与上海星聚公司签订《股权转让合同》，约定南京钢铁公司将其持有的华泰证券公司股权（持股比例 2.986%，共计 143786827 股）一次性全部转让给上海星聚公司。该合同第 2 条就“股权转让的价款”作了约定，其中第 2.2 款的内容为：“股权转让价款由以下两部分相加组成：第一，人民币 143786827 元；第二，受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益。”该合同第 3 条就“股权转让价款的支付方式和期限”作了约定，内容为“受让方承诺在政府相关部门审核批准股权转让及华泰证券办理完毕股东变更登记后 20 个工作日内支付完毕上述 2.2 款第一条约定的款项，未来对外减持或转让华泰证券股权后 10 个工作日内将上述 2.2 款第二条约定的转让价款支付给转让方”。该合同第 5 条就“股权转让后的股东权利及转让股权的权益享受”作了约定，即自合同生效之日起，转让方享有的股东权利（包括持有期间所得分红收益）由受让方享有。

除上述《股权转让合同》外，南京钢铁公司与上海星聚公司还签订了一份《备忘录》。该《备忘录》载明：双方针对《股权转让合同》的内容形成《备忘录》，在履行《股权转让合同》时共同遵照执行；《股权转让合同》第 5 条所述股权转让后由上海星聚公司享有的“股东权

利”是指，除“受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益”以外的一切股东权利，包括但不限于股东身份权利、参与决策权、红利分配权等；上海星聚公司尽可能在获得该股权之日起 5 年内对外转让，并向南京钢铁公司支付《股权转让合同》第 2 条约定的股权转让价款的第二部分，即股权转让全部增值部分收益；如上海星聚公司在 5 年内未全部完成该股权对外转让，则一经南京钢铁公司通知，上海星聚公司应在 3 个交易日内转让剩余股权并将所获增值部分收益支付给南京钢铁公司；上海星聚公司亦可选择继续持有剩余股权，但应在南京钢铁公司通知后 3 个工作日内将按上述 5 年期满当天的股票价款折算的剩余股权增值部分收益支付给南京钢铁公司，支付完毕后，上海星聚公司获得剩余股权全部完整的股东权利，包括对外减持或转让剩余股权所获增值部分收益；如《股权转让合同》与《备忘录》存在冲突，以《备忘录》为准。

合同签订后，上海星聚公司向南京钢铁公司支付了 143786827 元，并办理了股东变更登记。此外，《华泰证券股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》、《华泰证券股份有限公司首次公开发行 A 股股票上市公告书》披露了下列信息：（1）2007 年，南京钢铁集团有限公司将其所持华泰证券公司股权转让给南京钢铁公司，转让价格为每股 1.42 元。（2）2008 年 11 月 19 日，华泰证券公司向股东分配股利 10.04 亿元，当年公司净利润为 12.53 亿元；2009 年度未向股东分配股利，当年公司净利润为 37.95 亿元。（3）截止 2008 年 9 月 30 日，华泰证券公司每股净资产为 2.27 元；截止 2009 年 12 月 31 日，华泰证券公司每股净资产为 2.89 元。（4）华泰证券公司首次公开发行股票的日期为 2010 年 2 月 9 日，股票类型为人民币普通股，每股面值为 1 元，每股发行价格为 20 元，依 2009 年全年净利润计算，发行后每股盈利 0.68 元，发行后每股净资产为 5.26 元。

2010 年 2 月 26 日，华泰证券公司 A 股股票在上海证券交易所上市交易。根据华泰证券公司利润分配实施公告，其 2010 年度至 2013 年度每年的利润分配方案均为税前每股现金红利 0.15 元。上海星聚公司已实际享有 2010 年度至 2013 年度华泰证券公司分红款共计 8000 余万元。

2014 年 7 月 15 日，上海星聚公司提起本案诉讼。庭审中，上海星聚公司认可在签订合同时理解案涉争议条款的意思，且能够预见到案涉股权的价值在华泰证券公司上市后将会上升。本案争议焦点：上海星聚公司和南京钢铁公司签订的《股权转让合同》第 2 条第 2.2 款中关于“受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益”属于股权转让价款、归属股权转让方的约定是否无效。

本院认为：

一、上海星聚公司以显失公平为由主张案涉争议条款无效，没有法律依据。

根据《中华人民共和国合同法》第五十二条的规定，合同无效情形有五种，包括一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定。本案中，上海星聚公司请求判令案涉争议条款无效，但并未主张存在上述法定无效情形，而是将“显失公平”作为无效理由。根据《中华人民共和国合同法》第五十四条、第五十五条的规定，合同在订立时显失公平的，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销，但撤销权应当在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。可见，“显失公平”仅是撤销权、变更权的行使事由，而非合同无效事由。上海星聚公司以撤销权、变更权的行使事由主张案涉争议条款无效，因缺乏法律依据而不能获得本院支持。

二、上海星聚公司认为案涉争议条款显失公平，亦缺乏事实依据与法律依据。

（一）认定案涉争议条款是否构成显失公平，应以南京钢铁公司与上海星聚公司签订合同的背景及合同约定的内容为依据。《中华人民共和国合同法》第五条规定，当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。《中华人民共和国合同法》第五十四条规定：“下列合同，当

事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。”根据上述规定，是否构成显失公平，应以“订立合同时”为判断时点，以双方约定的权利义务为判断对象。本案中，上海星聚公司主张案涉争议条款显失公平的理由是，案涉股权升值所带来的几亿元增值收益全部归属南京钢铁公司，而其仅能获得8000余万元分红款。该观点仅以对比《股权转让合同》履行后双方收益数额的不同即认为争议条款显失公平，脱离了合同订立的背景，脱离了合同本身关于双方权利义务的约定，与前述法律规定的显失公平认定标准不符。

（二）从合同签订背景及约定内容分析，案涉争议条款不存在权利义务明显违反公平原则的情形。关于双方当事人签订《股权转让合同》及《备忘录》的背景，根据本院前述查明的事实，可以得出如下结论：一方面，华泰证券公司每股净资产较高，且公司盈利状况及分红情况良好；另一方面，华泰证券公司即将上市——双方签订合同后三个月，华泰证券公司A股股票即在上海证券交易所上市交易，且双方当事人均认可签约时能够预见到案涉股权的价值在华泰证券公司上市后将会上升。在此背景下，2009年11月双方签订合同达成的约定是，143786827股的股权转让价款由143786827元以及未来增值收益两部分组成，上海星聚公司应在5年内通过转让等方式使南京钢铁公司获得增值收益，在此之前可享有除增值收益之外的分红权等其他股东权利。庭审中，上海星聚公司认可在签订合同时理解案涉争议条款的意思，表明上述约定系股权转让方和受让方一致作出的真实意思表示，体现了双方对案涉股权在华泰证券公司上市后将升值的共同判断。上海星聚公司在预判案涉股权将在华泰证券公司上市后增值的情况下，仍明确约定未来增值收益归南京钢铁公司所有，表明上海星聚公司签约时所预期的投资收益并不包括股权增值收益部分。而且，考虑到双方当事人转让股权前一年，华泰证券公司净利润12.53亿元，向股东分配股利10.04亿元，每股净资产2.27元；股权转让当年，华泰证券公司净利润升至37.95亿元，每股净资产升至2.89元；且南京钢铁公司2007年自南京钢铁集团有限公司处受让股权的价格为每股1.42元，因此，案涉股权转让价款的第一组成部分143786827元，应当不是143786827股转让时真实市场价值的体现。综合考虑上述签约背景因素，探求当事人本意，股权转让方南京钢铁公司旨在获得股权未来增值收益，而股权受让方上海星聚公司旨在通过享有除增值收益之外的分红权等其他股东权利获取相应收益。双方当事人据此安排合同内容并无不妥，关于双方当事人主要权利义务的约定并无不公平之处。

三、本案如支持上海星聚公司的诉讼请求，反将有违公平原则及诚实信用原则。

《中华人民共和国合同法》第六条规定，当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

《中华人民共和国合同法》第八条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。”合同条款是当事人自愿协商作出的一致选择，体现着当事人的共同意志，对双方均具有法律约束力。除非出现法定情形，有权改变合同约定的仍然只能是双方协商一致的意思表示。本案中，上海星聚公司作为有法人资格的独立商事主体，在合同中明确表述其投资收益不包括案涉股权增值收益部分，因此双方之间可能出现的收益差距属于合同订立时其应当能够预见的范围。在合同签订后至本案诉讼前的4年多时间内，上海星聚公司从未对案涉争议条款提出过异议。而且，上海星聚公司提起的是确认合同条款部分无效的诉讼，即并不要求确认合同无效，而是仅要求确认股权转让价款条款中关于未来增值收益归属股权转让方的约定无效。如上海星聚公司的诉讼请求得到支持，则意味着一方当事人可凭单方意志改变双方通过协商共同确定的权利义务关系，借以逃避本应承担的市场风险或获取原属对方的利益，这种结果有违双方订立合同的初衷，违背诚实信用原则，对相对方南京钢铁公司而言是不公平的，亦将损害交易安全，破坏市场秩序。因此，本院不能支持其诉讼请求。

综上，上海星聚公司以显失公平为由主张《股权转让合同》中关于“受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益”属于股权转让价款、归属转让方之约定无效，缺乏事实与法律依据，本院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第五条、第六条、第八条、第五十二条、第五十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十二条之规定，判决如下：

驳回上海星聚投资管理有限公司的诉讼请求。

案件受理费 3905855 元，由原告上海星聚投资管理有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国最高人民法院，同时根据国务院《诉讼费用交纳办法》的有关规定，向该院预交上诉案件受理费。[收款单位名称：最高人民法院（中央财政汇缴专户），银行帐号：11×××07，开户银行：中国农业银行北京市崇文区支行前门分理处]。

审判长 史留芳

审判员 陈志明

代理审判员 杨志刚

二〇一四年十二月十九日

书记员 张俊勇

上海星聚投资管理有限公司与南京钢铁联合有限公司股权转让纠纷一审民事判决书

江苏省高级人民法院
民事判决书

(2014)苏商初字第0016号

原告上海星聚投资管理有限公司，住所地在上海市普陀区东新路248号3楼308室F。

法定代表人王建伦，该公司执行董事。

委托代理人侯钟鲁，江苏天淦律师事务所律师。

被告南京钢铁联合有限公司，住所地在江苏省南京市六合区卸甲甸。

法定代表人杨思明，该公司董事长。

委托代理人王一冰，江苏致邦律师事务所律师。

委托代理人毛禾枫，江苏致邦律师事务所律师。

原告上海星聚投资管理有限公司（简称上海星聚公司）诉被告南京钢铁联合有限公司（简称南京钢铁公司）股权转让纠纷一案，本院于2014年7月15日受理后，依法组成合议庭，于2014年9月22日公开开庭进行了审理。原告上海星聚公司的委托代理人侯钟鲁，被告南京钢铁公司的委托代理人王一冰到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告上海星聚公司起诉称：上海星聚公司和南京钢铁公司于2009年签订了《股权转让合同》，约定由上海星聚公司受让南京钢铁公司持有的华泰证券股份有限公司（简称华泰证券公司）2.986%股权（共计143786827股），转让价款为143786827元；受让方未来对外减持或转让股权所获全部增值部分收益归属转让方。之后，华泰证券公司上市，案涉股权市值已高达七、八亿元，而根据合同约定，案涉股权一旦转让，南京钢铁公司将获得巨大收益，上海星聚公司却仅能获得几年的分红款。可见，上述约定违背了公平交易规则，显失公平，应属无效。请求判令：确认上海星聚公司和南京钢铁公司于2009年签订的《股权转让合同》第2条第2.2款中关于“受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益”属于股权转让价款、归属股权转让方的约定无效。

被告南京钢铁公司答辩称：一、案涉《股权转让合同》是双方当事人的真实意思表示，且权利分配清晰。该合同明确约定股权转让价款由两部分组成，并非143786827元，还包括受让方未来减持或转让股权所获得的增值部分。二、《股权转让合同》双方当事人权利义务对等，不存在显失公平的情形。一方面，该合同签订的背景是南京钢铁公司当时持有三家证券公司的股权，但中国证券监督管理委员会规定同一单位参股证券公司的数量不得超过两家，故为了配合华泰证券公司上市，南京钢铁公司将案涉股权进行转让。股权转让方与受让方均清楚案涉股权在华泰证券公司上市后将大幅增值，转让时的实际价值就远远超过143786827元，故双方约定股权转让价款由143786827元及未来收益两部分组成，这两部分完整不可分割。上海星聚公司要求把两部分价款进行分割，仅以143786827元取得案涉股权，不合情理。另一方面，上海星聚公司投入143786827元，在4年内即已获得8000余万元分红款，收益可观。三、上海星聚公司所主张的“显失公平”并不属于法律规定的合同条款无效情形，且如以该理由行使撤销权亦超过了一年的法定期间。综上，请求驳回上海星聚公司的诉讼请求。原告上海星聚公司为证明其主张，提交了下列证据：

1、上海星聚公司与南京钢铁公司签订的《股权转让合同》。用以证明《股权转让合同》第2条第2.2款的争议内容显失公平，应认定无效。

2、2010年1月5日的上海银行业务委托书（回单）一份。用以证明上海星聚公司已向南京钢铁公司支付了143786827元。

对上海星聚公司提交的上述证据，南京钢铁公司质证认为：对证据 1 的真实性无异议，但不能证明争议合同条款无效；对证据 2 的真实性无异议，上海星聚公司已按约支付了第一部分股权转让款 143786827 元。

被告南京钢铁公司为证明其观点，提交了下列证据：

1、上海星聚公司与南京钢铁公司签订的《备忘录》。用以证明双方对于股权转让价款及权利分配是清楚的，且合法合理，不存在显失公平的情形。

2、中国证券监督管理委员会颁布的《关于证券公司控制关系的认定标准及相关指导意见》。用以证明案涉股权转让的背景之一是，中国证券监督管理委员会规定同一单位参股证券公司数量不得超过两家，而南京钢铁公司在 2009 年参股了三家证券公司，为了配合华泰证券公司上市，南京钢铁公司将案涉股权转让。

3、《华泰证券股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》、《华泰证券股份有限公司首次公开发行 A 股股票上市公告书》及《华泰证券股份有限公司首次公开发行限售股上市流通公告》。用以进一步证明案涉股权转让的背景，即上海星聚公司系在华泰证券公司即将上市前取得案涉股权，双方清楚该股权上市后的价值将远超 143786827 元，故约定的股权转让价款还包括未来增值，南京钢铁公司并无仅以 143786827 元转让股权的意思表示。

4、华泰证券公司 2010 年度至 2013 年度每年利润分配实施公告。用以证明上海星聚公司受让的案涉股权每年的投资回报率在 14% 左右，收益可观，并不存在显失公平的情形。

对南京钢铁公司提交的上述证据，上海星聚公司质证认为：对证据 1 的真实性无异议，但《备忘录》实际属于《股权转让合同》的一部分，上海星聚公司提起本案诉讼是要求确认该合同部分条款无效，故该合同所属附件中有关价款的约定亦应无效；对证据 2 的真实性无异议，对南京钢铁公司陈述的转让背景亦无异议；对证据 3 的真实性无异议，但该证据不能证明南京钢铁公司的观点；对证据 4 的真实性无异议，但该证据不能证明案涉争议条款不构成显失公平，因为案涉股权市值在华泰证券公司上市后上升至七、八亿元左右，合同却约定该部分增值收益属于股权转让方，故上海星聚公司目前所获得的 8000 余万元分红收益并不能改变股权转让价款显失公平的事实。

本院认为：南京钢铁公司提交的证据 3 之《华泰证券股份有限公司首次公开发行限售股上市流通公告》，与本案不具有关联性，本院不将其作为本案认定事实的依据。对于上海星聚公司、南京钢铁公司所举证据中的其余证据，双方当事人均认可其真实性，且这些证据均与本案有关联，可以作为本案认定事实的依据。

本院经审理查明：根据中国证券监督管理委员会颁布的《关于证券公司控制关系的认定标准及相关指导意见》等要求，南京钢铁公司于 2009 年 11 月与上海星聚公司签订《股权转让合同》，约定南京钢铁公司将其持有的华泰证券公司股权（持股比例 2.986%，共计 143786827 股）一次性全部转让给上海星聚公司。该合同第 2 条就“股权转让的价款”作了约定，其中第 2.2 款的内容为：“股权转让价款由以下两部分相加组成：第一，人民币 143786827 元；第二，受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益。”该合同第 3 条就“股权转让价款的支付方式和期限”作了约定，内容为“受让方承诺在政府相关部门审核批准股权转让及华泰证券办理完毕股东变更登记后 20 个工作日内支付完毕上述 2.2 款第一条约定的款项，未来对外减持或转让华泰证券股权后 10 个工作日内将上述 2.2 款第二条约定的转让价款支付给转让方”。该合同第 5 条就“股权转让后的股东权利及转让股权的权益享受”作了约定，即自合同生效之日起，转让方享有的股东权利（包括持有期间所得分红收益）由受让方享有。

除上述《股权转让合同》外，南京钢铁公司与上海星聚公司还签订了一份《备忘录》。该《备忘录》载明：双方针对《股权转让合同》的内容形成《备忘录》，在履行《股权转让合同》时共同遵照执行；《股权转让合同》第 5 条所述股权转让后由上海星聚公司享有的“股东权

利”是指，除“受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益”以外的一切股东权利，包括但不限于股东身份权利、参与决策权、红利分配权等；上海星聚公司尽可能在获得该股权之日起 5 年内对外转让，并向南京钢铁公司支付《股权转让合同》第 2 条约定的股权转让价款的第二部分，即股权转让全部增值部分收益；如上海星聚公司在 5 年内未全部完成该股权对外转让，则一经南京钢铁公司通知，上海星聚公司应在 3 个交易日内转让剩余股权并将所获增值部分收益支付给南京钢铁公司；上海星聚公司亦可选择继续持有剩余股权，但应在南京钢铁公司通知后 3 个工作日内将按上述 5 年期满当天的股票价款折算的剩余股权增值部分收益支付给南京钢铁公司，支付完毕后，上海星聚公司获得剩余股权全部完整的股东权利，包括对外减持或转让剩余股权所获增值部分收益；如《股权转让合同》与《备忘录》存在冲突，以《备忘录》为准。

合同签订后，上海星聚公司向南京钢铁公司支付了 143786827 元，并办理了股东变更登记。此外，《华泰证券股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》、《华泰证券股份有限公司首次公开发行 A 股股票上市公告书》披露了下列信息：（1）2007 年，南京钢铁集团有限公司将其所持华泰证券公司股权转让给南京钢铁公司，转让价格为每股 1.42 元。（2）2008 年 11 月 19 日，华泰证券公司向股东分配股利 10.04 亿元，当年公司净利润为 12.53 亿元；2009 年度未向股东分配股利，当年公司净利润为 37.95 亿元。（3）截止 2008 年 9 月 30 日，华泰证券公司每股净资产为 2.27 元；截止 2009 年 12 月 31 日，华泰证券公司每股净资产为 2.89 元。（4）华泰证券公司首次公开发行股票的日期为 2010 年 2 月 9 日，股票类型为人民币普通股，每股面值为 1 元，每股发行价格为 20 元，依 2009 年全年净利润计算，发行后每股盈利 0.68 元，发行后每股净资产为 5.26 元。

2010 年 2 月 26 日，华泰证券公司 A 股股票在上海证券交易所上市交易。根据华泰证券公司利润分配实施公告，其 2010 年度至 2013 年度每年的利润分配方案均为税前每股现金红利 0.15 元。上海星聚公司已实际享有 2010 年度至 2013 年度华泰证券公司分红款共计 8000 余万元。

2014 年 7 月 15 日，上海星聚公司提起本案诉讼。庭审中，上海星聚公司认可在签订合同时理解案涉争议条款的意思，且能够预见到案涉股权的价值在华泰证券公司上市后将会上升。本案争议焦点：上海星聚公司和南京钢铁公司签订的《股权转让合同》第 2 条第 2.2 款中关于“受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益”属于股权转让价款、归属股权转让方的约定是否无效。

本院认为：

一、上海星聚公司以显失公平为由主张案涉争议条款无效，没有法律依据。

根据《中华人民共和国合同法》第五十二条的规定，合同无效情形有五种，包括一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定。本案中，上海星聚公司请求判令案涉争议条款无效，但并未主张存在上述法定无效情形，而是将“显失公平”作为无效理由。根据《中华人民共和国合同法》第五十四条、第五十五条的规定，合同在订立时显失公平的，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销，但撤销权应当在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。可见，“显失公平”仅是撤销权、变更权的行使事由，而非合同无效事由。上海星聚公司以撤销权、变更权的行使事由主张案涉争议条款无效，因缺乏法律依据而不能获得本院支持。

二、上海星聚公司认为案涉争议条款显失公平，亦缺乏事实依据与法律依据。

（一）认定案涉争议条款是否构成显失公平，应以南京钢铁公司与上海星聚公司签订合同的背景及合同约定的内容为依据。《中华人民共和国合同法》第五条规定，当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。《中华人民共和国合同法》第五十四条规定：“下列合同，当

事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。”根据上述规定，是否构成显失公平，应以“订立合同时”为判断时点，以双方约定的权利义务为判断对象。本案中，上海星聚公司主张案涉争议条款显失公平的理由是，案涉股权升值所带来的几亿元增值收益全部归属南京钢铁公司，而其仅能获得8000余万元分红款。该观点仅以对比《股权转让合同》履行后双方收益数额的不同即认为争议条款显失公平，脱离了合同订立的背景，脱离了合同本身关于双方权利义务的约定，与前述法律规定的显失公平认定标准不符。

（二）从合同签订背景及约定内容分析，案涉争议条款不存在权利义务明显违反公平原则的情形。关于双方当事人签订《股权转让合同》及《备忘录》的背景，根据本院前述查明的事实，可以得出如下结论：一方面，华泰证券公司每股净资产较高，且公司盈利状况及分红情况良好；另一方面，华泰证券公司即将上市一双方签订合同后三个月，华泰证券公司A股股票即在上海证券交易所上市交易，且双方当事人均认可签约时能够预见到案涉股权的价值在华泰证券公司上市后将会上升。在此背景下，2009年11月双方签订合同达成的约定是，143786827股的股权转让价款由143786827元以及未来增值收益两部分组成，上海星聚公司应在5年内通过转让等方式使南京钢铁公司获得增值收益，在此之前可享有除增值收益之外的分红权等其他股东权利。庭审中，上海星聚公司认可在签订合同时理解案涉争议条款的意思，表明上述约定系股权转让方和受让方一致作出的真实意思表示，体现了双方对案涉股权在华泰证券公司上市后将升值的共同判断。上海星聚公司在预判案涉股权将在华泰证券公司上市后增值的情况下，仍明确约定未来增值收益归南京钢铁公司所有，表明上海星聚公司签约时所预期的投资收益并不包括股权增值收益部分。而且，考虑到双方当事人转让股权前一年，华泰证券公司净利润12.53亿元，向股东分配股利10.04亿元，每股净资产2.27元；股权转让当年，华泰证券公司净利润升至37.95亿元，每股净资产升至2.89元；且南京钢铁公司2007年自南京钢铁集团有限公司处受让股权的价格为每股1.42元，因此，案涉股权转让价款的第一组成部分143786827元，应当不是143786827股转让时真实市场价值的体现。综合考虑上述签约背景因素，探求当事人本意，股权转让方南京钢铁公司旨在获得股权未来增值收益，而股权受让方上海星聚公司旨在通过享有除增值收益之外的分红权等其他股东权利获取相应收益。双方当事人据此安排合同内容并无不妥，关于双方当事人主要权利义务的约定并无不公平之处。

三、本案如支持上海星聚公司的诉讼请求，反将有违公平原则及诚实信用原则。

《中华人民共和国合同法》第六条规定，当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

《中华人民共和国合同法》第八条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。”合同条款是当事人自愿协商作出的一致选择，体现着当事人的共同意志，对双方均具有法律约束力。除非出现法定情形，有权改变合同约定的仍然只能是双方协商一致的意思表示。本案中，上海星聚公司作为有法人资格的独立商事主体，在合同中明确表述其投资收益不包括案涉股权增值收益部分，因此双方之间可能出现的收益差距属于合同订立时其应当能够预见的范围。在合同签订后至本案诉讼前的4年多时间内，上海星聚公司从未对案涉争议条款提出过异议。而且，上海星聚公司提起的是确认合同条款部分无效的诉讼，即并不要求确认合同无效，而是仅要求确认股权转让价款条款中关于未来增值收益归属股权转让方的约定无效。如上海星聚公司的诉讼请求得到支持，则意味着一方当事人可凭单方意志改变双方通过协商共同确定的权利义务关系，借以逃避本应承担的市场风险或获取原属对方的利益，这种结果有违双方订立合同的初衷，违背诚实信用原则，对相对方南京钢铁公司而言是不公平的，亦将损害交易安全，破坏市场秩序。因此，本院不能支持其诉讼请求。

综上，上海星聚公司以显失公平为由主张《股权转让合同》中关于“受让方未来对外减持或转让华泰证券股权所获全部增值部分收益”属于股权转让价款、归属转让方之约定无效，缺乏事实与法律依据，本院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第五条、第六条、第八条、第五十二条、第五十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十二条之规定，判决如下：

驳回上海星聚投资管理有限公司的诉讼请求。

案件受理费 3905855 元，由原告上海星聚投资管理有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国最高人民法院，同时根据国务院《诉讼费用交纳办法》的有关规定，向该院预交上诉案件受理费。[收款单位名称：最高人民法院（中央财政汇缴专户），银行帐号：11×××07，开户银行：中国农业银行北京市崇文区支行前门分理处]。

审判长 史留芳

审判员 陈志明

代理审判员 杨志刚

二〇一四年十二月十九日

书记员 张俊勇

上海银臣企业集团有限公司与高远控股有限公司、邹蕴玉

委托合同纠纷一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院

民事判决书

(2016)沪0115民初9803号

原告上海银臣企业集团有限公司，住所地上海市浦东新区。法定代表人陈志雄，董事长。委托代理人余西湖，上海市锦天城律师事务所律师。被告高远控股有限公司，住所地上海市普陀区。法定代表人邹蕴玉。被告邹蕴玉，女，1963年9月14日生，汉族，住上海市徐汇区。原告上海银臣企业集团有限公司(下简称银臣公司)诉被告高远控股有限公司(下简称高远公司)、邹蕴玉委托合同纠纷一案，本院于2016年2月1日受理后，依法适用普通程序，于同年4月12日公开开庭进行了审理。原告银臣公司的委托代理人余西湖到庭参加诉讼，被告高远公司、邹蕴玉在收到本院送达的起诉状副本及开庭传票后，无正当理由未到庭应诉，本院依法进行缺席审理。本案现已审理终结。原告银臣公司诉称，原告于2011年7月12日与被告高远公司、邹蕴玉签署《协议书》，原告委托被告高远公司以每股人民币7.09元(以下币种均为人民币)的价格购买东方证券股份有限公司(下简称东方证券)60万股法人股，合计金额为4,254,000元。各方同时约定，原告委托被告高远公司代持原告所购买的股权，等东方证券公开上市后可进行小非交割时，溢价部分由原告享有，被告高远公司将本金、收益利润全部汇至原告指定账户，被告邹蕴玉对被告高远公司履行前述义务承担连带保证责任。该《协议书》签署后，原告于2011年7月12日以银行转账的方式将全部4,254,000元的款项支付至被告高远公司账户，被告高远公司的法定代表人即被告邹蕴玉于同日出具《确认书》，确认收到前述款项，并承诺以该款为原告购买并代持东方证券法人股60万股。2011年，被告高远公司按协议书的约定购买了相应的东方证券法人股。2015年3月23日，东方证券在上海证券交易所公开上市，股票代码为600958。根据公司法及证券法的相关规定，登记在被告高远公司名下的东方证券的股份的限售期为一年，即限售解禁期为2016年3月23日。2015年9月，原告无意中获知2015年8月14日出版的《上海证券报》上刊登了以被告高远公司所持有的东方证券3,500万股股份为标的的《联合拍卖公告》，由此原告才获悉包括原告委托被告高远公司所购买的60万股法人股在内的被告高远公司所持有的东方证券全部股份均被法院冻结，并且其中部分已经或正在被强制执行。针对该情形，2015年9月17日，原告向执行法院上海市第二中级人民法院(下简称二中院)提出执行异议，经二中院审查，原告进一步获悉包括原告委托被告高远公司代持的60万股法人股在内，被告高远公司所持有的东方证券全部9,310万股股份均被司法冻结，且被告高远公司均设定股权质押。其中2013年8月26日，所冻结的股份中的1,200万股被江西省南昌市中级人民法院处分；2013年9月22日，所冻结的股份中的2,000万股被上海市嘉定区人民法院处分。二中院经审理后认定“现高远控股已经实际无法履行该协议，银臣公司可另行通过法律程序向其主张债权”，并据此驳回了原告的执行异议。在执行异议程序结束后，二中院所拍卖的3,500万股股份已经被处分，截止到本案起诉之日，登记在被告高远公司名下的东方证券的股份为2,610万股，该部分股份目前仍处于被二中院等多家法院的司法冻结之中。根据目前之情况，被告高远公司实际已经无法通过履行该协议将所代持的60万股股份的本金及溢价收益支付给原告。被告高远公司未经原告同意，将所代持的东方证券60万股的股份办理质押，并因欠付第三方债务导致该部分股份被司法处分，被告高远公司的行为给原告造成巨大经济损失。根据上海市证券交易所以显示的信息，2016年3月23日东方证券的股票每股平均成交单价为21.248元，原告的经济损失为60万股*21.248元/每股=1,274.88万元。根据《协议书》的约定，

751

被告邹蕴玉对被告高远公司的行为承担连带保证责任。故原告诉至法院，要求：一、判令被告高远公司赔偿原告本金及利润损失 1,274.88 万元；二、判令被告邹蕴玉对被告高远公司履行前述赔偿责任承担连带保证责任；三、本案诉讼费用由两被告承担。被告高远公司、邹蕴玉未作答辩。经审理查明，2011 年 7 月 12 日，原告与被告高远公司、邹蕴玉签订《协议书》一份，约定：原告委托被告高远公司购买东方证券法人股 60 万股，股价为每股 7.09 元，合计金额为 4,254,000 元；原告委托被告高远公司进行代持，等东方证券公开上市后可进行小非交割时，溢价部分由原告享有，被告高远公司将本金、收益利润全部汇至原告指定账户；被告邹蕴玉作为委托内容的担保人承担连带责任。同日，原告通过银行转账方式将 4,254,000 元汇入被告高远公司账户。同日，被告邹蕴玉向原告出具《确认书》一份，内容为：被告邹蕴玉收到原告 4,254,000 元。此款由被告邹蕴玉负责为原告购买并代持东方证券法人股 60 万股。如未能办成，被告邹蕴玉承诺全额返还本金并按银行同期利率承担利息。2015 年 9 月，原告无意中看到在同年 8 月 14 日的《上海证券报》上刊登的拍卖被告高远公司持有的东方证券流通股 3,500 万股的《联合拍卖公告》，并由此获悉包括原告委托被告高远公司所购买的 60 万股法人股在内的被告高远公司所持有的东方证券全部股份均被法院冻结，并且其中部分已经或正在被强制执行。原告遂于同年 9 月 17 日向二中院提起书面执行异议。二中院经审查后认为，被告高远公司未履行法律文书确定的义务，二中院依法冻结并处分其持有的东方证券法人股，符合法律规定。上述法人股均被被告高远公司设定质押，而原告与被告高远公司所签订的代持协议系其两方的内部协议，并未向东方证券备案登记，不得对抗被告高远公司的债权人等善意第三人。而且，根据原告与被告高远公司所签订的《协议书》第 2 条和第 3 条的内容，原告的权利实系购买款本金、溢价部分的利润或利息损失等债权，而非 60 万股东方证券法人股的所有权。故原告提出的上述法人股虽登记在被告高远公司名下，实系其所有的异议理由，缺乏事实和法律依据，二中院不予支持。现被告高远公司已实际无法履行该协议，原告可另行通过法律程序向其主张债权。二中院于同年 11 月 25 日作出(2015)沪二中执异字第 76 号执行裁定，裁定驳回原告的异议请求。2016 年 3 月 17 日，东方证券董事会发布《东方证券股份有限公司首次公开发行限售股上市流通公告》，内容为：2015 年 2 月，经中国证券监督管理委员会《关于核准东方证券股份有限公司首次公开发行股票批复》核准，东方证券向社会首次公开发行人民币普通股(A 股)100,000 万股，并于 2015 年 3 月 23 日在上海证券交易所挂牌上市；本次上市流通的限售股为公司首次公开发行限售股，涉及上海海烟投资管理有限公司等 58 名股东，所持股份合计 2,158,663,507 股限售股，锁定期自公司股票上市之日起 12 个月；现上述股东锁定期即将届满，该部分 2,158,663,507 股限售股将于 2016 年 3 月 23 日起上市流通。在首发限售股上市流通明细清单中显示，被告高远公司持有限售股数量为 26,100,000 股，本次上市流通数量为 26,100,000 股。同年 3 月 23 日，上海证券交易所网站登载的东方证券(600958)2016 年 3 月 23 日股票交易情况显示，当天交易的成交量为 13,680.99 万股，成交金额为 290,696.08 万元。上述事实，由原告提供的原告与被告高远公司、邹蕴玉签订的《协议书》一份，《上海农村商业银行网上银行交易凭证》一份，被告邹蕴玉向原告出具的《确认书》一份，《上海证券报》一份，二中院出具的(2015)沪二中执异字第 76 号执行裁定书一份，东方证券董事会发布的《东方证券股份有限公司首次公开发行限售股上市流通公告》一份，上海证券交易所网站登载的东方证券(600958)2016 年 3 月 23 日股票交易情况一份，及本案庭审中原告的当庭陈述等所证实。本院认为，原告与被告高远公司、邹蕴玉签订的《协议书》系各方当事人的真实意思表示，依法应予确认。《协议书》中约定，原告委托被告高远公司进行代持，等东方证券股票公开上市后可进行小非交割时，溢价部分由原告享有，被告高远公司将本金、收益利润全部汇至原告指定账户，现东方证券的限售股已于 2016 年 3 月 23 日上市，原告据此要求被告高远公司支付原告本金和收益利润，并要求被告邹蕴玉对被告高远

公司的付款义务承担连带清偿责任并无不当，本院予以支持。关于被告高远公司应支付的本金和收益利润的金额，原告主张按照限售股上市当日的股票交易平均价计算并无不当，即 60 万股*(290,696.08 万元/13,680.99 万股)=1,274.88 万元，本院予以支持。被告高远公司、邹蕴玉在收到本院送达的起诉状副本及开庭传票后，无正当理由未到庭应诉，属自行放弃抗辩权利，应自行承担不利后果。据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：一、被告高远控股有限公司应于本判决生效之日起十日内支付原告上海银臣企业集团有限公司代持股本金及利润 1,274.88 万元；二、被告邹蕴玉应对被告高远控股有限公司的上述付款义务承担连带清偿责任。负有金钱给付义务的当事人如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。本案受理费 98,293 元，财产保全费 5,000 元，合计 103,293 元，由被告高远控股有限公司、邹蕴玉共同负担。如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 任国民
审判员 邢怡
人民陪审员 卜军形
二〇一六年四月十五日
书记员 王薇薇

邵寅源与嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业、何关金合同纠纷

一审民事判决书

嘉兴市南湖区人民法院

民事判决书

(2017)浙 0402 民初 2788 号

原告：邵寅源，男，1953 年 6 月 27 日出生，汉族，住杭州市萧山区。

委托代理人：汪志辉，浙江高庭律师事务所律师。

委托代理人：苗卓琳，浙江裕丰律师事务所律师。

被告：嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）。住所地：嘉兴市吉杨路 68 号 14 幢 2 楼 202 室。统一社会信用代码：91330402580376855A。

执行事务合伙人：薛勇。

被告：何关金，男，1964 年 2 月 13 日出生，汉族，住嘉善县。

二被告委托代理人：王健民、班莹，浙江潮乡律师事务所律师。

被告：薛勇，男，1965 年 6 月 5 日出生，汉族，住嘉善县。

原告邵寅源因与被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）（以下简称鑫盛汇）、何关金、薛勇合同纠纷一案，向本院提起诉讼，本院于 2017 年 5 月 12 日受理后，依法由审判员陈晋伟独任审判，于 2017 年 6 月 29 日公开开庭进行了审理，原告邵寅源委托代理人汪志辉、苗卓琳，被告鑫盛汇和何关金委托代理人王健民、被告薛勇到庭参加诉讼。本案现已审理终结。原告邵寅源诉称，原、被告于 2011 年 10 月 21 日签订《嘉兴鑫盛汇股权投资有限合伙企业投资管理协议》（以下简称《投资管理协议》），约定原告将 250 万元人民币委托被告投资管理，由被告按约定价格投资莆田市东南香米业发展有限公司（以下简称东南香米业）股权，并由被告代持该股权直至东南香米业首次公开发行上市（包括限售期），如东南香米业未能上市，则委托代持期限至 2014 年 12 月 31 日，并由被告负责在一个月内落实退还投资本金及确保的每年 10%投资收益；原告按投资额的 3%向被告支付管理费，如东南香米业上市则股权变现后所获投资收益的 25%作为被告佣金，税费各自承担。协议签约前，原告已向被告交付了 250 万元投资款，并支付了 7.5 万元管理费。现因东南香米业未能公开发行上市，按照协议约定，被告应于 2015 年 1 月 31 日前退还原告投资本金 250 万元并支付每年 10%的投资收益。但虽经原告多次催讨，被告均未履行，严重违背了双方协议之约定。被告薛勇作为被告鑫盛汇的普通合伙人，依法应对被告鑫盛汇的债务承担无限连带责任，故诉请判令：一、被告鑫盛汇、何关金立即向原告返还投资款 250 万元，并支付投资收益 562329 元（自 2015 年 2 月 1 日起暂计至 2017 年 5 月 2 日，此后仍以 250 万元为基数按年利率 10%计算至实际支付之日止）；二、被告薛勇对上述债务承担连带偿还责任；三、诉讼费用由被告承担。

被告鑫盛汇辩称，一、原告和被告鑫盛汇之间成立的是委托合同关系。二、原、被告双方签订的协议存在重大漏洞，没有约定东南香米业投资完全失败大股东不愿意回购且不能返还投资款及利息的情况如何处理，在此前提下应当依据法律规定，按委托合同的基本规则来处理，受托事务的结果归属于委托人，因此，投资东南香米业完全失败的后果应由委托人邵寅源自行承担。三、只有在原、被告双方协商确定回购具体时间且东南香米业大股东归还本金、支付投资收益的情形下，被告鑫盛汇才负有向原告返还本金支付投资收益的履行义务，本案中原告从未向被告要求实施回购，双方对东南香米业股权投资完全失败的情形也未约定，因此协议中约定的 2014 年 12 月 31 日不适用于确定原、被告之间相关义务的履行期限。综上，被告鑫盛汇接受原告的委托后，以自己名义从事受托事务，由于该委托关系中第三人的原因，即东南香米业及该公司实际控制人黄金龙等拒绝支付回购价款，导致东南香米业股权投资完

754

全失败，原告可以径行向东南香米业主张权利，或者继续委托被告鑫盛汇向东南香米业主张权利，被告鑫盛汇无需承担返还投资本金、支付投资收益的民事责任，请求驳回原告邵寅源的全部诉讼请求。

被告何关金答辩称，一、被告何关金并非本案适格的被告。在 2011 年 10 月 21 日签订的《投资管理协议》中，合同当事人一栏受托方（乙方）一栏第一行是鑫盛汇的全称，下一行是何关金的名字，但紧接何关金名字下面的地址仍然是鑫盛汇的工商注册所在地，何关金是鑫盛汇实际负责人或授权代表，这一点与《投资管理协议》的实际履行一致。在实际履行过程中，如原告邵寅源支付的投资款由于鑫盛汇刚刚设立，银行账户尚未准备好，由邵寅源汇至何关金账户，再由何关金交付被告鑫盛汇，被告鑫盛汇出具收款“确认函”给邵寅源，因此，被告何关金代表鑫盛汇与原告在《投资管理协议》中签字，并作为鑫盛汇的授权代表接受原告的履行，何关金不是独立的受托人，不应就投资管理协议项下受托人的义务承担法律责任。二、关于本案的事实、法律关系与合同漏洞等意见，同意被告鑫盛汇的答辩意见。

被告薛勇答辩称，原告邵寅源系袁小明介绍，签订合同事项亦由袁小明代为办理，因袁小明称涉案《投资管理协议》条款均为格式条款，被告薛勇无需承担责任，故签订了该合同。因为被告是大学生，所以在设立企业时由被告作为执行事务合伙人。

针对自己的主张，原告邵寅源提供了下列证据：

1. 《投资管理协议》一份，证明原告与被告于 2011 年 10 月签订《投资管理协议》，约定原告将 250 万元人民币委托被告投资东南香米业股权，并由被告代持该股权直至东南香米业首次公开发行上市；如东南香米业未能上市，则委托代持期限至 2014 年 12 月 31 日，并由被告负责在一个月内落实退还投资本金及确保的每年 10% 的投资收益。
2. 支付证明一组，证明原告向被告交付 250 万元投资款。
3. 银行交易记录一份，证明证明原告向被告支付 7.5 万元的管理费。
4. 东南香米业工商公示信息一份，证明东南香米业至今仍未上市。
5. 律师函及寄送凭证一组，证明原告委托律师已于 2015 年 10 月向被告发函，要求被告返还投资款并支付投资收益。
6. 《投资管理协议》一份，证明被告与袁小明签订的协议，合同内容除甲方主体和投资金额外，与本案《投资管理协议》相同，证明本案原、被告之间的《投资管理协议》系被告提供的格式合同。
7. 鑫盛汇登记基本信息及合伙协议一组，证明被告薛勇为被告鑫盛汇的普通合伙人，对合伙企业债务承担无限连带责任。

被告鑫盛汇的质证意见：对证据 1 的真实性没有异议，对原告的证明内容有异议，认为本协议是一份委托合同，由原告委托被告鑫盛汇投资东南香米业股权；协议约定“回购”的前提条件是东南香米业及大股东实施回购事宜；本协议第二条第二款、第三条、第五条第三款涉及“负责落实”、“保证”等文字的含义不是被告鑫盛汇对东南香米业不能履行上市或回购义务向原告承担法律意义上的保证责任，而是被告妥善处理受托事务的承诺。证据 2、3 对收到 250 万元和 7.5 万元管理费没有异议。对证据 4 没有异议。对证据 5 没有异议，认可邮寄事实。对证据 6、7 的真实性没有异议。

被告何关金的质证意见：对证据 1 真实性无异议，但被告何关金是作为鑫盛汇的授权代表而非作为受托方在协议中签字。对证据 2-7 的质证意见同被告鑫盛汇。

被告薛勇的质证意见：对上述证据均无异议。

针对自己的抗辩，被告鑫盛汇提供了下列证据：

1. 2011 年 8 月 17 日投资协议（5000 万元）一份，证明被告鑫盛汇于 2011 年 8 月 17 日与黄金龙、许淑琴、莆田市宏投资实业有限公司（以下简称中宏公司）、东南香米业签订了关

于东南香米业增资的协议，约定被告鑫盛汇支付认购款人民币 5000 万元，取得了东南香米业 5.51% 的股权。

2. 2011 年 10 月 29 日投资协议（1400 万元）一份，证明被告鑫盛汇于 2011 年 10 月 29 日再次认购了东南香米业股权，支付了 1400 万元，股权份额增至 6.32%。

3. 2012 年股权转让协议（8601.32 万元）一份，证明 2012 年 4 月 28 日被告鑫盛汇与中宏公司签订股权转让协议，受让东南香米业 7.07% 的股权，截至目前，鑫盛汇共持有东南香米业的股权 13.39%。

4. 投资款 12001.32 万元支付凭证一组，证明鑫盛汇就增资款和股权转让款共支付了 12001.32 万元。

5. 2012 年 11 月 11 日东南香米业股东会议纪要一份，证明东南香实际控制人黄金龙、许淑琴将东南香米业的资金用于偿还高利贷，致东南香米业不能维持正常经营活动。

6. 莆田市政府会议纪要一份，证明东南香米业资金无法正常周转。

7. 回购通知一份，证明 2015 年 5 月 26 日被告鑫盛汇已经向东南香米业及其大股东发出回购通知，要求其履行回购义务并支付包括原告在内的回购款项本金 12001.32 万元及相应的投资收益，该通知由黄金龙本人签收。

经质证，原告邵寅源对被告鑫盛汇提供的证据的真实性无法确认，上述协议及会议纪要，原告不是当事人也未参与会议，对此不知情，且上述证据与原、被告的诉讼无关联性。被告何关金、薛勇对被告鑫盛汇提供的证据无异议。

被告何关金未提供证据。

被告薛勇未提供证据。

为查明客观事实，本院依据职权调取并出示了下列证据：（2017）浙 04 民终 296 号嘉兴市中级人民法院民事判决书一份，证明袁小明一案所作出的终审判决。原告对法院调取的证据的真实性无异议，对该判决认为何关金不承担责任，原告持保留意见。被告鑫盛汇、何关金对该份证据的真实性无异议，对该份判决结果被告鑫盛汇不服，被告何关金没有异议。被告薛勇对该份证据的真实性无异议，对判决结果不服。

本院认证如下：原告提供的证据 1-7 经质证被告对其真实性无异议，且与本案待证事实相关，本院予以认定。被告鑫盛汇提供的证据 1-7，系被告与案外人签订的协议等，经质证原告对其真实性有异议，即使是真实的，也与本案缺乏关联性，本院在本案中不作认定。本院依职权调取的证据，经质证原、被告均认可其真实性，本院予以认定。

本院经审理，认定案件事实如下：2011 年 10 月 21 日，原告邵寅源（甲方、委托方）与被告鑫盛汇（乙方、受托方）签订《投资管理协议》，协议载明：鑫盛汇于 2011 年 8 月 22 日在嘉兴市工商局登记注册，注册投资额为 6250 万元，其中普通合伙人薛勇出资 500 万元占有 8% 股权，有限合伙人陶玲燕出资 500 万元占有 8% 股权，有限合伙人何关金出资 5250 万元占有 84% 股权，现甲方委托乙方鑫盛汇共同参与投资拟上市东南香米业股权，双方经协商达成协议如下：关于委托金额，甲方委托乙方投资管理的资金计人民币 250 万元，并授权乙方对东南香米业股权进行投资，甲方按拟上市的东南香米业 2011 年的 PE=12.5 倍价格购买股权，并交由乙方代持并管理；委托代理期限自本委托持股协议签订之日起至东南香米业在中国深圳（或上海）交易所首次公开发行并挂牌上市。若遇上市公司规定有限售时间，则在限售期内仍由乙方代持。如未能上市，委托代持期限预计到 2014 年 12 月 31 日，由东南香米业及大股东（实际控制人）回购股权，但回购具体时间由甲乙双方根据实际情况协商后确定，由东南香米业及大股东（实际控制人）实施股权回购事宜，并由乙方负责在该期限后一个月内落实退还投资本金及本年 10% 的收益（不计复利）；关于预期投资收益与结算，再次明确如东南香米业未能挂牌上市，乙方负责落实甲方的投资本金返还，并确保每年 10% 的投资收益（不计复利）；关于管理费用及佣金，该项目管理费用按 3% 一次性收取，如东南香米业上

市，股权变现后将所获投资收益税后的 25% 作为佣金，支付给鑫盛汇，税费各自承担；关于双方的权利与义务，乙方拥有对该投资项目管理的决定权，甲方在协议约定的条件范围内不得干涉乙方的正常操作，乙方须保证甲方的投资本金及相应投资收益的返还等。该协议首部受托方为鑫盛汇及何关金，地址为鑫盛汇注册地址，鑫盛汇、何关金在乙方落款处签字盖章。该协议附件一为鑫盛汇营业执照复印件，附件二为收款确认函，鑫盛汇确认收到邵寅源投资东南香米业项目投资款人民币 250 万元。被告鑫盛汇已收到该协议项下原告的投资款 250 万元及管理费 7.5 万元。

鑫盛汇为东南香米业登记的股东。后东南香米业未上市成功。2015 年 10 月 14 日，邵寅源委托律师向鑫盛汇、何关金发出《律师函》，要求鑫盛汇、何关金立即返还全部投资款并按约支付投资收益，否则将采取诉讼手段追究违约责任。

另查明，2017 年 2 月 6 日，嘉兴市中级人民法院受理上诉人鑫盛汇（原审被告）与被上诉人袁小明（原审原告）、原审被告何关金合同纠纷一案，一审判决鑫盛汇于判决生效之日起七日内返还袁小明投资款 4000000 元并支付收益等。同年 4 月 14 日，嘉兴市中级人民法院作出（2017）浙 04 民终 296 号民事判决：驳回上诉，维持原判。又查明，被告薛勇系被告鑫盛汇的普通合伙人。

本院认为，本案的争议焦点在于：一、何关金是否是涉案《投资管理协议》的受托人；二、鑫盛汇是否负有向邵寅源返还投资本金及收益的义务；三、被告薛勇是否对邵寅源的投资本金及投资收益承担连带偿还责任。

关于争议焦点一，本院认为，虽然 2011 年 10 月 21 日《投资管理协议》首部将何关金列为受托人，但未写明何关金个人的身份信息，协议也未将何关金的身份证复印件作为附件，同时协议明确“甲方委托乙方鑫盛汇”共同参与投资拟上市东南香米业股权，打入何关金账户的投资款也由鑫盛汇出具收款确认函，联系协议第一部分对鑫盛汇股权结构的记载，被告鑫盛汇和何关金认为何关金系作为鑫盛汇代表在协议乙方落款处签字有其依据，本院予以支持。故本院确认该《投资管理协议》的受托人为鑫盛汇，原告认为何关金系受托人缺乏足够的依据，本院不予支持。

关于争议焦点二，双方签订的《投资管理协议》第二条约定如未能上市，委托代持期限预计到 2014 年 12 月 31 日，由东南香米业及大股东实施股权回购事宜，并由鑫盛汇负责在该期限后一个月内落实退还投资本金及每年 10% 的收益。协议第三条又再次明确，如东南香米业未能挂牌上市，鑫盛汇负责落实邵寅源的投资本金返还，并确保每年 10% 的投资收益。依通常理解，“落实”、“确保”是鑫盛汇对邵寅源所作承诺，表明其原意承担退还投资本金及收益的意思表示。事实上，依据合同相对性原则，邵寅源亦只能向鑫盛汇主张权利。故鑫盛汇应按该约定向邵寅源履行付款义务。关于鑫盛汇认为《投资管理协议》存在合同漏洞，没有约定在投资失败、东南香米业及大股东不回购股权的情况如何处理的问题。《投资管理协议》已经明确在东南香米业不能上市的情况下，应由鑫盛汇向邵寅源落实返还投资及收益，而东南香米业及大股东不论是否回购股权，均在该项约定的情形之内，故不存在所谓的合同漏洞问题，关于投资收益的起算时间，《投资管理协议》约定委托代持期限预计到 2014 年 12 月 31 日，并由鑫盛汇在该期限后一个月内落实退还投资本金及收益，故原告要求自 2015 年 2 月 1 日起算，符合合同约定，本院予以支持。

关于争议焦点三，《嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）协议》约定，被告薛勇系鑫盛汇普通合伙人。根据法律规定，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。故原告要求被告对本案中鑫盛汇的债务承担连带偿还责任，符合法律规定，本院予以支持。

综上，依据《中华人民共和国合同法》第六十条、《中华人民共和国合伙企业法》第二条第三款以及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决如下：

一、被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）于本判决生效之日起七日内返还原告邵寅源投资款 2500000 元，并支付投资收益（收益按每年 10%自 2015 年 2 月 1 日起计算至实际付清之日）；

二、被告薛勇对上述第一项承担连带偿还责任；

三、驳回原告邵寅源其他诉讼请求。

如果被告未按上述期限履行给付金钱义务，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费减半收取 15649 元，由被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）、薛勇共同负担，于本判决生效后七日内交纳。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省嘉兴市中级人民法院。

758

审判员 陈晋伟

二〇一七年八月三日

书记员 许新元

余勇、常厚春股权转让纠纷二审民事判决书

广州市中级人民法院

民事判决书

(2017)粤 01 民终 5830 号

上诉人(原审原告):余勇,男,1962 年 11 月 18 日出生,汉族,住广东省广州市番禺区。

委托诉讼代理人:江琪英,广东东方昆仑律师事务所律师。

委托诉讼代理人:许玉祥,广东东方昆仑律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):常厚春,男,1962 年 2 月 2 日出生,汉族,住广东省广州市天河区。

被上诉人(原审被告):李祖芹,男,1963 年 4 月 15 日出生,汉族,住广东省广州市天河区。

被上诉人(原审被告):马革,男,1967 年 10 月 5 日出生,汉族,住广东省广州市天河区。

上述三被上诉人共同委托诉讼代理人:宋剑,广东广悦律师事务所律师。

上述三被上诉人共同委托诉讼代理人:李驰,广东广悦律师事务所律师。

原审第三人:广州迪森热能技术股份有限公司,住所地广东省广州市经济技术开发区东区东众路 42 号。

法定代表人:马革,该公司总裁。

委托诉讼代理人:宋剑,广东广悦律师事务所律师。

委托诉讼代理人:李驰,广东广悦律师事务所律师。

上诉人余勇因与被上诉人常厚春、李祖芹、马革、原审第三人广州迪森热能技术股份有限公司(以下简称迪森公司)股权转让合同纠纷一案,不服广东省广州市天河区人民法院(2014)穗天法金民初字第 1922 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2017 年 4 月 10 日立案后,依法组成合议庭进行了审理,本案现已审理终结。

上诉人余勇上诉请求:1. 撤销一审判决;2. 常厚春、李祖芹、马革共同向余勇支付人民币 900 万元本金及损失(按中国人民银行同期同类贷款利息计算,自 2012 年 7 月 11 日起计至付清之日止);3. 本案诉讼费全部由常厚春、李祖芹、马革承担。事实和理由:一、一审法院回避《借条》的效力这一基础性问题。(一)根据相关规定,合同的效力可分为:有效、无效和可撤销。无论余勇与常厚春、李祖芹、马革案涉《借条》的法律关系如何定性,首先应当审查《借条》对应的合同效力问题,并区分处理如下:1. 如果合同为合法有效,余勇的主张即具有合同依据,则常厚春、李祖芹、马革负有给付义务,应当支持余勇的请求;2. 若按常厚春、李祖芹、马革所抗辩之意见,其反复多次强调是受余勇逼迫而出具的《借条》,根据合同法及相关规定,为可撤销合同;即使按一审法院该判决思路,“确实不存在低价转让股权的事实”,那么,在法律上,《借条》应属于显失公平,依据法律规定,仍是可撤销合同。然而,可撤销合同,必须以当事人明确行使撤销权为准,而根据《合同法》第七十五条规定,由于该撤销权已过了一年的除斥期间,归于消灭,因此,合同在未被撤销的情况下仍然为合法有效。(二)本案中,《借条》所对应的合同关系并不存在无效的情形,其次,常厚春、李祖芹、马革并无证据证明其受欺诈或胁迫而签署《借条》,而《借条》的内容,真实地反映了双方当事人就股权转让达成补偿的合意,常厚春、李祖芹、马革作为完全民事行为能力人,充分知晓自己在《借条》上的签名相应的法律后果,应认定该签名为其真实意思表示。综上,《借条》是双方当事人合意的结果,合法有效,应当予以支持。一审判决的说理只能得出“《借条》是一个可撤销合同”的结论,并且强行、主动对《借条》予以撤销,存在严重的违法性。二、一审判决遗漏余勇提交的重要证据,认定事实不清。1. 一审判决否认了《借条》与股权转让补偿的关联性。根据余勇提交的证据《公证书》,余勇于签署《借条》的同一时期,向常厚春、李祖芹、马革发送了补偿计算、补偿协商意见等文件,该补偿计算文件上体现的应

补偿数额与《借条》的数额对应、匹配，加上在《借条》出具时间前后，常厚春、李祖芹、马革分笔向余勇支付补偿款的事实，该系列证据，形成完整的证据链，证明余勇与常厚春、李祖芹、马革存在股权转让补偿的合意。且常厚春、李祖芹、马革在出具《借条》后，未对此提出异议，也未对余勇向其送达的补偿计算、补偿协商意见的数额提出异议，应视为常厚春、李祖芹、马革对补偿金额的确认，并以实际支付补偿款的事实行为对补偿的合意加以确认。2. 一审判决认为不存在低价转让的事实，属于对事实的错误认定。(1) 由于常厚春、李祖芹、马革完全控制迪森公司，余勇向常厚春、李祖芹、马革转让股权时处于信息不对称的状态，隐瞒迪森公司的真实资产状况、压低交易价格，2005 年签订股权转让合同时的对价明显过低，直到后来转让完成后的几年中，余勇才陆续知道被隐瞒资产且严重压低了股价，这些可以从迪森公司的上市文件中得到明确体现，其中上市的法律意见书明确载明：2004 年 3 月 25 日迪森股份经过广州市东方会计师事务所有限公司评估的资产价值为 $1958.7/25.09\%=7806.778097$ 万元，对应余勇 5.58% 股权按资产评估价值至少为 435.61 万元，已接近转让价格的 3 倍，因此，2005 年的转让价格显失公允。余勇遂与常厚春、李祖芹、马革协商补偿事宜，由此取得《借条》的协商结果。(2) 一审法院遗漏余勇提交的 2003-2005 年迪森公司的净资产证据，该证据充分证明余勇向常厚春、李祖芹、马革转让股权时的交易对价过低。余勇提交了迪森公司在广州市工商局年报的 2003 年到 2005 年的财务报表作为证据，该证据体现：余勇与常厚春、李祖芹、马革，以及案外人梁洪涛与常厚春、李祖芹、马革在 2005 年 7 月转让迪森公司的股份时，迪森公司反映在财务报表上的净资产分别为 2003 年 8013.89 万元人民币，2004 年 6789.21 万元，2005 年 6597.83 万元，远高于余勇、案外人梁洪涛向常厚春、李祖芹、马革转让的股份价格所能计算出的迪森公司整体价值。(3) 一审判决对于：余勇举证的国企股东—广州科技风险投资有限公司在 2004 年 11 月转让价格是余勇转让的股价几倍并未提及。具有国资背景的广州风险投资公司在余勇转让股权的同一个时期即 2004 年 11 月将其持有的 25.09% 的迪森公司股份转让给了常厚春、李祖芹、马革和梁洪涛，转让价格是 3153.91 万元，远远高于余勇的交易价格，可见余勇的转让价格过低。(4) 一审判决指出，未有证据反映余勇在股权转让后，至 2011 年迪森公司上市申报时，在长达 5、6 年期间曾经向常厚春、李祖芹、马革提出补偿的主张。对于余勇来说，在该期间并不知道常厚春、李祖芹、马革对迪森公司的资产有所隐瞒的情况。在知道股权被低估、权利被侵犯之后，余勇马上向常厚春、李祖芹、马革提出主张，争取权利，而常厚春、李祖芹、马革为此出具的《借条》也充分说明了股价低价转让的事实。(5) 一审法院以同时期其他股东也以接近或更低价格向常厚春、李祖芹、马革转让股权为由，否定本案低价转让的事实，不具有合理性。首先，常厚春、李祖芹、马革对于同时间股权转让的原股东梁洪涛也作出了补偿，但由于余勇并非该补偿约定的当事人，无法取得证据证明该补偿及数额；其次，现有证据反映，在短短几个月内原股东梁洪涛向常厚春、李祖芹、马革卖出的价格从表面上看来仅为其之前买入价格的 $1/23$ ，很显然常厚春、李祖芹、马革举证的梁洪涛于 2005 年向其出售股权的价格是不真实的，明显不符合常理。第三、无论其他股东以何价格进行转让，也不影响余勇与常厚春、李祖芹、马革之间就其双方间的转让达成不同价格的最终交易条件（包括补偿），由于每个股东的个体情况、背景、对公司贡献、议价能力等情况不尽相同，每一项交易行为具有不同特点，本案案涉的股权转让价款并不必然需要与其他主体的交易价格一致。3. 对于余勇在接受保荐人访谈时作出的回答，只是为了配合迪森公司上市，由于当时常厚春、李祖芹、马革已通过《借条》的形式作出了补偿的承诺，《借条》和承诺书形成了双方以迪森公司上市为条件的债权债务关系，迪森公司上市可使余勇获得承诺的补偿，因此，余勇对第三方作出“不存在股权纠纷”的回答，为了配合迪森公司上市，合情合理，该配合性的陈述并不构成对余勇与常厚春、李祖芹、马革关于股权转让补偿的合意的变更。综上，余勇与常厚春、李祖芹、马革之间由于股权转让事宜达成了补偿的合意，常厚春、李祖芹、

马革由此出具了《借条》，该借条不违反法律法规强制性规定，并不存在无效或可被撤销的情形，系双方当事人真实意思表示，合法有效，常厚春、李祖芹、马革应当按照《借条》的约定向余勇支付款项。

常厚春、李祖芹、马革辩称，同意一审判决。

迪森公司述称，同意常厚春、李祖芹、马革的意见。

余勇向一审法院起诉请求判令：常厚春、李祖芹、马革共同支付余勇 9000000 元及损失（从 2012 年 7 月 11 日起按中国人民银行同期同类贷款利率计至付清全部款项之日止）。本案诉讼费由常厚春、李祖芹、马革承担。

一审法院认定事实：2011 年 6 月 20 日，常厚春、李祖芹、马革以借款人的名义向余勇出具《借条》，称“常厚春、李祖芹、马革三人借余勇 9000000 元”。

常厚春、李祖芹、马革表示其虽签署《借条》，但借款没有实际交付，而是迪森公司进入深圳创业板上市材料申报阶段，在保荐人向余勇作尽职调查时，被余勇敲诈而被迫签署的《借条》。余勇亦承认借款没有实际给付，但表示《借条》是基于迪森公司股权转让补偿关系而形成的借款或欠款关系，属于股权转让合同纠纷。对此，余勇提供如下证据：

一、2005 年 7 月 26 日，余勇作为转让方、常厚春、李祖芹、马革作为受让方签订的《股东转让出资合同书》。合同书记载“就转让方在迪森公司的出资转让事宜订立如下条款：（一）余勇将原出资 4334544 元（占公司注册资本的 5.58%）中的 2004144 元转让给常厚春，1165200 元转让给李祖芹，1165200 元转让给马革。转让金共计 1550913 元；（二）2005 年 7 月 26 日前，受让方需将转让金全部付给转让方；（三）至 2005 年 7 月 26 日止，本公司债权债务已核算清楚，无隐瞒，转让双方均已认可；（四）公司红利的收益按本合同签订之日起计算，转让方享有转让前的红利（转让方享有的红利已包含在双方商定的股权转让款中），受让方享有转让后的红利；（五）余勇股东自转让之日起，不再是公司股东；（六）合同如发生纠纷，经双方协商，协商不成时由仲裁机构或向人民法院起诉；（七）本合同一式六份，交公司登记机关一份，股东各持一份，公司存档一份，均具有同等法律效力；（八）本合同自转让方和受让方签字之日起生效”；

二、2014 年 3 月 3 日，余勇向广东省广州市广州公证处申请对其使用的 139 电子邮箱有关邮件办理保全证据《公证书》（2014 粤广广州第 032592 号）。《公证书》记载，余勇分别于 2011 年 6 月 19 日、2011 年 7 月 24 日、2011 年 7 月 27 日向 138×××@139. com 地址发送《股份补偿计算》、《迪森股份公司权益补偿计算及依据（新）》及附件《迪森股份未合理对价权益计算》、《迪森股份公司权益补偿协商意见》及附件《补偿计算》；

三、余勇的银行账户《历史交易明细表》。记载 2011 年 6 月 20 日，常厚春向余勇转账 500000 元；2011 年 8 月 7 日，常厚春向余勇转账 410000 元；2011 年 8 月 8 日，李祖芹、案外人曾宪群分别向余勇转账 310000 元、280000 元；2011 年 10 月 8 日，常厚春、李祖芹分别向余勇转账 615000 元、465000 元；2011 年 10 月 10 日，马革向余勇转账 420000 元。上述合计 3000000 元；

四、2011 年 6 月 20 日签名“承诺人马革”的《承诺书》。内容为“本人马革名下在新加坡上市公司的股票的 3000000 股可转让给余勇，在转让前所有的股息及表决权等归马革所有，转让价款已支付，上述新加坡上市公司指 Devotion 公司”；

五、2011 年 7 月 28 日，常厚春、李祖芹、马革以借款人名义向余勇出具的《借条》。内容为“今借余勇 29000000 元。备注：若迪森公司在中国 A 股市场上市不成功或放弃上市计划（国内），则此《借条》作废”；

六、2013 年 12 月 31 日至 2014 年 4 月 3 日期间，余勇与“李祖芹”（186××××6185）之间的短信往来。其中，余勇 2014 年 2 月 18 日发出短信“可以先不谈新加坡公司的事情，股

份公司两张借条的事情尽快解决，前一次厚春说分开，不一篮子处理”。“李祖芹”对此内容未作回复。

余勇针对其上述举证认为，一、上述第一项、第二项证据，证明案涉借条所指的金额实际是针对其向常厚春、李祖芹、马革转让的迪森公司股份，因原转让价款系在双方信息不对称，转让价格严重低估，当其知道迪森公司真实资产状况后，经双方协商，由常厚春、李祖芹、马革补偿给其的股份转让款，所以本案借款实际是对迪森公司股权转让所进行的补偿；二、案涉 9000000 元《借条》和上述 29000000 元《借条》、3000000 元《承诺书》，统称为“三张条子”，是作为电子邮件中“迪森股份未合理对价”和股权之外的账外资产问题，经协商而形成的“权益补偿”的结果；三、在 2011 年 7 月 27 日发送《迪森股份公司权益补偿协商意见》后，余勇与常厚春、李祖芹、马革最终达成了“上市前 3000000 元、上市后 38000000 元补偿的意见”，所以在 9000000 元借条之后写了 29000000 元的借条，这两张借条就是“迪森股份未合理对价”邮件提出的“权益补偿”结果。常厚春、李祖芹、马革针对余勇上述举证认为，一、《股东转让出资合同书》约定的事项，已在 2005 年 7 月 26 日办理完成工商变更登记，而公证书的内容则仅为余勇单方的意思表示，当中并没有反映常厚春、李祖芹、马革确认余勇的主张；二、余勇所谓补偿金额合计 41000000 元，而余勇在 2004 年仅持有迪森公司 5.58% 股份，由此计算迪森公司在 2004 年的资产需达到 8 至 10 亿元以上。因此，案涉借条是以等价有偿、公平的原则，还是余勇在迪森公司上市前的敲诈，已非常明显。如果 38000000 元真的是股份转让的补偿，则说明余勇的损失是客观存在，但借条“备注若迪森公司在中国 A 股市场上市不成功或放弃上市计划（国内），则此《借条》作废”，明显不符合常理。余勇简单的放弃表示，证明借条款项并非股权转让的补偿。

常厚春、李祖芹、马革为证明其上述主张的意见，提供如下证据：

一、2004 年 3 月 23 日迪森公司 2004 年第二次临时股东大会《关于同意股东转让出资的决议》。内容包括“本次会议以记名投票表决方式审议以下事项：（一）根据股东海南滨港实业投资有限公司于 2004 年 3 月 21 日分别与股东常厚春、李祖芹、马革、梁洪涛共同签署的《股权转让协议》及《股东转让出资合同书》，同意股东海南滨港实业投资有限公司向股东常厚春转让出资 3984984 元、转让价格 1500000 元；向李祖芹转让出资 3184880 元、转让价格 1200000 元；向梁洪涛转让出资 3184880 元、转让价格 1200000 元；向马革转让出资 2920768 元、转让价格 1100000 元；（二）在本次股权转让过程中，股东广州科技风险投资有限公司与股东余勇分别出具了自动放弃对海南滨港实业投资有限公司拟转让所持有本公司 17.09% 股权的受让权”；

二、2005 年 7 月 26 日，梁洪涛作为转让方、常厚春、李祖芹、马革作为受让方签订的《股东转让出资合同书》。内容包括“梁洪涛将原出资 21261016 元（占公司注册资本的 27.37%）中的 2804248 元转让给常厚春，8902128 元转让给李祖芹，7224240 元转让给马革，1165200 元转让给钱艳斌，1165200 元转让给陈燕芳，转让金共计 1500000 元”；

三、2005 年 7 月 26 日迪森公司 2005 年第一次临时股东大会《关于同意股东转让股权的决议》。内容包括“本次会议以记名投票表决方式通过以下事项：（一）同意股东余勇向常厚春转让股权 2004144 元占公司股份总数 2.58%；向李祖芹转让股权 1165200 元占公司股份 1.5%；向马革转让股权 1165200 元占公司股份 1.5%；（二）同意梁洪涛向常厚春转让股权 2804248 元占公司股份总数 3.61%；向李祖芹转让股权 8902128 元占公司股份 11.46%；向马革转让股权 7224240 元占公司股份 9.3%；向钱艳斌转让股权 1165200 元占公司股份 1.5%；向陈燕芳转让股权 1165200 元占公司股份 1.5%”；

四、2011 年 6 月 20 日，余勇出具的《承诺书》。内容为“常厚春、李祖芹、马革三人给本人于 2011 年 6 月 20 日出具的借条借款 9000000 元，若迪森公司在中国 A 股市场上市不成功或放弃上市计划（国内），则此借条作废，本人放弃此笔债权的追诉权”；

五、2011 年 6 月 20 日，迪森公司股票首次公开发行并上市的保荐人广发证券公司向余勇访谈的《访谈笔录》。内容包括“问‘现就您对迪森公司的前身迪森公司的出资、股权转让等过程涉及到的相关问题向您了解情况，您是否愿意如实陈述，并保证所陈述的内容真实完整’；答‘是’；问‘请介绍您在迪森公司设立时的出资情况’；答‘本人以 100000 元的现金出资，当时的《验资报告》可以证明’；问‘您现持有迪森公司多少股份，所占股权比例多少，是否存在通过协议、信托或任何其他方式为他人代为持有迪森公司的股份情形，是否存在通过协议、信托或任何其他安排委托他人代为持有迪森公司的股份情形’；答‘（现）不持有迪森公司的股权，（其他情形都）不存在’；问‘您是否于 2005 年 7 月将您持有的 200.4144 万股、116.52 万股、116.52 万股股份分别转让给常厚春、李祖芹、马革？如是，请问本次股权转让的价格是多少？定价依据是什么？各受让方是否按照合同约定支付了股权转让价款？请您介绍本次股权转让的原因和背景’；答‘是的，本人根据与常厚春、李祖芹、马革签署的相关的转让协议完成了本次转让，转让价格是 0.36 元/股，定价依据是迪森股份和新加坡上市公司股份置换数量和价格比例。各受让方已经按照合同约定支付了股权转让价款。本次股权转让是因迪森股份 2003 年资产业务出售给新加坡上市公司，股东的利益已在上市公司有所体现。本人因为要出国移民的原因，将公司股权转让给其他原始股东’；问‘您与上述股权转让所涉及的相对人是否存在因股权转让而产生的债权债务关系？是否存在股权纠纷或任何其他纠纷或潜在纠纷？请问您与迪森股份的股东是否存在股权纠纷或任何其他纠纷或潜在纠纷’；答‘不存在’；问‘您是否保证您的回答的真实性并愿意为此承担相应的责任’；答‘保证’”；

六、2011 年 7 月 28 日，余勇出具的《说明及承诺书》。内容为“常厚春、李祖芹、马革出具的借条，借本人共计 29000000 元，如果迪森热能技术股份公司不能上市，则此借条作废，欠款归零”。

常厚春、李祖芹、马革针对其上述举证认为：一、上述第一项、第二项、第三项证据均为迪森公司在工商部门存档的材料，反映在 2004 年至 2005 年期间，迪森公司亦存在其他股东转让出资的情况，转让的价格低于或接近同时期的余勇与常厚春、李祖芹、马革之间的案涉股份转让价格。在当时，包括余勇在内的转让方均是根据当时的股份价值，通过平等协商自愿转让股份，且股份转让后各方亦无纠纷，直至余勇在事隔多年后的迪森公司上市的节点提出所谓的“补偿要求”。因此，常厚春、李祖芹、马革受让余勇的股份不存在转让价格严重低估；二、上述第四项、第五项、第六项证据，证明《访谈笔录》是迪森公司上市的必备文件，在当时确实需要余勇配合保荐人作访谈笔录。余勇在 2004 年至 2012 年期间从来没有以任何形式主张所谓的股权转让纠纷，而且余勇在承诺书中明确两份借条是因为迪森公司上市的原因而签署，由此表明根本不存在所谓的股权转让补偿；三、常厚春、李祖芹、马革在 2011 年 6 月 20 日受余勇逼迫签署 9000000 元借条及支付 500000 元后，余勇配合了保荐人作访谈笔录。此后，常厚春、李祖芹、马革再受到余勇以负面消息阻碍迪森公司上市的逼迫，而出具了 29000000 元的借条。显然，余勇若真的存在股权转让损失，不可能在前后一个月内，损失由 9000000 元变成 29000000 元。余勇针对常厚春、李祖芹、马革上述举证认为，一、第一项、第二项、第三项证据的材料，签署方仅是为了在工商部门的备案而签署，并不代表双方的实际转让价格，且其他股东的交易价格并不能决定余勇与常厚春、李祖芹、马革之间的交易价格。同时，余勇是在常厚春、李祖芹、马革欺骗的情况下签订案涉股份转让合同，余勇知道实情后要求常厚春、李祖芹、马革作出补偿，故双方才有补偿的协议即 9000000 元和 29000000 元的借条；二、余勇并无敲诈常厚春、李祖芹、马革。若存在余勇敲诈，则常厚春、李祖芹、马革可依法提出撤销，但常厚春、李祖芹、马革并未提出撤销；三、《访谈笔录》虽为真实，但《访谈笔录》是其与常厚春、李祖芹、马革存在纠纷的情况下为配合迪森公司上市而作的虚假陈述。

余勇为证明双方存在协商补偿的事实而非敲诈，举证了对话的录音证据。余勇表示对话双方为余勇与常厚春、李祖芹，时间为2013年7月、8月和12月。余勇称在录音中，其当面向常厚春、李祖芹提及发送上述邮件的事情，常厚春、李祖芹虽没有作出回应，但亦没有否认，常厚春亦愿意按9000000元付款，只是对上市前支付的3000000元是否包含当中存在争议，而余勇则坚持按上述“三个条子”兑现。对此，常厚春、李祖芹、马革认为录音无法判断对话的双方是谁和录音是否完整，而且在这个录音当中亦没有任何一方表示接受余勇的补偿要求。

一审另查明，常厚春、李祖芹、马革提供2004年9月28日的《股权转让协议》，转让方的签名为余勇，受让方的签名为常厚春、李祖芹、马革。内容包括，“转让方将其持有迪森公司5.58%的股权转让给受让方达成如下条款：转让方同意将其拥有迪森公司5.58%的股权转让给受让方，其中常厚春占2.58%、李祖芹占1.5%、马革占1.5%；转让方保证其对迪森公司在本次股权转让之前的所有股权转让及变更决议无异议，并履行了所有与迪森公司有关的责任和义务，签署相关法律文件；转让方及受让方一致同意，股权转让价格为受让方以每1%股权按277941.50元价格，受让转让方在迪森公司5.58%的股权，股权转让金共计1550913.57元”。常厚春、李祖芹、马革表示与余勇在2005年7月26日签订《股东转让出资合同书》外，双方还签订此份《股权转让协议》，该两份转让合同约定的转让价格是一致的。除此以外，双方再未有签订任何股份转让的协议。对此，余勇认为双方于2005年7月26日签订的《股东转让出资合同书》是为了在工商部门办理股权变更登记使用的，除了这份合同外，有无再签订其他股权转让协议，因时间较长已记不清楚，现只记得案涉的借条和承诺书。

常厚春、李祖芹、马革提供其委托代理人宋剑、王璟文在2014年12月1日向《访谈笔录》的访谈人、记录人苏莉询问的《律师调查笔录》。内容包括“问‘2005年7月后，余勇已非迪森公司的股东，为什么要与余勇进行访谈问话’；答‘根据中国证监会证监发行字[2006]15号之《保荐人尽职调查工作准则的通知》要求，保荐机构需对保荐的公司在股份改制时的发起人进行尽职调查，迪森公司是在2000年12月改制为股份公司的，余勇当时为迪森公司改制重组的发起人之一，对余勇的访谈是保荐机构尽职调查工作的重要内容之一’；问‘当时还有无与迪森公司的其他原股东进行类似《访谈笔录》’；答‘有，我们对迪森公司发起人都进行了尽职调查，形成《访谈笔录》’；问‘请问向公司上市前原股东进行访谈问话，有无相关法律依据或文件规定？2011年6月20日的《访谈笔录》是否属于迪森公司上市过程中的必备重要文件？有无相关法律依据或文件规定’；答‘余勇作为迪森公司发起人之一，对他的访谈是根据证监会要求进行的，对他的《访谈笔录》是迪森公司上市申报材料必备重要文件。依据如下：中国证监会证监发行字[2006]15号之《保荐人尽职调查工作准则的通知》第十一条要求，另外根据中国证监会证监发行字[2001]37号之《公开发行证券公司信息披露编报规则第12号》第十六条要求。因此，对申请上市的股份公司发起人股东尽职调查是必需的法律程序，通过访谈形成《访谈笔录》是常规的作法，是公司上市申报材料的必备重要文件’；问‘如被访谈人余勇拒绝配合进行访谈则可能导致什么后果’；答‘股份公司发起人配合尽职调查是发起人股东应尽的义务。如其不配合访谈，形成不了《访谈笔录》，将使股份公司上市材料出现重大不完整。作为保荐机构广发证券，有严格的内审程序，如果材料不齐全，通不过内审，迪森公司的上市材料将无法上报中国证监会审批。’”余勇对此证据不予认可，称，一、余勇不清楚不签署《访谈笔录》就会影响迪森公司上市，法律没有这方面的规定；二、余勇签署《访谈笔录》是不存在股权纠纷，只是为了配合迪森公司上市，在常厚春、李祖芹、马革作出承诺补偿之后才签署《访谈笔录》；三、余勇是迪森公司的发起人，从公司财务报表反映公司最初资产就是60000元、70000元，本案补偿是迟了七年才

补偿，是有时间价值补偿的，并不是等到 2011 年才追讨，实际从 2004 年起就一直向常厚春、李祖芹、马革追讨。

余勇在本案的书面自述意见中，称“2010 年迪森公司计划上市，需要创始股东之间清理债权债务关系，迪森公司董事会秘书发邮件给其要求签署一份承诺不存在代持股份和发起人之间不存在债权债务关系的访谈笔录，其多次与常厚春、李祖芹、马革协商并发邮件要求在签署访谈笔录之前，协商迪森公司的股份补偿，并在邮件中附有补偿计算。这就是本案发生的来由。余勇提供的《借条》，常厚春、李祖芹、马革提供的《承诺书》和《说明及承诺书》，都是同日签署，当事双方和金额以及《借条》产生原因为迪森公司上市，都互相完整对应，也就是双方的共同意思表示。两份借条和两份承诺书完整构成了双方以迪森公司为条件的债权债务关系，形成了一个以迪森公司上市为前提合约，是合法有效的契约合同行为”。

一审再查明，余勇与常厚春、李祖芹、马革就上述 29000000 元借条的纠纷，与本案一起向一审法院提出诉讼〔（2014）穗天法金民初字第 1923 号〕。

一审法院认为：余勇在本案明确借条中的借款并非其支付给常厚春、李祖芹、马革的款项，而是常厚春、李祖芹、马革欠余勇股份转让补偿所转化的欠款，属于股权转让合同纠纷。转让的股份系指余勇将持有迪森公司 5.58% 的原始股分别转让给常厚春、李祖芹、马革。因此，本案为股权转让合同纠纷。

在本案中，余勇与常厚春、李祖芹、马革均确认案涉《借条》项下的借款不存在实际交付的事实。余勇主张案涉《借条》是“因余勇低价向常厚春、李祖芹、马革转让所持有的迪森公司股份一事”而达成的股份转让补偿协议，常厚春、李祖芹、马革主张案涉《借条》是余勇利用迪森公司上市的关键时期进行敲诈而受逼迫出具。因此，认定本案纠纷的性质，关键在于案涉《借条》是否确实是常厚春、李祖芹、马革为补偿余勇低价转让股份的损失而达成的协议。

根据本案查明，一、案涉《借条》中并无任何体现股权转让补偿的内容。相反，与《借条》同时出具的《承诺书》，甚至在 29000000 元《借条》及《说明及承诺书》中，均明确记载如迪森公司不能成功上市，则《借条》作废。余勇在书面自述本案发生的缘由时，称“两份借条和两份承诺书完整构成了双方以迪森公司为条件的债权债务关系，形成了一个以迪森公司上市为前提合约”。借条和承诺书的内容与余勇明确的股份转让补偿存在明显的矛盾。即如果《借条》是针对低价转让股份的损失进行补偿，则说明损失已客观存在，但为何又要以迪森公司能否成功上市作为前提，并以此决定补偿是否成立；二、本案现有证据不能充分证明余勇向常厚春、李祖芹、马革转让股份存在低价转让的事实，亦未有证据反映余勇向常厚春、李祖芹、马革转让股份后，至 2011 年迪森公司上市申报时，余勇在长达 5、6 年期间曾经向常厚春、李祖芹、马革提出低价转让需作补偿的主张；三、在余勇转让股份给常厚春、李祖芹、马革的同时期，迪森公司的其他发起股东也以接近或更低价格，向常厚春、李祖芹、马革转让与迪森公司的股份，而本案没有证据反映其他转让股份的原股东曾经主张转让的价格低于股份的合理价值；四、余勇提供的《公证书》和对话录音证据，当中并没有相对方就余勇提出的主张意见作出表示认可的内容，而且常厚春、李祖芹亦不认可其为对话录音中的一方，因此该等证据仅能反映余勇认为的补偿协议系其单方的意见。另一方面，余勇转让迪森公司股份时的股份价值，与数年后迪森公司上市申报时的股份价值，不能相提并论。以后者的股份价值计算前者股份价值而认为股份的转让价格严重低估并不客观；五、余勇在接受保荐人访谈时，保荐人已就访谈的目的和要求向余勇予以明确告知，余勇在清楚、清晰的情况下，表示“愿意如实陈述，并保证所陈述的内容真实完整，愿意为此承担相应的责任”。因此，《访谈笔录》的内容是余勇诚实无虚假的、意思真实的陈述。余勇对访谈人提问“您与上述股权转让所涉及的相对人是否存在因股权转让而产生的债权债务关系？是否存在股权纠纷或任何其他纠纷或潜在纠纷？”，以及“您与迪森股份的股东是否存在股权纠纷或任

何的其他纠纷或潜在纠纷”时，回答“不存在”。显然，余勇直至此时仍未有存在低价转让股份情形的陈述。

综上所述，余勇明确本案为股权转让合同纠纷，但本案没有证据充分证明在迪森公司筹备上市阶段前，余勇与常厚春、李祖芹、马革之间对履行完毕的股份转让存在低价的争议。余勇主张案涉借条系对其此前向常厚春、李祖芹、马革低价转让迪森公司股份的补偿，缺乏事实依据，一审法院不予采纳。余勇依此事由要求常厚春、李祖芹、马革共同支付 9000000 元及损失，一审法院不予支持并依法予以驳回。

一审法院判决：驳回余勇的诉讼请求。一审案件受理费 75500 元，由余勇负担。

二审中，常厚春、李祖芹、马革提交以下证据：证据 1. 关于广州风投公司投资迪森公司的《股东协议》；证据 2. 关于通过广州风投公司投资迪森公司收益率协议的《广州迪森热能技术有限公司第一节股东会决议》及附件二；证据 1.2 拟证明：广州风投公司投资入股迪森公司时已明确约定退出方式为投资额加上固定每年 20% 投资收益率的价格进行股权回购；余勇对于广州风投公司投资及退出迪森公司的约定是知情的。证据 3. 广州风投公司退出迪森公司的《股权回购协议》；证据 4. 关于同意广州风投公司向迪森公司四股东转让股权的《广州迪森热能技术股份有限公司 2004 年第三次临时股东大会》。证据 3.4 拟证明：迪森公司股东常厚春、李祖芹、马革及原股东梁洪涛根据前述协议约定承担了相应的股权回购责任；余勇对于广州风投公司退出迪森公司的约定是知情且没有提出任何异议。余勇质证认为，对上述证据中其签名的真实性予以确认，但不确认该证据的关联性，评估价是具有客观性和公正性的，按评估价合理的价格要高于案涉股权最终转让的价格，而实际上最后广州风投公司的真实价格还远高于评估价的。

余勇二审庭审中提交了以下证据：证据 1. 《北京市康达律师事务所关于广州迪森热能技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市的律师工作报告》（康达股发字[2011]第 026 号）；证据 2. 《北京市康达律师事务所关于广州迪森热能技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市的补充法律意见书（二）》（康达股发字[2011]第 025-2 号）第 3-3-1-3-15 至 16 页部分内容；证据 3. 《北京市康达律师事务所关于广州迪森热能技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市的补充法律意见书（二）》（康达股发字[2011]第 025-2 号）第 3-3-1-3-81 至 84 页部分内容；证据 4. 迪森公司工商年检资料 2004-2005 年财务报表；拟共同证明 2004、2005 年间迪森公司股东转让股份的价格差距巨大，定价不真实，迪森公司的管理层股东未履行披露义务，隐瞒真实资产价格。常厚春、李祖芹、马革质证认为，对上述证据不予确认，根据康达股发字[2011]第 025-2 号第 15 页表格下面的文字表述了背景，即广州风投公司在进入时已经和余勇在内的股东进行了约定，如 2 年内不能上市，广州风投公司就要退出，而退出时各股东有回购义务，价格是投资成本加上投资收益，这是为了保护国有资产保值增值，该评估是在这个背景下作出的，不能反映迪森公司的股权价值。且广州风投公司从进入到退出，余勇都是很清楚的。

余勇在二审庭后，提交以下证据：证据 5. 招股说明书；证据 6. 上市公告书。证据 5、6 拟证明：2012 年广州迪森热能技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市，上市时发行价为 13.95 元/股，发行后总股本为 13948.8834 万股，按此计算的公司市值为 $13.95 \times 13948834 = 194586.92343$ 万元。证据 7. 股票软件查询资料，拟证明：迪森公司上市第一天交易的收盘价为 16.44 元/股，第一个交易日的市值约为 229319.64 万元。证据 8. 金杜律师事务所出具的专项法律意见书；拟证明：没有文件明确规定中介机构必须采用访谈手段对发行人历史股权变动情况进行核查；中介采用采访核查的，受访者不负有接受访谈并签署访谈记录的法定义务，当事人拒绝访谈或前述访谈记录不构成发行上市实质障碍；股东访谈记录不属于发行人申请 IPO 的必备文件材料，提交股东访谈记录不是企业发行上市申请被证监会受理和正常审核的必要前提条件；常厚春、李祖芹、马革称余勇利用访谈来“敲诈”致其在

借条上签名,并不存在事实基础。该借条为常厚春、李祖芹、马革真实意思表示。证据 9. 证人证言;拟证明:常厚春、李祖芹、马革在余勇退出公司时故意隐瞒迪森公司的真实资产,其中有一笔为在宁夏购买的矿权;余勇自知道常厚春、李祖芹、马革隐瞒公司真实资产迫使自己以不合理低价转让公司股份之后,一直积极与常厚春、李祖芹、马革就股权补偿问题进行主张;常厚春、李祖芹、马革出具的两张借条是在常厚春、李祖芹、马革与余勇长时间充分协商的前提下,双方就股权补偿达成合意的结果。证据 10. 余勇与迪森公司另一名原股东梁洪涛通话录音,拟证明在股权转让后,余勇才通过梁洪涛知道迪森公司在 06 年购买煤矿、公司资产被常厚春、李祖芹、马革隐瞒的事实;由于常厚春、李祖芹、马革隐瞒资产等原因,常厚春、李祖芹、马革也对余勇同时期退出的股东梁洪涛作出补偿,写条子并实际支付补偿款。另,余勇提交了迪森公司《(2004)年度企业年检登记表》及《(2005)年度企业年检登记表》。

常厚春、李祖芹、马革对余勇庭后提交证据质证认为:证据 5、证据 6:该两份证据是不完整的。《招股说明书》的签署日期为 2012 年 6 月 27 日,余勇不可能在 2011 年 6 月就能看到《招股说明书》及从中发现其所谓的“隐瞒资产”。涉案的两份《借条》分别是在 2011 年 6 月 20 日和 7 月 28 日出具的,余勇不可能在公司上市前一年就知道公司上市价格及市值倒推计算出其所谓的“股权补偿”价值。且如果按照余勇的逻辑,其主张的所谓低价转让股权损失价值理应在 2004 年股权转让时就已形成确定,无论迪森公司此后上市与否及上市价格如何都不影响该损失价值,也不可能存在以公司上市与否作为损失成立条件的情况。证据 7:迪森公司上市首日交易价格与余勇主张无关。证据 8:其不是该法律意见书的委托人,真实性由合议庭审查。一审时提交的《律师调查笔录》及一审法院调查笔录中可以反映,发起人股东的访谈笔录是迪森公司上市保荐人广发证券内部审查流程的必备材料,与该法律意见书所论述的基础不属于同一范畴。并且金杜律师事务所既不是迪森公司上市中介机构,也未实际参与迪森公司上市的过程,其所作出的法律意见书并不能否定《访谈笔录》属于迪森公司申报上市关键资料的事实。证据 9:未出庭证人证言不能作为证据。常厚春从未向马春印告知购买煤矿的问题,也从未与余勇及马春印就“股权补偿”问题进行过协商。根据余勇一审时提交的《招股说明书》【补充证据清单二证据 3】中的第 52 页反映,迪森公司是在 2006 年取得《矿产资源勘查许可证》,在 2010 年将探矿权转让,转让价款为 6795.86 万元,扣除受让探矿权成本及勘探成本、税费后,亏损 27.19 万元。迪森公司受让探矿权和投入勘探成本均发生在余勇 2004 年 9 月 28 日股权转让之后,该探矿权投资既不属于余勇所谓的“隐瞒资产”的情形,也不可能因此而给予余勇高达 3800 万元的“股权补偿”。证据 10:该通话录音无法核实身份及通话是否完整,不能作为证据使用。迪森公司受让探矿权和投入勘探成本时,梁洪涛及余勇均已经不是迪森公司股东,不存在其所谓的“隐瞒资产”情形。余勇及梁洪涛转让股权时,余勇及梁洪涛共同在《广州迪森热能技术股份有限公司 2005 年第一次临时股东大会关于同意股东转让股权的决议》签署表决通过,他们对各自的转让股权情况都非常清楚且没有异议。无论是从时间还是价格上,不可能在事隔多年后因为探矿权的问题而与梁洪涛达成所谓的“股权补偿”。《(2004)年度企业年检登记表》及《(2005)年度企业年检登记表》是迪森公司基于 2004-2005 年年检向工商部门提交,作为公示资料,余勇此前作为公司股东是明知的,不存在其所谓隐瞒资产的情况。事实上,从 2004 年 9 月 28 日股权转让后直至 2011 年 6 月期间,余勇没有以任何方式提出所谓的股权补偿。另外,即使按照余勇主张的所谓“股权补偿”的逻辑,其 2004 年转让股权时股权份额 5.58%对应的净资产数额也只有 3681589.95 元,双方也根本不可能达成高达 3800 万元股权补偿。迪森公司称,同意常厚春、李祖芹、马革的意见。

再查,余勇一审中提交了经过公证的邮件,余勇称均为由其个人邮箱发往李祖芹的邮箱的邮件,其中 2011 年 6 月的邮件中有“据此,股份公司其他股东应退回本人至少 1051.062 万

元。……请参考，商议补偿办法”的内容。关于该份邮件，余勇解释称，在发邮件的第二天，各方又达成了上市前先付 150 万元，上市后再付 900 万元的约定，则 $150+900=1050$ 万元，与邮件中的 1051062 取整数是吻合的。但对于 150+900 万元的变更过程，余勇并无提交证据予以证实。另，同年 7 月 27 日的邮件则罗列了 A/B/C 三个方案后，写明“怎样计算，股份公司上市前补均应补 3000 万以上，股份公司上市后的市值，均在亿元以上”。该些邮件均未收到李祖芹的回复。

针对双方提交的证据，本院作如下的认定：1. 常厚春、李祖芹、马革二审提交的 4 份证据，余勇确认该证据上其签名的真实性，故可认定余勇对广州风投公司进入及退出迪森公司的情况是知情的。2. 余勇二审提交的 10 份证据，均无法证明其主张。经审查，本院对一审法院查明的其他事实予以确认。

本院认为，二审中，本案审理的焦点问题是：借条约定的款项性质是否为股权转让补偿款？常厚春、李祖芹、马革是否应当依据借条约定的款项金额向余勇支付？

涉案借条由常厚春、李祖芹、马革共同向余勇出具的事实各方并无异议。诉讼中，各方也认可该借条出具之后，无需余勇向常厚春、李祖芹、马革支付借款。该事实，本院予以确认。关于借条所载款项是否是股权转让补偿款项的问题。余勇提出该主张，则应由其完成举证责任。首先，关于邮件的问题。余勇上诉提出一审法院遗漏审查其提交的经过公证的邮件。经查，一则 6 月份的邮件中虽提到应退回余勇 1051.062 万元，余勇二审中亦对 1051.062 万元解释为与 $150+900=1050$ 元接近，但该解释亦为单方面解释，缺乏其他证据予以证实。在之后的 2011 年 7 月 27 日的邮件中又提到上市前应补 3000 万以上，上市后的市值均在亿元以上。可见，无论是哪一份邮件，其金额和余勇的主张均不一致。二则即使邮件中的金额与涉案主张金额存在的差异，余勇能单方面作出的解释。但邮件均只能反映余勇单方面提出计算补偿的要求，最后亦写明是请参考，并无显示李祖芹同意邮件中计算方法以及结论。三则即使在邮件发送之后，李祖芹等支付过 150 万元，亦不能当然认定是依据余勇在本案中的主张进行的支付。因此，根据邮件内容并不能认定余勇和李祖芹等就股权转让补偿达成了一致意见，不能直接证明余勇的主张。

其次，关于广州风投公司股权转让款的问题。根据常厚春、梁洪涛、李祖芹、马革、余勇与广州风投公司、海南滨港实业投资有限公司签订的《股东协议》以及《各股东投资迪森公司年收益的协议（附件二）》的内容可见，迪森公司是为了上市包装而引入广州风投公司与海南滨港实业投资有限公司，而该两公司受让迪森公司的股权，各方亦明确约定迪森公司如果在约定时间内不能上市，则广州风投公司有权要求迪森公司回购其持有的股份并以 20% 年投资收益率予以回报。可见，广州风投公司的股权转让价格与余勇作为普通个人股东的股权转让价格缺乏可比性。另查明，广州风投公司退出迪森公司时，对迪森公司进行了审计；余勇亦在《关于同意股东转让出资的决议》股东签名处签名，亦足以证明其对于回购广州风投公司股权的情况包括价格是了解的。而余勇将股权出让时间发生在迪森公司股东回购广州风投公司的股权之后。因此，余勇明知股权价值，但其仍同意约定价格表明其愿意受该价格的约束。本案中，又以广州风投公司的股权转让价格以及审计结果为由而提出的质疑不能成立。再次，2005 年迪森公司的资产情况与迪森公司上市之时有所不同，不应以上市时迪森公司的资产情况去衡量 2005 年迪森公司的资产。2005 年签订的股权转让协议是各方真实意思表示，其中约定的价款对各方亦有约束力。同时，2005 年余勇转让涉案股权之前，已有其他股东将股权转让给常厚春、李祖芹、马革，其价格并未高于涉案的股权转让，可予佐证涉案股权转让价格并非过低。如果借条项下的款项确属股权转让补偿款应直接予以明确；根据本案的证据，尚不能认定是股权转让价格补偿的性质。综观本案，余勇主张名为“借条”实为股权转让补偿款项，但其并无完成举证责任，应由其承担举证不能的不利后果。本院因此对余勇的上诉请求不予支持。

余勇申请马春印出庭作证以及申请本院前往广州市移动分公司调取电话号码 138××××5353、邮箱 138××××@139. c o m 的的归属情况，均非查明本案事实之必要，本院对该些申请均不予采纳。

综上所述，上诉人余勇的上诉请求不能成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 75500 元，由上诉人余勇负担。

本判决为终审判决。

审判长 张朝晖

审判员 刘革花

审判员 练长仁

二〇一七年九月六日

书记员 罗永娟

余勇、常厚春股权转让纠纷二审民事判决书

广州市中级人民法院

民事判决书

(2017)粤 01 民终 5831 号

上诉人(原审原告):余勇,男,1962 年 11 月 18 日出生,汉族,住广东省广州市番禺区。

委托诉讼代理人:江琪英,广东东方昆仑律师事务所律师。

委托诉讼代理人:许玉祥,广东东方昆仑律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):常厚春,男,1962 年 2 月 2 日出生,汉族,住广东省广州市天河区。

被上诉人(原审被告):李祖芹,男,1963 年 4 月 15 日出生,汉族,住广东省广州市天河区。

被上诉人(原审被告):马革,男,1967 年 10 月 5 日出生,汉族,住广东省广州市天河区。

上述三被上诉人的共同委托诉讼代理人:宋剑,广东广悦律师事务所律师。

上述三被上诉人的共同委托诉讼代理人:李驰,广东广悦律师事务所律师。

原审第三人:广州迪森热能技术股份有限公司,住所地广东省广州市经济技术开发区东区东众路 42 号。

法定代表人:马革,该公司总裁。

委托诉讼代理人:宋剑,广东广悦律师事务所律师。

委托诉讼代理人:李驰,广东广悦律师事务所律师。

上诉人余勇因与被上诉人常厚春、李祖芹、马革、原审第三人广州迪森热能技术股份有限公司(以下简称迪森公司)股权转让合同纠纷一案,不服广东省广州市天河区人民法院(2014)穗天法金民初字第 1923 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2017 年 4 月 10 日立案后,依法组成合议庭进行了审理,本案现已审理终结。

上诉人余勇上诉请求:1. 撤销一审判决;2. 常厚春、李祖芹、马革共同向余勇支付人民币 2900 万元本金及损失(按中国人民银行同期同类贷款利息计算,自 2012 年 7 月 11 日起计至付清之日止);3. 本案诉讼费全部由常厚春、李祖芹、马革承担。事实和理由:一、一审法院回避《借条》的效力这一基础性问题。(一)根据相关规定,合同的效力可分为:有效、无效和可撤销。无论余勇与常厚春、李祖芹、马革案涉《借条》的法律关系如何定性,首先应当审查《借条》对应的合同效力问题,并区分处理如下:1. 如果合同为合法有效,余勇的主张即具有合同依据,则常厚春、李祖芹、马革负有给付义务,应当支持余勇的请求;2. 若按常厚春、李祖芹、马革所抗辩之意见,其反复多次强调是受余勇逼迫而出具的《借条》,根据合同法及相关规定,为可撤销合同;即使按一审法院该判决思路,“确实不存在低价转让股权的事实”,那么,在法律上,《借条》应属于显失公平,依据法律规定,仍是可撤销合同。然而,可撤销合同,必须以当事人明确行使撤销权为准,而根据《合同法》第七十五条规定,由于该撤销权已过了一年的除斥期间,归于消灭,因此,合同在未被撤销的情况下仍然为合法有效。(二)本案中,《借条》所对应的合同关系并不存在无效的情形,其次,常厚春、李祖芹、马革并无证据证明其受欺诈或胁迫而签署《借条》,而《借条》的内容,真实地反映了双方当事人就股权转让达成补偿的合意,常厚春、李祖芹、马革作为完全民事行为能力人,充分知晓自己在《借条》上的签名相应的法律后果,应认定该签名为其真实意思表示。综上,

《借条》是双方当事人合意的结果,合法有效,应当予以支持。一审判决的说理只能得出“《借条》是一个可撤销合同”的结论,并且强行、主动对《借条》予以撤销,存在严重的违法性。

二、一审判决遗漏余勇提交的重要证据,认定事实不清。1. 一审判决否认了《借条》与股权转让补偿的关联性。根据余勇提交的证据《公证书》,余勇于签署《借条》的同一时期,向常厚春、李祖芹、马革发送了补偿计算、补偿协商意见等文件,该补偿计算文件上体现的应

补偿数额与《借条》的数额对应、匹配，加上在《借条》出具时间前后，常厚春、李祖芹、马革分笔向余勇支付补偿款的事实，该系列证据，形成完整的证据链，证明余勇与常厚春、李祖芹、马革存在股权转让补偿的合意。且常厚春、李祖芹、马革在出具《借条》后，未对此提出异议，也未对余勇向其送达的补偿计算、补偿协商意见的数额提出异议，应视为常厚春、李祖芹、马革对补偿金额的确认，并以实际支付补偿款的事实行为对补偿的合意加以确认。2. 一审判决认为不存在低价转让的事实，属于对事实的错误认定。(1) 由于常厚春、李祖芹、马革完全控制迪森公司，余勇向常厚春、李祖芹、马革转让股权时处于信息不对称的状态，隐瞒迪森公司的真实资产状况、压低交易价格，2005 年签订股权转让合同时的对价明显过低，直到后来转让完成后的几年中，余勇才陆续知道被隐瞒资产且严重压低了股价，这些可以从迪森公司的上市文件中得到明确体现，其中上市的法律意见书明确载明：2004 年 3 月 25 日迪森股份经过广州市东方会计师事务所有限公司评估的资产价值为 $1958.7/25.09\%=7806.778097$ 万元，对应余勇 5.58% 股权按资产评估价值至少为 435.61 万元，已接近转让价格的 3 倍，因此，2005 年的转让价格显失公允。余勇遂与常厚春、李祖芹、马革协商补偿事宜，由此取得《借条》的协商结果。(2) 一审法院遗漏余勇提交的 2003-2005 年迪森公司的净资产证据，该证据充分证明余勇向常厚春、李祖芹、马革转让股权时的交易对价过低。余勇提交了迪森公司在广州市工商局年报的 2003 年到 2005 年的财务报表作为证据，该证据体现：余勇与常厚春、李祖芹、马革，以及案外人梁洪涛与常厚春、李祖芹、马革在 2005 年 7 月转让迪森公司的股份时，迪森公司反映在财务报表上的净资产分别为 2003 年 8013.89 万元人民币，2004 年 6789.21 万元，2005 年 6597.83 万元，远高于余勇、案外人梁洪涛向常厚春、李祖芹、马革转让的股份价格所能计算出的迪森公司整体价值。(3) 一审判决对于：余勇举证的国企股东—广州科技风险投资有限公司在 2004 年 11 月转让价格是余勇转让的股价几倍并未提及。具有国资背景的广州风险投资公司在余勇转让股权的同一个时期即 2004 年 11 月将其持有的 25.09% 的迪森公司股份转让给了常厚春、李祖芹、马革和梁洪涛，转让价格是 3153.91 万元，远远高于余勇的交易价格，可见余勇的转让价格过低。(4) 一审判决指出，未有证据反映余勇在股权转让后，至 2011 年迪森公司上市申报时，在长达 5、6 年期间曾经向常厚春、李祖芹、马革提出补偿的主张。对于余勇来说，在该期间并不知道常厚春、李祖芹、马革对迪森公司的资产有所隐瞒的情况。在知道股权被低估、权利被侵犯之后，余勇马上向常厚春、李祖芹、马革提出主张，争取权利，而常厚春、李祖芹、马革为此出具的《借条》也充分说明了股价低价转让的事实。(5) 一审法院以同时期其他股东也以接近或更低价格向常厚春、李祖芹、马革转让股权为由，否定本案低价转让的事实，不具有合理性。首先，常厚春、李祖芹、马革对于同时间股权转让的原股东梁洪涛也作出了补偿，但由于余勇并非该补偿约定的当事人，无法取得证据证明该补偿及数额；其次，现有证据反映，在短短几个月内原股东梁洪涛向常厚春、李祖芹、马革卖出的价格从表面上看来仅为其之前买入价格的 $1/23$ ，很显然常厚春、李祖芹、马革举证的梁洪涛于 2005 年向其出售股权的价格是不真实的，明显不符合常理。第三、无论其他股东以何价格进行转让，也不影响余勇与常厚春、李祖芹、马革之间就其双方间的转让达成不同价格的最终交易条件（包括补偿），由于每个股东的个体情况、背景、对公司贡献、议价能力等情况不尽相同，每一项交易行为具有不同特点，本案案涉的股权转让价款并不必然需要与其他主体的交易价格一致。3. 对于余勇在接受保荐人访谈时作出的回答，只是为了配合迪森公司上市，由于当时常厚春、李祖芹、马革已通过《借条》的形式作出了补偿的承诺，《借条》和承诺书形成了双方以迪森公司上市为条件的债权债务关系，迪森公司上市可使余勇获得承诺的补偿，因此，余勇对第三方作出“不存在股权纠纷”的回答，为了配合迪森公司上市，合情合理，该配合性的陈述并不构成对余勇与常厚春、李祖芹、马革关于股权转让补偿的合意的变更。综上，余勇与常厚春、李祖芹、马革之间由于股权转让事宜达成了补偿的合意，常厚春、李祖芹、

马革由此出具了《借条》，该借条不违反法律法规强制性规定，并不存在无效或可被撤销的情形，系双方当事人真实意思表示，合法有效，常厚春、李祖芹、马革应当按照《借条》的约定向余勇支付款项。

常厚春、李祖芹、马革辩称，同意一审判决。

迪森公司述称，同意常厚春、李祖芹、马革的意见。

余勇向一审法院起诉请求判令：常厚春、李祖芹、马革共同支付余勇 29000000 元及损失（从 2012 年 7 月 11 日起按中国人民银行同期同类贷款利率计至付清全部款项之日止）。本案诉讼费由常厚春、李祖芹、马革承担。

一审法院认定事实：2011 年 7 月 28 日，常厚春、李祖芹、马革以借款人名义向余勇出具《借条》，称“今借余勇 29000000 元。备注：若迪森公司在中国 A 股市场上市不成功或放弃上市计划（国内），则此《借条》作废”。

常厚春、李祖芹、马革表示其虽签署《借条》，但借款没有实际交付，而是迪森公司进入深圳创业板上市材料申报阶段，在保荐人向余勇作尽职调查时，被余勇敲诈而被迫签署的《借条》。余勇亦承认借款没有实际给付，但表示《借条》是基于迪森公司股权转让补偿关系而形成的借款或欠款关系，属于股权转让合同纠纷。对此，余勇提供如下证据：

一、2005 年 7 月 26 日，余勇作为转让方、常厚春、李祖芹、马革作为受让方签订的《股东转让出资合同书》。合同书记载“就转让方在迪森公司的出资转让事宜订立如下条款：（一）余勇将原出资 4334544 元（占公司注册资本的 5.58%）中的 2004144 元转让给常厚春，1165200 元转让给李祖芹，1165200 元转让给马革。转让金共计 1550913 元；（二）2005 年 7 月 26 日前，受让方需将转让金全部付给转让方；（三）至 2005 年 7 月 26 日止，本公司债权债务已核算清楚，无隐瞒，转让双方均已认可；（四）公司红利的收益按本合同签订之日起计算，转让方享有转让前的红利（转让方享有的红利已包含在双方商定的股权转让款中），受让方享有转让后的红利；（五）余勇股东自转让之日起，不再是公司股东；（六）合同如发生纠纷，经双方协商，协商不成时由仲裁机构或向人民法院起诉；（七）本合同一式六份，交公司登记机关一份，股东各持一份，公司存档一份，均具有同等法律效力；（八）本合同自转让方和受让方签字之日起生效”；

二、2014 年 3 月 3 日，余勇向广东省广州市广州公证处申请对其使用的 139 电子邮箱内有关邮件办理保全证据的《公证书》（2014 粤广广州第 032592 号）。《公证书》记载，余勇分别于 2011 年 6 月 19 日、2011 年 7 月 24 日、2011 年 7 月 27 日向 138×××@139.c o m 地址发送《股份补偿计算》、《迪森股份公司权益补偿计算及依据（新）》及附件《迪森股份未合理对价权益计算》、《迪森股份公司权益补偿协商意见》及附件《补偿计算》；

三、余勇的银行账户《历史交易明细表》。记载 2011 年 6 月 20 日，常厚春向余勇转账 500000 元；2011 年 8 月 7 日，常厚春向余勇转账 410000 元；2011 年 8 月 8 日，李祖芹、案外人曾宪群分别向余勇转账 310000 元、280000 元；2011 年 10 月 8 日，常厚春、李祖芹分别向余勇转账 615000 元、465000 元；2011 年 10 月 10 日，马革向余勇转账 420000 元。上述合计 3000000 元；

四、2011 年 6 月 20 日签名“承诺人马革”的《承诺书》。内容为“本人马革名下在新加坡上市公司的股票的 3000000 股可转让给余勇，在转让前所有的股息及表决权等归马革所有，转让价款已支付，上述新加坡上市公司指 Devotion 公司”；

五、2011 年 6 月 20 日，常厚春、李祖芹、马革以借款人的名义向余勇出具的《借条》。内容为“常厚春、李祖芹、马革三人借余勇 9000000 元”；

六、2013 年 12 月 31 日至 2014 年 4 月 3 日期间，余勇与“李祖芹”（186××××6185）之间的短信往来。其中，余勇 2014 年 2 月 18 日发出短信“可以先不谈新加坡公司的事情，股

份公司两张借条的事情尽快解决，前一次厚春说分开，不一篮子处理”。“李祖芹”对此内容未作回复。

余勇针对其上述举证认为，一、上述第一项、第二项证据，证明案涉借条所指的金额实际是针对其向常厚春、李祖芹、马革转让的迪森公司股份，因原转让价款系在双方信息不对称，转让价格严重低估，当其知道迪森公司真实资产状况后，经双方协商，由常厚春、李祖芹、马革补偿给其的股份转让款，所以本案借款实际是对迪森公司股权转让所进行的补偿；二、案涉 29000000 元《借条》和上述 9000000 元《借条》、3000000 元《承诺书》，统称为“三张条子”，是作为电子邮件中“迪森股份未合理对价”和股权之外的账外资产问题，经协商而形成的“权益补偿”的结果；三、在 2011 年 7 月 27 日发送《迪森股份公司权益补偿协商意见》后，余勇与常厚春、李祖芹、马革最终达成了“上市前 3000000 元、上市后 38000000 元补偿的意见”，所以在 9000000 元借条之后写了 29000000 元的借条，这两张借条就是“迪森股份未合理对价”邮件提出的“权益补偿”结果。常厚春、李祖芹、马革针对余勇上述举证认为，一、《股东转让出资合同书》约定的事项，已在 2005 年 7 月 26 日办理完成工商变更登记，而公证书的内容则仅为余勇单方的意思表示，当中并没有反映常厚春、李祖芹、马革确认余勇的主张；二、余勇所谓补偿金额合计 41000000 元，而余勇在 2004 年仅持有迪森公司 5.58% 股份，由此计算迪森公司在 2004 年的资产需达到 8 至 10 亿元以上。因此，案涉借条是以等价有偿、公平的原则，还是余勇在迪森公司上市前的敲诈，已非常明显。如果 38000000 元真的是股份转让的补偿，则说明余勇的损失是客观存在，但借条“备注若迪森公司在中国 A 股市场上市不成功或放弃上市计划（国内），则此《借条》作废”，明显不符合常理。余勇简单的放弃表示，证明借条款项并非股权转让的补偿。

常厚春、李祖芹、马革为证明其上述主张的意见，提供如下证据：

一、2004 年 3 月 23 日迪森公司 2004 年第二次临时股东大会《关于同意股东转让出资的决议》。内容包括“本次会议以记名投票表决方式审议以下事项：（一）根据股东海南滨港实业投资有限公司于 2004 年 3 月 21 日分别与股东常厚春、李祖芹、马革、梁洪涛共同签署的《股权转让协议》及《股东转让出资合同书》，同意股东海南滨港实业投资有限公司向股东常厚春转让出资 3984984 元、转让价格 1500000 元；向李祖芹转让出资 3184880 元、转让价格 1200000 元；向梁洪涛转让出资 3184880 元、转让价格 1200000 元；向马革转让出资 2920768 元、转让价格 1100000 元；（二）在本次股权转让过程中，股东广州科技风险投资有限公司与股东余勇分别出具了自动放弃对海南滨港实业投资有限公司拟转让所持有本公司 17.09% 股权的受让权”；

二、2005 年 7 月 26 日，梁洪涛作为转让方、常厚春、李祖芹、马革作为受让方签订的《股东转让出资合同书》。内容包括“梁洪涛将原出资 21261016 元（占公司注册资本的 27.37%）中的 2804248 元转让给常厚春，8902128 元转让给李祖芹，7224240 元转让给马革，1165200 元转让给钱艳斌，1165200 元转让给陈燕芳，转让金共计 1500000 元”；

三、2005 年 7 月 26 日迪森公司 2005 年第一次临时股东大会《关于同意股东转让股权的决议》。内容包括“本次会议以记名投票表决方式通过以下事项：（一）同意股东余勇向常厚春转让股权 2004144 元占公司股份总数 2.58%；向李祖芹转让股权 1165200 元占公司股份 1.5%；向马革转让股权 1165200 元占公司股份 1.5%；（二）同意梁洪涛向常厚春转让股权 2804248 元占公司股份总数 3.61%；向李祖芹转让股权 8902128 元占公司股份 11.46%；向马革转让股权 7224240 元占公司股份 9.3%；向钱艳斌转让股权 1165200 元占公司股份 1.5%；向陈燕芳转让股权 1165200 元占公司股份 1.5%”；

四、2011 年 6 月 20 日，余勇出具的《承诺书》。内容为“常厚春、李祖芹、马革三人给本人于 2011 年 6 月 20 日出具的借条借款 9000000 元，若迪森公司在中国 A 股市场上市不成功或放弃上市计划（国内），则此借条作废，本人放弃此笔债权的追诉权”；

五、2011 年 6 月 20 日，迪森公司股票首次公开发行并上市的保荐人广发证券公司向余勇访谈的《访谈笔录》。内容包括“问‘现就您对迪森公司的前身广州迪森热能设备有限公司的出资、股权转让等过程涉及到的相关问题向您了解情况，您是否愿意如实陈述，并保证所陈述的内容真实完整’；答‘是’；问‘请介绍您在广州迪森热能设备有限公司设立时的出资情况’；答‘本人以 100000 元的现金出资，当时的《验资报告》可以证明’；问‘您现持有迪森公司多少股份，所占股权比例多少，是否存在通过协议、信托或任何其他方式为他人代为持有迪森公司的股份情形，是否存在通过协议、信托或任何其他安排委托他人代为持有迪森公司的股份情形’；答‘（现）不持有迪森公司的股权，（其他情形都）不存在’；问‘您是否于 2005 年 7 月将您持有的 200.4144 万股、116.52 万股、116.52 万股股份分别转让给常厚春、李祖芹、马革？如是，请问本次股权转让的价格是多少？定价依据是什么？各受让方是否按照合同约定支付了股权转让价款？请您介绍本次股权转让的原因和背景’；答‘是的，本人根据与常厚春、李祖芹、马革签署的相关的转让协议完成了本次转让，转让价格是 0.36 元/股，定价依据是迪森股份和新加坡上市公司股份置换数量和价格比例。各受让方已经按照合同约定支付了股权转让价款。本次股权转让是因迪森股份 2003 年资产业务出售给新加坡上市公司，股东的利益已在上市公司有所体现。本人因为要出国移民的原因，将公司股权转让给其他原创股东’；问‘您与上述股权转让所涉及的相对人是否存在因股权转让而产生的债权债务关系？是否存在股权纠纷或任何其他纠纷或潜在纠纷？请问您与迪森股份的股东是否存在股权纠纷或任何其他纠纷或潜在纠纷’；答‘不存在’；问‘您是否保证您的回答的真实性并愿意为此承担相应的责任’；答‘保证’”；

六、2011 年 7 月 28 日，余勇出具的《说明及承诺书》。内容为“常厚春、李祖芹、马革出具的借条，借本人共计 29000000 元，如果迪森热能技术股份公司不能上市，则此借条作废，欠款归零”。

常厚春、李祖芹、马革针对其上述举证认为：一、上述第一项、第二项、第三项证据均为迪森公司在工商部门存档的材料，反映在 2004 年至 2005 年期间，迪森公司亦存在其他股东转让出资的情况，转让的价格低于或接近同时期的余勇与常厚春、李祖芹、马革之间的案涉股份转让价格。在当时，包括余勇在内的转让方均是根据当时的股份价值，通过平等协商自愿转让股份，且股份转让后各方亦无纠纷，直至余勇在事隔多年后的迪森公司上市的节点提出所谓的“补偿要求”。因此，常厚春、李祖芹、马革受让余勇的股份不存在转让价格严重低估；二、上述第四项、第五项、第六项证据，证明《访谈笔录》是迪森公司上市的必备文件，在当时确实需要余勇配合保荐人作访谈笔录。余勇在 2004 年至 2012 年期间从来没有以任何形式主张所谓的股权转让纠纷，而且余勇在承诺书中明确两份借条是因为迪森公司上市的原因而签署，由此表明根本不存在所谓的股权转让补偿；三、常厚春、李祖芹、马革在 2011 年 6 月 20 日受余勇逼迫签署 9000000 元借条及支付 500000 元后，余勇配合了保荐人作访谈笔录。此后，常厚春、李祖芹、马革再受到余勇以负面消息阻碍迪森公司上市的逼迫，而出具了 29000000 元的借条。显然，余勇若真的存在股权转让损失，不可能在前后一个月内，损失由 9000000 元变成 29000000 元。余勇针对常厚春、李祖芹、马革上述举证认为，一、第一项、第二项、第三项证据的材料，签署方仅是为了在工商部门的备案而签署，并不代表双方的实际转让价格，且其他股东的交易价格并不能决定余勇与常厚春、李祖芹、马革之间的交易价格。同时，余勇是在常厚春、李祖芹、马革欺骗的情况下签订案涉股份转让合同，余勇知道实情后要求常厚春、李祖芹、马革作出补偿，故双方才有补偿的协议即 9000000 元和 29000000 元的借条；二、余勇并无敲诈常厚春、李祖芹、马革。若存在余勇敲诈，则常厚春、李祖芹、马革可依法提出撤销，但常厚春、李祖芹、马革并未提出撤销；三、《访谈笔录》虽为真实，但《访谈笔录》是其与常厚春、李祖芹、马革存在纠纷的情况下为配合迪森公司上市而作的虚假陈述。

余勇为证明双方存在协商补偿的事实而非敲诈，举证了对话的录音证据。余勇表示对话双方为余勇与常厚春、李祖芹，时间为 2013 年 7 月、8 月和 12 月。余勇称在录音中，其当面向常厚春、李祖芹提及发送上述邮件的事情，常厚春、李祖芹虽没有作出回应，但亦没有否认，常厚春亦愿意按 9000000 元付款，只是对上市前支付的 3000000 元是否包含当中存在争议，而余勇则坚持按上述“三个条子”兑现。对此，常厚春、李祖芹、马革认为录音无法判断对话的双方是谁和录音是否完整，而且在这个录音当中亦没有任何一方表示接受余勇的补偿要求。

一审另查明，常厚春、李祖芹、马革提供 2004 年 9 月 28 日的《股权转让协议》，转让方的签名为余勇，受让方的签名为常厚春、李祖芹、马革。内容包括，“转让方将其持有迪森公司 5.58% 的股权转让给受让方达成如下条款：转让方同意将其拥有迪森公司 5.58% 的股权转让给受让方，其中常厚春占 2.58%、李祖芹占 1.5%、马革占 1.5%；转让方保证其对迪森公司在本次股权转让之前的所有股权转让及变更决议无异议，并履行了所有与迪森公司有关的责任和义务，签署相关法律文件；转让方及受让方一致同意，股权转让价格为受让方以每 1% 股权按 277941.50 元价格，受让转让方在迪森公司 5.58% 的股权，股权转让金共计 1550913.57 元”。常厚春、李祖芹、马革表示与余勇在 2005 年 7 月 26 日签订《股东转让出资合同书》外，双方还签订此份《股权转让协议》，该两份转让合同约定的转让价格是一致的。除此以外，双方再未有签订任何股份转让的协议。对此，余勇认为双方于 2005 年 7 月 26 日签订的《股东转让出资合同书》是为了在工商部门办理股权变更登记使用的，除了这份合同外，有无再签订其他股权转让协议，因时间较长已记不清楚，现只记得案涉的借条和承诺书。

常厚春、李祖芹、马革提供其委托代理人宋剑、王璟文在 2014 年 12 月 1 日向《访谈笔录》的访谈人、记录人苏莉询问的《律师调查笔录》。内容包括“问‘2005 年 7 月后，余勇已非迪森公司的股东，为什么要与余勇进行访谈问话’；答‘根据中国证监会证监发行字[2006]15 号之《保荐人尽职调查工作准则的通知》要求，保荐机构需对保荐的公司在股份改制时的发起人进行尽职调查，迪森公司是在 2000 年 12 月改制为股份公司的，余勇当时为迪森公司改制重组的发起人之一，对余勇的访谈是保荐机构尽职调查工作的重要内容之一’；问‘当时还有无与迪森公司的其他原股东进行类似《访谈笔录》’；答‘有，我们对迪森公司发起人都进行了尽职调查，形成《访谈笔录》’；问‘请问向公司上市前原股东进行访谈问话，有无相关法律依据或文件规定？2011 年 6 月 20 日的《访谈笔录》是否属于迪森公司上市过程中的必备重要文件？有无相关法律依据或文件规定’；答‘余勇作为迪森公司发起人之一，对他的访谈是根据证监会要求进行的，对他的《访谈笔录》是迪森公司上市申报材料必备重要文件。依据如下：中国证监会证监发行字[2006]15 号之《保荐人尽职调查工作准则的通知》第十一条要求，另外根据中国证监会证监发行字[2001]37 号之《公开发行证券公司信息披露编报规则第 12 号》第十六条要求。因此，对申请上市的股份公司发起人股东尽职调查是必需的法律程序，通过访谈形成《访谈笔录》是常规的作法，是公司上市申报材料的必备重要文件’；问‘如被访谈人余勇拒绝配合进行访谈则可能导致什么后果’；答‘股份公司发起人配合尽职调查是发起人股东应尽的义务。如其不配合访谈，形成不了《访谈笔录》，将使股份公司上市材料出现重大不完整。作为保荐机构广发证券，有严格的内审程序，如果材料不齐全，通不过内审，迪森公司的上市材料将无法上报中国证监会审批。’”余勇对此证据不予认可，称，一、余勇不清楚不签署《访谈笔录》就会影响迪森公司上市，法律没有这方面的规定；二、余勇签署《访谈笔录》是不存在股权纠纷，只是为了配合迪森公司上市，在常厚春、李祖芹、马革作出承诺补偿之后才签署《访谈笔录》；三、余勇是迪森公司的发起人，从公司财务报表反映公司最初资产就是 60000 元、70000 元，本案补偿是迟了七年才

补偿，是有时间价值补偿的，并不是等到 2011 年才追讨，实际从 2004 年起就一直向常厚春、李祖芹、马革追讨。

余勇在本案的书面自述意见中，称“2010 年迪森公司计划上市，需要创始股东之间清理债权债务关系，迪森公司董事会秘书发邮件给其要求签署一份承诺不存在代持股份和发起人之间不存在债权债务关系的访谈笔录，其多次与常厚春、李祖芹、马革协商并发邮件要求在签署访谈笔录之前，协商迪森公司的股份补偿，并在邮件中附有补偿计算。这就是本案发生的来由。余勇提供的《借条》，常厚春、李祖芹、马革提供的《承诺书》和《说明及承诺书》，都是同日签署，当事双方和金额以及《借条》产生原因为迪森公司上市，都互相完整对应，也就是双方的共同意思表示。两份借条和两份承诺书完整构成了双方以迪森公司为条件的债权债务关系，形成了一个以迪森公司上市为前提合约，是合法有效的契约合同行为”。

一审再查明，余勇与常厚春、李祖芹、马革就上述 9000000 元借条的纠纷，与本案一起向一审法院提出诉讼〔（2014）穗天法金民初字第 1922 号〕。

一审法院认为：余勇在本案明确借条中的借款并非其支付给常厚春、李祖芹、马革的款项，而是常厚春、李祖芹、马革欠余勇股份转让补偿所转化的欠款，属于股权转让合同纠纷。转让的股份系指余勇将持有迪森公司 5.58% 的原始股分别转让给常厚春、李祖芹、马革。因此，本案为股权转让合同纠纷。

在本案中，余勇与常厚春、李祖芹、马革均确认案涉《借条》项下的借款不存在实际交付的事实。余勇主张案涉《借条》是“因余勇低价向常厚春、李祖芹、马革转让所持有的迪森公司股份一事”而达成的股份转让补偿协议，常厚春、李祖芹、马革主张案涉《借条》是余勇利用迪森公司上市的关键时期进行敲诈而受逼迫出具。因此，认定本案纠纷的性质，关键在于案涉《借条》是否确实是常厚春、李祖芹、马革为补偿余勇低价转让股份的损失而达成的协议。

根据本案查明，一、案涉《借条》中并无任何体现股权转让补偿的内容。相反，与《借条》同时出具的《说明及承诺书》，甚至在 9000000 元《借条》的《承诺书》中，均明确记载如迪森公司不能成功上市，则《借条》作废。余勇在书面自述本案发生的缘由时，称“两份借条和两份承诺书完整构成了双方以迪森公司为条件的债权债务关系，形成了一个以迪森公司上市为前提合约”。借条和承诺书的内容与余勇明确的股份转让补偿存在明显的矛盾。即如果《借条》是针对低价转让股份的损失进行补偿，则说明损失已客观存在，但为何又要以迪森公司能否成功上市作为前提，并以此决定补偿是否成立；二、本案现有证据不能充分证明余勇向常厚春、李祖芹、马革转让股份存在低价转让的事实，亦未有证据反映余勇向常厚春、李祖芹、马革转让股份后，至 2011 年迪森公司上市申报时，余勇在长达 5、6 年期间曾经向常厚春、李祖芹、马革提出低价转让需作补偿的主张；三、在余勇转让股份给常厚春、李祖芹、马革的同时期，迪森公司的其他发起股东也以接近或更低价格，向常厚春、李祖芹、马革转让与迪森公司的股份，而本案没有证据反映其他转让股份的原股东曾经主张转让的价格低于股份的合理价值；四、余勇提供的《公证书》和对话录音证据，当中并没有相对方就余勇提出的主张意见作出表示认可的内容，而且被告常厚春、李祖芹亦不认可其为对话录音中的一方，因此该等证据仅能反映余勇认为的补偿协议系其单方的意见。另一方面，余勇转让迪森公司股份时的股份价值，与数年后迪森公司上市申报时的股份价值，不能相提并论。以后者的股份价值计算前者股份价值而认为股份的转让价格严重低估并不客观；五、余勇在接受保荐人访谈时，保荐人已就访谈的目的和要求向余勇予以明确告知，余勇在清楚、清晰的情况下，表示“愿意如实陈述，并保证所陈述的内容真实完整，愿意为此承担相应的责任”。因此，《访谈笔录》的内容是余勇诚实无虚假的、意思真实的陈述。余勇对访谈人提问“您与上述股权转让所涉及的相对人是否存在因股权转让而产生的债权债务关系？是否存在股权纠纷或任何其他纠纷或潜在纠纷？”，以及“您与迪森股份的股东是否存在股权纠纷或

任何的其他纠纷或潜在纠纷”时，回答“不存在”。显然，余勇直至此时仍未有存在低价转让股份情形的陈述。

综上所述，余勇明确本案为股权转让合同纠纷，但本案没有证据充分证明在迪森公司筹备上市阶段前，余勇与常厚春、李祖芹、马革之间对履行完毕的股份转让存在低价的争议。余勇主张案涉借条系对其此前向常厚春、李祖芹、马革低价转让迪森公司股份的补偿，缺乏事实依据，一审法院不予采纳。余勇依此事由要求常厚春、李祖芹、马革共同支付 29000000 元及损失，一审法院不予支持并依法予以驳回。

一审法院判决：驳回余勇的诉讼请求。一审案件受理费 187300 元，由余勇负担。

二审中，常厚春、李祖芹、马革提交以下新证据：证据 1. 关于广州风投公司投资第三人迪森公司的《股东协议》；证据 2. 关于通过广州风投公司投资迪森公司收益率协议的《广州迪森热能技术有限公司第一节股东会决议》及附件二。证据 1.2 拟证明：1. 广州风投公司投资入股迪森公司已明确约定退出方式为投资额加上固定每年 20% 投资收益率的价格进行股权回购；2. 余勇对于广州风投公司投资及退出迪森公司的约定是知情的。证据 3. 广州风投公司退出迪森公司的《股权回购协议》；证据 4. 关于同意广州风投公司向迪森公司四股东转让股权的《广州迪森热能技术股份有限公司 2004 年第三次临时股东大会》。证据 3.4 拟证明：1. 迪森公司股东常厚春、李祖芹、马革及原股东梁洪涛根据前述协议约定承担了相应的股权回购责任；2. 余勇对于广州风投公司退出迪森公司的约定是知情且没有提出任何异议。余勇质证认为，对上述证据中其签名的真实性予以确认，但不确认该证据的关联性，评估价是具有客观性和公正性的，按评估价合理的价格要高于案涉股权最终转让的价格，而实际上最后广州风投公司的真实价格还远高于评估价的。

余勇二审庭审中提交了以下证据：证据 1. 《北京市康达律师事务所关于广州迪森热能技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市的律师工作报告》（康达股发字[2011]第 026 号）；证据 2. 《北京市康达律师事务所关于广州迪森热能技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市的补充法律意见书（二）》（康达股发字[2011]第 025-2 号）第 3-3-1-3-15 至 16 页部分内容；证据 3. 《北京市康达律师事务所关于广州迪森热能技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市的补充法律意见书（二）》（康达股发字[2011]第 025-2 号）第 3-3-1-3-81 至 84 页部分内容；证据 4. 迪森公司工商年检资料 2004-2005 年财务报表作为二审证据予以提交，拟共同证明 2004、2005 年间迪森公司股东转让股份的价格差距巨大，定价不真实，迪森公司的管理层股东未履行披露义务，隐瞒真实资产价格。常厚春、李祖芹、马革质证认为，对上述证据不予确认，根据康达股发字[2011]第 025-2 号第 15 页表格下面的文字表述了背景，即广州风投公司在进入时已经和余勇在内的股东进行了约定，如 2 年内不能上市，广州风投公司就要退出，而退出时各股东有回购义务，价格是投资成本加上投资收益，这是为了保护国有资产保值增值，该评估是在这个背景下作出的，不能反映迪森公司的股权价值。且广州风投公司从进入到退出，余勇都是很清楚的。

余勇在二审庭后，提交以下证据：证据 5. 招股说明书；证据 6. 上市公告书。证据 5、6 拟证明：2012 年广州迪森热能技术股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市，上市时发行价为 13.95 元/股，发行后总股本为 13948.8834 万股，按此计算的公司市值为 $13.95 \times 13948834 = 194586.92343$ 万元。证据 7. 股票软件查询资料，拟证明：迪森公司上市第一天交易的收盘价为 16.44 元/股，第一个交易日的市值约为 229319.64 万元。证据 8. 金杜律师事务所出具的专项法律意见书。拟证明：1. 没有文件明确规定中介机构必须采用访谈手段对发行人历史股权变动情况进行核查；中介采用采访核查的，受访者不负有接受访谈并签署访谈记录的法定义务，当事人拒绝访谈或前述访谈记录不构成发行上市实质障碍；2. 股东访谈记录不属于发行人申请 IPO 的必备文件材料，提交股东访谈记录不是企业发行上市申请被证监会受理和正常审核的必要前提条件；3. 常厚春、李祖芹、马革称余勇利用访谈来“敲诈”

致其在借条上签名，并不存在事实基础。该借条为常厚春、李祖芹、马革真实意思表示。证据 9. 证人证言。拟证明：1. 常厚春、李祖芹、马革在余勇退出公司时故意隐瞒迪森公司的真实资产，其中有一笔为在宁夏购买的矿权。2. 余勇自知道常厚春、李祖芹、马革隐瞒公司真实资产迫使自己以不合理低价转让公司股份之后，一直积极与常厚春、李祖芹、马革就股权补偿问题进行主张。3. 常厚春、李祖芹、马革出具的两张借条是在常厚春、李祖芹、马革与余勇长时间充分协商的前提下，双方就股权补偿达成合意的结果。证据 10. 余勇与迪森公司另一名原股东梁洪涛通话录音，拟证明 1. 在股权转让后，余勇才通过梁洪涛知道迪森公司在 06 年购买煤矿、公司资产被常厚春、李祖芹、马革隐瞒的事实；2. 由于常厚春、李祖芹、马革隐瞒资产等原因，常厚春、李祖芹、马革也对余勇同时期退出的股东梁洪涛作出补偿，写条子并实际支付补偿款。

常厚春、李祖芹、马革对余勇庭后提交证据质证认为：证据 5、证据 6：该两份证据是不完整的。《招股说明书》的签署日期为 2012 年 6 月 27 日，余勇不可能在 2011 年 6 月就能看到《招股说明书》及从中发现其所谓的“隐瞒资产”。涉案的两份《借条》分别是在 2011 年 6 月 20 日和 7 月 28 日出具的，余勇不可能在公司上市前一年就知道公司上市价格及市值倒推计算出其所谓的“股权补偿”价值。且如果按照余勇的逻辑，其主张的所谓低价转让股权损失价值理应在 2004 年股权转让时就已形成确定，无论迪森公司此后上市与否及上市价格如何都不影响该损失价值，也不可能存在以公司上市与否作为损失成立条件的情况。证据 7：第三人迪森公司上市首日交易价格与余勇主张无关。证据 8：其不是该法律意见书的委托人，真实性由合议庭审查。一审时提交的《律师调查笔录》及一审法院调查笔录中可以反映，发起人股东的访谈笔录是迪森公司上市保荐人广发证券内部审查流程的必备材料，与该法律意见书所论述的基础不属于同一范畴。并且金杜律师事务所既不是迪森公司上市中介机构，也未实际参与迪森公司上市的过程，其所作出的法律意见书并不能否定《访谈笔录》属于迪森公司申报上市关键资料的事实。证据 9：未出庭证人证言不能作为证据。常厚春从未向马春印告知购买煤矿的问题，也从未与余勇及马春印就“股权补偿”问题进行过协商。根据余勇一审时提交的《招股说明书》【补充证据清单二证据 3】中的第 52 页反映，迪森公司是在 2006 年取得《矿产资源勘查许可证》，在 2010 年将探矿权转让，转让价款为 6795.86 万元，扣除受让探矿权成本及勘探成本、税费后，亏损 27.19 万元。迪森公司受让探矿权和投入勘探成本均发生在余勇 2004 年 9 月 28 日股权转让之后，该探矿权投资既不属于余勇所谓的“隐瞒资产”的情形，也不可能因此而给予余勇高达 3800 万元的“股权补偿”。证据 10：该通话录音无法核实身份及通话是否完整，不能作为证据使用。迪森公司受让探矿权和投入勘探成本时，梁洪涛及余勇均已经不是迪森公司股东，不存在其所谓的“隐瞒资产”情形。余勇及梁洪涛转让股权时，余勇及梁洪涛共同在《广州迪森热能技术股份有限公司 2005 年第一次临时股东大会关于同意股东转让股权的决议》签署表决通过，他们对各自的转让股权情况都非常清楚且没有异议。无论是从时间还是价格上，不可能在事隔多年后因为探矿权的问题而与梁洪涛达成所谓的“股权补偿”。《（2004）年度企业年检登记表》及《（2005）年度企业年检登记表》是迪森公司基于 2004-2005 年年检向工商部门提交，作为公示资料，余勇此前作为公司股东是明知的，不存在其所谓隐瞒资产的情况。事实上，从 2004 年 9 月 28 日股权转让后直至 2011 年 6 月期间，余勇没有以任何方式提出所谓的股权补偿。另外，即使按照余勇主张的所谓“股权补偿”的逻辑，其 2004 年转让股权时股权份额 5.58%对应的净资产数额也只有 3681589.95 元，双方也根本不可能达成高达 3800 万元股权补偿。迪森公司称，同意常厚春、李祖芹、马革的意见。

再查，余勇提交了经过公证的邮件，余勇称均为由其个人邮箱发往李祖芹的邮箱的邮件，其中 2011 年 6 月的邮件中有“据此，股份公司其他股东应退回本人至少 1051.062 万元。……请参考，商议补偿办法”的内容。关于该份邮件，余勇解释称，在发邮件的第二天，各方又

达成了上市前先付 150 万元，上市后再付 900 万元的约定，则 $150+900=1050$ 万元，与邮件中的 1051062 取整数是吻合的。但对于 150+900 万元的变更过程，余勇并无提交证据予以证实。另，同年 7 月 27 日的邮件则罗列了 A/B/C 三个方案后，写明“怎样计算，股份公司上市前补均应补 3000 万以上，股份公司上市后的市值，均在亿元以上”。该些邮件均未收到李祖芹的回复。

针对双方提交的证据，本院作如下的认定：1. 常厚春、李祖芹、马革二审提交的 4 份证据，余勇确认该证据上其签名的真实性，故可认定余勇对广州风投公司进入及退出迪森公司的情况是知情的。2. 余勇二审提交的 10 份证据，本院认为均不能证明其主张。经审查，本院对一审法院查明的其他事实予以确认。

本院认为，二审中，本案审理的焦点问题是：借条约定的款项性质是否为股权转让补偿款？常厚春、李祖芹、马革是否应当依据借条约定的款项金额向余勇支付？

涉案借条由常厚春、李祖芹、马革共同向余勇出具的事实各方并无异议。诉讼中，各方也认可该借条出具之后，无需余勇向常厚春、李祖芹、马革支付借款。该事实，本院予以确认。关于借条所载款项是否是股权转让补偿款项的问题。余勇提出该主张，则应由其完成举证责任。首先，关于邮件的问题。余勇上诉提出一审法院遗漏审查其提交的经过公证的邮件。经查，一则 6 月份的邮件中虽提到应退回余勇 1051.062 万元，余勇二审中亦对 1051.062 万元解释为与 $150+900=1050$ 元接近，但该解释亦为单方面解释，缺乏其他证据予以证实。在之后的 2011 年 7 月 27 日的邮件中又提到上市前应补 3000 万以上，上市后的市值均在亿元以上。可见，无论是哪一份邮件，其金额和余勇的主张均不一致。二则即使邮件中的金额与涉案主张金额存在的差异，余勇能单方面作出的解释。但邮件均只能反映余勇单方面提出计算补偿的要求，最后亦写明是请参考，并无显示李祖芹同意邮件中计算方法以及结论。三则即使在邮件发送之后，李祖芹等支付过 150 万元，亦不能当然认定是依据余勇在本案中的主张进行的支付。因此，根据邮件内容并不能认定余勇和李祖芹等就股权转让补偿达成了一致意见，不能直接证明余勇的主张。

其次，关于广州风投公司股权转让款的问题。根据常厚春、梁洪涛、李祖芹、马革、余勇与广州风投公司、海南滨港实业投资有限公司签订的《股东协议》以及《各股东投资迪森公司年收益的协议（附件二）》的内容可见，迪森公司是为了上市包装而引入广州风投公司与海南滨港实业投资有限公司，而该两公司受让迪森公司的股权，各方亦明确约定迪森公司如果在约定时间内不能上市，则广州风投公司有权要求迪森公司回购其持有的股份并以 20% 年投资收益率予以回报。可见，广州风投公司的股权转让价格与余勇作为普通个人股东的股权转让价格缺乏可比性。另查明，广州风投公司退出迪森公司时，对迪森公司进行了审计；余勇亦在《关于同意股东转让出资的决议》股东签名处签名，亦足以证明其对于回购广州风投公司股权的情况包括价格是了解的。而余勇将股权出让时间发生在迪森公司股东回购广州风投公司之后。因此，余勇明知股权价值，但其仍同意约定价格表明其愿意受该价格的约束。本案中，又以广州风投公司的股权转让价格以及审计结果为由而提出的质疑不能成立。再次，2005 年迪森公司的资产情况与迪森公司上市之时有所不同，不应以上市时迪森公司的资产情况去衡量 2005 年迪森公司的资产。2005 年签订的股权转让协议是各方真实意思表示，其中约定的价款对各方亦有约束力。同时，2005 年余勇转让涉案股权之前，已有其他股东将股权转让给常厚春、李祖芹、马革，其价格并未高于涉案的股权转让，可予佐证涉案股权转让价格并非过低。如果借条项下的款项确属股权转让补偿款应直接予以明确；根据本案的证据，尚不能认定是股权转让价格补偿的性质。纵观本案，余勇主张名为“借条”实为股权转让补偿款项，但其并无完成举证责任，应由其承担举证不能的不利后果。本院因此对余勇的上诉请求不予支持。

余勇申请马春印出庭作证以及申请本院前往广州市移动分公司调取电话号码 138××××5353、邮箱 138×××@139. c o m 的的归属情况，均非查明本案事实之必要，本院对该些申请均不予采纳。

综上所述，上诉人余勇的上诉请求不能成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 187300 元，由上诉人余勇负担。

本判决为终审判决。

审判长 张朝晖

审判员 刘革花

审判员 练长仁

二〇一七年九月六日

书记员 罗永娟

深圳东方艺术研究会与古少明申请撤销仲裁裁决民事裁定书

深圳市中级人民法院
民事裁定书

(2012)深中法涉外仲字第 53 号

申请人(仲裁被申请人):深圳东方艺术研究会,住所地深圳市。

法定代表人:罗虹,该研究会会长。

委托代理人:甘清洪,广东东方金源律师事务所律师。

委托代理人:毛晶晶,公民代理。

被申请人(仲裁申请人):古少明,男。

委托代理人:姚卫国,北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

委托代理人:庄泽满,北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

申请人深圳东方艺术研究会(以下简称东方研究会)向本院申请撤销深圳仲裁委员(以下简称仲裁委)[2011]深仲裁字第 731 号裁决(以下简称 731 号裁决)。本院受理后,依法组成合议庭对东方研究会的申请进行了审查,现已审查终结。

东方研究会提出申请称:一、731 号裁决所依据的核心证据《股权转让合同书》上的鉴证章是伪造的。深圳市市场监督管理局提供的资料显示:古少明、罗某某与东方研究会之间 1996 年 9 月 1 日签订了一份《股权转让合同书》,并于同年 9 月 3 日在深圳市产权交易所办理了鉴证手续和交易手续,交易机构加盖了深圳市产权交易所的公章。但众所周知,深圳市人民政府于 1993 年设立了产权交易机构,但该机构的名称为深圳市产权交易中心,并非深圳市产权交易所。古少明提供的核心证据《股权转让合同书》明显属于伪造。根据《仲裁法》第五十八条第一款第四项的规定,731 号裁决理应撤销。

二、有关争议没有有效的仲裁协议。《股权转让合同书》第七条约定:任何一方可向深圳市仲裁委员会申请仲裁,或向深圳市人民法院起诉。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释第七条的规定:当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁,也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。根据《仲裁法》第五十八条第一款第一项的规定,731 号裁决理应撤销。

三、裁决的事项不属于仲裁事项。根据《深圳仲裁委员会仲裁规则》第 11 条的规定:当事人概括约定仲裁事项为合同争议的,基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷属于仲裁事项。《股权转让合同书》第七条约定:与本合同的有效性、履行、违约及解除等有关争议事项,甲乙双方应友好协商解决。但 731 号裁决认定:本案双方当事人之间的争议主要有两个:第一、《股权转让合同书》是否合法有效;第二、古少明是否为深圳市宝×建设集团股份有限公司(以下简称宝×公司)的合法股东,东方研究会究竟享有或不享有宝×公司的股东权益。裁决书对以上两项事项进行了裁决,但第二项并非《股权转让合同书》约定的仲裁事项。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释第十九条的规定:当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决,经审查属实的,人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分。但超裁部分与其它裁决事项不可分的,人民法院应当撤销仲裁裁决。731 号裁决所做的第一项裁决(合同的效力问题)与第二项裁决(股东权问题)互为因果,关系密切。因为双方发生《股权转让合同书》效力争议,其根源在于股东权争议;而双方欲解决股东权争议,其途经必然是先解决《股权转让合同书》效力争议。两项裁决事项密不可分,理应一并撤销。

四、裁决事项仲裁委员会无权仲裁。根据《仲裁法》第三条规定，应当由行政机关处理的行政争议，仲裁机构不得仲裁。731 号裁决记载：被转让公司是否属于我国民法通则七十四条和我国城镇集体所有制条例第四条所称的集体企业？是否转让时要经过政府审批部门的批准方可转让？是否应当给与转让的变更登记？应当属于有关企业登记管理部门依法确认的职权范围，是一种行政权力，仲裁庭无权加以干涉。以上问题，与本案争议双方的股东地位密不可分，但仲裁委明知故犯，依然在裁决书中就争议双方的股东地位进行了裁决。根据《仲裁法》第五十八条第一款第二项的规定，731 号裁决理应撤销。最高人民法院公报 2004 年卷裁判文书选登刊登了最高人民法院【2002】民四终字第 14 号裁定，其《裁判摘要》称：根据中外合资经营企业法的规定，中外合资企业股权变更必须报经有关主管部门审批，应根据主管部门审批结果确定股东的身份。当事人认为股权变更不当要求变更审批结果的，应通过行政诉讼解决。本案同样属于股权变更登记纠纷，根据《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》第十五条的规定：集体企业的合并、分立、停业、迁移或者主要登记事项的变更，必须符合国家有关规定，由企业提出申请，报经原审批部门批准，本案同样必须经过审批，依法应当属于最高人民法院上述裁定所指的行政争议，应当通过行政诉讼解决。事实上，东方研究会也的确以深圳市市场监督管理局为被告提起了行政诉讼，要求依法撤销该局于 1996 年 9 月 19 日所做的变更登记，目前本案正在审理中。仲裁委违法仲裁，其裁决行为侵占了法院依法审理的权力空间，其裁决结果也很可能与法院的裁决结果相矛盾并最终损害司法权威。根据《仲裁法》第三条以及第五十八条第一款第二项的规定，731 号裁决理应撤销。

五、裁决时间上存在严重的程序违法。根据《深圳仲裁委员会仲裁规则》第 57 条的规定，仲裁裁决应当在仲裁庭组成之日起四个月内（不含鉴定期间）作出。731 号裁决记载：2011 年 6 月 21 日，由王陆海、周海荣、吴德立组成仲裁庭，王陆海为首席仲裁员。根据《深圳仲裁委员会仲裁规则》第五十七条的规定，731 号裁决最迟应当在 2011 年 10 月 20 日作出。但仲裁委到 2011 年 11 月 9 日才作出仲裁裁决，累计延迟 20 天的时间，该延迟行为严重影响了争议双方的举证期间、举证能力以及寻找专业法律帮助的时间，涉嫌刻意给对方预留充分的时间，严重损害了东方研究会的程序和实体权益，属于严重的程序违法。根据《仲裁法》第五十八条第一款第三项的规定，731 号裁决理应撤销。

六、仲裁庭的审理遗漏了重要的必要共同诉讼参与人，属于重大程序违法，理应撤销。《股权转让合同书》的买受人是古少明、罗某某，两人共同构成合同的受让方，两人权利、义务一致，与东方研究会法律关系同一。古少明单独申请裁决的事项与罗某某有着密切的利益关系，本案裁决结果也与罗某某密切相关，罗某某或其权利继受人依法属于必要共同诉讼参与人。我国《民事诉讼法》第一百一十九条规定：必须共同进行诉讼的当事人没有参与诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第 57 条规定：必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照《民事诉讼法》第一百一十九条的规定，通知其参加。仲裁委在罗某某或其权利继受人根本不知道本诉存在的情况下，擅自就整个合同的效力问题作出裁决，一旦裁决生效并产生对罗某某不利的法律后果，罗某某将通过何种途径获取救济？该等重大遗漏法庭判决尚且需要撤销，何况仲裁裁决。

东方研究会在本院听证时补充称：一、东方研究会与古少明于 2011 年 5 月 28 日没有达成仲裁协议，东方研究会也从未与罗某某达成过仲裁协议。二、根据《仲裁法》第五十八条，仲裁裁决违背社会公众利益的，应撤销裁决。731 号裁决确认股权转让有效，间接导致原深圳市宝×装饰设计工程公司与大鹏镇政府指定的深圳市龙岗区大鹏镇鹏××××有限公司之间签订的协议无法履行，而古少明采取一些措施导致股权变更，也致使大鹏古镇的开发项目搁浅。三、古少明隐瞒了足以影响公正裁决的证据。古少明隐瞒了深圳市建设局 1997 年 11 月下发的 608 号文件，该文件是同意东方研究会与深圳市粤×实业发展有限公司之间合股，

占宝×公司各 50%的股权，该批文的事实说明：1、宝×公司的股权事宜需要深圳市政府的审批；2、该批文是 1997 年 11 月 17 日深圳市建设局下达的。古少明在 1996 年时就将宝×公司的股东变更为古少明和罗某某，深圳市建设局对此不知情。

古少明答辩称：一、深圳市产权交易所是依法存在的产权交易机构，东方研究会主张《股权转让合同书》上深圳市产权交易所的鉴证章是伪造的没有任何事实依据，其据此申请撤销仲裁不能成立。古少明与东方研究会于 1996 年 8 月 29 日签订了《股权转让合同书》，深圳市产权交易所于 1996 年 9 月 3 日在该合同书上盖章确认，深圳市福田区公证处于 1996 年 9 月 5 日对该合同办理了公证手续。根据法律规定，经过法定程序公证证明的文书，应当作为认定事实的根据，除非东方研究会有相反证据足以推翻公证证明，但其并没有提供任何证据推翻公证证明。同时，古少明提交了深圳市产权交易所的组织机构代码信息，以及南方日报在 2010 年 9 月 6 日庆祝深圳特区成立 30 周年的系列文章中关于深圳市产权交易所的报道，这些证据都有力证明了深圳市产权交易所的存在。东方研究会主张产权交易机构的名称应为深圳市产权交易中心以及《股权转让合同书》上深圳市产权交易所的鉴证章是伪造的，完全是其主观臆断，没有任何的事实依据，法院应依法驳回其撤销仲裁申请。

二、裁决书依据的仲裁协议合法有效，东方研究会以仲裁协议无效为由请求撤销仲裁不能成立。东方研究会、古少明于 2011 年 5 月向仲裁委出具了同意因《股权转让合同书》所发生的一切争议提交仲裁委仲裁的书面意见，根据法律规定，这构成了双方之间合法有效的仲裁协议。而且在整个仲裁过程中，东方研究会都没有对仲裁协议的效力提出过任何异议，根据仲裁规则的规定，应认定其对仲裁协议的效力无异议。现在东方研究会以仲裁协议无效主张撤销裁决书，没有任何事实和法律依据，应依法予以驳回。

三、裁决书的裁决事项属于仲裁协议规定的仲裁事项范围，东方研究会以裁决事项不属于仲裁协议规定的仲裁事项范围为由请求撤销仲裁不能成立。1、古少明、东方研究会对宝×公司的股东资格和股东权益争议与《股权转让合同书》有关联，属于因该合同而产生的一切争议范围。根据双方的仲裁协议，仲裁事项是因《股权转让合同书》而产生的一切争议，范围非常广泛。古少明通过与东方研究会签订和履行《股权转让合同书》，受让了东方研究会在宝×公司的股权，并取得了对公司的经营管理权。十几年来，在古少明的精心管理下，公司注册资本增加至目前的人民币 1.35 亿元，成为目前拥有全国建筑装饰行业最齐全业务资质的企业之一，在全国业界颇具影响力。2011 年 3 月，宝×公司因为拟在中国境内首次公开发行 A 股向深圳市上市办申请相关批文，东方研究会得知此事后，以为有机可乘，遂对 1996 年 9 月的股权转让，以及宝×公司股东资格、股东权益问题提出异议，并一直纠缠古少明至今。古少明与东方研究会之间的一切争议，包括《股权转让合同书》的效力，究竟谁是宝×公司的合法股东，究竟谁应享有宝×公司的股东权益，都是因《股权转让合同书》而产生的争议，都属于双方仲裁协议规定的仲裁事项范围。2、东方研究会的仲裁行为表明其认可裁决书的裁决事项属于仲裁协议规定的仲裁事项范围。古少明与东方研究会在 2011 年 5 月达成仲裁协议，同意将因《股权转让合同书》产生的一切争议提交仲裁委仲裁。东方研究会根据仲裁协议向仲裁委提交了仲裁申请书，明确写明仲裁请求是确认《股权转让合同书》合法有效，古少明是宝×公司的合法股东，东方研究会不享有宝×公司的股东权益。东方研究会针对古少明的仲裁申请书提交了答辩书，其答辩意见是确认《股权转让合同书》无效，其是宝×公司的创办人、合法股东，依法享有公司股东权益，古少明非法窃取宝×公司。在仲裁期间，东方研究会围绕答辩书提交了相关证据，发表了辩论意见，从未提出过古少明的仲裁请求不属于双方仲裁协议的仲裁事项范围。综上，东方研究会清楚知道仲裁事项范围是因《股权转让合同书》产生的一切争议，东方研究会的仲裁行为，包括答辩、举证、发表辩论意见等都明确针对古少明的仲裁请求，清楚表明其认可可将古少明的仲裁请求作为双方争议的

焦点，同意仲裁庭对该争议焦点进行审理并裁决，裁决书的裁决事项属于仲裁协议规定的仲裁事项范围。

四、裁决书的裁决事项不属于法律规定的不能仲裁的范围，东方研究会以裁决事项仲裁委无权仲裁为由请求撤销仲裁不能成立。《仲裁法》第二条规定：平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。裁决书的仲裁事项是《股权转让合同书》的效力，以及宝×公司股东资格和股东权益的确认，这都属于平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，依法可以仲裁，不属于《仲裁法》第三条规定的不能仲裁的范围，特别是不属于行政机关处理的行政争议。至于法院行政诉讼处理的是行政机关与具体行政行为相对人之间就具体行政行为而产生的争议，与仲裁机构处理的仲裁事项完全不同。只要古少明与东方研究会之间的仲裁事项属于《仲裁法》规定的仲裁范围，仲裁委就有权作出裁决，根本不存在仲裁委违法仲裁和侵占法院权力空间的情形。综上，东方研究会以裁决书中的裁决事项仲裁委无权仲裁为由请求撤销仲裁不能成立。

五、仲裁庭依法办理了审理期限延长手续，仲裁程序合法，东方研究会以裁决时间严重程序违法为由请求撤销仲裁不能成立。仲裁庭在 2011 年 10 月 20 日向仲裁委员会主任申请延长审理期限，仲裁委员会主任批准延长至 2011 年 11 月 21 日，仲裁庭在 2011 年 11 月 9 日作出裁决，符合《仲裁规则》的规定，仲裁程序合法，东方研究会以裁决时间严重程序违法为由请求撤销仲裁没有事实依据，法院应依法予以驳回。

六、根据法律规定，仲裁程序没有必要共同诉讼参与人，东方研究会以遗漏了必要共同诉讼参与人为由申请撤销仲裁不能成立。根据法律规定，只有达成仲裁协议的当事人才能参加仲裁，没有达成仲裁协议的当事人不能参加仲裁；虽然达成了仲裁协议，但当事人没有申请仲裁的，或没有被列为被申请人，仲裁委也不能主动要求当事人进行仲裁。《仲裁法》及仲裁委的《仲裁规则》都没有必要共同诉讼参与人的相关规定，东方研究会主张必要共同诉讼参与人依据的都是《民事诉讼法》的相关规定，并不适用于仲裁程序，其以遗漏了必要共同诉讼参与人为由申请撤销仲裁没有法律依据，法院应依法予以驳回。

综上所述，东方研究会不能提供证据证明裁决书存在着《仲裁法》第五十八条法定撤销情形，根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释第十七条的规定，请求法院依法驳回东方研究会的撤销仲裁申请。

本院查明：一、仲裁委依据古少明与东方研究会于 1996 年 8 月 29 日签订的《股权转让合同书》以及双方于 2011 年 5 月 18 日达成的仲裁协议受理了古少明的仲裁申请，受案号为深仲受字【2011】第 488 号。仲裁委受理后其审理程序适用 2011 年 5 月 1 日起施行的《深圳仲裁委员会仲裁规则》，依据该仲裁规则，仲裁委向双方送达了相关通知和材料。该案依据古少明和东方研究会的共同申请由简易程序变更为普通程序，由三名仲裁员组成仲裁庭审理，古少明选定周海荣为仲裁员，东方研究会选定吴德立为仲裁员，双方没有共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定首席仲裁员，仲裁委员会主任指定任湘清为该案首席仲裁员，并于 2011 年 6 月 9 日成立仲裁庭。同年 6 月 18 日，首席仲裁员任湘清向仲裁委书面提出回避申请，仲裁委员会主任同意其请求，重新指定王陆海为首席仲裁员。2011 年 6 月 21 日，由王陆海、周海荣、吴德立组成该案仲裁庭，王陆海为首席仲裁员。其后，仲裁委即将仲裁庭的组成情况书面通知了古少明和东方研究会。2011 年 6 月 24 日和 7 月 8 日，仲裁庭对该案进行了两次开庭审理。2011 年 11 月 9 日，仲裁委做出 731 号裁决。2012 年 2 月 21 日，东方研究会向本院提出撤销裁决申请。

二、《股权转让合同书》第七条争议的解决约定，“1、与本合同的有效性、履行、违约及解除等有关的争议，甲、乙双方应友好协商解决。2、如果协商不能解决本第 1 款所述争议，则任何一方可向深圳市仲裁委员会申请仲裁，或向深圳市人民法院起诉。”东方研究会和古

少明分别于 2011 年 5 月 17 日、18 日致函给仲裁委：双方因《股权转让合同书》产生的一切争议，同意向仲裁委申请仲裁。

三、古少明的仲裁请求：1、确认古少明、罗某某与东方研究会签订的《股权转让合同书》合法有效，古少明是宝×公司的合法股东，东方研究会不享有宝×公司的股东权益；2、东方研究会补偿古少明律师费人民币 10 万元；3、东方研究会承担本案仲裁费用。仲裁委的裁决：1、确认古少明、罗某某与东方研究会签订的《股权转让合同书》合法有效，古少明是宝×公司的合法股东，东方研究会不享有宝×公司的股东权益；2、驳回古少明的其它请求；3、本案仲裁费人民币 22,590 元，由古少明承担人民币 9036 元，东方研究会承担人民币 13,554 元，东方研究会应承担的部分在裁决送达后 10 日内迳付古少明。

本院认为：涉案仲裁裁决为国内仲裁裁决，本院依据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条的规定进行审查。

一、关于《股权转让合同书》上所盖的深圳市产权交易所印章是否伪造的问题。东方研究会主张深圳市人民政府于 1993 年设立的产权交易机构名称为深圳市产权交易中心，并非深圳市产权交易所，因此，《股权转让合同书》明显属于伪造。经本院核实，深圳市产权交易所成立于 1993 年，故东方研究会以 1993 年深圳市没有设立产权交易所为由认为上述合同书上加盖的深圳市产权交易所印章是伪造的依据不足。此外，《股权转让合同书》经交易双方签字盖章并办理了公证手续，且合同也未规定加盖鉴证章为合同生效的条件，因此，东方研究会主张《股权转让合同书》是伪造的，与事实不符，本院不予采纳。

二、关于仲裁协议的效力问题。最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释第二十七条规定，“当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。”东方研究会在仲裁程序中，不仅没有对仲裁协议的效力提出异议，而且还致函仲裁委表示同意仲裁，因此，其在仲裁裁决后又以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决，没有法律依据，本院不予支持。

三、关于裁决的事项是否属于仲裁协议范围以及仲裁委有无权仲裁的问题。《股权转让合同书》约定的仲裁范围为与本合同的有效性、履行、违约及解除等有关的争议，东方研究会与古少明达成的仲裁协议范围为双方因《股权转让合同书》产生的一切争议。因此，古少明仲裁请求确认上述合同合法有效、其是宝×公司的合法股东、东方研究会不享有宝×公司的股东权益，没有超出仲裁协议约定的范围；而仲裁委所作裁决也没有超出古少明的请求范围。至于仲裁委有无权对该案进行仲裁的问题，《中华人民共和国仲裁法》第三条规定，“下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”古少明申请仲裁的是其与东方研究会平等主体之间发生的合同纠纷，不属于上述不能仲裁的范围，东方研究会主张仲裁委无权仲裁，没有事实和法律依据，本院不予支持。

四、关于仲裁程序有无违反法定程序的问题。东方研究会主张仲裁委没有在仲裁规则规定的时间内作出裁决，属于严重的程序违法。《深圳仲裁委员会仲裁规则》第六十一条规定，“仲裁裁决应当在仲裁庭组成之日起四个月内作出。因特殊情况需延长审理期限的，由仲裁庭报经仲裁委员会主任批准，可以适当延长。”经核实，仲裁庭组庭时间为 2011 年 6 月 21 日，到期日为同年 10 月 21 日，仲裁委主任批准延期至 2011 年 11 月 21 日，仲裁庭在同年 11 月 9 日作出裁决，不存在违反仲裁规则规定的程序问题。至于东方研究会提出仲裁庭遗漏必要共同诉讼参与人属于程序违法的问题。最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释第二十条规定，“仲裁法第五十八条规定的违反法定程序，是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。”仲裁法及仲裁规则均没有追加必要共同诉讼参与人的规定，因此，东方研究会认为仲裁庭遗漏当事人属于重大程序违法，没有法律依据，本院不予支持。

五、关于古少明是否隐瞒了足以影响公正裁决证据的问题。东方研究会主张古少明隐瞒了深圳市建设局 1997 年 11 月 17 日下发的 608 号文件，但该文件在仲裁时已由东方研究会提交给仲裁庭，731 号裁决也对该文件予以认定，故不存在古少明隐瞒证据的问题，东方研究会的主张与事实不符，本院不予采纳。

六、关于 731 号裁决有无违背社会公共利益的问题。社会公共利益是指属于社会全体成员的利益，而违背社会公共利益的表现形式多样，常见的有违背我国法律的基本制度与准则、违背社会和经济生活的基本原则等。东方研究会以 731 号裁决确认股权转让有效，间接导致宝×公司与深圳市龙岗区大鹏镇鹏××××有限公司于 1994 年签订的协议无法履行，也致使大鹏古镇的开发项目搁浅为由，认为该裁决违背社会公共利益，理由不成立，本院不予采信。综上所述，东方研究会申请撤销仲裁裁决的理由缺乏事实和法律依据，本院依法应予驳回。依据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条之规定，裁定如下：

驳回申请人深圳东方艺术研究会提出的撤销深圳仲裁委员会[2011]深仲裁字第 731 号裁决的申请。

本案案件受理费人民币 400 元，由申请人深圳东方艺术研究会承担。

本裁定为终审裁定。

审判长 邱明演

审判员 朱萍

审判员 梁乐乐

二〇一二年五月九日

书记员 周洁（兼）

深圳东方艺术研究会与古少明申请撤销仲裁裁决一案民事裁定书

深圳市中级人民法院
民事裁定书

(2012)深中法涉外仲字第 53 号

申请人(仲裁被申请人):深圳东方艺术研究会,住所地深圳市。

法定代表人:罗虹,该研究会会长。

委托代理人:甘清洪,广东东方金源律师事务所律师。

委托代理人:毛晶晶,公民代理。

被申请人(仲裁申请人):古少明,男。

委托代理人:姚卫国,北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

委托代理人:庄泽满,北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

申请人深圳东方艺术研究会(以下简称东方研究会)向本院申请撤销深圳仲裁委员(以下简称仲裁委)[2011]深仲裁字第 731 号裁决(以下简称 731 号裁决)。本院受理后,依法组成合议庭对东方研究会的申请进行了审查,现已审查终结。

东方研究会提出申请称:一、731 号裁决所依据的核心证据《股权转让合同书》上的鉴证章是伪造的。深圳市市场监督管理局提供的资料显示:古少明、罗某某与东方研究会之间 1996 年 9 月 1 日签订了一份《股权转让合同书》,并于同年 9 月 3 日在深圳市产权交易所办理了鉴证手续和交易手续,交易机构加盖了深圳市产权交易所的公章。但众所周知,深圳市人民政府于 1993 年设立了产权交易机构,但该机构的名称为深圳市产权交易中心,并非深圳市产权交易所。古少明提供的核心证据《股权转让合同书》明显属于伪造。根据《仲裁法》第五十八条第一款第四项的规定,731 号裁决理应撤销。

二、有关争议没有有效的仲裁协议。《股权转让合同书》第七条约定:任何一方可向深圳市仲裁委员会申请仲裁,或向深圳市人民法院起诉。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释第七条的规定:当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁,也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。根据《仲裁法》第五十八条第一款第一项的规定,731 号裁决理应撤销。

三、裁决的事项不属于仲裁事项。根据《深圳仲裁委员会仲裁规则》第 11 条的规定:当事人概括约定仲裁事项为合同争议的,基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷属于仲裁事项。《股权转让合同书》第七条约定:与本合同的有效性、履行、违约及解除等有关争议事项,甲乙双方应友好协商解决。但 731 号裁决认定:本案双方当事人之间的争议主要有两个:第一、《股权转让合同书》是否合法有效;第二、古少明是否为深圳市宝×建设集团股份有限公司(以下简称宝×公司)的合法股东,东方研究会究竟享有或不享有宝×公司的股东权益。裁决书对以上两项事项进行了裁决,但第二项并非《股权转让合同书》约定的仲裁事项。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释第十九条的规定:当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决,经审查属实的,人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分。但超裁部分与其它裁决事项不可分的,人民法院应当撤销仲裁裁决。731 号裁决所做的第一项裁决(合同的效力问题)与第二项裁决(股东权问题)互为因果,关系密切。因为双方发生《股权转让合同书》效力争议,其根源在于股东权争议;而双方欲解决股东权争议,其途经必然是先解决《股权转让合同书》效力争议。两项裁决事项密不可分,理应一并撤销。

四、裁决事项仲裁委员会无权仲裁。根据《仲裁法》第三条规定，应当由行政机关处理的行政争议，仲裁机构不得仲裁。731 号裁决记载：被转让公司是否属于我国民法通则七十四条和我国城镇集体所有制条例第四条所称的集体企业？是否转让时要经过政府审批部门的批准方可转让？是否应当给与转让的变更登记？应当属于有关企业登记管理部门依法确认的职权范围，是一种行政权力，仲裁庭无权加以干涉。以上问题，与本案争议双方的股东地位密不可分，但仲裁委明知故犯，依然在裁决书中就争议双方的股东地位进行了裁决。根据《仲裁法》第五十八条第一款第二项的规定，731 号裁决理应撤销。最高人民法院公报 2004 年卷裁判文书选登刊登了最高人民法院【2002】民四终字第 14 号裁定，其《裁判摘要》称：根据中外合资经营企业法的规定，中外合资企业股权变更必须报经有关主管部门审批，应根据主管部门审批结果确定股东的身份。当事人认为股权变更不当要求变更审批结果的，应通过行政诉讼解决。本案同样属于股权变更登记纠纷，根据《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》第十五条的规定：集体企业的合并、分立、停业、迁移或者主要登记事项的变更，必须符合国家有关规定，由企业提出申请，报经原审批部门批准，本案同样必须经过审批，依法应当属于最高人民法院上述裁定所指的行政争议，应当通过行政诉讼解决。事实上，东方研究会也的确以深圳市市场监督管理局为被告提起了行政诉讼，要求依法撤销该局于 1996 年 9 月 19 日所做的变更登记，目前本案正在审理中。仲裁委违法仲裁，其裁决行为侵占了法院依法审理的权力空间，其裁决结果也很可能与法院的裁决结果相矛盾并最终损害司法权威。根据《仲裁法》第三条以及第五十八条第一款第二项的规定，731 号裁决理应撤销。

五、裁决时间上存在严重的程序违法。根据《深圳仲裁委员会仲裁规则》第 57 条的规定，仲裁裁决应当在仲裁庭组成之日起四个月内（不含鉴定期间）作出。731 号裁决记载：2011 年 6 月 21 日，由王陆海、周海荣、吴德立组成仲裁庭，王陆海为首席仲裁员。根据《深圳仲裁委员会仲裁规则》第五十七条的规定，731 号裁决最迟应当在 2011 年 10 月 20 日作出。但仲裁委到 2011 年 11 月 9 日才作出仲裁裁决，累计延迟 20 天的时间，该延迟行为严重影响了争议双方的举证期间、举证能力以及寻找专业法律帮助的时间，涉嫌刻意给对方预留充分的时间，严重损害了东方研究会的程序和实体权益，属于严重的程序违法。根据《仲裁法》第五十八条第一款第三项的规定，731 号裁决理应撤销。

六、仲裁庭的审理遗漏了重要的必要共同诉讼参与人，属于重大程序违法，理应撤销。《股权转让合同书》的买受人是古少明、罗某某，两人共同构成合同的受让方，两人权利、义务一致，与东方研究会法律关系同一。古少明单独申请裁决的事项与罗某某有着密切的利益关系，本案裁决结果也与罗某某密切相关，罗某某或其权利继受人依法属于必要共同诉讼参与人。我国《民事诉讼法》第一百一十九条规定：必须共同进行诉讼的当事人没有参与诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第 57 条规定：必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照《民事诉讼法》第一百一十九条的规定，通知其参加。仲裁委在罗某某或其权利继受人根本不知道本诉存在的情况下，擅自就整个合同的效力问题作出裁决，一旦裁决生效并产生对罗某某不利的法律后果，罗某某将通过何种途径获取救济？该等重大遗漏法庭判决尚且需要撤销，何况仲裁裁决。

东方研究会在本院听证时补充称：一、东方研究会与古少明于 2011 年 5 月 28 日没有达成仲裁协议，东方研究会也从未与罗某某达成过仲裁协议。二、根据《仲裁法》第五十八条，仲裁裁决违背社会公众利益的，应撤销裁决。731 号裁决确认股权转让有效，间接导致原深圳市宝×装饰设计工程公司与大鹏镇政府指定的深圳市龙岗区大鹏镇鹏××××有限公司之间签订的协议无法履行，而古少明采取一些措施导致股权变更，也致使大鹏古镇的开发项目搁浅。三、古少明隐瞒了足以影响公正裁决的证据。古少明隐瞒了深圳市建设局 1997 年 11 月下发的 608 号文件，该文件是同意东方研究会与深圳市粤×实业发展有限公司之间合股，

占宝×公司各 50%的股权，该批文的事实说明：1、宝×公司的股权事宜需要深圳市政府的审批；2、该批文是 1997 年 11 月 17 日深圳市建设局下达的。古少明在 1996 年时就将宝×公司的股东变更为古少明和罗某某，深圳市建设局对此不知情。

古少明答辩称：一、深圳市产权交易所是依法存在的产权交易机构，东方研究会主张《股权转让合同书》上深圳市产权交易所的鉴证章是伪造的没有任何事实依据，其据此申请撤销仲裁不能成立。古少明与东方研究会于 1996 年 8 月 29 日签订了《股权转让合同书》，深圳市产权交易所于 1996 年 9 月 3 日在该合同书上盖章确认，深圳市福田区公证处于 1996 年 9 月 5 日对该合同办理了公证手续。根据法律规定，经过法定程序公证证明的文书，应当作为认定事实的根据，除非东方研究会有相反证据足以推翻公证证明，但其并没有提供任何证据推翻公证证明。同时，古少明提交了深圳市产权交易所的组织机构代码信息，以及南方日报在 2010 年 9 月 6 日庆祝深圳特区成立 30 周年的系列文章中关于深圳市产权交易所的报道，这些证据都有力证明了深圳市产权交易所的存在。东方研究会主张产权交易机构的名称应为深圳市产权交易中心以及《股权转让合同书》上深圳市产权交易所的鉴证章是伪造的，完全是其主观臆断，没有任何的事实依据，法院应依法驳回其撤销仲裁申请。

二、裁决书依据的仲裁协议合法有效，东方研究会以仲裁协议无效为由请求撤销仲裁不能成立。东方研究会、古少明于 2011 年 5 月向仲裁委出具了同意因《股权转让合同书》所发生的一切争议提交仲裁委仲裁的书面意见，根据法律规定，这构成了双方之间合法有效的仲裁协议。而且在整个仲裁过程中，东方研究会都没有对仲裁协议的效力提出过任何异议，根据仲裁规则的规定，应认定其对仲裁协议的效力无异议。现在东方研究会以仲裁协议无效主张撤销裁决书，没有任何事实和法律依据，应依法予以驳回。

三、裁决书的裁决事项属于仲裁协议规定的仲裁事项范围，东方研究会以裁决事项不属于仲裁协议规定的仲裁事项范围为由请求撤销仲裁不能成立。1、古少明、东方研究会对宝×公司的股东资格和股东权益争议与《股权转让合同书》有关联，属于因该合同而产生的一切争议范围。根据双方的仲裁协议，仲裁事项是因《股权转让合同书》而产生的一切争议，范围非常广泛。古少明通过与东方研究会签订和履行《股权转让合同书》，受让了东方研究会在宝×公司的股权，并取得了对公司的经营管理权。十几年来，在古少明的精心管理下，公司注册资本增加至目前的人民币 1.35 亿元，成为目前拥有全国建筑装饰行业最齐全业务资质的企业之一，在全国业界颇具影响力。2011 年 3 月，宝×公司因为拟在中国境内首次公开发行 A 股向深圳市上市办申请相关批文，东方研究会得知此事后，以为有机可乘，遂对 1996 年 9 月的股权转让，以及宝×公司股东资格、股东权益问题提出异议，并一直纠缠古少明至今。古少明与东方研究会之间的一切争议，包括《股权转让合同书》的效力，究竟谁是宝×公司的合法股东，究竟谁应享有宝×公司的股东权益，都是因《股权转让合同书》而产生的争议，都属于双方仲裁协议规定的仲裁事项范围。2、东方研究会的仲裁行为表明其认可裁决书的裁决事项属于仲裁协议规定的仲裁事项范围。古少明与东方研究会在 2011 年 5 月达成仲裁协议，同意将因《股权转让合同书》产生的一切争议提交仲裁委仲裁。东方研究会根据仲裁协议向仲裁委提交了仲裁申请书，明确写明仲裁请求是确认《股权转让合同书》合法有效，古少明是宝×公司的合法股东，东方研究会不享有宝×公司的股东权益。东方研究会针对古少明的仲裁申请书提交了答辩书，其答辩意见是确认《股权转让合同书》无效，其是宝×公司的创办人、合法股东，依法享有公司股东权益，古少明非法窃取宝×公司。在仲裁期间，东方研究会围绕答辩书提交了相关证据，发表了辩论意见，从未提出过古少明的仲裁请求不属于双方仲裁协议的仲裁事项范围。综上，东方研究会清楚知道仲裁事项范围是因《股权转让合同书》产生的一切争议，东方研究会的仲裁行为，包括答辩、举证、发表辩论意见等都明确针对古少明的仲裁请求，清楚表明其认可可将古少明的仲裁请求作为双方争议的

焦点，同意仲裁庭对该争议焦点进行审理并裁决，裁决书的裁决事项属于仲裁协议规定的仲裁事项范围。

四、裁决书的裁决事项不属于法律规定的不能仲裁的范围，东方研究会以裁决事项仲裁委无权仲裁为由请求撤销仲裁不能成立。《仲裁法》第二条规定：平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。裁决书的仲裁事项是《股权转让合同书》的效力，以及宝×公司股东资格和股东权益的确认，这都属于平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，依法可以仲裁，不属于《仲裁法》第三条规定的不能仲裁的范围，特别是不属于行政机关处理的行政争议。至于法院行政诉讼处理的是行政机关与具体行政行为相对人之间就具体行政行为而产生的争议，与仲裁机构处理的仲裁事项完全不同。只要古少明与东方研究会之间的仲裁事项属于《仲裁法》规定的仲裁范围，仲裁委就有权作出裁决，根本不存在仲裁委违法仲裁和侵占法院权力空间的情形。综上，东方研究会以裁决书中的裁决事项仲裁委无权仲裁为由请求撤销仲裁不能成立。

五、仲裁庭依法办理了审理期限延长手续，仲裁程序合法，东方研究会以裁决时间严重程序违法为由请求撤销仲裁不能成立。仲裁庭在 2011 年 10 月 20 日向仲裁委员会主任申请延长审理期限，仲裁委员会主任批准延长至 2011 年 11 月 21 日，仲裁庭在 2011 年 11 月 9 日作出裁决，符合《仲裁规则》的规定，仲裁程序合法，东方研究会以裁决时间严重程序违法为由请求撤销仲裁没有事实依据，法院应依法予以驳回。

六、根据法律规定，仲裁程序没有必要共同诉讼参与人，东方研究会以遗漏了必要共同诉讼参与人为由申请撤销仲裁不能成立。根据法律规定，只有达成仲裁协议的当事人才能参加仲裁，没有达成仲裁协议的当事人不能参加仲裁；虽然达成了仲裁协议，但当事人没有申请仲裁的，或没有被列为被申请人，仲裁委也不能主动要求当事人进行仲裁。《仲裁法》及仲裁委的《仲裁规则》都没有必要共同诉讼参与人的相关规定，东方研究会主张必要共同诉讼参与人依据的都是《民事诉讼法》的相关规定，并不适用于仲裁程序，其以遗漏了必要共同诉讼参与人为由申请撤销仲裁没有法律依据，法院应依法予以驳回。

综上所述，东方研究会不能提供证据证明裁决书存在着《仲裁法》第五十八条法定撤销情形，根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释第十七条的规定，请求法院依法驳回东方研究会的撤销仲裁申请。

本院查明：一、仲裁委依据古少明与东方研究会于 1996 年 8 月 29 日签订的《股权转让合同书》以及双方于 2011 年 5 月 18 日达成的仲裁协议受理了古少明的仲裁申请，受案号为深仲受字【2011】第 488 号。仲裁委受理后其审理程序适用 2011 年 5 月 1 日起施行的《深圳仲裁委员会仲裁规则》，依据该仲裁规则，仲裁委向双方送达了相关通知和材料。该案依据古少明和东方研究会的共同申请由简易程序变更为普通程序，由三名仲裁员组成仲裁庭审理，古少明选定周海荣为仲裁员，东方研究会选定吴德立为仲裁员，双方没有共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定首席仲裁员，仲裁委员会主任指定任湘清为该案首席仲裁员，并于 2011 年 6 月 9 日成立仲裁庭。同年 6 月 18 日，首席仲裁员任湘清向仲裁委书面提出回避申请，仲裁委员会主任同意其请求，重新指定王陆海为首席仲裁员。2011 年 6 月 21 日，由王陆海、周海荣、吴德立组成该案仲裁庭，王陆海为首席仲裁员。其后，仲裁委即将仲裁庭的组成情况书面通知了古少明和东方研究会。2011 年 6 月 24 日和 7 月 8 日，仲裁庭对该案进行了两次开庭审理。2011 年 11 月 9 日，仲裁委做出 731 号裁决。2012 年 2 月 21 日，东方研究会向本院提出撤销裁决申请。

二、《股权转让合同书》第七条争议的解决约定，“1、与本合同的有效性、履行、违约及解除等有关的争议，甲、乙双方应友好协商解决。2、如果协商不能解决本第 1 款所述争议，则任何一方可向深圳市仲裁委员会申请仲裁，或向深圳市人民法院起诉。”东方研究会和古

少明分别于 2011 年 5 月 17 日、18 日致函给仲裁委：双方因《股权转让合同书》产生的一切争议，同意向仲裁委申请仲裁。

三、古少明的仲裁请求：1、确认古少明、罗某某与东方研究会签订的《股权转让合同书》合法有效，古少明是宝×公司的合法股东，东方研究会不享有宝×公司的股东权益；2、东方研究会补偿古少明律师费人民币 10 万元；3、东方研究会承担本案仲裁费用。仲裁委的裁决：1、确认古少明、罗某某与东方研究会签订的《股权转让合同书》合法有效，古少明是宝×公司的合法股东，东方研究会不享有宝×公司的股东权益；2、驳回古少明的其它请求；3、本案仲裁费人民币 22,590 元，由古少明承担人民币 9036 元，东方研究会承担人民币 13,554 元，东方研究会应承担的部分在裁决送达后 10 日内迳付古少明。

本院认为：涉案仲裁裁决为国内仲裁裁决，本院依据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条的规定进行审查。

一、关于《股权转让合同书》上所盖的深圳市产权交易所印章是否伪造的问题。东方研究会主张深圳市人民政府于 1993 年设立的产权交易机构名称为深圳市产权交易中心，并非深圳市产权交易所，因此，《股权转让合同书》明显属于伪造。经本院核实，深圳市产权交易所成立于 1993 年，故东方研究会以 1993 年深圳市没有设立产权交易所为由认为上述合同书上加盖的深圳市产权交易所印章是伪造的依据不足。此外，《股权转让合同书》经交易双方签字盖章并办理了公证手续，且合同也未规定加盖鉴证章为合同生效的条件，因此，东方研究会主张《股权转让合同书》是伪造的，与事实不符，本院不予采纳。

二、关于仲裁协议的效力问题。最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释第二十七条规定，“当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。”东方研究会在仲裁程序中，不仅没有对仲裁协议的效力提出异议，而且还致函仲裁委表示同意仲裁，因此，其在仲裁裁决后又以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决，没有法律依据，本院不予支持。

三、关于裁决的事项是否属于仲裁协议范围以及仲裁委有无权仲裁的问题。《股权转让合同书》约定的仲裁范围为与本合同的有效性、履行、违约及解除等有关的争议，东方研究会与古少明达成的仲裁协议范围为双方因《股权转让合同书》产生的一切争议。因此，古少明仲裁请求确认上述合同合法有效、其是宝×公司的合法股东、东方研究会不享有宝×公司的股东权益，没有超出仲裁协议约定的范围；而仲裁委所作裁决也没有超出古少明的请求范围。至于仲裁委有无权对该案进行仲裁的问题，《中华人民共和国仲裁法》第三条规定，“下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”古少明申请仲裁的是其与东方研究会平等主体之间发生的合同纠纷，不属于上述不能仲裁的范围，东方研究会主张仲裁委无权仲裁，没有事实和法律依据，本院不予支持。

四、关于仲裁程序有无违反法定程序的问题。东方研究会主张仲裁委没有在仲裁规则规定的时间内作出裁决，属于严重的程序违法。《深圳仲裁委员会仲裁规则》第六十一条规定，“仲裁裁决应当在仲裁庭组成之日起四个月内作出。因特殊情况需延长审理期限的，由仲裁庭报经仲裁委员会主任批准，可以适当延长。”经核实，仲裁庭组庭时间为 2011 年 6 月 21 日，到期日为同年 10 月 21 日，仲裁委主任批准延期至 2011 年 11 月 21 日，仲裁庭在同年 11 月 9 日作出裁决，不存在违反仲裁规则规定的程序问题。至于东方研究会提出仲裁庭遗漏必要共同诉讼参与人属于程序违法的问题。最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释第二十条规定，“仲裁法第五十八条规定的违反法定程序，是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。”仲裁法及仲裁规则均没有追加必要共同诉讼参与人的规定，因此，东方研究会认为仲裁庭遗漏当事人属于重大程序违法，没有法律依据，本院不予支持。

五、关于古少明是否隐瞒了足以影响公正裁决证据的问题。东方研究会主张古少明隐瞒了深圳市建设局 1997 年 11 月 17 日下发的 608 号文件，但该文件在仲裁时已由东方研究会提交给仲裁庭，731 号裁决也对该文件予以认定，故不存在古少明隐瞒证据的问题，东方研究会的主张与事实不符，本院不予采纳。

六、关于 731 号裁决有无违背社会公共利益的问题。社会公共利益是指属于社会全体成员的利益，而违背社会公共利益的表现形式多样，常见的有违背我国法律的基本制度与准则、违背社会和经济生活的基本原则等。东方研究会以 731 号裁决确认股权转让有效，间接导致宝×公司与深圳市龙岗区大鹏镇鹏××××有限公司于 1994 年签订的协议无法履行，也致使大鹏古镇的开发项目搁浅为由，认为该裁决违背社会公共利益，理由不成立，本院不予采信。综上所述，东方研究会申请撤销仲裁裁决的理由缺乏事实和法律依据，本院依法应予驳回。依据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条之规定，裁定如下：

驳回申请人深圳东方艺术研究会提出的撤销深圳仲裁委员会[2011]深仲裁字第 731 号裁决的申请。

本案案件受理费人民币 400 元，由申请人深圳东方艺术研究会承担。

本裁定为终审裁定。

审判长 邱明演

审判员 朱萍

审判员 梁乐乐

二〇一二年五月九日

书记员 周洁（兼）

深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）与徐茂栋等股权转让纠纷一审民事判决书

北京市第一中级人民法院

民事判决书

2017 京 01 民初 814 号

原告：深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙），住所地深圳市前海深港合作区前湾一路*号*栋***室。

执行事务合伙人：深圳市盛世景投资有限公司（委派代表：宁新江）。

委托诉讼代理人：陈晨，北京港融律师事务所律师。

委托诉讼代理人：马超，北京港融律师事务所实习律师。

被告：喀什星河创业投资有限公司，住所地新疆喀什地区喀什经济开发区深喀大道总部经济区。

法定代表人：徐茂栋，总经理。

被告：霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司，住所地新疆伊犁州霍尔果斯口岸亚欧路 1 号建设银行 3 楼 311 室。

法定代表人：徐悦，总经理。

被告：霍尔果斯市文曲星创业投资有限公司，住所地新疆伊犁州霍尔果斯亚欧路学校住宅楼 120 号。

法定代表人：傅淼，总经理。

被告：新余东晨投资管理中心（有限合伙），住所地江西省新余市仙女湖区仰天岗办事处。

执行事务合伙人：霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司（委派代表：徐悦）

被告：徐茂栋，男，1967 年 12 月 2 日出生，汉族，住山东省日照市东港区。

以上五被告共同委托诉讼代理人：张为华，北京市六合金证律师事务所律师。

以上五被告共同委托诉讼代理人：王歆，北京市六合金证律师事务所律师。

原告深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）（以下简称前海盛世企业）与被告喀什星河创业投资有限公司（以下简称星河创业公司）、霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司（以下简称微创之星公司）、霍尔果斯市文曲星创业投资有限公司（以下简称文曲星公司）、新余东晨投资管理中心（有限合伙）（以下简称新余东晨中心）、徐茂栋股权转让纠纷一案，本院于 2017 年 11 月 2 日立案后，依法组成合议庭，分别于 2018 年 4 月 19 日、2018 年 6 月 8 日公开开庭进行了审理。原告前海盛世企业委托诉讼代理人陈晨、马超，被告星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋的委托诉讼代理人张为华均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

前海盛世企业向本院提出诉讼请求：1. 星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋回购前海盛世企业持有的目标公司星河互联集团有限公司（原名称：北京星河互联创业投资有限公司，以下简称星河互联公司）0.992%的股权；2. 星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋向前海盛世企业支付股权回购款、利息、业绩补偿折价款、股权回购违约金、业绩补偿违约金，共计 29500 万元（暂计算至 2018 年 5 月 3 日），其中利息、股权回购违约金、业绩补偿违约金的具体金额计算至实际付清之日止；3. 本案保全费、担保费、诉讼费、律师费由星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋承担。事实和理由：前海盛世企业与星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋于 2015 年 8 月 4 日共同签署了《股权转让和增资协议》（以下简称协议）。主要包括：前海盛世企业通过受让微创之星公司持有的星河互联公司股

权的形式，成为星河互联公司股东。星河互联公司同意前海盛世企业向其增资，经增资扩股后，前海盛世企业取得了星河互联公司的股权。同时还约定了陈述和保证、业绩承诺、挂牌承诺、保密、违约赔偿及争议解决等条款。协议签署后，前海盛世企业通过银行汇款的方式分别向微创之星公司、星河互联公司支付了股权转让款 2000 万元、增资款 8000 万元，共计 10000 万元。微创之星公司与星河互联公司亦履行了部分合同义务，前海盛世企业通过受让股权及增资扩股的方式，共取得星河互联公司 0.992% 的股权。因星河互联公司未能依约于 2016 年 12 月 31 日前在全国中小企业股份转让系统或其他交易所成功挂牌，触发了协议第 7 条“挂牌承诺”中股权回购的条款，故前海盛世企业有权向星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋提出回购主张，要求其按约回购股权，并支付股权回购款。具体理由如下：首先，前海盛世企业作为专业的私募股权投资企业，通过向微创之星公司受让其持有的星河互联公司股权以及向星河互联公司增资的方式，成为星河互联公司的股东，是基于星河互联公司的挂牌前景。现星河互联公司至今并未在全国中小企业股份转让系统或其他交易所成功挂牌，因此，协议中约定的股权回购条件已经成就，前海盛世企业要求星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋承担股权回购义务，并按约定金额支付股权回购款的请求，符合协议的约定，该请求有事实与法律及合同依据。其次，根据协议第 9 条“知情权”条款的约定，星河互联公司与星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋均有向前海盛世企业提供星河互联公司财务报表和年度审计报告的合同义务，因星河互联公司与星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋均拒绝向前海盛世企业提供 2015 年度星河互联公司的《审计报告》，依据《中华人民共和国公司法》第 164 条的规定，依法审计是公司的法定义务，前海盛世企业有理由相信星河互联公司持有 2015 年度《审计报告》，且依据该《审计报告》内容，应已经触发了协议第 6 条“业绩补偿”条款约定，故前海盛世企业要求星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋支付业绩补偿折价款的请求，亦有事实与法律及合同依据。最后，因星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋拒绝履行业绩补偿与股权回购义务，根据协议第 6.4 条、第 7 条的约定，前海盛世企业有权向星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋主张违约金。

星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋辩称：一、前海盛世企业的业绩补偿金请求没有依据。1. 前海盛世企业要求同时支付业绩补偿折价款并进行股权回购，背离合同目的。业绩补偿请求以前海盛世企业系股东为前提，而前海盛世企业要求回购股权的请求使得业绩补偿失去前提，且协议中没有退出投资要进行补偿的约定。同时，如果前海盛世企业因回购而退出公司，支付的对价应将约定的退出价格减去已经支付的业绩补偿及其他款项，故本案中前海盛世企业主张业绩补偿款是对回购价款的重复主张。2. 协议 6.2 和 6.4 条均约定各股东若不能在规定时间内回购，则由星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋承担责任，并未就业绩补偿款项承担责任进行约定。3. 前海盛世企业要求将业绩补偿折算成现金的主张没有依据，且背离合同目的。4. 由于 10% 固定回报的存在，是否实现 2015 年预估净利润 10.5 亿元的 60% 的业绩调整指标，并不实际影响投资方即前海盛世企业的投资利益。二、前海盛世企业的违约金请求没有依据，且数额过高，请求法院酌减。1. 星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋不存在违约行为，前海盛世企业无证据证明存在违约行为。依据协议第 6 条第 4 款和第 7 条的规定，承担违约责任存在前提，即在《审计报告》做出之日起一个月内，前海盛世企业确定承担业绩补偿责任的主体并选择一种承担责任的方式，但本案中，截至前海盛世企业起诉之日，其未选择主体或方式，且并未向任何一方主张权利，前海盛世企业主张的已经通知，仅是通知回购，而非通知业绩补偿，并且前海盛世企业的证据不足以证明其履行了通知回购的义务，所以不存在逾期履约的事实。2. 前海盛世企业主张的违约金计算依据，违反法律规定。前海

盛世企业主张逾期付款按日千分之三计算违约金, 按此标准, 并加上各方无争议的 10% 的利息, 则实际年利率达到 118%, 明显超过法律规定。根据相关规定, 违约金的请求不应超过损失的 30%, 且按照其他法律规定, 不应超过年利率 24%, 应在 24% 的范围内, 参考目前经济形势、各方过错情况酌情确定。3. 前海盛世企业主张的违约金计算基数是应付款项, 包含本金及 10% 的利息, 导致违约金重复计算。4. 前海盛世企业没有实际损失或预期利益损失。5. 回购的启动是经营风险所导致, 星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋没有过错。三、前海盛世企业主张的律师费没有合同及证据支持, 且保全费、担保费、诉讼费等费用不应由星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋承担。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据, 本院组织当事人进行了证据交换和质证。前海盛世企业提交如下证据: 第一组证据. 协议; 第二组证据. 《补充协议-1》; 第三组证据. 10000 万元汇款凭证; 第四组证据. 说明函; 第五组证据. 回购通知、送达凭证、微信聊天记录、邮件截图、证人证言; 第六组证据. 保单保函、保险费发票; 第七组证据. 委托代理协议及发票; 第八组证据. 200 万元汇款凭证。星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋对第一、二、三组证据的真实性及证明目的均认可, 对于第四、六、七、八组证据真实性认可, 但不认可证明目的, 对第五组证据真实性及证明目的均不予认可。星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋提交如下证据: 证据 1. 协议; 证据 2. 股权转让协议; 证据 3. 审计报告。深圳前海企业对上述证据真实性认可, 但不认可证明目的。对于各方真实性确认的证据, 本院不持异议。

根据当事人陈述和经审查确认的证据, 本院认定事实如下: 2015 年 8 月 4 日, 前海盛世企业与星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋(实际控制人)、星河互联公司(目标公司)签订协议, 载明: 鉴于: 1、目标公司是一家依据中国法律成立的有限责任公司, 其注册资本为人民币壹亿元(RMB100,000,000)。本次交易前, 目标公司股权结构如下: 星河创业公司占股 40%、微创之星公司占股 36.7%、文曲星公司占股 15.3%、新余东晨中心占股 8%。2、投资方拟根据本协议的条款和条件受让部分股份并对目标公司进行增资(下称“本次交易”), 且原股东和目标公司也同意按照本协议的条款和条件接受投资方的增资并转让部分股份。鉴此, 本协议各方为促成本次交易的顺利进行, 同时基于本协议的所有陈述、保证和承诺, 兹就目标公司的本次交易以及目标公司和投资方之间有关权利义务的事项达成如下约定, 以兹共同遵守: 1. 本次投资: 1.1 各方一致确认, 本次交易前, 目标公司估值人民币壹佰亿元(¥10,000,000,000 元) (“目标公司估值”), 投资方以不低于人民币壹亿元(¥100,000,000 元) 受让股份和增资, 其中: 人民币贰仟万元(¥20,000,000 元) (以下称“股权转让对价”) 用于受让微创之星公司向其转让的目标公司对应于注册资本人民币贰拾万元(¥200,000 元) 的股权, 占本次交易完成后目标公司全部股权的 0.198%; 其余的人民币捌仟万元(¥80,000,000 元) (以下称“增资款”, 与股权转让对价合称“投资款”) 用于认缴目标公司新增注册资本, 取得目标公司的 0.794% 的股权, 该增资款中人民币捌拾万元(¥800,000 元) 计入目标公司本次新增注册资本, 人民币柒仟玖佰贰拾万元(¥79,200,000 元) 计入目标公司资本公积金。1.2 在本次交易完成后, 目标公司的注册资本为人民币壹亿零捌拾万元(RMB100,800,000 元), 其股权结构如下: 星河创业公司占股 39.682%、微创之星公司占股 36.21%、文曲星公司占股 15.179%、新余东晨中心占股 7.937%、前海盛世企业占股 0.992%。2. 出资款的缴付: 2.1 投资方应于本协议签署后的伍(5) 个工作日内, 将其在本协议项下承诺支付的股权转让对价支付至微创之星公司指定的以下账户: 账户名称: 霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司。投资方应于 2015 年 9 月 30 日之前, 将其在本协议项下承诺支付的增资款支付至目标公司指定的以下账户: 账户名称: 北京星河互联创业投资有限公司, 投资方足额支付股权对价及增资款的时间为“交割日”。3. 工商登记

备案。3.1 目标公司应在投资方足额支付出资款项后三十（30）日内，向目标公司的登记管理机关办理有关本次交易的变更登记。本协议各方应互相配合，并提供必要的协助。4. 目标公司、原股东及实际控制人的陈述与保证为本次交易之目的，目标公司、原股东及实际控制人分别向投资方陈述与保证如下：4.1 目标公司为依中国法律合法设立并有效存续的股份有限公司。4.2 目标公司、原股东及实际控制人具有签署本协议、参与本协议所涉及交易的完全的法律权利和能力。本协议构成该方合法、有效、有法律约束力的义务。4.3 原股东、目标公司及实际控制人签署本协议不违反其所参加或订立的其他任何合同的义务并且不违反任何有关法律、法规以及政府命令。4.4 各原股东已放弃本次股权转让及增资的优先受让认购权。5. 投资方的陈述和保证：5.1 其具有签署本协议、参与本协议所涉及交易的完全的法律权利和能力，且已获得完成本次交易投资方所需获得的任何政府部门、企业内部最高权力机构的授权、批准或同意。5.2 按照本协议的规定，按时付清全部投资款。5.3 投资方同意目标公司以不低于本协议约定的估值价格引入其他投资人，届时，投资方在目标公司所持有的股权比例将相应调整，投资方的实际持股比例以最终在工商登记机关登记的信息为准。6. 业绩承诺：6.1 业绩承诺指标：目标公司 2015 年经审计的扣除非经常性损益的税后净利润需达到 2015 年预测净利润（¥10.5 亿元）的 60%（以下称“2015 年承诺净利润”）；为免疑义，各方一致确认，目标公司通过其下属公司企业持有巨龙管业（股票代码：002619）的股票计入目标公司的交易性金融资产，不论目标公司届时因挂牌上市需要而根据证券监管、审批机构的要求将上述股票收益如何调整。6.2 原股东承担目标公司 2015 年度业绩承诺责任，各原股东之间对业绩承诺各自独立承担责任。但，该承诺在目标公司在任意公开市场预计提交首次公开发行股票（IPO）的申请文件的前一天自动失效，并在目标公司首次公开发行申请被撤回、失效、否决、中止以及终止时自动恢复。6.3 业绩补偿：如目标公司 2015 年实际实现的扣除非经常性损益的税后净利润低于 2015 年承诺净利润的，则投资方有权选择：

（1）要求原股东中任意一方或多方受让投资方持有的目标公司的部分股权：应受让的股权比例=投资方的实际持股比例×（1—2015 年实际扣除非经常性损益的税后净利润÷2015 年承诺净利润）×（1—投资方的实际持股比例）原股东按照 10%年的利息标准向投资方支付股权对价，应付股权对价=应受让的股权比例×投资款×10%×（目标公司收到投资款之日起至原股东方实际支付股权对价之日的总天数÷365）；或者，（2）要求原股东中的任意一方或多方向投资方无偿转让所持有的目标公司的部分股权作为补偿：股份补偿比例=投资款【2015 年度实际扣除非经常性损益的税后净利润×15.87（PE 倍数）】×100%。6.4 各方同意，依本协议第 6.3 条约定原股东中任意一方或多方受让或无偿转让的目标公司股权应在第 6.1 条规定的审计报告作出之日起一个月内完成（以原股东中任意一方或多方与投资人签署股份转让协议并完成相应的工商变更登记手续为完成标志），并由实际控制人对上述补偿义务承担连带责任；迟延完成的，原股东中任意一方或多方应以应支付的现金补偿金额或无偿转让股份权对应的价值为基数，按照每日千分之三向投资方缴纳违约金，直至相关事项完成之日。7. 挂牌承诺：如目标公司在 2016 年 12 月 31 日之前未在全国中小企业股份转让系统或其他交易所挂牌的，则投资方有权选择要求原股东中任意一方或多方或其实际控制人受让投资方持有的目标公司全部股份，支付投资方对价为投资方的投资款加上自投资款到账之日起至投资方收到回购或受让款之间的利息，利息按照投资款乘以每年 10%的利率计算。实际控制人或原股东应于投资方向其提出该书面要求之日起 1 个月内购买或安排第三方一次性购买投资方持有公司的全部股权股份并将回购款支付至投资方各自指定的银行账户。超过上述期限不予回购或未付清回购价款的，每超过一日应按照 3%日（千分之三日）计算违约金；如超过 30 日实际控制人或原股东仍不予回购或未付清回购价款的，则投资方有权要求将其届时持有的目标公司的股权按照市场公允价格转换为实际控制人或原股东或目标公司所直接或间接持有的且经投资方认可的目标公司所孵化企业的股权。8. 公平交易条款……11. 违约及

赔偿：11.1 本协议对各方均有约束力和可执行性，如任何一方无法履行其根据本协议所负义务或任何一方根据本协议所作的陈述与保证是不真实的或有重大遗漏，该方应被视为违约，违约方应自收到本协议其他任何一方明示其违约的通知后三十（30）日内纠正其违约行为。如果在该三十日期限后，违约情况仍未改变，则违约方应对其他各方因该方违约所造成的损失负赔偿责任。11.2 若任何一方在本交易进行过程中因自身的重大过失、直接或间接故意，使其他方遭受任何损失，违约方应向受损方进行合理及全面的补偿。11.3 投资方如未能按本协议第 2 条约定的时间支付全部款项的，则原股东方及目标公司有权终止本协议……

前海盛世企业于 2015 年 8 月 10 日向微创之星公司转账 1500 万元、2015 年 8 月 14 日向微创之星公司转账 500 万元、于 2015 年 10 月 20 日向星河互联公司转账 4500 万元、于 2015 年 10 月 21 日向星河互联公司转账 3500 万元。2015 年 12 月 25 日，星河互联公司进行工商登记变更，前海盛世公司持有星河互联公司 0.992% 的股权。各方均确认星河互联公司未完成协议约定的 2015 年业绩承诺指标，未完成挂牌承诺。

2017 年 11 月 2 日，前海盛世企业提起本案诉讼。诉讼中，前海盛世企业主张向本项目对接人徐悦发出股权回购通知，并提交第五组证据予以证明。星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋对此不予认可，称未收到正式回购通知，主张以本案起诉之日为回购通知之日。

2018 年 4 月 13 日微创之星公司向前海盛世企业转账 200 万元，前海盛世企业主张是偿还本案利息，星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋主张偿还本案本金。

前海盛世企业就本案支付律师费 150 万元。

本院认为，前海盛世企业与星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋签订的协议系各方当事人真实意思表示，未违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。各方当事人均应当按照协议的约定履行各自的义务。

前海盛世企业主张其依约履行了出资义务，但目标公司即星河互联公司未能完成 2015 年业绩承诺，未能在 2016 年 12 月 31 日之前在全国中小企业股份转让系统或其他交易所挂牌，故前海盛世企业有权依约向星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋主张业绩补偿折价款、业绩补偿违约金、股权回购款、利息、回购违约金。星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋主张业绩补偿和股权回购存在冲突，仅同意支付股权回购款及利息。本院认为，首先，从协议内容来看，涉案协议实质为对赌协议，本案对赌协议虽然同时约定了 2015 年业绩承诺和 2016 年挂牌承诺，但是从合同目的及对赌标的角度来看，主要是投融资双方因对赌而产生的股权回购；其次，前海盛世企业作为投资人要求目标公司各股东进行业绩补偿，前海盛世企业依然保持星河互联公司股东身份不变，但是前海盛世企业要求回购股权，实质是退出星河互联公司，不再拥有股东身份，两者存在一定矛盾；再次，如星河互联公司在 2016 年 12 月 31 日之前未完成挂牌，则之前的业绩很可能未达到相应要求，从协议约定的业绩补偿方式来看，补偿方式之一为“要求原股东中任意一方或多方受让投资方持有的目标公司的部分股权”，该方式与股权回购义务有重合之处，说明星河互联公司未如期挂牌的法律后果中已经处理了业绩补偿，前海盛世企业单独索要的 2015 年业绩补偿，存在重复计算。综上，本院依据协议，仅支持前海盛世企业关于股权回购本金、利息及违约金的主张，对于业绩补偿折价款及业绩补偿违约金的主张不予支持。

因星河互联公司未在约定时间完成挂牌，根据协议第 7 条，前海盛世企业有权要求星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋履行回购义务，并从四笔投资款到账之日起按照年利率 10% 的标准支付利息。关于迟延交付回购款的违约金起算时间，协议

约定实际控制人或原股东应于投资方向其提出该书面要求之日起 1 个月内进行股权回购，前海盛世企业主张向对方项目对接人徐悦发出回购通知，但是未举证证明接收信息人身份，且信息接收人有权代表实际控制人徐茂栋或者其他所有股东，故本院以起诉之日即 2017 年 11 月 2 日为正式通知之日，违约金起算日期为 2017 年 11 月 2 日之后 1 个月即 2017 年 12 月 2 日。关于违约金的计算标准，由于约定过高，本院依当事人申请，酌定为日 1%，以 10000 万元为本金，从 2017 年 12 月 2 日起算至实际付清之日止。因协议未约定还款的先后顺序，故本院确认微创之星公司的 200 万元还款，系偿还所欠利息。

关于本案的律师费 150 万元，因星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋未依约支付股权回购款，故前海盛世企业提起本案诉讼，该笔费用属于前海盛世企业实现债权的合理支出，星河创业公司、微创之星公司、文曲星公司、新余东晨中心、徐茂栋应当予以赔偿。

综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第六条、第八条、第六十条、第一百一十四条之规定，判决如下：

一、被告喀什星河创业投资有限公司、霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司、霍尔果斯市文曲星创业投资有限公司、新余东晨投资管理中心（有限合伙）、徐茂栋于本判决生效之日起 7 日内向原告深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）支付股权回购款 10000 万元，并支付利息（以 1500 万元为基数，按照年利率 10% 的标准，从 2015 年 8 月 10 日起计算至实际付清之日止；以 500 万元为基数，按照年利率 10% 的标准，从 2015 年 8 月 14 日起计算至实际付清之日止；以 4500 万元为基数，按照年利率 10% 的标准，从 2015 年 10 月 20 日起计算至实际付清之日止；以 3500 万元为基数，按照年利率 10% 的标准，从 2015 年 10 月 21 日起计算至实际付清之日止；上述利息计算时扣除已支付的 200 万元）及违约金（以 10000 万元为基数，按照日 1% 的标准，从 2017 年 12 月 2 日起计算至实际付清之日止），以回购原告深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）持有的星河互联集团有限公司 0.992% 股权；

二、被告喀什星河创业投资有限公司、霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司、霍尔果斯市文曲星创业投资有限公司、新余东晨投资管理中心（有限合伙）、徐茂栋于本判决生效之日起 7 日内向原告深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）支付律师费 150 万元；

三、驳回原告深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 1524300 元，深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）负担 790569 元，由喀什星河创业投资有限公司、霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司、霍尔果斯市文曲星创业投资有限公司、新余东晨投资管理中心（有限合伙）、徐茂栋负担

733731 元。保全费 5000 元，由喀什星河创业投资有限公司、霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司、霍尔果斯市文曲星创业投资有限公司、新余东晨投资管理中心（有限合伙）、徐茂栋负担。担保费 690000 元，由深圳前海盛世圣金投资企业（有限合伙）负担 357864 元，由喀什星河创业投资有限公司、霍尔果斯市微创之星创业投资有限公司、霍尔果斯市文曲星创业投资有限公司、新余东晨投资管理中心（有限合伙）、徐茂栋负担 332136 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于北京市高级人民法院。

审判长 黄占山

审判员 杨清惠

人民陪审员 王华
二〇一八年七月九日
书记员 陈剑书

深圳市富安娜家居用品股份有限公司诉被告杨建兵合同纠纷民事判决书

深圳市南山区人民法院

民事判决书

(2013)深南法民二初字第 50 号

原告深圳市富安娜家居用品股份有限公司。

法定代表人林国芳，总经理。

委托代理人张文，北京市中伦（深圳）律师事务所律师。

委托代理人周余辉。

被告杨建兵。

委托代理人缪小斌，广东世纪华人律师事务所律师。

委托代理人陈文景，广东世纪华人律师事务所律师。

原告深圳市富安娜家居用品股份有限公司诉被告杨建兵合同纠纷一案，本院受理后，依法适用普通程序，于 2013 年 11 月 28 日公开开庭进行了审理。原告委托代理人张文、周余辉，被告杨建兵及其委托代理人缪小斌到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告诉称，被告本系原告员工。2007 年 6 月，原告为建立和健全激励约束机制，吸引和保留优秀人才，提高公司可持续发展能力，进行了股权激励，制定和通过了《限制性股票激励计划》，具体方式为：公司以定向发行新股的方式，向激励对象发行 700 万股限制性股票，发行价格为发行前一年经审计的公司每股净资产 1.45 元 / 股；持有该限制性股票的股东和其他普通股股东享有同等的分红权和投票权，但在转让上存在限制：（1）自该计划实施后的 1.5 年为禁售期，禁售期内限制性股票不得转让；（2）禁售期后的 3 年为限售期，限售期内若激励对象达到《激励计划实施考核办法》规定的相关考核条件，则可申请对所持限制性股票的一定比例逐步予以解除锁定，从而成为无限制条件的普通股票；（3）未能解除锁定的限制性股票将被公司回购，公司上市前回购的限制性股票可再授予其他激励对象，公司上市后回购的限制性股票全部进行注销处理；激励对象必须是原告公司及原告参控股下属公司的董事（不包括独立董事）、监事、高级管理人员及主要业务骨干；激励对象主要义务为应按公司所聘任岗位的要求，勤勉尽责、恪守职业道德，为公司的发展做出应有的贡献。而后，被告依据该《限制性股票激励计划》向原告认购了 36000 股的股票，支付了 52200 元的款项。同年 6 月 29 日，原告就该激励计划实施后的公司股本及股东变化情况进行了工商变更登记。2008 年 3 月，因原告向中国证监会申请首次公开发行股票（IPO），为配合上市的要求，原告终止了《限制性股票激励计划》，将所有限制性股票转换为无限制性普通股。2008 年 3 月 20 日，被告向原告出具《承诺函》，主要内容为：“本人杨建兵为深圳市富安娜家居用品股份有限公司的股东，截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 3.6 万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺：（1）自本承诺函签署日至公司申请首次公开发行 A 股并上市之日起三年内，本人不以书面的形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日、不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为、不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为；（2）若发生上述违反承诺的情形，本人自愿承担对公司的违约责任并向公司支付违约金，违约金=（本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）；本承诺函自签署之日生效”。2008 年 7 月，被告向原告申请辞职，并离开了原告公司。

800

原告认为,原告实行股权激励计划以优惠的价格向被告及其他员工增发股份是为了吸引和留住优秀人才,以期待其为原告服务并作出贡献,提高公司可持续的发展能力,但被告在取得原告的股票后,于 2008 年 7 月离职,被告的这一行为已违反了其承诺,导致原告对其股权激励目的无法实现,为此,被告应依其承诺向原告承担相应的违约责任,支付违约金。因此,为维护原告的合法权益,特提起诉讼,请求人民法院判令:1、被告向原告支付违约金 1734220.8 元(违约金暂以原告 2012 年 12 月 25 日收盘价 33.10 元为依据计算,具体支付的金额以 2012 年 12 月 30 日的收盘价计)至付清之日止的迟延履行利息(利息从 2013 年 1 月 9 日起算);2、本案的诉讼费用(诉讼费及保全费)由被告承担。庭审中,原告明确其第 1 项诉讼请求中的违约金金额为 1728604.8 元。

被告辩称,一、本案诉讼时效已过,法院应当依法驳回原告诉讼请求。被告于 2008 年 7 月从原告处离职,距原告提起诉讼日已过两年,原告诉请依法不能得到保护。二、被告从未签署原告提交的《承诺函》。三、被告是原告公司员工,原、被告之间为劳动合同关系,本案应属于劳动争议案件而非合同纠纷。理由如下:1、被告于 2003 年 8 月 4 日入职原告处,双方就各自权利义务通过签署《劳动合同》予以明确;2、暂不论《承诺函》是否真实,依据原告出具的《承诺函》内容判定,该函涉及最低服务期限的保证,原告要求被告出具该函,以达到限制被告辞职的目的。依据《中华人民共和国劳动合同法》之相关规定,该函应当属于原被告签署的《劳动合同》附件,是《劳动合同》组成部分;3、依据《中华人民共和国劳动合同法》之规定,本案不属于合同纠纷案件,属于劳动争议案件,应当先由劳动争议仲裁委员会处理。四、被告向原告购买涉案股票系按照发行前一年经过审计的原告公司每股净资产全价购入,不存在任何优惠。被告购入涉案股票时,收入微薄,但为相应公司号召,支持原告公司发展壮大,尽公司员工一份绵薄之力,不惜向亲友借款 5 万余元购买股票。股票有起有落,亦可能亏损,这些都是被告需要承担的风险。原告认为被告受惠于原告购买股票获得收益,并借其所谓被告签署的《承诺函》限制被告辞职并收回被告购买的所有股票不但有失公平,也显属违法。五、被告于 2008 年 2 月检查出肝部功能异常,怀疑有病变,后经辗转数家医院确诊肝硬化,向原告请长假未准,为保住生命,无奈申请辞职。该辞职非被告过错,亦符合劳动合同履行过程中出现的客观情况发生重大变化及不可抗力情形,被告不应对其辞职承担任何责任。1、被告因肝硬化从原告处离职后,即投入到治疗中,并于次年(2009)2 月在武汉同济医院接受肝部切除手术。术后被告仍需定期检查并辅以不间断的药物治疗方可维持生命。2、被告因健康严重恶化并危及生命,显然已构成原被告劳动合同终止的法定要件,被告提出辞职于法有据,于情在理。六、暂不论《承诺函》是否真实,被告出具的该《承诺函》不是合同,而只是作为劳动合同组成部分之一。1、依据《中华人民共和国合同法》第 2 条之规定,本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。即合同为双方行为,《承诺函》为一方单方行为,不符合合同构成要件,原告仅以《承诺函》主张双方存在合同行为无法律依据和事实依据。2、原告未向法院提交其所主张的双方存在合同关系的相关证据,理应承担举证不能的不利后果。七、即便假定《承诺函》是真实的,该函应判定无效或部分无效。1、依据《中华人民共和国劳动合同法》第 20、22、23、25 条之规定,约定服务期只限于出资培训服务期,且用人单位不得与劳动者约定违约金,而《承诺函》中有关服务期及违约金的内容显属违法,应为无效;2、依据《中华人民共和国劳动合同法》第 26 条规定,《承诺函》明显排除被告辞职权利,应认定无效。六、即便假定《承诺函》是真实且不属于劳动合同组成部分,该函违约金条款显属过分高于实际损失,应按照购入价适当比例调整违约金数额。1、被告举债 5 万余元全价无优惠购买涉案股票,同时亦承担贬值风险。在涉案股票经过正常市场行为升值后,原告以被告违反所谓服务期限为理由以全部股票作为违约金显然违法,应当予以依法调整;2、被告为原告普通员工,在被告办理辞职手续期间,原告已经找到接替被告的人员,被告离职行为

并未给原告造成任何经济损失，原告亦不能提交任何证据证明其因被告离职造成经济损失，因此原告的高额违约金诉请毫无依据。综上，恳请法院公正审理，驳回原告无理请求。

经审理查明，2008 年 1 月 1 日，原告与被告双方签订了《劳动合同》，合同约定期限自 2008 年 1 月 1 日至 2010 年 12 月 31 日。2008 年 6 月 25 日，被告以身体健康原因为由向原告提出辞职。

2007 年 6 月 20 日，原告召开第一次临时股东大会，审议通过了《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，同意原告以定向发行新股的方式，向高级管理人员及主要业务骨干发行 700 万股限制性股票，发行价格为 1.45 元/股。同年，被告向原告支付了 52200 元，认购原告的股票 36000 股。2007 年 6 月 29 日，原告在深圳市市场监督管理局（原深圳市工商行政管理局）办理了股权变更登记，原告提交的核发证照（通知书）情况记录表显示，原告于 2007 年 6 月 29 日的注册资本为 7700 万元，其中被告占有原告 0.0467% 的股份。

2008 年 3 月 4 日，原告召开第一届董事会第九次会议，会议达成了《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）〉的议案》：内容为：终止实施《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，拟对 109 名激励对象所持有的 700 万股限制性股票做如下处理：给予限制性股票持有人股票回售选择权，对于放弃股票回售选择权的限制性股票持有人，其持有的限制性股票全部转换为同股数的无限制性的公司普通股，与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权。该草案“特别提示”部分规定：

“本限制性股票激励计划的期限为 4.5 年，包括禁售期 1.5 年、限售期 3 年。自激励对象获授限制性股票之日起 1.5 年（即 2007 年下半年及 2008 年度），为限制性股票禁售期。”第一条“释义”部分规定：“限制性股票指富安娜公司根据本计划授予激励对象的、转让受到限制的富安娜公司人民币普通股，以及因公司送红股或转增股本而新增的相应股份。”第十条“限制性股票的授予和解锁程序”部分规定：“激励对象在获授限制性股票后，享有与公司普通股股东相同的权利、承担相同的义务，但限制性股票的转让受本计划限制”。第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定：“在本限制性股票禁售期和限售期内，激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”，“激励对象因触犯法律、违反职业道德、泄露公司机密、失职或渎职等行为严重损害公司利益或声誉，公司有权根据限制性股票认购成本价回购其所持限制性股票”。

2008 年 3 月 20 日，原告召开 2008 年第二次临时股东大会，审议通过了《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）〉的议案》。同日，被告出具《确认函》及《承诺函》，其中《确认函》内容为：“本人杨建兵，根据公司 2007 年第三次临时股东大会审议通过的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的有关约定，现持有公司限制性股票 3.6 万股。根据公司 2008 年第二次临时股东大会审议通过的《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）〉的议案》的有关约定，本人同意将持有的公司限制性股票转换为同股数的无限制性的公司普通股，与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权。”《承诺函》内容为：“本人杨建兵，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称‘公司’）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 3.6 万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺：1、自本承诺函签署日至公司申请首次公开发行 A 股并上市之日起三年内，本人不以书面的形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日、不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为、不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为。2、若发生上述违反承诺的情形，本人自愿承担对公司的违约责任并向公司支付违约金，违约金=（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日

的上一年度的公司经审计的每股净资产)×(本承诺函签署日本人持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股)。3、若发生上述违反承诺的情形,本人应在持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金。”

2009年12月30日,原告发布首次公开发行股票上市公告书,原告的控股股东、担任公司董事、监事、高级管理人员的股东及其他股东均承诺:自公司股票上市之日起36个月内不转让或者委托他人管理其所持有的本公司股份,其于首次公开发行前已发行的股份可上市交易时间为2012年12月30日。同日,富安娜股票(股票代码:002327)在深圳证券交易所上市,首次公开发行后总股本数为10300万股。

2010年5月19日、2012年4月19日,原告分别召开了2009年年度股东大会、2011年年度股东大会,会议分别审议通过了《关于<2009年度利润分配及资本公积转增股本的预案>的议案》、《关于<2011年度资本公积转增股本的预案>的议案》,经过两次转增,被告持有原告股份增至56160股。

另查,广东大华德律会计师事务所于2009年7月21日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止2009年6月30日、2008年12月31日、2007年12月31日、2006年12月31日财务报表的审计报告》显示,2007年12月31日,原告的净资产值为170816910.18元,总股本数为7700万股。

再查,2012年12月31日富安娜股票的收盘价为33元/股。

被告向本院提交了辞职报告、北京大学深圳医院体检报告、同济医院门诊病例、体检检查报告单、被告自行制作的就职过程及治疗经历、关于离职前电话请假过程的说明、病情日志、网络打印的关于肝硬化、肝癌慢性病的科普文章、被告母亲出院记录,证明被告因治疗疾病,被迫辞职,被告的母亲亦身患疾病,被告一家陷入困境。原告对辞职报告的真实性、合法性予以确认,对其关联性不予确认,称被告患病不能作为其解除合同的理由,根据相关法律规定,此种情况下,原告非但不能解除合同,还要支付被告工资,事实上被告辞职后是到原告的加盟商处工作;原告对其他证据的真实性、合法性、关联性均不予确认。

诉讼中,被告申请本院对《承诺函》第三行文字至被告签名前的文字的形成时间进行鉴定,并对被告签名下方填写的日期的形成时间进行鉴定,本院依法准许,并委托鉴定机构进行鉴定,被告在签收鉴定机构缴费通知后在规定时间内未缴纳鉴定费。

以上事实,有双方当事人陈述、《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》、《关于终止<深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)>的议案》、股东会决议、《确认函》、《承诺函》、《审计报告》等证据及庭审笔录证实,足以认定。

本院认为,本案被告在原告股东会通过《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》通过后,向原告交纳购股款认购原告的限制性股票,2008年3月20日,被告出具《确认函》确认同意将其持有的限制性股票转换为同股数的普通股票,同时,被告出具《承诺函》,原告依据该承诺内容,要求被告支付违约金及相应利息。本案的争议焦点为:1、原告的起诉是否超过诉讼时效期间;2、被告出具的《承诺函》内容是否合法,被告是否构成违约。

关于第1个争议焦点,根据相关法律规定,向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年,本案中,原告要求被告根据其出具的《承诺函》支付“违约金”,被告在《承诺函》中明确承诺于“本人应持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金”,即诉讼时效期间应以被告承诺支付“违约金”期限届满的次日起计算,而被告所持有的股票在证券市场可以公开抛售之日为2012年12月30日,因2012年12月30日为非交易日,涉案股票可以公开出售之日顺延至2012年12月31日,被告应于此后三个交

易日前即 2013 年 1 月 8 日前向原告支付“违约金”，诉讼时效自 2013 年 1 月 9 日起算，原告于 2012 年 12 月 26 日起诉并未超过诉讼时效，故被告的此抗辩意见，本院不予采纳。关于第 2 个争议焦点，被告辩称其从未签署《承诺函》，因原告在开庭审理时出示了《承诺函》原件，该函原件上有“杨建兵”的签名，在被告未提交反证的情况下，本院依法对《承诺函》的真实性予以认定，被告的此抗辩意见，本院不予采纳。

本案被告在原告处工作期间，向原告认购了股票，其与原告形成两种法律关系，一种是被告基于其劳动者的身份与原告构成劳动合同关系，另一种是被告基于其认购了原告的股票成为原告的股东，与原告形成了股东与公司之间的关系，本案原告以被告违反了其于 2008 年 3 月 20 日出具的《承诺函》的约定为由，要求被告支付违约金及相关利息。从《承诺函》中“本人杨建兵，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称“公司”）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 3.6 万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份”的表述看，被告是基于原告给予其购股资格成为股东后而作出的承诺，而给予被告购股资格并非原告作为用人单位的义务。虽然《承诺函》中关于“不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工 7 日”的表述涉及到劳动者应遵守的劳动纪律，但这并非劳动者为了获取工作机会而作出的承诺，承诺内容并非原告与被告对劳动合同的补充，而是在被告获得了以优惠价格购买原告的股票资格后作出的承诺，即原告一方面给予被告以优惠价格购买股票的资格，另一方面也要对被告的行为进行一定的约束，被告在确认将其持有的限制性股票转换为普通股票的同时作出一定的承诺，是股东基于认购股票对公司的承诺，被告以其承诺换取股票收益，故原告与被告是公司股东之间的普通合同纠纷，非劳动合同纠纷，判断《承诺函》的内容是否符合法律规定，应适用《中华人民共和国合同法》及《中华人民共和国公司法》，而不适用《中华人民共和国劳动合同法》。

《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》规定的面向激励对象发行的限制性股份是由激励对象（高级管理人员及主要业务骨干）自愿认购的、转让受到公司内部一定限制的普通股。此种激励计划有利于增强富安娜公司经营团队的稳定性及工作积极性，增进富安娜公司与股东的利益，不违反法律强制性规定，是合法有效的。该激励计划第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定“在本限制性股票禁售期和限售期内，激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”。根据此种回购条款，在约定条件发生时（即当激励对象在禁售期和限售期内辞职时），富安娜公司有权从激励对象回购限制性股份，回购价格按富安娜公司上一年度经审计的每股净资产计算，激励对象只能获得约定的利益（即上一年度经审计的每股净资产价值）。此种回购条款体现了激励与约束相结合原则，公平合理，当激励对象在约定期限内辞职这一条件成就时，激励对象从所持限制性股份中获得的利益应受该回购条款的限制。

由于在富安娜公司上市前其股份（包含激励对象所持股份）统一托管于中国证券登记结算有限责任公司且在上市后富安娜公司股份按证券交易所统一交易规则进行交易，富安娜公司在上市后将难以直接对激励对象转让股份的行为进行限制，亦难以直接回购激励对象的股份，故富安娜公司在终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并根据自愿原则将激励对象所持限制性股份转化为无限制普通股的同时，采用由激励对象出具《承诺函》的方式继续对激励对象进行约束。根据《承诺函》，激励对象如在富安娜公司 A 股上市之日起三年内以书面的形式向富安娜公司提出辞职或连续旷工超过七日的，应向富安娜公司支付违约金，违约金=（激励对象持有的富安娜公司股份在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-激励对象发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的富安娜公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日激励对象持有的富安娜股份+激励对象持有的富安娜公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。此种《承诺函》实为原《深圳市富安娜家

居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购条款的变通和延续，亦体现了激励与约束相结合原则，激励对象按照《承诺函》向富安娜公司支付“违约金”后所能获得的利益仍为激励对象违反承诺日上一年度经审计的每股净资产价。《承诺函》继续对提前辞职的激励对象所能获得的股份投资收益予以限制，并不违反公平原则，是合法有效的。

激励对象因身为富安娜公司高级管理人员或主要业务骨干而被富安娜公司认可具有认购限制性股份的资格。激励对象与富安娜公司之间劳动合同关系的成立和存续，影响到激励对象与富安娜公司之间股权关系的成立和存续。但劳动合同关系与股权关系属于两个独立的、不同性质的法律关系，有着不同的权利义务内容，不能混为一谈。激励对象认购富安娜公司增发的股份，双方成立新增资本认购合同关系，激励对象的合同义务是按时足额缴纳认股价款，激励对象在按时足额缴纳认股价款后其义务即已履行完毕。激励对象提前离职并非《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》或后续《承诺函》约定的股权关系之中激励对象的违约行为，而是股权关系中的回购条款或收益限制条款的生效条件，当该条件成就时，富安娜公司有权按《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购股份，或有权按《承诺函》限制激励对象获得收益，激励对象应依约将受限制部分的股份投资收益（即“违约金”）返还给富安娜公司。

被告辩称其是因治疗疾病被迫辞职，因没有证据证实原告迫使被告辞职，被告以此为由拒绝按《承诺函》约定承担责任的抗辩意见不成立，本院不予采纳。被告在富安娜公司上市后三年内离职，《承诺函》约定的对被告股份投资收益进行限制的条件已经成就，被告应依约将被限制的部分收益（即“违约金”）返还给富安娜公司，即按“（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）”向原告返还收益 1728604.8 元【（33 元 / 股-170816910.18 元 ÷ 7700 万股）× 56160 股】，原告要求被告支付 1728604.8 元的诉讼请求，本院予以支持。按照《承诺函》的约定，被告应于 2013 年 1 月 8 日前向原告支付，被告未按时支付，其逾期支付的行为给原告造成了利息损失，故被告还应自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率向原告支付利息，原告的该项诉讼请求，本院亦予以支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第四十五条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

被告杨建兵应于本判决生效之日起十日内向原告深圳市富安娜家居用品股份有限公司支付 1728604.8 元及利息（利息自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率计算至本判决确定的付款之日止）。

被告如果未按本判决指定的期间履行金钱给付义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 20407.98 元、保全费 5000 元，共计 25407.98 元，由被告杨建兵负担（受理费、保全费原告已预交，被告负担之数应于本判决生效之日起十日内迳付原告）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省深圳市中级人民法院。

审判长 贺冬红

代理审判员 张艳

代理审判员 丁明君

二〇一四年三月二十七日

书记员 朱启骅

深圳市华源轩家具股份有限公司与天津雷石信创股权投资 合伙企业民事其他一案二审民事判决书

深圳市中级人民法院

民事判决书

(2014)深中法商终字第 1654 号

上诉人(原审原告):深圳市华源轩家具股份有限公司。住所地:广东省深圳市龙岗区龙岗同乐水流田园新路 22 号。组织机构代码:72854996-0。

法定代表人:黄溪元,董事长。

委托代理人:曾超等,广东圣方律师事务所律师。

委托代理人:魏苏川,广东圣方律师事务所实习律师。

被上诉人(原审被告):天津雷石信创股权投资合伙企业(有限合伙)。住所地:天津市天津开发区新城西路 52 号滨海金融街 6 号楼三层 J312 室。组织机构代码:56268057-0。

负责人:王宇,执行事务合伙人委派代表。

委托代理人:鲁立,北京市重光律师事务所律师。

委托代理人:贾建华,北京市重光律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):江苏众合创业投资有限公司。住所地:江苏省南京市雨花台区雨花东路 45 号。组织机构代码:55582268-1。

法定代表人:薛炳海,董事长。

委托代理人:鲁立,北京市重光律师事务所律师。

委托代理人:贾建华,北京市重光律师事务所律师。

上诉人深圳市华源轩家具股份有限公司(以下简称华源轩公司)因与被上诉人天津雷石信创股权投资合伙企业(以下简称雷石信创合伙企业)、江苏众合创业投资有限公司(以下简称众合公司)财产保全损害责任纠纷一案,不服深圳市龙岗区人民法院(2013)深龙法民二初字第 544 号民事判决,向本院提起上诉。本院受理后,依法组成合议庭进行了审理,本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:2011 年 3 月 8 日,雷石信创合伙企业、众合公司为认购华源轩公司发行的新增股份事宜,与华源轩公司签订《华源轩公司新增股份发行及认购协议》,约定:华源轩公司保证与本次新发行股份有关的,并需为雷石信创合伙企业、众合公司所了解和掌握的华源轩公司信息和资料,向雷石信创合伙企业、众合公司做出了充分披露,并保证所提供的资料及信息的真实性、准确性和完整性,无虚假记载、误导性陈述及重大遗漏和隐瞒。同日,雷石信创合伙企业、众合公司与华源轩公司、华源轩公司法定代表人黄溪元签订《华源轩公司新增股份发行及认购补充协议》,约定:华源轩公司本次股份增发完成后,华源轩公司应完成以下经营目标:(1)2011 年度,华源轩公司净利润应不低于人民币 5500 万元(以下币种均为人民币),且(2)2012 年度,华源轩公司净利润比 2011 年度净利润增长 25%以上,且(3)2013 年度,华源轩公司净利润比 2012 年度净利润增长 25%以上;若华源轩公司未能完成上述经营目标,黄溪元须以现金方式对雷石信创合伙企业、众合公司进行补偿;发生以下任一情形的,雷石信创合伙企业、众合公司有权要求黄溪元收购雷石信创合伙企业、众合公司持有的华源轩公司部分或全部股份:(1)华源轩公司 2010 年度净利润低于 2500 万元;(2)华源轩公司 2011 年度净利润低于 3500 万元;(3)自雷石信创合伙企业、众合公司支付本次股份增发的认购款项的次月第一日开始计算,华源轩公司不能在 36 个月内完成 IPO……;华源轩公司须在每个日历月度结束后 20 个自然日内向雷石信创合伙企业提供详尽的月度财务报表及必要的经营信息,包括但不限于合并的和其他下属子公司的利润

表、损益表、资产负债表、现金流量表以及华源轩公司及下属公司的主要经营数据统计表；华源轩公司保证在每年 3 月 15 日前完成上年度财务报表审计工作，并向雷石信创合伙企业提供年度审计报告。之后，雷石信创合伙企业、众合公司及华源轩公司、黄溪元又分别签订了《关于〈华源轩公司新增股份发行及认购补充协议〉的补充协议》、《关于〈华源轩公司新增股份发行及认购补充协议〉的补充协议二》，对补偿方案作进一步补充约定。

2011 年 11 月 25 日，黄溪元向众合公司发出《业绩补偿承诺函》，表示愿意分三期向众合公司支付 2011 年度业绩补偿款 240.8 万元。2011 年 11 月 25 日，雷石信创合伙企业、众合公司分别与华源轩公司、黄溪元签署协议，约定自中国证监会受理华源轩公司的首次公开发行股票申请之日起，相关协议效力终止，任何一方不得再依据该等协议条款向其他方主张任何权利。2011 年 11 月 26 日，雷石信创合伙企业、众合公司分别与华源轩公司、黄溪元签署协议，约定如果华源轩公司首次公开发行 A 股股票申请和/或上市申请被中国证监会或深圳证券交易所退回或否决，或者华源轩公司撤回首次公开发行 A 股股票申请和/或上市申请，则《华源轩公司新增股份发行及认购协议补充协议》、《华源轩公司新增股份发行及认购协议补充协议的补充协议》自动恢复效力，雷石信创合伙企业、众合公司有权按照协议约定，行使其在该等协议项下的各项权利，华源轩公司和黄溪元应按照该等协议的约定，履行其在该等协议项下的各项义务，包括但不限于与相关年度经营业绩有关的业绩补偿义务、股份收购义务等。2012 年度华源轩公司净利润为 2748.04 万元。2013 年 5 月 29 日，华源轩公司向中国证监会申请撤回了上市申请材料。

2013 年 4 月 23 日，雷石信创合伙企业、众合公司向深圳仲裁委员会提交仲裁申请书，以黄溪元仅向众合公司支付了第一期业绩补偿款、第二期业绩补偿款迄今未付、华源轩公司迄今未向雷石信创合伙企业、众合公司正式披露 2012 年度财务会计报表为由，请求裁决：解除雷石信创合伙企业、众合公司与华源轩公司、黄溪元签订的关于新增股份发行及认购的一系列协议，华源轩公司向雷石信创合伙企业返还出资款 1484.052 万元、支付违约金 195.27 万元、赔偿损失 250.19 万元，华源轩公司向众合公司返还出资款 946.56 万元、支付违约金 101.88 万元、赔偿损失 130.534 万元，华源轩公司及黄溪元承担本案全部仲裁费用。当日，深圳仲裁委员会受理该案，案号为深仲受字[2013]第 514 号。2013 年 7 月 3 日，雷石信创合伙企业、众合公司以华源轩公司的经营发生重大变化、雷石信创合伙企业、众合公司拟依法采取其他方式维护自身权利为由向深圳仲裁委员会提交撤回仲裁申请书。2013 年 7 月 29 日，深圳仲裁委员会根据雷石信创合伙企业、众合公司的撤回申请作出[2013]深仲撤字第 249 号，决定撤销仲裁委员会深仲受字[2013]第 514 号仲裁案。在该案仲裁过程中，雷石信创合伙企业、众合公司申请对黄溪元及华源轩公司名下共计 50 万元的财产进行保全，原审法院遂根据深圳仲裁委员会函件作出（2013）深龙法立保字第 14 号民事裁定书，裁定查封、扣押或冻结黄溪元、华源轩公司所有的总共价值 50 万元的财产，并据此于 2013 年 5 月 23 日冻结华源轩公司存于花旗银行（账户 1735631817）50 万元的存款（实际冻结 44728.48 元）、招商银行（账户 755911871210202）50 万元的存款（实际冻结 0 元）。之后，原审法院根据华源轩公司的置换申请，于 2013 年 6 月 5 日裁定解除对华源轩公司存于花旗银行（账户 17xxxxxxx）存款 50 万元的冻结。2013 年 7 月 5 日，原审法院根据深圳仲裁委员会申请解除财产冻结的函件作出裁定，解除华源轩公司及雷石信创合伙企业、众合公司全部相关财产的保全措施。

2013 年 4 月 22 日，众合公司向深圳仲裁委员会提交仲裁申请书，请求裁决黄溪元支付 2011 年、2012 年业绩补偿欠款及律师费。2013 年 4 月 23 日，深圳仲裁委员会受理该案，案号为深仲受字[2013]第 515 号。2013 年 7 月 2 日，众合公司向深圳仲裁委员会提交增加仲裁请求申请书（后又经过变更），请求增加以下仲裁请求：1、黄溪元立即向众合公司支付股权收购款 1170.1038 万元；2、黄溪元立即办理收购众合公司持有的华源轩公司的全部股份（持

股数 120 万股，持股比例 1.71%) 的工商变更手续；3、黄溪元立即向众合公司支付违约金 94.656 万元。

2013 年 4 月 22 日，雷石信创合伙企业向深圳仲裁委员会提交仲裁申请书，请求裁决黄溪元支付 2012 年业绩补偿欠款及律师费。2013 年 4 月 23 日，深圳仲裁委员会受理该案，案号为深仲受字[2013]第 516 号。2013 年 7 月 2 日，雷石信创合伙企业向深圳仲裁委员会提交增加仲裁请求申请书（后又经过变更），请求增加以下仲裁请求：1、黄溪元立即向雷石信创合伙企业支付股权收购款 1835 万元；2、黄溪元立即办理收购雷石信创合伙企业持有的华源轩公司的全部股份（持股数 230 万股，持股比例 3.2857%）的工商变更手续；3、黄溪元立即向雷石信创合伙企业支付违约金 1484052 元。

华源轩公司的诉讼请求为：1、雷石信创合伙企业、众合公司共同赔偿华源轩公司损失 500 万元（暂计至 2013 年 8 月 2 日）；2、雷石信创合伙企业、众合公司承担本案诉讼费用。华源轩公司明确表示其诉请的损失 500 万元由以下四个部分组成：1、员工待工停工 5 天，损失 160 万元；2、供应商停止供货，导致开工不足，损失 190 万元；3、公司市值贬值，从 2.3 亿元降 1.4 亿元，公司收购失败；4、为了应付仲裁而支付的律师费 24 万元。华源轩公司在庭审后提交书面申请，请求对华源轩公司因基本银行账户被查封所导致的损失进行评估。

原审法院审理认为：申请财产保全的目的是保证将来生效判决的执行，而生效判决之所以能被执行的前提和基础是申请人要求给付的诉请得到法院的支持，如果其诉请没有获得支持，或者是诉不存在，意味着其财产保全申请失去应有的基础。雷石信创合伙企业、众合公司未按照其与华源轩公司、黄溪元于 2011 年 11 月 25 日、2011 年 11 月 26 日签署协议的约定，在 2013 年 5 月 29 日华源轩公司向中国证监会撤回上市申请之前，向深圳仲裁委员会提起仲裁申请，请求解除雷石信创合伙企业、众合公司与华源轩公司、黄溪元签订的一系列协议，并请求华源轩公司返还出资款、支付违约金、赔偿损失，之后又于 2013 年 7 月 2 日撤回仲裁申请，其在该案中提起的财产保全据以依赖的诉已经不存在，属于申请错误，理应对华源轩公司的损失承担赔偿责任。虽然雷石信创合伙企业、众合公司申请仲裁的前提是双方存在纠纷，撤回涉案仲裁申请并在其他两个仲裁案件中增加申请也确有可能受其他因素影响，但这些因素均不影响涉案财产保全失去诉的支持，因此该院对雷石信创合伙企业、众合公司关于其提起仲裁并申请财产保全具有明确合同依据和法律依据、不需要承担赔偿责任的主张不予采纳。但雷石信创合伙企业、众合公司请求财产保全的标的为 50 万元，实际冻结存款数额为 44728.48 元，冻结时间不足一个月，冻结行为与华源轩公司所主张的员工停工损失、供应商停止供货导致开工不足损失、公司市值贬值损失、仲裁律师费损失均不存在必然的因果关系，华源轩公司也未提交充分证据证明上述损失的存在，因此对华源轩公司主张的因财产保全导致的 500 万元损失该院不予支持。华源轩公司在庭审后提交评估申请，但华源轩公司并未提供充分证据证明雷石信创合伙企业、众合公司提出的财产保全申请与华源轩公司诉请的损失之间存在必然因果关系，故原审法院对华源轩公司此评估申请不予准许。综上所述，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零六条第二款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百零五条之规定，判决：驳回华源轩公司的全部诉讼请求。本案受理费 46800 元，由华源轩公司负担。

上诉人华源轩公司不服原审判决，向本院提出上诉称：一、原审法院不准许华源轩公司的评估申请，实际上剥夺了华源轩公司的诉讼权利。本案中，雷石信创合伙企业、众合公司提出了管辖权异议。原审法院驳回其管辖权异议后，雷石信创合伙企业、众合公司又提出了上诉，并最终被贵院裁定驳回。原审法院仅向华源轩公司的代理人送达了贵院的裁定，并未送达新的举证通知以及开庭传票。开庭当天上午，华源轩公司刚好向法院查询案件的进展才得知下午开庭。经与主审法官沟通，由于雷石信创合伙企业、众合公司的代理人已提前一天从外地赶来，因此同意按原定时间开庭。华源轩公司也只能在庭后向法院提交评估申请。原审法院

认为，华源轩公司在庭审后提交评估申请，并且未提供充分证据证明雷石信创合伙企业、众合公司提出的财产保全申请与华源轩公司诉请的损失之间的必然因果关系，因此不予准。这样就实际上剥夺了华源轩公司的诉讼权利。

二、原审判决完全无视基本帐户被冻结对华源轩公司经营的巨大影响是完全错误的。本案中，法院根据雷石信创合伙企业、众合公司的申请，冻结了华源轩公司两个银行帐户。其中花旗银行的帐户是华源轩公司的基本帐户。《中华人民共和国商业银行法》第 48 条规定：企业事业单位可以选择一家商业银行的营业场所开立一个办理日常转账结算和现金收付的基本帐户，不得开立两个以上基本帐户。根据上述规定，基本帐户是华源轩公司办理日常转帐结算和现金收付的唯一帐户。该帐户被冻结，华源轩公司无法正常发放工人工资、无法办理缴税、无法缴纳社保，无法办其他的日常结算，华源轩公司的经营活动遭受巨大的影响。在迫不得已的情况下，华源轩公司才不得不向法院申请以现金置换银行帐户的冻结。这从另一方面证实了众合公司和雷石信创合伙企业申请的财产保全行为对华源轩公司的正常经营造成了巨大的影响。雷石信创合伙企业、众合公司申请保全的是华源轩公司的基本帐户，其直接的后果就是华源轩公司正常经营遭受巨大的影响。其间接的后果就是导致华源轩公司的银行信用降低，使得银行缩减了对它的授信额度，以致华源轩公司陷入资金周转困难，继而出现华源轩公司所主张的因为无法支付工资而使得工人停工；供应商停止供货，生产不正常；正在洽谈的收购，公司估值严重贬值等等后果。资金链的断层即可导致严重的后果，前述情况是环环相扣的，犹如多米诺骨牌效应，原审法院完全无视此损失，认为其与财产保全行为无必然因果联系是错误的。

三、原审判决实际上纵容了雷石信创合伙企业、众合公司的恶意诉讼、恶意保全的行为。原审判决已查明，雷石信创合伙企业、众合公司是在华源轩公司尚未从证监会撤回材料的情况下提起仲裁，并申请了财产保全。根据双方的约定，自证监会受理华源轩公司申请材料之日起，双方的对主条款效力终止。因此，雷石信创合伙企业、众合公司提起仲裁的行为是恶意的。另外，雷石信创合伙企业、众合公司人的仲裁请求合计超过 2 千万元，其财产保全的标的为 50 万元。在华源轩公司有大量其它资产比如机器设备、车辆、商标可供保全的情况下，雷石信创合伙企业、众合公司直接申请冻结华源轩公司的基本银行帐户，其目的就是通过保全的行为，对华源轩公司的经营行为造成影响，主观恶意十分明显。原审判决雷石信创合伙企业、众合公司不承担责任，实际上纵容了此种恶意诉讼、恶意保全的行为。

华源轩公司的上诉请求：1、撤销原判，依法改判由雷石信创合伙企业、众合公司向华源轩公司连带承担 500 万元损失赔偿责任；2、判令雷石信创合伙企业、众合公司承担本案全部诉讼费用。

被上诉人雷石信创合伙企业、众合公司答辩称：一、华源轩公司的上诉请求缺乏法律和事实依据，原审判决驳回华源轩公司的诉讼请求是正确的。1、原审法院不允许评估申请是实体方面的不是程序方面的，不存在剥夺华源轩公司的诉权；2、华源轩公司一审没有提供有效的证据证明冻结基本帐户给华源轩公司造成巨大的损失已经实际发生，也没有证明两者直接有因果关系，因此原审法院的判决没有错误；3、关于华源轩公司主张雷石信创合伙企业、众合公司恶意仲裁的问题，雷石信创合伙企业、众合公司提起仲裁有明确的合同依据，且雷石信创合伙企业、众合公司撤回 514 号仲裁，并在 515、516 号仲裁案件中增加了仲裁请求，得到了深圳仲裁委员会胜诉的裁决，所以雷石信创合伙企业、众合公司不存在恶意仲裁的问题。

二、华源轩公司未能提交证据证明存在 500 万元损失，原审法院判决是正确的。雷石信创合伙企业、众合公司申请财产保全的金额是 500 万元，实际冻结不足 5 万元，且财产保全时间不到 1 月，不存在所谓给华源轩公司造成重大损失，且华源轩公司也没有提供证据证明 500 万元损失。

本院确认原审法院查明的事实。

本院二审另查明：

一、华源轩公司在招商银行股份有限公司深圳龙岗支行开立的账号为 755xxxxxxxxxxxxx 的账户，为华源轩公司的基本账户。

二、深圳仲裁委员会于 2013 年 4 月 23 日受理了申请人合众公司提出的仲裁申请（深仲受字[2013]第 515 号），于 2014 年 7 月 22 日作出[2014]深仲裁字第 731 号裁决，支持了合众公司的全部仲裁请求，驳回了被申请人黄溪元的全部仲裁反请求。深圳仲裁委员会于 2013 年 4 月 23 日受理了申请人雷石信创合伙企业提出的仲裁申请（深仲受字[2013]第 516 号），于 2014 年 7 月 22 日作出[2014]深仲裁字第 732 号裁决，支持了雷石信创合伙企业的全部仲裁请求，驳回了被申请人黄溪元的全部仲裁反请求。

以上事实有《开户许可证》、[2014]深仲裁字第 731 号裁决书、[2014]深仲裁字第 732 号裁决书为证。

本院认为：原审法院已经认定，雷石信创合伙企业、合众公司提起的财产保全属于申请错误，理应对华源轩公司的损失承担赔偿责任。因此，本案争议的焦点是，华源轩公司是否因雷石信创合伙企业及众合公司的错误查封而受到了 500 万元的损失。本案审理过程中，华源轩公司明确该 500 万元由工人停工、供货商停止供货、收购失败、银行信用额度降低导致的资金困难、仲裁产生的律师费以及置换账户动用的 50 万元资金等部分构成。但是，华源轩公司涉案被查封的账户前后冻结时间仅一个多月，实际冻结金额不到 5 万元，通常而言，影响结果相对有限。而工人停工、供货商停止供货、收购失败、银行信用额度降低导致的资金困难则是受到多种因素的影响，即使华源轩公司其中一个被查封账户为其基本账户，也可以用其他账户中的资金进行经营，并不能必然导致工人停工、资金困难、收购失败等损害结果，华源轩公司称银行因基本账户冻结即会降低信用额度亦缺乏依据，故本院认为华源轩公司并未完成举证责任，未证明上述损害后果与雷石信创合伙企业及众合公司申请诉讼保全存在直接的因果关系，华源轩公司称由于雷石信创合伙企业、众合公司诉讼保全而导致其受到 500 万元的损失的上诉理由，证据不足，本院不予采纳。

关于本案所涉诉讼保全是否恶意的的问题。雷石信创合伙企业及合众公司于 2013 年 4 月 23 日提起了三个仲裁申请，虽然雷石信创合伙企业、众合公司申请撤回了其中的深仲受字[2013]第 514 号仲裁申请，之后雷石信创合伙企业、众合公司在深仲受字[2013]第 515、516 号案件中增加了仲裁请求。深仲受字[2013]第 515、516 号两个案件最终经过了深圳仲裁委员会的审理，深圳仲裁委员会作出裁决，支持了两位申请人的全部仲裁请求。由于该两个案件均与深仲受字[2013]第 514 号案件基于相同的事实，且增加后的诉讼请求大体体现了深仲受字[2013]第 514 号的仲裁申请，而且最终得到深圳仲裁委员会的支持，可见雷石信创合伙企业、众合公司申请的[2013]第 514 号仲裁案件的财产保全具有解决纠纷的真实目的。因此，华源轩公司主张雷石信创合伙企业、众合公司恶意查封的上诉理由，与事实不符，本院不予采纳。

综上，华源轩公司的上诉理由均不能成立，本院不予采纳。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费 46800 元（已由上诉人华源轩公司预缴），由上诉人华源轩公司负担。本判决为终审判决。

审判长 袁洪涛
代理审判员 曹圆媛
代理审判员 梁晴敏
二〇一四年十一月二十八日
书记员 李东静（兼）

深圳市建银南山创业投资合伙企业（有限合伙）与侯庆华， 戴玲、潘宇明股权转让纠纷一审民事判决书

深圳市福田区人民法院

民事判决书

（2015）深福法民二初字第 830 号

原告深圳市建银南山创业投资合伙企业（有限合伙），住所地深圳市南山区深南大道。

负责人程文。

委托代理人王勇，北京市盈科（深圳）律师事务所律师

委托代理人何晓菁，北京市盈科（深圳）律师事务所律师实习律师。

被告侯庆华，住深圳市福田区。

被告戴玲，住广东省深圳市福田区。

被告潘宇明，住广东省深圳市福田区。

委托代理人肖成仁，广东博商律师事务所律师。

原告深圳市建银南山创业投资合伙企业诉被告侯庆华、戴玲、潘宇明股权转让纠纷一案，本院于 2014 年 12 月 26 日立案受理后，依法由代理审判员杨震、人民陪审员高兰、吴宝荣组成合议庭于 2015 年 3 月 12 日公开开庭进行了审理，原告委托代理人王勇，被告潘宇明、委托代理人肖成仁到庭参加诉讼，被告侯庆华、戴玲经合法传唤，未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告诉称：三被告均系深圳市中晟创新科技股份有限公司（以下简称中晟公司）原股东，为中晟公司一致行动人。2011 年 12 月 1 日，原告与被告潘宇明签订《股权转让协议》及《补充协议》，约定被告潘宇明出让其持有的中晟公司 8666840 股股份（以下简称标的股份）与原告，原告支付潘宇明 21667100 元股份转让款。但在原告支付股权对价款期间，应被告潘宇明要求，原告将部分转让款支付被告侯庆华、戴玲。2011 年 12 月 2 日，原告已履行完毕全部支付义务，上述标的股份的转让完成工商变更登记手续。2012 年 8 月，原告与侯庆华签订《关于之补充协议》，就原告与潘宇明签订的《股份转让协议》达成补充协议，约定，如在 2013 年 6 月 30 日前，中晟公司未能成功实现首次公开发行并上市，原告有权要求侯庆华回购原告持有的 8666840 股股份，回购价格为：标的股份所对应的股份转让款加上按照每年（12 个月）10%计算的固定投资回报，回购日期为收到原告股权回购书面通知当日起一个月内回购并付清全部股权回购价款。然而，截至原告起诉之日，中晟公司经营状况十分恶劣，公司入不敷出，资不抵债，债权人纷纷起诉，公司的厂房、设备、存货等大量资产被抵押或司法冻结，工厂已停产，员工除少数人留守外全部辞退，公司通过变卖库存艰难维持。公司的现状已明显无法满足我国首次公开发行并上市的条件，且公司截至 2014 年 11 月仍未上市。因此，被告侯庆华应按约定履行回购义务，被告戴玲作为其配偶，应承担连带责任。同时，原告有证据证明被告戴玲在任中晟公司财务经理期间，伙同侯庆华虚构财务信息，欺骗股东。原告另有证据证明潘宇明对于上述股权转让款支付情况、股权回购约定、侯庆华及戴玲夫妇涉嫌作假账的行为和实施均全部知情并有串通侯庆华及戴玲夫妇欺骗股东的嫌疑。被告戴玲及潘宇明应依法对侯庆华的回购义务承担连带责任。根据合同约定，以 2014 年 12 月 1 日为回购请求日，股权收购价格应为 $21667100 \times (1+3 \times 10\%) = 28167230$ 元，上述被告应依法回购原告持有的中晟公司 3.3334% 的股权。为维护原告合法权益，特诉至法院，请求判令：一、被告侯庆华向原告支付股权回购款 28167230 元，受让原告持有的深圳市中晟创新科技股份有限公司 3.3334% 的股份；二、被告戴玲、潘宇明对被告侯庆华支付股权回购款的义务承担连带清偿责任；三、上述被告承担本案诉讼费用。

813

被告潘宇明答辩称：1、原告虚构事实，被告潘宇明并未要求原告将部分股权转让款支付给被告侯庆华和被告戴玲，原告也未能向法庭提交证据对该事实予以证明，应当承担举证不能的法律风险。2、被告潘宇明并未与原告签订关于股权转让协议之补充协议，原告提供的关于股权转让协议之补充协议，没有被告潘宇明的签名，被告潘宇明对此内容也毫不知情，根据合同相对性原则，该协议对合同以外的被告潘宇明当然不具有约束力。原告未能向法庭提交被告侯庆华、戴玲做假账的证据，应当承担败诉的法律后果，综上，被告潘宇明未签订关于股权转让协议之补充协议，原告要求被告承担该协议之义务，没有事实和法律依据，请求法庭驳回原告的诉讼请求。

被告侯庆华、戴玲在法定期限内未提交答辩状，亦未提交任何证据，开庭时缺席。

经审理查明：2011年12月1日，原告（乙方）与被告潘宇明（甲方）签订《股份转让协议》，约定原告以21667100元购买潘宇明持有的中晟公司866840股股权（以下简称标的股份），该标的股份占中晟公司总注册资本的3.3334%。乙方应于本协议生效之日起5个工作日内，按照甲方的指示向甲方支付转让款21667100元。甲乙双方应于本协议生效后5日内依法到登记机关办理完毕标的股份转让相关手续。除本协议另有规定或双方另有约定外，自本次股权转让所需法律手续完成之日起，标的股份项下的股东权益由乙方享有，风险及亏损由乙方承担。甲方声明并保证：甲方为标的股份的合法拥有人，该股份不存在被质押、冻结或设定其他未知第三人权益的情况，亦未涉及任何争议或纠纷；甲方承诺，若因标的股份存在未知权利瑕疵而引发的纠纷或责任，该纠纷或责任均由甲方处理或承担。任何一方违反本协议声明与保证的，守约方可随时单方解除合同并要求违约方赔偿所有经济损失。同日，原告（乙方）还与潘宇明（甲方）、中晟公司（丙方）签订《补充协议》，对2011年度中晟公司分红的归属及乙方知情权等内容作了约定。该补充协议对于乙方的知情权约定：1、自本补充协议生效日起，中晟公司应向乙方提供：（1）中晟公司的季度财务报表、年度财务报表，其中年度财务报表应经具有证券期货从业资格的会计师事务所审计并出具审计报告；（2）每一财务年度结束之前，关于下一财务年度的运营计划和财务预算，并逐月列明预算的收入、费用和现金状况。2、自本补充协议生效日起，如发生任何可能对于中晟公司存续、正常运营、股权、财务状况、资产等构成重大影响之情形，甲方和中晟公司应当毫不迟疑地通知乙方，并提供相关资料。3、本条第1和2款规定在中晟公司上市之日起得豁免。4、自本补充协议生效日起，在给予合理提前知会并不干扰中晟公司正常经营的前提下，乙方将被获准在正常的上班时间进入中晟公司办公场所并接触工作人员。

双方于2011年12月2日办理了股权转让手续，潘宇明将其持有的866840股股份转移登记至原告名下，原告持股占中晟公司总股本的3.3334%。2011年12月9日和12月12日，原告分别向潘宇明转账支付股权转让款10833550元。

2012年8月，原告（乙方）与被告侯庆华（甲方）签订《关于之补充协议》，就原告与潘宇明签订的前述《股份转让协议》达成补充协议，约定：甲方同意并确认，若发生下列情形之一者，乙方有权要求甲方回购其所持有的标的股份：（A）甲方向乙方提供的中晟公司的资料、信息及陈述不真实或不完整；（B）在2013年6月30日前，中晟公司未能成功实现首次公开发行并上市；（C）中晟公司发生重大不利变化，包括但不限于主营业务所需的经营许可无效、失效、被吊销、收回或授予第三方、核心管理层发生重大不利变化等。若在乙方持股期间，中晟公司发生权益分派、送股、公积金转增股本或配股情形，则标的股份数量和比例进行相应的调整。若在行使回购权前，乙方已转让部分标的股份，则标的股份数量和比例做相应调整。回购价格为：标的股份所对应的股份转让价款加上按照每年（12个月）10%计算的固定投资回报。若乙方选择行使回购权，则乙方在此前从中晟公司获得的分红或补偿将冲抵前述股份回购价款。甲方应在收到乙方“股权回购”的书面通知当日起一个月内回购乙方所持股份并付清全部股权回购价款。

2014 年 11 月 25 日，原告向三被告发出《关于要求依约履行股权回购义务的催告函》，称中晟公司之 2014 年 11 月仍未实现上市，原告要求三被告以约定的对价回购其所持有的全部中晟公司股权。侯庆华、潘宇明分别于 2014 年 11 月 28 日签收了函件。

根据原告提供的由天健会计师事务所于 2013 年 5 月 17 日出具的中晟公司《审计报告（2012 年度）》，该审计报告所附《资产负债表》显示，至 2012 年 12 月 31 日，中晟公司负债和所有者权益总计为 463059138.56 元（期末数字），期初数字为 514399551.29 元，其中未分配利润期末数字为-216732363.66 元，期初数字为-149497157.04 元。《利润表》显示，2012 年度中晟公司综合收益为-67235206.62 元，上年同期数字为-113334601.60 元。《现金流量表》显示，中晟公司期末现金及现金等价物余额为 525296.24 元，上年同期数为 526562.60 元。

《财务报表附注》前期差错更正的内容部分显示，中晟公司 2009 年-2011 年财务报表存在虚增收入成本、虚增固定资产的情况，该次对差错更正如下：应收账款-144954270.87 元，其他应收账款-4385396.40 元，固定资产-11722972.10 元，递延所得税资产-2437957.80 元，应付账款-15603370.24 元，其他应付账款 110412132.51 元，盈余公积-10622055.33 元，未分配利润-247687304.11 元，主营业务收入-275105428.33 元，主营业务成本-120556381.30 元，管理费用-1781891.80 元，资产减值损失-4007145.83 元，营业外支出 27029312.38 元，所得税费用 1776423.72 元。

截至本案庭审结束，中晟公司未能公开发行股票并上市。

另查，原告主张侯庆华与戴玲系夫妻关系，并申请本院调查取证，经调查，两被告于 1993 年由佛山调入本市，其户口于 1996 年 12 月 19 日调入原华荔派出所，当时的《常住人口信息登记表》显示二人系夫妻关系。两被告现共同住所地为深圳市福田区××××。三被告现均为中晟公司股东，分别持有该司 40.2282%（侯庆华）、16.3973%（潘宇明）、2.7085%（戴玲）的股权。中晟公司于 2003 年 4 月 4 日成立，戴玲自该司成立至 2012 年 9 月 28 日间长期担任该司执行董事、总经理、董事等职务，侯庆华在 2009 年 11 月 25 日至 2012 年 9 月 28 日间任该司董事长，此后任董事至今，潘宇明则于 2009 年 11 月 25 日至 2012 年 9 月 28 日间任该司副董事长。

庭审时，原告称其自 2011 年 12 月 13 日按年 10%计算回报率，之所以要求潘宇明对回购股权承担连带责任，因为其违反了转让协议的约定，其承担的违约责任的数额应相当于被告侯庆华支付的股权回购款的数额。三被告是中晟公司的一致行动人，签订股权转让协议时比较随意，所以存在原告受让潘宇明的股权，而侯庆华承担回购责任的情形。

以上事实，有《股份转让协议》、《补充协议》、《关于之补充协议》、《关于要求依约履行股权回购义务的催告函》、《审计报告（2012 年度）》、《常住人口信息登记表》、银行进账单、中晟公司工商登记资料等证据及开庭笔录、证据交换笔录、质证笔录为证。

本院认为，原告与被告潘宇明之间的《股份转让协议》、《补充协议》系当事人真实的意思表示，未违反法律和行政法规的效力性强制性规定，合法有效。原告与侯庆华签订以前述股权转让协议为前提的《关于之补充协议》，未损害第三人利益，亦未违反法律和行政法规的效力性强制性规定，亦应认定为合法有效。

根据《关于之补充协议》，因案涉中晟公司未能在约定的期限上市发行股票，该协议约定的侯庆华回购原告股权的条件已经成就，原告已于 2014 年 11 月 28 日向侯庆华送达了《关于要求依约履行股权回购义务的催告函》，被告侯庆华应履行其回购义务，原告现以 2014 年 12 月 1 日为回购请求日计算回购价格，符合合同约定，本院予以准许，按原告主张的自 2011 年 12 月 13 日起计算回报，被告侯庆华应以 28097336 元 $\{21667100 \times \{1 + \frac{2 + (11 + 19/31)}{12}\} \times 10\%\}$ 回购原告持有的中晟公司 3.3334%的股份（866840 股）。根据本院调取的人口信息显示被告侯庆华、戴玲系夫妻关系，两人住所地同一，现亦无证据证明其二人已离婚，在此情形下，应认定二人仍系夫妻关系。两人均为中晟公司股东，亦长期担任该司高层管理职

务，在双方未举证证明侯庆华前述债务非属夫妻共同债务的情况下，被告戴玲应对前述回购义务承担连带责任。

本案争议焦点是被告潘宇明是否需要就前述回购债务承担连带责任的问题。对此，本院认为，其一，虽然侯庆华与原告签订的《关于之补充协议》以原告与潘宇明之间的股权转让关系为前提，但现无证据证明潘宇明与侯庆华及戴玲在本笔股权转让交易中为一致行动人。其二，原告与潘宇明的股权转让交易发生在 2011 年 12 月份，原告要求潘宇明回购股权则发生在 2014 年 11 月底，期间间隔近 3 年。在仅 3 年的时间里，原告完全能够及时了中晟公司的实际经营情况并对所受让的股权价值做出估价，对受让股权时是否收到欺诈做出合理判断，并据此提出潘宇明所转让的股权是否存在瑕疵的问题。但原告并未在合理期间内提出，而是在交易完成近 3 年后才以受让股权有瑕疵为由要求潘宇明承担违约责任，显然于法无据。再者，股权的价值并非完全基于公司的财务状况而定，公司的经营管理层能力、未来发展前景、无形资产价值、创新能力等都是影响股价的因素，原告作为一家专业风投机构，选择投资本案所涉股权，理应对涉案公司的经营情况进行调研，结合其与侯庆华签订的《关于之补充协议》来看，更看重的是中晟公司未来上市对股价产生的增值效应，其在中晟公司未能完成上市的情况下以潘宇明知悉并串通侯庆华做假账欺骗股东为由要求其承担回购责任，既无证据支持，亦与其作为一个专业风投公司应有的注意能力不符。其三，原告在本案中要求潘宇明承担的是对侯庆华债务的连带责任，系属从属性的责任，而潘宇明在本案中不存在须对侯庆华债务承担连带责任的情形；若该责任为不真正连带责任，则应以潘宇明对原告承担的该主债务为前提。原告在本案中主张潘宇明支付回购价款的主张实质上是要解除或撤销合同。本案所涉股权交易已完成近 3 年，相应合同义务已经履行完毕，不存在解除的问题。若原告所主张的是撤销合同责任，即使其确有合同撤销权，该权利亦因超过了撤销权行使的除斥期间而失效：原告在取得涉案股权后在 2012 会计年度，最迟在 2013 会计年度应对中晟公司的财务状况存在虚报情况有所了解，并采取必要措施，但原告迟至 2014 年 11 月底方向潘宇明主张，显然已过撤销权行使的除斥期间。同时，合同撤销的法律后果是当事人相互返还财产，而非变相的回购股权，二者存在本质区别。综上，原告要求被告潘宇明承担回购责任缺乏依据，本院不予支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第五十五条、第五十八条、第一百零七条、第一百五十七条、第一百五十八条、第一百七十四条，《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十七条、第二十条、第四十五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、第一百四十四条之规定，判决如下：

- 一、被告侯庆华于本判决生效之日起十日内以 28097336 元受让原告深圳市建银南山创业投资合伙企业持有的深圳市中晟创新科技股份有限公司 3.3334% 的股份；
- 二、被告戴玲对被告侯庆华支付前述股权受让款承担连带责任；
- 三、驳回原告深圳市建银南山创业投资合伙企业的其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期限履行给付金钱的义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费 182636 元（已由原告预交），由原告负担 350 元，由被告侯庆华、戴玲负担 182286 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省深圳市中级人民法院，并应在收到交费通知书次日起七日内向该院预交上诉案件受理费。逾期不预交的，按自动撤回上诉处理。

审判长 杨震
人民陪审员 高兰
人民陪审员 吴宝荣
二〇一五年四月三十日
书记员 曾鸣（代）

深圳市君威投资发展有限公司与中龙建电力建设股份有限公司、蔡鲤泽股权转让纠纷二审民事判决书

佳木斯市中级人民法院
民事判决书

(2015)佳商终字第 148 号

上诉人(原审原告)深圳市君威投资发展有限公司,住所地深圳市福田区中心区益田路与福华路交汇卓越时代广场 5009C。

法定代表人张朝晖,该公司总经理。

委托代理人沈宗铨,黑龙江沈宗铨律师事务所律师。

委托代理人贾丽,黑龙江沈宗铨律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)中龙建电力建设股份有限公司,住所地黑龙江省佳木斯市向阳区解放路 335 号。

法定代表人蔡鲤泽,该公司董事长。

委托代理人吴佳鑫。

被上诉人(原审被告)蔡鲤泽,1956 年 10 月 22 日出生,住北京市朝阳区。

被上诉人(原审被告)王月香,1964 年 9 月 11 日出生。

共同委托代理人吴佳鑫,住黑龙江省佳木斯市。

被上诉人(原审被告)廊坊市汉富领晟股权投资基金合伙企业,住所地河北省廊坊市广阳和平路蓝水湾小区 5A 别墅。

法定代表人韩学洲,执行事务合伙人。

委托代理人施伟钢,北京市君泽君律师事务所律师。

上诉人深圳市君威投资发展有限公司因股权转让纠纷一案,不服佳木斯市向阳区人民法院(2014)向民商初字第 221 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2015 年 9 月 10 日受理后,依法组成合议庭,于 2015 年 11 月 17 日公开开庭进行了审理。上诉人深圳市君威投资发展有限公司委托代理人贾丽、被上诉人中龙建电力建设股份有限公司(以下简称中龙建公司)委托代理人吴佳鑫、廊坊市汉富领晟股权投资基金合伙企业(以下简称汉富领晟合伙企业)委托代理人施伟钢、蔡鲤泽及王月香的委托代理人吴佳鑫到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明,被告中龙建公司原名“黑龙江华隆电力工程有限公司(以下简称华隆公司)”,原系有限责任公司,公司股东蔡鲤泽占股 99%,股东王月香占股 1%,二人系夫妻关系。2011 年 10 月 26 日,为了增资扩股,变更公司经营模式,通过原告引荐,汉富领晟合伙企业与原华隆公司、蔡鲤泽、王月香共同签署了“黑龙江华隆电力工程有限公司增资协议”及“增资补充协议”,汉富领晟合伙企业向华隆公司增资 40000000 元,并就协议各方的相关权利义务进行了约定,双方特别约定了华隆公司应在 2013 年 12 月 31 日前完成在境内外证券交易所主板首次公开发行并上市(以正式递交 IPO 申请文件日期为准)。2011 年 11 月 8 日,汉富领晟合伙企业向华隆公司验资账户足额支付了 40000000 元增资款,按约履行了协议内容。截至 2013 年 2 月 4 日,中龙建公司共有 10 名股东参股。2014 年 3 月 21 日,原股东之一的君威(天津)股权投资基金企业与原告深圳市君威投资发展有限公司签订股份转让协议,将持有的 14.46%的股份全部转让给原告。2013 年 3 月 18 日,华隆公司变更工商登记,更名为“中龙建电力建设股份有限公司”,此后,因中龙建公司未按照约定时间在境内外公开发行股票,汉富领晟合伙企业依据“增资补充协议”关于股份回购义务的约定,向北京仲裁委员会提起仲裁,要求确认本案三名被告履行回购义务。2015 年 2 月 6 日,北京仲

裁委员会出具裁决书，认定本案的其余三名被告应当履行回购义务。2015 年 3 月 5 日中龙建公司、蔡鲤泽、王月香向北京市第三中级人民法院申请撤销仲裁裁决，北京市第三中级人民法院于 2015 年 3 月 20 日裁定驳回三被告的申请。

原审法院认为，被告汉富领晟合伙企业与被告中龙建公司在签订“增资补充协议”时，双方意思表示真实，且协议内容不违反法律的强制性规定。原告认为该协议侵害了其股东权益，可以向公司及其他股东主张权利保护，但并不能影响公司及股东对外缔结合同的效力。本案争议的“增资补充协议”经北京仲裁委员会认定为合法有效。该事实属于生效裁决所确认的事实，原告除非有相反的证据足以推翻，否则，该“增资补充协议”的效力不再受法律审查。关于原告主张其未参与仲裁过程，仲裁裁决对其不具有拘束力的主张，法院认为，仲裁机构对合同效力的审查属于实体审理，主要考察合同双方意思表示是否真实，是否存在欺诈、胁迫手段损害国家利益；是否以合法形式掩盖非法目的；是否恶意串通损害国家、集体或者第三人利益以及合同内容是否违反法律、行政法规的强制性规定。原告作为非合同缔结者是否参与仲裁程序并不是审查合同效力的条件。同时，原告亦未能证明合同双方存在恶意串通损害其合法权益的事实。故依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、《中华人民共和国合同法》第五十二条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条、九十三条的规定，判决：驳回原告深圳市君威投资发展有限公司的诉讼请求。案件受理费 100 元由原告承担。

深圳市君威投资发展有限公司不服原审法院上述民事判决，向本院提起上诉称：一、原审认定“增资补充协议”内容因不违反法律强制性规定错误。“增资补充协议”第 3 条及第 4 条内容分别违反了《公司法》第 141 条、142 条的强制性规定，依据《合同法》第 52 条规定，应认定为无效。“增资补充协议”第 3 条约定的股份补偿方式为被上诉人蔡鲤泽、王月香向被上诉人汉富领晟合伙企业无偿转让一定比例的股份，但根据《公司法》第 141 条“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让”的规定，被上诉人中龙建公司自 2013 年 3 月改组为股份有限公司之日起一年内是不得转让公司股份的。所以，“增资补充协议”的第 3 条因违反《公司法》第 141 条的强制性规定而无效。“增资补充协议”第 4 条约定“如被上诉人中龙建公司在 2013 年 12 月 31 日前未完成证券公开发行并上市，被上诉人汉富领晟合伙企业要求被上诉人蔡鲤泽、王月香收购其持有的股份，同时，被上诉人中龙建公司对此承担连带责任”，该内容违反了《公司法》第 142 条“公司不得收购本公司的股份”这一强制性规定而无效。综上，根据《公司法》第 52 条 5 款“违反法律的强制性规定的合同无效”的规定，应认定“增资补充协议”第 3 条及第 4 条无效。二、原审不应当直接根据北京仲裁委员会已生效裁决作出“增资补充协议”有效的认定。在北京仲裁委员会进行的裁决当中，申请人与被申请人是本案的四被告，该裁决根本没有考虑到上诉人的利益。另外，将仲裁认定的事实直接适用于本案，与我国目前的诉讼机制不相符。人民法院裁判案件依据的是法律事实而并非客观事实。法律事实的形成，很大程度上取决于当事人的举证情况，主要包括当事人的举证意愿、举证能力以及举证条件等。具体的诉讼结果与诉讼个体举证能力的强弱有着直接的关系，相同的客观事实由于当事人的举证情况的差异而形成不同的法律事实，是当前诉讼机制正常的运行结果。上诉人作为仲裁的案外人未参加前诉诉讼程序，未就前诉的审理提交证据，也没有发表质证或辩论意见，如果强迫上诉人接受前诉的诉讼结果，则剥夺了上诉人依法举证的权利，有悖于“谁主张谁举证”这一最基本的民事诉讼机制。请求依法撤销原判，改判支持原审诉讼请求。

被上诉人中龙建电力建设股份有限公司、蔡鲤泽、王月香答辩称，2011 年汉富经考察后，我们在没有经其他股东同意的情况下签订增资补充协议，后来觉得对其他股东不公平，对一审判决没有意见。

被上诉人廊坊市汉富领晟股权投资基金合伙企业答辩称：一、本案的起因：2011 年，原告担任被告中龙建公司的前身华隆公司的财务顾问，负责为华隆公司引荐投资机构，经原告引荐，被告汉富领晟合伙企业与被申请人蔡鲤泽接触，有意投资其实际控制下的华隆公司。彼时，华隆公司的股东结构为蔡鲤泽持有 99% 股权，王月香持有 1% 股权，其中，蔡鲤泽、王月香系夫妻关系。2011 年 10 月 26 日，在包括原告在内的各方专业机构共同参与下，经协商一致后，申请人与华隆公司、蔡鲤泽、王月香共同签署了《黑龙江华隆电力工程有限公司增资协议》（以下简称“增资协议”）及《增资补充协议》，申请人向华隆公司增资 40000000 元，取得 7.465% 的股权，并就协议各方的相关权利义务进行了约定，尤其是对于上市目标及未达目标的处理方式进行了明确约定。2011 年 11 月 8 日，申请人向华隆公司验资账户足额支付了 40000000 元增资款，各方据此完成了工商变更登记。2011 年 12 月，华隆公司又引入了多家投资机构，申请人持股比例稀释为 5.6889%。2012 年，华隆公司由有限公司整体变更为中龙建电力建设股份有限公司。根据四名被告之间签署的“增资补充协议”第 4 条关于股份回购义务的约定，“华隆公司未能在 2013 年 12 月 31 日递交 IPO 申请文件的，蔡鲤泽、王月香应当以约定价格回购申请人所持有的股份”，被申请人蔡鲤泽、王月香应当向申请人履行股份回购义务，并由华隆公司承担连带责任。因此，被告汉富领晟合伙企业于 2014 年 5 月 8 日向北京仲裁委员会提起仲裁，要求本案的其余三名被告履行回购义务。同时，上诉人将本案在佳木斯向阳区人民法院提起诉讼。二、本案的事实：上诉人系知情人，并参与了全过程的协议谈判，代表华隆公司参与了和我们的谈判，合同的签订时点在上诉人成为股东之前。三、根据合同法第 52 条规定，合同无效只能按照该条规定进行处理，约定条件的回购或者减资并没有损害原告的利益，合同的签订不存在恶意串通损害第三人利益的情形，上诉人的诉称并无法律依据，协议并不存在依法认定为无效的情形。“股份回购”条款因并未违反公司法和公司章程中的禁止性和强制性规定而无效。首先，签订《增资补充协议》时，被申请人的章程并未更改，按照当时的情形，申请人与被申请人签订的协议符合《合同法》、《公司法》等相关法律的规定，合法有效。之后签订的公司章程对之前的行为没有约束力，被申请人依此提出的请求均无依据。其次，被申请人混淆了股份回购和股份转让两个概念的区别。股份回购意指公司自己出资以一定的价格购买社会公众所持有的公司股份的行为，而股份转让是指股东与股东或潜在股东之间进行的股份交易行为。公司和股东或潜在股东有着本质的区别，公司不能像股东一样持有公司股份，其回购的股份需要注销并进行减资处理。申请人请求公司回购股份的行为并不构成章程第二十八条规定的转让。其次，申请人于 5 月 8 日提起仲裁，早已超出 1 年的期限，被申请人的答辩没有章程上的依据。最后，“股份回购”条款中约定“公司对公司原股东偿付股份回购金额承担连带责任”的字面意思本就是原股东回购公司股份，而公司提供连带担保，并未违反各方的本意，在合同体系上也不存在逻辑问题，直接按照字面意思理解即可。被申请人对协议条款的规定任意解释，得出的解释与合同字面意思完全相反，这种解释毫无依据。四、本案所诉称的合同已经由生效的司法文书认定真实有效且应当履行。本案审理过程中，北京仲裁委员会已经就本案诉争合同进行了裁决，随后，该裁决由被上诉人向北京第三中级人民法院提起了撤销申请，但法院依法驳回其申请。五、我国不是判例法国家，因此最高法院的案例仅具有指导借鉴意义，但并没有当然的法律效力。最高法院的判决也认为股东应当履行协议约定回购股份。而且本案的案情不同于已有案例，其协议各方、协议的内容以及协议实施的具体情况均不同于已有案例。被申请人不能僵化地套用已有案例来拒绝履行协议义务。综上，请求驳回上诉，维持原判。

二审中双方当事人未向法庭举示证据。

一审法院查明的事实本院予以确认。

本院认为，被上诉人廊坊市汉富领晟股权投资基金合伙企业与中龙建电力建设股份有限公司、蔡鲤泽、王月香签订的“增资补充协议”，经北京市仲裁委员会裁决为有效，且该仲裁

裁决已发生法律效力，上诉人未提供足以推翻该仲裁裁决的相反证据，因此，该仲裁裁决所确认的事实，当事人无需举证。因此上诉人的上诉理由缺乏事实和法律依据，本院不予支持。综上，原审判决并无不当，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 100 元由上诉人深圳市君威投资发展有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 刘艳军

代理审判员 王丙林

代理审判员 路敏

二〇一五年十二月七日

书记员 王娇

深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司与内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司,内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司梅林分公司不正当竞争纠纷一审民事判决书

深圳市福田区人民法院

民事判决书

(2013)深福法知民初字第 132 号

原告深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司。

法定代表人陶杰。

委托代理人王登春,广东鹏浩律师事务所律师。

委托代理人张新河,男,汉族,该公司职员。

被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司,住所地内蒙古包头市昆区乌兰道 9#。

法定代表人朱宗毅,董事长。

被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司梅林分公司。

负责人李宝芳,总经理。

两被告共同委托代理人元禹,广东融商诚达律师事务所律师。

两被告共同委托代理人杨志宏,广东融商诚达律师事务所律师。

原告深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司诉被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司(以下简称小肥羊公司)、被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司梅林分公司(以下简称梅林分公司)不正当竞争纠纷一案,本院于 2013 年 1 月 24 日立案受理后,两被告在答辩期限内提出管辖权异议,本院依法予以驳回。两被告不服,提起上诉,深圳市中级人民法院以(2013)深中法立民终字第 1037 号民事裁定书驳回被告上诉,维持本院一审裁定。此后,本院依法组成合议庭,于 2013 年 7 月 15 日公开开庭进行了审理。原告委托代理人王登春,两被告共同委托代理人元禹、杨志宏到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告起诉称,被告小肥羊公司在其官方网站(www.littlesheep.com)“资讯中心”栏目设置的“公司新闻”分栏中发布多条关于企业动态的消息,部分涉及企业在各类评比活动中获得的荣誉奖项,网页链接具体内容包括 2011 年 9 月 30 日发布消息《小肥羊获“最受消费者喜爱的连锁餐饮品牌”称号》等 24 项。上述“资讯中心”栏目设置的“媒体报道”分栏中同样刊载了企业在多次评比活动中获奖情况的报道,包括 2008 年 12 月 23 日发布消息《〈内蒙古日报〉:小肥羊打造羊肉第一品牌》。

原告认为,两被告在其经营活动的广告宣传中大量使用“最受欢迎”、“最具影响力”、“最具价值”、“最佳”、“十佳”、“第一品牌”等绝对化用语,该类荣誉内容缺乏客观真实性,误导消费者,违反了《中华人民共和国广告法》第四条、第七条、《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第九条等法律规定,构成虚假宣传,致使消费者容易受其误导,作出偏颇性的品质及价值判断,影响同行从业者的合法经营活动,破坏了公平竞争环境的形成,应当禁止两被告的不正当竞争行为。《国家工商行政管理局关于立即停止发布含有“第一品牌”等内容广告的通知》、《国家工商行政管理局关于停止发布含有乱评比、乱排序等内容广告的通知》、《国家工商行政管理局关于执行〈关于停止发布含有乱评比、乱排序等内容广告的通知〉》等规定,对广告宣传中使用“最”、“最佳”及“第一品牌”等绝对化用语作出了明确的禁止,而两被告却对相关获奖结果大肆宣传,其在“新闻报道”、“媒体报道”中涉及的企业

多项评比结果的内容均属于不合法的广告宣传内容。上述官方网站公布的评比结果缺乏客观公正性，这类评比活动属于行政管理机关明文禁止和取缔的违法活动，但消费者的日常消费活动极易受到相关评比结果的影响，形成误导性的价值评判，进而选择两被告提供的服务。原告与两被告同属于火锅餐饮行业的从业者，面向相同的消费群体且同样在深圳地区开设经营场所，当消费者受到两被告虚假宣传误导选择到两被告经营的餐馆进行消费，影响了原告的经营业绩，消减了火锅消费市场的份额，严重损害了原告的合法权益。鉴于两被告的广告宣传内容违反了《中共中央办公厅、国务院办公厅关于严格控制评比活动有关问题的通知》、

《关于整顿营销信息发布秩序坚决制止乱排序、乱评比行为的通知》规定，同时违反《中华人民共和国广告法》第二条、第三条、第四条以及《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第九条规定，构成不正当竞争，应予禁止。请求判令：两被告立即停止对原告的不正当竞争行为。

被告小肥羊公司辩称：1、我公司提交的证据已充分证明，我公司官方网站发布的有关获得荣誉和奖项的信息均是客观真实的，是有关机构和媒体评比并授予我公司以及关联公司的，并非凭空杜撰，并非虚假宣传。2、原告没有提供任何证据证明上述荣誉和奖项不客观或不真实，没有任何证据证明上述评比结果已被行政主管部门认定为不客观或不公正，也没有任何证据证明上述荣誉和奖项的内容已造成相关消费者的误解。3、我公司提交的证据充分证明，我公司享有“小肥羊”注册商标专用权、知名企业字号权和知名服务的特有名称权，从2001年起即在餐饮行业享有极高的知名度，提供的商品和服务早已被广大消费者所熟知，我公司获得上述荣誉和奖项是实至名归。4、我公司官网发布上述信息客观介绍了我公司获得的荣誉和奖项，还客观、全面介绍了评奖机构、评比过程和同时获奖的其他企业，这些信息是对某一事件或新闻的报道，而不是推销自己的商品和服务，并不属于《中华人民共和国广告法》所称的广告。原告也没有任何证据证明我公司发布的信息已被广告监督管理机构认定构成商业广告或违反广告法规定。5、原告主张我公司违反《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第九条完全不能成立。《最高人民法院知识产权案件年度报告（2010）》指出，凡是法律已经通过特别规定作出穷尽性保护的行为方式，不宜使用反不正当竞争法的一般规定予以管制；《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条系一般性规定，第九条系不正当竞争行为的特别规定，第二条不再适用。6、《最高人民法院知识产权案件年度报告（2009）》指出，《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第一款规定的引入误解的虚假宣传行为，并非都是经营者可以主张民事权利的行为；当事人可以主张民事权利的虚假宣传行为，应当符合经营者之间有竞争关系、有关宣传内容足以造成相关公众误解、对经营者造成了直接损害三个基本条件；对于引人误解和直接损害的后果问题，不能简单地以相关公众可能产生的误导性后果来替代原告对自身受到损害的证明。7、我公司在餐饮行业早已具有极高的知名度，所发布的信息仅是客观介绍自己获得的荣誉和奖项，并未对我公司提供商品和服务的质量作任何引人误解的虚假宣传，根本不会使相关消费者产生任何误解。原告没有任何证据证明我公司发布的上述信息构成虚假宣传且已经足以造成相关公众误解，没有任何证据证明原告经营业绩因此受到负面影响，对原告造成了直接损害。8、由于原告侵害了我公司注册商标专用权、知名服务特有名称权和知名企业的字号权，使我公司遭受直接损失，我公司已在深圳市中级人民法院提起诉讼，已经开庭审理，正等待判决。9、原告的诉讼请求并不具体，要求原告明确具体的诉讼请求，并保留进一步答辩的权利。综上，原告的各项请求无事实和法律依据，根本不能成立，请求驳回其诉讼请求。

被告梅林分公司辩称：原告诉称的不正当竞争行为与我公司毫无关系。

经审理查明，被告小肥羊公司成立于2001年7月11日，经营范围包括餐饮、餐饮连锁业、以特许经营方式从事商业活动等。被告梅林分公司成立于2003年10月28日，经营范围包

括中餐制售（单纯火锅，含凉拌菜，不含其他须特别申报的许可项目），系被告小肥羊公司下属分支机构。

原告成立于 2006 年 6 月 5 日，经营范围包括饮食服务管理（不含饮食业）；投资兴办实业（具体项目另行申报）。

2006 年 10 月 1 日，原告（甲方）与深圳市佳品餐饮有限公司（乙方）签订《知识产权许可使用协议》，约定由甲方许可乙方使用“周一品小肥羊”商号，有效期限自 2006 年 6 月 5 日至 2026 年 6 月 5 日；甲方许可乙方使用“周一品小肥羊”招牌（美术作品）。

2011 年 1 月 7 日，原告股东由深圳市周一品小肥羊餐饮有限公司、唐海军变更为深圳市佳品餐饮有限公司。

深圳市佳品餐饮有限公司于 2006 年 9 月设立龙华分公司，于 2010 年 12 月至 2011 年 8 月分别设立沙坐分公司、罗湖分公司、南山分公司、龙城分公司、松岗分公司、龙园分公司，经营范围均为中餐制售（单纯火锅，不含须特别申报的许可项目）。

原告于 2011 年 11 月分别设立西乡分店、桃园店，经营范围均为中餐制售（单纯火锅）；于 2012 年 1 月设立淡水分公司，经营范围为按粤餐证字（2011）441303000115 号餐饮服务许可证核定的经营范围经营。

2013 年 1 月 11 日，深圳市版权协会根据原告申请，对中文名为小肥羊官方网站（www.littlesheep.com）资讯中心的相关内容进行了电子证据固化操作。上述操作过程显示：小肥羊官方网站（www.littlesheep.com）设置首页、公司概况、资讯中心、餐饮服务、加盟业务、产品业务、餐厅查询、投资者关系栏目，其中资讯中心栏目设置了公司新闻、媒体报道、党政工作分栏目。上述公司新闻分栏目刊载有以下信息：1、

2011 年 9 月 30 日发布《小肥羊获“最受消费者喜爱的连锁餐饮品牌”称号》；2、2011 年 9 月 21 日发布《小肥羊荣获 2011 年度“中国最适宜工作的公司”》；3、2011 年 7 月 26 日发布《小肥羊获评“内蒙古最佳企业公民”称号》；4、2011 年 7 月 19 日发布《小肥羊荣获“中国火锅 50 强”称号》；5、2011 年 3 月 31 日发布《江苏区域小肥羊荣获“2010 年度最受欢迎餐厅 TOP50”称号》；6、2011 年 1 月 17 日发布《小肥羊获 2010 年度天津最受欢迎餐厅》；7、2011 年 1 月 4 日发布《小肥羊获深圳市“最佳年夜饭酒楼”》；8、2010 年 12 月 14 日发布《信息化助推食品安全——小肥羊王建海入围 2010 年最具价值 CIO 榜单》；9、2010 年 12 月 6 日发布《小肥羊荣获全国商业服务业 2008-2009 年度“十佳企业”荣誉称号》；10、2010 年 12 月 3 日发布《小肥羊调味品公司喜获“消费者最喜爱、最放心调味品”奖项》；11、2010 年 11 月 22 日发布《小肥羊于荣获“2010 中国最具影响力食品企业 / 品牌”》；12、2010 年 10 月 14 日发布《小肥羊食品公司荣获“中国食品产业最具成长性企业奖”》；13、2010 年 6 月 29 日发布《小肥羊第六次入围〈中国 500 最具价值品牌〉排行榜》；14、2010 年 6 月 13 日发布《小肥羊荣获“全国食品质量消费者放心品牌”称号》；15、2010 年 4 月 26 日发布《小肥羊第四次获选相关消费者最喜爱的火锅店》；16、2010 年 2 月 20 日发布《小肥羊洪山体育馆路店荣获“2009 武汉 50 家最受欢迎餐馆”称号》；17、2010 年 1 月 26 日发布《小肥羊荣获“九大风味”新浪网友最喜爱的餐厅称号》；18、2010 年 1 月 13 日发布《小肥羊荣登上海“2009 年度最受欢迎餐厅 TOP50”

榜单》；19、2009 年 11 月 24 日发布《小肥羊入选“2009 年最具成长性新上市公司 50 强”》；20、2009 年 6 月 17 日发布《小肥羊再次入围中国最具价值 500 品牌》；21、2009 年 4 月 21 日发布《小肥羊获内蒙古“最佳餐饮连锁企业奖”》；22、2009 年 3 月 27 日发布《小肥羊在京喜获“改革开放 30 年标杆餐厅”、“最受消费者欢迎的十佳餐厅”》；23、2009 年 3 月 20 日发布《小肥羊获选香港消费者喜爱的火锅店》；24、2008 年 12 月 11 日发布《小肥羊喜获“首次公开发行最佳投资者关系奖”》。上述媒体报道分栏目刊载了 2008 年 12 月 23 日发布的信息《内蒙古日报：小肥羊打造羊肉第一品牌》。

被告小肥羊公司确认其官方网站发布了上述信息，但认为上述信息内容属实，源于各机构、媒体的评比奖项以及报道。被告小肥羊公司就其主张向本院提交了以下证据：1、就上述第 1 项信息提交了凤凰网有关小肥羊获“最受消费者喜爱的连锁餐饮品牌”称号的报道；2、就上述第 2 项信息提交了《财富》中文版等单位颁发的有关小肥羊公司荣获“2011 年卓越雇主-中国最适宜工作的公司”称号的奖牌；3、就上述第 3 项信息提交了中国网有关小肥羊获评“内蒙古最佳企业公民”称号的报道；4、就上述第 4 项信息提交了中国饭店协会颁发的有关小肥羊公司荣获“2011 中国火锅品牌 50 强企业”的奖牌；5、就上述第 5 项信息提交了大众点评网有关小肥羊入围“大众点评网南京食尚盛典 2010 年度最受欢迎餐厅前 50 名”的报道；6、就上述第 6 项信息提交了大众点评网有关小肥羊入围“大众点评网天津食尚盛典 2010 年度最受欢迎餐厅前 50 名”的报道；7、就上述第 7 项信息提交了《深圳特区报》多媒体数字版有关小肥羊入围“最佳年夜饭酒楼”的报道；8、就上述第 8 项信息提交了中国信息产业网有关“小肥羊王建海入围 2010 年最具价值 CIO 榜单”的报道；9、就上述第 9 项信息提交了中国肉业网有关小肥羊荣获全国商业服务业 2008-2009 年度“十佳企业荣誉称号”的报道；10、就上述第 10 项信息提交了食品商务网有关小肥羊入围“2010 消费者最喜爱、最放心调味品品牌”的报道；11、就上述第 11 项信息提交了中国食品博览会组委会办公室等单位颁发的有关小肥羊公司荣获“中国最具影响力食品企业 / 品牌”的荣誉证书；12、就上述第 12 项信息提交了中国经济网有关小肥羊食品荣获“中国食品产业最具成长性企业奖”的报道；13、就上述第 13 项信息提交了新民网有关小肥羊第六次入围中国 500 最具价值品牌排行榜的报道；14、就上述第 14 项信息提交了新华网等单位颁发的“全国食品质量消费者放心品牌”奖牌；15、就上述第 15 项信息提交了有关小肥羊火锅获评“2010 我最喜爱食肆”的证书；16、就上述第 16 项信息提交了得意生活网站有关小肥羊洪山体育馆路店荣获“武汉最受欢迎 50 家餐馆”的报道；17、就上述第 15 项信息提交了新浪网有关小肥羊入围网友最爱九大风味餐厅的报道；18、就上述第 18 项信息提交了大众点评网有关小肥羊入围上海“2009 年度最受

欢迎餐厅 TOP50”的报道；19、就上述第 19 项信息提交了创业家杂志颁发的“2009 年最具成长性新上市公司 50 强”证书；20、就上述第 20 项信息提交了世界品牌实验室等单位颁发的中国最具价值 500 品牌证书；21、就上述第 15 项信息提交了内蒙古自治区餐饮与饭店行业协会颁发的有关小肥羊公司荣获 2008 年度“最佳餐饮连锁企业”的荣誉证书；22、就上述第 22 项信息提交了饭统网有关小肥羊入围“改革开放 30 年北京餐饮最影响力”、“2008-2009 年度北京最受消费者欢迎的十佳餐厅”的报道；23、就上述第 23 项信息提交了有关小肥羊火锅获评“2009 我最喜爱食肆”的证书；24、就上述媒体报道分栏目刊载信息提交了有关内蒙古日报数字报刊有关《小肥羊打造羊肉第一品牌》的报道。

被告另向本院提交了最高人民法院（2011）知行初字第 77 号行政裁定书、北京市高级人民法院（2011）高行终字第 1065 号行政裁定书以及北京市高级人民法院（2006）高行终字第 92 号行政裁定书。上述行政裁定书显示：1、小肥羊公司使用的“小肥羊”服务名称最早于 2001 年 1 月 22 日前已经成为知名服务的特有名称，小肥羊公司经过长期使用“小肥羊”并使该名称成为知名服务的特有名称，相关公众通过该名称已经能够识别其商品来源，小肥羊公司的“小肥羊”知名服务的特有名称属于应予保护的合法权益。2、小肥羊公司“小肥羊”商号权应依法保护。3、小肥羊公司于 2001 年 12 月 18 日申请注册第 3043421 号“小肥羊及图”组合商标，获得国家商标行政管理部门核准。

庭审时，本院当庭登录被告小肥羊公司官方网站（www.littlesheep.com），该网站设置品牌特色、美味菜单、餐厅查询、会员积分、优惠专区、新闻中心、联系我们栏目，点击新闻中心，页面右侧显示新闻列表，其新闻内容中包含以下两条新闻信息：1、小肥羊荣获 2011 年度中国最适宜工作的公司。该信息与原告申请取证的第 2 项信息内容相同。2、小肥羊荣获“中国火锅 50 强”称号。该信息与原告申请取证的第 4 项信息内容相同。原告申请深圳市版权协会取证的其他信息内容，已经从被控侵权网站中删除。

上述事实，有工商登记信息、电子证据固化报告、荣誉证书、媒体报道、行政裁定书及庭审笔录等证据证实。

本院认为，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》规定，经营者在市场交易中，应当遵循诚实信用的原则，遵守公认的商业道德；经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。本案中，原告主张两被告存在虚假宣传的不正当竞争行为，依法应就以下事实承担举证责任：1、原告与两被告之间具有竞争关系；2、涉案宣传内容足以造成相关公众误解；3、原告因涉案宣传内容遭受直接损害。

关于原告与两被告之间是否具有竞争关系的问题。涉案工商登记信息显示，原告与两被告经营范围均涉及餐饮服务行业，可以认定双方之间具有直接竞争关系，原告有权提起本案诉讼。关于涉案宣传内容是否足以造成相关公众误解的问题。根据本院查明事实，被告小肥羊公司在其官方网站（www.littlesheep.com）资讯中心栏目下的公司新闻、媒体报道分栏目刊载了 25 项信息。对上述信息内容是否足以造成相关公众误解，本院分析如下：首先，就第 24 项《小肥羊喜获“首次公开发行最佳投资者关系奖”》之外的其他信息内容，被告小肥羊公司均向本院提交了有关媒体报道、奖牌等证据，并非其虚构而来。根据被告小肥羊公司提交的证据，结合火锅餐饮消费者的日常生活经验，可以确认被告小肥羊公司提供的火锅餐饮服务在国内同行业中属于规模较大、经营状况较好的一家。涉案信息内容中使用的“最具影响力”、“最具成长性”、“最具价值”、“最受欢迎”、“最佳”等用语，具有媒体报道、奖牌等使用依据，可以理解为被告小肥羊公司对自己所获荣誉、奖项及其在同行业地位的客观描述，

并不存在不适当提高自己服务状况的同时贬低其他同业经营者服务的情形。其次，被告小肥羊公司仅将涉案信息内容发布于自己官方网站上，并未将其作为普通商业广告进行宣传，普通消费者只有登录上述官方网站并阅读其信息内容才可能受到影响。上述信息内容对普通消费者决定其消费行为而言影响有限。退一步考虑，即使被告小肥羊公司在涉案信息内容中使用“最具影响力”、“最具成长性”、“最具价值”、“最受欢迎”、“最佳”等用语违反管理规定，亦应由有关行政主管部门处理，并不影响本院对涉案信息内容是否造成相关公众误解进行认定。再次，被告小肥羊公司虽未就第 24 项信息《小肥羊喜获“首次公开发行最佳投资者关系奖”》提供证据，但该信息内容仅涉及被告小肥羊公司上市的相关信息，与是否会导致相关公众误解缺乏必要的关联性。综合考虑上述理由，可以认定被告小肥羊公司在其官方网站发布的涉案信息内容不足以造成相关公众误解。

关于原告是否因涉案宣传内容遭受实际损失的问题，原告并未举证证明其因被告小肥羊公司在其官方网站发布的涉案信息遭受直接损害，应依法承担举证不能的法律后果。

综上，原告指控被告小肥羊公司存在引人误解的虚假宣传行为，依据不足，理由不充分，本院不予支持。被控侵权信息内容系被告小肥羊公司在其官方网站发布，本案并无证据证明被告梅林分公司参与实施原告所指控的引人误解的虚假宣传行为，原告诉请被告梅林分公司承担法律责任，缺乏事实和法律依据，本院亦不予支持。

综上，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第九条、《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条第三款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

驳回原告深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司的诉讼请求。

本案案件受理费 100 元（已由原告预交），由原告负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省深圳市中级人民法院，并应在收到预交上诉费通知次日起七日内向该法院预交上诉案件受理费。逾期不预交的，按自动撤回上诉处理。

审判长 周立雄

人民陪审员 韩光明

人民陪审员 李宏新

二〇一三年七月三十一日

书记员 原野

深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司与内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司不正当竞争纠纷二审民事判决书

深圳市中级人民法院

民事判决书

(2013)深中法知民终字第 1035 号

上诉人(原审原告)深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司。

法定代表人陶杰。

委托代理人李日彪, 该公司法务专员。

被上诉人(原审被告)内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司。

法定代表人朱宗毅, 董事长。

委托代理人亓禹, 广东融商诚达律师事务所律师。

委托代理人杨志宏, 广东融商诚达律师事务所律师。

原审被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司梅林分公司。

代表人李宝芳, 总经理。

委托代理人亓禹, 广东融商诚达律师事务所律师。

委托代理人杨志宏, 广东融商诚达律师事务所律师。

上诉人深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司因与被上诉人内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司、原审被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司梅林分公司虚假宣传纠纷一案, 不服深圳市福田区人民法院(2013)深福法知民初字第 132 号民事判决, 向本院提起上诉。本院受理后, 依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明, 被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司(以下简称小肥羊公司)成立于 2001 年 7 月 11 日, 经营范围包括餐饮、餐饮连锁业、以特许经营方式从事商业活动等。被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司梅林分公司(以下简称梅林分公司)成立于 2003 年 10 月 28 日, 经营范围包括中餐制售(单纯火锅, 含凉拌菜, 不含其他须特别申报的许可项目), 系被告小肥羊公司下属分支机构。

原告成立于 2006 年 6 月 5 日, 经营范围包括饮食服务管理(不含饮食业); 投资兴办实业(具体项目另行申报)。

2006 年 10 月 1 日, 原告(甲方)与深圳市佳品餐饮有限公司(乙方)签订《知识产权许可使用协议》, 约定由甲方许可乙方使用“周一品小肥羊”商号, 有效期限自 2006 年 6 月 5 日至 2026 年 6 月 5 日; 甲方许可乙方使用“周一品小肥羊”招牌(美术作品)。

2011 年 1 月 7 日, 原告股东由深圳市周一品小肥羊餐饮有限公司、唐海军变更为深圳市佳品餐饮有限公司。

深圳市佳品餐饮有限公司于 2006 年 9 月设立龙华分公司, 于 2010 年 12 月至 2011 年 8 月分别设立沙坵分公司、罗湖分公司、南山分公司、龙城分公司、松岗分公司、龙园分公司, 经营范围均为中餐制售(单纯火锅, 不含须特别申报的许可项目)。

原告于 2011 年 11 月分别设立西乡分店、桃园店, 经营范围均为中餐制售(单纯火锅); 于 2012 年 1 月设立淡水分公司, 经营范围为按粤餐证字(2011)441303000115 号餐饮服务许可证核定的经营范围经营。

2013 年 1 月 11 日, 深圳市版权协会根据原告申请, 对中文名为小肥羊官方网站(www.littlesheep.com)资讯中心的相关内容进行了电子证据固化操作。上述操作过程显示: 小肥羊官方网站(www.littlesheep.com)设置首页、公司概况、资讯中心、餐饮服务、加盟业务、产品业务、餐厅查询、投资者关系栏目, 其中资讯中心栏目设置了公司新闻、媒

体报道、党政工作分栏目。上述公司新闻分栏目刊载有以下信息：1、2011 年 9 月 30 日发布《小肥羊获“最受消费者喜爱的连锁餐饮品牌”称号》；2、2011 年 9 月 21 日发布《小肥羊荣获 2011 年度“中国最适宜工作的公司”》；3、2011 年 7 月 26 日发布《小肥羊获评“内蒙古最佳企业公民”称号》；4、2011 年 7 月 19 日发布《小肥羊荣获“中国火锅 50 强”称号》；5、2011 年 3 月 31 日发布《江苏区域小肥羊荣获“2010 年度最受欢迎餐厅 TOP50”称号》；6、2011 年 1 月 17 日发布《小肥羊获 2010 年度天津最受欢迎餐厅》；7、2011 年 1 月 4 日发布《小肥羊获深圳市“最佳年夜饭酒楼”》；8、2010 年 12 月 14 日发布《信息化助推食品安全—小肥羊王建海入围 2010 年最具价值 CIO 榜单》；9、2010 年 12 月 6 日发布《小肥羊荣获全国商业服务业 2008-2009 年度“十佳企业”荣誉称号》；10、2010 年 12 月 3 日发布《小肥羊调味品公司喜获“消费者最喜爱、最放心调味品”奖项》；11、2010 年 11 月 22 日发布《小肥羊于荣获“2010 中国最具影响力食品企业 / 品牌”》；12、2010 年 10 月 14 日发布《小肥羊食品公司荣获“中国食品产业最具成长性企业奖”》；13、2010 年 6 月 29 日发布《小肥羊第六次入围 < 中国 500 最具价值品牌 > 排行榜》；14、2010 年 6 月 13 日发布《小肥羊荣获“全国食品质量消费者放心品牌”称号》；15、2010 年 4 月 26 日发布《小肥羊第四次获选相关消费者最喜爱的火锅店》；16、2010 年 2 月 20 日发布《小肥羊洪山体育馆路店荣获“2009 武汉 50 家最受欢迎餐馆”称号》；17、2010 年 1 月 26 日发布《小肥羊荣获“九大风味”新浪网友最喜爱的餐厅称号》；18、2010 年 1 月 13 日发布《小肥羊荣登上海“2009 年度最受欢迎餐厅 TOP50”榜单》；19、2009 年 11 月 24 日发布《小肥羊入选“2009 年最具成长性新上市公司 50 强”》；20、2009 年 6 月 17 日发布《小肥羊再次入围中国最具价值 500 品牌》；21、2009 年 4 月 21 日发布《小肥羊获内蒙古“最佳餐饮连锁企业奖”》；22、2009 年 3 月 27 日发布《小肥羊在京喜获“改革开放 30 年标杆餐厅”、“最受消费者欢迎的十佳餐厅”》；23、2009 年 3 月 20 日发布《小肥羊获选香港消费者喜爱的火锅店》；24、2008 年 12 月 11 日发布《小肥羊喜获“首次公开发行最佳投资者关系奖”》。上述媒体报道分栏目刊载了 2008 年 12 月 23 日发布的信息《内蒙古日报：小肥羊打造羊肉第一品牌》。被告小肥羊公司确认其官方网站发布了上述信息，但认为上述信息内容属实，源于各机构、媒体的评比奖项以及报道。

被告小肥羊公司就其主张向原审法院提交了以下证据：1、就上述第 1 项信息提交了凤凰网有关小肥羊获“最受消费者喜爱的连锁餐饮品牌”称号的报道；2、就上述第 2 项信息提交了《财富》中文版等单位颁发的有关小肥羊公司荣获“2011 年卓越雇主-中国最适宜工作的公司”称号的奖牌；3、就上述第 3 项信息提交了中国网有关小肥羊获评“内蒙古最佳企业公民”称号的报道；4、就上述第 4 项信息提交了中国饭店协会颁发的有关小肥羊公司荣获“2011 中国火锅品牌 50 强企业”的奖牌；5、就上述第 5 项信息提交了大众点评网有关小肥羊入围“大众点评网南京食尚盛典 2010 年度最受欢迎餐厅前 50 名”的报道；6、就上述第 6 项信息提交了大众点评网有关小肥羊入围“大众点评网天津食尚盛典 2010 年度最受欢迎餐厅前 50 名”的报道；7、就上述第 7 项信息提交了《深圳特区报》多媒体数字版有关小肥羊入围“最佳年夜饭酒楼”的报道；8、就上述第 8 项信息提交了中国信息产业网有关“小肥羊王建海入围 2010 年最具价值 CIO 榜单”的报道；9、就上述第 9 项信息提交了中国肉业网有关小肥羊荣获全国商业服务业 2008-2009 年度“十佳企业荣誉称号”的报道；10、就上述第 10 项信息提交了食品商务网有关小肥羊入围“2010 消费者最喜爱、最放心调味品品牌”的报道；11、就上述第 11 项信息提交了中国食品博览会组委会办公室等单位颁发的有关小肥羊公司荣获“中国最具影响力食品企业 / 品牌”的荣誉证书；12、就上述第 12 项信息提交了中国新闻网有关小肥羊食品荣获“中国食品产业最具成长性企业奖”的报道；13、就上述第 13 项信息提交了中国新闻网有关小肥羊第六次入围中国 500 最具价值品牌排行榜的报道；14、就上述第 14 项信息提交了新华网等单位颁发的“全国食品质量消费者放心品牌”奖牌；

15、就上述第 15 项信息提交了有关小肥羊火锅获评“2010 我最喜爱食肆”的证书；16、就上述第 16 项信息提交了得意生活网站有关小肥羊洪山体育馆路店荣获“武汉最受欢迎 50 家餐馆”的报道；17、就上述第 15 项信息提交了新浪网有关小肥羊入围网友最爱九大风味餐厅的报道；18、就上述第 18 项信息提交了大众点评网有关小肥羊入围上海“2009 年度最受欢迎餐厅 TOP50”的报道；19、就上述第 19 项信息提交了创业家杂志颁发的“2009 年最具成长性新上市公司 50 强”证书；20、就上述第 20 项信息提交了世界品牌实验室等单位颁发的中国最具价值 500 品牌证书；21、就上述第 15 项信息提交了内蒙古自治区餐饮与饭店行业协会颁发的有关小肥羊公司荣获 2008 年度“最佳餐饮连锁企业”的荣誉证书；22、就上述第 22 项信息提交了饭统网有关小肥羊入围“改革开放 30 年北京餐饮最影响力的标杆餐厅”、“2008-2009 年度北京最受消费者欢迎的十佳餐厅”的报道；23、就上述第 23 项信息提交了有关小肥羊火锅获评“2009 我最喜爱食肆”的证书；24、就上述媒体报道分栏目刊载信息提交了有关内蒙古日报数字报刊有关《小肥羊打造羊肉第一品牌》的报道。

被告另向原审法院提交了最高人民法院（2011）知行初字第 77 号行政裁定书、北京市高级人民法院（2011）高行终字第 1065 号行政裁定书以及北京市高级人民法院（2006）高行终字第 92 号行政裁定书。上述行政裁定书显示：1、小肥羊公司使用的“小肥羊”服务名称最早于 2001 年 1 月 22 日前已经成为知名服务的特有名称，小肥羊公司经过长期使用“小肥羊”并使该名称成为知名服务的特有名称，相关公众通过该名称已经能够识别其商品来源，小肥羊公司的“小肥羊”知名服务的特有名称属于应予保护的合法权益。2、小肥羊公司“小肥羊”商号权应依法保护。3、小肥羊公司于 2001 年 12 月 18 日申请注册第 3043421 号“小肥羊及图”组合商标，获得国家商标行政管理部门核准。

庭审时，原审法院当庭登录被告小肥羊公司官方网站（www.littlesheep.com），该网站设置品牌特色、美味菜单、餐厅查询、会员积分、优惠专区、新闻中心、联系我们栏目，点击新闻中心，页面右侧显示新闻列表，其新闻内容中包含以下两条新闻信息：1、小肥羊荣获 2011 年度中国最适宜工作的公司。该信息与原告申请取证的第 2 项信息内容相同。2、小肥羊荣获“中国火锅 50 强”称号。该信息与原告申请取证的第 4 项信息内容相同。原告申请深圳市版权协会取证的其他信息内容，已经从被控侵权网站中删除。

上述事实，有工商登记信息、电子证据固化报告、荣誉证书、媒体报道、行政裁定书及庭审笔录等证据证实。

原审法院认为，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》规定，经营者在市场交易中，应当遵循诚实信用的原则，遵守公认的商业道德；经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。本案中，原告主张两被告存在虚假宣传的不正当竞争行为，依法应就以下事实承担举证责任：1、原告与两被告之间具有竞争关系；2、涉案宣传内容足以造成相关公众误解；3、原告因涉案宣传内容遭受直接损害。

关于原告与两被告之间是否具有竞争关系的问题。涉案工商登记信息显示，原告与两被告经营范围均涉及餐饮服务行业，可以认定双方之间具有直接竞争关系，原告有权提起本案诉讼。关于涉案宣传内容是否足以造成相关公众误解的问题。根据原审法院查明事实，被告小肥羊公司在其官方网站（www.littlesheep.com）资讯中心栏目下的公司新闻、媒体报道分栏目刊载了 25 项信息。对上述信息内容是否足以造成相关公众误解，原审法院分析如下：首先，就第 24 项《小肥羊喜获“首次公开发行业最佳投资者关系奖”》之外的其他信息内容，被告小肥羊公司均向原审法院提交了有关媒体报道、奖牌等证据，并非其虚构而来。根据被告小肥羊公司提交的证据，结合火锅餐饮消费者的日常生活经验，可以确认被告小肥羊公司提供的火锅餐饮服务在国内同行业中属于规模较大、经营状况较好的一家。涉案信息内容中使用的“最具影响力”、“最具成长性”、“最具价值”、“最受欢迎”、“最佳”等用语，具有媒体报道、

奖牌等使用依据，可以理解为被告小肥羊公司对自己所获荣誉、奖项及其在同行业地位的客观描述，并不存在不适当提高自己服务状况的同时贬低其他同业经营者服务的情形。其次，被告小肥羊公司仅将涉案信息内容发布于自己官方网站上，并未将其作为普通商业广告进行宣传，普通消费者只有登录上述官方网站并阅读其信息内容才可能受到影响。上述信息内容对普通消费者决定其消费行为而言影响有限。退一步考虑，即使被告小肥羊公司在涉案信息内容中使用“最具影响力”、“最具成长性”、“最具价值”、“最受欢迎”、“最佳”等用语违反管理规定，亦应由有关行政主管部门处理，并不影响原审法院对涉案信息内容是否造成相关公众误解进行认定。再次，被告小肥羊公司虽未就第 24 项信息《小肥羊喜获“首次公开发行最佳投资者关系奖”》提供证据，但该信息内容仅涉及被告小肥羊公司上市的相关信息，与是否会导致相关公众误解缺乏必要的关联性。综合考虑上述理由，可以认定被告小肥羊公司在其官方网站发布的涉案信息内容不足以造成相关公众误解。

关于原告是否因涉案宣传内容遭受实际损失的问题，原告并未举证证明其因被告小肥羊公司在其官方网站发布的涉案信息遭受直接损害，应依法承担举证不能的法律后果。

综上，原告指控被告小肥羊公司存在引人误解的虚假宣传行为，依据不足，理由不充分，原审法院不予支持。被控侵权信息内容系被告小肥羊公司在其官方网站发布，本案并无证据证明被告梅林分公司参与实施原告所指控的引人误解的虚假宣传行为，原告诉请被告梅林分公司承担法律责任，缺乏事实和法律依据，原审法院亦不予支持。综上，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第九条、《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条第三款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：驳回原告深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司的诉讼请求。本案案件受理费 100 元（已由原告预交），由原告负担。

原审宣判后，深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司不服原审判决，向本院提出上诉，请求撤销原审判决，改判支持上诉人的原审诉讼请求。

上诉人深圳市周一品小肥羊餐饮连锁管理有限公司的上诉理由如下：

一、被上诉人用以证明其宣传所述事实提供的证据是网络、报纸媒体的报道，网站、报纸、杂志等媒体颁发的荣誉，网站做出的评选等。上述荣誉、奖项，一方面缺乏证明力强、有权威性的证据，另外一方面评选荣誉的网站、杂志、报纸等机构均不具有评比资格，其所作的评选也是法律法规多次明文禁止的。被上诉人未能对其使用“最具影响力”、“最具成长性”、“最具价值”、“最受欢迎”、“最佳”、“第一品牌”等绝对化用语的宣传行为提供充足证据，被上诉人的行为已经构成虚假宣传。一审法院在已经查明“被告（被上诉人）小肥羊公司提供的火锅餐饮服务在国内同行业中属于规模较大、经营状况较好的一家”的事实基础上，还认定被上诉人使用在行业内具有领导地位的绝对化用语宣传是“小肥羊公司是对自己所获荣誉、奖项及在同行业地位的客观描述”，属于认定的基本事实有误。

二、被上诉人在其对外宣传中用了 20 多处的最高级用语，其非法虚假宣传抬高自己市场地位的同时，也是以间接方式对同行业的经营者进行了贬低，此举不可避免的导致消费公众的误解，损害同行业竞争者的利益。上诉人所遭受的直接损失与被上诉人的虚假宣传行为具有直接的因果关系，此种因果关系根据一般日常生活经验法则推定即可，上诉人也无须提供直接损失的证据。一审判决中适用“三个基本条件”要求被上诉人举证直接损失明显不合理。三、网络作为重要宣传方式的平台，同时被上诉人的官方网站是其进行广告宣传的一个重要平台，所面向的消费者数量是相当庞大的，而一审法院不顾此事实，认定涉案信息内容对消费者影响有限，而不会造成消费公众误解的事实明显是错误的。

四、被上诉人使用《小肥羊喜获“首次公开发行最佳投资者关系奖”》的荣誉，不可避免的引起相关公众对被上诉人产生积极肯定的判断，从而影响相关公众的消费行为，对同行业的

经营者也产生一定的影响。被上诉人亦未提供其宣传事实的来源，故被上诉人使用该项虚假信息的行为明显构成对上诉人的不正当竞争行为，一审法院对此认定事实有误。

被上诉人内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司答辩称，一、被上诉人在其官方网站上发布的有关被上诉人获得的荣誉和奖项的信息均具有客观真实的来源，并非虚假宣传。被上诉人在这些信息中除介绍自己获得的荣誉和奖项外，还客观全面地介绍了评奖机构、评奖过程和同时获奖的其他企业，没有仅仅片面使用绝对化用语，相关公众不会因此产生误解。上诉人也没有任何证据证明被上诉人发布的上述信息已被广告监督机关认定构成商业广告或违反广告法的规定。被上诉人享有“小肥羊”注册商标专用权、知名企业的字号权和知名服务的特有名称权，从 2001 年起即在餐饮行业享有极高知名度，被上诉人获得上述荣誉和奖项也是实至名归的。上诉人没有证据证明上述评比结果已被行政部门认定为不客观或不公正，也没有证据证明被上诉人没有客观描述情况或存在片面不实的宣传导致相关公众产生误解。二、上诉人既未能证明被上诉人发布的上述信息构成虚假宣传并足以造成相关公众误解，也未能证明其经营业绩因此受到负面影响。原审判决适用“三个基本条件”作为判断不正当竞争行为是否成立的要件是正确的。三、被上诉人只是在官方网站上发布信息，并未将其作为普通商业广告进行广泛宣传，故这些信息的内容对普通消费者决定其消费行为而言，影响是有限的。至于涉及被上诉人母公司上市的信息，既不涉及被上诉人的服务和商品，也不是虚假宣传，不会对消费者决定消费行为产生影响，更不会对上诉人造成直接损害。综上，被上诉人认为原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

原审被告内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司梅林分公司述称，其意见与被上诉人相同。

经二审审理查明：原审查明事实属实，本院予以确认。另查明，原审原告诉讼请求如下：请求判令两被告立即停止对原告的不正当竞争行为。

本院认为：上诉人依据反不正当竞争法第九条第一款的规定，指控两被上诉人实施了虚假宣传行为，为此主要提交了深圳市版权协会出具的电子证据固化报告。被上诉人小肥羊公司对该电子固化报告的真实性的真实性没有异议。双方主要争议焦点在于被上诉人小肥羊公司的涉案宣传行为是否构成法律规定的虚假宣传行为。被上诉人小肥羊公司认为涉案的 24 项宣传信息均是真实的，不是虚假广告，也不会误导相关公众。对此，上诉人在二审调查时，确认被上诉人的宣传信息本身是真实、有来源的，但以部分宣传信息存在绝对化用语为由主张构成误导相关公众的虚假宣传行为。就此，本院认为，反不正当竞争法第九条第一款所规制的虚假宣传行为，核心要件在于是否引人误解，即相关公众是否会受到所涉宣传信息的误导。经查，被上诉人小肥羊公司在使用涉案宣传信息时，系直接引用自己所获得的荣誉和奖项，并未对荣誉、奖项本身的称谓作出任何修改，宣传信息本身是真实的。被上诉人小肥羊公司在使用涉案宣传信息时，还表明了相关的评奖机构以及评奖过程，有的还列明了同时入选的其他企业。相关公众经完整浏览包括涉案宣传信息在内的涉案宣传文章全文，可以全面了解相关的荣誉、奖项的来源并对其公信力、美誉度等作出理性评价。上诉人主张涉案宣传信息会误导相关公众，理由并不充分，本院不予采信。原审法院结合上诉人未能举证其合法市场份额因被上诉人的涉案宣传行为而受到不当损害等因素，驳回上诉人的全部诉讼请求，并未失当，本院依法予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

上诉费人民币 100 元，由上诉人负担。

本判决为终审判决。

审判长 史仲凯
代理审判员 江剑军
代理审判员 李洋
二〇一四年六月九日
书记员 卓春宇（兼）

宋凤来与李咏青股权转让纠纷一审民事判决书

北京市丰台区人民法院

民事判决书

(2016)京 0106 民初 14776 号

原告：宋凤来（公民身份号码：×××），男，1981 年 10 月 7 日出生，北京德弘天成咨询有限公司工程师，住北京市朝阳区。

委托诉讼代理人：于扬舟，北京市盈科律师事务所律师。

被告：李咏青（公民身份号码：×××），女，1970 年 9 月 30 日出生，北京耐威科技股份有限公司会计，住北京市丰台区。

委托诉讼代理人：常毅，北京市中伦律师事务所律师。

第三人：北京耐威科技股份有限公司（统一社会信用代码：×××），住所地北京市西城区裕民路 18 号北环中心 A 座 2607 室（德胜园区）。

法定代表人：杨云春，董事长。

委托诉讼代理人：刘万新，北京德和衡（济南）律师事务所律师。

原告宋凤来与被告李咏青、第三人北京耐威科技股份有限公司（以下简称耐威公司）股权转让纠纷一案，本院立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告宋凤来及其委托诉讼代理人于扬舟、被告李咏青及其委托诉讼代理人常毅、第三人耐威公司的委托诉讼代理人刘万新到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告宋凤来向本院提出诉讼请求：1. 请求法院判令宋凤来与李咏青于 2015 年 5 月 4 日签订的《协议书》合法有效；2. 请求判令李咏青将其持有的耐威公司 50000 股股权登记至宋凤来名下，耐威公司予以协助；3. 诉讼费由被告承担。事实和理由：2015 年 5 月 4 日，李咏青委托同为耐威公司的股东兼高管丁新春与宋凤来签订《协议书》，约定：李咏青向宋凤来转让耐威公司 5 万股的股份，转让价款为每股 1 元，并约定，废除双方之前签署的所有有关耐威公司的股权转让协议。合同签订后，李咏青并未将股权变更至宋凤来名下。且，争议股权系耐威公司未公开发行前之股份，本案股权转让协议的签订系经耐威公司授意李咏青与宋凤来签订，耐威公司与本案具有法律上直接的利害关系，亦需承担相关责任和义务。宋凤来认为，双方签订的《协议书》合法有效，对双方均产生约束力，且宋凤来已履行合同义务，支付合同对价，故诉至法院。

被告李咏青辩称，不同意宋凤来的诉讼请求，理由如下：第一，宋凤来与李咏青之间是股份代持关系，宋凤来提交的《协议书》并非李咏青的真实意思表示，李咏青对此并不知情；第二，李咏青委托丁新春办理的是股份转让及持股协议和股东开户事宜，丁新春超过代理权限签署协议书，以不合理的低价处理李咏青的股权，并未告知李咏青，李咏青亦未追认，宋凤来在可能明知的情况下受让股权存在恶意，应当承担相应法律责任；第三，李咏青在确定耐威公司将要上市的情况下不可能以低价转让股权，协议书约定的内容显然违背常理；第四，宋凤来一直未向李咏青支付 5 万元股权款项，在李咏青就双方签订的股权转让协议提起仲裁申请之后才支付。

第三人耐威公司述称，宋凤来与李咏青公司之间是股权转让纠纷，现在耐威公司是上市公司，股权变更不需要公司办理手续，耐威公司会进行配合。

宋凤来向本院提交了以下证据：

证据 1. 协议书，证明协议书依法成立，是双方真实意思表示，合法有效，对双方均有约束力。

证据 2. 委托书，证明丁新春作为李咏青的受托人与宋凤来签订《协议书》，李咏青作为委托人应承担相应的法律后果。

证据 3. 汇款凭证，证明宋凤来向李咏青支付股权价款的事实。

证据 4. 工资凭证，证明因耐威公司一年中经常拖延发放工资导致宋凤来不能为岳父支付医疗费。

证据 5. 诊断书，证明宋凤来岳父被诊断为癌症，因需要费用被迫离职。

证据 6. 证明，证明宋凤来因办理离职手续被迫与李咏青签订《股权转让及委托持股协议》。李咏青向本院提交了以下证据：

证据 1. 股份转让及委托持股协议、股权转让款收据，证明宋凤来与李咏青之间真实的法律关系为该协议体现的法律关系。

证据 2. 开庭通知，证明宋凤来与李咏青的股权转让协议正由中国国际经济贸易仲裁委员会进行审理。

证据 3. 《国信证券股份有限公司关于耐威公司首次公开发行并在创业板上市恢复审核的申请》，证明宋凤来系因公司经营困难向李咏青转让股权。

证据 4. 媒体报道文章、证监会《关于核准耐威公司首次公开发行股票批复》、深圳证券交易所《关于耐威公司人民币普通股股票在创业板上市的通知》、登记证明，证明 2015 年 4 月 23 日耐威公司经证监会确定将于 2015 年 5 月 14 日以发行价 14.01 元上市，李咏青不可能以 1 元不合理价格处置其股权。

证据 5. 委托书，证明委托书系宋凤来手写后发给李咏青，要求李咏青起草并签署，存在恶意。

第三人未向本院提交证据。

经本院庭审质证，李咏青对宋凤来提交的证据 2 委托书、证据 3 汇款凭证、证据 4 中工资凭证、证据 6 证明的真实性认可，耐威公司认为证据 2 委托书、证据 3 汇款凭证与其无关，对证据 4 工资凭证、证据 6 证明的真实性认可，宋凤来、耐威公司对李咏青提供的全部证据的真实性认可，本院对上述证据的真实性予以确认，对证据的证明目的将结合本案查明的事实予以综合认定。对当事人有争议且与本案争议焦点有关的证据，本院认定如下：

1. 针对宋凤来提交的证据 1 协议书，李咏青对真实性无法确认，认为并非其真实意思表示，对其不具有约束力。耐威公司认为该证据与其无关。本院认为，协议书的效力认定系本案的争议焦点，本院将结合其他证据及查明的事实对该证据是否采信另行论述。

2. 针对宋凤来提交的证据 5 诊断证明，李咏青、耐威公司均对其真实性不予认可。本院认为，该证据系书证，应当提供原件，现宋凤来未向本院提供原件，亦未能证明其与本案存在关联性，故对该证据的证明效力不予确认。

根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：2013 年 11 月 11 日，李咏青（甲方）与宋凤来（乙方）签订《股份转让及委托持股协议》，就甲方受让乙方持有耐威公司股份并委托乙方持有耐威公司股份事宜达成协议如下：第一条：股份转让及股份转让价款的支付：1.01 乙方同意将其持有的耐威公司股份 6.9997 万股转让给甲方，转让价款为 76160 元，甲方同意按前述条件受让乙方持有耐威公司股份 6.9997 万股，甲方同意将该等其从乙方处受让的耐威公司股份委托乙方持有；1.02 甲方应于本协议签订后五个工作日内，将本协议约定的股权转让价款支付至乙方书面指定的银行账户或以现金方式支付给乙方，甲方若逾期未付上述转让价款，本协议自动作废；1.03 甲、乙双方同意，甲方将转让价款支付给乙方后，自支付转让价款日后甲方从乙方处受让并委托乙方持有的耐威公司的股份实际所有权由甲方享有，甲方为该等股份的实际所有权人，乙方为该等股份的名义持有人；第二条：委托持股：2.01 甲、乙双方同意，甲方根据本协议约定受让乙方持有的耐威公司 6.9997 万股股份不在北京市工商行政管理局办理变更登记，也不记载于耐威公司的股东名册，由甲方委托乙方以乙方的名义持有，乙方同意接受甲方的委托以其名义代甲方持有甲方基于本协议约定从乙方处受让的其享有所有权的耐威公司 6.9997 万股股份；2.02 甲、乙双方确认，耐威公

司登记文件及耐威公司股东名册上记载乙方持有耐威科技 6.9997 万股股份，为乙方受甲方委托持有，乙方为委托股份的名义持有人，甲方为委托股份的实际持有人，双方确认基于委托股份所产生的所有收益及股东权利均由甲方享有及行使，双方确认基于委托股份所产生的所有损失及本股份的股东责任亦有甲方承担；……第十条：委托持股期间：各方确认，本协议约定的委托持股期间自本协议生效至甲方将其委托乙方持有的股份转让给其指定的第三人或在相应的证券交易所卖出后终止等。

同日，李咏青向宋凤来支付了股权转让款 76160 元。

2013 年 5 月 30 日，国信证券股份有限公司向中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）提出《关于耐威公司首次公开发行并在创业板上市恢复审核的申请》，申请恢复审核耐威公司首次公开发行股票并在创业板上市申请文件。2015 年 4 月 23 日，证监会作出《关于核准耐威公司首次公开发行股票的批复》，核准耐威公司公开发行新股不超过 2100 万股。2015 年 5 月 12 日，深圳证券交易所发出《关于耐威公司人民币普通股股票在创业板上市的通知》，同意耐威公司发行的人民币普通股股票在该所创业板上市，首次公开发行的 2100 万股人民币普通股股票自 2015 年 5 月 14 日起可在该所上市交易。

2015 年 5 月 4 日，李咏青向丁新春出具委托书，委托事项载明：“李咏青全权委托丁新春代理宋凤来与李咏青股权转让事情”。同日，甲方丁新春（受李咏青委托）与乙方宋凤来签订协议书一份，约定：1. 经双方协商同意，甲方向乙方转让 5 万股耐威公司的股份，转让价格：每股 1 元；2. 废除甲乙双方之前签署的所有有关耐威公司的股权转让协议。落款处有甲方丁新春签字，乙方宋凤来签字。

2016 年 5 月 22 日，宋凤来向李咏青汇款 126160 元。李咏青未予接收，并将该款项退还宋凤来。宋凤来主张《协议书》合法有效，李咏青应当按照《协议书》约定将其持有耐威公司 5 万股股份转让至宋凤来名下，故来院起诉。

庭审中，经本院询问，李咏青表示不申请丁新春出庭作证。

诉讼中，宋凤来与李咏青均向本院提交了（2017）中国贸仲京裁字第 0757 号《裁决书》。据此，本院另查明，2016 年 5 月 10 日，李咏青向中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称仲裁委员会）提出仲裁申请，要求裁决宋凤来将其持有的耐威公司 6.9997 万股股权变更至其名下，后于仲裁案件审理过程中变更仲裁请求，将仲裁请求变更为请求裁决宋凤来赔偿因其擅自处置代持股权而给李咏青造成的实际损失 9534991.34 元。仲裁委员会经审理后于 2017 年 7 月 18 日作出《裁决书》，裁决宋凤来赔偿因其擅自处置委托股份而给李咏青造成的实际损失 4901322.23 元。该裁决书现已发生法律效力。

诉讼中，耐威公司向本院提交了耐威公司的公司章程，章程载明：第三条：公司于 2015 年 4 月 23 日经证监会核准，首次向社会公众发行人民币普通股 2100 万股，于 2015 年 5 月 14 日在深圳证券交易所上市；第七条：公司为永久存续的股份有限公司；第十六条：公司发行的股票，以人民币标明面值，每股人民币一元；第十八条：公司的发起人共 27 名，其在发起设立公司时各自认购的股份数、股权比例、出资方式 and 出资时间如下：其中第 23 项：李咏青，认购股份数 9.9989 万股，股权比例 0.17%，出资方式净资产折股，出资时间 2011 年 9 月 1 日；第二十六条：公司的股份可以依法转让；第二十八条：发起人持有的公司股份，自公司成立之日起 1 年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在深圳证券交易所上市交易之日起 1 年内不得转让。

本院认为，根据庭审查明的事实及各方当事人的意见，本案的争议焦点在于 2015 年 5 月 4 日由丁新春作为李咏青的委托代理人与宋凤来签订的《协议书》的效力应当如何认定。对此，本院论述如下，并在此基础上对宋凤来的诉讼请求能否成立进行评述：

首先，关于《协议书》的效力如何认定。根据法律规定，公民可以通过代理人订立合同，代理人在代理权限内以被代理人的名义订立合同的，被代理人对代理人的代理行为承担民事责

任。行为人没有代理人、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人由代理权的，该代理行为有效。本案中，李咏青向丁新春出具授权委托书，委托其办理与宋凤来之间的“股权转让事情”，随后，丁新春作为李咏青的代理人与宋凤来签订了《协议书》，该协议书的主要内容分为两项，第一项为双方约定李咏青将一定份额股份转让给宋凤来，第二项为双方约定废除之前签署的所有协议。因上述两项内容在性质上有明显差别，本院对其效力分别论述。针对协议书第一项内容，因该项内容系双方对转让股权的相关事宜进行约定，丁新春作为李咏青的委托代理人在此事项上与宋凤来进行商定符合李咏青在委托书中向丁新春授予的代理权限，且该项内容并未违反法律法规的强制性规定以及公司章程中关于股权转让的约定，故协议书该项内容合法有效，丁新春的代理行为对被代理人李咏青发生法律效力，由此产生的合同义务应由李咏青承担。李咏青辩称其委托丁新春办理的系股票开户事宜，丁新春的代理行为已超越代理权限故该协议书无效，对此本院认为，其一，李咏青并未举证证明双方的委托事项系“办理股票开户事宜”而非委托书中载明的“办理股权转让事情”，且经本院释明，李咏青表示不申请丁新春出庭作证；其二，退一步讲，无论丁新春是否超越代理权限与宋凤来约定该项事宜，因李咏青出具的委托书中载明的代理权限与该项约定在内容及性质上均有一致性，宋凤来作为相对人有理由相信丁新春具有相应的代理权限；其三，李咏青认为宋凤来与丁新春恶意串通损害其合法权益，但并未向本院提供相应证据，故对李咏青的该项辩称意见，本院不予采信。针对协议书第二项内容，从该项约定的内容来看，并非仅涉及当日签订的该份协议书，而是涉及到此前双方签署的所有股权转让协议，宋凤来作为相对人，应本着审慎、善意的态度审查代理人丁新春是否了解双方此前签署的所有股权转让协议以及是否有解除此前所有协议的相应代理权限，其未尽合理注意义务与丁新春达成该项协议，不构成表见代理，且李咏青对此不予追认，故该项内容对李咏青不发生法律效力。综上，宋凤来与李咏青签订的《协议书》部分有效，对于宋凤来诉讼请求中的合理部分，本院予以支持，不当部分，本院予以驳回。

其次，关于《协议书》是否应当履行。根据上述认定，《协议书》第一项内容合法有效，双方当事人应当按照约定履行各自义务。因双方未对转让股权及支付股权转让款的履行期限及履行先后顺序作出明确约定，宋凤来亦已通过汇款方式向李咏青提出履行支付股权转让款 5 万元付款义务的要求，但因李咏青拒绝接收故未能履行成功，因此，宋凤来要求李咏青履行合同义务，将其持有的耐威公司 5 万股股权转让至宋凤来名下的诉讼请求，有事实和法律依据，本院予以支持。耐威公司同意协助办理股权变更登记事宜，对此本院不持异议。关于股权转让过程中的其他事宜，因当事人在本案中未提出相应主张，本院不予处理，当事人可另行解决。综上，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第四十八条、第四十九条、第一百零七条的规定，判决如下：

一、确认宋凤来与李咏青于二〇一五年五月四日签订的《协议书》第一条“经双方协商同意，甲方向乙方转让 5 万股北京耐威科技股份有限公司的股份，转让价格：每股 1 元”约定有效；

二、判令李咏青于本判决生效之日起十日内将其持有的北京耐威科技股份有限公司 50000 股股权变更至宋凤来名下，北京耐威科技股份有限公司予以协助；

三、驳回宋凤来的其他诉讼请求。

案件受理费 1050 元，减半收取计 525 元，由李咏青负担（于本判决生效之日起七日内交纳）。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于北京市第二中级人民法院。

审判员 苏洁
二〇一七年十月十九日
书记员 胡润涵

苏州金螳螂投资管理中心与黄溪元深圳市华源轩家具股份有限公司公司增资纠纷一审民事判决书

苏州市中级人民法院

民事判决书

(2013)苏中商初字第 0085 号

原告苏州金螳螂投资管理中心(有限合伙),住所地江苏省苏州工业园区东延路 118 号顺达商业广场 1 幢 517 室。

法定代表人马军,该中心执行合伙事务代表人。

被告黄溪元。

被告深圳市华源轩家具股份有限公司,住所地广东省深圳市龙岗区龙岗同乐水流田园新路 22 号。

法定代表人黄溪元,该公司董事长。

原告苏州金螳螂投资管理中心(有限合伙)(以下简称金螳螂投资中心)与被告黄溪元、被告深圳市华源轩家具股份有限公司(以下简称华源轩公司)公司增资纠纷一案,本院于 2013 年 6 月 14 日受理后,依法组成合议庭,于 2014 年 6 月 17 日、11 月 21 日公开开庭进行了审理,原告金螳螂投资中心委托代理人及被告黄溪元、华源轩公司的委托代理人等到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告金螳螂投资中心诉称:2011 年 3 月 10 日,金螳螂投资中心与华源轩公司签订《深圳市华源轩家具股份有限公司新增股份发行认购协议》(以下简称《增资协议》),主要内容为:华源轩公司新增发行 1000 万股份,金螳螂投资中心同意出资 2801.7 万元,按照每股 8.49 元的价格认购甲方发行的 330 万股新增股份,占发行后甲方股份总额的 4.71%。金螳螂投资中心出资中的 330 万元计入华源轩公司实收资本,其余 2471.7 万元计入资本公积。

2011 年 11 月 2 日,金螳螂投资中心与华源轩公司及黄溪元签订《深圳市华源轩家具股份有限公司新增股份发行及认购补充协议(三)》(以下简称《补充协议三》),主要内容为:华源轩公司若未能按约上市或者华源轩公司、黄溪元出现违反协议约定的情形时,金螳螂投资中心有权要求黄溪元收购其持有的华源轩公司全部或部分股份,并有权要求违约方承担违约责任。

协议订立以后,金螳螂投资中心于 2011 年 3 月 16 日支付增资款,华源轩公司同时进行了工商变更登记手续。但是,华源轩公司未按协议约定向金螳螂投资中心披露公司经营情况,更未按约提供月度及年度财务报表及其他必要的经营信息,构成对《补充协议三》的违反。同时,华源轩公司已从证监会撤回了上市的申请材料,协议约定的于股份增发后 60 个月内上市客观上已不可能。由此,黄溪元收购金螳螂投资中心股份的条件已经成就。

故金螳螂投资中心诉至法院,要求判令:1、黄溪元收购金螳螂投资中心持有的华源轩公司全部股份 330 万股,并支付股份收购款项 3732.1 万元(投资款 2801.7 万元+投资款按年利率 15%计算所得收益,收益部分从 2011 年 3 月 17 日暂时计算至 2013 年 6 月 6 日,实际计算至付清之日止);2、华源轩公司赔偿金螳螂投资中心投资款 2801.7 万元及相应利息损失(从 2011 年 3 月 17 日起计算至实际赔偿之日止以投资款为基数按年利率 15%计算);3、要求黄溪元、金螳螂投资中心支付违约金 280.017 万元。同时,金螳螂投资中心明确若第一项诉讼请求得到支持则放弃第二项诉讼请求。

原告金螳螂投资中心为证明其主张,提供证据如下:

第一组:1、金螳螂投资中心与华源轩公司 2011 年 3 月 10 日签订的《增资协议》,用以证明金螳螂投资中心认购华源轩公司新增股份的股价、股份占比、华源轩公司的义务及违约责任;

2、金螳螂投资中心、华源轩公司与黄溪元于 2011 年 11 月 2 日签订的《补充协议三》，用以证明该补充协议中约定了黄溪元收购金螳螂投资中心股份的条款及任何一方违反合同义务的违约责任；

3、金螳螂投资中心于 2013 年 3 月 15 日向华源轩公司发送的《苏州金螳螂投资管理中心催告函》（以下简称《催告函》）、邮寄凭证及签收记录，用以证明金螳螂投资中心于 2013 年 3 月 15 日发函要求华源轩公司按约提供财务报表、审计报告等财务信息，且华源轩公司已签收该函；

4、2013 年 6 月 21 日召开临时股东会形成的《深圳市华源轩家具股份有限公司临时股东大会决议》（以下简称《临时股东会决议》），用以证明该《临时股东会决议》未生效，但其中的事实部分可以证明黄溪元将其名下的股份进行了质押并部分进行了转让，构成违约；

5、2014 年 3 月 28 日《深圳市华源轩家具股份有限公司召开临时股东大会的通知》（以下简称《临时股东会通知》），用以证明：该《临时股东会通知》载明 2014 年 3 月 22 日华源轩公司股东会通过了整体出售惠州华源轩公司的决议，惠州华源轩公司股份经两家评估公司评估分别为 197 万元和 251 万元；

6、民事判决书 1 份，用以证明其他法院在类似案件处理中作出了股东及公司回购股份的判决；

7、2011 年 3 月 16 日中国农业银行银行结算业务申请书及深圳市市场监督管理局官方网站打印的华源轩公司股东变更的登记信息，用以证明金螳螂投资中心已经支付股份认购款项 2801.7 万元并成为华源轩公司股东。

第二组：1、深圳市市场监督管理局商事主体登记及备案信息查询单、华源轩公司 2011 年 3 月 25 日、4 月 26 日、6 月 6 日变更事项，用以证明华源轩公司股东情况及黄溪元持股情况。

2、深圳联合产权交易所非上市股份有限公司股东名册，用以证明黄溪元持股比例为 35.9229% 且备注了质押，黄俊持股比例为 11.9743%。

3、2013 年 8 月 3 日华源轩公司郭经理发给马总的邮件，内容是关于 2013 年上半年经营情况及附件 2013 年上半年的合并利润表，用以证明华源轩公司 2013 年上半年亏损 28054947.18 元。

4、2014 年 8 月 25 日华源轩公司临时股东会决议，用以证明华源轩公司另外两个股东已经对黄溪元申请仲裁且黄溪元已经败诉，黄溪元的股份有被执行的可能性。

5、华源轩公司不良信息查询记录，用以证明法院存在未执行案件及冻结华源轩公司股权的情形。

6、（2014）深仲裁字第 731、732 号裁决书各一份，用以证明华源轩公司已不符合上市条件及黄溪元存在转让及质押股份的情况。

被告黄溪元辩称：2011 年 11 月 2 日，金螳螂投资中心（甲方）、华源轩公司（乙方）及黄溪元（丙方）签订《深圳市华源轩家具股份有限公司新增股份发行及认购协议二》（以下简称《补充协议二》），约定双方因向中国证监会申报上市需要，双方之间的对赌条款终止；即使按照金螳螂投资中心主张的《补充协议三》，回购的条件为金螳螂投资中心支付认购款之日起 60 个月华源轩公司未能上市，直至本案审理尚未满 60 个月，回购条件尚未成就；金螳螂投资中心诉讼请求第三项主张的违约金与利息属于重复主张。

被告华源轩公司辩称：金螳螂投资中心援引《增资协议》4.1.2 条要求华源轩公司承担赔偿责任，而该 4.1.2 条适用的前提是华源轩公司有违反 4.1.1 条的情形，华源轩公司未违反 4.1.1 条约定，故不应承担违约责任；金螳螂投资中心主张的《补充协议三》中没有关于华源轩公司承担违约责任的约定；金螳螂投资中心要求公司履行回购义务不符合公司法规定。

被告黄溪元、华源轩公司及为证明其主张，提供证据如下：

1、《增资协议》，用以证明华源轩公司已按约履行义务，不存在违约行为；

2、2011 年 3 月 10 日，金螳螂投资中心、华源轩公司及黄溪元签订的《深圳市华源轩家具股份有限公司新增股份发行及认购补充协议》（以下简称《补充协议》），用以证明三方就股份回购、业绩补偿等内容在《补充协议》中进行了约定；

3、2011 年 11 月 2 日，金螳螂投资中心、华源轩公司及黄溪元签订的《补充协议二》，用以证明三方约定为华源轩公司申报上市所需，终止《补充协议》的效力；

4、华源轩公司章程，用以证明华源轩公司对股份回购及担保的规定；

5、2011 年 12 月 31 日，中国证券监督管理委员会出具的《中国证监会行政许可申请受理通知书》第 112676 号（以下简称《受理通知书》），用以证明证监会受理了华源轩公司的《首次公开发行 A 股股票》的申请。

6、2011 年 3 月 4 日华源轩公司就发行新增股份的股东会决议，用以证明华源轩公司新增股份经公司股东会决议通过，合法有效。

上述证据经质证，黄溪元、华源轩公司对于金螳螂投资中心的证据质证意见：对第一组证据 1、3、4、5、7 的真实性予以认可。对证据 2 的真实性不予认可，理由是该协议存在多处矛盾：一是协议封面载明的时间是 2011 年 10 月，而协议第 1 页注明协议于 2011 年 11 月 2 日签署；二是协议第 1.2.1 条明确定义“本协议系指《深圳市华源轩家具股份有限公司新增股份发行及认购补充协议（二）》”，签署页也作了相应标注；三是黄溪元作为协议的丙方在标注为“丙方法定代表人”处签名。对证据 6 的真实性不予认可。对第二组证据 1、2、4、5、6 的真实性予以确认，对证据 3 的真实性不予确认。

金螳螂投资中心对于黄溪元、华源轩公司的证据质证意见：对证据 1、2、3、5、6 的真实性予以认可。证据 4 因无原件，故真实性不予认可。

本院认证意见：对于金螳螂投资中心提供的第一组证据 1、3、4、5、7，第二组证据 1、2、4、5、6，黄溪元、华源轩公司提供的证据 1、2、3、5、6，因双方当事人对真实性不持异议，本院均予以确认。金螳螂投资中心提供的第一组证据 2《补充协议三》，虽华源轩公司对真实性不予确认，但其对协议签署页上华源轩公司公章及黄溪元签字的真实性予以认可，且华源轩公司未提交相反证据否定《补充协议三》的真实性，故本院对《补充协议三》的真实性予以确认。关于华源轩公司认为协议正文出现“补充协议二”字样，本院采纳金螳螂投资中心认为属于笔误的主张。对金螳螂投资中心提供的第二组证据 3，因该证据的形式为电子邮件的打印件，未经公证程序，华源轩公司不认可真实性，金螳螂投资中心未提供其他证据补强证据效力，故对该证据不予采纳。对于金螳螂投资中心提供的第一组证据 6，黄溪元、华源轩公司提供的证据 4，因双方未对真实性确认一致，且与本案无直接关联，本院不予理涉。本院经审理查明：2011 年 3 月 4 日，华源轩公司股东会决议同意华源轩公司以每股 8.49 元价格发行 1000 万股新增股份，股票面值为 1 元，并同意金螳螂投资中心以 2801.7 万元认购华源轩公司 330 万股份。

2011 年 3 月 10 日，华源轩公司（甲方）、金螳螂投资中心（乙方）签订《增资协议》，主要条款有：第 2.1.1 条甲方同意发行 1000 万股新增股份，占发行后甲方股份总额 7000 万股的 14.29%，每股 1 元。乙方同意出资 2801.7 万元，按照每股 8.49 元的价格认购甲方发行的 330 万股新增股份，占发行后甲方股份总额的 4.71%。甲方发行 1000 万股新增股份后，甲方的股本总额由发行新增股份前的 6000 万元增至 7000 万元。第 2.2.1 条乙方应于本协议第 3.1 条所述之乙方出资的先决条件全部满足后十五个工作日内一次性向甲方支付认购价款，其中乙方的认购价款中 330 万元计入甲方的实收资本，其余 2471.7 万元计入资本公积。第 3.1 条约定了出资的先决条件。第 4.1.1 条约定了甲方向乙方所作的陈述和保证，共 12 项。第 4.1.2 条约定了甲方违反第 4.1.1 条的违约责任。第 7.1.2 条约定了任何一方违约的违约责任。

2011 年 3 月 10 日，金螳螂投资中心（甲方）、华源轩公司（乙方）及黄溪元（丙方）签订《补充协议》，主要条款有：第 2.2 条本协议的生效以《增资协议》的生效为前提；第 4 条约定了华源轩公司的业绩承诺条款；第 5 条约定了股份回购条款；第 17.2 条如果本协议中的有关规定与未来国家及上海或深圳证券交易所有关 IPO 的法律法规及交易规则等规定的内容相冲突，或相关主管机关提出任何修改要求，各方均有义务做出调整以符合 IPO 的要求。

2011 年 11 月 2 日，金螳螂投资中心（甲方）、华源轩公司（乙方）及黄溪元（丙方）签订《补充协议二》，主要条款有：自本协议生效之日起，《补充协议》的效力终止，对各方均不再具有约束力，即任何一方不得再依据该协议条款向其他方主张任何权利。

2011 年 11 月 2 日，金螳螂投资中心（甲方）、华源轩公司（乙方）及黄溪元（丙方）签订《补充协议三》，主要条款有：第 4.1 条自甲方支付本次股份增发认购款项的次月第一日开始起 60 个日历月内，乙方未实现上市发行的，则丙方按以下价格回购甲方此次认购的全部股份：丙方应支付的股份收购款项=甲方认购乙方股份的总投资额 $\times$ （1+投资天数/360 $\times$ 15%）-甲方已实际取得的乙方分红。

第 4.2 条乙方及丙方任何一方违反本协议及 / 或《增资协议》的约定，甲方有权要求丙方收购甲方持有的乙方部分或全部股份，收购价格按照 4.1 条的约定方式计算。

第 5.4 条乙方须在每个日历月度结束后 20 个自然日内向甲方提供详尽的月度财务报表及必要的经营信息，包括但不限于合并的和其他下属子公司的利润表、损益表、资产负债表、现金流量表以及丙方及下属公司的主要经营数据统计表；乙方保证在每年 3 月 15 日之前完成上年度财务报表审计工作，并向甲方提供年度审计报告。乙方需保证所提供各类财务报表的真实性。

第 8.1 条丙方在乙方 IPO 前出售所持乙方股份须事先征得甲方同意，且丙方承诺其转让股份的行为不应导致其丧失丙方控股股东的地位，其直接持有乙方股份的数额在任何情况下均不应低于乙方股本总额的 30%。

第 12.1 条本协议任何一方不履行或不完全履行本协议项下任一条款的，或本协议任何一方违反其在本协议项下做出的任何承诺的，即构成违约。任一方违约的，则违约方应向守约方支付甲方实际投资额 10% 的违约金，并赔偿因其违约给守约方造成的实际损失，守约方有权提前 2 天以书面通知方式解除本协议。实际投资额等于甲方股权认购款减去已补偿现金金额。

2011 年 3 月 16 日，金螳螂投资中心向华源轩公司支付了股份认购款项 2801.7 万元。2011 年 3 月 25 日，华源轩公司完成工商变更登记，金螳螂投资中心登记为华源轩公司占股 4.71% 的股东。2011 年 12 月 31 日，中国证券监督管理委员会决定受理华源轩公司的上市申请，后华源轩公司又于 2013 年 5 月撤回了该上市申请。审理中，双方当事人确认，华源轩公司未向金螳螂投资中心支付股份分红。

2013 年 3 月 15 日，金螳螂投资中心向华源轩公司发送《催告函》，要求华源轩公司收函一周内向金螳螂投资中心提供正式的详尽的 2011 年月度财务报表及必要的经营信息、正式的 2011 年度审计报告、详尽的正式的 2012 年月度财务报表；并于 2013 年 3 月 15 日前提供正式的 2012 年度审计报告。审理中，华源轩公司确认收到该《催告函》。

2013 年 5 月，黄溪元将其持有的华源轩公司 11.9743% 股份转让给黄俊，并在深圳联合产权交易所办理了登记，但是未办理工商变更登记。2013 年 6 月底，根据 2013 年 6 月 21 日的临时股东会决议，黄俊又将其受让的 11.9743% 股份转让给黄溪元。

另查明：2014 年 7 月 22 日，深圳仲裁委员会作出的（2014）深仲裁字第 731 号裁决书已生效，该裁决确定黄溪元应向江苏众和创业投资有限公司支付 2011 年度业绩补偿款 144.48 万元、支付 2012 年度业绩补偿款 462.4863 万元、支付违约金 94.656 万元、支付股份收购款

1170.1038 万元用于回购江苏众和创业投资有限公司持有的华源轩公司全部股份、支付律师费 60 万元及仲裁费 171571 元。

2014 年 7 月 22 日，深圳仲裁委员会作出的（2014）深仲裁字第 731 号裁决书已生效，该裁决确定黄溪元应向天津雷石信创股权投资合伙企业（有限合伙）支付 2012 年度业绩补偿款 756.87 万元、支付违约金 148.4052 万元、支付 1835 万元用于回购天津雷石信创股权投资合伙企业（有限合伙）持有的华源轩公司全部股份、支付律师费 50 万元及仲裁费 231687 元。

2014 年 8 月 25 日，华源轩公司召开临时股东会并形成股东会决议，主要内容为：1、通报天津雷石、江苏众和与大股东黄溪元仲裁案的结果，黄溪元败诉，需要回购股份、支付仲裁费、律师费。由于其股份仲裁时被查封，因此存在该股份有可能会被执行。2、同意公司用应收账款偿还该 2 千万民间过桥借款。3、同意公司用惠州公司部分厂房 5 年租金抵还供应商货款 5 千万元。4、同意公司用 5 年品牌使用权作为出资，占 30% 股权，与加盟商成立公司，加盟商对公司的债权归于消灭。

深圳市龙岗区人民法院（2014）深龙法执字第 356 号、（2014）深龙法执字第 819 号、（2014）深龙法执字第 812 号案件中被执行人均均为华源轩公司，截止 2014 年 10 月 14 日，尚未执行终结。深圳市龙岗区人民法院（2014）深龙法执字第 812-2 号冻结裁定对华源轩公司采取“冻结股权”的措施，限制时间自 2014 年 6 月 23 日至 2016 年 6 月 22 日。

本案的主要争议焦点是：一、黄溪元收购金螳螂投资中心所持华源轩公司股份的条件是否成就？二、黄溪元及华源轩公司是否应承担违约责任？

本院认为：华源轩公司发行新增股份系经有效股东会决议通过，且金螳螂投资中心与华源轩公司签订的《增资协议》及金螳螂投资中心与华源轩公司、黄溪元签订的《补充协议》、《补充协议二》、《补充协议三》均系当事人自愿签订，并不违反法律规定，应认定有效。因《增资协议》已履行完毕，故双方涉诉的核心问题在于增资协议项下三个补充协议中涉及的股份回购条款的效力及条件是否成就的问题。《补充协议二》的主要内容是终止《补充协议》的效力，故《补充协议》效力终止。《补充协议二》未涉及三方与投资有关的具体事宜，故双方涉诉的实质性权利义务审查应依据《补充协议三》。

关于第一个争议焦点，金螳螂投资中心认为：根据《补充协议三》第 4.1 条之约定，华源轩公司自金螳螂投资中心支付股份增发认购款项次月起 5 年内未实现上市发行，黄溪元应承担回购义务。现期限虽未届满，但是根据目前情形，一方面华源轩公司 2013 年上半年度亏损 2800 余万元且存在偿还民间过桥资金及抵供应商欠款的情形，公司经营严重困难，另一方面黄溪元股份已被查封冻结且正在被法院评估拍卖，华源轩公司已不符合关于发行人主体资格的要求，因此华源轩公司客观上已不可能上市，《补充协议三》约定由黄溪元履行回购义务的条件已经成就。

本院认为：首先，中国证券监督管理委员会《首次公开发行股票并上市管理办法》（以下简称《上市管理办法》）第三十三条第一项对于财务与会计规定：“发行人最近 3 个会计年度净利润均为正数且累计超过人民币 3000 万元，净利润以扣除非经常性损益前后较低者为计算依据”。关于华源轩公司 2013 年上半年度亏损的情形，金螳螂投资中心仅提供未经公证的电子邮件打印件，华源轩公司对该证据不予认可，金螳螂投资中心未提供其他证据证实主张；关于偿还民间过桥资金及抵供应商欠款的情形，华源轩公司在股东会决议中已形成处理方案，且华源轩公司尚处于经营过程中。故金螳螂投资中心的证据并不能证明华源轩公司存在不符合《上市管理办法》第三十三条第一项规定的情形。

其次，《上市管理办法》第十三条规定：“发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷”。关于华源轩公司是否存在股权不明细的情形，首先，根据两份生效仲裁裁决，明确黄溪元需回购江苏众和创业投资有限公司、天津雷石信创股权投资合伙企业（有限合伙）持有的华源轩公司股份，意味着华源轩公

司股权结构将发生变动。其次，根据 2014 年 8 月 25 日的华源轩公司股东会决议，可以确认黄溪元持有的华源轩公司股份已因仲裁案件被冻结，且存在被执行风险，意味着华源轩公司控股股东持有股份的权属可能产生重大变化。第三，深圳市龙岗区人民法院（2014）深龙法执字第 812-2 号冻结裁定对华源轩公司采取“冻结股权”的措施，表明华源轩公司存在被冻结股权的情形。因此，华源轩公司已不符合《上市管理办法》第十三条关于发行人主体资格的要求。

再次，因华源轩公司已于 2013 年 5 月撤回了其上市申请，目前华源轩公司已不符合第十三条关于发行人主体资格的要求，至本案审理中公司状况、股权结构无改善，华源轩公司未能举证仍积极履行《增资协议》及《补充协议三》，谋求华源轩公司在约定的期限内上市。因此，金螳螂投资中心主张华源轩公司客观上已不可能于 2016 年 3 月 31 日前实现上市发行，本院予以支持，《补充协议三》第 4.1 条约定由黄溪元履行回购义务的条件已经成就。黄溪元应按《补充协议三》第 4.1 条约定的计算方式，扣除金螳螂投资中心从华源轩公司取得的股份分红，收购金螳螂投资中心所持华源轩公司股份。因华源轩公司未向金螳螂投资中心支付分红，故黄溪元收购金螳螂投资中心所持华源轩公司 4.71% 的股份，应当支付股份收购款 2801.7 万元及该款按实际投资天数计算的收益（以 2801.7 万元为基数从 2011 年 3 月 17 日起至实际支付之日止按年利率 15% 计算）。

关于第二个争议焦点，金螳螂投资中心认为：除了双方约定的条件已经成就之外，根据《补充协议三》第 4.2 条的规定，因华源轩公司、黄溪元存在违反《补充协议三》第 5.4 条、第 8.1 条约定的行为，黄溪元亦应当承担回购股份的违约责任。同时，根据《补充协议三》第 12.1 条的约定，华源轩公司、黄溪元对其违约行为还应承担支付 10% 违约金的责任。

本院认为：首先，华源轩公司未提供证据证明其按照《补充协议三》第 5.4 条约定，于协议签订起每月结束后 20 日内向金螳螂投资中心提供详尽的月度财务报表及必要的经营信息，并于每年 3 月 15 日前向金螳螂投资中心提供年度审计报告，故华源轩公司构成违约。对于华源轩公司认为相关信息在网站可公开查询的辩称意见，因其不能证明金螳螂投资中心同意以其辩称的网站查询方式作为履行《补充协议三》第 5.4 条的方式，故本院不予采纳。同时，黄溪元在华源轩公司首次公开发行股票并上市前部分转让股份并未经过金螳螂投资中心同意，违反《补充协议三》第 8.1 条的约定，故黄溪元亦构成违约。

其次，金螳螂投资中心有权就华源轩公司、黄溪元的违约行为，依据《补充协议三》第 4.2 条约定要求黄溪元承担回购股份的违约责任。理由如下：金螳螂投资中心与华源轩公司之间在《补充协议三》中约定黄溪元以相当于年利率 15% 的补偿性价格收购金螳螂投资中心所持华源轩公司股份，其目的应在于保障金螳螂投资中心对华源轩公司的投资收益。金螳螂投资中心在估值认购华源轩公司股份的情况下承担着较大的投资风险，故在协议中设置保障其收益的条款具有平衡其权利义务的功能，应认定有效。同时，金螳螂投资中心投资收益的保障与华源轩公司的财务状况及控股股东黄溪元的履约能力紧密相关，故在协议中对华源轩公司财务信息透明度及黄溪元控股股东身份都进行了严格约定，一旦出现相关违约情形，将使得金螳螂投资中心有理由相信其投资风险增加，并有权选择最有利的资金退出方式以减少投资损失。

再次，《补充协议三》第 12.1 条约定了任何一方违约时，均应向守约方承担金螳螂投资中心股份认购款 10% 的违约金，故金螳螂投资中心就华源轩公司、黄溪元的违约行为，既有权主张黄溪元承担回购股份的违约责任，亦有权要求华源轩公司、黄溪元承担支付违约金的责任。鉴于金螳螂投资中心主张华源轩公司和黄溪元承担股份认购款 10% 的违约金，黄溪元已在金螳螂投资中心主张权利后纠正了其违约行为，故华源轩公司及黄溪元要求调整违约金的请求，应予支持，本院酌定华源轩公司及黄溪元分别按股份认购款的 8% 即 224.136 万元、2% 即 56.034 万元向金螳螂投资中心支付违约金。

综上，金螳螂投资中心估值认购华源轩公司新增股份，双方就《增资协议》已履行完毕。现金螳螂投资中心以约定的股份回购条件已成就为由，要求黄溪元回购其持有的股份，应当予以支持。因金螳螂投资中心明确表示，如其股份回购的第一项诉讼请求得到支持，则放弃要求华源轩公司承担赔偿责任的诉讼请求，本院对该第二项诉讼请求不作理涉。因华源轩公司、黄溪元均存在相应的违约行为，故金螳螂投资中心主张违约金的请求，应予支持。依照《中华人民共和国合同法》第四十四条、第一百零七条、《中华人民共和国公司法》第三十七条、第九十九条之规定，判决如下：

一、被告黄溪元于本判决发生法律效力之日起十日内支付原告苏州金螳螂投资管理中心（有限合伙）2801.7 万元及以 2801.7 万元为基数，从 2011 年 3 月 17 日起至实际支付之日止按年利率 15% 计算收益的股份转让价款。

二、被告深圳市华源轩家具股份有限公司于上述第一项履行之日起十日内办理将原告苏州金螳螂投资管理中心（有限合伙）持有的被告深圳市华源轩家具股份有限公司 4.71% 股份变更至被告黄溪元名下的工商登记，被告黄溪元履行必要的协助义务。

三、被告黄溪元于本判决发生法律效力之日起十日内支付原告苏州金螳螂投资管理中心（有限合伙）违约金 56.034 万元。

四、被告深圳市华源轩家具股份有限公司于本判决发生法律效力之日起十日内支付原告苏州金螳螂投资管理中心（有限合伙）违约金 224.136 万元。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 257766 元，诉讼保全费 5000 元，合计 262766 元，由被告黄溪元、华源轩公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人人数提交副本，上诉于江苏省高级人民法院。同时根据国务院《诉讼费用交纳办法》的规定向江苏省高级人民法院预交上诉案件受理费（开户行：中国农业银行南京山西路支行，账号：10×××75，汇款凭证复印件寄交本院）。

审判长 柏宏忠

审判员 蒋毅颖

审判员 杭雪芳

二〇一四年十一月二十八日

书记员 韩小安

孙 a 与 A 银行股份有限公司上海闵行支行委托理财合同纠纷 一案一审民事判决书

上海市闵行区人民法院
民事判决书

(2009) 闵民二(商) 初字第 1402 号

原告孙 a, 男, 19XX 年 X 月 X 日出生, 汉族, 户籍地新疆库尔勒市 XXXX, 现住上海市闵行区莘朱路 XXX。

被告 A 银行股份有限公司上海闵行支行, 住所地上海市闵行区 XXX。

负责人王 a, 副行长。

委托代理人顾 a, 男, 该行工作人员。

委托代理人缪 a, 女, 该行工作人员。

原告孙 a 与被告 A 银行股份有限公司上海闵行支行委托理财合同纠纷一案, 本院于 2009 年 6 月 5 日立案受理。先适用简易程序审理, 后因案情复杂, 依法组成合议庭适用普通程序于 2009 年 10 月 26 日公开开庭进行了审理。原告孙 a, 被告 A 银行股份有限公司上海闵行支行的委托代理人顾 a、缪 a 均到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原告孙 a 诉称, 2007 年 12 月 27 日, 原告至被告处办理存款时, 被告业务员向其介绍一款名为《2007 年本利丰第 15 期人民币理财新股申购产品》的理财产品, 并向其提供了载有该款理财产品的概况和相关规定的说明书, 原告阅后同意购买并与被告签订了《本利丰第 15 期人民币理财产品申购书》, 该申购书载明: 产品名称为 2007 年本利丰第十五期人民币信托理财产品, 到期日 2009 年 1 月 15 日, 投资金额 26 万元(人民币, 下同), 预期年化收益率达到 5%-15%。

2009 年 1 月 21 日, 被告发布该款理财产品净值公告, 称“投资者收益折合年化 2.363%, 尚有部分非现金类资产是目前尚未上市的立立电子(计 1,188,645 元)”。

原告认为, 被告在与其受托的中国对外经济贸易信托投资有限公司(以下简称对外经贸信托公司)签订的《申购新股资金信托合同》中规定“新股上市后首日, 由受托人在当日北京时间 15 点之前将中签股票全部售出”。而新股的首日涨幅都很高, 原告有权知道被告公布的年化收益率 2.363%如何得出。另外, 2008 年被告年报中公布“本利丰?安心得利”系列理财产品实现收益率均达到或超出预期收益率”, 则被告就应当按申购书约定向原告兑现预期收益率或超预期收益率。

根据《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第二十八条以及原告所购的理财产品说明书规定, 被告应每月向投资者提供资产变动、收入和费用的帐单, 否则被告必须承担未按合同委托购买新股以及未披露相关买卖信息的违约责任。因此, 被告应按较高预期收益率向投资者赔偿经济损失。故原告现诉至本院, 请求判令: (一) 被告向原告提供本利丰第 15 期理财产品申购的新股股名以及股票买卖的财务资料; (二) 被告赔偿预期年收益率 12.637%的损失(暂计)。

诉讼中, 原告认为“只有法院责令被告提供申购新股理财的真实详细的帐单, 本案才能在查清事实的基础上判决被告赔偿责任的大小”。因此, 原告于 2009 年 8 月 25 日撤回第(二)项诉讼请求。

原告为支持其诉讼请求, 向本院提交以下证据材料:

1、本利丰人民币理财产品申购书 1 份及个人理财业务产品确认回执 1 份, 证明原告投资 26 万元在被告处购买了 2007 年本利丰第 15 期理财产品, 预期年收益率为 5%-15%;

- 2、涉讼理财产品说明书 1 份，证明该款理财产品系浮动收益型新股申购产品，预期年收益率为 15%，上不封顶，并说明购买者将“同享新股溢价带来的财富增长”；
- 3、2009 年 1 月 21 日农行公布的涉讼理财产品到期兑付公告 1 份，证明农行公告的该款理财产品的年收益率为 2.363%，公告时尚有成本价为 1,188,645 元的非现金类资产为当时未上市的立立电子，该部分收益将在变现完毕后向投资者兑付；
- 4、农行网站上对涉讼理财产品的详情说明 1 份，证明农行再次承诺该款理财产品年化收益率高于 20%，并说明该款理财产品资金运作规范透明、投资风险低，定期公布信托单位的净值，定期向投资人寄送资产管理报告，但实际上农行并未履行上述义务；
- 5、农行 2008 年年度报告摘要 1 份，证明被告推出的“本利丰?安心得利”系列理财产品的收益率均达到或超出预期收益；
- 6、被告在另案中提交过的民事答辩书 1 份，证明原告本次诉讼中提交的产品说明书已为被告所认可，另证明被告承认“截止第 15 期产品发售前，均在 15%以上”；
- 7、新股发行与中签网上查询资料 1 份，证明涉讼理财产品运作期间内共发行了 73 只新股，除立立电子未上市外，没有一只新股是破发的，且收益均很好；
- 8、2008 年 6 月 30 日原告至被告处查询到的涉讼理财产品的净值资料 1 份，证明该款理财产品共发行了 957,970,000 份，发行价为 1 元/份，该日净值为 1.0042 元，希望被告提供上述份额的运作情况报告。

被告 A 银行股份有限公司上海闵行支行辩称，原告购买其发行的 2007 年本利丰第十五期人民币信托理财产品属实。涉讼理财产品到期后，其已向原告提供了该款产品全部投资汇总报告。原告购买该款产品时，被告就预期收益问题向原告进行了解释，原告作为具有完全民事行为能力能力的投资者，对预期收益的含义是理解的，且对投资风险也具有认识能力。《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第二十八条虽规定了银行提供帐单义务，但该条款亦有“另有约定除外”的但书规定，而原、被告之间签订的协议第八条约定为“我方不再另行提供帐单”，因此原告现认为被告未向其提供帐单属违约的主张不能成立。另外，关于原告提到的被告与案外人对外经贸信托公司之间签订的申购新股资金信托合同与本案属不同法律关系，亦与本案无关。原告提到的“本利丰?安心得利”产品与原告所购的涉讼产品亦无关联，不应成为涉讼产品的收益参照。综上，其不同意原告的诉讼请求。

被告为其抗辩向本院提交以下证据材料：

- 1、“本利丰”人民币个人理财产品交易协议 1 份，该交易协议印于原告签字的理财产品申购书的背面，因此在原告购买前被告已进行了告知，该交易协议第八条约定理财产品到期后，原告可至被告处查阅和领取产品所持有的所有相关资产的帐单，但在产品存续期内不再单独提供相关帐单；
- 2、本利丰第 20 期理财产品介绍 1 份，证明“本利丰?安心得利”产品于 2008 年 6 月 26 日始发售，该款产品与本案涉讼产品无关联；
- 3、2007 年本利丰第 15 期投资汇总 1 份，证明被告对原告所购的涉讼理财产品的投资方向、金额等具体明细进行了说明。

庭审质证中，被告对原告提供的证据 1 真实性无异议，但认为该申购书背面还印有交易协议，在交易协议中被告对预期收益率的含义作了解释；对证据 2 的真实性无异议，但认为该证据并非产品说明书，仅是涉讼理财产品的广告宣传页；对证据 3 无异议；对证据 4 真实性无异议，认为该证据亦是产品的广告宣传页，其已履行了定期公布产品净值义务，根据其与被告间签订的协议约定，原告同意被告不再另行寄送帐单；对证据 5 的真实性无异议，但认为该证据与本案没有关联性；对证据 6 的真实性无异议；对证据 7 真实性无异议，但认为涉讼产品收益不高系由于新股中签率低；对证据 8 真实性无异议，但认为原告的证明目的与本案无关联。

原告对被告提供的证据 1 真实性无异议, 但认为涉讼理财产品的年收益率应达到交易协议中说明的 15%; 对证据 2 真实性无异议, 承认其所购的理财产品确实不是“本利丰?安心得利”产品; 对证据 3 内容的真实性无法确认, 被告提供的证据 3 与原告要求被告提供的帐单不相符, 原告要求知道被告把涉讼理财产品的资金用于何处。

本院对原告、被告提供的证据的认证意见为, 原告提供的证据 5、被告提供的证据 2 中所涉的理财产品为被告发行的另一款名为“本利丰?安心得利”产品, 与本案所涉的“2007 年本利丰第十五期人民币信托理财产品”无关, 上述两份证据与本案缺乏关联性, 本院不予采纳。被告提供的证据 3, 原告虽对证据表述的内容的真实性持有异议, 但并未对证据形式的真实性予以否认, 本院认为, 该证据具备民事诉讼证据的形式要件, 本院对其证据效力予以确认。双方提供的其他证据, 对方当事人对真实性均无异议, 本院予以确认。

基于上述证据及双方当事人的陈述, 本院认定事实如下:

原告于 2007 年 12 月 27 日与被告签订“本利丰”人民币个人理财产品申购书, 向被告申购产品名称为 2007 年本利丰第十五期人民币信托理财产品; 期限为 12 个月, 起息日为 2008 年 1 月 15 日, 到期日为 2009 年 1 月 15 日; 投资金额 26 万元。产品申购书另载明: “预期年化收益率达到 5%-15%, 详见产品说明书”; 到期后一次性返还收益。

产品申购书背面载有“本利丰”人民币个人理财产品交易协议 1 份, 内容大致为: 甲方(投资人)在充分了解“本利丰”产品相关收益与风险的前提下, 自愿购买乙方(银行)“本利丰”人民币个人理财产品。双方共同遵守以下条款: 一、甲方已充分了解并愿意接受本协议项下理财产品的风险, 并在充分了解产品说明书、交易条款和相关文件内容的前提下, 根据自身判断自愿接受本协议条款并承担相应的风险。……八、理财产品到期后, 乙方提供载有理财产品所持有的所有相关资产的帐单, 投资人可凭本协议到乙方柜台查阅和领取, 在产品存续期内不再单独提供相关帐单。……十一、风险揭示与声明: 本协议下保证收益或保本浮动收益理财产品有投资风险, 甲方只能获得合同明确承诺的收益, 预期收益、预计收益、测算收益或类似表述不代表甲方最终获得的实际收益; 本协议下非保本浮动收益理财产品是高风险投资产品, 甲方的本金可能会因为市场变动蒙受重大损失。甲方应认真阅读理财产品说明书, 充分认识投资风险, 谨慎投资。……

被告在其宣传资料上, 告知投资人涉讼理财产品的资金运用及投资方向为以信托形式由中国农业银行委托中国对外经济贸易信托投资有限公司投资于 A 股市场首次公开发行的股票、债券和可转换债券, 间歇资金投资于银行间市场、货币市场基金、银行存款等。

另查明, 被告以每份净值 1 元的价格共计向投资人销售涉讼理财产品 957, 970, 000 份。上述资金由被告以信托资金形式委托案外人中国对外经济贸易信托投资有限公司信托管理。被告述称在涉讼产品 1 年投资期内, 该案外人将上述信托资金投资于 A 股新股市场及可转换债券, 后期由于国家证券部门对新股上市暂停审核因而将资金作了银行定期存款投资。2009 年 1 月 21 日, 被告发布到期兑付公告, 表示涉讼理财产品于同年 1 月 15 日到期, 投资者收益折合年化 2.363%, 产品净值为 1.0236 元。尚有部分非现金类资产是当时尚未上市的立立电子, 该部分以成本计价 1, 188, 645 元, 在全部非现金类资产变现完毕后将向投资者兑付剩余收益。

本院认为, 本案中, 原告自愿投资 26 万元购买被告公开发行的涉讼理财产品并在理财产品申购书上签字确认, 被告接受原告的委托并在申购书上盖章同意代理原告投资, 因此, 原告、被告之间存在委托理财合同法律关系。被告作为金融机构, 具备受托进行资产管理的资质, 双方就委托理财事宜签订的理财产品申购书亦系原告、被告真实意思表示, 且内容于法不悖, 故双方之间的委托理财合同属合法有效。本案的争议焦点是: 原告现要求被告提供涉讼理财产品所涉全部资金所申购的新股股名以及新股买卖的所有财务资料的诉讼请求是否应获支持? 对此, 本院认为, 首先, 原告要求被告提供新股买卖财务资料的权利性质上属于合同约

定的权利，合同中虽约定在理财产品到期后，被告需提供“载有理财产品所持有的所有相关资产的帐单”，但双方对提供何形式的“帐单”并未进一步作具体明确的约定。现涉讼理财产品已于 2009 年 1 月 15 日到期，到期后被告已向原告兑付了收益，事实上也向原告提供了该款理财产品的投资汇总报告，因此，原、被告之间的委托理财合同在履行期限届满后实际已经履行完毕。合同终止后，原告如有证据证明被告提供报告不实或有其他违约行为的，可据此要求被告承担违约责任，提起违约之诉。如有证据证明因被告提供的财务报告不实或具有其他过错给其造成损失的，亦可起诉被告承担损失赔偿责任。但原告在本案中提出的诉讼请求并不属于上述两种请求权基础，其在合同终止后，再行要求被告提供交付财务帐单资料的行为，于法无据。其次，我国的民事诉讼举证责任规则是“谁主张，谁举证。”从现有证据看，原告现未能提供充分有效的证据证明被告提供的投资汇总报告不实，亦未有证据证明被告履约中存在其他违约或过错行为。原告在本案中主张的诉讼请求是因为原告认为“只有法院责令被告提供申购新股的真实详细的帐单，本案才能在查清事实的基础上判决被告赔偿责任的大小”。可知原告在本案中的诉请是以取证为目的，而取证式的诉讼并不为法律所倡导。再次，被告公开发行的涉讼理财产品涉及资金高达九亿余元，原告的投资额仅为其中的 26 万元，但原告现要求被告提供该款产品所申购的所有新股股名及股票交易的财务资料，其诉讼主张的权利主体不仅包括原告本人，亦包括众多除原告之外的其余投资者。由于我国现行法律保护特定民事主体自身的合法权益，对不特定群体权利的诉讼问题并未作出特别规定，因此原告的此次诉请已超出一般民事案件的处理范围。综上，本院认为，原告在本案中所主张的诉讼请求，缺乏事实与法律依据，本院不予支持。

据此，依照《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉》第二条之规定，判决如下：驳回原告孙 a 的诉讼请求。

案件受理费 620.95 元，由原告负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院（立案庭）递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 朱祺

代理审判员 周皓媚

人民陪审员 陈秀芬

二〇〇九年十二月一日

书记员 冯璿一

孙光祥与中国农业银行股份有限公司上海闵行支行委托理财合同纠纷一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院

民事判决书

(2010)沪一中民六(商)终字第 20 号

上诉人(原审原告)孙光祥

被上诉人(原审被告)中国农业银行股份有限公司上海闵行支行

负责人王永明,副行长。

上诉人孙光祥为与被上诉人中国农业银行股份有限公司上海闵行支行(以下简称农行闵行支行)委托理财合同纠纷一案,不服上海市闵行区人民法院(2009)闵民二(商)初字第 1402 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2010 年 1 月 6 日立案受理后,依法组成合议庭,于 2010 年 1 月 20 日公开开庭进行了审理。上诉人孙光祥、被上诉人农行闵行支行的委托代理人顾政、缪幸到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:

孙光祥于 2007 年 12 月 27 日与农行闵行支行签订“本利丰”人民币个人理财产品申购书,向农行闵行支行申购产品名称为 2007 年本利丰第十五期人民币信托理财产品;期限为 12 个月,起息日为 2008 年 1 月 15 日,到期日为 2009 年 1 月 15 日;投资金额人民币 26 万元(以下币种相同)。产品申购书另载明:“预期年化收益率达到 5%-15%,详见产品说明书”;到期后一次性返还收益。

产品申购书背面载有“本利丰”人民币个人理财产品交易协议 1 份,内容大致为:甲方(投资人)在充分了解“本利丰”产品相关收益与风险的前提下,自愿购买乙方(银行)“本利丰”人民币个人理财产品。双方共同遵守以下条款:一、甲方已充分了解并愿意接受本协议项下理财产品的风险,并在充分了解产品说明书、交易条款和相关文件内容的前提下,根据自身判断自愿接受本协议条款并承担相应的风险。……八、理财产品到期后,乙方提供载有理财产品所持有的所有相关资产的帐单,投资人可凭本协议到乙方柜台查阅和领取,在产品存续期内不再单独提供相关帐单。……十一、风险揭示与声明:本协议下保证收益或保本浮动收益理财产品有投资风险,甲方只能获得合同明确承诺的收益,预期收益、预计收益、测算收益或类似表述不代表甲方最终获得的实际收益;本协议下非保本浮动收益理财产品是高风险投资产品,甲方的本金可能会因为市场变动蒙受重大损失。甲方应认真阅读理财产品说明书,充分认识投资风险,谨慎投资。……

农行闵行支行在其宣传资料上,告知投资人涉讼理财产品的资金运用及投资方向为以信托形式由中国农业银行委托中国对外经济贸易信托投资有限公司投资于 A 股市场首次公开发行的股票、债券和可转换债券,间歇资金投资于银行间市场、货币市场基金、银行存款等。

另查明,农行闵行支行以每份净值 1 元的价格共计向投资人销售涉讼理财产品 957,970,000 份。上述资金由农行闵行支行以信托资金形式委托案外人中国对外经济贸易信托投资有限公司信托管理。农行闵行支行诉称在涉讼产品 1 年投资期内,该案外人将上述信托资金投资于 A 股新股市场及可转换债券,后期由于国家证券部门对新股上市暂停审核因而将资金作了银行定期存款投资。2009 年 1 月 21 日,农行闵行支行发布到期兑付公告,表示涉讼理财产品于同年 1 月 15 日到期,投资者收益折合年化 2.363%,产品净值为 1.0236 元。尚有部分非现金类资产是当时尚未上市的立立电子,该部分以成本计价为 1,188,645 元,在全部非现金类资产变现完毕后将向投资者兑付剩余收益。

原审法院认为，本案中，孙光祥自愿投资 26 万元购买农行闵行支行公开发行的涉讼理财产品并在理财产品申购书上签字确认，农行闵行支行接受孙光祥的委托并在申购书上盖章同意代理孙光祥投资，因此，孙光祥与农行闵行支行之间存在委托理财合同法律关系。农行闵行支行作为金融机构，具备受托进行资产管理的资质，双方就委托理财事宜签订的理财产品申购书亦系各自的真实意思表示，且内容于法不悖，故双方之间的委托理财合同属合法有效。本案的争议焦点是：孙光祥现要求农行闵行支行提供涉讼理财产品所涉全部资金所申购的新股股名以及新股买卖的所有财务资料的诉讼请求是否应获支持？对此，原审法院认为，首先，孙光祥要求农行闵行支行提供新股买卖财务资料的权利性质上属于合同约定的权利，合同中虽约定在理财产品到期后，农行闵行支行需提供“载有理财产品所持有的所有相关资产的帐单”，但双方对提供何形式的“帐单”并未进一步作具体明确的约定。现涉讼理财产品已于 2009 年 1 月 15 日到期，到期后农行闵行支行已向孙光祥兑付了收益，事实上也向孙光祥提供了该款理财产品的投资汇总报告，因此，孙光祥与农行闵行支行之间的委托理财合同在履行期限届满后实际已经履行完毕。合同终止后，孙光祥如有证据证明农行闵行支行提供报告不实或有其他违约行为的，可据此要求农行闵行支行承担违约责任，提起违约之诉。如有证据证明因农行闵行支行提供的财务报告不实或具有其他过错给其造成损失的，亦可起诉农行闵行支行承担损失赔偿责任。但孙光祥在本案中提出的诉讼请求并不属于上述两种请求权基础，其在合同终止后，再行要求农行闵行支行提供交付财务帐单资料的行为，于法无据。其次，我国的民事诉讼举证责任规则是“谁主张，谁举证。”从现有证据看，孙光祥现未能提供充分有效的证据证明农行闵行支行提供的投资汇总报告不实，亦未有证据证明农行闵行支行履约中存在其他违约或过错行为。孙光祥在本案中主张的诉讼请求是因为孙光祥认为“只有法院责令农行闵行支行提供申购新股的真实详细的帐单，本案才能在查清事实的基础上判决农行闵行支行赔偿责任的大小”。可知孙光祥在本案中的诉请是以取证为目的，而取证式的诉讼并不为法律所倡导。再次，农行闵行支行公开发行的涉讼理财产品涉及资金高达九亿余元，孙光祥的投资额仅为其中的 26 万元，但孙光祥现要求农行闵行支行提供该款产品所申购的所有新股股名及股票交易的财务资料，其诉讼主张的权利主体不仅包括孙光祥本人，亦包括众多除孙光祥之外的其余投资者。由于我国现行法律保护特定民事主体自身的合法权益，对不特定群体权利的诉讼问题并未作出特别规定，因此孙光祥的此次诉请已超出一般民事案件的处理范围。综上，原审法院认为，孙光祥在本案中所主张的诉讼请求，缺乏事实与法律依据，原审法院不予支持。据此，原审法院依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决：驳回孙光祥的诉讼请求。案件受理费 620.95 元，由孙光祥负担。

原审法院判决后，孙光祥不服判决，以农行闵行支行为被上诉人向本院提起上诉称：一、原审违反法定程序。原审未对孙光祥要求追加中国对外经济贸易信托投资有限公司为共同被告的申请作裁定，程序违法；原审未同意孙光祥的上述申请，导致必要共同诉讼当事人未参加诉讼，本案应当撤销原判，发回重审；《投资汇总》系节录本复印件，内容也未查证属实，不能作为认定案件事实的证据，故原审在认定证据方面违法。二、原审适用法律错误。孙光祥无义务提供证明《投资汇总》符合证据三性要件的证据。三、原审判决孙光祥负担案件受理费无法律依据。孙光祥在开庭前撤销了关于财产赔偿的诉讼请求，按照相关规定，应当只承担人民币 50 元到 100 元的案件受理费。

农行闵行支行辩称：原审判决查明事实清楚，适用法律正确，请求驳回孙光祥的全部上诉请求，维持原判。本案存在两个法律关系，即孙光祥和农行闵行支行之间的委托法律关系以及农行闵行支行和中国对外经济贸易信托投资有限公司之间的信托法律关系，原审未同意孙光祥要求追加中国对外经济贸易信托投资有限公司为被告的申请是正确的。

二审中，孙光祥向本院提交一份申购新股数据对照表和一份资金信托合同，称其曾向原审法院提交，但未经质证。经查阅原审案卷材料，孙光祥曾于 2009 年 9 月 14 日致函原审法院，申购新股数据对照表系随函附件，孙光祥在函中明确表示该对照表暂不作为证据提供，之后亦未作为证据提交。资金信托合同系孙光祥 2009 年 8 月 20 日随函提交给原审法院，称该合同虚假，其诉讼目的在于要求农行闵行支行提供一份真实合同。

对于孙光祥提供的申购新股数据对照表和资金信托合同，因其并未将上述材料作为证据向原审法院提交，故不存在未经质证的问题，而该两份材料亦不属于新证据，故本院不予采用。本案审理中，孙光祥向本院申请司法会计鉴定，要求对《投资汇总》记载的收益率与农行闵行支行公布的讼争理财产品的收益率以及产品实际收益率是否一致进行鉴定。本院认为该申请事项与本案无直接关联，而且属于孙光祥在原审阶段的举证责任，故不予同意。

本院经审理查明，原审判决认定事实属实，本院予以确认。

本院认为：农行闵行支行与中国对外经济贸易信托投资有限公司之间的资金信托关系与本案审理的委托理财合同关系属于完全不同的两个法律关系，孙光祥要求追加中国对外经济贸易信托投资有限公司为被告的申请无法律依据，原审未予追加符合法律规定。虽然原审就申请追加事宜未以裁定方式告知孙光祥，但该程序瑕疵未影响正确判决，不属于应予撤销原判、发回重审的法定情形，故对孙光祥的相关上诉理由，本院不予采纳。孙光祥在原审中未对《投资汇总》形式真实性提出异议，原审据此采用作为证据并无不当，无论在原审阶段还是在本案审理中，孙光祥均未能提交证据证明《投资汇总》内容不真实，故其关于原审认定证据违法，适用法律错误的理由不能成立。孙光祥在案件审理阶段向原审法院申请撤销要求农行闵行支行赔偿损失的诉讼请求，不影响起诉时该案件的财产案件属性和法院按照财产案件收费标准收取案件受理费，法院根据判决结果确定孙光祥负担案件受理费，并无不当。综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，原审判决应予维持。据此，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费人民币 620.95 元，由上诉人孙光祥负担。

本判决为终审判决。

审判长 单素华

代理审判员 金成

审判员 张冬梅

二〇一〇年二月二十一日

书记员 印铭

孙建蓉与东莞卓志投资合伙企业、远梦家居用品股份有限公司 公司合伙协议纠纷一审民事判决书

东莞市第二人民法院

民事判决书

(2017)粤 1972 民初 6987 号

原告：孙建蓉。

委托诉讼代理人：徐志强，广东立慧律师事务所律师。

被告：东莞卓志投资合伙企业（有限合伙）。住所地：广东省东莞市厚街镇珊美村友谊路 10 号。统一社会信用代码为 91441900050725907J。

执行合伙企业事务的合伙人：鲍金林。

被告：远梦家居用品股份有限公司。住所地：广东省东莞市厚街镇南五村。统一社会信用代码为 91441900725975550F。

法定代表人：郑俊亮。

委托诉讼代理人：庾笑芬，女，汉族，1987 年 4 月 15 日出生，住广东省东莞市万江区，原告孙建蓉诉被告东莞卓志投资合伙企业（有限合伙）（以下简称卓志企业）、远梦家居用品股份有限公司（以下简称远梦公司）合伙协议纠纷一案，本院立案受理后，由审判员毛宇翔适用简易程序独任审理，先后于 2017 年 8 月 2 日、2017 年 8 月 23 日公开开庭进行了审理。原告孙建蓉的委托代理人徐志强，被告卓志企业的执行合伙企业事务合伙人鲍金林、远梦公司的委托代理人庾笑芬到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告孙建蓉诉请：1. 解除孙建蓉与卓志企业之间的合伙协议；2. 卓志企业、远梦公司按照新三板（股票代码 835735）现值退还孙建蓉的购买远梦公司合伙股份的合伙款 78,000 元；3. 卓志公司、远梦公司按照银行同期贷款利率向孙建蓉支付孙建蓉合伙期间的红利，暂计算 2017 年 6 月 18 日为 6,121.25 元；4. 本案诉讼费由卓志企业、远梦公司承担。事实和理由：孙建蓉是远梦公司处的采购部经理。远梦公司与卓志企业为关联企业，远梦公司前法人代表及董事长、副董事长为卓志企业股东。远梦公司通过卓志企业向员工内发行员工股，规定 5 元/股，孙建蓉为支持公司发展，响应公司号召购买了壹万股共计 50,000 元，双方口头约定每半年分红一次。远梦公司在入股后共支付 2 次股息给孙建蓉，共 1,500 元。自 2016 年 9 月份后远梦公司就没有向孙建蓉支付股息（2016 年年底远梦公司有组织分红，但没有分给孙建蓉），现远梦公司拒绝分红给孙建蓉的行为已经构成违约，孙建蓉已经不能按照约定取得合同利益，所以孙建蓉请求解除双方间的合伙关系，卓志企业、远梦公司按照每股现值退还孙建蓉股份款 78,000 元（截止 2017 年 6 月 13 日，远梦家居（代码 835735）每股现值 7.8 元），并支付入股期间的利息。

被告卓志企业辩称：退伙款额应由企业合伙人协商而定，股票价值问题，远梦公司仅仅是新三板流通，没有正式发行上市，不能以此认定补偿款。

被告远梦公司辩称：孙建蓉提交的证据都显示与远梦公司无关。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：卓志企业由远梦公司的管理人员、核心技术（业务）人员作为合伙人合伙成立，合伙目的为保证远梦公司管理层、核心技术（业务）人员的稳定。卓志企业的主要资产为远梦公司的股权，合伙协议中约定在远梦公司首次公开发行股份并上市交易前，卓志企业持有的股份不得出售，在远梦公司上市之日起，卓志企业所持有的股权与远梦公司实际控制人等持有的股份同时被锁定三年，三年内不得出售。锁定期限届满后，可以逐步出售股权。当卓志企业所持

有的剩余股权不足远梦公司股份总额的 0.5%或远梦公司上市后满七年，卓志企业可以出售所持有的全部股权。当卓志企业将所持远梦公司全部股权出售后或远梦公司上市满 8 年，卓志企业可以解散清算。

卓志企业的合伙人分为有限合伙人和普通合伙人。关于退伙，除一般退伙约定外，卓志企业另约定，合伙人与远梦公司解除劳动合同的，应当退伙，并由普通合伙人按退伙合伙人原始出资额年利率 5%的本息合计金额受让该合伙人在卓志企业的财产份额。如退伙人在退伙前卓志企业曾经分红，应当在上述本息中扣减分红金额。

孙建蓉原为远梦公司员工，卓志企业成立后，孙建蓉于 2015 年 8 月 18 日出资 50,000 元，签订有限合伙入伙协议，入伙卓志企业，成为有限合伙人。孙建蓉入伙后，确认曾经收到分红款 1,500 元。后孙建蓉于 2016 年 4 月 5 日从远梦公司离职。

另查，至法庭辩论终结之日，远梦公司并未公开发行股份并上市交易。

本院认为：卓志企业合伙协议中明确约定卓志企业的资产为持有的远梦公司的股份，其利润来源为当远梦公司公开发行股份并上市交易后出售远梦公司股份所得。现远梦公司并未公开发行股份并上市交易，故卓志企业无法出售股份获取利润，在此情况下，未向孙建蓉分红并无不当。因此孙建蓉主张的退伙理由及利润、分红主张均不能成立。

但是，根据卓志企业合伙协议，其合伙人均应为远梦公司员工。当合伙人与远梦公司解除劳动关系时，应当退伙。现孙建蓉已经与远梦公司解除了劳动关系，故卓志企业应当为孙建蓉办理退伙手续并退回相关款项。现孙建蓉于 2017 年 6 月 21 日提起本案诉讼，故本院确认孙建蓉已自 2017 年 6 月 21 日于卓志企业退伙。

根据卓志企业合伙协议，应当向孙建蓉退还入伙款 50,000 元并按照年利率 5%的标准计付合伙期间利息，但同时应当扣除孙建蓉已经取得的 1,500 分红款。因此，卓志企业应当向孙建蓉退还 $50,000 \text{ 元} + 50,000 \text{ 元} \times 5\% \times (1 \text{ 年} + 307 \text{ 天} \div 365 \text{ 天/年}) - 1,500 \text{ 元} = 53,102.7 \text{ 元}$ 。对孙建蓉诉请超出部分，没有事实和法律依据，本院不予支持。

关于远梦公司的责任。由于孙建蓉是入伙卓志企业，虽然卓志企业合伙人均为远梦公司员工，卓志企业的主要资产为所持有的远梦公司的股份，但是卓志企业仍与远梦公司为各自独立的主体。本案涉合伙协议纠纷发生于孙建蓉与卓志企业之间，与远梦公司并无关联，故孙建蓉诉请远梦公司对卓志企业的债务承担共同清偿责任没有事实和法律依据，本院不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国合伙企业法》第五十二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第三款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十六条的规定，判决如下：

- 一、确认原告孙建蓉已于被告东莞卓志投资合伙企业（有限合伙）退伙；
- 二、限被告东莞卓志投资合伙企业（有限合伙）于本判决生效之日起三日内向原告孙建蓉退还合伙款 53,102.7 元；
- 三、驳回原告孙建蓉的其他诉讼请求。

如果被告东莞卓志投资合伙企业（有限合伙）未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案诉讼费 952 元（原告已预缴）、由原告孙建蓉承担 352 元，被告东莞卓志投资合伙企业（有限合伙）承担 600 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数或代表人的人数提出副本，上诉于广东省东莞市中级人民法院。

审判员 毛宇翔

二〇一七年九月二十日

书记员 黎淑君

孙青与深圳书城南山城实业有限公司、广东威扬文化传播有限公司、广东嘉应音像出版有限公司著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书

深圳市中级人民法院
民事判决书

(2014)深中法知民终字第 421 号

上诉人(原审原告):孙青,男,汉族,1971年2月17日出生,住江苏省××县××镇××号,身份证号码××××5612。

委托代理人:蒋援民,北京市汉威(深圳)律师事务所律师。

委托代理人:梁冰,北京市汉威(深圳)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):深圳书城南山城实业有限公司,住所地:广东省深圳市南山区南海大道2748号南山书城,组织机构代码:76758944-7。

法定代表人:尹昌龙。

被上诉人(原审被告):广东威扬文化传播有限公司,住所地:广东省广州市白云区机场路24号广东音像城商务大楼三楼A302号,组织机构代码:76933366-4。

法定代表人:黎锦杨,总经理。

委托代理人:郭志杰,广东正大方略律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):广东嘉应音像出版有限公司,住所地:广东省梅州市江北东校场侧(原广电大楼),组织机构代码:45675568-X。

法定代表人:袁远山。

委托代理人:郭志杰,广东正大方略律师事务所律师。

上诉人孙青因与深圳书城南山城实业有限公司(以下简称南山书城)、广东威扬文化传播有限公司(以下简称威扬文化公司)、广东嘉应音像出版有限公司(以下简称嘉应音像公司)侵害作品复制、发行权纠纷一案,不服深圳市南山区人民法院(2013)深南法知民初字第292号民事判决,向本院提起上诉。本院受理后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院查明,孙青提交了版权注册号码为610000028621的数字音乐版权注册证书,载明:1、作品名称为“心肝宝贝”;2、作品首句歌词为“习惯了看着你慢慢入睡”;3、版权所有人为张国平,身份证号码320682198009030678;4、歌词作者、曲谱作者及演唱者均为张×平;5、注册时间为2009年10月20日。

2009年12月20日,张×平与孙青签订一份歌曲著作权转让协议,主要内容为:1、张×平将歌曲心肝宝贝(版权注册号码为610000028621)的完整著作权及署名权赠送给(无偿转让)孙青永久独家使用;2、张×平同意孙青对歌曲心肝宝贝的著作权和署名权进行重新登记,并允许孙青对歌曲心肝宝贝进行任意改编。

孙青提交了版权注册号码为610000064625的数字音乐版权注册证书,威扬文化公司和嘉应音像公司对该证据的真实性无异议。该证据的主要内容:1、作品名称为“你在我心中永远是最美”;2、作品首句歌词为“习惯了看着你慢慢入睡”;3、版权所有人为孙青;4、歌词作者、曲谱作者及演唱者均为孙青;5、注册时间为2010年8月19日。

2013年3月4日,孙青在南山书城处购买由艾×演唱,威扬文化公司制作发行、嘉应音像公司出版发行的专辑——《爱在痛的边缘》光盘。该光盘第十二首歌的歌名为“你在我心中

永远是最美”，首句歌词为“习惯了看着你慢慢入睡”。孙青购买该光盘的价格为人民币 65 元。

孙青提交了亚马逊网站出具的一张发货单和一张发票，威扬文化公司和嘉应音像公司对该组证据的真实性没有异议。根据该组证据，亚马逊网站出售由艾×演唱的《爱在痛的边缘》光盘的价格为人民币 54 元。

孙青提交了四张发票，发票号为 08285427-08285430，主要内容为：1、时间均为 2011 年 5 月 11 日；2、项目均为著作权纠纷案件代理费（永远最美）；3、金额均为人民币 9000 元。威扬文化公司和嘉应音像公司提交了两份中国音乐著作权协会出具的《录音法定许可著作权使用费收转证明》，欲证明著作权使用费的收费标准。其中，威扬文化公司制作《中国之声：降央卓玛 3》使用了 11 首歌曲，在中国大陆地区发行 3000 张，著作权使用费为人民币 4400 元；威扬文化公司制作《金色的诱惑》使用了 11 首歌曲，在中国大陆地区发行 2000 张，著作权使用费为人民币 4400 元。孙青对该组证据的真实性予以认可，但表示其与本案无关。威扬文化公司和嘉应音像公司提交了一张《录音录像制品复制委托书》，欲证明其仅生产涉案光盘 2500 张。孙青对该证据的真实性没有异议，但表示其与本案无关。

威扬文化公司和嘉应音像公司提交了《歌手签约合同》、《合作协议书》、《权属证明》、《编曲及权利证明》、《录制证明》、《录音师证明》和《音像制品销售委托书》，欲证明涉案光盘具有合法来源。孙青对上述证据的真实性、合法性及关联性均予以认可。

庭审中，孙青、威扬文化公司和嘉应音像公司确认以下事项：1、作品《你在我心中是最美》的著作权归属孙青；2、孙青将涉案作品《你在我心中是最美》在网络上进行过发表。威扬文化公司和嘉应音像公司述称，其依据孙青已发表的涉案作品版本进行了翻唱。

原审法院认为，根据两份数字音乐版权注册证书和歌曲著作版权转让协议，孙青享有作品《你在我心中永远是最美》著作权中的财产性权益。

涉案光盘《爱在痛的边缘》系符合法律规定的正版出版物，南山书城出售涉案光盘的行为并不侵犯相关著作权人的权益，孙青亦未提供充分证据证明南山书城存在侵犯其著作权的行为，因此，对孙青要求南山书城承担相应民事责任的诉讼请求，不予支持。

涉案作品《你在我心中永远是最美》由孙青演唱并在网络上发表，根据威扬文化公司和嘉应音像公司的自认，其制作的涉案光盘《爱在痛的边缘》中的歌曲《你在我心中永远是最美》系根据孙青演唱的版本进行翻唱，鉴于孙青亦未提供相反证据予以反正，对威扬文化公司和嘉应音像公司的该项自认，予以采信。

涉案光盘《爱在痛的边缘》系录音制品，《中华人民共和国著作权法》第四十条第三款规定，“录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用”。本案中，孙青并未提供证据证明其已声明他人不得使用其发表在网络上的录音制品，因此，威扬文化公司和嘉应音像公司的行为不构成侵权，但威扬文化公司和嘉应音像公司应当向孙青支付报酬。

《中华人民共和国著作权法》第二十八条规定，“使用作品的付酬标准可以由当事人约定，也可以按照国务院著作权行政管理部门会同有关部门制定的付酬标准支付报酬。当事人约定不明确的，按照国务院著作权行政管理部门会同有关部门制定的付酬标准支付报酬”。而根据国家版权局公布的《录音法定许可付酬标准暂行规定》，确定报酬前应当确认涉案光盘《爱在痛的边缘》的批发价和发行数量，但是，威扬文化公司和嘉应音像公司未提供证据证明涉案光盘的批发价，且威扬文化公司和嘉应音像公司亦未提供充分证据证明涉案光盘的发行数量为其主张的 2500 份，因此，本院在无法确认涉案光盘《爱在痛的边缘》的批发价和发行数量的前提下，结合本案案情，酌定威扬文化公司和嘉应音像公司应当支付孙青报酬人民币 6000 元。

南山书城经合法传唤，无正当理由未到庭参加诉讼，依法缺席判决。

综上，依照《中华人民共和国著作权法》第十条、第四十条第三款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十四条之规定，判决：一、威扬文化公司和嘉应音像公司应自判决生效之日起十日内支付孙青作品使用费人民币 6000 元；二、驳回孙青的其他诉讼请求。一审案件受理费人民币 1050 元，由威扬文化公司和嘉应音像公司共同负担。

一审宣判后，孙青原审法院判决，向本院提起上诉，请求二审法院：1、撤销原判；2、判令各被上诉人停止侵权；3、判令威扬文化公司、嘉应音像公司在新浪网等以及各自官网上刊登承认侵权事实及赔礼道歉声明；4、由三被上诉人共同赔偿孙青经济损失及维权合理开支人民币 5 万元；5、由三上诉人共同负担本案诉讼费用。其事实与理由是：一、一审判决认定被上诉人构成法定许可与事实不符，适用法律错误。上诉人涉案歌曲仅被录制为 EP，在网络发表，但尚未依法制作成 CD、VCD 等格式的录音制品发行。被上诉人擅自录制 CD，权利人实际失去了首次公开发行的机会。二、一审判决未支持上诉人律师费等维权合理开支。包括律师费在内的合理开支都应当全额支持，且不当限制制止侵权的合理开支给总赔偿额中所占的比例。三、针对同一涉案歌曲，相同侵权类型，不同的侵权人，（2012）深中法知民终字第 792 号判决，支持了该侵权人赔偿上诉人人民币 30000 元的经济损失。

被上诉人南山书城经本院传票合法传唤，无正当理由未到庭应诉、答辩。

被上诉人威扬文化公司、嘉应音像公司共同答辩称：一、我方使用上诉人涉案作品的行为属于法定许可，不构成侵权。上诉人自己认可涉案歌曲已经在网络上发行，被上诉人根据其录音制品复制、发行不构成侵权，仅需支付报酬。二、（2012）深中法知民终字第 792 号案件与本案无关，该案的被告并未提出法定许可抗辩。

本院经审理查明，一审查明的事实属实，本院予以确认。

另查明，原审中，2013 年 3 月 5 日，孙青起诉至法院。请求法院判令：1、南山书城、威扬文化公司、嘉应音像公司立即停止侵权行为，销毁侵害权唱片；2、威扬文化公司、嘉应音像公司在《新浪网》、《百度网》、《土豆网》及各自的网站刊登承认侵犯孙青著作权并向孙青赔礼道歉的声明；3、南山书城、威扬文化公司、嘉应音像公司共同赔偿经济损失及合理开支共计 5 万元；4、南山书城、威扬文化公司、嘉应音像公司负担本案全部诉讼费用。各方当事人在二审中均未提交新的事实、证据或理由。上诉人明确其主张的权利是音乐作品复制权、发行权。

根据嘉应音像公司一审提交的《录音录像制品复制委托书》载明，涉案 CD《爱在痛的边缘》复制数量为 2500 张，各方当事人对该证据真实性均无异议，本院依法采信。该 CD 包含涉案音乐作品《你在我心中永远是最美》在内一共有 13 首音乐作品。CD 背面标注以下信息：嘉应音像公司出版，威扬文化公司总经销，出品人黎锦杨（系嘉应音像公司法定代表人）。

本院认为，本案为侵害作品复制、发行权纠纷。复制权指以印刷等方式将作品制作一份或者多份的权利；发行权指以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利。各方当事人对上诉人就涉案音乐作品享有完整著作权，上诉人仅录制 EP 在网络传播，被上诉人威扬文化公司、嘉应音像公司未经上诉人许可，复制、发行涉案歌曲等事实均无异议，本院依法确认。结合上诉人上诉请求和事实、理由，本案争议焦点如下：一、各被上诉人是否侵害上诉人涉案音乐作品著作权；二、被上诉人威扬文化公司、嘉应音像公司法定许可抗辩是否成立；三、本案判决金额是否合理。

未经著作权人许可，复制、发行其作品的，构成侵权，应承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用。威扬文化公司、嘉应音像公司未经孙青许可，将涉案音乐作品《你在我心中永远是最美》擅自制作成名称为《爱与痛的边缘》的 CD 录音制品，其抗辩称，其系使用孙青演唱并在网络发表的版本进行翻录，属于法定许可，并未侵害孙青著作权。法律规定，录音制品是指任何对表演的声音和

其他声音的录制品，系记录声音的有形物质载体。上诉人将涉案音乐作品制作成 EP 在网络传播，因其网络传播载体不具有有形物质性，其行为属于行使作品信息网络传播权，并非将该作品录制为录音制品公开发行。被上诉人抗辩上诉人已经录制录音制品并公开发行，缺乏事实依据。故被上诉人嘉应音像公司、威扬文化公司法定许可抗辩不成立，鉴于其被诉侵权 CD 背面标注以下信息：嘉应音像公司出版，威扬文化公司总经销，出品人黎锦杨（系嘉应音像公司法定代表人），故该 CD 系被上诉人嘉应音像公司、威扬文化公司共同出版、发行，其对涉案音乐作品构成共同侵权，理应承担停止侵害、连带赔偿损失等民事责任。被上诉人南山书城未经著作权人许可，销售载有侵权作品的 CD，使得公众在购买涉案 CD 时，能够同时获得涉案音乐作品的复制件，侵害了上诉人的发行权。因其销售 CD 系来自被上诉人威扬文化公司、嘉应音像公司出版、发行的正规出版物，威扬文化公司、嘉应音像公司对此亦予确认，故其可不承担赔偿责任。

由于各方当事人均未提交证据证明威扬文化公司、嘉应音像公司、南山书城因侵权所获利益或其因被侵权所受损失，故无法按照计算权利人的损失或侵权人的获利方式来确定侵权赔偿数额，考虑到涉案作品的类型、知名度、侵权行为的性质、情节、侵权人的主观过错、经营规模、上诉人支出的维权费用等因素，结合嘉应音像公司复制侵权 CD 2500 张、零售价约人民币 60 元、CD 包含侵权作品共计 13 首歌曲等事实，本院酌情确定威扬文化公司、嘉应音像公司共同赔偿上诉人孙青经济损失及维权合理开支人民币 30000 元。

综上，上诉人的上诉理由具有事实和法律依据，本院予以支持。原审判决认定事实清楚，审理程序合法，但适用法律错误，处理结果不当，本院依法改判。依照《中华人民共和国著作权法》第十条第一款第（五）、（六）项，第四十八条第（一）项，第四十九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

- 一、撤销深圳市南山区人民法院（2013）深南法知民初字第 292 号民事判决；
- 二、被上诉人深圳书城南山城实业有限公司、广东威扬文化传播有限公司、广东嘉应音像出版有限公司应立即停止侵害上诉人孙青涉案音乐作品著作权的行为；
- 三、被上诉人广东威扬文化传播有限公司、广东嘉应音像出版有限公司应于判决生效之日起十日内连带赔偿上诉人孙青经济损失及维权合理开支人民币 30000 元；
- 四、驳回上诉人孙青的其他诉讼请求。

一、二审案件受理费人民币各人民币 1050 元，均由广东威扬文化传播有限公司、广东嘉应音像出版有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 钱翠华

代理审判员 黄瑜瑜

代理审判员 陈洋

二〇一四年五月二十二日

书记员 李嘉莉（兼）

孙世海与中欧汽车电器有限公司、吴国琳股权转让纠纷一案 一审民事判决书

深圳市罗湖区人民法院

民事判决书

(2018)粤0303民初20226号

原告：孙世海，男，汉族，1962年2月15日出生，身份证住址：广东省深圳市罗湖区，委托诉讼代理人：马勇，北京市中银(深圳)律师事务所律师，执业证号：14403201110619362。委托诉讼代理人：郭心怡，北京市中银(深圳)律师事务所实习律师，证号：19021702210178。被告：中欧汽车电器有限公司，住所地：浙江省瑞安市东山街道滨江大道1306号，统一社会信用代码：913303816094400306。

法定代表人：吴国琳，董事长。

被告：吴国琳，男，汉族，1965年2月9日出生，身份证住址：上海市徐汇区，两被告共同委托诉讼代理人：许光宇，上海市君悦律师事务所律师，执业证号：13101201010173411。

原告孙世海与被告中欧汽车电器有限公司、吴国琳股权转让纠纷一案，本院于2018年8月6日立案后，依法适用普通程序公开开庭进行了审理。原告孙世海及其委托诉讼代理人马勇、郭心怡，两被告的共同委托诉讼代理人许光宇到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：1、两被告以人民币2000万元的价格回购原告持有的中欧汽车股份有限公司3.42%的股份；2、两被告立即向原告支付投资收益，投资收益自2015年2月7日起至两被告全额支付回购款人民币2000万元至原告指定银行账户之日止（计算公式为：2000万元×8%×投资天数÷360天，暂计至2018年10月8日投资天数为1339天，投资收益为人民币5951100元）；3、两被告承担因违约给原告造成的律师费等损失人民币749310.6元；4、两被告承担本案的保全费、诉讼费等费用。事实和理由：2014年12月20日，原告与被告中欧汽车电器有限公司签订了《中欧汽车电器有限公司与孙世海关于中欧汽车股份有限公司之股份转让协议》（以下简称股份转让协议），协议约定被告中欧汽车电器有限公司将其持有的中欧汽车股份有限公司400万股股份以每股人民币5元，总价款人民币2000万元价格转让给原告。2014年12月20日，被告中欧汽车电器有限公司、吴国琳及原告三方就分红回购事宜又签订了《中欧汽车电器有限公司与孙世海关于中欧汽车股份有限公司之股份转让补充协议》（以下简称补充协议）。股份转让协议签订后，原告按协议约定于2015年2月6日将股份转让价款人民币2000万元全额支付到被告中欧汽车电器有限公司指定之账户。根据补充协议第四条约定，投资收益开始计算时间为2015年2月7日。根据补充协议第四条约定，被告中欧汽车电器有限公司、吴国琳应于2016年12月31日前完成中欧汽车股份有限公司国内证券交易所首次公开发行并上市，如果中欧汽车股份有限公司未能成功上市，被告中欧汽车电器有限公司、吴国琳承诺以人民币2000万元价格回购原告所持的中欧汽车股份有限公司股份，并按年收益8%支付投资收益给原告，但直至原告提起诉讼之日，中欧汽车股份有限公司仍未上市，原告多次与两被告沟通履行补充协议约定回购中欧汽车股份有限公司股份和支付原告投资收益，但是两被告均拒不履行回购和支付投资收益的义务。

两被告共同答辩称，其一，双方股权转让真实有效，原告支付了转让对价，被告中欧汽车电器有限公司已经将股权转让给原告，原告要求回购于法无据。其二，原告受让股权实际上是想通过标的公司上市获取巨额利润的投机行为。被告中欧汽车电器有限公司收到原告的款项也是用于标的公司的经营，被告中欧汽车电器有限公司没有因此获利。因为没有实现原告的

目的，原告要求两被告回购股份，系其保全自身利益的单方行为，会严重侵害两被告以及标的公司的利益。综上，两被告不同意原告的诉讼请求。

经审理查明，2014 年 12 月 20 日，原告（受让方）与被告中欧汽车电器有限公司（转让方）签订《关于中欧汽车股份有限公司股份转让协议》，约定：被告拟将所持中欧汽车股份有限公司 400 万股股份（占公司股份比例为 3.24%）以人民币 2000 万元的价格转让给原告；原告应于协议生效之日起十个工作日内将股份转让价款足额汇达该被告指定的账户；被告保证股份受让的工商变更登记手续于资金到账后的 15 个工作日内完成；本协议经各方签字盖章后生效。该协议尾部被告落款处加盖有“中欧汽车电器有限公司”的公章，被告吴国琳作为法定代表人也进行了签字。

同日，原告（受让方）与被告中欧汽车电器有限公司（转让方）、被告吴国琳签订了《关于中欧汽车股份有限公司股份转让之补充协议》，约定：如果中欧汽车股份有限公司在 2016 年 12 月 31 日前未能在国内证券交易所首次公开发行并上市或公司首次公开发行并上市的申请未被中国证监会或证券交易所核准，原告有权要求两被告且两被告承诺接受以人民币 2000 万元的价格回购原告本次受让的中欧汽车股份有限公司股份，并按年收益率 8% 计算收益，支付给原告，计算公式为 $2000 \text{ 万元} \times 8\% \times \text{投资天数} \div 360 \text{ 天}$ （投资天数为原告将股份转让价款支付至中欧汽车电器有限公司指定的账户之日起至两被告支付全部回购款至原告账户之日止），中欧汽车股份有限公司在此期间的分红派息计算在收益之内；原告根据补充协议的约定要求两被告进行股份回购，可在回购条件达到后随时书面通知两被告，两被告在收到受让方的书面通知后的三个月内，应完成对原告所持中欧汽车股份有限公司股份的收购手续并向原告付清全部收购价款；本补充协议是对转让协议的补充，本补充协议未约定的事项，以转让协议的约定为准。该补充协议尾部被告中欧汽车电器有限公司落款处加盖有“中欧汽车电器有限公司”的公章，被告吴国琳作为法定代表人也进行了签字。

2015 年 2 月 5 日，原告向被告中欧汽车电器有限公司名下银行账户转账支付股权转让款人民币 2000 万元。2016 年 3 月 2 日，被告中欧汽车电器有限公司将其持有的 400 万股中欧汽车股份有限公司股份变更登记为原告名下。但至今中欧汽车股份有限公司仍未在国内证券交易所上市。

另查，根据原告与被告吴国琳的微信聊天内容显示，2018 年 7 月 5 日被告吴国琳称“资金还要调，没有这样快。想办法。”2018 年 7 月 6 日原告陈述“吴总好！退股协议已经寄出，请签收后寄回一份给我。”被告吴国琳回复“这样大的资金，总有时间借调，我们是制造业，投来资金全部投入企业里了，我也想早点解决”。

又查，两被告在庭后向本院提交情况说明称：如涉案股份需回购，则由被告中欧汽车电器有限公司回购；原告受让中欧汽车股份有限公司股份后未享受过分红；涉案补充协议与股权转让协议上所盖的“中欧汽车电器有限公司”公章不一致，也与备案的公章不一致，请求本院予以鉴定。

还查，原告为本案诉讼财产保全支出担保费人民币 12793.35 元，并支出本案诉讼一审、二审及强制执行的律师费人民币 736517.25 元。

本院认为，本案系股权转让纠纷。关于两被告提出的公章鉴定申请问题。其一，被告中欧汽车电器有限公司的法定代表人吴国琳在股权转让协议及补充协议上均进行了签字，根据股权转让协议关于“本协议经各方签字盖章后生效”及补充协议关于“本补充协议未约定的事项以转让协议的约定为准”的约定，应认定股权转让协议及补充协议已对被告中欧汽车电器有限公司发生效力。其二，股权转让协议及补充协议签订后，原告已按照约定支付股权转让款，被告中欧汽车电器有限公司也履行了变更登记股份的义务，应认定原告与被告中欧汽车电器有限公司已实际履行股权转让协议及补充协议约定的义务。因此，两被告提出的公章鉴定申

请已无实际必要，本院不予准许。也即，股权转让协议及补充协议，均系各方当事人的真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。

关于原告是否有权要求两被告回购涉案受让股份并支付投资收益的问题。其一，中欧汽车股份有限公司至今仍未在国内证券交易所上市，依据补充协议的约定，触发回购的条件已经成就；其二，允许原告收回投资，不涉及中欧汽车股份有限公司资产的减少，不构成抽逃公司资本，也不影响公司债权人的利益；其三，根据双方的微信聊天内容，原告已于 2018 年 7 月 6 日向被告吴国琳发出回购股份的通知，两被告未按补充协议约定在三个月内完成收购手续并付清全部收购价款。因此，原告有权要求两被告以人民币 2000 万元的价格回购涉案受让股份，并按年收益率 8% 支付投资收益。原告于 2015 年 2 月 5 日支付股权转让款，但其仅主张自 2015 年 2 月 7 日起的投资收益，该行为系对自身权利的自主处分，本院予以确认。此外，因两被告向本院声明由被告中欧汽车电器有限公司作为回购主体，且考虑到被告中欧汽车电器有限公司也是涉案股份的转让主体，故本院认定涉案受让股份的回购主体为被告中欧汽车电器有限公司。至于回购款项及投资收益的支付主体问题，因两被告系共同作出回购及支付投资收益的承诺，故应由两被告共同向原告支付回购款及投资收益。

关于原告主张的由两被告承担违约给原告造成的保全担保费、律师费等损失人民币 749310.6 元的问题，因保全担保费并非本案诉讼产生的必要费用，股权转让协议及补充协议也未约定律师费的承担内容，且本院已支持原告主张的相应投资收益，故本院对该项请求不予支持。

依照《中华人民共和国合同法》第四十四条第一款、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十二条之规定，判决如下：

一、被告中欧汽车电器有限公司、吴国琳应于本判决生效之日起十日内向原告孙世海支付回购款人民币 2000 万元及投资收益（以人民币 2000 万元为基数，按照年利率 8% 的标准，从 2015 年 2 月 7 日起计至回购款付清之日止）；同时，原告孙世海应协助被告中欧汽车电器有限公司、吴国琳将原告孙世海名下持有的中欧汽车股份有限公司 400 万股股份（占公司股份比例为 3.24%）转移登记至被告中欧汽车电器有限公司名下。

二、驳回原告孙世海的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费人民币 171589 元，保全费人民币 5000 元，由原告负担人民币 5024 元，两被告共同负担人民币 171565 元。原告已预交的人民币 171565 元，由本院予以退回。两被告应在本判决生效之日起七日内向本院缴纳人民币 171565 元，拒不缴纳的，本院依法强制执行。如不服本判决，可在本判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省深圳市中级人民法院。

审判长 陈贵生

审判员 彭弘卫

人民陪审员 张秀枚

二〇一九年一月二十一日

书记员 申志敏

孙文君与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷二

审民事判决书

深圳市中级人民法院

民事判决书

(2014)深中法商终字第 1772 号

上诉人(原审被告): 孙文君。

委托代理人: 张斌, 广东卓建律师事务所律师。

委托代理人: 刘艳艳, 广东卓建律师事务所律师。

被上诉人(原审原告): 深圳市富安娜家居用品股份有限公司。住所地: 广东省深圳市南山区创业南南油大道西路自行车加工厂 1 栋。组织机构代码: 61888126-8。

法定代表人: 林国芳, 董事长。

委托代理人: 张文, 北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

委托代理人: 周余辉, 北京市中伦(深圳)律师事务所律师。

上诉人孙文君因与被上诉人深圳市富安娜家居用品股份有限公司(以下简称富安娜公司)合同纠纷一案, 不服深圳市南山区人民法院(2013)深南法民二初字第 46 号民事判决, 向本院提起上诉。本院受理后, 依法组成合议庭审理了本案, 现已审理终结。

原审法院经审理查明: 2008 年 1 月 1 日, 富安娜公司与孙文君签订了《劳动合同》, 合同约定期限自 2008 年 1 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日。此后, 孙文君因个人原因离开富安娜公司, 富安娜公司主张孙文君于 2008 年 4 月 1 日离开富安娜公司, 并为此提交了孙文君社会保险缴纳清单为证, 该清单显示富安娜公司为孙文君缴纳社会保险至 2008 年 3 月; 孙文君称其离开时间与社保缴纳期限一致, 但不确认其是 2008 年 4 月 1 日离开富安娜公司。

2007 年 6 月 20 日, 富安娜公司召开第一次临时股东大会, 审议通过了《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》, 同意富安娜公司以定向发行新股的方式, 向高级管理人员及主要业务骨干发行 700 万股限制性股票, 发行价格为 1.45 元/股(以下币种均为人民币)。2007 年 6 月 19 日, 孙文君向富安娜公司支付了 29000 元, 认购富安娜公司的股票 20000 股。2007 年 6 月 29 日, 富安娜公司在深圳市市场监督管理局(原深圳市工商行政管理局)办理了股权变更登记, 富安娜公司提交的核发证照(通知书)情况记录表显示, 富安娜公司于 2007 年 6 月 29 日的注册资本为 7700 万元, 其中孙文君占有富安娜公司 0.0259% 的股份。

2008 年 3 月 4 日, 富安娜公司召开第一届董事会第九次会议, 会议达成了《关于终止<深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)>的议案》: 内容为: 终止实施《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划(草案)》, 拟对 109 名激励对象所持有的 700 万股限制性股票做如下处理: 给予限制性股票持有人股票回售选择权, 对于放弃股票回售选择权的限制性股票持有人, 其持有的限制性股票全部转换为同股数的无限限制性的公司普通股, 与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权等。该草案“特别提示”部分规定: “本限制性股票激励计划的期限为 4.5 年, 包括禁售期 1.5 年、限售期 3 年。自激励对象获授限制性股票之日起 1.5 年(即 2007 年下半年及 2008 年度), 为限制性股票禁售期。”第一条“释义”部分规定: “限制性股票指富安娜公司根据本计划授予激励对象的、转让受到限制的富安娜公司普通股, 以及因公司送红股或转增股本而新增的相应股份。”第十条“限制性股票的授予和解锁程序”部分规定: “激励对象在获授限制性股票后, 享有与公司普通股股东相同的权利、承担相同的义务, 但限制性股票的转让受本计划限制”。第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定: “在本限制性股票禁售期和限售期内,

激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”，“激励对象因触犯法律、违反职业道德、泄露公司机密、失职或渎职等行为严重损害公司利益或声誉，公司有权根据限制性股票认购成本价回购其所持限制性股票”。

2008 年 3 月 20 日，富安娜公司召开 2008 年第二次临时股东大会，审议通过了《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）的议案〉》。同日，孙文君出具《确认函》及《承诺函》，其中《确认函》内容为：“本人孙文君，根据公司 2007 年第三次临时股东大会审议通过的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的有关约定，现持有公司限制性股票 2 万股。根据公司 2008 年第二次临时股东大会审议通过的《关于终止〈深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）的议案〉》的有关约定，本人同意将持有的公司限制性股票转换为同股数的无限制性的公司普通股，与公司其他普通股股东所持有的股票同股同权。”《承诺函》内容为：“本人孙文君，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称‘公司’）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 2 万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺：1、自本承诺函签署日至公司申请首次公开发行 A 股并上市之日起三年内，本人不以书面的形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日、不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为、不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为。2、若发生上述违反承诺的情形，本人自愿承担对公司的违约责任并向公司支付违约金，违约金=（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本人持有的股份+本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。3、若发生上述违反承诺的情形，本人应在持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金。”

2009 年 12 月 30 日，富安娜公司发布首次公开发行股票上市公告书，富安娜公司的控股股东、担任公司董事、监事、高级管理人员的股东及其他股东均承诺：自公司股票上市之日起 36 个月内不转让或者委托他人管理其所持有的本公司股份，其于首次公开发行前已发行的股份可上市交易时间为 2012 年 12 月 30 日。同日，富安娜股票（股票代码：002327）在深圳证券交易所上市，首次公开发行后总股本数为 10300 万股。

2010 年 5 月 19 日、2012 年 4 月 19 日，富安娜公司分别召开了 2009 年年度股东大会、2011 年年度股东大会，会议分别审议通过了《关于〈2009 年度利润分配及资本公积转增股本的预案〉的议案》、《关于〈2011 年度资本公积转增股本的预案〉的议案》，经过两次转增，孙文君持有富安娜公司股份增至 31200 股。

另查，广东大华德律会计师事务所于 2009 年 7 月 21 日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止 2009 年 6 月 30 日、2008 年 12 月 31 日、2007 年 12 月 31 日、2006 年 12 月 31 日财务报表的审计报告》显示，2007 年 12 月 31 日，富安娜公司的净资产为 170816910.18 元，总股本数为 7700 万股。

再查，2012 年 12 月 31 日富安娜股票的收盘价为 46 元/股。

富安娜公司诉至法院，请求判令：1、孙文君向富安娜公司支付违约金 963456 元（违约金暂以富安娜公司 2012 年 12 月 25 日收盘价 33.10 元为依据计算，具体支付的金额以 2012 年 12 月 30 日的收盘价计）至付清之日止的迟延履行利息（利息从 2013 年 1 月 9 日起算）；2、孙文君承担本案的诉讼费用（诉讼费及保全费）。庭审中，富安娜公司明确其第 1 项诉讼请求中的违约金金额为 960336 元。

原审法院审理认为：孙文君在富安娜公司股东会通过《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》后，向富安娜公司交纳购股款认购富安娜公司的限制性股票，2008 年 3 月 20 日，孙文君出具《确认函》确认同意将其持有的限制性股票转换为同股数的

普通股票，同时，孙文君出具《承诺函》，富安娜公司依据该承诺内容，要求孙文君支付违约金及相应利息。本案的争议焦点为：1、富安娜公司的起诉是否超过诉讼时效期间；2、孙文君出具的《承诺函》内容是否合法，孙文君是否构成违约。

关于第 1 个争议焦点，根据相关法律规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年，本案中，富安娜公司要求孙文君根据其出具的《承诺函》支付“违约金”，孙文君在《承诺函》中明确承诺于“本人应持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金”，即诉讼时效期间应以孙文君承诺支付“违约金”期限届满的次日起计算，而孙文君持有的股票在证券市场可以公开抛售之日为 2012 年 12 月 30 日，因 2012 年 12 月 30 日为非交易日，涉案股票可以公开出售之日顺延至 2012 年 12 月 31 日，孙文君应于此后三个交易日前即 2013 年 1 月 8 日前向富安娜公司支付“违约金”，诉讼时效自 2013 年 1 月 9 日起算，富安娜公司于 2012 年 12 月 26 日起诉并未超过诉讼时效，故孙文君的此抗辩意见，该院不予采纳。

关于第 2 个争议焦点，孙文君在富安娜公司工作期间，向富安娜公司认购了股票，其与富安娜公司形成两种法律关系，一种是孙文君基于其劳动者的身份与富安娜公司构成劳动合同关系，另一种是孙文君基于其认购了富安娜公司的股票成为富安娜公司的股东，与富安娜公司形成了股东与公司之间的关系，本案富安娜公司以孙文君违反了其于 2008 年 3 月 20 日出具的《承诺函》的约定为由，要求孙文君支付违约金及相关利息。从《承诺函》中“本人孙文君，为深圳市富安娜家居用品股份有限公司（以下简称“公司”）的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 2 万股。鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份”的表述看，孙文君是基于富安娜公司给予其购股资格成为股东后而作出的承诺，而给予孙文君购股资格并非富安娜公司作为用人单位的义务。虽然《承诺函》中关于“不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工 7 日”的表述涉及到劳动者应遵守的劳动纪律，但这并非劳动者为了获取工作机会而作出的承诺，承诺内容并非富安娜公司与孙文君对劳动合同的补充，而是在孙文君获得了以优惠价格购买富安娜公司的股票的资格后作出的承诺，即富安娜公司一方面给予孙文君以优惠价格购买股票的资格，另一方面也要对孙文君的行为进行一定的约束，孙文君在确认将其持有的限制性股票转换为普通股票的同时作出一定的承诺，是股东基于认购股票对公司的承诺，孙文君以其承诺换取股票收益，故富安娜公司与孙文君是公司股东之间的普通合同纠纷，非劳动合同纠纷，判断《承诺函》的内容是否符合法律规定，应适用《中华人民共和国合同法》及《中华人民共和国公司法》，而不适用《中华人民共和国劳动合同法》。

《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》规定的面向激励对象发行的限制性股份是由激励对象（高级管理人员及主要业务骨干）自愿认购的、转让受到公司内部一定限制的普通股。此种激励计划有利于增强富安娜公司经营团队的稳定性及工作积极性，增进富安娜公司与股东的利益，不违反法律强制性规定，是合法有效的。该激励计划第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”部分规定“在本限制性股票禁售期和限售期内，激励对象因辞职而终止与公司的劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票”。根据此种回购条款，在约定条件发生时（即当激励对象在禁售期和限售期内辞职时），富安娜公司有权从激励对象回购限制性股份，回购价格按富安娜公司上一年度经审计的每股净资产计算，激励对象只能获得约定的利益（即上一年度经审计的每股净资产价值）。此种回购条款体现了激励与约束相结合原则，公平合理，当激励对象在约定期限内辞职这一条件成就时，激励对象从所持限制性股份中获得的利益应受该回购条款的限制。

由于在富安娜公司上市前其股份（包含激励对象所持股份）统一托管于中国证券登记结算有限责任公司且在上市后富安娜公司股份按证券交易所统一交易规则进行交易，富安娜公司在

上市后将难以直接对激励对象转让股份的行为进行限制，亦难以直接回购激励对象的股份，故富安娜公司在终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并根据自愿原则将激励对象所持限制性股份转化为无限售普通股的同时，采用由激励对象出具《承诺书》的方式继续对激励对象进行约束。根据《承诺函》，激励对象如在富安娜公司 A 股上市之日起三年内以书面的形式向富安娜公司提出辞职或连续旷工超过七日的，应向富安娜公司支付违约金，违约金 =（激励对象持有的富安娜公司股份在证券市场可以公开抛售之日的收盘价 - 激励对象发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的富安娜公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日激励对象持有的富安娜股份 + 激励对象持有的富安娜公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。此种《承诺书》实为原《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购条款的变通和延续，亦体现了激励与约束相结合原则，激励对象按照《承诺函》向富安娜公司支付“违约金”后所能获得的利益仍为激励对象违反承诺日上一年度经审计的每股净资产价。《承诺书》继续对提前辞职的激励对象所能获得的股份投资收益予以限制，并不违反公平原则，是合法有效的。

激励对象因身为富安娜公司高级管理人员或主要业务骨干而被富安娜公司认可具有认购限制性股份的资格。激励对象与富安娜公司之间劳动合同关系的成立和存续，影响到激励对象与富安娜公司之间股权关系的成立和存续。但劳动合同关系与股权关系属于两个独立的、不同性质的法律关系，有着不同的权利义务内容，不能混为一谈。激励对象认购富安娜公司增发的股份，双方成立新增资本认购合同关系，激励对象的合同义务是按时足额缴纳认股价款，激励对象在按时足额缴纳认股价款后其义务即已履行完毕。激励对象提前离职并非《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》或后续《承诺书》约定的股权关系之中激励对象的违约行为，而是股权关系中的回购条款或收益限制条款的生效条件，当该条件成就时，富安娜公司有权按《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》回购股份，或有权按《承诺书》限制激励对象获得收益，激励对象应依约将受限制部分的股份投资收益（即“违约金”）返还给富安娜公司。孙文君在富安娜公司上市后三年内离职，《承诺书》约定的对孙文君股份投资收益进行限制的条件已经成就，孙文君应依约将被限制的部分收益（即“违约金”）返还给富安娜公司，即按“（本人持有的公司股票在证券市场可以公开抛售之日的收盘价 - 本人发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日本人持有的股份 + 本人持有的公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）”向富安娜公司返还收益 960336 元（（33 元 / 股 - 170816910.18 元 ÷ 7700 万股）× 31200 股），富安娜公司要求孙文君支付 960336 元的诉讼请求，原审法院予以支持。按照《承诺函》的约定，孙文君应于 2013 年 1 月 8 日前向富安娜公司支付，孙文君未按时支付，其逾期支付的行为给富安娜公司造成了利息损失，故孙文君还应自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率向富安娜公司支付利息，富安娜公司的该项诉讼请求，该院亦予以支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第四十五条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决：孙文君应于判决生效之日起十日内向富安娜公司支付 960336 元及利息（利息自 2013 年 1 月 9 日起按中国人民银行同期同档次贷款利率计算至判决确定的付款之日止）。本案案件受理费 13434.56 元、保全费 5000 元，共计 18434.56 元，由孙文君负担。

上诉人孙文君不服原审判决，向本院提起上诉称：一、原判漏查重要事实，依法应予纠正。

（一）原判对于孙文君是否存在以优惠价格购买股票的行为未予查明，属于漏查重要事实，依法应予纠正。涉案《承诺函》所涉及的重要内容之一系孙文君存在以优惠价格购买股票的行为。《公司法》第一百三十六条规定：“公司发行新股，可以根据公司经营情况和财务状况，确定其作价方案”。根据以上规定，公司发行新股时的价格是否存在优惠，应以公司发行新

股时的经营状况和财务状况确定。孙文君认购涉案股票系 2007 年 6 月，从经营状况上看，富安娜公司正处于上市准备阶段——即股改募资阶段，孙文君认购股权时未获得富安娜公司作出的任何关于股票投资回报的承诺（如：确保在多长时间上市，确保上市后股价高于认购价，确保每年分红额等），即孙文君未获得关于认股资格或者回报条件的优惠；从财务状况上看，孙文君是否存在以优惠价格认购股票的行为应以认购当时的价格与富安娜公司财务状况密切相关的资产净值数据对比确定。原判仅在判决书第 8 页对富安娜公司 2007 年 12 月 31 日的净资产值作出了认定，但对于孙文君认购涉案股票前的富安娜公司资产值未作出认定，进而对于孙文君是否存在以优惠价格认购股票的行为未予认定，属于漏查重要事实，二审法院应予纠正。

孙文君认购涉案股权系 2007 年 6 月，富安娜公司在其诉状及证据目录中均已明确，该股权认购价格系依据认购当时上一年度（即截止 2006 年 12 月 31 日）的公司净资产金额折算价格确定为 1.45 元 / 股，该股权价格系依据富安娜公司股权认购前的净资产确定的，与富安娜公司的注册资本相比，该认购价格属于溢价认购，溢缴资金已经转入资本公积（详见富安娜公司提交的证据《第一届董事会第三次会议决议》、《2007 年第一次临时股东大会会议决议》）。以上事实已经证明，孙文君认购涉案股权不存在以优惠价格认购的情形，同时也证明涉案《承诺函》所涉及内容的虚假性，孙文君在代理意见中已对不存在以优惠价格认购股权的事实进行了重点阐述和论证，但是原判对此未予理会，对以上事实亦未予审查，属于漏查重要案件事实，依法应予纠正，请二审法院对于以上事实进行审查，以确定孙文君不存在优惠价格认购的事实，查明涉案《承诺函》的虚假性。

（二）原判对涉案《承诺函》系富安娜公司提供的格式条款之事实未予查明，属于漏查重要事实，应予纠正。原判的重要依据之一系涉案《承诺函》，对于涉案《承诺函》所具有的格式条款特征之事实，原判未予查明。《合同法》第三十九条第二款规定：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”根据富安娜公司起诉包括孙文君在内的股东所形成（2013）深南法民二初字第 32-51 号等案件中所涉及的《承诺函》，从内容上看，涉案《承诺函》与其他关联案件的《承诺函》内容除手填的个人信息和持股数量外，其他内容完全一致，符合为了重复使用而预先拟定的特征；从形成过程上看，涉案《承诺函》系依据富安娜公司统一提供的文本，填写相关信息后形成的文件，在形成过程上，未经协商，涉案《承诺函》的上述特征无论在内容上，还是形成过程上，均具有格式条款的典型特征。涉案《承诺函》的格式条款性质具有明确的事实予以证明，对于此种格式条款的特征及属性，孙文君在答辩及代理意见中均作为抗辩理由提出，但是原判未予审查和认定，属于漏查重要案件事实，请二审法院依法予以纠正。

（三）原判对于《承诺函》的真实性没有查明，应予纠正。富安娜公司主张违约金的依据是《承诺函》，但孙文君从未签署过本案所争议的《承诺函》，该承诺函是富安娜公司伪造或者变造的，不是孙文君的真实意思表示。对于涉案《承诺函》的真实性，孙文君在庭审中提出了明确异议，即包括签字的笔迹、指模大小、落款日期、纸张对比等都存在明显造假嫌疑，具体表现在以下方面：第一，涉案《承诺函》的签名笔迹明显与本人的书写习惯不符，落款日期为同一日的《承诺函》、《确认函》系使用不同书写工具签署形成，不符合常理，且两份落款同日的文件反映的却是孙文君在不同时期的书写习惯，与常理相悖；另《承诺函》所涉及的指模印渍没有任何油渍印痕，明显具有伪造的嫌疑，一审法院对于以上可以直接识别的事实未予认定，属于漏查重要事实，依法应予纠正。第二，落款日期为同一日的《承诺函》、《确认函》纸张材质陈旧程度明显不同，对于肉眼即可辨别的伪造事实，原判未予审查，属于漏查重要事实，依法应予纠正。第三，经肉眼辨别，富安娜公司起诉包括孙文君在内的股东所形成（2013）深南法民二初字第 32-51 号等案件中所涉及的《承诺函》落款日期均出自同一人笔迹，绝非孙文君本人签署，存在明显伪造嫌疑。第四，富安娜公司起诉其他股东孙

文君的（2013）深南法民二初字第 46 号案件中，富安娜公司当庭提交的《承诺函》证据“原件”与其提交的《承诺函》证据复印件签字与指模的重叠性与位置明显不同，对于证明富安娜公司具有伪造涉案《承诺函》的嫌疑之认定具有重要意义，但是一审法院未予审查和考虑，漏查重要事实。第五，富安娜公司起诉其他股东陈谨的（2013）深南法民二初字第 34 号案件所涉及的第一阶段《文书司法鉴定意见书》（粤南（2013）文签字第 795 号）第五条第 3 项已经明确，涉案《承诺函》第二段文字打印部分形成时间为 2008 年 5 月中旬，非落款所明确的“二〇〇八年三月二十日”，已经间接证明了富安娜公司伪造或者变造涉案关键证据承诺函的事实，目前陈谨已经申请对于涉案承诺函的签名形成时间进行鉴定，以进一步证明《承诺函》伪造时间。一审法院对于与本案具有重大关联的事项未予理会，属于漏查重要事实。

综上，涉案关键证据《承诺函》明显存在伪造或者变造的嫌疑，无法证明所谓“合同”已经订立并生效的事实，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条之规定，富安娜公司并未完成全部的举证责任；一审过程中，孙文君曾特别向法庭表示，如果富安娜公司提出司法鉴定申请，孙文君愿意配合，但富安娜公司并没有在举证期限内提出鉴定申请，法庭也没用依职权作出司法鉴定的决定。原判不顾富安娜公司未完成举证责任的事实及涉案关键证据的伪造或者变造之事实，在双方就该问题存在明显争议的情况下，仅凭富安娜公司单方面意见，即认定关键证据的真实性，明显有失公允，故孙文君请求二审法院通过司法鉴定等途径查明该关键证据《承诺函》的真实性，孙文君愿意配合进行司法鉴定。

二、原判存在法律适用错误的情形，依法应予纠正。（一）原判引用已经失效的法律文件作为裁判依据，依法应予纠正。涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》系富安娜公司 2007 年第一次临时股东大会决议通过后实施的文件，在 2007 年 6 月 20 日至 2008 年 3 月 20 日之间曾发生过法律效力，但在 2008 年 3 月 20 日，富安娜公司已经在其 2008 年第二次临时股东大会上以决议的方式废止了该计划，即涉案诉讼发生时，《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》属于已经被终止的无效文件，不再具有任何法律效力，原判将该文件作为认定案件事实的重要依据之一，系对《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》法律效力的错误认定，应予纠正。

（二）涉案《承诺函》主要系依据孙文君的劳动者身份作出，一审法院将《承诺函》中的事实陈述作为认定孙文君作出承诺的身份的主要依据，进而认定《承诺函》系基于股东身份作出，属于法律适用错误，依法应予纠正。涉案《承诺函》系案件的主要争议之所在，从内容上看，其分为三部分：第一部分为持股事实陈述部分，即《承诺函》第一段的内容，亦即“本人孙文君，富安娜公司的股东。截至本承诺函签署日，本人持有公司股份 2 万股”；第二部分为承诺函作出所依据的身份部分，即《承诺函》第二段的内容，亦即“鉴于本人在公司任职，且是以优惠的条件获得上述股份，本人在此自愿向公司承诺”；第三部分为承诺内容部分，即《承诺函》第三至六段的内容，即不得从事的行为及违约金的计算、支付时间等。在承诺函的段落分布中，已经明确了承诺作出时所依据的首要身份系“本人在公司任职”而产生的劳动者身份，第一段所述内容仅为持股事实的陈述，并非承诺作出所依据的身份的表述，即承诺函无论从作出的身份上看，还是承诺内容上看，均属于劳动法调整的范畴，并非合同法律关系。原判不顾承诺函的基本内容、事实陈述与承诺身份分段列示的事实，将持股事实陈述认定为孙文君作出承诺的身份，进而认定《承诺函》系依据孙文君的股东身份作出，进而认定涉案《承诺函》与劳动合同关系无关，不适用《中华人民共和国劳动合同法》，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（三）《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》、《承诺函》属于独立的法律文件，原判以《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》

的有效性作为认定《承诺函》有效性的依据，属于法律适用错误，应予纠正。已被富安娜公司股东大会决议终止，并公开披露的废止的涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》系 2007 年 6 月至 2008 年 3 月 20 日期间实施过的法律文件，从性质上看，属于富安娜公司已失效的规章制度的范畴，涉案《承诺函》属于依据富安娜公司提供的文本形成的格式文件，无论从《承诺函》作出的身份，还是内容上看均属于劳动合同的重要补充范畴。《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》与《承诺函》无论在文件性质还是形式上均属于独立的法律文件。效力认定应当分别依据公司规章制度的相关规定及劳动合同的效力影响因素进行判断，原判不顾上述文件的独立性，将股权激励计划的有效性作为认定《承诺函》有效性的依据，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（四）原判将《承诺函》认定为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关条款的变通和延续，确认《承诺函》的有效性，将导致公司治理结构的混乱，属于法律适用错误，应予纠正。富安娜公司 2008 年第二次临时股东大会决议已经明确涉案《限制性股票激励计划》已经终止，且孙文君所持股权已经转化为普通股股权，与本次同时转化为普通股的其他股东及林国芳、陈国红、柯凡、施建平等其他普通股股东具有同等的股东权利。根据《首次公开发行股票并上市管理办法》第二章第一节第十三条的规定，公司上市发行的重要条件之一系“发行人的股权清晰”，正是基于股权清晰的考虑，富安娜公司终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，构成其所谓的“配合上市”。如原判认定的涉案《承诺函》作为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的变通和延续成立，直接导致富安娜公司在上市时“股权清晰”的条件无法达到，即如一审法院判定《承诺函》合法有效成立，等同于承认富安娜公司上市之前不具备上市的主体资格，构成欺骗造假上市。根据《上市公司股权激励管理办法（试行）》第五章“实施程序和信息披露”的规定，富安娜公司股权激励计划的实施需要经过董事会审议通过后，提交中国证监会备案，并提交股东大会以特别决议的形式审议通过后方能实施；《上市公司股权激励管理办法（试行）》第四十一条进一步明确规定，“除非得到股东大会明确授权，上市公司变更股权激励计划中本办法第三十七条所列事项的，应当提交股东大会审议批准。”按照以上程序性要求，涉案《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》包括回购条款等效力的变更或者恢复亦需要经富安娜公司股东大会决议审核，并履行相应的备案、披露程序后方能恢复和实施，原判不顾法律、法规、规范性文件的规定及公司治理的规范性要求，未审查富安娜公司是否通过股东大会决议审核的事实，是否依法进行了备案、披露的事实，将《承诺函》认定为《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关回购条款的变通和延续，该种认定将直接导致公司董事会、股东大会的治理机构设置形同虚设，使已经失效、且未经合法决议程序恢复的《限制性股票激励计划》事实上获得恢复，规避了公司董事会、股东大会决议等程序要求，导致公司治理结构混乱，对外而言，一审法院的该种认定直接导致了富安娜公司对《上市公司证券发行管理办法》第十一条不得进行“虚假记载”、“严重损害投资者的合法权益”的违反，富安娜公司上市后，未及时披露《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》相关条款已经通过《承诺函》获得事实变通和延续的行为也违反了上市公司信息披露的要求和规定，该种严重的法律适用错误，依法应予纠正。

（五）原判对孙文君身份认定有误，依法应予纠正。孙文君在 2007 年 6 月依据《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》认购股权时，系受激励对象，但是 2008 年 3 月 20 日富安娜公司以 2008 年第二次临时股东大会决议终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》后，孙文君所持的涉案股票已经转化为普通股股票，其身份也已经由受激励股东转换为普通股股东，孙文君也不再是激励对象，原判认定《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》终止后，孙文

君仍系激励对象，属于法律适用错误，应予纠正。原判第 10 页最后一段认定，富安娜公司“因上市前其股份（包含激励对象所持股份）托管于中国证券登记和结算有限责任公司……上市后将难以直接对激励对象转让股份行为进行限制……”作为认定废止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并以承诺函的形式变通和延续的理由，除对孙文君身份认定有误外，还存在对回购认定法律适用错误的情形；根据《公司法》第一百四十三条的规定，除特殊情形外，公司不得回购本公司股份，事实上，在法定情形下，履行相应程序可以行使回购权，上市前富安娜公司确实曾回购过相关股东的股权，上市后三年内不得回购股权系因股票锁定所致，在锁定期满后，履行法律程序，可以行使回购权，原判将股票统一登记，富安娜公司难以直接回购等认定为废止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并以承诺函的形式变通和延续的原因，适用法律错误，依法应予纠正。

（六）原判漏查涉案《承诺函》格式条款属性对涉案承诺函效力的影响，属于法律适用错误，依法应予纠正。如上所述，涉案《承诺函》系依据富安娜公司提供的文本形成的格式条款文件，其效力的认定应参照合同法有关格式条款效力认定的有关规定确定。从涉案《承诺函》的内容上看，明显增加了孙文君作为股东的义务和责任，且限制了其作为劳动者的自由择业权，参照《合同法》第四十条的规定，应认定为无效；但是原判对《承诺函》的格式条款属性及效力未作任何认定，属于法律适用错误，应予纠正。

（七）涉案《承诺函》虽然并非孙文君为获得劳动机会而作出，但是其无论从作出的身份，还是内容上看，均系属于对其劳动关系的约束和补充，属于劳动合同的重要组成部分。《劳动合同法》第三十五条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。”由此可见，劳动合同的补充不限于劳动者为获取劳动机会而作出。如上所述，涉案《承诺函》作出所依据的首要身份系基于其“本人在公司任职”所产生的劳动者身份；从涉案《承诺函》第三部分承诺内容上看，其第 1 项关于不得从事行为的承诺，即“不以书面形式向公司提出辞职、不连续旷工超过七日，不发生侵占公司资产并导致公司利益受损的行为，不发生收受商业贿赂并导致公司利益受损的行为”，均属于对孙文君劳动者权利（含自由择业权等）的限制和劳动者义务的重复说明，属于对劳动合同的重要补充，原判以《承诺函》所涉及的内容并非劳动者为了获取工作机会而作出的承诺，进而认定承诺内容“并非富安娜公司与孙文君对劳动合同的补充”，明显属于对《劳动合同法》的误读，法律适用错误，依法应予纠正。涉案《承诺函》作为劳动合同的补充，其所设定的违约金条款明显违反了《劳动合同法》第二十五条“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金”的规定，应属于无效条款。一审判决因对涉案《承诺函》的性质认定有误，进而对其效力错误认定，漏查其违反《劳动合同法》强制性规定的事项，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（八）涉案《承诺函》违背了同股同权的公司法基本原则，亦应认定为无效。根据富安娜公司 2008 年第二次股东大会的会议决议，从 2008 年 3 月 20 日起，孙文君所持涉案股票已经由限制性激励股票转换为与公司其他股东（含本次转为普通股的其他股东及柯凡、施建平、陈国红、公司控股股东林国芳等在内的全部其他股东）所持股票相同的普通股票。根据《公司法》第一百二十七条的规定，股份有限公司“股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利”，本条内容确定了同股同权的公司法基本原则。孙文君所持股权作为普通股票亦应享有普通股权，该等股权除法律限制外，不应附加其他限制。《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”根据《公司法》第八十一、八十三、八十四、九十二条的规定，公司股东负有出资、筹办公司事务、不得抽逃出资等义务，除上述法定义务外，不应在普通股股东法定权利外，附加其他义务。涉案《承诺函》系在普通股东权利之外，为孙文君所持股票附加了其他义务，该种义

务的附加已经违反了同股同权的公司法原则，应当确认为无效。若原判认为《承诺函》中内容对离职股东有约束力成立，离职股东负有《承诺函》所记载的义务的话，请问林国芳和陈国红作为普通股股东是否做出过与《承诺函》内容一致的承诺？施建平、柯凡作为同样的普通股股东，从未在公司任职，是否负有同样的承诺义务，并作出了承诺？否则如何体现同股同权？如富安娜公司主张林国芳、陈国红、施建平、柯凡出具过与涉案《承诺函》一致的《承诺函》，请求二审法庭依法调取相关证据以证明同股同权的存在。

（九）《承诺函》属于单方行为，不能适用合同法的规定。从性质上来讲，《承诺函》系依据富安娜公司提供的格式条款出具的单方文本，富安娜公司对此没有任何对等的书面回应，更未形成孙文君、富安娜公司分别持有的双方法律文件，从法律行为的类型来看，涉案承诺函属于单方法律行为；而合同或协议则属于双方或多方法律行为，作为单方法律行为的承诺函与双方或者多方法律行为的合同均可以适用《民法通则》，但单方法律行为并不能直接适用《合同法》规制；一审判决径行认为《承诺函》适用合同法的规定规制过于武断，属于法律适用错误，依法应予纠正。

（十）原判判定的违约金数额过高。在不考虑《承诺函》等关键证据合法性的情况下，原判依据《承诺函》判令孙文君向富安娜公司支付巨额违约金有失公允，应予纠正。本案中所谓“违约行为”系孙文君离开富安娜公司，因此如果孙文君存在违约的话，富安娜公司受到的实际损失应为孙文君离开富安娜公司之日起至 2012 年富安娜公司起诉之日因孙文君未再上班给富安娜公司所造成的实际损失，且该损失应限指直接的物质损失。1、一审中，富安娜公司并未提供其因孙文君离开富安娜公司所造成的实际损失的证据，因此应当承担未举证的不利后果；2、《承诺函》中所定的违约金数额及计算方式与富安娜公司的损失之间没有任何因果关系；3、即使富安娜公司存在损失，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 29 条的规定，违约金也不能超过对方实际损失的 30%；4、原判中所谓“富安娜公司以优惠价格给予孙文君购股资格”中的“优惠”是莫须有和不存在的，因此也就不存在“富安娜公司的损失在其以优惠价格向孙文君发售股票时即已产生”；同时股东的获利主要是基于股票市场的活跃与兴盛而并非富安娜公司所给予。事实上在股权激励的本案中，作为公司而言，其本质性的损失应该是股票溢价收益机会的错误让与，即选人不当，而这种非物质性损失的实际承受者并不是公司而是被此前股权激励计划淘汰的人选，所以富安娜公司本身并不存在物质性损失。5、原判变相地将非物质损失物质化、赋予一般法律行为惩罚性赔偿。而在我国民事法律体系中，只有《合同法》中的定金、《消费者权益保护法》、《产品质量法》和《侵权责任法》中的产品责任、《食品安全法》、商品房买卖中才存在法定的惩罚性赔偿，在此之外均是以填补损害为原则的补偿性违约金。

（十一）原判关于诉讼时效的认定，适用法律错误，应予纠正。《民法通则》第一百三十七条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算”。在本案中，富安娜公司在其起诉状中认为“孙文君未依其承诺留在富安娜公司任职，而是辞职或因连续旷工自动离职离开富安娜公司，孙文君的行为构成违约，该违约行为导致富安娜公司对孙文君的股权激励目的无法实现，富安娜公司合法权益受损。”既然富安娜公司认为孙文君的离职违约行为导致其权益受损，那么本案诉讼时效应当从富安娜公司知道或应当知道孙文君违约离职之日起算（即 2008 年 4 月 1 日孙文君自富安娜公司离职之日起计算）。富安娜公司于 2012 年 12 月 26 日起诉，已超过上述法律规定的诉讼时效。至于《承诺函》中承诺的支付违约金的时间，其并非孙文君“违约”的时间，而只是计算并支付违约金的时间，违约金最后计算是多少，是否需要给付，均以何时开始违约，是否构成违约，孙文君违约责任有多大，富安娜公司是否及时行使诉权等为判定依据。原判将《承诺函》约定的违约金给付之日作为认定本案是否超过诉讼时效的起始日，而不是将富安娜公司何时知道或应当知道孙文君“违约”之日作为诉讼时效的起始日，是在偷换概念；另一方面，本案是以合同纠纷立案而审理的违约之

诉，不是以债务纠纷立案并审理的金钱给付之诉，两者关于诉讼时效的起算完全不同，原判适用法律错误，应予纠正。若按照原判定确定的诉讼时效起算时间计算，富安娜公司提起诉讼时，违约事项尚未发生，一审法院受理案件的基础不存在，一审法院受理的案件应予驳回，但是一审法院却对不具有受理基础的案件进行了审理，适用法律明显不当，依法应予纠正。

（十二）涉案诉讼所涉及的违约金利息等扩大的损失，系因富安娜公司提前起诉所致，富安娜公司无权主张，原判关于利息的认定存在适用法律错误，依法应予纠正。在不考虑《承诺函》等关键证据真实性和合法性的情况下，从客观情况看，涉案违约金利息等损失产生的重要原因系富安娜公司在支付违约金的期限届至前提前起诉、一审法院不当受理并查封孙文君的涉案股票等行为所致，利息等损失并非孙文君原因产生，而系富安娜公司原因所致，富安娜公司无权要求孙文君承担，原判判令孙文君承担利息损失，属于适用法律错误，依法应予纠正。另，富安娜公司提前诉讼，一审法院不当受理和查封的行为导致孙文君产生了律师费、差旅费、误工费、诉讼费等支出，不当冻结造成的股价变动损失及账户查封造成的利息等损失，孙文君保留追究富安娜公司赔偿上述损失的权利。

（十三）孙文君与富安娜公司之间曾经确实存在多种法律关系，就一审查明的事实来看，除劳动合同关系之外，与股东身份有关的还包括股权认购合同关系，以及可能发生的股权回购关系，每一种法律关系所依据的法律法规不同，其权利义务的安排也不同，不应混为一谈。在不考虑前述上诉理由的情况下，如果按照原判的认定，确认本案所涉《承诺函》体现的是股权法律关系，那么其究竟是股权认购合同的补充，还是股权回购合同的缔结？在股权关系项下，依据何种法律规定股东需向公司承诺在公司服务满一定期限？还是股东自愿与公司约定服务期限及违约责任而可以不受劳动法律法规的约束？对上述问题稍加思考和分析，即不难判断一审判决存在许多自相矛盾且难以自圆其说的问题。

在本案中，孙文君唯一的“过错”（如果说有过错的话），无非是提前辞职，如果富安娜公司主张依据已失效的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，其有权回购孙文君所持公司股权，并按原判的逻辑理由获得支持，也不过只是回购请求权获得支持而已，其回购价格及其他回购条件还需要双方协商约定，何况上市公司股价每时每刻都在波动之中。若本案一审判决生效，将不仅在客观上产生富安娜公司实现已经失去有效法律文件支持的回购孙文君股权的目的，而且可以确保富安娜公司作为上市公司不受股价波动的影响，实现按上市当天价格回购的收益，这即便是在孙文君与富安娜公司签订有股权回购协议的情况下也不可能实现。目前富安娜公司股票在持续下跌，孙文君即便能够卖出股份（因富安娜公司的申请保全行为一直处于查封状态），也实现不了原判认定的股权收益，难道孙文君出资认购了富安娜公司股份，仅仅因为提前辞职，还需要孙文君在出资额之外向富安娜公司承担巨额赔偿责任吗？这显然不公平！没有任何法律依据！原判适用法律错误，依法应予纠正。

目前，本案一审判决的内容经由富安娜公司公告，已经引起了证券市场各方的关注。富安娜公司为上市目的终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，实际上却继续依据已经失效的激励计划对股东权利进行限制，是否涉嫌构成对证券监管机构及广大公众的欺骗，尚有待相关部门的调查认定，提请二审法院注意。请二审法院理清不同法律关系，依法裁判。

三、原判存在程序不当的情形，依法应予纠正。（一）部分文件未经质证即作为认定案件事实的依据，程序违法，应予纠正。原判第 7 页最后一段及第 8 页第一段“另查”所涉及的内容依据的主要材料系广东大华德律会计师事务所于 2009 年 7 月 21 日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止 2009 年 6 月 30 日、2008 年 12 月 31 日、2007 年 12 月 31 日、2006 年 12 月 31 日财务报表的审计报告》（下称“《审计报告》”），但是孙文君在一审审理过

程中既未收到富安娜公司提交的该份证据，亦未收到法院送达的其调取该份《审计报告》文件，更未对该《审计报告》发表过质证意见。《最高人民法院关于民事证据的若干规定》第四十七条第一款规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”一审法院径自以未向孙文君送达、更未经过孙文君质证的《审计报告》作为认定案件事实的依据，违反了以上证据必须经过质证的规定，程序违法，依法应予纠正。

（二）调查取证申请未经及时处理，程序违法，应予纠正。为了证明涉案《承诺函》的虚假性，孙文君在一审举证期限内书面申请一审法院依职权向平安证券有限责任公司调取孙文君出具的真实《承诺函》，但一审法院在 2013 年 11 月 26 日开庭时并未做出任何同意或不同意的回应，直至庭审结束近四个月之后的 2014 年 3 月 23 日孙文君才收到一审法院作出的不予准许决定书，程序不合法，明显存在偏袒富安娜公司的嫌疑，应予纠正。平安证券有限责任公司保存的、孙文君出具的真实的关于对原始股票存在转让限制的《承诺函》系确定涉案关键证据《承诺函》虚假性的重要依据，孙文君再次强烈请求二审法院依职权向平安证券有限责任公司调取包括孙文君在内的富安娜公司首次公开发行股票前 113 位股东出具的真实《承诺函》，依法处理，维护孙文君的合法权益。

（三）一审程序存在其他保全程序不当的行为，应予纠正。涉案诉讼发生后，一审法院根据富安娜公司的申请对孙文君的涉案股票或资金账户进行了查封，查封期限届满，孙文君未收到新的查封通知或者裁定文件，孙文君的股票账户财产却事实一直处于查封状态，一审法院变更或者延长财产保全期限的行为未通知孙文君，程序不当，依法应予纠正。

在本院二审调查时孙文君对其上诉的事实与理由作如下补充：原审判决认定事实的关键证据《承诺函》未经质证，根据涉案原审证据交换笔录，富安娜公司提交的涉案关键证据《承诺函》原件与庭前向孙文君送达的复印件不一致，孙文君已提出明确异议，虽然庭审笔录最后确认富安娜公司提交的承诺函以原件为准，但因其当庭确认的证据与向孙文君送达的证据副本不一致，该证据属于超过举证期限提交的新证据，富安娜公司未按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十四条的规定提交对应的证据副本，不符合证据的要求。另根据证据交换笔录，富安娜公司另行提交的《承诺函》证据，原审法院没有要求孙文君发表质证意见。作为未经孙文君质证的证据，不应当作为认定本案的证据，二审法院应当予以纠正。孙文君上诉请求：1、撤销原判，依法改判驳回富安娜公司的诉讼请求；2、判令富安娜公司承担本案一、二审的诉讼费用。

被上诉人富安娜公司在本院二审调查时口头答辩称：原判认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院依法维持原判，驳回孙文君的上诉。个别案件的瑕疵或者不足的地方，不影响整个案件事实的认定和法律的适用，不足以改判。

本院对原审判决查明的事实予以确认。

另查明：原审中，富安娜公司提交广东大华德律会计师事务所于 2009 年 7 月 21 日出具的《深圳市富安娜家居用品股份有限公司截止 2009 年 6 月 30 日、2008 年 12 月 31 日、2007 年 12 月 31 日、2006 年 12 月 31 日财务报表的审计报告》作为证据，原审法院于 2013 年 11 月 26 日组织双方当事人进行证据交换并质证，孙文君对该证据的真实性、合法性予以确认。2013 年 1 月 29 日，孙文君向原审法院提出鉴定申请，申请对《承诺函》第三段文字至孙文君签名前的文字形成时间进行鉴定，并对孙文君签名下方填写的日期形成时间进行鉴定。2013 年 3 月 11 日，孙文君变更鉴定申请，申请对《承诺函》上第三段文字至孙文君签名前的文字的形成时间与前两段文字形成时间是否一致、孙文君的签名形成日期与落款日期的形成时间进行鉴定，并表示同意由法院指定鉴定人、在收到缴费通知后七日内预交鉴定费，逾期视为撤回鉴定申请。2013 年 3 月 19 日，孙文君再次变更鉴定申请：1、取消对《承诺函》上日期的形成时间进行鉴定；2、增加对《承诺函》上孙文君的签名及指纹的真伪进行鉴定；

3、保留关于《承诺函》上第一段文字形成时间与第一段之后的文字形成时间是否为同一时间进行比对鉴定。一、二审中，孙文君均确认其收到法院预交鉴定费通知书后未预交鉴定费。原审法院依据富安娜公司的申请，于 2012 年 12 月 26 日作出（2013）深南法民二初字第 46 号民事裁定，裁定对孙文君价值 3579239.04 元的财产采取保全措施。原审法院于 2012 年 12 月 27 日查封孙文君名下的 108135 股富安娜公司股份，查封担保人陈国红名下用于担保的位于深圳市南山区蛇口步行街南水小区 B8 栋整栋房产。后原审法院决定变更查封方式，原审法院于 2013 年 4 月 19 日查封孙文君在广发证券股份有限公司深圳彩田路证券营业部的账户资金 3579239.04 元，该账户股票可以交易，但资金不得转出。

二审中，孙文君向本院申请对《承诺函》进行司法鉴定，鉴定内容为：1、对《承诺函》中孙文君指模的真伪进行鉴定，包括对指模的形成方式进行鉴定；2、对《承诺函》中孙文君的签名的形成时间进行鉴定，并和 2008 年 3 月 20 日临时股东大会决议中董事会签名的形成时间进行比对；3、对《承诺函》中承诺部分第一段承诺内容打印文字的打印形成时间进行鉴定。孙文君还提交了 2013 年 12 月 17 日广东南天司法鉴定所出具的粤南（2013）文鉴字第 795 号《文书司法鉴定意见书》、2014 年 9 月 21 日广东财安司法鉴定所出具的粤财安司法（2014）文鉴字第 20 号《司法鉴定意见书》，用以证明另案诉讼中，法院委托鉴定人对案外人陈瑾、梅连清在《承诺函》上签名的真实性、形成时间等内容进行了鉴定，《承诺函》上梅连清签名字迹不是梅连清所写，《承诺函》落款处梅连清签名字迹与《确认函》签署人梅连清签名字迹不是同一支笔一次性形成，《承诺函》打印文字与《确认函》打印文字是同一台打印机打印不是同期打印形成，《承诺函》纸张与《确认函》纸张不是同批次和同日期生产，《承诺函》第一段文字与第四段文字系同一时间打印形成，第四段文字不是《承诺函》签署之日打印，而是在 2008 年 5 月中旬前后打印形成。

本院认为：二审中，双方当事人争议的焦点问题一是 2008 年 3 月 20 日有孙文君签名的《承诺函》的证明力问题，二是法院是否可依据《承诺函》确定孙文君所负义务的问题。对此，本院评判如下：

一、关于 2008 年 3 月 20 日有孙文君签名的《承诺函》的证明力问题。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条第二款规定：“对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。”本案中，富安娜公司提交了《承诺函》原件，孙文君对其真实性不予确认，向原审法院申请鉴定。但是，孙文君在原审法院指定期限内无正当理由未预交鉴定费，依法应承担举证不能的法律后果。原判确认《承诺函》的证明力，是正确的。虽然富安娜公司提交的《承诺函》落款日期写法有不同，但不能以此否定《承诺函》上孙文君签名的真实性。二审中，孙文君申请再对《承诺函》进行鉴定，与法律规定不符。孙文君虽提交了另案中鉴定人出具的对案外人签署的《承诺函》的相关鉴定意见，但是，该鉴定意见与本案中孙文君签署的《承诺函》的证明力没有必然联系，不足以否定原判对《承诺函》证明力的认定。本院认为，原判对于《承诺函》证明力的认定是正确的，二审中无需对《承诺函》再进行鉴定。

二、关于法院是否可依据《承诺函》确定孙文君所负义务的问题。这涉及到多个问题的审查认定，本院分别评判如下：第一，孙文君是根据《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的规定，自愿出资认购富安娜公司内部一定限制的普通股而取得该公司股份。从《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的内容来看，该计划的激励对象是富安娜公司的高级管理人员及主要业务骨干，激励对象可自愿认购，但其转让需受到公司内部一定限制。孙文君是否以优惠价格认购普通股，不影响该事实的认定和本案的处理。第二，由于富安娜公司在上市后难以直接对激励对象转让股份的行

为进行限制，亦难以直接回购激励对象的股份，故富安娜公司在终止《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》并根据自愿原则将激励对象所持限制性股份转化为无限制普通股的同时，采取由激励对象自愿出具《承诺函》的方式继续对激励对象进行约束。基于此，孙文君自愿出具《承诺函》。原判认定《承诺函》是《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的变通与延续，孙文君自愿出具《承诺函》，不违反公平原则，合法有效，是正确的。孙文君以各激励对象出具的《承诺函》格式及主要内容相同，主张《承诺函》系格式条款，明显增加了孙文君作为股东的义务和责任，且限制了其作为劳动者的自由择业权，应认定为无效，本院不予支持。第三，虽然孙文君与富安娜公司存在劳动合同关系，但双方之间的劳动合同关系与孙文君购买富安娜公司限制性股份形成的股权关系，属于两个独立的、不同性质的法律关系，有着不同的权利义务内容。原判在认定判断《承诺函》的内容是否符合法律规定时，适用《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国公司法》，而不适用《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》，并无不当。第四，根据《承诺函》，激励对象如在富安娜公司 A 股上市之日起三年内以书面的形式向富安娜公司提出辞职或连续旷工超过七日的，应向富安娜公司支付违约金，违约金=（激励对象持有的富安娜公司股份在证券市场可以公开抛售之日的收盘价-激励对象发生上述违反承诺的情形之日的上一年度的富安娜公司经审计的每股净资产）×（本承诺函签署日激励对象持有的富安娜股份+激励对象持有的富安娜公司股票在证券市场可以公开出售之日前赠送的红股）。从“违约金”的计算公式不难看出，激励对象按照《承诺函》向富安娜公司支付“违约金”后所能获得的利益仍为激励对象违反承诺日上一年度经审计的每股净资产价。这体现了激励与约束相结合原则，不存在违约金过高的情形，不违反公平原则，是合法有效的。

另，孙文君申请法院调取其在富安娜公司股票首次公开发行前向证券公司出具的《承诺函》。对此，本院认为，如前所述，富安娜公司提交的《承诺函》是《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》的变通与延续，孙文君是作为股权激励对象，自愿向富安娜公司出具，表示愿意接受相关约束。即使孙文君确曾向证券公司出具过《承诺函》，且内容有别于其向富安娜公司出具的《承诺函》，那么，也不应据以认定孙文君与富安娜公司之间的权利义务关系。原审法院未向证券公司调取该证据，并无不妥。

孙文君称富安娜公司在支付违约金期限届满前起诉，并申请法院查封了涉案股票，逾期支付违约金的利息损失应由富安娜公司承担。对此，本院认为，富安娜公司起诉，请求判令孙文君支付“违约金”，诉讼中，孙文君对此债务不予确认，亦未作出愿意履行债务的意思表示，原判判令孙文君承担从应付款之日起至判决确定的付款之日止的利息，符合法律规定。

《承诺函》规定：“若发生上述违反承诺的情形，本人应在持有公司的股票在证券市场可以公开出售之日后三个交易日内向公司支付违约金。”孙文君支付“违约金”是附履行期限的，履行期限届满，富安娜公司才知道孙文君是否支付“违约金”，才知道权利是否被侵害。孙文君持有富安娜公司股票可上市交易的时间为 2012 年 12 月 30 日，因 2012 年 12 月 30 日为非交易日，可上市交易之日顺延至 2012 年 12 月 31 日，此后三个交易日前即 2013 年 1 月 8 日前，孙文君应向富安娜公司支付“违约金”，本案诉讼时效期间应从 2013 年 1 月 9 日起算。孙文君主张本案诉讼时效期间从孙文君离职之日起算，与《承诺函》不符，本院不予支持。

综上，孙文君的上诉理由均不成立，本院不予采纳。原判认定事实清楚，适用法律正确，处理结果正确，本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费 13434.56 元（已由孙文君预交），由孙文君负担。

本判决为终审判决。

审判长 袁洪涛

代理审判员 王伟

代理审判员 曹圆媛

二〇一四年十二月十八日

书记员 陈敏慧（兼）

索尼音乐娱乐中国控股有限公司诉北京永盛潮流国际文化发展有限公司侵犯录音录像制作者权纠纷一案

北京市第一中级人民法院
民事判决书

(2010)一中民初字第11662号

原告索尼音乐娱乐中国控股有限公司 (SonyMusicEntertainmentChinaHoldingsLimited)，
住所地中华人民共和国香港特别行政区湾仔英皇道 979 号太古坊濠丰大厦 24 楼。

法定代表人崔震东，董事。

委托代理人刘静。

委托代理人张改华。

被告北京永盛潮流国际文化发展有限公司，住所地中华人民共和国北京市西城区马连道路
14 号 9 号楼 6 层 1 号。

法定代表人曹敬海，总经理。

委托代理人侯为华。

原告索尼音乐娱乐中国控股有限公司 (简称索尼公司) 诉被告北京永盛潮流国际文化发展有限公司 (简称北京永盛公司) 侵犯录音录像制作者权纠纷一案，本院于 2010 年 6 月 30 日受理后，依法组成合议庭，于 2010 年 10 月 29 日公开开庭进行了审理。原告索尼公司的委托代理人刘静、张改华，被告北京永盛公司的委托代理人侯为华到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告索尼公司诉称：我公司经相关权利人授权，获得 Michael Jackson (迈克尔·杰克逊) 部分专辑所有歌曲在中国大陆地区的独家录音录像制作者权。2009 年 8 月，我公司发现被告公开销售非原告复制、发行且未经原告授权的 Michael Jackson (迈克尔·杰克逊) 的共 11 张盗版专辑光盘，该盗版专辑光盘的多数歌曲为原告在中国大陆地区享有独家录音录像制作权的歌曲。被告的行为侵犯了原告享有的录音录像制作者权，应当承担法律责任。综上，请求人民法院判令被告：1、立即停止销售侵权音像制品，并销毁库存音像制品；2、赔偿原告经济损失人民币 1295000 元；3、赔偿原告因诉讼支付的合理费用共计人民币 46700 元，包括律师费人民币 38000 元，公证费人民币 8700 元；4、本案全部诉讼费用由被告承担。

被告北京永盛公司未向本院提交书面答辩意见，其在庭审中辩称涉案光盘并非其销售，请求人民法院判决驳回原告的诉讼请求。

在本案诉讼中，原告为支持其诉讼请求，向本院提交了 5 份证据：

证据 1 是北京永盛公司出具的出库单，证明被告侵犯原告录音录像制作者权，公开销售非原告复制、发行且未经原告公开授权的迈克尔·杰克逊盗版专辑；

证据 2 是中华人民共和国广东省深圳市深圳公证处出具的 (2010) 深证字第 6468 号公证书 (内容为权利认证报告书)，证明原告享有迈克尔·杰克逊相关专辑在中国大陆地区的录音录像制作者权；

证据 3 是被告侵权歌曲明细，证明被告公开销售的盗版专辑中侵权歌曲名称及侵权次数；

证据 4 是唐楚彦律师事务所出具的公证费用明细及费用收据，证明原告因被告侵权委托香港律师进行公证支付公证费港币 10877 元；

证据 5 是律师费发票，证明原告委托律师进行诉讼支付律师费人民币 38000 元。

被告北京永盛公司对原告提交的证据发表如下质证意见：对证据 1 的真实性和证明内容有异议，理由是该出货单上的公司名称与被告不一致且很容易伪造；对证据 2、4、5 的真实性均无异议；对证据 3 所统计的 47 首被控侵权歌曲无异议，但被告表示未统计侵权次数。

根据双方当事人的举证、质证意见, 本院对涉案证据认证如下: 鉴于原告证据 2、4、5 均有原件, 且被告对原告证据 2、4、5 的真实性无异议, 故本院对原告证据 2、4、5 的真实性予以确认。对于原告证据 3, 鉴于被告对原告所统计的 47 首被控侵权歌曲无异议, 本院将在此基础上查明具体的被控侵权歌曲名称及数量。对于原告证据 1, 原告出示出货单原件后, 被告同样对其真实性予以否认, 被告在本案庭审后提交了 1 份与原告证据 1 同样编号为“723”的出库单, 用以佐证原告证据 1 不具真实性, 鉴于被告该证据已过举证期限, 且根据优势证据原则, 本院对原告证据 1 的真实性予以确认。对于上述证据材料的证明事项, 本院将结合本案具体情况予以综合判定。

根据上述举证、质证和本院的认证意见, 以及双方当事人的陈述, 本院查明如下事实:

2010 年 1 月 13 日, 国际唱片业协会亚洲办事处亚洲区总裁梁美丝签署“权利认证报告书”, 该报告书证明:《shakeyourbody (downtotheground)》、《don't stop til you get enough》、《off the wall》、《rock with you》、《she's out of my life》、《can you feel it》、《the girl is mine》、《billie jean》、《beat it》、《wannabe startin' somethin'》、《human nature》、《PYT》、《i just can't stop loving you》、《thriller》、《bad》、《the way you make me feel》、《man in the mirror》、《dirty diana》、《smooth criminal》、《black or white》、《remember the time》、《in the closet》、《who is it》、《health the world》、《willyou be there》、《you are not alone》、《earth song》、《they don't care about us》、《you rock my world》、《baby b mine》、《the girl is mine (with pul McCartney)》、《the lady in my life》、《liberian girl》、《workin' day and night》、《jam》、《gonetoosoon》、《dangerous》、《vincent price excerpt from "thriller" voice-over session》、《the girl is mine 2008 with will.i.am》、《P.Y.T (pretty young thing) 2008 with will.i.am》、《for all time (unreleased track from ...)》、《scream》、《stranger in moscow》、《childhood [theme from "freewilly"]》、《history》、《blood on the dance floor》、《heartbreaker》等歌曲在中国大陆地区的录音录像制作者权由索尼公司独家控制。另外, 索尼公司提供了其享有版权的《迈克尔·杰克逊他的历史昨日. 今日. 明日》等专辑。

2010 年 11 月 1 日, 国际唱片业协会北京代表处出具《证明书》, 其中载明:“兹证明本会在 2010 年 1 月 13 日向索尼音乐娱乐中国控股有限公司所签发的权利认证报告 (以下简称报告) 只代表报告所签订之日起计有效期为一年, 而索尼音乐娱乐中国控股有限公司对报告所列歌曲的授权期限不会因此而受影响。本会确认报告所列歌曲自首次公开发行日起, 在中国大陆地区的录音制品制作者权利由索尼音乐娱乐中国控股有限公司独家控制。”

2009 年 8 月 12 日, 索尼公司向北京永盛公司购买 11 张专辑, 包括《罗马尼亚危险之旅演唱会 DVD9+MICHAEL JACKSON 'NUMBER ONES' 精选专辑 CD》等。

经核对, 北京永盛公司销售的上述 11 张专辑包含有前述“权利认证报告书”中提及的 47 首歌曲, 即《shakeyourbody》、《don't stop til you get enough》、《off the wall》、《rock with you》、《she's out of my life》、《can you feel it》、《the girl is mine》、《billie jean》、《beat it》、《wannabe startin' somethin'》、《human nature》、《PYT》、《i just can't stop loving you》、《thriller》、《bad》、《the way you make me feel》、《man in the mirror》、《dirty diana》、《smooth criminal》、《black or white》、《remember the time》、《in the closet》、《who is it》、《health the world》、《willyou be there》、《you are not alone》、《earth song》、《they don't care about us》、《you rock my world》、《baby b mine》、《the girl is mine (with pul McCartney)》、《the lady in my life》、《liberian girl》、《workin' day and night》、《jam》、《gonetoosoon》、《dangerous》、《vincent price excerpt from "thriller" voice-over session》、《the girl is mine 2008 with will.i.am》、《P.Y.T (pretty young thing) 2008 with will.i.am》、

《foralltime(unreleasedtrackfrom...)》、《scream》、《strangerinmoscow》、《childhood[themefrom\'freewilly\']》、《history》、《bloodonthedancefloor》、《heartbreaker》。

另查，索尼公司支出香港律师公证费港币 10877 元、律师费人民币 38000 元，但不能确定前述公证费和律师费系针对本案支出。

上述事实有（2010）深证字第 6468 号公证书、原告提交的光盘、香港律师公证费发票、律师费发票等证据以及双方当事人陈述等在案佐证。

本院认为：

根据国际唱片业协会亚洲办事处亚洲区总裁梁美丝签署“权利认证报告书”记载的内容以及正版光盘上的署名，原告索尼公司对涉案 47 首录音录像制品享有录音录像制作者权，有权以自己的名义提起诉讼。至于被告根据国际唱片业协会北京代表处出具《证明书》，主张原告不享有上述“权利认证报告书”所列歌曲的录像制品制作者权利，本院认为，国际唱片业协会北京代表处出具《证明书》是为证明原告享有相关权利的起始日期为涉案歌曲首次公开发行日，而确定原告享有的权利应当依据上述“权利认证报告书”所记载的内容，即原告对涉案 47 首录音录像制品享有录音录像制作者权，据此，对被告该项主张，本院不予支持。本案中，被告主张涉案 11 张专辑光盘非其销售，但是，原告出示了《北京永盛潮流国际文化发展有限公司出库单》等证据原件，被告对此虽提出异议，且在庭审后提交了 1 份同样编号为“723”的出库单，但被告提交该证据已过举证期限，且被告具备更改出库单内容的便利条件，根据优势证据原则，本院确认原告提交的《北京永盛潮流国际文化发展有限公司出库单》等证据的真实性，认定被告销售了涉案 11 张专辑。

由于被告销售的涉案 11 张专辑包含了原告依法享有录音录像制作者权的 47 首录音录像制品，且被告的销售行为没有经过权利人的许可，亦没有支付相应的报酬，故其行为构成对原告享有的录音录像制作者权的侵犯，应当承担停止侵权等民事责任。

根据《中华人民共和国著作权法》第五十三条的规定，复制品的发行者不能证明其发行的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。本案中，被告未举证证明其销售的 11 张专辑有合法来源，故其应当承担赔偿损失的民事责任。

本案原告请求人民法院判令被告停止侵权并赔偿原告的经济损失及诉讼合理支出的主张，具有事实和法律依据，本院予以支持。关于赔偿经济损失的数额问题，原告所提赔偿请求数额过高，亦未提供充分证据予以证明，本院对此不予全额支持。本院将根据本案的具体情况，综合考虑涉案录音录像制品的市场价值、被告侵权的方式、范围、持续时间和主观过错程度等因素，酌情确定被告赔偿原告经济损失的合理数额。对于原告主张的诉讼合理支出中与本案有关部分，本院亦酌情予以支持。

综上，依据《中华人民共和国著作权法》第四十二条、第四十八条第（四）项、第四十九条、第五十三条之规定，本判决如下：

一、被告北京永盛潮流国际文化发展有限公司于本判决生效之日起，停止销售含有原告索尼音乐娱乐中国控股有限公司依法享有录音录像制作者权的《shakeyourbody》等四十七首录音录像制品的光盘；

二、被告北京永盛潮流国际文化发展有限公司于本判决生效之日起十日内，赔偿原告索尼音乐娱乐中国控股有限公司经济损失及诉讼合理支出共计人民币五万七千元；

三、驳回原告索尼音乐娱乐中国控股有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费人民币一万六千八百七十五元，由原告索尼音乐娱乐中国控股有限公司负担一万三千八百七十五元（已交纳），由被告北京永盛潮流国际文化发展有限公司负担三千元（于本判决生效之日起七日内交纳）。

如不服本判决，原告索尼音乐娱乐中国控股有限公司可在本判决书送达之日起三十日内，被告北京永盛潮流国际文化发展有限公司可在本判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提交副本，交纳上诉案件受理费，上诉于中华人民共和国北京市高级人民法院。

审判长 侯占恒

代理审判员 陈勇

人民陪审员 毛艾越

二〇一一年一月十七日

书记员 许波

唐五一与长沙捷鼎投资管理合伙企业、湖南省青苹果数据中心有限公司湖南金科投资担保有限公司、郑志祥公司增资纠纷二审民事判决书

长沙市中级人民法院
民事判决书

(2017)湘 01 民终 646 号

上诉人(原审被告):唐五一,男,1953年11月11日出生,汉族,住湖南省长沙市开福区。

委托代理人:戚为群,湖南云桥律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):长沙捷鼎投资管理合伙企业(有限合伙),住所地长沙市岳麓区。

法定代表人:王欣。

委托代理人:舒适,湖南仁翰律师事务所律师。

原审被告:湖南省青苹果数据中心有限公司,住所地湖南省长沙市开福区。

法定代表人:唐五一,总经理。

委托代理人:戚为群,湖南云桥律师事务所律师。

原审第三人:郑志祥,男,1974年5月31日出生,汉族,住湖南省长沙市芙蓉区。

委托代理人:曹睿玲,女,汉族,1977年11月16日出生,住湖南省长沙市芙蓉区。

原审第三人:湖南金科投资担保有限公司,住所地长沙市高新技术产业开发区。

法定代表人:陈铁儒,董事长。

委托代理人:雷鑫,湖南中楚律师事务所律师。

上诉人唐五一因与被上诉人长沙捷鼎投资管理合伙企业(有限合伙)(以下简称长沙捷鼎)、原审被告湖南省青苹果数据中心有限公司(以下简称青苹果公司)以及原审第三人湖南金科投资担保有限公司(以下简称金科公司)、郑志祥公司增资纠纷一案,不服湖南省长沙市开福区人民法院(以下称原审法院)(2016)湘 0105 民初 3308 号民事判决,向本院提起上诉。本院于受理后,依法组成合议庭于 2017 年 4 月 17 日公开开庭进行了审理。唐五一及其委托代理人戚为群,青苹果公司的法定代表人唐五一及其委托代理人戚为群,长沙捷鼎的委托代理人舒适,金科公司的委托代理人雷鑫,郑志祥的委托代理人曹睿玲到庭参加诉讼。现已审理终结。

原审法院认定:2012 年 6 月 9 日,长沙捷鼎(丙方)与青苹果公司(甲方)、唐五一(戊方)、金科公司(乙方)、郑志祥(丁方)签订《湖南省青苹果公司数据中心有限公司增资协议》,约定乙、丙、丁作为投资方向青苹果公司投资 4000 万元,其中 250 万元进入工资注册资本,其余的 3750 万元进入资本公积。增资后,长沙捷鼎在青苹果公司持股比例为 10%,金科公司 8%,郑志祥 2%。投资方应在本协议生效之日起 10 个工作日内将出资金额全数汇至青苹果公司指定的验资账户上。各方同意,青苹果公司的经营管理仍由现在的经营管理团队承担。为本次增资的完成,各方在此互相承诺其将进行为本协议条款和意图达成的交易发生法律效力所须或要求的所有行为和事务,并签署所有为本协议条款和意图于此达成的交易发生法律效力所须或要求的契约和文件。同日,各方签订《湖南省青苹果公司数据中心有限公司增资补充协议》,各方就《增资协议》达成补充协议,第一条业绩保障,本次增资扩股完成后,控股股东和标的公司共同为公司设定了 2012 年度、2013 年度、2014 年度的经营目标分别为:经审计净利润人民币 2000 万元、2600 万元、3640 万元。即三年合计实现净利润总额为 8240 万元。如果标的公司 2012 年、2013 年、2014 年三年合计经审计税后净利润总额低于人民币 8240 万元,则控股股东应按年度按照如下方式向投资方进行现金补偿:各年度投资方应得到的现金

补偿数额=(8240 万元-三年累计实际净利润)/8240 万元×投资方投资总额-投资方已获得股份分红。投资方同意如果标的公司在 2014 年 12 月 31 前已向中国证监会正式申报 IPO 上市材料,则上述条款自动失效。第二条股份回购,投资方承诺投资未满一年不得提出回购和退出。当出现下列重大事项时,投资方有权利要求控股股东戊方回购投资人所持有的标的公司全部股份,标的公司、标的公司的实际控制人对该股份回购事宜及股份回购之金额支付承担连带责任:(1)公司于 2015 年 12 月 31 日之前未在中国证券市场首次公开发行;(2)2013、2014 年度中任一年度标的公司净利润较上一年度下降比例超过 20%。股份回购价格,戊方同意投资方提出的回购投资方所持有的全部股份的要求。股份回购价格按以下确定:投资方本次投资金额+(投资方本次投资金额×12%×本次投资款到账日至回购日之间的天数÷365-收购日前投资人已获得的现金红利)。标的公司或控股股东应在收到投资方发出的股份回购书面通知当日起三个月内付清全部金额。第十一条其他事项中约定公司如存在历史沿革、税收等与 IPO 上市规范要求不符合的不规范事宜,丙方和丁方承诺在投资方的辅导协助下在投资入股后半年内解决,推动标的公司尽快上市。协议还对其他内容进行了约定。协议签订后,长沙捷鼎于 2012 年 7 月 2 日、7 月 9 日分两次共计向青苹果公司账户支付投资款 2000 万元,其中 125 万元作为青苹果公司的注册资本,1875 万元作为公司资本公积金。青苹果公司收到长沙捷鼎的投资款后,于 2012 年 8 月办理了股东变更登记,长沙捷鼎成为青苹果公司股东。

2014 年 5 月 23 日,长沙捷鼎与青苹果公司及第三人郑志祥签订《股份转让协议》,约定郑志祥出资人民币 280 万元受让长沙捷鼎在青苹果公司持有的公司股权 17.5 万股(占青苹果公司的 1.4%的股份比例),自股权转让款全额到账之日起,长沙捷鼎不再享有青苹果公司已转让部分股权的权利,亦不承担义务,其在青苹果公司已转让部分股权的权利义务由郑志祥承继。青苹果公司负责在甲乙双方转让股权资金交割完毕后一个月内办理完毕有关工商变更登记手续。协议签订后,郑志祥实际向长沙捷鼎支付了股份转让款 280 万元。2014 年 6 月,郑志祥被刑事羁押至今,截至一审庭审,郑志祥受让的股份没有办理股权变更登记。

2014 年 1 月 28 日,青苹果公司向长沙捷鼎转账支付 200 万元,唐五一认为该款项系根据长沙捷鼎股东白云的要求退还的长沙捷鼎已支付的投资款,长沙捷鼎对此予以认可。

原审法院另认定:截至一审庭审,投资人没有自公司获取现金红利,同时,双方约定青苹果公司实现上市的预期没有实现,长沙捷鼎就青苹果公司上市工作具有辅导协助之义务。对公司未上市原因及责任归属,双方均未提供证据。2015 年 7 月 13 日,长沙捷鼎致函唐五一和青苹果公司要求青苹果公司实际控制人唐五一回购长沙捷鼎所持有的额全部股份。同年 8 月 12 日,青苹果公司回函长沙捷鼎原则同意根据有关协议履行回购义务,由于七月初董事会之前没有获得长沙捷鼎任何有关要求股份回购的信息,请许可对回购事宜必须有充分的是时间准备,并建议双方在近期面商具体回购事宜。此后,双方就回购事宜未达成一致,故诉至原审法院。

原审法院认为:一、长沙捷鼎与唐五一、青苹果公司、签订的《湖南省青苹果数据中心有限公司增资协议》、《湖南省青苹果数据中心有限公司增资补充协议》均系各方当事人的真实意思表示,各方在自愿签订上述合同之时,均具备相应的判断能力,对其中的经营成本、风险、履约能力等进行估算,唐五一作为企业的实际经营管理人,更能了解可能产生的履约风险,故各方对签订的上述协议中不违反法律法规的强制性规定的内容应当恪守。本案争议的焦点为长沙捷鼎请求唐五一回购股份及要求青苹果对长沙捷鼎投入的计入公司资本公积金的部分按照《增资补充协议》约定的回购条款承担责任是否符合法律规定。二、关于长沙捷鼎请求唐五一回购长沙捷鼎股份的问题(一)关于唐五一回购长沙捷鼎股份约定的效力问题。原审法院认为,《增资补充协议》中关于投资方有权要求唐五一回购投资人所持有的青苹果公司全部股份的约定系新、旧股东自由处分其股东权益的行为,并不损害公司其他股东的权益,

并不违背股东风险共担的原则，该约定有助于促进青苹果公司增资行为的依法顺利完成，对于双方的交易起到一定的担保功能，股份回购情形的成就需触发一定的条件，因此，唐五一主张双方系“名为投资，实为联营”与事实不符，故投资方在协议约定的条件成就的情况下有权要求唐五一回购投资人所持有的青苹果公司全部股份。（二）关于长沙捷鼎要求唐五一回购股份的条件是否成立、唐五一应否支付股份回购款的问题。如前所述，《增资补充协议》中关于唐五一回购长沙捷鼎股份条款合法有效，因此，当协议约定的回购条件具备时，捷鼎有权要求唐五一回购其持有的股份。根据长沙捷鼎与唐五一、青苹果公司、金科公司、郑志祥签订的《湖南省青苹果数据中心有限公司增资补充协议》第二条 2.2 第一款第（1）项的约定，若青苹果在 2015 年 12 月 31 日之前未在中国证券市场首次公开发行，长沙捷鼎有权要求唐五一回购长沙捷鼎持有的全部股份。唐五一及青苹果公司均已确认，青苹果公司至今未完成约定中的公开发行目标。因此，根据该约定，长沙捷鼎向唐五一提出回购股份的条件成立。长沙捷鼎于 2015 年 7 月 13 日向青苹果公司及唐五一送达了《关于要求湖南省青苹果数据中心有限公司及实际控制人履行股份回购义务的函》，青苹果公司及唐五一于同年 8 月 12 日向长沙捷鼎回函，同意根据有关协议履行回购义务。因此，双方对涉案长沙捷鼎股份回购的条件已经成就没有异议。唐五一应根据增资补偿协议第二条 2.3 的规定，在 2015 年 11 月 12 日前向长沙捷鼎支付股份回购款。（三）关于唐五一承担回购责任的投资金额认定。补充协议中股份回购价格的计算公式明确，长沙捷鼎、唐五一、青苹果公司、金科公司、郑志祥对其他内容没有异议，仅对公式中的“投资方本次投资金额”的理解存在分歧，唐五一认为应为长沙捷鼎投入计入注册资本的部分，长沙捷鼎及金科公司、郑志祥认为应包括计入注册资本和资本公积金的所有投资。原审法院认为，纵观合同全文及双方投资合作的本意，条款约定的本次投资金额应为长沙捷鼎的全部投资，仅是将其投资分作两部分，部分投资计入注册资本，部分投资计入资本公积。故唐五一应对长沙捷鼎投入的全部投资款承担责任。（四）关于唐五一承担责任的具体金额认定。长沙捷鼎实际投入的金额为 2000 万元，投入后，公司退还长沙捷鼎 200 万元，同时，长沙捷鼎与青苹果公司及郑志祥签订《股份转让协议》，约定郑志祥出资人民币 280 万元受让长沙捷鼎在青苹果公司持有的公司股权 17.5 万股，协议签订后，郑志祥实际向长沙捷鼎支付了股份转让款 280 万元，根据公司法第七十一条之规定，“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权”，登记并不是股权转让的生效要件，其仅仅具有对抗第三人的对外效力，且长沙捷鼎及郑志祥之间的股份转让并没有损害青苹果公司及其他股东的合法权益，故长沙捷鼎与郑志祥之间虽没有办理股权的工商变更登记，但因双方之间的交易已经完成，长沙捷鼎转让郑志祥的 280 万元不能继续计入长沙捷鼎的投资额，故长沙捷鼎实际的投资额为 1520 万元。根据增资补充协议的第二条 2.2 第二款的约定，长沙捷鼎投入的 1520 万元的回购价格应从最后一笔投资款到账日（2012 年 7 月 9 日）起计，至唐五一应当支付回购金额最后期限日即 2015 年 11 月 12 日止，股份回购款金额应为 $1520 + (1520 \times 12\% \times 1221 \text{ 天} / 365 \text{ 天} - 0) = 2130.16$ 万元。根据增资补充协议约定的约定，就该款项，唐五一应在 2015 年 11 月 12 日前支付，因唐五一未能按约履行付款义务，应承担相应的违约责任。现长沙捷鼎要求唐五一自 2015 年 11 月 12 日起按照同期银行贷款利率请求逾期支付股份回购款金额的违约金，符合法律规定，应当予以支持。三、关于青苹果公司的责任。关于青苹果公司对股份回购金额承担连带责任条款效力的认定。原审法院认为，协议中关于要求公司承担股份回购的支付责任的约定实系公司以其责任资产为一方股东对于另一方股东的债务提供连带责任保证，已超出股东正当权利的行使范围，会造成青苹果公司责任资产的不当减少，使得长沙捷鼎可以脱离青苹果公司经营业绩获得固定投资收益，损害青苹果公司债权人及其他股东的利益，有违通常的投资原则，将投资风险转嫁给被投资企业及其他股东，违背了资本维持原则，故关于公司回购股份的责任条款约定因违反公司法的强制性规定而无效，故对长沙捷鼎要求青苹果公司承担连带责任的主张，因违反

法律的强制性规定，原审法院不予支持。综上所述，依照《中华人民共和国公司法》第二十条、第三十二条、第七十一条第一款、第七十三条，《中华人民共和国合同法》第八条、第五十二条、第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十八条之规定，判决如下：一、唐五一应于判决生效之日起十日内回购长沙捷鼎持有的湖南省青苹果数据中心有限公司股权，即向长沙捷鼎支付股份回购款 2130.16 万元，并按银行同期贷款利率标准支付自 2015 年 11 月 12 日起至实际付款之日止的违约金；二、驳回长沙捷鼎的其他诉讼请求。如唐五一未按判决指定的期间履行给付义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。本案受理费 181644 元，保全费 5000 元，合计 186644 元，由长沙捷鼎承担 44785 元，唐五一承担 141859 元。

上诉人唐五一不服原审判决，上诉请求：1、请求撤销一审判决第一项判决内容，并驳回长沙捷鼎对唐五一的全部诉讼请求；2、请求判令长沙捷鼎承担本案一审、二审诉讼费用。事实与理由：原审判决认定事实错误，适用法律不当，依法应当予以撤销。理由如下：一、本案一审归纳的争议焦点是“长沙捷鼎请求唐五一回购股份及要求青苹果公司对长沙捷鼎投入的计入公司资本公积金的部分按照《增资补充协议》约定的回购条款承担责任是否符合法律规定”的问题，一审归纳的这一焦点是错误，由此导致一审判决在认定基本事实上存在错误。理由如下：1、本案焦点之一：长沙捷鼎是否应该按法定和约定程序办理其在青苹果公司中股份转让（回购）事项。首先，我国《公司法》第七十二条第一款规定：“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。”由此可知，公司中股东之间可以相互转让其在公司中的股份。因此，对长沙捷鼎要求唐五一回购其在青苹果公司中股份的诉求没有异议。其次，长沙捷鼎要求唐五一回购其在青苹果公司中股份的程序违反了我国工商总局《公司登记管理条例》第二十七条规定，程序不合法。第二十七条规定“公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交下列文件：（一）公司法定代表人签署的变更登记申请书；（二）依照《公司法》作出的变更决议或者决定；（三）国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。公司变更登记事项涉及修改公司章程的，应当提交由公司法定代表人签署的修改后的公司章程或者公司章程修正案。变更登记事项依照法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的，还应当由公司登记机关提交有关批准文件。”由于公司股东之间转让股份必然导致公司股权结构发生变化，依法需要履行相应的法定程序和提交相关证明文件，且股东之间在同等条件下也都享有优先购买权，这就需要通过召开股东会的方式形成股东会决议、修改公司章程（章程修正案），提交工商管理部门要求提交的其他相关证明材料等文件，才能完成公司股权变更事宜。因此，提交工商管理部门要求出具的相关证明文件是唐五一回购长沙捷鼎在青苹果公司中股份，并完成工商变更手续的必要的、法定的条件与程序，也是长沙捷鼎的法定义务。本案一审查明的事实是：2015 年 7 月 13 日长沙捷鼎致函唐五一，要求“唐五一回购长沙捷鼎所持有的全部股份。同年 8 月 12 日，青苹果公司回函长沙捷鼎原则同意根据有关协议履行回购义务，由于七月初董事会之前没有获得长沙捷鼎任何有关要求回购的信息，请许可对回购事宜必须有充分的时间准备，并建议双方在近期面商回购事宜。”青苹果公司和唐五一的回函已明确说明同意长沙捷鼎的股份回购事宜，但提出要双方协商解决。唐五一的行为虽符合增资协议的约定，但在双方相互致函后，是长沙捷鼎拒绝协商，不同意召开公司股东会协商股份转让事宜，就直接提起本案诉讼，长沙捷鼎的行为存在过错，不符合上述工商法规的强制性规定，程序不合法，导致唐五一与长沙捷鼎之间股份转让事项无法完成，由此产生的法律后果，应由长沙捷鼎承担。一审法院对此没有给予认定，其认定事实存在错误。第三，长沙捷鼎要求唐五一回购其在青苹果公司中股份的方式不符合公司章程约定，存在错误。在青苹果公司《章程》第六章第十三条中各方股东约定：“有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；

(二) 公司合并、分立、转让主要财产的; (三) 公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现, 股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。自股东会会议决议通过之日起六十日内, 股东与公司不能达成股权收购协议的, 股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。”这说明在长沙捷鼎投资入股青苹果公司之时, 对股权回购的程序各方股东就已经进行了约定。青苹果公司章程中的这一约定与《公司法》第七十五条规定相一致。因此, 公司股东之间因股份(权)转让纠纷提起诉讼应当“自股东会会议决议通过之日起九十日内”仍没有办理的, 当事股东才可以“向人民法院提起诉讼”, 这既是公司章程中解决公司股权回购(转让)纠纷的约定条件, 也是公司法规定的法定条件。本案长沙捷鼎在拒绝召开股东会的前提下, 要求唐五一回购其股份的条件没有成就。一审法院在查明长沙捷鼎为股份回购事宜, 仅发出一份“股份回购书面通知”的情况下, 仍作出一审的第一项判决, 其判决结果与公司法的强制性规定和青苹果公司章程约定不符, 认定事实是错误的。

2、本案焦点之二: 长沙捷鼎在青苹果公司中的股份(权)数额是多少, 一审判决认定的股份(权)数额是错误的, 应予撤销。本案中, 长沙捷鼎提出的诉讼请求是“判令被告唐五一按约定回购长沙捷鼎持有的湖南省青苹果数据中心有限公司全部股权, ……”根据《增资协议》第二条“增资”中持股比例表可知, 长沙捷鼎在青苹果公司中的持股比例为 10%, 占出资额 125 万元。本案一审查明的事实是: “根据当事人的陈述和经审查确认的证据, 法院认定事实如下: ……增资后, 长沙捷鼎在青苹果持股比例为 10%, ……”根据一审认定的事实: 唐五一与长沙捷鼎及本案第三人于 2012 年 6 月 9 日签订《增资协议》和《增资补充协议》, 在《增资补充协议》第二条“股份回购”中第 2.1 项中约定: “当出现下列重大事项时, 投资方有权利要求控股股东戊方回购投资人所持有的标的公司全部股份, 标的公司、标的公司的实际控制人对该股份回购事宜及股份回购之金额支付承担连带责任。”由此可知, 本案中唐五一在《增资补充协议》中承诺回购的是长沙捷鼎在青苹果公司中的股份(权), 总金额为人民币 125 万元。而不是长沙捷鼎诉讼请求中的 2908.64 万元。本案中, 长沙捷鼎在青苹果公司中的投资总数经法庭查明到起诉为止是 1520 万元, 其中股本金 125 万元, 资本公积金 1395 万元。由一审查明的事实可知, 在《增资协议》、《增资补充协议》和公司《章程》中, 各方股东对投入公司中的资本公积金的退出机制没有约定。一审查明: “股份回购价按以下确定: 投资方本次投资金额 + (投资方本次投资金额 * 12% * 本次投资款到账日至回购日之间的天数 / 365 - 收购日前投资人已获得的现金红利)”, 该计算公式中所说的“投资金额”仅指长沙捷鼎投入的股份金额, 而不包括资本公积金部分的款项。一审判决第一项将长沙捷鼎投入的“资本公积金”数额与“股份”数额一并计算, 并判决唐五一支付包括资本公积金在内的“回购”款, 即“支付股份回购款 2130.16 万元”(第一项判决内容)是错误的。在长沙捷鼎自己的诉讼请求中, 没有提出回购资本公积金的诉求, 一审判决与法无据, 是错误的。如按上述计算公式来计算长沙捷鼎股份回购数额, 也应以长沙捷鼎投入的 125 万元股份(权)基数来计算(在不考虑是否联营合同和公司亏损的前提下), 才符合《增资补充协议》的约定。

3、本案焦点之三: 本案《增资协议》和《增资补充协议》的性质是联营性质协议, 还是投资性质协议。本案中, 唐五一认为《增资协议》、《增资补充协议》是联营性质的合同, 因此, 《增资补充协议》第二条约定的带保底条款性质的条款是无效条款。理由如下: 我国民法通则中规定的联营合同是指两个以上的经济组织为了达到共同的经济目的, 决定共同出资, 联合从事一定生产经济活动的协议。本案二份涉案增资协议的联营性质是合同型, 不组成独立的联营体, 联营各方按照联营合同的约定独立经营, 各自承担相应的责任, 联营各方的责任则以各自认缴的出资额为限。联营合同中的保底条款通常是指联营一方虽向联营体投资, 并参与共同经营, 分享联营的盈利, 但不承担联营的亏损责任, 在联营体亏损时, 仍要收回其出资和收取固定利润的条款。由于保底条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则, 损害了其他联营方和联营体债权人的合法权益, 所以, 带

有保底条款的联营合同会被认定为无效。在这种情况下，联营企业如发生亏损的，联营一方依保底条款收取的固定利润，会被要求如数退出，用于补偿联营的亏损，如无亏损，或补偿后仍有剩余的，剩余部分可作为联营的盈余，由双方重新商定合理分配或按联营各方的投资比例重新分配。本案中，《增资补充协议》第二条中约定当公司出现亏损时，长沙捷鼎仍要收取固定利润，这一条款实质上就是保底条款，该条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则，损害了其他联营方和联营体债权人的合法权益。因此，《增资补充协议》第二条第 2.2 项约定的含有保底内容的条款应当认定为无效。对长沙捷鼎依据该保底条款提出的股份回购诉讼请求，不符合法律规定，不予认可。本案一审“认为”，“《增资补充协议》中关于投资方有权要求唐五一回购投资人所持有的青苹果全部股份的约定系新、旧股东自由处分其股东权益的行为，……并不违背股东风险共担的原则，……股份回购情形的成就需触发一定的条件，因此，唐五一主张双方系‘名为投资，实为联营’与事实不符，故投资方在协议约定的条件成就的情况下有权要求唐五一回购投资人所持有的青苹果公司全部股份。”一审法院的这一认为是错误的。因为，我国公司法中对于公司股东之间转让（受让）其在公司中的股份没有禁止，在联营性质的公司中，“约定新、旧股东自由处分其股东权益的行为，”并不违反公司法的规定，也“……并不违背股东风险共担的原则”，但“保底条款”在公司股东中，保护了一部分股东的利益，同时又损害了公司中其他股东的利益，因此，“保底条款”是无效的。至于公司股东在任何他认为适合的时候（所谓触发一定的条件），提出“股份回购”请求，只要程序合法和股份转让的文件合法，是双方当事人真实意思表示，都不违反公司法的相关规定，这与“名为投资，实为联营”无关。本案在《增资补充协议》第二条第 2.2 项中，各方股东约定不管公司是否有盈利，都要支付利润，而利润就是股权经营收益的体现，利息才是投资收益的体现。因此，《增资协议》、《增资补充协议》是联营性质的合同，其中的保底条款依法无效，长沙捷鼎依该保底条款计算回购款，并在本案中提起的诉求，依法不应得到法律的支持。本案不是长沙捷鼎是否“有权要求唐五一回购投资人所持有的青苹果公司全部股份”的问题，而是应该通过什么样的法定程序、以什么价格、向工商行政管理部门提交什么样的股份转让文件来办理股份回购事宜的问题，即各方股东在增资协议中约定的股份回购条件、法定的程序条件、工商主管部门要求提交的文件条件等是否成就的问题，如果成就，长沙捷鼎可以提起本案诉讼；没有成就，无权提出本案诉讼。一审法院仅以几年中没有达到约定的利润分配数额这一回购成就的条件之一，来评判本案，否定其他成就条件，该判决认定事实不符。二、本案适用法律错误。1? 本案中，一审判决以《公司法》第二十条、第七十三条判决本案是错误的。本案中唐五一没有滥用股东权利的行为，倒是长沙捷鼎一方面要求唐五一回购其股份，另一方面又拒绝唐五一召开股东会的要求，存有过错责任；公司法第七十三条规定，股权转让后，公司应该注销原股东的出资证明书，对公司章程的该项修改不需再由股东会表决，但七十三条没有对股份转让的程序进行规定。我国工商总局《公司登记管理条例》第二十七条中股份转让的程序规定，一审判决没有适用是错误的。2、本案中，一审法院适用合同法第八条、第六十条、第一百零七条规定判决本案，但在本案中正是长沙捷鼎没有按二份增资协议约定履行自己的合同义务，过错方是长沙捷鼎，一审法院以上述条款判决唐五一承担过错责任，适用法院是错误的。3? 关于本案诉讼费用。本案中，长沙捷鼎在青苹果公司中的股份只有 125 万元，但在本案中其诉讼请求为 2908.6 万元，一审交的诉讼费高达 181644 元，由于长沙捷鼎的诉讼请求错误，导致其多交诉讼费用应由长沙捷鼎自己承担。一审判决中让唐五一承担本案诉讼费用的 141859 元，显失公平。综上所述，本案中，一审法院认定事实错误，判决数额错误，适用法律错误。唐五一请求二审法院依法审理，撤销本案一审判决第一项内容，驳回长沙捷鼎的全部诉讼请求。被上诉人长沙捷鼎答辩称：一审判决认定事实清楚、证据确实充分，适用法律正确，唐五一上诉理由明显不成立。一、本案《增资协议》及其《补充协议》之法律性质，属于典型的“PE”，

即“私募股权投资”。这与唐五一所称的“企业联营”，在交易目的、合作形式等方面均存在重大、本质区别。首先，在交易目的上，PE 主要投资对象为处于成长和扩张期的非上市型企业，其投资目的主要依靠实现目标企业的收购、兼并和上市从而获取最终投资收益，即“资本盈利”，而绝非通过参与企业实体经营而取得传统意义上的企业盈利。因此，本案《增资协议》及其《补充协议》所预先设定的、唐五一回购条款之触发“条件”着重体现为：在唐五一经营团队的管理下，目标企业能否达到实现上市目标所必须的财务指标，以及在约定的期限内、经唐五一及目标企业承诺的上市目标能否实现。另外，《增资协议》及其《补充协议》所约定的唐五一回购价款中所包含的资金占用成本，明显低于民间融资成本市场行情、甚至低于法律支持限额这一客观事实，足以证明：长沙捷鼎订立合同、实施投资行为的目的与唐五一所称“共同经营、共负盈亏”的联营合作目的存在重大区别。其次，在合作方式上，从本案《增资协议》第四条关于“增资完成后，目标公司仍由唐五一经营管理团队实施，长沙捷鼎享有监督权……”的约定，足以认定长沙捷鼎仅为“财务投资人”，事实上根本不参与目标企业的实际经营。因此，本案《增资协议》及其《补充协议》项下的股权收益权转让和回购并不符合民法通则上的企业联营的实质性法律特征。综上，正如唐五一所讲到的，民法通则规定的联营其基本法律特性是：两个以上经济组织，为了达到“共同的经济目的”，共同出资，并且“共同经营”……显然，本案长沙捷鼎的增资投资行为完全不符合上述联营之基本法律特性。此种情形下本案《增资协议》、《增资补充协议》及其回购条款根本不属于最高院相关司法解释（27 号文）中所否定的联营保底条款，故唐五一就此主张，显属法律适用不当。

二、唐五一对于股权转让协议（即本案所指的“回购条款”）的“效力”与股权转让“变更登记程序”、以及“股东回购”（即股东间股权转让）与“公司回购（股东股权）”两组概念存在严重法律认识错误和逻辑错误。首先，“股权转让的效力”与“股权转让变更登记”分属实体和程序上的不同概念，而本案诉争关键焦点系股权转让（回购）条款的效力问题，即各方在《增资协议》及其《补充协议》中约定的，当相关“条件”成就时，作为公司实际控制股东的唐五一应当按照约定的价款受让长沙捷鼎持有的公司全部股份，该约定是否有效的问题。对此，唐五一在上诉状中表示对此“没有异议”。那么既然双方对于股权回购条款的效力均无异议，通过本案诉讼，依据生效的人民法院裁判也完全可以申请要求工商登记机关配合、协助执行并办理相应股权变更登记。其次，根据《公司法》第七十一条、最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）第九条相关规定，唐五一所引用的国家工商总局《公司登记管理条例》第二十七条规定的相关股权变更登记程序，并不构成公司股东间股权回购协议的生效要件；另根据《合同法》第五十二条、以及最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）第十四条之规定，上述行政法规规定也明显属于“管理性”规定。因此，唐五一据此主张股权回购条款因违反所谓的“强制性规定”而无效，根本不成立。第三，青苹果公司章程第六章第十三条系直接引用的《公司法》第七十五条相关规定，该条的文义是“公司回购（股东股权）”而非股东间股权回购（转让），其立法目的是赋予陷入“股东僵局”的股东以退出和救济途径，以维持公司的“人合性”。对此，唐五一拟据此说明长沙捷鼎与唐五一等股东间的股权回购条款违反公司章程约定，显然存在认识和法律理解错误。综上，本案《增资协议》及其《补充协议》中，关于当条件成就时应由唐五一回购长沙捷鼎所持有的全部公司股份之约定，既不与公司章程冲突、又未违反相关法律、行政法规之强制性规定，唐五一上诉理由不成立。三、关于唐五一的回购价款。对此，长沙捷鼎认为：合同当事人据以履行义务或承担责任的依据，应当是其缔约时的真实意思表示，且该种义务或责任应当是其在缔约当时能够或应当预见的。首先，虽然本案《增资协议》及其《补充协议》约定的唐五一回购标的名为：投资人所持有的标的公司“全部股份”，但随后便进一步明确了回购义务人应支付的“股份回购价款”为：投资方“本次投资金额”+……，而长沙捷鼎本次实际投入的投资金额经一审庭审查明就是 1520

万元。因此，唐五一将该“投资方本次投资金额”狭义解释为进入注册资本金的 125 万元，明显是违背双方缔约时真实意思表示的。其次，通观本案《增资协议》及其《补充协议》，协议各方对于交易目的、交易方式、退出路径等的交待和安排非常清晰。因此，长沙捷鼎投资至今从未获得股东分红、青苹果公司财务状况持续恶化、根本无法实现上市等客观情况，足以认定长沙捷鼎订立合同时的根本目的已无法实现，由唐五一按照约定的“股份回购价款”受让长沙捷鼎持有的公司全部股份，符合各方缔约时的真实意思表示，而该义务或责任也是唐五一在缔约时能够并应当预见的。综上所述，唐五一上诉理由与事实不符、于法无据，请贵院依法审查后予以驳回。

原审被告青苹果公司答辩称：同意唐五一的全部上诉请求。

原审第三人金科公司答辩称：同意长沙捷鼎的意见。

原审第三人郑志祥答辩称：同意长沙捷鼎的意见。

本案二审庭审中，经法庭询问，唐五一向法庭表示其愿意按合同约定回购长沙捷鼎的股权，但其认为回购标的是 125 万的股权，价格应当以 125 万为基数按照合同的公式进行计算。长沙捷鼎则向法庭表示回购的标的是全部股份，金额按照投入的 1520 万计算回购的款项。

本院二审查明的事实与原审法院查明的一致。

本院认为，根据双方的诉辩意见及本案案情，本案争议焦点在于：唐五一向长沙捷鼎回购青苹果公司股份的价格应当如何确定。

经审查，长沙捷鼎与青苹果公司、唐五一、金科公司、郑志祥签订的《湖南省青苹果公司数据中心有限公司增资补充协议》约定，股份回购，投资方承诺投资未满一年不得提出回购和退出。当出现下列重大事项时，投资方有权利要求控股股东唐五一回购投资人所持有的标的公司全部股份，标的公司、标的公司的实际控制人对该股份回购事宜及股份回购之金额支付承担连带责任：（1）公司于 2015 年 12 月 31 日之前未在中国证券市场首次公开发行；（2）2013、2014 年度中任一年度标的公司净利润较上一年度下降比例超过 20%。股份回购价格，唐五一同意投资方提出的回购投资方所持有的全部股份的要求。股份回购价格按以下确定：投资方本次投资金额+（投资方本次投资金额×12%×本次投资款到账日至回购日之间的天数÷365-收购日前投资人已获得的现金红利）。标的公司或控股股东应在收到投资方发出的股份回购书面通知当日起三个月内付清全部金额。

本案中，唐五一、长沙捷鼎对唐五一回购长沙捷鼎在青苹果公司的股权均无异议，只是各方当事人对上述补充协议中关于股份回购的约定中确定股份回购价格时“投资方本次投资金额”如何理解存在分歧。唐五一、青苹果公司认为“投资方本次投资金额”应指长沙捷鼎投入资金计入注册资本的部分即 125 万元；长沙捷鼎及金科公司、郑志祥则认为“投资方本次投资金额”应指包括计入注册资本和资本公积金的实际投资金额 1520 万元。

经审查，长沙捷鼎与青苹果公司、唐五一、金科公司、郑志祥签订的《湖南省青苹果公司数据中心有限公司增资协议》约定，长沙捷鼎、金科公司、郑志祥作为投资方向青苹果公司投资 4000 万元，其中 250 万元进入工商注册资本，其余的 3750 万元进入资本公积。本院认为，根据上述约定，长沙捷鼎作为投资方“本次投资金额”应是指实际投资金额 1520 万元，并不限于计入注册资本的投入资金。原审判决对此认定并无不当，本院予以维持。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十八条、第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审受理费 181644 元，由上诉人唐五一承担。

本判决为终审判决。

审判长 熊晓震代理审判员李维潇代理审判员吴世兵

二〇一七年五月八日

书记员 何亮

天津达晨盛世股权投资基金合伙企业（有限合伙）与蒋小林等股权转让纠纷一案一审民事判决书

北京市海淀区人民法院

民事判决书

（2015）海民（商）初字第 34476 号

原告：天津达晨盛世股权投资基金合伙企业（有限合伙），主要经营场所天津空港经济区环河南路 88 号 2-3353 室。

执行事务合伙人：深圳市达晨财智创业投资管理有限公司（委派代表：刘昼）。

委托诉讼代理人：蒋广辉，北京市康达律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李付民，北京市康达律师事务所律师。

被告：蒋小林（兼被告北京元培世纪翻译有限公司法定代表人），男，汉族，1962 年 8 月 17 日出生。

被告：北京元培世纪翻译有限公司，注册登记地北京市海淀区西三旗育新花园 1 号院。

法定代表人：蒋小林，总裁。

原告天津达晨盛世股权投资基金合伙企业（有限合伙）（以下简称达晨盛世合伙企业）与被告蒋小林、北京元培世纪翻译有限公司（以下简称元培公司）股权转让纠纷一案，本院于 2015 年 9 月 14 日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告达晨盛世合伙企业委托诉讼代理人蒋广辉到庭参加诉讼，被告元培公司法定代表人蒋小林到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

达晨盛世合伙企业向本院提出诉讼请求：1. 判决蒋小林支付达晨盛世合伙企业股权转让款 29922800 元；2. 蒋小林向达晨盛世合伙企业支付违约金 2990000 元；3. 元培公司对蒋小林对达晨盛世合伙企业的上述应付款项承担连带偿还责任；4. 被告蒋小林和元培公司承担本案诉讼费用。事实与理由：2013 年 8 月 15 日，原告与二被告签署《关于北京元培世纪翻译有限公司之股权回购协议》（以下简称《股权回购协议》），约定蒋小林向达晨盛世合伙企业回购达晨盛世合伙企业所持有的元培公司的股权，回购价款为 2992.28 万元，同时约定蒋小林最晚于 2013 年 10 月 15 日前将上述款项支付至达晨盛世合伙企业指定账户，每延期支付一日，需向原告支付千分之二的滞纳金，进一步约定违约金为股权转让款的 10%，元培公司对蒋小林就《股权回购协议》中约定的义务承担连带责任。上述协议签订后，蒋小林未履行回购义务，未支付任何回购价款，且经达晨盛世合伙企业多次催促无果。

蒋小林、元培公司辩称，签署《股权回购协议》时，是蒋小林和元培公司先在协议最后落款处签章，后将协议给了原告达晨盛世合伙企业，但之后达晨盛世合伙企业并未将上述协议给二被告，所以二被告对于协议的签署和履行情况均不清楚。同时，该协议是蒋小林出于对投资方的保护所签，当时也存在股权争议，达晨盛世合伙企业要求因对赌协议提高持股比例，降低原股东的持股比例。蒋小林自身没有能力支付股权回购款，也没有能力持有股份。股权回购应当是由元培公司回购，而非蒋小林个人回购。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对有争议的证据和事实，本院认定如下：

2013 年 8 月 15 日，天津达晨创世股权投资基金合伙企业（有限合伙）、达晨盛世合伙企业、深圳市圣华洋创业投资管理有限公司、北京清科联合投资管理中心（有限合伙）、华泽宏阳投资管理（北京）有限公司、杨皓薇与元培公司和蒋小林签订《股权回购协议》，约定：投资方于 2010 年 7 月共对目标公司投资了 6060 万元，持有目标公司 34.7% 的股权，具体股权比例如下：蒋小林出资额 48.545 万元，股份比例 31.7%，……达晨盛世合伙企业出资额 15.902

万元，股份比例 10.384%。各方同意，由蒋小林对投资方所持有的目标公司 34.7%的股权进行全部收购（回购）。第 2 条：蒋小林收购目标股权的价款为：投资方的初始投资金额+按 20%/年的利息计得的自 2010 年 7 月至本协议回购款项全部支付完毕之日之间以月份计的利息。蒋小林承诺于 2013 年 10 月 15 日前完成本次股权收购，计息月份为 39 个月，支付达晨盛世合伙企业 29922800 元（初始投资额 18135000 元，利息 11787800 元）。第 4.2 条，各方同意，一旦发生违约行为，违约方应当向守约方赔偿因其违约而给守约方造成的损失，本协议的违约金为标的股权收购价款的 10%。第 4.5 条：标的公司对本协议中约定蒋小林的义务承担连带责任。该协议签字页落款处写明“标的公司：北京元培世纪翻译有限公司法定代表人：蒋小林”。

天津达晨创世股权投资基金合伙企业（有限合伙）、达晨盛世合伙企业、深圳市圣华洋创业投资管理有限公司、北京清科联合投资管理中心（有限合伙）、华泽宏阳投资管理（北京）有限公司、杨皓薇与元培公司以及其股东蒋小林、颜国香、贺文、王伟英、韦俊民、王冉旭曾签订《关于北京元培世纪翻译有限公司之增资协议》（以下简称《增资协议》），第 6 条约定：6.1 当出现以下情况时，投资方有权要求标的公司或原股东中的蒋小林、颜国香回购投资方所持有的全部公司股份：6.1.1 公司于 2014 年 12 月 31 日前未能实现首次公开发行；6.1.2 公司因上市规划和上市目标市场的选择，导致投资方选择退出；6.1.3 公司累计亏损达到或超过投资方投资前公司净资产的 20%时；6.1.4 公司原股东出现重大违规行为，包括但不限于如同业竞争、转移和隐匿公司资产和收益等；6.1.5 原股东或标的公司实质性违反本协议及附件的相关条款。

2010 年 8 月 13 日，达晨盛世合伙企业向元培公司分别转账支付 159020 元和 17975980 元，转账付款回单上的摘要部分分别为“注册入资款”、“投资款”。元培公司向达晨盛世合伙企业开具收据两张，金额分别为 159020 元和 17975980 元。

庭审中，蒋小林主张因为根据《增资协议》的约定，元培公司在 2014 年必须要上市，但 2013 年元培公司的经营收入下降，不能公开上市发行，故二被告才与原告签订《股权回购协议》。本院认为，关于《增资协议》和《股权回购协议》的效力问题。各方签订的《增资协议》约定元培公司及原股东同意元培公司以增资扩股方式吸引投资方合计 6060 万元投资，达晨盛世合伙企业投入 18135000 元，且约定元培公司于 2014 年 12 月 31 日前未能实现首次公开发行的，投资方有权要求元培公司或原股东中的蒋小林、颜国香回购投资方所持有的全部公司股份。该约定中，蒋小林、颜国香承诺如果条件未成就则购买投资方持有的元培公司股份且回购价款考虑到了投资款及相应利息，该承诺系真实意思表示，具有补偿性质，不损害元培公司及其债权人利益，应属有效；《股权回购协议》中约定蒋小林按约定价格回购投资方持有的元培公司的股权，系各方履行《增资协议》的约定，不损害第三人利益，不违反我国法律、法规的禁止性规定，应属有效，蒋小林应依约履行义务，蒋小林仅以其没有经济能力作为答辩意见，于法无据，本院不予采信。但根据我国公司法的基本原则，公司财产与其股东财产相互独立，股东出资后除法定情形外，不能将其持有的股份返还公司并取得公司财产，否则就侵害了公司的财产权以及债权人利益，因此《增资协议》中关于投资方有权要求元培公司回购股份的约定以及《股权回购协议》第 4 条关于由元培公司对该协议中蒋小林的义务承担连带责任的约定无效。

根据《增资协议》和《股权回购协议》，本院对达晨盛世合伙企业主张的蒋小林应按照约定价格 29922800 元购买达晨盛世合伙企业持有的元培公司股权的请求，予以支持。蒋小林未依约按期回购股权，应承担相应的违约责任。考虑到《股权回购协议》约定的付款日期为 2013 年 10 月 15 日前，且约定了违约金为股权收购价款的 10%，故对于达晨盛世合伙企业要求蒋小林支付违约金 2990000 元的诉讼请求，本院予以支持。对于达晨盛世合伙企业要求元培公司就蒋小林的上述债务承担连带责任的诉讼请求，因该连带责任没有法律依据，故不予支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、《中华人民共和国公司法》第三条、第二十条、第一百三十七条之规定，判决如下：

一、被告蒋小林于本判决生效之日起十日内向原告天津达晨盛世股权投资基金合伙企业（有限合伙）支付股权购买款 29922800 元及违约金 2990000 元；

二、驳回原告天津达晨盛世股权投资基金合伙企业（有限合伙）的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 206364 元，原告天津达晨盛世股权投资基金合伙企业（有限合伙）已预交，由被告蒋小林负担。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于北京市第一中级人民法院。

审判长 郭齐

人民陪审员 张金海

人民陪审员 段福奎

二〇一七年四月五日

书记员 刘慧芳

汪兆海、杨乃义与深圳中科汇商创业投资有限公司、大庆市中科汇银创业投资有限责任公司其他合同纠纷二审民事判决书

最高人民法院

民事判决书

(2014)民二终字第 00107 号

上诉人(原审被告):汪兆海。

委托代理人:赵建平,上海泰吉十方律师事务所律师。

委托代理人:侯兴政,上海泰吉十方律师事务所律师。

上诉人(原审被告):杨乃义。

委托代理人:赵建平,上海泰吉十方律师事务所律师。

委托代理人:侯兴政,上海泰吉十方律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):深圳中科汇商创业投资有限公司。住所地:广东省深圳市福田区滨河路联合广场 A 座 5107 室。

法定代表人:张锴雍,该公司董事长。

委托代理人:韩前进,北京市嘉铭律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):大庆市中科汇银创业投资有限责任公司。住所地:黑龙江省大庆市高新区发展路祥阁花园 S1-2。

法定代表人:沈秀霞,该公司董事长。

委托代理人:夏惠民,北京市中伦律师事务所律师。

委托代理人:曾礼庆,北京市中伦律师事务所律师。

上诉人汪兆海、杨乃义与被上诉人深圳中科汇商创业投资有限公司(以下简称中科汇商)、大庆市中科汇银创业投资有限责任公司(以下简称中科汇银)股权转让合同纠纷一案,不服辽宁省高级人民法院(2010)辽民二初字第 27 号民事判决,向本院提起上诉。本院受理后,依法组成由审判员王富博担任审判长,代理审判员张颖、原爽参加的合议庭公开开庭进行了审理,书记员陆昱担任记录。本案现已审理终结。

原审原告中科汇商、中科汇银诉称:2007 年 12 月 14 日,中科汇商、中科汇银与汪兆海、杨乃义等朝阳飞马股东签订增资协议。2009 年 9 月 21 日,中科汇商、中科汇银与汪兆海、杨乃义等签订了股份转让协议。2010 年 1 月 12 日,中科汇商、中科汇银与汪兆海、杨乃义等签订了股份转让协议之补充协议。协议约定了汪兆海、杨乃义向中科汇银、中科汇商支付相应的股份转让价款及违约责任。截止至原告起诉之日,汪兆海、杨乃义未按约定向中科汇商、中科汇银支付股份转让价款,已构成违约,故此请求:1、判决汪兆海、杨乃义继续履行《股份转让协议》及补充协议;2、判决汪兆海向中科汇商支付股份转让价款人民币 3000 万元及逾期付款利息人民币 1703.84 万元、向中科汇银支付股份转让价款人民币 500 万元及逾期付款利息人民币 283.97 万元(逾期付款利息从 2007 年 12 月 14 日起暂计算至 2011 年 9 月 27 日)。3、判决杨乃义向中科汇银支付股份转让价款人民币 3500 万元及逾期付款利息人民币 1987.81 万元(逾期付款利息从 2007 年 12 月 14 日起暂计算至 2011 年 9 月 27 日),实际计算到实际给付之日。4、判决两被告承担本案全部诉讼费用。

原审法院经审理查明:2007 年 12 月 14 日,中科汇商作为甲方、中科汇银作为乙方、汪兆海作为丙方、杨乃义作为丁方、喀左万马投资有限公司(以下简称为万马公司)作为戊方、喀左怡诚投资咨询有限公司(以下简称为怡诚公司)作为己方、喀左众道投资顾问有限公司

（以下简称为众道公司）作为庚方、朝阳飞马作为辛方，共同签订一份《增资协议》，其中约定：中科汇商、中科汇银向朝阳飞马共增资 7000 万元，获得朝阳飞马 1400 万股股份。其中，中科汇商投资 3000 万元，获得 600 万股股份；中科汇银投资 4000 万元，获得 800 万股股份。《增资协议》还约定，朝阳飞马及汪兆海、杨乃义等原大股东承诺，朝阳飞马未来三年的业绩为 2007 年、2008 年、2009 年的净利润分别不少于人民币 5000 万元、8000 万元、11000 万元，如朝阳飞马未能达到承诺的利润，则由朝阳飞马按照协议约定的标准向中科汇商、中科汇银进行现金补偿。并且，朝阳飞马保证在收到中科汇商、中科汇银投资款之日起 30 个月内实现在国内 A 股上市，逾期不能上市，或者朝阳飞马在上市申报过程中，由于朝阳飞马自身客观原因造成的实质性上市障碍无法消除，使得朝阳飞马在 30 个月内上市的承诺明显无法实现时，中科汇商、中科汇银有权要求朝阳飞马回购所持有的股份，回购价格为中科汇商、中科汇银的原始投资加年 15% 的投资收益。原股东对公司所约定的回购事宜提供担保。《增资协议》签订后，中科汇商、中科汇银支付了全部增资款项，并获得朝阳飞马 1400 万股的股份。

2008 年 6 月因金融危机影响，中国证券监督管理委员会暂停了国内企业的首次公开发行股份申请，并且朝阳飞马 2008 年的销售额和营业利润出现大幅下降，未能实现 2008 年的净利润指标，导致朝阳飞马在预定期限内上市公开发行股份已经无法实现。鉴于该情形，2009 年 9 月 21 日，中科汇商作为甲方、中科汇银作为乙方、汪兆海作为丙方、杨乃义作为丁方、万马公司作为戊方、怡诚公司作为己方、众道公司作为庚方、朝阳飞马作为辛方，共同签订一份《股份转让协议》，主要内容是：第一，中科汇商将 600 万股朝阳飞马股份转让给汪兆海，转让价为人民币 3000 万元；第二，中科汇银将 700 万股朝阳飞马股份转让给杨乃义，转让价为人民币 3500 万元，将 100 万股股份转让给汪兆海，转让价为人民币 500 万元；第三，上述股份转让价款应在 2009 年 10 月 16 日前支付给中科汇商和中科汇银。《股份转让协议》签订后，汪兆海、杨乃义并未在约定期限内支付股份转让价款。

2010 年 1 月 12 日，中科汇商作为甲方、中科汇银作为乙方、汪兆海作为丙方、杨乃义作为丁方、万马公司作为戊方、怡诚公司作为己方、众道公司作为庚方、朝阳飞马作为辛方，共同签订一份《股份转让协议之补充协议》（以下简称《补充协议》），对股份转让方式再次进行了约定：汪兆海、杨乃义应在 2010 年 3 月 31 日前受让中科汇商、中科汇银持有的朝阳飞马股份，并支付股份转让价款；如汪兆海、杨乃义在 2010 年 3 月 31 日前未能履行支付股份转让价款的义务，则未支付价款应按 15% 的年利率从 2007 年 12 月 14 日起计算相应的本息。

《补充协议》还约定，中科汇银所持的 800 万股股份中，包括 25 名自然人委托持股的股份，中科汇银同意在收到汪兆海、杨乃义支付的全部转让价款后三个工作日内，将其中委托持有的 100 万股股份所对应的价款支付给委托人。《补充协议》签订后，汪兆海、杨乃义未在 2010 年 3 月 31 日之前向中科汇商、中科汇银支付上述股份转让款。

另查明：朝阳飞马系从事车辆设备生产的股份公司，是一家国内致力于汽车配件（轮毂、制动鼓和制动盘）的生产、销售和研发的民营企业，公司注册地为辽宁省朝阳市喀左县公营子镇，法定代表人汪兆海。公司增资前注册资本 10,000 万元人民币，总股本为 10,000 万股。其股权结构为：汪兆海持有 41.71% 的股份，杨乃义持有 41.71% 的股份。汪兆海、杨乃义合计持有朝阳飞马 83.42% 股份，为朝阳飞马的实际控制人。增资完成后，朝阳飞马的总股本增加至 11,400 万股。《朝阳飞马车辆设备股份有限公司章程》记载，该公司股东及持股比例为：汪兆海持有 36.589% 的股份，杨乃义持有 36.589% 的股份，中科汇商持有 5.263% 的股份、中科汇银持有 7.0175% 的股份。汪兆海、杨乃义合计持有朝阳飞马 73.178% 股份，仍为朝阳飞马的实际控制人。

原审法院认为：中科汇商、中科汇银与汪兆海、杨乃义等朝阳飞马股东签订的《股份转让协议》及《补充协议》系各方之间自愿、真实的意思表示，不违反现行法律、行政法规的强制性规定，真实合法有效，双方应依约履行。

关于汪兆海、杨乃义辩称该协议有保底条款，股份转让协议应为无效的问题。原审法院认为，虽然《增资协议》约定中科汇商、中科汇银在朝阳飞马未能上市时，有权要求朝阳飞马回购所持有的股份，但是股东之间签订的《股份转让协议》及《补充协议》是各股东以意思自治的形式签订，是独立的股权转让协议，没有涉及股权稳定和损害朝阳飞马公司利益，应为合法有效。因此，其抗辩理由与事实不符，不予支持。

关于汪兆海、杨乃义辩称《股份转让协议》及《补充协议》是在受胁迫情况下签订，应认定无效的问题。原审法院认为，汪兆海、杨乃义在签订该协议时，已对股份转让价款及逾期支付转让款应承担 15% 利息的价值已有清楚正确的认识，现又以受胁迫为由否认该约定的效力，该行为有悖诚实信用，也无证据支持其主张，故不予支持。

关于转让价款违约利息的问题。原审法院认为，本案协议约定的 15% 利息，应当理解为汪兆海、杨乃义构成违约，是依约支付违约金的性质。合同法第一百一十四条规定的违约金制度已经确定违约金具有“补偿和惩罚”的双重性质，且以赔偿非违约方的损失为主要功能，故应以实际损失为基础，兼顾合同履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等因素，根据公平原则、诚实信用原则予以衡量。结合本案具体情况考虑。首先，根据《股份转让协议》及《补充协议》的约定，如汪兆海、杨乃义在 2010 年 3 月 31 日前未能履行支付股份转让价款的义务，则应从 2007 年 12 月 14 日起，按 15% 的年利率计算本息。这是当事人双方的真实意思表示，旨在保证协议的履行，其内容并不违反法律禁止性和强制性规定，应当认定有效。其次，按照约定汪兆海、杨乃义应在 2009 年 10 月 16 日前向中科汇商、中科汇银支付股份转让价款。然而，在该期限届满后，汪兆海、杨乃义并未履行上述义务。双方又签订了补充协议，期限延长至 2010 年 3 月 31 日前，但汪兆海、杨乃义仍然没有履行该协议，没有支付股份转让价款，最终导致该协议没能履行。若汪兆海、杨乃义按约支付价款，则不发生支付 15% 利息的问题，汪兆海、杨乃义对协议的不能履行负有全责。再次，从资金流转使用于经营的效益分析，及与银行关于贷款利息、逾期罚息的计算比例、方法相比较，从 2007 年 12 月 14 日至今，中科汇商、中科汇银不能如期取得经营效益。根据公平原则和诚实信用原则，双方约定的应按照年 15% 的利息标准支付利息的主张，显然不属于合同法规定的违约金过高的情形。故中科汇商、中科汇银关于请求法院判令汪兆海、杨乃义支付 15% 利息的诉讼请求，原审法院予以支持。

关于汪兆海、杨乃义辩称的中科汇银所持的 800 万股股份中有 100 万股属于 25 名自然人股东问题。原审法院认为，该节事实系本案之外的另一法律关系，并且《补充协议》中已经明确约定，中科汇银在收到 800 万股的全部转让价款后三个工作日内另行支付给 25 名委托人。因此，关于汪兆海、杨乃义在本案中扣除该部分股份所对应款项的诉求不予支持。

综上，原审法院判决：一、汪兆海在本判决生效之日起十日内向中科汇商支付股份转让价款本金 3000 万元、向中科汇银支付股份转让价款本金人民币 500 万元；二、杨乃义在本判决生效之日起十日内向中科汇银支付股份转让价款本金 3500 万元；三、汪兆海在本判决生效之日起十日内向中科汇商支付股份转让价款本金 3000 万元的逾期付款利息（按照 15% 的年利率从 2007 年 12 月 14 日起计算至本判决确定给付之日止）、向中科汇银支付股份转让价款本金 500 万元的逾期付款利息（按照 15% 的年利率从 2007 年 12 月 14 日起计算至本判决确定给付之日止）；四、杨乃义在本判决生效之日起十日内向中科汇银支付股份转让价款本金 3500 万元的逾期付款利息（按照 15% 的年利率从 2007 年 12 月 14 日起计算至本判决确定给付之日止）。五、驳回原告、被告其他诉讼请求。

汪兆海、杨乃义不服原审判决，向本院提起上诉，请求撤销原审判决第一、二、三、四项，驳回原审原告的全部诉讼请求。其上诉理由是：（一）一审判决认定本案法律关系存在错误，本案法律关系不是股份买卖关系，而是投资关系。《股份转让协议》、《补充协议》源于《增资协议》，也没有脱离《增资协议》，它们从属于《增资协议》，不构成独立的股份买卖关系。所以一审法院对系争法律关系认定是错误的。两被上诉人的行为既然是增资，那么就要承担公司法规定的股东义务，承担投资风险获得投资收益，其主张对赌权利是违反公司法关于股东权利义务的规定的。二、《股份转让协议》、《补充协议》已经失效，上诉人不是本案适格被告。《股份转让协议》第 5 条载明“甲乙双方未在上述第 2 条约定的时间内取得全部 7000 万元股份转让款，甲乙双方有权放弃本次股权转让，继续按《增资协议》主张权利。”现在被上诉人主张了从 2007 年 12 月起应享有 15% 投资收益。所以，按照《股份转让协议》、《补充协议》的约定，被上诉人就此放弃本次股权转让，而按照《增资协议》主张权利。据此，本案被告应该是朝阳飞马，而不应该是本案两上诉人。（三）本案《增资协议》中的对赌条款是无效的，不能得到法律的支持。（四）15% 年收益率不是违约金，根据合同或依据法律都不应得到支持。

中科汇商、中科汇银共同答辩称，本案是因上诉人违反《股份转让协议》及《补充协议》而引发诉讼，《增资协议》是《股份转让协议》产生的背景，被上诉人有权选择依据《股份转让协议》追究上诉人的违约责任，或依据《增资协议》追究上诉人的担保违约责任。《增资协议》合法有效，以年息 15% 计算违约责任属于协议合法公平约定。

二审期间，上诉人汪兆海、杨乃义提供了北京市铭达律师事务所律师致朝阳飞马的律师函、朝阳飞马申请上市及撤回申请的材料、国家节能减排政策对朝阳飞马的不利影响材料、国际金融危机对朝阳飞马的不利影响材料、朝阳飞马一直处于良好内部运行状态的材料等五组新证据，本院经质证认为，除律师函外，其他四组证据材料均与本案争议问题无关联性，故不予采用。汪兆海、杨乃义提供律师函欲证明，因汪兆海、杨乃义没有履行《股份转让协议》约定的付款义务，中科汇银、中科汇商已明确表示按照《增资协议》主张权利，因此汪兆海、杨乃义不是本案适格被告。

本院对原审法院查明的事实予以确认。

本院认为，中科汇银、中科汇商与朝阳飞马等签订《增资协议》，约定中科汇商、中科汇银向朝阳飞马增资 7000 万元，获得朝阳飞马 1400 万股股份，该约定合法、有效。《增资协议》约定的前述增资事项实际履行后，朝阳飞马却未能实现在《增资协议》中保证的 30 个月内上市的目标。为解决由此产生的后续问题，中科汇银、中科汇商与汪兆海、杨乃义等签订了《股份转入协议》及其《补充协议》。从产生的过程上看，《股份转入协议》及其《补充协议》确系为解决《增资协议》履行中产生的问题而签订，因此二者之间存在着因果关系。但《股份转入协议》及其《补充协议》并非从属于《增资协议》。从法律关系的性质及其主体上看，

《增资协议》发生在中科汇银、中科汇商与朝阳飞马之间，所设立的是增资入股法律关系，这与《股份转入协议》及其《补充协议》系发生在朝阳飞马的股东中科汇商、中科汇银与汪兆海、杨乃义之间，所设立的是股权转让法律关系完全不同，因而《股份转入协议》及其《补充协议》具有独立性。《股份转入协议》及其《补充协议》签订后，中科汇银、中科汇商因朝阳飞马未实现上市的目标而享有了两种选择性的救济途径，其既可以依据《增资协议》的约定要求朝阳飞马回购股份，也可以依据《股份转入协议》及其《补充协议》要求汪兆海、杨乃义受让股权并支付股权转入款。虽然汪兆海、杨乃义举证证明中科汇银、中科汇商委托北京市铭达律师事务所律师按照《增资协议》向朝阳飞马主张了股份回购的权利，但在其权利未实现的情况下，并不妨碍中科汇银、中科汇商依据《股份转入协议》及其《补充协议》向汪兆海、杨乃义主张受让股权并支付股权转入款的权利，也没有证据证明汪兆海、杨乃义明确放弃了此种权利。因此，中科汇银、中科汇商依据《股份转入协议》及其《补充协议》

起诉汪兆海、杨乃义，主张继续履行协议并承担逾期履行的违约责任，于法有据，本院予以支持。汪兆海、杨乃义关于本案为投资法律关系，原审认定法律关系错误，其不属于本案适格被告的主张不予支持。因中科汇银、中科汇商并未依据《增资协议》起诉主张履行对赌条款，故本院对于《增资协议》中对赌条款的效力不予审查。

《补充协议》约定汪兆海、杨乃义如在 2010 年 3 月 31 日前未能完全履行支付股份转让款的义务，则按《增资协议》约定的 15% 的年利率从 2007 年 12 月 14 日起计算相应的本息，此系当事人之间就违约损害赔偿计算方法所做的自由约定，并不违反法律的强制性规定，本院予以认定。汪兆海、杨乃义未在 2010 年 3 月 31 日前向中科汇银、中科汇商支付股份转让款，中科汇银、中科汇商据此主张损害赔偿，有合同和法律依据，本院予以支持。因汪兆海、杨乃义在原审中并未就其支付股权转让款后，中科汇银、中科汇商应如何协助履行办理工商变更登记等义务提出诉讼请求，因而该部分内容不属于本案的审理范围，原审法院对此未作处理，不属于漏判。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，上诉人的上诉请求并无事实及法律依据，本院不予支持。本院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审案件诉讼费按一审判决执行，二审案件受理费 544553.4 元，由汪兆海、杨乃义共同负担。

本判决为终审判决。

审判长 王富博

代理审判员 张颖

代理审判员 原爽

二〇一四年八月一日

书记员 陆昱

王琳琳与上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼其他合同纠纷一审民事判决书

上海市杨浦区人民法院
民事判决书

(2017)沪 0110 民初 1022 号

原告：王琳琳，女，1959 年 12 月 13 日生，汉族，住广东省深圳市。

委托诉讼代理人：李源清，上海乐言律师事务所律师。

被告：上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司，住所地上海市杨浦区。

法定代表人：解治琼，执行董事。

委托诉讼代理人：陶武平，北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

被告：解治琼，男，1979 年 4 月 30 日出生，汉族，户籍地辽宁省。

委托诉讼代理人：于彩霞，上海浦望律师事务所律师。

上列两被告共同委托诉讼代理人：沈东骏，北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

第三人：童小琳，女，1976 年 1 月 3 日出生，回族，户籍地上海市闵行区西湖苑小区 52 号 603 室。

原告王琳琳与被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司(简称“蔚蓝海岸公司”)、被告解治琼、第三人童小琳其他合同纠纷一案，本院于 2017 年 1 月 6 日立案，依法适用简易程序。被告蔚蓝海岸公司在提交答辩状期间对管辖权提出异议，本院于同年 2 月 23 日作出裁定，驳回其对管辖权提出的异议。被告蔚蓝海岸公司不服提出上诉，上海市第二中级人民法院于同年 4 月 27 日作出驳回上诉，维持原裁定的终审裁定。本院于同年 5 月 25 日公开开庭进行了审理。审理中，经原告王琳琳申请，本院依法追加解治琼为本案被告。因案件处理结果可能与其有法律上的利害关系，本院依法追加童小琳为本案第三人。因案情复杂，本案依法转为普通程序，并于同年 10 月 19 日公开开庭进行了审理。原告王琳琳及其委托诉讼代理人李源清，被告蔚蓝海岸公司法定代表人暨被告解治琼、两被告共同委托诉讼代理人沈东骏、被告解治琼委托诉讼代理人于彩霞到庭参加诉讼。第三人童小琳经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告王琳琳向本院提出诉讼请求：一、判令被告蔚蓝海岸公司返还原告王琳琳 1,006,400 元；二、判令被告蔚蓝海岸公司向原告王琳琳支付利息(以 1,006,400 元为基数，以年利率 15% 为标准，自 2016 年 10 月 1 日起算至实际清偿日止)；三、判令被告解治琼对被告蔚蓝海岸公司上述第一、二项付款义务承担连带责任。事实与理由：2014 年 8 月，被告蔚蓝海岸公司员工童小琳告知原告，被告蔚蓝海岸公司正在搞员工持股计划，届时到香港上市，但只有内部员工才能持股，让原告将款项交给童小琳，由其帮原告操作。同年 8 月 8 日，原告王琳琳将 1,006,400 元转至童小琳账户。2015 年 12 月 30 日，原、被告重新签订《股权认购协议》，约定原告以 0.68 元/股的价格认购 1,480,000 股，金额共计 1,006,400 元；协议签署后至证券交易所首次公开发行前，原告享有股息及每年不低于 8% 的利润分红；如被告蔚蓝海岸公司于 2016 年 9 月 30 日之前未能完成香港上市，被告蔚蓝海岸公司承诺以原告出资额年化 15% 的收益率回购该部分股权。2016 年 2 月 3 日，被告蔚蓝海岸公司支付原告分红 80,512 元。同年 9 月 30 日，被告未能在香港上市，原告联系被告要求按约退还购股款未果，故涉讼。

被告蔚蓝海岸公司、被告解治琼共同辩称，童小琳不是被告蔚蓝海岸公司员工，被告没有向外募集过资金，也没有与原告签订过《股权认购协议》，原告 1,006,400 元款项没有汇入被告公司账户，被告也没有收到该款。《股权认购协议》上的公章并非被告蔚蓝海岸公司公章。

虽然被告解治琼系被告蔚蓝海岸公司唯一股东，但公司与股东彼此独立。即便两被告银行账户存在资金往来，也是有原因的，不能代表公司和股东人格混同。

第三人童小琳未到庭作出陈述。

经审理查明：2014 年 8 月 8 日，原告王琳琳向第三人童小琳个人账户汇款 1,006,400 元。2015 年 12 月 30 日，被告蔚蓝海岸公司作为甲方(股权转让方)、原告王琳琳作为乙方(股权受让方)，共同签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》并约定：公司预计于 2016 年 9 月之前完成香港上市，为奖励公司中高层管理者在公司发展过程中所作贡献，……，甲方实施本次蔚蓝海岸员工持股计划，以蔚蓝海岸公司单一品牌旗下所有资产为基础进行评估，拟定总股本为 5 亿股，本次对员工持股计划拟以 0.68 元每股价格，总计出让 5,000 万股；乙方认购甲方 1,480,000 份股权，每份股权价格 0.68 元，认购款共 1,006,400 元；乙方应在 2015 年 12 月 31 日之前向蔚蓝海岸公司招商银行上海分行金陵路支行账户汇入认购款；乙方签署协议后至证交所首次公开发发行前，享有甲方股息和每年不低于 8% 的利润分红，甲方应将每年利润分红汇入王琳琳名下招商银行尾号为 5577 的银行账户；若甲方于 2016 年 9 月 30 日前未完成香港上市，甲方承诺以乙方出资额年化 15% 收益率回购该部分股权；等等。

2016 年 2 月 3 日，被告蔚蓝海岸公司通过招商银行上海金陵支行账户向原告王琳琳跨行支付 80,512 元，摘要信息显示为“分红”。

经被告蔚蓝海岸公司申请，本院依法调取第三人童小琳名下、开户行为招商银行上海长宁支行、卡号为 XXXXXXXXXXXXXXX 的账户 2014 年 1 月 1 日至 2014 年 12 月 31 日交易流水。其上显示：原告王琳琳于 1 月 21 日向童小琳支付 100,000 元、童小琳于 2 月 17 日向原告王琳琳支付 100,000 元(审理中原告王琳琳确认上述两笔款项与本案无关，是原告王琳琳与童小琳之间的借贷关系)，原告王琳琳于 8 月 8 日向童小琳支付 1,006,400 元(审理中原告王琳琳称该笔此款即系争股权认购款)，原告王琳琳于 12 月 16 日向童小琳支付 150,000 元(审理中原告王琳琳确认此款与本案无关，是原告王琳琳与童小琳之间的借贷关系，该笔借款童小琳也已经向原告还清)。另，流水明细显示第三人童小琳通过该账户与被告解治琼于该年度存在多笔资金往来。且审理中，被告解治琼自认其与童小琳自 2012 年开始至今有 2,000 多万元的资金往来。

另查明，1、经童小琳介绍，案外人王志海出资 200,000 元，以每股 1 元的价格认购被告蔚蓝海岸公司 200,000 股股权，后产生纠纷，王志海于 2016 年 9 月诉至本院，案号为(2016)沪 0110 民初 14157 号。该案审理中，被告蔚蓝海岸公司就股权认购协议及金陵路支行账户开户材料中的公章申请司法鉴定。2017 年 3 月 27 日，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》(司鉴中心【2017】技鉴字第 328 号)，认为股权认购协议上的公章与样本不一致，金陵路支行账户开户材料上的公章与样本一致。本案审理中，原告王琳琳同意以前述《司法鉴定意见书》鉴定结论作为本案认定事实依据。但原告王琳琳认为，即便本案系争《股权认购协议》中被告蔚蓝海岸公司公章印文与样本上印文不是同一枚印章盖印形成，亦不能否认《股权认购协议》的有效性。

2、在(2016)沪 0110 民初 14157 号案件审理中，被告解治琼陈述，童小琳在被告蔚蓝海岸公司无职务，2013 年其口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划。大约在 2016 年 1 月 15 日委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，并将该账户交由童小琳管理，该账户所涉网银、U 盾等均由童小琳掌管，内部员工持股的资金往来就是使用丽园路支行账户；金陵路支行账户的开设和使用被告并不知情。直至大量诉讼产生后，才知童小琳擅自开设了金陵路支行账户，从目前情况来看，两账户都是童小琳在实际控制。

3、2015 年 1 月 19 日至 2016 年 8 月 2 日被告蔚蓝海岸公司招商银行金陵路支行账户明细表显示，该账户与招商银行丽园路支行账户、第三人童小琳个人账户之间互有资金往来。

4、2016年8月，被告解治琼向上海市公安局杨浦分局报案，称被童小琳骗取资金共计2,900余万元，该局于2016年12月15日出具不予立案通知书。

5、被告解治琼在审理中确认，被告蔚蓝海岸公司并未在香港上市。

本院认为：本案主要争议焦点为：1、原告王琳琳与被告蔚蓝海岸公司间的协议是否有效；2、若有效，被告解治琼是否应当对被告蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。

关于争议焦点一，首先，被告蔚蓝海岸公司虽否认童小琳系其公司员工，但自认自2013年即开始委托童小琳办理公司在香港上市业务及员工持股计划；其次，招商银行上海金陵路支行账户设立时开户申请书上的公章与被告提供的样本一致，且该账户与被告蔚蓝海岸公司另一个设立在招商银行丽园路支行的账户间有多次款项往来，故无论当时该账户的设立，是否系被告蔚蓝海岸公司委托第三人童小琳，对外可以认定金陵路支行账户系被告蔚蓝海岸公司所有；再次，原告王琳琳将系争1,006,400元汇入第三人童小琳个人账户，虽然没有证据直接证明童小琳于收款后立即将款项交付被告蔚蓝海岸公司，但从童小琳个人账户银行流水可以看出，童小琳与被告解治琼之间存在多笔大额资金往来；最后，原告王琳琳于2016年2月3日收到被告蔚蓝海岸公司通过招商银行上海金陵支行账户支付的一年时间的分红80,512元。结合上述情况，本院认定不能仅凭公章不一致便否认协议的效力，原告王琳琳与第三人童小琳以被告蔚蓝海岸公司名义签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》合法有效，原告向童小琳支付的1,006,400元已经转为履行该协议项下的股权认购款。按照协议约定，被告蔚蓝海岸公司未能在香港上市，原告要求被告蔚蓝海岸公司返还购股款，并按约支付利息的诉讼请求，可予支持。

关于争议焦点二，被告蔚蓝海岸公司系一人有限责任公司，被告解治琼为该公司的唯一股东，被告解治琼在审理中，未能提供证据证明，公司财产独立于股东个人财产，依据相关法律规定，被告解治琼应当对公司的债务承担连带责任。

据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条，《中华人民共和国公司法》第六十二条、第六十三条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十条之规定，判决如下：

一、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内退还原告王琳琳1,006,400元；

二、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内支付原告王琳琳利息（以1,006,400元为基数，以年利率15%为标准，自2016年10月1日计算至实际清偿日止）；

三、被告解治琼对被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司上述第一项至第二项付款义务承担连带责任。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费13,858元，由被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、被告解治琼共同负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判长 程建婷

审判员 王冬娟

人民陪审员 沈翡

二〇一七年十月三十一日

书记员 朱迪

王某 1、傅某 1 等与傅某 3 法定继承纠纷一案一审民事判决书

上海市徐汇区人民法院

民事判决书

(2018)沪 0104 民初 472 号

原告：王某 1，女，汉族，住上海市闵行区。

委托诉讼代理人：傅某 1(系王某 1 之女)。

原告：傅某 1，女，汉族，住上海市奉贤区。

原告：傅某 2，女，汉族，住上海市闵行区。

被告：傅某 3，男，汉族，住上海市浦东新区。

原告王某 1、傅某 1、傅某 2 与被告傅某 3 法定继承纠纷一案，本院于 2018 年 1 月 3 日立案后，依法适用简易程序，于 2018 年 2 月 6 日公开开庭进行了审理。原告傅某 1(亦为原告王某 1 的委托诉讼代理人)、傅某 2 到庭参加诉讼。被告傅某 3 经传票传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

王某 1、傅某 1、傅某 2 向本院提出诉讼请求：要求依法分割被继承人傅某 7 名下的上海银行股份有限公司首次公开发行并上市前发行的股份余股 1,051 股(股权证号 XXXXXXXXXXXX)；依法继承傅某 7 名下上海银行股份有限公司的股权红利即上海银行账户为 XXXXXXXXXXXX 账户内的余额 6,932.67 元。事实和理由：被继承人傅某 7 与王某 1 于解放初结婚，一直共同生活至 1996 年 10 月傅某 7 去世，二人共生育两名子女傅某 2、傅某 8，王某 1 与前夫所生之女傅某 1 随王某 1、傅某 7 共同生活。傅某 7 与前妻祝某某育有一子傅某 3。傅某 7 于 1996 年死亡，祝某某于 1999 年死亡。傅某 8 于 2008 年死亡，其生前未婚亦未生育子女。傅某 7、傅某 8 均未立遗嘱。傅某 7 与王某 1 共同出资购买上海银行股票，其中的 3,504 股已经法院判决处理，在办理上述股权转让的过程中发现傅某 7 名下还有 1,051 股股权。傅某 7 名下还有股权红利 6,932.67 元，因在傅某 7 去世时尚未建立红利账户，直至 2000 年 2 月才建立起新账户。上述 1,051 股股权及股权红利 6,932.67 元未予处理，上述财产系傅某 7 与王某 1 的夫妻共同财产，其中的一半应归王某 1 所有，另一半为傅某 7 的遗产由继承人继承。

傅某 3 未到庭答辩。

本院认定事实如下：

被继承人傅某 7(又名傅某 7)与王某 1 育有两名子女：傅某 2、傅某 8。傅某 1 系王某 1 与前夫所生之女，傅某 7 与王某 1 结婚时傅某 1 尚未成年，傅某 1 随傅某 7、王某 1 共同生活。傅某 7 与祝某某育有一子傅某 3。上海市公安局徐汇分局徐家汇派出所出具的傅某 7 户籍证明“婚姻状况”栏登记为王某 1。上海市公安局浦东分局六灶派出所出具的证明记载：“经查阅六灶派出所新华村 9 组 90 年代 8 户户籍档案，项目登记为：祝某某，……婚姻状况：傅某 7……”傅某 7 生前与王某 1 共同生活，王某 1、祝某某所生子女分别随各自母亲共同生活。傅某 7 于 1996 年 10 月 16 日报死亡。祝某某于 1999 年 8 月死亡。傅某 7、祝某某的父母均先于其二人死亡。傅某 8 于 2008 年 10 月 26 日报死亡，其生前未婚亦未生育子女。傅某 7、祝某某、傅某 8 生前均未立遗嘱。

王某 1 曾于 2016 年 7 月 20 日向本院起诉要求依法继承傅某 7 名下的上海银行股份有限公司非上市流通股股票 3,504 股，本院于 2016 年 9 月 18 日作出判决[(2016)沪 0104 民初 24475 号民事判决书]：被继承人傅某 7 名下的上海银行股份有限公司非上市流通股股票 3,504 股由王某 1 取得 2,044 股、由傅某 1、傅某 2 各取得 438 股、由傅某 3 取得 584 股，该判决已生效。上海银行股份有限公司于 2017 年 9 月 13 日出具证明，内容为：“兹证明傅某 7(身份证号码 XXXXXXXXXXXX)截止 2017 年 9 月 13 日，持有上海银行股份有限公司首

次公开发行并上市前发行的股份肆仟伍佰伍拾伍股(股权证号为 XXXXXXXXXXXXX), 每股面值人民币壹元。”购买上述股票时祝某某未出资。本案审理过程中, 王某 1、傅某 1、傅某 2 均确认上述证明中傅某 7 名下上海银行股份有限公司首次公开发行并上市前发行的股份 4,555 股中的 3,504 股已经法院处理, 并要求法院按照法定继承的方式处理剩余的股份 1,051 股。傅某 7 名下上海银行账号为 XXXXXXXXXXXXXXXX 账户于 2000 年 2 月 23 日开户, 该账户内有余额 6,932.67 元。王某 1、傅某 1、傅某 2 均确认上述钱款系傅某 7 名下上海银行股份有限公司首次公开发行并上市前发行的股份 4,555 股的股权红利, 并要求上述钱款归傅某 1 所有, 由傅某 1 按照各自可取得的份额向其他继承人给付折价款

上述事实, 有当事人陈述、上海市公安局户籍证明三份、上海枫林电容器厂出具的证明、上海市浦东新区川沙新镇新吉村民委员会出具的证明四份、上海市公安局浦东分局六灶派出所出具的证明、上海银行股份有限公司 2014 年 12 月 1 日、2017 年 9 月 13 日出具的证明、(2016)沪 0104 民初 24475 号民事判决书、傅某 7 名下上海银行账户信息查询等证据证明, 本院予以确认。

本院认为, 傅某 7、祝某某、傅某 8 生前均未立遗嘱, 其三人名下的遗产应按照法定继承的方式继承。王某 1、祝某某作为傅某 7 的配偶, 傅某 2、傅某 8、傅某 3 作为傅某 7 的子女, 傅某 1 作为与傅某 7 形成抚养关系的继子女均系傅某 7 的法定继承人。

祝某某虽因历史原因与王某 1 同为傅某 7 的合法配偶, 但傅某 7 生前与王某 1 共同生活, 在购买上海银行股权时祝某某亦未出资, 故傅某 7 名下的上海银行股权及红利应为傅某 7 与王某 1 的夫妻共同财产, 由其二人各半所有, 祝某某对上述财产不享有夫妻共同财产的权利。

本案的具体继承方式如下: 傅某 7 名下的上海银行股权 1,051 股及股权红利 6,932.67 元由傅某 7、王某 1 各半所有, 其中属于傅某 7 的部分在其死亡后由其继承人继承, 即由王某 1、祝某某、傅某 2、傅某 8、傅某 3、傅某 1 平均继承。祝某某、傅某 8 在继承开始后、遗产分割前死亡, 其二人继承遗产的权利分别转移给其二人的继承人: 对于祝某某应当继承的份额, 因祝某某与王某 1 所生的子女并未形成抚养关系, 祝某某死亡后, 其应继承的份额由傅某 3 继承; 对于傅某 8 应当继承的份额, 应由王某 1 继承。王某 1、傅某 1、傅某 2 要求傅某 7 名下上海银行账户内的 6,932.67 元归傅某 1 所有并由傅某 1 按照各自可取得的份额向其他继承人给付折价款, 考虑到便于执行的原则, 本院对此予以准许。

傅某 3 经本院传票传唤, 无正当理由拒不到庭, 本院依法缺席判决。

依照《中华人民共和国继承法》第二条、第三条、第五条、第十条、第二十六条第一款、《中华人民共和国婚姻法》第十七条、《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见》第五十二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定, 判决如下:

一、被继承人傅某 7 名下上海银行股份有限公司首次公开发行并上市前发行的股份 1,051 股由王某 1 取得 701 股、由傅某 1、傅某 2 各取得 87.5 股、由傅某 3 取得 175 股;

二、被继承人傅某 7 名下上海银行股份有限公司账号为 XXXXXXXXXXXXXXXX 账户内的存款本息归傅某 1 所有, 傅某 1 于本判决生效之日起十日内给付王某 1 上述财产折价款 4,620 元, 给付傅某 2 上述财产折价款 578 元, 给付傅某 3 上述财产折价款 1,156 元。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务, 应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定, 加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 50 元, 减半收取计 25 元, 由王某 1 负担 17 元, 傅某 1、傅某 2 各负担 2 元, 傅某 3 负担 4 元。

如不服本判决, 可以在判决书送达之日起十五日内, 向本院递交上诉状, 并按对方当事人的人数提出副本, 上诉于上海市第一中级人民法院。

审判员 何倩
二〇一八年二月七日
书记员 武冰

王志海与上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、解治琼其他合同纠纷一审民事判决书

上海市杨浦区人民法院
民事判决书

(2016)沪 0110 民初 14157 号

原告：王志海，男，1975 年 10 月 12 日出生，汉族，户籍地河北省张家口市。

委托诉讼代理人：张晓雪，上海山田律师事务所律师。

委托诉讼代理人：金鑫，上海山田律师事务所律师。

被告：上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司，住所地上海市杨浦区。

法定代表人：解治琼，执行董事。

被告：解治琼，男，1979 年 4 月 30 日出生，汉族，户籍地辽宁省，现住上海市杨浦区。

上列两被告共同委托诉讼代理人：陶武平，北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

上列两被告共同委托诉讼代理人：沈东骏，北京观韬中茂(上海)律师事务所律师。

原告王志海与被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司(以下简称蔚蓝海岸公司)、被告解治琼其他合同纠纷一案，本院于 2016 年 9 月 1 日立案。本案依法适用简易程序。两被告在提交答辩状期间对管辖权提出异议，本院于 2016 年 9 月 21 日作出裁定，驳回两被告对管辖权提出的异议。两被告不服提出上诉。上海市第二中级人民法院于 2016 年 10 月 31 日作出驳回上诉，维持原裁定的终审裁定。本院于 2016 年 11 月 24 日公开开庭进行了审理，原告委托诉讼代理人金鑫、张晓雪，两被告共同委托诉讼代理人沈东骏到庭参加诉讼。审理中，两被告申请对股权认购协议及招商银行金陵路支行开户资料上的公章进行鉴定。本院委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对公章进行鉴定。该鉴定中心于 2017 年 3 月 27 日出具鉴定意见书，本院于同年 5 月 3 日公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人金鑫、张晓雪，被告解治琼及两被告共同委托诉讼代理人陶武平、沈东骏到庭参加诉讼。本案现已审理终结。原告王志海向本院提出诉讼请求：1、解除双方《股权认购协议》，被告蔚蓝海岸公司返还原告股权价款人民币(以下所涉币种均指人民币)20 万元及利息(以 20 万元为基数，按年化 15%利率计算，自 2016 年 4 月 26 日计算至实际付清日止)；2、被告蔚蓝海岸公司赔偿原告损失，律师费 19,000 元；3、被告解治琼承担连带赔偿责任。事实与理由：2016 年 4 月 26 日，原告经被告蔚蓝海岸公司上市负责人童小琳介绍，与被告蔚蓝海岸公司达成《股权认购协议》，约定被告蔚蓝海岸公司拟定总股本为 4 亿股，原告认购 20 万股，每股价格 1 元；如被告蔚蓝海岸公司于 2016 年 11 月 30 日之前未能完成香港创业板上市，被告蔚蓝海岸公司承诺以原告出资额年化 15%的收益率回购该部分股权。2016 年 4 月 28 日及同年 5 月 20 日，原告向被告蔚蓝海岸公司提供账户汇款 20 万元。同年 8 月 9 日，原告前往被告蔚蓝海岸公司与被告解治琼谈话，被告解治琼称公司上市计划失败，并否认出售过股份给原告，要求原告报警。根据相关规定，被告行为属于对其主要合同义务的违反，已构成根本性违约，原告故起诉来院。

被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、被告解治琼共同辩称，被告蔚蓝海岸公司没有与原告签订过股权认购协议，原告打款 20 万元被告没有收到，钱款均被童小琳转走；原告所述事实不存在；本案中，童小琳涉嫌诈骗，案件应中止审理；被告解治琼与原告无直接相对关系，且被告解治琼个人财产独立于公司，不存在连带责任问题，公司法对股东出资义务也已经放开，即使被告解治琼承担责任也应在执行阶段而非作为被告。

经审理查明：2016 年 4 月 26 日童小琳以被告蔚蓝海岸公司名义与原告签订《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》，约定：原告认购蔚蓝海岸公司员工持股

计划下 20 万份股权，每份股权价格 1 元，认购款共 20 万元，协议签订后三个工作日内向蔚蓝海岸公司金陵路支行账户支付 50% 认购款，另外 50% 于 2015 年 5 月 28 日前支付。原告签署协议后至证交所首次公开发售前，享有蔚蓝海岸公司股息和每年不低于 8% 的利润分红。如蔚蓝海岸公司于 2016 年 11 月 30 日前未完成上市，蔚蓝海岸公司承诺以原告出资额年化 15% 收益率回购股权。2016 年 4 月 28 日及同年 5 月 20 日，原告分两次各转账 10 万元至蔚蓝海岸公司招行金陵路支行账户，共计 20 万元，转款摘要均为“购股款”。原告另提供上海山田律师事务所发票一张，证明已支付律师费 19,000 元。

另查明，1、因被告蔚蓝海岸公司就股权认购协议及金陵路支行账户开户材料中的公章申请司法鉴定。2017 年 3 月 27 日，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》，认为股权认购协议上的公章与样本不一致，金陵路支行账户开户材料上的公章与样本一致。

2、被告解治琼在审理中陈述，童小琳在被告蔚蓝海岸公司无职务，2013 年口头委托童小琳操办公司香港上市事宜及内部员工持股计划。大约在 2016 年 1 月 15 日委托童小琳在招商银行丽园路支行开立账户，并将该账户交由童小琳管理，该账户所涉网银、U 盾等都由童小琳掌管，内部员工持股的资金往来就是使用丽园路支行账户；金陵路支行账户的开设和使用被告并不知情。直至原告诉讼后，才知童小琳擅自开设了金陵路支行账户，从目前情况来看，两账户都是童小琳在实际控制。

3、2015 年 1 月 19 日至 2016 年 8 月 2 日被告蔚蓝海岸公司招商银行金陵路支行账户明细表显示，该账户与招商银行丽园路支行账户间互有资金往来。

4、2016 年 8 月 8 日，被告解治琼向上海市公安局杨浦分局报案，称被童小琳骗取资金共计 2900 余万元，该局于 2016 年 12 月 15 日出具不予立案通知书。

5、被告解治琼在审理中确认，被告蔚蓝海岸公司并未在香港上市。

本院认为：本案主要争议焦点为：1、原告与被告蔚蓝海岸公司间的协议是否有效；2、若有效，被告解治琼是否应当对被告蔚蓝海岸公司的债务承担连带责任。

关于争议焦点一，首先，被告蔚蓝海岸公司虽否认童小琳系其公司员工，但自认委托童小琳办理公司在香港上市业务；其次，招商银行金陵路支行账户设立时开户申请书上的公章与被告提供的样本一致，且该账户与被告蔚蓝海岸公司另一个设立在招商银行丽园路支行的账户间有多次款项往来，故无论当时设立时，是否系被告蔚蓝海岸公司委托童小琳，对外可以认定金陵路支行账户系被告蔚蓝海岸公司设立的。本案所涉股权认购协议上的公章确与被告蔚蓝海岸公司提供的样本不一致，但该协议上明确投资款转入的账户确为被告蔚蓝海岸公司所设，事后，原告按协议约定将投资款 20 万元划入招商银行金陵路支行账户，结合上述情况，本院认定原告与童小琳以被告蔚蓝海岸公司名义签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》上的公章虽与被告蔚蓝海岸公司提供的样本有异，但不能仅凭公章不一致便否认协议的效力，故该协议合法有效。双方均应按协议约定履行各自的义务。现被告蔚蓝海岸公司不能在香港上市，原告要求解除协议请求可予支持。协议解除后，被告蔚蓝海岸公司应将原告所购股权款退还，并按约定向原告支付利息，并赔偿原告为此支出的相关律师费用。

关于争议焦点二，被告蔚蓝海岸公司系一人有限责任公司，被告解治琼为该公司的唯一股东，被告解治琼在审理中，未能提供证据证明，公司财产独立于股东个人财产，依据相关法律规定，被告解治琼应当对公司的债务承担连带责任。据此，依照《中华人民共和国合同法》第九十四条第二项、第九十七条，《中华人民共和国公司法》第六十二条、第六十三条之规定，判决如下：

一、原告王志海与被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司 2016 年 4 月 26 日签订的《上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司员工持股计划之股权认购协议》于本判决生效之日解除；

二、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内退还原告王志海人民币 200,000 元；

三、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内支付原告王志海利息，以人民币 200,000 元为基数，自 2016 年 12 月 1 日起计算至实际付清日止，按年利率 15% 计算；

四、被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司应于本判决生效之日起十日内赔偿原告王志海律师费损失人民币 19,000 元；

五、被告解治琼对上述第二项至第四项付款义务承担连带责任。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费人民币 4718 元，适用简易程序，减半收取计人民币 2359 元，保全费人民币 1520 元，鉴定费人民币 11,600 元，合计人民币 15,479 元，由被告上海蔚蓝海岸婚纱摄影有限公司、被告解治琼共同负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员 李红

二〇一七年七月二十七日

书记员 王嫣然

危嘉与南方工业资产管理有限责任公司等合同纠纷二审民事判决书

北京市高级人民法院
民事判决书

(2014)高民终字第 829 号

上诉人(原审被告)危嘉,男,1965 年 2 月 2 日出生。

委托代理人孔德义,北京市北方律师事务所律师。

委托代理人于娜,北京市北方律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)南方工业资产管理有限责任公司,住所地北京市西城区月坛南街 7 号。

法定代表人李守武,董事长。

委托代理人赵运恒,北京市大成律师事务所律师。

委托代理人夏侯松杰,北京市大成律师事务所律师。

原审被告北京理工奇维电子科技有限公司,住所地北京市海淀区信息路 22 号院上地科技综合楼 B 座 8 层 8080 室。

法定代表人和建成,总经理。

委托代理人孔德义,北京市北方律师事务所律师。

委托代理人于娜,北京市北方律师事务所律师。

上诉人危嘉因与被上诉人南方工业资产管理有限责任公司(以下简称南方公司)、原审被告北京理工奇维电子科技有限公司(以下简称理工奇维公司)合同纠纷一案,不服北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第 1602 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2014 年 2 月 24 日受理后,依法组成由审判员范士卿,审判员赵红英、代理审判员龚晓妮参加的合议庭,并于 2014 年 3 月 28 日公开开庭进行了审理。上诉人危嘉及原审被告理工奇维公司共同的委托代理人孔德义、于娜,南方公司的委托代理人赵运恒、夏侯松杰到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原审原告南方公司在一审起诉称:2006 年 12 月,在南方公司筹划收购中国人寿保险公司首次公开发行的 A 股战略配售股票期间,危嘉以理工奇维公司的名义找到南方公司,称可利用其社会关系和人脉资源帮助南方公司达到申购 2000 万股的目标,并提出申购成功后将其中的 500 万股转为其和理工公司持有,并将相应利益作为佣金。南方公司在不知道事实真相的情况下,同意接受其帮助。2006 年 12 月 25 日,危嘉以理工奇维公司的名义与南方公司签订了《委托投资协议》及《借款合同》,使其成为中国人寿 A 股战略配售 500 万股的持有人。上述合同均未实质履行,而仅作为危嘉套取不正当利益的形式和根据。2007 年 3 月 1 日,危嘉以理工奇维公司的名义与南方公司签订《补充协议》,约定其可以增加所谓的“委托投资款”。

2008 年 2 月 5 日和 2009 年 1 月 16 日,南方公司分两次将 113308274 元款项支付给危嘉实际控制的理工奇维公司,其中包括 8057 万元“委托投资及分红”款,后此款转至危嘉名下,归其个人所得。

2010 年 8 月,南方公司方知,危嘉根本没有其所称的社会关系和人脉资源,且也未通过其他途径为南方公司申购股票提供过任何帮助,南方公司成功申购 2000 万股的份额完全凭借自身的资质与能力,与危嘉所许诺的“帮助条件”无任何关系,危嘉所作陈述完全是在对南方公司进行欺诈,使南方公司在不了解真实情况下作出了不真实的意思表示,且南方公司系国有独资公司,由于该欺诈行为导致国有资产流失严重,国家利益遭受巨大损失。

南方公司认为,根据《中华人民共和国合同法》的规定,上述涉案合同均应属无效,危嘉实际实施了欺诈行为,且为 8057 万元的实际受益人,故对于该款项应由危嘉予以返还,而理工奇维公司作为危嘉实施欺诈行为的工具和外衣,应对其返还款项承担连带责任。请求:1、确认南方公司与危嘉、理工奇维公司于 2006 年 12 月 25 日签订的《委托投资协议》、《借款合同》及 2007 年 3 月 1 日签订的《补充协议》无效;2、判令危嘉退还南方公司以“委托投资收益及分红形式”获得的清算款 8057 万元及利息(其中 8000 万元的利息自 2008 年 2 月 5 日起至实际退还日止,57 万元的利息自 2009 年 1 月 16 日起至实际退还日止,按中国人民银行同期贷款利率计算;截至 2010 年 12 月 31 日的利息为 18067068 元);3、判令理工奇维公司对危嘉上述还款事项承担连带责任;4、由危嘉、理工奇维公司承担案件诉讼费用及保全费用。

南方公司向一审法院提交以下证据予以证明:

- 1、2006 年 12 月 25 日的《委托投资协议》,证明危嘉为获取不正当利益,以理工奇维公司名义与南方公司签订合同,该合同未实际履行,只是套取利益的工具;
- 2、2006 年 12 月 25 日的《借款合同》,证明内容同证据 1;
- 3、2007 年 3 月 1 日的《补充协议》,证明内容同证据 1;
- 4、2008 年 1 月 30 日的《委托投资收益确认及分红报告》及 2008 年 2 月 2 日的《委托投资收益确认及分红报告回执》,证明南方公司受到两被告欺诈,计算其结算收益款为 8000 万元;
- 5、2008 年 2 月 5 日的南方公司《资金调拨单》,证明南方公司实际向理工奇维公司拨付 8000 万元款项;
- 6、2009 年 1 月 15 日的《委托投资清算报告》及《委托投资清算报告确认回执》,证明南方公司受到两被告欺诈,计算其结算款为 33878274 元,其中含收益 57 万元;
- 7、2009 年 1 月 15 日的南方公司《资金调拨单》,证明南方公司实际向理工奇维公司拨付 33878274 元,其中含收益 57 万元;
- 8、南方公司企业资质材料(公司章程),证明南方公司为国有独资公司;
- 9、中国光大银行网上银行支付凭证(2 张),证明南方公司已实际向理工奇维公司拨付上述两笔款项。

本案一审审理过程中,南方公司向一审法院提出调查取证申请,请求一审法院向北京市公安局调取危嘉涉嫌合同诈骗案件的如下卷宗材料:

(一)法律手续:北京市公安局立案决定书和取保候审决定书。

(二)危嘉口供材料:2010 年 12 月 8 日的讯问笔录,危嘉于 2010 年 9 月 30 日书写的《我对于我涉案问题的认识》、于 2010 年 11 月 19 日书写的《亲笔供词》。

(三)证人证言:北京市公安局 2010 年 7 月 20 日对南方公司总经理王廷伟的讯问笔录,2010 年 8 月 2 日对南方公司副总经理任宇光的询问笔录,2010 年 8 月 2 日对南方公司副总经理蒋晓勇的询问笔录,2010 年 7 月 23 日对理工奇维公司法人代表戴斌的询问笔录,2010 年 8 月 4 日、2010 年 10 月 13 日对鹏华基金管理有限公司总裁邓召明的讯问笔录(2 份)。

(四)其他证据:中国人寿保险股份有限公司 2010 年 6 月 22 日出具的《关于中国人寿 A 股上市战略投资者配售相关问题的说明》,中国国际金融有限公司、中国银河证券有限责任公司 2006 年 12 月 28 日出具的《中国人寿保险股份有限公司首次公开发行 A 股定价、网下发行结果及网上中签率公告》,中国人寿保险股份有限公司提供的《中国人寿保险股份有限公司首次公开发行人民币普通股(A 股)之战略投资者认股协议书》。

一审法院对南方公司该调查取证申请予以支持,向北京市公安局调取了上述证据材料。南方公司以这些证据材料证明危嘉以理工奇维公司名义对其进行欺诈并获取不正当利益 8057 万元。

危嘉、理工奇维公司共同答辩称：

一、本案诉讼主体错误。

危嘉不应成为本案被告。危嘉与理工奇维公司之间为委托代理关系。危嘉系理工奇维公司的授权代表与南方公司洽谈、签约，其个人与原告之间无合同关系，亦与本案无关。根据合同相对性原则，南方公司应向理工奇维公司主张权利，危嘉并非本案适格被告。

二、双方合作的真正原因。

1、双方在此次合作之前有过成功合作的先例，互相了解和信任。

2、理工奇维公司在证券投资业内享有盛誉，有较强的研究分析能力和实际操盘能力。在谈判中，理工奇维公司详细阐述了对证券市场大势的走向，中国人寿股票上市对大势的冲击和影响以及该股票的走势分析，得到了南方公司的认同，这些分析研究能帮助南方公司减少投资活动中的不确定性和提高收益能力。

3、南方公司上级集团公司领导李守武的引荐使得南方公司对理工奇维公司充分信赖，也是双方合作的关键因素。

4、南方公司决定与理工奇维公司合作的目的能够锁定收益，规避风险。战略配售的股票要锁定一年，但当时可能的发行价所对应的市盈率较高，所以一年后解禁时存在跌破发行价的风险。因此，双方商定将其中的 500 万股由被告认购和操盘，理工奇维公司将认购资金打入南方公司账户。若跌破发行价南方公司有权用理工奇维公司资金强行平仓，确保此 500 万股不会给南方公司带来损失，因而规避了整体 2000 万股跌破发行价而带来的风险。同时，由理工奇维公司操盘的 500 万股盈利的 10%可用于南方公司弥补亏损，此种合作模式起到了帮助南方公司化解风险锁定收益的目的，符合大额标的投资的交易习惯。

三、理工奇维公司不仅不存在欺诈，也无从欺诈，反而是南方公司存在严重欺诈或违约情形。理工奇维公司从未承诺、保证南方公司可配售成功中国人寿股票 2000 万股，仅表示以南方公司为主配合、协助南方公司，力争申购成功。

所谓危嘉确保南方公司获得 2000 万股中国人寿股票资格是南方公司为了诉讼而设立的一个伪命题。双方在商谈合作意向时，约定的是以最终配售结果确定双方下一步是否合作。若配售成功且达到 2000 万股（含）以上，则达到双方合作的充分必要条件，而不是以所谓危嘉的人脉“协助行为”实施作为双方合作的前提。

南方公司作为专业的国有大型投资公司，层层审批集体决策，并经其法律部门审核通过后签订诉争协议。而且双方是在中国人寿发布最终发行结果后，南方公司确知已达到双方合作的充分必要条件下，由南方公司提供格式合同协议文件签订。相关文件中对理工奇维公司应该履行的“帮助行为”和“帮助效果”无任何约定，也无任何口头约定。可见，如此重要的投资合同生效的前提条件不存在也不可能是所谓的“帮助行为”和“帮助效果”。

按真实协议约定，理工奇维公司投资回报收益应为 1.72 亿元，可南方公司在见到理工奇维公司如此丰厚收益的情况下，心生妒忌，借故国资监管部门要求，强行胁迫理工奇维公司重签委托投资协议，借此强行改变投资收益分配约定，胁迫理工奇维公司放弃既得收益，强行扣留理工奇维公司合法投资收益 9000 多万元。

四、双方合同已实际履行完毕，各方均有收益，南方公司并未亏损，理工奇维公司获利是自身智力成果，并非自然获利。

涉案配售额度中的 500 万股由理工奇维公司认购，认购资金由理工奇维公司汇入南方公司账户，不足部分以该 500 万股股票抵押向南方公司借款，借款年息 10%。该 500 万股若有盈利，按盈利的 10%再支付给南方公司管理费。若股票下跌，南方公司有权强行平仓，所有亏损由理工奇维公司承担，若理工奇维公司所付资金不足弥补亏损，理工奇维公司必须及时用现金补齐所欠金额。在此种合作模式下，理工奇维公司仅仅获得了一个投资机会和一定的投资份额，而这种投资份额本身不具有特定明确的经济利益或价值，随着市场变化和具体操作水平

的高低，它有可能是正效益，也有可能是负效益，盈亏的多少与经营能力和操作水平直接相关。理工奇维公司所获得的投资机会并未直接获利，而完全承担风险，盈亏自负。南方公司却锁定了保底盈利，而且上不封顶。故南方公司签订诉争协议也存在化解风险的意思，理工奇维公司无论是否在南方公司获取 2000 万股投资份额中存在所谓“欺诈、说谎”行为，均不构成对南方公司实际经济利益的损害。理工奇维公司获取 8000 多万元（实际为 1.72 亿元）主要是其付出资本并承担亏损风险的正常回报，是理工奇维公司智力与辛劳与资本投资的必然经济利益，而绝非口头言行的自然回报。

本案标的 8057 万元是理工奇维公司的投资收益，并非国有资产。本案不存在国有资产流失问题。该 8057 万元既不是南方公司投资所得，也不是南方公司智力成果操盘所得，而是理工奇维公司自身投资及智力活动成果所得投资收益的一部分。即使该 500 万股由南方公司掌握，南方公司也不可能赚取如此高的收益，事实上，南方公司掌握的 1500 万股收益率远远低于理工奇维公司掌握的 500 万股就可证明。因此，该 8057 万元与南方公司无关，更与国有资产无关。500 万股并不必然带来 8057 万元的收益，事实上存在亏损的风险，8057 万元并不是股票的自然收益，理工奇维公司仅获得了投资的机会。理工奇维公司已经支付了该 500 万股的对价，该 500 万股是理工奇维公司的投资就不再属于南方公司，该 500 万股的涨跌与南方公司无关。

双方签约是合法的民事行为，不存在国有资产流失问题。国有资产流失是一个中性概念，并非绝对的就是犯罪或违法的后果，交易行为合法同样能导致国有资产流失。因此，不能以结果来定性，交易行为的合法性才是决定是否承担责任的前提和基础，否则，为了追回所谓的损失，都认定交易行为是犯罪或违法而无效，在法律、情理上说不通。南方公司不能以合同无效为借口占有本不属于其的收益，也不能以国有资产流失为借口认定交易行为违法无效。五、危嘉刑事案件已终结，危嘉无罪释放，法院调取的刑事案卷不能作为民事案件的定案依据。

危嘉在人身受到公安机关羁押期间所作口供不可作为民事诉讼的直接证据和定案依据。危嘉在羁押期间“承认”的诈骗，本身并未得到法律机关的认可，否则其早已受到刑事处罚了，而不会无罪释放。同理，危嘉所承认的“欺诈”也不具有合法的真实性。

即使刑事卷宗材料之间也存在矛盾。危嘉亲笔写的供词与讯问笔录之间相互矛盾，并无实际证明效力，且部分笔录系被引导作出。危嘉主观上对其自身诈骗、欺诈问题认识错误，不能导致司法机关对其行为性质的判断。危嘉无罪释放则证明不能以其刑事供述为定案依据。

即使危嘉在笔录中的叙述。也不能作为合同成立的条件，与双方合同的签订、成立无关。依据：双方之间对所谓危嘉的“帮助行为”并无文字记载，更未列入合同内容，这不符合常规的工作程序和交易习惯。此外，在签订协议及整个合同履行期间，南方公司从未要求危嘉提供所谓“帮助行为”的证据，因此，所谓“帮助行为”完全是南方公司的主观臆断。

南方公司滥用诉权，利用其强势地位，通过刑事举报取得证据，从而追究危嘉、理工奇维公司的民事责任，有违公理、正义。

综上，南方公司的诉讼请求缺乏事实和法律依据，理应驳回，请求一审法院查明事实，依法公正处理。

危嘉向一审法院提交了如下证据：

- 1、南方公司与理工奇维公司于 2006 年 12 月 25 日的《委托投资协议》，证明南方公司与理工奇维公司是该合同相对人，与危嘉无关，并称该协议是 2008 年 2 月修改后的协议，与南方公司提供的证据 1 绝大部分内容相同，删掉了中国人寿发行 A 股的明确表述；
- 2、中国工商银行《资金汇划补充凭证》（3 张，合计 2600 万元），证明理工奇维公司依据协议向南方公司支付投资款项；

3、《委托投资清算确认单》和《委托投资收益确认及分红报告》，证明南方公司通过更改协议和分红报告，扣除理工奇维公司应得的 9000 万元收益，仅支付投资收益 8057 万元，属重大违约；

4、《投资清算表》及《资金占用费计算表》，证明经计算理工奇维公司应得收益的数额，及向南方公司支付的利息为 730 万元，该款项不是投资；

5、中国人寿股票走势图，证明股票价格有涨有跌，理工奇维公司根据智力成果取得了好的收益；

6、《中国人寿保险股份有限公司首次公开发行 A 股定价、网下发行结果及网上中签率公告》，证明南方公司中签，额度 2000 万股，根据该结果双方进行合作；

7、理工奇维公司与北京创新兰德科技有限公司（以下简称创新兰德公司）于 2007 年 1 月 15 日签订的《委托投资协议》，证明创新兰德公司委托理工奇维公司认购中国人寿股票，并非危嘉个人行为；

8、创新兰德公司的营业执照副本，证明危嘉是创新兰德公司的法定代表人，代表该公司进行股票操作；

9、转账凭证，证明理工奇维公司将 2600 万元协议款项支付给南方公司，创新兰德公司和理工奇维公司合作购买中国人寿股票；

10、创新兰德公司 2011 年 4 月 28 日出具的《情况说明》，证明危嘉在合同履行中是被授权人，履行的是职务行为，不应成为本案被告；

11、理工奇维公司章程，证明理工奇维公司的股权构成情况，危嘉和该公司没有任何关系；理工奇维公司是北京理工集团的下属子公司。

理工奇维公司向一审法院提交的证据，包括危嘉提交的上述证据 1、2、3、4、5、6、7、9，其证明目的与危嘉的证明目的一致。此外，理工奇维公司还向一审法院提交了《资金占用费支付通知书》及汇款凭证，证明理工奇维公司履行协议，按南方公司通知要求支付了款项。对南方公司所提交的证据，危嘉、理工奇维公司共同发表质证意见为：认可证据 1、2、3、4、6 的真实性，但均不认可证明目的，认为《委托投资协议》和《借款合同》双方已实际履行完毕，借款本息已全部还清，而《补充协议》没必要签，是按照南方公司要求签的，是南方公司为了通过内部监管，追加的投资实际是支付的利息；对证据 5、7、8、9 的真实性和证明目的均予认可。

对南方公司申请一审法院向公安机关调取的证据，危嘉、理工奇维公司认可全部证据材料在证据形式上的真实性，但对这些证据的合法性、关联性和南方公司的证明目的均不予认可，认为没有证明力，理由是：这些证据是刑事诈骗立案的材料，材料本身以认定有罪无罪的方向，这与民事案件有重大区别，民事案件不能直接援引；现已查明诈骗不成立，危嘉无罪释放。这些材料未经检察院审查公诉，未经法院最终判决，是过程中的材料，不具有法律上的最终效力，是无效的，不能直接作为本案的定案依据；材料本身自相矛盾，且危嘉承认有罪、欺诈，是在其丧失人身自由、比较恐惧的情况下作出的，故不应采信。而危嘉在本案一审庭审中的陈述，是其在拥有自由和没有任何压力、引导的情况下作出的，应以现在的陈述为准。对危嘉提交的证据，南方公司的质证意见为：认可证据 1、2、3、4、5、6 的真实性，但认为均与本案无关，并称：证据 1《委托投资协议》没有实际履行，该协议是其在给付 8000 万元的情况下倒签的，目的是应付检查，以合法形式掩盖非法目的；证据 3 中关于 1.98 亿元《委托投资清算确认单》已为双方在后的确认单所修改，不再履行。对证据 7、8、9、10、11 的真实性表示无法确认，并认为均与本案无关。

对理工奇维公司提交的与危嘉相同的证据，南方公司的质证意见与对危嘉所提交证据的质证意见相同。对理工奇维公司单方提交的《资金占用费支付通知书》及相关汇款凭证，南方公

司认可其真实性，但认为与本案诉求无关，本案诉求只是探讨合同效力以及 8057 万元收益是否应该返还，不涉及本金、利息问题。

经一审法院审查，并结合当事人的质证意见，一审法院对南方公司提交的全部在案证据（包括其申请一审法院向公安机关调取的证据）的真实性予以确认。南方公司对危嘉、理工奇维公司提交的上述部分证据的真实性虽未认可，但仅表示无法确认，并未否定其真实性，亦未提供相应证据证明这些证据不实，故对危嘉、理工奇维公司提交的在案证据的真实性均可确认。各方提交的上述证据可以作为认定本案相关事实的依据。

一审法院根据上述认证并结合当事人的庭审陈述查明：

中国人寿保险股份有限公司（以下简称中国人寿）于 2007 年 1 月 9 日在上海证交所成功发行 15 亿 A 股股票，回归 A 股市场。A 股上市时共引入 19 家战略投资者，累计申购 6 亿股，总金额 113.28 亿元。

2006 年 6 月 16 日，中国人寿董事会批准启动 A 股发行工作。2006 年 8 月 28 日，中国人寿董事会审议通过了《关于公开发行人 A 股并上市的议案》。2006 年 12 月 8 日，工作小组提交《关于上市时间表及战略投资者选择工作的请示》。中国人寿确定的重点配售名单的选择标准是：（1）国家重点行业内影响力较大、形象较好的龙头企业，如国内 500 强企业、国有控股大型企业，有助于提升公司形象及资本市场影响力；（2）公司重要的团险客户或潜在团险客户；（3）未来存在其他战略合作机会的企业；（4）资本实力雄厚，具有长期稳定的资金来源。配售原则是：第一批重点考虑的潜在战略投资者认购金额原则上不低于 3 亿元人民币等。2006 年 12 月 12 日，中国人寿召开党委会，根据承销商汇总的情况，确定重点配售对象名单（23 家），并向意向投资者发出《战略投资者认购协议》。2006 年 12 月 28 日，中国人寿正式发布《中国人寿保险股份有限公司首次公开发行 A 股定价、网下发行结果及网上中签率公告》，正式公布战略配售结果，共有 19 家战略投资者，合计获配 6 亿股。

在中介机构推荐的名单里，其中两家承销商推荐了中国南方工业集团公司（南方公司上级单位，以下简称南方集团），其意向金额是 5 亿元。2006 年 12 月 9 日，南方集团经承销商推荐被列为中国人寿重点考虑的战略投资者之一。经一审法院调查，中国人寿没有关于南方集团配额变动的记录，当时班子所有成员没有人认识危嘉。

中国人寿确定本次发行价格为每股人民币 18.88 元。战略配售结果：19 家战略投资者累计申购 6 亿股，总金额 113.28 亿元，其中南方集团 2000 万股。获配股票的锁定期为 12 个月，自股票在上海证交所上市交易之日起算。

2006 年 12 月，在南方公司筹划收购中国人寿保险公司首次公开发行的 A 股战略配售股票期间，危嘉通过南方集团负责人介绍、引荐，以理工奇维公司名义与南方公司洽谈对该股票的投资合作事宜。

2006 年 12 月 25 日，中国人寿向南方集团发送了《认股通知书》和《缴款通知书》，告知其已得到 2000 万股的配售额度。同日，理工奇维公司（甲方，委托方）与南方公司（乙方，受托方）签订了《委托投资协议》，约定：鉴于：甲方不具备上市公司战略配售股票投资资格，且有意进行相关投资；乙方为依法设立并合法存续的公司，具备上市公司战略配售股票投资操作的能力；双方经协商，就甲方委托乙方投资中国人寿首次公开发行 A 股战略配售股票一事达成如下条款：第一条，委托投资标的及金额：甲方委托乙方投资标的为中国人寿首次公开发行 A 股战略配售股票。甲方委托乙方认购股票数为 500 万股，总金额 9440 万元（500 万股×18.88 元/股）。2006 年 12 月 25 日，甲方已支付 2600 万元认购款至乙方，尚欠认购款 6840 万元（9440 万元-2600 万元）。余款部分，经双方协商由乙方借款给甲方补齐，具体借款细则另见双方签署的借款协议；第二条，甲方权利和义务：在全部款项支付完成后，甲方拥有该项股票资产的全部权益，并自行承担该项股票资产所带来的损益以及可能出现涉及该项股票资产的法律风险。甲方有权了解该项股票资产的运作情况，有权查看该项

股票资产交易对账单，并有权要求乙方及时做出相应说明。股票锁定期结束后，甲方可在决定交易前一日以书面形式下达指令，处置该项股票资产。支付投资、保全（质押、公正等）费用，以及交易所产生的费用（印花税、佣金过户等）。按投资收益（扣除相关税费、费用及资金成本）的 10% 支付委托代理费用，即： $[(\text{平均出售价格}-18.88) \times 500 \text{ 万股}-\text{相关税费、费用及资金成本}] \times 10\%$ ；第三条，乙方权利和义务：乙方受甲方委托，负责该项股票资产的日常管理及锁定期后的操作，乙方保证遵守国家相关法律法规，在协议期内保证该项股票资产的安全运行。甲方同意，乙方可在锁定期间对该项股票资产进行质押贷款等处置。在锁定期结束后，乙方根据甲方指令进行该项股票资产的相关操作。乙方按照该项股票资产投资收益的 10% 收取委托代理费用。股票锁定期结束后，如甲方在股价达到止损线时未及时追加资金投入，乙方有权直接进行平仓操作。该协议还约定了其他条款，其中第五条“股票操作”中约定，锁定期结束后，甲方如需出售股票，应在决定交易之日前一天以书面形式通知乙方。当甲方股票全部出售后，乙方扣除甲方应付的委托代理费用、借款、资金占用费及其他相关费用，将剩余款项在 5 个工作日内汇至甲方指定账户。双方在该协议上盖章，危嘉在甲方“法定代表人或授权人”处签字，南方公司副总经理任宇光在乙方“法定代表人或授权人”处签字。

2006 年 12 月 25 日，南方公司（甲方）与理工奇维公司（乙方）签订《借款合同》，其中约定：乙方因流动资金周转需要，向甲方借款 6840 万元，期限自 2006 年 12 月 25 日至 2007 年 12 月 24 日，年资金占用率为 10%，按季支付资金占用费；如在合同有效期内遇国家调整利率，本合同约定的资金占用费从国家调整利率之日起，按同等比率调整计收资金占用费；每季度最后一个月 21 日为计息日，乙方应根据合同规定的资金占用费率计算资金占用费；乙方承诺以中国人寿 A 股 500 万股股票可变现资金作为该项流动资金借款的担保。双方在该协议上盖章，南方公司副总经理蒋晓勇在甲方“授权代理人”处签字，唐国梁在乙方“授权代理人”处签字。

2007 年 1 月 15 日，理工奇维公司（甲方，受托方）与北京创新兰德科技有限公司（乙方，委托方，以下简称创新兰德公司）签订《委托投资协议》，约定：乙方委托甲方投资标的为中国人寿首次公开发行 A 股战略配售股票；依法委托甲方认购股票数为 500 万股，总金额 9440 万元（500 万股 $\times$ 18.88 元/股）；2006 年 12 月 22 日，乙方已支付 2600 万元认购款至甲方（其中乙方已支付 2400 万元，由北京理工中兴科技股份有限公司（以下简称理工中兴公司）于 2006 年 12 月 22 日已支付 200 万元），并由甲方付给南方公司；由南方公司与本协议甲方就此项投资所签署的委托投资协议、借款合同以及以后所签署的相关协议和合同的所有本协议甲方所承担的责任、权利及义务，由本协议的乙方全部履约，本协议甲方与南方公司所签署的所有相关协议为本协议的附件。双方在该协议上盖章，唐国梁在乙方“法定代表人或授权人”处签字。

2006 年 12 月 22 日，创新兰德公司向理工奇维公司账户打入 2400 万元。

2008 年 2 月，理工奇维公司（甲方，委托方）与南方公司（乙方，受托方）签订《委托投资协议》，约定：双方经协商，就甲方委托乙方进行证券投资一事达成共识，特订立如下条款：

第一条，

委托投资范围及权限甲方委托乙方投资范围为我国证券市场，包含但不限于以下领域：新股申购，二级市场股票操作及各种金融产品等。在以上投资范围内，乙方全权对甲方委托资金进行操作，乙方不定期将投资及收益情况向甲方报告。第二条，委托投资金额及期限

甲方委托乙方投资金额为 2600 万元。委托期限为两年，自本协议签署后，甲方将委托投资款打到乙方指定账户之日起开始计算，经双方协商同意，本委托期限可缩短或延长。第三条，甲方权利和义务

在全部款项支付完成后,甲方拥有该笔投资款本金及收益的全部权益,并自行承担可能出现的亏损,以及可能涉及该资产的所有法律责任。甲方有权了解该项委托资产的运作情况,有权查看该项委托资产交易对账单,并有权要求乙方及时做出相应说明。支付投资所产生的各项费用,如管理费、印花税、佣金、质押、公证等费用。按投资收益(收益为正时)的10%支付委托投资费,该项费用按年计提。第四条,乙方权利和义务乙方受甲方委托,负责甲方委托资产的日常管理及相关运作,全权负责该委托资产的投资。双方在该协议上盖章,危嘉在该协议甲方“法定代表人或授权人”处签字,南方公司总经理王廷伟在该协议乙方“法定代表人或授权人”处签字。该协议落款处载明的签订时间为2006年12月20日,一审庭审中,各方确认该协议是2008年倒签的,没有实际履行。

2007年3月1日,理工奇维公司(甲方,委托方)与南方公司(乙方,受托方)签订《补充协议》,载明:根据双方2006年12月签署的《委托投资协议》,甲方委托乙方进行证券投资,目前委托投资正在进行中。现甲方有意分期追加投资,经与乙方协商一致,现签署补充协议如下:1、在遵循《委托投资协议》中所有条款的前提下,甲方可以分期追加委托投资款。2、新追加的委托投资款需甲方提出申请,在乙方收到款项,并发给甲方确认函后方可生效。3、新追加的委托投资款产生的收益所应支付的各项费用与《委托投资协议》一致。4、本协议未尽事宜,由双方协商解决。双方在该协议上盖章,危嘉在该协议甲方“法定代表人或授权人”处签字,南方公司总经理王廷伟在该协议乙方“法定代表人或授权人”处签字。

2006年12月22日,理工奇维公司向南方公司账户汇款2600万元。

2007年3月20日、6月19日、9月17日、12月21日,南方公司分别向理工奇维公司发出《资金占用费支付通知书》,要求理工奇维公司根据双方于2006年12月25日签订的《借款合同》约定,支付资金占用费。理工奇维公司分别于2007年3月19日、6月21日、9月24日和12月26日向南方公司账户打入1634000元、1806482元、1871804元和1995988元,共计33308274元。

2008年1月16日,理工奇维公司(委托方)与南方公司(受托方)签订《委托投资清算确认单》,载明:根据委托方与受托方2006年12月25日所签署委托投资协议,受托方成功将委托方委托的9440万元资金投资了中国人寿的战略配售,并进行该配售股票的日常管理,该项委托资金占有受托方总投资2000万股如人寿股票中的500万股。根据委托方的授权,目前受托方已售出归属委托方的500万股中国人寿股票,售出均价57.314元,扣除税费后,清算金额为285543979.85元,依据委托投资协议,受托方将提取委托方10%的投资收益作为委托管理费,委托管理费为: $(285543979.85-94400000-7825834) \times 10\% = 18$

331814.59元。在扣除18331814.59元委托管理费、委托方应付的6840万元欠款以及利息517560元后,受托方应返还委托方款项为198294

605.27元,款项在委托方对清算确认无异议后5个工作日内打至委托方账户,双方委托投资协议终止。双方在该《委托投资清算确认单》和清算确认回执上盖章,并有理工奇维公司法定代表人戴斌在上面签字。

2008年1月30日,南方公司出具《委托投资收益确认及分红报告》,载明:2006年12月20日,理工奇维公司(委托方)与南方公司(受托方)签署委托投资协议,由受托方代委托方进行证券投资,初始投资金额2600万元,并分别在2007年3月19日、6月21日、9月24日和12月26日追加委托投资款1634000元、1806482元、1871804元和1995988元,总计金额为

33308274元。在2006年12月20日至2008年1月19日共13个月期间,委托方初始委托资金的收益为313%,初始投资及后期追加资金的综合收益为8952万元,扣除10%的委托管理费895万元后,委托方净收益为8057万元。经双方协商,将对委托方委托投资进行一次

分红，所分红利为 8000 万元，所得税等税费由委托方自行缴纳，剩余收益款项 57 万元和投资款 33308274 元一起共 33878274 元作为后续期间投资本金，继续执行双方签署的委托投资协议。2008 年 2 月 2 日，理工奇维公司在该《委托投资收益确认及分红报告回执》上盖章确认，并有危嘉在上面签字。

2008 年 2 月 5 日，南方公司向理工奇维公司账户打入投资分红 8000 万元。

2009 年 1 月 15 日，南方公司出具《委托投资清算报告》，载明：2006 年 12 月 20 日，理工奇维公司（委托方）与南方公司（受托方）签署委托投资协议，由受托方代委托方进行证券投资，初始投资金额 2600 万元，并分别在 2007 年 3 月 19 日、6 月 21 日、9 月 24 日和 12 月 26 日追加委托投资款 1634000 元、1806482 元、1871804 元和 1995988 元，总计为 33308274 元。2008 年 1 月 19 日，受托方对委托方进行分红，红利 8000 万元，剩余收益款 57 万元和投资款 33

308274 元一起共 33878274 元作为后续期间投资本金，继续执行双方签署的委托投资协议。2008 年我国证券市场处于单边下跌趋势，经受托方努力，在 2008 年的运作中，保证了委托方的本金未受损失，但未获盈利。现经双方协商，本委托投资于 2009 年 1 月 14 日中止。经清算，受托方应返还委托方金额为 33878274 元。委托方收到此清算报告，确认无误后，填写清算报告确认回执后生效。同日，理工奇维公司在相应《委托投资清算报告确认回执》上盖章确认，并有危嘉在上面签字。

2009 年 1 月 16 日，南方公司向理工奇维公司账户打入委托投资清算款 33878274 元。

一审法院另查明：危嘉系创新兰德公司 4 个自然人股东之一，任该公司法定代表人。理工奇维公司注册资本 100 万元，股东及出资额分别为：北京理工世纪科技集团有限公司，15 万元；北京陆峰时代科技发展有限公司，20 万元；西安奇维电子科技有限公司，65 万元。

本案一审庭审中，危嘉陈述称，上述 8057 万元投资收益到理工奇维公司账上后，理工奇维公司存留 30 万元作为咨询费，有 309 万元给了理工中兴公司作为该公司投资 200 万元的收益，其余部分都到了创新兰德公司账上，现这些钱已不在创新兰德公司账上，分给相关投资人。

危嘉因涉嫌诈骗，于 2010 年 7 月 15 日被北京市公安局刑事拘留，于 2010 年 8 月 21 日被逮捕，于 2010 年 11 月 20 日被取保候审。现已无罪释放。

危嘉于 2010 年 12 月 8 日向北京市公安局供述称：

危嘉于 2006 年 11 月底听到中国人寿要进行股票战略配售的信息后，找其朋友、时任南方基金副总裁的邓召明帮助分析，认为有相当投资前景，估计有 20%-30%以上的收益，同时邓召明告知危嘉只有大型国有企业才具备战略配售的资格，并称南方集团应具有申购资格。后危嘉找到南方集团副总经理李守武表示合作的意向，李守武遂介绍南方公司负责人王廷伟与危嘉认识，危嘉即与王廷伟细致商谈了合作的事项。王廷伟称申报材料已上报，初步审查资质还可以，但未明确数额多少。危嘉说，如南方公司配售额度在 1000 万股以下就不合作了，但其能动用自已的关系保住南方公司的资质，并能使南方公司的配售额度增加 1000 万股；如达到 2000 万股或更多，危嘉提出以理工奇维公司的名义从中收购 500 万股；因危嘉购买此 500 万股的钱不够，需要向南方公司借款一部分，危嘉可以支付 10%的年息；股票一年解禁后，危嘉得到 500 万股收益的 90%，其余 10%作为给南方公司的管理费。王廷伟对此表示同意。达成初步协议后，危嘉让邓召明帮忙运作，危嘉同时找理工奇维公司老总戴斌，戴斌同意危嘉以理工奇维公司的名义参与此事。南方公司 2000 万股的配售额度定了以后（当时申购价格每股 18.88 元），危嘉以理工奇维公司的名义与南方公司签订了《委托投资协议》和《借款合同》。后危嘉凑足 2600 万元打到南方公司账上，其余 6040 元为向南方公司借款。2007 年 1 月中国人寿 A 股上市，一年后股票解禁，危嘉书面指令南方公司将危嘉的 500 万股全部卖出，卖出价大约每股 50 余元，扣除南方公司借给危嘉的 6840 万元及 10%的管理费，

大约有 1.8 亿元利润。后王廷伟找危嘉，修改了先前的《委托投资协议》内容，将危嘉支付的 700 万元利息追加为投资，变为危嘉共投资 3300 万元本金。到了 2009 年 1 月，南方公司将该 3300 万元还给了危嘉。

因危嘉作为个人或个人的公司，与南方公司谈合作成功的机会极小，所以危嘉才借用理工奇维公司名义与南方公司进行合作，实际上是打着理工集团的幌子。危嘉在理工奇维公司没有任职关系，危嘉没有将其与理工奇维公司的关系向南方公司讲明，危嘉是让南方公司认为其与理工奇维公司或理工集团有关系并以理工集团名义参与此事，危嘉称从此层意义上讲其对南方公司也进行了蒙蔽。

危嘉没有能力改变南方公司的配售额度，在南方公司获得 2000 万股的过程中，其没有起到任何作用，并称在此种情况下其不应该与南方公司签订合作协议并获得收益，其是出于挣钱的目的，为了通过南方集团的资质和资金平台做成该笔投资，采用了以上欺诈。不实的违法手段，骗取了通过南方集团的信任，最终非法获取 8057 万元收益，造成国有资产流失。这些钱最初都是打到理工奇维公司账户上，后经危嘉转移、投资及归还借款等。

南方公司总经理王廷伟于 2010 年 7 月 20 日向北京市公安局供述称：

2006 年 12 月初，南方公司从中金证券大客户经理孙冬青处得到中国人寿进行 A 股战略配售消息，遂决定参加，并以签报的方式上报南方集团同意。危嘉于 2006 年 12 月 14、15 日介入进来，危嘉当时先找的是李守武，李守武介绍危嘉与王廷伟谈的。危嘉对王廷伟说，他在中国人寿打听到，只能给南方集团 1000 万股额度，但他有办法帮助增加 1000 万股，但提出其中 500 万股替他代持，收益归他。因为当时觉得南方集团拿不到 2000 万股，就同意危嘉介入进来，具体合作方法与危嘉上述供述基本一致。关于让危嘉介入进来一事，王廷伟除向李守武口头汇报外，没有以任何书面形式上报集团领导。2006 年 12 月 25 日，中国人寿给南方公司发送认股通知书和缴股通知书，告知已得到 2000 万股的额度，除此之外，南方公司没有从其他途径获得配售成功 2000 万股的信息。2006 年 12 月 25 日、26 日前后，危嘉到南方公司签署了《委托投资协议》和《借款合同》。南方公司从集团借来 4 亿元，将其中的 3.76 亿元用于向中国人寿缴款，危嘉交来的 2600 万元没有用于向中国人寿缴款。危嘉名下的 500 股卖出后赚了 2 亿元，扣除 2000 万元管理费，应给危嘉 1.8 亿元，后来实际只给危嘉 8057 万元。在卖出股票前的一年中，危嘉分四次交给南方公司利息不到 800 万元。

南方公司副总经理任宇光于 2010 年 8 月 2 日向北京市公安局陈述称：

王廷伟对任宇光说危嘉是南方集团副总李守武介绍过来的，《委托投资协议》是王廷伟让任宇光与危嘉于 2007 年初签的，《委托投资协议》是王廷伟和任肖丹与危嘉谈的。2009 年初，国资委来检查，王廷伟决定修改此协议，说协议有不妥的地方，把《委托投资协议》改为《委托理财协议》。给危嘉多少钱是由王廷伟决定的。就危嘉参与的一些事情在南方公司的总经理会及董事会上说过，但不是作为专门议题召开的会。

南方公司副总经理蒋晓勇于 2010 年 8 月 2 日向北京市公安局陈述称：

2006 年 12 月中旬南方公司的一次办公会上，资金部经理任肖丹说理工奇维公司的危嘉能帮助增加 1000 万股额度，会议作出与危嘉合作的决定。期间给集团上报的签报上没有提及与危嘉合作一事，主要内容是计划参与中国人寿 A 股战略配售，计划申请资金 4 亿元。关于与危嘉合作、向其支付收益的情况，南方公司没有向集团领导或南方公司董事会汇报过。《委托投资协议》是任宇光与理工奇维公司危嘉签署的，《借款合同》是蒋晓勇与理工奇维公司唐国梁签署的。《委托投资协议》修改过一次，大约是在 2008 年，国资委进行例行检查，提出协议签的有问题，不允许替其他公司和人员代持股票，王廷伟就让重新修改，名称还叫《委托投资协议》，但内容变成了投资理财，当时王廷伟找危嘉重新签了字。具体履行的是第一份《委托投资协议》，因为修改成第二份协议时已经履行完了，钱已经支付给理工奇维公司了。任宇光和蒋晓勇在两份协议上签字时没有得到法人代表王德臣的授权。

理工奇维公司法人代表戴斌于 2010 年 7 月 23 日向北京市公安局陈述称：

戴斌是理工奇维公司和北京理工中兴科技股份有限公司(以下简称理工中兴公司)的董事长，危嘉是理工中兴公司的副总经理。2006 年 12 月，危嘉到办公室找到戴斌说有个投资股票的新股认购项目，问戴斌理工中兴公司是否要参与，并说风险较低，回报率可能会达到 30%，戴斌答应危嘉以理工中兴公司名义投资 200 万元。危嘉还征求戴斌意见，可否以理工奇维公司去签合同，做这件事，戴斌同意。当时危嘉如何操作新股认购以及与何单位合作戴斌均不清楚。之后，过几天危嘉拿《委托投资协议》让戴斌签字时，戴斌才知道危嘉是以理工奇维公司名义与南方公司合作，戴斌在协议上签了字。理工中兴公司投资的 200 万元是转到理工奇维公司账户上，交给危嘉使用。2008 年 2 月，危嘉将理工中兴公司的 200 万元本金和 309 万收益汇至理工中兴公司账上。2010 年 4 月，危嘉告诉戴斌，理工奇维公司与南方公司委托理财业务被审计发现了，戴斌问危嘉南方公司为何与你合作，危嘉讲南方集团以前只有 1000 万额度，后他帮助又争取了 1000 万额度。对于理工奇维公司是否向南方公司借款一事，戴斌表示不知道。在该委托理财业务中，危嘉给理工奇维公司 30 万元管理费。戴斌表示，该业务整个是危嘉个人行为，理工奇维公司只是替危嘉签了一个协议，银行走下账，没有出任何资金。

鹏华基金管理有限公司总裁邓召明于 2010 年 8 月 4 日向北京市公安局供述称：

最早应是在 2006 年 12 月上旬危嘉在深圳对邓召明说起的中国人寿战略配售的事情。当时谈了几方面情况，一是危嘉让邓召明帮他分析中国人寿战略配售的市场走势、保险市场的未来发展趋势及中国人寿基本面的情况。邓召明当时给他分析的结果是有一定的投资价值，基本没有赔的可能，有一定的利润空间；二是危嘉表示有兴趣参与，但只有央企才有资格参加，他和南方集团等单位较熟，但对哪些单位有资质参加不是很了解，让邓召明帮忙为他提供一份名单。后邓召明从互联网上搜索到了有参加战略配售资格的一些企业，其中就包括危嘉提到的南方集团。危嘉当时讲他和南方集团的副总李守武比较熟，可以去找李守武和他们谈合作的事情。当时危嘉让邓召明帮助了解大致可以给南方集团配置多少股份。后危嘉问邓召明是否了解南方集团可以配多少股，邓召明回复危嘉，听别人说中国人寿方面已经开会决定南方集团的资质通过了，基本上有资格参加配售的机构的下限都是 2000 万股。此外，危嘉问邓召明估计股票价格会是多少，邓召明给危嘉做出的估算价是每股大体 16—18 元。中国人寿 A 股开盘后不久，危嘉打电话告诉邓召明他从南方集团拿到了 500 万股，说账面上挣了很多钱，对邓召明表示感谢，并讲要给邓召明一些作为咨询费，让邓召明准备境外的账户，在境外支付给邓召明。2007 年 2、3 月份，邓召明到北京出差，危嘉见到邓召明，问境外账户是否准备好了，邓召明就将其朋友朱权炼为其提供的一个香港人的账号给了危嘉，后来危嘉将 31 万美金转到这个账号上。邓召明收到钱后告诉了危嘉。关于中国人寿方面已经开会决定南方集团的资质通过了，所有有资格参加配售的机构的下限是 2000 万股的消息，邓召明是从中国人寿的人那里得知的。对于危嘉为什么要给其咨询费，邓召明认为是给危嘉提供了投资的分析，另外给危嘉提供了关于股票发行价及有资格参加战略配售的机构名单和配售额度等信息，危嘉对其进行酬谢。2007 年 5 月，邓召明又到北京出差，问危嘉 500 万股是怎么回事，危嘉说他先和李守武接触的，李守武让他和王廷伟联系，南方集团认可有 1000 万股是危嘉做工作争取来的，故给其代持 500 万股，而且危嘉只出了部分资金，其余资金是南方公司借给他的。2008 年 2 月中国人寿战略配售的股票解禁后危嘉将所持有的股票套现，危嘉再次打电话对邓召明表示感谢，并要再支付给邓召明 550 万元的咨询费。邓召明就让危嘉将 550 万元转到邓召明朋友李爱国的公司账户上。

一审法院判决认定：根据双方的诉、辩意见及审理情况，本案的焦点问题在于：一是危嘉是否应为本案一审被告，二是双方于 2006 年 12 月 25 日签订的《委托投资协议》、《借款合同》

及 2007 年 3 月 1 日签订的《补充协议》的效力，以及在上述合同无效的情况下双方对合同无效的后果应承担什么责任。

关于危嘉是否应为本案一审被告的问题。根据危嘉在公安机关的供述，并结合南方公司负责人、理工奇维公司当时法定代表人戴斌及鹏华基金管理有限公司总裁邓召明向公安机关所做的供述或陈述意见，可以认定上述合同的签订和履行均系危嘉以其个人身份与南方公司进行洽商和操作的结果，系危嘉个人行为。理工奇维公司在南方公司与危嘉进行有关中国人寿 A 股战略配售股票认购的合作过程中，为危嘉提供公章、账号，使南方公司与危嘉的合作得以进行，以致造成本案纠纷。因此，南方公司依据上述合同提起本案诉讼，危嘉应为本案一审被告。理工奇维公司为危嘉提供公章、账号，是南方公司与危嘉进行合作的工具，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 52 条“借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人”的规定，理工奇维公司应与危嘉共同作为本案被告，共同承担相应责任。

关于上述合同的法律效力问题。同样根据危嘉在公安机关的供述，并结合南方公司负责人、理工奇维公司当时法定代表人戴斌及鹏华基金管理有限公司总裁邓召明向公安机关所做的供述或陈述意见，可以认定如下事实：危嘉提出，在南方公司自身 1000 万股股票配售额度的基础上，其能帮助南方公司增加 1000 万股股票配售额度，并在南方公司获得 2000 万股股票配售额度的情况下，将其中 500 万股归属于危嘉认购，并由南方公司为其代持，但实际上南方公司实际获得的 2000 万股股票配售额度系南方公司靠自身的资质和资金条件所实现，危嘉并未提供任何帮助，其也没有任何资源可供帮助，却实际让南方公司为其代持了其中 500 万股股票并最终获利 8057 万元。据此，可以认定危嘉对南方公司进行了欺诈，并导致本应由国有独资性质的南方公司凭借自身资质才享有的国有资产由危嘉控制和处分，根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（一）项关于“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”合同无效的规定，危嘉以理工奇维公司名义与南方公司于 2006 年 12 月 25 日签订的《委托投资协议》以及为该合同履行于当日签订的《借款合同》均属无效，双方应根据其过错程度对该合同无效的后果各自承担相应的民事责任。2007 年 3 月 1 日的《补充协议》系对在案 2006 年 12 月 20 日的《委托投资协议》的补充，现双方均确认该《委托投资协议》系于 2008 年 2 月倒签，并未履行，且庭审中南方公司称该《委托投资协议》签订的目的是为了应付检查，掩盖代持股票的问题，危嘉亦称该《委托投资协议》本无必要签，是按照南方公司要求签的，为了通过内部监管，据此，该《补充协议》并无事实基础，实质上是为了掩饰 2006 年 12 月 25 日的《委托投资协议》和《借款合同》，故在该《委托投资协议》和《借款合同》无效的情况下，该《补充协议》亦应属无效。

关于在合同无效的情况下，双方应如何承担责任，即危嘉依据无效合同所获得的 8057 万元应如何处理的问题。一审法院对此作如下认定：

根据在案 2008 年 1 月 16 日的《委托投资清算确认单》载明的内容，表明南方公司诉请无效的《委托投资协议》和《借款合同》亦予实际履行，在扣除南方公司依据合同约定应收取的委托管理费、委托方应付的欠款及利息后，南方公司应返还危嘉 198294

605.27 元。在扣除危嘉为此次合作实际投入的 2600 万元投资本金后，危嘉应获投资收益 172294605.27 元，而危嘉实际得到的投资收益为 8057 万元。

南方公司作为国有独资公司，负有保护国有资产不流失的职责。然而，南方公司在认购中国人寿首次公开发行的 A 股战略配售股票的过程中，南方公司却与危嘉个人进行洽商合作，盲目轻信危嘉，违规签订股票代持协议，并以借款方式以国有资金为危嘉垫付大部分投资款项，且在危嘉未提交证据证明其对南方公司获得 2000 万股股票配售额度提供帮助的情况下，就将属于本公司所有的 500 万股股票实际归属于危嘉控制和处分，南方公司对此负有不可推卸的责任。同时，根据危嘉在此次合作中有实际投入，并且由南方公司代持的 500 万股股票

由危嘉在高位操盘卖出、获利 1.72 亿余元的事实，于理危嘉应获得一定回报。综合以上因素，一审法院认为，以南方公司为危嘉代持的 500 万股股票实际获利

172294605.27 元为基数，以危嘉实际投入的 2600 万元占该 500 万股股票总认购款 9440 万元的比例为计算标准，确定危嘉应获得的投资回报较为适宜。扣除危嘉应获得的此部分投资回报后，危嘉获得的其他收益款项应返还给南方公司，理工奇维公司对此承担共同返还责任。因南方公司对涉案合同无效存在过错，故一审法院对其要求危嘉、理工奇维公司支付所返还款项之利息的请求不予支持。

综上，南方公司要求确认涉案合同无效，并要求理工奇维公司对合同无效后果与危嘉共同承担责任的诉讼请求，具备事实依据和法律依据，一审法院予以支持；对南方公司要求危嘉返还所获得的投资收益清算款项中合理部分，一审法院予以支持。依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（一）项、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 52 条之规定，判决：一、危嘉以理工奇维公司名义与南方公司于 2006 年 12 月 25 日签订的《委托投资协议》、《借款合同》及 2007 年 3 月 1 日签订的《补充协议》无效；二、危嘉、理工奇维公司于判决生效后 10 日内共同返还南方公司投资收益清算款 33115977 元；三、驳回南方公司其他诉讼请求。如果危嘉、理工奇维公司未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。

危嘉不服一审法院上述民事判决，向本院提起上诉。其主要上诉理由是：危嘉没有欺诈南方公司的事实，一审法院判决认定危嘉对南方公司进行了欺诈，是错误的，危嘉及理工奇维公司不构成欺诈，危嘉及理工奇维公司从来没有保证南方公司可以配送成功 2000 万股。危嘉只是保证力争协助南方公司申购成功，从来没有保证南方公司申购 2000 万股成功。危嘉及理工奇维公司不可能作出任何保证。南方公司也不可能相信任何保证。南方公司签订协议的基础是 2000 万股申购成功，对此，危嘉及理工奇维公司仅仅获得投资机会并没有获利，但还要承担风险。因此，南方工业公司并没有被欺诈。危嘉在公安机关的有关叙述不应该成为本案定案依据，不能以公安机关材料认定危嘉欺诈。一审法院判决认定获利 1.72 亿元事实错误。卖出股票实际获利 1.91 亿元，并不是 1.72 亿元。一审法院判决漏算了委托管理费、利息等费用。实际获利应是 1.72 亿元加上上述费用，总计 1.91 亿元。一审法院判决认定危嘉为一审被告错误。理工奇维公司和南方公司之间签约，危嘉是以代理人身份进行洽谈，危嘉不是合同相对方，不应该成为本案一审被告。一审法院判决适用法律错误。由于危嘉没有欺诈，故一审法院判决适用《中华人民共和国合同法》第五十二条第一项之规定，认定合同无效是错误的。危嘉和南方公司是商事合作，南方公司不能代表国家利益。南方公司无权以国家利益代表出现，否则任何一个国有企业都会因合作产生的亏损而逃避责任。在南方公司和理工奇维公司签署协议时，国家并没有禁止代持股票的强制性法律规定。合同不存在欺诈、损害国家利益的情况，应受法律保护。综上所述，南方公司和理工奇维公司签订的合同合法有效，请求撤销一审法院判决，改判驳回南方公司的诉讼请求，以维护公平正义。本案诉讼费用和保全费用，由南方公司承担。

南方公司针对危嘉的上诉理由及请求答辩称：南方公司认为刑侦笔录反映的是最原始最真实情况，刑侦笔录所记录的事实最接近原始面貌。在刑侦笔录应作为证据的情况下，多份刑侦笔录都明确了危嘉的欺诈过程，它表明危嘉如何洽谈如何证明自己的资源，也包括危嘉如何利用理工奇维公司作为外衣获得自己的利益。危嘉主张签订《委托理财协议》是合作基础，是误导。签订协议不是一个起点，是一个成果。危嘉一直声称其股票分析能力强，是其和南方公司合作的基础和条件，但从来没有证人证言或者刑侦笔录证明南方公司要依靠危嘉智慧取得成果或者其对股票操作来形成合作关系。所有资料都显示，危嘉声称自己有资源可以获得 2000 万股票。关于危嘉提出的获利金额问题。从南方公司角度，无论获利多少都不应该

属于危嘉所有，危嘉所获得的机会本身就是依靠欺诈所得。南方公司考虑到自身管理确实存在问题没有提出上诉，但是并不可以认定南方公司全盘接受一审法院判决结果。关于利润问题，一审法院已经核对过多次，危嘉也承认是 1.72 亿元。因此，一审法院判决认定利润为 1.72 亿元，是符合事实的。南方公司与危嘉、理工奇维公司之间签订合同，不是基于危嘉、理工奇维公司有何专业知识，危嘉、理工奇维公司并没有相关资质，唯一合理的解释是危嘉在公安机关的供述，其以虚假事实作为陈述，所谓以专业合作作为基础是不存在的。危嘉所说损害国家利益不成立的说法，是不成立的。国有企业从股东到资金来源都显示其就是国有资产代表，损害国有企业利益那就必然直接间接地损害国家利益。本案中，都是以危嘉有欺诈行为作为基础的，并不是以南方公司是国家利益的代表作出的判决。南方公司没有提出上诉，并不代表南方公司对一审法院判决非常满意，而是基于多种客观因素而考虑的。

本院二审期间依法补充查明以下事实：

2008 年 1 月 16 日，理工奇维公司（委托方）与南方公司（受托方）签订《委托投资清算确认单》，载明：……“受托方已售出归属委托方的 500 万股中国人寿股票，售出均价 57.314 元，扣除税费后，清算金额为 285543979.85 元。……。”

上述清算金额 285543979.85 元，在扣除认购涉案的 500 万股股票投资金额 9440 万元后，收益为 191143979.85 元；在继续扣除涉案的 500 万股股票的委托管理费 18331814.59 元和 6840 万元借款的利息 517560 元后，收益为 172295605.26 元。

本院经审理查明的事实与一审法院查明的事实一致。

本院认为，一审法院根据查明事实及相关陈述，认定危嘉应为本案一审被告，涉案的《委托投资协议》、《借款合同》及 2007 年 3 月 1 日签订的《补充协议》无效，并无不当。关于涉案 500 万股股票在高点卖出的收益问题。一审法院在认定涉案《委托投资协议》、《借款合同》及 2007 年 3 月 1 日签订的《补充协议》无效的情况下，不应将委托管理费 18331814.59 元和 6840 万元的借款利息 517560 元排除在投资收益之外，在扣除了涉案当事人认购 500 万股股票的投资 9440 万元后，收益应为 191143979.85 元。本案应按照一审法院确定的涉案当事人各自投入资金占该 500 万股股票总认购资金 9440 万元的比例为计算标准，确定涉案当事人各自应获得的投资收益为宜，即危嘉以其实际投入的 2600 万元并按照上述计算标准获得投资收益，南方公司以 6840 万元（9440 万元-2600 万元）并按照上述计算标准获得投资收益，南方公司不应再收取委托管理费及借款利息。危嘉关于投资收益部分的上诉理由及请求合理，本院予以采纳。危嘉关于其他部分的上诉理由及请求，本院不予支持。一审法院判决部分事实认定有误、处理结果不当，本院予以纠正。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

- 一、维持北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第 1602 号民事判决第一项；
- 二、撤销北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第 1602 号民事判决第二项、第三项；
- 三、危嘉、北京理工奇维电子科技有限公司于本判决生效后十日内共同返还南方工业资产管理有限责任公司投资收益清算款
二千七百九十二万四千四百一十二元；
- 四、驳回南方工业资产管理有限责任公司其他诉讼请求；
- 五、驳回危嘉其他上诉请求。

如果危嘉、北京理工奇维电子科技有限公司未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费五十三万四千九百八十五元，由南方工业资产管理有限责任公司负担三十八万七千六百三十七元（已交纳），由危嘉、北京理工奇维电子科技有限公司共同负担十四万七千三百四十八元（于本判决生效后七日内交纳）；保全费五千元，由危嘉、北京理工奇维电子科技有限公司共同负担（于本判决生效后七日内交纳）。

二审案件受理费二十万七千三百七十九元八角九分，由危嘉负担十五万零二百六十二元五角五分（已交纳）；由南方工业资产管理有限责任公司负担五万七千一百一十七元三角四分（于本判决生效后七日内交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 范士卿

审判员 赵红英

代理审判员

龚晓妮

二〇一四年九月二十二日

书记员 孙皓

魏东新与方正证券股份有限公司、北大方正集团有限公司 证券虚假陈述责任纠纷一审民事裁定书

北京市第一中级人民法院
民事裁定书

(2017)京 01 民初 608 号

原告：魏东新，女，1954 年 4 月 23 日出生，住北京市海淀区。

被告：方正证券股份有限公司，住所地湖南省长沙市芙蓉中路二段华侨大厦 22-24 层。

法定代表人：高利，董事长。

委托诉讼代理人刘思远，北京市竞天公诚律师事务所律师。

委托诉讼代理人赵枫，北京市竞天公诚律师事务所律师。

被告：北大方正集团有限公司，住所地北京市海淀区成府路 298 号。

法定代表人：生玉海，董事长。

委托诉讼代理人周伟，北京市金杜律师事务所律师。

原告魏东新与被告方正证券股份有限公司（以下简称方正证券）、北大方正集团有限公司（以下简称方正集团）证券虚假陈述责任纠纷一案，本院于 2017 年 8 月 4 日立案。

魏东新诉讼请求：1. 判令撤销 2014 年 12 月 9 日魏东新与方正证券、方正集团签订的方正证券股票买卖合同（合同流水号：900175917 成交编号：22936317）；2. 判令方正证券、方正集团返还因证券买卖合同而取得的价金 499875.57 元；3. 判令方正证券、方正集团支付魏东新因持有方正证券股票造成的利息损失 16745.83 元（以 2014 年 12 月中国人民银行存款利率表为准）；4. 判令方正证券、方正集团支付魏东新合同佣金人民币 1395.69 元；5. 判令方正证券、方正集团承担本案诉讼费用。事实与理由：2014 年 12 月，魏东新在阅读了《方正证券首次公开发行 A 股股票招股说明书》（以下简称《招股说明书》）和方正集团在方正证券上市时及以后发布的相关文件后，看好方正证券股票，于 2014 年 12 月 9 日以每股 16.727 元的价格，买入 29800 股方正证券（601901）股票，成交金额 498462 元（合同流水号：900175917 成交编号：22936317），至 2017 年 8 月 1 日，魏东新这笔交易账面亏损金额为 227503.57 元。2017 年 5 月 10 日，魏东新从方正证券公告得知，2017 年 5 月 9 日，方正证券收到中国证监会发出的《行政处罚决定书》，对公司及相关责任主体作出相关行政处罚。根据股票交易对账单和历史成交情况表，①魏东新买入的是与虚假陈述直接关联的证券；②是在虚假陈述实施日及以后至揭露日之前买入该证券；③是在虚假陈述揭露日之后继续持有该证券至今而产生亏损。因此，魏东新亏损与方正证券、方正集团的单位信息披露违法行为有关，故向人民法院起诉。理由：1、方正集团及利德科技发展有限公司（以下简称利德科技）、西藏昭融投资有限公司、西藏容大贸易发展有限公司隐瞒关联关系，未配合方正证券履行信息披露义务，蒙蔽了魏东新。方正证券在《招股说明书》中陈述本次发行前本公司各股东之间不存在关联关系”，方正证券上市后披露的各期定期报告中均按照《招股说明书》的口径，未依法披露上市公司的关联关系，构成信息披露虚假记载。方正证券、方正集团违反证券法律规定，在证券发行或者交易过程中，对重大事件作出违背事实真相的虚假记载，在披露信息时发生重大遗漏，其不正当披露信息的行为侵犯了魏东新的知情权，在对方正证券、方正集团重大事项不知情并产生误解，缺乏经验，信息不通的情况下，签订了股票买卖合同，导致显失公平的结果。2. 虽然方正集团等四单位刻意隐瞒关联关系，未依法配合方正证券履行信息披露义务，但证据显示，方正证券部分董事、监事及高级管理人员知悉方正证券上述股东间的关联关系。例如，方正集团现任董事、方正证券现任董事韦俊民，曾于 2015 年 3 月 2 日签署了方正集团关于出售利德科技等三家公司所持方正证券股票的董事会决议，

知悉方正集团与上述三家公司的关联关系。这种行为是故意告知虚假情况或者故意隐瞒真实情况，目的是为了魏东新作出错误意思表示，进而签订股票交易合同。3. 方正集团和方正证券违法行为的背后，是以股权减持和转让为特征的内幕交易（关联交易）。证据显示，调查期内利德科技共发生 15 次股权转让，受让方大部分为方正集团关联方或方正集团主要负责人李 X，且转让价格均为初始出资额（原始股每股 1 元，发行价每股 3.7-3.9 元），方正集团财务系统中将利德科技作为内部单位进行核算。魏东新 2014 年 12 月 9 日买入股票的合同成交价格为每股 16.727 元。2015 年 3 月，方正集团 2015 年临时董事会形成决议，同意利德科技在 2015 年 8 月 30 日前，通过证券交易市场减持其所持有的方正证券股票 1.81 亿股，同时，通过财务部员工韩 XX 操作利德科技股票账户，卖出利德科技所持有的 1.81 亿股方正证券股票，以高于初始价 5 至 15 倍以上的价格进行交易，收取现金。2015 年 5 月方正集团将利德科技减持方正证券股票所获得的资金转入方正集团账户。转款完成后，方正集团与利德科技未签署任何借款合同。2015 年 3 月 2 日，方正集团 2015 年临时董事会形成决议，同意西藏昭融投资有限公司减持其所持有的方正证券股票 89515623 股，同时，通过财务部员工韩 XX 操作西藏昭融投资有限公司股票账户，卖出西藏昭融投资有限公司所持有的全部方正证券股票。西藏昭融投资有限公司无实质经营业务，是利德科技代管的平台公司，利德科技通过西藏昭融投资有限公司持股并控制其他公司，2015 年 3 月至 4 月，西藏昭融投资有限公司通过利德科技将减持方正证券股票所获得的资金转入方正集团账户（8700 万元）和北大资源集团控股有限公司账户（8.31 亿元）。众所周知，证券交易市场上大股东减持股票，会造成股价下跌；内幕交易则是从证券交易市场吸血，方正证券、方正集团的上述行为致使魏东新蒙受了不可挽回的损失，却不知道是什么原因。尽管方正集团和方正证券的有关人员作了不知情的辩解，但方正证券股票一路下跌（现价每股 8.9 元左右）的事实和中国证监会调查显示的证据，充分证明在信息披露持续违法状态下，双方订立的合同，使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的民事行为，方正证券、方正集团的行为使客户感觉受到欺诈。5. 方正集团未将签署补充协议的相关情况告知方正证券，未配合方正证券履行信息披露义务。中国证监会处罚决定书明确指出，涉案行为构成方正集团的单位违法行为。因此，本案将方正证券和方正集团作为被告，魏东新的亏损是集体违法所致。但相关责任人也负有不可推卸的责任。方正证券和方正集团的相关责任人，其中不乏年薪百万以上的“高管”，但他们在知道或应该知道涉案关联关系存在的情况下，均未依法履行报告或披露义务，并未提出足以证明其已经尽到忠实、勤勉义务的据。他们当中有人提出，在 2015 年 6 月补签关于减持三家公司所持方正证券股票的董事会决议时并不清楚具体情况。同时，韦俊民作为方正证券的董事，在有虚假记载内容的 2014 年和 2015 年年报上签字，未依法有效监督方正证券如实披露有关情况，进一步说明该等人员未尽应有的忠实、勤勉义务。魏东新认为，方正证券“高管”的不尽责和明知故犯，是导致魏东新误签合同，亏损严重的理由之一。魏东新现年 64 岁，购买方正证券的钱是自己一生的积蓄，对签订股票买卖合同的商业风险知道并能够自行承担，正常情况下并不会发生不公平的后果，但方正证券和方正集团违法行为导致的情势变更，已经超出商业风险的范围，是魏东新缔约时不可预见的，因仍然坚持契约严守（自买入方正证券股票后从未动过）造成结果上对魏东新显失公平，方正证券和方正集团不恰当地获取超常利益，有悖于诚信原则。《中华人民共和国证券法》要求信息披露文件必须真实全面的提供给投资者与发行人有关的所有重大信息，并以此作为投资者投资决策的基础。虚假陈述使意思表示中存在瑕疵，从而动摇了双方当事人之间订立合同的基础与效力。方正证券公告的招股说明书、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料，有虚假记载和重大遗漏，致使魏东新受到蒙蔽、欺骗而产生误解，在证券交易中遭受损失，方正证券和连带责任人方正集团应当承担法律责任。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国合同法》、《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》的相关规定提起诉讼，请求支持魏东新的全部诉讼请求，公正裁决。

方正证券、方正集团在收到本案起诉状后，向本院提交管辖权异议申请书，请求裁定将本案移送至湖南省长沙市中级人民法院审理。后方正证券、方正集团向本院提交书面撤回管辖权异议申请书。

本院经审查认为，《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第九条第一款第（一）项规定：投资人对多个被告提起证券民事赔偿诉讼的，按下列原则确定管辖：（一）由发行人或者上市公司所在地有管辖权的中级人民法院管辖。但有本《规定》第十条第二款规定的情形除外。本案原告魏东新已经将上市公司方正证券列为共同被告，不存在《规定》第十条第二款的情形，故应当将案件移送上市公司所在地有管辖权的中级人民法院管辖。本案中，因方正证券所在地在湖南省长沙市，依据上述法律规定，应将本案移送至湖南省长沙市中级人民法院审理。

依照《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第九条第一款第（一）项，《中华人民共和国民事诉讼法》第三十六条之规定，裁定如下：

本案移送湖南省长沙市中级人民法院处理。

本裁定一经作出即生效。

审判长 常洁

审判员 阴虹

代理审判员 董伟

二〇一七年九月二十七日

书记员 朱平

魏庆福等上诉航天信息股份有限公司职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷一案

北京市高级人民法院

民事判决书

(2015)高民(知)终字第 890 号

上诉人(原审原告)魏庆福。

上诉人(原审原告)陈志恒。

上诉人(原审原告)蒋浩。

上诉人(原审原告)郭永红。

四上诉人之共同委托代理人晏军华,北京市康达律师事务所律师。

四上诉人之共同委托代理人葛小鹰,北京市康达律师事务所律师。

上诉人(原审被告)中国航天科工集团公司,住所地北京市海淀区。

法定代表人高红卫,董事长。

委托代理人王卫东,北京大成律师事务所律师。

委托代理人马玲,北京大成律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)航天信息股份有限公司,住所地北京市海淀区。

法定代表人时旸,董事长。

委托代理人王晓松,北京市国联律师事务所律师。

委托代理人徐斌,航天信息股份有限公司职员,住北京市海淀区。

上诉人魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红、上诉人中国航天科工集团公司(简称航天科工集团公司)因职务技术成果完成人奖励、报酬纠纷一案,不服北京市第一中级人民法院(2013)一中民初字第 9621 号民事判决,向本院提出上诉。本院于 2015 年 1 月 27 日受理后,依法组成合议庭公开审理了本案。2015 年 3 月 23 日,上诉人魏庆福及其与上诉人陈志恒、蒋浩、郭永红的共同委托代理人晏军华、葛小鹰,上诉人航天科工集团公司的委托代理人王卫东、马玲,原审被告航天信息股份有限公司(简称航天信息股份公司)的委托代理人王晓松、徐斌到庭接受了本院询问。本案现已审理终结。

北京市第一中级人民法院经审理查明:

一、关于涉案专利开发、转让、实施的有关事实和证据

1994 年,我国开始实行以增值税为主体的流转税制。为了解决伪造、变造增值税发票等偷逃国家税款的问题,中国航天工业总公司(简称航天工业总公司)于 1993 年始组织人员攻关,研发成功了防伪税控系统,并分别于 1995 年和 1996 年各获得了一项实用新型和发明专利权,其中发明专利即为涉案专利。1997 年 11 月,防伪税控系统通过了国家密码管理委员会的技术鉴定。在参与研发的过程中,上诉人魏庆福等人作为航天工业总公司下属第五研究院 502 所康拓公司的员工,参与了防伪税控系统的研发过程。

涉案专利系专利号为 ZL95101303.3,名称为“票据防伪开票机和识伪认证机及其防伪识伪方法”的发明专利,其申请日为 1995 年 1 月 26 日,授权公告日为 1996 年 10 月 5 日,授权时的专利权人为航天工业总公司,发明人为刘纪原、夏国洪、王雨生、魏庆福、张庆汉、陈志恒、韦红文、刘畅、蒋浩、郭永红、陈懿。2001 年 7 月 4 日,涉案专利权由航天工业总公司变更登记至航天信息股份公司名下。

1994 年 7 月 1 日,航天工业总公司设立北京航天金穗高技术公司(简称北京航天金穗公司),负责涉案技术的开发和实施工作。1997 年 5 月 5 日,航天工业总公司设立航天金穗高技术有限公司(简称航天金穗公司),并由该公司控股北京航天金穗公司。1999 年 3 月 4 日,北

京航天金穗公司注销,涉案技术的开发和实施工作继续由航天金穗公司进行。1998年12月,“SSK01 增值税专用发票防伪税控”项目获得国家科学技术部颁发的国家科技进步二等奖,获奖单位为航天金穗公司,获奖者包括魏庆福、陈志恒等人。该项目同时获得1997年度航天工业总公司一等奖。2000年2月12日,国务院办公厅下发《国务院办公厅转发国家税务总局关于全面推广应用增值税防伪税控系统意见的通知》,要求在2002年年底之前,将税控系统覆盖到全国所有的增值税一般纳税人。

1999年,航天工业总公司改制并分立,涉案专利的实施机构、人员等由中国航天机电集团公司(简称航天机电集团公司)承继。2001年8月,航天机电集团公司变更企业名称为中国航天科工集团公司。1999年11月15日,航天机电集团公司与航天金穗公司签订《专利权转让协议书》,约定航天机电集团公司将涉案专利权转让予航天金穗公司,转让价格以经长城会计师事务所评估和经财政部确认的价值为准。魏庆福代表航天金穗公司在协议上签字。1999年12月10日,长城会计师事务所评估涉案专利的评估值为2153.17万元。2000年2月22日,财政部对评估结果进行了确认。航天金穗公司于1999年12月30日向航天机电集团公司支付了专利转让费2153万元。

根据航天信息股份公司的首次公开发行股票招股说明书记载,2000年4月11日,航天金穗公司等航天信息股份公司的发起人同意组建航天信息股份公司,将其包括涉案专利权在内的全部资产投入到航天信息股份公司,航天金穗公司的法人地位取消,公司的资产、负债相应地转入航天信息股份公司。截止至2000年4月11日,航天机电集团公司持有航天金穗公司63.32%的股权。2000年11月1日,航天信息股份公司取得企业法人营业执照。航天金穗公司于2001年9月6日注销登记。

2003年6月5日,航天信息股份有限公司经中国证券监督管理委员会批准,首次向社会公众公开发行,并随后于上海证券交易所上市。在航天信息股份公司的发起人中,航天科工集团公司占认购6360万股,占总股本的39.26%,航天新概念科技有限公司(简称航天新概念公司)认购1017万股,占总股本的6.28%。

二、有关航天科工集团公司(包括其前身)曾计划支付发明人奖励、报酬的有关事实

上诉人魏庆福等人主张,北京航天金穗公司1994年4月28日第一次董事会会议决议,“确认防伪识伪系统技术成果等技术干股占有公司总注册资本之20%。其中,有关具体项目须经评审后再予以处置和分配。”北京航天金穗公司1996年6月17日第四次董事会会议决议,“同意1000万元无形资产按以下数额分配:总公司250万元、五院435万元、一院35万元、三院95万元、二院40万元、长城45万元、金卡公司100万元。由分配到无形资产的股东给予本单位内为研制推广防伪税控系统做出重要贡献人员个人股或奖励”。航天信息股份公司及航天科工集团公司主张上述第一次董事会决议不具有合法性,并提交了北京航天金穗公司的企业信息打印件,证明北京航天金穗公司于1994年7月1日才注册成立。航天信息股份公司及航天科工集团公司还主张上述第四次董事会决议也不具有合法性,并提交了注册信息,证明北京航天金穗公司属于全民所有制企业,不设董事会,因此董事会无权作出决议。

2000年,航天机电集团公司按照1996年北京航天金穗公司第四次董事会决议的设想,将专利权转让价款3000万元作为出资,注册成立了航天新概念公司(即航天信息股份公司首次公开发行时的股东之一),并由8家下属单位按照其对金税工程项目贡献的大小持有航天新概念公司的股份,航天新概念公司以注册资金的1300万元投资入股航天信息股份公司,占股5.68%。魏庆福等人主张,航天机电集团公司设立航天新概念公司的目的是通过技术骨干所在的单位持有航天新概念公司的股份从而间接持有航天信息股份公司的股份从而达到奖励科技骨干员工的目的,航天科工集团公司及航天信息股份公司则认为,航天新概念公司的股东都是企业法人,该公司的设立目的与奖励发明人无关。

2003 年 12 月 19 日，航天科工集团公司下发《关于股权无偿划转的通知》，其中载明：“一、将集团公司（即航天科工集团公司）所持有的新概念公司（即航天新概念公司）33.33%的股权，即原始投资 1000 万元人民币所形成的权益，参照原航天金穗公司 1996 年 6 月第四次董事会的有关决议，除集团公司保留 350 万元（含金卡公司 100 万元）原始投资所形成的新概念公司 11.66%的股权外，其余 650 万元原始投资所形成的新概念公司 21.67%的股权无偿划转到 1997 年 5 月之前对防伪税控系统做出贡献的有关单位，并建议这些单位按照国家有关规定对本单位为防伪税控系统的研发和转化做出贡献的技术和管理人员实施奖励。”后该文件内容未落实。2009 年，航天信息股份公司公告《简式权益变动报告书》，其中载明：航天新概念公司“通过无偿划转方式（协议转让）转让其持有的航天信息（即航天信息股份公司）股权”，划转之后，航天新概念公司“不再持有航天信息股份”，其所持有的航天信息股份公司的股份分别由航天科工集团公司等八股东占有。2011 年 2 月 16 日，航天新概念公司注销。2007 年 9 月 25 日，航天信息股份公司向航天科工集团公司提交了《关于解决历史上对防伪税控系统研发和推广有贡献人员奖励问题的请示》，其中载明：“北京航天金穗高技术公司第四次董事会于 1996 年 6 月曾做出决议，对在防伪税控系统研制和推广过程中有贡献的人员给予激励。然而，航天信息股份有限公司（简称“航信公司”）重组设立时，由于当时政策所限，无法在航信公司注册资本中设定 20%的技术股。这样，对有贡献单位的激励通过直接持有航信公司股份以及取得技术专利变卖收益的方式得到了圆满兑现，但是，对有贡献个人的激励却没有着落”，“故我们恳切请求科工集团相关部门向国资委请示，尽快提出解决兑现奖励的方案。为了避免种种争议，航信公司研究提出将东方鑫辰公司持有的新概念公司 66.67%股权，按照北京航天金穗高技术有限公司 1996 年 6 月第四次董事会决议的要求，转让给对防伪税控研发推广工作做出贡献的股东单位（即原一、二、三、五院、长城公司、金卡公司、科工集团），再由各单位自行决定对在防伪税控研发推广工作中做出贡献人员给予个人股或奖励……”。其后附有国务院国资委研究中心于 2007 年 9 月出具的《航天信息股份有限公司科技创新激励机制研究》的报告、中伦文德律师事务所于 2007 年 9 月出具的《关于防伪税控专利技术研发和产品推广有贡献人员股份奖励项目的法律意见书》、《防伪税控前期（截止至 1996 年底）研发、推广和参与管理协调人员名单》。航天科工集团公司对于上述请示和报告未作出任何回复。

各方当事人均认可，截止至目前为止，航天科工集团公司（包括其前身）并未向涉案专利的发明人支付过发明人报酬。

三、上诉人魏庆福等四人主张报酬计算依据的相关事实

魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红四人于 2013 年 7 月 3 日向原审法院提交起诉状，称：魏庆福等人系涉案专利的发明人，但四人未获得任何报酬，故根据《中华人民共和国专利法》（简称《专利法》）第十六条和 2010 年修订的《中华人民共和国专利法实施细则》（简称《专利法实施细则》）第七十八条的规定，请求判决：1、航天信息公司向魏庆福等人支付自 2011 年 7 月 3 日至 2013 年 7 月 2 日期间职务技术成果完成人报酬 25013747 元；2、航天科工集团公司对航天信息公司的上述款项承担连带清偿责任。关于报酬计算依据，魏庆福等人主张从其起诉之日起向前推算两年期间（即 2011 年 7 月 3 日至 2013 年 7 月 2 日）航天信息股份公司实施涉案专利取得营业利润的 3%，再除以 11 名发明人，计算得出每名发明人的报酬，再乘以魏庆福等人的人数得到其所主张的报酬共计 25013747 元。魏庆福等人主张营业利润则应当按照航天信息股份公司 2011 年、2012 年、2013 年年度《审计报告》所公开的数据进行计算。计算公式为 $[2011 \text{ 年营业利润} \times (182365) + 2012 \text{ 年度营业利润} + 2013 \text{ 年营业利润} \times (183365)] \times 3\% \times 411$ 。其中，营业利润=毛利润-费用分摊=营业收入-营业成本-营业税金及附加-管理费用-财务费用。魏庆福等人主张，由于个别年度《审计报告》未公开所涉增值税

防伪税控系统项目在全项目中的费用分摊比例,故此比例参照增值税防伪税控系统的业务成本占总成本的比例进行确定。

航天信息股份公司认可《审计报告》的真实性,但认为报告中涉及的增值税防伪税控系统项目不仅仅包括涉案专利,还包括其他共计七十一项专利技术。魏庆福等人认为其中仅有二十四项获得授权,其中十八项专利被涵盖在涉案专利中,六项不属于航天信息股份公司的主营业务,而涉案专利是主营业务的关键技术。

北京市第一中级人民法院认为,魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红为涉案专利的发明人,涉案发明属于职务发明,原始权利归属于航天工业总公司。2001 年《专利法》及《专利法实施细则》修订之后,将支付发明人奖励、报酬的主体由“专利权的所有单位或者持有单位”修改为“被授予专利权的单位”,且该修改的实质内容在 2009 年 10 月 1 日起施行的《专利法》及《专利法实施细则》中得以延续。职务发明的奖励、报酬的支付系发生于雇主与雇员之间的法律关系,而专利权的受让人以及被许可人等其他专利持有、实施主体与职务发明人一般不具有劳动关系从而不承担相应的义务。就本案而言,涉案专利权的初始权利人为航天工业总公司,该公司分立之后,涉案专利权利义务的继受人为航天科工集团公司,而航天信息股份公司为涉案专利权的受让人,并非初始权利人,不承担支付发明人奖励、报酬的义务。因此,魏庆福等四人请求航天信息公司承担支付其发明人奖励、报酬的诉讼请求因缺乏事实和法律依据。“被授予专利权的单位”向职务发明人支付奖励和报酬,属于该单位的法定义务。魏庆福等四人在本案中主张发明人报酬,应当适用涉案专利实施期间施行的《专利法》及《专利法实施细则》。涉案专利权于 2001 年 7 月 4 日发生转让,2001 年 7 月 1 日起施行的《专利法》及《专利法实施细则》并未规定被授予专利权的单位转让专利权时所应当支付发明人报酬的计算方式,但可参照许可他人实施专利权收取使用费的计算方式予以确定。航天科工集团公司作为航天工业总公司对涉案专利的承继人,对航天工业总公司作为被授予专利权的单位所应履行的发明人报酬支付义务承担责任。魏庆福等四人有权对航天科工集团公司于 2001 年 7 月 4 日转让涉案专利权之前的实施行为以及 2001 年 7 月 4 日转让涉案专利所取得的收益主张发明人报酬。航天科工集团公司有关魏庆福等人知晓上述事实,却一直未向其主张权利或提起诉讼,因而已过诉讼时效的抗辩主张不能成立。关于航天科工集团公司所应支付的发明人报酬的数额问题,魏庆福等四人主张依照航天信息股份公司的营业利润按照一定的比例进行计算,但因航天信息股份公司并非被授予专利权的单位,故该主张因缺乏法律依据。参照 2001 年起施行的《专利法实施细则》第七十六条的规定,航天科工集团公司应当从转让涉案专利权收取的转让费中提取不低于 10% 作为报酬。考虑到涉案专利权在实施过程中所取得的巨大经济效益,故在 10% 以上酌情合理确定提取比例,并按照魏庆福等四人在涉案专利发明人中的人数比例计算其最终可获得的发明人报酬数额。此外,关于本案的诉讼费用也将依照公平原则在各方当事人之间进行分配。综上,北京市第一中级人民法院依照 2001 年 7 月 1 日起实施的《专利法》第十六条、于 2001 年 7 月 1 日起实施的《专利法实施细则》第七十六条之规定,判决:一、于本判决生效之日起十日内,中国航天科工集团公司向原告魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红支付发明人报酬共计一百五十六万五千八百一十八元;二、驳回魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的其他诉讼请求。

魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红不服原审判决并向本院提起上诉,请求撤销原审判决第二项,改判航天信息股份公司支付其自 2011 年 7 月 3 日至 2013 年 7 月 2 日期间职务技术成果完成人报酬 25013747 元,由航天科工集团公司承担连带责任。魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的主要上诉理由为:原审判决适用法律错误,航天信息股份公司作为涉案专利的实施者,依法负有给付发明人报酬的义务;依据航天信息股份公司于上海证券交易所官网披露的 2011—2013 年度审计报告公开的资料,将涉案专利净利润乘以 3% 的报酬比例,即航天信息股份公司应支付的职务技术成果完成人报酬 25013747 元,因此魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭

永红主张的航天信息股份公司应支付的职务技术成果完成人报酬是有依据的；涉案专利的流转是资本运作而不是通常意义的专利转让，航天科工集团公司至今持有以涉案专利为对价的航天信息股份公司股份，因此原审法院以专利权转让为由，按照 10 年前的转让价款比例确定报酬数额，属于认定事实错误；魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红至今未获得合理报酬，直接过错责任人为航天科工集团公司，故其应当与航天信息股份公司承担连带责任；原审判决对涉案事实和有关证据的认定存在部分错误。

航天科工集团公司不服原审判决并向本院提起上诉，请求撤销原审判决并改判驳回魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的诉讼请求。航天科工集团公司的主要上诉理由为：魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红在原审诉讼中请求法院判决航天信息股份公司承担支付职务技术成果完成人报酬，航天科工集团公司承担连带责任，但原审法院判决驳回魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红对航天信息股份公司的诉讼请求，却直接判决航天科工集团公司支付职务技术成果完成人报酬，超越了魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的原审诉讼请求，违反民事诉讼法的基本原则；魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红要求支付职务技术成果完成人报酬的诉讼请求已经超过了诉讼时效，依法不应被支持；原审法院依据《专利法实施细则》第七十六条规定判决航天科工集团公司支付专利转让费的比例作为职务发明报酬，属于适用法律错误。

航天信息股份公司服从原审判决。

本院经审理查明，原审法院查明主要事实基本清楚，证据采信得当，且有《发明专利证书》、《发明专利说明书》、《科技进步奖证书》、《中国航天机电集团公司组建方案》、《专利权转让协议书》、《资产评估报告书》、财政部《对中国航天机电集团公司专利权转让项目资产评估结果审核意见的函》、收据、涉案专利权法律状态查询、《航天信息股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》、《发起人协议》、企业信用信息网打印件、《航天信息股份有限公司大事记（1993 年-2007 年）》、《北京航天金穗高技术有限责任公司第一次董事会会议决议》、《北京航天金穗高技术有限责任公司第四次董事会会议决议》、《关于股权无偿划转的通知》、《关于解决历史上对防伪税控系统研发和推广有贡献人员奖励问题的请示》、《航天信息股份有限公司科技创新激励机制研究》、《关于防伪税控专利技术研发和产品推广有贡献人员股份奖励项目的法律意见书》、《防伪税控前期（截止至 1996 年底）研发、推广和参与管理协调人员名单》、《航天信息股份有限公司简式权益变动报告书》及当事人陈述、笔录等证据在案佐证，证据充分，本院对原审法院查明的事实予以确认。

本院认为：

虽然涉案专利的申请日和授权日均在 1993 年《专利法》实施期间，本案系魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张职务技术成果完成人报酬的民事纠纷，应当适用实施涉案专利的期间施行的《专利法》及相应的《专利法实施细则》等法律规定。

1985 年 4 月 1 日起实施的《专利法》第十六条规定：“专利权的所有单位或者持有单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予奖励。”1993 年 1 月 1 日起实施的《专利法》第十六条所与上述规定完全一致。2001 年 7 月 1 日起实施的《专利法》第十六条规定：“被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予合理的报酬。”2009 年 10 月 1 日起实施的《专利法》第十六条规定与 2001 年 7 月 1 日起实施的《专利法》第十六条规定完全一致。由此可见，2001 年《专利法》将支付发明人奖励、报酬的主体由“专利权的所有单位或者持有单位”修改为“被授予专利权的单位”，并为现行《专利法》所延续，且无论是 2001 年《专利法》还是现行专利法，均仅在涉及发明人奖励、报酬的条款中使用了“被授予专利权的单位”，而在其他涉及专利权的授权、转让、许可、保护等部分则采用“专利权人”，这种区别表明《专利法》赋予“被授予专利权的单位”不同于“专利权人”

的含义。“被授予专利权的单位”应指获得专利授权的初始权利人，通常不应当包括专利权的受让人。职务发明的奖励、报酬的支付系发生于雇主与雇员之间的法律关系，且通常以雇主和雇员之间存在雇用或劳动关系为基础。专利权的受让人以及被许可人等其他专利持有、实施主体与职务发明人如果不具有这种雇用或者劳动关系，则其一般不承担支付职务发明的奖励、报酬的相应义务。本案中，涉案专利权的初始权利人为航天工业总公司，该公司分立之后，涉案专利权利义务的继受人为航天科工集团公司，后涉案专利又依法转让给航天信息股份公司，并履行了相应的专利权转让手续。因此，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张涉案专利的流转是资本运作而不是通常意义的专利转让的上诉主张于法无据，航天信息股份公司也由此成为涉案专利权的受让人而不是“被授予专利权的单位”，故作为涉案专利“被授予专利权的单位”的是航天工业总公司而非航天信息股份公司。尽管航天信息股份公司受让涉案专利后成为其实际实施者，但鉴于其不是法律规定的“被授予专利权的单位”，故原审法院认定航天信息股份公司不负有支付涉案专利职务发明奖励、报酬是恰当的，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红有关航天信息股份公司依法负有给付发明人报酬义务并应支付职务技术成果完成人报酬 25013747 元的上诉主张缺乏实施和法律依据，本院不予支持。此外，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红在原审诉讼中请求法院判决航天信息股份公司承担支付职务技术成果完成人报酬，航天科工集团公司承担连带责任，如果该诉讼请求成立，则无论是航天信息股份公司还是航天科工集团公司均可能单独承担支付支付职务发明奖励、报酬的义务。这就是说魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的原审诉讼请求实际上也包括了由航天信息股份公司或航天科工集团公司单独支付支付职务发明奖励、报酬的内容。同时，基于对本案应当支付职务发明奖励、报酬的是作为涉案专利“被授予专利权的单位”的航天工业总公司而非作为涉案专利实施者的航天信息股份公司的认定，原审法院在查清上述事实的基础上判决驳回魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红对航天信息股份公司的诉讼请求，并判决航天科工集团公司支付职务技术成果完成人报酬，并未超越原审诉讼请求，故航天工业总公司有关原审判决超越原审诉讼请求并违反民事诉讼法基本原则的上诉理由不能成立，本院不予支持。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”第一百三十七条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”本案中，涉案专利目前为正在实施的有效专利，其有效期至 2015 年 1 月，且其实施者航天信息股份公司基于此获得了良好的收益，故涉案专利的“被授予专利权的单位”在专利权有效期限内应负有支付报酬的义务。航天科工集团在历史上曾经积极尝试通过间接持股等方式对作出贡献的发明人进行奖励或者支付报酬，这些行为本身足以使发明人形成航天科工集团公司将积极支付发明人报酬的信赖，而现有证据不能证明航天科工集团公司曾经或者已经以明确的意思表示拒绝履行其所应当承担的支付发明人报酬的义务，也没有证据表明魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红知道或者应当知道自身权益受到侵害。因此，原审法院在充分考虑《专利法》的立法目的及本案作为发明人奖励、报酬纠纷的特殊性的基础上，认定魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的原审诉讼请求未超过诉讼时效是恰当的，航天科工集团公司有关魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红要求支付职务技术成果完成人报酬的诉讼请求已经超过诉讼时效的上诉理由依据不足，本院不予支持。

虽然《专利法》第十六条规定被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励及合理的报酬，但并未明确规定如何计算被授予专利权的单位应当支付的奖励及报酬。2003 年 2 月 1 日起施行的《专利法实施细则》第七十五条规定：“被授予专利权的国有企事业单位在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利所得利润纳税后提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利所得利润纳税后

提取不低于 0.2%，作为报酬支付发明人或者设计人；或者参照上述比例，发给发明人或者设计人一次性报酬。”第七十六条规定：“被授予专利权的国有企业事业单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从许可实施该项专利收取的使用费纳税后提取不低于 10% 作为报酬支付发明人或者设计人。”2010 年 2 月 1 日起施行的《专利法实施细则》第七十六条规定：“被授予专利权的单位可以与发明人、设计人约定或者在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的奖励、报酬的方式和数额。企业、事业单位给予发明人或者设计人的奖励、报酬，按照国家有关财务、会计制度的规定进行处理。”第七十八条规定：“被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的报酬的方式和数额的，在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于 0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬；被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中提取不低于 10%，作为报酬给予发明人或者设计人。”由此可见，无论是根据 2003 年《专利法实施细则》还是 2010 年《专利法实施细则》的上述规定，原审法院参照许可他人实施专利权收取的使用费确定航天工业总公司应支付的发明人报酬的计算方式均具有法律依据。航天科工集团公司作为航天工业总公司对涉案专利的承继人，对航天工业总公司作为被授予专利权的单位所应履行的发明人报酬支付义务承担责任。虽然魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张依照航天信息股份公司的营业利润按照一定的比例进行计算发明人报酬，但鉴于航天信息股份公司并非涉案专利的“被授予专利权的单位”，故该主张因缺乏法律依据不能成立。在此基础上，原审法院参照《专利法实施细则》的上述规定，考虑到涉案专利权在实施过程中所取得的巨大经济效益，从航天科工集团公司转让涉案专利权收取的转让费中提取 10% 以上的金额作为发明人报酬，并按魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红在涉案专利发明人中的人数比例计算其最终可获得的发明人报酬数额是恰当的。魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红有关原审法院确定的发明人报酬数额不当及航天科工集团公司应与航天信息股份公司承担连带责任等上诉理由，以及航天科工集团公司有关原审法院判决航天科工集团公司支付专利转让费的比例作为职务发明报酬属于适用法律错误的上诉理由缺乏事实和法律依据，本院均不予支持。此外，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张原审判决对涉案事实和有关证据的认定存在部分错误，经查原审法院查明主要事实清楚，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红该上诉主张不能成立，本院不予支持。

综上，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红与航天科工集团公司的上诉主张均缺乏事实和法律依据，其上诉请求本院均不予支持。原审判决认定主要事实基本清楚，适用法律正确，判决结果恰当，依法应予维持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审案件受理费十六万六千八百六十九元，由魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红共同负担八万三千四百三十四元五角（已交纳），由中国航天科工集团公司负担八万三千四百三十四元五角（于本判决生效之日起十日内交纳）；二审案件受理费十六万六千八百六十九元，由魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红共同负担八万三千四百三十四元五角（已交纳），由中国航天科工集团公司负担八万三千四百三十四元五角（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 刘晓军

代理审判员 赵岩
代理审判员 王志宇
二〇一五年四月十五日
书记员 张见秋

魏庆福等职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷审判监督民事判决书

北京市高级人民法院
民事判决书

(2016)京民再 38 号

再审申请人(一审原告、二审上诉人):魏庆福,男,1941 年 7 月 3 日出生。

再审申请人(一审原告、二审上诉人):陈志恒,男,1963 年 6 月 16 日出生,自由职业者。

再审申请人(一审原告、二审上诉人):蒋浩,男,1969 年 8 月 9 日出生,自由职业者。

再审申请人(一审原告、二审上诉人):郭永红,男,1971 年 12 月 6 日出生。

上述四位再审申请人共同的委托代理人:葛小鹰,北京市康达律师事务所律师。

上述四位再审申请人共同的委托代理人:晏军华,北京市康达律师事务所律师。

被申请人(一审被告、二审被上诉人):航天信息股份有限公司,住所地北京市海淀区。

法定代表人:时旸,董事长。

委托代理人:王晓松,北京市国联律师事务所律师。

委托代理人:王中梅,北京市国联律师事务所律师。

被申请人(一审被告、二审上诉人):中国航天科工集团公司,住所地北京市海淀区。

法定代表人:高红卫,董事长。

委托代理人:王晓松,北京市国联律师事务所律师。

委托代理人:李淳,北京市国联律师事务所律师。

再审申请人魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红因与被申请人航天信息股份有限公司(以下简称航天信息公司)、被申请人中国航天科工集团公司(以下简称航天科工集团)职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷一案,不服本院(2015)高民(知)终字第 890 号民事判决,向最高人民法院申请再审。最高人民法院于 2015 年 11 月 27 日作出(2015)民申字第 2945 号民事裁定,指令本院再审本案。本院依法另行组成合议庭,开庭审理了本案。再审申请人魏庆福、及魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红共同的委托代理人葛小鹰、晏军华,被申请人航天信息公司的委托代理人王中梅,被申请人航天科工集团的委托代理人李淳,航天信息公司、航天科工集团共同的委托代理人王晓松到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红申请再审称:请求撤销原判,改判航天信息公司向魏庆福等四人支付发明人报酬 25,013,747 元,由航天科工集团承担连带清偿责任。理由:1、原判确定魏庆福等四位发明人报酬,既不是从涉案专利投资所得的股权中提成,也不是从涉案专利产生的经营利润中提成,而是从 15 年前用于投资入股的专利转让金中提成,违背了航天科工集团原先的承诺及单位与个人“同股同权”的原则。2、原判对于关键的历史文件,视而不见或故意回避,应当依法纠正。北京航天金穗高技术公司(以下简称北京航天金穗公司)第一次董事会决议内容为“确认防伪技术成果等技术干股占有公司总注册资本之 20%”,第四次董事会决议内容为“同意 1000 万元无形资产按以下数额分配……(8 个单位),由分到无形资产的股东给予本单位为研制推广防伪税控系统做出重要贡献人员个人股或奖励”。2000 年 3 月航天金穗高技术有限公司(以下简称航天金穗公司)《关于上市的请示》和航天科工集团 87 号批复文件作出承诺,“承诺以后再将航天新概念科技有限公司(以下简称航天新概念公司)的股份界定到有贡献的单位和个人。”2009 年 10 月,航天科工集团将由专利权置换来的航天信息公司 5.68%的股权分配给予 8 个单位。由此可见,专利权转让是为了改制而采取的操作,实质是将专利权换成股权。3、原审法院将涉案专利出资入股认定为专利权转让,导致剥夺了魏庆福等四人作为发明人依法应当获得的巨额报酬。航天科工集团与其

控股子公司航天金穗公司之间的股权转让是母、子公司之间的关联交易，不是实质性的股权转让，而是将自己的专利转让给自己，是资本运作。本案符合《中华人民共和国促进科技成果转化法》（以下简称《促进科技成果转化法》）第九条第五项的规定，“以该科技成果作价投资，折算股份或者出资比例。”4、魏庆福等四人的诉讼请求是由航天信息公司支付发明人报酬 25,013,747 元，这是依据《促进科技成果转化法》第九条第一项的规定“自行投资实施转化”，以及航天信息公司取得涉案专利的由来，其设立的目的是为了全面推广实施国家金税工程项目等情况的客观认定。根据《促进科技成果转化法》第九条第五项，则应优先由航天科工集团从其所持航天信息公司的股权中无偿划拨 381.2 万股给予魏庆福等四人作为报酬。

航天信息公司辩称：不同意魏庆福等四人的再审理求。1、涉案专利的转让是真实有效的，航天信息公司没有义务给予奖励和报酬。2、航天信息公司关于奖励问题的请示没有承诺航天信息公司给予奖励和报酬，当时是建议股东单位给发明人奖励和报酬，而且因对发明人股权奖励造成国有资产流失，已经被中纪委叫停。所以当时的请示是无效的，不构成航天信息公司的任何承诺或约定。3、航天信息公司对支付报酬没有承继关系。根据专利法的有关规定，应当由被授予专利权的单位也就是航天科工集团给予发明人报酬。涉案专利转让不导致航天信息公司要承担给付报酬的义务。4、魏庆福等四人主张的报酬数额没有法律依据，也没有计算依据。航天信息公司的防伪税控系统和涉案专利是两个概念。航天信息公司的防伪税控系统包含 200 多项专利，而且不断更新。

航天科工集团辩称：不同意魏庆福等四人的再审理求。1、初始专利权人是中国航天工业总公司（以下简称航天工业总公司），其他 8 家单位不享有专利权。2、北京航天金穗公司是全民所有制企业，不设董事会，故其董事会决议不具有法律效力。而且北京航天金穗公司第四次董事会决议处置的无形资产不归其所有，其董事会决议不是航天工业总公司和航天科工集团的承诺。魏庆福等四人把几家独立的公司混同没有法律依据。3、涉案专利的转让是真实有效的，与股权奖励无关。航天金穗公司是 1997 年成立的，成立时注册资金都由股东投资到位的。专利权转让发生在 1999 年，不存在设立公司是为了后续的奖励。4、航天科工集团在 2003 年下发了一份关于股权划转的文件，但是航天科工集团没有承诺给予发明人奖励报酬，而是建议相关单位给予奖励报酬，而且这份通知是违法的，不能成为航天科工集团的承诺或者约定。航天新概念公司的股权转让违法，造成了国有资产流失，已被中纪委叫停。中纪委文件也指出该划转通知是无效的。5、航天信息公司对支付报酬没有承继关系，而且魏庆福等四人已经得到了奖励，这在中纪委的文件中有显示。6、魏庆福等四人的诉讼请求超过了诉讼时效期间。

魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红向一审法院起诉称：1993 年，航天工业总公司组织、征调下属 8 个单位的技术人员，采用魏庆福等提出的密码方案为主方案、IC 卡为补充的最终方案，研制成功“SSK01 增值税专用发票防伪税控系统”，航天工业总公司于 1995 年 4 月 21 日及 1996 年 10 月 5 日分别取得实用新型专利和发明专利授权，发明人包括四原告在内共计 11 人。后实用新型专利失效，但应用发明专利“票据防伪开票机和识别认证机及其防伪识别方法”（即涉案专利）的技术已推广到全国所有一般纳税人，产生了重大的社会效益和巨额经济效益。此后，航天工业总公司改制分立为航天科技集团公司和中国航天机电集团公司（以下简称航天机电集团，后名称变更为航天科工集团，即本案被告）。涉案专利权归属于航天科工集团，该公司和各级领导一直着力解决在该重大科技成果项目中作出贡献的单位和原告等发明人的报酬问题，但因涉及国有资产处置范畴及领导班子换届等原因，导致原告个人未获得任何报酬。据此，根据《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）第十六条、《中华人民共和国专利法实施细则》（以下简称《专利法实施细则》，2010 年修订）第七十八条的规定，请求法院判令：1、被告航天信息公司向四原告支付自 2011 年 7 月 3 日至 2013 年 7

月 2 日期间职务技术成果完成人报酬 25,013,747 元；2、航天科工集团对航天信息公司的上述款项承担连带清偿责任；3、诉讼费由两被告承担。

一审法院认定事实：一、关于涉案专利开发、转让、实施的有关事实和证据

1994 年，我国开始实行以增值税为主体的流转税制。为了解决伪造、变造增值税发票等偷逃国家税款的问题，航天工业总公司于 1993 年始组织人员攻关，研发成功了防伪税控系统，并分别于 1995 年和 1996 年各获得了一项实用新型和发明专利权，其中，发明专利即为涉案专利。1997 年 11 月，防伪税控系统通过了国家密码管理委员会的技术鉴定。在参与研发的过程中，原告魏庆福等人作为航天工业总公司下属第五研究院 502 所康拓公司的员工，参与了防伪税控系统的研发过程。

涉案专利专利号为 ZL95101303.3，名称为“票据防伪开票机和识伪认证机及其防伪识伪方法”的发明专利，申请日为 1995 年 1 月 26 日，授权公告日为 1996 年 10 月 5 日，授权时的专利权人为航天工业总公司，发明人为刘纪原、夏国洪、王雨生、魏庆福、张庆汉、陈志恒、韦红文、刘畅、蒋浩、郭永红、陈懿。该专利权目前仍处于有效存续状态。

1994 年 7 月 1 日，航天工业总公司设立北京航天金穗公司，负责涉案技术的开发和实施工作。

1997 年 5 月 5 日，航天工业总公司设立航天金穗公司，并由该公司控股北京航天金穗公司。

1999 年 3 月 4 日，北京航天金穗公司注销，涉案技术的开发和实施工作继续由航天金穗公司进行。

1998 年 12 月，“SSK01 增值税专用发票防伪税控”项目获得国家科学技术部颁发的国家科技进步二等奖，获奖单位为航天金穗公司，获奖者包括魏庆福、陈志恒等人。该项目同时获得 1997 年度航天工业总公司一等奖。

2000 年 2 月 12 日，国务院办公厅下发《国务院办公厅转发国家税务总局关于全面推广应用增值税防伪税控系统意见的通知》，要求在 2002 年年底之前，将税控系统覆盖到全国所有的增值税一般纳税人。

1999 年，航天工业总公司改制并分立，其中，涉案专利的实施机构、人员等由航天机电集团承继，2001 年 8 月，航天机电集团变更企业名称为航天科工集团（即该被告现名）。

1999 年 11 月 15 日，航天机电集团与航天金穗公司签订《专利权转让协议书》，约定航天机电集团将涉案专利权转让予航天金穗公司，转让价格以经长城会计师事务所评估和经财政部确认的价值为准。魏庆福代表航天金穗公司在协议上签字。1999 年 12 月 10 日，长城会计师事务所评估涉案专利的评估值为 2153.17 万元。2000 年 2 月 22 日，财政部对评估结果进行了确认。航天金穗公司于 1999 年 12 月 30 日向航天机电集团支付了专利转让费 2153 万元。2001 年 7 月 4 日，涉案专利权由航天工业总公司变更登记至航天信息公司名下。

根据航天信息公司的首次公开发行股票招股说明书记载，2000 年 4 月 11 日，航天金穗公司等航天信息公司的发起人同意组建航天信息公司，将其包括涉案专利权在内的全部资产投入到航天信息公司，航天金穗公司的法人地位取消，公司的资产、负债相应地转入航天信息公司。截止至 2000 年 4 月 11 日，航天机电集团持有航天金穗公司 63.32% 的股权。2000 年 11 月 1 日，航天信息公司取得企业法人营业执照。航天金穗公司于 2001 年 9 月 6 日注销登记。2003 年 6 月 5 日，航天信息股份有限公司经中国证券监督管理委员会批准，首次向社会公众公开发行，并随后于上海证券交易所上市。在航天信息公司的发起人中，航天科工集团占认购 6360 万股，占总股本的 39.26%，航天新概念科技有限公司（简称航天新概念公司）认购 1017 万股，占总股本的 6.28%。

二、有关航天科工集团（包括其前身）曾计划支付发明人奖励、报酬的有关事实

原告魏庆福等人主张，北京航天金穗公司 1994 年 4 月 28 日第一次董事会会议决议，“确认防伪识伪系统技术成果等技术干股占有公司总注册资本之 20%。其中，有关具体项目须经评

审后再予以处置和分配。”北京航天金穗公司 1996 年 6 月 17 日第四次董事会会议决议，“同意 1000 万元无形资产按一下数额分配：总公司 250 万元、五院 435 万元、一院 35 万元、三院 95 万元、二院 40 万元、长城 45 万元、金卡公司 100 万元。由分配到无形资产的股东给予本单位内为研制推广防伪税控系统做出重要贡献人员个人股或奖励”。被告航天信息公司及航天科工集团主张上述第一次董事会决议不具有合法性，并提交了北京航天金穗公司的企业信息打印件，证明北京航天金穗公司于 1994 年 7 月 1 日才注册成立；被告航天信息公司及航天科工集团还主张上述第四次董事会决议也不具有合法性，并提交了注册信息，证明北京航天金穗公司属于全民所有制企业，不设董事会，因此董事会无权作出决议。

2000 年，航天机电集团按照 1996 年北京航天金穗公司第四次董事会决议的设想，将专利权转让价款 3000 万元作为出资，注册成立了航天新概念公司（即航天信息公司首次公开发行股票时的股东之一），并由 8 家下属单位按照其对金税工程项目贡献的大小持有航天新概念公司的股份，航天新概念公司以注册资金的 1300 万元投资入股航天信息公司，占股 5.68%。原告魏庆福等人主张，航天机电集团设立航天新概念公司的目的是通过技术骨干所在的单位持有航天新概念公司的股份从而间接持有航天信息公司的股份从而达到奖励科技骨干员工的目的，被告航天科工集团及航天信息公司则认为，航天新概念公司的股东都是企业法人，该公司的设立目的与奖励发明人无关。

2003 年 12 月 19 日，航天科工集团下发《关于股权无偿划转的通知》，其中载明：“一、将集团公司（即航天科工集团）所持有的航天新概念公司 33.33% 的股权，即原始投资 1000 万元人民币所形成的权益，参照原航天金穗公司 1996 年 6 月第四次董事会的有关决议，除集团公司保留 350 万元（含金卡公司 100 万元）原始投资所形成的航天新概念公司 11.66% 的股权外，其余 650 万元原始投资所形成的航天新概念公司 21.67% 的股权无偿划转到 1997 年 5 月之前对防伪税控系统做出贡献的有关单位，并建议这些单位按照国家有关规定对本单位为防伪税控系统的研发和转化做出贡献的技术和管理人员实施奖励。”后该文件内容未落实。2009 年，航天信息公司公告《简式权益变动报告书》，其中载明：航天新概念公司“通过无偿划转方式（协议转让）转让其持有的航天信息（即航天信息公司）股权”，划转之后，航天新概念公司“不再持有航天信息股份”，其所持有的航天信息公司的股份分别由航天科工集团等八股东占有。2011 年 2 月 16 日，航天新概念公司注销。

2007 年 9 月 25 日，航天信息公司向航天科工集团提交了《关于解决历史上对防伪税控系统研发和推广有贡献人员奖励问题的请示》，其中载明：“北京航天金穗高技术公司第四次董事会于 1996 年 6 月曾做出决议，对在防伪税控系统研制和推广过程中有贡献的人员给予激励。然而，航天信息公司重组设立时，由于当时政策所限，无法在航天信息公司注册资本中设定 20% 的技术股。这样，对有贡献单位的激励通过直接持有航天信息公司股份以及取得技术专利变卖收益的方式得到了圆满兑现，但是，对有贡献个人的激励却没有着落”，“故我们恳切请求科工集团相关部门向国资委请示，尽快提出解决兑现奖励的方案。为了避免种种争议，航天信息公司研究提出将东方鑫辰公司持有的航天新概念公司 66.67% 股权，按照北京航天金穗公司 1996 年 6 月第四次董事会决议的要求，转让给对防伪税控研发推广工作做出贡献的股东单位（即原一、二、三、五院、长城公司、金卡公司、科工集团），再由各单位自行决定对在防伪税控研发推广工作中做出贡献人员给予个人股或奖励……”其后附有国务院国资委研究中心于 2007 年 9 月出具的《航天信息股份有限公司科技创新激励机制研究》的报告、中伦文德律师事务所于 2007 年 9 月出具的《关于防伪税控专利技术研发和产品推广有贡献人员股份奖励项目的法律意见书》、《防伪税控前期（截止至 1996 年底）研发、推广和参与管理协调人员名单》。航天科工集团对于上述请示和报告未作出任何回复。

各方当事人均认可，截止至目前为止，航天科工集团（包括其前身）并未向涉案专利的发明人支付过发明人报酬。

三、原告主张报酬计算依据的相关事实

原告于 2013 年 7 月 3 日向一审法院提交起诉状,其主张向前推算两年期间(即 2011 年 7 月 3 日至 2013 年 7 月 2 日)航天信息公司实施涉案专利取得的营业利润的 3%,再除以 11 名发明人,计算得出每名发明人的报酬,再乘以原告人数得到其所主张的报酬共计 25,013,747 元。原告主张营业利润则应当按照航天信息公司 2011 年、2012 年、2013 年年度《审计报告》所公开的数据进行计算。计算公式为 $[2011 \text{ 年营业利润} \times (182/365) + 2012 \text{ 年度营业利润} + 2013 \text{ 年营业利润} \times (183/365)] \times 3\% \times 4/11$ 。其中,营业利润=毛利润-费用分摊=营业收入-营业成本-营业税金及附加-管理费用-财务费用。原告主张,由于个别年度《审计报告》中未公开所涉增值税防伪税控系统项目在全项目中的费用分摊比例,故此比例参照增值税防伪税控系统的业务成本占总成本的比例进行确定。

被告航天信息公司认可《审计报告》的真实性,但认为报告中涉及的增值税防伪税控系统项目不仅仅包括涉案专利,还包括其他共计七十一项专利技术。原告等人认为其中仅有二十四项获得授权,其中,十八项专利被涵盖在涉案专利中,六项不属于航天信息公司的主营业务,而涉案专利是主营业务的关键技术。

一审法院认为:一、航天信息公司是否应当承担支付发明人报酬的义务

原告魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红为涉案专利的发明人,该发明属于职务发明,原始权利归属于航天工业总公司,各方当事人对此不持异议,一审法院予以确认。

1993 年 1 月 1 日起施行的《专利法》第十六条规定,专利权的所有单位或者持有单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励;发明创造专利实施后,根据其推广应用的范围和取得的经济效益,对发明人或者设计人给予奖励。2001 年 7 月 1 日起施行的《专利法》第十六条规定,被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励;发明创造专利实施后,根据其推广应用的范围和取得的经济效益,对发明人或者设计人给予合理的报酬。

1993 年 1 月 1 日起施行的《专利法实施细则》第七十条规定,《专利法》第十六条所称奖励,包括发给发明人或者设计人的奖金和报酬。该细则第七十二条规定,专利权的持有单位在专利权的有效期限内,实施发明创造专利后,每年应当从实施发明或者实用新型所得利润纳税后提取 0.5%-2%,作为报酬支付发明人或者设计人;或者参照上述比例,发给发明人或者设计人一次性报酬。该细则第七十三条规定,发明创造专利权的持有单位许可其他单位或者个人实施其专利的,应当从收取的使用费中纳税后提取 5%-10%作为报酬支付发明人或者设计人。2001 年 7 月 1 日起施行的《专利法实施细则》第七十五条规定,被授予专利权的国有企业事业单位在专利权有效期限内,实施发明创造专利后,每年应当从实施该项发明或者实用新型专利所得利润纳税后提取不低于 2%,作为报酬支付发明人或者设计人;或者参照上述比例,发给发明人或者设计人一次性报酬。该细则第七十六条规定,被授予专利权的国有企业事业单位许可其他单位或者个人实施其专利的,应当从许可实施该项专利收取的使用费纳税后提取不低于 10%作为报酬支付发明人或者设计人。2009 年 10 月 1 日起施行的《专利法》及其实施细则仍然在有关规定中使用了“被授予专利权的单位”的表述。

由上述规定可知,2001 年《专利法》及《专利法实施细则》修订之后,将支付发明人奖励、报酬的主体由“专利权的所有单位或者持有单位”修改为“被授予专利权的单位”,且该修改的实质内容在 2009 年 10 月 1 日起施行的《专利法》及其实施细则中得以延续。

航天信息公司主张其不属于“授予专利权的单位”,故其并非支付报酬的主体,对此一审法院认为,此问题的实质在于“专利权人”与“授予专利权的单位”二概念的内涵是否相同。根据法律的体系解释原则,纵观 2001 年起施行的《专利法》及《专利法实施细则》全文,仅在前述涉及发明人奖励、报酬的条款中使用了“被授予专利权的单位”这一表述,在其他涉及专利权的授权、转让、许可、保护等部分,采用的均是“专利权人”的表述,这种区别

表明，立法者赋予“被授予专利权的单位”以不同于“专利权人”的含义。根据法律的文义解释原则，授予专利权的单位应指获得专利授权的初始权利人。根据法律的立法目的解释原则，职务发明的奖励、报酬的支付系发生于雇主与雇员之间的法律关系，而专利权的受让人以及被许可人等其他专利持有、实施主体与职务发明人一般不具有劳动关系从而不承担相应的义务。就本案而言，涉案专利权的初始权利人为航天工业总公司，该公司分立之后，涉案专利权利义务的继受人为航天科工集团，而航天信息公司为涉案专利权的受让人，并非初始权利人，不承担支付发明人奖励、报酬的义务，其不仅仅因其知晓航天科工集团及其前身航天工业总公司未向发明人支付奖励、报酬即承担相关义务。故航天信息公司的抗辩主张成立，一审法院应予支持。原告请求航天信息公司承担支付其发明人奖励、报酬的诉讼请求因缺乏事实和法律依据，一审法院不予支持。

二、航天科工集团是否应当承担支付发明人报酬的义务

“被授予专利权的单位”向职务发明人支付奖励和报酬，属于该单位的一项法定义务。原告等人在本案中主张发明人报酬，应当适用实施涉案专利的期间施行的《专利法》及《专利法实施细则》。涉案专利权于 2001 年 7 月 4 日发生转让，2001 年 7 月 1 日起施行的《专利法》及《专利法实施细则》并未规定被授予专利权的单位转让专利权时所应当支付发明人报酬的计算方式，但可参照许可他人实施专利权收取使用费的计算方式予以确定。航天科工集团作为航天工业总公司对涉案专利的承继人，对航天工业总公司作为被授予专利权的单位所应履行的发明人报酬支付义务承担责任。原告魏庆福等发明人有权对于航天科工集团于 2001 年 7 月 4 日转让涉案专利权之前的实施行为以及 2001 年 7 月 4 日转让涉案专利所取得的收益主张发明人报酬，航天科工集团在本案中对此明确提出时效抗辩主张，对此须结合原告等人主张权利及航天科工集团自愿履行的有关事实进行判断。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五条规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。第一百三十七条规定，诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。

在案证据表明，航天工业总公司、航天科工集团，曾经计划以对涉案专利作出贡献的单位间接持有航天信息公司上市公司股份、并由有关单位对发明人个人进行奖励的形式支付发明人报酬。虽然涉案专利于 2001 年 7 月转让予航天信息公司，但是，2003 年 12 月 19 日，航天科工集团在《关于股权无偿划转的通知》中明确表示将该集团公司所有的部分航天新概念公司的股权无偿划转到有关单位，并由这些单位对有关人员实施奖励。由此可见，航天科工集团就其负有的涉案专利的发明人报酬义务，至迟于 2003 年底仍然有履行的意思表示。然而，上述计划未得到落实。2007 年 9 月，航天信息公司向航天科工集团提交请示，向航天科工集团请求解决历史上对防伪税控系统研发和推广有贡献人员奖励的问题，并对有关问题进行了研究，但航天科工集团对此始终未予答复。2009 年，航天新概念公司所持有的航天信息公司的股权被无偿划转至航天新概念公司八家股东名下，2011 年 2 月 16 日，航天新概念公司注销，这标志着航天科工集团 2003 年出台的支付发明人报酬的计划彻底终结。

虽然航天科工集团主张原告魏庆福等人知晓上述事实，却一直未向其主张权利或提起诉讼，因而已过诉讼时效，然而，基于以下理由，一审法院认定航天科工集团并不能仅仅以时效抗辩理由免除其支付义务。首先，涉案专利有效期至 2015 年 1 月，直至本案诉讼期间，其仍然作为有效专利存续，且其实施者航天信息公司基于此获得了良好的收益，根据 2001 年起施行的《专利法实施细则》第七十五条、第七十六条的规定，被授予专利权的单位在专利权有效期限内应负有支付报酬的义务。其次，现无证据表明航天科工集团曾经或者已经以明确的意思表示拒绝履行其所应当承担的支付发明人报酬的义务，并无证据表明原告魏庆福等人知道或者应当知道自身权益受到侵害。相反，航天科工集团在历史上曾经积极尝试通过间接持股等方式对作出贡献的发明人进行奖励或者支付报酬，这些行为本身足以使发明人形成航

天科工集团将积极支付发明人报酬的信赖。最后，职务发明的发明人与被授予专利权的单位之间通常存在劳动关系，这一具有依附性质的法律关系导致了发明人在劳动关系存续期间向单位主张权利的过程中存在顾虑，因此，在时效认定方面也应当充分考虑发明人奖励、报酬纠纷本身的特殊性，否则，《专利法》、《专利法实施细则》所欲实现的奖励发明人、提高职务发明人的积极性、鼓励发明创造、促进科学进步和创新、促进国家和社会发展的立法目的极易落空，最终将损害我国的公共利益。综上，被告航天科工集团的时效抗辩主张不能成立，一审法院不予支持。

关于被告航天科工集团所应支付的发明人报酬的数额问题，原告魏庆福等人依照被告航天信息公司的营业利润按照一定的比例进行计算，如前所述，航天信息公司并非被授予专利权的单位，故该主张因缺乏法律依据，一审法院不予支持。参照 2001 年起施行的《专利法实施细则》第七十六条的规定，被告航天科工集团应当从转让涉案专利权收取的转让费中提取不低于 10% 作为报酬。考虑到涉案专利权在实施过程中所取得的巨大经济效益，一审法院在 10% 以上酌情合理确定提取比例，并按照原告魏庆福等人在涉案专利发明人中的人数比例计算原告等人最终可获得的发明人报酬数额。

此外，关于本案的诉讼费用，一审法院将依照公平原则在原、被告之间进行分配。

2014 年 10 月 30 日，北京市第一中级人民法院作出(2013)一中民初字第 9621 号民事判决：一、于判决生效之日起十日内，被告中国航天科工集团向原告魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红支付发明人报酬共计一百五十六万五千八百一十八元；

二、驳回原告魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的其他诉讼请求。被告中国航天科工集团如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 166,869 元，由原告魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红共同负担 83,434.5 元（已交纳），由被告中国航天科工集团负担 83,434.5 元（于判决生效之日起十日内交纳）。

魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红、航天科工集团不服一审法院上述民事判决，向本院提起上诉。

魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红请求撤销原审判决第二项，改判航天信息公司支付其自 2011 年 7 月 3 日至 2013 年 7 月 2 日期间职务技术成果完成人报酬 25,013,747 元，由航天科工集团承担连带责任。魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的主要上诉理由为：原审判决适用法律错误，航天信息公司作为涉案专利的实施者，依法负有给付发明人报酬的义务；依据航天信息公司于上海证券交易所官网披露的 2011—2013 年度审计报告公开的资料，将涉案专利净利润乘以 3% 的报酬比例，即航天信息公司应支付的职务技术成果完成人报酬 25,013,747 元，因此魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张的航天信息公司应支付的职务技术成果完成人报酬是有依据的；涉案专利的流转是资本运作而不是通常意义的专利转让，航天科工集团至今持有以涉案专利为对价的航天信息公司股份，因此原审法院以专利权转让为由，按照 10 年前的转让价款比例确定报酬数额，属于认定事实错误；魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红至今未获得合理报酬，直接过错责任人为航天科工集团，故其应当与航天信息公司承担连带责任；原审判决对涉案事实和有关证据的认定存在部分错误。

航天科工集团请求撤销原审判决并改判驳回魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的诉讼请求。航天科工集团的主要上诉理由为：魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红在原审诉讼中请求法院判决航天信息公司承担支付职务技术成果完成人报酬，航天科工集团承担连带责任，但原审法院判决驳回魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红对航天信息公司的诉讼请求，却直接判决航天科工集团支付职务技术成果完成人报酬，超越了魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的原审诉讼请求，违反民事诉讼法的基本原则；魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红要求支付职务技术成果完成人报酬的诉讼请求已经超过了诉讼时效，依法不应被支持；原审法院依据《专利法实施细则》

第七十六条规定判决航天科工集团支付专利转让费的比例作为职务发明报酬,属于适用法律错误。

航天信息公司服从原审判决。

本院二审认为:虽然涉案专利的申请日和授权日均在 1993 年《专利法》实施期间,本案系魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张职务技术成果完成人报酬的民事纠纷,应当适用实施涉案专利的期间施行的《专利法》及相应的《专利法实施细则》等法律规定。

1985 年 4 月 1 日起实施的《专利法》第十六条规定:“专利权的所有单位或者持有单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励;发明创造专利实施后,根据其推广应用的范围和取得的经济效益,对发明人或者设计人给予奖励。”1993 年 1 月 1 日起实施的《专利法》第十六条与上述规定完全一致。2001 年 7 月 1 日起实施的《专利法》第十六条规定:“被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励;发明创造专利实施后,根据其推广应用的范围和取得的经济效益,对发明人或者设计人给予合理的报酬。”2009 年 10 月 1 日起实施的《专利法》第十六条规定与 2001 年 7 月 1 日起实施的《专利法》第十六条规定完全一致。由此可见,2001 年《专利法》将支付发明人奖励、报酬的主体由“专利权的所有单位或者持有单位”修改为“被授予专利权的单位”,并为现行《专利法》所延续,且无论是 2001 年《专利法》还是现行专利法,均仅在涉及发明人奖励、报酬的条款中使用了“被授予专利权的单位”,而在其他涉及专利权的授权、转让、许可、保护等部分则采用“专利权人”,这种区别表明《专利法》赋予“被授予专利权的单位”不同于“专利权人”的含义。“被授予专利权的单位”应指获得专利授权的初始权利人,通常不应包括专利权的受让人。职务发明的奖励、报酬的支付系发生于雇主与雇员之间的法律关系,且通常以雇主和雇员之间存在雇用或劳动关系为基础。专利权的受让人以及被许可人等其他专利持有、实施主体与职务发明人如果不具有这种雇用或者劳动关系,则其一般不承担支付职务发明的奖励、报酬的相应义务。本案中,涉案专利权的初始权利人为航天工业总公司,该公司分立之后,涉案专利权利义务的继受人为航天科工集团,后涉案专利又依法转让给航天信息公司,并履行了相应的专利权转让手续。因此,魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张涉案专利的流转是资本运作而不是通常意义的专利转让的上诉主张于法无据,航天信息公司也由此成为涉案专利权的受让人而不是“被授予专利权的单位”,故作为涉案专利“被授予专利权的单位”的是航天工业总公司而非航天信息公司。尽管航天信息公司受让涉案专利后成为其实际实施者,但鉴于其不是法律规定的“被授予专利权的单位”,故原审法院认定航天信息公司不负有支付涉案专利职务发明奖励、报酬是恰当的,魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红有关航天信息公司依法负有给付发明人报酬义务并应支付职务技术成果完成人报酬 25,013,747 元的上诉主张缺乏实施和法律依据,本院不予支持。此外,魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红在原审诉讼中请求法院判决航天信息公司承担支付职务技术成果完成人报酬,航天科工集团承担连带责任,如果该诉讼请求成立,则无论是航天信息公司还是航天科工集团均可能单独承担支付支付职务发明奖励、报酬的义务。这就是说魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的原审诉讼请求实际上也包括了由航天信息公司或航天科工集团单独支付支付职务发明奖励、报酬的内容。同时,基于对本案应当支付职务发明奖励、报酬的是作为涉案专利“被授予专利权的单位”的航天工业总公司而非作为涉案专利实施者的航天信息公司的认定,原审法院在查清上述事实的基础上判决驳回魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红对航天信息公司的诉讼请求,并判决航天科工集团支付职务技术成果完成人报酬,并未超越原审诉讼请求,故航天工业总公司有关原审判决超越原审诉讼请求并违反民事诉讼法基本原则的上诉理由不能成立,本院不予支持。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五条规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外。”第一百三十七条规定:“诉讼时效期间从知道或者

应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”本案中，涉案专利目前为正在实施的有效专利，其有效期至 2015 年 1 月，且其实施者航天信息公司基于此获得了良好的收益，故涉案专利的“被授予专利权的单位”在专利权有效期限内应负有支付报酬的义务。航天科工集团在历史上曾经积极尝试通过间接持股等方式对作出贡献的发明人进行奖励或者支付报酬，这些行为本身足以使发明人形成航天科工集团将积极支付发明人报酬的信赖，而现有证据不能证明航天科工集团曾经或者已经以明确的意思表示拒绝履行其所应当承担的支付发明人报酬的义务，也没有证据表明魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红知道或者应当知道自身权益受到侵害。因此，原审法院在充分考虑《专利法》的立法目的及本案作为发明人奖励、报酬纠纷的特殊性的基础上，认定魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红的原审诉讼请求未超过诉讼时效是恰当的，航天科工集团有关魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红要求支付职务技术成果完成人报酬的诉讼请求已经超过诉讼时效的上诉理由依据不足，本院不予支持。

虽然《专利法》第十六条规定被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励及合理的报酬，但并未明确规定如何计算被授予专利权的单位应当支付的奖励及报酬。2003 年 2 月 1 日起施行的《专利法实施细则》第七十五条规定：“被授予专利权的国有企事业单位在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利所得利润纳税后提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利所得利润纳税后提取不低于 0.2%，作为报酬支付发明人或者设计人；或者参照上述比例，发给发明人或者设计人一次性报酬。”第七十六条规定：“被授予专利权的国有企业事业单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从许可实施该项专利收取的使用费纳税后提取不低于 10% 作为报酬支付发明人或者设计人。”2010 年 2 月 1 日起施行的《专利法实施细则》第七十六条规定：“被授予专利权的单位可以与发明人、设计人约定或者在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的奖励、报酬的方式和数额。企业、事业单位给予发明人或者设计人的奖励、报酬，按照国家有关财务、会计制度的规定进行处理。”第七十八条规定：“被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的报酬的方式和数额的，在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于 0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬；被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中提取不低于 10%，作为报酬给予发明人或者设计人。”由此可见，无论是根据 2003 年《专利法实施细则》还是 2010 年《专利法实施细则》的上述规定，原审法院参照许可他人实施专利权收取的使用费确定航天工业总公司应支付的发明人报酬的计算方式均具有法律依据。航天科工集团作为航天工业总公司对涉案专利的承继人，对航天工业总公司作为被授予专利权的单位所应履行的发明人报酬支付义务承担责任。虽然魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张依照航天信息公司的营业利润按照一定的比例进行计算发明人报酬，但鉴于航天信息公司并非涉案专利的“被授予专利权的单位”，故该主张因缺乏法律依据不能成立。在此基础上，原审法院参照《专利法实施细则》的上述规定，考虑到涉案专利权在实施过程中所取得的巨大经济效益，从航天科工集团转让涉案专利权收取的转让费中提取 10% 以上的金额作为发明人报酬，并按魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红在涉案专利发明人中的人数比例计算其最终可获得的发明人报酬数额是恰当的。魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红有关原审法院确定的发明人报酬数额不当及航天科工集团应与航天信息公司承担连带责任等上诉理由，以及航天科工集团有关原审法院判决航天科工集团支付专利转让费的比例作为职务发明报酬属于适用法律错误的上诉理由缺乏事实和法律依据，本院均不予支持。此外，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红主张原审判决对涉案事实和有关证据的认定存在部分错误，经查原审

法院查明主要事实清楚，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红该上诉主张不能成立，本院不予支持。

综上，魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红与航天科工集团的上诉主张均缺乏事实和法律依据，其上诉请求本院均不予支持。原审判决认定主要事实基本清楚，适用法律正确，判决结果恰当，依法应予维持。

2015年4月15日，本院作出（2015）高民（知）终字第890号判决：驳回上诉，维持原判。一审案件受理费166,869元，由魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红共同负担83,434.5元（已交纳），由航天科工集团负担83,434.5元（于判决生效之日起十日内交纳）；二审案件受理费166,869元，由魏庆福、陈志恒、蒋浩、郭永红共同负担83,434.5元（已交纳），由航天科工集团负担83,434.5元（已交纳）。

本院再审查明原审查明“2000年，航天机电集团按照1996年北京航天金穗公司第四次董事会决议的设想，将专利权转让价款3000万元作为出资，注册成立了航天新概念公司（即航天信息公司首次公开发行时的股东之一），并由8家下属单位按照其对金税工程项目贡献的大小持有航天新概念公司的股份”一节，缺乏证据支持。再审查明情况为：1998年，航天金卡有限公司成立，注册资本3000万元，股东为航天工业总公司、航空航天工业部第一研究院、中国长城工业广州公司、上海航天工业总公司、航空航天工业部七〇四研究所、航空航天工业部第四总体设计部、哈尔滨工业大学。2000年3月，航天金卡有限公司变更名称为航天新概念公司，股东变更为航天机电集团、航天机电集团第二研究院第四总体设计部。此外，再审查明的其他事实与原审查明的事实一致。

本院再审认为：本案是魏庆福等四人作为发明人，认为其职务发明获得专利授权并取得经济效益，提起要求支付相应报酬的诉讼。按照最高人民法院《民事案件案由规定》（2011年修订）的规定，本案系职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷，而原审判决按照当事人起诉状所述确定本案为职务技术成果完成人奖励、报酬纠纷，不是司法领域的规范案由，故本次再审明确本案系职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷。鉴于此，本案应当适用实施涉案专利期间施行的《专利法》及相应的《专利法实施细则》等法律规定。

本案的焦点为魏庆福等四位发明人应当向谁主张报酬、应当按照什么依据主张报酬。

1993年1月1日起施行的《专利法》第十六条规定，专利权的所有单位或者持有单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予奖励。1993年1月1日起施行的《专利法实施细则》第七十条规定，《专利法》第十六条所称奖励，包括发给发明人或者设计人的奖金和报酬。该细则第七十二条规定，专利权的持有单位在专利权的有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施发明或者实用新型所得利润纳税后提取0.5%-2%，作为报酬支付发明人或者设计人；或者参照上述比例，发给发明人或者设计人一次性报酬。该细则第七十三条规定，发明创造专利权的持有单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中纳税后提取5%-10%作为报酬支付发明人或者设计人。

2001年7月1日起施行的《专利法》第十六条规定，被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予合理的报酬。2001年7月1日起施行的《专利法实施细则》第七十五条规定，被授予专利权的国有企业事业单位在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利所得利润纳税后提取不低于2%，作为报酬支付发明人或者设计人；或者参照上述比例，发给发明人或者设计人一次性报酬。该细则第七十六条规定，被授予专利权的国有企业事业单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从许可实施该项专利收取的使用费纳税后提取不低于10%作为报酬支付发明人

或者设计人。2009 年 10 月 1 日起施行的《专利法》及《专利法实施细则》与 2001 年 7 月 1 日起施行的《专利法》及《专利法实施细则》对支付报酬主体及标准的规定是相同的。

由此可见，立法本意是建立雇员完成职务发明，单位取得专利权并实施发明创造专利后，由单位对职务发明人支付报酬的机制。因此，后续修订的《专利法》及《专利法实施细则》均明确表述支付报酬的主体为“被授予专利权的单位”。在此需要注意的是，支付报酬的前提是被授予专利权的单位实施发明创造专利。

本案中，虽然航天工业总公司从下属各单位抽调人员组织研发涉案专利技术，但并无航天工业总公司与下属各单位约定共同申请专利或者共同持有专利权的情形。根据查明的事实可知，航天工业总公司是“被授予专利权的单位”，是唯一的专利权人。魏庆福等四人作为航天工业总公司下属单位的雇员，为完成涉案发明抽调参与了研发工作。故航天工业总公司作为涉案专利权的初始权利人，在法律上负有在实施涉案专利后向发明人支付报酬的义务。后航天工业总公司分立，航天科工集团在继受涉案专利的同时，也继受了在法律上负有在实施涉案专利后向发明人支付报酬的义务。故原审法院确定航天科工集团系向魏庆福等四人支付报酬的义务主体是正确的。

涉案专利目前的专利权人是航天信息公司，而航天信息公司是基于股东航天金穗公司以专利权出资的方式取得涉案专利权。航天金穗公司则是通过支付 2135 万元专利转让费的方式，从航天科工集团受让取得涉案专利权。航天科工集团与航天金穗公司是关联公司，但法律并无关联公司不得进行专利权转让的规定，而且专利权转让是按财政部批复的评估结果进行的公平有偿转让，收取了 2135 万元专利权转让费，故涉案专利权转让系合法有效。之后，航天金穗公司的投资入股行为符合法律规定。航天信息公司作为新的专利权人，作为独立的法人，依据自身资源开展经营，实施涉案专利权的行为，与魏庆福等职务发明人无关。航天科工集团、航天金穗公司、航天信息公司均为各自独立的法人，航天科工集团向航天金穗公司转让专利权的行为，不属于魏庆福等四人所称“将自己的专利权转让给自己”的情形，也不属于《促进科技成果转化法》（1996 年）第九条第五项的情形。魏庆福等四人关于资本运作的说法，不能产生航天科工集团、航天金穗公司、航天信息公司法人人格混同的结论。

关于魏庆福等四人所提北京航天金穗公司的董事会决议，存在诸多问题：北京航天金穗公司系全民所有制企业，其董事会决议的性质、效力尚未定性；前述董事会决议处理的并非北京航天金穗公司的资产，而是航天科工集团的利益，对此北京航天金穗公司是否有权决定。另，航天科工集团《关于股权无偿划转的通知》，相关内容是“建议相关单位按照国家有关规定对本单位为防伪税控系统的研发和转化做出贡献的技术和管理人员实施奖励。”由此不能得出航天科工集团承诺了具体支付报酬的方案。航天信息公司《关于解决历史上对防伪税控系统研发和推广有贡献人员奖励问题的请示》，则是督促和建议航天科工集团及相关单位对防伪税控系统研发和推广有贡献人员给予个人股或奖励。但根据该请示不能得出航天信息公司为向发明人支付报酬的义务主体。综上，航天信息公司并非法律规定的向发明人支付报酬的义务主体，魏庆福等四人主张航天信息公司履行给付义务缺乏法律依据，故原审法院驳回魏庆福等四人针对航天信息公司的诉讼请求的处理意见是正确的。

如前所述，现已明确向魏庆福等四人支付发明人报酬的义务主体是航天科工集团，接下来需要判断航天科工集团支付报酬的条件是否成就，如已成就应当支付多少报酬。依照实施涉案专利期间施行的《专利法》及相应的《专利法实施细则》的规定，支付报酬的前提是被授予专利权的单位实施发明创造专利。本案中航天科工集团不存在法定实施发明创造专利的行为，而是转让涉案专利权。鉴于航天科工集团通过转让涉案专利权，获得 2135 万元专利转让费，原审法院参照许可他人实施专利收取的使用费的规定，酌定航天科工集团按照 2135 万元专利转让费为基数，提取 20% 的金额作为发明人报酬，并按照魏庆福等四人在涉案专利

全部发明人中的人数比例计算其最终可获得的发明人报酬是妥当的，充分保护了职务发明人的利益。

综上所述，魏庆福等四人的再审请求不能得到支持，原审判决认定的主要事实清楚，适用法律正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条、第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

维持本院（2015）高民（知）终字第 890 号民事判决。

本判决为终审判决。

审判长 张然

审判员 任颂

审判员 张学梅

二〇一六年十一月八日

书记员 李琳琳

吴康森与丁灿阳与公司有关的纠纷一案一审民事判决书

晋江市人民法院

民事判决书

(2017)闽 0582 民初 294 号

原告：吴康森，男，1970 年 6 月 3 日出生，汉族，住福建省泉州市鲤城区，

委托诉讼代理人：吴景洪，北京大成（厦门）律师事务所律师。

被告：丁灿阳，男，1969 年 11 月 29 日出生，回族，住福建省晋江市，

原告吴康森与被告丁灿阳与公司有关的纠纷一案，本院于 2017 年 1 月 11 日立案后，依法适用简易程序，于 2017 年 3 月 29 日公开开庭进行了审理。原告吴康森的委托诉讼代理人吴景洪到庭参加诉讼，被告丁灿阳经本院传唤未到庭。本案现已审理终结。

吴康森向本院提出诉讼请求：1. 解除吴康森与丁灿阳之间的委托持股关系，丁灿阳将吴康森委托其代持的 50 万股福建诺奇股份有限公司股权归还给吴康森；2. 丁灿阳协助办理其名下所持有的福建诺奇股份有限公司 250 万股股份变更登记给吴康森。

事实和理由：2013 年 7 月 15 日，吴康森与丁灿阳签订了《股权转让暨委托持股协议书》，约定吴康森受让丁灿阳持有的福建诺奇股份有限公司 50 万股的股权并委托丁灿阳持有，吴康森支付股权转让款 425 万元。根据“诺奇股份”招股章程及工商登记，当时总股本 9000 万元，股份折股价人民币 1 元。2014 年 1 月 9 日，诺奇股份实现香港上市，上市后总股份数为 610794000 股，股票票面值（折股价）0.2 元，即香港上市前 1 股对应上市后 5 股。吴康森委托丁灿阳代持的股份变更为 250 万股内资股（诺奇股份上市后股份分为内资股和 H 股，但两种股份票面面值相同并同股同权）。后丁灿阳向吴康森出具确认函确认吴康森支付股权转让款及委托其持股的事实，并确认“除非按吴康森指示或按法律规定、协议约定处分代持股份外，丁灿阳对其名下诺奇公司股份的任何处分行为均为对丁灿阳本人股份的处分，丁灿阳本人名下剩余的诺奇股份优先被认定为替吴康森代持有股份，吴康森有权依合同约定要求丁灿阳处分标的股份或要求归还代持的标的股份”。吴康森多次要求丁灿阳归还代持股份，但均遭拒，故提起本案诉讼。

丁灿阳未作答辩。

审理中，吴康森提供如下证据：

1. 股权转让暨委托持股协议书及确认函各 1 份，证明原告受让被告 50 万股诺奇股份并委托被告代持；
2. 银行转账记账凭证 5 份，证明原告支付股权转让款 425 万元；
3. 福建诺奇股份有限公司招股说明书 1 份，证明原告委托被告代持 250 万股诺奇股份内资股；
4. 福建诺奇股份有限公司重整计划草案 1 份，证明诺奇股份于 2014 年 1 月 9 日在香港上市，上市后总股份数为 610794000 股，股票票面值（折股价）为人民币 0.2 元，即香港上市前 1 股对应香港上市后 5 股，原告委托被告代持的 50 万股股权变更为 250 万股内资股。
5. (2015)泉破字第 1-22 号民事裁定书 1 份，证明诺奇股份重整计划已经泉州市中级人民法院裁定通过。

本院认为，丁灿阳未到庭参加诉讼，也未提交证据，视为其自愿放弃相应的答辩、举证、质证等诉讼权利。吴康森提供的上述证据来源合法、内容真实，与本案相关联，具有证明力。本院经审理认定主要事实如下：

2012 年 3 月 25 日，诺奇股份注册资本由 7500 万元增至 9000 万元，总股份数为 9000 万股，每股 1 元。2013 年 4 月 15 日，被告持股占 18.32%，即 1648.8 万股。2014 年 1 月 9 日，诺奇股份在香港联交所主板上市，首次公开发行境外上市外资股（H 股），每股股票面值为

0.2 元。该次 H 股发行后，诺奇股份的股份总数变更为 610794000 股，总股本金额变更为 122158800 元。其中，公开发行的流通股股票数量为 160794000 股，占公司股份总数的 26.33%（含配发及超额配发股份）即 H 股（可上市交易）；非境外上市股份共 4.5 亿股，占公司股份总数的 73.67%即内资股（不可上市交易）。股票票面值均为每股 0.2 元，即香港上市前 1 股对应香港上市后 5 股。

原、被告于 2013 年 7 月 15 日签订《股权转让暨委托持股协议书》1 份，约定 1. 因诺奇股份拟向香港联交所申请上市，被告将其持有的该公司股份以每股 8.5 元价格转让 50 万股给原告并委托被告持有，转让款 425 万元；2. 公司在香港成功发行 H 股且在法定的锁定期后，被告承诺将根据原告的要求代为出售全部或部分股权或为其办理相应的股权变更手续。

原告于 2013 年 5 月 10 日、7 月 20 日、7 月 22 日、7 月 26 日和 7 月 29 日分五次共支付给被告 425 万元转让款。原告委托被告代持的股份由上市前的 50 万股变更为上市后的 250 万内资股。

2016 年 12 月 5 日，原、被告共同确认，除非按原告指示或按法律规定、协议约定处分代持股份外，被告对其名下诺奇股份的任何处分行为均为对被告本人股份的处分，被告本人名下剩余的诺奇股份的股份优先被认定为替原告代持，原告有权依合同约定要求被告处分或归还其代持的股份。

本院认为，原、被告之间的委托持股合同，未违反法律的禁止性规定，认定合法、有效。被告未依约返还原告股份，应承担违约责任。被告经本院合法传唤，无正当理由未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理和判决。依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条、第四百一十条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第二十五条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

一、解除原告吴康森与被告丁灿阳签订的委托持股合同；

二、被告丁灿阳返还原告吴康森福建诺奇股份有限公司 250 万股非境外上市股份（内资股），并于判决生效之日起 30 日内协助办理股份变更登记。

本案受理费 22800 元，因适用简易程序，减半收取计 11400 元，由原告吴康森负担 1400 元，被告丁灿阳负担 10000 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省泉州市中级人民法院。

审判员 戴晓燕

二〇一七年五月十七日

书记员 黄鹤鹤

吴信平与福建金欣华创业投资有限公司合同纠纷一审民事判决书

龙岩市永定区人民法院
民事判决书

(2018)闽 0803 民初 723 号

原告吴信平，男，1962 年 10 月 24 日生，住福建省龙岩市新罗区。

被告福建金欣华创业投资有限公司，住所地福建省龙岩市永定区，统一社会信用代码 91350822574730803H。

法定代表人吴华桂，董事长。

第三人傅华达，男，1973 年 7 月 6 日生，住福建省龙岩市新罗区。

第三人吴华桂，男，1963 年 4 月 14 日生，住福建省龙岩市新罗区。

原告吴信平与被告福建金欣华创业投资有限公司、第三人傅华达、吴华桂合同纠纷一案，本院于 2018 年 4 月 10 日立案受理后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告吴信平到庭参加诉讼，经本院合法传票传唤，被告福建金欣华创业投资有限公司、第三人傅华达、吴华桂未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

吴信平诉称，2011 年 5 月 25 日吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，傅华达是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，傅华达占该公司全部出资的 20%，傅华达为吴信平合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中傅华达出资额中 5 万元为吴信平合作投资款，吴信平全部委托给傅华达管理，以傅华达名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对吴信平委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2011 年 5 月 25 日至 2014 年 5 月 24 日止，投资期满后，吴信平委托投资项目若无 IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则吴信平有权退出，在吴信平提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12%的年收入（按实际投资时间计算）。2015 年 3 月 18 日吴信平作为投资人，傅华达作为吴信平的委托代理人与福建金欣华创业投资有限公司签订《股权投资补充协议》，三方约定：由吴信平委托傅华达向福建金欣华创业投资有限公司投资 5 万元（2011 年 5 月 25 日《股权投资协议书》中的投资款续投，2014 年 5 月 24 日前的利息先支付），退出期有两种选择：其一，在 2015 年 12 月份之前若没有在新三板挂牌，可选择一次性退还本息（按 12%年利率结付）；其二，在 2016 年 12 月份之前，若未能在中小板上市，可一次性将本息退出（按 12%年利率结付）。2015 年 3 月 29 日吴信平转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 55,000 元后，2014 年 5 月 25 日吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂补签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，吴华桂占该公司全部出资的 20%，吴华桂为吴信平合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中吴华桂出资额中 5 万元为吴信平合作投资款，吴信平全部委托给吴华桂管理，以吴华桂名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对吴信平委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日止，投资期满后，吴信平委托投资项目若无 IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则吴信平有权退出，在吴信平提出退出 10 天内，福建金欣华

创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收益（按实际投资时间计算）。2018 年 3 月 15 日吴信平出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018 年 3 月 16 日吴信平通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收），吴信平向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 105,000 元、支付收益。请求判令：1、福建金欣华创业投资有限公司返还吴信平投资款 105,000 元和支付从 2015 年 3 月 29 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 22,050 元（以 105,000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的收益）；2、福建金欣华创业投资有限公司赔偿吴信平因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止，以 105,000 元投资本金为基数，按年利率 12% 计算的损失。

福建金欣华创业投资有限公司未作答辩。

傅华达、吴华桂均未作出陈述意见。

焦点问题：1、吴信平是否付给福建金欣华创业投资有限公司投资款的焦点问题；2、吴信平投资款收益的焦点问题；3、吴信平投资风险的焦点问题；4、吴信平退出投资条件的焦点问题。

吴信平对其主张提供以下证据：

1、《身份证》、《社会信用代码信息核查》，以此证明，吴信平、福建金欣华创业投资有限公司的主体身份。

2、《股权投资协议书》、《股权投资补充协议书》、《转账凭证》，以此证明，2011 年 5 月 25 日吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，傅华达是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，傅华达占该公司全部出资的 20%，傅华达为吴信平合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中傅华达出资额中 5 万元为吴信平合作投资款，吴信平全部委托给傅华达管理，以傅华达名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对吴信平委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2011 年 5 月 25 日至 2014 年 5 月 24 日止，投资期满后，吴信平委托投资项目若无 IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则吴信平有权退出，在吴信平提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收益（按实际投资时间计算）。2015 年 3 月 18 日吴信平作为投资人，傅华达作为吴信平的委托代理人与福建金欣华创业投资有限公司签订《股权投资补充协议书》，三方约定：由吴信平委托傅华达向福建金欣华创业投资有限公司投资 5 万元（2011 年 5 月 25 日《股权投资协议书》中的投资款续投，2014 年 5 月 24 日前的利息先支付），退出期有两种选择：其一，在 2015 年 12 月份之前若没有在新三板挂牌，可选择一次性退还本息（按 12% 年利率结付）；其二，在 2016 年 12 月份之前，若未能在中小板上市，可一次性将本息退出（按 12% 年利率结付）。2015 年 3 月 29 日吴信平转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 55,000 元后，2014 年 5 月 25 日吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂补签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，吴华桂占该公司全部出资的 20%，吴华桂为吴信平合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中吴华桂出资额中 5 万元为吴信平合作投资款，吴信平全部委托给吴华桂管理，以吴华桂名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对吴信平委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日止，投资期满后，吴

信平委托投资项目若无 IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则吴信平有权退出，在吴信平提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收益（按实际投资时间计算）。2018 年 3 月 15 日吴信平出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018 年 3 月 16 日吴信平通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收），吴信平向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 105,000 元、支付收益。

3、《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》、《快递单》，以此证明，2018 年 3 月 15 日吴信平出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》，2018 年 3 月 16 日吴信平通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》（2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收），吴信平向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资，并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 105,000 元、支付收益。

福建金欣华创业投资有限公司未提供证据。

傅华达、吴华桂均未提供证据。

对证据的分析与认定：本院认为，本院已依法将证据复印件向福建金欣华创业投资有限公司、傅华达、吴华桂送达，福建金欣华创业投资有限公司、傅华达、吴华桂未提供书面质证意见及反驳证据，视为其自愿放弃自己的诉讼权利。吴信平提供的证据，形式和来源合法，内容真实，与本案待证事实具有关联性，本院予以确认，并作为本案的定案依据。

根据认定的证据，及吴信平在法庭上的陈述，本院对本案的事实作如下认定：

2011 年 5 月 25 日吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，傅华达是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，傅华达占该公司全部出资的 20%，傅华达为吴信平合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中傅华达出资额中 5 万元为吴信平合作投资款，吴信平全部委托给傅华达管理，以傅华达名义持有并代为行使相应的投资权利，福建金欣华创业投资有限公司对吴信平委托傅华达代持的股份权益安全作连带保证，委托期限自 2011 年 5 月 25 日至 2014 年 5 月 24 日止，投资期满后，吴信平委托投资项目若无 IPO（指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行），则吴信平有权退出，在吴信平提出退出 10 天内，福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12% 的年收益（按实际投资时间计算）。2015 年 3 月 18 日吴信平作为投资人，傅华达作为吴信平的委托代理人与福建金欣华创业投资有限公司签订《股权投资补充协议书》，三方约定：由吴信平委托傅华达向福建金欣华创业投资有限公司投资 5 万元（2011 年 5 月 25 日《股权投资协议书》中的投资款续投，2014 年 5 月 24 日前的利息先支付），退出期有两种选择：其一，在 2015 年 12 月份之前若没有在新三板挂牌，可选择一次性退还本息（按 12% 年利率结付）；其二，在 2016 年 12 月份之前，若未能在中小板上市，可一次性将本息退出（按 12% 年利率结付）。2015 年 3 月 29 日吴信平转账给福建金欣华创业投资有限公司的财务人员江晓霞投资款 55,000 元后，2014 年 5 月 25 日吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、吴华桂补签订《股权投资协议书》，三方约定：福建金欣华创业投资有限公司系一家创业投资有限责任公司，经营范围为投资及经营管理，吴华桂是福建金欣华创业投资有限公司的发起人股东之一，吴华桂占该公司全部出资的 20%，吴华桂为吴信平合伙投资代管人，在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中，拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元，其中吴华桂出资额中 5 万元为吴信平合作投资款，吴信平全部委托给吴华桂管理，以吴

华桂名义持有并代为行使相应的投资权利,福建金欣华创业投资有限公司对吴信平委托吴华桂代持的股份权益安全作连带保证,委托期限自 2014 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日止,投资期满后,吴信平委托投资项目若无 IPO(指一家股份有限公司第一次将它的股份向公众出售即首次公开发行),则吴信平有权退出,在吴信平提出退出 10 天内,福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12%的年收入(按实际投资时间计算)。2018 年 3 月 15 日吴信平出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》,2018 年 3 月 16 日吴信平通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》(2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收),吴信平向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资,并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 105,000 元、支付收益。

本院认为,吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达、吴华桂分别签订《股权投资协议书》、《股权投资补充协议书》,是当事人真实意思表示,自签字或者盖章时合同成立并生效,当事人均应当履行协议。吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达、吴华桂约定:傅华达、吴华桂均为吴信平合伙投资代管人,在福建金欣华创业投资有限公司的投资项目中,拟向福建德泓光电股份有限公司投资 5 千万元,其中傅华达、吴华桂出资额中 105,000 元为吴信平合作投资款,福建金欣华创业投资有限公司对吴信平委托傅华达、吴华桂代持的股份权益安全作连带保证,委托期限(包括续投期限)自 2011 年 5 月 25 日至 2016 年 12 月 31 日,投资期满后,吴信平委托投资项目若无 IPO(首次公开发行)或未能在中小板上市,则吴信平有权退出,在吴信平提出退出 10 天内,福建金欣华创业投资有限公司无条件退还投资本金并一次性支付 12%的年收入(按实际投资时间计算)。2018 年 3 月 15 日吴信平出具《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》,2018 年 3 月 16 日吴信平通过顺丰速运向福建金欣华创业投资有限公司发出《关于退出福建德泓光电股份有限公司投资的函》(2018 年 3 月 17 日福建金欣华创业投资有限公司签收),吴信平向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资,并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 105,000 元、支付收益。吴信平主张投资期限内,福建德泓光电股份有限公司未上市,福建金欣华创业投资有限公司未提供反驳的证据,吴信平的该主张,本院予以采纳。因为,福建金欣华创业投资有限公司拟投资的福建德泓光电股份有限公司未上市,所以,吴信平向福建金欣华创业投资有限公司提出要求退出投资,并要求福建金欣华创业投资有限公司返还投资款 105,000 元、支付收益,符合吴信平、福建金欣华创业投资有限公司、傅华达、吴华桂之间的约定。综上所述,福建金欣华创业投资有限公司应返还吴信平投资款 105,000 元和支付从 2015 年 3 月 29 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 22,050 元(以 105,000 元投资本金为基数,按年利率 12%计算的收益);福建金欣华创业投资有限公司赔偿吴信平因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止,以 105,000 元投资本金为基数,按年利率 12%计算的损失。福建金欣华创业投资有限公司经本院传票传唤,无正当理由,拒不到庭参加诉讼,也未提出答辩,视为自动放弃诉讼权利,本院依法进行缺席审理和判决。傅华达、吴华桂经本院传票传唤,无正当理由,拒不到庭参加诉讼,也未提出陈述,视为自动放弃诉讼权利,不影响案件的审理。依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十条的规定,判决如下:

- 一、福建金欣华创业投资有限公司于本判决生效后七日内返还吴信平投资款 105,000 元和支付从 2015 年 3 月 29 日至 2016 年 12 月 31 日止收益 22,050 元(以 105,000 元投资本金为基数,按年利率 12%计算的收益)。
- 二、福建金欣华创业投资有限公司于本判决生效后七日内赔偿吴信平因逾期还款从 2017 年 1 月 1 日起至付清投资款日止,以 105,000 元投资本金为基数,按年利率 12%计算的损失。

如果福建金欣华创业投资有限公司未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 3,156 元，减半收取 1,578 元，由福建金欣华创业投资有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省龙岩市中级人民法院。

审判员 林啟文
二〇一八年五月十六日
书记员 肖璐

夏咏梅诉华栎（芜湖）一期股权投资基金（有限合伙）公司增资纠纷一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院

民事判决书

（2018）沪 01 民终 13187 号

上诉人（原审被告）：夏咏梅，女，1975 年 7 月 19 日生，汉族，住上海市浦东新区。

委托诉讼代理人：黄丽萍，上海百林律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：华栎（芜湖）一期股权投资基金（有限合伙），住所地安徽省芜湖市鸠江区。

执行事务合伙人：华栎（上海）投资管理有限公司（委派代表：吴佳）。

委托诉讼代理人：王肖倩，德恒上海律师事务所律师。

原审被告：丁义航，男，1987 年 9 月 15 日出生，汉族，住天津市河东区。

原审被告：吕华，男，1981 年 11 月 16 日出生，汉族，住上海市浦东新区。

上列两原审被告共同委托诉讼代理人：赵兵，上海百林律师事务所律师。

原审被告：麟时电子科技（上海）有限公司，住所地上海市金山区亭林镇金展路 2229 号 7 号楼 165 室。

法定代表人：夏咏梅，总经理。

上诉人夏咏梅因与被上诉人华栎（芜湖）一期股权投资基金（有限合伙）（以下简称华栎基金）、原审被告丁义航、吕华、麟时电子科技（上海）有限公司（以下简称麟时公司）公司增资纠纷一案，不服上海市浦东新区人民法院（2018）沪 0115 民初 4921 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2018 年 11 月 8 日立案后，依法组成合议庭对案件进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人夏咏梅上诉请求：撤销一审判决第四项，改判驳回华栎基金一审对夏咏梅的诉讼请求。

事实和理由：一、一审认定事实错误。丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司和 Z 公司（以下简称 Z 公司）未构成违约，并不存在《股权投资框架协议》约定的回购条件。1.《股权投资框架协议》中关于业绩承诺的部分未完成，不能当然推定为夏咏梅、丁义航、吕华、麟时公司及 Z 公司的严重违约行为和未能及时补救，回购条件不成就。业绩承诺完成与否及完成之程度并不能直接触发约定的回购。2. 夏咏梅、丁义航、吕华、麟时公司和 Z 公司满足了先决条件各条款，华栎基金以其投资行为进行了确认。3. “Z”知识产权未从长春市 XX 有限公司（以下简称 XX 公司）名下过户至 Z 公司不构成严重违约。XX 公司是 Z 公司的全资子公司，“Z”知识产权无论在 XX 公司名下还是在 Z 公司名下，均不影响华栎基金的权益。目前涉案知识产权变更手续已在进行中。4. 夏咏梅、丁义航、吕华、麟时公司及 Z 公司未严重违反信息权条款相关规定。自投资协议签订之日起至 2017 年 9 月，Z 公司均按约定通过邮件将 Z 公司的财务月报表、年度财务报表等提供给华栎基金。2017 年 10 月之后，因华栎基金指定联系人离职，华栎基金搬离指定收件地址，华栎基金未书面告知后续联系人和地址，Z 公司无法将财务报表及时提供给华栎基金。Z 公司自 2016 年 6 月 22 日成立，通过电话通知形式召集召开股东会及董事会，一审法院以未定期召开股东会、董事会等认定夏咏梅、丁义航、吕华、麟时公司和 Z 公司严重违约显然属于自相矛盾。二、夏咏梅不是 Z 公司或 XX 公司的股东，并不享有相应股东权利，一审法院判决夏咏梅承担连带责任显然对夏咏梅不公。1.《股权投资框架协议》约定，重组步骤完成后，夏咏梅和麟时公司将不再持有 XX 公司或 Z 公司的股权。2.《股权投资框架协议》签订后，夏咏梅及麟时公司按约退股，并完成工商变更手续，退股后，夏咏梅和麟时公司不再是 Z 公司或 XX 公司的股东，不再享有 Z 公司和 XX 公司

的股东权利义务。3. 夏咏梅未在《承诺函》上签字，也非承诺人，并未对《股权投资框架协议》《股权投资框架协议补充协议》及《承诺函》内容予以确认和承诺，故不应承担连带责任。4. 华栎基金根据《股权投资框架协议》签订后所发生的相关事宜要求夏咏梅履行回购义务显然有违公平原则。

被上诉人华栎基金辩称：一审判决正确，应当驳回夏咏梅的上诉请求。一、回购条件成就。Z 公司业绩承诺未达到约定，夏咏梅、丁义航、吕华、麟时公司未将 Z 公司财务报表给到华栎基金，没有按约转移“Z”知识产权等无形资产到 Z 公司名下。二、签订《股权投资框架协议》时夏咏梅作为 Z 公司当时的创始股东签字，不能以夏咏梅现在不是 Z 公司股东为由免除夏咏梅的责任。夏咏梅作为创始股东，应当按照约定承担连带回购责任。

原审被告丁义航、吕华辩称：一、同意夏咏梅的请求。二、原审判决回购条件成就存在错误，丁义航、吕华对 Z 公司的经营状况一直与华栎基金沟通，夏咏梅、丁义航、吕华和麟时公司未构成违约。三、因华栎基金自身原因，经营发生困难，华栎基金才起诉要求回购。

原审被告麟时公司辩称：同意夏咏梅的上诉意见。

华栎公司向一审法院起诉请求：1、判令丁义航向华栎基金支付回购款 2,000 万元（回购华栎基金持有的 Z 公司 1,936,872 元注册资本的股权）；2、判令丁义航向华栎基金支付逾期付款利息（以 1,000 万元为基数，自 2018 年 2 月 12 日起至 2018 年 4 月 13 日止，按每日万分之三计算；以 2,000 万元为基数，自 2018 年 4 月 14 日起至判决生效之日止，按每日万分之三计算）；3、判令丁义航支付律师费 5 万元、公证费 5,100 元；4、判令吕华、夏咏梅、麟时公司对丁义航在上述第 1-3 项诉请中的付款义务承担连带责任；5、诉讼费、保全费由丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司共同承担。审理中，华栎基金将诉讼请求变更为：1、判令丁义航向华栎基金支付回购款 2,000 万元（回购华栎基金持有的 Z 公司 1,936,872 元注册资本的股权）；2、判令丁义航向华栎基金支付逾期付款利息（以 2,000 万元为基数，自 2018 年 4 月 14 日起至判决生效之日止，按每日万分之三计算）；3、判令丁义航支付律师费 5 万元、公证费 5,100 元；4、判令吕华、夏咏梅、麟时公司对丁义航在上述第 1-3 项诉请中的付款义务承担连带责任；5、诉讼费、保全费由丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司共同承担。

一审法院认定事实：华栎基金、丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司及案外人 XX 公司、上海 A 中心（有限合伙）（以下简称 A 公司）、上海 B 中心（以下简称 B 公司）、孙某签署《股权投资框架协议》（具体签订日期不详），约定如下：丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司及孙某在本协议中合称为原股东，华栎基金、A 公司、B 公司在本协议中合称为投资方；本协议签署之日，XX 公司由各原股东完全拥有，注册资本为 1,000 万元，其中实缴资本为 595 万元；原股东应于交割前按其重新协商的股权比例以 1,500 万元的注册资本出资设立 Z 公司，并完成该等注册资本的全部实缴，在原股东实缴完成 XX 公司剩余 405 万元的注册资本后，原股东应促使 Z 公司以 1,000 万元的价格向各原股东收购 XX 公司的全部股权，前述步骤完成后，夏咏梅、麟时公司将不再持有 XX 公司或 Z 公司的股权；原股东及 XX 公司特此同意并承诺，于 Z 公司收购 XX 公司的交易完成后将集团总部与整体运营相关的固定资产及无形资产（包括集团的运营系统）转移到 Z 公司，交割后集团的所有业务关系（包括所有采购、销售和其他业务合同）将通过 Z 公司建立；交割后，Z 公司的注册资本及实缴资本在登记日将增至 19,583,924 元，出资及持股情况如下：华栎基金的投资额为 600 万元，注册资本及实缴出资为 1,162,123 元，资本公积金为 4,837,877 元；原股东连带及不可撤销地向投资方承诺集团应当于 2017 年 6 月 30 日前完成以下业绩（“业绩承诺”）：（a）区域内装有集团 POS 机并使用集团订货系统的便利店、饭店等有效终端店铺数量达到 150 家以上的县级市或地级市不低于 30 个，（b）有效终端店铺总数不低于 6,000 个，（c）集团于黑龙江、吉林及辽宁东三省以外的业务进入城市不低于 3 个，（d）平均每个有效终端店铺使用集团订货系统发生的月采购金额不低于 8,000 元；各方同意，投资方有权（而非义务）根据业绩承诺的实现情

况在 2017 年 7 月 31 日前按本协议项下相同的条款和条件向 Z 公司再投资 600 万元，各投资方将按如下份额对 Z 公司进行投资：华栢基金的投资额为 400 万元，注册资本为 774,749 元，资本公积金为 3,225,251 元；2.8.3 除非交易文件或适用法律有任何相反的规定，集团应由董事会管理和控制，董事会应于每季度至少召开一次董事会会议；2.10.1 如发生以下事项之一，各投资方有权要求各原股东中的任何一方向各投资方购买其所持有的 Z 公司股份的全部或部分，或要求 Z 公司向各投资方回购其所持有的 Z 公司股份的全部或部分：(b) 2021 年 12 月 31 日之前，各原股东或目标公司明示放弃合格首次公开发行及合格出售，(c) 集团在经营过程中发生可能影响其实现合格首次公开发行的其他重大问题，(d) 各原股东、Z 公司或 XX 公司严重违反本协议的约定，且未能及时补救，(e) 集团经营过程中出现重大诚信问题，包括但不限于出现投资方不知情的账外现金销售收入……；2.10.2 如发生以上事项，各原股东及 Z 公司应当根据各投资方的要求按以下所列价格中较高者向各投资方收购或回购各投资方持有的 Z 公司股份的全部或部分，并且各原股东及 Z 公司应当就此向各投资方承担连带责任；(b) 各投资方为进行 A 轮投资和行使续投选择权而支付给 Z 公司的全部价款及该等价款自各投资方付款日至其回售权实现之日按每年 12% 的复利计算的利息；(c) 届时如有其它投资人拟对 Z 公司进行投资的，按届时 Z 公司总体估值确定的价格；2.10.3 各原股东及 Z 公司应当于收到各投资方行使回售权的书面通知之日起一个月内分别向各投资方支付回售价款，并完成相关交易，如果各原股东及 Z 公司未能按时支付回购价款的，各原股东或 Z 公司应当（并就此承担连带责任）按照逾期未偿还金额每日向各投资方分别支付万分之三的罚息，直至回购价款全部付清；交割先决条件：3.1 交割取决于下列各先决条件于最终截止日当日或之前得到满足：3.1.8 员工持股平台已经依据中国法律合法地成立为有限合伙企业，且丁义航已将其代持的所有员工股无偿转让给员工持股平台；3.1.15 各原股东向各投资方已将其个人或其关联方直接或间接拥有的所有专利、专利申请或其他知识产权无偿转让给 Z 公司，并完成了相应的权利登记手续；3.1.19 各原股东已将其个人或其关联方直接或间接拥有的所有专利、专利申请或其他知识产权无偿转让给 Z 公司，并完成相应的权利登记手续；3.1.20 任何于本协议签署日作出的陈述及保证于交割日均是真实、准备和不具有误导性的；3.1.21 各原股东、XX 公司或转股权人未曾对本协议中的任何约定有任何违反……；6.2.3 各原股东及 XX 公司向各投资方承诺（并应促使 Z 公司及所有集团公司同意）自本协议签署之日起：(a) 各投资方或其指定的任何人士应对所有集团公司享有检查权，包括检查其财产和设施的权利及对任何集团的财务情况进行专项或例行审计，获取、检查并复印所有记录或会计账簿的权利，以及与所有集团公司的董事、管理人员、员工、会计、法律顾问和投资顾问就其业务、经营和现状进行会晤的权利，各原股东及集团公司应在合理时间内对该等检查提供全面的合作和配合，(b) 于每月结束后 15 日内，向各投资方提供按中国会计准则编制的集团未经审计月度财务报表，(c) 于每个财务年度结束后 120 日内，向各投资方提供按中国会计准则编制的集团经审计年度财务报表及年度财务决算，(d) 于每个新财政年度开始 30 日内，向各投资方提供经各集团公司董事会批准的该财政年度的业务计划和预算；8.1 一经各投资方要求，各原股东应就投资方和或 Z 公司直接或间接遭受或承受的因下述任何事项而导致的、产生的或与之有关的任何直接和间接损失（包括利息、索赔的费用、防止损失扩大的费用和因违约导致的资产价值减少或责任增加），共同及连带赔偿各投资方和或 Z 公司并保证各投资方和或 Z 公司得到赔偿；8.3 一经各投资方要求，各原股东应就各投资方和或 Z 公司因下述事项的损失，共同及连带赔偿各投资方和或 Z 公司并确保投资方和或 Z 公司得到赔偿；8.3.1 针对各原股东的相关索赔的解决，或者对于该解决的执行；8.3.2 就相关索赔针对各原股东进行的法律程序（前提是该等程序中的判决支持各投资方和或 Z 公司），或者对于该判决的执行，包括律师费；丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司及孙某的地址为上海市杨浦区 XX 路 XX 号 XX 楼，指定收件人为吕华。

2016 年 7 月 26 日，华栎基金通过银行转账向 Z 公司汇入 600 万元。

2016 年，丁义航、吕华、麟时公司及案外人 XX 公司、孙某、Z 公司作为承诺人向华栎公司及案外人 A 公司、B 公司、Y 企业、王某发出《承诺函》（具体签订日期不详），载明内容如下：丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司及孙某、XX 公司与投资方于 2016 年分别签署《股权投资框架协议》及《股权投资框架协议补充协议》，约定由投资方对 Z 公司进行股权投资，承诺人特此向投资方共同及连带的承诺如下：承《股权投资框架协议》第三条项下的先决条件已获得满足，并请求投资方根据协议的约定进行交割并支付 A 轮投资和补充投资的款项；如《股权投资框架协议》第三条项下的任何先决条件未获得满足，其将于交割后的__个月内完成或促使完成该等先决条件，投资方在此基础上进行交割和付款并不构成对相关先决条件的放弃；承诺人向投资方共同及连带地确认和承诺，如承诺人未于交割后的__个月内完成或促使完成所有尚未完成的先决条件，投资方有权终止《股权投资框架协议》及《股权投资框架协议补充协议》，并要求承诺人退还或促使退还投资方已支付的所有款项；丁义航、吕华、麟时公司及 XX 公司、孙某、Z 公司向投资方承诺，其就各承诺人于本承诺函项下的承诺和义务共同向投资方承担无限连带责任。

2017 年 1 月 9 日，华栎基金通过银行转账向 Z 公司汇入 400 万元，用途为“XX 涡轮增压款”。

2017 年 9 月 18 日，华栎基金人员吴佳向 Z 公司人员赵某发送电子邮件，载明内容如下：根据华栎基金当初投资 Z 公司的投资协议，请 Z 公司将自华栎基金投资以来的 Z 公司每个月的月度经营财务报表（资产负债表、利润表等）及相关业务报表按时发给华栎基金，自投资以来，华栎基金还未收到过 Z 公司的月度报表，请本月底将上述期间的所有相关报表全部发送给华栎基金，自十月份开始，请每个月 10 号之前报送上个月的财务报表及相关业务报表。

2017 年 10 月 9 日，华栎基金人员吴佳向 Z 公司人员赵某发送电子邮件，载明内容如下：华栎基金还未收到 Z 公司报送的每月财务报表，请 Z 公司及时报送。

2017 年 11 月 15 日，华栎基金人员吴佳向丁义航、吕华发送电子邮件，载明内容如下：根据华栎基金的基金管理规定，本月 10 号之前 Z 公司应发送 10 月份财务报表至 Z 公司，截止本月 15 号，华栎基金还未收到 Z 公司关于 10 月的任何财务报表，请及时报送。

2018 年 1 月 31 日，上海市东方公证处出具（2018）沪东证经字第 1978 号公证书，内容如下：2017 年 10 月 12 日，Z 公司人员赵某向华栎基金人员吴佳发送邮件，电子邮件载明内容如下：赵某的企业邮箱出现故障，现转用其个人邮箱进行办公，之前的贷后数据管理工作一直是天马、思喆与其对接，附件是二人变动后未发送数据。上述电子邮件附件之一为 2017 年数据统计表，该表载明内容如下：时间分别为 2017 年 1 月、2017 年 2 月、2017 年 3 月、2017 年 4 月、2017 年 5 月、2017 年 6 月、2017 年 7 月、2017 年 8 月、2017 年 9 月，地区数分别为 19、19、19、19、19、19、20、20、20，正常运营点数分别为 7,352、8,297、9,113、11,424、12,801、14,027、16,293、18,371、21,090，合计签约店数分别为 8,291、9,023、10,192、12,237、14,301、16,310、18,543、20,730、23,621，月总销售额分别为 22,816,046.14、26,344,755.32、31,208,937.27、30,185,210.32、29,325,610.80、30,328,172.00、31,247,087.90、30,412,614.20。

2018 年 1 月 31 日，上海市东方公证处出具（2018）沪东证经字第 1979 号公证书，内容如下：2017 年 12 月 1 日，华栎基金人员吴华贵向丁义航、吕华发送邮件，电子邮件载明内容如下：经研究双方签署的投资协议等材料，根据投资协议的相关约定以及今年以来与 Z 公司沟通的情况，华栎基金正式提出回购股权的要求，下周初会提交股份回购协议，希望该股份回购协议最迟于 2017 年 12 月中旬前签署，如到时无法达成一致，华栎基金将会启动相应的法律程序。

2018 年 1 月 31 日，上海市东方公证处出具（2018）沪东证经字第 1977 号公证书，内容如下：2018 年 1 月 2 日，华栢基金人员吴华贵向丁义航、吕华发送电子邮件，电子邮件载明内容如下：附件是律师记录的会议纪要，请查收，如有遗漏或错误，请这两天告诉华栢基金，希望尽快提出明确的回购方案。上述电子邮件附件为“会议纪要”，载明内容如下：吕华表示 X 公司（以下简称 X 公司）的推进最快，X 公司计划以现金加换股的方式整体收购 Z 公司，现金对价部分的估值 2 亿元左右，换股部分的估值 2.80 亿左右；吴华贵表示华栢基金在 2016 年 12 月续投 400 万元，但是华栢基金在投资后的管理上碰到诸多问题，例如没有按照协议提供财务报表和召开董事会，故要求创始股东回购华栢基金持有的 Z 公司股权的 50%，回购对价为 1,000 万元（按照 X 公司的估值 2.20 亿元计算），相关协议已发送给丁义航、吕华；丁义航、吕华表示财务报表是有过缺失，现在 Z 公司资金困难，签署股权回购协议需要时间，可能要在 1,000 万元基础上打折。

2018 年 1 月 11 日，华栢基金分别向上海市杨浦区 XX 路 XX 号 XX 楼（吕华）、上海市杨浦区 XX 路 XX 弄 XX 号 XX 室（吕华）寄送《关于要求回购 Z 股权的函》，主要内容如下：丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司：丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司作为 Z 公司创始股东和实际控制人已经严重违反《股权投资框架协议》各项约定，未兑现约定的业绩承诺，未跟进约定向华栢基金提供任何 Z 公司的财务报表等，未将“Z”注册商标、域名、著作权转让至 Z 公司，且未根据 Z 公司章程召开股东会 and 董事会；华栢基金再次向丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司致函并提出如下请求：对华栢基金持有的 Z 公司相当于 968,436 元注册资本的股权以 1,000 万元的对价进行回购……上述寄往上海市杨浦区 XX 路 XX 号 XX 楼的快件被拒收，上述寄往上海市杨浦区 XX 路 XX 弄 XX 号 XX 室的快件于 2018 年 1 月 12 日被签收。

2018 年 2 月 22 日，华栢基金向上海市杨浦区 XX 路 XX 弄 XX 号 XX 室（丁义航、吕华）寄送《关于要求查阅会计账簿及进行专项审计的通知》，载明内容如下：Z 公司：至今，Z 公司及创始股东、实际控制人严重违反《股权投资框架协议》及《承诺函》的各项约定，未根据投资约定向华栢基金提供任何 Z 公司的年度财务报表等，且未根据章程召开股东会和董事会；Z 公司的行为已经严重违反了公司法规定及相关约定，华栢基金于 2018 年 1 月 11 日发送函件，但一直未得到回应；华栢基金再次致函，请 Z 公司于收到本函三日内向华栢基金提供 Z 公司成立以来的全部月度财务报表等、联系华栢基金由华栢基金委托的会计师事务所进行专项财务审计、提供 Z 公司的所有财务会计账簿等。上述快件于 2018 年 2 月 22 日被签收。

2018 年 2 月 24 日，上海市东方公证处向华栢基金出具增值税普通发票一份，载明项目为公证费，价税合计为 3,600 元，备注为（2018）沪东证经字第 1977-1979 号。

2018 年 3 月 13 日，华栢基金向上海市杨浦区 XX 路 XX 弄 XX 号 XX 室（吕华）、上海市浦东新区 XX 村 XX 号 XX 室（吕华）、上海市浦东新区 XX 村 XX 号 XX 室（吕华）、辽宁省沈阳市大东区 XX 园 XX 号楼 XX 单元 XX 室（丁义航）发出《关于要求更正违约行为和回购 Z 股权的函》，主要内容如下：丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司：华栢基金投资 Z 公司至今，丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司作为创始股东和实际控制人已经严重违反《股权投资框架协议》各项约定，未兑现投资协议约定的业绩承诺，未根据投资协议约定向华栢基金提供任何 Z 公司的财务资料，未将“Z”注册商标、域名、著作权转让至 Z 公司，且未根据章程召开股东会 and 董事会；华栢基金于 2018 年 1 月 11 日曾致函要求丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司履行投资协议约定义务，但目前为止未见任何纠正行为且未主动与华栢基金沟通，华栢基金现再次向丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司致函并提出如下要求：1、对华栢基金持有的相当于 1,936,872 元注册资本的股权以 2,000 万元的对价进行回购；2、收到本函后三日内向华栢基金提供自 Z 公司成立以来的全部月度财务报表，2016 年度、2017 年度的年度财务报表及年度财务决算，以及 2016 至 2018 年度业务计划和预算；3、收到本函三日内安排 Z 公司配合华栢基金委托的会计师事务所对 Z 公司进行专项财务审计，并由华栢基金获取、检查 Z

公司的所有财务记录、会计账簿；4、收到本函三日内安排华栎基金会晤 Z 公司的财务部全体员工、外聘会计师、外聘审计师。函件尾部特别提示吕华：因《股权投资框架协议》的约定，寄送 Z 公司原股东的所有文件均由吕华接收并负责通知，华栎基金向丁义航、夏咏梅、麟时公司寄送函件的行为不免除吕华的通知义务。上述函件均于 2018 年 3 月 14 日被签收。2018 年 4 月 17 日，上海市东方公证处向华栎基金出具增值税普通发票一份，载明项目为公证费，价税合计为 1,500 元，备注为（2018）沪东证经字第 6555 号。

另查明，Z 公司成立于 2016 年 6 月 22 日，目前的注册资本为 21,520,797 元，华栎基金的出资额为 1,936,872 元，出资方式为货币，实缴出资时间为 2017 年 1 月 9 日。公司登记机关备案的 Z 公司章程规定：股东会会议分为定期会议和临时会议，定期会议每半年召开一次；董事会会议分为定期会议和临时会议，定期会议每季度召开一次。

华栎基金作为甲方、德恒上海律师事务所作为乙方签订《法律服务委托协议》（签订日期不详），约定如下：乙方接受甲方的委托指定经办律师，为甲方提供的法律服务为作为一二审诉讼阶段代理人代理甲方向丁义航、吕华等提起诉讼，要求回购甲方持有的 Z 公司部分股权并接受甲方指定会计师事务所对 Z 公司进行专项审计；甲方于签订本合同五个工作日内支付乙方本案前期律师费 3 万元；若本案进入一审诉讼程序，甲方应于一审开庭前支付律师费 2 万元；若本案进入二审诉讼程序，甲方应于二审开庭前支付律师费 2 万元。

2018 年 4 月 18 日，德恒上海律师事务所向华栎基金开具增值税普通发票二份，载明项目均为法律服务费，价税合计金额分别为 3 万元、2 万元。

审理中，丁义航、吕华提供一份落款日期为 2018 年 4 月 10 日的《说明》一份，内容如下：

“本公司自 2016 年 6 月 22 日成立至今，均在相关规定日期内履行电话通知义务，并按期召开董事会及股东会：对公司人事任免和经营管理等相关事项进行决策，对相关财务数据和经营状况进行通报、分析，并提交各类报表（包括月报表以及经审计的年度报表）供股东审核；截至《本说明》出具之日，董事及股东对董事会、股东会各项议案均未提出异议。公司每季度召开一次董事会，每半年度召开一次股东会。因公司尚处于初创期，董事会、股东会均以口头商谈，举手表决等形式进行，未留有书面的董事会、股东会决议、记录等书面文件。特此说明。”上述《说明》落款处盖有 Z 公司公章，法定代表人处有丁义航的签字，《说明》材料制作人处有吕华的签字，公司股东处有案外人王某、孙某的签字并盖有案外人 A 公司、B 公司、上海巽锐电子商务合伙企业（有限合伙）的公章。华栎基金对上述《说明》的证明内容不予认可。

华栎基金表示，如法院对华栎基金按照《股权投资框架协议》2.10.2.（c）项计算回购款的主张不予支持，华栎基金同意按《股权投资框架协议》2.10.2.（b）项计算回购款。

一审法院认为，合同成立且生效后，当事人应当依约履行义务。华栎基金与丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司等签订的《股权投资框架协议》《股权投资框架协议补充协议》系各方当事人的真实意思表示，合法有效，各方当事人应予遵守。关于回购条件是否成就，《股权投资框架协议》3.1 约定了交割的先决条件，如知识产权的权利登记等，丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司未按期完成；《股权投资框架协议》2.6 约定的业绩承诺，Z 公司的财务资料显示未按期完成；《股权投资框架协议》2.8.3 约定 Z 公司定期召开董事会，丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司未提供证据证明已按约召开董事会；《股权投资框架协议》6.2.3 约定华栎基金享有检查 Z 公司财务状况及获得 Z 公司财务资料的权利，经华栎基金催告后，丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司亦未促使 Z 公司履行相关义务。据此，根据《股权投资框架协议》2.10.1 的约定，丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司已严重违反《股权投资框架协议》的约定，且未及时补救，已对华栎基金作为 Z 公司股东的权益产生影响，一审法院认为回购条件已经成就。华栎基金要求丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司连带支付回购款，合法有据，一审法院予以支持。丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司辩称回购条件尚未达成，缺乏充分依

据，一审法院难以采信。夏咏梅、麟时公司主张其无需承担回购义务，与《股权投资框架协议》的约定不符，一审法院不予采信。关于回购款的数额，华栎基金主张按照《股权投资框架协议》2.10.2.（c）约定以 Z 公司总体估值 2 亿余元来确定，未提供充分依据，一审法院不予采信。考虑到本案实际情况，一审法院酌定回购款按照《股权投资框架协议》2.10.2.

（b）约定计算，数额为华栎基金支付给 Z 公司的投资款加上华栎基金付款之日起至回购通知到达之日按每年 12% 的复利计算的利息。按复利计算的利息数额为 $600 \text{ 万元} \times 12\% \times (2016 \text{ 年 } 7 \text{ 月 } 26 \text{ 日} \text{ 至 } 2018 \text{ 年 } 3 \text{ 月 } 14 \text{ 日} \text{ 的 } 596 \text{ 天 } 365 \text{ 天}) + 400 \text{ 万元} \times 12\% \times (2017 \text{ 年 } 1 \text{ 月 } 9 \text{ 日} \text{ 至 } 2018 \text{ 年 } 3 \text{ 月 } 14 \text{ 日} \text{ 的 } 429 \text{ 天 } 365 \text{ 天}) + 600 \text{ 万元} \times 12\% \times [(596 \text{ 天} - 365 \text{ 天}) 365 \text{ 天}] + 400 \text{ 万元} \times 12\% \times [(429 \text{ 天} - 365 \text{ 天}) 365 \text{ 天}] = 2,279,671.22 \text{ 元}$ ，加上投资款 1,000 万元，回购款数额合计为 12,279,671.22 元。《股权投资框架协议》2.10.3 约定，丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司逾期支付回购款，应当承担违约责任。华栎基金主张丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司应按每日万分之三的标准支付自 2018 年 4 月 14 日起至实际付款之日止的逾期付款利息，有《股权投资框架协议》的上述约定为据，一审法院予以支持。华栎基金要求丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司连带支付律师费 5 万元，有《股权投资框架协议》相关约定为据，合法合理，一审法院亦予以支持。华栎基金要求丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司连带支付公证费，缺乏相应依据，一审法院不予支持。综上，依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第一百一十二条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，判决如下：一、丁义航于一审判决生效之日起十日内向华栎基金支付回购款 12,279,671.22 元；二、丁义航于一审判决生效之日起十日内向华栎基金支付逾期付款利息（以 12,279,671.22 元为基数，自 2018 年 4 月 14 日起至本判决生效之日止，按每日万分之三的标准计算）；三、丁义航于一审判决生效之日起十日内向华栎基金支付律师费 5 万元；四、吕华、夏咏梅、麟时公司对丁义航在上述第一项、第二项、第三项判决中的付款义务承担连带清偿责任；五、驳回华栎基金的其余诉讼请求。一审案件受理费 142,075 元，财产保全费 5,000 元，合计 147,075 元，由华栎基金负担 57,022 元，丁义航、吕华、夏咏梅、麟时公司负担 90,053 元。被上诉人华栎基金在本院二审期间提交下列证据材料：一、上海市杨浦区人民法院（以下简称杨浦法院）（2018）沪 0110 民初 5162 号民事判决书、上海市第二中级人民法院（以下简称上海二中院）（2018）沪 02 民终 6410 号民事判决书，证明华栎基金无法行使 Z 公司的股东知情权，向法院提起诉讼。二、执行案件受理通知书和限制消费令，证明华栎基金申请执行后，Z 公司和丁义航、吕华等原股东未履行生效民事判决。三、Z 公司相关无形资产的查询结果，证明 XX 公司至今未将相关知识产权转移到 Z 公司。

其他各方当事人在本院二审期间均未提交证据材料。

经质证，夏咏梅对华栎基金提交的证据一、二真实性无异议，但认为与其无关；对华栎基金提交的证据三真实性无法确认，也认为与其无关。丁义航、吕华对华栎基金提交的证据一、二真实性认可，但认为不是拒不执行法院的生效判决，而是 Z 公司的主要资料都在东北长春的 XX 公司，且被法院查封后无法取出，故无法履行生效判决；对证据三真实性认可，但认为 Z 公司是 XX 公司的全资股东，在 XX 公司名下的知识产权就相当于在 Z 公司名下，丁义航、吕华想等知识产权申请流程全部走完一并转到 Z 公司名下。麟时公司同意夏咏梅的质证意见。

本院对华栎基金提交的证据材料认证认为：该些证据材料真实存在，且能证明本案相关事实，符合二审新证据的条件，本院认定为二审新证据。

本院经审理查明：一审判决认定事实属实，本院予以认定。

本院另查明：2018 年 3 月，华栎基金作为 Z 公司的股东，为行使股东知情权向杨浦法院提起诉讼，请求判令 Z 公司提供其及下属全资子公司、分公司相关材料供华栎基金查阅、复制等。杨浦法院审理后以（2018）沪 0110 民初 5162 号民事判决书判决 Z 公司提供其相关财务

会计报表、会计账簿等供华栎基金查阅、复制。Z 公司对杨浦法院的判决不服，向上海二中院提起上诉，上海二中院以（2018）沪 02 民终 6410 号民事判决书判决驳回 Z 公司的上诉，维持杨浦法院的判决。2018 年 8 月 16 日，华栎基金向杨浦法院申请强制执行。因 Z 公司未按执行通知书指定期间履行生效法律文书确定的义务，2018 年 8 月 29 日，杨浦法院向 Z 公司发出 2018 沪 01**执 3302 号《限制消费令》。

本院认为：本案主要存在两个争议焦点：一、华栎基金要求股权回购的条件是否成就。二、夏咏梅是否有回购华栎基金股权的义务。

对于第一个争议焦点，本院认为：《股权投资框架协议》2.10.1 条约定，如各原股东、Z 公司或 XX 公司严重违反协议的约定，且未能及时补救，华栎基金有权要求各原股东中的任何一方向华栎基金购买其所持有的 Z 公司股份的全部或部分，或要求 Z 公司回购华栎基金所持有的 Z 公司股份的全部或部分。根据本案查明的事实，华栎基金主张 XX 公司的知识产权未过户至 Z 公司、华栎基金对 Z 公司的股东知情权未能实现、Z 公司未达到约定业绩等情形确实存在，符合《股权投资框架协议》约定的回购条件。华栎基金关于股权回购的诉请应当得到支持。

对于第二个争议焦点，本院认为：《股权投资框架协议》中夏咏梅是作为原股东签订协议，原股东系回购义务的承诺者和履行者，故夏咏梅认为 Z 公司成立后其不再是 Z 公司股东、其不应当承担回购义务的诉请，无合同依据，本院难以支持。

综上，夏咏梅的上诉请求无事实和法律依据，本院不予支持，应予驳回。一审判决并无不当，本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费 95,778 元，由上诉人夏咏梅负担。

本判决为终审判决。

审判长 周清

审判员 蔡茜芸

审判员 桂佳

二〇一九年一月二十一日

书记员 闫伟伟

谢天希与徐建军股权转让纠纷一审民事判决书

上海市奉贤区人民法院

民事判决书

(2015)奉民二(商)初字第2号

原告谢天希。

委托代理人李洪刚，上海徐卫红律师事务所律师。

被告徐建军。

委托代理人方英，上海方英律师事务所律师。

原告谢天希与被告徐建军股权转让纠纷一案，本院于2014年12月26日立案受理后，于2015年3月16日依法适用普通程序，于2015年6月18日公开开庭进行了审理。原告委托代理人李洪刚、被告委托代理人方英均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告谢天希诉称，2001年，原、被告签订了“关于转让股权的协议”一份，被告将其购入的“深圳市新豪时投资发展公司”(以下简称“新豪时公司”)发行股份中的一万股转让给原告。该协议约定，每股作价人民币1.76元(以下币种同)，合计17,600元，并约定该股票对应的股息、红利及上市交易后的相关财产权益均归原告所有，因该股票记载于被告处，相关股息、红利派发至被告处后，被告应于三日内交付原告。

2007年3月1日，中国平安保险(集团)股份有限公司(以下简称“中国平安”)在上海证券交易所成功上市，其股份承诺锁定三年。2010年3月1日，该股份解除限售，中国平安公告称新豪时公司将在五年内以在二级市场公开出售和大宗交易相结合的方式进行减持。自2011年1月14日至2012年12月17日通过九次减持完毕，所得的减持款以一万股计算为642,155.30元。但被告仅向原告支付过156,692.20元，余款485,463.10元经原告多次催讨，被告至今未付。故原告诉至法院，要求被告返还股票减持款485,463.10元，并支付以476,744.40元为本金(不包括最后两期减持款)自2012年6月28日起至判决生效日止的同期银行贷款利息损失。

原告为其诉称提供了下列证据：

- 1、“关于转让股权的协议”一份，旨在证明被告将其名下新豪时公司的份额以每股1.76元的价格转让给了原告，并约定一旦抛售，被告应于三日内将该所得资金交与原告；
- 2、原告的股份成员证、个人明细交易清单各一份，旨在证明其所持新豪时公司的股份分别于2011年1月14日、7月7日、8月1日、8月30日、9月23日、2012年5月25日、6月25日、9月4日、12月17日共九次进行减持，每次所得的减持款金额；
- 3、招股意向书一份，旨在证明新豪时公司的组成背景，原、被告所持的实际为中国平安的原始股；
- 4、2010年年度报告摘要一份，旨在证明新豪时公司自2010年3月1日起开始减持中国平安的股权，并在三年内减持完毕；
- 5、中国平安关于股东来函的公告一份，旨在证明2012年5月14日最后一期通过大宗交易转让给北京公司，55%股权减持款发放日是6月25日，新豪时公司持有的中国平安股已减持完毕；
- 6、民事判决书两份、申诉裁定书一份，旨在证明与本案相同代持股份的相关事实，已有生效判决予以确认；
- 7、银行个人存款凭条一份，旨在证明2011年2月22日被告向原告账户存入120,000元，系第一期股票减持款；
- 8、收款明细一份，旨在证明2012年2月14日被告向原告账户转账33,255元系减持款；
- 9、催款函一份，旨在证明原告曾于2014年5月14日向被告催要减持款的事实；

10、受理通知书、民事裁定书等，旨在证明原告曾于 2014 年 8 月份起诉，诉讼时效发生中断；

11、被告与案外人签订股权转让协议两份，旨在证明有其他人与原告一样向被告购买新豪时公司股份；

12、原、被告户籍信息，旨在证明当事人主体资格；

13、证人沈某某、沈泉昌及朱才明的证言，旨在证明原、被告之间的股权转让协议已实际履行的事实。

被告徐建军辩称，不同意原告的诉讼请求，原、被告之间曾签订过股权转让协议是事实，但由于原告未实际交付股权转让款，故该协议实际并未履行；另外新豪时公司所持平安股在 2011 年 9 月就减持结束，因此原告起诉已超过诉讼时效。

被告未提供证据。

经当庭质证，被告对原告证据 1 无异议；对原告证据 2-8 真实性无异议，但认为与本案无关联性，且证据 7 系归还借款，证据 8 系被告向原告购买“完美”产品的货款，并非减持款；对证据 9 有异议，认为没有收到；对原告证据 10-12 的真实性均无异议，但认为 2014 年原告的起诉就已经超过了诉讼时效；对原告证据 13 认为，证人与原告关系亲近，其证言不能反映事实真相，且证人均只是听说，并没有亲见原告将股权转让款给付被告。本院对原告证据 1-8、10-12 的真实性均予以认定；对证据 9 无法认定被告已收到；对证据 13 证人均听说原告向被告购买股份的事实予以认定。

应原告申请，本院调取了被告徐建军的个人账户交易明细。原告对该明细的真实性均无异议，原告认为该明细中被告取得减持款的日期与原告获得减持款的日期一致、每股获得减持款的金额均一致；另外 2011 年 2 月 22 日，被告从其账户中领取的 200,000 元中有 120,000 元转存给了原告。被告对该明细真实性无异议，认为 2011 年 9 月 23 日前的系减持款，之后的款项与减持款无关。本院结合该份证据与原告证据 2，原、被告的账户开户网点均为“平安银行上海分行营业部”，原告所称的九次减持从双方账户明细可见，交易日期、交易网点、摘要均一致，而每一次双方的金额相差均为四倍。因此本院采纳原告的意见，被告账户清单中显示的该九次均为股份减持款。

通过法庭调查、举证、质证，结合原、被告的诉辩意见，本院确认如下事实：

2001 年 2 月 19 日，原、被告签订“关于转让股权的协议”一份，就 2000 年 9 月原告受让被告持有的新豪时公司的一万股份额，以每股作价 1.76 元（共计 17,600 元）的事宜进行了约定；双方在协议中约定该股票自购入后至上市前所对应的股息、红利、配股等权利归原告所有，及上市交易后的相关财产权益均归原告所有，期间的一切手续均由被告方代理；该股票上市时，抛售所得资金由被告在三日之内给付原告。

原告谢天希以自己名义持有新豪时公司的股份为两万股，在该股票上市后，原告因此获得的减持款分别为 2011 年 1 月 14 日 247,091.01 元、7 月 7 日 16,778.01 元、8 月 1 日 23,359.47 元、8 月 30 日 22,372.45 元、9 月 23 日 3,783.57 元、2012 年 5 月 25 日 569,898.60 元、6 月 25 日 383,590.18 元、9 月 4 日 5,428.60 元、12 月 17 日 12,008.74 元，共九次，合计 1,284,310.63 元。平均每一万股获得的减持款为 642,155.32 元，其中 2011 年为 156,692.26 元、2012 为 485,463.06 元。

2011 年 2 月 22 日，被告向原告账户存入 120,000 元；2012 年 2 月 14 日，被告又向原告转账 33,255 元，共计 153,255 元。原告认为除了上述款项，被告也给付过现金，共计已支付了金额为 156,692.20 元，尚有 485,463.10 元的减持款应向原告支付。原告曾于 2014 年 8 月 26 日诉至法院，要求被告给付减持款，后因补充证据而撤诉。现原告再次诉至来院。另查明，新豪时公司原名称“深圳市新豪时投资发展公司”，2010 年 9 月变更名称为“林芝新豪时投资发展有限公司”。新豪时公司系中国平安的发起人、股东之一。中国平安在 2002

年前名为“中国平安保险股份有限公司”，于 2002 年更名为“中国平安保险（集团）股份有限公司”。根据中国保监会及中国证监会的相关批复，中国平安获准在上海证券交易所首次公开发行 A 股，并于 2007 年 3 月 1 日起在上海证券交易所上市。中国平安设立了员工受益所有权计划，由参与员工认缴员工集合资金并获得单位权益。由被告徐建军等中国平安员工出资购买新豪时公司的股份，实际上是由新豪时公司持有的中国平安法人股。根据中国证监会所作相关规定，法人股的锁定期为三年，故中国平安首次公开发行 A 股三年后的 2010 年 3 月 1 日后可以上市流通。

本院认为，当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。原、被告之间签订了股权转让协议，就新豪时公司的股份转让进行了约定，双方均应依约定履行合同义务。首先，本案争议的焦点在于，原告是否向被告交付了股权转让款，该转让协议是否实际履行？原告自有的两万股股票减持款 2011 年 1 月 14 日为 247,091.01 元，即每一万股 123,545.50 元，而同年 2 月 22 日，被告向原告账户存入了 120,000 元；另外，2011 年度原告总共应获得每一万股的减持款为 156,692.26 元，而加上被告在 2012 年 2 月 14 日又向原告转账的 33,255 元，两次共计 153,255 元。该金额与每一万股的减持款金额虽然不完全一致，但无论从转账时间或者金额上都比较接近；而被告未就其借款或货款的辩称提供证据证明，因此结合三位证人的证言，本院有理由相信，被告这两次给付的款项系向原告交付的减持款。由此可见，双方的股权转让协议成立并实际履行，新豪时公司每一万股的减持款共计为 642,155.32 元，现原告自认被告已给付 156,692.20 元，尚欠 485,463.12 元。原告要求被告给付 485,463.10 元的请求在被告所欠款项范围内，本院对此予以支持。

其次，根据股权转让协议的约定，被告应当在取得减持款三日内向原告交付款项。现原告仅主张前七期减持款的利息，即 2012 年 6 月 25 日前发放的款项利息，故对原告要求被告自 2012 年 6 月 28 日起偿付该部分款项利息的诉讼请求本院予以支持。再次，对于被告提出诉讼时效的辩称，由于最后一次发放减持款至原告第一次起诉的时间未逾两年，故原告主张并未超过诉讼时效，本院对被告就诉讼时效的意见不予采纳。依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条的规定，判决如下：

- 一、被告徐建军于本判决生效之日起十日内给付原告谢天希欠款 485,463.10 元；
- 二、被告徐建军于本判决生效之日起十日内偿付原告谢天希以 476,744.40 元为本金，自 2012 年 6 月 28 日起至本判决生效之日止按中国人民银行同期贷款利率计算的利息损失。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 8,582 元，由被告徐建军负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 王蕾

代理审判员 张琳

人民陪审员 任新海

二〇一五年七月一日

书记员 顾红

新疆宜东股权投资有限合伙企业与陈友标、广东华业包装材料有限公司新增资本认购纠纷、买卖合同纠纷一审民事判决书

潮州市中级人民法院

民事判决书

(2017)粤 51 民初 61 号

原告:新疆宜东股权投资有限合伙企业,住所地新疆乌鲁木齐高新技术产业开发区(新市区)高新街 258 号数码港大厦 2015-35 号。

执行事务合伙人:刘壮超。

委托诉讼代理人:蔡飙,国信信扬(汕头)律师事务所律师。

委托诉讼代理人:龚芝萱,国信信扬(汕头)律师事务所律师。

被告:陈友标,男,1956 年 8 月 18 日生,汉族,住广东省潮州市潮安区。

委托诉讼代理人:王历,广东经纶律师事务所律师。

委托诉讼代理人:何晓芳,广东经纶律师事务所律师。

被告:广东华业包装材料有限公司,住所地广东省潮州市潮安区潮安大道与焦山公路交界处东南侧。

法定代表人:冯万勇。

委托诉讼代理人:陈家亮,广东当儒律师事务所律师。

原告新疆宜东股权投资有限合伙企业(以下简称宜东企业)与被告陈友标、广东华业包装材料有限公司(以下简称华业公司)新增资本认购纠纷一案,本院于 2017 年 11 月 14 日立案后,依法适用普通程序,公开开庭进行了审理。原告宜东企业的委托诉讼代理人蔡飙、龚芝萱,被告陈友标的委托诉讼代理人王历、被告华业公司的委托诉讼代理人陈家亮到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

陈友标在提交答辩状期间,对管辖权提出异议,本院作出(2017)粤 51 民初 61 号民事裁定书,驳回陈友标对本案管辖权提出的异议。陈友标不服,向广东省高级人民法院提起上诉,广东省高级人民法院经审理,裁定驳回上诉,维持原裁定。

宜东企业向本院提出诉讼请求:1. 判决被告陈友标向原告返还原告已支付的全部投资款 10350 万元及向原告支付该款自 2012 年 4 月 27 日起至清偿之日止的利息按银行同期贷款利率计算,暂计至 2017 年 11 月 1 日利息为 30525168.75 元;2. 判决被告华业公司对上述债务承担连带清偿责任;3. 判决两被告承担本案全部诉讼费。事实和理由:被告陈友标与被告华业公司因策划启动华业公司完成在中国资本市场上上市的需要,经多次沟通协商,两被告与原告于 2011 年 11 月 28 日签订《关于投资广东华业包装材料有限公司协议》以下简称《投资协议》,根据约定,原告向华业公司认缴增资人民币 10350 万元,可取得华业公司 12%的股权。协议明确约定各方对华业公司进行增资的目的:在于共同促使华业公司在承诺的时间内完成首次公开发行。原告在投资协议签署生效后,依约于 2011 年 12 月 29 日支付了相应的首期投资款项 2070 万元。在投资协议履行过程中,各方于 2012 年 3 月 20 日签订《关于广东华业包装材料有限公司的增资扩股认缴协议》以下简称《增资协议》。按照上述协议约定,原告分别于 2011 年 12 月 29 日、2012 年 4 月 24 日、26 日、27 日向两被告支付了全部投资款共 10350 万元。被告华业公司在收取原告支付的上述投资款后,办理了原告持有该公司 12%股权的工商变更登记手续。后因被告华业公司在增资后无法实现投资协议约定的业绩增长目标,经过各方反复协商,2013 年 9 月 16 日三方在投资协议基础上签订了《

之补充协议》以下简称《补充协议》。根据《投资协议》、《补充协议》的约定，两被告确认在华业公司上市前，陈友标不得将其持有华业公司的股权质押或转让给任何第三方以导致其丧失控股权。若两被告违反上述约定，原告有权随时单方要求两被告返还原告已支付的全部投资款的本金、利息。两被告对协议中约定的义务向原告承担连带责任。2015 年 1 月由于两被告出现债务危机，告知原告等其他投资者，为了继续推动被告华业公司实施上市计划，拟引进战略投资者对该公司进行重组，在此情况下，各股东同意由陈友标引进新投资者对华业公司进行重组。但两被告引进新投资者后，未履行承诺继续推动上市计划，使原告通过参与投资被告华业公司，启动资本运作的目的已无实现可能。原告就此已多次与被告进行沟通交涉，并要求被告立即采取补救措施纠正其违约行为，但两被告始终置之不理。根据工商登记信息显示：截止诉状签发之日，被告华业公司注册资本为 19000 万元，陈友标出资 2874 万元，持约 16% 的股权。案外人广东新南方集团有限公司（以下简称新南方集团）出资 9690 万元，占 51% 的股权，为被告华业公司的控股股东。至此，投资协议、补充协议约定两被告应返还原告已支付的全部投资款的本金、利息的条件已经成就，且两被告以其行为表明不再履行合同义务，原告有依法要求两被告承担违约责任。

被告陈友标口头辩称，（一）原告对于陈友标将持有的华业公司股权转让给第三方这一情况是认可的，各方的实际履行合同中已变更了原合同的约定，不能视为被告违约，故原告不能再凭借原合同中约定要求被告返还全部投资款及利息。2015 年 1 月 7 日，华业公司召开股东会会议，会议议题为陈友标、陈耿锋股权转让；原告到会参加。经全体股东商议、表决，一致同意陈友标将其所有的部分股权分别转让给广东新南方建设集团有限公司（以下简称新南方建设公司）以及广东新南方酒业有限公司（以下简称新南方酒业公司）；原告在股东会决议书授权代表签名并加盖公章表示确认；因此，原告与被告已在实际履行过程中变更投资协议中关于限制陈友标转让其股权的规定，原告不应再以此为由要求被告承担违约责任。

（二）根据《补充协议》的约定，原告不对陈友标的上市时点作限制，故原告应对其自身投资的损益负责，原告上市工作的进展为由其要求返还投资款及利息无法法律依据。故原告现陈述两被告在引进新投资者后未履行承诺继续推动上市计划，使原告投资华业公司目的落空与其订立补充协议的目的不符，原告不能以此为由要求被告负责。（三）投资协议订立的违约条款的违约责任过重，应予以调整。投资协议第五条约定，在出现该条所述的情形后，丙方即原告有权随时单方要求甲方即陈友标、乙方即华业公司返还丙方已支付的全部投资款的本金、利息。该条款所约定的违约责任后果相当于合同解除后的处理；因此，在守约方持有股权，即无损害发生的情形之下，要求违约方返还其全部投资款，还计付利息，显然过分加重了违约方的违约责任，与违约金应与损害赔偿金相当的法律规定有悖，应予以调整。

被告华业公司辩称，（一）《投资协议》的回购条件已经撤销、作废。《补充协议》的回购条件尚未成立，华业公司不承担回购义务。华业公司与宜东企业原在《投资协议》中约定的数个触发回购的成就条件已经在 2013 年 9 月的《补充协议》中所撤销废止，双方之间的回购按照《补充协议》第 3 点、第 4 点的约定，即原有《投资协议》中的第二条、第三条、第 5.2 条已经作废。取而代之的是《补充协议》第 4 点的约定：如果丙方单方提出退出或要求回购并经甲乙双方同意后，……这里有一个条件就是必须经甲乙双方同意，目前，甲方华业公司的明确态度就是不同意，第 4 点约定的条件无法成就，因此华业公司不承担回购义务，当然也构不成与乙方陈友标向原告承担回购或其他行为的连带责任。（二）华业公司控制权的变更不是宜东企业触发回购的条件。宜东企业在诉状中提到控制权变更的问题，实际上在 2015 年年初华业公司战略重组股东会上，宜东企业已派人参加，也没有异议，宜东企业以此主张为本案的回购的触发理由理据不足。（三）华业公司不必对陈友标的回购问题承担连带清偿责任。按照华业公司上述的第一点意见，宜东企业的回购请求权在《补充协议》签订后已经丧失，其要求陈友标回购股权已经失去依据，华业公司也就不存在需要与陈友标负连带责任的

问题。而按照《补充协议》第4点约定，新的回购条件尚未成就或者尚未产生，华业公司更不存在需要与陈友标承担回购连带责任的问题。并且《中华人民共和国公司法》第七十四条规定，限制了有限责任公司可以回购的三种情形，除外不能回购。本案中，合同并无约定华业公司应当对回购款的偿付承担连带责任。更何况宜东企业与陈友标的回购股权问题还存在着当事人的合法抗辩权的行使或者回购上的法律障碍问题。故此，原告诉讼请求中的第二项的“华业公司对上述债务承担连带清偿责任”的请求远未成立。（四）根据最高人民法院出台的 latest 判例，与公司对赌的协议无效。华业公司不承担连带责任，而仅承担不能清偿部分的二分之一的赔偿责任。根据投资人与股东对赌有效，与公司对赌无效的法律精神，华业公司在当时为股东的担保因无通过股东会同意，违反公司法关于公司不得为股东提供担保的规定，因而无效。并根据双方当事人的过错承担相应的赔偿责任。即在担保合同无效的情况下，担保人只承担不能清偿部分的二分之一的赔偿责任，这显然比全额的连带责任要少得多。

（五）华业公司与宜东企业的回购问题还因为不符合公司法的相关规定而无效。按照《投资协议》约定，华业公司与陈友标应当在双方设定的对赌条件成就时回购宜东企业的这12%的股权，加上投资款中的银行同期贷款利率计息。华业公司认为，公司并不存在向宜东企业股权回购的义务。回购条款的合法合规性问题一直存在质疑，本案华业公司自投资协议订立之时就成为对赌主体，显然与最高人民法院2012民提字第11号案例《甘肃世恒有色资源再利用有限公司香港迪亚有限公司与苏州工业园区海富投资有限公司》的法律精神相违背。公司是被投资主体，不能成为与投资股东的对赌主体。因此，投资协议中的华业公司的回购条款是无效的，华业公司并没有回购义务，即使双方在《投资协议》中的约定虽然已经被后来的《补充协议》所代替，但在股权回购这一点上法律精神是一致的。（六）宜东企业当时支付给华业公司的增资款项只有8280万元，并无10350万元，相差金额2070万元。按照《认缴协议》的约定指宜东企业以8280万元对华业公司进行增资，其中2280万元进入华业公司的注册资本，剩余的6000万元计入华业公司的资本公积。即便按二分之一的赔偿责任也是在此基础上计算。综上所述，宜东企业要求华业公司承担回购款偿付的连带责任没有事实依据和法律依据，请人民法院判决驳回其诉讼请求。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对有异议的证据，本院将根据已确认的证据，结合原、被告的质证意见、庭审笔录等进行综合认定，并将确认和认定的证据作为本案认定事实的依据。

本院经审理查明认定事实如下：原告宜东企业是成立于2011年3月29日的有限合伙企业，经营范围包括从事对非上市企业的股权投资，通过认购非公开发行股票或者受让股权等方式持有上市公司股份。被告华业公司是成立于1997年1月31日的有限责任公司，所属行业为包装装潢及其他印刷，现投资者有新南方集团、宜东企业、广东珠光集团有限公司、广州美富创业投资企业（有限合伙）、深圳市聚兰德股权投资基金合伙企业（有限合伙）、新疆阳爵名光股权投资合伙企业（有限合伙），陈友标、张利辉、陈耿锋、梁佩兰、赵创森、凌晓燕、许木辉、梁艺、蔡满丹、郑家花、蔡金元。被告陈友标原为该公司持有股权98%的控股股东及法定代表人，后为该公司持有股权15.13%的股东。新南方集团现持有华业公司51%的股份，为该公司控股股东。

华业公司（甲方）、陈友标（乙方）与宜东企业（丙方）于2011年11月28日签订投资协议，约定三方拟于6个月内签订《增资协议》，根据《投资协议》的约定，宜东企业向华业公司增资人民币10350万元，取得华业公司12%的股权。投资协议第一条约定了宜东企业作为新投资人的义务，并约定支付增资款的时间、数额及方式。第二条约定了业绩承诺，华业公司、陈友标承诺华业公司2011年净利润7500万元，2012年净利润9100万元，2013年净利润12000万元，并承诺上述三年度若有任一年度经审计的实际税后净利润低于上述标准，

则华业公司、陈友标以现金补偿的方式退还宜东企业多支付的投资款。第三条约定了宜东企业股权股份的退出。第四条约定了陈述与保证。第五条约定了特别约定条款。具体内容为（5.1 甲方、乙方保证华业公司在收到丙方支付的增资款总额的 20%即人民币 2070 万元（大写：贰仟零柒拾万元）之日起 6 个月内完成丙方取得华业公司 12%股权的验资及工商变更登记等工作。5.2 若因本协议约定，甲方、乙方应向丙方作出现金补偿或回购丙方股权的，甲方、乙方应按本协议的约定作出补偿给丙方或回购丙方股权。5.3 甲方、乙方保证华业公司在成功上市前，确保丙方在华业公司的股权比例保持 12%不变。5.4 甲方、乙方确认，截至本协议签署之日，乙方所持有华业公司的股权不存在质押予任何人或其他人对其股权提出任何权利主张，并得到人民法院裁判或者仲裁机构裁决支持的事实。在广东华业上市前，乙方不得将其持有广东华业的股权质押或者转让给任何第三方以导致其丧失控股权。5.5 甲方、乙方对本协议中约定的义务向丙方承担连带责任。5.6 关于丙方对甲方的增资款项，甲方、乙方只限于华业公司的正常生产经营所需，不得挪作其他与华业公司的主营业务范围无关的用途。若甲方、乙方违反本条“特别约定事项”时，丙方可以给予甲方、乙方 30 个工作日的纠正期，若甲方、乙方超过纠正期还未予以纠正的，则丙方有权随时单方要求甲方、乙方返还丙方已支付的全部投资款的本金、利息。”第六条约定了竞业禁止。第七条约定了保密条款。第八条约定了争议解决方式。第九条约定了各方的通知义务及送达方式。第十条约定了宜东企业的知情权。第十一条附则部分约定了本协议的相关约定与《增资协议》的约定及日后签署的华业公司章程及其他相关文件约定不一致的，以本协议的约定为准。并且相关条款经三方协商一致，可以进行修改或补充另行签署相应协议。

在投资协议履行过程中，宜东企业、华业公司、陈友标及其他股东梁佩兰、陈耿锋、凌晓燕、张利辉、广州市力奥盈辉投资合伙企业（有限合伙）、深圳市聚兰德股权投资基金合伙企业（有限合伙）、新疆阳爵名光股权投资合伙企业（有限合伙）、广州美富创业投资企业（有限合伙）、青岛威尔优势成长投资企业（有限合伙）、赵创森、许木辉、梁艺、蔡满丹、郑家花、蔡金元于 2012 年 3 月 20 日签订了《增资协议》，协议约定华业公司原注册资本为 13800 万元，各方一致同意增资至 19000 万元，增资额为 5200 万元，各方同意溢价认缴华业公司该次增资款。其中宜东企业以 8280 万元对华业公司进行增资，其中 2280 万元进入华业公司的注册资本，剩余 6000 万元计入华业公司的资本公积。增资完成后，宜东企业在华业公司的出资额为 2280 万元，持有华业公司股权比例为 12%。

按照上述二份协议的约定，宜东企业于 2011 年 12 月 29 日向陈友标支付了 2070 万元，于 2012 年 4 月 24 日、26 日、27 日向华业公司支付了 8280 万元。在收取上述投资款后，华业公司办理了宜东企业持有华业公司 12%股权的工商变更登记手续。

增资后，因华业未能实现投资协议约定的业绩增长目标，2013 年 9 月 16 日宜东企业、华业公司、陈友标三方在投资协议基础上签订了《补充协议》，约定三方同意陈友标将华业公司现有股本 5%的股权无偿转让给宜东企业以代替投资协议中的现金补偿，在该协议签署后，宜东企业不得再就华业公司的业绩承诺、现金补偿、上市时间、上市地点提出任何限制或主张，即三方同意原投资协议中第二条、第三条所含全部条、款、项及第五条 5.2 均予以撤销，自动失效，不再对协议三方具有约束力。并且约定了协议签署之日起至华业公司向上市审核部门上报了上市材料且未被否决或撤销的期间内，或虽被否决或撤销但尚不导致华业公司上市目的无法实现的情况下，宜东企业不得向陈友标、华业公司提出股权回购的要求。如果宜东企业单方提出退还或者要求股权回购并经陈友标、华业公司同意后，回购的股权为原增资持有的 12%股权+因业绩补充获得的 5%股权，所对应的回购总价款为 10350 万元，加算宜东企业自付出上述全部款项至收回全部投资款期间的利息（按银行同期贷款年利率计算）。陈友标、华业公司对本补充协议中约定的义务向宜东企业承担连带责任。

2015 年 1 月 7 日，华业公司召开股东会，到会表决股东包括陈友标、张利辉、赵创森、许木辉、宜东企业、广州市力奥盈辉投资合伙企业（有限合伙）、青岛蕨尔优势成长投资企业（有限合伙）、深圳市聚兰德股权投资基金合伙企业（有限合伙）、广州美富创业投资企业（有限合伙）、新疆阳爵名光股权投资合伙企业（有限合伙），其他股东委托他人到会进行表决，各股东一致同意陈友标将其持有的华业公司 33% 股权以人民币 39600 万元的价格转让给新南方建设公司，陈友标将其持有的华业公司 7% 的股权以 8400 万元的价格及陈耿锋将其持有的华业公司 11% 的股权以人民币 13200 万元的价格，分别转让给新南方酒业公司，受让后，新南方酒业公司持有华业公司 18% 的股权。同时其他股东均表示对上述转让股权放弃其优先购买权。

2015 年 1 月 25 日，华业公司召开股东会，到会表决股东包括陈友标、张利辉、许木辉、梁艺、宜东企业、广州市力奥盈辉投资合伙企业（有限合伙）、深圳市聚兰德股权投资基金合伙企业（有限合伙）、广州美富创业投资企业（有限合伙）、新疆阳爵名光股权投资合伙企业（有限合伙），新南方建设公司、新南方酒业公司。青岛蕨尔优势成长投资企业（有限合伙）缺席，但书面同意该次股东会决议并放弃优先购买权，其他股东委托他人到会进行表决，各股东一致同意新南方建设公司持有华业公司 33% 的股权，以人民币 39600 万元的价格转让给新南方集团、同意新南方酒业公司持有华业公司 18% 的股权，以人民币 21600 万元的价格转让给新南方集团，受让后，新南方集团合计持有华业公司 51% 的股权，其他股东均表示对上述转让股权放弃其优先购买权。

另查明，至本案一审辩论终结前，华业公司并未上市。2017 年 11 月 14 日，原告以两被告应返还原告已支付的全部投资款的本金、利息的条件已经成就为由向本院提起诉讼，并提出上述诉讼请求。原告在庭审及书面辩论意见中明确起诉状中所处的“两被告应返还原告已支付的全部投资款的本金、利息的条件已经成就”是指《投资协议》第五条“特别约定条款”中 5.4 约定的“在华业公司上市前，陈友标不得将其持有华业公司的股权质押或者转让给任何第三方以导致其丧失控股权。”

本院认为，本案系新增资本认购纠纷，根据各方的诉辩主张，原告认为根据《投资协议》第五条“特别约定条款”，不论华业公司控股权基于何种原因发生变化，在华业公司上市前，只要出现陈友标丧失控股权的情形，原告不需通过主张股权回购的方式，即享有要求二被告返还投资本息款项的权利。二被告则认为陈友标转让其股权以致丧失控股权是经原告同意，原告据此要求二被告返还投资本息款项没有依据。本案争议的焦点是：（一）“在华业公司上市前，陈友标不得将其持有华业公司的股权质押或者转让给任何第三方以导致其丧失控股权。”是属于两被告返还原告已支付的全部投资款的本金、利息所附生效条件还是属于各方约定的合同义务。（二）在原告同意陈友标转让华业公司的股权丧失对华业公司控股权的前提下，原告是否有权随时单方要求二被告返还已支付的全部投资款的本金、利息。

关于焦点一。经审查认为，对于《投资协议》第五条“特别约定条款”的理解，应当按照所使用的词句，在尊重当事人签订该协议时的意思表示以及诚实信用的原则结合文理解释予以认定。原告与二被告签订《投资协议》，目的是为了参与投资华业公司，启动资本运作，二被告目的则是为了引进投资，推进华业公司上市。在第五条“特别约定条款”中共有六个约定事项，在该条款最后约定了若二被告违反该条特别约定事项，原告可以给予二被告 30 个工作日的纠正期，若二被告超过纠正期还未予以纠正的，则原告有权随时单方要求二被告返还原告已支付的全部投资款的本金、利息。在该约定中用了“违反”、“纠正”等词语，所谓违反，是指不符合、不遵守。所谓纠正，是指改正、消除已发现的不合格。通常情况下，应是在当事人对某事项进行过约定后，某一方出现了不遵守约定的行为，需要进行改正，才需要使用“违反”、“纠正”等词语，因此“特别约定条款”应属于各方当事人对于违约行为及后果的约定。原告认为“在华业公司上市前，陈友标不得将其持有华业公司的股权质押或者

转让给任何第三方以导致其丧失控股权。”是原告行使债权请求权所约定的附生效条件，该主张不成立，本院不予采纳。

关于焦点二。各方对于 2015 年 1 月 7 日原告同意陈友标将其持有的华业公司 33%股权转让给新南方建设公司，将其持有的华业公司 7%的股权转让给新南方酒业公司的事实及 2015 年 1 月 25 日原告同意新南方建设公司及新南方酒业公司将持有华业公司共 51%的股权转让给新南方集团的事实均没有异议。陈友标在 2015 年 1 月已失去了华业公司的控股权，但其转让股权导致失去控股权的行为是经宜东企业明确同意的，即陈友标失去控股权不属于违约行为，因此原告主张陈友标失去控股权，其即享有要求二被告返还投资本息款项的权利依据不足，本院不予支持。根据《最高人民法院关于适用

的解释》第九十条“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”的规定，因原告未能提供足够证据证明其主张，对此应由其承担不利的法律后果。

综上所述，原告的诉讼请求依法不能成立，本院不予支持。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于适用

的解释》第九十条的规定，判决如下：

驳回原告新疆宜东股权投资有限合伙企业的诉讼请求。

案件受理费 711925.84 元，保全费 5000 元，由原告新疆宜东股权投资有限合伙企业负担。管辖权异议受理费 100 元，由被告陈友标负担，陈友标应在本判决发生法律效力之日起五日内向本院交纳。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于广东省高级人民法院。

审判长 杨桦

审判员 刘建荣

代理审判员 陈烨

二〇一八年九月二十五日

书记员 林树超

徐建军诉吕丽萍股权转让纠纷一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院

民事判决书

(2015)沪一中民四(商)终字第 1700 号

上诉人(原审被告)徐建军。

委托代理人**。

被上诉人(原审原告)吕丽萍。

委托代理人***。

上诉人徐建军为与被上诉人吕丽萍股权转让纠纷一案,不服上海市奉贤区人民法院(2015)奉民二(商)初字第 3 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2015 年 8 月 13 日立案受理后,依法组成合议庭,并于 2015 年 9 月 2 日进行了公开开庭审理。上诉人徐建军的委托代理人**,被上诉人吕丽萍及其委托代理人***均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明,1999 年 9 月 29 日,吕丽萍与徐建军签订“关于转让股权的协议”一份,约定徐建军自愿将其持有的**公司(以下简称**公司)的一万股份额,以每股作价人民币 1.76 元转让给吕丽萍,共计 17,600 元;并约定该股票自购入后至上市前所对应的股息、红利、配股等权利归吕丽萍所有,及上市交易后的相关财产权益均归吕丽萍所有,期间的一切手续均由徐建军代理;该股票上市时,抛售所得资金由徐建军在三日之内给付吕丽萍。

2011 年 1 月 31 日,徐建军账户领取现金 200,000 元,同日,吕丽萍账户存入现金 120,000 元。2013 年 2 月 7 日**公司向吕丽萍账户转账 50,000 元,而该公司系徐建军的一人有限责任公司。吕丽萍认为上述两笔款项均系徐建军支付的减持款,加上徐建军给付的现金,徐建军共计已向吕丽萍给付款项 173,545.50 元,尚有 468,609.80 元的减持款应向吕丽萍支付。吕丽萍曾于 2014 年 8 月 26 日诉至法院,要求徐建军给付减持款,后因补充证据而撤诉。现吕丽萍再次诉至法院,请求判令徐建军返还股票减持款 468,609.80 元,并支付以 459,891.10 元为本金(不包括最后两期减持款)自 2012 年 6 月 28 日起至判决生效日止的同期银行贷款利息损失。

另查明,案外人***以自己名义持有**公司的股份为两万股,在该股票上市后,***因此获得的减持款分别为 2011 年 1 月 14 日 247,091.01 元、7 月 7 日 16,778.01 元、8 月 1 日 23,359.47 元、8 月 30 日 22,372.45 元、9 月 23 日 3,783.57 元、2012 年 5 月 25 日 569,898.60 元、6 月 25 日 383,590.18 元、9 月 4 日 5,428.60 元、12 月 17 日 12,008.74 元,共九次,合计 1,284,310.63 元。平均每万股获得的减持款为 642,155.32 元,其中 2011 年为 156,692.26 元、2012 年为 485,463.06 元。

再查明,**公司原名称“**公司”,2010 年 9 月变更名称为“**公司”。**公司系**公司(以下简称**公司)的发起人、股东之一。**公司在 2002 年前名为“**公司保险股份有限公司”,于 2002 年更名为“**公司”。根据中国保监会及中国证监会的相关批复,**公司获准在上海证券交易所首次公开发行 A 股,并于 2007 年 3 月 1 日起在上海证券交易所上市。**公司设立了员工受益所有权计划,由参与员工认缴员工集合资金并获得单位权益。由徐建军等**公司员工出资购买**公司的股份,实际上是由**公司持有的**公司法人股。根据中国证监会所作相关规定,法人股的锁定期为三年,故**公司首次公开发行 A 股三年后的 2010 年 3 月 1 日后可以上市流通。

原审法院认为,当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。吕丽萍与徐建军之间签订了股权转让协议,就**公司的股份转让进行了约定,双方均应依约定履行合同义务。首先,本案争议的焦点在于,吕丽萍是否向徐建军交付了股权转让款,该转让协议是否实际履

行？徐建军在 2011 年 1 月 31 日取款 200,000 元，而同日吕丽萍账户存入 120,000 元，虽然该两笔款项并不必然互相存在关系，但结合徐建军的一人公司之后向吕丽萍又付款 50,000 元，及三位证人的证言，吕丽萍的证据相对而言比徐建军所述更有证明力。徐建军虽然主张该 50,000 元系其他业务，但并未对此提供任何证据，故对此不予采信。综上，原审法院有理由相信，吕丽萍与徐建军之间的股权转让协议成立并实际履行，**公司每一万股的减持款共计为 642,155.32 元，现吕丽萍自认徐建军已给付 173,545.50 元，故徐建军尚欠吕丽萍 468,609.80 元，应按约定向吕丽萍进行支付。其次，根据股权转让协议的约定，徐建军应当在取得减持款三日内向吕丽萍交付款项。现吕丽萍仅主张前七期减持款（即扣除最后两期每一万股的减持款共计 8,718.67 元）的利息，即 2012 年 6 月 25 日前发放的款项利息，故对吕丽萍要求徐建军自 2012 年 6 月 28 日起偿付该部分款项利息的诉讼请求予以支持。再次，对于徐建军提出诉讼时效的辩称，由于最后一次发放减持款至吕丽萍第一次起诉的时间未逾两年，吕丽萍主张并未超过诉讼时效，故对徐建军就诉讼时效的意见不予采纳。据此，依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条的规定，判决：一、徐建军于原审判决生效之日起十日内给付吕丽萍欠款 468,609.80 元；二、徐建军于原审判决生效之日起十日内偿付吕丽萍以 459,891.10 元为本金，自 2012 年 6 月 28 日起至原审判决生效日止、按中国人民银行同期贷款利率计算的利息损失。一审案件受理费 8,329 元，由徐建军负担。原审判决后，徐建军不服，向本院提起上诉称：一、原审判决认定事实不清，主要证据不足。原审判决仅凭证人证言认定吕丽萍已向徐建军交付股权转让款，从而认定股权转让协议已实际履行，不符合事实。首先，三位证人中只有***系同期同事，其余两位证人早在 2009 年已离开公司，不可能知道徐建军与吕丽萍之间的事情；其次，所有证人均没有看到吕丽萍支付股权转让款给徐建军，故证人证言有瑕疵，不应采信。原审判决仅凭徐建军的公司向吕丽萍汇款 50,000 元、吕丽萍的银行卡存入 120,000 元以及徐建军当天有银行领款记录来推出徐建军向吕丽萍交付减持款的事实不能成立；二、原审法院对吕丽萍逾期举证的证人组织质证，违反诉讼程序；三、根据吕丽萍提交的证据，徐建军最后一次获得减持分红款的时间为 2011 年 9 月 23 日，诉讼时效期间应至 2013 年 9 月 23 日届满，吕丽萍于 2014 年 12 月提起本案诉讼，已超过诉讼时效期间。据此，上诉人徐建军认为原审判决错误，请求本院撤销原审判决，依法改判驳回吕丽萍原审全部诉讼请求，一、二审诉讼费用由吕丽萍承担。被上诉人吕丽萍辩称：一、原判认定双方股权转让协议已实际履行有转账记录和证人证言，足以证明案件事实，且徐建军也没有合理抗辩理由。二、原审法院对证人证言质证符合法律规定，即便存在逾期质证，但因与案情有关，应当采纳。三、至于诉讼时效起算点，最后一次发放减持款是在 2012 年年底，诉讼时效期间应从此时计算至 2014 年年底，2014 年 8 月吕丽萍曾经提起过诉讼，引起诉讼时效中断，因此本案未超过诉讼时效期间。综上，被上诉人吕丽萍认为原判认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

双方当事人本案二审期间均未提交证据材料。

本院经审理查明：原审判决认定事实属实，本院依法予以确认。

本院认为：一、吕丽萍与徐建军于 1999 年 2 月 19 日签订的《关于转让股权的协议》系双方当事人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，属于有效协议，双方均应依照协议的约定履行义务。徐建军辩称其通过公司转账的 50,000 元系偿还吕丽萍的借款，但徐建军未提供相应证据予以证明。而吕丽萍提供的证据能形成证据锁链证明徐建军向吕丽萍支付的两笔款项（120,000 元和 50,000 元）系股票减持款，徐建军已按照协议约定履行了部分支付减持款义务。因此徐建军关于协议未实际履行的抗辩主张不能成立，徐建军应当按照协议约定全部履行支付减持款义务。二、关于徐建军上诉主张原审法院对吕丽萍逾期举证的证人组织质证，违反诉讼程序。对此，本院认为，2015 年 4 月 20 日原审法院主持双方进行证据交换，并于 2015 年 6 月 18 日公开开庭进行了审理，在庭审中对吕丽萍申请的证人进

行质证不违反法定程序,且证人证言与本案事实有关,因此徐建军的该项上诉主张不能成立。
三、关于徐建军上诉主张吕丽萍提起本案诉讼已超过诉讼时效期间。对此,本院认为,最后一笔减持款于 2012 年 12 月 17 日发放,吕丽萍于 2014 年 8 月 26 日曾就本案向法院提起过诉讼,导致诉讼时效期间中断,故本案诉讼并未超过诉讼时效期间,徐建军的该项上诉主张亦不能成立。

综上,上诉人徐建军的上诉请求无事实和法律依据,本院不予支持。原判认定事实清楚,适用法律正确,程序合法,本院依法予以维持。据此,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(一)项、第一百七十五条及第一百一十八条之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

本案二审案件受理费人民币 8,329 元,由上诉人徐建军负担。

本判决为终审判决。

971

审判长 周清

代理审判员 庞建新

代理审判员 陆文芳

二〇一五年九月二十三日

书记员 吴娟娟

徐建军诉谢天希股权转让纠纷一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院

民事判决书

(2015)沪一中民四(商)终字第 1616 号

上诉人(原审被告)徐建军。

委托代理人**。

被上诉人(原审原告)谢天希。

委托代理人***。

上诉人徐建军为与被上诉人谢天希股权转让纠纷一案,不服上海市奉贤区人民法院(2015)奉民二(商)初字第 2 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2015 年 8 月 6 日立案受理后,依法组成合议庭,并于 2015 年 9 月 2 日进行了公开开庭审理。上诉人徐建军的委托代理人**,被上诉人谢天希及其委托代理人***均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明,2001 年 2 月 19 日,谢天希与徐建军签订“关于转让股权的协议”一份,就 2000 年 9 月谢天希受让徐建军持有的**公司(以下简称**公司)的一万股份额,以每股作价人民币 1.76 元(共计 17,600 元)的事宜进行了约定;双方在协议中约定该股票自购入后至上市前所对应的股息、红利、配股等权利归谢天希所有,及上市交易后的相关财产权益均归谢天希所有,期间的一切手续均由徐建军代理;该股票上市时,抛售所得资金由徐建军在三日之内给付谢天希。

谢天希以自己名义持有**公司的股份为两万股,在该股票上市后,谢天希因此获得的减持款分别为 2011 年 1 月 14 日 247,091.01 元、7 月 7 日 16,778.01 元、8 月 1 日 23,359.47 元、8 月 30 日 22,372.45 元、9 月 23 日 3,783.57 元、2012 年 5 月 25 日 569,898.60 元、6 月 25 日 383,590.18 元、9 月 4 日 5,428.60 元、12 月 17 日 12,008.74 元,共九次,合计 1,284,310.63 元。平均每一万股获得的减持款为 642,155.32 元,其中 2011 年为 156,692.26 元、2012 年为 485,463.06 元。

2011 年 2 月 22 日,徐建军向谢天希账户存入 120,000 元;2012 年 2 月 14 日,徐建军又向谢天希转账 33,255 元,共计 153,255 元。谢天希认为除了上述款项,徐建军也给付过现金,共计已支付了金额为 15,669.20 元,尚有 485,463.10 元的减持款应向谢天希支付。谢天希曾于 2014 年 8 月 26 日诉至法院,要求徐建军给付减持款,后因补充证据而撤诉。现谢天希再次诉至法院,请求判令徐建军返还股票减持款 485,463.10 元,并支付以 476,744.40 元为本金(不包括最后两期减持款)自 2012 年 6 月 28 日起至判决生效日止的同期银行贷款利息损失。

另查明,**公司原名称“**公司”,2010 年 9 月变更名称为“**公司”。**公司系**公司(以下简称**公司)的发起人、股东之一。**公司在 2002 年前名为“***公司”,于 2002 年更名为“**公司”。根据中国保监会及中国证监会的相关批复,**公司获准在上海证券交易所首次公开发行 A 股,并于 2007 年 3 月 1 日起在上海证券交易所上市。**公司设立了员工受益所有权计划,由参与员工认缴员工集合资金并获得单位权益。由徐建军等**公司员工出资购买**公司的股份,实际上是由**公司持有的**公司法人股。根据中国证监会所作相关规定,法人股的锁定期为三年,故**公司首次公开发行 A 股三年后的 2010 年 3 月 1 日后可以上市流通。

原审法院认为,当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。谢天希与徐建军之间签订了股权转让协议,就**公司的股份转让进行了约定,双方均应依约定履行合同义务。首先,本案争议的焦点在于,谢天希是否向徐建军交付了股权转让款,该转让协议是否实际履行?谢天希自有的两万股股票减持款 2011 年 1 月 14 日为 247,091.01 元,即每一万股 123,

545.50 元，而同年 2 月 22 日，徐建军向谢天希账户存入 120,000 元；另外，2011 年度谢天希总共应获得每一万股的减持款为 156,692.26 元，而加上徐建军在 2012 年 2 月 14 日又向谢天希转账的 33,255 元，两次共计 153,255 元。该金额与每一万股的减持款金额虽然不完全一致，但无论从转账时间或者金额上都比较接近；而徐建军未就其借款或货款的辩称提供证据证明，因此结合三位证人的证言，原审法院有理由相信，徐建军这两次给付的款项系向谢天希交付的减持款。由此可见，双方的股权转让协议成立并实际履行，**公司每一万股的减持款共计为 642,155.32 元，现谢天希自认徐建军已给付 156,692.20 元，尚欠 485,463.12 元。谢天希要求徐建军给付 485,463.10 元的请求在徐建军所欠款项范围内，原审法院对此予以支持。

其次，根据股权转让协议的约定，徐建军应当在取得减持款三日内向谢天希交付款项。现谢天希仅主张前七期减持款的利息，即 2012 年 6 月 25 日前发放的款项利息，故对谢天希要求徐建军自 2012 年 6 月 28 日起偿付该部分款项利息的诉讼请求予以支持。再次，对于徐建军提出诉讼时效的辩称，由于最后一次发放减持款至谢天希第一次起诉的时间未逾两年，谢天希主张并未超过诉讼时效，故对徐建军就诉讼时效的意见不予采纳。据此，依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条的规定，判决：一、徐建军于原审判决生效之日起十日内给付谢天希欠款 485,463.10 元；二、徐建军于原审判决生效之日起十日内偿付谢天希以 476,744.40 元为本金，自 2012 年 6 月 28 日起至原审判决生效日止按中国人民银行同期贷款利率计算的利息损失。一审案件受理费 8,582 元，由徐建军负担。

原审判决后，徐建军不服，向本院提起上诉称：一、原判认定事实不清，主要证据不足。原判仅凭证人证言认定谢天希已向徐建军交付股权转让款，从而认定股权转让协议已实际履行，不符事实。首先，三位证人中只有***系同期同事，其余两位证人早在 2009 年已离开公司，不可能知道徐建军与谢天希之间的事情；其次，所有证人均没有看到谢天希支付转让款给徐建军，故证人证言有瑕疵，不应采信。原判仅凭徐建军向谢天希两次银行汇款来推理认定系向谢天希交付减持款，不能成立。徐建军在一审中已对两次汇款的目的和性质作了合理解释，且两次汇款的数额均与谢天希主张的减持款数额不符；二、原审法院对谢天希逾期举证的证人组织质证，违反诉讼程序；三、根据谢天希提交的证据，徐建军最后一次获得减持分红款的时间为 2011 年 9 月 23 日，诉讼时效至 2013 年 9 月 23 日到期，即使谢天希于 2014 年 5 月 14 日所发的挂号信存在，也已超过诉讼时效期间。故上诉人徐建军请求撤销原判，依法改判驳回谢天希全部诉讼请求，一、二审诉讼费用由谢天希承担。

被上诉人谢天希辩称：原判认定双方股权转让协议已实际履行有转账记录和证人证言，足以证明案件事实，且转账金额接近，徐建军也没有合理抗辩理由。原审法院对证人证言质证符合法律规定，即便存在逾期质证，但因与案情有关，应当采纳。至于诉讼时效起算点，谢天希也有股票减持款，原审法院查明最后一次发放减持款是在 2012 年年底，诉讼时效应计算至 2014 年年底，2014 年 8 月谢天希起诉过，引起时效中断，因此本案未过诉讼时效。综上，原判认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

双方当事人在本院二审期间均未提交证据材料。

本院经审理查明：原审判决认定事实属实，本院依法予以确认。

本院认为：一、谢天希与徐建军于 2001 年 2 月 19 日签订的《关于转让股权的协议》系双方当事人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，属有效协议，双方均应依照协议的约定履行义务。徐建军辩称其支付给谢天希的 12 万元以及转账的 33,255 元系偿还谢天希的借款以及支付购买完美产品的货款，但徐建军未提供相应证据予以证明。而谢天希提供的证据能形成证据锁链证明徐建军向谢天希支付的前述两笔款项系股票减持款，徐建军已按照协议约定履行了部分支付减持款义务。因此徐建军关于协议未实际履行的抗辩主张不能成立，徐建军应当按照协议约定全部履行支付减持款义务。二、关于徐建军上诉主张原审

法院对谢天希逾期举证的证人组织质证，违反诉讼程序。对此，本院认为，2015 年 4 月 20 日原审法院主持双方进行证据交换，并于 2015 年 6 月 18 日公开开庭进行了审理，在庭审中对谢天希申请的证人进行质证不违反法定程序，因此徐建军的该项上诉主张不能成立。三、关于徐建军上诉主张本案已过诉讼时效期间。对此，本院认为，最后一笔减持款于 2012 年 12 月 17 日发放，按照双方协议约定，谢天希于 2014 年 8 月 26 日曾就本案向原审法院提起诉讼，导致诉讼时效中断，故本案并未超过诉讼时效，因此徐建军的该项上诉主张亦不能成立。综上，上诉人徐建军的上诉请求无事实和法律依据，本院不予支持。原判认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，本院依法予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项、第一百七十五条及第一百一十八条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费人民币 8,582 元，由上诉人徐建军负担。

本判决为终审判决。

审判长 周清

代理审判员 庞建新

代理审判员 陆文芳

二〇一五年九月二十三日

书记员 吴娟娟

徐某与夏某股权转让纠纷一案一审民事判决书

上海市青浦区人民法院

民事判决书

(2012)青民二(商)初字第 528 号

原告徐某。

委托代理人孔某，某律师集团上海事务所律师。

被告夏某。

委托代理人程某，上海市某律师事务所律师。

第三人某投资发展有限公司(原称“某投资发展有限公司”，2010 年 9 月 10 日更名)。

原告徐某诉被告夏某股权转让纠纷一案，本院于 2012 年 3 月 5 日立案受理后，依法适用简易程序，由审判员杨明华独任审判。5 月 8 日，本院根据原告申请依法追加某投资发展有限公司(简称某公司)为本案第三人参加诉讼。6 月 19 日，本院对本案公开开庭进行了审理，原告徐某、委托代理人孔某，被告委托代理人程某到庭参加诉讼。第三人某公司经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法缺席审理。审理中，原告向本院提出了诉讼保全申请，本院依法采取了财产保全措施。7 月 2 日，本案因案情需要依法转普通程序进行审理。8 月 7 日，本院对本案再次公开开庭进行了审理，原告徐某、委托代理人孔某，被告委托代理人程某到庭参加诉讼。第三人某公司经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告徐某诉称：原、被告系师徒关系，均系中国平安某保险股份有限公司上海分公司市西营业区青浦部员工。1998 年底，公司鼓励员工购买某公司的股份成员证，被告认为有风险，不愿购买，原告提出以被告名义购买，被告表示同意，为此原告以被告名义向公司交付了出资款人民币 17,600 元，并于 2000 年 1 月 14 日取得了以被告为成员的股份成员证。为避免日后发生争议，双方于同年 2 月 2 日签订《股票协议》以资遵守。为方便原告支取红利，被告于 2004 年 6 月 3 日将自己的银行卡交给原告。2004 年 8 月 7 日至 2008 年 10 月 15 日期间，原告共从卡内支取红利 25,400 元。2009 年年初，因原告不同意解除双方之间的股权转让行为，被告报失了银行卡，自此，原告应得的红利全部由被告收取。原告系该股份成员证的实际权力(利)人。据此，原告请求判令：1、确认原告为编号 00000 某《股份成员证》的实际权力(利)人；2、判令被告协助原告办理编号为 00000 某《股份成员证》变更登记事项；3、判令被告返还原告自 2008 年 8 月 16 日起至实际归还日止的红利收益 1 万元。

审理中，原告将上述第 2 项诉请变更为：要求被告及第三人协助原告办理编号为 00000 某《股份成员证》的变更登记事项；将第 3 项诉请金额变更为：判令被告返还原告 2009 年 9 月 9 日至 2012 年 6 月 20 日期间的红利及股份减持收益合计 641,636.22 元(其中红利收益 32,957.33 元，股份减持收益 608,678.89 元)。

被告夏某辩称：本案股份成员证项下的股权为被告所有，故不同意原告诉请。

第三人某投资发展有限公司未到庭陈述。

经开庭审理查明：2000 年 1 月 14 日，某公司制发了编号为 00000 某、股份成员为被告的《股份成员证》一个。

2000 年 2 月 2 日，被告出具给原告《股票协议》一份，载明：兹有被告股证人由原告代股证人(1 万股由原告购买)，金额 17,600 元，账号 033306-0080104739。

2004 年 8 月 7 日至 2008 年 10 月 15 日期间，原告持被告银行卡共领取红利收益 25,400 元。

2009 年，被告将银行卡和股份成员证挂失。

另查明：本案股份成员证项下的信息反映：1999 年购买平安员工投资权益 1 万股(份)，每股(份)1.76 元。

2009 年 9 月至 2012 年 6 月期间, 本案股份成员证项下的红利收益为 32,957.73 元(其中 2009 年 9 月为 2,000 元, 2010 年 7 月为 4,000 元, 9 月为 2,200 元, 2011 年 7 月为 11,679.73 元, 8 月为 11,186.22 元, 9 月为 1,891.78 元)、股份减持收益为 608,678.89 元(其中 2011 年 1 月为 123,545.50 元, 7 月为 8,389 元, 2012 年 5 月为 284,949.30 元, 6 月为 191,795.09 元)。

再查明: 中国某保险股份有限公司于 2002 年更名为“中国某保险(集团)股份有限公司”(简称平某公司)。根据中国保监会及中国证监会的相关批复, 平某公司获准在上海证券交易所首次公开发行 A 股 1,150 百万股, 并于 2007 年 3 月 1 日起在上海证券交易所上市。某公司为平安公司的股东, 由公司员工出资购买的该公司内部股实际上为由某公司持有的该公司法人股。根据中国证监会所做相关规定, 法人股的锁定期为 3 年, 故于平某公司首次公开发行 A 股 3 年后的 2010 年 3 月 1 日后可以上市流通。

至 2012 年 6 月 20 日, 本案股份成员证项下的 1 万股股份权益份额减持完毕。

以上查明的事实, 由原告提供的《股票协议》原件一份, 《股份成员证》一个(与原件核对无异), 法院调查的《平安员工投资权益相关信息确认书》原件一份、本案股份成员证分红及减持收益情况表原件一份以及原、被告的一致陈述等证据佐证, 经当庭出证、质证, 双方当事人均无异议, 本院予以确认。

本案在审理过程中, 为证明本案股份成员证项下的款项系由原告出资, 原告提供了以下证据:

1、现金解款单原件一张, 载明: 收款人中国平安保险股份有限公司上海分公司人身险营业部, 账号 033306-00801047391, 金额 17,600 元, 以此证明原告于 1998 年年底向公司支付 17,600 元投资款的事实;

2、某公司于 2000 年 1 月 14 日制发的编号为 0000019567、股份成员登记为被告的《股份成员证》原件一个、户名为被告的平安银行卡一张, 以此证明原告支付投资款 17,600 元后, 被告将《股份成员证》和银行卡交付给原告的事实。

经质证, 被告对上述证据的真实性无异议, 但认为 17,600 元投资款系被告支付, 至于现金解款单、《股份成员证》以及银行卡为何在原告处, 认为此系被告在 2000 年 2 月 2 日签订《股票协议》欲委托原告转让股份、原告有意受让时由被告一并交给原告的, 但由于双方价格未谈妥, 转让协议未达成。

原告认为, 被告未曾委托原告转让股份。原告于 1998 年 12 月支付投资款后取得《股份成员证》, 被告才于 2000 年 2 月 2 日出具《股票协议》确认原告的受让行为。

本案在审理过程中, 被告还称, 原告未在《股票协议》签订后的两年内提出诉讼, 也未在被告挂失银行卡后的两年内提出异议, 诉讼时效已过。

根据庭审确认的事实, 本院认为: 本案股份成员证实为平安公司员工的投资权益凭证。根据权利义务相一致的原则, 谁履行了出资义务, 谁就享有股份成员证项下的权益。原告持有出资凭证(即现金解款单)和署有被告名字的《股份成员证》及银行卡, 且在过去的四年中享受了红利分配, 上述行为足以证明出资人是原告的事实, 原告是以被告名义购买了平安公司员工的投资权益份额。由于双方之间的股份转让行为并未违背法律的禁止性规定, 应确认为合法、有效, 对双方当事人具有法律约束力。被告自转让股份时起, 该股份成员证项下的权益已归原告所有, 故原告系编号 00000 某《股份成员证》的实际权利人, 期间产生的红利及股份减持收益应归原告所有, 被告应将截止至 2012 年 6 月 20 日已获得的红利及股份减持收益返还原告。由于本案股份成员证项下的股份已减持完毕, 故原告的第 2 项诉请已无必要。关于诉讼时效, 原告主张的最后一笔股份减持收益的发放时间为 2012 年 6 月, 故本案并未过诉讼时效。现被告认为签订《股票协议》及交付《股份成员证》和银行卡的行为只是被告欲委托原告出售自己股份的主张, 对此抗辩, 被告并无证据证明, 本院不予采信。本院认为, 即便当初被告有转让股份之意, 在转让方和受让方未达成转让协议之前, 被告并无向

受让方交付《股份成员证》的必要，也无需将作为支付投资款的现金解款单交给对方，更不会在对方获取红利期间未提出任何异议，显然有悖常理。故《股票协议》只是被告以书面形式确认原告出资行为的行为。第三人经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭，放弃了当庭抗辩的权利。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五条、《中华人民共和国合同法》第八条、第五十二条第（五）项、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、《最高人民法院关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 162 条的规定，判决如下：

- 一、确认原告徐某为编号 00000 某《股份成员证》的权利人；
- 二、被告夏某应于本判决生效之日起十日内返还原告徐某红利及股份减持收益计 641,636.22 元；
- 三、驳回原告徐某的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 10,376.36 元，由原告负担 80 元，被告负担 10,296.36 元；财产保全费 2,831 元，由被告负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判长 杨明华
人民陪审员 范根生
人民陪审员 邹惠贤
二〇一二年八月二十七日
书记员 黄洁亭

徐耀康与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一审民事判决书

上海市黄浦区人民法院
民事判决书

(2017)沪 0101 民初 12100 号

原告徐耀康，男，1953 年 2 月 28 日生，汉族，住上海市普陀区。

委托诉讼代理人：王亦雄，上海光明律师事务所律师。

被告上海佳乐无线电总厂，住所地上海市。

法定代表人：何光辉，该厂厂长。

原告徐耀康与被告上海佳乐无线电总厂(以下简称佳乐总厂)股票权利确认纠纷一案，本院于 2017 年 5 月 3 日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告徐耀康及其委托诉讼代理人王亦雄，被告法定代表人何光辉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告徐耀康向本院提出诉讼请求：1、判令确认以被告上海佳乐无线电总厂名义登记的上海银行股份有限公司 7,768 股股票归原告所有；2、判令确认自 2008 年起至 2014 年上述股份相应的红利归原告所有；3、本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：上海茂林城市信用社(以下简称茂林信用社)成立之初，向系统内有关单位集资。因被告发动职工集资参股，原告作为被告职工出资人民币 600 元(以下币种同)，与其余四名同事共同集资认购。由于历史原因，原告与同事的股份登记在被告名下。1995 年，茂林信用社与其他单位合并，发起设立了上海银行股份有限公司(以下简称上海银行)，原茂林信用社的股东变为上海银行股东，仍由被告名义登记。经多次转增，原告与同事集资持有的股份数为 38,836 股。2007 年之前的分红均已取得，但自 2008 年起的红利一直未分配。因系争股票登记于被告名下，不便原告行使股东权利，为此原告诉至本院。

被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，愿意将名下代持股份转为原告个人持有，并配合转让登记。不同意承担本案诉讼费用，请求法院依法判决。

经审理查明，1988 年 6 月 12 日，被告职工刘昌建、许燕萌、傅小玲、沙蓓、徐耀康五人各出资 600 元认购茂林信用社原始股，登记在被告名下。后茂林信用社发起设立了上海银行，原股东也变更为上海银行股东。现佳乐无线电总厂(企业代码 XXXXXXXX-5)作为上海银行发起人股东，截止 2017 年 6 月 1 日持有上海银行首次公开发行(上市前)股份 38,836 股，股权证号为 XXXXXXXXXXXX。其中应归属于原告的股份为 7,768 股，2008 年归属原告分红 798 元，2009 年归属原告分红 798 元，2010 年归属原告分红 932.06 元，2011 年归属原告分红 1,009.88 元，2012 年归属原告分红 1,475.76 元，2013 年归属原告分红 1,708.78 元，2014 年归属原告分红 1,864.12 元，上述历年分红共计 8,586.60 元尚未发放。

本院认为，被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，故对原告主张的事实予以确认。原告作为股票投资者的合法权益依法受法律保护。现被告愿意将其名下代持股份转为原告个人持有，并配合办理转让登记所需手续。原告要求将被告代持的股份及分红确认至个人名下，也不违反法律的强制性规定，故本院予以支持。

据此，依照《中华人民共和国公司法》第四条规定，判决如下：

一、确认以“佳乐无线电总厂”(企业代码 XXXXXXXX-5)名义登记的、股权证号为 XXXXXXXXXXXX 的上海银行股份有限公司股票中 7,768 股归原告徐耀康所有；

二、确认自 2008 年起至 2014 年上述股份相应的红利共计人民币 8,586.60 元归原告徐耀康所有。

案件受理费人民币 3,792 元，减半收取计人民币 1,896 元，由原告徐耀康负担。

978

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员 蒋骏

二〇一七年六月二十日

书记员 张俊

许燕萌与上海佳乐无线电总厂股票权利确认纠纷一案民事判决书

上海市黄浦区人民法院
民事判决书

(2017)沪0101民初12097号

原告许燕萌，女，1954年2月3日生，汉族，住上海市黄浦区。

委托诉讼代理人：王亦雄，上海光明律师事务所律师。

被告上海佳乐无线电总厂，住所地上海市。

法定代表人：何光辉，该厂厂长。

原告许燕萌与被告上海佳乐无线电总厂(以下简称佳乐总厂)股票权利确认纠纷一案，本院于2017年5月3日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告许燕萌及其委托诉讼代理人王亦雄，被告法定代表人何光辉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告许燕萌向本院提出诉讼请求：1、判令确认以被告上海佳乐无线电总厂名义登记的上海银行股份有限公司7,767股股票归原告所有；2、判令确认自2008年起至2014年上述股份相应的红利归原告所有；3、本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：上海茂林城市信用社(以下简称茂林信用社)成立之初，向系统内有关单位集资。因被告发动职工集资参股，原告作为被告职工出资人民币600元(以下币种同)，与其余四名同事共同集资认购。由于历史原因，原告与同事的股份登记在被告名下。1995年，茂林信用社与其他单位合并，发起设立了上海银行股份有限公司(以下简称上海银行)，原茂林信用社的股东变为上海银行股东，仍由被告名义登记。经多次转增，原告与同事集资持有的股份数为38,836股。2007年之前的分红均已取得，但自2008年起的红利一直未分配。因系争股票登记于被告名下，不便原告行使股东权利，为此原告诉至本院。

被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，愿意将名下代持股份转为原告个人持有，并配合转让登记。不同意承担本案诉讼费用，请求法院依法判决。

经审理查明，1988年6月12日，被告职工刘昌建、许燕萌、傅小玲、沙蓓、徐耀康五人各出资600元认购茂林信用社原始股，登记在被告名下。后茂林信用社发起设立了上海银行，原股东也变更为上海银行股东。现佳乐无线电总厂(企业代码XXXXXXXX-5)作为上海银行发起人股东，截止2017年6月1日持有上海银行首次公开发行(上市前)股份38,836股，股权证号为XXXXXXXXXXXX。其中应归属于原告的股份为7,767股，2008年归属原告分红798元，2009年归属原告分红798元，2010年归属原告分红932.06元，2011年归属原告分红1,009.73元，2012年归属原告分红1,475.76元，2013年归属原告分红1,708.78元，2014年归属原告分红1,864.12元，上述历年分红共计8,586.45元尚未发放。

本院认为，被告佳乐总厂承认原告在本案中所主张的事实，故对原告主张的事实予以确认。原告作为股票投资者的合法权益依法受法律保护。现被告愿意将其名下代持股份转为原告个人持有，并配合办理转让登记所需手续。原告要求将被告代持的股份及分红确认至个人名下，也不违反法律的强制性规定，故本院予以支持。

据此，依照《中华人民共和国公司法》第四条规定，判决如下：

一、确认以“佳乐无线电总厂”(企业代码XXXXXXXX-5)名义登记的、股权证号为XXXXXXXXXXXX的上海银行股份有限公司股票中7,767股归原告许燕萌所有；

二、确认自2008年起至2014年上述股份相应的红利共计8,586.45元归原告许燕萌所有。

案件受理费人民币3,792元，减半收取计人民币1,896元，由原告许燕萌负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员 蒋骏

二〇一七年六月二十日

书记员 张俊

羊公亮与申通快递股份有限公司、中加企业有限公司合同纠纷二审民事判决书

浙江省高级人民法院
民事判决书

(2016)浙民终 640 号

上诉人(一审原告):羊公亮,男,1954年3月16日出生,住台湾地区。

委托代理人:丁德应,上海君伦律师事务所律师。

委托代理人:张志东,上海君伦律师事务所律师。

被上诉人(一审被告):申通快递股份有限公司。住所地:浙江省玉环县机电工业园区。

法定代表人:陈德军,该公司董事长。

被上诉人(一审被告):中加企业有限公司。住所地:香港特别行政区九龙尖沙嘴广东道30号新港中心1座5楼511室。

代表人:李家德,该公司董事。

两被上诉人的共同委托代理人:郑薇,北京市时代九和律师事务所律师。

两被上诉人的共同委托代理人:金颖波,浙江多联律师事务所律师。

上诉人羊公亮因与被上诉人浙江艾迪西流体控制股份有限公司(以下简称浙江艾迪西公司)、中加企业有限公司(以下简称中加公司)合同纠纷一案,不服浙江省台州市中级人民法院(2015)浙台商外初字第1号民事判决,向本院提起上诉。本院于2016年9月8日立案受理后,依法组成合议庭,并于2017年1月16日公开开庭进行了审理。上诉人羊公亮的委托代理人丁德应、张志东,被上诉人浙江艾迪西公司、中加公司的共同委托代理人郑薇、金颖波到庭参加诉讼。诉讼过程中,浙江艾迪西公司于2016年12月29日变更公司名称为“申通快递股份有限公司”。本案现已审理终结。

羊公亮于2014年12月29日向一审法院起诉称:羊公亮早年拥有美国马克麦克斯公司(Markimex, Inc.)(以下简称MMI公司)三分之一的股份,其通过MMI公司投资玉环前进卫浴有限公司(以下简称玉环前进)、宁波万商集贸易有限公司(以下简称宁波万商集)、北京万商集贸易有限公司(以下简称北京万商集)、玉环汉禹卫浴用品有限公司(以下简称玉环汉禹)、宁波艾迪西国际贸易有限公司(以下简称宁波艾迪西),以及其他多家生产型及贸易型公司。此后,上述多家公司重组整合为玉环艾迪西铜业有限公司,即浙江艾迪西公司的前身。MMI公司对上述多家企业的投资也逐步转移到了浙江艾迪西公司,MMI公司享有浙江艾迪西公司股权有9%,之后按照持股比例分配给了各股东,而羊公亮享有MMI公司三分之一的股份,所以得到3%浙江艾迪西公司的股权,上市后股权有稀释,最后羊公亮享有2.25%浙江艾迪西公司的股权。浙江艾迪西公司的股权羊公亮始终以隐名方式持有。浙江艾迪西公司、中加公司及其实际控制人也始终以各种形式确认羊公亮享有上述隐名持有的股权,且浙江艾迪西公司、中加公司曾按2.25%的持股比例向羊公亮发送分红说明。后羊公亮与浙江艾迪西公司、中加公司的实际控制人因意见不同产生分歧。羊公亮遂多次向浙江艾迪西公司、中加公司的负责人及其实际控制人主张将其隐名持有的股权显名化,并实现相应的股东权益,浙江艾迪西公司、中加公司表面上答应,实际上中加公司已与第三人签订了《股权转让协议》,拟转让中加公司持有的浙江艾迪西公司的全部股权。浙江艾迪西公司、中加公司的行为严重侵害了羊公亮作为实际出资人的股东权利。故请求判令:一、确认羊公亮与中加公司的股权代持关系,即确认羊公亮在浙江艾迪西公司的2.25%的股份由中加公司代持;二、本案诉讼费、财产保全费用由浙江艾迪西公司、中加公司承担。

浙江艾迪西公司在一审中答辩称：一、浙江艾迪西公司作为本案主体资格不适格。（一）羊公亮所主张的诉讼请求与浙江艾迪西公司没有任何法律关系。羊公亮所提出的诉讼请求为“确认羊公亮与中加公司的股权代持关系，即确认羊公亮在浙江艾迪西公司的 2.25% 的股份由中加公司代持”，其落脚点在于要求确认股权代持关系。首先，“股权代持关系”发生于名义出资人与隐名出资人之间，其法律关系主体为名义出资人与隐名出资人；浙江艾迪西公司不是法律关系的任何一方，对股权代持法律关系也不享有任何权利、不承担任何责任或义务。其次，浙江艾迪西公司作为上市公司，股权全部托管于中国证券登记结算有限责任公司，浙江艾迪西公司仅以该公司出具的证券登记记录为准确认公司股东资格。（二）浙江艾迪西公司自设立至今股权清晰，不存在任何股权代持情况。上市前，浙江艾迪西公司的历次股权变动均于工商部门登记，根据浙江艾迪西公司的工商登记资料，其设立时的股东出资及历次增资股东出资均已经会计师事务所审验到位，出资人与登记股东一致；其历次股权转让均依法签署股权转让协议，股权受让方与转让完成后的登记股东一致；同时，浙江艾迪西公司作为外资企业，其历次股权变动亦经外经贸主管部门批准，批文显示公司股东与登记股东一致；股权清晰，不存在任何股权代持情况。浙江艾迪西公司首次公开发行股票及上市事宜已经中国证监会及深圳证券交易所审核通过，完全符合首次公开发行股票并上市的规范条件，即股权清晰，不存在任何股权代持情况。上市后，根据中国证券登记结算有限责任公司出具的截至 2015 年 9 月 30 日的股东名册，并不存在羊公亮持有浙江艾迪西公司 2.25% 股权的情况。

（三）中加公司已不再持有浙江艾迪西公司股权，羊公亮与中加公司之间的纠纷与浙江艾迪西公司无关。中加公司分别与南通泓石投资有限公司（以下简称泓石投资）、樊春华签订《股份转让协议》，将其持有的浙江艾迪西公司 26.976% 股权转让给泓石投资、4.921% 股权转让给樊春华，上述股权转让已于 2015 年 2 月 13 日办理完成过户手续。二、羊公亮的诉讼请求无任何证据和法律依据。（一）羊公亮的诉讼请求无任何证据支持。首先，羊公亮诉请要求确认其在浙江艾迪西公司的 2.25% 股份，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第 23 条的规定，其应当证明以下事实之一：1. 已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定；2. 已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定。其次，羊公亮诉请要求确认其与中加公司的股权代持关系，应当证明双方订立了委托持股协议、存在委托持股合同关系。羊公亮所提供的全部证据无一能够证明羊公亮曾向浙江艾迪西公司出资或受让浙江艾迪西公司的股权，亦不能证明羊公亮与中加公司之间存在任何委托持股关系。（二）羊公亮的诉讼请求没有法律依据。浙江艾迪西公司的性质为股份公司，且在实际控制权变更前系外资股份公司。首先，无论我国公司法或其司法解释都不予认可股份公司的股份代持，股份公司的股东仅以股东名册登记为准。其次，《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第 14 条明确规定，当事人之间约定一方实际投资、另一方作为外商投资企业名义股东，实际投资者请求确认其在外商投资企业中的股东身份的，人民法院不予支持。综上，羊公亮的请求没有任何法律依据。

公司在一审中答辩称：一、中加公司依法自行持有浙江艾迪西公司股权，不存在任何股份代持情况。1. 浙江艾迪西公司的前身玉环艾迪讯铜业有限公司成立于 2001 年 11 月 1 日，成立时的股权结构为：玉环讯达集团有限公司、香港中馥投资有限公司（以下简称中馥投资）各占 50%。2. 2004 年 3 月，股东玉环讯达集团有限公司及中馥投资将其持有的玉环艾迪讯铜业有限公司股权全部转让给中加公司，并经玉环县对外贸易经济合作局批准生效；中加公司缴足了原股东中馥投资尚未缴纳的 56 万美元出资，并经会计师事务所审验到位；本次股权转让事项依法于台州市工商行政管理局登记。3. 2004 年 7 月，玉环艾迪讯铜业有限公司注册资本增加至 415 万美元，玉环县对外贸易经济合作局批准了增资事项，增资款已缴足，并经会计师事务所审验到位；增资事项已于台州市工商行政管理局登记。4. 2007 年 5 月，公司

注册资本增加至 895 万美元，玉环县对外贸易经济合作局批准了增资事项，增资款已缴足，并经会计师事务所审验到位；增资事项已于台州市工商行政管理局登记。5. 2007 年 12 月，玉环艾迪讯铜业有限公司完成吸收合并中加公司下属另一家全资子公司玉环汉禹，并经玉环县对外贸易经济合作局批准，由会计师事务所验资，并于台州市工商行政管理局登记。6. 2008 年 3 月，中加公司将其持有的部分玉环艾迪讯铜业有限公司股权转让予香港高怡国际有限公司（以下简称高怡国际）、宁波市鸿辉材料科技发展有限公司、宁波市远见投资咨询有限公司、宁波高新区达人管理咨询有限公司；并经玉环县对外贸易经济合作局批准生效；股权转让事项依法于台州市工商行政管理局登记；股权转让完成后，中加公司依法持有玉环艾迪讯铜业有限公司 42.53% 股权。7. 2008 年 9 月，各股东发起设立了股份有限公司，浙江艾迪西公司正式成立；上述事项已经浙江省商务厅批准，由会计师事务所审验增资到位，并于浙江省工商局完成了工商变更登记。8. 2009 年 6 月，浙江艾迪西公司以公司 2008 年年末股本为基数，向全体股东以税后利润每 10 股转送 3.3395 股，注册资本相应地增加到 120000000 元；该增资事项已经浙江省商务厅批准，由会计师事务所审验增资到位，并于浙江省工商局完成了工商变更登记。9. 2010 年 7 月，中国证监会及深圳证券交易所核准了浙江艾迪西公司首次公开发行及上市交易事宜，此后，浙江艾迪西公司股票均登记托管于中国证券登记结算有限责任公司，该公司出具的登记记录是股东持有浙江艾迪西公司股权的唯一合法证明。综上，中加公司依法取得并持有浙江艾迪西公司股权，不存在任何股权代持情况。

二、浙江艾迪西公司的原实际控制人李家德先生所取得浙江艾迪西公司控制权的过程清晰有效，不存在任何股权代持情况。

1. 李家德与唐台英、戎启平及其他友人早年共同投资的情况。共同投资之初，李家德与唐台英、戎启平等人在文莱设立 I D C H o l d i n g s C o r p . （以下称为文莱中馥），并通过文莱中馥转投资中馥投资而间接在大陆地区投资浙江艾迪西公司等阀门卫浴企业。唐台英、戎启平、李家德均通过中馥投资间接持有浙江艾迪西公司股权。

2. 李家德取得浙江艾迪西公司控制权的情况。2004 年 5 月，李家德与唐台英、戎启平签订了《换股框架协议》，约定将其持有的文莱中馥全部权益转让给唐台英、戎启平，受让浙江艾迪西公司等以生产经营阀门管件为主要业务的企业股权。根据《换股框架协议》，李家德以中加公司作为受让浙江艾迪西公司等阀门企业股权的主体，通过受让中加公司股权间接受让浙江艾迪西公司等阀门企业股权。同年 11 月 17 日，S A X O N I N T E R N A T I O N L L C O , L T D （以下简称 S A X O N 公司）受让了中加公司 99.99% 股权，从而成为中加公司绝对控股股东，《换股框架协议》所约定之股权转让履行完毕，李家德成为浙江艾迪西公司实际控制人。

3. 李家德通过中加公司实际控制浙江艾迪西公司。李家德先生作为台湾地区居民，通过中加公司及高怡国际投资浙江艾迪西公司的情况已经台湾地区经济部投资审议委员会批准。2009 年 4 月 22 日，浙江艾迪西公司以 2008 年末的税后利润转增股本，注册资本增加至人民币 120000000 元；其中李家德通过中加公司与高怡国际以所获股利增资事宜已经台湾经济部投资审议委员会批准。综上，李家德先生取得浙江艾迪西公司控制权的过程是清晰有效的，且在《浙江艾迪西流体控制股份有限公司首次公开发行股票（A 股）招股说明书》第 88 页已经详细披露，浙江艾迪西公司不存在任何股权代持情况。羊公亮套用《换股框架协议》之前的部分持股信息，并大肆散布真实性无可考证的大量证据，是别有用心。

三、中加公司已将所持有的浙江艾迪西公司股权全部转让，不再持有浙江艾迪西公司任何股权，更不可能存在代持浙江艾迪西公司股权的情况。根据浙江艾迪西公司于 2014 年 12 月 1 日刊登于巨潮资讯网的《控股股东及其一致行动人协议转让全部股份、公司实际控制人变更提示性公告暨公司复牌公告》、2015 年 2 月 16 日刊登于巨潮资讯网的《关于控股股东股权转让完成的公告》，中加公司分别与泓石投资、樊春华签订《股份转让协议》，将其持有的浙江艾迪西公司 26.976% 股权转让给泓石投资、4.921% 股权转让给樊春华，上述股权转让已于 2015 年 2 月 13 日办理完成过户手续。中加公司已不再持有浙江艾迪西公司股份，更不可能

存在代持浙江艾迪西公司股份的情况。四、羊公亮的诉讼请求无任何证据和法律依据。1. 羊公亮的诉讼请求无任何证据支持。羊公亮所提供的全部证据无一能够证明羊公亮曾向浙江艾迪西公司出资或受让浙江艾迪西公司股权，亦不能证明羊公亮与中加公司之间存在任何委托持股关系。2. 羊公亮请求确认其与中加公司之间对一家外资股份公司的股权代持关系，没有任何法律依据。3. 根据公司法司法解释（三）的规定，将标的公司浙江艾迪西公司列为被告审理的股权代持纠纷案件，其前提是有利害关系的第三人即答辩人中加公司持有标的公司的股权。由于中加公司已转让所持的所有股权，本案诉讼争议的标的已不存在，因此本案将浙江艾迪西公司列为被告再继续审理已无任何必要。一审法院审

一审法院审理查明：2001 年 11 月 1 日，经玉环县对外贸易经济合作局批准，玉环讯达集团有限公司、中馥投资各认缴出资 140 万美元成立玉环艾迪讯铜业有限公司。2004 年 3 月，经玉环县对外贸易经济合作局同意，玉环讯达集团有限公司及中馥投资将其持有的玉环艾迪讯铜业有限公司全部股权转让予中加公司，玉环艾迪讯铜业有限公司的法定代表人由唐台英变更为戎启平。中加公司缴足了原股东中馥投资尚未缴纳的 56 万美元出资，并经会计师事务所审验到位。

2004 年 5 月 6 日，唐台英、戎启平、李家德三人签署了换股框架协议，李家德通过向唐台英、戎启平支付对价的方式受让了玉环艾迪讯铜业有限公司等多家公司 100%的股权。2004 年 7 月 23 日，经玉环县对外贸易经济合作局同意，中加公司对玉环艾迪讯铜业有限公司增加出资 135 万美元，变更公司名称为玉环艾迪西铜业有限公司，公司法定代表人由戎启平变更为李家德。

2007 年 5 月 14 日，经玉环县对外贸易经济合作局同意，中加公司对玉环艾迪西铜业有限公司增加出资 480 万美元，并经会计师事务所审验到位，该增资事项经台州市工商行政管理局登记。2007 年 12 月，经玉环县对外贸易经济合作局批准玉环艾迪西铜业有限公司完成吸收合并中加公司下属另一家全资子公司玉环汉禹，本次合并由会计师事务所验资，并经台州市工商行政管理局登记。2008 年 3 月，经玉环县对外贸易经济合作局批准中加公司将其持有的部分玉环艾迪西铜业有限公司股权转让予高怡国际、宁波市鸿辉材料科技发展有限公司、宁波市远见投资咨询有限公司、宁波高新区达人管理咨询有限公司，股权转让完成后中加公司依法持有玉环艾迪西铜业有限公司 42.53%的股权，本次股权转让事项经台州市工商行政管理局登记。2008 年 9 月，各股东以玉环艾迪西铜业有限公司截止 2008 年 3 月 31 日经审计的净资产值折股发起设立了股份有限公司，浙江艾迪西公司正式成立，上述事项经浙江省商务厅批准，由会计师事务所审验增资到位，并于浙江省工商行政管理局完成了工商变更登记。2009 年 6 月，浙江艾迪西公司以公司 2008 年年末股本 89,958,510 股为基数，向全体股东以税后利润每 10 股转送 3.3395 股，浙江艾迪西公司注册资本相应地由 89,958,510 元增加到 120,000,000 元，该增资事项经浙江省商务厅批准，由会计师事务所审验增资到位，并于浙江省工商局完成了工商变更登记。2010 年 7 月，中国证监会及深圳证券交易所核准了浙江艾迪西公司首次公开发行及上市交易事宜。

2014 年 11 月 27 日，中加公司将其持有的浙江艾迪西公司 26.976%的股权转让给泓石投资、4.921%股权转让给樊春华，高怡国际将其持有的浙江艾迪西公司 16.547%的股权转让给欣新投资、13.956%的股权转让给杜佳林，上述股权转让已于 2015 年 2 月 13 日办理完成过户手续。

1997 年 8 月 1 日 MMI 公司通过万通银行 (GeneralBank) 向宁波万商集汇款 45180.72 美元。1999 年 5 月 7 日 MMI 公司通过万通银行向玉环前进汇款 50600 美元。经会计师事务所审计 MMI 公司的财务报表，上述两笔汇款于 2002 年财务报表中记为应收票据，2008 年财务报表中该应收票据已经冲平。

一审法院审理认为：本案争议焦点为羊公亮是否有投资浙江艾迪西公司，是否存在由中加公司代持浙江艾迪西公司股权的事实。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第二十二条规定，当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：（一）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律强制性规定；（二）已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律强制性规定。一、关于羊公亮主张的两笔汇款。1997年8月1日MMI公司通过万通银行向宁波万商集汇款45180.72美元。1999年5月7日MMI公司通过万通银行向玉环前进汇款50600美元。经会计师事务所审计MMI公司的财务报表，上述两笔汇款于2002年财务报表中记为应收票据，2008年财务报表中该应收票据已经冲平。羊公亮无法证明上述款项是对外借款还是对外投资，且该款项系由MMI公司汇出，并编制入该公司的财务报表，记为应收票据一般应理解为对外借款，即使是对外投资也应该是MMI公司的对外投资。羊公亮主张上述款项已转化为羊公亮个人的对外投资，应当提供相应的证据，羊公亮提交的认为上述款项已转化为其个人对外投资的邮件证据中系羊公亮发送给他人的邮件，不能证明该事实。而宁波万商集、玉环前进亦无对上述款项性质的确认，款项用途是借款或投资款或商业往来均无法确认。羊公亮以上述两笔MMI公司对上述两公司的汇款主张其个人曾经投资北京万商集、宁波艾迪西、玉环汉禹，对上述三家公司享有股权无法成立，仅从公司名称看无法判断出宁波万商集、玉环前进与北京万商集、宁波艾迪西、玉环汉禹有何种联系。

二、关于羊公亮认为的宁波艾迪西、玉环汉禹被浙江艾迪西公司的前身艾迪西铜业合并从而取得浙江艾迪西公司的股权的主张。

1. 关于宁波艾迪西。在羊公亮提交的第三组证据（一）中这样描述，宁波艾迪西于2007年11月12日被艾迪西铜业收购了100%的股权，宁波艾迪西成为了艾迪西铜业的全资子公司，即使如羊公亮所主张的其享有宁波艾迪西公司的股权，子公司的股东也不会当然是母公司的股东。另该证据也表明，被收购后宁波艾迪西的股东为高怡国际等公司，并没有羊公亮，羊公亮主张其曾经是宁波艾迪西股东的证据不充分。

2. 关于玉环汉禹。首先，羊公亮无法证明其对玉环汉禹进行了出资，MMI公司对宁波万商集、玉环前进的汇款无法证明对玉环汉禹出资的事实。其次，在羊公亮提交的第三组证据（一）中描述，2003年8月中盛集团有限公司（以下简称中盛集团）将其持有的玉环汉禹的100%股权转让给中加公司，即2003年中加公司是玉环汉禹的唯一股东，羊公亮主张在1997年、1999年通过MMI公司的汇款无法证明其享有玉环汉禹的股权。

3. 羊公亮主张其在宁波艾迪西、玉环汉禹的股权先后由中馥投资、中盛集团、中加公司代持，但宁波艾迪西的工商登记中表明宁波艾迪西先后分别由中馥投资、中盛集团、中加公司100%持有，玉环汉禹的工商登记中表明玉环汉禹先后分别由中馥投资、中盛集团、中加公司100%持有，若羊公亮主张的股权代持成立则应当就宁波艾迪西、玉环汉禹的股权分别与中馥投资、中盛集团、中加公司签订股权代持协议，且签订的协议需有连贯性，股权代持关系有连贯性方能向最终的股权持有方主张权利，但羊公亮没有提供任何相关的证据。

三、关于羊公亮提交的邮件证据的效力。

羊公亮提供了多份邮件证据，并提供鉴定书、公证书以加强上述邮件证据的证明效力，而中加公司亦提供鉴定书为了证明储存于第三方的邮件收发方及内容有被篡改的可能。1. 单从邮件的收发地址看无法确认邮件的收发人的身份，羊公亮亦未提供证据能够证明特定的邮件地址对应的收件人。2. 羊公亮提交的邮件的发件人的身份无法核实，羊公亮并没有提供相应的证据，且即使浙江艾迪西公司的财务总监或实际控制人是发件人，其做出的邮件确认也无法单独作为确认羊公亮享有浙江艾迪西公司股权的凭据。3. 羊公亮提供的第四组证据（一）羊公亮认为唐台英、李家德等人确认了其享有浙江艾迪西公司3%股权的事实，羊公亮提供了

提及 MMI 公司三名股东共取得浙江艾迪西公司 9%股权的邮件，但该邮件是羊公亮发出，并无其他人认可或确认该事实。4. 羊公亮提供的第六组证据（一）、（二），《关于 IDC 股东分红的说明》中并没有明确指出 IDC 指的是哪家公司，亦无羊公亮享有浙江艾迪西公司 3%股权的表述。

四、羊公亮关于收到的分红可以推断出其享有的浙江艾迪西公司股权比例的主张。

首先，羊公亮收到 96396 新台币的款项并没有标明该款项的用途，且该笔款项的汇款人为中馥国际股份有限公司（以下简称中馥国际），羊公亮认为该笔款项系浙江艾迪西公司的股权分红仅为猜测。其次，羊公亮主张其享有的浙江艾迪西公司的股权分为直接持有和间接持有，直接持有即羊公亮在本案中请求确认的代持的股权，间接持有为羊公亮是浙江艾迪西公司股东的股东的股东（或更多层关系），羊公亮认为其收到该笔款项为股权分红，但无法区分该笔款项是间接持有股权的分红或直接持有股权的分红，或者是各占一部分或其他，羊公亮以收到分红的数额来倒推其直接持有浙江艾迪西公司股权的逻辑关系无法成立。再者，羊公亮以其在 2011 年 8 月收到中馥国际汇入的款项，来主张其股权由中加公司代持，若此主张成立则汇款人应当是浙江艾迪西公司或者是中加公司，而羊公亮亦未提供证据证明由中馥国际支付款项的合理性。

综上，羊公亮提供的证据无法形成完整的证据链，不能证明羊公亮主张的事实，羊公亮要求确认其与中加公司的股权代持关系，依据不足，不予支持。羊公亮要求追加唐台英、泓石投资、樊春华为第三人的申请没有法律依据，不予支持。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第二十一条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，一审法院于 2016 年 6 月 30 日判决：驳回羊公亮的诉讼请求。一审案件受理费人民币 80 元，保全费 5000 元，由羊公亮负担。

羊公亮不服上述一审判决，向本院提起上诉称：一、一审判决认定事实有误，未能按照证据认定规则对证据予以采信。1. 羊公亮提供的证据已经形成了完整的证据链，清楚地证明了隐名持股的事实。浙江艾迪西公司已经确认羊公亮股权形成的原因、数额、股东分红等依据，浙江艾迪西公司的实际控制人唐台英现正就股权后续处置方案与羊公亮进行协商。2. 浙江艾迪西公司、中加公司举证的证据与本案诉讼请求并无直接针对性，等同于没有举证。3. 一审法院对于羊公亮举证的电子邮件无法证明邮件发送人的身份，该认定与现行法律、司法解释的规定公然相悖。二、一审判决对于阻碍查明案件基本客观事实的行为予以放任，导致本案事实难以查明。一审法院没有查明浙江艾迪西公司和中加公司原法定代表人李家德的电子邮箱，也没有准许追加浙江艾迪西公司的实际控制人唐台英作为本案第三人参加诉讼，导致案件事实无法查明。三、一审判决的裁判理由违反日常经验法则，导致当事人巨额财产权益落空。一审判决无法解释浙江艾迪西公司为何在长达十几年的时间里，通过其企业邮箱持续地与羊公亮先生往来，并就股权形成过程、股权数额、分红方式等进行确认。综上，请求撤销一审判决，将本案发回重审或者依法改判支持其一审诉讼请求。

针对羊公亮的上诉请求和理由，浙江艾迪西公司和中加公司共同答辩称：一、羊公亮提交的证据主要是电子邮件，上述邮件作为证据的三性均不符合。邮件的发件人和收件人无法确认；有的发生在域外，未经公证认证；邮件的真实性经过两个鉴定机构认定，出现相反结论；欠缺关联性。二、羊公亮要求确认其对浙江艾迪西公司享有股权，应提供其出资或认缴出资股权转让等证据，羊公亮没有证据证明其进行过出资或受让取得。其认为和中加公司之间存在股权代持关系，但没有代持协议或其他证据，不应予以认定。三、从羊公亮的理论和逻辑看，早年是从 MMI 公司通过资金对外投资，经过各个公司流入浙江艾迪西公司，从 MMI 公司的证明以及提供的审计报告中，均无法反映羊公亮对中加公司股权投资的情况。浙江艾迪西公司股权的来源和资金的流向清楚，中加公司通过收购股权才成为浙江艾迪西公司的股东，并支

付了股权收购的对价，浙江艾迪西公司多次进行增资并上市，均是中加公司用自有资金支付对价或认缴。羊公亮没有提供证据表明上述资金与羊公亮有关。四、到目前为止，中加公司的股权均已经转让，股权代持之间的纠纷与浙江艾迪西公司之间没有任何关联性。综上，请求驳回上诉，维持原判。

二审中，羊公亮提交了三份新的证据材料。证据材料 1 为浙江艾迪西公司 2010—2015 年度报告，下载于上市公司公报的指定网站，用以证明浙江艾迪西公司的官方联系邮箱和官方网站、企业邮箱域名。证据材料 2 为域名解析结果，用以证明浙江艾迪西公司自建邮箱。证据材料 3 为浙江艾迪西公司官方网站的域名，用以证明其地址、域名与上市公司的年报吻合。浙江艾迪西公司和中加公司质证认为：上述证据材料均不属于新证据，证据材料 1 的真实性无法确认，证据材料 2、3 是有关网站下载和截屏，没有经过公证程序，和本案没有任何联系，无法作为证据使用。

本院经审查认为，羊公亮二审提交的证据材料均系打印件，无法证明其真实性。但证据材料 1 系浙江艾迪西公司的年报，下载于上市公司公报的指定网站，对于其载明的浙江艾迪西公司的官方联系邮箱和官方网站、企业邮箱域名等信息，浙江艾迪西公司对该证据的真实性应当清楚，如其予以否认则应当提供浙江艾迪西公司的网站的真实信息，但其仅以不清楚为由不予认可，本院不予支持，故对该证据及其证明目的予以采信。证据材料 2、3 无法印证，本院不予认定。

羊公亮二审中还提交了三份申请书：一是请求追加第三人泓石投资、樊春华、唐台英作为第三人参加诉讼的申请，其认为唐台英系股权分配、分红数额的直接决策者，在本案纠纷发生后，唐台英曾代表浙江艾迪西公司与羊公亮进行过沟通。二是责令到庭接受质询申请书，其申请中加公司的法定代表人李家德到庭参加庭审。三是依据职权调查申请书，请求本院调查浙江艾迪西公司的内部邮箱分配信息，尤其是李家德先生的邮箱信息。

本院经审查认为，关于羊公亮申请追加第三人的请求，因羊公亮诉请要求确认其与中加公司之间的代持关系，与泓石投资、樊春华之间并无关联，也没有证据表明唐台英与浙江艾迪西公司、中加公司之间存在关联，且本案已到二审阶段，故其追加第三人的申请不予准许。关于责令到庭接受质询申请书和依据职权调查申请书，主要是为查明中加公司法定代表人李家德的邮箱地址。从浙江艾迪西公司公报的域名和官方网站可知，案涉后缀名为 idcgroup.com.cn 的邮箱系浙江艾迪西公司专用，故本院在二审庭审中已要求浙江艾迪西公司和中加公司明确回答该后缀名的邮箱是否属于李家德，但浙江艾迪西公司和中加公司对此问题一直未予答复，仅以与本案无关回应，故本院依法作出对其不利的推定，即认定该邮箱系李家德本人使用。因此，羊公亮关于责令到庭接受质询申请书和依据职权调查申请书已无必要。

对于一审判决查明的事实，本院予以确认。

本院认为：羊公亮系台湾地区居民，中加公司的注册地为香港，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百五十一条的规定，本案应参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定进行审理。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条的规定，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。羊公亮请求确认其在浙江艾迪西公司的股权由中加公司代持，因浙江艾迪西公司系在我国大陆设立，故本案应适用我国大陆法律。

根据各方当事人的上诉和答辩意见，本案的争议焦点为羊公亮与中加公司之间是否存在代持浙江艾迪西公司股权的关系。各方当事人对于上述争议焦点均无异议，评析如下：

从浙江艾迪西公司的出资和股权变更情况看，工商登记材料反映浙江艾迪西公司的原始股东为玉环讯达集团有限公司及中馥投资，历次股权变更和增资的手续完备清晰，并无证据证明羊公亮曾经出资或入股。浙江艾迪西公司、玉环讯达集团有限公司、中馥投资也从未确认羊

公亮享有浙江艾迪西公司的股权。2004 年 3 月，中加公司从玉环讯达集团有限公司、中馥投资两公司处受让取得浙江艾迪西公司的全部股权。2007 年，浙江艾迪西公司分别收购宁波艾迪西以及合并玉环汉禹，但宁波艾迪西和玉环汉禹的股东名单中均没有羊公亮。综上，中加公司取得浙江艾迪西公司股权的手续完备，并无证据证明羊公亮曾有出资或者受让股权的行为。

羊公亮主张其通过 MMI 公司于 1997 年和 1999 年分别向宁波万商集和玉环前进汇款。但根据羊公亮自行提交的证据，MMI 公司于 2012 年被中馥国际收购，故 MMI 公司的投资权益已与羊公亮无关。中加公司亦提供了 MMI 公司的财务报表和说明，证明上述两笔汇款于 2002 年财务报表中记为应收票据，2008 年财务报表中该应收票据已经冲平。因此，羊公亮以上述 MMI 公司对宁波万商集、玉环前进的汇款主张其个人投资宁波艾迪西、玉环汉禹等公司，从而享有上述公司股权的理由无法成立。宁波艾迪西、玉环汉禹被浙江艾迪西公司收购或合并后，羊公亮主张其在宁波艾迪西、玉环汉禹的股权先后由中馥投资、中盛集团、中加公司代持，但其未能提供与中馥投资、中盛集团、中加公司之间的股权代持协议或其他证据，本院不予支持。

羊公亮用以证明中加公司和浙江艾迪西公司确认其股权的主要证据是其提交的电子邮件，一审法院对此未予认定并无不当。首先，邮件收发人的身份无法查明。邮件的发件人据羊公亮介绍主要为唐台英、戎启平等，但是其邮件地址为公共邮箱，实际发件人的身份无法确定；虽然其中后缀名为 idcgroup.com.cn 的邮件地址可以认定为中加公司和浙江艾迪西公司的原法定代表人李家德，但李家德与羊公亮之间并无直接的邮件往来，而仅是作为相关邮件的抄送人，李家德也从未回复确认邮件内容，故不能得出李家德默示同意邮件内容的结论。其次，公司的股权应以公司登记为准，如果有代持行为，也应有名义持股人和代持人之间的代持协议作为依据。本案浙江艾迪西公司的股东为中加公司，中加公司的股东为 SAXON 公司，SAXON 公司的股东为李家德。故即使羊公亮主张的代持行为确实存在，也应由中加公司确认代持行为和代持协议。羊公亮所称实际控制人唐台英已经确认其享有股权的理由不能成立。第三，羊公亮所举证的关键邮件，一是 2012 年 8 月唐台英发邮件确认 MMI 公司投资美元 189067.89 元，已经转换为三方股东在 IDC 的持股（各有 3%）。但该邮件发件人是否唐台英无法查明，且未能得到 MMI 公司的股东中馥国际的认可。二是 2011 年 6 月唐台英发给羊公亮和李家德的邮件，其中附件《关于 IDC 股东分红的说明》确认羊公亮在 IDC 的间接持股数为 360 万股，占 2.25%，但没有说明间接持股数的由来。因羊公亮还主张其因持有文莱中馥而间接持有浙江艾迪西公司的股权，故上述邮件也无法证明其主张。而且，文莱中馥等企业也在使用“IDC”的简称，故邮件中 IDC 的指代不明。羊公亮所称收到浙江艾迪西公司股权分红款的汇款人为中馥国际，并非中加公司或浙江艾迪西公司，故其主张亦缺乏依据。

综上所述，羊公亮认为其与中加公司存在关于浙江艾迪西公司股权的代持协议，但其提供的证据无法形成完整的证据链，不能证明其主张的事实，其上诉理由缺乏依据，本院不予支持。至于羊公亮提到其与唐台英等人的股权纠纷，在本案中不做处理。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，实体处理得当。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 80 元，由上诉人羊公亮负担。

本判决为终审判决。

审判长 裘剑锋

代理审判员 郑恩亮
代理审判员 储宁玉
二〇一七年五月二十四日
书记员 章瑜

杨剑锋与迟伟、伟景行科技股份有限公司请求变更公司登记纠纷二审民事判决书

北京市第一中级人民法院
民事判决书

(2014)一中民终字第 2049 号

上诉人(原审第三人)杨剑锋,男,1976 年 7 月 8 日出生。

委托代理人李鹏程,北京市法大律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)迟伟,男,1970 年 9 月 13 日出生。

委托代理人姜力娜,伟景行科技股份有限公司董事长助理。

被上诉人(原审被告)伟景行科技股份有限公司,住所地北京市海淀区中关村南大街 35 号紫竹院公园西院工字厅。

法定代表人迟伟,董事长。

委托代理人陈雄飞,北京德恒律师事务所律师。

委托代理人王灵芳,北京德恒律师事务所律师。

上诉人杨剑锋因与被上诉人迟伟、被上诉人伟景行科技股份有限公司请求变更公司登记纠纷一案,不服北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第 24964 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2014 年 1 月 22 日受理后,依法组成由法官邹明宇担任审判长,法官黄占山、刘婷参加的合议庭,于 2014 年 2 月 20 日公开开庭进行了审理。上诉人杨剑锋及其委托代理人李鹏程、被上诉人迟伟的委托代理人姜力娜、被上诉人伟景行科技股份有限公司的委托代理人陈雄飞、王灵芳到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

迟伟在一审中诉称:2010 年 11 月 1 日,伟景行公司(原北京伟景行数字城市科技有限公司)下属北京伟景行数字展示科技有限公司(以下简称伟景行数字公司)与杨剑锋签订劳动合同,杨剑锋担任伟景行数字公司常务副总经理一职。伟景行公司于 2011 年安排其股东天津达晨创富股权投资基金中心(以下简称达晨中心)与杨剑锋签署股权转让协议,将达晨中心所持的伟景行公司 0.72% 股权无偿转让给杨剑锋,并依法办理了工商变更登记手续。同时,杨剑锋签署了关于受让股权的声明承诺函;但伟景行公司事后发现,杨剑锋自 2012 年 2 月 3 日起接受智星海(江苏)数字科技有限公司(以下简称智星海公司)的聘用,担任该公司的总经理,任期三年。该智星海公司,与伟景行公司还存在同业竞争关系。杨剑锋的上述行为已经严重侵害伟景行公司合法权益。为此,伟景行公司多次向杨剑锋提出,要求其解除与智星海公司之间的劳动关系,停止损害伟景行公司利益的行为并返回伟景行数字公司工作,但杨剑锋拒不接受。在此情况下,伟景行数字公司于 2012 年 5 月 29 日向杨剑锋送达了解除劳动合同通知书,要求其办理离职手续和股权转让手续,并要求其立即解除与智星海公司之间的劳动关系,但杨剑锋至今未解除。综上,请求法院判令:1、伟景行公司将杨剑锋持有的伟景行公司 0.72% 的股权变更登记至迟伟名下;2、杨剑锋对第一项诉讼请求项下的事项有配合义务;3、伟景行公司及杨剑锋承担本案诉讼费。

伟景行公司在一审中辩称:同意迟伟的诉讼请求,由于办理变更登记的手续需要杨剑锋的配合,希望法院判令杨剑锋配合办理变更登记。

杨剑锋未向一审法院提交书面意见。

一审法院审理查明:伟景行公司现为非上市股份有限公司,原名北京伟景行数字城市科技有限公司,系于 2011 年 6 月进行的名称变更。

2011 年杨剑锋向伟景行公司及现有股东出具《关于受让北京伟景行数字城市科技有限公司股权的声明承诺函》,载明:本人杨剑锋作为伟景行公司及其下属公司员工,现拟受让达晨

中心转让的伟景行 0.72%的股权，为实现伟景行的长远利益，体现激励和约束机制，现就本次受让的股权及其后通过资本公积金转增等方式获得的其他股权作出如下声明承诺：1、认可并不可撤销地同意伟景行现经工商登记备案的合法的公司章程；2、在伟景行变更为股份有限公司、发行股票并上市之前，非经伟景行书面同意，不得将持有的伟景行股权转让；3、在伟景行变更为股份有限公司、发行股票并上市之前，本人作为伟景行或其下属公司员工如离职（“离职”指非因公司严重违约而致的本人主动提出辞职，或因本人严重违反劳动合同及其附件中约定的主要义务而致的被伟景行辞退，下同），将按照当初受让股权的价格转让给伟景行指定的自然人或法人。如根据需要，股权转让当时存在溢价的，本人承诺将股权转让价款的溢价部分无偿移交予伟景行或其指定的第三方。（本条声明承诺在伟景行向有关监管部门申报首次公开发行并提交上市材料期间自动失效。如首次公开发行申请出现被监管部门驳回、伟景行主动撤回材料或上市成功的，本条的声明承诺自被驳回、伟景行主动撤回材料或上市成功之日起自动恢复约束效力。）……本人所作出的上述全部声明承诺同样适用于伟景行的权利义务承继人。

2011年3月28日达晨中心（转让方）与杨剑锋（受让方）在北京市海淀区签订《股权转让协议》，约定：鉴于：1、伟景行为一家依照中国法律设立并合法存续的有限责任公司，注册资本为3000万元；2、达晨中心系伟景行股东，持有伟景行10.7143%的股权；3、杨剑锋系伟景行或其下属公司员工；4、伟景行现有股东达晨中心拟将其持有的伟景行合计0.72%的股权（出资额为人民币21.6万元）转让予杨剑锋。据此双方签订该协议。此后，双方据此办理了工商变更登记。

2012年5月28日，伟景行数字公司向杨剑锋发出《解除劳动合同通知书》称：根据该公司查明自2012年2月3日起杨剑锋已接受智星海公司的聘用，担任该公司总经理，经多次沟通，杨剑锋拒绝进行协商，亦拒绝返回该公司继续工作，导致杨剑锋无法为该公司提供劳动，还对该公司的经营管理造成恶劣影响。据此通知杨剑锋劳动合同自2012年5月28日解除。同日，伟景行公司作出《关于由迟伟承接杨剑锋股权的决定》，载明：鉴于公司下属伟景行数字公司原常务副总经理杨剑锋，因严重违反劳动合同已被辞退，根据杨剑锋于2011年做出的《关于受让北京伟景行城市数字科技有限公司股权的声明承诺函》，经公司研究决定，特指定迟伟来承接杨剑锋持有公司的0.72%股权。

2013年1月15日达晨中心出具《情况说明》称：达晨中心系伟景行公司股东，根据伟景行公司决定，达晨中心于2011年与杨剑锋签订《股权转让协议》，将持有的伟景行合计0.72%股权（出资额为人民币21.6万元）转让给杨剑锋。本次股权转让系无偿转让，杨剑锋没有向达晨中心支付任何对价。

2013年9月11日北京市第一中级人民法院就杨剑锋与伟景行数字公司劳动争议纠纷一案作出（2013）一中民终字第9349号民事判决，该判决确认杨剑锋于2012年2月3日起担任智星海公司总经理一职……杨剑锋的行为违反了其与伟景行公司签订的劳动合同的约定，未经伟景行公司的书面同意，即在与公司存在竞争关系的企业内担任职务，系对公司规章制度的重大违反，据此认为伟景行公司与杨剑锋解除劳动合同的行为合法有据。

经询，伟景行公司称杨剑锋仍持有该公司0.72%的股权，因经过一次资本公积金转增注册资本，故其股权比例未发生变化。

上述事实有迟伟提交的《关于由迟伟承接杨剑锋股权的决定》，伟景行公司提交的名称变更核准通知书、《关于受让北京伟景行数字城市科技有限公司股权的声明承诺函》、《股权转让协议》、《解除劳动合同通知书》、《关于由迟伟承接杨剑锋股权的决定》、达晨中心出具的《情况说明》、民事判决书及一审法院开庭笔录等在案佐证。

一审法院判决认定：迟伟提起本案诉讼系依据伟景行公司做出的决定，虽然杨剑锋受让的股权系来源于达晨中心，但根据伟景行公司提供的达晨中心出具的《情况说明》等证据能够确

认杨剑锋受让的股权系伟景行公司给予杨剑锋的管理层激励,杨剑锋虽系与伟景行公司的下属公司订立的劳动合同,但股权的受让系由伟景行公司安排,其向伟景行公司出具《承诺函》也印证了这一点。该《承诺函》系杨剑锋的真实意思表示,对其具有法律上的拘束力,伟景行公司作为接受该《承诺函》的一方,其有权依据《承诺函》的内容行使权利,其作出的《关于由迟伟承接杨剑锋股权的决定》即为其行权的表现。本案审查的重点在于伟景行公司是否有权对杨剑锋名下的股权进行处分,依据杨剑锋所出具的《承诺函》,在特定条件下,其有义务按照受让股权的价格将该部分股权转让给伟景行公司指定的第三人。已生效的(2013)一中民终字第 9349 号民事判决对于杨剑锋违反劳动合同的情形进行了认定,在此情形下,伟景行公司有权行使处分股权的行为,故其作出的由迟伟承接该部分股权的决定于法不悖,迟伟据此决定提出本案诉请,于法有据,应予支持。第三人杨剑锋经本院传票传唤,无正当理由拒不到庭参加诉讼,不影响本院依据认定的事实依法作出裁判。综上,该院依据《中华人民共和国合同法》第八条之规定,判决:一、伟景行科技股份有限公司于本判决生效之日起十日内将第三人杨剑锋持有的伟景行科技股份有限公司百分之零点七二的股权变更登记至原告迟伟名下;二、杨剑锋对前述变更登记内容负有协助义务。

杨剑锋不服一审法院上述民事判决,向本院提起上诉。其主要上诉理由是:一、迟伟与杨剑锋没有股权转让协议,迟伟没有权利要求伟景行公司变更公司登记。二、杨剑锋取得股权时付出过对价。伟景行公司抵扣了杨剑锋 2011 年度的全部奖金向达晨中心支付了对价。三、一审程序违法。杨剑锋在开庭日期前突发疾病卧床,不能出庭,已将医院假条交到了法院,不属于民事诉讼法解释第 162 条中的“无正当理由拒不到庭”,一审法院不应缺席审理本案。四、《承诺函》是公司与雇员之间的约定,属劳动关系的一部分,因其产生的纠纷应经劳动仲裁程序。综上,请求:1、二审法院改判驳回迟伟的全部诉讼请求,2、迟伟承担一、二审全部诉讼费用。

迟伟答辩称:伟景行有权处置杨剑锋的股权。即使存在杨剑锋主张的对价等问题,也于迟伟无关。其他辩论意见与伟景行相同。

伟景行公司答辩称:同意一审判决。1、本案中伟景行公司有权对杨剑锋名下的股权进行处置,这是之前双方达成的合意结果。2、杨剑锋提出的对价问题,杨剑锋和谁谈的,谈的什么价格,公司并不知情。是否支付对价不影响公司把股权给迟伟。3、杨剑锋提交的假条上的医院是个治疗脑瘫的医院,这样的医院开感冒的假条不合情理,而且感冒并不影响参加庭审。

二审期间,杨剑锋向本院提交以下证据予以证明:

证据 1、杨剑锋工资账户明细。证明伟景行数字展示公司给杨剑锋发放的 2010 年年年终奖为 219945.66 元,而杨剑锋未收到 2011 年的年终奖,可以说明 2011 年的年终奖抵了购买股权的对价款。证据 2、迟伟在 2010、2011 年的统计表,证明迟伟 2011 年的业绩较 2010 年上升,因此 2011 年的年终奖应该更多。证据 3、福布斯 2012 年发布的排行榜,证明伟景行公司近年来业绩稳步上升,不存在因亏损不发奖金的理由。证据 4、劳动合同,证明伟景行数字公司与杨剑锋有关于年终奖的约定。证据 5、病例,证明杨剑锋因病未能参加一审庭审。证据 6、吴云的证人证言,证明病假条在开庭前交给了一审书记员。

伟景行公司向本院提交了伟景行数字公司审计报告中的表格,证明该公司 2011 年时亏损状态,所以没有绩效奖金。

迟伟在二审期间未提交新的证据。

经本院庭审质证,伟景行公司对杨剑锋提交的证据发表如下质证意见:杨剑锋提交的证据 1 到 5 都不是二审的新证据,如果法院认为属于二审新证据的话,具体质证意见为,证据 1,真实性认可,杨剑锋的该账户中“注释”栏标注为“工资”的款项,为伟景行公司下属公司伟景行数字公司所发。2010 年 10 月 29 日和 2011 年 3 月 11 日所发款项为杨剑锋的绩效奖金。

但不认可杨剑锋的证明目的，2011 年没有年终奖，也没有抵扣，如果是抵扣作为购买股权的对价款，应当由各方协议。在伟景行公司与杨剑锋的劳动争议仲裁中，杨剑锋也未提出公司欠他年终奖或股东分红。证据 2，真实性、关联性均不认可，证据 2 的内容与本案无关。证据 3，真实性不认可，网页信息应当进行公证，且该证据的内容显示的 2008 年至 2010 年业绩增长，与本案 2011 年的业绩无关联。证据 4，真实性认可，但绩效奖金根据考核结果核算，根据公司的经营状况可以不发放。证据 5，真实性不认可，从内容上来看，这份证据只写了“清淡饮食多喝水”，没有写休息 3 天，这种情况医院不会让休息，并且不影响杨剑锋参加庭审，故对关联性也不认可。证据 6，证人最初回答说 9 点左右杨剑锋给他打电话让他去取假条，可是按照杨剑锋的陈述，杨剑锋晚上 10 点才去医院诊断。显然这个病假是当事人有意作假的行为。一审证人当时到法庭时伟景行公司的代理人与迟伟都在场，书记员向其核实身份，他拒绝表达，只是说杨剑锋让他把假条给法庭。一审承办法官在开庭前与杨剑锋通话，法官明确告诉杨剑锋庭审继续，要求杨剑锋参加庭审。

杨剑锋对伟景行公司提交的证据发表质证意见：真实性认可，但该证据不能反映伟景行公司的经营状况。

迟伟对杨剑锋提交的证据发表的质证意见与伟景行公司的质证意见一致，对伟景行公司提交的证据予以认可。

本院经审查认为，对于杨剑锋提交的证据 1、4，伟景行公司提交的审计报告中的表格，各方当事人对该 3 份证据的真实性均予以认可，本院对该 3 份证据的真实性予以确认。对于杨剑锋提交的证据 2、3，伟景行公司与迟伟对其真实性不认可，而该 2 份证据的证明目的与伟景行公司提交的审计报告内容相悖，亦无法直接体现伟景行公司 2011 年的业绩情况，故本院对该 2 份证据不予确认。对于杨剑锋提交的证据 5、6，本院认为，杨剑锋庭审时出示了其门诊病历的原件，对证据 5 的真实性本院予以确认，证据 5 中记录：“体检情况：神清精神可，咽部充血，双侧扁桃体肿大，双肺听诊呼吸音正常”，“疾病诊断：急性扁桃体炎”，“诊疗措施：清淡饮食多喝水”，该内容与证据 6 吴云的证言均未体现杨剑锋在一审开庭时存在完全无法出庭应诉的特殊情况，故对该 2 份证据的证明目的不予认可。

本院二审期间依法补充查明以下事实：

杨剑锋与达晨中心签署了两份股权转让协议，《股权转让协议》（一）为在北京市海淀区签署的正式协议，《股权转让协议》（二）仅有股权转让的核心条款，是按照工商登记机关备案要求制作的，第一款之前有“根据北京伟景行数字城市科技有限公司决议，天津达晨创富股权投资基金中心（有限合伙）与杨剑锋就达成出资转让协议”的表述。

关于杨剑锋受让伟景行公司股权的对价款，《股权转让协议》（一）中约定“本次股权转让价款由双方协商并最终确定”，《股权转让协议》（二）中未约定。

再查，迟伟对其依伟景行公司指示承接杨剑锋持有的 0.72% 的伟景行公司股权表示认可。

另查，杨剑锋与伟景行数字公司的《劳动合同》约定“绩效奖金根据考核结果核算”，未约定绩效奖金的具体数额和发放时间，杨剑锋对此亦表示认可。《劳动合同》中未涉及本案各方所争议的股权问题。

庭审中，杨剑锋称其常年扁桃体发炎，11 月 1 日出现扁桃体发炎的状况，认为自己能去开庭，没有在刚开始出现症状时向法庭说明身体不适、申请延期开庭。

本院经审理查明的事实与一审法院查明的事实一致。

上述事实，还有双方当事人在一、二审中的陈述意见在案佐证。

本院认为：本案为请求变更公司登记纠纷，通观本案，二审的争议焦点为伟景行公司是否有权将杨剑锋持有的该公司股份指定转让给迟伟，以及一审程序是否合法。

针对杨剑锋的上诉请求一，本院认为，迟伟与杨剑锋之间没有股权转让协议，迟伟取得公司股权系依据伟景行公司的指示，故伟景行公司是否有权处置杨剑锋持有的该公司 0.72% 的

股权，是迟伟合法行使要求变更公司登记的股东权利的关键。结合《股权转让协议》（二）中“根据伟景行公司决议”、《承诺函》中“为实现伟景行的长远利益，体现激励和约束机制”等相关表述，本院认为杨剑锋持有伟景行公司的股权的基础法律关系，即杨剑锋与达晨中心所签的《股权转让协议》（一）、（二），系具有伟景行公司激励员工性质的、附有一定条件的股权转让协议。该 2 份协议系当事人真实意思表示，亦不违反我国相关法律、行政法规的强制性规定，应属有效。《承诺函》中关于员工离职后应将受让股权转让给伟景行公司指定的自然人或法人的内容，亦于法不悖。杨剑锋在上述文件上签字确认，即应以上述文件约束自己持有公司股权的行为。现杨剑锋离职，已生效的（2013）一中民终字第 9349 号民事判决对于杨剑锋违反劳动合同的情形进行了认定，在此情形下，伟景行公司有权行使处分股权的行为，指示杨剑锋将持有的股权转让给迟伟，迟伟对此予以认可，并通过诉讼积极主张实现其股东权利。故对杨剑锋的该项上诉请求本院不予支持。

针对杨剑锋的上诉请求二，本院认为，杨剑锋与伟景行数字公司在《劳动合同》中约定“绩效奖金根据考核结果核算”，并未约定绩效奖金的具体数额和发放时间，杨剑锋对此亦表示认可。现伟景行公司提交了 2011 年度因伟景行数字公司亏损未能发放绩效奖金的证据，则杨剑锋应就 2011 年度伟景行数字公司应向其支付绩效奖金进一步举证。《股权转让协议》（一）、（二）均未对股权转让对价款约定具体金额，结合达晨中心出具的“本次股权转让是无偿转让”的情况说明，杨剑锋亦应就其所述的以其 2011 年度个人绩效奖金折抵股权转让对价款的事实提交证据。杨剑锋未能就其主张提交相关证据予以证明，故本院对其该项上诉意见不予支持。

针对杨剑锋的上诉请求三，本院认为，杨剑锋称自己 11 月 1 日即发现扁桃体发炎，却未就身体的不适提前通知法庭，开庭当天由他人转交医院假条，本人拒不到庭，且从杨剑锋提交的假条中“神清精神可”等描述，无法证明杨剑锋在一审开庭当天存在完全无法出庭应诉的特殊情况，一审法院缺席审理此案程序正当。对杨剑锋的该项上诉请求，本院不予支持。

针对杨剑锋的上诉请求四，本院认为，杨剑锋与伟景行数字公司的《劳动合同》中未涉及本案各方争议的股权问题。本案争议的股权系伟景行公司而非伟景行数字公司的股权，《承诺函》亦是杨剑锋向伟景行公司而非伟景行数字公司出具，杨剑锋称《承诺函》属劳动关系的一部分，因其产生的纠纷应经劳动仲裁程序，缺少事实和法律依据。一审法院依据已生效的、处理杨剑锋与伟景行数字公司劳动争议的（2013）一中民终字第 9349 号民事判决，对杨剑锋违反劳动合同的事实进行了认定，进而认定伟景行公司有权行使处分股权的行为，并无不当。故对杨剑锋的上诉请求四，本院不予支持。

综上，本院对杨剑锋的各项上诉请求均不予支持。杨剑锋应按照其向伟景行公司出具的《承诺函》中约定的，“本人如离职……，将按照当初受让股权的价格转让给伟景行指定的自然人或法人”，将其受让的伟景行公司 0.72% 股权交由公司处置。现迟伟自愿依据伟景行公司的决议承接该部分股权，则其享有该部分股权代表的股东权利，并无不当。迟伟要求伟景行公司将其获得的该部分股权变更登记至迟伟名下，杨剑锋对此予以协助，于法有据。一审判决事实清楚，程序合法，适用法律正确。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审案件受理费三十五元，由伟景行科技有限公司负担（于本判决生效之日起七日内交纳）。

二审案件受理费七十元，由杨剑锋负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 邹明宇
审判员 黄占山
代理审判员 刘婷
二〇一四年三月五日
书记员 王昕李妍

杨昇林、邯郸红日冶金有限公司合同纠纷二审民事判决书

邯郸市中级人民法院

民事判决书

(2018)冀 04 民终 4915 号

上诉人(原审原告):杨昇林,男,1984年11月24日出生,汉族,住上海市黄浦区。

委托诉讼代理人:左胜高,北京市京师律师事务所律师。

委托诉讼代理人:刁朋朋,北京市京师律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):邯郸红日冶金有限公司,住所地:河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人:刘勇耀,该公司董事长。

委托诉讼代理人:李长平,北京德和衡(邯郸)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):河北省武安市元宝山工业集团有限公司,住所地:河北省邯郸市武安市固镇村村中。

法定代表人:刘北方,该公司董事长。

委托诉讼代理人:杨科鹏,北京德和衡(邯郸)律师事务所律师。

上诉人杨昇林因与被上诉人邯郸红日冶金有限公司(以下简称邯郸红日公司)、河北省武安市元宝山工业集团有限公司(以下简称元宝山集团公司)合同纠纷一案,不服河北省武安市人民法院(2018)冀 0481 民初 1123 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2018 年 9 月 3 日立案后,依法组成合议庭,不开庭进行了审理。本案现已审理终结。

杨昇林上诉请求:1、请求依法撤销河北省武安市人民法院(2018)冀 0481 民初 1123 号民事判决书,并予以改判。2、请求法院判决邯郸红日公司履行合同义务按约归还投资款 335000 元,并赔偿逾期付款违约金(以 335000 元为基数,以人民银行同期贷款利率为标准自 2014 年 12 月 11 日支付至判决生效之日止)。3、请求判决元宝山集团公司因滥用大股东控制权和法人独立人格而对上述债务承担连带责任。4、请求判令邯郸红日公司、元宝山集团公司承担本案一审、二审的全部诉讼费用。事实和理由:杨昇林对一审判决中关于“杨昇林应该 2014 年 1 月 15 日之前,向法院起诉”的相关认定严重错误,既违背了合同的约定,也缺乏事实、法律依据,且违背法律规定,依法应予以纠正。1、根据涉案合同约定,本案邯郸红日公司支付杨昇林款项存在如下条件,且只须满足如下任一条件时则支付款项条件成就:第一、中钢公司没有达到在 2011 年 12 月 31 日前完成首次公开发行,第二、公司停止积极配合中钢的上市工作。同时结合《上市金融服务合约》约定,投资者投资中钢基础是,中钢最终实现要在纳斯达克的上市。但该最终目标要分阶段完成,具体为两步:首先一定期限完成首次公开发行,其次,还要继续积极配合最终登陆纳斯达克上市。积极配合并最终完成纳斯达克的上市是终极目标。另从条款本身上看,涉案合同约定的条件也是对两个不同阶段、不同情形的约定,其中积极配合并最终完成纳斯达克的上市是终极目标。“首次公开发行”也即 IPO,不同于上市,属于两个独立的阶段。根据《首次公开发行股票并上市管理办法》规定, IPO 后可以选择上市或不上市,也可以选择在不同证券交易所的上市。2、该协议约定了杨昇林可以要求被上诉人支付投资款项的两种情况,且两种情况为“或”的关系,也就是说,无论是哪一种情况,杨昇林均可以对邯郸红日公司主张权利。采用哪一种情况、哪一种方式去主张权利,是协议约定的杨昇林的权利。这也符合当时中国工业钢铁股份有限公司为上市进行募集资金而寻求投资人,邯郸红日公司作为其关联方向投资者做出保证,而以此来吸引投资者的实际情况。因此杨昇林选择“公司停止积极配合中钢的上市工作”这一条件成就时去向被上诉人主张权利,符合合同约定。3、根据此次融资背景和《上市金融服务合约》第 1.14 条的约定“甲方所提供的各项服务将在甲方股票在纳斯达克上市交易时终止”和第 2.6 条“在完成纳斯达克交易挂牌上市后三个工作日向乙方支付 30 万”的约定来看,本案的“上

市”均是指“纳斯达克的上市”，只有实现了中钢公司的纳斯达克上市，才能达到上市融资目的。目前中钢公司并没有实现在纳斯达克上市，因此，邯郸红日公司支付杨昇林投资款的条件已经成就，本案诉讼时效最早应当从此时计算。4、本案中，杨昇林将款项投入到中钢公司后，公司前期还配合上市工作，但到2014年6、7月不再积极配合上市工作了，公司也不再向美国上市管理部门递交报表了，这在中钢公司等前期（2011年2月至2014年4月）配合上市时向美国证监会提交材料情况可以看出。公司不配合上市工作，直接造成投资者的投资款无疑石沉大海、打了水漂，也给投资者带来了实际无法挽回的损失。该情形的出现，符合约定的“公司停止积极配合CIS的上市工作”邯郸红日公司承担支付杨昇林投资条件已经成就，邯郸红日公司依约需履行合同义务；本案诉讼时效最早应当从此时计算。综上，本案存在公司2014年7月开始停止积极配合上市工作情形，达到按约回购股权支付全部投资款的条件。2014年9月投资者知道此情形后，杨昇林及Alan等投资者代表在向被上诉人讨要投资款时，被上诉人（刘北方）也承认未完成上市工作，认可支付投资款的条件已经成就，并已实际支付陈涛、李金生投资款各20万。倘若条件不成就，倘若杨昇林等没有及时主张权利，被上诉人又怎会在2015年11月主动退款40万呢？因此一审法院认定杨昇林应该2014年1月15日之前，向法院起诉属于认定事实错误，违背了合同的约定。二、杨昇林对一审判决中关于“超过诉讼时效”，“未能举证证明本案存在诉讼时效中断、中止情形”的相关认定严重错误，与本案证据和事实严重不符。且杨昇林及其代表2015年初、2015年11月、2016年3月多次向被上诉人主张权利，被上诉人一直同意退还杨昇林等投资者款项并于2015年11月25日也向投资者支付部分款项40万元；本案依法也存在诉讼时效中断情形。本案的诉讼时效起算点最早应该为2014年9月，且杨昇林多次向被上诉人主张过权利。2015年初、2015年11月25日、2016年3月等，杨昇林、陈涛、李金生、王某等投资者代表分别多次向被上诉人主张权利，被上诉人公司明确承诺应该支付，但表示目前资金不足，只支付陈涛、李金生等二人共40万元人民币。民法通则第一百四十条：“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。”2015年11月25日，2016年3月本案诉讼时效多次中断，本案没有超过诉讼时效。本案关于诉讼时效的证据主要有：首先，根据协议约定，在“公司停止积极配合CIS的上市工作”时，投资者可以向邯郸红日公司主张权利。根据杨昇林提交的证据十六“中钢公司在美国证监会公开披露信息公证书及其翻译文书”显示，中国工业钢铁股份有限公司一直在提交上市所需要的文件，包括财务报表，季报等，直到2014年4月份公司提交了最后一份报告后，未再按照美国证监会的要求提交上市需要的报表。根据该披露文书显示的每两个月或者每三个月提交一次报表的规律来看，公司下次提交报表的时间最迟在2014年7月份，但公司未再提交相关材料，不再积极配合CIS的上市工作。被上诉人退款款项条件成就，据此杨昇林才有权主张权利。再者，根据证据四“调查笔录”、证据十三“付款证明单、陈涛招商银行交易明细及ALen与元宝山、邯郸红日办公室主任刘维如短信记录”、证据十八“王某证人证言”、证据十九“ChiengLeeTing证人证言”，在2014年9月中钢公司的上市服务公司福瑞兰德公司负责人王某才知道了元宝山公司、中钢公司停止上市事宜，告知了投资者。也就是说，此时投资者才知晓可以主张权利的事实，根据《民法通则》第一百三十七条：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。”诉讼时效最早应从2014年9月份起算。最后，根据杨昇林提交的证据十九“ChiengLeeTing证人证言”结合证据十三“付款证明单、陈涛招商银行交易明细及ALen与元宝山、邯郸红日办公室主任刘维如短信记录”证据显示，上市服务中介公司福瑞兰德负责人王某、投资者赵晨、李金生及投资者陈涛的先生ALen（也就是ChiengLeeTing），作为投资者代表于2015年初、2015年11月25日、2016年3月3日前后三次去往邯郸红日公司主张权利，由办公室主任刘维如及董事刘北方接待，被上诉人均承诺给付投资者款项，且被上诉人也在2015年11月已给付一部分。（有付款证明单、短

信聊天记录、银行流水为证。)《民法通则》第一百四十条:“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起,诉讼时效期间重新计算。”可见本案中,诉讼时效多次中断,本案不存在诉讼时效问题。三、元宝山集团公司作为邯郸红日公司的大股东,滥用大股东控制权和公司法人独立人格,将邯郸红日公司的主要财产为其旗下关联公司的债务做抵押,并在人事、业务、财务上与红日公司严重混同,严重损害公司债权人利益情形。一审法院对元宝山集团公司滥用对邯郸红日公司控制权的事实不予认定与事实不符。两被上诉人存在严重人员混同、业务混同、财务混同的情形;且元宝山集团公司作为邯郸红日公司的控股股东,于 2015 年 10 月 29 日滥用对邯郸红日公司的控制权,将邯郸红日公司主要资产价值 1.6 亿的中板设备抵押给邯郸银行武安支行,为元宝山集团公司关联公司金福地物资公司的 2 亿元银行借款提供担保并办理抵押登记,造成邯郸红日公司债权人权益无法实现,权利严重受损。元宝山集团公司作为邯郸红日公司的大股东,存在滥用控股地位和滥用法人独立人格损害债权人权益行为,应依法对邯郸红日公司的债务承担连带责任。四、本案杨昇林与被上诉人(红日公司)签署的协议虽未约定违约金,但被上诉人存在逾期付款的情形,依照合同法的相关规定以及《最高人民法院关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》,应当支付因逾期付款给杨昇林造成的损失。综上,一审法院关于杨昇林超过诉讼时效主张权利的认定,违背了合同的约定,属于事实认定存在重大错误,适用法律错误,一审判决明显偏袒被上诉方,与事实不符于法相悖于理不合,存在明显的地方保护主义。为此杨昇林请求根据事实和法律,对一审判决依法予以改判,维护杨昇林的合法权益,维护公平和正义。另补充为,邯郸红日公司是元宝山集团公司的全资子公司,应该由元宝山集团公司去证明两公司之间的法人独立,如果元宝山集团公司不能举证证明,应该承担连带责任。

邯郸红日公司答辩称,一审认定事实清楚、证据充分,以诉讼时效驳回杨昇林请求正确,应维持原判。一、一审法院认定有关杨晟林超过诉讼时效的事实清楚,证据确实充分,适用法律正确,以超过诉讼时效判决驳回杨昇林诉讼请求完全正确。二审应维持原判。邯郸红日公司与杨昇林签订的协议约定:“本协议规定如果中国工业钢铁股份有限公司(CIS)在 2011 年 12 月 31 日以前没有完成合格的首次公开发行或者公司停止积极配合 CIS 的上市工作,则投资方有权要求公司于 15 个工作日之内归还 50000 美元对中国工业钢铁股份有限公司的投资”。1、首先,本案诉讼时效应从 2012 年 1 月 15 日起算。在 2011 年 12 月 31 日前没有完成合格的首次公开发行,这是双方认可的事实。因此,2012 年 1 月 15 日前,投资方有权要求返还,该时间界点也是计算诉讼时效的起始点,2014 年 1 月 15 日前,投资方如没有主张权利,且不存在诉讼时效中断的情景,即可认定超过诉讼时效。本案,杨昇林 2016 年 8 月 25 日起诉,且不存在时效中断的情景,显然超过诉讼时效。因此,一审法院认定杨昇林超过诉讼时效的事实清楚,证据确实充分,适用法律正确,以超过诉讼时效判决驳回杨昇林诉讼请求完全正确,二审应维持原判。2、诉争协议约定的给付条件之“公司停止积极配合 CIS 的上市工作”,履行内容不明确,不能构成有效的约定。首先,约定不明确,公司具体是哪个公司?积极配合的范围及原因?根据诉争协议的上下文,可以看出“公司停止积极配合 CIS 的上市工作”中的“公司”指的是邯郸红日公司,CIS 指的是中国工业钢铁股份有限公司(下称中钢公司),合同中的这句话应当是“邯郸红日公司停止配合中国工业钢铁股份有限公司的上市工作”。没有任何证据证实邯郸红日公司与中钢公司在境外上市有关联,邯郸红日公司是毫无关系的第三方,一个与上市毫无关系的第三方为什么要配合上市工作?又应当怎样配合上市工作?相信杨昇林也无法解释。可见,合同中的此项约定不明确。其次,停止提交报表与停止积极配合 CIS 的上市工作是否等同?应该哪个公司提交报表?杨昇林认为邯郸红日公司应该提交报表的事实根据是什么?杨昇林认为 2014 年 4 月停止提交报表,即可认定属于“公司停止积极配合 CIS 的上市工作”。邯郸红日公司认为两者不是一个概念,

不能等同。完成公司上市工作需要多种条件和因素，难道就仅仅提交报表就可完成的吗？案件是否还存在其他积极配合上市的情形吗？杨昇林认为邯郸红日公司应该提交报表的事实根据是什么？这更进一步说明双方约定不明确，杨昇林以该条件已成就为由要求法院支持诉讼请求的主张不能成立，该条件不是有效的约定，不能作为认定本案事实的依据。3、杨昇林在起诉前没有向邯郸红日公司主张过权利，且没有诉讼时效中断情景。首先，杨昇林及其代理人认可 2014 年 4 月元宝山集团公司和邯郸红日公司停止提交报表，9 月才知道，因此，诉讼时效应从 2014 年 9 月开始计算，2016 年 8 月提出诉讼不超诉讼时效。这里 2014 年 9 月杨昇林才知道的证据只有证人王某提到，王某作为福瑞兰德北京代表处的负责人，与本案具有利害关系，证言效力较低，且没有出庭作证。另外，福瑞兰德北京代表处营业执照在 2014 年 10 月吊销了，福瑞兰德北京代表处作为促使中钢公司上市的中介机构，无法向投资者交代，将矛盾推向元宝山集团公司和邯郸红日公司，是主要因素。如果杨昇林是股东，应该清楚并知晓中钢公司上市进程，不能依据王某的证言认定其知道的具体时间。其次，杨昇林及其代理人提交的所谓诉讼时效中断的证据与邯郸红日公司无任何关联性。本案没有任何证据证明杨昇林在起诉前向邯郸红日公司主张过权利。因此，杨昇林提交的所谓时效中断的证据不能作为其曾向邯郸红日公司主张权利的证据。综上，杨昇林起诉已经超过诉讼时效。一审法院驳回其诉讼请求完全正确。二、一审法院认定杨昇林投资事实存在，系中钢公司股东，但因超过诉讼时效驳回杨昇林诉讼请求。邯郸红日公司虽没有上诉，但不认可杨昇林系中钢公司股东。理由如下：第一，杨昇林是否向中钢投资没有证据证明，杨昇林没有提供一完整的资金流水链条，无法证明杨昇林已经实际将投资款给付给了中钢，且中钢实际收到了杨昇林的投资款。第二，中钢不是本案当事人，就杨昇林自称其是中钢的股东无法确认。杨昇林没有提交证明股东的法定有效的证据，如股东的股权证明书、股东名册、出资证明书等。第三，杨昇林在一审时提交的股东通知书不是原件，是打印件，没有署名是谁出具的，也没有显示是给谁的，更没有中钢公司的盖章。第四，为证明杨昇林股东的身份，杨昇林提交了“中钢公司在美国证监会公开披露信息公证书及其翻译文本”，虽然杨昇林提交了证明提取该证据的公证书，但是其内容是通过美国证监会形成的，系域外形成的证据。并且该公证书也仅仅是对提取程序的公证，对于其内容的真实性无法证明。其证据形式不符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十一条规定，无法证明杨昇林是中钢股东的身份，法院不应当对其进行认定，第五，①证人王某是美国福瑞兰德资本公司北京代表处的负责人，中钢最终没有在美国纽交所或纳斯达克上市王某负有责任，与杨昇林存有利害关系，其证言证明力较低。虽然其证明杨昇林是中钢的股东，但证人证言是言词证据，不是证明杨昇林系股东的法定有效证据，且证人在庭审中并没有出庭，不能仅凭该证据就确认杨昇林的股东身份。②证人 AILen 不是本案中的当事人，杨昇林正是通过其和王某介绍对中钢进行投资的，且 AILen 是陈涛的丈夫，其与本案具有重大的利害关系。另一方面，其在庭审中的证言与其他证据具有明显的矛盾，证据效力低。综上几点，杨昇林所称投资中钢，属于股东的事实不能确定，杨昇林以该事实为前提起诉邯郸红日公司要求返还投资款，杨昇林主体不适格。三、假设杨昇林系中钢公司股东，诉争协议违反了《合同法》第五十二条的规定，依法属于无效协议。具体理由如下：（一）本案中的协议违反了《合同法》第一、五、七条。1、本案中的协议是不公平、不对等的协议，认定其有效将会损害邯郸红日公司债权人以及股东的合法权益，将会损害社会公共利益。杨昇林投资的目标主体是中钢，杨昇林获得了中钢股东的身份，其股票具有较大的价值。邯郸红日公司（协议签订时属于中外合资企业）与中钢公司系独立的民事主体，也不是中钢公司的股东，杨昇林与邯郸红日公司签订的协议没有对价关系，本案中的协议是一个不具有对价关系的单务合同，也不属于对赌协议。按照合同约定邯郸红日公司需要履行“归还杨昇林投资款的义务”，杨昇林并没有与之相对的义务。《合同法》第五条、第七条规定，当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务，签订协议应当遵守法律

法规，尊重社会公德。不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。邯郸红日公司是一个以盈利为目的的企业法人，该协议的签订显然不符合合同法所要求的公平目标的实现。更重要的是，判令邯郸红日公司归还杨昇林投资款将会使邯郸红日公司在没有获得任何对价的基础上承受巨大的债务负担，这将极大的损害到邯郸红日公司股东以及债权人的合法权益，损害公司法框架下的正常公司经营秩序，损害了社会的公共利益。2、诉争协议违反了投资收益与风险共担的基本原则，属于无效的保底条款。《合同法》第一条为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。首先，合同法保护公民合法的权利和利益。杨昇林作为投资者，为了获得高额的溢价款，通过美国福瑞兰德资本公司北京代表处的介绍购买中钢发行的原始股，并为公司设定了上市的目标，杨昇林的行为是一种投资行为。上市行为的完成并不是一蹴而就的，作为投资者、股东的杨昇林应当承担和预想到这一目标没有实现的风险。出于保护自己的投资安全的目的，在美国福瑞兰德资本公司介绍与要求下，邯郸红日公司与杨昇林签订了该协议，其实质乃是保底条款，杨昇林既要获取高额溢价款又要保证在投资失败的时候能够收回自己的投资成本，保证杨昇林在投资受损后仍然能够获得本金。这显然是不符合投资基本原则的，是保证投资收益的保底条款，违反了市场的价值规律。杨昇林主张归还其投资款的行为显然不是符合法律框架下的合法行为，其实质是想通过签订协议的方式来掩盖保底条款下收回投资成本的目的，是损害邯郸红日公司合法利益结果下的非法行为，损害了社会的公共利益。股票投资中收益与风险共担的基本原则将会被破坏，投资市场中的正常经济秩序将会被打破。（二）诉争协议违反《公司法》第三十五条的规定，属于《公司法》司法解释三第十二条第二款、第三款规定的抽逃出资的行为。按照杨昇林的观点，杨昇林投资成功且是中钢公司股东，杨昇林投资中钢公司五万美元，该投资款出资已经转化为公司的注册资本。杨昇林作为投资者，在投资前利用其优势地位在没有任何实际交易或者对价的情形下与邯郸红日公司签订协议。邯郸红日公司虽然属于关联公司，但与杨昇林无任何债权债务关系。该行为显然属于在关联公司之间虚构债权债务关系，妄图抽逃出资的行为。企图以协议的合法形式，达到其抽逃出资的非法目的。协议违反《公司法》第三十五条公司成立后，股东不得抽逃出资的规定。该行为违反了《公司法》司法解释三第十二条第二款、第三款规定：“股东通过虚构债权债务关系将其出资转出；利用关联交易将出资转出”。上述规定属于法律的禁止性规定，根据《合同法》第五十二条第三款、第五款的规定，依法属于无效合同。四、如果认定杨昇林与邯郸红日公司签订的协议有效，判决返还杨昇林投资款，杨昇林仍然系中钢公司股东，持有股权，仍然可以有股权收益。但杨昇林的投资已经抽回，杨昇林的实际行为损害中钢公司的利益，也损害了中钢公司其他股东的利益。五、杨昇林诉请邯郸红日公司赔偿自 2014 年 12 月 11 日始至今的逾期付款违约金，没有事实根据和法律依据。首先，杨昇林与邯郸红日公司签订的协议属于无效协议，无效的合同自始不具有法律的约束力。其次，根据《合同法》第 114 条规定，违约金适用以约定为前提，杨昇林与邯郸红日公司在协议中并没有逾期付款违约金的约定，故杨昇林要求承担逾期付款违约金没有法律依据与事实依据。综上，杨昇林所诉超过诉讼时效；投资的事实及股东身份的事实无法确定，其起诉主体资格不适格；即使杨昇林是中国工业钢铁公司的股东，杨昇林与邯郸红日公司签订的协议也因破坏了社会经济秩序、损害了股东以及公司债权人的合法利益，违反《公司法》抽逃资金的规定，根据《合同法》第五十二条规定，属无效协议。故请求法院依法驳回杨昇林的上诉请求。

元宝山集团公司答辩称，一审法院认定杨昇林超过诉讼时效，且驳回其诉讼请求，认定事实清楚、适用法律正确，二审应当依法予以维持。具体理由如下：第一、杨昇林举证不能证实其中国工业钢铁股份有限公司（CIS）股东身份及投资事实，因此是不适格的诉讼主体。杨昇林在一审庭审中并没有提交其实际履行向中钢公司支付投资的证据，无法证明其实际履行了出资义务及投资的事实。根据《公司法》的规定和司法实践来看，认定股东资格的标准有

两个，即在实质上出资（取得股权证书），在形式上记录在股东名册上并经过登记。本案中杨昇林既没有提供股东名册，也不能证实向中国工业钢铁股份有限公司履行了出资义务；杨昇林无法证实其实际向中钢进行了出资，更无法证明其是股东的事实。因此杨昇林在本案中不具有合法的诉讼主体资格。第二、杨昇林要求邯郸红日公司返还投资款的条件不具备，人民法院应当依法驳回杨昇林的诉讼请求。首先、元宝山集团公司与福瑞兰德 2009 年 12 月 7 日签订的《上市金融服务合约》，对杨昇林没有约束力，更不构成元宝山集团公司对杨昇林的承诺。而且，《上市金融服务合约》第一条上市金融服务范围第 13 项约定目标公司在 OTCBB 公开交易，至于是否到纳斯达克上市要看公司是否符合上市条件，只有在具备纳斯达克上市条件时才开始启动协助工作。根据双方庭审查的事实，目标公司已完成在美国 OTCBB 市场的公开发售，已经完成了协议约定的内容，现杨昇林提出要求返还，明显不符合协议约定的返还条件。因此，杨昇林要求邯郸红日公司归还投资款并赔偿逾期付款违约金的诉讼请求，没有事实和法律依据，请求人民法院依法驳回杨昇林的诉讼请求。第三、杨昇林与邯郸红日公司所签订《协议》属于我国《合同法》第五十二规定的无效情形，应认定为无效协议。按照杨昇林原一审当庭的陈述，先是将该协议理解为“对赌协议”，后又辩解为是一种第三方担保；认为只要符合条件杨昇林就有权要求邯郸红日公司归还其投资款，杨昇林的这种理解是错误的。首先，这个协议中邯郸红日公司只有义务没有任何权利，而杨昇林则只享有权利而不承担任何义务，且让一个独立的第三方邯郸红日公司返还其投资款，很显然不符合对赌条款的条件。其次，这不是担保协议，众所周知，担保是对应的一个债权，而本案杨昇林投资的是一个公司股权。该协议违反了投资领域风险共担的原则，使得杨昇林作为投资者不论中钢的经营业绩如何，均能获取约定的收益而不承担任何风险。这种约定破坏了社会公共秩序、损害了公共利益。并且，该协议属于单务合同，没有任何对价，该协议的履行会损害社会公共利益，违反合同法的规定。因而，杨昇林与邯郸红日公司签订的协议属于无效协议。无效的协议自始无效，对协议双方不具有约束力。第四、杨昇林的起诉超过诉讼时效，已丧失胜诉权，人民法院应当依法驳回杨昇林的诉讼请求。1、按照杨昇林与邯郸红日公司所签的协议，双方约定非常明确：如果中国工业钢铁股份有限公司（CIS）在 2011 年 12 月 31 日之前没有完成合格的首次公开发行或者公司停止积极配合 CIS 的上市工作，则投资者有权要求公司于 15 个工作日内归还对中国工业钢铁股份有限公司的投资。杨昇林是在 2016 年 8 月 25 日向人民法院起诉，9 月 7 日立案。即使按照杨昇林理解的应当在纳斯达克上市，那么也远超过我国法律规定的两年诉讼时效，早已丧失胜诉权，人民法院应当依法驳回杨昇林的诉讼请求。2、杨昇林为了规避时效的问题，提出“到 2014 年 9 月始被上诉人等明确表示不再向中国工业钢铁公司上市所在地相关部门提供报表，不再配合中国工业钢铁公司的上市工作”，仅提供一个未出庭的王某的证言。对王某的证言，我们在法庭调查和质证阶段已充分阐述，在此不在罗列。因此，杨昇林的主张均起不到中断诉讼时效的目的。第五、元宝山集团公司没有滥用法人独立地位，不存在需对债务承担连带责任的情形，人民法院应当依法驳回杨昇林对元宝山集团公司的诉讼请求。股东有限责任、公司独立对外承担责任是公司法的基本原则，揭开公司面纱只有在极端情况下才能谨慎适用；所谓滥用法人独立人格通常是指：资本金严重不足、资产机构混同和利用法人地位恶意逃避债务、关联交易、同业竞争等情形。在本案中，杨昇林提供的证据均是企业正常经营过程中合法的经营行为，不存在公司法规定的股东关联交易、人员混同、同业竞争、恶意逃避债务等损害公司、股东、债权人利益的行为。元宝山集团公司不存在滥用法人独立人格地位的情形，当然也就不存在连带责任的情形。邯郸红日公司与元宝山集团公司均是合法的市场主体，开展合法的市场交易受法律保护。不能仅仅因为双方存在交易行为进而认定双方存在混同的事实，这显然是错误的。杨昇林在庭审中所罗列的业务混同、人员混同和办公地点混同等多数主张均属于主观猜测，没有事实依据和实际意义；所谓的业务混同是基于无关第三方网上的销售信息等等；也不存在人员混同

的情形，至于邯郸红日公司对外担保的问题，是经邯郸红日公司董事会决定的，完全符合公司法的相关规定，且不存在逃避债务的情形。杨昇林所诉不实，与邯郸红日公司所签协议属于无效协议，请求邯郸红日公司归还投资款、赔偿逾期付款违约金，要求元宝山集团公司承担连带责任，缺乏基本的依据；且明显超过法律规定的诉讼时效，人民法院应当依法驳回杨昇林的请求，以维护法律的尊严和当事人的合法权益。另补充为，元宝山集团公司和花旗公司共同设立了邯郸红日公司，至于邯郸红日公司的股东变更，在 2018 年以后完成的，不能因为元宝山集团公司是邯郸红日公司的股东就认定双方存在混同，杨昇林提交的证据均是邯郸红日公司股东没有变更之前的证据。

杨昇林向一审法院起诉请求：1、邯郸红日公司按约归还杨昇林投资款人民币 341500 元（对应 50000 美元）；2、邯郸红日公司赔偿杨昇林自 2014 年 12 月 11 日始至今的逾期付款违约金（按中国人民银行同期贷款利率计算）。上述合计人民币 367112.50 元（暂定）；3、元宝山集团公司作为股东因滥用法人独立人格需对上述债务承担连带责任；4、判决邯郸红日公司、元宝山集团公司共同负担本案的诉讼费用。

一审法院认定事实：2009 年 12 月 7 日，元宝山集团公司（以下简称甲方）与美国福瑞兰德资本公司北京代表处（FRIEDLANDCAPITALINC）以下简称乙方就促成甲方或其下属公司邯郸红日公司的股票在美国公开上市，签订一份上市金融服务合约，双方就服务范围，服务费用，权利义务等方面进行了详细约定。2010 年 10 月 15 日，杨昇林通过母亲舒霞芳账户（账号：52×××08）向中国工业钢铁股份有限公司指定的账户（户主杨常波，账号：62×××21）汇款 335000 元，成为中国工业钢铁股份有限公司的认购股票的个人投资者，具有中国工业钢铁股份有限公司的股东身份。后来，杨昇林与邯郸红日公司签订一份协议书，双方约定，如果中国工业钢铁股份有限公司（ChinaIndustrialSteelInc）（简称 CIS）在 2011 年 12 月 31 日以前没有完成合格的首次公开发行或公司停止积极配合 CIS 的上市工作，则投资方有权要求公司于 15 个工作日之内归还对中国工业钢铁股份有限公司的投资（50000 美元）。直至 2011 年 12 月 31 日，中国工业钢铁股份有限公司在美国未能完成合格的首次公开发行。一审法院认为，诉讼时效是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，债务人获得诉讼时效抗辩权。在法律规定的诉讼时效期间内，权利人提出请求的，人民法院就强制义务人履行所承担的义务，而在法定的诉讼时效期间届满之后，权利人行使请求权的，人民法院就不再予以保护。本案中，杨昇林与邯郸红日公司签订的协议书明确约定，如果中国工业钢铁股份有限公司在 2011 年 12 月 31 日以前没有完成合格的首次公开发行或者公司停止积极配合 CIS 的上市工作，则投资方有权要求公司于 15 个工作日之内归还对中国工业钢铁股份有限公司的投资（50000 美元）。由于中国工业钢铁股份有限公司未能在 2011 年 12 月 31 日以前完成合格的首次公开发行，杨昇林要求邯郸红日公司返还投资款的条件已经成就，也就是说当中国工业钢铁股份有限公司在美国未能完成合格的首次公开发行，杨昇林可以在法定的 2 年诉讼时效期间行使自己的权利，即在 2014 年 1 月 15 日之前，向法院起诉。现杨昇林于 2016 年 8 月 25 日向法院起诉，不仅早已超过诉讼时效，而且邯郸红日公司对诉讼时效提出抗辩，杨昇林也未能举证证明本案存在诉讼时效中断、中止情形，邯郸红日公司对诉讼时效抗辩事由成立。故杨昇林的诉讼请求权，不再保护，予以驳回。关于杨昇林主张邯郸红日公司 2014 年 9 月份停止积极配合 CIS 的上市工作，诉讼时效应当从 2014 年 9 月份计算。由于邯郸红日公司、元宝山集团公司对该主张不予认可，杨昇林的举证也不足以证明自己主张的事实，故对杨昇林的主张不予采信。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五条，《最高人民法院关于适用的解释》第二百一十九条之规定，判决：驳回原告杨昇林的诉讼请求。案件受理费 6807 元，由原告杨昇林负担。

本院二审期间，当事人没有提交新证据。

本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，在杨昇林与邯郸红日公司所签协议中约定，如果中国工业钢铁股份有限公司（ChinaIndustrialSteelInc）（简称 CIS）在 2011 年 12 月 31 日以前没有完成合格的首次公开发行或公司停止积极配合 CIS 的上市工作，则投资方有权要求公司于 15 个工作日之内归还 50000 美元对中国工业钢铁股份有限公司的投资。由此可见，归还投资的约定条件为在 2011 年 12 月 31 日以前没有完成合格的首次公开发行或公司停止积极配合 CIS 的上市工作。对于“在 2011 年 12 月 31 日以前没有完成合格的首次公开发行”的条件来说，由于中国工业钢铁股份有限公司未能在 2011 年 12 月 31 日以前完成合格的首次公开发行，杨昇林要求邯郸红日公司返还投资款的条件已经成就，杨昇林依法可以在法定的 2 年诉讼时效期间行使自己的权利，即在 2014 年 1 月 15 日之前，向邯郸红日公司主张归还 50000 美元。而杨昇林于 2016 年 8 月 25 日向法院起诉，且未能举证证明本案存在诉讼时效中断、中止情形，故一审法院认定邯郸红日公司对诉讼时效抗辩事由成立，杨昇林于 2016 年 8 月 25 日向法院起诉超过诉讼时效正确，本院予以确认。

而对于另一个条件即“公司停止积极配合 CIS 的上市工作”，其约定的条件并不明确，即对于“停止积极配合”双方并未约定明确的判断标准，杨晟林以该条件已成就为由要求支持其诉讼请求的主张难以成立。另外，杨昇林主张邯郸红日公司 2014 年 9 月份停止积极配合 CIS 的上市工作，诉讼时效应当从 2014 年 9 月份计算，邯郸红日公司、元宝山集团公司对该主张不予认可，杨昇林的举证也不足以证明自己主张的事实，故一审法院对于杨昇林的此主张不予采信亦无不当。

综上所述，杨昇林的上诉请求不能成立。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 6325 元，由上诉人杨昇林负担。

本判决为终审判决。

审判长 冯志勇

审判员 罗琪

审判员 孙佳

二〇一八年十一月二十二日

书记员 程建光

杨昕玮犯受贿罪二审刑事判决书

锦州市中级人民法院

刑事判决书

(2015)锦刑二终字第 00024 号

原公诉机关锦州市古塔区人民检察院。

上诉人(原审被告)杨昕玮,男,1968年5月28日出生于辽宁省锦州市,汉族,大学文化,中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司物资采购部化工科原科长,捕前住锦州市古塔区,户籍地锦州市古塔区。因本案于2013年12月31日被刑事拘留,2014年1月15日被依法逮捕。现羁押于锦州市看守所。

辩护人王明忠、李源彬,均系辽宁华峰律师事务所律师。

锦州市古塔区人民法院审理古塔区人民检察院指控原审被告人杨昕玮犯受贿罪一案,于2014年11月24日作出(2014)古刑初字第00077号刑事判决。宣判后,原审被告人杨昕玮不服,提出上诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案。锦州市人民检察院指派代理检察员王宏波、范迪出庭履行职务,上诉人杨昕玮及其辩护人王明忠、李源彬到庭参加诉讼。现已审理终结。

原审判决认定,被告人杨昕玮在2012年任锦州石化公司物资采购部化工科科长期间,负责采购重烷基苯等化工原料。2012年7月5日,深圳鸿庆泰公司的经理胡某以传真方式向杨昕玮报价重烷基苯(2#)每吨人民币13500元。2012年11月7日,胡某又以传真方式向杨昕玮报价重烷基苯(2#)每吨人民币14500元。后二公司于2012年11月8日按每吨人民币14500元的价格签订了100吨重烷基苯(2#)的买卖合同。货款结清后,杨昕玮通过电话以家里需要用钱为名向胡某索要人民币10万元。2012年12月28日,胡某按照杨昕玮提供的信息,通过银行向杨昕玮持有的名为杨某某的交通银行卡汇款人民币10万元。2012年12月29日、12月30日,杨昕玮将该款分二次取出存于自己名下建设银行账户。2013年12月31日,杨昕玮被带回侦查机关调查并于当日被刑事拘留。现赃款人民币10万元已被检察机关扣押。

原审法院认为,被告人杨昕玮身为国有公司中从事公务的人员,利用职务上的便利,以借款为名向他人索取财物,已构成受贿罪。关于辩护人提出被告人不构成受贿罪主体的问题,经查,被告人时任锦州石化公司物资采购部化工科科长,具体负责生产原料采购的领导、管理工作,系国有公司中从事公务的人员,以国家工作人员论,其身份符合法律规定的受贿罪的主体资格。因此,对辩护人上述辩护意见,不予采纳。公诉机关指控被告人杨昕玮在胡某提出每吨13500元的报价后,要求胡某提高单价到每吨14500元并按此价格签订买卖合同。经审查,深圳鸿庆泰公司于2012年7月5日向锦州石化公司传真报价重烷基苯每吨13500元,后于2012年11月7日又报价每吨14500元,2012年11月8日双方按照单价14500元的价格签订了买卖合同。公诉机关仅提供证人胡某的证言证实系被告人要求胡某将重烷基苯的价格从13500元每吨提高至14500元每吨,没有其他证据能够与胡某的证言相互印证,在案证据不能形成完整的证据链条。因此公诉机关此项指控,证据不足,不能成立。对辩护人的相关辩护意见,予以采纳。针对被告人及其辩护人提出涉案的10万元是借款的辩解,首先根据公诉机关提供的证人胡某的证言,胡某否认该款是借款,其次如何界定涉案款项实际是借款还是受贿款,应结合以下因素予以判定:有无正当、合理的借款理由;款项的去向;双方有无经济往来、有无借款基础;出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益;借款后是否有归还的意思表示及行为;是否有归还的能力;未归还的原因等。本案中,被告人杨昕玮利用职务上的便利,以借款为名向他人索取财物,应当认定为受贿。理由:一根据被告人杨昕玮的供述,其家有存款70万余元,却虚构家里需要用钱而向他人借款。杨

1005

昕玮与胡某通过工作相识，此前没有任何经济往来，缺乏正常借贷关系的信任基础，亦不存在合理的借款理由，且杨昕玮取得款项后存于其名下账户未实际使用该款。杨昕玮主观上自称有还款意愿并已还款，但客观上不能提供证据予以证实。二杨昕玮与胡某的身份、地位决定了二人存在制约等利益关系，利用职务上的便利谋取利益随时可能发生。虽然杨昕玮提出“借款”时，胡某未提出具体的请托事项，杨昕玮也未明示许诺或以实际行为为胡某谋取利益，但由于双方的身份及地位杨昕玮理应知道接受该财物意味着许诺在将来可能发生的权钱交易。此时被告人这种接受财物的行为可以视为默示为他人谋取利益的许诺。综上，对被告人此辩解，不予采纳。被告人违法所得的一切财物，应依法予以追缴。原审法院经公开开庭审理，对本案涉案证据进行了庭审质证，并根据原审被告杨昕玮的具体犯罪事实、性质、情节及对社会的危害程度等情况，依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（一）项、第九十三条、第六十四条之规定，判决：“一、被告人杨昕玮犯受贿罪，判处有期徒刑十年；二、在案扣押的赃款人民币十万元依法予以追缴，上缴国库”。

上诉人杨昕玮的上诉理由，1、其任职的中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司是国有控股公司，国有控股公司只有代表国有投资主体行使监督、管理职权的人以国家工作人员论，其不具备公司高级管理人员身份，不应界定为国家工作人员，不具备受贿罪的主体资格；2、收到胡某的钱系借款，不是受贿款，且已偿还。

其辩护人的辩护意见，1、原判认定事实不清，证据不足，采信证人胡某的证言违反法定程序；2、原判上诉人杨昕玮收取 10 万元，许诺将来发生权钱交易，视为默示为他人谋取利益的许诺，适用法律错误；3、上诉人杨昕玮是以劳动合同与股份制公司建立劳动合同关系，不应以国家工作人员确定其主体身份。

锦州市人民检察院的出庭意见，原判定罪准确，量刑适当，审判程序合法，应驳回上诉，维持原判。

经本院审理查明，原审判决认定部分事实清楚。另查明，中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司企业类型为股份有限公司分公司，性质为上市、国有控股公司。上诉人杨昕玮于 2011 年 1 月 6 日经中共中国石油锦州石化分公司委员会组织部聘任为物资采购部原料科科长，职级为正科级。

上述事实，有经原审及二审庭审举证、质证，本院予以确认的下列证据予以证实：

- 1、案件来源及抓捕经过证实本案来源系锦州市古塔区人民检察院反贪污贿赂局工作人员在工作中发现上诉人杨昕玮有受贿行为立案侦查及上诉人杨昕玮被抓捕到案情况。
- 2、户籍证明证实，上诉人杨昕玮的自然身份情况，其达到刑事责任年龄。
- 3、中共中国石油锦州石化分公司委员会组织部文件、领导人员任免审批表、干部任命书、干部聘任书证实，2011 年 1 月 6 日，上诉人杨昕玮被中共中国石油锦州石化分公司委员会组织部聘任为物资采购部原料科科长的相关事实。
- 4、企业营业执照载明，中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司企业类型为股份有限公司分公司，性质为上市、国有控股公司。
- 5、2012 年 7 月 5 日报价单证实，2012 年 7 月 5 日，深圳鸿庆泰公司的胡某通过传真向中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司报价重烷基苯单价为每吨 13500 元的事实。
- 6、买卖合同、物资发货通知单、出库单、结算材料、轨道衡列品种分类表及发票证实中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司与深圳鸿庆泰公司签订买卖合同及货物交付、货款结算的相关事实。
- 7、兴业银行个人汇款委托书证实胡某向杨某某账户汇款 10 万元的相关事实。

8、交通银行客户交易明细单、交通银行个人取款凭条、建设银行存款凭条证实，杨某某的银行账户收到胡某所汇 10 万元，杨昕玮将该款分二次取出并存到其名下银行账户的相关事实。

9、扣押物品文件清单证实侦查机关扣押上诉人杨昕玮 10 万元的相关事实。

10、证人胡某的证言及情况说明证实，其与杨昕玮于 2012 年初认识，与中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司有业务往来。2012 年，其与中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司签订了重烷基苯买卖合同，在买卖交易结束后，其按杨昕玮的要求向杨某某银行账户汇款 10 万元的相关经过。

11、证人仇某某、康某的证言均证实，杨昕玮自 2012 年下半年开始负责中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司重烷基苯采购业务。2011 年和 2012 年上半年的重烷基苯采购业务由康浩具体负责，杨昕玮帮助处理后续业务。因为杨昕玮是科长，所以在采购计划员处盖有其名章。

12、上诉人杨昕玮的供述证实，其于 2011 年开始任中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司物资采购部化工科科长。作为科长主要负责生产所需化工原材料的采购管理。其在采购重烷基苯时，认识了深圳鸿庆泰公司经理胡某。2012 年 12 月，其打电话给胡某说家里急用点钱，胡某按其告诉的其父杨某某银行卡号汇款 10 万元，其分二次将 10 万元取出存到自己银行卡。其家里有 70 多万元存款。

本院审理过程中，上诉人杨昕玮的辩护人提供了中国石油天然气股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书、中国石油十大股东网页打印件、上诉人杨昕玮的劳动合同及住院病志，欲证实中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司企业性质并非国有公司，而是上市、国有控股公司，上诉人杨昕玮与中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司签订劳动合同，上诉人杨昕玮向胡某借款的目的是为亲属购买药物的事实。辩护人提供的中国石油天然气股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书、中国石油十大股东网页打印件证实的事实已经本院予以确认，予以采信；提供的劳动合同仅能证实中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司与上诉人杨昕玮签订劳动合同，不能否定上诉人杨昕玮系经国有出资企业公司负有管理、监督国有资产职责的组织批准、任命，代表国有出资企业公司从事管理工作人员身份的事实。该劳动合同与本案事实无关联性，不予采信；提供的住院病志与本案事实无关联性，不予采信。

本院认为，上诉人杨昕玮作为国有控股公司的工作人员，经国有出资企业公司负有管理、监督国有资产职责的组织批准、任命，从事管理工作，属国家工作人员。其利用职务上形成的便利条件，索取他人财物，其行为已构成受贿罪，应依法惩处。上诉人杨昕玮以借款名义向他人索要财物，依法应从重处罚；其全额上缴犯罪所得，酌情从轻处罚。上诉人杨昕玮的违法所得，应依法追缴，上缴国库。关于上诉人杨昕玮所提其不具备国有控股公司高级管理人员身份，不应界定为国家工作人员，不具备受贿罪主体资格的上诉理由及其辩护人所提上诉人杨昕玮与中国石油天然气股份有限公司锦州石化分公司系劳动合同关系，不应以国家工作人员确定杨昕玮主体身份的辩护意见，经查，案发时，上诉人杨昕玮任中共中国石油锦州石化分公司物资采购部原料科科长，该职务系经中共中国石油锦州石化分公司委员会组织部批准、任命，符合相关法律规定的国家工作人员的条件，具备受贿罪主体资格。故该上诉理由及辩护意见无事实及法律依据，不予支持。关于上诉人杨昕玮所提其取得胡某的钱系借款，不是受贿款，且已偿还的上诉理由，经查，依现有证据，上诉人杨昕玮收到胡某汇款之前，与胡某仅在业务上有交往，无经济往来，其取得胡某汇款后存于个人账户，未使用，所称借款事由在取得该笔钱款后亦未真实发生，现亦无证据证实该款已还，且胡某否定该笔款项已还。故原判认定上诉人杨昕玮取得胡某的 10 万元系受贿款并无不当，该上诉理由无事实依据，不予支持。关于上诉人杨昕玮的辩护人所提原判认定事实不清，证据不足，采信证人胡

某的证言违反法定程序的辩护意见，经查，原判认定上诉人杨昕玮以“借款”为名索取胡某钱款的事实有兴业银行个人汇款委托书、交通银行客户交易明细单、交通银行个人取款凭条、建设银行存款凭条及胡某的陈述予以证实，现有证据证实胡某的证言取证程序合法，证言内容客观，与本案事实具有关联性，原判采信胡某证言并无不当。故辩护人的该辩护意见无事实依据，不予采纳。关于上诉人杨昕玮的辩护人所提原判上诉人杨昕玮收取 10 万元，许诺将来发生权钱交易，视为默示为他人谋取利益的许诺，适用法律错误的辩护意见，经查，根据法律规定，国家工作人员利用职务上的便利索取他人财物，不以是否为他人谋取利益作为犯罪构成要件，故该辩护意见无法律依据，不予支持。综上，原判定罪准确，量刑适当，审判程序合法，但认定部分事实不清，应予纠正。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（三）项，《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（一）项、第九十三条、第六十四条之规定，判决如下：维持锦州市古塔区人民法院（2014）古刑初字第 00077 号刑事判决第一、二项。本判决为终审判决。

审判长 张绍阳
审判员 王兴周
代理审判员 马啸
二〇一五年六月十九日
书记员 李言蹊

洋浦经济开发区人民检察院指控李某敏犯受贿罪、贪污罪 一案的刑事裁定书

海南省第二中级人民法院
刑事裁定书

(2016)琼 97 刑终 308 号

原公诉机关洋浦经济开发区人民检察院。

上诉人(原审被告)李某敏,男,1984年2月5日出生于山东省烟台市,公民身份证号码,汉族,本科文化,原中铁建设集团有限公司海南分公司(以下简称中铁建设海南分公司)儋州市恒大名都项目成本经理,户籍所在地陕西省西安市,住山东省烟台市。因涉嫌犯受贿罪、贪污罪于2015年6月6日被洋浦经济开发区公安局指定居所监视居住,同年6月12日被刑事拘留,同年6月25日被执行逮捕。现羁押于洋浦经济开发区看守所。

洋浦经济开发区人民法院审理洋浦经济开发区人民检察院指控原审被告人李某敏犯受贿罪、贪污罪一案,于2016年8月30日作出(2015)浦刑初字第63号刑事判决。原审被告人李某敏不服,提出上诉。本院受理后,依法组成合议庭,经过讯问上诉人,认为事实清楚,决定不开庭审理本案。现已审理终结。

原判认定:一、被告人李某敏受贿的事实:

2009年至2014年间,被告人李某敏利用其担任中铁建设海南分公司海口第二行政中心项目预算员、儋州恒大名都首期项目成本经理的职务便利,收受他人贿赂共计人民币52.3899万元。具体事实如下:

(一)2010年,被告人李某敏任中铁建设集团海口第二办公区项目部预算员。为了能重新核实、提高商品混凝土工程量,2010年3月4日,海南永兆混凝土配送有限公司员工向李某敏的中国建设银行卡汇入3万元,李某敏予以收受。

证实上述事实证据有:

李某敏尾号为863的中国建设银行卡号的资金流水,证实2010年3月1日,李某敏银行卡收到潘某尾号为280的中国建设银行卡汇入的3万元。

2.潘某尾号为280的中国建设银行卡号的资金流水,证实2010年3月1日,潘某的银行卡向李某敏尾号为863的中国建设银行卡汇入3万元。

3.《商品混凝土买卖合同》三份,证实2009年9月7日,供方海南永兆混凝土配送有限公司与需方中铁建设集团有限公司签订商品混凝土买卖合同;2009年12月14日,供方海南永兆混凝土配送有限公司与需方中铁建设集团有限公司签订商品混凝土买卖合同;2010年9月5日,供方海南永兆混凝土配送有限公司与需方中铁建设集团有限公司签订商品混凝土买卖合同;浇筑地点均是海口市第二办公区(A区)工程主体施工地点。

4.证人陈某的证言,证实梁某某向陈某汇报因工程量计算问题,要给李某敏汇3万元,陈某让潘某办理。

5.被告人李某敏的供述,其供称:2010年初,他是中铁建设集团海口第二办公区项目部预算员,负责混凝土工程量核算业务。智海商砼是第二办公区项目的混凝土商品供应厂家之一,智海商砼与永兆公司为同一家公司。为了让他把商品混凝土工程量重新核实、提高,智海商砼员工问他要了银行卡号并给他转了3万元。

(二)2012年7月至年底,被告人李某敏帮助安徽省马鞍山市华茂建筑劳务有限公司及时核对账目、结算工程款。该公司项目经理许某某1为感谢李某敏,于2013年春节前的一天送给李某敏1万元现金。

证实上述事实证据有:

1. 企业法人营业执照，证实安徽省马鞍山市华茂建筑劳务有限公司经营范围为建筑劳务。
2. 《儋州恒大名都首期工程外架搭拆及维护协议》、《儋州恒大名都首期工程外架临时用工及维护协议》和合同范围及价格明细表，证实中铁建设集团有限公司海南分公司和安徽省马鞍山市华茂建筑劳务有限公司因儋州恒大名都首期主体及配套工程签订合同。
3. 证人许某某 1 的证言，证实他承揽过儋州恒大名都首期项目，项目部让李某敏牵头给他公司核对项目施工的账目，因李某敏核对项目让他能很快拿到工程款，也希望同李某敏搞好关系，在李某敏向他借车时，他把 1 万元放在车上给了李某敏。
4. 被告人李某敏的供述，其供称：2012 年 7、8 月至年底，他和华茂公司的代班一起核对派工单，结算办理完，他及时将合同上传，让华茂公司的结算款及时拨付出来。2013 年春节前，他向许某某 1 借车，许某某 1 把 1 万元现金放在车上，许某某 1 说感谢他之前提供的帮助，他就收下了。

(三)2012 年，被告人李某敏帮助海口宁申建材有限公司（以下简称海口宁申公司）将合同及时上传系统，通过审批，结算工程款。海口宁申公司经理李某某 1 为感谢李某敏的帮助，于 2013 年春节前的一天在海口金盛达建材城的商铺内送给李某敏 1 万元。

证实上述事实证据有：

1. 企业法人营业执照，证实海口宁申建材有限公司经营范围为防水防腐保温材料、装饰材料批发、零售，装饰装修工程，水电安装工程。

《防水施工分包合同》、《防水施工及其他零杂修补分包合同》，证实中铁建设集团有限公司海南分公司和海口宁申建材有限公司因儋州恒大名都首期工程签订合同。

证人李某某 1 的证言，证实他为了感谢李某敏在合同和工程款结算方面给予宁申公司的帮助，在金盛达建材城给了李某敏 1 万元现金。

被告人李某敏的供述，其供称：2013 年春节前一天，李某某 1 因感谢他在工程结算上给予宁申公司的帮助，给了他 1 万元现金，他予以收受。

为了四川省江油市佳欣建设劳务开发有限公司（以下简称四川佳欣公司）能尽快签订合同，2011 年 3 月的一天晚上，在海口市玉沙路的一家茶馆，挂靠四川佳欣公司名下的王某某 1 送给李某敏现金 1 万元，后李某敏为佳欣公司提供了帮助。

证实上述事实证据有：

1. 企业法人营业执照，证实四川省江油市佳欣建设劳务开发有限公司经营范围为混凝土作业、钢筋作业、模板作业、脚手架搭设作业、焊接作业、水、暖、电安装作业的建设劳务服务。

《劳动合同》、《劳务补充合同》，证实中铁建设集团有限公司海南分公司和四川省江油市佳欣建设劳务开发有限公司因儋州恒大名都首期主体及配套工程签订合同。

证人王某某 1 的证言，证实 2011 年春节后的一天，为了合同的签订，在海口玉沙路一个茶餐厅，他给了李某敏现金 1 万元。

被告人李某敏的供述，其供称：2011 年 3 月份左右王某某 1 为了让他在后期合同签订方面给予关照，在海口市玉沙路的一家茶馆给了他现金 1 万元，他予以收受。后来他安排人给江油佳欣公司上报的投标报价书进行了核算。

(五)2013 年春节前，四川佳欣公司员工何某某为搞好同李某敏的关系，以便在中铁建设海南分公司以后的项目中得到李某敏的帮助，在儋州那大的一家饭馆给予李某敏 1 万元，李某敏予以收下。

证实上述事实证据有：

1. 证人何某某的证言，证实 2013 年春节前，何某某为了以后做项目能得到李某敏的帮助，在那大一个饭馆给了李某敏现金 1 万元。

被告人李某敏的供述，其供称：2013 年春节前的一天，江油佳欣公司的项目代班何某某为了三亚的项目水工工程招标时得到他的帮助，送给他现金 1 万元，他予以收受。

（六）为尽快拿到工程款，2011 年 6 月份的一天，在儋州市那大镇的一家饭馆内，海南鹏瑞建筑劳务服务有限公司（以下简称海南鹏瑞公司）法定代表人代某送给李某敏现金 2 万元，李某敏予以收受并为代某提供了帮助。

证实上述事实证据有：

1. 企业法人营业执照，证实海南鹏瑞建筑劳务服务有限公司经营范围为建筑劳务输出，建筑工程设计，建筑机械租赁，室内外装饰装修工程设计、施工，市政、公路工程，土石方工程，照明工程等。

2. 证人代某的证言，证实 2011 年 3 月份，鹏瑞公司开始在中铁建设公司儋州恒大名都项目做外架维修和加固，但合同签订不了就不能办理工程款结算。2011 年 6 月份，他约李某敏在那大镇的一家饭馆吃饭，送给李某敏 2 万元，希望李某敏在签订合同的事情上帮忙。

3. 被告人李某敏的供述，其供称：2011 年年初，鹏瑞公司因没有安全生产许可证签不了合同拿不到工程款，2011 年 6 月份的一天，鹏瑞公司老板代某在那大镇排挡上给了他现金 2 万元，他予以收受，并在合同签订、进度款支付方面为代某提供帮助。

（七）2011 年，被告人李某敏帮助海南鹏瑞公司及时结算、支付工程款。为此，海南鹏瑞公司项目经理兰某某于 2011 年中秋节期间的一天，在海口市国贸路的一家小饭馆内送给李某敏 2 万元；2014 年春节后的一天，在海口国贸送给李某敏 1 万元，李某敏均予以收受，共计 3 万元。

证实上述事实证据有：

证人代某的证言，证实他小舅子兰某某在他公司做代班，负责管理工地。

证人兰某某的证言，证实代某是他姐夫，他 2010 年底在鹏瑞公司负责恒大项目日常管理工作。为了和李某敏拉近关系，利于工作的开展，2011 年 9 月份前后，他约李某敏在海口市国贸路的一家饭店吃饭，饭后一起回去的路上，他把 2 万元现金交给李某敏，表示感谢李某敏的支持和帮助，希望李某敏在以后的工作中继续予以帮助，李某敏没说什么把钱收下了。2014 年初，因当时他们公司还有工程款没有结算，故他约李某敏在海口国贸附近见面，并把 1 万元现金给了李某敏，李某敏把钱收下了。

3. 被告人李某敏的供述，其供称：2011 年 6 月份，他给鹏瑞公司做了两份合同，并办理了支付业务，2011 年 9 月份的时候，鹏瑞公司代班“小兰”在国贸一家小饭馆送给他 2 万元，请他在后期的合同上也提供帮助。

2014 年春节后，“小兰”约他在国贸见面，见面后“小兰”给了他 1 万元现金，说是感谢他在项目上提供的帮助。

（八）2010 年下半年至 2012 年，李某敏帮助邵阳市安泰建筑劳务有限公司（以下简称邵阳安泰公司）及时核算、结算工程款。为此，邵阳安泰公司项目经理林某某于 2011 年 10 月份的一天，在儋州恒大名都首期项目宿舍楼下送给李某敏 5000 元；2011 年春节期间的某一天，在儋州恒大名都首期项目工地外送给李某敏 5 万元；2012 年 2 月份的一天和 2013 年春节期间的某一天分别通过其中国建设银行卡向李某敏转账 5 万元、1.9899 万元，李某敏均予以收受，共计 12.4899 万元。

证实上述事实证据有：

1. 企业法人营业执照，证实邵阳市安泰建筑劳务有限公司经营范围为凭本企业资质证书从事建筑劳务分包业务。

2. 《劳务合同》及结算单，证实中铁建设集团有限公司海南分公司和邵阳市安泰建筑劳务有限公司因儋州恒大名都首期主体及配套工程第 II 施工段签订合同。

3. 李某敏尾号为 844、863 的中国建设银行卡的资金流水明细，证实 2013 年 2 月 14 日，李某敏尾号为 863 的银行卡分三次共汇入金额 1.9899 万元；2012 年 2 月 16 日，有人从恩施来凤支行向李某敏尾号为 844 的银行卡汇入 5 万元。

4. 证人林某某的证言，证实 2011 年春节期间，为了同李某敏搞好关系，他在项目部办公室将装有 5000 元现金的信封交给李某敏，李某敏收下了。

2011 年下半年，在项目部工地上，他在车上将装有 5 元现金的纸袋交给李某敏，感谢李某敏对他公司结算工程款的帮助，李某敏收下了。

2012 年春节前，项目部又给他的公司结算了一部分工程款。2012 年春节期间，我向李某敏要了他的建设银行卡号，然后在湖北恩施的一家建行给李某敏转了 5 万元。

为了跟李某敏搞好关系，便于他公司能顺利拿到工程款，2013 年春节期间，他给李某敏打电话要了银行卡号，然后在老家建设银行的 ATM 机上转了大约 2 万元左右给李某敏。

5. 被告人李某敏的供述，其供称：2011 年春节后的一天，在儋州项目部宿舍楼下，林某某说感谢他对安泰公司的帮助并给他一个信封，信封里装有 5000 元现金。

2011 年 10 月份后的一天，在儋州项目工地外，林某某说他在项目结算上帮了安泰公司很大的忙，并给了他 5 万元好处费。

2012 年 2 月份，他为安泰公司办理了春节阶段支付业务。2012 年春节期间，林某某打电话给他说要打一笔钱给他，是给他的辛苦费，希望他在后期支付业务上继续提供帮助，他给了林某某一个建行的账户，林某某汇了 5 万元给他。

2013 年春节前，他帮林某某的工程款进行初审和上报支付，2013 年春节后，林某某打电话说要感谢他，他给了林某某一个建行的账号，林某某向他的账户转了 2 万元左右。

(九)2012 年至 2013 年，李某敏帮助洋浦明达实业有限公司（以下简称洋浦明达公司）顺利结算工程款。为此，洋浦明达公司法定代表人王某某 2 于 2012 年春节前的一天，在儋州市那大镇上其经营的烟酒行内送给李某敏 5000 元；于 2013 年春节前的一天，通过中国建设银行卡向李某敏转账 5 万元，李某敏均予以收受，共计 5.5 万元。

证实上述事实证据有：

企业法人营业执照，证实洋浦明达实业有限公司的经营范围为建筑材料、五金交电的销售，工程机械设备的租赁，室内装饰、装修工程。

李某敏尾号为 863 的中国建设银行卡的资金流水，证实 2013 年 1 月 22 日，王某某 2 的账户向李某敏该银行卡汇入 5 万元。

证人王某某 2 的证言，证实之前他在儋州恒大名都首期项目做工程。2013 年初，因李某敏帮他把项目部借他的 10 万元补回来，为了表示感谢，他通过他尾号为 852 的建行卡给李某敏尾号为 863 的建行账户转了 5 万元。

2012 年年底到 2013 年春节前，他为了感谢李某敏对明达公司的帮助，送了 5000 元现金给李某敏。

4. 被告人李某敏的供述，其供称：洋浦明达公司在儋州恒大名都项目上主要做土方、临建等工程施工，他在劳务和专业分包、进度款支付方面提供了一些便利条件，让洋浦明达公司尽快拿到了工程款。2012 年春节前，王某某 2 打电话给他让他去儋州那大镇王某某 2 开的烟酒行见面，见面后，王某某 2 从抽屉里拿了 5000 元现金给他，感谢他对洋浦明达公司的支持和帮助。

2013 年春节前，他给洋浦明达公司办理了支付业务，王某某 2 打电话要了他的银行卡后转了 5 万元到他建行账上。

(十)2011 年至 2012 年，李某敏帮助衡阳市长江建设工程有限责任公司海南分公司(以下简称衡阳长江公司海南分公司)及时支付项目工程款。为此，衡阳长江公司海南分公司项目经理彭某某于 2011 年春节期间的一天，在儋州恒大名都项目工地外送给李某敏 4000 元；2011

年9月份的一天，在儋州恒大大名都项目工地员工宿舍楼下送给李某敏5万元，李某敏均予以收受，共计5.4万元。

证实上述事实证据有：

企业法人营业执照，证实衡阳市长江建设工程有限责任公司海南分公司经营范围为工业与民用工程建设等。

《劳务合同》，证实中铁建设集团有限公司海南分公司与衡阳市长江建设工程有限责任公司海南分公司因儋州恒大大名都首期主体及配套工程第III施工段（28#、29#、30#、31#住宅楼以及相邻的沿街商业楼）签订合同。

证人彭某某的证言，证实为感谢李某敏在办理进度款结算等业务的帮助，2011年春节前，在项目部办公室他送了4000元现金给李某敏；2011年中秋节前，他约李某敏吃饭然后送李某敏到中铁公司宿舍，李某敏下车的时候他给了李某敏用塑料袋装着的5万元现金。

被告人李某敏的供述，其供称：2011年春节前，他给长江建设公司办理了进度款的支付业务，长江建设老板彭某某在项目工地外马路边给了他一个信封，说感谢他的帮助。后来他回去打开信封看到里面有4000元现金。

2011年9月中秋节前夕，彭某某与他吃完饭后送他回宿舍，他下车时，彭某某给了他一个黑色塑料袋，说感谢他之前在项目工程进度款支付方面的帮助，他回去打开看到里面有5万元现金。

(十一)为了工程进度款得到及时支付，2012年中秋节前夕，邱某某约李某敏在海口市世贸的一家饭店吃饭。饭后，邱某某将用信封装着的5万元现金交给李某敏，李某敏予以收受。

证实上述事实证据有：

企业法人营业执照，证实湖南湘源建设工程有限公司的经营范围为承接房屋建筑、土石方工程、路桥工程、室内外装饰、水电安装施工业务，市政工程等。

《建设工程劳务分包合同》，证实中铁建设集团有限公司海南分公司与湖南湘源建设工程有限公司因儋州恒大大名都首期工程签订合同。

证人周某某的证言，证实他是湖南湘源建设有限公司海南分公司的总经理。2010年，邱某某借用他公司的资质承揽了儋州恒大大名都市政配套项目。

证人邱某某的证言，证实2011年至2012年底，他挂靠湖南湘源公司在儋州恒大大名都首期项目做市政工程施工。为尽快拿到进度款，2012年中秋节前一天，他约李某敏在海口国贸的一家鸡饭店吃饭，饭后他将用信封装着的5万元现金交给李某敏。

被告人李某敏的供述，其供称：2012年中秋节前期，邱老板约他到海口世贸的一家小饭店吃饭，吃完饭离开时，邱老板递给他一个黑色塑料袋，感谢他在进度款办理过程中的帮助，在后期进度款支付方面也希望他提供帮助。后他打开塑料袋看到里面有5万元现金。

(十二)因李某敏帮助四川省自贡市龙城建设工程有限公司(以下简称四川龙城公司)办理项目进度款，四川龙城公司项目经理黄某某于2013年1月22日，通过户名为“段某某”的银行卡向李某敏的中国建设银行卡汇入3万元。

证实上述事实证据有：

1. 企业法人营业执照，证实四川省自贡市龙城建设工程有限公司经营范围为房屋建筑工程总承包贰级等。

《建设工程施工劳务分包合同》两份，证实中铁建设集团有限公司海南分公司与四川省自贡市龙城建设工程有限公司因儋州恒大大名都首期工程签订合同。

李某敏尾号为863的中国建设银行卡的资金流水，证实2013年1月22日，段某某的账户向李某敏该银行卡汇入3万元。

证人黄某某的证言,证实龙城公司在恒大名都项目工程施工结束后,中铁建设海南分公司一直没有办理结算。2012年12月份,他要了李某敏的银行卡号,并通过他爱人表妹段某某的工商银行账号给李某敏转了3万元,之后李某敏帮他办理了结算。

被告人李某敏的供述,其供称:2012年年底,他办理了龙城建设公司的合同签订和进度款支付业务。2013年春节前,龙城建设公司项目代班的老黄给他打电话说要给他好处费,感谢他在合同办理和进度款支付方面提供的帮助,他给了一张建行的卡号,之后老黄给他转了3万元。

(十三)2013年春节前,李某敏为定州市蓝宇建筑工程有限公司办理了结算和支付业务。为感谢李某敏,2013年1月25日,挂靠蓝宇公司名下的张某(张某某1)给李某敏建设银行卡汇入3万元;2013年1月30日,刘某某按张某(张某某1)的吩咐向李某敏的中国建设银行卡分别汇入5万元、1万元,李某敏均予以收受,共计9万元。

证实上述事实证据有:

1.企业法人营业执照,证实定州市蓝宇建筑工程有限公司经营范围为砌筑作业分包壹级,木工作业分包壹级,抹灰作业分包资质等。

《劳务合同》,证实中铁建设集团有限公司海南分公司与定州市蓝宇建筑工程有限公司因儋州恒大名都首期主体及配套工程(二标段)签订合同。蓝宇公司代表人系张某。

李某敏尾号为863的中国建设银行卡的资金流水,证实2013年1月25日,张某某1的账户向李某敏该银行卡汇入3万元;2013年1月30日,刘某某的账户向李某敏该银行卡分两次分别汇入5万元、1万元。

刘某某尾号为439的平安银行卡的资金流水,证实2013年1月30日,刘某某该卡号有三次网银转账,分别为5万元、1万元、5万元。

张某某1尾号为821的中国建设银行卡的资金流水,证实2013年1月25日,张某某1该卡号向李某敏尾号为863的银行卡转账3万元。

证人许某某2的证言,证实她是蓝宇建筑工程有限公司总经理。2010年左右,刘某某告诉她张某某1在海南儋州承揽了中铁建公司的一个项目。

证人刘某某的证言,证实他2013年年底前是蓝宇公司的员工,负责给蓝宇公司名下在海南的施工队伍准备甲方所需要的材料,等施工队的工程款到账,公司扣除管理费后,他将工程款打到施工队伍账户上。当时挂靠蓝宇公司名下有一个叫“张某某1”即张某的人带的施工队伍在中铁建设集团儋州恒大名都首期主体工程项目做工程。2013年1月30日,他在张某某1的要求下,用他尾号为439的平安银行卡给账户为李某敏的建行账户汇了两次款,分别是5万元、1万元,共6万元。

被告人李某敏的供述,其供称:2013年春节前,他给蓝宇公司办理了结算和支付业务。2013年春节前一周,蓝宇公司老板张某给他打电话说要感谢他的帮助并要了他的卡号,后张某让人分两次给他转了9万元。

二、被告人李某敏贪污的事实:

2013年1月份,李某敏担任儋州恒大名都首期工程成本经理期间,在中铁建设集团有限公司未支付张某某2工程款的情况下,利用其管理工程单、结算工程款的职务便利,以张某某2的工程单,通过海南鹏瑞公司的名义与中铁建设集团有限公司签订《割工字钢及外架其他零星项分包合同》,骗取中铁建设集团有限公司支付15万元,后李某敏将该15万元转到其家人账上。

证实上述事实证据有:

《割工字钢及外架其他零星项分包合同》,证实2013年1月23日,中铁建设集团有限公司海南分公司与海南鹏瑞建筑劳务服务有限公司因儋州恒大名都首期工程签订合同。

证人代某的证言，证实 2013 年春节的时候，李某敏打电话给他说想借他们公司的名义签合同把工程款走出来。之后他们公司和中铁建设公司签订了《零星外架施工项目合同》，过了一段时间，中铁建设公司把 15 万多元工程款打到他公司账户，工程款到账后，李某敏给了他一个工行的卡号，让他把钱转到这张卡上，后来他把这笔钱分几次转到了李某敏给他的卡上，剩下的几千块零钱他直接给了李某敏现金。

证人薛某某的证言，证实中铁建设公司的外架搭拆工程基本上都是由洋浦鹏瑞公司在做。他没有让李某敏把一个没有资质的外架搭拆班组挂靠在洋浦鹏瑞公司名下结算，也不知道洋浦鹏瑞公司将一笔 15 万元的外架搭拆款转到李某敏个人账户上的事。

被告人李某敏的供述，其供称：2011 年 4 月份，张某某 2 带领的施工班组在恒大名都首期项目进行防护棚搭设，工程完工后，张某某 2 来公司进行款项结算，总金额约 15 万元左右，但因张某某 2 的班组没有公司资质，故工程款没有结算。2013 年春节前，他想起张某某 2 的工程款还没有结算，就想通过与洋浦鹏瑞公司签订合同的方式把该款结算出来留着自己花费。后他采取与洋浦鹏瑞公司签订《零星外架施工项目合同》的方式并通过代某把 15 万元转到他的工商银行卡上。后他离开海南时把该 15 万元存进他家人账上。这件事他一直未跟薛某某说过。

另查明，中国铁建股份有限公司是由中国铁道建筑总公司出资设立的，属于国务院国有资产监督管理委员会管理的企业。2008 年 1 月 24 日，中国铁建股份有限公司改制为上市公司，除中国铁道建筑总公司出资外，还有其他公众投资者出资。中铁建设集团有限公司是中国铁建股份有限公司的全资子公司。被告人李某敏本科毕业后，于 2009 年 7 月 22 日与中铁建设集团有限公司签订劳动合同，担任成本管理岗位工作，中铁建设集团有限公司根据工作需要将李某敏分配至海南分公司，海南分公司通过领导班子会议将其任命为海口第二行政中心工程预算员，2010 年 9 月 10 日，海南分公司通过领导班子会议又任命其为儋州恒大名都首期工程成本经理，其在海南分公司工作期间的职责包括对国有财产在内的各项资产进行合同管理、成本核算、费用结算等监督管理。

上述事实，有中国铁道建筑总公司出具的证明、中国铁建股份有限公司网站截图及中国铁建股份有限公司《首次公开发行 A 股股票上市公告书》、中铁建设集团有限公司情况说明、干部履历表、劳动合同、管理手册及职责介绍、证人易某某、李某某 2 的证言等证据予以证实。

原判另查明：被告人李某敏出生于 1984 年 2 月 5 日；2015 年 6 月 5 日，侦查人员到山东省海阳市传唤李某敏，李某敏收受三人以上贿赂；到案后如实供述了办案机关掌握的收受梁某某 3 万元的犯罪事实，并如实供述了办案机关尚未掌握的收受他人共 49.3899 万元的事实；同时主动交代办案机关尚未掌握的贪污中铁建设集团有限公司 15 万元的犯罪事实；退还全部赃款。

上述事实有户籍资料、到案经过、收据、被告人的供述等证据予以证实。

原判认为，被告人李某敏身为国家出资企业中从事公务的人员，利用职务上的便利，向多人多次收受人民币 52.3899 万元，为他人谋取利益；利用职务上的便利，将本单位 15 万元非法占为己有，数额较大，其行为已构成受贿罪、贪污罪，应依法予以惩处。被告人李某敏收受三人以上贿赂，酌情从重处罚；到案后如实供述了收受梁某某 3 万元及办案机关尚未掌握的收受他人共 49.3899 万元的事实，系坦白；如实供述办案机关尚未掌握的贪污的事实，系自首，均可依法对其从轻处罚；其家属退还全部赃款，可对其酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第一百六十三条第三款、第二百七十一条第二款、第三百八十二条、第三百八十三条、第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第五十二条、第五十三条、第六十四条、第六十七条、第十二条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条、第二条的规定，判决：一、被告人李某敏犯受贿罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币 20 万元；犯贪污罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民

币 10 万元；数罪并罚，决定执行有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币 30 万元；二、已退赃款人民币 67.3899 万元予以没收，由扣款机关上缴国库。

宣判后，原审被告李某某不服，提出上诉理由称：1. 受贿事实部分，其到案后供述了检察机关尚未掌握的大部分犯罪事实，依法应当认定为自首，可从轻处罚；2. 犯罪过程中，其是在工作中项目经理的带领下进行的，起次要或者辅助作用，系初犯，无索贿情节，未造成较大的不良后果和影响，可从轻处罚；3. 其认罪、悔罪，其家属也积极主动全额退赃，一审判处罚金 30 万元过高，其的家庭经济收入无力承受。综上，希望二审法院能对其从轻判处，并减少罚金数额为 10 万元。

经二审审理查明的事实和证据与一审基本相同，但第（八）起受贿事实中，一审判决描述犯罪时间错误，本院予以纠正，即纠正为“2011 年春节期间，李某某收受林某某 5000 元，2011 年 10 月份的一天，李某某收受林某某 5 万元”。且一审采信的证据均经一审庭审举证、质证，二审核实，证据客观真实，来源合法，与案件事实具有关联性，足以证明本案事实，本院予以确认。

关于上诉人李某某的上诉理由，经查，1. 上诉人李某某到案后，虽然主动供述了办案机关未掌握的大部分受贿犯罪事实，但由于与办案机关已掌握的罪行属同种罪行，因此，不能以自首论。原判据此认定上诉人李某某成立坦白，并依法予以从轻处罚，符合法律的规定。2. 上诉人李某某利用职务上的便利，多次收受多人贿赂，其行为严重侵犯了国家工作人员职务的廉洁性，造成的不良后果和影响也是深远的，其犯罪行为也是独立完成，并非共同犯罪，不能认定为作用次要或起辅助作用。另外，根据法律规定，索贿是从重处罚情节，并不能因为没有索贿情节而予以从轻处罚。3. 罚金刑是法律对贪污贿赂犯罪分子经济上的一种财产刑，原判根据上诉人李某某所犯二罪的犯罪事实、情节以及悔罪表现等，判处的罚金数额并无不当，本院予以确认。据此，原判根据上诉人李某某的犯罪事实、情节和社会危害性，并已充分考虑其受贿罪坦白、贪污罪自首及积极全额退还赃款、认罪态度好、有悔罪表现等法定、酌定从轻处罚情节，作出的量刑适当，故上诉人李某某的上诉理由均不能成立，本院不予采纳。

本院认为，上诉人李某某身为国家出资企业中从事公务的人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪；其利用职务上的便利，侵吞国有财物，其行为已构成贪污罪。上诉人李某某一人犯数罪，依法应当数罪并罚。原判认定上诉人李某某犯受贿罪、贪污罪的事实清楚，证据确实充分，定罪和适用法律准确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。其所提供检举线索并未查证属实，立功不成立，上诉人李某某的上诉理由不能成立，应予驳回。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审判长 王天琳

审判员 吴万贤

审判员 雷琼艳

二〇一六年十一月二十八日

书记员 陈焕杰

伊犁颐源智地投资有限公司与萍乡市富海新能投资中心等 公司增资纠纷一案一审民事判决书

北京市第一中级人民法院

民事判决书

(2016)京01民初130号

原告：伊犁颐源智地投资有限公司，住所地新疆伊犁州伊宁市解放西路305号城市花园三期雅居苑A楼6层634号。

法定代表人：常忠凤，执行董事。

委托诉讼代理人：王志伟，北京市孚晟律师事务所律师。

委托诉讼代理人：姜斌，北京市孚晟律师事务所律师。

被告：萍乡市富海新能投资中心（有限合伙），住所地江西省萍乡市安源区牛角坪国鑫综合大楼372室。

执行事务合伙人委派代表：肖群。

委托诉讼代理人：韩伟罡，北京市中策律师事务所律师。

委托诉讼代理人：陈万林，北京市中策律师事务所律师。

被告：大连汇能投资中心（有限合伙），住所地辽宁省大连市中山区港兴路6号大连万达中心写字楼23层03、04单元。

执行事务合伙人委派代表：徐东福。

委托诉讼代理人：吴晓松，北京市中策律师事务所律师。

委托诉讼代理人：唐琳，北京市中策律师事务所实习律师。

被告：华锐风电科技（集团）股份有限公司，住所地北京市海淀区中关村大街59号文化大厦19层。

法定代表人：肖群，董事长。

委托诉讼代理人：杨富珏，女，该公司证券事务代表。

被告：中国证券登记结算有限责任公司，住所地北京市西城区太平桥大街17号。

法定代表人：周明，董事长。

委托诉讼代理人：孙红兵，男，该公司法律部总监。

委托诉讼代理人：李楠，女，该公司法律部员工。

原告伊犁颐源智地投资有限公司（以下简称颐源智地公司）与被告萍乡市富海新能投资中心（有限合伙）（以下简称萍乡富海中心）、大连汇能投资中心（有限合伙）（以下简称大连汇能中心）、华锐风电科技（集团）股份有限公司（以下简称华锐风电公司）、中国证券登记结算有限责任公司（以下简称中登公司）公司增资纠纷一案，本院于2016年1月14日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告颐源智地公司的委托诉讼代理人王志伟、被告萍乡富海中心的委托诉讼代理人陈万林、韩伟罡、被告大连汇能中心的委托诉讼代理人吴晓松、唐琳、被告华锐风电公司的委托诉讼代理人杨富珏、被告中登公司的委托诉讼代理人孙红兵、李楠到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

颐源智地公司向向本院提出诉讼请求：1、判令萍乡富海中心向颐源智地公司返还华锐风电公司转增股份2743.8213万股；2、判令大连汇能中心向颐源智地公司返还华锐风电公司转增股份556.1787万股；3、判令华锐风电公司公告确认按照股东大会决议向颐源智地公司转增3300万股股份，并相应变更股东名册及工商登记；4、判令中登公司将前述1、2项股份从萍乡富海中心、大连汇能中心的证券账户记入颐源智地公司证券账户；5、判令萍乡富海中

1017

心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司共同向颐源智地公司赔偿律师费 21.9 万元；
6、案件受理费由萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司负担。

事实和理由：颐源智地公司曾系华锐风电公司股东，持有该公司 6600 万股股份。华锐风电公司 2014 年第三次临时股东大会作出决议，决定以公司 2013 年 12 月 31 日总股本 4020400000 股作为基数，以资本公积金向全体股东转增股本，每 10 股转增 5 股，共计转增 2010200000 股。颐源智地公司应当取得转增股份 3300 万股。根据华锐风电公司的公告，本次资本公积金转增股本后，包括颐源智地公司应当取得的股份在内合计 1440000000 股转增股份已划转（计入）至萍乡富海中心、大连汇能中心的证券账户（股东账户）中，其中萍乡富海中心持有华锐风电公司 1197303370 股股份，大连汇能中心持有公司 242696630 股股份。中登公司未经颐源智地公司同意，将属于颐源智地公司的转增股份错误划转给萍乡富海中心、大连汇能中心，其中萍乡富海中心取得了属于颐源智地公司的 2743.8202 万股股份，大连汇能中心取得了属于颐源智地公司的 556.1797 万股股份。取得上述股权的萍乡富海中心、大连汇能中心应当向颐源智地公司返还股权，中登公司应当将前述股份从萍乡富海中心及大连汇能中心的证券账户计入颐源智地公司的证券账户。据此，由于各被告的侵权行为，将属于颐源智地公司的转增股份 3300 万股错误的划转给了萍乡富海中心及大连汇能中心，取得股权的萍乡富海中心及大连汇能中心应当返还股权，中登公司应当将前述股份计入颐源智地公司证券账户，华锐风电公司应当变更股东名册及工商登记。由于各被告的侵权行为，导致颐源智地公司合法权益受到损害，颐源智地公司聘请了北京市孚晟律师事务所律师代理其参加本案诉讼并实际向律师事务所支付了律师费 21.9 万元，各被告应共同向颐源智地公司赔偿该律师费。

萍乡富海中心辩称，不同意颐源智地公司的全部诉讼请求，颐源智地公司的起诉违背了本案的基本事实。华锐风电公司 2012 年、2013 年连续两年亏损，面临暂停上市的风险，债券无法兑付，亦面临破产风险。在此情况下，华锐风电公司与萍乡富海中心、大连汇能中心协商，由华锐风电公司出售应收账款，萍乡富海公司及大连汇能公司购买，解决公司的亏损问题，应收账款收入用以解决债券兑付问题。萍乡富海中心及大连汇能中心提出由华锐风电公司的 22 家股东放弃转增股本的权利，由投资人获得。华锐风电公司的上述事项也一直向北京市金融工作局和中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）北京监管局进行汇报。华锐风电公司要求 22 家股东出具了《华锐风电公司股东关于转增股本等事项的承诺函》（以下简称《股东承诺函》），并召开股东大会进行了投票。股东大会决议作出后，萍乡富海中心及大连汇能中心与华锐风电公司签订了《应收账款转让协议》，并支付了对价，解决了华锐风电公司的债券兑付问题，同时也解决了华锐风电公司面临的退市风险。在这种情况下，颐源智地公司获得了巨大利益，现在要求返还股权，违背了公平及诚信原则。

大连汇能中心辩称，同意萍乡富海中心的答辩意见，且根据华锐风电公司 2014 年 12 月 15 日的股东会决议，颐源智地公司投了赞成票，视为其放弃了转增股份的所有权。

华锐风电公司辩称，与萍乡富海中心及大连汇能中心的答辩意见一致。

中登公司辩称，中登公司作为法定的证券登记结算机构，在按照华锐风电公司委派办理派发证券权益过程中，依法合规的履行了职能，没有任何过错，不应承担任何责任。第一、中登公司依据《中华人民共和国证券法》（以下简称证券法）的规定，按照华锐风电公司的申请进行资本公积金转增股本及相关转增股本派发，于法有据。第二、华锐风电公司向中登公司提交的发起人股东《股东承诺函》中，股东已经明确不可撤销地放弃取得本次转增股份的全部权利。第三、中登公司按照业务规则中要求的材料审核了华锐风电公司提交的资本公积金转增股本及相关转增股份派发的申请材料，同时按照相关流程办理业务，程序合规。综上，请求依法驳回颐源智地公司对中登公司的全部诉讼请求。

本案当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对有争议的证据，本院认定如下：1、中登公司对颐源智地公司提交的北京市中信公证处 2015 年 7 月 2 日出具的（2015）京中信内民证字 48921 号《公证书》的真实性不予认可，颐源智地公司提交该份证据用以证明华锐风电公司曾要求颐源智地公司签署《股东承诺函》，因华锐风电公司对该份证据的真实性予以确认，本院亦确认该份证据的真实性。2、颐源智地公司对华锐风电公司、萍乡富海中心、大连汇能中心提交的 2014 年 11 月 25 日的华锐风电公司中小股东沟通会会议记录的真实性不予认可，认为上述会议记录上并无参会者的签字，经本院询问，颐源智地公司确认曾派李文娟于 2014 年 11 月 25 日参加了华锐风电公司的会议，但称李文娟表示由于时间较久，对参会内容与会议记录是否存在出入已经记不清了。本院认为，该会议记录虽由华锐风电公司工作人员制作，但颐源智地公司在确认当天派员参会的前提下，却无法明确指出会议记录内容中的不实之处，故本院对该份证据的真实性予以确认。对各方当事人提交的其他证据的真实性，当事人均不持异议，本院均予以确认。

根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：

一、2014 年年底，华锐风电公司面临股票被暂停上市的风险及巨额债券无法回购的风险。2014 年 1 月 8 日，华锐风电公司董事会就公司业绩亏损及公司股票可能被实施退市风险警示、公司债券可能被暂停上市的情况发布了风险提示公告。2014 年 1 月 29 日、2014 年 3 月 12 日、2014 年 4 月 9 日，华锐风电公司董事会就公司股票可能被实施退市风险警示和 2011 年公司债券（第一期）可能被暂停上市交易分别发布了三次风险提示公告。

2014 年 4 月 28 日，华锐风电公司董事会就公司股票被实施退市风险警示发布了公告。公告内容显示，公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值。根据《上海证券交易所股票上市规则》第“13.2.1”条的规定，上海证券交易所将对公司股票实施“退市风险警示”特别处理。实施风险警示的起始日为 2014 年 5 月 5 日。根据《上海证券交易所股票上市规则》第“14.1.1”条等相关规定，若公司 2014 年度经审计的归属于上市公司股东的净利润继续为负值，公司股票将在公司 2014 年年度报告公告之日起被暂停上市交易。

同日，华锐风电公司董事会就 2011 年公司债券（第一期）停牌发布了公告。2014 年 5 月 9 日，华锐风电公司董事会就 2011 年公司债券（第一期）暂停上市发布了公告，公告内容显示，华锐风电公司于 2011 年 12 月公开发行了 2011 年公司债券（第一期），由于公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值，根据上海证券交易所的有关规定，本期债券已于 2014 年 4 月 30 日开始连续停牌。公司今日收到上海证券交易所发来的《关于对华锐风电公司 2011 年公司债券（第一期）实施暂停上市的决定》，上海证券交易所决定自 2014 年 5 月 12 日起暂停本期债券在上海证券交易所上市。

2014 年 9 月 5 日，上海证券交易所上市公司监管一部对华锐风电公司出具《关于对华锐风电公司 2014 年半年报的事后审核意见函》，函件中载明：半年报显示，公司逾期的应收账款高达 47.45 亿元，约占应收账款总额的一半。公司上半年大幅亏损 2.86 亿元，若 2014 年继续出现亏损，公司股票将被暂停上市。

2014 年 10 月 31 日，华锐风电公司董事会再次发布风险提示公告，公告内容载明：公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值，公司股票已于 2014 年 5 月 5 日被实施退市风险警示。公司 2014 年 1 月至 9 月仍为亏损。公司在《2014 年第三季度报告》中已预测 2014 年度净利润可能为亏损。如公司 2014 年度经审计的净利润继续为负值，公司股票将在公司《2014 年年度报告》披露日起开始停牌。上海证券交易所将在公司股票停牌起始日后的十五个交易日内做出是否暂停公司股票上市的决定。公司于 2011 年 12 月公开发行了 2011 年第一期公司债券，发行规模 28 亿元。其中，品种一（债券代码 122115）

为 5 年期，附第 3 年末（2014 年 12 月 26 日前）发行人上调票面利率选择权及投资者回售选择权，发行规模为 26 亿元。因公司 2012、2013 年连续两年亏损，本期债券已经于 2014 年 5 月 12 日暂停上市交易。资金问题已经成为公司当前经营中面临的最为严峻的困难，导致公司的经营风险及债券违约风险不断加大。尽管公司前期已尝试多项保障资金安全的措施，但未能取得预期效果。截至 2014 年 10 月 28 日，公司货币资金余额为 127627 万元，扣除保证金等不可动用资金，可用于偿还公司债券的资金 59281 万元。为应对资金问题并避免公司债券违约，公司在前期已有措施的基础上，正在研究其他更为有效的措施和方案，同时与主要股东进行沟通，希望获得公司股东的支持。相关措施和方案受到时间和外部条件制约，能否取得预期效果尚存在不确定性。鉴于相关风险因素的客观存在，公司目前难以对债券代码为“122115”的相关持有人如果在 2014 年 12 月行使回售选择权时本息能否按期足额兑付做出准确判断。

二、救市计划的实施过程。

华锐风电公司、萍乡富海中心、大连汇能中心提交一份 2014 年 11 月 25 日 15:00 的华锐风电公司中小股东沟通会会议记录，颐源智地公司的李文娟参加了会议。会议记录内容包括“华锐风电公司目前的问题，主要是两大问题：一个是债券兑付问题，债券兑付最差的结果是可能影响公司进入破产清算，这也是对股东利益影响最大的问题；第二个问题就是华锐风电公司连续两年亏损，如果今年不能盈利，那可能面临暂停上市的问题。17.8 亿的资金进来，解决公司债券兑付和保底的问题，维护公司股东的利益。作为出资人的收益措施，我们提出由华锐风电公司进行资本公积转增股本，除社会公众和社保基金外的全部股东要将转增部分让渡给基金新投资人，投资人占转增后总股本的 29.5%，这就是我们的方案。”

2014 年 11 月 27 日，华锐风电公司将《股东承诺函》的样稿通过邮件发送给颐源智地公司，要求股东最迟于 2014 年 12 月 4 日将签署完毕的《股东承诺函》提供给公司。

2014 年 11 月 28 日，华锐风电公司董事会公告发布关于召开 2014 年第三次临时股东大会的通知，股东大会召开日期为 2014 年 12 月 15 日，会议审议事项为关于启动公司应收账款快速处置的议案，议案内容全文刊登于上海证券交易所网站。

2014 年 12 月 5 日，华锐风电公司董事会发布关于股东提议增加 2014 年第三次临时股东大会临时提案的公告，公告内容显示，萍乡市瑞华丰能投资管理有限公司提议于 2014 年 12 月 15 日召开的公司 2014 年第三次临时股东大会上增加审议《关于以资本公积金转增股本的议案》，方案概要：1、解决公司资金困难：基金（深圳市东方富海投资管理有限公司拟联合大连汇能投资控股集团有限公司等专业机构设立的基金）将投入 17.8 亿元人民币资金，收购公司部分应收款，相关资金专项用于兑付要求回售的债券，从而解决债券兑付危机；2、恢复公司正常经营；3、资本公积金转增与股份让渡：公司用资本公积金转增股本，每 10 股转增 5 股，共转增 20.102 亿股，除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东放弃转增股份并让渡予基金。方案得以实施的条件包括：1、除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东于股东大会召开前签署相应书面承诺文件；2、公司召开股东大会并通过相关决议；……

2014 年 12 月 15 日，华锐风电公司召开 2014 年第三次临时股东大会，会议审议了两个议案，议案一为关于启动公司应收账款快速处置的议案，议案二为关于资本公积金转增股本的议案。议案二中，列明了资本公积金转增与股份让渡的方案及除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东于股东大会召开前签署相应书面承诺文件的方案实施条件。议案二审议事项包括：一、修改公司《2013 年度利润分配方案》。以公司 2013 年 12 月 31 日总股本 4020400000 股为基数，以资本公积金向全体股东转增股本，每 10 股转增 5 股，共计转增 2010200000 股。本次以资本公积金转增股本后，公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000

股。二、股东大会授权公司董事会根据方案调整和执行情况决定是否实施上述资本公积金转增股本。

本次股东大会的两个议案经投票通过。颐源智地公司通过网络投票对两个议案均投同意票。2014 年 12 月 15 日，颐源智地公司出具《股东承诺函》，内容为：鉴于投资人拟设立一家或几家合伙企业（有限合伙）与华锐风电公司签署一份应收账款购买协议。根据应收账款协议，投资企业将向上市公司购买账面值人民币约 19 亿元的应收账款，购买对价为人民币 17.8 亿元。上市公司拟通过决议资本公积转增股本 20.102 亿股。转增股份中的 88.5% 即 17.7898 亿股直接向投资企业派发或质押后划转，投资企业无需就此额外支付对价。转增完成后，投资企业将持有上市公司的 17.7898 亿股股份，成为上市公司的股东。就上述事宜，本承诺函附件一列明上市公司股东在此不可撤销地向上市公司和投资人同意并承诺如下：一、应收账款转让。承诺股东承诺促使上市公司同意如下应收账款购买事宜：1.1 应收账款转让：投资企业将向上市公司购买账面值约 19 亿元人民币的应收账款，购买对价为 17.8 亿元人民币。该等应收账款为有效债权，债务人不存在履行抗辩权，该等应收账款也不存在不能有效转移的限制条件、情形（购买应收账款前，该等应收账款明细应经投资企业审查、认可）。该等应收账款于购买对价全部支付日起，转让予投资企业，该等应收账款的经济责任全部由投资企业承担，无追索权。1.2 催收管理：投资企业与上市公司签署应收账款协议后的 10 日内，上市公司应根据投资企业要求完成向该等应收账款的债务人通知债权转让事宜，将债务人收到债权转移通知的相关凭证交付给投资企业，使该等应收账款有效转移至投资企业。上市公司根据投资企业要求勤勉管理应收账款的催收等事宜，或根据投资企业要求转由投资企业或其指定第三方管理应收账款。上市公司应根据投资企业的指示，通知并要求应收账款债务人将应收账款直接支付至投资企业指定账户。二、资本公积金转增。承诺股东承诺在上市公司股东大会上同意关于本次转增的决议，且不可撤销地放弃取得本次转增股份的全部权利。如投资企业要求，承诺股东同意授权投资企业指定人士就本次转增事宜在上市公司股东大会投票同意。具体如下：2.1 转增方案：本次资本公积金转增股本以上市公司 2014 年 9 月 30 日总股本 4020400000 股为基数，以上市公司资本公积金人民币 20.102 亿元，转增 2010200000 股，本次资本公积金转增股本方案实施完成后，上市公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000 股。2.2 分派对象：本次转增股份的 88.5%，即 17.7898 亿股由上市公司直接向投资企业派发，由中登公司上海分公司记入投资企业的股东账户。除承诺股东外的其他上市公司股东按照其持股比例取得本次转增股份的 11.5%，即 2.3122 亿股。2.3 实施日期：承诺股东放弃的 17.7898 亿股转增股份不迟于 2015 年 1 月 1 日登记到投资企业名称下。2.4 锁定期：承诺股东中，转增前持股比例超过 10% 的股东于 2016 年 6 月 30 日或之前不得减持所持股份，转增前持股比例低于 2% 的股东无减持限制，其他股东 2015 年减持不超过其所持有股份的 30%。三、其他。3.1 本函自承诺股东盖章之日起生效。承诺股东保证其已经取得内部授权、同意或有权监管机构批准，并提供相关授权、批准文件。3.2、本函对上市公司、上市公司确定的投资人和投资企业有效，本函的承诺如同向该等主体作出。

与华锐风电公司向颐源智地公司邮件发送的《股东承诺函》样稿不同，颐源智地公司实际出具的《股东承诺函》在函件尾部增加了下列内容：我司承诺同意上述事项，但需在以下条件完成为前提。（1）此方案需在 2014 年年底完成；（2）我公司所持有的股份 6600 万股需在 2015 年 2 月 28 日前解禁。

《股东承诺函》附件一中显示承诺股东包括：北京颐源智地投资有限公司，股份数为 6600 万股，比例为 1.64%。附件二应收账款转让价款支付条件中列明，投资企业在下列条件获得满足后，于 2014 年 12 月 26 日代上市公司从投资企业账户向要求回售的公司债券持有人支付人民币 17.8 亿元。1) 应收账款协议经适当签署并生效；2) 所有承诺股东有效签署本函，并待投资企业设立后与投资企业签署内容与本函基本一致的承诺函或协议；3) 上市公司召

开股东大会并通过本次转增决议；4）本次交易合规合法，无重大瑕疵，且确定所得转增股份锁定期为股份上市日起的 12 个月；5）本次转增依法实施，投资企业完成依法在中登公司登记为上市公司 17.7898 亿股股份股东的全部手续；6）扣除同意放弃回售的债券后，上市公司账户中的现金足以支付偿还到期公司债和其他到期应付款项；7）担任上市公司审计机构的会计师事务所与上市公司就重大会计问题达成一致意见并为投资方认可；8）上市公司与华能阜新风力发电有限责任公司等 13 家华能新能源股份有限公司下属公司，诉讼总金额为 12.6072 亿元的买卖合同纠纷应于 2014 年 12 月 26 日前得到解决；9）上市公司与大连华锐重工集团股份有限公司的承揽合同纠纷应于 2014 年 12 月 26 日前得到解决，且解除冻结公司人民币 9200 万元的账户款项；10）就上市公司 2013 年 5 月 29 日收到的证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 131074 号），以及 2014 年 1 月 12 日收到的证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）的有关事项，于 2014 年 12 月 26 日前公布不影响公司后续经营的调查结果；11）不存在或发生其他导致上市公司未能解决债务危机、未能解除退市风险警示、或其他导致上市公司经营发生不利变化等情形；12）除非投资企业另外书面同意，应收账款的购买对价只能用于支付上市公司将于 2014 年 12 月 26 日到期应付的本息合计人民币 27.6 亿元公司债中的人民币 17.8 亿元。

2014 年 12 月 22 日，华锐风电公司与萍乡富海中心、大连汇能中心签署《应收账款转让协议》，确定转让标的为 18.75 亿元的应收账款的本金部分，转让对价为 17.8 亿元，萍乡富海中心支付 14.8 亿元，大连汇能中心支付 3 亿元。同日，三方签署《应收账款转让协议之补充协议》约定，鉴于：（1）华锐风电公司（转让方）与萍乡富海中心（受让方一）、大连汇能中心（受让方二）于 2014 年 12 月 22 日签订《应收账款转让协议》，转让方根据前述协议约定向受让方出售标的应收账款，受让方同意根据签署协议约定支付转让对价，受让标的应收账款；（2）承诺股东已于 2014 年 12 月分别签署《股东承诺函》（签署版承诺函复印件详见附件二）；（3）公司拟以 2014 年 9 月 30 日总股本 4020400000 股为基数，以公司资本公积金 20.102 亿元，转增 2010200000 股，本次资本公积金转增方案实施完成后，公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000 股，转增股份中的 71.63% 即 14.4 亿股直接向受让方派发，受让方无需就此额外支付对价，转增股份中的 28.37% 即 5.702 亿股根据持股比例转增给大连重工·起重集团有限公司及非承诺股东，其中，就大连重工·起重集团有限公司所获得的转增股份待其完成相关审批手续后转让予受让方。转增完成，受让方将不晚于 2014 年 12 月 25 日持有公司的 14.4 亿股股份，成为公司的股东。

补充协议中，将转让对价支付的前提条件修改为：在下列条件全部满足后之日（但不晚于 2014 年 12 月 26 日）（受让方书面同意豁免的除外），受让方应根据转让方要求向公司债券持有人支付本协议项下第三条约定的转让对价，且该等支付即视同为受让方向华锐风电公司支付本协议项下第三项约定的转让对价：1.1 华锐风电公司已就本次应收账款出售转让事宜获得内部批准并恰当签署。1.2《应收账款转让协议》及其补充协议由双方妥为签署并生效。1.3 华锐风电公司已就《应收账款转让协议》项下的应收账款转让事宜通知相关债务人。1.4 所有承诺股东已适当签署承诺函，并同意与受让方签署内容与承诺函基本一致的承诺函或协议。1.5 公司召开股东大会并通过本次转增决议。1.6 本次转增合规合法，无重大瑕疵，且确定转增股份锁定期为股份上市日起的 12 个月。1.7 本次转增依法实施，受让方应依法不晚于 2014 年 12 月 25 日取得 14.4 亿股股份。……

2014 年 12 月 25 日，华锐风电公司向中登公司上海分公司出具申请函，申请将 22 家发起人股东中除大连重工·起重集团有限公司之外的其他 21 家股东通过资本公积金转增股本所获得的 1440000000 股股份，划转（记入）至萍乡富海中心、大连汇能中心所开立的证券账户（股东账户）中，并将 22 家发起人股东签署的承诺函附后。

2014 年 12 月 26 日，萍乡富海中心向中登公司上海分公司支付 14.8 亿元，用途记载为“122115 回售款”；大连汇能中心向中登公司上海分公司支付 3 亿元，用途记载为“122115 回售款”。

2014 年 12 月 26 日，华锐风电公司董事会发布关于“122115”债券回售实施结果的公告，表明根据中登公司上海分公司对“122115”债券回售申报的统计，本次回售有效回售申报数量为 2560982 手，回售金额为 2560982000 元。2014 年 12 月 29 日为回售资金发放日，公司兑付“122115”债券回售的资金已足额划至中登公司上海分公司相关银行账户。

2014 年 12 月 31 日，华锐风电公司董事会发布关于股权结构变动的提示公告，载明，2014 年 12 月 31 日，本次资本公积金转增股本已完成，除大连重工·起重集团有限公司之外的其他 21 家发起人股东于本次资本公积金转增股本后取得的合计 1440000000 股转增股份已划转（计入）至萍乡富海中心、大连汇能中心的证券账户（股东账户）中；目前，萍乡富海中心持有公司 1197303370 股股份，持股比例为 19.85%；大连汇能中心持有公司 242696630 股股份，持股比例为 4.02%。

2015 年 4 月 29 日，华锐风电公司董事会发布关于公司股票撤销退市风险警示的公告，公告显示经审计，截至 2014 年 12 月 31 日归属于上市公司股东的净资产为 8787556791.2 元，2014 年度实现营业收入 3619880770.06 元，实现归属于上市公司股东的净利润 80732834.44 元。公司已于 2015 年 4 月 27 日向上海证券交易所提出了撤销对公司股票实施退市风险警示的申请。上海证券交易所于 2015 年 4 月 29 日同意了股票撤销退市风险警示的申请。撤销风险警示的起始日为 2015 年 5 月 4 日，A 股股票简称由“*ST 锐电”变更为“华锐风电”。

三、颐源智地公司所持华锐风电公司股份限售及解除限售的相关事实。

颐源智地公司系华锐风电公司的发起人股东，其持有的华锐风电公司 6600 万股均为首次公开发行的限售股，上述股份的解除限售日期本应为 2014 年 1 月 13 日。

2014 年 1 月 12 日，华锐风电公司董事会发布关于被证监会立案调查的公告，公告显示华锐风电公司于 2014 年 1 月 12 日收到证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）。因公司其他涉嫌违反证券法律法规的行为，根据证券法的有关规定，证监会决定对公司进行立案调查。公司将积极配合证监会的调查工作。在上述期间，公司暂不能办理首次公开发行限售股股份上市流通的相关事项。

2015 年 1 月 15 日，华锐风电公司董事会发布关于相关立案调查进展及风险提示公告，公告显示公司于 2014 年 1 月 12 日收到了证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）。截至目前，该案件的调查正在进行中，尚未产生最终结果。2015 年 2 月至 2015 年 10 月，华锐风电公司董事会每月均发布了关于相关立案调查进展及风险提示公告，公告均显示截至公告之时，证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）涉及的案件尚未产生最终结果。

华锐风电公司主张，因上述证监会调查案件的存在，导致颐源智地公司持有的股份未能在 2015 年 2 月 28 日前解除限售。但其曾多次向上海证券交易所提交限售股份上市流通的申请，上海证券交易所一直未批准。华锐风电公司为此向本院提交了 2014 年 12 月 30 日，华锐风电公司向上海证券交易所提交的《关于可否办理全国社会保障基金理事会持有的限售股份上市流通的申请》；2015 年 1 月 8 日，华锐风电公司董事会向上海证券交易所提交的《关于全国社会保证基金理事会持有公司限售股份上市流通相关事宜的函》；2015 年 5 月 26 日，华锐风电公司向上海证券交易所、证监会北京监管局及中登公司上海分公司提交的《关于可否办理拉萨泛海新能科技有限公司持有的限售股份上市流通的请示》。

2015 年 8 月 14 日，华锐风电公司向上海证券交易所提交了《限售股上市流通申请书》。同日，华锐风电公司董事会发布首次公开发行限售股上市流通公告，载明包括颐源智地公司持有的 6600 万股股份在内的限售股上市流通日期为 2015 年 8 月 20 日。

颐源智地公司表示上市流通当天，其将 6600 万股华锐风电公司的股票全部出售。经查，华锐风电公司的股票 2014 年 11 月 26 日的每股收盘价为 4.01 元，最高价为 4.03 元；2015 年 2 月 27 日的每股收盘价为 4.34 元，最高价为 4.38 元；2015 年 8 月 20 日的每股收盘价为 5.91 元，最高价为 6.70 元。

另查，2014 年 1 月 6 日，北京颐源智地投资有限公司变更名称为颐源智地公司。

本院认为，本案系因华锐风电公司资本公积金转增股本而引发的公司增资纠纷，颐源智地公司主张萍乡富海中心及大连汇能中心返还转增股份的依据为：萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司及中登公司实施了共同侵权行为，将本应属于颐源智地公司的转增股份登记到了萍乡富海中心及大连汇能中心的名下，侵犯了颐源智地公司的财产权。对颐源智地公司的上述主张，本院不予支持，理由分述如下：

一、华锐风电公司实施资本公积金转增股本的根本目的为救市。

2014 年年底，华锐风电公司面临股票暂停上市及债券无法回购的双重风险。2014 年 5 月 5 日，华锐风电公司股票被实施退市风险警示，而根据相关公告显示，华锐风电公司 2014 年 1 月至 9 月仍为亏损，如华锐风电公司 2014 年度继续亏损，公司股票将被暂停上市，暂停上市的日期应为 2015 年 4 月左右。同时，华锐风电公司发行规模 26 亿元的“122115”公司债券在 2014 年 12 月 26 日面临持有人回售的问题，而公司公告显示截至 2014 年 10 月 28 日的可用于偿还公司债券的资金仅为 59281 万元，如债券持有人按比例回售，华锐风电公司显然无力清偿。上述事实，可以看出 2014 年年底，华锐风电公司面临的问题是重大且紧迫的，如果上述两项问题无法解决，华锐风电公司的全体股东和债权人均将面临重大损失。在此情况下，出现了华锐风电公司所主张的“救市方案”，即引入公司外投资人本案的被告萍乡富海中心、大连汇能中心，通过与华锐风电公司签署《应收账款转让协议》的方式，支付 17.8 亿元用于“122115”公司债券的回售，同时华锐风电公司通过资本公积金转增股本、将 22 家发起人股东的转增股份让渡予萍乡富海中心和大连汇能中心。救市方案的上述两个环节互相联系且互不可缺。

颐源智地公司作为华锐风电公司的发起人股东，通过中小股东沟通会、2014 年第三次临时股东大会及华锐风电公司和上海证券交易所发布的相关公告，对华锐风电公司面临的问题是明知的，对救市方案的具体内容、环节和华锐风电公司在当时环境下进行资本公积金转增股本的实际意义，亦属明知。华锐风电公司在当时环境下的资本公积金转增股本，并非为了向公司现有股东赠送股份，而是为了给予投资人萍乡富海中心和大连汇能中心支付 17.8 亿元款项的实际对价，即股权收益。若颐源智地公司当时明确表示不同意放弃转增股份，那萍乡富海中心、大连汇能中心签订《应收账款转让协议》、支付对价的前提就无法成就，救市方案将无法实施。颐源智地公司在全面了解救市方案的前提下在 2014 年第三次临时股东大会召开时对关于启动公司应收账款快速处置的议案和关于资本公积金转增股本的议案均投了赞成票，同时出具《股东承诺函》配合华锐风电公司将转增股份划转至萍乡富海中心、大连汇能中心名下，都表明其对整体救市方案的肯定态度，亦表明其做出了放弃转增股份所有权的明确意思表示。资本公积金转增股本完成后，华锐风电公司公告了萍乡富海中心、大连汇能中心获得相应股份的情况，此时颐源智地公司并没有即时提出异议，也足以说明其对萍乡富海中心、大连汇能中心取得转增股份不持异议。

至此，救市方案已完全实施完毕，华锐风电公司解决了 2014 年底面临的实际困难，颐源智地公司作为股东已实际受益。现颐源智地公司提出要求萍乡富海中心、大连汇能中心无偿返还案涉转增股份，显然脱离了华锐风电公司资本公积金转增股本的实质目的，同时割裂了转增股本与应收账款转让的因果联系，违背了案件的基本事实。

二、《股东承诺函》中的“前提条件”并非《股东承诺函》的生效条件。

本案纠纷产生的主要原因为颐源智地公司在其出具的《股东承诺函》后附加了下列条文：我司承诺同意上述事项，但需在以下条件完成为前提。（1）此方案需在 2014 年年底完成；

（2）我公司所持有的股份 6600 万股需在 2015 年 2 月 28 日前解禁。

因颐源智地公司所持华锐风电公司的股权实际于 2015 年 8 月 20 日才解除限售，颐源智地公司据此主张：2014 年 11 月 27 日，华锐风电公司董事会将《股东承诺函》样稿通过邮件发送给颐源智地公司，要求最迟于 2014 年 12 月 4 日将签署完毕的《股东承诺函》提供给公司。该行为的性质为萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司向颐源智地公司发出的要求颐源智地公司无条件让渡转增股份的要约，但颐源智地公司未在承诺期限内做出承诺，2014 年 12 月 15 日增加了前提条件的《股东承诺函》的性质为颐源智地公司向萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司发出的新要约，注明了让渡转增股份的生效条件，但萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司未承诺，因新要约设定的生效条件已然不能成就，要约实际已经失效，此时各方之间未成立让渡股份的合同。颐源智地公司同时主张，即使各方之间成立了股份让渡的合同，作为附生效条件的合同，条件成就方生效，颐源智地公司提出的生效条件已确定不能成就，股权让渡合同不生效。

就此本院认为，首先，《股东承诺函》系颐源智地公司单方出具，明确表明了颐源智地公司放弃取得转增股份的意思表示，其性质上为单方承诺，而并非颐源智地公司主张的新要约，或对萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司发出要约的承诺。

其次，《股东承诺函》所附的“前提条件”也并非《股东承诺函》的生效条件，而应认定为要求华锐风电公司完成的附随义务。第一、《股东承诺函》的行文中，一方面明确写明“承诺股东在此不可撤销地向上市公司和投资人同意并承诺”，“承诺股东承诺不可撤销地放弃取得本次转增股份的全部权利”，“本函自承诺股东盖章之日起生效”，另一方面又列明“我司承诺同意上述事项，但需在以下条件完成为前提”，前后意思表示矛盾，因《股东承诺函》明示盖章即生效，故应认定《股东承诺函》已于 2014 年 12 月 15 日生效。第二、《股东承诺函》中明确列明“承诺股东放弃的 17.7898 亿股转增股份不迟于 2015 年 1 月 1 日登记到投资企业名下”，前提条件却为“2015 年 2 月 28 日前解除限售”，如果如颐源智地公司主张，那《股东承诺函》的生效条件已经晚于确定的转增股本的最晚时间，该生效条件已无实际意义，可直接理解为颐源智地公司不同意在 2015 年 2 月 28 日前放弃自己的股份，该理解显然与事实不符，故本院认为，“前提条件”的内容为颐源智地公司同意放弃转增股份的所有权，但同时要求华锐风电公司接受在限定日期前解除限售的义务，故“前提条件”并非《股东承诺函》的生效条件。第三、《股东承诺函》中并未列明如果到 2015 年 2 月 28 日颐源智地公司持有华锐风电公司的股份不能解除限售，萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司需承担返还转增股份的法律后果，故虽然存在“前提条件”，颐源智地公司亦不能据此要求萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司返还股权。

综上，《股东承诺函》在颐源智地公司出具时已经生效，萍乡富海中心、大连汇能中心依据颐源智地公司对转增股份的弃权承诺，合法取得案涉转增股份，不存在对颐源智地公司的侵权行为。

三、颐源智地公司出具《股东承诺函》的目的已经实现。

在 2014 年底华锐风电公司面临破产及退市的双重困境下，颐源智地公司作为华锐风电公司的股东，出具《股权承诺函》的目的无疑是为了避免华锐风电公司出现资不抵债和股票暂停上市的情况，也即为了避免自己持有的华锐风电公司的 6600 万股股份的价值贬损甚至丧失。而事实上，颐源智地公司出具《股东承诺函》的目的已然实现，华锐风电公司于 2014 年底获得了足以回购公司债券的资金，避免了破产的问题，在 2015 年撤销了退市风险警示，避免了股票退市的风险。颐源智地公司持有的华锐风电公司股票在 2015 年 8 月 20 日实际出售，从本院查明的股票价格来看，亦不存在其股票价值贬损的问题，颐源智地公司出具《股

东承诺函》从而保证其持有股份保值增值的目的已然实现，在此情况下，其主张萍乡富海中心及大连汇能中心返还转增股份的诉讼请求，缺乏事实依据，本院不予支持。

综上，萍乡富海中心及大连汇能中心系合法取得案涉转增股份，萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司及中登公司不存在对颐源智地公司的共同侵权行为，颐源智地公司的全部诉讼请求，均缺乏事实及法律依据，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

驳回伊犁颐源智地投资有限公司的诉讼请求。

案件受理费 867895 元，由伊犁颐源智地投资有限公司负担（已交纳）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提交副本，上诉于北京市高级人民法院。

1026

审判长 甄洁莹

审判员 王晴

人民陪审员 陈福起

二〇一六年九月二十九日

书记员 郭帅

伊犁颐源智地投资有限公司与中国证券登记结算有限责任公司、华锐风电科技（集团）股份有限公司等公司增资纠纷二审民事判决书

北京市高级人民法院
民事判决书

（2016）京民终 552 号

上诉人（原审原告）：伊犁颐源智地投资有限公司，住所地新疆维吾尔自治区伊犁州伊宁市。
法定代表人：常忠凤，董事长。

委托诉讼代理人：王志伟，北京市孚晟律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：萍乡市富海新能投资中心（有限合伙），住所地江西省萍乡市安源区。
执行事务合伙人：东方富海（芜湖）股权投资基金管理企业（有限合伙），委派代表：肖群。

委托诉讼代理人：韩伟罡，北京市中策律师事务所律师。

委托诉讼代理人：陈万林，北京市中策律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：大连汇能投资中心（有限合伙），住所地辽宁省大连保税区。

执行事务合伙人：大连汇能投资有限公司，委派代表：徐东福。

委托诉讼代理人：吴晓松，北京市中策律师事务所律师。

委托诉讼代理人：张帅，北京市中策律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：华锐风电科技（集团）股份有限公司，住所地北京市海淀区。

法定代表人：肖群，董事长。

委托诉讼代理人：符向欣，女，1978 年 9 月 15 日出生，汉族，华锐风电科技（集团）股份有限公司工作人员。

被上诉人（原审被告）：中国证券登记结算有限责任公司，住所地北京市西城区。

法定代表人：周明，董事长。

委托诉讼代理人：孙红兵，男，1967 年 2 月 22 日出生，汉族，中国证券登记结算有限责任公司工作人员。

委托诉讼代理人：李楠，女，1987 年 4 月 30 日出生，汉族，中国证券登记结算有限责任公司工作人员。

上诉人伊犁颐源智地投资有限公司（以下简称颐源智地公司）因与被上诉人萍乡市富海新能投资中心（有限合伙）（以下简称萍乡富海中心）、被上诉人大连汇能投资中心（有限合伙）（以下简称大连汇能中心）、被上诉人华锐风电科技（集团）股份有限公司（以下简称华锐风电公司）、被上诉人中国证券登记结算有限责任公司（以下简称中登公司）公司增资纠纷一案，不服北京市第一中级人民法院（2016）京 01 民初 130 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2016 年 12 月 12 日立案后，依法组成合议庭，开庭进行了审理。上诉人颐源智地公司的委托诉讼代理人王志伟，被上诉人萍乡富海中心的委托诉讼代理人韩伟罡、陈万林，被上诉人大连汇能中心的委托诉讼代理人吴晓松、张帅，被上诉人华锐风电公司的委托诉讼代理人符向欣，被上诉人中登公司的委托诉讼代理人孙红兵、李楠到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

上诉人颐源智地公司上诉请求：一、撤销一审法院判决；二、改判萍乡富海中心向颐源智地公司返还华锐风电公司公积金转增股份 27438213 股；三、改判大连汇能中心向颐源智地公司返还华锐风电公司公积金转增股份 5561787 股；四、改判华锐风电公司公告确认按照股东大会决议向颐源智地公司转增股份 3300 万股，并相应变更股东名册及工商登记；五、改判

1027

中登公司将前述第二、三项上诉请求中的股份从萍乡富海中心和大连汇能中心的证券账户记入颐源智地公司证券账户；六、改判萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司共同向颐源智地公司赔偿律师费 21.9 万元；七、改判萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司间承担连带责任；八、本案诉讼费用全部由萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司承担。

事实和理由：一、一审法院判决认定：颐源智地公司对公积金转增股份投赞成票就是同意放弃公积金转增股份的所有权，甚至认定颐源智地公司出具《华锐风电科技（集团）股份有限公司股东关于转增股本等事项的承诺函》（以下简称《股东承诺函》）配合将公积金转增股份划转至萍乡富海中心、大连汇能中心名下，不仅混淆了不同当事人之间的不同法律关系，而且与华锐风电公司公告的内容明显不符，明显违背颐源智地公司出具附条件承诺函的意思表示，属认定事实明显错误。二、一审法院判决认定：股权让渡是单方承诺，不是新的要约，也不是对萍乡富海中心、大连汇能中心发出要约的承诺。一审法院判决曲解了股权转让法律行为的性质，掩盖本案股权转让协议未成立的事实。颐源智地公司不是单方放弃股权，而是向特定受让方附条件的转让股权。股权转让无论有偿转让还是赠与，均是双方法律行为，需要经过要约承诺的订立过程才能成立。三、一审法院判决认定：解除限售不是一个生效条件，而是一个附随义务。颐源智地公司明确表示在一定期限内解除限售是转让公积金转增股份的“前提条件”，显然表示的是萍乡富海中心、大连汇能中心如果不能接受这一条件，颐源智地公司就不同意转让股权的意思，而一审法院判决将这种必要条件认定为附随义务是错误的。四、一审法院判决认定：颐源智地公司所附条件与股份过户的时间存在矛盾，与事实不符；且生效条件的内容问题只会影响已经成立的合同是否生效，不会影响股权转让合同未成立的法律后果。五、一审法院判决认定：颐源智地公司出具《股东承诺函》的目的已经实现，罔顾该函载明以限期解除限售为条件的事实，属认定事实明显错误。事实上，由于限期解除限售的条件没有成就，颐源智地公司失去了重大交易机会，遭受了巨大的可得利益损失，颐源智地公司的目的没有完全实现。

被上诉人萍乡富海中心辩称：一审法院判决认定事实清楚，适用法律正确。理由：一、颐源智地公司刻意回避了华锐风电公司 2014 年实施公积金转增股份方案的特点，错误认识了公积金转增股份方案的特点，在错误的基础上得出了错误的结论。萍乡富海中心获得的公积金转增股份是通过支付交易对价从华锐风电公司处原始取得，并不是从颐源智地公司处继受取得，所以颐源智地公司无权要求萍乡富海中心返还公积金转增股份。颐源智地公司上诉称本案存在三个法律关系与事实不符，萍乡富海中心与颐源智地公司不存在赠与的关系。二、《股东承诺函》的性质是单方承诺，颐源智地公司出具该函是应华锐风电公司和投资人的要求，对自己承担的义务和投资人享有的权利的单方的书面说明、确认和保证，不具有民事主体之间的双务性。颐源智地公司在股东大会投赞成票时并未提出其出具的《股东承诺函》是附条件的、是没有生效的，而《股东承诺函》在第 3.1 条中约定了生效条件为“本函自承诺股东盖章之日起生效”。三、颐源智地公司上诉提出的关于因没有准时解禁给其造成相关损失的主张，不属于本案审理范围。四、颐源智地公司提起本案诉讼时，所有的华锐风电公司的拯救方案已经实施完毕，解除了华锐风电公司暂停上市和债券兑付危机，颐源智地公司的利益得到保全和实现。现在颐源智地公司要求返还公积金转增股份，违背了诚实信用的基本原则。故请求二审法院依法维持一审法院判决，驳回颐源智地公司的上诉请求。

被上诉人大连汇能中心辩称：一审法院是在了解本案事实的基础上依法作出的判决，应得到支持；颐源智地公司的上诉请求应予以驳回。

被上诉人华锐风电公司辩称：华锐风电公司完全认同萍乡富海中心和大连汇能中心的答辩意见。请求二审法院驳回颐源智地公司的上诉请求，维持原判。

被上诉人中登公司辩称：一审法院判决认定事实清楚，适用法律正确。颐源智地公司上诉没有事实和法律依据，应予以驳回。

颐源智地公司向一审法院起诉请求：一、判令萍乡富海中心向颐源智地公司返还华锐风电公司公积金转增股份 27438213 股；二、判令大连汇能中心向颐源智地公司返还华锐风电公司公积金转增股份 5561787 股；三、判令华锐风电公司公告确认按照股东大会决议向颐源智地公司转增股份 3300 万股，并相应变更股东名册及工商登记；四、判令中登公司将前述一、二项股份从萍乡富海中心、大连汇能中心的证券账户记入颐源智地公司证券账户；五、判令萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司共同向颐源智地公司赔偿律师费 21.9 万元；六、案件受理费由萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司、中登公司负担。

一审法院判决认定事实：

一、2014 年年底，华锐风电公司面临股票被暂停上市的风险及巨额债券无法回购的风险。2014 年 1 月 8 日，华锐风电公司董事会就公司业绩亏损及公司股票可能被实施退市风险警示、公司债券可能被暂停上市的情况发布了风险提示公告。2014 年 1 月 29 日、2014 年 3 月 12 日、2014 年 4 月 9 日，华锐风电公司董事会就公司股票可能被实施退市风险警示和 2011 年公司债券（第一期）可能被暂停上市交易分别发布了三次风险提示公告。

2014 年 4 月 28 日，华锐风电公司董事会就公司股票被实施退市风险警示发布了公告。公告内容显示，公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值。根据《上海证券交易所股票上市规则》第“13.2.1”条的规定，上海证券交易所将对公司股票实施“退市风险警示”特别处理。实施风险警示的起始日为 2014 年 5 月 5 日。根据《上海证券交易所股票上市规则》第“14.1.1”条等相关规定，若公司 2014 年度经审计的归属于上市公司股东的净利润继续为负值，公司股票将在公司 2014 年年度报告公告之日起被暂停上市交易。

同日，华锐风电公司董事会就 2011 年公司债券（第一期）停牌发布了公告。2014 年 5 月 9 日，华锐风电公司董事会就 2011 年公司债券（第一期）暂停上市发布了公告，公告内容显示，华锐风电公司于 2011 年 12 月公开发行了 2011 年公司债券（第一期），由于公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值，根据上海证券交易所的有关规定，本期债券已于 2014 年 4 月 30 日开始连续停牌。公司今日收到上海证券交易所发来的《关于对华锐风电科技（集团）股份有限公司 2011 年公司债券（第一期）实施暂停上市的决定》，上海证券交易所决定自 2014 年 5 月 12 日起暂停本期债券在上海证券交易所上市。

2014 年 9 月 5 日，上海证券交易所上市公司监管一部向华锐风电公司出具《关于对华锐风电科技（集团）股份有限公司 2014 年半年报的事后审核意见函》，函件中载明：半年报显示，公司逾期的应收账款余额高达 47.45 亿元，约占应收账款总额的一半。公司上半年大幅亏损 2.86 亿元，若 2014 年继续出现亏损，公司股票将被暂停上市。

2014 年 10 月 31 日，华锐风电公司董事会再次发布风险提示公告，公告内容载明：公司 2012 年度、2013 年度连续两年经审计的归属于上市公司股东的净利润为负值，公司股票已于 2014 年 5 月 5 日被实施退市风险警示。公司 2014 年 1 月至 9 月仍为亏损。公司在《2014 年第三季度报告》中已预测 2014 年度净利润可能为亏损。如公司 2014 年度经审计的净利润继续为负值，公司股票将在公司《2014 年年度报告》披露日起开始停牌。上海证券交易所将在公司股票停牌起始日后的十五个交易日内作出是否暂停公司股票上市的决定。公司于 2011 年 12 月公开发行了 2011 年第一期公司债券，发行规模 28 亿元。其中，品种一（债券代码 122115）为 5 年期，附第 3 年末（2014 年 12 月 26 日前）发行人上调票面利率选择权及投资者回售选择权，发行规模为 26 亿元。因公司 2012、2013 年连续两年亏损，本期债券已经于 2014

年 5 月 12 日暂停上市交易。资金问题已经成为公司当前经营中面临的最为严峻的困难，导致公司的经营风险及公司债券违约风险不断加大。尽管公司前期已尝试多项保障资金安全的措施，但未能取得预期效果。截至 2014 年 10 月 28 日，公司货币资金余额为 127627 万元，扣除保证金等不可动用资金，可用于偿还公司债券的资金 59281 万元。为应对资金问题并避免公司债券违约，公司在前期已有措施的基础上，正在研究其他更为有效的措施和方案，同时与主要股东进行沟通，希望获得公司股东的支持。相关措施和方案受到时间和外部条件制约，能否取得预期效果尚存在不确定性。鉴于相关风险因素的客观存在，公司目前难以对债券代码为“122115”的相关持有人如果在 2014 年 12 月行使回售选择权时本息能否按期足额兑付作出准确判断。

二、救市计划的实施过程。

华锐风电公司、萍乡富海中心、大连汇能中心提交一份 2014 年 11 月 25 日 15:00 的华锐风电公司中小股东沟通会会议记录，颐源智地公司的李文娟参加了会议。会议记录内容包括“华锐风电公司目前的问题，主要是两大问题：一个是债券兑付问题，债券兑付最差的结果是可能影响公司进入破产清算，这也是对股东利益影响最大的问题；第二个问题就是华锐风电公司连续两年亏损，如果今年不能盈利，那可能面临暂停上市的问题。17.8 亿元的资金进来，解决公司债券兑付和保底的问题，维护公司股东的利益。作为出资人的收益措施，我们提出由华锐风电公司进行资本公积转增股本，除社会公众和社保基金外的全部股东要将转增部分让渡给基金新投资人，投资人占转增后总股本的 29.5%，这就是我们的方案。”

2014 年 11 月 27 日，华锐风电公司将《股东承诺函》的样稿通过邮件发送给颐源智地公司，要求股东最迟于 2014 年 12 月 4 日将签署完毕的《股东承诺函》提供给公司。

2014 年 11 月 28 日，华锐风电公司董事会公告发布关于召开 2014 年第三次临时股东大会的通知，股东大会召开日期为 2014 年 12 月 15 日，会议审议事项为关于启动公司应收账款快速处置的议案，议案内容全文刊登于上海证券交易所网站。

2014 年 12 月 5 日，华锐风电公司董事会发布关于股东提议增加 2014 年第三次临时股东大会临时提案的公告，公告内容显示，萍乡市瑞华丰能投资管理有限公司提议于 2014 年 12 月 15 日召开的公司 2014 年第三次临时股东大会上增加审议《关于以资本公积金转增股本的议案》，方案概要：1、解决公司资金困难：基金（深圳市东方富海投资管理有限公司拟联合大连汇能投资控股集团有限公司等专业机构设立的基金）将投入 17.8 亿元资金，收购公司部分应收款，相关资金专项用于兑付要求回售的债券，从而解决债券兑付危机；2、恢复公司正常经营；3、资本公积金转增与股份让渡：公司用资本公积金转增股本，每 10 股转增 5 股，共转增 201020 万股，除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东放弃转增股份并让渡予基金。方案得以实施的条件包括：1、除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东于股东大会召开前签署相应书面承诺文件；2、公司召开股东大会并通过相关决议；……。

2014 年 12 月 15 日，华锐风电公司召开 2014 年第三次临时股东大会，会议审议了两个议案，议案一为关于启动公司应收账款快速处置的议案，议案二为关于以资本公积金转增股本的议案。议案二中，列明了资本公积金转增与股份让渡的方案及除全国社会保障基金理事会和社会公众股外的其他股东于股东大会召开前签署相应书面承诺文件的方案实施条件。议案二审议事项包括：一、修改公司《2013 年度利润分配方案》。以公司 2013 年 12 月 31 日总股本 4020400000 股为基数，以资本公积金向全体股东转增股本，每 10 股转增 5 股，共计转增 2010200000 股。本次以资本公积金转增股本后，公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000 股。二、股东大会授权公司董事会根据方案调整和执行情况决定是否实施上述资本公积金转增股本。

本次股东大会的两个议案经投票通过。颐源智地公司通过网络投票对两个议案均投同意票。

2014 年 12 月 15 日，颐源智地公司出具《股东承诺函》，内容为：鉴于投资人拟设立一家或几家合伙企业（有限合伙）与华锐风电公司签署一份应收账款购买协议。根据应收账款协议，投资企业将向上市公司购买账面值约 19 亿元的应收账款，购买对价为 17.8 亿元。上市公司拟通过决议资本公积转增股本 201020 万股。转增股份中的 88.5% 即 177898 万股直接向投资企业派发或质押后划转，投资企业无需就此额外支付对价。转增完成后，投资企业将持有上市公司的 177898 万股股份，成为上市公司的股东。就上述事宜，本承诺函附件一所列上市公司股东在此不可撤销地向上市公司和投资人同意并承诺如下：一、应收账款转让。承诺股东承诺促使上市公司同意如下应收账款购买事宜：1.1 应收账款转让：投资企业将向上市公司购买账面值约 19 亿元的应收账款，购买对价为 17.8 亿元。该等应收账款为有效债权，债务人不存在履行抗辩权，该等应收账款也不存在不能有效转移的限制条件、情形（购买应收账款前，该等应收账款明细应经投资企业审查、认可）。该等应收账款于购买对价全部支付日起，转让予投资企业，该等应收账款的经济责任全部由投资企业承担，无追索权。1.2 催收管理：投资企业与上市公司签署应收账款协议后的 10 日内，上市公司应根据投资企业要求完成向该等应收账款的债务人通知债权转让事宜，将债务人收到债权转移通知的相关凭证交付给投资企业，使该等应收账款有效转移至投资企业。上市公司根据投资企业要求勤勉管理应收账款的催收等事宜，或根据投资企业要求转由投资企业或其指定第三方管理应收账款。上市公司应根据投资企业的指示，通知并要求应收账款债务人将应收账款直接支付至投资企业指定账户。二、资本公积金转增。承诺股东承诺在上市公司股东大会上同意关于本次转增的决议，且不可撤销地放弃取得本次转增股份的全部权利。如投资企业要求，承诺股东同意授权投资企业指定人士就本次转增事宜在上市公司股东大会投票同意。具体如下：2.1 转增方案：本次资本公积金转增股本以上市公司 2014 年 9 月 30 日总股本 4020400000 股为基数，以上市公司资本公积金 201020 万元，转增 2010200000 股，本次资本公积金转增股本方案实施完成后，上市公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000 股。2.2 分派对象：本次转增股份的 88.5%，即 177898 万股由上市公司直接向投资企业派发，由中国证券登记结算有限责任公司上海分公司（以下简称中登公司上海分公司）记入投资企业的股东账户。除承诺股东外的其他上市公司股东按照其持股比例取得本次转增股份的 11.5%，即 23122 万股。2.3 实施日期：承诺股东放弃的 177898 万股转增股份不迟于 2015 年 1 月 1 日登记到投资企业名下。2.4 锁定期：承诺股东中，转增前持股比例超过 10% 的股东于 2016 年 6 月 30 日或之前不得减持所持股份，转增前持股比例低于 2% 的股东无减持限制，其他股东 2015 年减持不超过其所持有股份的 30%。三、其他。3.1 本函自承诺股东盖章之日起生效。承诺股东保证其已经获得内部授权、同意或有权监管机构批准，并提供相关授权、批准文件。3.2、本函对上市公司、上市公司确定的投资人和投资企业有效，本函的承诺如同向该等主体作出。与华锐风电公司向颐源智地公司邮件发送的《股东承诺函》样稿不同，颐源智地公司实际出具的《股东承诺函》在函件尾部增加了下列内容：我司承诺同意上述事项，但需在以下条件完成为前提。（1）此方案需在 2014 年年底前完成；（2）我公司所持有的股份 6600 万股需在 2015 年 2 月 28 日前解禁。

《股东承诺函》附件一中显示承诺股东包括：颐源智地公司，股份数为 6600 万股，比例为 1.64%。附件二应收账款转让价款支付条件中列明，投资企业在下列条件获得满足后，于 2014 年 12 月 26 日代上市公司从投资企业账户向要求回售的公司债持有人支付 17.8 亿元。1) 应收账款协议经适当签署并生效；2) 所有承诺股东有效签署本函，并待投资企业设立后与投资企业签署内容与本函基本一致的承诺函或协议；3) 上市公司召开股东大会并通过本次转增决议；4) 本次交易合规合法，无重大瑕疵，且确定所得转增股份锁定期为股份上市日起的 12 个月；5) 本次转增依法实施，投资企业完成依法在中登公司登记为上市公司 177898 万股股份股东的全部手续；6) 扣除同意放弃回售的债券后，上市公司账户中的现金足以支

付偿还到期公司债和其他到期应付款项；7）担任上市公司审计机构的会计师事务所与上市公司就重大会计问题达成一致意见并为投资方认可；8）上市公司与华能阜新风力发电有限责任公司等 13 家华能新能源股份有限公司下属公司，诉讼总金额为 126072 万元的买卖合同纠纷应于 2014 年 12 月 26 日前得到解决；9）上市公司与大连华锐重工集团股份有限公司的承揽合同纠纷应于 2014 年 12 月 26 日前得到解决，且解除冻结公司 9200 万元的账户款项；10）就上市公司 2013 年 5 月 29 日收到的中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 131074 号），以及 2014 年 1 月 12 日收到的证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）的有关事项，于 2014 年 12 月 26 日前公布不影响公司后续经营的调查结果；11）不存在或发生其他导致上市公司未能解决债务危机、未能解除退市风险警示、或其他导致上市公司经营发生不利变化等情形；12）除非投资企业另外书面同意，应收账款的购买对价应只能用于支付上市公司将于 2014 年 12 月 26 日到期应付的本息合计 27.6 亿元公司债中的 17.8 亿元。

2014 年 12 月 22 日，华锐风电公司与萍乡富海中心、大连汇能中心签署《应收账款转让协议》，确定转让标的为 18.75 亿元的应收账款的本金部分，转让对价为 17.8 亿元，萍乡富海中心支付 14.8 亿元，大连汇能中心支付 3 亿元。同日，三方签署《应收账款转让协议之补充协议》约定，鉴于：（1）华锐风电公司（转让方）与萍乡富海中心（受让方一）、大连汇能中心（受让方二）于 2014 年 12 月 22 日签订《应收账款转让协议》，转让方根据前述协议约定向受让方出售标的应收账款，受让方同意根据前述协议约定支付转让对价，受让标的应收账款；（2）承诺股东已于 2014 年 12 月分别签署《股东承诺函》（签署版承诺函复印件详见附件二）；（3）公司拟以 2014 年 9 月 30 日总股本 4020400000 股为基数，以公司资本公积金 201020 万元，转增 2010200000 股，本次资本公积金转增股本方案实施完成后，公司总股本由 4020400000 股增至 6030600000 股，转增股份中的 71.63%即 14.4 亿股直接向受让方派发，受让方无需就此额外支付对价，转增股份中的 28.37%即 57020 万股根据持股比例转增给大连重工·起重集团有限公司及非承诺股东，其中，就大连重工·起重集团有限公司所获得的转增股份待其完成相关审批手续后转让予受让方。转增完成，受让方将不晚于 2014 年 12 月 25 日持有公司的 14.4 亿股股份，成为公司的股东。

补充协议中，将转让对价支付的前提条件修改为：在下列条件全部满足后之日（但不晚于 2014 年 12 月 26 日）（受让方书面同意豁免的除外），受让方应根据转让方的要求向公司债券持有人支付本协议项下第三条约定的转让对价，且该等支付即视同为受让方向华锐风电公司支付本协议项下第三项约定的转让对价：1.1 华锐风电公司已就本次应收账款出售转让事宜获得内部批准并适当签署。1.2 《应收账款转让协议》及其补充协议由双方妥为签署并生效。1.3 华锐风电公司已就《应收账款转让协议》项下的应收账款转让事宜通知相关债务人。1.4 所有承诺股东已适当签署承诺函，并同意与受让方签署内容与承诺函基本一致的承诺函或协议。1.5 公司召开股东大会并通过本次转增决议。1.6 本次转增合规合法，无重大瑕疵，且确定转增股份锁定期为股份上市日起的 12 个月。1.7 本次转增依法实施，受让方应依法不晚于 2014 年 12 月 25 日取得 14.4 亿股股份。……

2014 年 12 月 25 日，华锐风电公司向中登公司上海分公司出具申请函，申请将 22 家发起人股东中除大连重工·起重集团有限公司之外的其他 21 家股东通过资本公积金转增股本所获得的 1440000000 股股份，划转（记入）至萍乡富海中心、大连汇能中心所开立的证券账户（股东账户）中，并将 22 家发起人股东签署的承诺函附后。

2014 年 12 月 26 日，萍乡富海中心向中登公司上海分公司支付 14.8 亿元，用途记载为“122115 回售款”；大连汇能中心向中登公司上海分公司支付 3 亿元，用途记载为“122115 回售款”。

2014 年 12 月 26 日，华锐风电公司董事会发布关于“122115”债券回售实施结果的公告，表明根据中登公司上海分公司对“122115”债券回售申报的统计，本次回售有效回售申报数量为 2560982 手，回售金额为 2560982000 元。2014 年 12 月 29 日为回售资金发放日，公司兑付“122115”债券回售的资金已足额划至中登公司上海分公司相关银行账户。

2014 年 12 月 31 日，华锐风电公司董事会发布关于股权结构变动的提示公告，载明，2014 年 12 月 31 日，本次资本公积金转增股本已完成，除大连重工·起重集团有限公司之外的其他 21 家发起人股东于本次资本公积金转增股本后取得的合计 1440000000 股转增股份已划转（记入）至萍乡富海中心、大连汇能中心的证券账户（股东账户）中；目前，萍乡富海中心持有公司 1197303370 股股份，持股比例为 19.85%；大连汇能中心持有公司 242696630 股股份，持股比例为 4.02%。

2015 年 4 月 29 日，华锐风电公司董事会发布关于公司股票撤销退市风险警示的公告，公告显示经审计，截至 2014 年 12 月 31 日归属于上市公司股东的净资产为 8787556791.2 元，2014 年度实现营业收入 3619880770.06 元，实现归属于上市公司股东的净利润 80732834.44 元。公司已于 2015 年 4 月 27 日向上海证券交易所提出了撤销对公司股票实施退市风险警示的申请。上海证券交易所于 2015 年 4 月 29 日同意了公司股票撤销退市风险警示的申请。撤销退市风险警示的起始日为 2015 年 5 月 4 日，A 股股票简称由“*ST 锐电”变更为“华锐风电”。

三、颐源智地公司所持华锐风电公司股份限售及解除限售的相关事实。

颐源智地公司系华锐风电公司的发起人股东，其持有的华锐风电公司 6600 万股均为首次公开发行的限售股，上述股份的解除限售日期本应为 2014 年 1 月 13 日。

2014 年 1 月 12 日，华锐风电公司董事会发布关于被证监会立案调查的公告，公告显示华锐风电公司于 2014 年 1 月 12 日收到证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）。因公司其他涉嫌违反证券法律法规的行为，根据《中华人民共和国证券法》的有关规定，证监会决定对公司进行立案调查。公司将积极配合证监会的调查工作。在上述期间，公司暂不能办理首次公开发行限售股股份上市流通的相关事项。

2015 年 1 月 15 日，华锐风电公司董事会发布关于相关立案调查进展及风险提示公告，公告显示公司于 2014 年 1 月 12 日收到了证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）。截至目前，该案件的调查正在进行中，尚未产生最终结果。2015 年 2 月至 2015 年 10 月，华锐风电公司董事会每月均发布了关于相关立案调查进展及风险提示公告，公告均显示截至公告之时，证监会《立案调查通知书》（稽查总队调查通字 140084 号）涉及的案件尚未产生最终结果。

华锐风电公司主张，因上述证监会调查案件的存在，导致颐源智地公司持有的股份未能在 2015 年 2 月 28 日前解除限售。但其曾多次向上海证券交易所提交限售股份上市流通的申请，上海证券交易所一直未批准。华锐风电公司为此向一审法院提交了 2014 年 12 月 30 日，华锐风电公司向上海证券交易所提交的《关于可否办理全国社会保障基金理事会持有的限售股份上市流通的请示》；2015 年 1 月 8 日，华锐风电公司董事会向上海证券交易所提交的《关于全国社会保障基金理事会持有公司限售股份上市流通相关事宜的函》；2015 年 5 月 26 日，华锐风电公司向上海证券交易所、中国证券监督管理委员会北京监管局及中登公司上海分公司提交的《关于可否办理拉萨泛海新能科技有限公司持有的限售股份上市流通的请示》。2015 年 8 月 14 日，华锐风电公司向上海证券交易所提交了《限售股上市流通申请书》。同日，华锐风电公司董事会发布首次公开发行限售股上市流通公告，载明包括颐源智地公司持有的 6600 万股股份在内的限售股上市流通日期为 2015 年 8 月 20 日。

颐源智地公司表示上市流通当天，其将 6600 万股华锐风电公司的股票全部出售。经查，华锐风电公司的股票 2014 年 11 月 26 日的每股收盘价为 4.01 元，最高价为 4.03 元；2015 年

2月27日的每股收盘价为4.34元，最高价为4.38元；2015年8月20日的每股收盘价为5.91元，最高价为6.70元。

另查，2014年1月6日，北京颐源智地投资有限公司变更名称为颐源智地公司。

一审法院认为，本案系因华锐风电公司资本公积金转增股本而引发的公司增资纠纷，颐源智地公司主张萍乡富海中心及大连汇能中心返还公积金转增股份的依据为：萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司及中登公司实施了共同侵权行为，将本应属于颐源智地公司的公积金转增股份登记到了萍乡富海中心及大连汇能中心的名下，侵犯了颐源智地公司的财产权。对颐源智地公司的上述主张，一审法院不予支持，理由分述如下：

一、华锐风电公司实施资本公积金转增股本的根本目的为救市。

2014年年底，华锐风电公司面临股票暂停上市及债券无法回购的双重风险。2014年5月5日，华锐风电公司股票被实施退市风险警示，而根据相关公告显示，华锐风电公司2014年1月至9月仍为亏损，如华锐风电公司2014年度继续亏损，公司股票将被暂停上市，暂停上市的日期应为2015年4月左右。同时，华锐风电公司发行规模26亿元的“122115”公司债券在2014年12月26日面临持有人回售的问题，而公司公告显示截至2014年10月28日的可用于偿还公司债券的资金仅为59281万元，如债券持有人按比例回售，华锐风电公司显然无力清偿。上述事实，可以看出2014年年底，华锐风电公司面临的问题是重大且紧迫的，如果上述两项问题无法解决，华锐风电公司的全体股东和债权人均将面临重大损失。在此情况下，出现了华锐风电公司所主张的“救市方案”，即引入公司外投资人萍乡富海中心、大连汇能中心，通过与华锐风电公司签署《应收账款转让协议》的方式，支付17.8亿元用于“122115”公司债券的回售，同时华锐风电公司通过资本公积金转增股本、将22家发起人股东的转增股份让渡予萍乡富海中心和大连汇能中心。救市方案的上述两个环节互相联系且互不可缺。

颐源智地公司作为华锐风电公司的发起人股东，通过中小股东沟通会、2014年第三次临时股东大会及华锐风电公司和上海证券交易所发布的相关公告，对华锐风电公司面临的问题是明知的，对救市方案的具体内容、环节和华锐风电公司在当时环境下进行资本公积金转增股本的实际意义，亦属明知。华锐风电公司在当时环境下的资本公积金转增股本，并非为了向公司现有股东赠送股份，而是为了给予投资人萍乡富海中心和大连汇能中心支付17.8亿元款项的实际对价，即股权收益。若颐源智地公司当时明确表示不同意放弃公积金转增股份，那萍乡富海中心、大连汇能中心签订《应收账款转让协议》、支付对价的前提就无法成就，救市方案将无法实施。颐源智地公司在全面了解救市方案的前提下在2014年第三次临时股东大会召开时对关于启动公司应收账款快速处置的议案和关于资本公积金转增股本的议案均投了赞成票，同时出具《股东承诺函》配合华锐风电公司将公积金转增股份划转至萍乡富海中心、大连汇能中心名下，都表明其对整体救市方案的肯定态度，亦表明其做出了放弃公积金转增股份所有权的明确意思表示。资本公积金转增股本完成后，华锐风电公司公告了萍乡富海中心、大连汇能中心获得相应股份的情况，此时颐源智地公司并没有即时提出异议，也足以说明其对萍乡富海中心、大连汇能中心取得公积金转增股份不持异议。

至此，救市方案已完全实施完毕，华锐风电公司解决了2014年底面临的实际困难，颐源智地公司作为股东已实际受益。现颐源智地公司提出要求萍乡富海中心、大连汇能中心无偿返还案涉公积金转增股份，显然脱离了华锐风电公司资本公积金转增股本的实质目的，同时割裂了公积金转增股本与应收账款转让的因果联系，违背了案件的基本事实。

二、《股东承诺函》中的“前提条件”并非《股东承诺函》的生效条件。

本案纠纷产生的主要原因为颐源智地公司在其出具的《股东承诺函》后附加了下列条文：我承诺同意上述事项，但需在以下条件完成为前提。（1）此方案需在2014年年底前完成；

（2）我公司所持有的股份6600万股需在2015年2月28日前解禁。

因颐源智地公司所持华锐风电公司的股权实际于 2015 年 8 月 20 日才解除限售，颐源智地公司据此主张：2014 年 11 月 27 日，华锐风电公司董事会将《股东承诺函》样稿通过邮件发送给颐源智地公司，要求最迟于 2014 年 12 月 4 日将签署完毕的《股东承诺函》提供给公司。该行为的性质为萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司向颐源智地公司发出的要求颐源智地公司无条件让渡公积金转增股份的要约，但颐源智地公司未在承诺期限内做出承诺，2014 年 12 月 15 日增加了前提条件的《股东承诺函》的性质为颐源智地公司向萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司发出的新要约，注明了让渡公积金转增股份的生效条件，但萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司未承诺，因新要约设定的生效条件已然不能成就，要约实际已经失效，此时各方之间未成立让渡公积金转增股份的合同。颐源智地公司同时主张，即使各方之间成立了公积金转增股份让渡的合同，作为附生效条件的合同，条件成就方生效，颐源智地公司提出的生效条件已确定不能成就，股权让渡合同不生效。就此一审法院认为，首先，《股东承诺函》系颐源智地公司单方出具，明确表明了颐源智地公司放弃取得公积金转增股份的意思表示，其性质上为单方承诺，而并非颐源智地公司主张的新要约，或对萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司发出要约的承诺。

其次，《股东承诺函》所附的“前提条件”也并非《股东承诺函》的生效条件，而应认定为要求华锐风电公司完成的附随义务。第一、《股东承诺函》的行文中，一方面明确写明“承诺股东在此不可撤销地向上市公司和投资人同意并承诺”，“承诺股东承诺不可撤销地放弃取得本次公积金转增股份的全部权利”，“本函自承诺股东盖章之日起生效”，另一方面又列明“我司承诺同意上述事项，但需在以下条件完成为前提”，前后意思表示矛盾，因《股东承诺函》明示盖章即生效，故应认定《股东承诺函》已于 2014 年 12 月 15 日生效。第二、《股东承诺函》中明确列明“承诺股东放弃的 177898 万股公积金转增股份不迟于 2015 年 1 月 1 日登记到投资企业名下”，前提条件却为“2015 年 2 月 28 日前解除限售”，如果如颐源智地公司主张，那《股东承诺函》的生效条件已经晚于确定的公积金转增股本的最晚时间，该生效条件已无实际意义，可直接理解为颐源智地公司不同意在 2015 年 2 月 28 日前放弃自己的股份，该理解显然与事实不符，故一审法院认为，“前提条件”的内容为颐源智地公司同意放弃公积金转增股份的所有权，但同时要求华锐风电公司接受在限定日期前解除限售的义务，故“前提条件”并非《股东承诺函》的生效条件。第三、《股东承诺函》中并未列明如果到 2015 年 2 月 28 日颐源智地公司持有华锐风电公司的股份不能解除限售，萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司需承担返还公积金转增股份的法律后果，故虽然存在“前提条件”，颐源智地公司亦不能据此要求萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司返还股权。

综上，《股东承诺函》在颐源智地公司出具时已经生效，萍乡富海中心、大连汇能中心依据颐源智地公司对公积金转增股份的弃权承诺，合法取得案涉公积金转增股份，不存在对颐源智地公司的侵权行为。

三、颐源智地公司出具《股东承诺函》的目的已经实现。

在 2014 年底华锐风电公司面临破产及退市的双重困境下，颐源智地公司作为华锐风电公司的股东，出具《股东承诺函》的目的无疑是为了避免华锐风电公司出现资不抵债和股票暂停上市的情况，也即为了避免自己持有的华锐风电公司的 6600 万股股份的价值贬损甚至丧失。而事实上，颐源智地公司出具《股东承诺函》的目的已然实现，华锐风电公司于 2014 年底获得了足以回购公司债券的资金，避免了破产的问题，在 2015 年撤销了退市风险警示，避免了股票退市的风险。颐源智地公司持有的华锐风电公司股票在 2015 年 8 月 20 日实际出售，从一审法院查明的股票价格来看，亦不存在其股票价值贬损的问题，颐源智地公司出具《股东承诺函》从而保证其持有股份保值增值的目的已然实现，在此情况下，其主张萍乡富海中心及大连汇能中心返还公积金转增股份的诉讼请求，缺乏事实依据，一审法院不予支持。

综上，萍乡富海中心及大连汇能中心系合法取得案涉公积金转增股份，萍乡富海中心、大连汇能中心、华锐风电公司及中登公司不存在对颐源智地公司的共同侵权行为，颐源智地公司的全部诉讼请求，均缺乏事实及法律依据，一审法院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决：驳回颐源智地公司的诉讼请求。

一审法院查明的事实，有相关证据予以佐证；二审中，各方当事人对一审法院查明的事实均未提出异议，亦未提交新的证据。本院对一审法院查明的事实予以确认。

本院认为：

一审法院判决关于华锐风电公司在 2014 年底面临股票暂停上市、公司债券无法兑付的双重风险的事实认定以及华锐风电公司实施资本公积金转增股本的根本目的为救市的性质认定正确，本院予以确认。华锐风电公司在确定解决公司困境方案时，按照公司章程的规定，经公司内部决策机制予以表决通过，属于公司正常的自治范畴。在此背景下，华锐风电公司拟实施的公司应收账款转让、资本公积金转增股本的行动目的具有特别意义，即引入公司外部投资人萍乡富海中心、大连汇能中心投入 17.8 亿元资金，用于支付“122115”公司债券回售，同时华锐风电公司通过资本公积金转增股本，将 22 家发起人股东在本次公积金转增股本中获得的转增股份让渡予萍乡富海中心和大连汇能中心。也就是说，投资人萍乡富海中心、大连汇能中心投入资金与公司 22 位发起股东让渡本次公积金转增股份互为因果关系，即没有公司 22 位发起股东让渡本次公积金转增股份，也就没有投资人向华锐风电公司投入资金以解决公司困境和退市风险。颐源智地公司对于华锐风电公司在 2014 年年底所面临的经营困境和退市风险、拟采取的解决方案是清楚的，颐源智地公司在临时股东大会上对于本次公积金转增股本议案亦投了赞成票。颐源智地公司上诉主张其在临时股东大会上投赞成票的行为并不意味其同意放弃本次公积金转增股份，对此本院认为，在华锐风电公司公开发布并提交表决的《关于以资本公积金转增股本的议案》中，“方案概述”及“方案得以实施的条件”部分均明确本次公积金转增的 201020 万股股份需要 22 位发起股东放弃并让渡给投资人，发起股东需要签署书面承诺文件，该条件与股东大会通过决议是并列条件，缺一不可。由于本次公积金转增股本实际是为投资人实施，华锐风电公司在此特定时刻增发新股在于实现特定目的，公司原有股东实际不享有本次公积金转增股份，故公司明确要求除全国社会保障基金理事会和社会公众以外的 22 位发起股东放弃各自本次公积金转增股份，由华锐风电公司将本次公积金转增股份给予投资人；作为发起股东之一的颐源智地公司，其同意本次公积金转增股份的意思表示与其放弃本次公积金转增股份的意思表示是相辅相成、密不可分的。因此，华锐风电公司以资本公积金向全体股东转增股份，颐源智地公司在临时股东大会上投赞成票即同意实施本次公积金转增股份，亦即放弃其在本次转增股份中按照持股比例应获得的转增股份 3300 万股，由华锐风电公司将该股份分配给投资人萍乡富海中心、大连汇能中心。颐源智地公司所称其投票赞成华锐风电公司实施本次公积金转增股份但未同意让渡该转增股份，是罔顾华锐风电公司实施本次公积金转增股份的真实目的，割裂了作为发起股东在表示同意公司实施资本公积金转增股份与放弃本次公积金转增股份时的一致性和整体性。

由于本次公积金转增股份发行具有特别目的，发起股东承诺放弃各自本次公积金转增股份是华锐风电公司发行本次公积金转增股份的必要条件。发起股东在投票表决赞成公司发行本次公积金转增股份的同时，还要就放弃自己本次公积金转增股份作出书面意思表示，故《股东承诺函》是为配合临时股东大会决议所作的程序性文件。颐源智地公司签署《股东承诺函》系履行临时股东大会决议的行为，其在临时股东大会上投票赞成本次公积金转增股份的同时，即应以签署《股东承诺函》形式明确放弃自己在本次公积金转增股份中获得的股份，作出该承诺与其同意本次公积金转增股份是一体进行，不可分割的。华锐风电公司依照公司章程召开临时股东大会，由股东讨论并投票决定是否实施本次公积金转增股份，提交审议的议案及配套程序性文件《股东承诺函》并非公司与股东之间、股东与投资人之间的以要约、承

诺形式形成的合同关系。颐源智地公司在临时股东大会投票赞成实施本次公积金转增股份，就应当按照决议内容和要求出具《股东承诺函》，履行股东义务。颐源智地公司在《股东承诺函》中附加应收账款和股份解除限售的期限作为其同意执行决议的前提条件，主张该附加条件是其承诺放弃本次公积金转增股份的生效条件；因其股份未如期解除限售，其放弃本次公积金转增股份的承诺未生效。对此本院认为，依据前述查明及各方确认的事实，华锐风电公司因面临 2014 年年底股票暂停上市及公司债券无法兑付的现实风险，拟实施的应收账款转让、资本公积金转增股本系为解决公司危机而采取的紧急应对措施，颐源智地公司附加的最迟于 2015 年 2 月 28 日生效的承诺期限，已经超出了华锐风电公司实施解决方案的最后期限，故颐源智地公司单方附加的条件不能对专为解决公司危机而实施的公积金转增股份的行动发生效力；且股份解除限售期限系由证券交易监管机构依职权决定，并非华锐风电公司及股东颐源智地公司可以自行确定的内容，故颐源智地公司单方附加的股份解除限售条件亦不能对华锐风电公司发生效力。

综上所述，颐源智地公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审法院判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 867895 元，由伊犁颐源智地投资有限公司负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 范士卿

审判员 赵英红

审判员 龚晓妮

二〇一七年六月三十日

书记员 于静 书记员 刘向楠

尤庆一与福建今日特价网络有限公司新增资本认购纠纷一案 一审民事判决书

福州市马尾区人民法院

民事判决书

2018 闽 0105 民初 867 号

原告：尤庆一，男，1979 年 11 月 24 日出生，汉族，住福建省罗源县。

委托诉讼代理人：叶秋渊，福建世好律师事务所律师。

委托诉讼代理人：夏朝晖，福建世好律师事务所律师。

被告：福建今日特价网络有限公司，住所地福建省福州市马尾区。

法定代表人：江国健，该公司董事长兼总经理。

原告尤庆一与被告福建今日特价网络有限公司（以下简称今日特价公司）新增资本认购纠纷一案，本院于 2018 年 7 月 12 日立案后，今日特价公司在提交答辩状期间对管辖权提出异议，认为本案应移送至福州市台江区人民法院审理。本院于 2018 年 8 月 15 日作出 2018 闽 0105 民初 867 号民事裁定，驳回今日特价公司提出的管辖权异议。今日特价公司不服该裁定，向福州市中级人民法院提起上诉。福州市中级人民法院于 2018 年 10 月 8 日作出（2018）闽 01 民辖终 555 号民事裁定，驳回上诉，维持原裁定。本院于 2018 年 12 月 12 日适用简易程序公开开庭进行了审理。原告尤庆一的委托诉讼代理人叶秋渊到庭参加诉讼，被告今日特价公司经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

尤庆一向本院提出诉讼请求：1. 判令今日特价公司立即偿还向尤庆一 130000 元及利息（其中以 50000 元为本金基数，自 2017 年 3 月 9 日起按年利率 1% 计算至 2017 年 12 月 31 日为 4866.67 元；以 130000 元为本金基数，自 2018 年 1 月 1 日起按年利率 1% 计算至款项还清之日止）；2. 本案的诉讼费用、公告费由今日特价公司负担。事实和理由：2014 年 12 月 31 日，尤庆一与今日特价公司签订《股权激励协议》，今日特价公司确认其决定通过增资扩股方式进行股权激励，该次增资扩股的股权比例为 10%，价值为人民币 1 亿元。并在协议中约定：“1. 乙方（尤庆一）同意甲方（今日特价公司）股权激励的相应方案及安排，同意将其购买的股权由甲方指定的个人或组织统一代持，股东权利由该代持人行使；在公司 IPO 新三板时，按照要求统一安排分户持有股票；2. 甲方公司在三年内无法挂牌上市 IPO 新三板，则甲方无条件回购乙方的股权，退还股权购买款本金并案月 1% 计付利息（自购买款项实际到位日开始计算）；3. 乙方购买 10 万份股权，购买款项为人民币 10 万元等”。当日，尤庆一即将股权购买款支付给今日特价公司，并由今日特价公司出具收款收据一份，确认收到尤庆一股权购买款 100000 元。2015 年 5 月 8 日，尤庆一与今日特价公司再次签订《股权激励协议》，约定：“乙方（尤庆一）购买 5 万份股权，购买款项为人民币 5 万元”，该协议约定的其他事项同上述双方于 2014 年 12 月 31 日签订的《股权激励协议》。当日，尤庆一即将股权购买款支付给今日特价公司，并由今日特价公司出具收款收据一份，确认收到尤庆一股权购买款 50000 元。至此，尤庆一共向今日特价公司支付股权购买款 150000 元。在两份《股权激励协议》中，今日特价公司虽确认了“以增资扩股方式进行股权激励”，但实际上，今日特价公司的注册资本为 1 亿零 8 万元人民币，早已全部实际出资，且在该段时间，今日特价公司并未增加注册资本，故不存在所谓的“增资扩股”，尤庆一并未成为今日特价公司之股东。《股权激励协议》中约定的“今日特价公司在三年内无法挂牌上市 IPO，则今日特价公司无条件回购尤庆一的股权，退还股权购买款本金并按月 1% 计付利息”实质上为附条件的行为，因尤庆一从未成为今日特价公司之股东，故不存在尤庆一回购今日特价公司股权的说法，因此，该条应理解成“今日特价公司在三年内无法挂牌上市 IPO，则退还股权购买款本金并

1038

案月 1%计付利息”。两份《股权激励协议》签订至今已超过三年，今日特价公司仍为有限责任公司，未完成挂牌上市，今日特价公司退款的条件已成就，根据《股权激励协议》的约定，应退还尤庆一股权购买款并按 1%计付利息。然今日特价公司未按约定退还股权转让款及支付利息，仅退还了尤庆一 20000 元及支付尤庆一 100000 元款项的利息至 2017 年 12 月 31 日以及支付 50000 元款项的利息至 2017 年 3 月 8 日，尚欠尤庆一 130000 元及相应利息。尤庆一为维护自身合法权益，特依法提起诉讼，望判如所请。

今日特价公司未作答辩。

尤庆一围绕诉讼请求依法提交了证据，今日特价公司经传票传唤，未到庭参加诉讼，视为自愿放弃举证、质证权利。经审查，尤庆一提交的《股权激励协议》、《收款收据》、今日特价公司《内资企业登记基本情况表》，符合证据的真实性、合法性及关联性，本院予以确认并在卷佐证。

根据尤庆一陈述和经审查确认的证据，本院依法认定事实如下：今日特价公司系 2006 年 1 月 19 日成立的有限责任公司，注册资金 10008 万元。2014 年 12 月 31 日，尤庆一（乙方）与今日特价公司（甲方）签订《股权激励协议》，协议约定的主要内容为：今日特价公司决定以增资扩股方式进行股权激励，一、方案实施：1. 本次增资扩股的股权比例为 10%，价值为人民币 1 亿元，1 份股权为人民币 1 元，共为 1 亿份股权。2. 乙方同意甲方股权激励的相应方案及安排，同意将其购买的股权由甲方指定的个人或组织统一代持，股东权利由该代持人行使；在公司 IPO 时，按照要求统一安排分户持有股票。3. 甲方公司 IPO 时，乙方按照规定享受公司股东利润分配。4. 甲方公司 IPO 时，乙方按比例获得相应股票。5. 甲方公司在三年内无法 IPO，则甲方无条件回购乙方的股权，退还股权购买款本金并按月 1%计付利息，在此期间乙方分配的利润予以抵扣。二、股权购买：1. 按照乙方的具体情况，甲方决定给予乙方 10 万份股权的购买权。2. 乙方购买 10 万份股权，购买款项为人民币 10 万元。合同还就尤庆一、今日特价公司的其他权利和义务作了约定。合同尾部甲方处有今日特价公司的公章及代表人江国健签字，乙方处有尤庆一的签字、捺印。协议签订后，尤庆一向今日特价公司支付了 100000 元股权认购款，今日特价公司亦向尤庆一出具了 100000 元盖有公司财务专用章的收款收据。

2015 年 5 月 8 日，尤庆一与今日特价公司再次签订《股权激励协议》，约定：“乙方（尤庆一）购买 5 万份股权，购买款项为人民币 5 万元”，该协议约定的其他事项同上述双方于 2014 年 12 月 31 日签订的《股权激励协议》。尤庆一与今日特价公司亦分别在协议尾部乙方及甲方处签字盖章予以确认。后尤庆一依约向今日特价公司再次支付了 50000 元股权认购款，今日特价公司亦出具了 50000 元盖有公司财务专用章的收款收据。

两份协议签订至今，今日特价公司向尤庆一退还了 20000 元认购款并支付 100000 元款项的利息至 2017 年 12 月 31 日以及支付 50000 元款项的利息至 2017 年 3 月 8 日。

本院认为，依法成立的合同，自成立时生效。当事人应当按照约定全面履行自己的义务，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。需要说明的是，IPO 的英文全称为 Initial Public Offerings，简称 IPO，中文名称为首次公开募股，是指一家企业或股份有限公司第一次将它的股份向公众出售首次公开发行，指股份公司首次向社会公众公开招股的发行方式。有限责任公司在申请 IPO 之前，应先变更为股份有限公司。本案中，尤庆一与今日特价公司于 2014 年 12 月 31 日、2015 年 5 月 8 日签订《股权激励协议》后，尤庆一已按约向今日特价公司支付了股权投资款共计 150000 元，但今日特价公司在公司 IPO 前未给付尤庆一投资收益，且在公司三年内无法 IPO 后也没有按照约定回购尤庆一所购股权。其次，今日特价公司至今仍未变更为股份有限公司？<https://www.baiketv.com/doc/3120738-3289213.html> t”_blank?。尤庆一缴纳扩股增资认购款后今日特价公司亦一直没有将尤庆一作为公司股东，未将尤庆一

记载于股东名册和工商登记档案，导致尤庆一不能行使股东的相关权益，尤庆一缴纳扩股增资认购款后的合同目的无法实现，故今日特价公司的行为已构成根本性违约，现尤庆一向本院起诉要求今日特价公司偿还剩余的投资款，表明尤庆一选择解除合同，因此，尤庆一要求今日特价公司偿还剩余投资款 130000 元，于法有据，应予以支持。今日特价公司未履行上述义务，已构成违约，鉴于今日特价公司已向尤庆一支付 100000 元款项的利息至 2017 年 12 月 31 日、50000 元款项的利息至 2017 年 3 月 8 日，故对尤庆一主张今日特价公司应以 50000 元为本金基数按月利率 1%向其支付自 2017 年 3 月 9 日起至 2017 年 12 月 31 日止的利息 4866.67 元，并以 130000 元为本金基数按月利率 1%向其支付自 2018 年 1 月 1 日起至款项还清之日止的利息，合法有据，本院亦予以支持。

今日特价公司经本院合法传唤，未到庭参加诉讼，本院依法予以缺席判决。

综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第四十四条、第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定，判决如下：

被告福建今日特价网络有限公司应于本判决生效之日起十日内偿还原告尤庆一股权认购款 130000 元及利息（利息以 50000 元为本金基数，自 2017 年 3 月 9 日起按月利率 1%的标准计算至 2017 年 12 月 31 日为 4866.67 元；以 130000 元为本金基数，自 2018 年 1 月 1 日起按月利率 1%的标准计算至款项还清之日止）。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 3155.07 元，减半收取计 1577.54 元，由被告福建今日特价网络有限公司负担。

被告福建今日特价网络有限公司负担的案件受理费 1577.54 元，应于本判决生效之日起七日内向本院交纳，拒不交纳的，本院将依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百零七条规定强制执行。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人或代表人的人数提出副本，上诉于福建省福州市中级人民法院。

审判员 李心

二〇一八年十二月十八日

书记员 余虹

游爱国与上海纳印投资管理有限公司、周健公司决议效力 确认纠纷一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院
民事判决书

(2014)浦民二(商)初字第 3128 号

原告游爱国。

委托代理人殷晚秋，上海市公民律师事务所律师。

委托代理人张瑜平，上海市公民律师事务所律师。

被告上海纳印投资管理有限公司。

法定代表人游爱国。

委托代理人葛健。

委托代理人游爱军。

被告周健。

委托代理人罗建新。

原告游爱国诉被告上海纳印投资管理有限公司(以下简称纳印公司)、周健公司决议效力确认纠纷一案,本院依法适用简易程序,于 2014 年 9 月 25 日、10 月 14 日公开开庭进行了审理。原告委托代理人殷晚秋(参加第二次庭审)、张瑜平,被告纳印公司委托代理人葛健、游爱军,被告周健及其委托代理人罗建新到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告游爱国诉称:被告周健原系上海纳尔数码喷印材料股份有限公司(以下简称纳尔公司)的员工,职务为部门经理。2010 年 5 月,纳尔公司的部分员工即中层以上管理人员投资设立了被告纳印公司,被告纳印公司的注册资本为人民币 330 万元,被告周健作为股东之一在被告纳印公司的出资额为 10.50 万元,占注册资本的 3.18%。根据被告纳印公司的章程及股权管理办法的规定,股东离职后必须将其持有的被告纳印公司股权转让给其他股东或股东会决议指定的受让人员;转让价格按照原始认购价格并加算 8%年利率(不计复利,并扣除历年分红部分)计算。2013 年 6 月,被告周健向纳尔公司提出离职申请,2013 年 7 月 13 日,被告周健与纳尔公司的劳动合同关系正式解除。根据上述被告纳印公司的章程和股权管理办法的有关规定,被告周健应将所持的股权转让给股东会决议指定的受让人员。为此,被告纳印公司于 2014 年 7 月 8 日书面通知被告周健,就其股权转让事宜请其于 2014 年 7 月 22 日至纳尔公司参加股东会会议,就其股权转让之事宜进行讨论和表决,被告周健如期参加了股东会会议。现经被告纳印公司 2014 年 7 月 22 日股东投票表决,以总股数的 96.82%同意,3.18%不同意(系被告周健本人股权),通过会议决议。决议同意,被告周健的 10.80 万元股权以每元出资折价 1.16 元、转让价款总计 121,692 元的价格转让给原告。股东会决议符合公司法、公司章程及股权管理办法相关规定。鉴于此,原告书面通知要求被告周健根据股东会决议与原告签订股权转让协议,于 7 月 31 日前配合原告和被告纳印公司办理工商变更登记备案的相关手续,但被告周健至今没有履行。综上,原告诉请判令:1、确认 2014 年 7 月 22 日的被告纳印公司临时股东会决议有效;2、确认被告周健持有的被告纳印公司 3.18%的股权归原告所有,被告纳印公司为原告办理相应的工商变更登记手续,被告周健予以配合,原告向被告周健支付股权转让款 121,692 元。

被告纳印公司辩称:同意原告的诉请,希望法院依法处理。

被告周健辩称:原告系纳尔公司的董事长及总经理,被告则系纳尔公司的员工。2008 年 10 月入职,职务为品质管理部的部门经理,2013 年 1 月被原告强制调到市场营销部,于 2013 年 7 月 20 日被迫离职。2014 年 7 月 22 日召开的股东会是被告纳印公司的第一次采用表决

票，被告周健也是第一次行使投票的权利，但股东会投票结果却被原告意志操纵，基于其在纳尔公司内的绝对地位，让所有任职于纳尔公司的被告纳印公司的股东不敢提出任何异议，造成只有被告周健一人反对，其他人都同意的结果。2014 年 7 月 22 日的股东会决议应属无效。该决议强制被告周健以强制的价格转让给原告，限制了股东自由转让股权的权利；作为股权转让依据的被告纳印公司的章程与股权管理办法关于强制转让股权的相关条款均无效，且相互矛盾。即使要转让股权，也应当以第三方中立机构评估确定的公允价格予以转让。2013 年 6 月 4 日，纳尔公司增资到 7,500 万元，根据被告纳印公司占纳尔公司 3.37% 股份，而被告周健占被告纳印公司 3.18% 股份，被告已间接持有纳尔公司股票 80,375 股，按照纳尔公司 2014 年 6 月 13 日上报到证监会的《招股说明书》，2013 年底每股净资产 2.87 元，2013 年每股收益 0.53 元。故系争股东会决议要求转让的价格根本不属于公允的市场价格。综上，原告的诉请，缺乏事实和法律依据，请求法院依法予以驳回。

经审理查明：被告纳印公司系于 2010 年 18 日成立的有限责任公司，注册资本 330 万元，原告与被告周健均系被告纳印公司的股东，其中，被告周健持有被告纳印公司 3.18% 的股权（出资额 10.50 万元，实际出资时间 2010 年 5 月）。

2010 年 5 月 13 日，《上海纳印投资管理有限公司章程》制定形成，全体股东（包括被告周健）签字确认。该章程的第 7.01 条规定，公司股东会制定公司《股权管理办法》；《股权管理办法》是公司股权转让、股权管理的基本规章制度，对全体股东具有约束力。第 7.03 条规定，股东离职后或其要求转让股权的，应当按照其持有的股权上一年度末的对应净资产值（按照权益法计算）将公司股权转让给股东会决议指定的受让人员。后被告纳印公司章程进行修订，但上述条款内容未作变动。

2010 年 5 月 15 日，《上海纳印投资管理有限公司股权管理办法》制定形成，全体股东（包括被告周健）签字确认。上述办法载明：被告纳印公司系由纳尔公司部分高级管理人员、核心技术人员、中层管理人员等出资设立的有限责任公司，注册资本 330 万元。公司设立的目的和主要的职能是：持有纳尔公司的股权，通过管理持有的纳尔公司的股权，实现对纳尔公司相关人员的中长期股权激励。自本办法生效之日起至纳尔公司首次公开发行的股票上市之日起 12 个月内，激励对象若发生因主动与纳尔公司解除劳动合同的……若激励对象的认购时间超过半年的，在按季度进行折算，不满一个季度不计的基础上，激励对象承诺按照原始认购股权价格并加算 8% 年利率（不计复利，并扣除历年分红部分）将其持有的全部公司的股权转让给公司股东会认可的其他股东或第三人，激励对象作为公司股东的一切权利终止。上述办法后于 2012 年作修订，但上述条款内容未作变动。

2008 年 10 月，被告周健入职纳尔公司。2013 年 6 月 20 日，被告周健申请离职，同年 7 月 13 日解除与纳尔公司的劳动合同关系。被告周健分别自被告纳印公司取得 2011 年、2012 年的股东分红（税后）6,554.71 元、10,353.59 元，共计 16,908.30 元。

2014 年 7 月 8 日，被告纳印公司发出临时股东会会议通知，内容：被告纳印公司临时股东会会议由公司执行董事即原告提议并召集，定于 2014 年 7 月 22 日在公司会议室召开。本次会议将就公司股东即被告周健离职后，按照公司章程及股权管理办法的规定转让其所持公司股权等事宜作讨论和表决。

2014 年 7 月 22 日，被告纳印公司股东会会议如期召开，并形成“上海纳印投资管理有限公司临时股东会决议”一份，决议内容：因原股东即被告周健已辞职，故根据公司章程和股权管理办法的有关规定，同意将被告周健所持有的本公司 3.18% 的股权（原出资额 10.50 万元）以 121,692 元的价格转让给股东即原告，其他股东放弃优先购买权。因公司股东发生变动，同意对公司章程的相关条款予以修订。公司应于股东发生变动之日起 30 日内，向登记机关申请变更登记，等等。表决结果，同意的占总股数的 96.82%，不同意的占总股数的 3.18%。除了被告周健，被告纳印公司的其余股东自行或委托其他到会股东在决议上签字确认。

2014 年 7 月 24 日，被告纳印公司向被告周健发出《股权转让手续办理通知》一份，要求被告周健于 2014 年 7 月 31 日前来被告公司配合办理与股权变更登记相关的工商变更登记手续和备案手续。被告周健至今未予配合办理。

另查明：被告纳印公司在工商部门备案的 2012 年度的会计报表显示，被告纳印公司于 2012 年 12 月 31 日的所有者权益（或股东权益）合计 3,382,385.17 元。

以上事实，由原告提交的被告纳印公司章程及修订案、验资报告及附件、2010 年和 2012 年的股权管理办法、员工离职申请表、离职交接情况表、工作移交清单、外来人员退工备案信息、临时股东会会议通知及快递单证、临时股东会会议出席人员签到表、临时股东会决议、临时股东大会表决票、股权转让手续办理通知及快递单据、委托函、被告纳印公司在工商部门备案的 2012 年度会计报表为证。经质证，被告纳印公司对原告提交的所有证据的真实性均无异议；除了章程、委托函、2010 年的股权管理办法，被告周健对原告提交的其他证据的真实性均无异议。被告周健表示，其没有看到章程前几页的内容，对委托函的真实性无法确认，其确实在 2010 年的股权管理办法的签字页签名，但没有看到前几页的内容。本院认为，原告均已提交了证据原件，而被告的解释缺乏事实依据，上述证据均可予以采信。

本院认为，本案具有一定的特殊性，被告纳印公司就股权转让事宜，已事先通过公司股权管理办法、公司章程的方式作出相关规定。系争股东会决议正是基于该前提而形成。就整个案件的处理而言，系争股东会决议是否有效，亦从根本上决定了原告的全部诉请可否得以支持。系争股东会，在召集程序、表决方式上未见违反法律、行政法规或者公司章程的情形，须重点审查的是系争股东会决议是否存在决议内容违反法律、行政法规无效的情形。

根据既已查明的事实，被告纳印公司的股权管理办法、公司章程均对股权转让事宜作出规定。前者规定，激励对象承诺按照原始认购股权价格并加算 8% 年利率（不计复利，并扣除历年分红部分）将其持有的全部公司的股权转让给公司股东会认可的其他股东或第三人。后者则既规定公司股东会制定的《股权管理办法》是公司股权转让、股权管理的基本规章制度，对全体股东具有约束力；又规定股东离职或其要求转让股权的，应当按照其持有的股权上一年度末的对应净资产值（按照权益法计算）将公司股权转让给股东会决议指定的受让人员。在审理中，原告表示，其主张受让被告股权的价格是按照股权管理办法规定的方式计算所得，即转让价格为 $10.50 \text{ 万元} (\text{原始认购股权}) \times (1 + 0.08 \times 4) - 16,908.30 \text{ 元} (2011 \text{ 年和 } 2012 \text{ 年的分红}) \approx 121,692 \text{ 元}$ 。被告周健则表示，无论按照股权管理办法还是章程计算所得的价格都有失公允，应通过中立第三方评估的价格来确定转让价格。本院认为，第一，从被告纳印公司设立的目的和功能来看，是要实现对纳尔公司相关人员的中长期股权激励，被告周健是否在纳尔公司任职与其是否能继续持有纳印公司股权密切相关。第二，被告纳印公司的股权管理办法、公司章程均系经全体股东签字确认通过，具体股权转让办法是全体股东的意志，故对全体股东均具有约束力，现被告周健已从纳尔公司离职，即已发生股权转让的事由，被告周健应根据股东会的决议作股权转让，不存在强制被告周健转让股权的问题。第三，从形成时间来看，股权管理办法形成在后（即 2010 年 5 月 15 日），公司章程形成在前（即 2010 年 5 月 13 日），在两者发生冲突时，应以形成在后的股权管理办法来确定股权转让价格。第四，根据被告纳印公司在工商部门备案的 2012 年度资产负债表，被告周健离职上一年度末即 2012 年末的净资产为 3,382,385.17 元，按照公司章程计算所得的转让价格为 $3,382,385.17 \text{ 元} \times 3.18\% = 107,559.85 \text{ 元}$ ，该价格低于根据股权管理办法计算得出的转让价格 121,692 元。从该角度而言，系争股东会决议确定以股权管理办法计算得出的转让价格 121,692 元将被告周健持有的 3.18% 股权转让给原告，并无不当。被告所称的以第三方评估的公允价格来转让股权，缺乏依据，本院不予采信。

综上，系争股东会决议不存在决议内容违反法律、行政法规无效的情形，应属有效。结合股权管理办法对被告纳印公司全体股东具有约束力该事实，原告与被告周健均应根据系争股东

会决议来履行各自的权利义务。而被告周健至今未作相应履行，现原告要求确认被告周健持有的被告纳印公司的 3.18%的股权归原告所有，原告据此向被告周健支付相应的股权转让价格，而两被告办理相应的工商变更登记，并无不当。

综上，根据《中华人民共和国公司法》第二十二条第一款、第三十二条第三款的规定，判决如下：

- 一、确认 2014 年 7 月 22 日形成的“上海纳印投资管理有限公司临时股东会决议”有效；
- 二、被告周健持有的被告上海纳印投资管理有限公司的 3.18%的股权归原告游爱国所有；
- 三、原告游爱国于本判决生效之日起十日内支付被告周健股权转让款 121,692 元；
- 四、被告上海纳印投资管理有限公司于本判决生效之日起十日内就上述第二项判决内容办理相应的工商变更登记手续，被告周健予以配合。

负有金钱给付义务的当事人如未能按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 2,733 元，减半收取计 1,366.50 元，由被告上海纳印投资管理有限公司负担 40 元，被告周健负担 1,326.50 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

代理审判员 张高峰

二〇一四年十月二十八日

书记员 李琳

袁小明与何关金合同纠纷一审民事判决书

嘉善县人民法院

民事判决书

(2016)浙 0421 民初 1959 号

原告：袁小明。

委托代理人：汪志辉，浙江裕丰律师事务所律师。

被告：何关金。

委托代理人：朱泳，浙江东方正大律师事务所律师。

原告袁小明与被告何关金合同纠纷一案，原告于 2016 年 5 月 23 日向本院起诉，本院于同日受理后，依法由代理审判员王洁琼独任审判，于 2016 年 7 月 4 日公开开庭进行了审理。原告袁小明委托代理人汪志辉，被告何关金委托代理人朱泳均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。原告袁小明起诉称：原告与被告于 2011 年 5 月签订《委托投资管理协议》，约定原告将 1000 万元人民币委托被告以每股 3 元的价格投资营口晶晶光电科技有限公司（以下简称晶晶光电）333.33 万股股权，并由被告代持该等股权直至晶晶光电首次公开发行上市（包括限售期），如晶晶光电未能上市，则委托代持期限至 2013 年 12 月 31 日，并由被告负责在一个月落实退还投资本金及确保的每年 10%投资收益；原告按投资额的 3%向被告支付管理费，如晶晶光电上市则股权变现后所获投资收益的 20%作为被告的佣金，税费各自承担。为此，原告按约向被告交付了 1000 万元投资款，并支付了 30 万元的管理费。因晶晶光电未能公开发行上市，按照《委托投资管理协议》之约定，被告应于 2014 年 1 月 31 日前退还原告投资本金 1000 万元并支付每年 10%的投资收益。但截至今日，被告先后共仅返还 8325000 元（包括通过关联公司结算余额冲抵），余款经原告多次催讨均未支付。为此，原告特向贵院提起诉讼，望判如所请，后原告当庭变更诉讼请求：1、请求判令被告何关金返还原告投资款及投资管理费 1975000 元，支付投资收益 125000 元，并自 2014 年 9 月 1 日起至实际支付之日止，以上述 2100000 元为基数，按银行同期贷款利率的 1.5 倍支付逾期付款违约金；2、本案诉讼费由被告承担。

被告何关金答辩称：第一，诉讼主体不符合，本案被告应当为嘉兴金达汇股权投资合伙企业（有限合伙）；第二，就原告诉请的投资余额为 1675000 元没有异议；第三，根据双方以及案外人签订的会议纪要表明，一致同意仅退回投资款本金不计投资收益。

原告为证明其主张，提供以下证据证明：

- 1、原、被告的身份证复印件各一份，证明原、被告诉讼主体资格；
- 2、《委托投资管理协议》原件一份，证明原、被告于 2011 年 5 月签订该协议，约定原告将 1000 万元人民币委托被告以每股 3 元的价格投资营口晶晶光电科技有限公司 333.33 万股股权，并由被告持该等股权直至晶晶光电首次公开发行上市（包括限售期），如晶晶光电未能上市，则委托代持期限至 2013 年 12 月 31 日，并由被告负责在一个月落实退还投资本金及确保的每年 10%投资收益的事实；
- 3、2011 年 5 月 18 日个人本票申请回单原件一份，证明原告向被告交付 1000 万元投资款的事实；
- 4、交易流水打印件一份，证明原告向被告交付 30 万元管理费，其中的 75000 元是另外一笔投资的管理费的事实。
- 5、银行承兑汇票复印件二份，磐安县汉威建材有限公司与嘉善汇丰贸易有限公司、史旭燕资金往来明细及相应凭证复印件七页，中国农业银行银行卡活期子账户交易明细原件一份，证明被告还款的情况，总共还款金额是 8325000 元的事实；

6、营口晶晶光电科技有限公司工商登记信息复印件一份，证明晶晶光电科技有限公司至今仍为非上市公司，且被告已不是该公司的股东的事实。

被告为证明其主张，提供以下证据证明：

1、营业执照复印件一份，证明嘉兴金达汇股权投资合伙企业（有限合伙）的执行事务合伙人為何关金，本案涉及的向晶晶光电的股权投资也是以嘉兴金达汇股权投资合伙企业来投资的，所以本案被告是代表嘉兴金达汇股权投资合伙企业来与被告签订协议的，本案的诉讼主体应当是嘉兴金达汇股权投资合伙企业的事实；

2、（2013）浙嘉商初字第 23 号民事调解书复印件一份，证明与本案关联的投资款是 13000 万元，是由嘉兴金达汇股权投资合伙企业通过诉讼达成的一个调解书，调解书第一条约定案外人回购股权是 13000 万元，及利息 500 万元，按照条款最终付清的时间是 2016 年 12 月 20 日，所以被告还未收到全部款项，说明被告支付给原告的款项是垫付的事实；

3、会议纪要原件一份，证明 2014 年 1 月 16 日原告、被告以及案外投资人就金达汇股权投资到晶晶光电公司的 16000 万元的收款情况及诉讼情况进行了确认，以及全体投资人一致同意金达汇投资合伙企业退回各投资人的投资本金不计晶晶光电投资的回报（民事调解书约定的 500 万利息除外）；同时，也证明本案因向原告退回投资款的主体应是金达汇合伙企业。

经庭审举证、质证，本院认证如下：

对于原告袁小明提供的证据 1、2、3、4、5、6，被告何关金均无异议，且该证据符合其形式及实质要件，本院予以认定。被告何关金对原告变更前诉讼请求中的第一项“判令被告返还原告投资款余额 167.5 万元，并支付投资收益 3161580 元”中的投资收益有异议，认为按照被告提供的会议纪要约定投资人放弃该收益，对此，原告当庭变更诉讼请求第一项，变更后的诉讼请求为“1、请求判令被告何关金返还原告投资款及投资管理费 1975000 元，支付投资收益 125000 元，并自 2014 年 9 月 1 日起至实际支付之日止，以上述 2100000 元为基数，按银行同期贷款利率的 1.5 倍支付逾期付款违约金；2、本案诉讼费由被告承担。”

对被告何关金提供的证据 1，原告对真实性无异议，但对关联性有异议，认为本案原告起诉的对象是协议签订的相对人即被告，投资人也是被告。本院认为该证据符合形式及实质要件，本院予以认定。原、被告对诉讼主体的争议，本院将在说理部分进行阐述。

对被告何关金提供的证据 2，原告对真实性无异议，但对关联性有异议，认为民事调解书与本案缺乏关联性，原、被告之间的权利义务是按照双方之间的协议约定来执行的，金达汇合伙企业以晶晶光电等之间的调解书不影响原、被告之间的权利义务，而且调解书本身也看不出有垫付的事实。本院认为该份民事调解书中协商确定的股权转让款与本案所涉款项有关联，且尽管为复印件，但原告对其真实性并无异议，该证据符合形式及实质要件，本院予以认定。

对被告何关金提供的证据 3，原告对证据的真实性无异议，但对退还主体系金汇达公司有异议，认为被告在该会议纪要出来后并未按会议纪要的规定履行返还投资款的义务，因此，我方认为应当按照原投资协议履行，退一步讲，即使按照会议纪要的规定，被告未在 2014 年 8 月 31 日前返还投资款，也应承担相应的逾期付款责任。本院认为，该证据符合形式及实质要件，本院予以认定。原、被告对诉讼主体的争议以及逾期付款责任，本院将在说理部分进行阐述。

本案的争议焦点在于本案被告何关金是否为适格诉讼主体。

原告袁小明认为：何关金是与原告签订协议的受托方，也是投资款及投资管理费的实际收款人，其是承担款项返还义务的责任主体，因此，其为本案适格被告，会议纪要并未表述金达汇为原告投资款返还的主体，相反，也是确定何关金为投资款返还主体。

被告何关金认为：一、嘉兴金达汇股权投资合伙企业（有限合伙）的执行事务合伙人為何关金，本案涉及向晶晶光电的股权投资也是以嘉兴金达汇股权投资合伙企业来投资的，所以本

案被告是代表嘉兴金达汇股权投资合伙企业来与被告签订协议的，本案的诉讼主体应当是嘉兴金达汇股权投资合伙企业；二、会议纪要的第二页写明由执行合伙人何关金代为退款，所以被告是一个职务行为，整个与本案相关联的各投资人均是由金达汇代为投资的，并非是何关金本人投资的，其是代表金达汇企业，系职务行为。

本院认为，委托投资管理协议中明确表明受托方为何关金，受托方项下还打印有何关金个人的身份证号码信息，何关金本人也在委托投资管理协议的每页下方及最后一页乙方处签字确认，且涉及本案的相应投资款项也打入何关金个人账户。尽管涉及向案外人晶晶光电的股权投资是以嘉兴金达汇股权投资合伙企业作为投资人进行的，但是无法推论出本案原告袁小明实际是与案外人嘉兴金达汇股权投资合伙企业进行委托投资管理的事实。同时，会议纪要中表述“…余下 50% 的投资本金在 2014 年 8 月 31 日前由执行合伙人何关金代为退回。”因此，原告方以何关金作为诉讼对象提起诉讼，并无不当。

本院认为，原、被告之间委托投资管理协议依法成立，并约定如营口晶晶光电科技有限公司未能挂牌上市，被告负责落实原告的投资本金返还，现因被告未返还投资本金引起本案纠纷，被告应承担相应的民事责任。故原告起诉要求被告返还原告投资款、投资管理费及投资收益合计 2100000 元的请求，符合法律规定，且有委托投资管理协议、会议纪要和当事人的陈述等证据予以证实，本院予以支持。《合同法》第四百零六条规定“有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失”，《最高人民法院关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》中“对于合同当事人没有约定逾期付款违约金标准的，人民法院可以参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算逾期付款违约金。”因被告未按照会议纪要约定怠于返还投资款项，因此原告诉请要求被告支付逾期付款违约金，本院酌情予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第四百零六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决如下：

一、被告何关金应返还原告袁小明投资款、投资管理费、投资收益合计 2100000 元，于本判决生效之日起五日内支付；

二、被告何关金应支付原告袁小明逾期付款违约金（以投资款 1675000 元为基数，按照同期银行贷款利率 1.5 倍计算自 2014 年 9 月 1 日计算至判决确定履行之日止），于本判决生效之日起五日内支付。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 19875 元，减半收取 9938 元，由被告何关金承担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省嘉兴市中级人民法院。

代理审判员 王洁琼

二〇一六年七月二十二日

书记员 李琴

袁小明与嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）合同纠纷一案一审民事判决书

嘉兴市南湖区人民法院
民事判决书

（2016）浙 0402 民初 5122 号

原告：袁小明，男，1967 年 9 月 1 日出生，汉族，住嘉善县。

委托代理人：汪志辉，浙江裕丰律师事务所律师。

被告：嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙），住所地：嘉兴市吉杨路 68 号 14 幢 2 楼 202 室，统一社会信用代码：91330402580376855A。

负责人：薛勇，执行事务合伙人。

委托代理人：王健民、班莹，浙江潮乡律师事务所律师。

原告袁小明因与被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）（以下简称鑫盛汇）合同纠纷一案，向本院提起诉讼，本院于 2016 年 9 月 2 日立案受理后，依法组成合议庭，并于 2016 年 11 月 8 日、12 月 27 日公开开庭进行了审理。原告委托代理人汪志辉、被告委托代理人王健民、班莹两次均到庭参加诉讼，被告鑫盛汇执行事务合伙人薛勇第一次庭审时到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告袁小明起诉称，原告与被告于 2011 年 10 月 21 日签订《投资管理协议》，约定原告将 50 万元人民币委托被告投资杭州永创机械有限公司（现名杭州永创智能设备股份有限公司，以下简称永创公司）股权，并由被告代持该等股权直至永创公司首次公开发行上市（包括限售期），限售期满原告可随时要求被告部分或全部出售代持的永创公司股份，并于变现后一周内扣除相关已约定的佣金后将全部余款转至原告账户；原告按投资额的 3%向被告支付管理费，如永创公司上市则股权变现后所获收益的 32%作为被告的佣金，税费各自承担。为此，原告按约向被告交付了 50 万元投资款，并支付相应管理费。

据悉，被告于 2011 年实际以自己名义出资 1250 万元投资永创公司，取得永创公司 300 万股股份。其中为原告所有的永创公司股份为 12 万股。2015 年 5 月 29 日，永创公司上市，并分别于 2015 年、2016 年两次实施每 10 股转增 10 股，因此，截止目前原告所有的永创公司股份应为 48 万股。而自原告投资以来，应得永创公司累计分红 82825 元。

鉴于被告代持的永创公司股份限售锁定期为自公司上市之日起十二个月，于 2016 年 5 月 30 日起上市流通。原告于 2016 年 5 月书面通知被告，要求被告告知原告拥有的股份数量及累计分红数额，并要求被告于 2016 年 5 月 30 日将原告股份全部出售并将款项与此前分红一并支付原告。但被告并未履行。其后原告亦曾多次催告，并获悉被告已经将部分股份转让，但被告仍未履行支付义务。为此，原告特提起诉讼，请求判令：一、被告鑫盛汇立即向原告支付永创公司股份变现款 5872000 元，历年分红 82825 元；二、鑫盛汇就上述款项自 2016 年 6 月 7 日起按银行同期贷款利率的 1.5 倍支付逾期付款违约金，暂计至 2016 年 8 月 31 日为 58549 元，此后仍以 5954825 元为基数计算至实际支付日止；三、本案诉讼费用由被告承担。

被告鑫盛汇辩称，1、原告的 50 万元投资款对应的股票数额应为 372540 股，而不是 48 万股，具体应以投资管理协议约定和上市公司永创智能披露的相关文件为准计算股份数额，原始股为 93135 股，两次转增后为 372540 股。原告投资 50 万元的实际收益应当先扣除 50 万元本金，扣除合伙企业的所得税 20%，剩余款再计算 32%的佣金。股份变现价格以法院判决为准，如果选取一个平均价格，以每股 15.3 元计算，原告应得 3363694.62 元。2、逾期付款违约金的主张不能成立。本案是由于双方计算所得有差异才产生的，原告要求按投资比例

1048

计算股票数额，被告要求按合同约定的 PE8 倍价格计算股票数额，另外原告仅支付 50 万元的委托投资款项，没有支付管理费用，在双方对原始股份数额没有确认的情况下，原告要求被告履行相应的义务，被告无从履行，也无法按照原告的意思完全履行。

针对自己的主张，原告向本院提供证据如下：

1. 投资管理协议一份，证明原、被告于 2011 年 10 月签订投资管理协议，约定原告将 50 万元委托被告投资永创公司股权，并对投资变现等事项进行了约定。
2. 支付凭证一份，证明原告向被告交付 50 万元投资款。
3. 杭州永创智能设备股份有限公司首次公开发行股票招股说明书（节录），证明被告为永创公司股东，持有 300 万股股份，杭州永创智能设备股份有限公司前身为杭州永创机械有限公司，永创公司 2012 年、2013 年、2014 年度分红情况。
4. 永创公司 2015 年半年度资本公积金转增股本实施公告一份，证明永创公司 2015 年半年度资本公积金转增股本，每 10 股转增 10 股。
5. 永创公司 2015 年度利润分配及资本公积转增股本的实施公告一份，证明永创公司 2015 年度利润分配为每 10 股转增 10 股，每股现金分红 0.065 元。
6. 永创公司首次公开发行限售股上市流通公告一份，证明以被告名义持有的永创公司股份，上市流通日期为 2016 年 5 月 30 日，自永创公司上市后经两次每 10 股转增 10 股，从 300 万股变为 1200 万股。
7. 律师函及寄送凭证各一份，证明原告要求被告告知原告拥有的股份数量及累计分红金额，并要求被告于 2016 年 5 月 30 日将原告股份全部出售并将款项与此前分红一并支付原告。
8. 永创公司股东会决议、验资报告各两份，证明被告于 2011 年 8 月 24 日以自己名义出资 1250 万元，取得永创公司 100 万元出资额，占注册资本的 4%，后以资本公积转增股本方式增加至 300 万元出资额，仍占注册资本的 4%。
9. 股份有限公司变更登记审核表一份，证明杭州永创机械有限公司变更名称为杭州永创智能设备股份有限公司。
10. 律师函、寄送凭证、回函各一份，证明原告继续催促及对方的回函。
11. 照片两份，证明原、被告双方实际上是共同投资永创公司，是按照投资比例来确认股份数额的。

以上证据 1、2、7、10 有原件，证据 3-6 为公开资料，证据 8、9 为工商登记档案资料。

被告鑫盛汇的质证意见：对证据 1 真实性、合法性、关联性没有异议，但协议第 1 条明确约定了原告按永创公司 2011 年 PE8 倍价格购买股权，协议第 4 条约定股权变现后将所获收益税后的 32% 作为佣金；对证据 2 没有异议；对证据 3-6 真实性没有异议；对证据 7 收到律师函没有异议，收到后被告口头通知原告对股票数额进行确认，但双方无法达成一致意见；对证据 8、9 真实性没有异议；对证据 10 真实性没有异议，双方对股份数额存在争议，被告也曾要求原告对股份数量及分红进行确认；对证据 11 真实性没有异议，但对原告就协议外的解说有意见，还是应当按照协议约定的方式计算股票数额。

针对自己的抗辩主张，被告鑫盛汇向本院提供证据如下：

1. 计算清单一份，证明原告投资 50 万元的实际收益，按每股 15.3 元计算。
2. 永创公司首次公开发行股票招股说明书（节录）一份，证明 PE（市盈率）的计算方式为当年度最低净利润除以总股本。
3. 发行保荐书、法律意见书（节录）、公证书各一份，证明 2011 年度永创公司的最低净利润为 50330036.99 元，总股本为 7500 万股。
4. 股票交易清单一组（电子表格打印件），证明股票实际成交价格为平均每股 17.454 元。

原告袁小明的质证意见：证据 1 系被告自行制作的内容，不予认可；对证据 2 真实性、合法性没有异议；对证据 3，经庭后核实，确实情况比较特殊，对真实性没有异议；对证据 4 同意按该价格计算股票收益。

本院认证意见：原告提供的证据，被告对真实性均没有异议且与本案直接相关，符合证据采信要件，本院予以认定。被告提供的证据 1，系被告单方制作的计算清单，原告不认可，本院不予认定；证据 2、3，原告对真实性没有异议，且与本案相关，本院予以认定；证据 4，原告认可被告提供的股票交易价格，本院予以确认。

本院经审理，认定的案件事实如下：2011 年 10 月 21 日，原告（甲方、委托方）与被告（乙方、受托方）鑫盛汇签订《鑫盛汇投资管理协议》一份，载明：甲方委托乙方共同参与投资拟上市永创公司股权，双方经协商达成协议如下：关于委托金额，甲方委托乙方投资管理的资金计人民币 50 万元，将其存入鑫盛汇资金托管专户，并授权乙方在该账户内对永创公司进行股权投资，甲方按拟上市的永创公司 2011 年的 PE=8 倍价格购买股权，并交由乙方代持并管理；委托代持期限自本委托持股协议签订之日起至永创公司在交易所首次公开发行并挂牌上市，若遇上市公司规定有限售时间，则在限售期内仍由乙方代甲方持股，本次委托方明确限售期为一年，限售期满，甲方根据市场状况，可随时要求乙方部分或全部出售其代甲方持有的永创公司股份，并于变现后一周内扣除相关已约定的佣金后将全部余款转至甲方指定个人账户，因出售股份产生的相关法定费用及税费均由甲方承担；关于预期投资收益与结算，乙方代甲方持有的永创公司股权的收益归甲方所有，在永创公司挂牌上市后，乙方代持股期间，若永创公司实施分红送股等，该股权所对应的相关权益归甲方所有，股权变现后将所获投资收益税后的 32% 作为佣金，支付给乙方，税费各自承担；管理费用 3% 在委托投资时一次性收取；并约定了如永创公司不能上市时双方的权利义务等等。被告鑫盛汇已收到该协议项下原告的投资款 50 万元。

2011 年 8 月，被告鑫盛汇对杭州永创机械有限公司投资 1250 万元成为新股东，持股比例为 4%，其中出资额为 300 万元。2011 年 10 月，杭州永创机械有限公司整体变更设立股份公司，并更名为杭州永创智能设备股份有限公司，注册资本 7500 万元，总股本 7500 万股，鑫盛汇持股数量为 300 万股，持股比例为 4%。庭审中双方确认，PE 计算方式为当年度经审计的扣除非经常性损益前后净利润的孰低额除以发行后总股本。2011 年，永创公司经审计的扣除非经常性损益前后较低净利润为 50330036.99 元。2012 年、2013 年、2014 年永创公司共计分红金额为 42015600 元。永创公司于 2015 年 5 月 29 日在上海证券交易所挂牌上市。2015 年 10 月，永创公司实施资本公积金转增股本，每 10 股转增 10 股。2016 年 5 月，永创公司实施资本公积转增股本，每 10 股转增 10 股，每股并派发现金红利 0.065 元（含税）。鑫盛汇持有的永创公司股份限售锁定期为自公司上市之日起的十二个月，于 2016 年 5 月 30 日起上市流通。2016 年 5 月 26 日，原告委托律师向被告发送《律师函》一份，要求被告书面告知原告所持有的永创公司股份数量及累计分红金额，并请被告于 2016 年 5 月 30 日将原告股份全部出售并将款项与此前分红一并支付至原告的农业银行账户。2016 年 6 月 23 日，被告曾要求原告确认其所拥有的股票数量，但双方未达成一致。2016 年 7 月 6 日，原告再次委托律师致函被告，催促告知股票数量及出售付款。2016 年 8 月 11 日，被告委托律师致函原告，要求原告确认其所有的永创公司股票数量及分红并出具授权委托书明确出售股份的时间、数量及结算办法。

被告鑫盛汇以自己名义持有的永创公司股票于 2016 年 6 月至 10 月陆续抛售，总计成交金额 209453418 元，总股本 1200 万股，均价约为 17.454 元。

本院认为，本案系一起委托股权投资产生的合同纠纷，双方对原告委托被告投资永创公司股权没有争议，本案主要争议焦点在于：一、原告委托投资的 50 万元投资款对应的股份数额多少、收益如何计算；二、被告是否应支付逾期付款违约金。

关于争议焦点一，本院认为，双方在投资管理协议中明确约定原告的 50 万元投资款按永创公司 2011 年 PE=8 倍价格购买股权，而不是按被告投资永创公司的款项份额比例来确定股权，因此，原告要求按 48 万股计算没有依据。根据 2011 年永创公司相关的数值，原告投资的原始股权数额应为 $500000 \div (50330036.99 \div 75000000 \times 8) = 93135$ 股。经过永创公司两次资本公积转增股本后，原告所得永创公司股份应为 372540 股。按双方确认的永创公司股票抛售价格计算，原告拥有的永创公司股票变现所得为 $372540 \times 209453418 \div 12000000 = 6502481$ 元。关于投资收益所得税问题，被告未提供证据证明需扣除 20% 所得税，本案中不作扣除。关于佣金问题，虽然协议中约定股权变现后将所获收益税后的 32% 作为佣金，但原告表示在被告承担税前佣金金额对应的税负责任前提下愿意以税前的金额支付佣金，本院予以确认，则原告投资永创公司股权变现所得应为 $6502481 - (6502481 - 500000) \times 32\% = 4581687$ 元。关于分红数额，2012 年至 2014 年，原告应得分红为 $42015600 \div 75000000 \times 93135 = 52175$ 元；2015 年度每股派发现金红利 0.065 元，则原告应得分红为 $0.065 \times 93135 \times 2 = 12108$ 元；以上分红合计 64283 元。被告主张分红应扣除 20% 的税费，但亦未能举证证明，故本案中不予扣除。协议约定投资收益的税费双方各自承担，双方可依约定处理。被告主张分红应计算佣金，也不符合协议约定，本院不予采纳。综上，原告委托被告投资的永创公司股权变现款及分红共计为 4645970 元。因原告未提供证据证明已支付管理费 15000 元，该款项在被告应支付给原告的款项中予以扣除。

关于争议焦点二，因双方在被告持有的永创公司股份解除限售后对原告所有的股份数量及分红数额一直存有争议，无法达成一致，庭审中原告明确要求自起诉之日起计算逾期付款违约金，被告亦无异议，本院予以确认，原告主张按银行同期贷款利率的 1.5 倍计算逾期付款违约金，符合法律规定，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百一十三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决如下：

一、被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）于本判决生效之日起七日内支付原告袁小明投资变现款及分红款共计 4630970 元，并支付逾期付款违约金（按银行同期贷款利率的 1.5 倍自 2016 年 9 月 2 日起计算至实际付清之日）；

二、驳回原告袁小明的其他诉讼请求。

如果被告未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 53894 元，由原告袁小明负担 10046 元，被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）负担 43848 元，于本判决生效后七日内交纳。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省嘉兴市中级人民法院。

审判长 叶利霞 审判员 沈杰 人民陪审员 彭金娣

二〇一七年二月八日

书记员 李丹妮

袁小明与嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业、何关金合同纠纷

一审民事判决书

嘉兴市南湖区人民法院

民事判决书

(2016)浙 0402 民初 5121 号

原告:袁小明,男,1967 年 9 月 1 日出生,汉族,住嘉善县。

委托代理人:汪志辉,浙江裕丰律师事务所律师。

被告:嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业(有限合伙),住所地:嘉兴市吉杨路 68 号 14 幢 2 楼 202 室,统一社会信用代码:91330402580376855A。

被告:何关金,男,1964 年 2 月 13 日出生,汉族,住嘉善县。

上述两被告委托代理人:王健民、班莹,浙江潮乡律师事务所律师。

原告袁小明因与被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业(有限合伙)(以下简称鑫盛汇)、何关金合同纠纷一案,向本院提起诉讼,本院于 2016 年 9 月 2 日立案受理后,依法由审判员叶利霞独任审判,并于 2016 年 10 月 13 日公开开庭进行了审理。原告委托代理人汪志辉、两被告委托代理人王健民、班莹到庭参加诉讼。审理中,被告鑫盛汇申请追加黄金龙、许淑琴、莆田市东南香米业发展有限公司(以下简称东南香米业)、莆田市中宏投资实业有限公司(以下简称中宏投资)为共同被告,本院予以准许。审理中,双方当事人申请 10 天的庭外和解期限。本案现已审理终结。

原告袁小明起诉称,原告与被告于 2011 年 10 月 21 日签订《鑫盛汇投资管理协议》,约定原告将 250 万元人民币委托被告投资管理,由被告按约定价格投资东南香米业股权,并由被告代持该等股权直至东南香米业首次公开发行上市(包括限售期),如东南香米业未能上市,则委托代持期限至 2014 年 12 月 31 日,并由被告负责在一个月内落实退还投资本金及确保的每年 10%投资收益;原告按投资额的 3%向被告支付管理费,如东南香米业上市则股权变现后所获收益的 25%作为被告佣金,税费各自承担。协议签约前,原告已向被告交付了 250 万元投资款,并支付了 7.5 万元管理费。2012 年 4 月 23 日原告又追加委托投资款 150 万元,并支付了 4.5 万元的管理费。

因东南香米业未能公开发行上市,按照协议约定,被告应于 2015 年 1 月 31 日前退还原告投资本金 400 万元并支付每年 10%的投资收益。然虽经原告多次催讨,被告均未履行,严重违背了双方协议之约定。为此,原告特提起诉讼,请求判令:一、被告鑫盛汇、何关金立即向原告返还投资款 400 万元,并支付投资收益 633425 元(自 2015 年 2 月 1 日起暂计至 2016 年 8 月 31 日,此后仍以 400 万元为基数按年利率 10%计算至实际支付之日止);二、本案诉讼费用由被告承担。

被告鑫盛汇辩称,1、原告与被告鑫盛汇之间成立的是委托合同关系。2、原、被告双方签订的协议存在重大漏洞,没有约定东南香米业投资完全失败大股东不愿意回购且不能退还投资款及利息的情况如何处理,在此前提下应当根据法律规定,按委托合同的基本规则来处理,受托事务的结果归属于委托人,因此投资东南香米业完全失败的后果应由委托人袁小明自行承担。3、只有在原、被告双方协商确定回购具体时间且东南香米业大股东归还本金、支付投资收益的情形下,被告鑫盛汇才负有向原告返还本金支付投资收益的履行义务,本案中原告从未向被告要求实施回购,双方对东南香米业股权投资失败的情形也未约定,因此协议中约定的 2014 年 12 月 31 日不适用于确定原、被告之间相关义务的履行期限。综上,被告鑫盛汇接受原告的委托后,以自己名义从事受托事务,由于该委托关系中第三人的原因,即东南香米业及该公司实际控制人黄金龙等拒绝支付回购价款,导致东南香米业股权投资完全失

败，原告可以迳行向东南香米业主张权利，或者继续委托被告鑫盛汇向东南香米业主张权利，被告鑫盛汇无需承担返还投资本金、支付投资收益的民事责任，请求驳回原告袁小明的全部诉讼请求。

被告何关金辩称，1、关于本案的事实确定、法律关系认定与合同漏洞等意见，同意被告鑫盛汇的答辩意见。2、被告何关金并非本案适格被告。在 2011 年 10 月 21 日的投资管理协议中，合同当事人一栏受托方（乙方）一栏第一行是鑫盛汇的全称，下一行是何关金的名字，但紧接何关金名字下面的地址仍然是鑫盛汇的工商注册所在地，何关金是鑫盛汇实际负责人或授权代表，这一点与投资协议的实际履行一致。在实际履行过程中，如原告袁小明第一笔投资款由于鑫盛汇刚刚设立，银行账户尚未准备好，由袁小明汇至何关金个人账户，再由何关金交付给被告鑫盛汇，鑫盛汇出具收款确认函给袁小明，因此，何关金系代表鑫盛汇与原告在投资管理协议中签字，并作为鑫盛汇的授权代表接受原告的履行，何关金不是独立的受托人，不应对投资管理协议项下受托人的义务承担法律责任。2012 年 4 月 28 日的投资管理协议，何关金不是合同当事人，其在协议上的签名仅代表鑫盛汇公司，因此，被告何关金不应承担受托人的法律责任。

针对自己的主张，原告向本院提供证据如下：

1. 2011 年 10 月 21 日《鑫盛汇投资管理协议》一份，证明原、被告签订投资管理协议，约定原告将 250 万元委托被告投资东南香米业股权，并由被告代持该等股权直至东南香米业首次公开发行上市；如东南香米业未能上市，则委托代持期限至 2014 年 12 月 31 日，并由被告负责在一个月内落实退还投资本金及确保的每年 10%投资收益。
2. 支付凭证（交易流水）一份，证明原告向被告交付 250 万元投资款及 7.5 万元管理费。
3. 2012 年 4 月 28 日《鑫盛汇投资管理协议》一份，证明原告又与被告签订协议，增加投资款 150 万元，相关权利义务与前述协议相同。
4. 支付凭证（现金缴款单）一份，证明原告向被告交付 150 万元投资款及 4.5 万元管理费。
5. 东南香米业工商公示信息一份，证明东南香米业至今仍未上市。
6. 律师函一份，证明 2015 年 10 月 13 日，原告委托律师向两被告寄送的律师函，要求两被告按时返还本金及收益。
7. 邮寄单及回执各两份，证明原告已委托律师向两被告发送律师函，两被告已收到。

被告鑫盛汇的质证意见：对证据 1 真实性没有异议，对原告要证明的内容有异议，这份协议的大前提是无论东南香米业是否能上市都能收回本金和收益，这个前提不成立的情况下，并不是被告要对原告承担保证责任，被告只是承诺会妥善处理不能上市以后的事项；证据 2 对收到 250 万元投资款和 7.5 万元管理费没有异议；对证据 3 真实性没有异议，但是对原告证明内容有异议，协议双方没有考虑到不能回购的情况；对证据 4、5、没有异议；对证据 6 因为没有送达的证据，暂不予确认；对证据 7 未予质证。

被告何关金的质证意见：证据 1、3 被告何关金并不是作为受托方签字，而是代表被告鑫盛汇签字，协议仅表明何关金是鑫盛汇授权代表，其他质证意见同被告鑫盛汇。

针对自己的抗辩主张，被告鑫盛汇向本院提供证据如下：

1. 2011 年 8 月 17 日投资协议（5000 万元）一份，证明被告鑫盛汇与黄金龙、许淑琴、中宏投资签订认购东南香米业新增注册资本的协议，约定被告鑫盛汇支付认购款人民币 5000 万元，取得东南香米业 5.51%的股权。
2. 2011 年 10 月 29 日投资协议（1400 万元）一份，证明被告鑫盛汇与黄金龙、许淑琴、中宏投资签订认购东南香米业新增注册资本的投资协议，被告鑫盛汇支付认购款 1400 万元，增持至东南香米业 6.32%的股权。
3. 2012 年股权转让协议（8601.32 万元）一份，证明被告鑫盛汇受让中宏投资持有的东南香米业 7.07%股权，支付股权转让价款 8601.32 万元。

4. 投资款 12001.32 万元支付凭证一组, 证明被告鑫盛汇分别向东南香米业支付 6400 万元、向中宏投资支付 5601.32 万元的事实。

5. 2012 年 11 月 11 日东南香米业股东会会议纪要一份, 证明东南香米业财务状况急剧恶化, 无法维持正常生产经营, 黄金龙将东南香米业资金用于偿还高利贷总额达 8 亿元。

6. 2012 年 11 月 12 日莆田市政府关于东南香米业资金周转有关问题的会议纪要一份, 证明东南香米业因资金周转困难, 由当地政府职能部门、贷款银行及股东召开协调会议。

7. 2015 年 5 月 26 日回购通知一份, 证明被告鑫盛汇已按投资协议的约定, 要求黄金龙、许淑琴、中宏投资、东南香米业履行回购义务, 支付回购本金 12001.32 万元及收益 39705400 元, 该通知由黄金龙本人签收。

原告的质证意见: 对被告提供的证据原告没有看到过, 被告也未向原告披露过这些情况, 原告也不是这些会议纪要的当事方, 所以真实性无法确认, 而且这些材料与本案原、被告之间的诉讼没有关联性。

被告何关金的质证意见: 何关金只是代表鑫盛汇去实施这些活动, 其他没有意见。

被告何关金未提供证据。

本院认证意见: 原告提供的证据 1-5, 两被告对真实性没有异议且与本案直接相关, 符合证据采信要件, 本院予以认定; 证据 6、7, 原告提供了原件, 本院对真实性予以认定。被告鑫盛汇提供的证据 1-7, 系被告与案外人签订的协议等, 真实性无法确认, 即使是真实的, 也与本案缺乏关联性, 本院在本案中不作认定。

本院经审理, 认定的案件事实如下: 2011 年 10 月 21 日, 原告(甲方、委托方)与被告(乙方、受托方)鑫盛汇签订《鑫盛汇投资管理协议》一份, 载明: 鑫盛汇于 2011 年 8 月 22 日在嘉兴市工商局登记注册, 注册投资额为 6250 万元, 其中普通合伙人薛勇出资 500 万元占有 8% 股权, 有限合伙人陶玲燕出资 500 万元占有 8% 股权, 有限合伙人何关金出资 5250 万元占有 84% 股权, 现甲方委托乙方鑫盛汇共同参与投资拟上市东南香米业股权, 双方经协商达成协议如下: 关于委托金额, 甲方委托乙方投资管理的资金计人民币 250 万元, 并授权乙方对东南香米业股权进行投资, 甲方按拟上市的东南香米业 2011 年的 PE=12.5 倍价格购买股权, 并交由乙方代持并管理; 委托代持期限自本委托持股协议签订之日起至东南香米业在交易所首次公开发行并挂牌上市, 若遇上市公司有限售时间, 则在限售期内仍由乙方代持, 如未能上市, 委托代持期限预计到 2014 年 12 月 31 日, 由东南香米业及大股东(实际控制人)回购股权, 但股权回购具体时间由甲乙双方根据实际情况协商后确定, 由东南香米业及大股东(实际控制人)实施股权回购事宜, 并由乙方负责在该期限后一个月内落实退还投资本金及每年 10% 的收益(不计复利); 关于预期投资收益与结算, 再次明确如东南香米业未能挂牌上市, 乙方负责落实甲方的投资本金返还, 并确保每年 10% 的投资收益(不计复利); 关于管理费用及佣金, 该项目管理费用按 3% 一次性收取, 如东南香米业上市, 股权变现后将所获投资收益税后的 25% 作为佣金, 支付给鑫盛汇, 税费各自承担; 关于双方的权利与义务, 乙方拥有对该投资项目管理的决定权, 甲方在协议约定的条件范围内不得干涉乙方的正常操作, 乙方须保证甲方的投资本金及相应投资收益的返还等。该协议首部受托方为鑫盛汇及何关金, 地址为鑫盛汇工商注册地址, 两被告在乙方落款处签字盖章。该协议附件一为鑫盛汇营业执照复印件, 附件二为收款确认函, 鑫盛汇确认收到袁小明投资东南香米业项目投资款人民币 250 万元。被告鑫盛汇已收到该协议项下原告的投资款 250 万元及管理费 7.5 万元。2012 年 4 月 28 日, 原告(委托方、甲方)与被告鑫盛汇(受托方、乙方)又签订《鑫盛汇投资管理协议》一份, 载明甲方委托乙方共同参与第二轮投资东南香米业股权, 委托金额为 150 万元, 按拟上市的东南香米业 2012 年的 PE=7.38 倍价格购买股份, 并交由乙方代持并管理, 其他约定内容同前述 2011 年 10 月 21 日协议。被告何关金在协议首部未列入受托方,

两被告在乙方落款处签字盖章。协议附鑫盛汇营业执照复印件及收款确认函。被告鑫盛汇已收到该协议项下原告的投资款 150 万元及管理费 4.5 万元。

鑫盛汇为东南香米业登记的股东。后东南香米业未上市成功。2015 年 10 月 14 日，原告委托律师向两被告发送《律师函》一份，要求两被告立即返还全部投资款并按约支付投资收益，否则将采取诉讼手段追究被告方的违约责任。

本院认为，关于本案所涉合同的性质，两被告认为系委托合同，但从合同内容来看，既有委托关系，约定了委托管理费用，但同时也约定了预期投资收益的结算及按收益比例提取佣金，因此，本案并非单纯的委托合同关系，案由确定为合同纠纷并无不妥，两被告申请追加东南香米业等为共同被告缺乏相应的依据，原告也不同意，故本院未予准许。本案主要争议焦点在于：一、被告何关金是否为受托人；二、受托人是否应返还原告投资本金及每年 10% 投资收益。

关于争议焦点一，本院认为，虽然 2011 年 10 月 21 日《鑫盛汇投资管理协议》首部将何关金列为受托人，但未写明何关金个人的身份信息，协议也未将何关金的身份证复印件作为附件，同时协议明确“甲方委托乙方鑫盛汇”共同参与投资拟上市东南香米业股权，打入何关金账户的投资款也由鑫盛汇出具收款确认函，联系协议第一部分对鑫盛汇股权结构的记载，两被告认为何关金系作为鑫盛汇代表在协议乙方落款处签字有其依据，本院予以采纳。而 2012 年 4 月 28 日《鑫盛汇投资管理协议》首部未将何关金列为受托人，何关金亦在乙方落款处签字，此处何关金应仅作为鑫盛汇代表签字。故本院确认两份投资管理协议的受托人均均为鑫盛汇，原告认为何关金系受托人缺乏足够的依据，本院不予支持。

关于争议焦点二，原、被告双方在庭审中均确认两份投资管理协议的有效性，主要争议在于东南香米业不能上市时受托人负责落实退还投资本金及每年 10% 的收益（不计复利）的约定如何理解。两被告认为这一约定存在东南香米业及其大股东股份回购的前提条件。本院认为，被告鑫盛汇是一家专业从事股权投资及相关咨询服务的企业，何关金作为最大股东和签订合同的授权代表，也应具备相应的业务素质，双方在投资管理协议中多处约定受托人“负责落实”、“保证”在东南香米业不能上市时退还原告投资本金及每年 10% 的投资收益，该约定未经东南香米业及其大股东的确认，只能是受托人独立对委托人作出的承诺，两被告认为合同未考虑投资完全失败的情形因而约定有重大漏洞，不符合鑫盛汇及何关金的专业背景，本案不予采纳。关于合同约定的双方权利义务是否对等的问题，由于股权投资的特性，被投资公司一旦挂牌上市，投资方存在获得巨大收益的可能，双方约定受托方按收益的 25% 提取佣金，受托方实际上高风险与高收益并存，两被告也未提出合同无效的抗辩，故本院尊重当事人意思自治和市场主体的商业判断，被告鑫盛汇应按协议约定退还原告投资本金及每年 10% 的收益。关于 10% 投资收益，原告要求自 2015 年 2 月 1 日起算，符合合同约定，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决如下：

一、被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）于本判决生效之日起七日内返还原告袁小明投资款 4000000 元，并支付收益（收益按每年 10% 自 2015 年 2 月 1 日起计算至实际付清之日）；

二、驳回原告其他诉讼请求。

如果被告未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费减半收取 21934 元，由被告嘉兴鑫盛汇股权投资合伙企业（有限合伙）负担，于本判决生效后七日内交纳。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数递交上诉状副本，上诉于浙江省嘉兴市中级人民法院。

审判员 叶利霞

二〇一六年十二月十日

书记员 李丹妮

原告郭三胜与被告丁灿阳与公司有关的纠纷一案一审民事判决书

晋江市人民法院
民事判决书

(2017)闽 0582 民初 295 号

原告：郭三胜，男，1972 年 4 月 15 日出生，汉族，住石狮市。

委托诉讼代理人：吴景洪，北京大成（厦门）律师事务所律师。

被告：丁灿阳，男，1969 年 11 月 29 日出生，回族，住晋江市。

原告郭三胜与被告丁灿阳与公司有关的纠纷一案，本院于 2017 年 1 月 11 日立案后，依法适用简易程序公开开庭进行了审理。原告的委托诉讼代理人吴景洪到庭参加诉讼，被告未到庭。本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：1. 解除原、被告之间的委托持股关系，被告将原告委托其代持的 20 万股福建诺奇股份有限公司（对应该公司在香港上市后的内资股为 100 万股）股份归还原告；2. 被告协助办理股份变更登记（过户）给原告。

事实和理由：原、被告于 2013 年 7 月 15 日签订《股权转让暨委托持股协议书》，约定原告受让被告持有的福建诺奇股份有限公司（以下简称诺奇股份）20 万股股权，并委托被告持有。原告依约支付股权转让款 170 万元。根据诺奇股份招股章程及工商登记，当时的总股本（注册资本）为 9000 万元，股份折股价（票面值）为 1 元。2014 年 1 月 9 日，诺奇股份实现香港上市，上市后总股份数为 610794000 股，股票票面值（折股价）为 0.2 元，即香港上市前 1 股对应香港上市后 5 股。原告委托被告代持的股份变更为 100 万内资股（诺奇股份上市后股份分为内资股和 H 股，但两种股份票面值相同并同股同权）。被告出具了确认函确认原告支付股权转让款并委托被告持股和“除非按原告指示或按法律规定、协议约定处分代持股份外，被告对被告名下诺奇公司股份的任何处分行为均为对被告本人股份的处分，被告本人名下剩余的诺奇公司股份优先被认定为替原告代持有股份，原告有权依合同约定要求被告处分标的股份或要求归还代持的标的股份。”

被告未作答辩。

审理中，原告向本院提供下列证据：

1. 股权转让暨委托持股协议书 1 份；
2. 确认函 1 份，证据 1、2 证明原告受让被告 20 万股诺奇股份并委托被告代持；
3. 银行转账记账凭证 3 份，证明原告支付股权转让款 170 万元；
4. 福建诺奇股份有限公司招股说明书 1 份，证明原告委托被告代持 100 万股诺奇股份内资股；
5. 福建诺奇股份有限公司重整计划草案，证明诺奇股份于 2014 年 1 月 9 日在香港上市，上市后总股份为 610794000 股，股票票面值为 0.2 元，即香港上市前 1 股对应香港上市后 5 股，其委托被告代持的 20 万股变更为 100 万内资股；
6. (2015)泉破字第 1—22 号民事裁定书 1 份，证明诺奇股份重整计划已经泉州市中级人民法院裁定通过。

本院认为，被告未到庭参加诉讼，对原告的主张和提供的证据，未提出抗辩和质证意见，视为自动放弃诉讼权利。上述证据，来源合法、内容真实，与本案相关联，具有证明力。

经庭审认证，本院对本案的主要事实认定如下：

2012 年 3 月 25 日，诺奇股份注册资本由 7500 万元增至 9000 万元，总股份数为 9000 万股，每股 1 元。2013 年 4 月 15 日，被告持股占 18.32%，即 1648.8 万股。2014 年 1 月 9 日，

1057

诺奇股份在香港联交所主板上市，首次公开发行境外上市外资股（H 股），每股股票面值为 0.2 元。该次 H 股发行后，诺奇股份的股份总数变更为 610794000 股，总股本金额变更为 122158800 元。其中，公开发行的流通股股票数量为 160794000 股，占公司股份总数的 26.33%（含配发及超额配发股份）即 H 股（可上市交易）；非境外上市股份共 4.5 亿股，占公司股份总数的 73.67%即内资股（不可上市交易）。股票票面值均为每股 0.2 元，即香港上市前 1 股对应香港上市后 5 股。

原、被告于 2013 年 7 月 15 日签订《股权转让暨委托持股协议书》1 份，约定 1. 因诺奇股份拟向香港联交所申请上市，被告将其持有的该公司股份以每股 8.5 元价格转让 20 万股给原告并委托被告持有，转让款 170 万元；2. 公司在香港成功发行 H 股且在法定的锁定期后，被告承诺将根据原告的要求代为出售全部或部分股权或为其办理相应的股权变更手续。

原告于 2013 年 4 月 19 日、7 月 19 日和 7 月 23 日分三次共支付给被告 170 万元转让款。原告委托被告代持的股份由上市前的 20 万股变更为上市后的 100 万内资股。

2016 年 12 月 5 日，原、被告共同确认，除非按原告指示或按法律规定、协议约定处分代持股份外，被告对其名下诺奇股份的股份的任何处分行为均为对被告本人股份的处分，被告本人名下剩余的诺奇股份的股份优先被认定为替原告代持，原告有权依合同约定要求被告处分或归还其代持的股份。

本院认为，原、被告之间的委托持股合同，未违反法律的禁止性规定，认定合法、有效。被告未依约返还原告股份，应承担违约责任。被告经本院合法传唤，无正当理由未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理和判决。依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条、第四百一十条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第二十五条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

一、解除原告郭三胜与被告丁灿阳签订的委托持股合同；

二、被告丁灿阳返还原告郭三胜福建诺奇股份有限公司 100 万股非境外上市股份（内资股）并于判决生效之日起 30 日内协助办理股份变更登记。

本案受理费 11800 元，减半收取计 5900 元，由原告郭三胜负担 1900 元，被告丁灿阳负担 4000 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于泉州市中级人民法院。

审判员 姚志阳

二〇一七年四月十一日

书记员 黄鹤鹤

原告黄春选与被告瑞寰教育投资管理有限公司股权转让纠纷一案的民事判决书

南京市鼓楼区人民法院
民事判决书

(2017)苏 0106 民初 2517 号

原告：黄春选，男，汉族，1973 年 5 月 27 日生。

委托诉讼代理人：王云，江苏明弘律师事务所律师。

委托诉讼代理人：郎云云，江苏明弘律师事务所律师。

被告：瑞寰教育投资管理有限公司，住所地在江苏省南京市鼓楼区渊声巷 17 号。

法定代表人：沈伟莉。

委托诉讼代理人：纪子放，北京颐合中鸿律师事务所律师。

委托诉讼代理人：滑丽蓉，北京颐合中鸿律师事务所律师。

原告黄春选诉被告瑞寰教育投资管理有限公司(以下简称瑞寰投资公司)股权转让纠纷一案，本院于 2017 年 3 月 20 日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告黄春选的委托诉讼代理人王云、郎云云，被告瑞寰投资公司的委托诉讼代理人纪子放、滑丽蓉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告黄春选向本院提出诉讼请求：1、确认 2008 年 8 月 18 日关于原告向被告转让陕西大德教育产业开发有限公司 15%股权的股权转让确认书无效；2、被告向原告返还陕西大德教育产业开发有限公司 15%的股权。3、本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：原告系陕西大德教育产业开发有限公司(以下简称大德教育公司)股东，持有 15%的股权。原告于 2016 年 1 月查询工商资料时得知，其上述股权以 225 万元价格转让给被告，但其并未与原告签订股权转让确认书，亦未收到原告支付的股权转让款，故原告应向其返还上述股权。

被告瑞寰投资公司辩称：原告实际上是为了实现其另外的目的而提起本案诉讼。1、股权转让书上明确记载原告同意将股权转让给被告，该转让书是工商机关的程序性文件，转让应有效。如果原告要求确认其无效，应当向工商机关主张申请或者请求工商机关撤销，被告不是本案的适格被告。2、原告主张被告和第三人黄藤恶意串通，股权转让确认书是根据股东会决议签署的，原告如以此起诉，就应当追加黄藤为被告。3、该股权转让确认书为程序性文件，股东往往会委托他人办理转让事宜，代签情况也是实际存在的。在本案中该文件可以明确看出，工商机关核对了原告的身份证原件，原告作为有独立行为能力的民事主体，应认定原告对该股权转让确认书是认可的。4、从原告在大德教育公司的任职情况可以看出其在后来才知道股权转让事情是不真实的。2008 年 8 月 18 日股权转让当日，大德教育公司选取原告作为董事，同日被告履行投资义务，向大德教育公司增资，原告作为董事不知情是不现实的。5、被告成为大德教育公司股东之后，向原告收购了其持有的江苏大德的股权，原告本人作为江苏大德的监事办理了江苏大德的股权转让情况。综上所述，原告对于自己的 15%股权转让是完全知情的，请求法庭驳回原告的诉讼请求。

本院经审理认定事实如下：大德教育公司于 1999 年 9 月 20 日登记成立。原股东有黄藤、黄普选、黄春选，其中黄藤与黄春选系叔侄关系。2008 年 8 月 18 日，加盖有大德教育公司、瑞寰投资公司印章，以及“黄春选”签名字样、印章和身份证的《股权转让确认书》交由工商部门进行了变更股东登记，该确认书上注明：经大德教育公司第 20 次股东会决定，同意黄春选将在公司拥有的 15%的股权 225 万元转让给瑞寰投资公司，以上转让真实有效。

另查明，2008 年 5 月 28 日，瑞寰投资公司作为投资方与黄藤等签订投资协议一份，约定：瑞寰投资公司向黄藤所控制并管理的西安外事学院等 3 所学校投资；各方还对投资金额、出

资比例、股权转让、投资方知情权、首次公开发行及赎回权、违约责任等权利义务进行了约定。2008年8月8日，瑞寰投资公司向大德教育公司转账47242403元，用途为增资；同年8月11日，黄藤向瑞寰投资公司发出付款通知书一份，要求瑞寰投资公司向其指定的账户支付1000万美元，其中包括股权转让款225万元人民币；同年8月18日，瑞寰投资公司向大德教育公司转账1亿元，用途为增资；同年8月25日，瑞寰投资公司又向大德教育公司转账1亿元。2008年9月9日，陕西华天会计师事务所有限责任公司向大德教育公司出具验资报告（陕华天验字2008第468号）及验资事项说明一份，主要内容为：其接受大德教育公司委托，审验了大德教育公司截至2008年8月26日止新增注册资本及实收资本情况；大德教育公司变更前注册资本为1500万元，实收资本1500万元，根据公司股东会决议和修改后章程的规定，大德教育公司申请股权转让和增加注册资本，其中：由变更前股东黄春选将出资额225万元转让给新股东瑞寰投资公司；公司增加注册资本5800万元，由新股东瑞寰投资公司于2008年8月26日之前一次缴足，变更后的注册资本为7300万元；经审验，截至2008年8月26日，大德教育公司已收到瑞寰投资公司缴纳的货币出资5800万元；大德教育公司变更前股东为黄藤、黄普选、黄春选，变更后股东为黄藤、瑞寰投资公司、黄普选。2009年5月15日，瑞寰投资公司向大德教育公司汇款5000万元，同年5月17日，陕西中庆会计师事务所有限责任公司对瑞寰投资公司上述出资向大德教育公司出具验资报告。2013年11月23日，瑞寰投资公司（乙方）与黄藤等（甲方）签订框架协议一份，约定：鉴于2008年5月28日瑞寰投资公司与黄藤等签订了投资协议，瑞寰投资公司在全额支付了投资款项后，注册登记为持有大德教育公司45%股权的股东；甲乙双方经友好协商，由鱼化龙集团及大德房地产共同购买瑞寰投资公司45%股权，股权对价为168632000元，等。2015年6月15日，瑞寰投资公司作为申请人以黄藤、大德教育公司等为被申请人，根据2008年5月28日签订的投资协议中的仲裁条款向中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称国贸仲裁委）提交仲裁申请书，国贸仲裁委于同年7月7日通知受理。2016年1月26日，黄藤等以黄春选向人民法院提起诉讼要求确认其与瑞寰投资公司之间的股权转让协议无效等为由，书面申请国贸仲裁委中止审理。

还查明，2008年8月18日，大德教育公司形成第20次股东会决议：由股东黄藤、黄普选、黄春选参加，同意黄春选将其持有的公司15%的股权（225万元）转让给瑞寰投资公司，等；落款有黄藤、黄普选、黄春选的签名字样和印章。同日，大德教育公司又形成第21次股东会决议：由股东黄藤、黄普选、瑞寰投资公司参加，同意由黄藤、黄普选、瑞寰投资公司组成新一届股东会；同意选举黄藤、黄普选、黄春选等为董事会成员，等；落款有黄藤、黄普选、瑞寰投资公司的签名字样和印章。2017年1月24日形成的大德教育公司企业信用信息公示报告显示：大德教育公司的法定代表人为郭栋；股东为黄藤和瑞寰投资公司；黄藤为董事长、黄春选为董事等。

以上事实，有原告黄春选举证的股权转让确认书，被告举证的投资协议、付款通知书、银行转账回单、验资报告、验资事项说明、股东会决议、企业信用信息公示报告，以及本院庭审笔录予以证实，本院均予以认定。

本案的争议焦点是：黄春选与瑞寰投资公司之间的股权转让是否系黄春选真实意思表示。本院认为，当事人在诉讼过程中对自己主张的事实或者反驳对方所主张的事实有责任提供证据加以证明，且提供的证据应当能充分证明案件的事实，否则将承担不利的后果。本案中，一、虽然黄春选诉称其并未与瑞寰投资公司签订股权转让协议，但其举证的《股权转让确认书》上有其印章和身份证，即使签名不是其本人所签，也不能绝对排除其有委托第三人办理股权转让事宜的意思表示。黄春选作为完全民事行为能力人，应对其民事行为所产生的后果承担相应的民事责任。二、根据工商登记表明，黄春选作为大德教育公司的原股东时持有15%股权（225万元），且从2008年8月18日至今一直为董事会董事。而黄春选诉称的2016年

1 月才发现股权被转让，其间已将近 8 年时间，黄春选既不参加大德教育公司的股东会和董事会，也不要求大德教育公司分红获利，有悖一般投资人或股东、公司高管的行为常理。三、瑞寰投资公司根据上述投资协议，向大德教育公司投入了巨额资金作为注册资本，如果没有相应股权转让的事实，瑞寰投资公司的行为无法解释，且瑞寰投资公司在受让黄春选股权事宜中亦无恶意或重大过失。四、瑞寰投资公司现与黄藤、大德教育公司等因 2008 年 5 月 28 日签订的投资协议产生纠纷，并已仲裁，而黄藤与黄春选系叔侄关系，黄春选现在以股权转让纠纷将瑞寰投资公司诉至法院，亦非善举。故此，本院认为根据本案事实综合评判，黄春选对 2008 年 8 月 18 日将其在大德教育公司的 15% 股权（225 万元）转让给瑞寰投资公司是知情的，是其与瑞寰投资公司的真实意思表示，合法有效，对黄春选和瑞寰投资公司具有约束力。综上所述，依法成立的合同，受法律保护。当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。黄春选的上述诉讼请求，因无事实和法律依据，本院均不予支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六条、第八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

驳回原告黄春选的诉讼请求。

案件受理费 24800 元，因适用简易程序减半收取 12400 元，由原告黄春选负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于江苏省南京市中级人民法院。

审判员 黄海宁

二〇一七年六月二十九日

书记员 记员陆丽

原告金童资产（上海）管理有限公司与被告浙江致中和实业有限公司服务合同纠纷一审民事判决书

上海市普陀区人民法院

民事判决书

（2013）普民二（商）初字第 148 号

原告金童资产管理（上海）有限公司（反诉被告），住所地上海市闵行区莘浜路 280 号 1 幢 1167 室。

法定代表人朱展谷，董事长。

委托代理人陆旭霞，上海市君悦律师事务所律师。

委托代理人任宏，上海市君悦律师事务所律师。

被告浙江致中和实业有限公司（反诉原告），住所地浙江省建德市洋溪街道高畈村。

法定代表人李潇，执行董事。

委托代理人张彦周，该公司员工。

委托代理人周怡兵，浙江泽大律师事务所律师。

被告建德致中和酒销售有限公司，住所地浙江省建德市洋溪街道高畈村。

法定代表人戎炳海。

第三人浙江盈通科技发展有限公司，住所地浙江省杭州市富春路 789 号 601 室。

法定代表人邵俪黎。

第三人大运盈通（杭州）实业有限公司，住所地浙江省杭州市江干区秋涛北路 76 号 6027 室。

法定代表人邵俪黎。

原告金童资产（上海）管理有限公司与被告浙江致中和实业有限公司服务合同纠纷一案，本院于 2013 年 1 月 28 日受理后，依法组成合议庭，后被告提起反诉，本院审查后依法受理反诉，并于同年 8 月 22 日、10 月 9 日分别公开开庭进行了审理。原告的委托代理人陆旭霞、任宏，被告的委托代理人张彦周、周怡兵到庭参加诉讼。审理中，原告申请追加建德致中和酒销售有限公司为本案被告、申请追加浙江盈通科技发展有限公司、大运盈通（杭州）实业有限公司为本案第三人参加诉讼。本院于同年 11 月 19 日依法追加建德致中和酒销售有限公司为本案被告，浙江盈通科技发展有限公司、大运盈通（杭州）实业有限公司为本案第三人参加诉讼，并于 2013 年 12 月 24 日再次对本案公开开庭进行了审理。原告的委托代理人陆旭霞、任宏，被告的委托代理人张彦周、周怡兵到庭参加诉讼。被告建德致中和酒销售有限公司、第三人浙江盈通科技发展有限公司、第三人大运盈通（杭州）实业有限公司经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法缺席审判。本案现已审理终结。原告金童资产管理（上海）有限公司诉称，原告与被告浙江致中和实业有限公司于 2012 年 3 月 18 日，就被告经营的酒类产品“致中和国养酒”之品牌运营和资金募集等事宜签署了《合作协议》。根据协议约定，被告浙江致中和实业有限公司委托原告作为其品牌运营管理商，负责路演安排、承销商选定、资金募集等事项，并通过上海国际酒业交易中心的运作平台，经营、销售被告酒产品，从而实现被告酒产品在上海国际酒业交易中心的挂牌交易，并最终销售募集资金人民币 1 亿元（以下币种同）。同时被告浙江致中和实业有限公司承诺，其将按照实际募集资金的 25%向原告支付品牌运作费。在合作协议签订后，原告便依约提供相关服务。一方面，为了提升被告酒产品社会知名度及认可度，原告通过自身营销网络资源，于 2012 年 5 月至 6 月期间，在上海、江苏、广东、河南四地组织、安排并成功完成了 6 场大规模路演，对被告酒产品进行了良好的宣传，并获得了投资者一致的肯定。另一方面，由于被告对酒业中心运营模式，资质要求毫不知情，故原告在提出这一经营思路的同时，亦付

出了大量的精力、财力和人力，以配合被告完成酒产品发行募集的各项准备工作。更为关键的是，原告依约配合被告选定了案外人浙江盈通科技发展有限公司作为承销商，并会同被告主导了上海国际酒业交易中心于 2012 年 5 月 24 日召开的发行审核会，促使被告酒产品于当日顺利通过了上海国际酒业交易中心的酒产品发行审定，并由被告建德致中和酒销售有限公司、上海国际酒业交易中心以及浙江盈通科技发展有限公司三方正式签订了《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》。至此，原告为被告酒产品公开发行事宜完成了最为关键的步骤。在被告酒产品通过上海国际酒业交易中心的发行审定后，被告仅需按照酒业中心规定提供履约保函、酒品保单以及完成酒品入库等工作后，即可正式发行销售募款。而在原告不遗余力的进行路演，以及各大媒体竞相宣传的情况下，被告酒产品市场行情不断看涨，只待被告公开发行予以申购。然而，在此关键时点，被告却罔顾原告的再三催促，故意拖延前述工作的进行，其非但未能按照《合作协议》约定以及上海国际酒业交易中心的规定提供履约保函和酒品保单，亦拒绝将酒品入库。更令原告意外的是，被告于 2012 年 6 月 20 日、7 月 10 日两次致函原告，反诬原告违约，声称原告并未推进发行工作。甚至在 7 月 17 日，被告以原告未能如期募集资金为由提出单方解约，要求解除原、被告签订的《合作协议》。虽然被告恶意违约，但原告仍然多次与被告善意沟通，并且继续为被告进行路演宣传，为被告酒产品顺利发行奠定坚实基础。由于原告已经为被告完成了发行前所有工作，并为被告酒产品打响了知名度，提高了机构申购热情，故被告在违法解除了与原告签订的《合作协议》后，便立即向上海国际酒业交易中心完成了剩余的发行手续，并于 2012 年 12 月 18 日在上海国际酒业交易中心正式发行，发行量为 61000 瓶，每瓶售价为 1658 元，并最终通过上海国际酒业交易中心交易平台完成全部销售，成功募得资金 1 亿余元。对于前述募得款项，被告本应按约向原告支付 25% 也即 2500 万元作为品牌运作费，然而被告却拒绝支付。原告认为，原告不但向被告提供了专业、新颖的销售方式，更严格依据协议约定，尽兴尽责地协助被告完成发行准备，进行路演宣传，为被告酒产品建立了良好市场氛围，并顺利完成公开发行的审核工作。但被告却无视合同约定，违法解除其与原告订立的《合作协议》，并利用原告工作成果，取得巨大利益。被告的违约行为，已导致原告重大经济损失。此外，被告建德致中和酒销售有限公司系被告浙江致中和实业有限公司全资子公司，在被告酒产品发行过程中，由被告浙江致中和实业有限公司作为酒品出品人，被告建德致中和酒销售有限公司作为酒品发行人完成酒产品发行工作，而被告建德致中和酒销售有限公司已全额收取了发行募集资金。原告认为，被告浙江致中和实业有限公司与被告建德致中和酒销售有限公司共同参与了合作协议的履行，且被告建德致中和酒销售有限公司客观上取得了合作协议项下各项权利，其应当被认定为《合作协议》的相对方，并向本案原告承担相应责任。而两位第三人与本案被告同属关联公司，且其分别参与了被告酒产品发行工作，为查明案件事实，其应当作为本案第三人参加诉讼，故原告起诉至法院请求：1、判令被告浙江致中和实业有限公司向原告金童资产管理（上海）有限公司赔偿 2500 万元；2、判令被告建德致中和酒销售有限公司与被告浙江致中和实业有限公司承担连带赔偿责任；3、本案诉讼费、保全费由两被告共同承担。

被告（反诉原告）浙江致中和实业有限公司本诉辩称及反诉诉称，为了实现被告浙江致中和实业有限公司生产的“致中和国养国际金奖（2012 珍藏版）酒品”在上海国际酒业交易中心发行交易，被告浙江致中和实业有限公司与原告于 2012 年 3 月 20 日召开会议并确定了案涉酒品上市计划安排和整体要求等事项，其中，原告明确案涉酒品上市后不存在退货机制。此后，被告浙江致中和实业有限公司与原告签订了《合作协议》并约定，原告作为案涉酒品在上海国际酒业交易中心挂牌交易的品牌运营商，负责本次合作的整体事务及具体运作，主要包括：原告负责组织上海、广州、河南三地路演，落实案涉酒品发行的承销商等，并在 2012 年 6 月 30 日前完成募集工作，募集资金 1 亿元。《合作协议》同时约定，三场路演费用，全

国承销商联络召集，上海国际酒业交易中心会员召集协调、差旅招待支出等由原告负责，被告浙江致中和实业有限公司承担 80 万元。《合作协议》签订后，被告浙江致中和实业有限公司向原告支付了路演等费用计 80 万元，并向原告提供了“致中和国养国际金奖”（2012 珍藏版）酒（100ml·瓶）4704 瓶以及“致中和国养 1876”120 瓶。但是，原告却未按规定进行路演工作。鉴于原告在《合作协议》签订前曾明确案涉酒品上市后不存在退货机制，而按上海国际酒业交易中心的要求，自 2012 年 5 月起在白酒发行过程中均要求酒品发行结合市场情况设置回购制度，因此，原告承诺由其承担案涉酒品的回购义务并由其开具 5000 万元回购银行履约保函，在此前提下，浙江盈通科技发展有限公司作为案涉酒品的承销商，与上海国际酒业交易中心有限公司、建德致中和酒销售有限公司在 2012 年 5 月 24 日召开的案涉酒品发行审核会上签订了国际酒业 20120524—2 号《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》，根据该协议的约定，浙江盈通科技发展有限公司与原告承诺在 2012 年 6 月 20 日前就原告应开具 5000 万元回购银行保函并由原告承担案涉酒品回购义务等事项签订书面协议，否则，该协议不生效，原告法定代表人朱展谷在该协议中签字确认。但在该协议签订后，原告却拒绝与浙江盈通科技发展有限公司签订关于原告承担回购义务并开具银行履约保函的书面协议，导致案涉酒品发程序无法继续。为此，被告浙江致中和实业有限公司于 2012 年 6 月 20 日致函原告，敦促原告尽快完成与上海国际酒业交易中心、承销商的相关工作，尽快全面推进发行工作。但原告对此置之不理，最终无法在 2012 年 6 月 30 日前完成募集资金 1 亿元。2012 年 7 月 10 日，被告浙江致中和实业有限公司再次致函原告，敦促原告务必于 2012 年 7 月 16 日前按照《合作协议》的约定履行完全部义务，否则被告浙江致中和实业有限公司将依法行使合同解除权，但原告对此仍置之不理。在此情况下，被告浙江致中和实业有限公司于 2012 年 7 月 17 日向原告寄送了《关于解除〈合作协议〉的函》，通知原告解除双方签订的《合作协议》，该函件已于 2012 年 7 月 18 日送达原告。综上所述，被告浙江致中和实业有限公司认为，原告的行为已构成根本违约，且经被告浙江致中和实业有限公司催告后在合理期限内仍未履行，在此情况下，被告浙江致中和实业有限公司依法享有解除《合作协议》的权利。鉴于《合作协议》已依法解除，原告应当返还被告浙江致中和实业有限公司路演等费用 80 万元、“致中和国养国际金奖”（2012 珍藏版）酒”（100ml·瓶）4704 瓶以及“致中和国养 1876 酒”120 瓶，故被告浙江致中和实业有限公司反诉请求：1、确认被告浙江致中和实业有限公司与原告签订的《合作协议》于 2012 年 7 月 18 日解除；2、判令原告返还被告 80 万元；3、判令原告返还被告浙江致中和实业有限公司“致中和国养国际金奖”（2012 珍藏版）酒（100ml·瓶）4704 瓶以及“致中和国养 1876 酒”120 瓶，如不能返还则按照“致中和国养国际金奖”（2012 珍藏版）酒（100ml·瓶）每瓶 168 元、致中和国养 1876 酒”每瓶 2180 元进行赔偿，合计 1051872 元；3、原告承担全部反诉费用。

被告建德致中和酒销售有限公司未应诉答辩。

第三人浙江盈通科技发展有限公司、大运盈通（杭州）实业有限公司均未应诉答辩。

反诉被告金童资产管理（上海）有限公司反诉辩称，原告在履行与被告浙江致中和实业有限公司签订的《合作协议》中没有任何违约行为。路演活动实质是一种广告形式，没有形式要求。最终被告浙江致中和实业有限公司成功募集了相关资金，说明原告的路演活动是有效果的。被告浙江致中和实业有限公司在相关酒品已完成发行准备后不向上海国际酒业交易中心申请发行，而是故意拖延，造成原告无法履行协议，这是被告的责任。协议约定被告浙江致中和实业有限公司应向原告支付 80 万元的路演费用，原告已履行了路演活动，该费用原告就有权收取。被告浙江致中和实业有限公司根据协议有义务向原告提供 1%的酒品用于路演活动，原告也实际把这批酒用于路演活动。不存在返还问题，故不同意被告浙江致中和实业有限公司的诉请。

经审理查明,2012年3月20日,浙江宋都控股有限公司与原告就致中和酒上市运作计划安排达成《会议纪要》,该纪要主要内容为:双方一致同意将致中和酒推向上海国际酒业交易中心进行交易;上市规模为1亿,2012年6月底前完成发行;如上市发行过程中,不能募集1亿规模,原告或原告指定的第三方负责包销;路演原则上为广州、上海、河南、杭州四地,前三地路演由原告负责安排,杭州地区由被告浙江致中和实业有限公司负责路演;原告明确该酒上市后,不存在退货机制。朱展谷、俞建午、戎炳海、龚睿在该纪要上签字确认。2012年3月28日,原告作为乙方、被告浙江致中和实业有限公司作为甲方达成《合作协议》,协议约定:甲方作为中华老字号“致中和”品牌所有者,主要业务为生产和销售“致中和”系列酒类产品,其中致中和国养芝兰香型白酒产品定位为中国高端白酒。乙方为资产管理公司,具有品牌运营管理经验和资金运作渠道,致力于中国高端酒的品牌和市场运营。甲方现委托乙方作为品牌运营管理商,通过上海国际酒业交易中心的运作平台运营“致中和国养酒”,各方根据《中华人民共和国合同法》及其他相关规定,遵照平等自愿和诚信信用的原则,经充分协商达成以下共识,以兹遵守执行;本次运作在上海国际酒业交易中心挂牌交易的产品为甲方推出的百年国养酒52或53度芝兰香型白酒,规格为1000ml/瓶(坛)装;乙方作为甲方授权在上海国际酒业交易中心挂牌交易酒产品的品牌运营商负责该酒产品在上海国际酒业交易中心挂牌整体运作,包括路演安排,承销商选定、资金募集等事项。募集资金首期为1亿元,在2012年6月30日前完成募集发行不低于5000万元;经甲、乙双方协商,挂牌产品价格区间在800—1200元/500ml,具体根据市场情况确定;本协议有效期3年;全国四场路演费用及其他有关产品的相关费用(促销小样品、包装、运输、保险等)由甲方承担,其中上海、广州、河南三地路演由乙方负责组织,甲方予以配合,上述三地路演费用总额不超过60万元(不包括甲方洋酒礼品),杭州地区路演由甲方负责组织;三场路演费用,全国承销商联络召集,上海国际酒业交易中心会员召集协调、差旅招待支出等由乙方负责,甲方承担其中的80万元,签约后三天内支付该费用。如因乙方原因未进行规定的三场路演,则以每场20万元退回甲方;本次发行产品在上海国际酒业交易中心挂牌交易、发行募集资金全部到达甲方账户后,甲方承担并一次性支付以下费用:上海国际酒业交易中心会员费500万元,渠道等发行管理费5%(挂牌募集总额)。乙方品牌运作费为募集资金的25%(以实际募集资金为准)。承销商返利费用由乙方承担,乙方从所得品牌运作费中支付。如乙方不承担支付承销商返利费用,则由甲方从乙方品牌运作费中扣除相应费用另行支付。具体事宜由甲、乙双方双方与承销商另行签署协议。甲方指定或相关单位承销的1000万元,但不支付乙方上述费用;甲方需负责:买家对酒品质量提出争议、及时应买方客户要求发货、对酒品损耗、破损、包装损坏等、负责提供给乙方不少于总量1%的样品及品尝促销品;乙方负责落实本次产品发行的承销商,并在2012年6月30日前完成募集工作,募集资金1亿元,如募集发行认购额低于5000万元,在上述签约期限六个月内,乙方指定的承销商应负责包销至认购额5000万元,若无法发行,则乙方以800—1200元/500ml,向甲方现金认购1000万元,若发行在5000万元至7500万元(含),则乙方线下再认购1000万元,发行超过7500万元,乙方免责;因乙方在本次运作合作时投入大量人力物力及渠道资源,如果本次发行运作成功,乙方在三年内有权独家经营浙江致中和实业有限公司酒产品在上海国际酒业交易中心等其他交易所平台的运作。如有越过乙方则为违约,甲方应承担后续交易额的20%作为赔偿。但乙方应履行义务如下:本次发行的酒为乙方上海地区指定总经销,第一年销售额不低于500万,第二年销售额不低于1000万,第三年销售额不低于1200万元。乙方可享受甲方其他白酒经销商待遇。同时,乙方每年在上海国际酒业交易中心发行不少于1亿元的白酒产品,具体协议另行议定;同年4月26日原告收到被告浙江致中和实业有限公司支付的路演费及相关费用80万元,并于同年5月4日、5月21日分别收到被告浙江致中和实业

有限公司作为路演使用的“致中和国养国际金奖”（2012 珍藏版）酒（100ml·瓶）4704 瓶以及“致中和国养 1876 酒”120 瓶。

2012 年 5 月 9 日，经原告推荐，被告建德致中和酒销售有限公司与上海宏逸广告有限公司达成《广告发布制作合同》，合同约定由上海宏逸广告有限公司在沪杭高速临平段为被告建德致中和酒销售有限公司制作、安装两座立柱式广告牌，目的是为了展现被告建德致中和酒销售有限公司的企业形象。被告建德致中和酒销售有限公司已另行支付完毕相应广告费。

2012 年 5 月 20 日原告将有关《致中和发行承销合作框架协议》通过邮件的形式发送至被告浙江致中和实业有限公司处，原告向被告浙江致中和实业有限公司推荐牛尔（上海）资产管理有限公司作为酒品发行的承销商，但三方未达成相关协议。2012 年 5 月 21 日，原告制作完成了《首次公开发售 53° 1000ML 宋都一致中和国养金奖纪念承销报告》，该报告涉及被告酒产品的概念、发展背景、投资潜力分析等诸多内容，并明确该次发行的承销人为第三人浙江盈通科技发展有限公司。2012 年 5 月 24 日，在原告法定代表人朱展谷以第三人浙江盈通科技发展有限公司的名义所参与的洽谈中，上海国际酒业交易中心有限公司作为甲方、被告建德致中和酒销售有限公司作为乙方（发行会员）、第三人浙江盈通科技发展有限公司作为丙方（承销会员）签署了一份《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》，协议第二条约定：本协议所称回购，系指酒品上市后一定期限内，发行会员须根据交易中心要求，通过交易中心的交易系统对一定数量的发行酒品按约定价格进行回购；第八条约定：乙方自愿通过甲方交易平台公开发售致中和国养国际金奖（2012 珍藏版）酒品，数量为 61000 瓶，价格为 1658 元/瓶，合 829 元/500ml，发行总值为 101138000 元（含税价），乙方为本次发行提供的备份酒数量为 1830 瓶；第十条约定：甲乙丙三方一致确认，在本次酒品发行中，丙方通过交易系统包销数量为 12200 瓶，合 20227600 元，占乙方本次发行总额的 20%。包销部分外的剩余部分将通过甲方交易系统网上发行的方式向客户销售，由客户自愿认购。通过交易系统网上发行的部分，客户认购后仍有余额的，余额部分由丙方在甲方摇号确定网上申购中签客户当日按照发行价无条件进行包销；第十一条约定：发行酒品的认购数量达到 100%，则视为发行成功；第十四条约定：丙方承诺在 2012 年 6 月 20 日前与原告就本协议第二十五条以及以下条款达成一致并签订书面协议：（1）由原告自酒品上市之日起一年期到期前 5 个工作日（回购期）内，通过交易系统对发出回购请求的客户的酒品，以高于发行价 15% 的价格（即回购价格：1908 元/瓶）进行回购，回购数量为客户在回购期内以回购价格卖出的数量。（2）原告应于回购期起始日前 1 个工作日将回购保证金支付至甲方指定账户，用于实施回购。回购保证金由甲方统一计算，计算方法为：回购期起始日前 1 个工作日交易系统记录的未提货量乘以回购价格。回购完成后，甲方将剩余的保证金退还原告。（3）如原告于回购期起始日前 1 个工作日未将回购保证金支付至指定账户，则构成违约，甲方有权直接主张保函（即本协议第二十五条所述保函）金额作为违约金；违约金仍不足以弥补损失的，甲方将按客户委托向丙方追究赔偿责任；第十五条约定：如果丙方在 2012 年 6 月 20 日之前还不能与原告按照本协议第十四条的约定签订书面协议，则本协议不生效，本协议的所有条款对各方均无法律约束力，各方互不追究任何责任；第二十五条约定：为保证发行酒品回购条款的充分履行，原告必须按照附件一保函格式开具银行履约保函，并将保函原件交给甲方，方可继续发程序。履约保函应以甲方为受益人，有效期至 2013 年 9 月 26 日，保函金额为 5000 万元整。第三人浙江盈通科技发展有限公司在落款处盖章，朱展谷也在第三人授权代表处签名。

在 2012 年 6 月 20 日前，原告与第三人浙江盈通科技发展有限公司并未就履约保函达成协议。同日，被告浙江致中和实业有限公司致函原告，该函主要内容为：被告浙江致中和实业有限公司及相关单位均已全部做好酒产品发行的各项准备，现时间距协议约定的最后的发行期 2012 年 6 月 30 日已越来越近，要求原告尽快完成与上海国际酒业交易中心、承销商的相

关工作。2012 年 6 月 25 日，原告发函至被告浙江致中和实业有限公司，该函主要内容为：原告已按照双方的《合作协议》做好了相应的工作，被告浙江致中和实业有限公司的首要义务是完成酒品的准备和发行，但是被告浙江致中和实业有限公司至今没有完成酒品准备（含备货、包装、保险、运输等）及发行，但原告为履行协议内容，不论由于被告浙江致中和实业有限公司自身还是客观原因造成的酒品发行拖延，原告随时准备酒品发行的各项工作，并将在 2012 年 6 月 25 日起在上海举行酒品路演会。2012 年 7 月 10 日，被告浙江致中和实业有限公司致函原告，该函内容为：根据原告与被告浙江致中和实业有限公司于 2012 年 3 月 28 日签订的《合作协议》的约定，原告应当负责落实本次产品发行的承销商，并履行在 2012 年 6 月 30 日前完成募集工作，募集资金 1 亿元等义务。但原告至今未能按约履行义务。为此，被告浙江致中和实业有限公司特函原告，敦请原告务必于 2012 年 7 月 16 日前按照《合作协议》的约定履行完毕全部义务。否则，被告浙江致中和实业有限公司将依法行使合同解除权。原告于 2012 年 7 月 14 日收到该函。2012 年 7 月 17 日，被告浙江致中和实业有限公司致函原告要求解除《合作协议》，该函内容为：根据《合作协议》的约定，原告应当负责落实本次产品发行的承销商，并在 2012 年 6 月 30 日前完成募集工作，募集资金 1 亿元。但原告一直未能按约履行义务。为此，被告浙江致中和实业有限公司曾于 2012 年 7 月 10 日函告原告，敦促原告务必于 2012 年 7 月 16 日前按照《合作协议》的约定履行完毕全部义务。但原告至今仍未履行，为此，被告浙江致中和实业有限公司特郑重通知原告，解除原告与被告浙江致中和实业有限公司于 2012 年 3 月 28 日签订的《合作协议》。原告于 2012 年 7 月 18 日收到该解除函。同日，原告致函被告浙江致中和实业有限公司，认为被告浙江致中和实业有限公司未能履行《合作协议》的约定，导致产品发行和募集资金拖延。被告浙江致中和实业有限公司单方解除合约是无效行为，应立即纠正严重违约行为，否则将追究全部违约责任和赔偿责任。

2012 年 11 月 20 日，上海国际酒业交易中心有限公司、被告浙江致中和实业有限公司、被告建德致中和酒销售有限公司、第三人大运盈通（杭州）实业有限公司签订了《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》（协议编号：国际酒业 20121120）。2012 年 11 月 30 日，北京银行股份有限公司杭州分行针对上述承销协议同意为被告浙江致中和实业有限公司出具不可撤销的履约保函，金额为 5000 万元。保函自 2012 年 12 月 3 日起至 2014 年 1 月 7 日止。2012 年 12 月 18 日，被告浙江致中和实业有限公司作为出品人、被告建德致中和酒销售有限公司作为发行会员、第三人大运盈通（杭州）实业有限公司作为承销会员通过上海国际酒业交易中心有限公司发售了“致中和国养国际金奖（2012 珍藏版）”，发行量为 61000 瓶，公开发行量为 15000 瓶；承销会员包销数量为 12200 瓶；定向配售数量为 33800 瓶。发售成功后，被告建德致中和酒销售有限公司收到了相应的募集资金。

另查明，被告浙江致中和实业有限公司是“致中和”酒的品牌所有者，根据上海国际酒业交易中心国产收藏类酒交易细则规定，拟发行酒品系国产并为发行会员所有。“致中和国养国际金奖（2012 珍藏版）”酒品系被告建德致中和酒销售有限公司所有。上海国际酒业交易中心有限公司在 2012 年 5 月前发行的四款酒品均没有要求相关方作出回购承诺，自 2012 年 5 月至今，该中心在白酒发行过程中都会要求酒品发行结合市场情况设置回购制度，并且在此期间内发行的白酒均向客户作出了回购承诺。

再查明，浙江宋都控股有限公司与杭州和业投资管理有限公司的法定代表人均为俞建午；杭州和业投资管理有限公司的股东分别为浙江盈通科技发展有限公司、浙江宋都控股有限公司；浙江盈通科技发展有限公司的 90%股权系浙江宋都控股有限公司出资；浙江致中和实业有限公司系杭州和业投资管理有限公司的全资子公司；被告建德致中和酒销售有限公司系浙江致中和实业有限公司的全资子公司；第三人浙江盈通科技发展有限公司与大运盈通（杭州）实业有限公司的法定代表人均为邵俪黎。

审理中，原告还提供了一份协议编号为国际酒业 20120608 的《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》，称该协议系被告于 2012 年 6 月 11 日向原告发送的承销协议签约稿，但该协议的落款处并无任何公司盖章。

以上事实，有《合作协议》、电子银行交易回单、《广告发布制作合同》、送货单、《上海国际酒业交易中心国产收藏类酒品发行、承销协议》及庭审笔录等为证。

本院认为，被告浙江致中和实业有限公司是“致中和”酒的品牌所有者，被告建德致中和酒销售有限公司既是被告浙江致中和实业有限公司的全资子公司，也是案涉酒品的所有者，虽然《合作协议》系原告与被告浙江致中和实业有限公司之间达成，但从合同的实际履行来看，被告建德致中和酒销售有限公司是参与其中的，原告对此也无异议，故本院认定该协议是两被告与原告共同订立并履行的。原告在与被告浙江致中和实业有限公司签订《合作协议》之前就已明确告知被告浙江致中和实业有限公司就案涉酒品不存在退货机制。在此基础上，原告与被告浙江致中和实业有限公司签订了《合作协议》，协议约定原告的主要义务不仅要负责落实承销商，更是要求指定的承销商须负责一定数额的包销义务，且原告也需视情认购价值为 1000 万元的案涉酒品。虽原告提出其已联系了牛尔（上海）资产管理有限公司担任承销商，但由于该公司未与上海国际酒业中心有限公司、被告方未达成相关承销协议，故原告落实承销商的合同义务未完成，原告已构成初步违约。后被告指定第三人浙江盈通科技发展有限公司作为承销商，第三人浙江盈通科技发展有限公司作为被告方的关联公司是应被告的要求出任承销商的，是没有理由将本应由原告承担的主要合同义务揽下来，故在这个承销商与上海国际酒业中心有限公司、被告建德致中和酒销售有限公司签订的相关发行、承销协议中，附加了生效条件，即必须由原告承担回购义务及开具银行履约保函，只有这样才是公平合理的。原告享有巨额收益的前提是承担相应的风险。原告的法定代表人朱展谷虽是以第三人浙江盈通科技发展有限公司代表的身份，参与了该协议的签订，但这只应当是相对于上海国际酒业中心有限公司而言的。在关系到原、被告、第三人浙江盈通科技发展有限公司之间的权利义务约定中，朱展谷仍应作为原告的代表，相关条款的文义清晰无歧义，原告理应知道该协议生效的条件是在 2012 年 6 月 20 日前，原告就案涉酒品的回购开具 5000 万元的银行履约保函。由于原告到期后未开具相应保函，故该发行、承销协议未发生法律效力，则原告仍未完成确定承销商的合同义务。从上述两份协议中可以看出，被告支付品牌运作费的前提，在没有回购承诺的情况下，是基于原告所落实的承销商有负责包销及原告本身有现金认购的义务；在有回购承诺的情况下，由于风险转移到第三人浙江盈通科技发展有限公司（间接转移到了被告方），变成由第三人浙江盈通科技发展有限公司包销及回购，故原告除上述义务外，还需负责开具履约保函。既然原告没有完成合同约定的主要义务，被告依法行使合同解除权，于法有据，故原告要求被告赔偿 2500 万元是没有事实和法律依据的，本院不予支持。由于原告根据合同约定已组织了一系列路演活动，且合同中并没有对路演活动的具体标准作出约定，故本院认定原告的路演活动已合理完成，而相应的酒类促销品也在为被告酒产品的实际宣传过程中使用，原告为被告酒产品的推广付出了一定的努力，起到了一定的作用，被告方也因此获益，故被告要求原告返还有关费用 80 万元及酒类促销品的诉讼请求，本院不予支持。被告建德致中和酒销售有限公司经本院合法传唤无正当理由拒不到庭，则视为放弃抗辩权，不影响对本案的依法处理。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第九十四条第（三）项、第九十六条、第九十七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：

- 一、对原告金童资产管理（上海）有限公司的本诉讼请求不予支持；
- 二、确认反诉原告浙江致中和实业有限公司与反诉被告金童资产管理（上海）有限公司的《合作协议》于 2012 年 7 月 18 日解除；
- 三、对反诉原告浙江致中和实业有限公司的其余反诉讼请求不予支持。

本案本诉受理费人民币 166800 元、财产保全费人民币 5000 元（原告均已预付），由原告负担；反诉受理费人民币 10733 元、财产保全费人民币 5000 元（被告均已预付），由被告负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判长 唐嘉清

审判员 倪斌

人民陪审员 周婵娟

二〇一三年十二月二十四日

书记员 刘莹

原告缪露斐诉被告上海利合股权投资合伙企业、被告王馨 玲合伙企业纠纷一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院

民事判决书

(2014)浦民二(商)初字第474号

原告缪露斐,男,汉族,1970年3月12日生,住上海市浦东新区某某室。

委托代理人侯建杰,上海市君悦律师事务所律师。

委托代理人李健,上海市君悦律师事务所律师。

被告王馨玲,女,汉族,1981年9月15日生,住上海市浦东新区某某室。

被告上海利合股权投资合伙企业(有限合伙),住所地上海市浦东新区联明路588-1号2幢108室。

法定代表人王馨玲。

上述两被告的委托代理人王铮,上海市德尚律师事务所律师。

原告缪露斐诉被告上海利合股权投资合伙企业、被告王馨玲合伙企业纠纷一案,本院于2014年1月26日立案受理后,依法适用简易程序,于同年3月12日、4月21日公开开庭进行了审理。原告缪露斐委托代理人侯建杰、被告上海利合股权投资合伙企业(以下简称被告利合股权)、被告王馨玲委托代理人王铮到庭参加诉讼,本案现已审理终结。

原告缪露斐诉称,原告于2009年2月18日与被告王馨玲在上海市浦东新区民政局登记结婚。婚姻关系存续期间。被告王馨玲与他人合伙于2010年9月26日设立了被告利合股权。被告利合股权的认缴出资总额为人民币(以下币种相同,略)1亿元,其中被告王馨玲认缴900万元,实缴225万元,并享有9%的合伙财产。前述出资均是由原告提供给被告王馨玲的。

2011年3月30日,原告与被告王馨玲签署了《自愿离婚协议书》并于2011年4月1日办理了离婚登记手续。根据离婚协议约定,被告王馨玲名下对被告利合股权的出资由原告与被告王馨玲各得50%,其中归原告所有的部分由被告王馨玲代持,被告王馨玲负有协助转让手续的义务。

根据被告利合股权的合伙协议约定,被告王馨玲作为有限合伙人对外转让财产份额的,仅需要执行事务合伙人同意,提前30天通知其他合伙人即可。而被告王馨玲是被告利合股权的执行事务合伙人的委派代表,事实上行使执行事务合伙人的权力。

2013年1月初,原告收到了被告王馨玲委托律师寄送的律师函,称要求进行债务抵销,以抵销原告对被告利合股权享有的权益。收函后,原告经查询得知,被告利合股权投资的浙江我武生物科技股份有限公司(以下简称我武公司)已经于2013年12月30日经证监会审核通过获准上市并已挂牌交易。此次首次公开发行过程中,被告利合股权按照每股20.05元的价格对外转让持有的我武公司的股票109.953万股,套现2,000余万元。据被告利合股权的其他合伙人透露,被告王馨玲作为执行事务合伙人的委派代表已决定就前述投资收入进行分红。故起诉至法院要求判令:1、确认登记被告王馨玲名下的被告利合股权的9%的合伙财产中50%(4.50%的合伙财产)归原告所有;2、被告利合股权办理相应的工商变更登记手续,将原告登记为被告利合股权的有限合伙;3、被告王馨玲向原告支付已领取合伙企业分红中属于原告的部分,即992,050.94元。

针对自己的主张,原告提供了如下证据材料:

1、合伙企业设立登记申请书,证明被告利合股权于2010年9月26日设立的,被告王馨玲出资900万元,实缴了225万元,被告王馨玲是被告利合股权的法定代表人。

1070

2、离婚协议书、离婚证。证明第 4 条约定了原告、被告王馨羚各得的 50%，另外被告利合股权在婚姻存续期间投资了我武公司。

3、有限合伙协议，证明第 36 条的约定了合伙人财产转让的约定。

4、中国证监会关于核准我武公司 IPO 的批复。

5、我武公司招股说明书。被告利合股权获利了 2,000 余万元。

6、有关合伙企业的分红证明、证明人身份证复印件、分红明细、中国民生银行个人账户对账单，证明被告就此次 IPO 过程中股票转让所得已经向合伙人进行了分红，被告王馨羚税后所得款项至少为 1,232,450.86 元，合伙人已收到被告利合股权支付的款项。

7、渣打银行扣款通知书（收款人 WANGXUEFU），证明原告于 2011 年 5 月 16 日向被告王馨羚生父王学富账户支付 5 万元美元。

8、渣打银行扣款通知书（收款人 XUMIN）和工作记录，证明 2011 年 5 月 16 日向被告王馨羚的母亲许敏账户支付了 5 万美金。

9、渣打银行扣款通知书（收款人 MIAOLUFEI）和招商银行账户往来明细，证明原告于 2011 年 5 月 16 日向自己招商银行账户转让了 5 万美金，于 2011 年 5 月 24 日将 5 万美元兑换为人民币为 324,450 元；原告将换汇所得人民币及账户余额共计 33 万元支付给了被告王馨羚。

10、光大银行账户明细，证明原告于 2012 年 12 月 12 日向被告王馨羚支付了 20 万元。

被告上海利合股权投资合伙企业（有限合伙）辩称，不同意原告的诉请，原告要求加入合伙的话，并非被告来决定的，需要其他的合伙人同意，目前其他合伙人不同意其加入，之前被告王馨羚同原告的关系是夫妻关系，双方之间的婚姻财产的分割之间的抵偿，按照离婚协议的 2.3 条、第 4 条的约定是原告应该先履行，故被告不履行自己的义务。

针对自己主张，被告利合股权提供了如下证据材料：

1、被告利合股权的声明，证明被告利合股权的普通合伙人不同意被告王馨羚向原告转让份额。

2、被告利合股权的有限合伙人李健武、陈献开、张宇欣的声明，证明三人不同意被告王馨羚向合伙人以外的人员转让份额。

被告王馨羚辩称，根据原告选择的诉由，其并非案件适格被告，最多是无独三。其他意见同被告利合股权。

针对自己主张，被告王馨羚提供了如下证据材料：

1、自愿离婚协议书，证明原告尚有 80 万元补偿款尚未履行、自 2013 年 5 月 1 日起，原告应向被告承担每月 10 万的利息。

2、牌照号为沪某某号车辆的信息查询，证明原告尚未将车牌为沪某某号奔驰车过户至被告王馨羚名下。

3、牌照号为沪某某号车辆的信息查询，证明被告王馨羚为该车所有人。

4、《律师函》回复，证明原告律师确认，沪某某号车辆为原告占用。

5、律师函样本，证明被告王馨羚委托律师向原告索要原告所欠的补偿款及利息、要求过户沪某某号车辆、返还沪某某号车辆，因原告拒不履行相关手续，故以用归原告的我武公司股份及同捷科技的股权本金抵偿一部分欠款和财产。

经当庭质证，两被告对原告证据 1 至 5 的真实性无异议。对证据 6 表示无异议，但仅是对部分投资人分红了，仍有部分没有分红，被告王馨羚尚未获得分红。对证据 7、8 中支付案外人的部分表示，与原告无关，并非支付的涉案赔偿款；对 33 万表示，支付的是原告同被告王馨羚婚姻存续期间，被告对原告的欠款；否则，原告不会在 2013 年 3 月 2 日时，认可其应支付被告王馨羚的补偿款为 80 万元。对证据 9 无异议。

原告对被告利合股权的证据材料认为对真实性无法确认。

原告对被告王馨羚的证据认为 1，需要向原告本人核实。2 至 5 真实性无异议，但不认可待证事实。

根据双方质证意见及庭审陈述，本院对双方证据认定如下：原告证据 1、2、3 被告无异议，且与本案有关联，本院予以确认。被告利合股权证据 2，三位合伙人到庭表示本人出具，本院予以确认。双方提供的其他证据的待证事实，属于离婚后财产案件的审查事实，并非本案审理范围。

经审理查明，2010 年 9 月 26 日，案外人张宇欣、李健武、徐延峰、刘光德、陈献开、王程与本案被告王馨羚登记成立本案被告利合股权。被告王馨羚认缴出资 900 万元，实缴出资 225 万元，占出资总额的 9%，为执行事务合伙委派代表。

2011 年 3 月 30 日，原告与被告王馨羚签署《自愿离婚协议书》一份，约定：双方自愿离婚。夫妻共同财产的处理：4、目前在被告王馨羚名下的同捷科技股份 50 万股（价值 300 万）、及我武生物股权（价值 225 万），本金及净利润双方均按 50%分割，目前由被告王馨羚代持，在股权上市或未获准上市退出后，被告王馨羚负有协助转让手续的义务。翌日，双方在上海市浦东新区民政局登记离婚。

《上海利合股权投资合伙企业有限合伙协议》第十条约定：本合伙企业的合伙人分为普通合伙人和有限合伙人，其中：普通合伙人 1 名：上海利合股权投资管理合伙企业；有限合伙人 7 名：张宇欣、李健武、徐延峰、刘光德、陈献开、王馨羚、王程。第二十二条约约定：执行事务合伙人由全体合伙人选举产生，在合伙企业存续期间，上海利合投资管理有限公司为合伙企业的普通合伙人，代表其执行合伙事务，为执行事务合伙人，被告王馨羚为执行事务合伙人委派代表，代表执行该执行事务合伙人行使权利及义务。其他合伙人不得执行合伙事务。第三十六条规定：合伙份额的转让，经全体合伙人书面同意，合伙人出资份额可以以以下方式转让：2. 有限合伙人可以向执行事务合伙人同意的第三人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前三十日通知其他合伙人，且在同等条件下，普通合伙人有优先受让权。上海利合股权投资管理合伙企业、李健武（持有合伙财产比例 20%）、陈献开（持有合伙财产比例 10%）、张宇欣（持有合伙财产比例 25%）表示，不同意被告王馨羚将合伙的份额转让给合伙人以外的人员。

审理中，被告利合股权股东李健武、陈献开、张宇欣到庭表示，被告王馨羚提供证明系本人所写，对 2011 年 3 月，原告与被告王馨羚之间协议并不知情，不同意其约定。不同意对被告王馨羚名下被告利合股权所持有的我武公司的股权进行分割。被告利合股权就投资我武公司，我武公司上市一事尚未分红。

审理中，原告向本院确认其诉由为合伙企业纠纷。

本院认为，关于被告利合股权合伙财产的分割。首先，原告与被告王馨羚在离婚协议中并未明确被告利合股权合伙财产的分割问题。

其次，一、根据被告利合股权的合伙协议，有限合伙人向第三人转让其在有限合伙企业中的财产份额，首先应经过执行事务合伙人的同意。协议约定，执行事务合伙人为上海利合股权投资管理合伙企业，被告王馨羚为执行事务合伙人委派代表，代表执行该执行事务合伙人行使权利及义务。因此，执行事务合伙人代表仅是代表该执行事务合伙人行使权利及义务，执行事务合伙人代表并不能代替执行事务合伙人进行决策。该条款同时规定：其他合伙人不得执行合伙事务，从该条款看，合伙协议显然排除了任何一个有限合伙人单独决定执行事务合伙人事项的权利。因此，原告主张被告王馨羚为执行事务合伙人代表，其本人同意就应视为执行事务合伙人同意的观点显然不能成立。本院认为，“应经过执行事务合伙人同意”，当需要被告利合股权全体股东进行表决。现在持有合伙财产比例占 55%的有限合伙人表示对当时原告与被告王馨羚的约定不知情，也不同意被告王馨羚向合伙企业股东以外包括原告在内的

人员转让股份。因此，如被告王馨羚向原告转让被告利合股权的合伙财产，该转让未经执行事务合伙人同意。该转让无效。

二、无论涉案合伙协议还是《合伙企业法》均规定，合伙人向合伙人以外的其他人转让股份，需告知其他合伙人，其他合伙人在同等条件下具有优先受让权。现原告未有证据证明双方离婚时就合伙财产的转让当时告知过其他合伙人，且现有合伙人明确表示过未告知其。事实上剥夺了其他合伙人的优先受让权。

综上，即使被告王馨羚与原告在离婚时约定了被告利合股权的合伙财产的分割，该约定也无效。因此，原告的第一项诉请，本院不予支持。

因原告就被告利合股权的合伙人身份未获确认，因此，原告第二项要求将原告登记为被告利合股权有限合伙人的诉请，本院不予支持。

关于被告利合股权投资的我武公司股东上市获利的分红问题。

其一，上文已述，本院认为，在未获得被告利合股权同意，未告知过其他股东的情况下，原告不能获得被告利合股权合伙财产。即原告不能基于合伙人身份获得合伙企业的分红。

其二，姑且不论被告利合股权的分红是否属于婚姻存续期间的夫妻共同财产，当然该事项亦并非本案查明范围。在本院询问是否需要变更案由为离婚后财产纠纷时，原告表示坚持合伙企业纠纷案由。

综上，原告要求被告王馨羚给付被告利合股权的分红 992,050.94 元的诉请，本院不予支持。

据此，依据《中华人民共和国合伙企业法》第二十二条、第二十三条之规定，判决如下：驳回原告缪露斐的全部诉请。

案件受理费 50,244 元，减半收取计 25,122 元，由原告缪露斐负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判员 罗懿

二〇一四年四月二十二日

书记员 胡鑫

原告上海复星创富股权投资基金合伙企业诉被告上海宣通实业发展有限公司等与公司有关的纠纷一案一审民事判决书

上海市浦东新区人民法院

民事判决书

(2014)浦民二(商)初字第3486号

原告上海复星创富股权投资基金合伙企业(有限合伙),住所地上海市黄浦区复兴东路2号405室。

执行事务合伙人上海复星创富投资管理有限公司(委派代表:丁国其)。

委托代理人王剑峰,上海市锦天城律师事务所律师。

委托代理人吴星,上海市锦天城律师事务所律师。

被告上海宣通实业发展有限公司,住所地上海市崇明县城桥镇东河沿68号4号楼311室(上海城桥经济开发区)。

法定代表人仰世伟。

被告张敬斌,男,19XX年X月X日生,汉族,住山东省烟台市XXX。

被告陈之皓,男,19XX年X月X日生,汉族,住上海市XXX。

原告上海复星创富股权投资基金合伙企业(有限合伙)诉被告上海宣通实业发展有限公司(以下简称宣通公司)、张敬斌、陈之皓与公司有关的纠纷一案,本院于2014年9月26日受理后,依法适用普通程序审理。由审判员任国民担任审判长,与审判员徐慧莉、人民陪审员张孝贤组成合议庭。因被告张敬斌下落不明,本院遂采用公告送达,依法于2015年4月22日公开开庭进行了审理,原告委托代理人王剑峰、吴星到庭参加诉讼,被告宣通公司、陈之皓经本院依法传唤,被告张敬斌在本院通过公告形式向其送达起诉状副本和开庭传票后,仍未到庭参加诉讼,本院依法进行了缺席审理,本案现已审理终结。

原告上海复星创富股权投资基金合伙企业(有限合伙)诉称:2012年2月16日,山东方泰循环金业股份有限公司(以下简称方泰公司)与原告、被告宣通公司等7方投资人签订《增资协议》,约定方泰公司拟增加注册资本人民币7,500万元(即新增资本7,500万股),注册资本从1亿元增至1.75亿元,新增股本由投资方分别认购,原告以5,000万元、按每股4元认购方泰公司1,250万新增股本,投资方应于2012年2月21日前以现金方式将增资款一次性付至方泰公司指定验资帐户,方泰公司应于《增资协议》生效后10个工作日内办理完成公司验资、工商变更登记手续。《增资协议》签订时,被告张敬斌、陈之皓系方泰公司股东,分别持有该公司1,444万股及1,000万股股份。同日,原告与三被告及方泰公司签订《股份回购、收购协议书》,约定当方泰公司2012年、2013年、2014年其中任一年度审计税后净利润(扣除非经常性的损益)低于8,000万元时,原告有权要求三被告以现金方式收购原告所持部分或全部方泰公司股份,股份收购价格为原告全部增资额即5,000万元及三被告实际支付收购价款之日按年利率8%计算的利息。2012年2月21日,原告按约以银行转帐方式向方泰公司支付增资款5,000万元,完成了协议约定的全部义务。2013年6月20日,北京天圆全会计师事务所受方泰公司委托出具《审计报告》,该报告显示,2012年度方泰公司净利润为55,081,842.18元。鉴于方泰公司2012年度经审计税后净利润低于8,000万元,符合《股份回购、收购协议书》约定的原告可向三被告要求收购原告持有方泰公司股份的条件,原告遂向三被告提出股份收购的要求,但三被告始终未按《股份回购、收购协议书》履行付款义务。原告认为,三被告迟延履行行为构成违约,原告有权要求三被告继续履行《股份回购、收购协议书》约定的股权收购款支付义务,向原告支付约定的股权收购款。为此,原告请求法院判令三被告向原告支付拖欠的股权收购款,价格为原告增资

1074

款 5,000 万元及原告出资之日即 2012 年 2 月 21 日至判决生效之日,按年 8%计算的利息,并承担本案诉讼费。

被告宣通公司、张敬斌、陈之皓未应诉答辩。

为证明其主张,原告向本院提供如下证据材料:

- 1、《增资协议》,证明方泰公司与原告、被告宣通公司等投资人签订协议,约定了各方增资额;
- 2、《股份回购、收购协议书》,证明原告与三被告及方泰公司签订该协议,约定在满足约定条件的情况下,原告有权要求三被告收购原告所持有部分或全部方泰公司股份;
- 3、方泰公司章程,证明本案原、被告双方均系方泰公司股东;
- 4、民生银行电子回单,证明 2012 年 2 月 21 日原告以银行转帐方式向方泰公司支付增资款 5,000 万元,该款汇入了验资账户;
- 5、《审计报告》,证明 2012 年方泰公司净利润为 55,081,842.18 元,少于约定的 8,000 万元;
- 6、回购通知函及寄送凭证,证明原告于 2014 年 9 月 2 日向三被告发送回购通知,要求三被告按约回赎原告股权。

三被告未到庭质证,亦未提供证据材料。

除证据材料 4 为打印件外,原告已提供其余证据材料的原件,经本院审查,原告提供的证据材料均客观真实,其内容相互印证,可以证明原告主张的相关事实,故本院对原告所提供证据材料的真实性予以确认,采信其证明力,并以之作为认定本案相关事实的依据。

依据以上举证、认证,本院经审理查明:2012 年 2 月 16 日,方泰公司作为甲方,与作为乙方的被告宣通公司、作为戊方的原告以及案外人上海鹏欣(集团)有限公司、北京瑞福通达投资有限公司、江伟强、金卫民、王建中签订《增资协议》,除方泰公司外,其余协议方合称为投资方。上述协议约定,方泰公司注册资本为 1 亿元,本次增资前,方泰公司有包括被告张敬斌、陈之皓在内的 24 名自然人股东,其中,被告张敬斌持有 1,444 万股(占总股本 14.44%),被告陈之皓持有 1,000 万股(占总股本 10%);各方同意,方泰公司的注册资本由 1 亿元增至 1.75 亿元,增加的注册资本全部由投资方认购,其中,原告以 5,000 万元,按每股 4 元认购方泰公司 1,250 万股新增股本;本次增资,投资方认购方泰公司每 1 元注册资本的认购价格为 4 元,即每 1 元注册资本的面值为 1 元,超出注册资本的面值部分计入资本公积金;增资完成后,原告持有 1,250 万股,占总股本 7.14%;方泰公司应于本协议签订日后 1 个工作日内以方泰公司名义在银行开设增资验资帐户,在本协议生效后的 10 个工作日内,按照本协议的约定办理完成相应的公司验资、工商变更登记手续,等。

同日,被告宣通公司、张敬斌、陈之皓与方泰公司及原告签订《股份回购、收购协议书》,约定,根据 2012 年 2 月 16 日签订的《增资协议》,原告应向方泰公司增资 5,000 万元;当出现以下任一情况时,原告有权要求方泰公司以现金方式回购或要求被告宣通公司、张敬斌、陈之皓以现金方式收购原告所持有的部分或全部方泰公司股份,包括:1、不论任何主观或客观原因,方泰公司不能在 2015 年 12 月 31 日前首次公开发行并上市或不能在 2015 年 12 月 31 日前通过借壳方式于境内证券交易所上市,该等原因包括但不限于公司经营业绩方面不具备上市条件,或由于公司历史沿革方面的不规范未能实现上市,或由于参与公司经营的原股东存在重大过错、经营失误等原因造成公司无法上市等;……3、公司 2012 年度或 2013 年度、2014 年度审计税后净利润(扣除非经常性的损益)低于 8,000 万元;股份回购价款、收购价款按以下原则确定,即原告全部增资额 5,000 万元及自从原告实际缴纳出资日起至公司实际支付回购价款或三被告实际支付收购价款之日按年利率 8%计算的利息,股份回购或收购均应以现金方式进行,全部股份回购价款或收购价款应在原告发出书面回购、收购要

求之日起 2 个月内全额支付至原告指定帐户；方泰公司与三被告一致对上述约定无异议并承诺执行且愿意对本协议项下义务共同承担连带保证责任。

2012 年 2 月 21 日，原告以银行转帐方式向方泰公司支付增资款 5,000 万元。

2012 年 4 月 17 日，方泰公司修订公司章程，载明，方泰公司注册资本为 20,575 万元，原告系方泰公司股东，出资额为 1,250 万元，持股比例为 6.075%，被告宣通公司的出资额为 1,250 万元，持股比例为 6.075%，被告张敬斌的出资额为 1,444 万元，持股比例为 7.018%，被告陈之皓的出资额为 1,000 万元，持股比例为 4.860%。

根据北京天圆全会计师事务所对方泰公司作出的《审计报告》，载明，未发现方泰公司有注册资本抽逃现象，截止 2012 年 12 月 31 日，方泰公司的净利润为 55,081,842.18 元。

2014 年 10 月 10 日，原告以挂号信形式向三被告分别发出《回购通知函》，载明，根据《股份回购、收购协议书》等相关协议约定，三被告应尽快将股份回购款项，包括增资额 5,000 万元及利息，付至原告函件载明之帐户。

三被告收函后未作回复。

本院认为，依法成立的合同，受法律保护，对当事人具有法律约束力，当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

本案中，原、被告双方及方泰公司于 2012 年 2 月 16 日签订的《增资协议》及《股份回购、收购协议书》约定，原告向方泰公司投资 5,000 万元用于增资，原告认购的每 1 元注册资本的认购价格为 4 元，超出注册资本的面值部分计入资本公积金。上述协议签订后，原告按约向方泰公司支付 5,000 万元，该款已用于方泰公司的增资。根据方泰公司修订后的公司章程，该公司增资后，原告对方泰公司的出资额为 1,250 万元，持股比例为 6.075%，由此可见，原告已按约履行出资义务并成为方泰公司的股东。上述《股份回购、收购协议书》还约定，若方泰公司 2012 年度或 2013 年度、2014 年度审计税后净利润（扣除非经常性的损益）低于 8,000 万元，则原告有权要求三被告以现金方式收购原告所持部分或全部方泰公司股份。鉴于上述条款在方泰公司的现任股东与拟增资的新股东之间达成，在原、被告双方均为方泰公司股东的情况下，约定在满足一定条件的情况下，由股东之间收购股权，系股东之间的自愿行为，不违反法律规定。且作为方泰公司原股东，被告方与作为投资人的原告之间进行如公司净利润未满足一定条件则收购投资人股权的约定，以吸引投资，该约定建立在双方当事人对方泰公司未来经营状况充分预判的基础之上，既未使方泰公司利益受损，更未损害方泰公司债权人利益，亦不违反法律法规的强制性规定，应认定有效。

根据《股份回购、收购协议书》的约定，若方泰公司 2012 年度或 2013 年度、2014 年度审计税后净利润（扣除非经常性的损益）低于 8,000 万元，则原告有权要求三被告以现金方式收购原告所持部分或全部方泰公司股份。依据《审计报告》，截止 2012 年 12 月 31 日，方泰公司的净利润为 55,081,842.18 元，不足 8,000 万元，已满足约定的收购条件。在此情况下，原告已分别向三被告发函要求收购股份，但三被告接函后未回复亦未履行约定义务，系违约行为。关于股份收购价款，上述协议约定为，原告全部增资额 5,000 万元及自从原告实际缴纳出资日起至三被告实际支付收购价款之日按年利率 8% 计算的利息，故本院对原告要求三被告按上述约定支付收购款（其中利息计算至本判决生效之日）的诉讼请求予以支持。此外，根据权利义务对等原则，原告应及时配合三被告及方泰公司将所持股份变更登记至三被告名下，至于三被告之间的股权比例，应由其自行商定。

三被告在收到本院依法送达的诉状副本等材料后，未应诉亦未提交任何证据材料，应视作放弃抗辩。

综上，本院对原告的诉讼请求予以支持。依据《中华人民共和国公司法》第一百三十七条、《中华人民共和国合同法》第八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：

被告上海宣通实业发展有限公司、张敬斌、陈之皓应于本判决生效之日起十日内向原告上海复星创富股权投资基金合伙企业（有限合伙）支付股份收购款（具体计算方式为：5,000 万元及以 5,000 万元为基数、自 2012 年 2 月 21 日起按年 8% 计算至本判决生效之日的利息）。负有金钱给付义务的当事人如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 343,244 元，由被告上海宣通实业发展有限公司、张敬斌、陈之皓负担。

如不服本判决，可在本判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审判长 任国民
审判员 徐慧莉
人民陪审员 张孝贤
二〇一五年五月十一日
书记员 陈巨澜

1077

原告姚霞与被告长沙素加营养品有限公司、合生元国际控股有限公司劳动争议一案的民事判决书

南京市鼓楼区人民法院

民事判决书

(2015)鼓民初字第 7552 号

原告姚霞，女，汉族，1979 年 2 月 26 日生。

委托代理人潘雯，江苏致邦律师事务所律师。

委托代理人朱宏伟，江苏致邦律师事务所实习律师。

被告长沙素加营养品有限公司，注册号 430122000045637，住所地在湖南望城经济开发区雷锋大道 108 号。

法定代表人孔庆娟，总经理。

委托代理人甄晓蓝，长沙素加营养品有限公司法务。

第三人合生元国际控股有限公司，住所地在香港干诺道中 200 号信德中心西座 35 楼 3508 室。

法定代表人罗飞，主席。

委托代理人甄晓蓝，长沙素加营养品有限公司法务。

原告姚霞与被告长沙素加营养品有限公司（以下简称长沙素加公司）、第三人合生元国际控股有限公司（以下简称合生元国际）劳动争议纠纷一案，本院于 2015 年 11 月 30 日受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理，原告姚霞及其委托代理人潘雯、朱宏伟，被告长沙素加公司暨合生元国际的委托代理人甄晓蓝到庭参加诉讼，本案现已审理终结。

原、被告答辩意见

原告姚霞诉称：原告自 2008 年起与广州合生元生物制品有限公司（以下简称广州合生元）订立三次劳动合同，分别为：1、2008 年 6 月 16 日至 2010 年 6 月 15 日的两年固定期限劳动合同，工作岗位为 KA 经理（重点客户经理），工作地点为南京，负责江苏、安徽区域，负责向重点客户推广销售合生元婴幼儿奶粉；2、2010 年 6 月 16 日至 2013 年 6 月 30 日的三年固定期限劳动合同，工作岗位为商超经理，负责领导、培训商超销售团队开展销售工作。3、2013 年 7 月 1 日开始的无固定期限劳动合同，工作岗位为大区商超经理。2014 年 9 月 30 日，原告与广州合生元以及控股子公司长沙素加公司签订三方协议，将原告在广州合生元的无固定期限劳动关系转至长沙素加公司，该协议约定长沙素加公司承认原告在广州合生元的工龄，薪酬福利不变，工作岗位为江苏、上海地区推广销售集团新品牌“素加”牌奶粉的大区商超经理。为奖励原告对集团的贡献，2010 年 7 月 16 日，广州合生元的全资控股母公司合生元国际控股有限公司（即本案第三人）与原告签署协议，授予原告 34676 股份权利（行权价 2.53 港元每股，股票代码 HK1112），截止目前上述股份已归属原告 20806 股。合生元国际为广州合生元的全资控股母公司，广州合生元为长沙素加公司的全资控股母公司，三者为关联公司。

2015 年 10 月 12 日，合生元国际的大区主管及以上人员开会称：因集团公司收购澳大利亚 swiss 保健品公司，经营策略做重大调整，为整合资源和提高组织效率，公司组织架构要进行重大调整，现有销售团队人员合并成一个（称 BNC 事业部），只配一套管理班子，重复的大区负责人岗位进行优化，并称涉及人员范围广，时间紧，所有管理人员直接任命，不通过竞争上岗。同时给原告两个解决方案，一是接受调岗，而是接受经济补偿金和代通知金。会后大区总监告知原告公司要调其至常州办事处任主管，原告答复公司主管：常州办事处的工作内容跟原告之前的岗位专业性不匹配，原告单身一人在南京抚养子女，子女入学也在南京，

是家中唯一经济来源，加之原告并未过错，与公司签订的也是无固定期限劳动合同，故要求继续履行劳动合同，同时公司还有试用期刚到的人员从事原告之前的岗位，不应该对原告进行调岗，公司应当进行合理调配。当天谈完话后，原告被告知原工作岗位被取消。2015 年 10 月 13 日，公司再次约谈原告，双方此后并未达成一致。2015 年 10 月 23 日，长沙素加公司向原告发函解除劳动合同，并向原告支付 157769 元经济补偿金及代通知金（按照广州市 2014 年职工月平均工资 3 倍上限计算 8.5 个月工资），并取消了授予原告的股票期权（截止解除劳动合同时，尚有 13870 股份未行权）。被告系违法解除与原告的劳动合同，并导致原告无法享有的第三人的股票期权以及限制性股票，给原告造成了损失。为维护自身合法权益，原告经仲裁前置程序后诉至法院，请求判令：1、长沙素加公司支付违法解除劳动关系的赔偿金人民币 278415 元（2014 年广州地区社平工资 6187 元×3 倍×7.5 个月×2 倍）、代通知金 18561 元（2014 年广州地区社平工资 6187 元×3 倍）、2015 年终奖金 74193 元（2012 年-2014 年年终奖的平均数）、2015 年底双薪 24000 元（基本工资 19150 元×1.25）；2、第三人给付原告行使股票期权，授权原告香港联交所上市股票“合生元”（代码：HK01112）13870 份股票（按行权价行权），若第三人不能给付，由长沙素加公司承担相应赔偿义务；3、第三人给付原告 2015 管理年个人激励限制股票“合生元”（代码：HK01112）3460 股，若第三人不能给付，由长沙素加公司承担相应赔偿义务；4、被告承担本案律师费用。

被告长沙素加公司辩称：1、被告依法与原告解除劳动关系，且已足额向原告发放经济补偿金、代通知金和年终双薪。被告分别于 2015 年 11 月 10 日、11 月 27 日分别向原告发放经济补偿金 139207 元、18561 元，合计 157768 元。被告在此次组织架构调整中，秉承尽量保持员工就业状态，根据相关法律法规规定，劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的，有关劳动者的上年度职工月工资标准等事项，按照劳动合同履行地的有关规定执行，但因为广州的年职工工资标准高于全国大部分地区，故被告从人性化考虑，在计算经济补偿金、代通知金以及年底双薪的基数时一律按照较高地区的标准发放。如果按照南京市职工平均工资标准计算的经济补偿金为 121500 元、代通知金为 16200 元、年终双薪为 19150 元，合计 157200 元，但被告按照广州市的标准计算经济补偿金和代通知金为 157768 元。2、被告无需向原告支付限制性股票、期权的对价。被告于 2014 年 8 月 1 日通过邮件向原告预授予 3460 合生元集团股票，同时在邮件中明确标注“计划授予”、“正式授予以公告为准”、“归属条件为公司绩效目标及个人绩效目标达成情况”。期间，被告没有在任何场合以任何形式向原告承诺过限制性股票，也没有与原告签署正式的授予函。根据合生元集团于 2015 年 7 月发出的盈利预警，本年度限制性股票极有可能因公司绩效未达标而全员失效。限制性股票作为劳动合同约定之外的福利，被告有权依据当年集团经营情况决定是否授予或归属。2014 年授予原告的 2624 股限制性股票就曾因公司绩效不达标而全员失效。因此，原告无权主张期权和限制性股票。综上，请求法院驳回原告的诉讼请求。

第三人合生元国际辩称：2015 年 7 月 23 日，第三人在香港联交所发出盈利预警，告知包括原告在内的全体股东，合生元集团截止 2015 年 6 月 30 日收入较 2014 年同期大幅度减少，其中利润下降 36%，由此进一步说明合生元集团包括长沙素加公司 2015 年绩效较差未能达到利润目标，原告所请求的年终奖金、期权、限制性股票均因公司业绩无法达标而无法实现。其他意见同长沙素加公司。原告的全部请求没有事实依据，请求法院驳回原告的诉请。

经审理查明的事实

2008 年 6 月 16 日，姚霞与广州市合生元生物制品有限公司签订劳动合同，期限为 2008 年 6 月 16 日至 2010 年 6 月 15 日，合同约定姚霞担任 KA 经理，工作地点在苏皖大区。该合同到期后，双方续签了期限为 2010 年 6 月 16 日至 2013 年 6 月 30 日的劳动合同，合同约定姚霞担任商超经理，工作地点在苏皖大区，年终发放双薪，双薪=（当年 9 月份的基本工资+浮动工资基数）÷12×当年享受正式员工待遇月份数。2013 年 7 月 1 日，双方再次签订无

固定期限劳动合同,合同约定姚霞的基本工资为 7296 元每月,浮动工资=浮动工资基数 10944 元每月×系数(0.5,1.5),年终双薪=(管理年度最后一个月的基本工资+浮动工资基数)÷12×管理年度转正后的出勤率。2014 年 9 月 30 日,姚霞(乙方)、广州市合生元生物制品有限公司(甲方)和长沙素加营养品有限公司(丙方)签订协议一份,约定甲乙双方于 2014 年 9 月 30 日解除劳动关系,甲方无需向乙方支付经济补偿金和代通知金。乙方和丙方于 2014 年 10 月 1 日建立劳动关系,由丙方承接甲方的权利和义务,劳动合同为无固定期限劳动合同,至法定解除条件出现时终止。丙方承认乙方从 2008 年 6 月 16 日(入组合生元集团时间)开始计算工龄,乙方转移劳动关系至丙方后,薪酬福利保持不变,乙方转移劳动关系至丙方后,需遵守合生元集团各项规章制度及公司政策。第三人合生元国际控股有限公司为控股母公司,广州市合生元生物制品有限公司和长沙素加营养品有限公司均为合生元国际控股有限公司的下属公司,三家公司为关联公司。

2015 年 10 月之前,合生元集团组织架构分为 4 个事业部,分别为合生元品牌事业部、素加品牌事业部、葆艾品牌事业部和教育品牌事业部。2015 年 10 月,合生元集团收购澳大利亚保健品 SWISS 公司,急需适应市场竞争,对市场策略进行调整,因此进行了组织架构的调整,撤销合生元品牌事业部、素加品牌事业部和葆艾品牌事业部,新成立了 BNC 事业部。2015 年 10 月 12 日,BNC 事业部的大区总监夏红梅找姚霞谈话,因公司结构调整,姚霞的岗位被撤销,公司将姚霞调岗至常州,薪酬待遇不变。后姚霞表示不同意调岗。

2015 年 10 月 23 日,长沙素加公司向姚霞发出解除劳动合同通知书,载明因公司与你订立劳动合同时所依据的客观情况发生重大变化,原劳动合同无法继续履行,公司已与您协商变更劳动合同,但未能就变更内容达成一致意见。现公司决定自 2015 年 10 月 26 日起解除劳动合同,同时与你解除劳动关系。1、我公司同意计发经济补偿金及代通知金,合计 157769 元(共计 8.5 个月工资);2、你的 2015 年 10 月的工资将于 2015 年 11 月 15 日发放,2015 管理年的年终浮动奖金,如有,将根据公司的奖金政策在 2015 年 12 月前结算;3、如有授予你股票,则所有股票即日失效。长沙素加公司分别于 2015 年 11 月 10 日和 11 月 27 日分别向姚霞发放 139207 元、18561 元,合计 157768 元。

姚霞 2014 年 10 月至 2015 年 10 月期间每月应发工资分别为 26885.13 元、28633.23 元、26339.6 元、19649 元、19149 元、23808.6 元、17479.68 元、21170 元、21442 元、22245 元、20137 元、19850 元、11964.35 元。

2010 年 7 月 16 日,合生元国际向姚霞发出首次公开发行股份期权要约函,载明为了表扬和奖励姚霞对公司、对公司的附属公司、公司前身的成长和发展,特此授予姚霞期权,即以认购价格港币 2.53 元认购公司 34676 股份的权利,姚霞的认购前提是不低于每股的正常价值,即 0.01 港元。被授予的期权只有在“附表 1-表现目标”规定的表现目标实现以后才能被行使。期权的期限于采纳之日开始并于以下日期中较前者截止:1、计划第 10 段规定的期权失效的日期;2、或上市六周年之日。同日,姚霞在要约函上签字表示接受并同意。附表 1 中绩效目标中分为三个行权期,分别为第一个行权期(2010 年至 T+3)、第二个行权期(2010 年至 T+4)、第三个行权期(2010 年至 T+5),绩效目标又分为公司绩效目标(包括三个指标,分别为销售额、净利润、加权平均净资产收益率)和个人绩效目标(包括三个数据,分别为年度月均 KPI 大于或等于 1、年度月均 KPI 大于或等于 0.6 且小于 1、年度月均 KPI 小于 0.6)。个人实际性权的相应份额=个人可行权的最高相应份额×个人绩效目标系数,个人可行使期权的条件是必须同时满足公司绩效目标和个人绩效目标系数。姚霞在附表 1 中签字表示接受并同意。2011 年至 2013 年期间,合生元国际多次向姚霞行权共计 20806 份期权,目前尚有 13870 份期权未归属。2013 年 12 月 31 日,合生元国际向姚霞发送“您个人的合生元员工期权市值提示”的电子邮件,该邮件再次确定期权归属的条件为达到公司绩效目标(指标包括销售额、净利润和加权平均净资产收益率)和个人绩效目标系数大于等于 0.6。

期权失效的情况：1、员工离职（不管是辞职还是被公司单方或协商解除劳动关系），离职后，未归属的期权全部失效；2、员工职位发生异动，异动后的职务级别不在高级专员以上且司龄不满 5 年的，期权全部失效。

2014 年 8 月 1 日，合生元国际向姚霞发送电子邮件，标题为“计划授予您的 2015 管理年个人激励限制性股票”，邮件载明授予条件为公司绩效目标（绩效系数 1）和个人绩效目标（绩效系数 2、绩效系数 3、绩效系数 4）。个人实际归属的股票数=授予总股票数×绩效系数 1×绩效系数 2×绩效系数 3×绩效系数 4。公司计划初始授予姚霞股份数 3460，并备注请员工知悉公司计划授予股份的分配规则，正式授予以公告为准。

2015 年 11 月 11 日，姚霞向南京市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁请求同诉讼请求。2015 年 11 月 19 日，该仲裁委员会未在法定期限内作出受理决定。姚霞遂诉至本院。判决理由和依据

本案的争议焦点为：1、长沙素加公司是否应当支付违法解除劳动合同的赔偿金、代通知金；2、长沙素加公司是否应当支付 2015 年终奖金；3、长沙素加公司是否应当支付 2015 年的年底双薪；4、第三人是否应当支付期权；5、第三人是否应当支付限制性股票。

关于第一个争议焦点。本院认为，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。本案中，因合生元集团的组织构架进行调整，其下属公司长沙素加公司的构架也进行相应调整，在此次调整过程中，姚霞所在的事业部被撤销，新成立的事业部领导也曾与姚霞协商调整岗位至常州，承诺薪资不变，在此情况下姚霞不同意调岗，导致双方协商未达成一致意见。由此可见，双方的劳动合同在履行过程中发生重大变化，致使原劳动合同无法继续履行，长沙素加公司也与姚霞进行了协商，但双方未协商一致，故长沙素加公司在此情况下与姚霞解除劳动关系，应当支付经济补偿金。姚霞主张违法解除进而主张赔偿金的意见，无事实和法律依据，本院不予支持。因长沙素加公司未提前一个月通知解除劳动合同，故应当支付代通知金。姚霞主张代通知金 18561 元，长沙素加公司已经给付，故姚霞要求长沙素加公司给付代通知金的诉讼请求，本院不予支持。关于经济补偿金，姚霞在解除劳动合同前的工作地点在南京，南京市 2014 年在岗职工平均工资为 70507 元，双方确认姚霞应得经济补偿金的年限为 7.5 年。姚霞的平均工资高于当地的社会平均工资的三倍，故其经济补偿金的基数应以当地社会平均工资的三倍计算，结合姚霞的工龄，姚霞应得经济补偿金为 132200.62 元（70507 元÷12×3×7.5），长沙素加公司按照广州市社会平均工资的三倍上限支付经济补偿金 139207 元，已高于按照南京市标准支付的该项金额，应认定长沙素加公司已足额给付姚霞经济补偿金。

关于第二个争议焦点。本院认为，当事人对自己诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或证据不足以证明其主张，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中，姚霞主张长沙素加公司支付年终奖，但其举证的 2011 年-2014 年历年年终奖的发放记录不能证明其应当获得 2015 年的年终奖，姚霞此外未就 2015 年年年终奖的发放条件以及姚霞已满足年终奖的发放条件进行举证。故姚霞的该项请求，本院不予支持。

关于第三个争议焦点。本院认为，首先，长沙素加公司主张 2015 年年底双薪已随经济补偿金和代通知金一并发放，姚霞对此不予认可，并主张长沙素加公司并未发放年底双薪。对此，本院认为，长沙素加公司在解除劳动合同通知书中明确载明支付姚霞经济补偿金和代通知金，金额共计为 8.5 个月工资 157769 元，并没有写明支付年底双薪，且之后长沙素加公司也是按照该通知书上的金额支付。故应认定长沙素加公司并未向姚霞支付年底双薪。年底双薪在双方签订的劳动合同中已明确约定，该劳动合同对双方均产生拘束力，双方均应按照劳动合同的约定履行各自的义务。故长沙素加公司应当向姚霞支付年底双薪。其次，庭审中，

双方确认 2015 年双薪的计算公式为解除劳动合同时上一个月的基本工资 19150 元×年度出勤率。姚霞主张按照 1.25 的出勤率计算 2015 年年底双薪，并举证 2012 年大管理年的奖金明细，2012 年大管理年的期限为 2011 年 7 月至 2012 年 9 月，年度出勤率为 1.25，长沙素加公司对该奖金明细真实性无异议，但主张姚霞 2015 年度出勤率为 1。对此，本院认为，2012 管理年并非完整的自然年度，而是 1 年 3 个月，故其出勤率为 1.25，但双方确认的 2015 管理年的期限为 2014 年 10 月至 2015 年 9 月，是一个完整的自然年度，故长沙素加公司主张姚霞的年度出勤率为 1 的意见，本院予以支持。故长沙素加公司应支付姚霞 2015 年底双薪 19150 元。

关于第四个争议焦点。本院认为，股票期权是企业授予员工在约定的行权期内以某一预先确定的价格（行权价）购买企业股票的权利，一般采用授权协议的方式确立。股票期权在行权期前，员工只有对股票的期待权。《江苏省工资支付条例》第四条规定：工资支付应当遵循诚实信用的原则，按时以货币形式足额支付。而股票期权具有收益非固定、可变性的特点，是附条件和附期限的一种收益，具有不确定性，与企业经营状况和股票价格密切相关，并非企业定期支付给员工的固定收入。另外，股票期权的主要目的在于激励员工，并起到一定程度的捆绑约束作用，其制度基础与机制与常规意义上的工资、奖金并不相同，因此，股票期权应当排除在工资范围之外。故股票期权争议不属于人民法院劳动争议案件的受案范围，本院对此不予受理。

关于第五个争议焦点。本院认为，姚霞举证的合生元国际授予其限制性股票的电子邮件已明确该授予仅为计划授予，正式授予以公告为准。姚霞并未举证正式授予其限制性股票的证据，故姚霞的该项诉讼请求，本院不予支持。

姚霞主张长沙素加公司支付律师费的诉讼请求，无事实和法律依据，本院不予支持。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第二十九条、第三十条、第四十条、第四十六条、第四十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第三十九条、第六十四条之规定，判决如下：一、被告长沙素加营养品有限公司于本判决生效之日起十日内给付原告姚霞 2015 年底双薪 19150 元；

二、驳回原告姚霞的其他诉讼请求。

如果义务人未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 10 元，免收。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于江苏省南京市中级人民法院。

审判长 刘桂占

人民陪审员 丁吉

人民陪审员 郭长根

二〇一六年六月二十七日

书记员 记员石芳

原告张添福与被告丁灿阳与公司有关的纠纷一案一审民事判决书

晋江市人民法院
民事判决书

(2017)闽 0582 民初 296 号

原告：张添福，男，1978 年 10 月 13 日出生，汉族，住晋江市。

委托诉讼代理人：吴景洪、周磊，北京大成（厦门）律师事务所律师、实习律师。

被告：丁灿阳，男，1969 年 11 月 29 日出生，回族，住晋江市。

原告张添福与被告丁灿阳与公司有关的纠纷一案，本院于 2017 年 1 月 11 日立案后，依法适用简易程序，于同年 3 月 24 日公开开庭进行了审理。原告张添福及其委托诉讼代理人吴景洪、周磊到庭参加诉讼。被告丁灿阳经传票传唤未到庭。审理中，根据原告申请，给予庭外调解 1 个月。本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：1. 解除原、被告之间的委托持股关系，被告将原告委托其代持的 40 万股福建诺奇股份有限公司（对应该公司在香港上市后的内资股为 200 万股）股份归还原告；2. 被告协助办理上述代持股份过户登记给原告（指协助向中国证券登记结算有限责任公司办理股份过户登记）。

事实和理由：2013 年 7 月 15 日，原、被告签订 1 份《股权转让暨委托持股协议书》，约定：原告受让被告持有的福建诺奇股份有限公司（以下简称诺奇公司）40 万股股权，并委托被告代为持有。原告依约支付股权转让款 340 万元。根据诺奇公司招股章程及工商登记，当时的总股本（注册资本）为 9000 万元，每股（票面值）为 1 元。2014 年 1 月 9 日，诺奇公司实现在香港上市，上市后总股份数为 610794000 股，每股票面值（折股价）为 0.2 元，即香港上市前 1 股对应上市后 5 股。原告委托被告持有的股份数变更为 200 万股内资股（诺奇公司上市后股份分为内资股和 H 股，两种股份票面值相同并同股同权）。后被告出具 1 份《确认函》，确认原告支付股权转让款并委托被告持股和“除非按原告指示或按法律规定、协议约定处分代持股份外，被告对其名下诺奇公司股份的任何处分行为均为对被告本人股份的处分，被告名下剩余的诺奇公司股份优先被认定为替原告代持的股份，原告有权依合同约定要求被告处分标的股份或要求归还代持的标的股份。”

被告未作答辩，亦没有向本院提供证据。

在本院审理过程中，原告提供下列证据：

1. 《股权转让暨委托持股协议书》和《确认函》各 1 份，以此证明原告于 2013 年 7 月 15 日受让被告持有的 40 万股诺奇公司股份并委托被告代为持有等约定事宜；
2. 民生银行转账记账凭证 3 份，以此证明原告支付股权转让款 340 万元；
3. 诺奇公司的《招股说明书》和《重整计划草案》各 1 份，以此证明，诺奇公司于 2014 年 1 月 9 日在香港上市后，原告委托被告代为持有的 40 万股股份即变更为 200 万股内资股；
4. (2015)泉破字第 1—22 号民事裁定书 1 份，以此证明诺奇公司重整计划已经泉州市中级人民法院裁定批准。

本院认为，因被告未到庭参加诉讼，又未书面提出异议并提交证据，视为自愿放弃相应的诉讼权利。原告提供的上述证据，来源合法，内容真实，证据具有相应的证明力，均可作为认定本案事实的依据。

经庭审认证，对本案主要事实作如下认定：

诺奇公司的前身为“泉州市诺奇时装连锁销售有限公司”，成立于 2004 年 10 月 14 日。2012 年 3 月 26 日，诺奇公司注册资本由 7500 万元增至 9000 万元，总股份数为 9000 万股，每股

1083

1 元。2013 年 4 月 25 日,被告持股占 18.32%,即 1648.8 万股。2014 年 1 月 9 日,诺奇公司在香港联交所主板上市,首次公开发行境外上市外资股(H 股),每股股票面值为 0.2 元。该次 H 股发行后,诺奇公司的股份总数变更为 610794000 股,总股本金额变更为 122158800 元。其中,公开发行的流通股(即 H 股,可上市交易)股票数量为 160794000 股,占公司股份总数的 26.33%(含配发及超额配发股份);非境外上市股份(即内资股,为不可上市交易,且内资股自上市日期起计 1 年内不得过户转让)共 4.5 亿股,占公司股份总数的 73.67%。股票票面值均为每股 0.2 元,即香港上市前 1 股对应香港上市后 5 股。

原、被告于 2013 年 7 月 15 日签订 1 份《股权转让暨委托持股协议书》,主要约定:(1)因诺奇公司拟向香港联交所申请上市,被告将其持有的该公司股份以每股 8.5 元价格转让 40 万股给原告,转让款 340 万元,原告并将股权委托被告代为持有及行使股东权利;(2)公司在香港成功发行 H 股且在法定的锁定期后,被告承诺将根据原告的要求代为出售全部或部分股权或为其办理相应的股权转让手续。原告于同年 5 月 22 日、7 月 20 日分三次给付被告转让款 340 万元。诺奇公司在香港上市后,原告委托被告代为持有的股份数即变更为 200 万股内资股。

2016 年 12 月 5 日,原、被告共同确认,除非按原告指示或按法律规定、协议约定处分代持股份外,被告对其名下诺奇公司的股份的任何处分行为均为对被告本人股份的处分,被告名下剩余的诺奇公司股份优先被认定为替原告代持,原告有权依合同约定要求被告处分或归还代持的股份。

另查明,诺奇公司在破产重整前(即 2015 年 12 月 30 日前),被告登记的持股比例为 13.5%,即持有该公司内资股 82457190 股,重整计划执行完毕后,被告持有的内资股应为 12368579 股。

综上所述,本院认为,原、被告之间的委托持股合同,未违反法律、行政法规的禁止性规定,认定合法、有效。因被告持有的内资股已过锁定期,故被告应按原告的要求返还代为持有的 200 万股内资股。被告经本院合法传唤,无正当理由拒不到庭,依法缺席审理和判决。依照

《中华人民共和国合同法》第六十条、第四百一十条,《中华人民共和国公司法》第一百三十七条、第一百四十一条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定,判决如下:

一、解除原告张添福与被告丁灿阳于 2013 年 7 月 15 日签订的《股权转让暨委托持股协议书》中的委托持股关系;

二、被告丁灿阳返还原告张添福福建诺奇股份有限公司 200 万股非境外上市股份(内资股),并于本判决生效之日起 30 日内协助原告张添福向中国证券登记结算有限责任公司办理股份过户登记。

案件受理费 19200 元,因适用简易程序审理,减半收取计 9600 元,由原告、被告各负担 4800 元。

如不服本判决,可以在判决书送达之日起十五日内,向本院递交上诉状,并按对方当事人的人数提出副本,上诉于泉州市中级人民法院。

审判员 林海堤

二〇一七年五月五日

书记员 黄鹤鹤

原告中企汇鑫南京股权投资基金中心（有限合伙）与被告 马志伟股权转让纠纷一案的民事判决书

南京市中级人民法院

民事判决书

（2015）宁商初字第 59 号

原告中企汇鑫南京股权投资基金中心（有限合伙），住所地在江苏省南京市栖霞区紫东路 2 号。

执行事务合伙人中企高达（北京）投资基金管理有限公司委派代表于小镭，该中心总经理。委托代理人张新军，男，1979 年 8 月 24 日生，该公司法务专员。

委托代理人周柏亨，女，1990 年 7 月 11 日生，汉族，该公司法务专员。

被告马志伟，男，1965 年 7 月 12 日生，汉族。

原告中企汇鑫南京股权投资基金中心（有限合伙）（以下简称中企汇鑫基金）与被告马志伟股权转让纠纷一案，本院于 2015 年 2 月 27 日立案受理，并依法组成合议庭，于 2015 年 8 月 3 日公开开庭进行了审理。原告中企汇鑫基金的委托代理人张新军、周柏亨到庭参加诉讼，被告马志伟经本院合法传唤无正当理由，未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告中企汇鑫基金诉称：一、2012 年 10 月 24 日，中企汇鑫基金与马志伟签订《云南良方制药有限公司股权转让协议》（以下简称股权转让协议）及《云南良方制药有限公司股权转让协议之补充协议》（以下简称补充协议）。约定：原告以 798 万元价格受让被告持有的云南良方制药有限公司（以下简称云南良方公司）1.33% 股权，并于股权转让款支付后 20 日内，双方办理股权变更登记；被告还作出承诺：如云南良方公司 2011 年会计年度主营业务净利润少于 3800 万元，2012 年会计年度主营业务净利润少于 5500 万元时，则对原告进行业绩补偿；如云南良方公司未能在 2015 年 12 月 31 日前完成上市，则原告有权要求被告回购股权，云南良方公司对被告应付的股权回购款承担连带保证责任。二、协议签订后，原告向被告支付 798 万元股权转让款，但被告及云南良方公司未能按约办理股权过户手续。因云南良方公司上市无望，被告于 2013 年 12 月 31 日向原告出具《承诺函》，承诺在 2014 年 1 月 31 日前退回原告支付的投资款并支付收益。如不能在 2014 年 1 月 31 日前支付投资款、收益，则按日千分之五支付迟延履行违约金。2015 年 1 月 30 日，原告致函被告及云南良方公司要求履行协议及承诺未果，故诉至法院，请求判令：一、解除股权转让协议及补充协议；二、被告返还原告股权转让款 798 万元；三、被告支付违约金 79.8 万元、迟延履行违约金 500 万元；四、被告承担本案诉讼费用。

庭审中，中企汇鑫基金将主张迟延履行违约金 500 万元的诉请变更为自 2014 年 2 月 1 日起至实际给付之日，以 798 万元为基数按每日千分五的标准。

原告为支持其诉讼主张提供如下证据：

证据一、马志伟、中企汇鑫基金、中企港南京创业投资基金中心（有限合伙）、九州通医药集团股份有限公司签订的股权转让协议、补充协议、马志伟出具的收据，证明：中企汇鑫基金以 798 万元受让马志伟名下的云南良方公司 1.33% 股权，并约定股权回购条件，云南良方公司为被告马志伟的债务提供连带责任保证。

证据二、胡晓辉的证言及居民身份证复印件，证明：原告员工胡晓辉多次至云南良方公司，要求该公司和被告办理股权过户手续未果；实际上，被告此前已将案涉股权出质给案外人，不可能办理股权变更登记。

1085

证据三、马志伟出具的承诺函，证明：2013 年 12 月 31 日马志伟承诺，其于 2014 年 1 月 31 日前依据补充协议退回股权转让款及相关收益。如不能退回，则按每日千分之五支付滞纳金。证据四、公函、快递回执单（复印件），证明：原告致函被告、云南良方公司，要求其履行案涉协议并明确云南良方公司是否于 2015 年 12 月 31 日前上市。如不能上市，马志伟应按协议及承诺履行。

证据五、云南良方公司企业信息（2014 年 11 月 20 日），证明：该公司成立于 1997 年 6 月 1 日，法定代表人马志伟，公司股东：昆明贝叶傣医药研究所、建银国际医疗产业股权投资有限公司、马洪纪、马志伟；马志伟出资 600 万元，其中出质股权 492.728 万股。

证据六、股权出质设立登记申请书（2011 年 6 月 9 日），证明：2011 年 6 月 9 日，马志伟以其名下 428.527 万股的云南良方公司股权出质给案外人云南昊华融资担保有限公司，担保债权数额为 3000 万元。

证据七、股权出质设立登记申请书（2011 年 8 月 2 日），证明：2011 年 8 月 2 日，马志伟以其名下 171.428 万股的云南良方公司股权出质给案外人云南雄升典当有限公司，担保债权数额为 700 万元。

本院认证意见：胡晓辉证言属于证人证言，因其未到庭，本院不予采信；原告提供的其他证据均为原件，且与本案争议事实相关，对该证据的真实性、关联性、合法性予以确认。

经审理查明：2012 年 10 月 24 日，马志伟（甲方）与中企汇鑫基金（乙方）、中企港南京创业投资基金中心（有限合伙）（丙方）、九州通医药集团股份有限公司（丁方）签订股权转让协议，约定：乙方、丙方、丁方愿意依照本协议约定的条款和条件受让甲方持有的标的公司（云南良方公司）股权。其中涉及甲方马志伟与乙方中企汇鑫基金的相关条款为：第一条转让标的，甲方愿意将其持有的标的公司 1.33%股权转让给乙方，乙方同意以第二条所列价款受让该部股权；第二条转让金额，乙方受让股权价款 798 万元，该金额为税前金额，甲方有义务自行缴纳个人所得税；第三条转让金支付，乙方于协议签署且标的公司作出同意本次股权转让的股东决议后的五个工作日内一次性向甲方支付转让金 798 万元（转账），甲方指定账户：开户行：中国工商银行昆明南市区支行；户名：马志伟；账号：95×××82。第四条股权变更登记手续，标的公司应于股权转让款全额支付后 20 个工作日内完成本次股权转让的工商登记变更。第六条甲方保证和声明，甲方转让的股权真实、合法、完整，本次股权转让已获得必要的授权及批准，且标的公司的其他股东均已放弃优先购买权；甲方如实披露标的公司的各方面情况，不存在重大虚假、遗漏、误导的情形；甲方保证与标的公司一起完成办理该股权转让变更登记手续……。第九条责任：1. 任何一方未按协议之规定全部或者部分履行其义务或承担责任的，或违反本协议保证和声明条款的任何一项或者几项，且给对方造成实际损失，均视违约。违约方均应向对方承担本协议转让金额 10%的违约金，同时违约方还须承担因此给对方造成的损失。2. 受让方未按协议约定期限支付转让价款的，应向转让方支付逾期付款违约金。违约金按迟延支付期间应付价款的每日千分之一计算；3. 转让方未按协议约定期限报批和股权变更登记义务的，受让方有权解除本协议，并要求转让方按转让价款的 10%向受让方支付违约金；4. 如果转让方未按本协议第六条的承诺和保证，转让方应承担违约责任，应按照本协议转让价款的 10%向受让方一次性支付违约金。发生争议，如不能协商，交由原告所在地的人民法院裁决。

同日，马志伟（甲方）与云南良方公司（乙方、担保方）、中企汇鑫基金（丙方）、中企港南京创业投资基金中心（有限合伙）（丁方）、九州通医药集团股份有限公司（戊方）五方签订补充协议，约定：本补充协议系股权转让协议的补充协议，与上述股权转让协议具有同等效力，当发生上述协议与补充协议相冲突时，以本补充协议的表述为准。（一）上市承诺：承诺人（马志伟）在此前向丙方、丁方、戊方确认并保证，若未能在 2015 年 12 月 31 日前（上市承诺期）完成上市，由丙方、丁方、戊方有权按照约定的方式（回购安排）行使售股权。

(二)回购安排: 1. 各方一致确认并同意, 以下任何一事件发生即构成投资人(丙方、丁方、戊方)回购事件: (1) 乙方在上市承诺期未能实现上市的; (2) 乙方符合上市条件, 但甲方无正当理由在该股东大会上投反对或者弃权票, 致使上市程序无法及时启动的; (3) 乙方未能在上市承诺期内达到首次公开发行条件的; (4) 乙方在 2014 年年度审计净利润低于该年业绩承诺的 70% 的; (5) 自本次投资完成后连续三年, 乙方出现重大违规、且该违规行为实质影响乙方上市的; (6) 甲方或者乙方发生重大行政或者刑事违法的行为且实质影响上市的。

2. 任一回购事件发生的, 丙方、丁方、戊方有权在该回购事件发生后的任意时间向承诺人发出要求退出其对乙方的投资之书面通知(退出通知), 并有权自主选择以下方式实施退出投资的安排(售股权): (1) 将丙方、丁方、戊方持有的因本次受让股权而拥有的权益, 以回购价出售予承诺人(马志伟)。承诺人应在收到退出通知后三个月内购买丙方、丁方、戊方各方持有的全部退出权益及向丙方、丁方、戊方全额支付回购价, 无论该退出权益的回购款或收购行为是否完成工商变更登记手续。超出上述期限未支付回购款的, 则承诺人应向各方承担回购款金额每日万分之五的违约金。3. 回购价=丙方、丁方、戊方各方缴付的转让价款 $\times (1+10\% \times T) - M$, 其中, T 为自交割日始至丙方、丁方、戊方各方收妥全部回购价款之日止的连续期间的具体公历日天数除以 365 所得累计年份数, 不足一年的按时间比例算; M 为自交割日始至丙方、丁方、戊方实际收妥全部回购价款之日止的连续期间内, 丙方、丁方、戊方实际收到的业绩补偿, 因本次转让而拥有的股权或收到的任何现金收益(如分红等)和从乙方及甲方处获得的其他任何补偿、赔偿等收益。4. 乙方云南良方公司对承诺人的回购承担连带担保责任。乙方和甲方的陈述和保证与股权转让协议第六条一致。(三)违约责任, 任何一方未按本协议之规定全部或者部分履行其义务或者承担责任的, 或者违反本协议保证和声明条款的任一项或者几项的, 且给对方造成实际损失, 均视违约。违约方均应向对方承担转让金额 10% 的违约金, 同时违约方还须承担因此给对方造成的损失、包括但不限于直接损失、间接损失及由此产生的其他费用和支出。该补充协议还约定自各方签署后生效

上述协议签订后, 中企汇鑫基金按约向马志伟支付 798 万元。马志伟于 2012 年 11 月 20 日出具收条, 确认收到股权转让款 798 万元。2013 年 12 月 31 日, 马志伟向中企汇鑫基金、中企港南京创业投资基金中心(有限合伙)、九州通医药集团股份有限公司承诺: 其于 2014 年 1 月 31 日前, 依照各方签订的协议及补充协议退回上述公司投资款及相关收益, 云南良方公司并承担无限连带担保责任; 如不能在前述时间不能退回投资款收益, 马志伟将按照从 2014 年 1 月 31 日开始计算, 每迟延一日, 即按每日千分之五支付滞纳金。

2015 年 1 月 30 日, 中企汇鑫基金致函马志伟和云南良方公司称: 中企汇鑫已依约支付了股价 798 万元, 但马志伟和云南良方公司未能履行办理该 1.33% 的股权转让变更登记手续的保证义务。马志伟亦未能履行 2013 年 12 月 31 日的承诺。鉴于此, 马志伟和云南良方公司的不诚信行为令中企汇鑫基金不安, 故要求马志伟及云南良方公司收到本函三日内履行协议, 并提供云南良方公司自 2011 年—2014 年相关财务报表。云南良方公司如不能于 2015 年 12 月 31 日前完成上市, 马志伟及云南良方公司应履行协议和承诺支付相关款项、收益及违约金。

另查明, 云南良方公司成立于 1997 年 6 月 4 日, 注册资本 2142.86 万元, 法定代表人为马志伟。该公司股东有昆明贝叶泰医药研究所(出资 1100 万元)、建银国际产业股权投资有限公司(出资 380.86 万元)、马洪纪(出资 62 万元)、马志伟(出资 600 万元)。云南良方公司的工商资料记载, 马志伟已将其名下 600 万股中的 492.728 万股出质。

本院认为, 依法成立的合同, 受法律保护。案涉股权转让协议及补充协议基于缔约各方当事人真实意思表示, 其内容不违反法律、行政法规的强制性规定, 当属有效, 当事人应按合同全面履行合同义务。投资方中企汇鑫基金系专业投资基金与被投资公司(云南良方公司)股东马志伟, 在立约时应对履约风险和盈利作过预判, 理性预估了被投资企业未来价值。中企

汇鑫基金以高于融资方原始股东的入股价格而溢价投资，实际上提前承担了交易风险，对被投资公司云南良方公司的股东马志伟而言，解决了融资困难，企业也获得生存和发展的机遇，故云南良方公司一旦亏损、上市承诺不能实现，各方当事人应按协议承担相应的责任。

关于案涉股权转让协议及补充协议应否解除问题。本院认为：1. 我国《合同法》规定“当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。”从案涉协议相关条款（9.3款）看，该协议约定“转让方未按本协议约定报批和股权变更登记义务的，受让方有权解除本协议，并要求转让方按照本协议转让价款的10%向受让方支付违约金。”2. 投资方中企汇鑫基金已按约支付798万元股权转让款，作为马志伟转让持有的云南良方公司1.33%股权的对价，但马志伟及云南良方公司未能办理股权过户手续。马志伟既未兑现其于2013年12月31日作出的承诺，亦未能提供证据证明云南良方公司于2015年12月31日前可实现上市目标。故马志伟应向中企汇鑫基金承担违约责任。3. 案涉股权转让协议、补充协议虽涉及另外投资人中企港南京创业投资基金中心（有限合伙）和九洲通医药集团股份有限公司，但与该两家投资人相关条款与本案纠纷彼此独立，本案处理结果不涉及该两家公司与马志伟、云南良方公司之间的协议条款内容。因此，受让方中企汇鑫基金依据上述约定的协议解除条款，解除其与马志伟之间的股权转让协议、补充协议，并要求马志伟给付违约金的诉请，具有事实和法律依据，本院予以支持。案涉协议解除后，马志伟收取的股权转让款798万元应予返还。

关于中企汇鑫基金主张的违约金应否支持问题。本院认为，我国合同法规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”如前所述，马志伟未履行办理股权变更登记的义务，其自2012年11月20日确认收取798万元的股权转让款起至2013年12月31日作出书面承诺函时止，占用资金造成中企汇鑫基金利息损失，因此中企汇鑫基金按协议转让价款的10%主张该期间的违约金79.8万元（798万元×10%），符合双方约定，亦于法有据，本院予以支持；另，马志伟承诺其于2014年1月31日前退回投资款及收益，如不能退回投资款及收益，其将自2014年1月31日起，按每日千分之五的标准支付滞纳金。但中企汇鑫基金主张的迟延履行违约金以每日千分之五的标准明显过高，故本院对该标准予以调整。调整后，以798万元为基数自2014年2月1日起至实际清偿之日止，按银行同期贷款基准利率的4倍计算。

综上所述，中企汇鑫基金诉讼请求，部分应予支持。马志伟无正当理由，拒不到庭参加本案诉讼，应视为放弃相关诉讼权利。据此，依照《中华人民共和国合同法》第九十三条、第九十七条、第一百一十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

一、解除原告中企汇鑫南京股权投资基金中心（有限合伙）与被告马志伟之间签订的《云南良方制药有限公司股权转让协议》及《云南良方制药有限公司股权转让协议之补充协议》；
二、被告马志伟于本判决发生法律效力之日起十日内，向原告中企汇鑫南京股权投资基金中心（有限合伙）返还股权转让款798万元，并承担违约金（自2012年11月20日起至2013年12月31日违约金79.80万元；自2014年2月1日起至实际给付之日止，以798万元为基数，按中国人民银行同期贷款基准利率的4倍标准计算）；

三、驳回原告中企汇鑫南京股权投资基金中心（有限合伙）的其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 104468 元、财产保全费 5000 元、公告费 600 元，合计 110668 元，由原告中企汇鑫基金负担 17852 元；由被告马志伟负担 92816 元（此款已由中企汇鑫基金垫付，马志伟履行判决时一并加付）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状及副本，上诉于江苏省高级人民法院，同时根据《诉讼费用交纳办法》的有关规定，向该院预交上诉案件受理费（江苏省高级人民法院开户行：江苏省南京市农业银行山西路支行，账号：10×××75）。

审判长 夏雷

审判员 刘阿珍

代理审判员 夏奇海

二〇一五年十月十七日

书记员 石晓英

张红等与北京盛何欣怡灯饰经营部等侵害商标权纠纷二审 民事判决书

北京知识产权法院
民事判决书

(2018)京 73 民终 392 号

上诉人(原审原告):王绍业,男,1969 年 3 月 23 日出生,汉族,住址浙江省温州市龙湾区。

委托诉讼代理人:胡丹丹,北京创博律师事务所律师。

委托诉讼代理人:崔启坤,北京创博律师事务所实习律师。

上诉人(原审原告):张文,男,1981 年 4 月 24 日出生,汉族,住址安徽省合肥市。

委托诉讼代理人:胡丹丹,北京创博律师事务所律师。

委托诉讼代理人:崔启坤,北京创博律师事务所实习律师。

上诉人(原审原告):张红,女,1986 年 7 月 13 日出生,汉族,住址安徽省合肥市。

委托诉讼代理人:胡丹丹,北京创博律师事务所律师。

委托诉讼代理人:崔启坤,北京创博律师事务所实习律师。

被上诉人(原审被告):欧普照明股份有限公司,住所地上海市浦东新区龙东大道 6111 号 1 幢 411 室。

法定代表人:王耀海,董事长。

委托诉讼代理人:陈晓玲,北京市万慧达律师事务所律师。

委托诉讼代理人:张焱,北京市万慧达(深圳)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):欧普照明电器(中山)有限公司,住所地广东省中山市。

法定代表人:马秀慧,董事长。

委托诉讼代理人:陈晓玲,北京市万慧达律师事务所律师。

委托诉讼代理人:张焱,北京市万慧达(深圳)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):北京盛何欣怡灯饰经营部,住所地北京市朝阳区十里河村高仕力国际灯具市场 3F—15。

投资人:盛运娥,总经理。

上诉人王绍业、张文、张红因与被上诉人欧普照明股份有限公司(简称欧普照明公司)、欧普照明电器(中山)有限公司(简称欧普中山公司)、北京盛何欣怡灯饰经营部(简称盛何欣怡经营部)侵害商标权纠纷一案,不服北京市朝阳区人民法院(简称一审法院)作出的(2015)朝民(知)初字第 65178 号民事判决(简称一审判决),向本院提起上诉。本院于 2018 年 1 月 23 日受理后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人王绍业、张文、张红共同上诉请求:请求二审法院撤销一审判决,依法改判如下:1、被上诉人欧普照明公司、欧普中山公司及盛何欣怡经营部立即停止在“开关插座、排插拖线板”等电工商品包装及相关的商业推广、销售经营活动中,使用与三上诉人的第 1423367 号商标(简称权利商标)近似的“欧普”、“欧普照明”等商业标识的商标侵权行为;2、欧普照明公司赔偿经济损失及合理支出共计 500 万元;欧普中山公司赔偿经济损失及合理支出共计 500 万元。

上诉人王绍业、张文、张红共同的上诉事实与理由:一、欧普照明公司及欧普中山公司使用的“欧普”、“欧普照明”等商业标识,与三上诉人的权利商标构成近似商标。权利商标是中文、拼音和图形组成的组合商标,其中中文“欧普”是该商标的主要识别部分。相关公众主要依据“欧普”文字来呼叫、书写、认知该商标。欧普照明公司及欧普中山公司使用的“欧

普”、“欧普照明”等商业标识，显然与权利商标的主要识别部分“欧普”相同、近似。二、欧普照明公司及欧普中山公司使用的“欧普”、“欧普照明”等商业标识的行为，构成“反向混淆”。三上诉人在本案中明确主张“反向混淆”，即相关公众将三上诉人权利商标所标示的商品误认为来自欧普照明公司及欧普中山公司，而非来自三上诉人。一审判决并未直接评述三上诉人关于“反向混淆”的主张，仅以“正向混淆”推定相关公众不会产生混淆误认。三上诉人认为，被控侵权商标已经超出了其核定使用商品的范围。《中华人民共和国商标法》

（简称商标法）没有规定在判断商标近似、混淆问题上考虑被诉商标的知名度，即使法院在审理商标行政确权案件时，也要注意规避其他商标权利人的权利界限。线上网络店铺销售和线下实体店销售不是可以逃避侵权的避风港。欧普照明公司及欧普中山公司使用“欧普”、“欧普照明”等商业标识的行为，已经构成“反向混淆”，导致上诉人的权利商标的基本识别功能、商品来源指向功能完全丧失了。三、被上诉人的侵权行为应当承担赔偿责任。欧普照明公司及欧普中山公司在明知三上诉人的权利商标存在和持续使用的情况下，仍然在其生产、销售的“开关插座、插排拖线板”等电工商品的包装及相关的商业推广、许可盛何欣怡经营部的经销商和电子商务的经营活动中，持续地、广泛地使用“欧普”、“欧普照明”等商业标识，意欲通过其市场优势，吞噬三上诉人在先知名度较弱的商标，进一步将上诉人的企业排除出市场的行为，属于商标法第五十七条第（二）项规定的情形，侵害了三上诉人对权利商标享有的注册商标专用权。根据中国证监会官方公布的欧普照明公司的《首次公开发行 A 股招股说明书》显示，涉案侵权商品所在的电工产品的销售毛利率占比高达一半，欧普照明公司的侵权获利远高于三上诉人主张的 1000 万元。因此，三上诉人主张的 1000 万元的赔偿及合理支出，应予支持。综上，三上诉人请求本院撤销一审判决，支持其上诉请求。

被上诉人欧普照明公司及欧普中山公司共同答辩称：一、我方使用的“欧普”、“欧普照明”等标识与权利商标不构成近似商标。本案只能以权利商标的整体与“欧普”、“欧普照明”进行比对。权利商标作为一个整体，显著识别部分为图形部分，其与“欧普”、“欧普照明”文字进行比对，二者不构成近似商标。三上诉人所引用的在先判例与本案无关，不能作为本案审理的参考依据。根据最高人民法院的相关司法解释规定，在判断两商标是否近似时应当考虑涉案商标的知名度和显著性。我方使用的“欧普”、“欧普照明”经我方推广、使用，已具有极高知名度，并与我方建立稳固的对应关系。而且，我方在使用“欧普”、“欧普照明”标识的同时，还使用在第 9 类商品上的注册商标“OPPLE”。二、我方使用“欧普”、“欧普照明”标识的行为不会构成相关公众的混淆。“欧普”、“欧普照明”系我方的企业字号，具有较高知名度和行业影响力，二者不会混淆。我方的销售渠道是闭环式销售，所有商品均通过自身的线上或线下专卖店销售，完全排除经销商的参与，客观上不存在混淆的条件。我方在第 11 类商品上注册有多件“欧普”或包含“欧普”文字的商标，具有较高知名度，两者也不会混淆。三上诉人在本案中主张的“反向混淆”并无法律依据。我国商标法中并未提及“反向混淆”，最高人民法院作出的（2016）最高法民再 216 号民事判决书也认定在商标侵权案件中对商标权的保护强度应当与其应有的知名度相适应，而非仅以注册行为所固化的商标标识本身。三、一审判决驳回三上诉人的赔偿责任请求并无不当，应予维持。综上，欧普照明公司及欧普中山公司认为三上诉人的上诉请求及事实理由没有事实及法律依据，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院驳回三上诉人的上诉请求，维持一审判决。

被上诉人盛何欣怡经营部经本院依法传唤未到庭应诉，亦未提交书面答辩意见。

上诉人王绍业、张文、张红请求一审法院判令：1. 判令欧普照明公司、欧普中山公司、盛何欣怡经营部立即停止在开关插座、排插拖线板等电工商品包装及商业推广、销售经营活动中使用“欧普”、“欧普照明”商标；2. 判令欧普照明公司赔偿我三人经济损失及公证费共计 500 万元；3. 判令欧普中山公司赔偿我三人经济损失及公证费共计 500 万元。事实和理由：我三人享有权利商标的专用权，该商标核定使用在第 9 类电线、电器连接器、插头、插座及其他

接触器（电接头）等商品上。该商标自 2000 年 7 月 21 日被核准注册至今一直被持续使用。欧普照明公司、欧普中山公司主营照明产品，其在明知我三人上述权利商标存在的情况下，仍然在生产、销售开关插座、排插拖线板等电工商品的包装、商业推广、销售、电子商务等经营活动中使用“欧普”、“欧普照明”商标。欧普照明公司的具体行为表现为：1. 销售标示有“欧普照明”的排插拖线板。2. 在京东、1 号店、苏宁易购、天猫电商平台上开设有销售开关插座、排插拖线板等商品的专卖店，在这些专卖店的网页上使用“欧普”、“欧普照明”。3. 授权其关联公司在京东、天猫电商平台上开设了 8 家销售有开关插座、排插拖线板的网络店铺，并授权其关联公司在这些网络店铺的网页上使用“欧普”、“欧普照明”。欧普中山公司的具体行为表现为在其生产的排插拖线板上使用“欧普照明”。另外，盛何欣怡经营部是欧普照明公司的授权经销商，其在经营场所的产品陈列柜、宣传海报、联系卡上使用了“欧普”、“欧普照明”。欧普照明公司、欧普中山公司及盛何欣怡经营部上述使用的“欧普”、“欧普照明”商标与我三人的上述权利商标属于近似商标，且其生产、销售的排插拖线板、开关插座等商品与我三人权利商标核定使用的电器连接器、插头、插座及其他接触器等商品属于相同、类似商品。欧普照明公司、欧普中山公司及盛何欣怡经营部的上述行为侵犯了我三人对权利商标享有的专用权。根据欧普照明公司发布的《首次公开发行 A 股招股说明书》披露的数据，欧普照明公司、欧普中山公司两年的侵权所得利益超过了 5000 万元。因此，我三人请求法院判如所请。

一审法院认定事实：

一、涉案权利商标及其使用情况

经国家工商行政管理总局商标局（以下简称商标局）核准，2000 年 7 月 21 日，乐清市欧普电子有限公司（以下简称乐清欧普公司）注册了第 1423367 号商标，该商标核定使用的商品为第 9 类，包括电线、电缆、电线连接物、真空电子管（无线电）、稳压电源、电线圈、电缆接头套、电器连接器、电话线、插头、插座及其他接触器（电接头）。注册有效期自 2000 年 7 月 21 日至 2010 年 7 月 20 日。2002 年 4 月 25 日，该商标被核准转让至朗诗德电器有限公司（以下简称朗诗德公司）。2010 年 10 月 27 日，该商标被核准转让给张红。2010 年 11 月 6 日，该商标被核准转让给张红、王绍业、张文。该商标现已续展至 2020 年 7 月 20 日。

二、欧普照明公司、欧普中山公司及其他关联公司以及相关商标的情况

2000 年 7 月 7 日，中山市欧普照明有限公司成立，其前身为中山市古镇绿明节能灯饰厂。2002 年 12 月 16 日，该公司名称变更为广东欧普照明有限公司。该公司法定代表人为王耀海。后，中山市欧普照明股份有限公司成立。2012 年 11 月 22 日，该公司名称变更为中山市欧普投资股份有限公司。2008 年 10 月 21 日，欧普照明公司成立，法定代表人为王耀海。公司经营范围包括电源光、照明器具、电器开关的生产（限分支机构）、销售、安装服务，照明线路系统设计等。2011 年 12 月 16 日，欧普照明公司作为股东投资设立了欧普中山公司，该公司经营范围包括生产、设计、销售电光源、照明器具、电器开关、家用电器、插座等。上述公司均为关联公司。

中山市古镇绿明节能灯饰厂于 2000 年 7 月 21 日注册了第 1424486 号商标，核定使用的商品类别为第 11 类灯、日光灯管。2001 年 1 月 28 日，该商标转让至中山市欧普照明有限公司。2003 年 10 月 31 日，该商标注册人名义变更为广东欧普照明有限公司。2007 年 3 月 7 日，该商标转让至中山市欧普照明股份有限公司。2012 年 10 月 6 日，该商标转让至欧普照明有限公司。2013 年 1 月 8 日，该商标注册人名义变更为欧普照明公司。现该商标已续展至 2020 年 7 月 20 日。

中山市欧普照明股份有限公司于 2007 年 7 月 28 日注册了第 4426527 号“欧普”文字商标，核定使用的商品类别为第 11 类灯、电灯、灯罩、照明器械及装置、聚光灯、顶灯、照明灯

等。2012 年 10 月 6 日，该商标转让至欧普照明有限公司。2013 年 1 月 8 日，该商标注册人名义变更为欧普照明公司。

中山市欧普照明股份有限公司于 2007 年 9 月 7 日注册了第 4426528 号“欧普”文字商标，核定使用的商品类别为第 9 类报警器、电池、电熨斗、信号灯、闪光灯（信号）。2012 年 10 月 6 日，该商标转让至欧普照明有限公司。2013 年 1 月 8 日，该商标注册人名义变更为欧普照明公司。

欧普照明公司于 2008 年 10 月 14 日注册了第 4983580 号“OPPLE”商标，核定使用的商品类别为第 9 类灯光调节器（电）、整流器、光电开关（电器）、电开关、电器接插件、电器插头、插头、插座及其他接触器（电接头）等。

2007 年 9 月 3 日，国家工商行政管理总局商标评审委员会曾在商评字[2007]第 6570 号《关于第 3024602 号“欧普 Parsley”争议裁定书》中认定申请人广东欧普照明有限公司自 1999 年以来，一直以第 1424486 号商标使用于其生产的节能灯、吸顶灯等灯具产品上，其销售区域覆盖全国多个省市，其销售收入一直在全国同行业排名位居前列，其还通过户外广告、报刊杂志等多种方式对该商标进行了广告宣传，因此，该商标的影响力不断扩大，已具有了广泛的知名度和影响力，据此认定该商标为灯、日光灯管商品上的驰名商标。2003 年、2006 年、2008 年，上述第 1424486 号商标被广东省著名商标认定委员会认定为广东省著名商标。2005 年、2008 年，广东省质量技术监督局授予广东欧普照明有限公司生产的“欧普牌灯饰灯具”为广东省名牌产品。2006 年，国家质量监督检验检疫总局授予广东欧普照明有限公司生产的“欧普牌室内灯具”为中国名牌产品。2007 年 6 月，广东省对外贸易经济合作厅认定中山市欧普照明股份有限公司“欧普照明 OPPL”为 2007—2010 年度重点培育和发展的广东省出口名牌。2011 年、2012 年，中山市欧普照明股份有限公司在中国轻工业照明电器行业十强企业评价活动中分别被评为第 3 名、第 2 名。

三、涉案被诉侵权的事实

欧普照明公司在京东商城网站上开设有“欧普照明专卖店”，在 1 号店网站、天猫网站、苏宁易购网站上分别开设有“欧普照明官方旗舰店”。在这些网络店铺中均有排插拖线板、墙壁开关插座等电工商品的销售。在这些网络店铺的页面中显示的店铺标志均为“OPPLE 欧普照明”。在排插拖线板的商品名称描述中使用有“欧普照明”、“欧普”，如“欧普照明排插接线拖线板 2 个 USB 孔 3 个五孔 2.8 米”、“欧普照明电工面板开关插座厨房卫浴专用透明”、“欧普照明排插接线拖线板 3 个五孔 3 个两孔 4.8 米”、“欧普照明排插接线拖线板 3 个五孔 1.8 米”、“欧普 OPPL 插排插座插线板接线板电源拖线板插座板电插板[三个五孔]1.8M 安全卫士排插”、“欧普 86 型电工面板墙壁开关插座防漏电安全一开双五孔灵犀”、“欧普插排插线板插座接线板拖线板插板排插电源延长线单开关”、“欧普 3 个五孔 2.8 米多用排插拖线板”等。在对排插拖线板进行商品介绍中使用有“欧普”，如“欧普排插外壳采用优质高性能阻燃工程塑料，耐高温、抗老化、抗冲击，……”、“欧普正品科技精品安全高保障”、“好品质智选欧普带给您非凡体验”、“买插座智选欧普”、“欧普排插产品整机质保 2 年”、“欧普畅销系列一开单五孔”等。2015 年 7 月 7 日、12 月 2 日，王绍业、张文、张红对上述网络店铺的情况进行了公证，并从京东商城网站、1 号店网站、天猫网站上的上述网络店铺中公证购买了排插拖线板，欧普照明公司开具了相应的发票。在排插拖线板的塑料包装袋上有较大字体的“OPPLE 欧普照明”的标识。这些排插拖线板均由欧普中山公司生产。

苏州欧普照明有限公司在天猫网站、京东商城网站上分别开设有“欧普照明电工电器旗舰店”、“欧普照明 OPPL 专卖店”。上海欧普国际贸易有限公司在京东商城网站、天猫网站上分别开设有“欧普照明灯饰专卖店”、“欧普照明欧普专卖店”。上海乾隆节能科技有限公司在京东商城网站、天猫网站上均开设有“欧普照明乾隆专卖店”。上海酷普照明有限公司在京东商城网站、天猫网站上分别开设有“欧普酷普专卖店”、“欧普照明酷普专卖店”。上述

这些网络店铺中均销售有开关插座、排插拖线板等电工商品，且均使用有“欧普照明”、“欧普”的标识，具体情况与前述欧普照明公司在京东商城网站、1号店网站、天猫网站、苏宁易购网站上的网络店铺中的情况基本一致。王绍业、张文、张红于2015年7月、12月对此进行了公证。诉讼中，欧普照明公司、欧普中山公司称苏州欧普照明有限公司、上海欧普国际贸易有限公司、上海乾隆节能科技有限公司、上海酷普照明有限公司均是其关联公司，这些公司销售的排插拖线板等商品均由欧普中山公司生产，它们在网页上标注的“欧普照明”、“欧普”等标识系由欧普照明公司授权使用的，但鉴于它们均是独立法人，相应责任应由它们自行承担。

盛何欣怡经营部是欧普照明公司的授权经销商，该灯饰部既销售灯具，也销售插座等电工产品。2015年7月9日，王绍业、张文、张红的委托代理人至盛何欣怡经营部购买了三种插座。在该灯饰部经营场所陈列插座的陈列柜上方有较大字体的“欧普照明”、“OPPLE 欧普照明”字样。在店内的电工产品的宣传资料上有“OPPLE 欧普照明”、“欧普电工精品推广进行中”等内容。该灯饰部的联系卡上有“OPPLE 欧普照明”、“主营欧普照明：现代装饰灯、开关插座、……”。王绍业、张文、张红申请公证处对上述购买过程以及盛何欣怡经营部的相关情况进行了公证。

四、其他事实

王绍业、张文、张红为本案支出了公证费共计49108元。

欧普照明公司的《首次公开发行A股招股说明书》（申报稿2015年6月24日报送）载明其2013年、2014年的“照明控制及其他”产品的营业收入分别为49273.25万元、67704.82万元，占比分别为14.63%、17.73%。其中，电工产品2013年的销售占比为45.85%、毛利率为52.02%，2014年的销售占比为37.86%、毛利率为50.66%。

以上事实，有商标注册证、核准转让注册商标证明、核准续展注册证明、发票、销售清单、收料单、合同、商标公告、商标使用许可合同备案通知书、报纸、决定书、工商登记资料、商标争议裁定书、著名商标证书、名牌产品证书、公证书及排插拖线板、公证费发票、招股说明书及当事人陈述等证据在案佐证。

一审法院认为：王绍业、张文、张红自受让涉案权利商标后对涉案权利商标享有专用权。商标法第五十七条第（一）项、第（二）项规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的，或者在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，属于侵害注册商标专用权的行为。因此，一般情况下，侵害商标权的要件应当包括如下几个：1. 被控侵权人将被控侵权标识作为商标使用。2. 被控侵权商标所用于的商品与权利商标被核定使用的商品属于相同或类似商品。3. 被控侵权商标与权利商标相同或近似。4. 除在相同商品上使用相同商标外，被控侵权人对被控侵权商标的使用容易造成相关公众对商品来源或被控侵权人与商标权人之间是否存在关联关系产生混淆或误认。在判断是否容易产生混淆或误认时，需要结合双方商标使用的客观情况、商标的知名度和显著性、各自的历史发展情况等因素。

欧普中山公司在其生产的排插拖线板塑料包装袋上突出使用的“欧普照明”，欧普照明公司在其网络店铺标志、商品名称、商品介绍中使用的“欧普照明”、“欧普”，以及盛何欣怡经营部在商品陈列柜、宣传资料、联系卡上使用的“欧普照明”、“欧普”，均能起到区分商品来源的作用，属于商标性使用。尽管“欧普”是欧普照明公司、欧普中山公司的字号，但将企业名称中的字号单独或突出使用，一般情况下会使相关公众认识到其是在发挥商标的区分功能，而不是指称市场主体，因此，本院对欧普照明公司、欧普中山公司提出的其使用“欧普照明”不属于商标性使用的意见不予支持。

欧普中山公司是在其生产的排插拖线板包装上使用了涉案被控侵权商标。欧普照明公司、盛何欣怡经营部是在销售排插拖线板、墙壁开关插座等产品的商业活动中使用了涉案被控侵权

商标。排插拖线板、墙壁开关插座与涉案权利商标核定使用的电器连接器、插头、插座及其他接触器属于相同、类似商品。最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（简称商标民事纠纷解释）第九条规定，商标近似是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。第十条规定，人民法院认定商标相同或者近似按照以下原则进行：（一）以相关公众的一般注意力为标准；（二）既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；（三）判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。将涉案权利商标与“欧普”、“欧普照明”相比，尽管两者都包含有“欧普”文字，但权利商标是一个包含了图形、字母“OUPU”及文字“欧普”的组合商标，且图形和字母部分明显较大，而文字“欧普”明显较小，图形和字母给人以较强的视觉冲击力，因此，该权利商标组成部分中明显具有较强显著性和识别力的是其中的图形部分。尽管涉案权利商标在商业活动中被实际使用过，但王绍业、张文、张红并未举证证明涉案权利商标具有较高的知名度和影响力。因此，相关公众施以一般注意力，足以将涉案权利商标与“欧普”、“欧普照明”相区分，故两者不属于近似商标。

自 2000 年开始，欧普照明公司、欧普中山公司的关联公司就开始将“欧普”、“欧普照明”作为企业字号，且一直延续使用至今。2001 年 1 月 28 日，欧普照明公司的关联公司受让了包含有“欧普”文字的第 1424486 号商标，且经过相关关联公司的持续使用和广泛宣传，该商标还于 2007 年 9 月被认定为了驰名商标。此后，欧普照明公司的关联公司又注册了“欧普”文字商标或包含有“欧普”文字的商标，并持续使用。经过欧普照明公司、欧普中山公司及其相关关联公司的持续经营和广泛宣传，欧普照明公司、欧普中山公司及其相关商标具有了较强的知名度和行业影响力，“欧普”二字与欧普照明公司、欧普中山公司形成了较为稳固的市场联系。相反，王绍业、张文、张红于 2010 年才受让涉案权利商标，且未举证证明涉案权利商标具有了较高的知名度和影响力，再加上涉案权利商标主要识别部分是图形部分，故“欧普”二字与王绍业、张文、张红并未建立起稳固的市场联系。尽管上述 1424486 号商标等核定使用的商标为第 11 类灯、电灯、照明器械及装置等商品，但该被核定使用的商品与插座、开关、排插拖线板等电工商品在用途、生产部门、消费群体等方面具有较高的重合性，属于关联性非常强的类似商品。因此，欧普照明公司、欧普中山公司以及其相关商标在照明行业、灯具类商品上的知名度和影响力足以导致相关公众能够识别其涉案使用“欧普”、“欧普照明”的商品是来源于欧普照明公司、欧普中山公司，而不是来源于王绍业、张文、张红。此外，欧普照明公司销售涉案商品的网络店铺均是其专卖店、旗舰店，或者其授权经销商，在该种店铺中并无其他品牌的排插拖线板、墙壁开关插座销售，更无使用有涉案权利商标的相关商品销售，故客观上也不会导致相关公众的混淆误认。

综上，欧普照明公司和欧普中山公司涉案使用的“欧普照明”、“欧普”商标与涉案权利商标不属于近似商标，相关公众不会产生混淆或误认，因此，欧普照明公司和欧普中山公司未侵害王绍业、张文、张红的商标权，本院对王绍业、张文、张红针对欧普照明公司、欧普中山公司分别提出的诉讼请求不予支持。

盛何欣怡经营部作为欧普照明公司的授权经销商，其销售的是欧普中山公司生产、欧普照明公司提供的商品，因此，其在商品陈列柜、宣传资料、联系卡上使用的“欧普照明”、“欧普”同样与涉案权利商标不属于近似商标，不会导致混淆或误认的后果，也未侵害王绍业、张文、张红的商标权。本院对王绍业、张文、张红针对盛何欣怡经营部提出的诉讼请求不予支持。

综上，一审法院依照《中华人民共和国商标法》第五十七条第（二）项，最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条、第十条之规定，判决驳回王绍业、张文、张红的诉讼请求。

二审中，各方当事人对一审判决认定的事实均无异议，各方当事人均未提交新的证据。

本院认为：根据各方当事人的上诉主张及答辩意见，本案二审的争议焦点为：欧普照明公司、欧普中山公司及盛何欣怡经营部在“开关插座、排插拖线板”等电工商品的包装及相关的商业推广、销售经营活动中使用的“欧普”、“欧普照明”等商业标识的行为，是否构成商标法第五十七条第二款规定的情形，侵害了三上诉人对权利商标享有的注册商标专用权。

商标法第五十七条第二款规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，属侵犯注册商标专用权。

一、欧普照明公司及欧普中山公司在“开关插座、排插拖线板”等电工商品的包装及相关的商业推广、销售经营活动中使用的“欧普”、“欧普照明”等商业标识，与三上诉人的权利商标是否构成近似商标

商标民事纠纷解释第九条规定，商标近似是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。第十条规定，人民法院认定商标相同或者近似按照以下原则进行：（一）以相关公众的一般注意力为标准；（二）既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；（三）判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。

本案中，涉案权利商标系由图形、字母“OUPU”及文字“欧普”共同组成，其中图形及字母“OUPU”在整个商标中所占比例较大，文字“欧普”在商标中所占比例较小。欧普照明公司及欧普中山公司所使用的“欧普”、“欧普照明”等商业标识均为文字。虽然“欧普”、“欧普照明”等商业标识中的文字与权利商标中的文字“欧普”一致或相近，但从两标识各自要素结合后的整体结构来看，二者的视觉效果存在一定的差异。相关公众施以一般注意力能够区分两标识。因此，欧普照明公司及欧普中山公司使用的“欧普”、“欧普照明”等商业标识与权利商标不构成近似商标。一审判决认定结论正确，本院予以支持。三上诉人主张两商标构成近似的上诉理由没有事实及法律依据，本院不予支持。

二、欧普照明公司及欧普中山公司在“开关插座、排插拖线板”等电工商品的包装及相关的商业推广、销售经营活动中使用的“欧普”、“欧普照明”等商业标识，与三上诉人的权利商标是否容易导致相关公众混淆

根据一审法院查明的事实，欧普照明公司及欧普中山公司经过长期的推广和使用，其申请注册的“欧普”相关商标在第 11 类的灯、日光灯管等商品上已经具有较高的知名度。因此，相关公众在与灯、日光灯管等商品具有较强关联的开关插座、排插拖线板等商品上看到“欧普”、“欧普照明”等商业标识时，更容易与欧普照明公司、欧普中山公司建立联系。因此，在“欧普”、“欧普照明”商业标识与权利商标标识本身并不近似的情况下，欧普照明公司及欧普中山公司将“欧普”、“欧普照明”等商业标识使用在开关插座、排插拖线板等商品上，不会使相关公众对该标识与权利商标所指向的商品来源产生混淆或误认。

至于三上诉人所提到的欧普照明公司及欧普中山公司使用的“欧普”、“欧普照明”等商业标识的行为，构成“反向混淆”的上诉理由，本院认为，商标法中并未明确规定“反向混淆”这一概念，且商标法第五十七条第二款中所指的“容易导致混淆”并未区分“正向混淆”还是“反向混淆”。实际上，不论是在后使用商标的行为人意图攀附在先注册商标的商誉，还是在后使用商标的行为人通过其宣传和使用割裂了在先注册商标与商标注册人的联系，最后

达到的效果均为相关公众对两商标所指向的商品或服务的提供者产生了混淆或误认。即，只要相关公众会认为两个商品有共同的来源，就构成了商标法意义上的“混淆可能性”，至于这个来源事实上指向的是商标权人还是在后使用人，并不影响混淆可能性的判断。因此，三上诉人主张构成“反向混淆”的理由已经被包含在商标法第五十七条第二款“容易导致混淆”的规定中，并无单独讨论的必要。由于前述已经认定欧普照明公司及欧普中山公司的被控侵权行为不会使相关公众对该标识与权利商标所指向的商品来源产生混淆或误认，因此，一审判决认定欧普照明公司和欧普中山公司未侵害王绍业、张文、张红的商标权的结论正确，本院予以支持。三上诉人主张的上诉理由没有事实及法律依据，本院不予支持。

三、盛何欣怡经营部在商品陈列柜、宣传资料、联系卡上使用“欧普照明”、“欧普”等商业标识的行为是否侵害三上诉人对权利商标的注册商标专用权

盛何欣怡经营部作为欧普照明公司的授权经销商，其销售的是欧普中山公司生产、欧普照明公司提供的商品。鉴于欧普照明公司及欧普中山公司使用的“欧普照明”、“欧普”等商业标识的行为并未侵害王绍业、张文、张红的商标权，因此，盛何欣怡经营部使用“欧普照明”、“欧普”等商业标识的行为亦未侵害王绍业、张文、张红的商标权。

综上所述，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。上诉人王绍业、张文、张红的上诉请求不能成立，本院予以驳回。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，本判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费八万一千八百元，由王绍业、张文、张红共同负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 袁伟

审判员 仪军

审判员 陈勇

二〇一八年五月二十四日

书记员 李晓帆

张剑飞与邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司合同纠纷二审民事裁定书

邯郸市中级人民法院
民事裁定书

(2016)冀 04 民辖终 439 号

上诉人(原审被告): 邯郸红日冶金有限公司, 住所地: 河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人: 刘生红, 该公司董事长。

委托代理人: 潘明顺, 该公司职员。

上诉人(原审被告): 河北省武安市元宝山工业集团有限公司, 住所地: 河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人: 刘北方, 该公司董事长。

委托代理人: 宋文召, 该公司职员。

被上诉人(原审原告): 张剑飞, 男, 1972 年 2 月 15 日出生, 汉族, 现住北京市西城区。

上诉人邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司因合同纠纷一案, 不服河北省武安市人民法院(2016)冀 0481 民初 3001 号民事裁定, 向本院提起上诉。

邯郸红日冶金有限公司上诉称, 被上诉人投资款最终汇入国外, 合同履行地不在中华人民共和国境内。协议书约定了给付投资款的条件, 是否合格的首次公开发行或停止配合 CIS 的上市工作, 涉及到适用国外法(美国)对该事实的认定, 国内法无法确认、认定。基于以上事实, 上诉人认为河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。请求撤销一审裁定, 并裁定河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。

河北省武安市元宝山工业集团有限公司上诉称, 上诉人和邯郸红日冶金有限公司系两个完全独立的法人, 两者之间没有任何牵连关系。上诉人于 2009 年 12 月 7 日同 FriedlandCapitalInc (美国福瑞兰德资本公司北京代表处) 签订的上市金融服务协议, 已经成功履行, 协议第六条第 10 款中约定: “本协议适用的相关法律以美国法律为依据。美国科罗拉多州的法院拥有对本合同发生过程中产生的任何争议的管辖权”。因上诉人诉返还投资款同发行过程存在法律关系, 所以本案不应适用国内法。请求一审裁定, 裁定河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。

本院经审查认为, 本案被上诉人张剑飞提起诉讼时, 依据的是其与邯郸红日冶金有限公司签订的担保合同, 上诉人河北省武安市元宝山工业集团有限公司同案外人 FriedlandCapitalInc (美国福瑞兰德资本公司北京代表处) 签订的上市金融服务协议中有关解决纠纷方式的约定, 对本案被上诉人张剑飞不具有约束力。本案为合同纠纷, 依法应由合同履行地或者被告住所地人民法院管辖。因本案被告即二上诉人的住所地均在河北省武安市, 故河北省武安市人民法院对本案有管辖权。一审裁定正确, 依法应予维持。上诉人的上诉理由不成立, 本院不予采信。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条规定, 裁定如下:

驳回上诉, 维持原裁定。

本裁定为终审裁定。

审判长 田保俊

审判员 左建阔

审判员 张志华

二〇一六年十月三十一日

书记员 崔针针

张金福与北京保利国际拍卖有限公司申请撤销仲裁裁决民事裁定书

北京市第四中级人民法院
民事裁定书

(2018)京 04 民特 283 号

申请人:张金福,男,汉族,1955 年 12 月 12 日出生,住杭州市西湖区。

委托诉讼代理人:赵志成,北京市中伦律师事务所律师。

被申请人:北京保利国际拍卖有限公司,住所北京市东城区朝阳门北大街 1 号新保利大厦三层。

法定代表人:李达,总经理。

委托诉讼代理人:禹艾利,女,汉族,1985 年 3 月 31 日出生,北京保利国际拍卖有限公司公司职员。

委托诉讼代理人:季亚丽,北京市中银律师事务所律师。

申请人张金福与被申请人北京保利国际拍卖有限公司(以下简称保利拍卖公司)申请撤销仲裁裁决一案,本院于 2018 年 8 月 6 日立案后进行了审查。现已审查终结。

张金福申请称,请求撤销北京仲裁委员会(以下简称北仲)(2018)京仲裁字第 0357 号裁决书(以下简称仲裁裁决)。

事实及理由:仲裁违反《北京仲裁委员会仲裁规则》等法定程序,符合《仲裁法》第五十八条第三款的情形,即仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;而根据《仲裁法司法解释》第 20 条规定,仲裁法第五十八条规定的“违反法定程序”,是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形,即仲裁规则属于法定程序。

《仲裁法》第七条规定,仲裁应当根据事实,符合法律规定,公平合理解决纠纷。根据本条规定,仲裁应当遵守法律。本案仲裁程序除了违反仲裁规则,同时也存在大量违反《民事诉讼法》规定的情形,违反程序法也构成仲裁程序违法。具体理由如下:

一、违反仲裁员信息披露规定。三角轮胎股份有限公司首次公开发行 A 股发行公告,北京市友邦律师事务所对该发行活动提供法律服务,而首席仲裁员周卫平是该所主任。与保利拍卖公司有关联关系的中国保利集团公司(以下简称保利集团公司)、保利科技有限公司(以下简称保利科技公司)参加了股票申购,分别申购 1.4 亿股,合计 2.8 亿股,价值高达 61.6 亿元人民币,友邦律师事务所及主承销商对申购者进行了核查。即友邦律师事务所在这次法律服务过程中,保利拍卖公司的两家实际控制人机构获得了巨额商业机会。而首席仲裁员没有对该足以引起张金福怀疑其公正、独立性的重要信息进行披露,结合首席仲裁员在审理本案过程中严重无理倾向保利拍卖公司的各种行为,首席仲裁员有意隐瞒重要信息,参与不当参与审理的案件,严重违反仲裁委员会公正精神,违反仲裁程序规定。

二、剥夺当事人的陈述和辩论权。张金福的律师提交了内容详尽、说理充分的代理意见,但有理由相信仲裁庭根本没有阅读书面辩论意见,更谈不上认真审查。仲裁裁决也没有针对张金福的代理意见进行任何援引、评论和辨析。

三、未履行核实证据和事实的法定审理程序。

首席仲裁员根本没有审核关键证据。对张金福提交的网络页面,证明涉案明代书法家董其昌作品近年来的拍卖价值,最简单的方法是当庭上网核实,而首席仲裁员居然懒得当庭打开网络进行核实。该案仲裁之间曾经有过一次仲裁审理,在上次案件审理期间,该案的仲裁庭即采取了当庭打开互联网核实的方法。当事人对互联网信息举证,提交纸质证据、指明出处即

1100

完成了合理举证方式，本案互联网信息证据长期存在于互联网上，不存在可能灭失的情形，不需要公证，当事人开庭时不能携带电脑，只能由仲裁庭核实证据。

四、未通知张金福变更仲裁案由和请求，擅自改变案件性质。

该案属于违约和侵权竞合情形，张金福选择侵犯财产权作为仲裁请求，要求保利拍卖公司承担侵犯物权的赔偿责任。但仲裁庭没有依法通知张金福变更仲裁请求，按照合同约定的 80 万元保留价作为赔偿依据，作出裁决。该 80 万元的约定，只是 2008 年春季拍卖会期间的起拍价格，早已过期，丧失合同效力，更不可能成为侵权责任的赔偿依据。仲裁庭不通知当事人对案由进行变更，违法以合同纠纷对案件进行审理和裁决。

五、未就专门问题委托鉴定。

该案侵权损害赔偿问题，涉及古代书画作品定价这一重大专业问题，依法应当委托专门机构进行鉴定。张金福代理人在开庭时和庭后的代理意见中均提出应当进行价格鉴定，但是仲裁庭置法律于不顾，不按照侵权案件审理，不遵守物权法，不委托价格鉴定，而是擅自改变案由，按照合同纠纷毫无根据编造赔偿计算方法和赔偿数额，程序严重违法。

六、未履行告知当事人延期审理。

仲裁案件审限予以延长。仲裁庭没有向当事人送达延期审理通知，剥夺了当事人对仲裁程序透明、公开的知情权和信赖感，程序违法。

七、首席仲裁员让他人代写裁决书。

仲裁裁决书篇幅简短、粗制滥造，论理不清，逻辑混乱，系首席仲裁员安排其助理代写。保利拍卖公司辩称，认可仲裁违反仲裁员信息披露的意见；北京市友邦律师事务所在为三角轮胎上市服务过程中审核了保利科技公司和保利集团公司的申购资格一事，但并不能证明周卫平与保利拍卖公司之间存在利益关系；张金福称被剥夺法定陈述权和辩论权，无从核实；艺术品具有单一性和独特性，仲裁庭没有进行鉴定我方没有异议；代写仲裁裁决书无从核实。经审查查明，张金福向北仲提起仲裁称，其与保利拍卖公司因拍卖合同纠纷，经北仲审理作出（2016）京仲裁字第 1602 号裁决书，裁决保利拍卖公司向其返还董其昌草书诗卷。在案件执行过程中，保利拍卖公司不能履行裁决，北京市第二中级人民法院作出（2017）京 02 执 47 号执行裁定书，认为执行标的灭失，应当终结执行。根据《最高人民法院关于适用的解释》第四百九十四条，执行标的物为特定物的，应当执行原物。原物已毁损或者灭失的，经双方当事人同意，可以折价赔偿。双方当事人对折价赔偿不能协商一致的，人民法院应当终结执行程序。申请执行人可以另行起诉。张金福据此提起仲裁，请求裁决保利拍卖公司就已灭失的《董其昌草书诗卷》向其赔偿 3300 万元。

仲裁庭受理案件后，由于保利拍卖公司未能按期选定仲裁员，张金福及保利拍卖公司亦未按期共同选定首席仲裁员，依据仲裁规则，指定周卫平担任首席仲裁员。仲裁庭组成后，仲裁委员会依照仲裁规则向双方送达了组庭通知和开庭通知。

案件审理过程中，经首席仲裁员申请，由仲裁委员会批准，审限予以延长。

仲裁庭经审理认为，合同第 9 条约定拍品保留价格为 80 万元，在现有证据材料中，该约定价格是唯一直接反映双方特别是委托人对拍品价格的意思表示，也是仲裁庭在确定保利拍卖公司赔偿金额时的重要参考依据。

2018 年 3 月 16 日，北仲作出仲裁裁决：（一）保利拍卖公司向张金福支付赔偿款 327.68 万元；（二）仲裁费 212550 元，由张金福承担 50%，由保利拍卖公司承担 50%。

另查明，2016 年，三角轮胎股份有限公司首次公开发行 A 股公告，北京市友邦律师事务所对该发行活动提供了法律服务。

本院认为，本案争议不具有涉外因素，本院根据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条的规定进行审查。《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定，当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（一）没有仲裁协议

的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。

关于首席仲裁员的信息披露问题，本院认为，张金福所述的北京市友邦律师事务所为三角轮胎股份有限公司首次公开发行 A 股提供了法律服务，保利集团公司、保利科技公司为申购方，而仲裁案件的当事人为保利拍卖公司，上述事实不能证明会对北京市友邦律师事务所主任周卫平个人担任仲裁案件首席仲裁员的公正性产生影响。

关于未向当事人送达仲裁员声明问题，本院认为，仲裁裁决书未记载仲裁庭曾向当事人送达仲裁员声明，如未送达，则该行为构成程序瑕疵，但该程序瑕疵并不足以严重影响仲裁案件的公正裁决。

关于未履行核实证据的法定审理程序，本院认为，仲裁庭是否当庭上网核实证据属于其正常履行审理职责的范围，并不构成程序违法。

关于剥夺当事人的陈述和辩论权，本院经核实认为，张金福一方在庭上简要陈述了辩论意见，庭后提交了详细的书面辩论意见，但是对一方当事人的辩论意见是否认可并采纳属于仲裁庭自主决定的权限，不采纳并不构成对当事人陈述和辩论权利的剥夺。

关于未通知张金福变更仲裁案由和请求，擅自改变案件性质，本院认为，释明权的行使问题是否妥当，并不属于撤销仲裁裁决的法定情形。

关于未就专门问题委托鉴定，本院认为，是否进行鉴定属于仲裁庭的权限，并不属于上述法律规定的撤销仲裁裁决的审查事由。

关于未履行告知当事人延期审理，本院认为，延期审理亦属于仲裁庭自主决定的事项。

关于张金福主张首席仲裁员让他人代写裁决书，并无证据证明。

综上，仲裁裁决并不符合《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定的情形，张金福请求撤销仲裁裁决的申请，依据不足，本院不予支持。依据《中华人民共和国仲裁法》第六十条规定，裁决如下：

驳回张金福的申请。

申请费 400 元，由申请人张金福负担（已交纳）。

审判长 冀东

审判员 高晶

审判员 崔智瑜

二〇一八年十月十八日

书记员 王玉婷

张凯钧与 TOPWISE INVESTMENT LIMITED 股权转让纠纷

民事二审程序民事判决书

北京市第三中级人民法院
民事判决书

(2017)京03民终654号

上诉人(原审被告):张凯钧,男,1962年9月2日出生,汉族。

委托诉讼代理人:刘西尧,山东众成清泰(淄博)律师事务所律师。

委托诉讼代理人:张凯强,山东众成清泰(淄博)律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):TOPWISEINVESTMENTLIMITED(鼎智投资有限公司),住所地 P.O. Box957, OffshoreIncorporationCentre, RoadTown, Tortola, BritishVirginIslands(英属维尔京群岛)。

法定代表人:邹祥永,董事长。

委托诉讼代理人:董国文,上海海华永泰(北京)律师事务所律师。

上诉人张凯钧因与被上诉人 TOPWISEINVESTMENTLIMITED(鼎智投资有限公司)(以下简称鼎智投资公司)股权转让纠纷一案,不服北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第17540号民事判决,向本院提起上诉。本院于2017年1月9日立案后,依法组成合议庭,进行了审理。本案现已审理终结。

张凯钧上诉请求:1.撤销一审判决;2.改判驳回鼎智投资公司的一审诉讼请求;3.判决鼎智投资公司承担一、二审全部诉讼费用。事实和理由:一、一审判决认定鹏溢投资有限公司(鹏溢投资公司)与鼎智投资公司仍应按照2012年12月8日《股权回购协议》履行是错误的,《股权回购协议》已被废止,不具备任何法律效力。因2012年12月8日与2013年4月10日签订的两份股权转让协议均是关于鹏溢投资公司回购鼎智投资公司所持有的中国再生资源科技控制公司(以下简称再生资源公司)的333股普通股股份的相关事宜,所以,签订在后的2013年4月10日的《股份转让协议》已取代2012年12月8日签订的《股权回购协议》。二、张凯钧为代鹏溢投资公司履行债务的第三人,非一审判决认定的并存债务承担主体。双方当事人与鹏溢投资公司三方之间并未就债务承担问题达成书面协议,而只是张凯钧单方表示代替鹏溢投资公司清偿债务。股权转让的基础法律关系存在于鹏溢投资公司与鼎智投资公司之间,原债权债务关系并未发生任何变更,张凯钧只是履行主体而非合同主体。张凯钧做出付款承诺与否无法改变股权转让的基础法律关系。三、张凯钧是否被认定为实际控制人均无法改变《声明》作为第三人代为履行的法律性质。

鼎智投资有限公司辩称,一、关于三份协议的效力问题。双方共有分别于2012年2月22日、2012年12月8日、2013年4月10日签订三份协议。2013年4月10日《股份转让协议》第10条虽然约定了可以认定2012年12月8日协议无效,但是该协议第4.5条约定了协议不能发生法律效力的条件。该条约定了买卖双方权利义务终止,则原协议约定的权利义务保持不变。张凯钧的观点应当是自相矛盾的。因为第二份协议签订时间晚于第一份协议,所以双方之间权利义务关系有效的唯一协议就是2012年12月8日《股权回购协议》。二、张凯钧承诺了以个人的全部资产来回购股权。张凯钧是主动加入债权债务关系的行为,而非代鹏溢投资公司履行债务的第三人。

鼎智投资公司向一审法院起诉请求:要求张凯钧支付鼎智投资公司1500万元及上述款项自2014年1月5日起至实际给付之日止按照中国人民银行同期贷款利率的四倍计算的利息。

一审法院认定事实:2012年2月22日,注册于英属维尔京群岛的鼎智投资公司与鹏溢投资公司签订《股份转让协议》一份,双方约定于本协议之日,鹏溢投资公司持有注册于开曼群

1103

岛的再生资源公司 100%的股权；再生资源公司的法定股本为 5 万美元，分为 500 万股，每一股面值 0.001 美元；于本协议日期，公司的已发行股份为 10 万股普通股，每股面值美元 0.001 美元的普通股；鹏溢投资公司将向鼎智投资公司转让其持有 333 股的再生资源公司的普通股股份（以 2010 年利润的 5.5 倍市盈率作为估值基础，相当于于成交日占公司全部已发行股份的 0.333%）；本协议项下标的股份买卖的总价款为人民币 1500 万元或等值美元；公司将尽最大努力于 2012 年 12 月 31 日前于香港联合交易所完成首次公开发行股票及上市；除双方另行协议外，倘若首次公开发行未能于 2012 年 12 月 31 日前完成，鼎智投资公司应要求鹏溢投资公司在 2013 年 3 月 31 日之前或双方另行同意的较晚的日期，向鼎智投资公司回购所有标的股权，回购的价款总额为转让价款另加年利率为 20% 的利息；本协议适用香港法律，且应按香港法律予以解释。协议签订后，鼎智投资公司委托其法定代表人邹祥永向鹏溢投资公司支付 1500 万元，鹏溢投资公司将再生资源公司相应股权转让给了鼎智投资公司。

2012 年 12 月 8 日，鹏溢投资公司与鼎智投资公司签订《股份回购协议》，约定双方于 2012 年 2 月签署《股份转让协议》，鹏溢投资公司将其持有的再生资源公司全部股份的 0.333% 股份以人民币 1500 万元的价格转让给鼎智投资公司。鼎智投资公司已经实际支付股份价格并取得上述股份，买卖双方经协商一致，按照上述《股份转让协议》的相关约定，鹏溢投资公司决定回购上述标的股份，并终止原《股份转让协议》，鹏溢投资公司决定按 1875 万元人民币的价格回购鼎智投资公司所持有的再生资源公司全部股份的 0.333% 股份；自本协议签署之日后，鹏溢投资公司在 2013 年 1 月 15 日前，将回购价款支付至鼎智投资公司指定的邹祥永开立于深圳招商银行皇岗支行的帐号；自鼎智投资公司收到上述款项 15 日内，鼎智投资公司将配合鹏溢投资公司办理相关股份过户手续，将所持有股份过户给鹏溢投资公司。

2013 年 4 月 10 日，鼎智投资公司与鹏溢投资公司另签订《股份转让协议》，约定再生资源公司系一家根据开曼群岛法律成立的公司，法定股本为 5 万美元，分为 5000 万股（普通股股份，每一股面值美元一分，其中已发行 100908 股普通股股份；于本协议日期，鼎智投资公司持有再生资源公司的 333 股普通股股份，占再生资源已发行股份的 0.33%；双方曾于 2012 年 2 月 22 日签订《股份转让协议》，当时标的股份的转让代价为 1500 万元；现经双方友好协商，鼎智投资公司同意转让标的股份予鹏溢投资公司，本协议项下就标的股份买卖的代价为人民币 1500 万元及相应利息，或等值港币或美元，计算利息的利率为每年 20%，计算利息的起始日为 2011 年 10 月 28 日，止日为上述标的股份转让代价以及相应利息到达鼎智投资公司指定账户的日期；就买卖标的股份的成交将于 2013 年 5 月 8 日或双方同意的其它日期于本协议双方同意的地点或时间进行；鹏溢投资公司应于成交日或之前按照鼎智投资公司的书面指示向鼎智投资公司的下述账户支付转让价款，并且向鹏溢投资公司交付转让价款的书面证据；账户银行为深圳招商银行皇岗支行，账户名称为邹祥永；账户号码为 410062788350××××；鼎智投资公司应在股份成交的同时向鹏溢投资公司交付收到转让代价的书面证据、经鼎智投资公司依法签署背书的股权转让文件、出具予鹏溢投资公司或其指定人士的标的股份股票证书及本协议约定的董事会决议的核证副本；若鹏溢投资公司不能于成交日或之前向鼎智投资公司支付转让价款，鼎智投资公司可以通知鹏溢投资公司在合理时间内根据支付转让价款；若鼎智投资公司无通知或鹏溢投资公司在鼎智投资公司规定的合理时间内仍未支付转让价款，本协议即被终止及不具任何效力及影响，买卖双方不得向另一方提出任何形式的赔偿；若本协议依据上款被终止，买卖双方在本协议下的权利义务终止，则双方在原股份转让协议下的权利义务保持不变；若鼎智投资公司未能在成交日根据本协议的规定向鹏溢投资公司交付相关文件或履行转让股份的义务，鹏溢投资公司可以通知鼎智投资公司终止本协议或要求鼎智投资公司在合理时间内根据本协议的规定向鹏溢投资公司交付相关文件或履行转让股份的义务；鹏溢投资公司无通知或鼎智投资公司在合理时间内仍不能

履行相关义务，本协议即被终止及不具任何效力及影响，买卖双方不得向另一方提出任何形式的赔偿；若本协议依据上款被终止，鼎智投资公司应当在鹏溢投资公司书面通知终止本协议之日起 7 个工作日内向鹏溢投资公司全额退还已经支付的转让价款（如有）以及自成交日至卖方实际退款日期间按银行同期贷款利率计算的利息（如有），至此买卖双方在本协议下的权利义务终止；原股份转让协议的效力在股份成交后立即终止，买卖双方不再对对方享有或承担原股份转让协议以及其他任何形式的补充协议中的任何权利义务，卖方不得且不能基于原股份转让协议以及其他任何形式的补充协议向买方提出任何形式的诉求、赔偿或权利主张。协议签订后，鹏溢投资公司未向鼎智投资公司支付股权转让款。

2013 年 12 月 6 日，张凯钧向鼎智投资公司出具《声明》称，关于鹏溢投资公司回购鼎智投资公司股份逾期支付股权转让款一事，因鹏溢投资公司运营困难，张凯钧作为鹏溢投资公司实际控制人，现张凯钧自愿以个人全部资产代鹏溢投资公司偿还股份回购款，并承诺于 2014 年 1 月 5 日之前向鼎智投资公司股东邹祥永支付 1500 万元款项，若逾期支付，按同期贷款四倍支付利息；支付方式为银行汇款给邹祥永，开户行为深圳招商银行皇岗支行，账户号码为 410062788350××××；若因此产生纠纷由北京市朝阳区法院管辖，签订地点为北京市朝阳区。

在本案一审审理过程中，经询，双方均明示认可本案适用中华人民共和国内地法律；鼎智投资公司主张双方之间的法律关系性质以法院认定为准，鼎智投资公司仅坚持要求张凯钧按照声明内容履行义务；鼎智投资公司认为声明约定的四倍银行贷款利率的性质系违约金；鼎智投资公司认可张凯钧按照声明履行义务后，鼎智投资公司应将持有的再生资源公司 333 股股权交付给鹏溢投资公司。

一审法院认为，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖。张凯钧出具的《声明》载有签订于北京市朝阳区，如发生纠纷由北京市朝阳区法院审理，鼎智投资公司受领并保有该《声明》，并向一审法院提起诉讼，应视为该公司亦接受该约定管辖条款，故一审法院对本案有管辖权。当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律，本案双方当事人均当庭明示表示本案适用中华人民共和国内地法律审理，一审法院依中华人民共和国内地实体法审理本案。

本案的争议焦点在于张凯钧出具《声明》的法律后果。鼎智投资公司认为张凯钧出具的《声明》证明鼎智投资公司与张凯钧之间建立了合同关系，张凯钧《声明》应视为要约，鼎智投资公司已经进行了承诺，故双方之间合同成立，张凯钧与鼎智投资公司达成了关于债的加入的协议，张凯钧应当按照《声明》记载的内容履行合同义务。张凯钧则认为《声明》记载的内容仅应被视为双方约定由张凯钧代鹏溢投资公司履行合同义务，属于关于第三人代为履行的约定，如张凯钧未履行相应义务，债权人只得向鹏溢投资公司主张权利。对此一审法院认为，张凯钧作为完全民事行为能力人，其向鼎智投资公司作出《声明》，明确作出作为鹏溢投资公司实际控制人，现自愿以个人全部资产代鹏溢投资公司偿还股份回购款的意思表示，属于单方民事法律行为，该单方民事法律行为系基于张凯钧对自己民事权利及财产的自由处分，到达相对人即对张凯钧发生法律效力，无需鼎智投资公司作出承诺，张凯钧即应受该民事法律行为约束。该民事法律行为的后果系张凯钧作为并存的债务承担主体加入鼎智投资公司与鹏溢投资公司的债权债务关系。张凯钧虽主张该意思表示的效力系张凯钧作为第三人代鹏溢投资公司履行，法律性质为第三人代为履行，但第三人代为履行的含义是第三人不作为债务承担主体加入债的关系，第三人亦无须作出付款承诺，本案中张凯钧承诺以个人财产代鹏溢投资公司偿还股权转让款，不属于第三人代为履行。张凯钧的相关答辩意见，一审法院不予采纳。

关于张凯钧主张的其他抗辩事由，一审法院认为，鹏溢投资公司与鼎智投资公司之间签订于 2013 年的股份转让协议并未实际履行，按约定双方仍应按 2012 年 12 月 8 日股权回购协议履行；张凯钧出具的声明虽表明将向邹祥永付款，但亦明确说明是为了履行鹏溢投资公司对鼎智投资公司的债务，《声明》记载的付款账户亦与股权回购协议一致，因此鼎智投资公司向张凯钧主张权利主体适格。故一审法院对张凯钧的以上答辩意见亦不予采纳。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五十四条、第五十五条、第五十六条、第五十七条、第八十四条第二款；《中华人民共和国合同法》第一百零九条之规定，判决：一、张凯钧于判决生效之日起七日内给付 TOPWISEINVESTMENTLIMITED(鼎智投资有限公司)股权转让款 1500 万元；二、张凯钧于判决生效之日起七日内给付 TOPWISEINVESTMENTLIMITED(鼎智投资有限公司)逾期付款利息（以 1500 万元为基数，自 2014 年 1 月 6 日起至实际给付之日止，按照中国人民银行同期贷款利率的四倍计算）。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

二审中，当事人没有提交新证据。

本院认为，本案的争议焦点在于张凯钧出具《声明》的效力及法律后果。鼎智投资公司认为张凯钧通过《声明》与鼎智投资公司达成了关于债的加入的协议，张凯钧应当按照《声明》记载的内容履行合同义务。张凯钧则认为声明记载的内容仅应被视为双方约定由张凯钧代鹏溢投资公司履行合同义务，属于关于第三人代为履行的约定。本院认为，第三人代为履行是第三人不作为债务承担主体加入债的关系，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。而债务加入指第三人加入到债的关系中，与债务人一起向债权人承担责任。债务加入的意思表示可以通过第三人向债权人单方承诺来达成。一般来说，债务加入的意思表示需结合当事人表态、责任承担形式、事后实际履行债务情况，并以保护债权人利益为原则，进行综合判断。本案中，从《声明》的形式和内容上来看，张凯钧明确表示自愿以个人全部资产代鹏溢投资公司偿还股份回购款，系基于张凯钧对自己民事权利及财产的自由处分，且系其真实意思表示。从责任承担形式来看，张凯钧在《声明》中对股权回购款的支付时间及逾期支付的利息进行了明确约定，系明显约束自己，而非仅为代履行的行为。因此，张凯钧以单方法律行为的方式向鼎智投资公司作出债务加入的意思表示，具有法律效力，张凯钧应当按照《声明》记载的内容承担相应责任。一审法院判决对此认定正确，本院予以确认。张凯钧上诉主张其以个人财产代鹏溢投资公司偿还股权转让款系第三人代为履行，无事实和法律依据，本院不予采纳。另外，因《声明》内容系当事人真实意思表示，且张凯钧是否为鹏溢投资公司的实际控制人并不影响《声明》的效力。因此，关于张凯钧并非《声明》中所述的鹏溢投资公司实际控制人故不应当承担责任的主张，本院亦不予认可。另，因鹏溢投资公司与鼎智投资公司之间于 2013 年 4 月 10 日签订的《股份转让协议》并未实际履行，一审法院关于双方应按 2012 年 12 月 8 日《股权回购协议》履行的认定符合合同约定及事实情况，并无不当。张凯钧上诉主张双方应按照 2013 年 4 月 10 日签订的《股份转让协议》履行，依据不足，本院不予支持。

综上所述，张凯钧的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 111800 元，由张凯钧负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 侯军
审判员 孙承松
代理审判员 郑慧媛
二〇一七年二月二十二日
书记员 刘畅

张向东与邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司合同纠纷二审民事裁定书

邯郸市中级人民法院
民事裁定书

(2016)冀 04 民辖终 447 号

上诉人(原审被告): 邯郸红日冶金有限公司, 住所地: 河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人: 刘生红, 该公司董事长。

委托代理人: 潘明顺, 该公司职员。

上诉人(原审被告): 河北省武安市元宝山工业集团有限公司, 住所地: 河北省武安市冶陶镇固镇村。

法定代表人: 刘北方, 该公司董事长。

委托代理人: 宋文召, 该公司职员。

被上诉人(原审原告): 张向东, 女, 1962 年 5 月 8 日出生, 汉族, 现住北京市西城区。

上诉人邯郸红日冶金有限公司、河北省武安市元宝山工业集团有限公司因合同纠纷一案, 不服河北省武安市人民法院(2016)冀 0481 民初 2996 号民事裁定, 向本院提起上诉。

邯郸红日冶金有限公司上诉称, 被上诉人投资款最终汇入国外, 合同履行地不在中华人民共和国境内。协议书约定了给付投资款的条件, 是否合格的首次公开发行或停止配合 CIS 的上市工作, 涉及到适用国外法(美国)对该事实的认定, 国内法无法确认、认定。基于以上事实, 上诉人认为河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。请求撤销一审裁定, 并裁定河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。

河北省武安市元宝山工业集团有限公司上诉称, 上诉人和邯郸红日冶金有限公司系两个完全独立的法人, 两者之间没有任何牵连关系。上诉人于 2009 年 12 月 7 日同 FriedlandCapitalInc (美国福瑞兰德资本公司北京代表处) 签订的上市金融服务协议, 已经成功履行, 协议第六条第 10 款中约定: “本协议适用的相关法律以美国法律为依据。美国科罗拉多州的法院拥有对本合同发生过程中产生的任何争议的管辖权”。因上诉人诉返还投资款同发行过程存在法律关系, 所以本案不应适用国内法。请求一审裁定, 裁定河北省武安市人民法院对本案不具有管辖权。

本院经审查认为, 本案被上诉人张向东提起诉讼时, 依据的是其与邯郸红日冶金有限公司签订的担保合同, 上诉人河北省武安市元宝山工业集团有限公司同案外人 FriedlandCapitalInc (美国福瑞兰德资本公司北京代表处) 签订的上市金融服务协议中有关解决纠纷方式的约定, 对本案被上诉人张向东不具有约束力。本案为合同纠纷, 依法应由合同履行地或者被告住所地人民法院管辖。因本案被告即二上诉人的住所地均在河北省武安市, 故河北省武安市人民法院对本案有管辖权。一审裁定正确, 依法应予维持。上诉人的上诉理由不成立, 本院不予采信。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条规定, 裁定如下:

驳回上诉, 维持原裁定。

本裁定为终审裁定。

审判长 田保俊

1108

审判员 左建阔

审判员 张志华

二〇一六年十月三十一日

书记员 崔针针

长沙捷鼎投资管理合伙企业与唐五一、湖南省青苹果数据中心有限公司公司增资纠纷一案一审民事判决书

长沙市开福区人民法院
民事判决书

(2016)湘 0105 民初 3308 号

原告长沙捷鼎投资管理合伙企业（有限合伙），住所地长沙市岳麓区银盆南路江岸锦城商住小区 5 栋 802 房。

法定代表人王欣。

委托代理人舒适，湖南启元律师事务所律师。

委托代理人黄新宇，湖南启元律师事务所律师。

被告唐五一，男，1953 年 11 月 11 日出生，汉族，住湖南省长沙市开福区。

被告湖南省青苹果数据中心有限公司，住所地湖南省长沙市开福区青竹湖 399 号。

法定代表人唐五一，职务总经理。

二被告共同委托代理人戚为群，湖南云桥律师事务所律师。

第三人郑志祥，男，1974 年 5 月 31 日出生，汉族，住湖南省长沙市芙蓉区。

委托代理人舒适，湖南启元律师事务所律师。

委托代理人曹睿玲，郑志祥配偶。

第三人湖南金科投资担保有限公司，住所地长沙市高新技术产业开发区 C4 组团 B-610 号。

法定代表人陈铁儒，董事长。

委托代理人邹辉明，该公司风控部经理。

原告长沙捷鼎投资管理合伙企业（以下简称“捷鼎”）与被告唐五一、湖南省青苹果数据中心有限公司（以下简称“青苹果”），第三人郑志祥、湖南金科投资担保有限公司（以下简称“金科”）公司增资纠纷一案，本院于立案受理后，依法由审判员刘玉玲担任审判长，与人民陪审员唐世伟、潘月华组成合议庭公开开庭进行了审理，代理书记员黄俊杰担任记录庭室记录。原告委托代理人舒适、黄新宇，被告唐五一、青苹果及二被告委托代理人戚为群，第三人郑志祥委托代理人舒适，第三人金科委托代理人邹辉明均到庭参加了诉讼，本案现已审理终结。

原告捷鼎请求判令：1、被告唐五一按约定回购原告持有的湖南省青苹果数据中心有限公司全部股权，支付原告股份回购款 2908.64 万元，并支付 2015 年 11 月 12 日起至 2016 年 6 月 15 日止的违约金 51.48 万元；2016 年 6 月 16 日至上述股份回购款全部结清之日止的违约金，以原告投资款 2000 万元为基数、按银行同期贷款利率计算；2、被告湖南省青苹果数据中心有限公司对上述款项中 2726.85 万元（原告投资并计入被告青苹果资本公积金的 1875 万元及资金占用费）与被告唐五一共同承担连带清偿责任；3、两被告共同承担本案的案件受理费、财产保全费以及原告因财产保全而支出的必要费用。

事实和理由：2012 年 6 月 9 日，原告以及金科、郑志祥作为投资方与两被告签订《增资协议》和《增资补充协议》，约定由投资方向被告青苹果投资 4000 万元（其中 250 万元进入公司注册资本，3750 万元进入资本公积）用于公司主营业务的拓展，公司的经营管理仍由原经营管理团队承担；同时该《增资补充协议》还就投资后控股股东和标的公司对投资方的业绩保障、以及股份回购的执行条件和方式等进行了明确约定。上述协议签订后，原告分别于 2012 年 7 月 2 日、7 月 9 日向被告青苹果指定账户转账支付投资款共计 2000 万元，该公司于 2012 年 8 月为原告办理了股东变更登记，此次增资后，被告青苹果注册资本为 1250 万元，其中原告登记持股比例为 10%，至 2015 年 7 月，鉴于被告青苹果 2012 年至 2014 年连

续三年净利润总额大幅低于承诺利润，且未能按约定实现上市，导致原告作为投资人之投资目的无法实现，故原告根据上述《增资补充协议》第二条之规定致函两被告，要求其按约定履行全额回购义务并支付回购款项。而两被告在收函后未按约定在收到投资方发出的股份回购书面通知当日起三个月内付清全部金额，其行为已构成违约，应按该《增资补充协议》第八条之规定承担相应的违约责任，鉴于此，为维护原告的合法权益，特提起诉讼，请求判如所请。

被告唐五一、青苹果辩称，原告要求青苹果承担连带责任的请求条件依法没有成就，因违反法律的强制性规定而无效。请求驳回对公司的请求。原告要求被告唐五一回购股份的程序不符合公司法的规定，没有召开股东会等，其条件不成熟。原告入股公司后，存在违约行为，抽逃 200 万元资金，原告卖给了第三人郑志祥 280 万元股份，原告的投资只有 1520 万元，原告要求两千万的回购显然超出了原告投资的数额，同时，原告也没有履行补充增资协议约定的辅助上市的义务，存在违约行为，无权要求被告唐五一支付违约金和利息。本案增资协议的性质为联营合同，协议第 2.2 条（回购条款）约定的保底条款是无效的，原告依据保底条款要求被告给原告钱没有法律依据。综上，请求驳回原告对二被告的请求。

第三人郑志祥陈述，被告对增资协议的性质认定是错误的，这是完全的商事行为，是一个投资行为，投资人不会参加经营，双方约定投资人的撤出条件，没有违反法律的规定。

第三人金科陈述，与郑志祥意见一致。

当事人围绕诉讼请求依法提交了《增资协议》、《增资补充协议》、原告银行流水、2015 年 7 月 13 日原告出具的《关于要求湖南省青苹果数据中心有限公司及实际控制人履行股份回购义务的函》、被告回函、公司章程、股份转让协议、被告 200 万付款凭证、短信等，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。

根据当事人的陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：2012 年 6 月 9 日，原告（丙方）与被告青苹果（甲方）、唐五一（戊方）、第三人金科（乙方）、第三人郑志祥（丁方）签订《湖南省青苹果数据中心有限公司增资协议》，约定乙、丙、丁作为投资方向被告青苹果投资 4000 万元，其中 250 万元进入工资注册资本，其余的 3750 万元进入资本公积。增资后，原告捷鼎在青苹果持股比例为 10%，金科 8%，郑志祥 2%。投资方应在本协议生效之日起 10 个工作日内将出资金额全数汇至青苹果指定的验资账户上。各方同意，青苹果的经营管理仍由现在的经营管理团队承担。为本次增资的完成，各方在此互相承诺其将进行为本协议条款和意图达成的交易发生效力所须或要求的所有行为和事务，并签署所有为本协议条款和意图于此达成的交易发生效力所须或要求的契约和文件。同日，各方签订《湖南省青苹果数据中心有限公司增资补充协议》，各方就《增资协议》达成补充协议，第一条业绩保障，本次增资扩股完成后，控股股东和标的公司共同为公司设定了 2012 年度、2013 年度、2014 年度的经营目标分别为：经审计净利润人民币 2000 万元、2600 万元、3640 万元。即三年合计实现净利润总额为 8240 万元。如果标的公司 2012 年、2013 年、2014 年三年合计经审计税后净利润总额低于人民币 8240 万元，则控股股东应按年度按照如下方式向投资方进行现金补偿：各年度投资方应得到的现金补偿数额=（8240 万元-三年累计实际净利润）/8240 万元×投资方投资总额-投资方已获得股份分红。投资方同意如果标的公司在 2014 年 12 月 31 前已向中国证监会正式申报 IPO 上市材料，则上述条款自动失效。第二条股份回购，投资方承诺投资未满一年不得提出回购和退出。当出现下列重大事项时，投资方有权利要求控股股东戊方回购投资人所持有的标的公司全部股份，标的公司、标的公司的实际控制人对该股份回购事宜及股份回购之金额支付承担连带责任：（1）公司于 2015 年 12 月 31 日之前未在中国证券市场首次公开发行；（2）2013、2014 年度中任一年度标的公司净利润较上一年度下降比例超过 20%。股份回购价格，戊方同意投资方提出的回购投资方所持有的全部股份的要求。股份回购价格按以下确定：投资方本次投资金额+（投资方本次投资金额×12%×本次投

资款到账日至回购日之间的天数÷365-收购日前投资人已获得的现金红利)。标的公司或控股股东应在收到投资方发出的股份回购书面通知当日起三个月内付清全部金额。第十一条其他事项中约定公司如存在历史沿革、税收等与 IPO 上市规范要求不符合的不规范事宜,丙方和丁方承诺在投资方的辅导协助下在投资入股后半年内解决,推动标的公司尽快上市。协议还对其他内容进行了约定。协议签订后,原告于 2012 年 7 月 2 日、7 月 9 日分两次共计向被告青苹果账户支付投资款 2000 万元,其中 125 万元作为青苹果的注册资本,1875 万元作为公司资本公积金。青苹果收到原告的投资款后,于 2012 年 8 月办理了股东变更登记,原告成为青苹果股东。

2014 年 5 月 23 日,原告与被告青苹果及第三人郑志祥签订《股份转让协议》,约定第三人出资人民币 280 万元受让原告在被告青苹果持有的公司股权 17.5 万股(占青苹果的 1.4%的股份比例),自股权转让款全额到账之日起,原告不再享有青苹果已转让部分股权的权利,亦不承担义务,其在青苹果已转让部分股权的权利义务由第三人郑志祥承继。青苹果负责在甲乙双方转让股权资金交割完毕后一个月内办理完毕有关工商变更登记手续。协议签订后,第三人实际向原告支付了股份转让款 280 万元。2014 年 6 月,第三人郑志祥被刑事羁押至今,截至庭审,第三人受让的股份没有办理股权变更登记。

2014 年 1 月 28 日,青苹果向原告转账支付 200 万元,被告认为该款项系根据原告股东白云的要求退还的原告已支付的投资款,原告对此予以认可。

另查明,截至庭审,投资人没有自公司获取现金红利,同时,双方约定青苹果实现上市的预期没有实现,原告就青苹果上市工作具有辅导协助之义务。对公司未上市原因及责任归属,双方均未提供证据。2015 年 7 月 13 日,原告致函二被告要求青苹果实际控制人唐五一回购原告所持有的额全部股份。同年 8 月 12 日,被告青苹果回函原告原则同意根据有关协议履行回购义务,由于七月初董事会之前没有获得原告公司任何有关要求股份回购的信息,请许可对回购事宜必须有充分的时间准备,并建议双方在近期面商具体回购事宜。此后,双方就回购事宜未达成一致,故诉至法院。

本院认为,一、原告与被告、第三人签订的《湖南省青苹果数据中心有限公司增资协议》、《湖南省青苹果数据中心有限公司增资补充协议》均系各方当事人的真实意思表示,各方在自愿签订上述合同之时,均具备相应的判断能力,对其中的经营成本、风险、履约能力等进行估算,被告唐五一作为企业的实际经营管理人,更能了解可能产生的履约风险,故各方对签订的上述协议中不违反法律法规的强制性规定的内容应当恪守。本案争议的焦点为原告请求被告唐五一回购股份及要求被告青苹果对原告投入的计入公司资本公积金的部分按照《增资补充协议》约定的回购条款承担责任是否符合法律规定。

二、关于原告请求被告唐五一回购原告股份的问题

(一)关于唐五一回购原告股份约定的效力问题。本院认为,《增资补充协议》中关于投资方有权要求唐五一回购投资人所持有的青苹果全部股份的约定系新、旧股东自由处分其股东权益的行为,并不损害公司其他股东的权益,并不违背股东风险共担的原则,该约定有助于促进青苹果增资行为的依法顺利完成,对于双方的交易起到一定的担保功能,股份回购情形的成就需触发一定的条件,因此,被告主张双方系“名为投资,实为联营”与事实不符,故投资方在协议约定的条件成就的情况下有权要求唐五一回购投资人所持有的青苹果全部股份。

(二)关于原告要求被告唐五一回购股份的条件是否成立、被告应否支付股份回购款的问题。如前所述,《增资补充协议》中关于唐五一回购原告股份条款合法有效,因此,当协议约定的回购条件具备时,捷鼎有权要求唐五一回购其持有的股份。根据原告与被告、第三人签订的《湖南省青苹果数据中心有限公司增资补充协议》第二条 2.2 第一款第(1)项的约定,若被告青苹果在 2015 年 12 月 31 日之前未在中国证券市场首次公开发行,原告有权要求被

告唐五一回购原告持有的全部股份。被告唐五一及青苹果均已确认，被告青苹果至今未完成约定中的公开发行人目标。因此，根据该约定，原告捷鼎向被告唐五一提出回购股份的条件成立。原告于 2015 年 7 月 13 日向被告青苹果及唐五一送达了《关于要求湖南省青苹果数据中心有限公司及实际控制人履行股份回购义务的函》，被告青苹果及唐五一于同年 8 月 12 日向原告捷鼎回函，同意根据有关协议履行回购义务。因此，双方对涉案原告股份回购的条件已经成就没有异议。被告唐五一应根据增资补偿协议第二条 2.3 的规定，在 2015 年 11 月 12 日前向原告支付股份回购款。

（三）关于被告唐五一承担回购责任的投资金额认定。补充协议中股份回购价格的计算公式明确，原告、被告、第三人对其他内容没有异议，仅对公式中的“投资方本次投资金额”的理解存在分歧，被告认为应为原告投入计入注册资本的部分，原告及第三人认为应包括计入注册资本和资本公积金的所有投资。本院认为，纵观合同全文及双方投资合作的本意，条款约定的本次投资金额应为原告的全部投资，仅是将其投资分作两部分，部分投资计入注册资本，部分投资计入资本公积。故被告唐五一应对原告投入的全部投资款承担责任。

（四）关于唐五一承担责任的具体金额认定。原告实际投入的金额为 2000 万元，投入后，公司退还原告 200 万元，同时，原告与被告青苹果及第三人郑志祥签订《股份转让协议》，约定第三人出资人民币 280 万元受让原告在被告青苹果持有的公司股权 17.5 万股，协议签订后，第三人实际向原告支付了股份转让款 280 万元，根据公司法第七十一条之规定，“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权”，登记并不是股权转让的生效要件，其仅仅具有对抗第三人的对外效力，且原告及第三人郑志祥之间的股份转让并没有损害被告青苹果及其他股东的合法权益，故原告与郑志祥之间虽没有办理股权的工商变更登记，但因双方之间的交易已经完成，原告转让郑志祥的 280 万元不能继续计入原告的投资额，故原告实际的投资额为 1520 万元。根据增资补充协议的第二条 2.2 第二款的约定，原告投入的 1520 万元的回购价格应从最后一笔投资款到账日（2012 年 7 月 9 日）起计，至被告应当支付回购金额最后期限日即 2015 年 11 月 12 日止，股份回购款金额应为 $1520 + (1520 \times 12\% \times 1221 \text{ 天} / 365 \text{ 天} - 0) = 2130.16$ 万元。根据增资补充协议约定的约定，就该款项，被告唐五一应在 2015 年 11 月 12 日前支付，因被告唐五一未能按约履行付款义务，应承担相应的违约责任。现原告捷鼎要求被告唐五一自 2015 年 11 月 12 日起按照同期银行贷款利率请求逾期支付股份回购款金额的违约金，符合法律规定，应当予以支持。

三、关于被告青苹果公司的责任。

关于青苹果对股份回购金额承担连带责任条款效力的认定。本院认为，协议中关于要求公司承担股份回购的支付责任的约定实系公司以其责任资产为一方股东对于另一方股东的债务提供连带责任保证，已超出股东正当权利的行使范围，会造成青苹果责任资产的不当减少，使得捷鼎可以脱离青苹果经营业绩获得固定投资收益，损害青苹果债权人及其他股东的利益，有违通常的投资原则，将投资风险转嫁给被投资企业及其他股东，违背了资本维持原则，故关于公司回购股份的责任条款约定因违反公司法的强制性规定而无效，故对原告要求被告青苹果承担连带责任的主张，因违反法律的强制性规定，本院不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国公司法》第二十条、第三十二条、第七十一条第一款、第七十三条，《中华人民共和国合同法》第八条、第五十二条、第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十八条之规定，判决如下：

一、被告唐五一应于本判决生效之日起十日内回购原告长沙捷鼎投资管理合伙企业（有限合伙）持有的湖南省青苹果数据中心有限公司股权，即向长沙捷鼎投资管理合伙企业（有限合伙）支付股份回购款 2130.16 万元，并按银行同期贷款利率标准支付自 2015 年 11 月 12 日起至实际付款之日止的违约金；

二、驳回原告长沙捷鼎投资管理合伙企业（有限合伙）的其他诉讼请求。

如被告未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 181644 元，保全费 5000 元，合计 186644 元，由原告长沙捷鼎投资管理合伙企业（有限合伙）承担 44785 元，被告唐五一承担 141859 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于湖南省长沙市中级人民法院。

审判长 刘玉玲

人民陪审员 唐世伟

人民陪审员 潘月华

二〇一六年十二月二十七日

书记员 记员黄俊杰

长沙亚兴置业发展有限公司与北京师大安博教育科技有限 责任公司合同纠纷二审民事判决书

最高人民法院

民事判决书

(2015)民二终字第 117 号

上诉人：长沙亚兴置业发展有限公司。住所地：湖南省长沙市雨花区梓园路 486 号花苑 1 栋 3 层。

法定代表人：王忠和，该公司董事长。

委托代理人：刘铁光，湖南同升律师事务所律师。

委托代理人：邱帅萍，湖南湘商律师事务所律师。

被上诉人：北京师大安博教育科技有限责任公司。住所地：北京市海淀区北太平庄路 18 号城建大厦 A 座 18 层 1801 号。

法定代表人：解学军，该公司董事长。

委托代理人：陈耀权，北京市天同律师事务所律师。

委托代理人：张小健，北京市天同律师事务所律师。

上诉人长沙亚兴置业发展有限公司（以下简称亚兴公司）因与被上诉人北京师大安博教育科技有限责任公司（以下简称安博公司）合作合同纠纷一案，不服湖南省高级人民法院（2013）湘高法民二初字第 10 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由代理审判员李志刚担任审判长，代理审判员郑勇、苏蓓参加的合议庭对本案进行了审理，书记员张茜娟担任记录。本案现已审理终结。

湖南省高级人民法院一审查明：湖南长沙同升湖实验学校和湖南长沙同升湖幼儿园（以下简称“目标学校”）分别经湖南省教育委员会和长沙市雨花区教育局批准设立，其最初的举办者为亚兴公司。2009 年 7 月 28 日，亚兴公司（甲方、转让方）和安博公司（乙方、受让方）签订《合作框架协议》，该协议中约定：鉴于 1. 甲方为转让标的目标学校的唯一合法举办者，拥有目标学校的 100%权益；……3. 注册于开曼群岛的 BVI-A 是甲方实际控制的海外公司，BVI-B 公司则是 BVI-A 公司的全资控股子公司；4. AmbowEducationHoldingLtd 是乙方的海外关联公司。甲方将目标学校的教学举办权、经营收益权（不包括转让交割前的历年结余额）、经营处置权、无形资产等以及截止协议签订之日目标学校正在使用的教学设备和小学部、初中部、高中部教学楼的房产作为转让标的权益（以下简称标的权益），甲方向乙方转让标的权益 70%的标的权益和其关联 BVI-B 公司的所有权益。有关甲方过户到目标学校名下的部分房产，在双方另签订《关于收益分配及资产保障的补充协议》中明确将来无偿归还给甲方或由乙方购买的条件后，甲方同意放弃 30%权益所对应的标的权益，并同意将该部分标的权益全部归乙方所有。双方同意对目标学校 70%标的权益整体估值共计为人民币 16779 万元，乙方以现金方式支付甲方人民币 8391 万元，另外按人民币 8388 万元兑换等值待上市的股票并支付到乙方指定的海外公司，乙方对应取得目标学校 70%的举办权益、100%的经营收益权和 100%的经营处置权。双方签订《合作框架协议》及《关于支付部分转让款的备忘录》后 7 个工作日内，乙方向甲方支付转让款总额的 10%，即 899 万元，该笔款项将支付到双方共管的账户中，在湖南省长沙市教育局出具正式批准文件批准本次权益转让，且同意目标学校的举办者由转让方变更为受让方、同意学校校舍由学校向现有房产的所有权人（亚兴公司和长沙市同升湖房地产开发有限公司）交付使用后，该笔资金立即解冻，作为权益转让款的一部分划归甲方。在目标学校举办者由转让方变更为受让方，并获得教育局批准后的 7 个工作日内，乙方向甲方再支付转让款总额的 40%，即 3356 万元。余款在双方正式交接及正式《权

1115

益转让协议》签订后一年内支付完毕。如果在 2009 年 9 月 29 日前，甲方未办理完教育主管部门关于目标学校举办者的变更批准手续和民政局的变更手续，则各方原有签署的所有协议解除，不追究违约责任。双方同意，乙方向甲方按目标学校整体估值的 50%，即人民币 8388 万元支付等值的股票给甲方指定的海外公司。在取得教育局批文，海外 BVI 公司已经设立、且双方已经签署海外换股协议后的 45 个工作日内，乙方向甲方出具发放 8388 万元人民币等值的股权证，并由乙方关联企业 AmbowEducationHoldingLtd 向甲方海外关联企业 BVI-A 公司发放等值于 8388 万元人民币的股票，以置换其全资控股的 BVI-B 公司 100%股权的形式支付目标学校权益转让的剩余对价。乙方另外奖励目标学校经营团队 409971 股，并在协议中列明了团队个人的份额。双方为履行《合作框架协议》又签订了《权益转让协议》、《房屋及场地使用合同》、《关于收益分配及资产保障的补充协议》；双方关联公司签订了《股权购买协议》。

上述协议签订后，自 2009 年 8 月 4 日起，安博公司共向亚兴公司支付转让款现金 84378609.46 元，价值 8388 万元人民币的等值股票也于 2009 年向亚兴公司发放完毕。

2009 年 9 月 28 日，长沙市雨花区教育局向亚兴公司、安博公司颁发《关于对〈湖南长沙同升湖实验学校关于拟变更的申请报告〉的批复》（雨教【2009】72 号）和《关于对〈湖南长沙同升湖实验幼儿园关于拟变更的申请报告〉的批复》（雨教【2009】73 号），批准目标学校的举办者变更为安博公司，长沙市雨花区教育局向安博公司分别颁发了目标学校的《中华人民共和国民办学校办学许可证》，有效期限自 2009 年 9 月 28 日至 2017 年 9 月 27 日。2009 年 9 月 30 日，安博公司与亚兴公司办理了目标学校建筑物移交手续。2009 年 10 月 12 日，长沙市雨花区民政局颁发《关于同意湖南长沙同升湖实验学校法人代表变更的行政许可决定》（雨民社发【2009】21 号）和《关于同意湖南长沙同升湖实验幼儿园法人代表变更的行政许可决定》（雨民社发【2009】22 号），同意将目标学校的法定代表人由王忠和变更为孙培文，并向两学校颁发了《民办非企业单位登记证书》。2009 年 10 月 29 日，安博公司及目标学校的法定代表人孙培文作为接交人与作为移接人的亚兴公司办理了目标学校的财务交接手续。安博公司系于 2004 年 11 月向北京市工商行政管理局申请设立登记的公司，公司注册资本为 300 万元，公司设立的股东为解学军、薛建国、冯晓刚、安博科技有限公司、北京师大科技园科技发展有限公司，法定代表人为黄劲。2005 年 9 月，安博公司的法定代表人变更为解学军，股东变更为解学军、薛建国、北京师大科技园发展有限公司，股东出资为解学军 225 万元，薛建国 30 万元，北京师大科技园科技发展有限公司 45 万元。2008 年 12 月，安博公司股东变更为解学军、薛建国，北京师大科技园科技发展有限公司退出安博公司。

根据安博教育控股公司于 2010 年在美国首次公开发行美国存托股时公开披露的信息，安博教育控股公司（AmbowEducationHoldingLtd）系 2007 年 6 月依据开曼群岛法律注册成立的税务免除型有限责任公司，北京安博在线软件公司（以下简称安博在线公司）系安博教育控股公司于 2000 年依据中国法律设立的一家外商独资企业，系安博教育控股公司在中国经营的主要公司。安博教育控股公司在公开披露的信息中称，在中国，其主要通过安博在线和可变利益实体及其股东之间的协议安排开展业务，安博教育控股公司在可变利益实体中没有直接或控股的权益，在可变利益实体的下属机构中也没有直接或间接控股。包括安博公司在内的可变利益实体股东向安博在线公司质押其在可变利益实体中的股权，全权委托安博在线公司行使其在可变利益实体中的投票权，安博教育控股公司可以有效控制该可变利益实体。安博在线公司通过向这些可变利益实体及其附属机构销售产品、技术支持、市场营销以及管理咨询服务，从可变利益实体及其附属机构的税前利润中获取经济收益。安博教育控股公司在公告中称安博公司即其一个可变利益实体（VariableInterestEntities 即所谓的 VIEs），持有目标学校 70%的股权。安博教育控股公司通过其在中国的全资子公司安博在线公司与安博公司之间的协议安排开展教育业务。依据安博在线公司与安博公司股东解学军和薛建国之间

所达成的一系列协议，安博公司股东解学军、薛建国将其在安博公司的全部股权质押给安博在线公司。解学军、薛建国将其在安博公司的一切表决权无期限、不可撤销地授予给安博在线公司。根据安博在线公司与安博公司之间的独家合作协议，安博在线公司拥有向安博公司提供技术支持和中小学在线教育营销咨询服务及其他相关服务的专有权，以获得金额相当于安博公司税前盈利的服务费。

亚兴公司按照双方《合作框架协议》中的约定所取得的价值人民币 8388 万元的待上市股票系于 2010 年 8 月在美国纽约证券交易所上市的安博教育控股公司的普通股票即 ADR（该部分股票由亚兴公司的海外关联公司 BVI-B 公司实际持有），亚兴公司如果要出售该部分股票，须先将该部分股票按照 2:1 的比例转换成相应数量的美国存托股即 ADS（即每两股亚兴公司所持的安博教育控股公司的普通股票 ADR 转换成一股美国存托股 ADS），然后通过券商在证券交易市场公开交易。亚兴公司所持安博教育控股公司的普通股票自该股于 2010 年 8 月 5 日票在美国纽约证券交易所上市后，有 180 天的禁售期，自 2011 年 2 月 6 日起该部分股票解禁可出售。安博教育控股公司的股票于 2010 年 8 月 5 日在美国纽约证券交易所上市交易后股价一路下跌，2013 年 3 月 22 日，纽约证券交易所暂停安博教育控股公司的股票交易，停牌时，安博教育控股公司的股价为每股 0.95 美元。

2012 年 3 月 6 日，亚兴公司向安博教育控股公司提出将所持安博教育控股公司的 2457272 股普通股（即 ADR）转换成 1228636 股可出售的美国存托股（即 ADS）的申请，安博教育控股公司则认为应由亚兴公司自己按照 ADR 股转换成 ADS 股的程序办理。嗣后，双方就亚兴公司所持 ADR 股转换为 ADS 股多次协商沟通，但亚兴公司一直未能完成将所持 ADR 股转换成 ADS 股，亚兴公司称是因为安博教育控股公司阻碍导致，而安博教育控股公司则认为是亚兴公司未按法定程序办理所导致。因安博教育控股公司的股票已经被纽约证券交易所暂停交易，且股价大幅下跌，双方遂形成本案纠纷。

亚兴公司一审主张：《中华人民共和国中外合作办学条例》第六条规定：中外合作办学者可以合作举办各级各类教育机构，但是不得举办实施义务教育和实施军事、警察、政治等特殊性质教育的机构。《外商投资产业指导目录》（2007 年修订）明确规定：禁止外商投资产业目录九：教育—义务教育机构，军事、警察、政治和党校等特殊领域教育机构。双方签订的《合作框架协议》实质就是安博公司与安博在线公司之间利用 VIE 模式以内资合法收购目标学校的外在形式，恶意规避法律和产业政策禁止外资进入“义务教育”领域的规定，从而实现境外上市目的，属于以合法形式掩盖非法目的的无效合同。据此请求判决：1. 确认亚兴公司与安博公司签署的《合作框架协议》无效；2. 安博公司在判决生效十日内将湖南长沙同升湖实验学校 and 湖南长沙同升湖幼儿园的教学举办权、经营收益权和经营处置权等相关权益返还给亚兴公司。

安博公司一审辩称：1. 安博公司与亚兴公司签订的《合作框架协议》及其他相关协议系内资企业之间就学校举办权转让事宜所达成的真实意思表示，符合现行法律法规的规定，经过了行政主管部门审批许可，并且已经履行完毕，是合法有效的；2. 《合作框架协议》是两个内资企业之间达成的变更学校举办权等事项的协议，不属于外商投资范畴，不受外商投资相关法律法规的调整；3. 亚兴公司认为安博在线公司实际控制了安博公司没有依据；4. 亚兴公司提起本案诉讼是为了转嫁商业风险，因为其所取得的股票自 2011 年开始大幅下跌，导致其利益受损。据此请求：驳回亚兴公司的全部诉讼请求。

湖南省高级人民法院认为，本案争议的焦点问题是亚兴公司与安博公司于 2009 年 7 月 28 日签订的《合作框架协议》是否有效。根据本案所查明的事实，双方于 2009 年 7 月 28 日签订的《合作框架协议》系双方真实意思表示，协议内容也不违反我国法律、行政法规中有关合同效力的强制性规定，应认定为合法有效的合同，受法律保护。其理由在于：首先，根据现有证据不能认定安博公司系外商投资企业。根据所查明的事实，与亚兴公司签订《合作框架

协议》的安博公司系依照我国《公司法》于 2004 年 11 月设立登记的公司，公司股东均为我国自然人和法人，因此该公司自设立之初就并非外商投资企业。其后安博公司股东虽然发生变化，但并未有外资入股成为公司股东，公司的法定登记形式一直为内资企业。安博公司以内资企业身份与亚兴公司签订《合作框架协议》受让目标学校的标的权益，并不违反我国有关外商投资产业政策。亚兴公司主张，因安博公司的股东解学军、薛建国通过协议的方式将其对安博公司的控制权让渡给外商投资企业安博在线公司，因此认为安博公司实为外商投资企业。亚兴公司的此项主张并没有事实和法律依据。根据所查明的事实，安博公司现有股东解学军、薛建国均系我国自然人，该股东只是将其对安博公司的股东投票权委托给安博在线公司行使，并将目标学校的盈利以支付接受安博在线公司服务对价的方式支付给安博在线公司，但从法律上而言，安博在线公司并非安博公司的股东，安博公司的股权仍登记在我国自然人名下，因此安博公司的所有人仍为我国自然人，安博公司基于其自身经营政策考虑通过合同将其股东投票权和利润转移给外商投资企业并不能就此改变安博公司的法定注册类型，而且，亚兴公司所主张的以是否存在协议控制作为确定企业性质的标准还存在法律上的不确定性，因为安博在线公司现在只是基于合同关系实现对安博公司的控制，如果一旦安博公司股东与安博在线公司再签订解除此种对投票权的让渡，则是否还能认定安博在线公司实际控制安博公司存疑。因此，仅仅根据不确定的投票权让渡和利润转移安排而认定安博公司系外商投资企业不符合我国当前立法中主要依据投资主体划分内资企业和外资企业的标准。在安博公司的股东解学军、薛建国均为我国自然人的情况下，应认定安博公司系我国内资企业。其次，安博在线公司对安博公司的协议控制并不必然导致对我国教育产业安全造成危害。根据现有查明的事实，安博公司与安博在线公司之间的协议安排仅系将目标学校的经营收益转移至安博在线公司，也就是说安博在线公司所实际控制的是目标学校的经营收益，而并不涉及控制目标学校的教学安排，目标学校的教学安排仍然必须按照我国有关教育政策贯彻实施，作为内资企业的安博公司负有严格遵照我国公司法和有关教育产业方面的法律、政策对目标学校的教学安排予以管理的法定义务。根据安博公司对目标学校接管后五年多时间中目标学校的运营情况看，并没有发生因为安博在线公司的实际控制地位而对目标学校的教学安排施加不当影响的情况，因此现有证据不能证明仅仅因为安博公司将目标学校利润的转移至安博在线公司即会导致目标学校的教学安排被外资控制，从而危害到我国的教育产业安全，从这个意义上说，安博公司与安博在线公司之间的利润转移协议并不违反我国对禁止外资进入我国义务教育领域的立法本意。第三，否定双方之间的《合作框架协议》的效力无疑是鼓励了亚兴公司的不诚信交易行为。从《合作框架协议》的内容安排来看，亚兴公司在订立该协议之初即明知涉案目标学校的利润将通过协议安排的方式转移至安博在线公司，因为亚兴公司出让目标学校标的权益的对价除一半现金外，另外一半是即将在美国上市的安博教育控股公司的股票，而安博教育控股公司的利润来源即为包括目标学校在内的境内学校的盈利，如果安博教育控股公司不能通过协议方式取得安博公司所有的目标学校的盈利，则亚兴公司所取得的安博教育控股公司的股票是没有价值的。因此，亚兴公司在本案交易之初就对海外上市企业安博教育控股公司通过协议控制安博公司的事实是明知的，在交易完成后，又因为所持安博教育控股公司的股票价格未达到预期而主张否认该协议的效力，无疑是违背了商事交易基本的诚信原则。亚兴公司称其多次向安博公司主张将所持安博教育控股公司的普通股票 ADR 转换成可以正常交易的美国存托股 ADS，只是因为安博教育控股公司设置障碍导致转换未能完成。不管亚兴公司所持股票未能转换成可上市交易股票的原因是否在于安博公司，该事实恰恰表明亚兴公司一直是认可涉案交易的效力，并一直在正常行使合同权利，对方是否阻碍其行使权利只是是否违约的问题，与合同本身是否有效并无法律上的关联。第四，否认《合作框架协议》的效力将破坏商事交易安全。双方签订的《合作框架协议》系双方真实意思表示，协议签订后双方均已经按照协议约定履行完毕各自的合同义务，安博公司按照协

议约定向亚兴公司支付了包括现金和股票在内的对价，并已实际接管目标学校达五年之久，如果此时否定《合作框架协议》的效力无疑将破坏交易安全，损害诚信守约方的合法权益。综上，亚兴公司的诉讼请求缺乏事实和法律依据，依法应予驳回。该院依照《中华人民共和国合同法》第六条、第八条之规定，判决如下：驳回长沙亚兴置业发展有限公司的全部诉讼请求。案件受理费 880750 元，保全费 5000 元，由长沙亚兴置业发展有限公司负担。

亚兴公司不服上述一审判决，向本院提出上诉，请求：一、撤销湖南省高级人民法院（2013）湘高法民二初字第 10 号民事判决；二、确认亚兴公司与安博公司签署的《合作框架协议》无效；三、改判安博公司于判决生效之日起 10 内将湖南长沙同升湖实验学校和湖南长沙同升湖实验幼儿园的教学举办权、经营收益权和经营处置权等相关权益返还给亚兴公司；四、本案全部诉讼费用由安博公司承担。主要事实和理由是：一、原审法院认定事实错误。（一）安博公司系外资企业。1. 安博公司的注册资金来源于安博在线公司，且安博公司股东权利全部由安博在线公司控制，而安博在线公司是在中国境内设立的外商独资企业。根据《借款协议》的约定安博在线公司以借款的形式确定委托解学军、薛建国对安博公司进行投资。2. 根据《独家合作协议》《认购期权协议》及《委托书》的约定，安博公司全部收益均已由外资企业安博在线公司取得，安博公司股东的权利也归安博在线公司享有。3. 安博公司股东系安博教育控股公司董事和高管。4. 《合作框架协议》中应由安博公司支付给亚兴公司的收购资金和股权主要来源于外资企业或外商。（二）安博公司在与亚兴公司谈判及签订协议时故意隐瞒了安博公司“假内资、真外资”的身份，亚兴公司并不知晓上述情况。（三）安博在线公司对安博公司的协议控制对目标学校和学生及教育事业造成了损害。安博公司获得目标学校办学权之后，向安博在线公司违规转移学校资金 4684.99 万元、咨询服务费空挂往来列支 4684.91 万元，未提取发展基金，违反了《中华人民共和国民办教育促进法》的规定。（四）亚兴公司按照合同约定履行了合同义务，无不诚信的交易行为。（五）安博公司未按约支付现金及等值股票。1. 安博公司应向亚兴公司支付收购款 8391 万元现金，只支付了 54054152.46 元，且这些款项绝大部分不是来自于安博公司，仅只有 4152.46 元来自于安博公司。2. 安博公司仅取得了普通股的股权证，而没有获得可以在美国证券交易市场上自由交易的 ADR。由于安博公司单方原因，导致亚兴公司无法行使投资所有权，至今未获得股权投资利益。因安博教育控股公司的造假行为极有可能使该股票退市，其行为将会给亚兴公司造成不可挽回的损失。二、原审判决适用法律错误。（一）安博公司与亚兴公司签订的《合作框架协议》因违反《中华人民共和国中外合作办学条例》第六条及《外商投资产业指导目录》《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》第九条的强制性规定无效，案涉财产应予返还。（二）案涉 VIE 交易结构属于以合法形式掩盖非法目的。（三）安博公司的办学行为损害了教育安全和社会公共利益。

安博公司二审答辩称：一、《合作框架协议》合同有效。（一）安博公司的股东均为中国公民及法人，是内资企业。（二）安博公司自亚兴公司受让目标学校举办权，业已经过长沙市雨花区教育局及长沙市雨花区民政局的行政主管部门批准。（三）《合作框架协议》是双方当事人的真实意思表示，合同目的合法，即依法转让目标学校的举办权。（四）《中外合作办学条例》第六条不属于《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条所称的效力性规定，《外商投资产业指导目录》属于部门规章，系管理性规定，《合作框架协议》未违反法律行政法规的禁止性规定。二、案涉 VIE 交易模式与《合作框架协议》是不同法律关系，与本案无关，对《合作框架协议》的效力没有影响。（一）VIE 协议不涉及安博公司举办目标学校，也未涉及《合作框架协议》的签订及履行，系为满足美国财务会计准则的规定而签署的特殊目的合同，其合同目的在于满足境外上市条件，而非实现对目标学校的收购或控制。（二）现行法律法规未禁止案涉 VIE 交易模式。安博在线公司最终实施的商业行为只是向目标学校销售软件，而销售软件业务系已经过主管部门批准的经营范围，安博在线公司

与目标学校之间是合同关系，而非投资关系。（三）安博公司股东解学军在 2006 年 8 月 1 日之前至今一直担任安博在线公司董事，2007 年 8 月 9 日至 2008 年 1 月 8 日期间，解学军同时担任安博在线公司法定代表人，且解学军或薛建国均有权单方面书面终止委托关系。解学军向安博在线公司出具《委托书》并不会导致安博公司因此被境外主体控制。三、安博公司已经履行《合作框架协议》项下全部义务。安博公司已按约向亚兴公司支付了 8391 万元现金及 8388 万元的等值股票《合作框架协议》履行完毕以后，亚兴公司因其所持有股票及行使权利产生的风险与案涉合同效力之诉无关。四、亚兴公司及其实际控制人王忠和通过给目标学校断水断电、破坏学校设施、煽动学生罢餐罢课、虚假报警等手段，恶意扰乱学校教学活动，以无偿收回学校举办权，有违诚信。

对原审判决中查明的事实部分，亚兴公司就两项表述提出异议：一是认为安博公司向亚兴公司发放 8388 万元人民币的“等值股票”及亚兴公司持有“ADR”的表述错误，主张应将“等值股票”及“ADR”表述为普通股股权证；二是认为原审判决表述“因安博教育控股公司的股票已被纽约证券交易所暂停交易，且股票大幅度下跌，双方遂形成本案纠纷”错误，主张股票下跌与本案合同效力无关。

对第一项表述问题，安博公司不持异议，本院予以确认。对第二项表述问题，亚兴公司“股票下跌与案涉合同效力无关”的主张，符合法律规定，本院予以采信。此外，原审判决第 23 页最后两行往后有关“双方签订的《合作框架协议》及《关于支付部分转让款的备忘录》后 7 个工作日内，乙方向甲方支付转让款总额的 10%，即 899 万元”的表述，误将“839 万元”表述为“899 万元”，本院予以纠正。

对一审查明的其他事实，双方当事人均无异议，本院予以确认。

本院二审期间，亚兴公司提供了以下新证据：一、湖南省长沙市公安局雨花分局经济犯罪侦查大队根据亚兴公司举报，委托湖南省利安达司法鉴定所对同升湖实验学校的账目、同升教育发展公司的相关材料进行鉴定，该所于 2015 年 5 月 25 日出具的《司法会计鉴定报告书》；二、湖南省利安达司法鉴定所《关于北京师大安博交易科技有限公司支付长沙亚兴置业发展有限公司收购款的说明》。以上两组证据用以证明师大安博公司未支付 29855847.54 元股权转让款；三、安博教育集团股权证，用以证明亚兴公司接受股票履行的海外关联公司即 CapitalIdeaHoldingLimited 所获得的是普通股股权凭证；安博教育控股公司只履行了股权证发放义务，未履行股票发放义务。

安博公司对上述证据的真实性均无异议，但对证据一、二的关联性有异议，主张付款情况与本案合同效力争议无关，且该鉴定意见内容与事实不符，案涉 29855847.54 元股权转让款已付清。对证据三的关联性无异议，但主张发放股权证不代表没有支付对价。

安博公司二审提交了两份新证据：一、北京中兆信会计师事务所出具的验资报告，载明证明安博公司（筹）截至 2004 年 7 月 29 日止已收到所有股东的注册资本（实收资本）人民币 300 万元，据以证明安博公司设立之初，即由股东按期缴纳 300 万元注册资本金。二、同升湖实验学校就亚兴公司债务清偿情况的说明，证明安博公司于 2009 年 12 月至 2010 年 7 月间代为支付亚兴公司欠付的 29855847.54 元债务，亚兴公司欠付该校的债务已获清偿。亚兴公司对上述证据真实性无异议，但认为不能证明安博公司主张的证明目的。

因二审期间双方提交的有关合同履行情况的证据，与本案争议的合同效力问题无关，故本院均不予采信。

因安博公司出资问题与案涉合同主体资格有关，亚兴公司对安博公司提交的有关安博公司设立时出资情况的证据的真实性亦无异议，故对安博公司提交的有关出资情况的证据，本院予以采信。据此，本院二审另查明：截至 2004 年 7 月 29 日止，安博公司即已收到所有股东的现金出资人民币 300 万元，足额缴纳了 300 万元注册资本金。

本案争议焦点是案涉《合作框架协议》的合同效力问题。

本院认为：一、安博公司系内资企业，非外资企业。因安博公司的股东解学军、薛建国均为中国公民，安博公司无外资股东，其在工商登记机关登记的企业性质为中国国内的有限责任公司。亚兴公司主张以安博公司注册资本金的现金来源为由，确定安博公司的企业性质，无法律依据。安博公司虽以合同方式将其相关股东权利委托给安博在线公司行使，但安博在线公司并不具备公司法上安博公司的股东身份。故亚兴公司主张安博公司系外资企业于法无据，本院不予支持。

二、《合作框架协议》是亚兴公司与安博公司的真实意思表示。亚兴公司与安博公司订立《合作框架协议》，以转让目标学校的举办权的方式取得相应对价。为履行《合作框架协议》，双方又签订了《权益转让协议》《房屋及场地使用合同》《关于收益分配及资产保障的补充协议》；双方关联公司签订了《股权购买协议》。双方订立合同的过程及履约行为显示，并不存在欺诈、胁迫及其他意思表示不真实的情形，原审认定《合作框架协议》系双方的真实意思表示并无不当。

三、《合作框架协议》并未违反法律、行政法规的强制性规定。亚兴公司主张《合作框架协议》因违反《中华人民共和国中外合作办学条例》第六条及《外商投资产业指导目录》《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》第九条的强制性规定无效。但《外商投资产业指导目录》及《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》系部门规章，而非法律和行政法规。根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项有关“违反法律、行政法规的强制性规定”应当认定无效的规定及《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释（一）》第四条“合同法实施以后，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据”的规定，《外商投资产业指导目录》及《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》不能作为认定合同效力的依据。

就本案所涉及的内资企业取得义务教育机构的举办权，但其股东权利根据合同约定受外资企业控制是否违反《中华人民共和国中外合作办学条例》第六条规定“中外合作办学者可以举办各级各类教育机构，但是，不得举办实施义务教育和实施军事、警察、政治等特殊教育的机构”的规定的的问题，本院征求了中华人民共和国教育部政策法规司的意见。该司答复称：根据该条例，中外合作办学的主要特征包括：外方应为教育机构，外方可以直接参与学校办学与管理，教育教学内容可以部分采用国外课程等。外资通过与内资企业的股东签订合同的方式控制民办学校，并非直接参与学校办学与管理，相关活动不属于《中外合作办学条例》的调整范围。

因安博公司系内资企业，结合教育部政策法规司的上述答复意见及本案的具体情形，应当认定案涉《合作框架协议》不适用《中华人民共和国中外合作办学条例》第六条的规定。故对亚兴公司有关《合作框架协议》因违反法律、行政法规的强制性规定而无效的主张。

四、《合作框架协议》订立后，双方是否按约履行，以及亚兴公司按约取得的投资权益是否会收到损失，与案涉《合作框架协议》的效力问题无关。故亚兴公司有关安博公司未按约支付对价、其履行行为可能造成亚兴公司损失的主张与其诉讼请求无关，不属于本案审理范围。

五、本案诉争的是亚兴公司与安博公司之间的《合作框架协议》的法律效力，而非安博公司与安博在线公司之间《独家合作协议》、《认购期权协议》及《委托书》的效力，故安博公司与安博在线公司之间的合同效力不属于本案审理范围。

六、案涉《合作框架协议》订立后，目标学校的举办者由亚兴公司变更为安博公司，该项变更业已经过教育行政主管部门长沙市雨花区教育局的行政许可，目标学校的法定代表人变更亦经长沙市雨花区民政局审核批准。安博公司取得目标学校的举办权后，无证据证明教育行政主管部门认定安博公司及目标学校存在违法办学行为以及其他影响教育安全和社会公共利益的行为，主管外商投资行为的行政机关也未就安博公司与亚兴公司之间的交易行为及安

博公司的办学行为作出行为违法的认定，故就本案而言，亚兴公司主张《合作框架协议》危害教育安全及社会公共利益，无事实和法律依据。

人民法院审理因《合作框架协议》争议所引发的商事纠纷系确定亚兴公司与安博公司之间的民事权利义务关系，本身并非对义务教育领域的投资行为行使监管之责。认定《合作框架协议》的效力应当以法律及行政法规为依据。在不具备法律及行政法规规定的无效情形，行政主管部门亦未作出安博公司办学行为违法认定的情况下，对亚兴公司有关案涉《合作框架协议》无效的主张，本院不予支持。

对外资通过并购股权参与举办或者实际控制举办者实施义务教育民办学校的行为，可能存在危害教育安全及社会公共利益的问题，系教育行政主管部门的职责范围。对可能存在的外资变相进入义务教育领域，并通过控制学校举办者介入学校管理的行为，应当予以规范，并通过行政执法对违法行为予以惩戒。就此，本院已向中华人民共和国教育部发出司法建议，建议该部在行政审批及行政监管过程中，对此予以依法规范，以维护社会公共利益和教育安全。综上，案涉《合作框架协议》主体合格，意思表示真实，不违反法律、行政法规的强制性规定，原审认定《合作框架协议》合法有效并无不当。因案涉《合作框架协议》合法有效，亚兴公司诉请确认合同无效，返还财产的诉请无事实和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。本院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审案件受理费 880750 元、保全费 5000 元，二审案件受理费 880750 元，均由长沙亚兴置业发展有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 李志刚

代理审判员 郑勇

代理审判员 苏蓓

二〇一六年七月二日

书记员 张茜娟

浙江交隧集团有限公司与中交路桥建设有限公司、中国交通建设股份有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事判决书

成都铁路运输中级法院
民事判决书

(2014)成铁中民初字第1号

原告浙江交隧集团有限公司，住所地浙江省温州市市府路新益大厦1幢801室。

法定代表人卢立整，董事长。

委托代理人王自力，四川迪泰律师事务所律师。

委托代理人张建生，四川迪泰律师事务所律师。

被告中交路桥建设有限公司，住所地北京市通州区潞城镇通胡大街8号1层001室。

法定代表人杨思民，总经理。

委托代理人云志，上海市锦天城（成都）律师事务所律师。

委托代理人胡眉岩，上海市锦天城（成都）律师事务所律师。

被告中国交通建设股份有限公司，住所地北京市西城区德胜门外大街85号。

法定代表人刘起涛，董事长。

委托代理人郭娟，上海市锦天城（成都）律师事务所律师。

委托代理人何利琼，上海市锦天城（成都）律师事务所律师。

原告浙江交隧集团有限公司（以下简称交隧公司）与被告中交路桥建设有限公司（以下简称中交公司）、中国交通建设股份有限公司（以下简称交通公司）建设工程施工合同纠纷一案，本院于受理后依法组成合议庭进行了审理。案件审理过程中，交隧公司申请对各项材料调差的金额进行司法鉴定，本院委托四川信永中和工程管理咨询有限公司进行了鉴定，该鉴定机构于2015年9月7日作出了《司法鉴定意见书》。本院于2014年9月26日进行了第一次公开开庭进行了审理，交隧公司的委托代理人王自力、张建生，中交公司的委托代理人云志、胡眉岩，交通公司的委托代理人郭娟到庭参加诉讼；2015年11月13日本院第二次公开开庭进行了审理，交隧公司的委托代理人王自力、张建生，中交公司的委托代理人云志、胡眉岩，交通公司的委托代理人何利琼以及鉴定人王晓林、马涛到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告交隧公司诉称：路桥集团国际建设股份有限公司（以下简称路桥公司）系兰渝铁路LYS-11标段的中标单位，其中标后与浙江环宇隧道工程有限公司（以下简称环宇公司）签订了《施工总价承包合同》，约定环宇公司承包修建兰渝铁路LYS-11标段DK647+300-DK693+520范围内除朴船山隧道、马家坝隧道之外的全部隧道工程施工项目。2010年9月21日，原路桥公司要求环宇公司退场，双方签订了《协议》，约定原《施工总价承包合同》予以解除，对已完工程量进行结算，对未完工程协作费用的计取、队伍清理及与施工队伍的结算和债权债务的清理、结算款的支付等达成了一致意见。当日，原路桥公司向原告支付了2000万元，又于2011年1月21日支付了工程款1995万元，同日，双方又签订了《补充协议》，对施工图与清单量差、已完工程调差、已施工的变更设计等做出了补充约定。原路桥公司陆续向原告支付了工程款266269370元，还有应予支付的工程款95886879元未予支付。2012年12月24日，环宇公司变更为浙江交隧集团有限公司，2013年6月，原路桥公司被交通公司吸收合并后注销，并确认原路桥公司的所有债权债务由中交公司承继。据此，请求法院判令中

1123

交公司向原告支付工程结算款 95886879 元，交通公司承担连带责任，全部诉讼费由二被告承担。

被告中交公司辩称：（一）本案中原路桥公司与交隧公司签订的《施工总价承包合同》，不仅违反了法律强制性规定，也违反发包方即业主与承包方原路桥公司在合同中约定的禁止转包、分包的规定，属于违法分包，应为无效合同；（二）由于本案中的《施工总价承包合同》系无效合同，因解除该合同而签订的《协议》和《补充协议》当然也无效，并且协议内容不明确，部分条款显失公平，只能作为双方进行结算的参考，不能作为结算依据；（三）协作费是无效协议中约定的条款，相关法律和工程计价原则均没有关于协作费的规定，因此支付协作费于法无据，本案中原告实际施工价值 1.69 亿，但主张的协作费却高达 1.24 亿，显然缺乏合理、合法的依据，不应得到支持；（四）原告没有按照协议约定将退场队伍清理完毕，没有协助与留场队伍签订合同，没有与所有施工队结算完毕，没有对相关债权债务进行转移，因此付款条件没有成就；（五）原告主张的大临费用、安全生产费、总承包风险费、大拱脚回填费用、材料调差费用、洞口路基土石方费用及支付移交物资的费用，均因证据不足或不符合合同、协议的约定，不应得到支持；（六）应按照已付款总额计取质保金和税金；（七）原告实际施工价值只有 1.69 亿，而原路桥公司已经支付了 266269370 元，并且交隧公司还应承担隧道专用临时用地补偿费用及复垦保证金 4480224 元、共用便道占地费及复耕费分摊费（分摊比例 33.37%）1298434.71 元、共用便道修建便道分摊费（分摊比例 33.37%）19644670.4 元、共用便道之维护便道分摊费（分摊比例 33.37%）92041.13 元、共用便道之借用道路修复分摊费（分摊比例 33.37%）705823.22 元、材料调差费 1328711 元、领用混凝土费用 1289487 元、试验检测费用 85320 元、行政办公费 9304 元、安全防护用品费 9303 元、皇家坪出口弃渣清运费 1661686 元、窝工费 5310006 元、检验批资料不合格返工费 240360 元、不合格工程整改费 8534116 元、钢筋超用费 641296 元、变压器设备及安装费用 504000 元、瓦斯检测仪费用 106000 元、代付台车费 200000 元、安全质量问题罚款 500000 元，共计 46640782.46 元，综上，路桥公司已经超付了工程价款，原告的诉讼请求不应得到支持；（八）原告提供的发票存在虚假的情况，应暂缓支付 1249 万元的工程款。据此请求依法驳回原告的诉讼请求。

被告交通公司辩称：2010 年 12 月 30 日，交通公司与路桥公司签订了《吸收合并协议》，该协议明确路桥公司所有资产的所有权和与之相关的权利、利益和负债，均由交通公司设立的全资子公司作为接收方享有和承担，2011 年 3 月 1 日，国资委出具《关于中国交通建设股份有限公司发行 A 股股票暨换股吸收合并路桥集团国际建设股份有限公司有关事项的复函》中，同意交通公司设立的全资子公司中交公司承继和承接路桥公司的各项权利和义务，因此中交公司才是原路桥公司实际、合法、唯一的承继人，交通公司并非本案适格被告。

本院通过开庭审理，各方当事人为证明各自主张均当庭出示了证据并进行了质证。本院根据各方当事人出示的证据和质证意见，以及当庭陈述，对本案事实查明如下：

（一）关于本案各方当事人的主体身份。

经审理查明：2010 年 12 月 30 日，中国交通建设股份有限公司与路桥集团国际建设股份有限公司签署《吸收合并协议》，该协议载明“合并方：中国交通建设股份有限公司（中交股份）”，“被合并方：路桥集团国际建设股份有限公司（路桥建设）”。该协议第二条 2.1 项载明“根据本协议的条款和条件，中交股份和路桥建设同意采取吸收合并的方式进行本次合并，即中交股份以首次公开发行的部分 A 股股份与路桥建设股份进行换股，实现中交股份吸收合并路桥建设”。

2011 年 3 月 1 日，国务院国有资产监督管理委员会办公厅作出国资厅改革[2011]102 号《关于中交股份发行 A 股股票暨换股吸收合并路桥公司有关事项的复函》，其中载明“原则同意中交股份新设全资子公司中交路桥公司（以工商部门核定的名称为准）承继和承接拟注销的

路桥公司国际建设股份有限公司的各项权利与义务”。2012 年 1 月 21 日中国证券监督管理委员会作出证监许可[2012]126 号《关于核准中交股份吸收合并路桥公司的批复》，其中载明“核准中交股份以新增股份吸收合并路桥公司”。

2012 年 2 月 3 日，国家工商行政管理总局颁发《企业名称预先核准通知书》，该通知书载明“根据《企业名称登记管理规定》、《企业名称登记管理实施办法》等规定，同意预先核准下列 1 个投资人出资，注册资本 40813.3 万元，住所地北京市的企业名称为：中交路桥建设有限公司”，“投资人中国交通建设股份有限公司”。同年 2 月 23 日，中交路桥建设有限公司正式设立。

2013 年 6 月 6 日，国家工商行政管理总局决定准予原路桥公司注销。

2013 年 2 月 4 日，温州市工商行政管理局核准浙江环宇隧道工程有限公司变更为浙江交隧集团有限公司。

上述事实，有《吸收合并协议》、[2011]102 号《关于中交股份发行 A 股股票暨换股吸收合并路桥公司有关事项的复函》、[2012]126 号《关于核准中交股份吸收合并路桥公司的批复》、《企业名称预先核准通知书》、温州市工商行政管理局的《变更登记情况》和交隧公司、中交公司、交通公司的《营业执照》、《组织机构代码证》等证据及各当事人的当庭陈述在案佐证，交隧公司、中交公司和交通公司对上述事实和证据均不持异议，本院予以确认。

（二）本案中所涉及的公司情况。

经查明，兰渝铁路有限责任公司为实施新建兰州至重庆铁路兰州东至夏官营、广元至重庆段土建工程及兰州东至重庆段铺架工程，接受路桥公司对该项目 LYS-11 标段的施工投标，于 2009 年 7 月 20 日与路桥公司签订《施工总价承包合同》，合同总价 3965607345 元。该合同专用条款 4.3.2 项约定“一般分包应在投标时提出，纳入合同。特殊情况下，在合同执行过程中其他需要分包的工程必须经建设单位批准”，合同中分包人及分包的部分工程情况栏目内为空白。路桥公司中标后成立了兰渝铁路 LYS-11 标段项目经理部，下设四个分部。

2009 年 12 月 1 日，路桥公司兰渝铁路 LYS-11 标段项目经理部与交隧公司签订《施工总价承包合同》，约定由交隧公司承包施工新建兰渝铁路 LYS-11 标段 DK647+300~DK693+520 范围内除朴船山隧道、马家坝隧道之外的全部隧道工程施工项目。合同约定承包方式为施工总价承包，包干合同价款总计为 1091354161 元。路桥公司兰渝铁路 LYS-11 标段项目经理部在交隧公司施工范围内设立项目经理部一、二分部。交隧公司设立兰渝铁路 LYS-11 标段隧道项目经理部。

2010 年 9 月 21 日，路桥公司兰渝铁路项目经理部与交隧公司就解除《施工总价承包合同》签订《协议》，双方就已完工程结算、量差处理、未完工程协作费的计取、队伍清理、留场队伍施工合同的签订、债权债务的清理、费用支付原则、陶家湾隧道出口塌方处理等进行了约定。

2010 年 12 月 29 日，路桥公司兰渝铁路 LYS-11 标项目经理二分部与交隧公司对二分部范围内的 11 条隧道已完工程进行了确认，双方在 11 条隧道的《已完工程量清单》上均分别签字、盖章。

2011 年 1 月 10 日，路桥公司兰渝铁路 LYS-11 标项目经理一分部与交隧公司对一分部范围内的 7 条隧道已完工程进行了确认，双方在 7 条隧道的《已完工程量清单》上均分别签字、盖章。

2011 年 1 月 21 日，路桥公司兰渝铁路项目经理部与交隧公司又签订《补充协议》，就施工图与清单量差、已完工程调差、变更设计工程、质量保证金等项目进行了约定，作为 2010 年 9 月 21 日《协议》的补充条款，并约定《协议》中的条款与补充条款有冲突时以补充条款为准。

2012 年 12 月 25 日，原路桥公司与交隧公司就施工中调拨材料的数量和金额进行了确认，双方在《调拨环宇公司材料汇总表》上签字、盖章。此外，双方还就综合七队杨家山隧道、雨台山隧道施工中的调拨物资数量和金额进行了确认并在《劳务层调拨材料十月汇总表》中签字认可。

2013 年 8 月 8 日和 8 月 21 日，原路桥公司与交隧公司就案涉工程施工中的已付款金额进行了确认，双方均在《浙江环宇与路桥对账单》和《浙江环宇兰渝铁路 11 标段项目部与路桥二分部财务对账单》上签字并加盖各自的财务专用章。

上述事实，有兰渝铁路有限责任公司与路桥公司签订的《施工总价承包合同》、路桥公司与交隧公司签订的《施工总价承包合同》、《协议》、《补充协议》、《已完工程量清单》、《调拨环宇公司材料汇总表》、《劳务层调拨材料十月汇总表》、《浙江环宇与路桥对账单》、《浙江环宇兰渝铁路 11 标段项目部与路桥二分部财务对账单》等证据及各方当事人的当庭陈述在案佐证，均不持异议，本院予以确认。

（三）关于原告主张本案工程的应付款部分

1、本案已完工程造价

（1）原路桥公司兰渝铁路项目经理部与交隧公司于 2011 年 1 月 10 日分别对孙家湾隧道、李家湾隧道、洪家梁隧道、望水垭隧道、皇家坪隧道、陶家湾隧道、大梁山隧道已完成的工程计量计价进行了确认，双方分别在《结算工程量明细表》中签字并加盖公章。2010 年 12 月 29 日，原路桥公司兰渝铁路项目经理部与交隧公司分别对杨家山隧道、雨台山隧道、李家山隧道、鸽子湾隧道、元山子隧道、敬头山隧道、何家垭隧道、何家咀隧道、李国山隧道、寨子山隧道、杨家湾隧道已完成的工程计量计价进行了确认，双方均在《已完工程量清单》中签字并加盖公章。

中交公司、交通公司和交隧公司对上述事实均不持异议，并当庭确认交隧公司在本案中已完成的实际施工工程计价共计为 169907750 元，本院予以确认。

（2）交隧公司认为在采用大拱脚施工法施工过程中对开挖部分用混凝土进行了回填，此为工程必经程序，故应该对回填的混凝土纳入工程造价，共计 2453548 元。交隧公司认为其出示的路桥公司与交隧公司确认的大梁山隧道、陶家湾隧道、皇家坪隧道、洪家梁隧道、孙家湾隧道和李家湾隧道的《已完工程量清单》、何家垭隧道、敬头山隧道、元山子隧道的《已完工程量》表、李家湾隧道的《施工日志》等证据，均证明了施工中采用了大拱脚施工法；交隧公司还认为采用大拱脚施工法施工中应以开挖量计算回填的混凝土量，并据此出示了《关于补记已完工大拱脚砼回填工程量的报告》、《已完大拱脚回填工程量汇总》、《大拱脚回填计算表》、《大拱脚台阶法施工工序》等证据。

中交公司和交通公司认为《已完工程量清单》、《已完工程量》表、《施工日志》等证据只能证实隧道施工中采用了大拱脚施工法，并不能证明全部使用了混凝土进行回填，也不能证明混凝土回填要计费；交隧公司所出示的计算混凝土量的证据都是其自行编制的，不具有证明作用；中交公司和交通公司还认为双方工程量已签认，没有单独再行计费的依据，原告的主张不应得到支持。

本院认为，《施工总价承包合同》的附件《隧道施工技术要求及质量标准》第 4 条第（二）项中明确“一般 V 级围岩采用大拱脚台阶法施工，地质条件较差时，可选用 CRD 法、双侧壁导坑法等施工”，表明大拱脚台阶法是施工建设中对 V 级围岩所采用的施工方法。在《施工总价承包合同》的附件《工程量清单》中，V 级围岩的计价由开挖、衬砌、支护、拱顶压浆 4 部分构成，并无单独的混凝土回填项目。交隧公司出示的《已完工程量》表和《施工日志》只能证明在施工中采用了大拱脚施工法，不能证明此施工法中采用了混凝土进行回填，而且路桥公司与交隧公司双方确认的《结算工程量明细表》证实了交隧公司对 V 级围岩并未施工完毕。虽然 2010 年 12 月 7 日的《已完工程量清单》中记载“大拱脚回填未计量，作为遗留

问题”，但之后原路桥公司与交隧公司于 2010 年 12 月 29 日和 2011 年 1 月 10 日最终确认工程量的《已完工程量清单》中，没有对大拱脚施工回填单独计量计费，退场结算的《协议》和《补充协议》也未就此进行约定，故不能证明大拱脚回填应单独计量计价。况且交隧公司是以自行编制的计算表为主张依据，未提交其他证据佐证，不足以证明大拱脚回填实际发生的费用，交隧公司在本院释明是否申请鉴定的情况下也未申请进行工程鉴定。因此，交隧公司主张的大拱脚回填费用无充分证据予以证实，本院不予确认。

（3）交隧公司认为根据《补充协议》第 3 条的约定，被告应支付皇家坪隧道出口变更设计所增加工程量的费用 974348 元，并据此出示了原路桥公司签字确认的《皇家坪隧道明洞改暗洞变更增加费用》表。

中交公司和交通公司对《皇家坪隧道明洞改暗洞变更增加费用》的真实性无异议，但认为按照《补充协议》第 3 条“已由乙方（交隧公司）施工完成的变更设计工程，对退场隧道队伍，按四方会勘纪要计算变更设计费用并计量；对留用的隧道队伍，待所有变更手续完善后，按业主的批复由甲方给施工队计量支付”的约定，对涉及变更工程量计费应以《四方会勘纪要》约定的内容进行计算。中交公司还出示了监理单位出具的《皇家坪隧道出口明变暗 CRD 法工程量统计表》的反驳证据，以证明交隧公司实际完成的工程量仅有 488392 元，因此，交隧公司的主张证据不足，不应支持。交隧公司对中交公司出示的《皇家坪隧道出口明变暗 CRD 法工程量统计表》不予认可，认为事隔多年即便监理单位加盖公章也不能证明具有真实性，应以当时双方签认的为准。

本院认为，2011 年 1 月 10 日，路桥公司兰渝铁路项目部一分部与交隧公司隧道项目经理部共同签认《皇家坪隧道明洞改暗洞变更增加费用》表，双方人员均在表中签字并加盖各自单位公章。表中已完工程量计价为 974348 元，由此证明原路桥公司与交隧公司对皇家坪隧道变更设计增加的工程量已经进行了确认。虽然中交公司辩称应按照《补充协议》第 3 条的约定，对皇家坪隧道变更设计的工程量及费用以《四方会勘纪要》的内容进行计算，但其并未就此提供相应证据，而且中交公司出示的《皇家坪隧道出口明变暗 CRD 法工程量统计表》中只有工程量的统计，没有计价统计，不足以证明交隧公司实际完成的皇家坪隧道变更设计增加费用只有 488392 元。因此，中交公司辩称不应支付皇家坪隧道变更设计工程款的理由，未提供充分的反驳证据支持，故交隧公司所主张的皇家坪隧道出口变更设计增加工程量的费用 974348 元，本院予以确认。

（4）交隧公司认为在施工中实施了大临工程建设，按照《施工总价承包合同》第十一条 1 项“乙方（交隧公司）施工过程中所需的所有大小临工程均由乙方进行租地、修建、维护等工作，并自行承担全部费用”的约定，应由路桥公司支付《施工总价承包合同》中分劈的大型临时设施费 5368374 元，还应另行支付实际大临工程（施工便道）建设费用 13873872 元。交隧公司据此出示了《施工总价承包合同》的附件《隧道工程量清单》、《关于统计上报大临费用不足及因停工增加费用资料的通知》、《关于追加修建便道费用的报告》、《便道示意图》、《便道实际费用统计表》、《便道费用分析表》等证据以证明其主张。

中交公司和交通公司对《隧道工程量清单》的真实性无异议，但认为交隧公司出示的其余证据系其自行制作，不能作为证据使用。同时，中交公司出示了反驳证据，即监理出具的《证明》，可以证实交隧公司有部分临时设施未做，分劈的大临费用只能计费 2044718 元，不能全额支付。交隧公司对中交公司出示的监理《证明》不予认可，认为系事后补证，不具有真实性，不足以采信。

本院认为，《施工总价承包合同》第一条 7.2 项约定“大型临时设施费甲乙双方按一定比例分劈”，该合同附件《隧道工程量清单》中第十章 28 节“大型临时设施和过渡工程”的费用为 5368374 元。交隧公司在施工期间中途退场，原路桥公司与交隧公司就退场结算签订的《协议》和《补充协议》中，没有对临时设施费用的支付进行约定。交隧公司出示的原路桥

公司与交隧公司于 2010 年 4 月 20 日签认的《工程中间结算工程款数量汇总表》中，确认“大临和过度工程”为 2658863 元。由于交隧公司在庭审中对已经确认的大临费用之外是否还有大临设施费用，没有举证予以证实，因此本院确认交隧公司的大临费用为 2658863 元。对于交隧公司主张应另行支付实际大临建设费用 13873872 元，由于交隧公司出示的《关于统计上报大临费用不足及因停工增加费用资料的通知》、《关于追加修建便道费用的报告》、《便道示意图》等证据均无单位印章，其真实性缺乏其他证据印证，《便道实际费用统计表》、《便道费用分析表》系单方统计制作，也未出示其他证据予以佐证，不能证实中交公司所主张的便道费用。因此，交隧公司主张另行支付临时设施费用 13873872 元，无充分证据支持，本院不予确认。

(5) 交隧公司认为，在合同附件《隧道工程量清单》中第十一章中有安全生产费，按照退场《协议》第 1 条(6)项约定，应以已完工程量计价的 1.5%支付费用，其中一分部为 1171686 元，二分部为 1457456 元。

中交公司和交通公司认为《协议》中约定最终费用的支付要以业主批复为准，现并未有业主批复，不应支付。

本院认为，《隧道工程量清单》第十一章的“其他费用”项下有“安全生产费”，同时该清单备注了“安全生产费及风险包干费在本清单限额内按业主要求据实计量”。交隧公司与原路桥公司签订的《协议》第 1 条(6)项约定“安全生产费：在计价总额 1.5%以内，按业主要求计价，乙方及时按要求提供资料，最终以业主批复为准”。根据《协议》约定，计算安全生产费的标准为不超过计价总额的 1.5%并且需要以业主批复为准，并非如交隧公司理解的直接按照 1.5%的标准计算。本案中，兰渝铁路公司《关于中交路桥建设公司兰渝铁路 LYS-11 标段工程结算等情况的说明》中，已经明确说明“因兰渝公司未与中交路桥办理 LYS-11 标段工程结算，安全生产费尚未正式计算”。因此，交隧公司的主张，条件尚不成就，本案中不予处理。

(6) 交隧公司认为根据其与原路桥公司签订的《施工合同》以及附件《工程量清单》，被告应支付大梁山隧道进口、陶家湾隧道进口、黄家坪隧道进口、洪家梁隧道进口的洞口路基土石方工程的费用共计 749623 元。

中交公司和交通公司对所签订的合同无异议，但认为按照合同约定还未达到支付条件。

本院认为，根据路桥公司兰渝铁路 LYS-11 标段项目经理部一分部与交隧公司签订的《施工合同》第三条约定“乙方(交隧公司)完成所有土石方工程，经甲方验收合格后一次性办理清算。最终结算报甲方公司审批批准后，方可支付工程款”，但交隧公司仅提供了合同以及作为合同附件的《工程量清单》作为证据，没有出示实际施工和计量计价等相关证据，也没有出示原路桥公司审批同意的证据，不能确定该工程的实际应支付价款。因此本院中不予确认。

综上，本案中已完工程造价为实际施工计价 169907750 元+皇家坪隧道出口变更设计增加工程量的费用 974348 元+大临费用 2658863 元=173540961 元。

2、各项材料补差的费用

交隧公司认为根据原路桥公司与交隧公司签订的《补充协议》，被告应支付材料调差的费用。据此分别以《调拨环宇公司材料汇总表》作为计算甲供材料补差的依据，主张甲供材料补差费 1900771 元；以《地材实际情况与设计情况对照表》、《地材用量计算表》作为计算地材补差的依据，主张地材补差费 5805993 元；以《火工品实际情况与设计情况对照表》作为计算火工品补差的依据，主张火工品补差费 3194264 元；以《自发电电差的报告》、《自发电差计算表》、《自发电单价分析表》、《自发电电量统计表》、《工程量清单》、《关于统计上报施工用水、用电费用的通知》、《自发电完成的工程量》、《自发电供电概况表》作为计算自发电补差的依据，主张自发电产生的电费补差 10971321 元，以上共计 21872349 元。

中交公司和交通公司对《调拨环宇公司材料汇总表》和《工程量清单》的真实性无异议，但认为不能证明材料调差的金额，其余证据均系交隧公司自行制作，不能作为证据使用。并且认为本案的《施工总价承包合同》约定的是总价承包，没有约定可以对材料价格进行调整；其次交隧公司没有提交业主的调差规定，也没有上报调差资料，《补充协议》中对应调材料约定不明，交隧公司自行计算的调差数额无证据支撑，未得到路桥公司确认，因此原告主张不应得到支持。

交隧公司在审理过程中申请本院向兰渝铁路有限责任公司调取有关材料调差的资料，经本院向兰渝铁路有限责任公司进行调取，该公司于 2015 年 8 月 25 日出具了《关于中交路桥建设公司兰渝铁路 LYS-11 标段工程结算等情况的说明》，其中载明“一、截止 2015 年 8 月，中交路桥承建的兰渝铁路 LYS-11 标段工程尚未竣工，兰渝公司未与中交路桥 LYS-11 标段办理工程结算。二、因目前工程尚未结束，中交路桥未正式报送 LYS-11 标段的材料价差，同时铁路总公司也尚未最终正式批复兰渝铁路 LYS-11 标段的材料价差”。2015 年 11 月 13 日本院第二次开庭审理中，中交公司、交通公司和交隧公司对该情况说明进行了质证，各方均不持异议，本院予以采信。

交隧公司为证实各项材料调差的金额，在本案审理中向本院申请进行司法鉴定。本院于 2015 年 4 月 23 日委托四川信永中和工程管理咨询有限公司对交隧公司提出的各项材料调差进行了司法鉴定。由于交隧公司不能提供鉴定所需的全部资料，该鉴定机构于同年 7 月 5 日向本院出具了《关于进行各项材料调差鉴定资料不足的说明》，本院将情况告知交隧公司后于同年 7 月 20 日再次征求交隧公司关于是否继续鉴定的意见并对法律后果进行了释明，交隧公司坚持继续进行鉴定的意见。四川信永中和工程管理咨询有限公司于 2015 年 9 月 7 日作出了《司法鉴定意见书》，其鉴定结论为无法计算本案中各项材料调差的金额。2015 年 11 月 13 日本院第二次开庭审理中，交隧公司和中交公司、交通公司对《司法鉴定意见书》进行了质证并询问了鉴定人，中交公司和交通公司对鉴定意见不持异议。交隧公司仍然认为通过本案现有证据材料能够鉴定出各项材料调差的金额，但没有申请重新进行鉴定，故本院认为该鉴定意见可以作为本案采信的证据。

本院认为，根据原路桥公司与交隧公司签订的《补充协议》第 2 条“根据业主的调差规定，按照已经上报给业主的政策性调差资料，按已完工程量计算出相应部分的应调材料差价，按此差价给乙方计量支付”的约定，材料调差需根据业主的调差规定，兰渝铁路有限公司已经明确说明尚未最终批复材料价差。因此交隧公司的主张，条件尚不成就，本案中不予处理。

3、炸药库与火工品费用

(1) 2010 年 11 月 19 日，原路桥公司兰渝铁路 LYS-11 标段项目经理部一分部与交隧公司签订了两份《协议书》，分别就浙水炸药库和回水炸药库建设及管理费用分摊达成一致意见，确认由一分部承担浙水炸药库总费用 622653 元，承担回水炸药库总费用 634905 元。11 月 20 日，双方又就火工品数量及金额进行了确认，其中浙水炸药库火工品金额为 138702.24 元，回水炸药库火工品金额为 201115.2 元，以上共计 1597375 元。上述事实有《协议书》在案证实，各方当事人均不持异议，本院予以确认。

4、供应一分部混凝土费用

2010 年 9 月 2 日，路桥公司兰渝铁路 LYS-11 标段项目经理部一分部与交隧公司就混凝土供应达成一致意见并签订《混凝土供应内部单价确认单》，确认了混凝土单价。同年 12 月 23 日，双方又确认一分部应支付 2 号搅拌站混凝土费用为 2918843.50 元，支付 3 号搅拌站混凝土费用为 65049 元，共计 2983893 元。上述事实有《混凝土供应内部单价确认单》、《一分部用综合四队 2 号搅拌站混凝土费用汇总表》、《一分部用综合六队 3 号搅拌站混凝土费用汇总表》等证据在案证实，各方当事人对证据和事实均无异议，本院予以确认。

5、移交退场物资的费用。

本案中,交隧公司提出在退场时向原路桥公司移交了现场物资等,故应由其支付接收的价款,其中综合四队移交物资价值 13359423 元,综合六队移交物资价值 8462365 元,洪家梁隧道施工队移交物资价值 7066125 元。交隧公司据此出示了有原路桥公司人员签字确认的《材料清单》、《确认单》等证据。

中交公司和交通公司认为《材料清单》、《确认单》上均载明了所涉物资只是现场清点数量,正式移交时应以现场实际数量为准,交隧公司没有出示正式移交的手续,因此不能认定已经进行了移交,并且认为这些物资本身已经包含在承包合同总价中,即便交隧公司退场要移交也是移交给新入场队伍,与路桥公司无关。

本院认为,原路桥公司和交隧公司共同确认的《浙江环宇与路桥对账单》中已经明确记载“一分部综合四、六队工地交接盘点 23607639.16 元未入账:(综合 6 队工地交接盘点 8909553.16 元、综合 4 队设备材料交接 13611562.56 元、洞门 88 万及土石方开挖 458664 元、进场交接缺项确认 252140.21 元,即 4 队 14698086.35 元。合计 23607639.16 元)”,由此证明原路桥公司认可已经接收综合 6 队和综合 4 队的移交物资,金额为 8909553.16 元+13611562.56 元-252140.21 元=22268975.51 元。由于交隧公司主张综合 6 队和综合 4 队的移交物资金额共计为 21821788 元,故本院对此予以确认。

关于洪家梁隧道的现场移交物资,根据原路桥公司人员签字确认的《洪家梁隧道进口试验仪器确认单》、《洪家梁隧道进口机械设备确认单》、《洪家梁隧道进口甲供甲控材料现场清点确认单》、《洪家梁隧道进口自购钢材现场清点确认单》、《洪家梁隧道进口小临工程确认表》、

《洪家梁隧道台车、变压器确认单》、《洪家梁隧道进口自购及其它材料现场确认单》、《洪家梁隧道进口仓库移交确认单》、《洪家梁隧道进口标识标牌确认表》、《洪家梁隧道进口生活办公用品确认单》、《洪家梁隧道现场生活用品及其它物资确认单》,能够证实原路桥公司已经清点接收了上述现场移交物资,共计 6346686.7 元,本院予以确认。另外,交隧公司出示的

《洪家梁隧道确认单》中虽然有路桥公司兰渝铁路一分部“李勇”的签字,但该确认单的内容并非涉及现场物资材料的移交,且所确定的是路桥公司应向洪家梁隧道施工队支付 306046 元,而交隧公司没有出示垫付了此项费用的证据,因此交隧公司主张被告应向其支付该费用本院不予确认。交隧公司还主张在洪家梁隧道现场交接中被告应支付台车款 413391.6 元,但未出示相关证据支持,本院亦不予确认。

由此,本院确认应当由原路桥公司支付的移交物资等金额为 21821788 元+6346686.7 元=28168474.7 元。

综上,本院确认原路桥公司在本案工程中应向交隧公司支付的费用为已完成工程造价 173540961 元、炸药库及火工品移交的费用 1597375 元、领取混凝土的费用 2983893 元、接收退场移交物资的金额 28168474.7 元,共计 206290703.7 元。

(四) 关于已付款金额。

经查明,本案中各方当事人对《浙江环宇与路桥对账单》、《浙江环宇兰渝铁路 11 标段项目部与路桥二分部财务对账表》、《调拨环宇公司材料汇总表》、《劳务层调拨材料十月汇总表》均无异议,并一致确认原路桥公司已支付、垫付和代扣物资款共计 266269370 元,本院予以确认。

(五) 关于应扣款部分。

1、税金。交隧公司认为按照《协议》第 1 条(7)项的约定,税金标准为 3.12%,因此本案中的税金应为已完工程计价的 3.12%,共 5680983 元。中交公司认为税金应以已支付价款总额为基数进行计算,交通公司同意中交公司意见。

本院认为,《协议》第 1 条(7)项约定“结算扣款:甲方支付乙方结算工程时,甲方扣除乙方计价总额 5%的质量保证金及 3.12%的税金(该税金为营业税及附加)”。本案中,原、被告

已确认交隧公司已完成的工程造价为 173540961 元，故本院确认税金为 $173540961 \text{ 元} \times 3.12\% = 5414478 \text{ 元}$ 。

2、质保金。交隧公司认为按照《协议》和《补充协议》的约定，退场队伍不应扣取质量保证金，并且《协议》第 1 条约定了是对验收合格的已完工程计量，本案中路桥公司已经对退场队伍已完成的工程量进行了确认，因此应视为验收合格，所以本案中只能扣取留场队伍的质量保证金共 6225148 元。

中交公司认为，《施工总价承包合同》和《协议》中均约定了要扣取 5% 的质量保证金，虽然《补充协议》中约定了退场队伍施工验收合格后不扣取质保金，但本案工程并未竣工，没有经过验收环节，因此退场队伍施工验收合格的条件不具备，仍应扣取质保金，所以应以交隧公司已完工程计价作为扣取质保金的基数。

经查明，《协议》第 1 条（3）项约定“工程量计量原则：仅对验收合格的已完工程计量，对验收不合格的已完工程不予计量，验收不合格工程由乙方负责返工，返工期限为 2010 年 10 月 10 日，不合格工程经返工合格后给予计量”，该条（7）项约定“结算扣款：甲方支付乙方结算工程时，甲方扣除乙方计价总额 5% 的质量保证金及 3.12% 的税金（该税金为营业税及附加）”，《补充协议》第 4 条约定“留场队伍的已完工程业主扣取的质量保证金由乙方（交隧公司）转移给甲方（路桥公司）代为返还；退场队伍已完工程经甲方及监理验收合格后给予计量，不扣留质量保证金”。

本院认为，原路桥公司对交隧公司已完成的隧道施工工程量进行了确认，并且路桥公司人员在《结算工程量明细表》和《已完工程量清单》上签字并加盖公章，由此证明路桥公司对《结算工程量明细表》和《已完工程量清单》中已经计价的工程量认可为施工质量合格。中交公司提出退场队伍施工的隧道为大梁山隧道、陶家湾隧道、皇家坪隧道、洪家梁隧道，交隧公司对此未提出反对意见。根据路桥公司签字确认并加盖公章的上述隧道《结算工程量明细表》，大梁山隧道已完工程计价 14886359 元、陶家湾隧道已完工程计价 16285060 元、皇家坪隧道已完工程计价 9559938 元、洪家梁隧道已完工程计价 6389303 元，以上四条隧道已完工程计价共计 47120660 元，中交公司和交通公司对此无异议。由此，本院确认本案应扣取的质保金为（实际施工工程计价 169907750 元 - 退场队伍施工工程计价 47120660 元 $= 122787090 \text{ 元} \times 5\%$ ）6139354.5 元。

3、债权债务转移。

交隧公司认为，根据其与杨家湾、雨台山隧道、敬头山隧道、何家垭隧道、鸽子湾隧道施工队的《结算表》，交隧公司应支付上述隧道施工队工程结算款 5521932.07 元，此款作为债务移交路桥公司代付，路桥公司代付后与交隧公司进行结算时可以扣除。但由于交隧公司在施工中支付了定作台车的费用，而台车款应由施工队支付，其中杨家湾、雨台山隧道施工队应付台车的余款为 453652.5 元、敬头山隧道施工队应付台车的余款为 157710 元；此外原路桥公司接收了杨家山、何家咀隧道施工中的台车，应支付台车余款 1400000 元；接收了李国山、寨子山隧道施工中的台车，应支付台车余款 1404060 元，上述台车余款作为交隧公司应收的债权，由路桥公司代收。交隧公司的债权债务相抵后为 2106510 元，因此按照《协议》约定，交隧公司的债权债务转移给路桥公司后，路桥公司在与交隧公司结算时可以扣除费用为 2106510 元。据此，交隧公司出示了与施工队进行结算的《结算表》、路桥公司二分部的《证明》、移交敬头山隧道台车的《协议》、定做台车的《承揽合同》、重庆冠科公司的应收账款余额《核对表》及该公司的《台车总表》等证据以证明其主张。

各方当事人对《结算表》无异议，同时确认各《结算表》的汇总金额 5521932.07 元为路桥公司代付款项。中交公司只确认杨家湾、雨台山隧道中的台车已经移交路桥公司并应由路桥公司支付台车余款 453652.5 元，此款可在代付总金额中予以扣减，对交隧公司主张的其他

台车款项均不予认可,并且认为交隧公司出示的证据不能证明应由原路桥公司支付其他台车费用。交通公司与中交公司意见一致。

本院认为,交隧公司向杨家湾雨台山隧道、敬头山隧道、何家垭隧道、鸽子湾隧道施工队支付的工程结算款共 5521932.07 元,此款作为交隧公司的债务由原路桥公司代付,当事人对此均无异议,本院予以确认。杨家湾、雨台山隧道施工中的台车余款 453652.5 元,因中交公司认可应由其支付并在结算款中抵扣,故本院确认路桥公司代付款项中应减去 453652.5 元。

关于敬头山隧道中的台车余款 157710 元,本院查明 2011 年 8 月 26 日,交隧公司与路桥建设兰渝铁路 11 标二分部敬头山隧道签订《关于敬头山隧道衬砌模板台车产权移交后续事项协议》,该协议中确认了台车未付余款为 157710 元,并且约定“乙方同意台车尾款由路桥建设兰渝铁路 11 标二分部从乙方工程款中扣除,支付给重庆冠科物资有限公司”,交隧公司作为甲方在协议上加盖了交隧公司隧道项目经理部印章,乙方签字人员为“高兆月”,而在《敬头山隧道结算表》中的施工队签字人员也系“高兆月”,由此证实交隧公司与留场施工队已经协商确认台车余款 157710 元由施工队支付,并且留场施工队也在其与路桥公司的工程结算款中扣除。因此,本院确认原路桥公司代付款项中应减去此 157710 元。

关于杨家山、何家咀隧道施工中未付的台车余款 1400000 元和李国山、寨子山隧道施工中未付的台车余款 1404060 元,交隧公司并未出示上述台车已经移交给路桥公司的证据,其所出示的证据《承揽合同》,仅能证实交隧公司分别向中铁一局集团建工机械有限公司机械工业分公司和重庆冠科物资有限公司购买了台车,不能证明购买的台车用于了杨家山、何家咀隧道和李国山、寨子山隧道的施工中;重庆冠科公司的应收账款余额《核对表》及该公司的《台车总表》也不能证明应由路桥公司支付台车款。因此,交隧公司出示的证据不足以证明杨家山、何家咀隧道施工中 1400000 元的台车款和李国山、寨子山隧道施工中 1404060 元的台车款属于交隧公司的应收债权。

综上,本案中原路桥公司代付交隧公司与施工队工程结算款共计 5521932.07 元,代付款中应减去杨家湾、雨台山隧道施工中的台车余款 453652.5 元和敬头山隧道中的台车余款 157710 元,因此,原路桥公司实际代付交隧公司与施工队工程结算款为 5521932.07 元-453652.5 元-157710 元=4910569.57 元,本院确认此款应在支付给交隧公司的应付款中予以扣减。

4、中交公司认为交隧公司在施工中未按照设计工法进行施工,应扣除相应未实施的工程量计价 2715195 元。

中交公司据此出示了监理《证明》、《未按工法施做工法工程量计算单》、《扣除工程量数量表》、《施工法图纸》复印件、《照片》复印件等证据。交通公司不持异议。

交隧公司认为原路桥公司是对合格工程才予以计价,因此监理的证明与实际情况不符,中交公司的主张不应得到支持。

本院认为,由于交隧公司在本案工程中是中途退场,按照原路桥公司与交隧公司签订的《协议》约定,对交隧公司已完工程进行结算是以工程质量合格为前提。原路桥公司已经对交隧公司已完工程计价予以了签认,证明认可交隧公司已完成的施工质量合格。虽然中交公司出示了监理《证明》以及兰渝铁路 LYJL-10 标监理站加盖公章的《未按工法施做工法工程量计算单》,但不能证明这些情况存在于已被认可的质量合格工程中,中交公司也未出示不符合设计方法进行的施工被计入了质量合格工程的证据。因此,中交公司认为因施工方法不符合设计要求而扣减应付工程款,无充分理由和证据支持,本院不予确认。

综上,本院确认路桥公司支付交隧公司工程款中应扣减税金 5414478 元、扣减质量保证金 6139354.5 元、扣减代付交隧公司与施工队工程结算款 4910569.57 元,全部扣减金额共计 16464402 元。

（六）关于中交公司主张交隧公司应承担的费用。

1、临时用地费用以及便道的建设费用。

中交公司认为根据《施工总价承包合同》第三条第 2.3 款乙方（交隧公司）“负责按地方政府给定的统一标准开展临时用地租用工作，并承担租地、拆迁补偿、青苗补偿和复耕等费用，同时报甲方（路桥公司）备案，并给甲方提供所需征地资料两份，并在甲方许可范围内协调沟通与当地的关系，具体承办相关事务；乙方在开展临时用地租用工作时，严禁哄抬价格”，第十一条第 1 款“乙方施工过程中所需的所有大小临时工程均由乙方进行租地、修建、维护等工作，并自行承担全部费用，乙方修建的全部临时工程必须符合业主及甲方企业的统一标准要求”和第十一条第 2 款“甲乙双方（路桥公司和道隧公司）共用的便道按双方使用该便道的工程造价情况计算出分别承担的费用比例”的约定，交隧公司应承担隧道专用临时用地补偿费用及复垦保证 4480224 元、共用便道占地费及复耕费分摊费（分摊比例 33.37%）1298434.71 元、共用便道修建便道分摊费（分摊比例 33.37%）19644670.4 元、共用便道之维护便道分摊费（分摊比例 33.37%）92041.13 元、共用便道之借用道路修复分摊费（分摊比例 33.37%）705823.22 元。

中交公司据此出示了大梁山隧道、陶家湾隧道、皇家坪隧道等因施工建设或修建、借用便道租用临时用地而与当地村委会或镇政府签订的《临时用地协议》、《借用道路协议》、村委会出具的证明临时用地用途的《证明》、支付费用的《收据》、《发票》、修建便道的《施工合同》、《协议书》、工程结算的《结算单》、《转账凭据》等证据。交通公司对证据均无异议。

交隧公司对中交公司出示的证据均不予认可，并且认为交隧公司系施工中途退场，在与原路桥公司就退场结算达成一致意见的《协议》和《补充协议》中，均未涉及交隧公司要承担临时用地和分担便道的费用，因此中交公司的主张既无依据也不合理，不应得到支持。

本院认为，对于隧道施工中所需要的临时用地，根据《施工总价承包合同》第三条 2.3 款的约定，租用临时用地的工作，应该是交隧公司自行负责，并要向路桥公司提供需要征地的资料。本案中，虽然中交公司出示了由村委会出具的《证明》，证实《临时用地协议》等证据中所涉及的临时用地均是用于交隧公司进行隧道施工，但所有协议中均是以路桥公司兰渝铁路 LYS-11 标段项目经理部一分部或二分部名义与镇政府、村委会签订补偿协议。

中交公司既没有提供证明租用临时用地工作必须由路桥公司统一进行的证据，也没有提供证明交隧公司按照《施工总价承包合同》第三条 2.3 款的约定向路桥公司提供了征地资料并委托路桥公司开展此项工作，因此不足以证实原路桥公司租用的临时用地已由交隧公司使用；其次，中交公司没有出示租用临时用地的费用已经过交隧公司同意由原路桥公司代付的证据，并且路桥公司与交隧公司在签订的《协议》和《补充协议》中均未涉及此类费用应从交隧公司工程款中予以扣除，故中交公司要求交隧公司承担租用临时用地的补偿费用及复垦保证金，本院认为无充分理由和足够证据，不予确认。

关于共用便道费用的分摊问题。本案中所涉及的便道属于《施工总价承包合同》第十一条中所归类的临时工程。该合同附件《隧道工程量清单》中第十章 28 节“大型临时设施和过渡工程”的费用总金额为 5368374 元，而中交公司主张应由交隧公司分摊共用便道占地、修建、维护、修复等费用已经超过 2000 万元，明显不合常理；其次，按照原路桥公司与交隧公司签订的《施工总价承包合同》第十一条第 2 款“甲乙双方共用的便道按双方使用该便道的工程造价情况计算出分别承担的费用比例，双方现场协商后划分出分别负责的范围”的约定，中交公司没有就共用便道的工程造价情况进行举证，也没有对原路桥公司具体使用共用便道所进行施工的工程造价情况举证予以证明，从而致使确定每条共用便道的分担费用没有计算基数及比例，不能证实中交公司所主张的费用金额。本院在审理中就共用便道所涉及的工程造价问题向各当事人进行了释明，原、被告均不申请进行鉴定。中交公司在庭审中提出费用比例的计算方式为以路桥公司与交隧公司的合同清单工程计价作为交隧公司使用共用便道

的工程造价,以路桥公司与兰渝铁路公司的合同清单工程计价减去路桥公司与另案中道隧集团有限公司的合同清单工程计价作为原路桥公司使用共用便道的工程造价(分摊比例33.37%),本院认为,此种确认费用比例的计算方式与合同约定不符,且未获得交隧公司同意,故不予采纳,因此对于涉及共用便道的分摊费用不能计算出准确数据。综上,中交公司主张交隧公司应分担共用便道的修建费用、占用土地及复耕费用、维护费用、借用道路修复费用,无充分证据支持,本院不予确认。

2、瓦斯检测仪设备的费用。

中交公司认为按照《施工总价承包合同》第八条2.3款“机械设备的维修、保养、管理及进出场均由乙方(交隧公司)负责,费用自行承担”的约定,交隧公司应当承担在李家山隧道、杨家山隧道施工中购买瓦斯检测仪设备的费用106000元。

中交公司据此出示了为购买瓦斯检测仪的《工业品买卖合同》、监理出具的应安装瓦斯检测仪的《证明》、付款的《电子转账凭据》和《收据》等证据。交通公司对此无异议。交隧公司对证据均不认可,认为此费用并未在退场时的《协议》和《补充协议》中体现,不应支付。本院认为,本案中经查明是原路桥公司兰渝铁路项目经理部与镇江中煤电子有限公司签订《工业品买卖合同》而购买的瓦斯检测设备。中交公司没有出示交隧公司委托原路桥公司购买和同意支付此项费用的证据。虽然监理出具的《证明》证实在隧道施工中应安装瓦斯检测装置,但不能证实中交公司所购买的瓦斯检测设备在交隧公司施工期间予以了安装使用。原路桥公司与交隧公司签订的《协议》和《补充协议》中也未约定应由交隧公司支付此项费用。因此,中交公司主张交隧公司应承担购买瓦斯检测仪设备的费用无充分证据证实,本院不予确认。

3、变压器设备及安装费用。

中交公司认为按照《施工总价承包合同》第八条2.3款“机械设备的维修、保养、管理及进出场均由乙方(交隧公司)负责,费用自行承担”的约定,交隧公司应该承担安装在李家山隧道、元山子隧道和鸽子湾隧道的三台变压器设备及安装费用共计504000元。

中交公司据此出示了与四川苍溪天源电力开发有限公司签订的《10KV线路及变台安装合同》、四川苍溪天源电力开发有限公司编制的《造价书》及变压器已安装的《证明》、支付费用的《发票》等证据。交通公司对证据不持异议。交隧公司对证据均不认可,认为从未同意支付此项费用,退场时也未在《协议》和《补充协议》中进行过约定,不应支付。

本院认为,中交公司主张是在李家山隧道、元山子隧道和鸽子湾隧道安装了变压器,但中交公司出示的《10KV线路及变台安装合同》证实是在举台、俞家沟、玉锦三处安装变台,中交公司没有对二者间的关联性进行举证,不能证实举台、俞家沟、玉锦三处变台用于李家山隧道、元山子隧道和鸽子湾隧道施工;其次,中交公司并未举证证明交隧公司委托其在李家山隧道、元山子隧道和鸽子湾隧道安装变压器,也未举证证明交隧公司使用了举台、俞家沟、玉锦三处的变压器设施;再者,中交公司主张费用的依据是四川苍溪天源电力开发有限公司自行编制的《造价书》金额,此《造价书》中批准、审核、校核、编制栏目处均为空白,也无编制人员签名和单位盖章,不足以证实中交公司所主张的变台实际造价。在路桥公司与交隧公司退场时签订的《协议》和《补充协议》中,也未约定变压器安装费用应由交隧公司承担。因此,中交公司主张道隧公司应承担变压器安装费用504000元,无充分证据支持,本院不予确认。

4、材料调差费。

中交公司提出向交隧公司调拨的材料,因价格发生变化,相应要扣减支付的工程款1328711元。中交公司出示了计算费用的统计表,交通公司不持异议。交隧公司不予认可。

本院认为,中交公司在庭审中自认系单方自行统计,兰渝铁路有限公司出具的《关于中交路桥建设公司兰渝铁路LYS-11标段工程结算等情况的说明》中载明“因目前工程尚未结束,

中交路桥未正式报送 LYS-11 标段的材料价差，同时铁路总公司也尚未最终正式批复兰渝铁路 LYS-11 标段的材料价差”。因此中交公司的主张尚不具备条件，本案中不予处理。

5、超领钢筋的费用。

中交公司认为交隧公司在施工中超领钢筋，超过设计用量，导致原路桥公司在后期施工中要承担钢筋涨价的风险，因此交隧公司应承担风险费用 641296 元。

中交公司据此出示了路桥公司出具的超领钢筋导致费用增加的《说明》、证明调拨钢筋数量的《调拨材料汇总表》、证明将导致损失的铁道部《材料价差调整的指导意见》、证明钢筋基础价格的路桥公司与业主签订的《施工总价承包合同》等证据。交通公司对证据不持异议。交隧公司对证据均不认可，认为未在《协议》和《补充协议》中进行过约定，不应支付。

本院认为，钢筋属于业主调拨的主材。《施工总价承包合同》第八条 1.2 项约定“甲供料（指业主组织供应材料）由业主统一供应，材料费用由甲方统一支付，在乙方验工计价支付时予以扣除”。由于交隧公司是中途退场，因此调拨钢筋的数量可能超过交隧公司完工部分的使用量，并且调拨材料的费用会在工程结算时予以扣除。至于路桥公司后期施工是否会承担材料涨价的风险，中交公司并未就此举证，因此，中交公司的此项主张本院不予确认。

6、混凝土费用。

中交公司认为交隧公司在原路桥公司兰渝铁路项目部一分部管理范围内进行施工中，由交隧公司的工作人员签字领取了混凝土，故应支付价款共计 1289487 元。

中交公司出示了一分部与环宇公司（即交隧公司）签订的《混凝土供应内部单价确认单》、《混凝土发货单》和《工资发放表》，交隧公司否认领取了混凝土，并对中交公司出示的证据均不认可。交通公司不持异议。

本院认为，中交公司出示的《混凝土发货单》中，虽然领取混凝土有“曾强、林玉兴、何尤春、周而金、邓建华、郭国艳、林发彬、陶启军、胡世峰、樊启宝、朱国友、樊小军、樊盼盼、邓明军、吕秀浩、郑明辉、朱法金、樊启秋”等人的签名，除“林发彬、陶启军、朱国友、樊盼盼、邓明军”外，其余人员只有名字记载于在交隧公司盖章的《工资发放表》中，但在《工资发放表》的签名栏处并无相关人员本人签名，不能与《混凝土发货单》上人员签字进行笔迹核对，中交公司未提供其他证据对签名真伪予以佐证，因此不能确定《混凝土发货单》中人员签字的真实性。同时，中交公司也未出示上述签字人员有交隧公司授权可以代表公司进行确认的证据，并且在双方协商退场事宜的《协议》和《补充协议》中也没有交隧公司应支付混凝土价款的约定，故中交公司的此项主张无充分证据支持，本院不予确认。

7、安全防护用品费用。

中交公司认为根据《施工总价承包合同》第五条 1.1 款“现场施工场地的布置必须符合甲方的统一安排，现场标识标牌全部按甲方企业统一标准进行，不得出现任何乙方企业的标识标牌，文明施工的费用全部由乙方自行承担”的约定，交隧公司的人员在施工中向项目部领取了安全帽、记录本、证件等，应支付相关费用合计 9303 元。

中交公司出示了《工资发放表》和《安全防护用品领用登记表》，以此证实是交隧公司的人员领取了物品。交通公司不持异议。交隧公司认为退场《协议》和《补充协议》并未约定交隧公司应支付此类费用，中交公司出示的证据也不能证实系交隧公司人员领取了物品，因此不应由交隧公司承担。

本院认为，虽然中交公司出示的《安全防护用品领用登记表》中有“朱为株、廖诗梅、李生付”等人签字领取了物品并与交隧公司《工资发放表》中的人员名称相同，但《工资发放表》中均无本人签名，不能印证签名的真实性，故不足以证实确系交隧公司人员本人签字领取了物品。因此，中交公司的此项主张证据不充分，本院不予确认。

8、行政办公费 9304 元。

中交公司据此出示的证据为领用物品的《收条》、证明领用人为交隧公司人员的《工资表》以及证明物品价值的《发票》。交通公司对证据无异议。交隧公司对证据不予认可，认为不能证明系领用人本人签字，也无交隧公司应支付费用的依据。

本院认为，中交公司出示的《工资表》中无人员签字，不能与领用物品人员的签名进行核对，中交公司没有提供其他证据予以佐证，不能证实领用物品人员签字的真实性；原路桥公司与交隧公司签订的《施工总价承包合同》以及退场《协议》和《补充协议》中均未约定应由交隧公司支付办公费用，中交公司也没有出示交隧公司确认支付领用物品费用的证据。因此，中交公司的主张无充分证据支持，本院不予确认。

9、材料试验检测的费用。

中交公司认为根据《施工总价承包合同》第八条 1.5 款“乙方在使用材料前，必须按规定进行试验和检测。属于甲方组织供应的材料，并不免除乙方对所使用材料质量合格的检测责任。由于材料质量原因引起的索赔以及其他纠纷由乙方负责解决，必要时甲方予以协调”的约定，交隧公司应当承担委托进行检测的费用共计 85320 元。中交公司据此出示了《试验委托单》、《检验报告》、《检测费用清单》、《发票》等证据。交通公司无异议。交隧公司对证据均不认可，并认为该费用未在《协议》和《补充协议》中进行约定，不应支付。

本院认为，中交公司在此项主张中所出示的《试验委托单》、《检验报告》、《检测费用清单》、《发票》等证据中的委托单位均为原路桥公司兰渝铁路项目部一分部，而《施工总价承包合同》第八条 1.5 款的内容涉及的是交隧公司应当承担的义务，中交公司并未出示交隧公司已委托一分部代为履行该义务和代为支付费用的相关证据；其次，交隧公司系中途退场，中交公司已出示的证据不能证明其对外委托检测的材料确已用于交隧公司施工。因此，中交公司主张交隧公司承担材料检测的费用理由和证据均不充分，本院不予确认。

10、皇家坪隧道出口的弃渣清运费。

中交公司认为根据《施工总价承包合同》第五条 2.1 款“乙方在施工中应注意环境保护，弃渣、排污等须按设计文件和业主与当地有关部门签订的有关合同和要求进行处理。坚决避免因环境问题引起的群体性事件。如乙方拒不实施，甲方有权强制实施，费用由乙方承担，从乙方计价款中扣除”的约定，交隧公司在皇家坪隧道是施工中未对弃渣进行处理，原路桥公司进行清理后产生的费用 1661686 元，应由交隧公司承担。

中交公司据此出示了监理《证明》、《整改的通知》、《施工合同》、《工程量清单》、《结算单》、《结算工作量明细表》、《工程数量签认单》、《收据》等证据，交隧公司对以上证据均不认可，认为《整改的通知》及监理《证明》均系交隧公司退场 2 年后下发的，不能排除有其他施工队在该地弃渣，且双方在退场协议中并未涉及。交通公司不持异议。

本院认为，交隧公司是在施工期间中途退场，2011 年 1 月 10 日原路桥公司与环宇公司共同签认的《皇家坪隧道结算工程量明细表》中的弃渣场处理和弃渣部分的实际完成量项目均为 0，由此证明原路桥公司在结算工程量时并未就此予以计价，因此中交公司认为应由交隧公司承担清运弃渣费用的理由不充分；其次，兰渝铁路 LYJL-10 标监理站 2014 年 2 月 25 日出具的《证明》中只载明“皇家坪隧道出口 DK656+810 涵洞位置自 2010 年 3 月份开始被该隧道弃渣逐渐填埋”，不足以证明原路桥公司委托阆中市市政工程有限公司于 2012 年 11 月 29 日签订《施工合同》所清运的弃渣全部系交隧公司施工期间产生，中交公司在本案中也没有出示其他证据对此加以证明。因此，中交公司主张交隧公司应承担皇家坪隧道弃渣清运的费用，无充分证据支持，本院不予确认。

11、因窝工造成的损失费用。

中交公司认为由于交隧公司在施工中质量不达标一直未予整改，致使在铁道部开展的安全质量检查中被要求停工进行整改，导致出现严重窝工，因此交隧公司应承担人员窝工费 4728718 元，机械设备窝工费 527323 元，共计 5256041 元。中交公司据此出示了《监理通

知单》、《质量检查记录》、《停工证明》、《机械费结算单》、《工资表》等证据，交通公司无异议。交隧公司均不认可。

本院认为，中交公司出示的兰渝铁路 LYJL-10 标监理站出具的《停工证明》中，仅载明“由于安全步距不达标，责令停工整改，停工时间 2011.2.19”，不能证实停工原因确系交隧公司造成；其次，中交公司主张的停工损失费用均系自行统计，其出示的《停工整改人工窝工费明细表》、《停工整改机械设备窝工费明细表》中的数据构成均无相应证据证实，且人工费统计中还含有路基、桥梁、场站等并不属于交隧公司施工范围内实施的内容，故不能证实中交公司所主张金额的真实性。因此，中交公司所主张的窝工费无充分证据支持，本院不予确认。

12、安全质量的罚款。

中交公司认为按照《施工总价承包合同》第三条 1.2 款甲方可以“根据工程实际情况，对质量、进度、安全、环保、文明施工等事项进行检查指导，并有奖罚权”和第七条第 1 款“乙方所有的隧道工程参加甲方组织的劳动竞赛、日常类检查及综合评比，奖励严格执行甲方制定的《安全质量管理办法》及《安全质量奖惩办法》”的规定，道隧公司在施工中因违反质量要求，应交纳罚款共计 500000 元。中交公司据此出示了《安全质量奖罚条例》、《关于对隧道二工区安全质量问题处罚的通报》、《关于对二分部综合四队处罚的决定》等证据。交通公司对证据无异议。交隧公司对中交公司的主张和证据均不予认可，认为《安全质量奖罚条例》并非合同约定，没有证据证明交隧公司接受罚款。

本院认为，原路桥公司对道隧公司进行处罚所依据的是其自行制定的《安全质量奖罚条例》，该条例不是《施工总价承包合同》第三条 1.2 款所约定的《安全质量管理办法》及《安全质量奖惩办法》，也不是合同的附件，因此不能证实该条例对交隧公司具有约束力；其次，原路桥公司作出处罚决定的《关于对隧道二工区安全质量问题处罚的通报》中没有载明罚款 500000 元的具体依据，处罚原因与交隧公司《关于对二分部综合四队处罚的决定》中的内容不一致，中交公司也没有出示处罚决定已经送达交隧公司和交隧公司接受处罚的相关证据，因此不足以证实原路桥公司进行处罚的真实性。况且，交隧公司退场期间与原路桥公司签订的《协议》和《补充协议》中，均未约定在结算时交隧公司应支付施工中的罚款。因此，中交公司的此项主张证据不足，本院不予确认。

13、代付台车款 200000 元。

中交公司出示了向重庆冠科物资有限公司付款的《电子转账凭证》和该公司出具的《收据》，认为所支付的 200000 元是代交隧公司支付的台车款。交通公司对证据无异议。交隧公司认为证据内容显示与交隧公司无关，不予认可。

本院认为，《电子转账凭证》和《收据》只能证明中交公司向重庆冠科公司支付了台车款，不能证明是代交隧公司支付，中交公司也未提供交隧公司委托购买台车由交隧公司使用等其他证据予以证明，因此中交公司主张应由交隧公司支付 200000 元台车款无证据支持，本院不予确认。

14、因施工质量不合格而进行整改产生的费用。

中交公司认为根据《施工总价承包合同》第四条 2.4 款“若在施工过程中发生质量问题，乙方（交隧公司）应立即整改，如不立即整改，甲方有权代乙方强制执行，费用全部由乙方承担，从乙方计价款中扣除”和第十三条 2.13 款“若乙方承担的工程施工质量达不到设计和规范要求的，乙方必须返工或返修，其费用由乙方承担”的约定，交隧公司进行施工的大梁山隧道、陶家湾隧道、皇家坪隧道、望水垭隧道、洪家梁隧道、李家湾隧道和孙家湾隧道存在质量不合格的问题并被现场监理工程师下发《监理工程师通知书》要求整改，由于交隧公司没有履行整改义务，中交公司另行委托施工队完成了整改，其费用共计 8534116 元应由交隧公司承担。

中交公司据此出示了《监理工程师通知单》、《检测报告》等证据以证明交隧公司施工质量不合格，出示了《施工合同》、《结算单》、《收据》等证据以证明委托施工队进行了返工并支付了费用。交通公司对证据无异议。交隧公司对证据均不予认可，并认为在与原路桥公司协商退场事宜时，双方所签订的《协议》明确约定了“仅对验收合格的已完工程计量，对验收不合格的已完工程不予计量”，因此，原路桥公司签字盖章的各隧道工程量清单均是对合格工程所做的计量计价，因此不应再从已确认的工程计价款中扣除费用。

本院认为，根据《施工总价承包合同》第四条 2.4 款“若在施工过程中发生质量问题，乙方（交隧公司）应立即整改，如不立即整改，甲方有权代乙方强制执行，费用全部由乙方承担，从乙方计价款中扣除”的约定，中交公司没有出示通知送达交隧公司以及交隧公司拒绝进行整改的证据，且根据原路桥公司与交隧公司所签《协议》中“仅对验收合格的已完工程计量，对验收不合格的已完工程不予计量”的约定，路桥公司对交隧公司已完工程的计量计价已经进行了确认，证明交隧公司已完成工程施工质量合格，因此，中交公司在交隧公司退场后再行主张工程质量不合格需要返工重做的理由不充分；其次，中交公司出示的《施工合同》均系在交隧公司退场后所签订，合同中的施工内容与《监理工程师通知单》中要求进行整改的内容不相符合，不能互相印证，不足以证实施工目的系因交隧公司施工期间质量不合格而进行整改，并且中交公司还未能出示证明《施工合同》中所涉及的施工点属于交隧公司原施工范围的证据，不能证实与交隧公司施工具有关联性；再者，《协议》和《补充协议》中均未对施工质量问题以及是否需要承担费用做出约定。因此，中交公司主张交隧公司应当承担因施工质量不合格而进行整改产生的费用，无足够证据支持，本院不予确认。

15、中交公司认为因检验批资料制作不合规范需重新返工制作，由此产生的费用 240360 元应由交隧公司承担。据此出示了兰渝铁路 LYJL-10 标监理站出具的《证明》以及自行统计的《费用明细表》。

交通公司对此无异议。交隧公司认为检验批资料是在监理单位监督下完成，退场时已经全部移交被告，因此中交公司要求原告承担返工制作的费用于法无据。

本院认为，中交公司所出示的 2014 年 3 月 15 日兰渝铁路 LYJL-10 标监理站出具的《证明》内容，并未证实交隧公司在退场时所移交的检验批资料不合规范，中交公司对其所主张的费用金额也仅以自行制作的统计表作为依据，没有提供相关证据予以证实，其费用金额也未得到交隧公司确认，故证据不足，本院不予确认。

16、台车款和物资款。

中交公司认为交隧公司拉走一台台车，因此应支付台车价款 624750 元；交隧公司在退场时还拉走了部分属于原路桥公司的物资，价值 1529099 元，应予支付。中交公司据此出示了拉走台车的监理《证明》。交隧公司对此予以否认。交通公司不持异议。

本院认为，兰渝铁路 LYJL-10 标监理站出具的《证明》中虽然载明“因环宇遗留衬砌台车存在尺寸偏差问题无法正常使用，由浙江环宇从现场转走”，但中交公司没有出示该台车系原路桥公司付款购买的证据，也未出示证实该台车价格的证据，故不能证实交隧公司应支付 624750 元的台车价款，本院不予确认。至于中交公司提出交隧公司拉走属于路桥公司的物资，中交公司在庭审中表示无法提供相应证据，本院不予确认。

17、关于中交公司提出应补充和更换发票。

中交公司认为在本案工程中，交隧公司向原路桥公司出具的发票中有很多系虚假发票，同时存在交隧公司收到路桥公司所支付款项后没有提供发票，因此交隧公司应补充 1249 万元的发票或者暂缓支付同等金额费用。交隧公司认为不能仅凭网络查询结果判断发票真伪，对中交公司的要求不予认可。

本院认为，根据《中华人民共和国发票管理办法实施细则》第三十三条“用票单位和个人有权申请税务机关对发票的真伪进行鉴别。收到申请的税务机关应当受理并负责鉴别发票的真

伪；鉴别有困难的，可以提请发票监制税务机关协助鉴别”的规定，对于本案中发票真伪的鉴别应以税务机关出具的证明为依据。中交公司仅凭自助查询系统的查询结果不足以证实交隧公司所提供的发票系虚假，并且中交公司也未就交隧公司没有提供足额发票进行举证，且双方当时尚未最终结算。因此，中交公司提出交隧公司应更换和补交发票的主张无证据支持，本院予以确认。

综上，中交公司主张交隧公司在本案中应当承担的费用，本院均不予确认。

本院认为，本案中各方当事人以下争议的焦点问题，本院综合评判如下：

（一）关于本案当事人的主体资格。

本院认为，根据《中华人民共和国公司法》第一百七十四条“公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继”的规定，本案中，路桥公司被交通公司吸收合并后已被注销登记，故路桥公司的债权、债务应由交通公司承继并承担相应的法律责任。交通公司另行成立中交公司来接收原路桥公司的全部债权债务并对外进行了公告，因此中交公司应对交通公司承继原路桥公司的债权债务承担连带责任，故交通公司辩称不是本案适格被告，不应承担责任的理由不能成立，不予采纳。

（二）关于本案的合同效力。

本院认为，本案中兰渝铁路公司与路桥公司签订了《施工总价承包合同》，由路桥公司承包修建新建兰渝铁路 LYS-11 标段，并且在合同中约定分包应纳入合同或经建设单位批准。路桥公司随后又与交隧公司签订《施工总价承包合同》，将其承包施工的兰渝铁路 LYS-11 标段中部分隧道工程项目交给交隧公司施工。根据第《中华人民共和国建筑法》第二十九条“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成”和《建设工程质量管理条例》（2000 年 1 月 30 日国务院令[第 279 号]）第七十八条第二款第（二）项“本条例所称违法分包，指下列行为：（二）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的”的规定，路桥公司将其承包工程中的隧道施工进行分包的行为，既未在兰渝铁路公司与路桥公司签订的《施工总价承包合同》中有约定，也未得到兰渝铁路公司的同意，应属于违法分包。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2004 年 10 月 25 日法释[2004]14 号）第四条关于承包人非法转包、违法分包建设工程与他人签订建设工程施工合同的行为无效的规定，本案中原路桥公司与交隧公司签订的《施工总价承包合同》为无效合同。交通公司和中交公司认为本案合同无效的辩解成立，予以采纳。中交公司所主张应扣取的工程款总额 2.5%的管理费，属于利用违法分包获取非法利益，故其请求违反法律规定，本院不予确认。

（三）关于本案工程的结算问题。

本院认为，本案系无效合同，由于案涉的兰渝铁路修建工程至今仍未完工，而交隧公司又系施工期间中途退场，从而形成交隧公司已完成的施工部分还未经过竣工验收环节这一客观事实。但是，原路桥公司与交隧公司通过签订《协议》及《补充协议》的方式，就交隧公司已完工程部分如何进行结算以及退场移交事宜进行了约定，由此证明在工程竣工验收前通过工程结算的方式确定已完工程价款的支付是当事人双方真实意思的表示，不违反法律规定，并且各方当事人均认为本案所涉工程应予结算。因此，本院认为原路桥公司与交隧公司签订的《协议》和《补充协议》是当事人对施工退场结算做出的约定，应为合法有效（关于工程量差和协作费条款除外），中交公司认为协议无效的辩解不能成立。本案中的案涉工程应当按照《协议》和《补充协议》中的结算条款对交隧公司已实际施工的部分进行结算，二被告应当按照结算金额支付工程价款。

本案中，应向交隧公司支付的费用为已完成工程造价 173540961 元、炸药库及火工品移交的费用 1597375 元、领取混凝土的费用 2983893 元、退场移交物资的金额 28168474.7 元，共计 206290703.7 元；应扣减的费用为税金 5414478 元、质量保证金 6139354.5 元、扣减代付交隧公司与施工队工程结算款 4910569.57 元，扣减金额共计 16464402 元。

综上，本案应付工程价款为 206290703.7 元-16464402 元=189826302 元。原路桥公司已支付、垫付和代扣物资款共计 266269370 元。

（四）关于本案应否支付协作费。

本案中，交隧公司认为被告除应支付工程费用外，还应按照《协议》第 3 条“未完工程协作费用的计取：甲方按乙方施工图未完工程量、剩余安全生产费、风险包干费三项总和的 14% 支付乙方协作费用”和《补充协议》第 1 条“施工图与清单量差：施工图与双方原于 2009 年 12 月 1 日签订的《施工总价承包合同》工程量清单的量差，甲方（路桥公司）按量差总额的 10% 给乙方（交隧公司）计量支付”的约定，支付协作费用共计 124870740 元。

交隧公司与中交公司、交通公司对于应否支付协作费存在争议。交隧公司认为协作费用是对因提前退场所产生损失进行的补偿，包括未施工部分的预期利益；中交公司和交通公司则认为协作费是在无效协议中约定的条款，相关法律规定和工程计价原则中没有关于协作费的规定，并且原告也没有举证证明损失的具体金额，因此不应得到支持。

本院认为，原路桥公司与交隧公司虽然在《协议》和《补充协议》中约定了协作费的条款，但没有对协作费的性质予以明确，而是仅约定对图量差及未完工程按照比例计算费用。按照《中华人民共和国合同法》第五十八条“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”的规定，本案中交隧公司与原路桥公司签订的《施工总价承包合同》为无效合同，故在工程结算时将交隧公司未进行施工的部分也纳入应予支付工程款的范围，不符合建设工程因合同无效而应据实结算的原则，违反了法律规定，因此《协议》和《补充协议》中约定图量差和未完工程协作费的条款不具有法律效力。交隧公司认为协作费是对因提前退场所产生损失以及预期利益进行的补偿，但因本案合同无效，预期利益依法不应予以支持，同时，交隧公司未就实际产生的损失进行举证，也没有提供证据证实其在本案中提供了协作事宜。故交隧公司要求支付协作费的主张，本院不予支持。

综上所述，本案中原路桥公司应付工程价款为 189826302 元，已支付、垫付和代扣物资款为 266269370 元。故交隧公司提出应由中交公司、交通公司支付工程价款的诉讼请求，本院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第一百零九条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十条和《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第四条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条的规定，判决如下：

驳回原告浙江交隧集团有限公司的诉讼请求。

本案案件受理费 521234 元由浙江交隧集团有限公司承担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于四川省高级人民法院。

审判长 李云燕

审判员 孙红宇

审判员 蒋兴平

二〇一六年四月五日
书记员 李欣

浙江新农实业有限公司与方正证券股份有限公司房屋买卖 合同纠纷一审民事判决书

杭州市上城区人民法院
民事判决书

(2014)杭上民初字第124号

原告：浙江新农实业有限公司，住所地：浙江省衢州市农市路72号C3-27号。

法定代表人：徐莲妹，总经理。

委托代理人：沈攀峰，浙江尹天律师事务所律师。

委托代理人：齐李军，浙江尹天律师事务所实习律师。

被告：方正证券股份有限公司，住所地：湖南省长沙市芙蓉中路二段华侨国际大厦22-24层。

法定代表人：雷杰，董事长。

委托代理人：沈向明，浙江浙杭律师事务所律师。

委托代理人：伍娅婷，浙江浙杭律师事务所律师。

原告浙江新农实业有限公司（以下简称新农公司）为与被告方正证券股份有限公司（以下简称方正证券公司）房屋买卖合同纠纷一案，于2014年1月14日向本院提起诉讼。本院受理后，依法组成合议庭，并于2014年9月29日变更合议庭成员，由代理审判员朱燕青担任审判长，与人民陪审员王明珠、徐子文组成合议庭，于2014年10月14日公开开庭进行了审理。原告新农公司的委托代理人沈攀峰，被告方正证券公司的委托代理人沈向明、伍娅婷到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告新农公司起诉称：原告经杭州鸿生置业有限公司（即方正大厦的物业管理公司）介绍，与被告在2011年1月31日签订《房产买卖合同》及《补充协议》各一份，合同就位于本市平海路1号方正证券大厦（以下简称方正大厦）整体物业转让事宜达成了一致意见，约定方正大厦七层到顶层的物业转让价格185460000元，北京市住房贷款担保中心委托被告出售一到六层物业转让价格为234540000元，双方还就价款支付、物业清场和物业交付事宜进行了约定。合同履行过程中，原告发现被告系国有控股公司，重大资产处置按照法律规定应当先行评估，评估后需要在公开交易市场挂牌交易，未经评估和挂牌程序，有关部门拒绝办理该物业产权变更登记手续。故原告为确保合法取得合同所涉房产，多次与被告方进行交涉，被告承诺妥善处理并补办相应手续，但原告至今未收到任何被告补办的手续。后经原告澄清，由法院向北京市产权交易所调取的相关证据表明，被告在与原告签订合同之前，曾召开过董事会，并由董事会决议，明确处置方正大厦的要求是必须聘请中介机构对方正大厦价格进行评估，出让价格必须高于评估价格。另，在与被告签订合同以后，被告又委托浙江众诚房产评估公司，对方正大厦价格进行了评估，评估价格为186050000元，后经被告产权监管单位北京大学审批，对外出让价格不得低于186760000元，该价格与原、被告双方签订的价格高出1300000元。综上，被告公司系国有性质，其出售必须经过评估和产权部门的审批，而审批价格远高于双方合同约定，故被告实际上无法按照原合同约定履行合同。后，被告根据北京大学的要求，向北京产权交易所申请场内挂牌交易，时间为2012年9月，成交日期为2012年9月19日，成交价格186760000元，受让单位为浙江通策××管理服务有限公司。之后，被告与该公司签订了实物资产交易合同，并到杭州市房管局办理了产权过户手续。同时，北京住房担保中心持有的方正大厦1-6层在本次挂牌出售过程中作为附加条件，受让方必须一同购买，出让价格不低于255500000元。最终，受让方也实际按照上述价值进行了购买，该价格高出原、被告之间签订的合同价款20960000元。基于上述事实，原告认为，原、被告在2011年1月31日签订的《房产买卖合同》及《房产买卖合同补充协议》，被告存在隐

1142

瞒重要事实的行为，第一、被告隐瞒自身系国有控股公司的事实；第二、隐瞒合同标的物是国有资产的事实；第三、隐瞒了被告公司董事会决议出售该物业必须进行评估，出售价格必须高于评估价。被告的行为系欺诈行为，违反了《中华人民共和国合同法》第五十二条第一款的规定，应当确定为无效。同时，该行为损害了国家利益，一旦双方之间的合同得到履行，将造成国家 20000000 余元的损失。被告作为国有控股公司，出让房产作为国有资产，根据国有资产法及国有资产评估办法的规定，根据合同法第五十二条第二款的规定，也应当认定为无效。为此，原告向法院提起诉讼，请求判令：1、请求确认原、被告于 2011 年 1 月 31 日签订的《房产买卖合同》及《房产买卖合同补充协议》无效；2、被告承担本案全部诉讼费用。

为支持其主张，原告向本院提交以下证据：

- 1、原告营业执照副本及名称变更登记、组织机构代码证、法定代表人身份证明、被告基本信息各一份，证明原、被告主体资格适格；
- 2、《房产买卖合同》、《房产买卖合同补充协议》各一份，证明原、被告于 2011 年 1 月 31 日就杭州市平海路 1 号方正大厦签订买卖协议的事实；
- 3、被告首次公开发行 A 股股票招股说明书（节选，共 26 页），证明被告系国有控股企业的事实；
- 4、授权委托书一份，证明被告与原告签订的《房产买卖合同补充协议》超出了产权所有人北京市住房贷款担保中心的授权范围，其授权期限为 2010 年 11 月 22 日至 2011 年 3 月 22 日，授权范围为在受托人联系出售上述房产过程中，购房合同签订以及房产过户手续办理均由委托人和买方完成，而原、被告双方签订《房产买卖合同》的时间超过了最后期限，且被告无权直接与原告签订关于该部分的房产买卖；
- 5、上海产权交易所官网页面信息、通策医疗投资股份有限公司关于参股公司整体受让物业的公告、浙江天册律师事务所关于通策医疗投资股份有限公司 2012 年第二次临时股东大会法律意见书、通策医疗投资股份有限公司 2012 年第二次临时股东大会决议公告、通策医疗投资股份有限公司第六届董事会第二十次会议决议公告各一份，证明本案标的物方正大厦系国有资产，2012 年 9 月 12 日起在北京产权交易所挂牌转让；北京市住房贷款担保中心是事业单位法人；被告是国有企业法人；浙江通策××管理服务有限公司最终受让了本案的标的物方正大厦整体物业；
- 6、要求退还保证金和清场费的函及顺丰速运底单各一份，证明原告曾于 2012 年 8 月 27 日发函要求被告退还保证金和清场费的事实；
- 7、企业国有资产变动产权登记表一份，证明被告出让标的物期间系国有控股公司，出让重点资产需经教育部财政司和财政部教科文司审核；
- 8、被告方正证券公司第一届董事会第三次会议决议、关于处置杭州方正大厦的议案各一份，证明 2010 年 11 月 11 日被告召开董事会通过关于处置杭州方正大厦的议案；关于处置杭州方正大厦的议案明确处置方正大厦要求：（1）、聘请中介机构对公司拥有的方正大厦资产进行评估；（2）、以不低于评估价格进行变现处置；（3）、以不高于买家所报价格向北京住房贷款担保中心回购方正大厦资产；证明被告与原告 2011 年 1 月 31 日签订的《房屋买卖合同》和《房屋买卖合同补充协议》严重违背董事会决议，损害公司利益、股东利益和国家利益；
- 9、北京大学关于同意方正证券公司挂牌转让杭州方正大厦的批复一份，证明被告于 2012 年 5 月委托浙江众诚房地产评估事务所有限公司对合同标的物进行评估，评估价格为 18605000 元；北京大学于 2012 年 7 月 16 日审批同意被告以不低于 18676000 元通过产权交易所挂牌出让标的物；证明被告系在与原告签订合同一年多以后对标的物进行了评估，评估价格和监管部门审批出让价格均明显高于双方签订的 185460000 元合同价格；系被告无法继续履行合同的根本原因；

10、国有资产评估项目备案表一份，证明被告委托浙江众诚房地产评估事务所有限公司作出的浙众诚所评（2012）字第 0498 号评估报告书所涉资产（标的物）系国有资产，受教育部监督管理，审批日期为 2012 年 8 月 15 日，评估价值为 186005000 元；

11、实物资产转让信息发布申请书一份，证明被告于 2012 年 7 月 26 日就杭州市平海路 1 号方正大厦地上 7 层至 23 层及地下 3 层房屋的所有权委托北京易产权投资有限公司向北京产权交易所进场交易，发布转让信息；转让底价 186760000 元，附加条件以不低于 255500000 元购买杭州方正大厦 1 至 6 层房产；

12、实物资产交易凭证一份，证明标的物方正大厦地上 7 层至 23 层及地下 3 层的所有权通过北京产权交易所挂牌出让于 2012 年 9 月 19 日成交，受让方为浙江通策××管理有限公司，成交价格 186760000 元；证明被告已经没有继续履行合同的能力；

13、实物资产交易合同、实物资产保证金划入凭单、实物资产成交价款划入凭单各一份，证明被告就杭州市平海路 1 号方正大厦地上 7 层至 23 层及地下 3 层的所有权转让事宜与浙江通策××管理有限公司于 2012 年 9 月 19 日签订了交易合同，交易价格为 186760000 元，买受人支付了全部交易款项的事实；证明被告进一步丧失了履行与原告签订的合同的能力；

14、房屋权属登记信息查询记录一份，证明目前全部标的物已经过户到浙江通策××管理有限公司名下；被告已经完全丧失合同履行能力。

被告方正证券公司答辩称：一、原、被告之间的《房产买卖合同》、《房产买卖合同补充协议》中涉及交易标的即杭州市平海路 1 号方正大厦性质并非国有资产，根据原告自行提供的方正证券股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书显示，早在 1994 年 10 月，经过中国人民银行的批准，被告的前身浙江省证券公司就已经改制成了有限责任公司，名称变更为“浙江证券有限责任公司”，具备了独立法人的资格，完成了非国有化的初步改造。当时的股东就多达 42 个，其中不乏部分非国有经济的成分。2002 年，北大方正集团入股公司并实现控股，但这也仅仅是实现了国有控股而已，更名后的方正证券责任有限公司的性质并未转化为真正意义上的国有企业，其资产自然也没有转化为国有资产。到 2010 年，方正证券责任有限公司进一步改组成为股份有限公司，以私募方式募集股份，离国有独资公司更加遥远。而方正大厦按照房产登记部门提供的材料，始建于 1999 年，建设单位就是浙江证券有限责任公司，2003 年 10 月以方正证券有限责任公司名义办理了该房屋所有权证，毫无疑问，该房屋作为方正证券有限责任公司这一独立法人的自有资产，其性质自然不是国有资产。因此，原告主张该房产的转让要适用《中华人民共和国企业国有资产法》及《企业国有产权转让管理暂行办法》属于适用法律错误。二、即便合同中交易标的系国有资产，合同内容本身没有违反法律、行政法规规定。该规定所指“违反法律、行政法规的强制性规定”，指的是合同本身内容违反了法律、行政法规的强制性规定，并非是指合同签订的前置程序或者其他前置条件是否具备，纵观上述合同内容，仅涉及房产的交易，无论是否经过前置程序，合同内容都并无二致，该内容本身并无违法之处，因此上述合同本身并不能据此认定为无效。本案中，在原告自身不能及时履约的情况下，双方已经进行协商，在达成合意的情况下解除了合同。且解除合同中约定双方因房屋买卖合同等三份合同而产生的所有权利义务关系即全部终结，双方无其他任何未了结事宜。也就是说合同没有得到履行并非是因为被告的责任，原告当然也就无权追究被告的任何责任。三、即便合同中交易标的国有是资产，原、被告签订房产交易的行为也并未损害国家利益。原、被告签订的房产交易合同中约定的价格符合同类地段同类房产的市场价格，不存在任何的贱卖。在发现原告未履行合同的情况下，被告及时与原告协商解除了合同，恰恰体现了对国家利益的保护。原告作为合同的受让方，却主张被告的出售行为损害国家利益，无异于指责自己的串通被告，恶意侵害国家利益，以自己自认的这种“不法行为”来向法院主张自己的利益，本就是自相矛盾，有悖于法律的最基本原则。四、即便合同中交易标的系国有资产，上述合同的签订也不违反法律和行政法规的强制性规定。

《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项的规定是要违反法律和行政法规的强制性规定。而原告提出的《企业国有产权转让管理暂行办法》系部门规章，并不属于该范畴之列。而在《中华人民共和国企业国有资产法》中，仅在第五十四条、第五十五条中对国有资产转让的交易场所及评估作出了非常简单的规定，从该规定的性质来看，显然并非是禁止性规范，只能算是一种倡导性的义务性规范，而且存在但书，没有体现相当的强制性，不能想当然认定为“强制性规定”。原告自行提交的方正证券公司首次公开发行 A 股股票招股说明书第 1-1-65 页就显示，2011 年 5 月 9 日湖南省人民政府出具了湘政函（2011）120 号《湖南省人民政府关于对方正证券股份有限公司历史沿革中历次国有股权转让行为予以确认的函》中提出，上述 48 次股权转让未履行国有资产评估程序，存在程序瑕疵，但未损害其他国有股东利益，未造成国有资产流失，股权转让合法有效。该省级人民政府的正式文件充分证实了被告的上述观点。实际上原告的真实意图是希望通过确认上述合同无效的方式来侵害被告国有股东的利益，造成国有资产的流失，一旦法院支持其观点，最后结果正好与其主张使用关于国有资产的保护的相关法律法规的立法原意南辕北辙。综上，被告认为，原告的诉讼请求缺乏事实与法律依据，请求法院依法驳回。

为支持其主张，被告向本院提交以下证据：

- 1、关于浙江省证券公司改制的批复、关于同意浙江省证券公司改制的批复各一份，证明被告前身浙江省证券公司在 1994 年就改制成有限责任公司，完成其非国有化改造的事实；
- 2、工商登记信息三份，证明被告的工商注册变更情况，进一步证明被告并非国有独资公司，其资产并非都属于国有资产；
- 3、杭州市房地产测绘成果表、建设工程规划许可证附件各一份，证明案涉房屋的建设情况以及房屋所有权变更情况，进一步证明该房屋系被告的自有资产，其性质并非国有资产的事实；
- 4、关于恳请延期支付杭州方正大厦房款的函一份，证明原告未按房产买卖合同约定支付房款的事实；
- 5、《关于解除合同及退还 1000 万资金的协议》一份，证明原、被告于 2012 年 8 月 27 日协议解除《房产买卖合同》、《房产买卖合同补充协议》的事实；
- 6、函及补制回单各一份，证明被告根据协议和原告的付款要求返还 10000000 元，合同已履行完毕，双方再无任何未结事宜的事实；
- 7、民事裁定书一份，证明原告曾以房屋买卖合同纠纷为由起诉被告，最终原告申请撤回起诉的事实；
- 8、（2012）杭上民初字第 1384 案件开庭笔录、鉴定意见书各一份，证明原告曾向本院提起过诉讼，并申请了司法鉴定，鉴定结论为双方签订的解除合同协议是真实的。

审理中，法院依法对原告、被告提供的证据经当庭质证，认证如下：

一、原告提交的证据：被告对证据 1 的真实性、合法性、关联性均无异议；对证据 2 的真实性、合法性无异议，但对关联性有异议，原、被告双方已经解除合同，双方约定全部权利、义务关系终止；对证据 3 的真实性、合法性无异议，但证明对象有异议，认为该证据反而能证明被告的主张，被告从 1994 年起就不是国有企业，而且 1999 年开始，该房产开始建造时，北大方正集团没有入股被告公司的事实，该房产系被告独立法人自有资产的事实；对证据 4 的三性均有异议，该份委托书上加盖的北京市住房担保中心公章不是红章，且双方签订《房产买卖合同》和《补充协议》是 2011 年 1 月 31 日，并没有超出该授权委托书的委托期限，房产买卖合同涉及的 7-23 层系被告自有资产，并未超出授权书的范围；对证据 5 的真实性、关联性有异议，认为并非原件，且该组证据不能证明涉案标的物系国有资产；对证据 6 的三性均有异议，被告未收到过该份函件，且快递单上没有显示日期，与本案无关；对证据 7 至证据 14 的真实性、合法性无异议，但对关联性、证明对象有异议。本院认为，证据

1 与证据 2 真实、合法，与案件有关联性，本院予以认定；证据 3 及证据 7 至证据 14 真实、合法，本院对其真实性予以认定，其证明力将综合全案进行认定；证据 4 与证据 5 系复印件，本院无法核实其真实性，不予认定；证据 6，该证据与被告提供的证据 5 的发生时间相同，原告方落款的公司印章印文也相同，但内容却截然相反，本院认为，被告提供的证据 5 是原、被告双方均签字盖章的合同，公司印章经鉴定确认与被告提供的证据 4 中的公司印章一致，且合同由被告持有，而原告提供的证据 6 是其单方出具的函，且由原告持有，两者相较，被告提供的证据 5 的可信度更高，故本院对证据 6 不予认定。

二、被告提交的证据：原告对证据 1 的真实性、合法性无异议，但对关联性有异议，认为与本案无关，方正大厦的出售是否需要经过评估、拍卖的法定程序，是要看被告的公司在与原告签订合同时的公司性质和股权结构，其之前是否进行改制，与本案无关。且原告提交的这两份材料，批复中股份制改造，仅是公司性质改为有限责任公司，并没有讲是对国有股份出让作出批准，并明确写明不得公开招募，并没有改变国有持股或国有控股的性质；对证据 2、3 的真实性、合法性无异议，但对证明对象有异议；对证据 4 的真实性、合法性有异议，对函的内容无异议，原告有发函给被告过，内容是一致的，但印章不一致，原告发的是另一份函；对证据 5 的三性均有异议，认为双方当事人根本没有签订过该份协议，章也是不真实的；对证据 6 中函的三性均有异议；对补制回单的三性无异议，确实收到了 10000000 元；对证据 7 的三性均无异议；对证据 8 中开庭笔录的三性均无异议，对鉴定报告的三性均有异议，不认可鉴定结论。本院认为，证据 1 至证据 3 真实、合法，与案件有关联性，本院对其真实性予以认定，其证明力将综合全案进行认定；证据 4 真实、合法，且被告对该证据的待证对象无异议，故本院对该证据予以认定；证据 5，其真实性在本院受理的（2012）杭上民初字第 1384 号案件中已委托鉴定机构进行了司法鉴定，根据鉴定意见，证据 5 中两份协议的签字和盖章均是真实的，虽然原告称证据 5 中公司印章印文是“衢州新农实业有限公司”，而此时原告公司已更名，但原告自己提供的证据 6 中落款的公司印章也是“衢州新农实业有限公司”，且原告在庭上陈述“衢州新农实业有限公司”公章仍能代表公司对外使用。据此，本院认为“衢州新农实业公司”印章在公司更名后仍在对外使用，具有法律效力，故本院对证据 5 予以认定；证据 6 至证据 8 真实、合法，与案件有关联性，本院对该证据予以认定。根据上述有效证据及双方当事人的陈述，本院确认案件事实如下：

被告系杭州市平海路 1 号即方正大厦七层至顶层房屋业主。2011 年 1 月 31 日，原告（乙方）和被告（甲方）签订《房产买卖合同》一份，约定甲方将所拥有的位于杭州市平海路 1 号大楼七层至顶层的物业，以及平海路 1 号大楼内的地下停车场及相关配套建筑出售给乙方，出售价格为 185460000 元，签订本合同时，乙方向甲方支付合同定金 10000000 元到甲方指定帐号，本合同定金在本合同履行完毕后转为双方签署的补充合同的定金，乙方须在 2011 年 6 月 30 日前，一次性将全额房款汇入银行监管账户，收款人为甲方，楼款到帐后 15 日内双方办理房屋产权过户，过户后监管银行凭新产权证的复印件即可放款到甲方银行账户等事项。同日，原告（乙方）和被告（甲方）另签订《房产买卖合同补充协议》一份，约定甲方受北京市住房贷款担保中心委托对外出售其拥有的杭州市平海路 1 号方正大厦 1-6 层房屋产权，现甲方同意将上述房屋出售给乙方，并将协调北京市住房贷款担保中心与乙方签订房屋买卖合同，转让价不低于 234540000 元等事项。协议签订后，原告向被告支付了 10000000 元。2011 年 6 月 30 日，原告向被告寄发关于恳请延期支付杭州方正大厦房款的函，称因自身原因无法按约支付房款，恳请把被告同意将款项支付时间延迟至 2011 年 10 月 30 日，并表示愿意在 2011 年 7 月 15 日前增加 8000000 元保证金。2012 年 8 月 27 日，原告（乙方）与被告（甲方）签订《关于解除合同及退还 1000 万资金的协议》一份，约定解除双方签订的《房产买卖合同》、《房产买卖合同补充协议》和《方正金融大厦房屋租赁合同》，甲方按本协议之约定退还乙方 10000000 元资金本金，划至乙方所指定的银行帐号，此后双方再无

任何权利义务关系等事项。当日，原告另向被告发函一份，其上载明：“根据双方 2012 年 8 月 27 日签订协议约定，现我公司通知贵公司将 1000 万元返还款支付至如下指定帐号：户名：杭州起亚酒店管理有限公司帐号：12×××80 开户行：工行五洲支行。”同年 8 月 29 日，被告按约定将 10000000 元通过中国农业银行汇至杭州起亚酒店管理有限公司帐号内。2012 年 9 月 19 日，方正大厦地上 7 层至 23 层及地下 3 层的所有权通过北京产权交易所挂牌出让于成交，受让方为浙江通策××管理服务有限公司。现原告诉至法院，要求法院双方于 2011 年 1 月 31 日签订的《房产买卖合同》及《房产买卖合同补充协议》无效。

另查明，原告曾于 2011 年 9 月 1 日，将法定代表人由“陈丹”变更为“徐莲妹”，又于同年 12 月 19 日将企业名称由“衢州新农实业有限公司”变更为“浙江新农实业有限公司”。被告于 1994 年进行了公司改制，改制后被告企业名称为“浙江证券有限责任公司”，又于 2003 年 6 月变更为“方正证券有限责任公司”，后又更名为“方正证券股份有限公司”。

再查明，原告曾于 2012 年以房屋买卖合同为由起诉至本院，要求被告返还因购买涉案合同项下的房屋而支出的清场费、物业费等，在该案审理过程中，原告提出对 2012 年 8 月 27 日《关于解除合同及退还 1000 万资金的协议》及函中“衢州新农实业有限公司”印章印文及“徐莲妹”签字进行鉴定，鉴定意见为《关于解除合同及退还 1000 万资金的协议》及函中“衢州新农实业有限公司”印章印文与关于恳请延期支付杭州方正大厦房款的函中的公司印章印文系同一枚印章加盖形成，“徐莲妹”书写笔迹与送检材料（1）（2）（4）-（6）中的字迹倾向认定为同一人书写形成。后原告于 2013 年 6 月提出撤诉申请。

本院认为，当事人协商一致的，可以解除合同。本案中，原、被告于 2012 年 8 月 27 日签订的《关于解除合同及退还 1000 万资金的协议》系双方的真实意思表示、内容亦不违反法律及行政法规的强制性规定，依法成立并生效，对双方均有约束力。该解除合同已履行完毕，原、被告之间于 2011 年 1 月 31 日签订《房产买卖合同》及《房产买卖合同补充协议》已经解除，双方之间的权利义务终止。现原告主张确认上述《房产买卖合同》及《房产买卖合同补充协议》无效无法律和事实依据，故本院对原告的上述诉讼请求不予支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第九十一条、第九十三条之规定，判决如下：

驳回原告浙江新农实业有限公司的诉讼请求。

案件受理费 80 元，由原告浙江新农实业有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起 15 日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人人数提出副本，上诉于浙江省杭州市中级人民法院，并向浙江省杭州市中级人民法院预交上诉案件受理费 80 元。对财产案件提起上诉的，案件受理费按照不服一审判决部分的上诉请求预交。在上诉期满后 7 日内仍未缴纳的，按自动撤回上诉处理。（户名：浙江省杭州市中级人民法院，帐号：12×××68，开户银行：工商银行湖滨分理处）。

审判长 朱燕青

人民陪审员 王明珠

人民陪审员 徐子文

二〇一四年十二月十六日

书记员 陈圆圆

郑汉基（CHUNG HAN GI）与上海君翼博盈创业投资中心 （有限合伙）申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书

北京市第四中级人民法院

民事裁定书

（2015）四中民（商）特字第 219 号

申请人（仲裁被申请人）郑汉基（ChungHanGi）（大韩民国籍）。

委托代理人周铭，律师。

被申请人（仲裁申请人）上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙），住所地上海市浦东新区浦东大道 2123 号 3E-1398 室。

负责人郭芑，执行事务合伙人。

委托代理人唐芳，律师。

原仲裁被申请人安琪儿集团有限公司，住所地香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室。

负责人权贤玉（KwonHyunOk）（大韩民国籍），董事。

委托代理人李俊，律师。

申请人郑汉基申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“中国贸仲”）于 2015 年 1 月 7 日作出的（2015）中国贸仲（京）裁字第 013 号仲裁裁决一案，本院于 2015 年 7 月 2 日立案后依法组成合议庭，公开进行了审理。本案现已审理终结。

申请人郑汉基申请称：请求法院撤销中国国际经济贸易仲裁委员会于 2015 年 1 月 7 日作出的编号为（2015）中国贸仲（京）裁字第 013 号仲裁裁决。具体事实与理由如下：

一、中国贸仲对本案不具有管辖权。根据被申请人上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙）（以下简称“博盈投资中心”）、原仲裁被申请人安琪儿集团有限公司（以下简称“安琪尔公司”）与案外人上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙）（以下简称“海鹏投资中心”）签署的《上海乐韩商业有限公司增资扩股协议书》（以下简称“《协议书》”）第十九条的约定，“各方在协议期间发生争议，应协商解决，协商不成，双方可以提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁。”根据申请人郑汉基与上海君翼投资管理有限公司签署的《关于投资外商投资商业公司之框架协议》（以下简称“《框架协议》”）第十八条第二款的约定，“任何一方均有权向中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会提请仲裁。”从以上仲裁条款中可以看出，本案所约定的仲裁机构为中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，其从中国贸仲独立出来之后，对本案具有管辖权的仲裁机构应为上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）（以下简称“上海贸仲”）。中国贸仲并非约定的仲裁机构，对本案无管辖权。除此之外，根据上海、北京、深圳等中院的相关裁定书，中国贸仲对仲裁条款中约定为其分会的案件无管辖权。

二、原仲裁程序违法。一是中国贸仲在管辖权异议答辩期未届满时便确认管辖权，程序违法。中国贸仲于 2014 年 5 月 30 日受理本案，并于 2014 年 6 月 25 日向申请人郑汉基、原仲裁被申请人安琪儿公司出具《仲裁通知》，通知申请人郑汉基及原仲裁被申请人安琪儿公司于 2014 年 6 月 30 日前就管辖权提出答辩意见，中国贸仲于 2014 年 6 月 30 日作出了（2014）中国贸仲京字第 014575 号《管辖权及案件受理决定》。二是中国贸仲的文书送达违反程序。中国贸仲在 2014 年 6 月 25 日向申请人郑汉基、原仲裁被申请人安琪儿公司出具仲裁通知，寄送的地址均为上海市闵行区金汇南路 193 号（案外人上海乐韩商业有限公司住所地，以下简称“上海乐韩公司”）。但本案申请人郑汉基为外籍自然人，其经常居住地为上海市闵行区虹许路 788 号 5 幢 301 室，原仲裁被申请人安琪尔公司的住所地为香港特别行政区香港湾

仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室。申请人郑汉基向中国贸仲提出送达地址存在瑕疵,并提出其与原仲裁被申请人安琪儿公司从未授权上海乐韩公司代为接收任何仲裁文书。中国贸仲于 2014 年 10 月 10 日确认了原仲裁被申请人安琪尔公司的香港地址,并于 2014 年 11 月 10 日成功送达该香港地址。故中国贸仲未将仲裁通知材料(含《确认管辖权及案件受理通知书》)及审理期间材料实际送达,剥夺了申请人郑汉基与原仲裁被申请人安琪尔公司提出管辖权异议的权利,严重违法法定程序,原仲裁裁决应被撤销。

三、上海贸仲在中国贸仲作出仲裁裁决之前,已就同一事实作出与中国贸仲裁决结果相反的裁判,且中国贸仲所作出的仲裁裁决存在诸多违法情形,根据《中华人民共和国仲裁法》(以下简称“《仲裁法》”)第五十八条第三款及第七十条之规定,第 013 号仲裁裁决违背社会公共利益,应予以撤销。

四、仲裁庭组成违反回避规则,根据《仲裁法》第五十八条第一款第三项及第七十条之规定,原仲裁裁决应予以撤销。仲裁庭首席仲裁员徐国建未披露其曾与被申请人博盈投资中心的代理人徐军为同一家律所的律师,且二人曾共同负责多个项目,并共同作为签字律师;其亦未披露曾与被申请人博盈投资中心的代理人徐军共同承办上海嘉麟杰纺织品股份有限公司(以下简称“嘉麟杰公司”)公开发行股票项目并共同签字,被申请人博盈投资中心执行事务合伙人郭芑(委派代表)亦为嘉麟杰公司的董事。此外,中国贸仲在指定仲裁员时亦未尽到必要的审查义务。

被申请人博盈投资中心辩称:中国贸仲对本案享有管辖权,且本案仲裁程序不存在违反《仲裁法》及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(以下简称“《仲裁规则》”)的情形,本案不存在法定可撤销情形,申请人的诉请没有事实和法律依据,应依法予以驳回。

一、中国贸仲对本案享有管辖权。首先,中国贸仲于 2012 年 12 月 31 日发布《关于中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会、中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会有关事宜的公告》,明确终止对上海分会和华南分会接受仲裁申请并管理仲裁案件的授权,当事人约定将争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”仲裁的,应向中国贸仲申请仲裁。本案中,《协议书》及《框架协议》均约定将合同中的争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”进行仲裁,该约定为双方的真实意思表示,合法有效。故中国贸仲对本案进行仲裁,不存在违反法律、行政法规的规定情形。其次,申请人郑汉基在仲裁庭首次开庭前未对仲裁协议的效力提出异议,且其积极应诉,在仲裁庭首次开庭前提交答辩状并委托诉讼代理人,应认定其认可中国贸仲的管辖权。再次,北京、深圳、上海等中院的案例与本案截然不同,不具有参考价值。

二、中国贸仲严格依照《仲裁法》及《仲裁规则》审理本案,不存在程序瑕疵。首先,中国贸仲确认其具有管辖权程序合法。根据《仲裁法》第二十条之规定,“当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。”故中国贸仲有权对本案管辖权作出决定。中国贸仲秘书局在收到被申请人博盈投资中心提交的《确认本案合同仲裁条款合法有效、由贸仲委管辖及受理案件申请书》后,及时向申请人郑汉基与原仲裁被申请人安琪尔公司转交,并要求其于 2014 年 6 月 30 日前(不含 6 月 30 日)就上述申请发表书面意见。申请人郑汉基及原仲裁被申请人安琪尔公司未在 2014 年 6 月 30 日之前(不含 6 月 30 日)就上述申请发表任何书面意见,故中国贸仲于 2014 年 6 月 30 日作出(2014)中国贸仲京字第 014575 号《管辖权及案件受理决定》。被申请人博盈投资中心认为,中国贸仲系在答辩期届满后作出管辖权决定,程序合法。其次,中国贸仲送达仲裁文书合法。

《仲裁规则》第八条第(二)款规定,“仲裁文件应发送当事人或其仲裁代理人自行提供的或当事人约定的地址;当事人或其仲裁代理人没有提供地址或当事人对地址没有约定的,按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送。”被申请人博盈投资中心向中国贸仲提交仲裁申请书等文件后,中国贸仲依据《仲裁规则》按照被申请人博盈投资中心提供的地址成功

送达申请人郑汉基与原仲裁被申请人安琪尔公司。原仲裁被申请人安琪尔公司的注册地为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室，其要求中国贸仲向该香港地址送达，同时要求送达要按照相关外交途径和认证程序进行，并取消其在仲裁机构所在地代理律师接收有关仲裁文书的授权。根据《仲裁规则》第八条之规定，送达地址首选为当事人自行提供的地址，有关仲裁的一切文书、通知、材料等均可采用“当面递交、挂号信、特快专递、传真或仲裁委员会秘书局或仲裁庭认为适当的其他方式”发送，而非原仲裁被申请人安琪尔公司所要求的外交途径和认证程序。中国贸仲向原仲裁被申请人安琪尔公司指定的香港地址以 DHL 进行送达，且显示送达正常。但首次仲裁庭结束后，中国贸仲再次向该香港地址送达时，DHL 告知“该地址无此公司，亦无收件人电话，故暂无法投递成功”。为了保证仲裁程序的顺利进行，中国贸仲根据《仲裁规则》的规定，要求原仲裁被申请人安琪尔公司提供最后一个为人所知的地址。中国贸仲对原仲裁被申请人安琪尔公司的送达严格按照《仲裁法》及仲裁规则的规定进行，不存在程序瑕疵，原仲裁被申请人安琪尔公司自行提供一个无法送达的地址，其应承担无法正常接收仲裁文件的一切法律后果。事实上，申请人郑汉基为原仲裁被申请人安琪尔公司的执行董事和实际控制人，二者委托了相同的律师代理本案，因此在申请人郑汉基已成功收取相关仲裁文件时，原仲裁被申请人安琪尔公司及其代理律师自然也已知晓相关仲裁文件，因此不存在也不可能发生因送达而影响原仲裁被申请人安琪尔公司正常行使仲裁权利或者接收本案裁决结果的情形。

三、中国贸仲以《仲裁法》及《仲裁规则》为依据，独立行使仲裁权，其作出裁决不以上海贸仲裁决为依据或前提。被申请人博盈投资中心就本案向中国贸仲提出仲裁申请的时间要早于向上海贸仲提出仲裁申请的时间，且中国贸仲首次开庭时间亦早于向上海贸仲提出仲裁申请的时间，上海贸仲的仲裁违反了一案一诉的原则。

四、本案不存在应当回避的情形，程序合法。首先，仲裁庭首席仲裁员徐国建不存在《仲裁法》规定的应当回避的情形。《仲裁法》第三十四条将仲裁员的回避情形规定为以下四种：

1、是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；2、与本案有利害关系；3、与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；4、私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。中国贸仲既然指定徐国建担任本案首席仲裁员，即表明其已对徐国建的身份进行了必要核查，并且认定徐国建符合担任本案首席仲裁员的资格，不存在法定应当回避的情形。徐国建本人也已出具声明书，声明其与本案当事人及诉讼代理人不存在应当回避的情形，能够公正、客观对本案作出裁决。其次，《律师事务所从事证券法律业务管理办法》（以下简称“《管理办法》”）第六条规定，“律师事务所从事证券法律业务，可以为下列事项出具法律意见：（一）首次公开发行股票及上市……；”第二十四条规定，“律师从事本法第六条规定的证券法律业务，其所出具的法律意见应当由 2 名执业律师和所在律师事务所负责人签名，加盖该律师事务所印章，并签署日期。”《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》（以下简称“《执业规则》”）第二十九条、第三十条规定，律师应当依据法律、行政法规和中国证监会的规定，在查验相关材料和事实的基础上，以书面形式对受托事项的合法性发表明确、审慎的结论性意见，法律意见书应当列明以下内容：……（六）承办律师、律师事务所负责人签名及律师事务所盖章……。徐国建作为当时上海市邦信阳律师事务所主任，其在嘉麟杰公司首次公开发行并上市（以下简称“首发上市”）项目法律意见书负责人栏处签字。该项目的经办律师是徐军和顾海涛，二人分别在经办律师栏处签字。这种签字方式系《管理办法》与《执业规则》的要求，即只要上海市邦信阳律师事务所就首发上市项目出具法律意见书，就需要作为律师事务所负责人的徐国建签字，但这并不代表徐国建先生是嘉麟杰公司首发上市项目的经办律师。此外，徐军律师于 2011 年转至上海市锦天城律师事务所执业，至本案进入仲裁程序时，徐军律师离开上海市邦信阳律师事务所的时间已经

超过 3 年，期间，其与徐国建无利益来往。徐国建未去过嘉麟杰公司首发上市项目的现场，也未与嘉麟杰公司的执行董事、监事、高管等人联系业务，其与郭芑无利益关系。

经审查，本案申请人（仲裁程序被申请人）郑汉基系大韩民国籍公民，原仲裁被申请人安琪儿公司的注册地系在香港特别行政区，仲裁裁决系仲裁委员会按涉外仲裁程序审理作出的涉外裁决。关于涉外仲裁裁决，《仲裁法》第七十条规定：“当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条（该法 2012 年修正后的第二百七十四条）第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销。”《中华人民共和国民事诉讼法》（2012 年修正）第二百七十四条规定：“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与《仲裁规则》不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”上述规定是人民法院撤销涉外仲裁裁决的法定事由。

针对申请人郑汉基提出的撤销仲裁裁决的理由，本院分析认定如下：

第一，根据 2015 年 7 月 17 日实施的《最高人民法院关于对上海市高级人民法院等就涉及中国国际经济贸易仲裁委员会及其原分会等仲裁机构所作仲裁裁决司法审查案件请示问题的批复》的规定，在该批复施行之前，中国贸仲或者上海贸仲受理了同一仲裁案件，当事人并未在仲裁庭首次开庭前向人民法院申请确认仲裁协议效力的，先受理的仲裁机构对案件享有管辖权。本案中，中国贸仲受理争议仲裁案件的时间为 2014 年 5 月 30 日，上海贸仲受理争议仲裁案件的时间为 2014 年 7 月 8 日，故中国贸仲为“先受理的仲裁机构”，且申请人郑汉基、原仲裁被申请人安琪儿公司在中国贸仲仲裁庭首次开庭前并未向人民法院提出确认仲裁效力的申请，可视为二者认可中国贸仲的管辖，故本院对于中国贸仲不具有管辖权的申请理由不予采纳。对于申请人郑汉基所提交的上海、北京、深圳等中院的相关裁定书，均不足以否认中国贸仲所享有的管辖权。

第二，《仲裁规则》第八条第二款规定，“仲裁文件应发送当事人或其仲裁代理人自行提供的或当事人约定的地址；当事人或其仲裁代理人没有提供地址或当事人对地址没有约定的，按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送。”第三款规定，“向一方当事人或其仲裁代理人发送的仲裁文件，如经当面递交收件人或发送至收件人的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址，或经对方当事人合理查询不能找到上述任一地点，仲裁委员会仲裁院以挂号信或特快专递或能提供投递记录的包括公证送达、委托送达和留置送达在内的其他任何手段投递给收件人最后一个为人所知的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址，即视为有效送达。”本案中，原仲裁被申请人安琪儿公司系上海乐韩公司的股东，其占有该公司 100% 的股份，上海乐韩公司的住所地为上海市闵行区金汇南路 193 号中一层、中二层 A。申请人郑汉基在《框架协议》中列明的地址亦为上海市闵行区金汇南路 193 号。中国贸仲先向该地址对申请人郑汉基和原仲裁被申请人安琪儿公司以 EMS 或 DHL 方式送达仲裁文书，经投递结果查询均显示为“投递并签收”。仲裁庭首次开庭后，原仲裁被申请人安琪儿公司将其送达地址改为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室，中国贸仲在首次仲裁庭开庭之后向该地址送达时显示“无该公司，亦无收件人电话，未成功投递而被退回”。中国贸仲依据《仲裁规则》第八条之“视为送达”的相关规定委托北京市环球律师事务所上海分所向原仲裁被申请人安琪儿公司送达仲裁文书，该所于 2014 年 11 月 10 日向中国贸仲函告送达成功。虽然中国贸仲在仲裁庭首次开庭之前的送达地址并非原仲裁被申请人安琪儿公司的注册地，但是原仲裁被申请人安琪儿公司确实可以通过上海市闵行区金汇南路 193 号收到仲裁文书，由此可以判断送达目的实现。此外，对于中

国贸仲向原仲裁被申请人安琪儿公司提供的香港地址送达仲裁文书,由于该地址系原仲裁被申请人安琪儿公司自行提供,且其将该地址作为“最后一个为人所知的地址”,其应对向该地址的送达结果承担责任,故依据《仲裁规则》第八条之“视为送达”的相关规定,可视为中国贸仲的送达为有效送达,故中国贸仲在送达程序上不存在瑕疵,本院对该项申请理由不予采纳。

第三,对于原仲裁庭首席仲裁员徐国建应对本案回避的申请理由,首先,徐军律师于 2010 年作为嘉麟杰公司首发上市项目的经办律师,于 2011 年 12 月转入上海市锦天城律师事务所工作,后不再经办嘉麟杰公司的项目。本案的仲裁受理时间为 2014 年 5 月 30 日,当时距其离开上海市邦信阳律师事务所已超过两年,且原仲裁庭首席仲裁员徐国建也已于 2014 年 1 月转入上海邦信阳中建中汇律师事务所,其与徐军律师在仲裁阶段并非在同一家律师事务所执业。其次,根据《管理办法》和《执业规则》的相关规定,在原仲裁庭首席仲裁员徐国建担任上海市邦信阳律师事务所负责人期间,其负责人的身份决定其要在由该律师事务所经办的证券业务文书上签字,而该项签字行为并不表明其实际参与该项目,也不足以证明其与徐军有足以影响仲裁公正性的关系。在被申请人博盈投资中心申请仲裁之前,徐国建与徐军已分属两家不同的律师事务所执业,申请人郑汉基未能提供该二人在仲裁程序中有应当回避的事宜。再次,被申请人博盈投资中心的负责人郭芑虽为嘉麟杰公司办理首发上市项目之初的独立董事,但其已于 2014 年 4 月 2 日经嘉麟杰公司董事会换届离任。综上,申请人郑汉基提出的违反回避规则的事由不属于《仲裁法》中规定的“违反法定程序”的情形,故本院对于该项申请理由不予采纳。

最后,根据《中华人民共和国民事诉讼法》(2012 年修正)第二百七十四条之规定,对于仲裁裁决违背法律相关规定的非程序性主张,人民法院不予支持。

综上,申请人郑汉基提出的申请撤销仲裁裁决理由均不能成立,对其申请撤销仲裁裁决的请求,本院不予支持。依据《中华人民共和国仲裁法》第六十条之规定,裁定如下:

驳回郑汉基提出的撤销(2015)中国贸仲(京)裁字第 013 号仲裁裁决的申请。

案件受理费四百元,由郑汉基负担(已交纳)。

本裁定为终审裁定。

审判长 马军

审判员 高晶

审判员 王翔

二〇一五年十二月二日

书记员 白硕

郑汉基（CHUNG HAN GI）与上海君翼海鹏创业投资中心 （有限合伙）申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书

北京市第四中级人民法院

民事裁定书

（2015）四中民（商）特字第 218 号

申请人（仲裁被申请人）郑汉基（ChungHanGi）（大韩民国籍）。

委托代理人周铭，律师。

被申请人（仲裁申请人）上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙），住所地上海市浦东新区浦东大道 2123 号 3E-1583 室。

负责人郭芑，执行事务合伙人。

委托代理人唐芳，律师。

原仲裁被申请人安琪儿集团有限公司，住所地香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室。

负责人权贤玉（KwonHyunOk）（大韩民国籍），董事。

委托代理人李俊，律师。

申请人郑汉基申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“中国贸仲”）于 2015 年 1 月 7 日作出的（2015）中国贸仲（京）裁字第 012 号仲裁裁决（以下简称“第 012 号仲裁裁决”）一案，本院于 2015 年 7 月 2 日立案后依法组成合议庭，公开进行了审理。本案现已审理终结。

申请人郑汉基申请称：请求法院撤销中国国际经济贸易仲裁委员会于 2015 年 1 月 7 日作出的编号为（2015）中国贸仲（京）裁字第 012 号仲裁裁决。具体事实与理由如下：

一、中国贸仲对本案不具有管辖权。根据被申请人上海君翼海鹏创业投资中心（有限合伙）（以下简称“海鹏投资中心”）、原仲裁被申请人安琪儿集团有限公司（以下简称“安琪尔公司”）与案外人上海君翼博盈创业投资中心（有限合伙）（以下简称“博盈投资中心”）签署的《上海乐韩商业有限公司增资扩股协议书》（以下简称“《协议书》”）第十九条的约定，“各方在协议期间发生争议，应协商解决，协商不成，双方可以提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁。”根据申请人郑汉基与上海君翼投资管理有限公司签署的《关于投资外商投资商业公司之框架协议》（以下简称“《框架协议》”）第十八条第二款的约定，“任何一方均有权向中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会提请仲裁。”从以上仲裁条款中可以看出，本案所约定的仲裁机构为中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，其从中国贸仲独立出来之后，对本案具有管辖权的仲裁机构应为上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）（以下简称“上海贸仲”）。中国贸仲并非约定的仲裁机构，对本案无管辖权。除此之外，根据上海、北京、深圳等中院的相关裁定书，中国贸仲对仲裁条款中约定为其分会的案件无管辖权。

二、原仲裁程序违法。一是中国贸仲在管辖权异议答辩期未届满时便确认管辖权，程序违法。中国贸仲于 2014 年 5 月 30 日受理本案，并于 2014 年 6 月 25 日向申请人郑汉基、原仲裁被申请人安琪儿公司出具《仲裁通知》，通知申请人郑汉基及原仲裁被申请人安琪儿公司于 2014 年 6 月 30 日前就管辖权提出答辩意见，中国贸仲于 2014 年 6 月 30 日作出了（2014）中国贸仲京字第 014110 号《管辖权及案件受理决定》。二是中国贸仲的文书送达违反程序。中国贸仲在 2014 年 6 月 25 日向申请人郑汉基、原仲裁被申请人安琪儿公司出具仲裁通知，寄送的地址均为上海市闵行区金汇南路 193 号（案外人上海乐韩商业有限公司住所地，以下简称“上海乐韩公司”）。但本案申请人郑汉基为外籍自然人，其经常居住地为上海市闵行区

虹许路 788 号 5 幢 301 室，原仲裁被申请人安琪尔公司的住所地为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室。申请人郑汉基向中国贸仲提出送达地址存在瑕疵，并提出其与原仲裁被申请人安琪尔公司从未授权上海乐韩公司代为接收任何仲裁文书。中国贸仲于 2014 年 10 月 10 日确认了原仲裁被申请人安琪尔公司的香港地址，并于 2014 年 11 月 10 日成功送达该香港地址。故中国贸仲未将仲裁通知材料（含《确认管辖权及案件受理通知书》）及审理期间材料实际送达，剥夺了申请人郑汉基与原仲裁被申请人安琪尔公司提出管辖权异议的权利，严重违法法定程序，原仲裁裁决应被撤销。

三、上海贸仲在中国贸仲作出仲裁裁决之前，已就同一事实作出与中国贸仲裁决结果相反的裁判，且中国贸仲所作出的仲裁裁决存在诸多违法情形，根据《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“《仲裁法》”）第五十八条第三款及第七十条之规定，第 012 号仲裁裁决违背社会公共利益，应予以撤销。

四、仲裁庭组成违反回避规则，根据《仲裁法》第五十八条第一款第三项及第七十条之规定，原仲裁裁决应予以撤销。仲裁庭首席仲裁员徐国建未披露其曾与被申请人海鹏投资中心的代理人徐军为同一家律所的律师，且二人曾共同负责多个项目，并共同作为签字律师；其亦未披露曾与被申请人海鹏投资中心的代理人徐军共同承办上海嘉麟杰纺织品股份有限公司（以下简称“嘉麟杰公司”）公开发行股票项目并共同签字，被申请人海鹏投资中心执行事务合伙人郭芑（委派代表）亦为嘉麟杰公司的董事。此外，中国贸仲在指定仲裁员时亦未尽到必要的审查义务。

被申请人海鹏投资中心答辩称：中国贸仲对本案享有管辖权，且本案仲裁程序不存在违反《仲裁法》及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（以下简称“《仲裁规则》”）的情形，本案不存在法定可撤销情形，申请人的诉请没有事实和法律依据，应依法予以驳回。

一、中国贸仲对本案享有管辖权。首先，中国贸仲于 2012 年 12 月 31 日发布《关于中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会、中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会有关事宜的公告》，明确终止对上海分会和华南分会接受仲裁申请并管理仲裁案件的授权，当事人约定将争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”仲裁的，应向中国贸仲申请仲裁。本案中，《协议书》及《框架协议》均约定将合同中的争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”进行仲裁，该约定为双方的真实意思表示，合法有效。故中国贸仲对本案进行仲裁，不存在违反法律、行政法规的规定情形。其次，申请人郑汉基在仲裁庭首次开庭前未对仲裁协议的效力提出异议，且其积极应诉，在仲裁庭首次开庭前提交答辩状并委托诉讼代理人，应认定其认可中国贸仲的管辖权。再次，北京、深圳、上海等中院的案例与本案截然不同，不具有参考价值。

二、中国贸仲严格依照《仲裁法》及《仲裁规则》审理本案，不存在程序瑕疵。首先，中国贸仲确认其具有管辖权程序合法。根据《仲裁法》第二十条之规定，“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。”故中国贸仲有权对本案管辖权作出决定。中国贸仲秘书局在收到被申请人海鹏投资中心提交的《确认本案合同仲裁条款合法有效、由贸仲委管辖及受理案件申请书》后，及时向申请人郑汉基与原仲裁被申请人安琪尔公司转交，并要求其于 2014 年 6 月 30 日前（不含 6 月 30 日）就上述申请发表书面意见。申请人郑汉基及原仲裁被申请人安琪尔公司未在 2014 年 6 月 30 日之前（不含 6 月 30 日）就上述申请发表任何书面意见，故中国贸仲于 2014 年 6 月 30 日作出（2014）中国贸仲京字第 014110 号《管辖权及案件受理决定》。被申请人海鹏投资中心认为，中国贸仲系在答辩期届满后作出管辖权决定，程序合法。其次，中国贸仲送达仲裁文书合法。

《仲裁规则》第八条第（二）款规定，“仲裁文件应发送当事人或其仲裁代理人自行提供的或当事人约定的地址；当事人或其仲裁代理人没有提供地址或当事人对地址没有约定的，按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送。”被申请人海鹏投资中心向中国贸仲提交仲

裁申请书等文件后，中国贸仲依据《仲裁规则》按照被申请人海鹏投资中心提供的地址成功送达申请人郑汉基与原仲裁被申请人安琪尔公司。原仲裁被申请人安琪尔公司的注册地为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室，其要求中国贸仲向该香港地址送达，同时要求送达要按照相关外交途径和认证程序进行，并取消其在仲裁机构所在地代理律师接收有关仲裁文书的授权。根据《仲裁规则》第八条之规定，送达地址首选为当事人自行提供的地址，有关仲裁的一切文书、通知、材料等均可采用“当面递交、挂号信、特快专递、传真或仲裁委员会秘书局或仲裁庭认为适当的其他方式”发送，而非原仲裁被申请人安琪尔公司所要求的外交途径和认证程序。中国贸仲向原仲裁被申请人安琪尔公司指定的香港地址以 DHL 进行送达，且显示送达正常。但首次仲裁庭结束后，中国贸仲再次向该香港地址送达时，DHL 告知“该地址无此公司，亦无收件人电话，故暂无法投递成功”。为了保证仲裁程序的顺利进行，中国贸仲根据《仲裁规则》的规定，要求原仲裁被申请人安琪尔公司提供最后一个为人所知的地址。中国贸仲对原仲裁被申请人安琪尔公司的送达严格按照《仲裁法》及仲裁规则的规定进行，不存在程序瑕疵，原仲裁被申请人安琪尔公司自行提供一个无法送达的地址，其应承担无法正常接收仲裁文件的一切法律后果。事实上，申请人郑汉基为原仲裁被申请人安琪尔公司的执行董事和实际控制人，二者委托了相同的律师代理本案，因此在申请人郑汉基已成功收取相关仲裁文件时，原仲裁被申请人安琪尔公司及其代理律师自然也已知晓相关仲裁文件，因此不存在也不可能发生因送达而影响原仲裁被申请人安琪尔公司正常行使仲裁权利或者接收本案裁决结果的情形。

三、中国贸仲以《仲裁法》及《仲裁规则》为依据，独立行使仲裁权，其作出裁决不以上海贸仲裁决为依据或前提。被申请人海鹏投资中心就本案向中国贸仲提出仲裁申请的时间要早于向上海贸仲提出仲裁申请的时间，且中国贸仲首次开庭时间亦早于向上海贸仲提出仲裁申请的时间，上海贸仲的仲裁违反了一案一诉的原则。

四、本案不存在应当回避的情形，程序合法。首先，仲裁庭首席仲裁员徐国建不存在《仲裁法》规定的应当回避的情形。《仲裁法》第三十四条将仲裁员的回避情形规定为以下四种：

1、是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；2、与本案有利害关系；3、与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；4、私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。中国贸仲既然指定徐国建担任本案首席仲裁员，即表明其已对徐国建的身份进行了必要核查，并且认定徐国建符合担任本案首席仲裁员的资格，不存在法定应当回避的情形。徐国建本人也已出具声明书，声明其与本案当事人及诉讼代理人不存在应当回避的情形，能够公正、客观对本案作出裁决。其次，《律师事务所从事证券法律业务管理办法》（以下简称“《管理办法》”）第六条规定，“律师事务所从事证券法律业务，可以为下列事项出具法律意见：（一）首次公开发行股票及上市……；”第二十四条规定，“律师从事本法第六条规定的证券法律业务，其所出具的法律意见应当由 2 名执业律师和所在律师事务所负责人签名，加盖该律师事务所印章，并签署日期。”《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》（以下简称“《执业规则》”）第二十九条、第三十条规定，律师应当依据法律、行政法规和中国证监会的规定，在查验相关材料和事实的基础上，以书面形式对受托事项的合法性发表明确、审慎的结论性意见，法律意见书应当列明以下内容：……（六）承办律师、律师事务所负责人签名及律师事务所盖章……。徐国建作为当时上海市邦信阳律师事务所主任，其在嘉麟杰公司首次公开发行并上市（以下简称“首发上市”）项目法律意见书负责人栏处签字。该项目的经办律师是徐军和顾海涛，二人分别在经办律师栏处签字。这种签字方式系《管理办法》与《执业规则》的要求，即只要上海市邦信阳律师事务所就首发上市项目出具法律意见书，就需要作为律师事务所负责人的徐国建签字，但这并不代表徐国建先生是嘉麟杰公司首发上市项目的经办律师。此外，徐军律师于 2011 年转至上海市锦天城律师事务所执业，至本案进入仲裁程序时，徐军律师离开上海市邦信阳律师事务所的时间已经

超过 3 年，期间，其与徐国建无利益来往。徐国建未去过嘉麟杰公司首发上市项目的现场，也未与嘉麟杰公司的执行董事、监事、高管等人联系业务，其与郭芑无利益关系。

经审查，本案申请人（仲裁程序被申请人）郑汉基系大韩民国籍公民，原仲裁被申请人安琪儿公司的注册地系在香港特别行政区，仲裁裁决系仲裁委员会按涉外仲裁程序审理作出的涉外裁决。关于涉外仲裁裁决，《仲裁法》第七十条规定：“当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条（该法 2012 年修正后的第二百七十四条）第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销。”《中华人民共和国民事诉讼法》（2012 年修正）第二百七十四条规定：“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与《仲裁规则》不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”上述规定是人民法院撤销涉外仲裁裁决的法定事由。

针对申请人郑汉基提出的撤销仲裁裁决的理由，本院分析认定如下：

第一，根据 2015 年 7 月 17 日实施的《最高人民法院关于对上海市高级人民法院等就涉及中国国际经济贸易仲裁委员会及其原分会等仲裁机构所作仲裁裁决司法审查案件请示问题的批复》的规定，在该批复施行之前，中国贸仲或者上海贸仲受理了同一仲裁案件，当事人并未在仲裁庭首次开庭前向人民法院申请确认仲裁协议效力的，先受理的仲裁机构对案件享有管辖权。本案中，中国贸仲受理争议仲裁案件的时间为 2014 年 5 月 30 日，上海贸仲受理争议仲裁案件的时间为 2014 年 7 月 8 日，故中国贸仲为“先受理的仲裁机构”，且申请人郑汉基、原仲裁被申请人安琪儿公司在中国贸仲仲裁庭首次开庭前并未向人民法院提出确认仲裁效力的申请，可视为二者认可中国贸仲的管辖，故本院对于中国贸仲不具有管辖权的申请理由不予采纳。对于申请人郑汉基所提交的上海、北京、深圳等中院的相关裁定书，均不足以否认中国贸仲所享有的管辖权。

第二，《仲裁规则》第八条第二款规定，“仲裁文件应发送当事人或其仲裁代理人自行提供的或当事人约定的地址；当事人或其仲裁代理人没有提供地址或当事人对地址没有约定的，按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送。”第三款规定，“向一方当事人或其仲裁代理人发送的仲裁文件，如经当面递交收件人或发送至收件人的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址，或经对方当事人合理查询不能找到上述任一地点，仲裁委员会仲裁院以挂号信或特快专递或能提供投递记录的包括公证送达、委托送达和留置送达在内的其他任何手段投递给收件人最后一个为人所知的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址，即视为有效送达。”本案中，原仲裁被申请人安琪儿公司系上海乐韩公司的股东，其占有该公司 100% 的股份，上海乐韩公司的住所地为上海市闵行区金汇南路 193 号中一层、中二层 A。申请人郑汉基在《框架协议》中列明的地址亦为上海市闵行区金汇南路 193 号。中国贸仲先向该地址对申请人郑汉基和原仲裁被申请人安琪儿公司以 EMS 或 DHL 方式送达仲裁文书，经投递结果查询均显示为“投递并签收”。仲裁庭首次开庭后，原仲裁被申请人安琪儿公司将其送达地址改为香港特别行政区香港湾仔皇后大道东 213 号胡忠大厦 22 / F 单元 2209 室，中国贸仲在首次仲裁庭开庭之后向该地址送达时显示“无该公司，亦无收件人电话，未成功投递而被退回”。中国贸仲依据《仲裁规则》第八条之“视为送达”的相关规定委托北京市环球律师事务所上海分所向原仲裁被申请人安琪儿公司送达仲裁文书，该所于 2014 年 11 月 10 日向中国贸仲函告送达成功。虽然中国贸仲在仲裁庭首次开庭之前的送达地址并非原仲裁被申请人安琪儿公司的注册地，但是原仲裁被申请人安琪儿公司确实可以通过上海市闵行区金汇南路 193 号收到仲裁文书，由此可以判断送达目的实现。此外，对于中

国贸仲向原仲裁被申请人安琪儿公司提供的香港地址送达仲裁文书,由于该地址系原仲裁被申请人安琪儿公司自行提供,且其将该地址作为“最后一个为人所知的地址”,其应对向该地址的送达结果承担责任,故依据《仲裁规则》第八条之“视为送达”的相关规定,可视为中国贸仲的送达为有效送达,故中国贸仲在送达程序上不存在瑕疵,本院对该项申请理由不予采纳。

第三,对于原仲裁庭首席仲裁员徐国建应对本案回避的申请理由,首先,徐军律师于 2010 年作为嘉麟杰公司首发上市项目的经办律师,于 2011 年 12 月转入上海市锦天城律师事务所工作,后不再经办嘉麟杰公司的项目。本案的仲裁受理时间为 2014 年 5 月 30 日,当时距其离开上海市邦信阳律师事务所已超过两年,且原仲裁庭首席仲裁员徐国建也已于 2014 年 1 月转入上海邦信阳中建中汇律师事务所,其与徐军律师在仲裁阶段并非在同一家律师事务所执业。其次,根据《管理办法》和《执业规则》的相关规定,在原仲裁庭首席仲裁员徐国建担任上海市邦信阳律师事务所负责人期间,其以负责人的身份在由该律师事务所经办的证券业务文书上签字的行为并不表明其实际参与该项目,也不足以证明其与徐军有足以影响仲裁公正性的关系。在被申请人海鹏投资中心申请仲裁之前,徐国建与徐军已分属两家不同的律师事务所执业,申请人郑汉基未能提供该二人在仲裁程序中有应当回避的事宜。再次,被申请人海鹏投资中心的负责人郭芑虽为嘉麟杰公司办理首发上市项目之初的独立董事,但其已于 2014 年 4 月 2 日经嘉麟杰公司董事会换届离任。综上,申请人郑汉基提出的违反回避规则的事由不属于《仲裁法》中规定的“违反法定程序”的情形,故本院对于该项申请理由不予采纳。

最后,根据《中华人民共和国民事诉讼法》(2012 年修正)第二百七十四条之规定,对于仲裁裁决违背法律相关规定的非程序性主张,人民法院不予支持。

综上,申请人郑汉基提出的申请撤销仲裁裁决理由均不能成立,对其申请撤销仲裁裁决的请求,本院不予支持。依据《中华人民共和国仲裁法》第六十条之规定,裁定如下:

驳回郑汉基提出的撤销(2015)中国贸仲(京)裁字第 012 号仲裁裁决的申请。

案件受理费四百元,由郑汉基负担(已交纳)。

本裁定为终审裁定。

审判长 马军

审判员 高晶

审判员 王翔

二〇一五年十二月二日

书记员 白硕

中国风险投资有限公司与北京匡富投资有限公司等股权转让纠纷一案一审民事判决书

北京市东城区人民法院
民事判决书

(2014)东民(商)初字第15639号

原告中国风险投资有限公司，住所地北京市朝阳区朝外大街吉祥里208号。

法定代表人陈政立，董事长。

委托代理人徐明轩，北京市海铭律师事务所律师。

委托代理人杨万波，北京市海铭律师事务所律师。

被告北京匡富投资有限公司，住所地北京市东城区东中街9号北写字楼六层1号。

法定代表人王厚华，董事长。

委托代理人尹红志，北京雷杰展达律师事务所律师。

委托代理人孙俊甫，北京雷杰展达律师事务所律师。

被告宇能电气有限公司，住所地河北省保定市高新区火炬产业园四号楼西侧四层。

法定代表人赵宗哲，董事长。

委托代理人张大鹏(亦为赵宗哲、王淑兰、赵丽、杨昕华、解正葳之委托代理人)，北京市华城律师事务所律师。

被告赵宗哲，男，1959年9月10日出生，汉族，住河北省保定市。

被告王淑兰，女，1956年3月28日出生，汉族，住河北省保定市。

被告赵丽，女，1983年8月11日出生，汉族，住河北省保定市。

被告张春荣，女，1957年1月31日出生，住河北省保定市。

被告杨昕华，女，1991年11月1日出生，汉族，住河北省石家庄市。

被告解正葳，女，1992年2月8日出生，汉族，住河北省保定市。

原告中国风险投资有限公司(以下简称中国风投公司)与被告北京匡富投资有限公司(以下简称匡富投资公司)、宇能电气有限公司(以下简称宇能电气公司)、赵宗哲、王淑兰、赵丽、张春荣、解正葳、杨昕华合同纠纷一案，本院于受理后依法组成由法官曹红卫担任审判长，会同法官徐岩、人民陪审员苟宝禄组成的合议庭，公开开庭进行了审理。原告中国风投公司之委托代理人徐明轩，被告匡富投资公司之委托代理人尹红志，被告宇能电气公司、赵宗哲、王淑兰、赵丽、杨昕华、解正葳之委托代理人张大鹏到庭参加诉讼，被告张春荣经本院合法传唤，未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告中国风投公司诉称：匡富投资公司、赵宗哲、王淑兰、赵丽、张春荣、杨昕华、解正葳均为宇能电气公司的原股东，中国风投公司与本案被告是投资人与被投资人的关系。被告对宇能电气公司的发展前景向中国风投公司进行了美好的描述，吸引中国风投公司作出投资决定。2010年11月30日，中国风投公司与被告签订了《北京千舟清源投资基金(有限合伙)、中国风投公司、三胞集团南京投资管理有限公司、宁波华建风险投资有限公司、浙江中资创业投资有限公司、北京汇鑫茂通咨询有限公司与宇能电气有限公司及赵宗哲、赵丽、王淑兰、张春荣、杨昕华、解正葳、匡富投资公司关于宇能电气有限公司之投资协议书之补充协议》(以下简称《投资补充协议》)。《投资补充协议》约定了中国风投公司的出资义务、知情权、股权回购等内容，其中第六条约定：若中国风投公司等投资方投资后，宇能电气公司2013年12月31日前未实现在证券交易所创业板或中小企业板首次公开发行股权并上市或任一年度净利润不足人民币3000万元等情况，则被告应视中国风投公司要求回购其所持有的全部或部分公司股权。

2010 年 12 月 6 日，中国风投公司依据与赵宗哲签订的《股权转让协议》向赵宗哲支付 500 万元股权转让款，受让赵宗哲持有的宇能电气公司 1.5% 股权，赵宗哲向中国风投公司出具相应收据，宇能电气公司办理了工商变更登记。

但在实际履行过程中，被告拒不按照合同约定提供相应的报表和材料，使得中国风投公司的知情权毫无保障。且根据宇能电气公司 2011 年度审计报告显示，2011 年度宇能电气公司的净利润未达到被告承诺的 3000 万元，宇能电气公司至今未实现在证券交易所首次公开发行股票并上市。综上，被告应按《投资补充协议》约定回购中国风投公司持有的股权。中国风投公司分别于 2012 年 6 月和 2014 年 1 月，向被告发出《告知函》，要求被告履行股权回购协议，但其至今未履行任何义务。

基于上述事实 and 理由，中国风投公司诉至法院要求：1、判令赵宗哲给付中国风投公司股权回购款 500 万元，及自 2011 年 1 月 1 日起至实际付清之日止的利息（按年利率 10% 计算），并将中国风投公司持有的宇能电气公司 1.5% 的股权变更至赵宗哲名下；2、判令匡富投资公司、宇能电气公司、王淑兰、赵丽、张春荣、杨昕华、解正葳对赵宗哲的上述债务承担连带保证责任；3、本案诉讼费用及一、二审中国风投公司所支付的律师费、保全费由被告承担。原告中国风投公司为证明其起诉事实向法庭提供以下证据：1、《投资补充协议》，证明原、被告的合同关系及权利义务；2、《股权转让协议》，证明中国风投公司与赵宗哲的股权转让关系；3、电汇凭证，证明中国风投公司履行了约定的付款义务；4、国浩审字（2012）711C317 号《审计报告》，证明宇能电气公司在 2011 年度的净利润未达到《投资补充协议》约定的 3000 万元；5、第 16525 号《公证书》和第 01716 号《公证书》及证据 6、国内特快专递邮件撤回、查询申请书和 ES470673574C 号 EMS 国内特快专递邮件详情单，证明中国风投公司先后在两次满足回购条件后向被告履行了告知义务；7、委托律师合同及发票，证明中国风投公司因此次诉讼发生的律师费用。

被告匡富投资公司辩称：不同意中国风投公司的诉讼请求。第一、按照《投资补充协议》的约定，回购义务人是宇能电气公司的第一股东及其关联股东，匡富投资公司于 2010 年投资加入宇能电气公司，但并未实际管理。《投资补充协议》明确了宇能电气公司原 7 家股东是合同丙方，《投资补充协议》签订时，宇能电气公司是由第一大股东赵宗哲及王淑兰、赵丽实际控制管理，故而“丙方”与“第一大股东及关联股东”是两个不同概念，承担的权利义务亦应是不同的。《投资补充协议》对该两个概念进行了区分，现中国风投公司主张回购的依据是第六条，所以匡富投资公司认为义务人应该是第一大股东与关联股东，即赵宗哲、王淑兰及赵丽，且中国风投公司的回购请求也是发给上述三人；第二、《投资补充协议》签订后，中国风投公司将股权转让款给付赵宗哲，赵宗哲将其部分股权亦转让给了中国风投公司，故中国风投公司要求匡富投资公司承担回购义务或连带保证责任无事实依据；第三、中国风投要求回购的条件不符合《投资补充协议》的约定；第四、中国风投公司要求律师费、保全费的诉讼请求亦无法律依据。

被告匡富投资公司为证明其答辩意见向法庭提交以下证据予以证明：1、宇能电气公司现在的公司登记状况，证明赵宗哲及其妻子王淑兰、女儿赵丽的股权达 67.53%，是公司的绝对控制人；2、2010 年 9 月 1 日，宇能电气公司向中国风投公司提交的项目建议书，证明宇能电气公司的实际控制人是赵宗哲及其妻女，结合《投资补充协议》赵宗哲及其关联股东的约定，可以得知关联股东是王淑兰和赵丽。

被告宇能电气公司及赵宗哲、王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华因共同委托同一人代理，故共同答辩称：针对要求赵宗哲给付股权回购款本金及利息的诉讼请求，赵宗哲认为，第一、中国风投公司提供的审计报告不能作为宇能电气公司的净利润依据，宇能电气公司 2011 年度的净利润是 3463.05 万元，远超过 3000 万元；第二、宇能电气公司没有上市是由于证监会暂停了 IPO 审核，投资方提出退股和中国风投公司的诉讼行为，基于上述原因《投资补充协

议》约定的回购条件并未成就，故赵宗哲不同意中国风投公司的第一项诉讼请求。基于回购义务不成立的前提，宇能电气公司与其他自然人股东亦不应承担连带担保责任。

被告宇能电气公司及赵宗哲、王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华为证明其答辩事实向法庭提交以下证据予以证明：1、全国企业信用信息公示系统对“河北宇能软件有限公司”（以下简称宇能软件公司）公示的内容，证明该公司是宇能电气公司的全资子公司；2、宇能软件公司 2012 年退税入账凭证及该公司就此出具的说明，证明宇能电气公司 2011 年度净利润实际为 3463.05 万元；3、宇能电气公司 2012 年度第一次股东会会议纪要，证明北京千舟清源投资基金（以下简称千舟基金）在股东会上明确表示中国风投公司提交的审计报告是未经其同意作出的，因此该审计报告不能用来判定宇能电气公司净利润是否达到《投资补充协议》的回购条件；4、证监会及有关媒体关于 IPO 暂停的报导，证明 IPO 在 2012 年 11 月 16 日暂停，直至 2014 年初重启，说明宇能电气公司不能上市的原因是政策因素所致。

张春荣未到庭亦未提交书面答辩意见。

通过庭审质证，本院对双方证据作如下认定：

关于中国风投公司提交的证据，到庭被告对证据 1-3 的真实性均未提出异议，只是对合同约定有不同理解，故本院对中国风投公司提交的证据 1-3 的真实性、合法性、关联性予以确认。到庭被告对证据 4 的真实性无异议，对内容有异议，不认可其证明目的，本院认为该份审计报告系宇能电气公司单方聘请制作后向中国风投公司提供的审计报告，该报告确实不符合《投资补充协议》第 8.2 条双方关于审计报告的约定，故本院对证据 4 的真实性予以确认，对其证明目的不予确认。到庭被告对证据 5、6 的真实性予以认可，但对证明目不予认可，本院认为中国风投公司提供的 2014 年公证书可以证明其履行了告知义务，提出异议的被告并未提出相反证据，故对中国风投公司提供的证据 5、6 的真实性、合法性、关联性予以确认。到庭被告对中国风投公司提交的证据 7 的真实性予以确认，但对证明目的不予可，因律师费用属法院处理范畴，故本院对该证据的真实性、合法性、关联性予以确认。

关于匡富投资公司提交的证据，中国风投公司对证据 1、2 的真实性无异议，对证明目的不予认可；其他到庭被告的质证意见同中国风投公司。故本院对匡富投资公司的证据的真实性予以确认，采信中国风投公司的质证意见，对证明目的不予确认。

关于宇能电气公司及其他到庭自然人被告提交的证据，中国风投公司对证据 1 因无工商部门公章，对真实性有异议；对证据 2 因系宇能电气公司自行出具，故对证明目的不予认可；对证据 3 的真实性无异议，但因该会议是在宇能电气公司向中国风投公司提供审计报告之后召开，故对证明目的不予认可；对证据 4 因不符合证据的形式要件，对真实性不予认可。匡富投资公司对证据 1、2 的真实性及关联性以法庭核实为准，对证据 3、4 的真实性、关联性予以认可。本院认为被告宇能电气公司及其他到庭自然人被告提供证据 1-3 不能证明其提供的审计报告符合合同约定，故对该三份证据的关联性不予确认，对证据 4 的真实性不予确认。

经审理查明，2010 年 11 月 30 日，包括本案原告中国风投公司在内的六家投资公司与宇能电气公司及宇能电气公司的全体股东签订了《北京千舟清源投资基金（有限合伙）、中国风险投资有限公司、三胞集团南京投资管理有限公司、宁波华建风险投资有限公司、浙江中资创业投资有限公司、北京汇鑫茂通咨询有限公司与宇能电气有限公司及赵宗哲、赵丽、王淑兰、张春荣、杨昕华、解正葳、北京匡富投资有限公司关于宇能电气有限公司之投资协议书之补充协议》（以下简称《投资补充协议》）。《投资补充协议》约定：“甲方（指投资人，投资者）包括北京千舟清源投资基金（有限合伙）（以下简称千舟基金）、中国风险投资有限公司、三胞集团南京投资管理有限公司、宁波华建风险投资有限公司、浙江中资创业投资有限公司、北京汇鑫茂通咨询有限公司，乙方指宇能电气公司，丙方指乙方之全体股东，原股东，包括赵宗哲、王淑兰、赵丽、张春荣、杨昕华、解正葳、匡富投资公司。鉴于千舟基金及其

投资人与宇能电气公司及宇能电气公司之全体股东于 2010 年 11 月 21 日达成了投资协议,为进一步明确各方的权利义务,经各方充分协商,签订本补充协议:第一条对协议中的词汇进行明确约定;第三条投资方案及具体进展:3.2 条:投资金额中增资金额为 1436 万元,其中 225.21 万元作为注册资本投入,以取得公司 4.31%的股权,余下 1210.79 万元作为资本公积金投入公司。公司自然人股东转让 14.10%的股份,转让金额为 4700 万元,中国风投公司投资 500 万元;3.4 条:转让,本补充协议签署后 3 个工作日内,投资者以受让丙方持有乙方股权的方式,出资 4700 万元,受让丙方持有的乙方 14.10%的股权。丙方承诺股权转让款仅用于归还欠乙方款项,且此笔款项由千舟基金和赵宗哲共同监管。其中中国风投公司在增资和转让完成后持有宇能电气公司 1.5%股份。3.8 条:甲方投资后即成为乙方股东,依法享有股东权益。第六条股权回购:6.1 条:乙方和丙方同意,以下任一情况出现的,投资方有权要求乙方和乙方的第一大股东及关联股东回购投资者所持有的全部或部分公司股权,乙方、乙方的第一大股东及关联股东为甲方的退出(包括项目控股股东回购、转让等方式)承担连带担保责任:6.1.1 条:截止 2013 年 12 月 31 日,公司未能实现在证券交易所创业板或中小企业板首次公开发行股票并上市的;6.1.2 条:投资者投资后,任一年度净利润不足人民币 3000 万元;6.2 条:如 2013 年 12 月 31 日,公司未能实现在证券交易所创业板或中小企业板首次公开发行股票并上市,由于投资方原因引起,回购期限可延后至 2014 年 6 月 30 日。6.3 条:甲方依据 6.1 条、6.2 条要求乙方或乙方的第一大股东及关联股东回购股权的,应发出书面通知。乙方或乙方的第一大股东及关联股东不得以任何理由拒绝履行回购股权的义务(公司因法律限制性规定的原因无法实施股权收购的情况除外,但至该限制原因消失时恢复)。6.4 条:乙方或乙方的第一大股东及关联股东或其收购方收购该股权的价格,按以下公式计得金额:回购股权对应的投资本金+该等投资本金自投入之日起截止回购股权款支付给投资方之日按每年单利 10%计算的年息总和-甲方持有回购股权期间已从公司分得的与回购股权对应的税后股利。6.5 条:乙方或乙方的第一大股东及关联股东或其指定的收购方应在甲方发出的股权回购书面通知送达后三个月内完成股权回购收购价款的支付。第八条资金运用及经营目标:8.2 条:投资完成后,公司应于每一会计年度届满后 90 日内聘请经与千舟基金协商的具备证券期货资格的会计师事务所对公司上一会计年度的经营情况进行审计,公司上一会计年度的净利润金额根据前述审计得出的结果确定。”

2010 年 12 月 6 日,中国风投公司作为乙方与甲方赵宗哲签订《股权转让协议》,约定“一、甲方同意将所持宇能电气公司的注册资本金 78.38 万元人民币以 500 万元人民币的价格高价转让给乙方。二、乙方须以 500 万元人民币的货币形式购买甲方所持宇能电气有限公司的注册资本金 78.38 万元人民币,并依照国家有关法律、法规的规定依法进行转让。”

2010 年 12 月 17 日,中国风投公司将 500 万元股权转让款通过电汇方式一次性汇入了赵宗哲的账号。

中国风投公司持有股权期间未从宇能电气公司分得与回购股权对应的税后股利。

2012 年国富浩华会计师事务所对宇能电气公司的 2010 年、2011 年年度财务进行了审计,审计报告结论中宇能电气公司 2011 年年度的净利润未达到 3000 万元。

2012 年 6 月 18 日,中国风投公司在北京市方圆公证处进行了证据保全,在公证处的监督下,中国风投公司向宇能电气公司、赵宗哲、赵丽、王淑兰邮寄了要求其回购股权的《告知函》。

2014 年 1 月 26 日,中国风投公司在北京市方圆公证处进行了证据保全,在公证处的监督下,中国风投公司向宇能电气公司、赵宗哲、赵丽、王淑兰、张春荣、杨昕华、解正葳、匡富投资公司邮寄了要求其回购股权的《告知函》。

截至 2014 年 6 月 30 日,宇能电气公司未在证券交易所创业板或中小企业板公开发行股票并上市。

另查明,在开庭过程中,匡富投资公司不认可《投资补充协议》中约定的“乙方的第一大股东及关联股东”包括匡富投资公司,宇能电气公司及赵宗哲、王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华认可《投资补充协议》中约定的“乙方的第一大股东及关联股东”为包括宇能电气公司及赵宗哲、王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华在内的《投资补充协议》中的丙方。

上述事实,有双方提交的经本院确认的证据及双方当事人陈述在案佐证,本院予以确认。本院认为,原、被告双方签订的《投资补充协议》是双方当事人的真实意思表示,不违反法律、行政法规规定,协议合法有效。双方当事人应当按照协议约定履行自己的义务。双方《投资补充协议》对合同签订方、投资项目、投资先决条件、投资方案及具体进展、股权回购等作出明确约定。协议签订后,中国风投公司已按约定履行了投资义务。现中国风投公司以《投资补充协议》中约定的股权回购条件已成就,要求被告赵宗哲给付股权回购款本金 500 万元及自 2011 年 1 月 1 日起至实际付清日止的利息,并将中国风投持有的宇能电气公司 1.5%的股权变更至赵宗哲名下,宇能电气公司及匡富投资、王淑兰、赵丽、张春荣、杨昕华、解正葳对赵宗哲支付股权回购款的义务承担连带保证责任,中国风投公司的该诉讼请求是否成立,需要明确二个焦点问题。

争议的焦点一:《投资补充协议》中第六条股权回购条款中关于回购的条件是否已成就。中国风投公司以宇能电气公司向其提供的国浩审字(2012)711C317 号审计报告作为回购条款 6.1.2 已成就的依据,但根据《投资补充协议》第 8.2 条“投资完成后,公司应于第一会计年度届满后 90 日内聘请经与千舟基金协商的具备证券期货资格的会计师事务所对公司上一会计年度的经营情况进行审计,公司上一会计年度的净利润金额根据前述审计得出的结果确定”的约定,该审计报告系宇能电气公司单方聘请,并不符合双方《投资补充协议》的约定,不能作为已达到回购条件 6.1.2 的依据。但截止 2014 年 6 月 30 日,宇能电气公司未能在证券交易所创业板或中小企业板首次公开发行股票并上市的事实,已完全符合《投资补充协议》第 6.1.1 及 6.2 的约定,故依据双方合同约定及查明的事实,可以认定《投资补充协议》的回购条件已成就,中国风投公司有权依约要求赵宗哲承担回购义务。

本案争议的焦点二:如何确认连带担保责任义务人。现中国风投公司认为《投资补充协议》中的“乙方的第一大股东及关联股东”就是丙方,并根据《投资补充协议》6.1 条“乙方和丙方同意,以下任一情况出现的,投资方有权要求乙方和乙方的第一大股东及关联股东回购投资者所持有的全部或部分公司股权,乙方、乙方的第一大股东及关联股东为甲方的退出(包括项目控股股东回购、转让等方式)承担连带担保责任”的约定要求宇能电气公司及匡富投资公司、王淑兰、赵丽、张春荣、解正葳、杨昕华承担连带保证责任。宇能电气公司及赵宗哲、王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华认可其属于前述关联股东。

匡富投资公司提供宇能电气公司工商信息记载赵宗哲及妻女共持股 67.53%的事实,及 2010 年 9 月 1 日《宇能电气公司项目建议书》中关于“宇能电公司公司实际控制人赵宗哲及其一致行动人(妻女)占股 55.35%,拥有公司绝对控股权”的文字陈述,证明“乙方的第一大股东及关联股东”应理解为赵宗哲及其妻女,故应由宇能电气公司、赵宗哲、王淑兰、赵丽承担连带保证责任的答辩意见,因《宇能电气公司项目建议书》是对投资产品的介绍,本案当事人均未对该《建议书》签字盖章,该《建议书》与本案无关联性。因《投资补充协议》中对“关联股东”并未做明确约定,故对匡富投资公司提供赵宗哲及妻女在工商登记的持股比例,证明“关联股东”仅为赵宗哲的妻女王淑兰、赵丽的事实,无合同依据,本院不予采信。本院认为,根据查明的事实,《投资补充协议》中多次将“乙方的第一大股东及关联股东”与丙方区别表述,且中国风投公司并未提交有证明力的证据证明两者范围相同,故无法认定《投资补充协议》中的“乙方的第一大股东及关联股东”就是丙方。虽各方对关联股东的范围并未明确界定,但是王淑兰、赵丽、解正葳和杨昕华自认其属于关联股东,故合同甲方要求王淑兰、赵丽、解正葳和杨昕华依据合同约定履行关联股东相应的义务,有法律依据。

现中国风投公司以公证书证明其向公司及股东提出回购要求，匡富投资公司虽对收到“回购函”提出异议，但在送达起诉书程序中，亦可以认定中国风投公司向合同约定的回购义务人提出回购要求。结合前述认定，本院认为中国风投公司要求宇能电气公司及王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华承担连带保证责任，于法有据，予以支持，对于中国风投公司要求匡富投资公司和张春荣承担连带保证责任，没有法律依据，不予支持。

在明确上述问题后，本院认为，中国风投公司依《投资补充协议》在 2010 年 12 月 17 日履行了其投资义务，因出现协议约定的回购条件后，依据协议 6.4 约定的收购股权价格，要求赵宗哲给付股权款回购款，即投资本金 500 万元加上自 2011 年 1 月 1 日起至实际付清日止的利息（按年利率 10% 计算）之和，并将中国风投公司持有的宇能电气公司 1.5% 的股权变更至赵宗哲名下，宇能电气公司及王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华承担连带保证责任的诉讼请求，事实清楚，于法有据，本院予以支持。对于中国风投公司要求匡富投资公司和张春荣承担连带保证的诉讼请求，本院不予支持。对于中国风投公司要求被告承担律师费的诉讼主张，无合同及法律依据，本院不予支持。

另外，在本案审理过程中，张春荣经本院合法传唤，无正当理由，未到庭参加诉讼，不影响本案的审理。

综上所述，依据《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条，《中华人民共和国担保法》第十八条、第三十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：
一、自本判决生效之日起三十日内，赵宗哲给付中国风险投资有限公司股权回购款：五百万元加上该款自二〇一一年一月一日起至付清之日止的利息（按年利率百分之十计算）之和；
二、宇能电气有限公司、王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华对赵宗哲的上述给付义务承担连带保证责任，上述保证人在承担保证责任后，有权向赵宗哲行使追偿权；
三、中国风险投资有限公司收到上述股权回购款后将持有的宇能电气有限公司百分之一点五的股权变更至赵宗哲名下；
四、驳回中国风险投资有限公司其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费五万四千一百五十元、保全费五千元和公告费二百六十元，由宇能电气有限公司、赵宗哲、王淑兰、赵丽、解正葳、杨昕华共同负担，自本判决生效之日起七日内交纳。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，按照不服本判决部分的上诉请求数额，交纳上诉案件受理费，上诉于北京市第二中级人民法院。如在上诉期满后七日内未交纳上诉案件受理费的，按自动撤回上诉处理。

审判长 曹红卫

代理审判员 徐岩

人民陪审员 苟宝禄

二〇一六年一月五日

书记员 王丹青

中国风险投资有限公司与李依璇、邸建军等股权转让纠纷

一审民事判决书

北京市丰台区人民法院
民事判决书

(2017)京 0106 民初 13296 号

原告：中国风险投资有限公司，住所地北京市朝阳区吉祥里 208 号。

法定代表人：陈政立。

委托诉讼代理人：贾平，北京市中咨律师事务所上海分所律师。

委托诉讼代理人：杜景良，北京市中咨律师事务所律师。

被告：邸建军，男，1968 年 2 月 20 日出生。

被告：李依璇，女，1969 年 12 月 30 日出生。

被告：北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司，住所地北京市丰台区科学城星火路 11 号 B 座 307 号（园区）。

法定代表人：邸建军，董事长。

三被告共同委托诉讼代理人：杨召，男，1988 年 9 月 18 日出生，北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司法务主管，住该单位宿舍。

原告中国风险投资有限公司（以下简称中风投公司）与被告邸建军、李依璇、北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司（以下简称碧海舟公司）股权转让纠纷一案，本院受理后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告中风投公司的委托诉讼代理人贾平、杜景良，被告邸建军、李依璇、碧海舟公司的共同委托诉讼代理人杨召到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告中风投公司向本院提出诉讼请求：1、三被告连带按照《协议书》约定向原告支付股份回购款共计 21859083.56 元；2、三被告承担本案全部诉讼费用。事实和理由：2009 年 12 月 28 日，原告与中国汇富控股有限公司等 3 家单位与邸建军、李依璇等 6 名自然人，以及北京大学教育基金会、碧海舟公司共同签订了《碧海舟公司增资扩股协议》（以下简称《增资协议》），协议约定原告以人民币 1000 万元对碧海舟公司进行增资，增资完成后，原告将持有碧海舟公司 7.82% 的股份。协议签订后，原告于 2009 年 12 月 30 日向碧海舟公司打款 1000 万元。2009 年 12 月 30 日，原告与中国汇富控股有限公司等 3 家单位又与邸建军、李依璇签订了《碧海舟公司增资扩股补充协议书》（以下简称《增资补充协议》），协议中明确约定了原告有权要求邸建军、李依璇回购原告所持碧海舟公司股权的情形。2011 年 4 月 29 日，原告与北京嘉华创业投资有限公司等 9 家单位共同与三被告签订了《关于碧海舟公司之增资协议》（以下简称《二次增资协议》），协议约定原告以人民币 500.25 万元对碧海舟公司进行增资，增资完成后，原告将持有碧海舟公司 5.0218% 的股份。协议签订后，原告于 2011 年 5 月 23 日向碧海舟公司打款 500.25 万元。2012 年 10 月 28 日，原告与碧海舟公司、天津海港盛世投资有限公司（以下简称海港盛世公司）签订《股份转让协议》，协议约定原告向海港盛世公司转让 28 万股碧海舟公司的股份，股权转让款为 230.16 万元。至此，原告尚持有的通过上述增资而向碧海舟公司投资的款项数额为 1297.25 万元。2013 年 5 月 23 日，原告与三被告另行签订《协议书》，协议约定如果碧海舟公司未能在本协议签署之日起 24 个月内成功完成其首次公开发行并上市，则原告有权参照协议价格要求邸建军、李依璇部分或全部回购原告在碧海舟公司所持有的股份，并约定碧海舟公司就邸建军、李依璇在本协议项下的义务向原告承担连带担保责任。协议签订后，碧海舟公司未能在约定期限内完成 IPO 上市，原告于 2016 年 11 月 18 日向邸建军、李依璇发函，要求其根据协议书中约定的回购款计算方式履行股权回购义务，但三被告至今未履行，故诉至法院。

1164

被告邸建军、李依璇、碧海舟公司共同辩称：不同意原告的诉讼请求。理由如下：一、依据公司法解释的规定，回购股份的价值应当由法院委托评估确定，而非依照当事人协议计算。并且依据《公司法》第十六条第二款规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议”，而原告与碧海舟公司对股权回购价款支付承担连带责任的约定并没有经过公司股东大会决议，因此该约定无效，原告无权要求碧海舟公司承担连带责任。二、原告先后参与了碧海舟公司的两次增资扩股，其中 2009 年进行的 1000 万元增资，由于碧海舟公司已经完成了经营业绩，且原始股东已经放弃协议中的原告应无偿向原告股东转让部分股份的权益，各方签订的《增资补充协议》已经被书面解除，所有条款不再履行，故原告无权要求被告对其支付的第一次增资款 1000 万元而取得的股权予以回购。三、第一次《增资补充协议》解除后，原告向第三方溢价转让了部分股份，取得转让款 333.46 万元；2011 年原告第二次参与碧海舟公司增资扩股，再次投资 500.25 万元，此后又于 2012 年 10 月 28 日将部分股份向海港盛世公司进行了溢价转让，又收回 230.16 万元，因此目前原告投资数额中只有 270.09 万元有权要求被告进行回购。四、原告的投资属于股权投资，不同于债权投资，债权投资是还本付息，本质上是低风险低收益，而股权投资本质则是高风险高收益。原被告双方的目的是完成股权 IPO，但在签订的回购保底条款中，原告不承担公司不能上市的任何风险，同时又享受公司上市可能带来的几十倍高收益，无论被告能否完成上市，原告至少要拿回本金加 10% 的高收益，实际上变成了低风险高收益，违反了投资风险分担原则，是显失公平的，被告有理由要求对自己应承担的责任进行减免或调整。五、2012 年 11 月 26 日，碧海舟公司曾经以公积金转股的方式向各投资人进行分红，给所有的投资人增加了股数，该部分股份价值应当进行评估，并在回购时予以扣除。

本院经审理认定事实如下：2009 年 12 月 28 日，包括中风投公司在内的共 3 名投资人（均为甲方）与邸建军、李依璇等 6 名自然人（均为乙方），北京大学教育基金会（丙方）、碧海舟公司（丁方，曾用名北京碧海舟涂料有限公司）共同签订了《增资协议》，协议约定“…各方同意，丁方将注册资本由 1500 万元增加至 1778 万元；投资者合计以现金 2000 万元认购丁方本次新增注册资本 278 万元，认购款与认购的本次新增注册资本之间的差额合计 1722 万元计入资本公积，其中中风投公司以现金人民币 1000 万元认购丁方本次新增注册资本 139 万元，认购款与其认购的本次新增注册资本之间的差额 861 万元计入资本公积；丁方本次增加注册资本完成后，中风投公司持有注册资本金 139 万元，所占比例 7.82%”。该协议签订后，中风投公司于 2009 年 12 月 30 日向碧海舟公司电汇支付投资款 1000 万元，履行了出资义务。

2009 年 12 月 30 日，包括中风投公司在内的共 3 名投资人（均为甲方）与邸建军、李依璇（均为乙方）签订了《增资补充协议》，协议约定“鉴于甲方、乙方及其团队成员、北京大学教育基金会与碧海舟公司于 2009 年 12 月 28 日签署了《增资协议》，碧海舟公司办理了增资事项，甲方成为碧海舟公司的股东，乙方是碧海舟公司的实际控制人，各方本着平等互利的原则，经友好协商，乙方承诺碧海舟公司至少实现以下各年度保底经营性净利润：2009 年 1050 万元、2010 年净利润 1800 万元、2011 年净利润应比 2010 年实际净利润增长 30% 以上；若公司 2009 和 2010 年经审计的净利润都达到上述数据时，甲方应将其持有的注册资本中的一部分无偿转让给乙方及其团队；截至 2011 年 12 月 31 日，碧海舟公司仍未向中国证监会报送发行上市材料的，甲方于 2012 年 1 月 1 日起任何时刻有权要求乙方或碧海舟公司回购甲方所持有的全部或部分股权；截至 2012 年 12 月 31 日，碧海舟公司未能成为上市公司的，甲方于 2013 年 1 月 1 日起任何时刻有权要求乙方或碧海舟公司回购甲方所持有的全部或部分股权；如碧海舟公司完成上市，或甲方持有的股权被全部收购（包括回购），本协议即自动终止，如公司在 2011 年 12 月 31 日前未完成上市，则本协议效力顺延，直到签订新的协议”。

2010年7月22日,包括中风投公司在内的共3名投资人(均为甲方)与邸建军、李依璇(均为乙方)签订了《关于之解除协议》(以下简称《增资补充协议之解除协议》),协议约定“甲乙双方及碧海舟公司其他股东于2009年12月28日签署了《增资协议》,甲乙双方于2009年12月30日签署了《增资补充协议》,甲乙双方一致同意,于本协议生效之日起,终止2009年12月30日签署的《增资补充协议》;从本协议生效之日起,《增资补充协议》中的所有尚未履行的条款不予继续履行,甲乙双方不再基于《增资补充协议》向对方主张任何权益或要求对方履行任何义务;甲乙双方共同保证自本协议生效之日起,按照各自在工商行政部门备案的碧海舟公司章程中记载的持股比例,共担风险,共享收益;本协议一式六份,各方及碧海舟公司各执一份,自甲乙双方签字、盖章之日起生效”。

2010年9月3日,包括中风投公司在内的共3名投资人(均为甲方)与邸建军、李依璇(均为乙方),庄树才、赖广森、刘小平、鲁喜刚(均为丙方)签订了《碧海舟公司股东确认协议》,协议约定“鉴于甲乙双方于2009年12月30日签署的《增资补充协议》第2条涉及了丙方的权益,甲乙双方经协商一致于2010年7月22日签署了《增资补充协议之解除协议》,丙方完全认可甲乙双方2010年7月22日签署的《增资补充协议之解除协议》中的全部内容;丙方同意不会基于甲乙双方于2009年12月30日签署的《增资补充协议》中约定的内容向甲乙双方中的任何一方主张任何权益;丙方同意自甲乙双方2010年7月22日签署了《增资补充协议之解除协议》之日起,甲乙双方于2009年12月30日签署的《增资补充协议》中约定的尚未履行的所有权利和义务(包括其中涉及的与丙方有关的权益)终止履行;甲乙丙三方共同保证自签订本协议之日起,按照各自在工商行政部门备案的碧海舟公司章程中记载的持股比例,共担风险,共享收益”。

2010年10月22日,中风投公司分别与邸建军、张华、邹小满、葛旭岩、刘勇签订《股权转让协议》,分别约定中风投公司将其持有的碧海舟公司1.107%股权(对应注册资本19.68万元)以1415827元转让给邸建军,0.071%股权(对应注册资本12700元)以91367元转让给张华,0.238%股权(对应注册资本42333.33元)以304556元转让给邹小满,0.238%股权(对应注册资本42333.33元)以304556元转让给葛旭岩,0.952%股权(对应注册资本169333.33元)以1218225元转让给刘勇。

2011年4月29日,包括中风投公司在内的共9名投资方(均为甲方)与碧海舟公司(乙方),邸建军、李依璇(均为丙方)签订《二次增资协议》,协议约定“...乙方为改善股本结构以及生产经营发展的融资需要,经公司股东大会决议通过,拟向特定对象(9名甲方)定向增资,非公开发行人民币普通股股票共计1600万股,定向增资完成后乙方股本增至7600万股,注册资本也增至人民币7600万元;乙方本次拟向9名甲方发行人民币普通股股票共计1600万股;本次新股发行的价格为人民币7.25元/股,9名甲方认购价款共计人民币11600万元,其中中风投公司同意以现金500.25万元认购乙方本次非公开发行的69万股股票,增资前所持股数为3126547股、持股比例为5.2109%,增资后所持股数3816547股,增资后持股比例5.0218%”。该协议签订后,中风投公司于2011年5月23日向碧海舟公司电汇支付投资款500.25万元,履行了出资义务。

2012年10月28日,中风投公司(甲方)与海港盛世公司(乙方)、碧海舟公司(丙方)签订《股份转让协议》,协议约定“鉴于甲方是丙方股东,持有股份3816547股,经三方协商,由乙方受让甲方持有的丙方股份中的28万股;股份转让价格为每股8.22元,股份转让款共计人民币230.16万元”。

2013年5月23日,包括中风投公司在内的共6名投资方(均为甲方)与邸建军、李依璇(均为乙方)、碧海舟公司(丙方)签订《协议书》,协议约定“一、如果丙方未能在本协议签署之日起24个月内成功完成其首次公开发行并上市,或者丙方在上市后一年内出现违法、违规问题,则甲方有权参照以下价格,要求乙方全部或部分回购甲方在丙方中持有的股份;回

购价格为：甲方实际投资额再加上每年 10%的内部收益率溢价，计算公式为： $P=M \times N \times (1+10\% \times T)$ ；其中，P 为甲方根据本条就其要求回购的股权可获得的回购价格，M 为甲方对乙方已认缴的增资额（扣除丙方已宣告归于甲方所有但未发放及已发放的现金红利，如有），N 为此次甲方要求回购的股权比例占其总持股比例的百分比，T 为自甲方根据甲、乙、丙三方和其他方于 2011 年 4 月 29 日签署的《增资协议》向丙方缴付增资款之日起至乙方及丙方实际支付全部回购价格之日的自然天数除以 365；二、乙方应确保在甲方提出书面要求后 90 日内将上述回购价格全额支付到甲方指定的银行账户内；三、丙方就乙方在本协议项下的义务，向甲方承担连带担保责任，如在上述第二条的期限内乙方未能全额支付回购价格，丙方向甲方支付未付的回购价格”。

2013 年 6 月 1 日，碧海舟公司召开临时股东大会，通过相关议案，同意碧海舟公司首次公开发行股票并在上海证券交易所上市，该决议自公司股东大会审议通过之日起二十四个月内有效。后碧海舟公司向证监会提交了公开发行股票（IPO）申请，但于 2014 年 7 月 1 日被终止审查。本案审理过程中，碧海舟公司认可目前并未上市。

2016 年 11 月 18 日，中风投公司向邸建军、李依璇发函，载明：“…受北京嘉华创业投资有限公司等委托方的委托，向二位发出此函…委托方和我公司根据 2013 年 5 月 23 日与二位及碧海舟公司签署（共同或分别签署）的《协议书》约定，要求二位连带回购委托方和我公司所持碧海舟公司的全部股份；按照《协议书》第一条所约定的计算方法计算股份回购价格；请二位在 90 日内将全部股份回购款支付给我公司，由我公司进行分配”。现中风投公司主张，截至 2017 年 2 月 28 日，邸建军、李依璇、碧海舟公司应当支付的股权回购款为 21859083.56 元，但邸建军、李依璇、碧海舟公司始终未履行，故来院起诉。

另查：碧海舟公司于 2005 年 12 月 8 日注册成立，现注册资本为 15500 万元，企业类型为股份有限公司，法定代表人为邸建军，中风投公司、邸建军、李依璇目前均系碧海舟公司股东。此外，本案审理过程中，经本院询问，中风投公司要求邸建军、李依璇、碧海舟公司回购其全部股份。邸建军、李依璇、碧海舟公司主张，碧海舟公司曾于 2012 年召开第三次临时股东大会进行公积金转股，转股后转送中风投公司 2622608 股，中风投公司的持股数由转送前的 3536547 股增加为 6159155 股，并且已经修改于工商备案的章程里，转赠的该部分股份，应当对价值进行评估并视为相关分红，在回购前予以扣除。中风投公司认可其目前持有碧海舟公司的股份数为 6159155 股，但主张根据协议书约定，计算股权回购款时只扣除现金红利，公积金转股并不属于现金红利。

上述事实，有原告中风投公司提供的增资协议、增资补充协议、二次增资协议、2013 年 5 月 23 日协议书、增资款支付凭证、股份转让协议、2016 年 11 月 18 日向邸建军、李依璇发出的函、(2014)丰民（商）初字第 13266 号民事判决书、(2015)二中民（商）终字第 12699 号民事判决书，被告邸建军、李依璇、碧海舟公司提交的增资补充协议之解除协议、碧海舟公司股东确认协议、股权转让协议及双方当事人陈述在案佐证。

本院认为：本案各方于 2011 年 4 月 29 日签订的《二次增资协议》系各方当事人的真实意思表示，且已履行完毕，应属合法有效。而关于本案各方于 2013 年 5 月 23 日签订的《协议书》的效力问题，本院认为：第一，该协议实质系公司股东之间约定在一定条件下进行股权转让的协议，而无论是公司法还是碧海舟公司章程均明确规定股东持有的股份可以自由转让，中风投公司、邸建军、李依璇均系碧海舟公司股东，相互之间进行股权转让，并不能认定为系退股及滥用股东权利的行为；第二，从《协议书》的签订主体来看，各方均系平等理性的商业行为主体，所约定的回购条款亦非格式条款，不存在排除他方权利、免除己方义务的情形，而中风投公司作为投资方，投入大额资金入股，但基本不参与碧海舟公司的经营管理，已承担了较高的投资风险，而中风投公司等投资方入股后，碧海舟公司获得了企业生存和发展的机遇，邸建军等控股股东或者原始股东亦能享有企业成长所带来的股份增值等收

益，因此，在碧海舟公司未能按期上市时，回购条款的履行是中风投公司等投资方正当的风险规避方式，对邸建军、李依璇亦未造成不可预见的风险和重大责任，其所支付的溢价应视为系根据事前自主商业判断所自愿负担的责任后果，故不存在显失公平的情形。因此，该《协议书》中有关邸建军、李依璇股份回购义务的条款应属合法有效。现碧海舟公司未能在协议约定期限内实现公开发行股份并上市，中风投公司与邸建军、李依璇关于回购股份的约定条件已经成就，故其要求邸建军、李依璇回购股份并按照协议约定的回购款支付方式支付自2011年5月23日起至2017年2月28日止（共2108日）的转让款，具有明确的合同依据和法律依据，邸建军、李依璇、碧海舟公司关于“应对股份价值进行评估后确定回购款数额，且协议书约定内容显示公平应当予以调整”的辩称理由依据不足，本院不予采信。

关于邸建军、李依璇应当支付的回购款亦即股份转让款的具体数额，本院认为：第一，中风投公司在本案中主张的第一笔投资款1000万元系基于各方2009年12月28日签订的《增资协议》所支付，各方于2009年12月30日签订了《增资补充协议》，针对中风投公司基于上述《增资协议》获得的碧海舟公司股权的回购事宜进行了约定，而各方此后又于2010年7月22日签订了《增资补充协议之解除协议》，已经明确约定“上述《增资补充协议》中的所有尚未履行的条款不予继续履行，甲乙双方不再基于《增资补充协议》向对方主张任何权益或要求对方履行任何义务，甲乙双方共同保证自本协议生效之日起，按照各自在工商行政部门备案的碧海舟公司章程中记载的持股比例，共担风险，共享收益”。而2013年5月23日协议书系各方针对2011年4月29日签订的《二次增资协议》项下所支付的出资款以及获得的碧海舟公司股份数的回购事宜所签订，其中回购款的计算方式中也明确写明“T为自甲方根据甲、乙、丙三方和其他方于2011年4月29日签署的《增资协议》向丙方缴付增资款之日起至乙方及丙方实际支付全部回购价格之日止的自然天数除以365”，也可以对此进行印证。因此中风投公司基于第一笔投资款1000万元所取得的碧海舟公司股权并不能当然适用2013年5月23日协议书中的约定要求邸建军、李依璇进行回购并计算回购款；第二，根据协议书的约定，回购款是以中风投公司基于2011年4月29日签订的《二次增资协议》所支付的增资款为计量基础进行计算，而根据该协议，碧海舟公司向9名甲方定向发行普通股股票1600万股，认购价款共计11600万元，中风投公司认购其中的69万股，对应价款500.25万元，因此，2012年10月28日中风投公司向海港盛世公司转让28万股后剩余41万股，对应的剩余增资款应为297.25万元，中风投公司与海港盛世公司之间约定的股权转让款230.16万元与碧海舟公司无关，邸建军、李依璇、碧海舟公司关于“中风投公司的剩余增资款应为500.25万元减去230.16万元”的辩称理由依据不足，本院不予采信。第三，根据2013年5月23日协议书约定，计算回购款时只扣除现金红利，而公积金转股并不属于现金红利，且回购款是以中风投公司基于2011年4月29日签订的《增资协议》所支付的增资款为计量基础进行计算，公积金转股所导致的中风投公司持股数的变化并不会导致上述增资款数额的变化，也就不会导致回购款数额的变化，邸建军、李依璇、碧海舟公司关于“公积金转股所对应的股份价值应作为红利扣除”的辩称理由依据不足，本院亦不予采信。综上，邸建军、李依璇在本案中应向中风投公司支付的股份转让款的金额为 $297.25 \text{ 万元} \times 100\% \times (1 + 10\% \times 2108 \div 365) = 4689220.55 \text{ 元}$ 。但需要说明的是，因中风投公司在诉讼请求中的计算金额截至2017年2月28日，因此2017年3月1日后的回购款本院在本案中未予处理。关于邸建军、李依璇应当从中风投公司处受让的股份数，本院认为：如前所述，2013年5月23日协议书系各方针对2011年4月29日签订的《二次增资协议》项下所支付的出资款以及获得的碧海舟公司股份的回购事宜所签订，而中风投公司基于2011年4月29日签订的《二次增资协议》所获得的股份数为69万股，后向海港盛世公司转让28万股，剩余41万股，故本案处理的股份应以此数量为限，中风投公司此前已持有的以及因公积金转股等其他

原因所持有的碧海舟公司股份，应当由各方另行协商，本案中不宜一并处理，故邸建军、李依璇在本案中应当从中风投公司处受让的股份数为 41 万股。

关于中风投公司要求碧海舟公司对邸建军、李依璇所应支付的上述回购款承担连带责任的诉讼请求，本院认为：第一，依据《中华人民共和国公司法》第十六条第二款规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议”，中风投公司在与邸建军、李依璇、碧海舟公司签订《协议书》时，已经成为碧海舟公司的股东，根据现有证据，无法认定该《协议书》中关于碧海舟公司为邸建军、李依璇的回购义务向中风投公司承担连带担保责任的约定，经过了公司股东大会决议并通过。第二，《协议书》中的上述约定，会使得中风投公司的投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了碧海舟公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益。综合上述两点，上述约定应属无效，但根据《中华人民共和国合同法》第五十六条的规定，合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效，故《协议书》中约定碧海舟公司义务条款的效力不影响约定邸建军、李依璇回购义务条款的效力。综上，中风投公司的诉讼请求合理部分本院予以支持，不合理部分本院不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条，《中华人民共和国公司法》第十六条第二款、第二十条第一款之规定，判决如下：

一、邸建军、李依璇于本判决生效之日起十日内受让中国风险投资有限公司所持有的北京碧海舟腐蚀防护工业股份有限公司股份共计 41 万股，同时给付中国风险投资有限公司转让款 4689220.55 元；

二、驳回中国风险投资有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 151096 元，减半收取计 75548 元，财产保全费 5000 元，二项合计 80548 元，由原告中国风险投资有限公司负担 63268 元（已交纳）；由被告邸建军、李依璇负担 17280 元（于本判决生效之日起七日内交纳）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于北京市第二中级人民法院。

审判员 俞凯欣

二〇一七年十二月十一日

书记员 申航

中静汽车投资有限公司与上海铭源实业集团有限公司股权转让纠纷二审民事判决书

最高人民法院

民事判决书

(2015)民二终字第 204 号

上诉人(原审原告):中静汽车投资有限公司。住所地:安徽省黄山市休宁县海阳镇横江路。

法定代表人:高央,该公司董事长。

委托代理人:杨坤,北京市隆安律师事务所上海分所律师。

被上诉人(原审被告):上海铭源实业集团有限公司。住所地:上海市华山路。

法定代表人:姚湧,该公司董事长。

委托代理人:金鑫,北京大成(上海)律师事务所律师。

上诉人中静汽车投资有限公司(以下简称中静投资公司)因与被上诉人上海铭源实业集团有限公司(以下简称铭源实业公司)股权转让纠纷一案,不服安徽省高级人民法院(2014)皖民二初字第 00007 号民事判决,向本院提起上诉。本院受理后依法组成由审判员刘竹梅担任审判长,代理审判员林海权、张颖参加的合议庭进行了审理。书记员李洁担任记录。本案现已审理终结。

安徽省高级人民法院(以下简称安徽高院)经一审审理查明:2010 年 2 月 1 日,中静投资公司(甲方)与铭源实业公司(乙方)签订《协议书》约定:“鉴于:1. 甲乙双方共同签署《增资协议》,甲方拟以现金认购桂客集团的本次新增股权及根据增资协议完成后续出资,桂客集团增资扩股后将整体变更为股份公司。甲方因首次增资及后续出资形成的权益以下合称“甲方权益”;2. 乙方为桂客集团实际控制人,已明确规划了桂客集团未来新能源汽车发展战略以及国内 A 股上市的目标,引入具有附加价值的投资者对实现前述战略及目标具有重要意义,乙方愿意就甲方权益的未来实现提供必要的保障;甲乙双方经友好协商达成如下协议,以资共同遵守:一、甲方同意在本协议签署生效后即行签署《增资协议》及其有关增资的法律文件,并按照协议约定履行甲方义务。二、乙方预测《增资协议》2010 年、2011 年、2012 年实现的合并归属于母公司税后净利润在扣除当年实现的根据《增资协议》中第七条规定的应归属于铭源实业公司及桂林市国有资产投资经营有限公司(以下简称桂林国投公司)之“退二进三”净收益后,所余税后净利润分别为 3000 万元、4000 万元、7500 万元,经具有证券从业资质的会计师事务所审计后,如果上述三个会计年度的税后净利润在扣除“退二进三”净收益后,三年平均数低于乙方预测金额平均数 70%的,则甲乙双方同意按照本协议第四条约定执行。三、乙方承诺在 2010 年 12 月 31 日之前按具有证券从业资质的会计师事务所认可的合规方式,消除桂客集团合并大宇客车公司财务报表之障碍,否则,甲乙双方同意按照本协议第四条约定执行。四、甲乙双方同意,如果发生本协议第二条、第三条中乙方预测利润未实现、乙方承诺未完成的任一情形,甲方有权按照以下条件向乙方出售甲方权益,乙方不得拒绝:4.1 甲方权益转让价格包括甲方原始出资额以及出资期限内的合理收益部分。甲方原始出资额包括首次增资以及后续实际发生的出资;出资期限为甲方出资完成验资至甲方收到甲方权益交易对价之间的时期;合理收益是指按年利率 10%,以甲方原始出资额为基数计算的收益,但该合理收益中已包含甲方从桂客集团获得的现金分红部分,如在出资期限内发生现金分红,应从转让价格中予以扣除。4.2 甲方可在本协议第二条、第三条中乙方预测利润未实现、乙方承诺未完成的任一情形实际发生后 90 日内,向乙方提出转让甲方权益的书面要求;4.3 乙方以自身或甲方指定的机构、个人作为受让甲方权益的交易主体,该等受让主体应同意遵守《增资协议》中约定的关于中静投资公司应遵守之义务。4.4

1170

乙方需在收到甲方书面要求后 30 日内,按照本条第 4.1 款约定的转让价格向甲方支付完毕转让价款,甲方应在收到转让价款后的 30 日内协助办理完成股权交割手续。4.5 乙方履行上述支付股权价款义务,不以股权转让协议是否签署/或股权交割是否完成为前提条件。在此情形下,无需签署其他文件,乙方有权仅依据本协议要求甲方办理股权交割手续,甲方不得拒绝。4.6 甲乙双方同意,因该项股权转让而发生的一切税费按照相关法律法规规定各自承担。……六、若乙方违反约定,未按照本协议约定收购甲方权益并支付股权转让价款的,甲方有权要求乙方实际履行,并按照股权转让价款的 20%支付违约金。”双方还就其他事项进行了约定。

2010 年 2 月 5 日,铭源实业公司、桂林国投公司、中静投资公司与柳州五菱汽车有限责任公司(以下简称柳州五菱公司)在桂林市签订《增资协议》约定,铭源实业公司、桂林国投公司、中静投资公司与柳州五菱公司持有桂客集团 100%股权,其中铭源实业公司对桂客集团的注册资本出资为 9785 万元,占桂客集团注册资本总额的 51%;桂林国投公司对桂客集团的注册资本出资为 9399.8 万元,占桂客集团注册资本总额的 49%。桂客集团拟通过引入外部投资者进行投资,将公司注册资本由 19184.8 万元,增加到 30434.46 万元,其中中静投资公司认缴新增注册资本 5624.83 万元,柳州五菱公司认缴新增资本 5624.83 万元。该《增资协议》第 7.1 条约定,“退二进三”净收益指桂客集团及其下属桂林客车发展有限责任公司、大宇客车公司根据《桂林市工业企业“退二进三”搬迁改造管理办法》及《桂林市工业企业“退二进三”搬迁改造管理办法(试行)调整补充意见》享受桂林市人民政府“退二进三”政策,因厂房由中心城区搬迁至指定工业园区、原厂区土地拍卖而从土地储备中心及政府财政实际收到的土地及地面建筑成本及财政补贴款扣除土地账面成本、因搬迁形成的地面建筑及设备损失、搬迁费用、相关税费等按股比折合成的桂客集团净资产增值。7.3.1 项约定,原股东与增资方一致同意“退二进三”净收益归属于原股东。当每块土地“退二进三”净收益实现时,本次增资方应按此次增资后按 7.3.2 项所确定计算方式以现金方式补足权益差价,该等权益差价作为本次增资的股本溢价计入桂客集团资本公积。另约定因本协议引起的或与本协议有关的任何争议,本协议有关各方均应当首先通过友好协商谋求解决;如果协商不成,则任何乙方均有权将争议提交签约地人民法院。协议还就其他事项进行了约定。2011 年 3 月 30 日,中静投资公司与铭源实业公司签订《补充协议书一》约定,鉴于铭源实业公司积极推进《协议书》第三款约定事项,经双方友好协商,一致同意将该款改为“依法承诺在 2011 年 6 月 30 日之前按具有证券从业资质的会计师事务所认可的合规方式,消除桂客集团合并大宇客车公司财务报表之障碍,否则甲乙双方同意按照《协议书》第四款约定执行”。《协议书》其他条款不变,甲乙双方应继续履行。

2011 年 4 月 28 日,中静投资公司(甲方)与铭源实业公司(乙方)签订《补充协议书二》,约定甲乙双方一致同意,甲方有权选择以下两种方式之一来为甲方投资于桂客集团的权益实现提供保障:第一种方式,甲方有权按照本协议约定方式分享乙方依照《增资协议》第 7.1 条约定所得“退二进三”净收益。第二种方式,乙方预测桂客集团 2010 年、2011 年、2012 年实现的合并归属于母公司税后净利润在扣除当年实现的根据《增资协议》中第七条规定的应归属于甲方及桂林国投公司之“退二进三”净收益后,所余税后净利润应分别 3000 万元、4500 万元、7500 万元,经具有证券从业资质的会计师事务所审计后,如果上述三个会计年度的税后净利润在扣除“退二进三”净收益后,三年平均数低于上述金额平均数 70%的,甲方可依照《协议书》第四条的约定将所持的桂客集团权益出售给乙方,并自乙方获得约定的合理收益。甲方应自 2013 年 3 月 26 日起二十个工作日内从上述两种方式选择其一,并以书面方式告知乙方。

2011 年 6 月 24 日,中静投资公司与铭源实业公司签订《补充协议书三》约定,鉴于铭源实业公司正在积极推进《协议书》第三款约定事项,经双方友好协商,一致同意将该款修改为:

铭源实业公司承诺在 2011 年 9 月 30 日之前按具有证券从业资质的会计师事务所认可的合规方式，消除桂客集团合并大宇客车公司财务报表之障碍，否则，双方同意按照《协议书》第四款约定执行。《补充协议书一》中有不同之处的，以本协议为准。《协议书》其他条款不变，双方应继续履行。协议还约定了其他事项。

2011 年 11 月 24 日，中静投资公司与铭源实业公司签订《补充协议书四》，约定中静投资公司有权在 2013 年 12 月 31 日前一个月内向铭源实业公司作出书面选择，向铭源实业公司出售其所持权益或继续持有桂客集团股权。若中静投资公司选择向铭源实业公司出售其所持权益，铭源实业公司向中静投资公司应支付的回购价款包括下列三个部分：（1）中静投资公司对桂客集团的原始出资 6000 万元；（2）中静投资公司对桂客集团出资完成验资日（即 2010 年 3 月 26 日）至 2011 年 12 月 31 日（共计 646 天）止原始出资额 6000 万元按照年利率 10% 应计利息即 1061.92 万元；（3）按照年利率 15%（复利，每年计算一次，不足一年的按天数年化计算），以上述（1）+（2）合计 7061.92 万元为基数，自 2012 年 1 月 1 日起至铭源实业公司向中静投资公司缴付回购价款前一日止应付利息。中静投资公司提出向铭源实业公司出售所持权益后，若铭源实业公司未按照本协议约定回购中静投资公司所持权益、按时支付回购价款的，视为铭源实业公司违约，中静投资公司有权要求铭源实业公司实际履行，并按照回购价款的总额的 20% 支付违约金。在铭源实业公司按本协议约定向中静投资公司支付完全部回购价款的前提下，无论股权转让协议是否签署及/或股权交割是否完成，无需签署其他文件，铭源实业公司有权依据本协议要求中静投资公司办理股权交割手续，中静投资公司不得拒绝。除本协议另有约定外，本协议与《协议书》《补充协议书一》《补充协议书二》《补充协议书三》不一致的，以本协议约定为准。该份协议还约定因本协议产生的争议，应首先通过友好协商谋求解决，如果协商不成任何一方均有权将该争议事项提交中静投资公司所在地人民法院。

2013 年 12 月 2 日，中静投资公司通过特快专递向铭源实业公司邮寄《关于提请贵司依约回购我司所持桂客集团全部股权的函》，称依据双方签订相关协议约定，要求铭源实业公司回购中静投资公司所持桂客集团全部股权，并按照《补充协议书四》的约定，在 2013 年 12 月 27 日前支付相应股权回购款。如在上述期限未能办理完回购股权事项，中静投资公司有权要求支付铭源实业公司包括但不限于 20% 违约金等违约责任。

因铭源实业公司未履行回购义务，中静投资公司将其诉至安徽高院，请求判令：一、铭源实业公司立即回购中静投资公司持有之桂客集团 18.4818% 股权，并向中静投资公司支付股权回购款（计算至实际支付之日，暂算至 2014 年 2 月 12 日为人民币 95044277 元）；二、铭源实业公司按照回购价款总额 20% 向中静投资公司支付违约金。（应按照铭源实业公司实际支付股权回购款时之金额计算，暂按 2014 年 2 月 12 日之股权回购款金额计算为人民币 19008855 元）；三、铭源实业公司承担本案全部诉讼费用。

安徽高院另查明：2014 年 2 月 19 日，桂客集团召开 2014 年第四次临时股东会，作出《关于批准公司对外借款并向借款方提供担保的决议》；2014 年 3 月 10 日，桂客集团召开 2014 年底五次临时股东会议，并作出决议，上述两份股东会决议均有铭源实业公司、桂林国投公司、中静投资公司公司加盖公章。

安徽高院认为，根据中静投资公司诉讼请求及铭源实业公司答辩理由，本案的焦点为：中静投资公司诉请铭源实业公司自 2012 年 1 月 1 日起以 7061.92 万元为基数按照年利率 15% 计算的复利及按照回购款总额 20% 支付违约金的诉请应否支持。该院对此分析认定如下：

中静投资公司与铭源实业公司签订的《协议书》为各方真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效，该院予以确认。依据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第六十条规定，双方当事人应当按照约定全面履行自己的义务。上述协议签订后，中静投资公司与铭源实业公司等三方签订《增资协议》，并依约出资 6000 万元，

认购桂客集团新增股权 18.4818%。嗣后，双方就《协议书》履行的后续事宜又分别签订了《补充协议书一》《补充协议书二》《补充协议书三》，对此各方亦无争议，该院亦予以确认。因《协议书》第二条约定的有关桂客集团预期利润未能实现，中静投资公司依据《补充协议书四》要求铭源实业公司回购其持有的桂客集团 18.4818%股权，铭源实业公司对此也予以认可，中静投资公司该项诉请有事实和法律依据，该院予以支持。至于铭源实业公司所称，其已于 2010 年 2 月 1 日将持有桂客集团股权转让给上海铭源新能源汽车有限公司，不再实际经营管理桂客集团，故无法实现对中静投资公司所作桂客集团利润预测的承诺。经查，其虽与上海铭源新能源汽车有限公司签订有股权转让协议，但是该协议签订后，并未办理股权变更手续，且从桂客集团的 2014 年第四次、第五次股东决议内容看，其仍作为公司股东实际参与公司经营及行使股权权利，故该院对其该项辩称不予采信。

关于铭源实业公司应支付的桂客集团 18.4818%股权的回购款，中静投资公司主张该款按照《补充协议书四》应为包括其原始出资额 6000 万元及出资完成验资日（即 2010 年 3 月 26 日）至 2011 年 12 月 31 日止按照年利率 10%应计利息即 1061.92 万元、按照年利率 15%（复利，每年计算一次，不足一年的按天数年化计算），以 7061.92 万元（6000+1061.92 万元）为基数，自 2012 年 1 月 1 日起至铭源实业公司向中静投资公司缴付回购价款前一日止应付利息，并按照上述回购款支付 20%违约金。铭源实业公司对于以 6000 万元回购桂客集团 18.4818%股权以及中静投资公司原始出资日至 2011 年 12 月 31 日按照年利率 10%、自 2012 年 1 月 1 日起按照年利率 15%计算利息无异议，但对于中静投资公司有关计收复利以及支付回购款 20%的违约金的主张不予认可。鉴于：一、中静投资公司与铭源实业公司签订《协议书》、与其他各方签订《增资协议》，并实际出资 6000 万元入股桂客集团，其目的应在于通过桂客集团的经营获得收益，以及对于该集团良好发展前景的期许，而非希望《协议书》约定的事项不能实现，获得高额的违约金。二、《协议书》《增资协议》约定有关桂客集团国内 A 股上市目标、三年预期税后利润 3000 万元、4500 万元、7500 万元目前未能实现，涉及多方因素，并非全部是铭源实业公司单方原因，也不符合其利益；中静投资公司成为桂客集团股东后，各方股东对于上述目标的实现均负有相应义务。三、中静投资公司主张的按照回购款分段按照年利率 10%、15%计算利息以及按照回购款 20%计算违约金，从其性质上说均是对于《协议书》约定事项未能实现，铭源实业公司向中静投资公司承担的违约责任；按照《补充协议书四》约定自 2012 年 1 月 1 日起以 7061.92 万元为基数，按照年利率 15%每年以此计算复利，此标准计算明显超出《协议书》第 4.1 条关于合理收益为年利率为 10%的预期利益，亦会超过资金出借能够获得的合法收益。四、依据《合同法》第一百一十四条等相关规定，违约金制度系以赔偿非违约方的损失为主要功能。本案中，虽然铭源实业公司存在违约情形，但《协议书》《补充协议书四》有关违约金的约定明显过高，导致双方权益严重失衡。铭源实业公司亦对此提出异议，中静投资公司除资金占用损失外，又未能提交证据证明因此给其造成的其他损失。综合考虑上述因素，根据公平原则和诚实信用原则，安徽高院酌定铭源实业公司自 2012 年 1 月 1 日起至回购款实际付清之日期间，应以 6000 万元为基数，按照年利率 15%标准向中静投资公司支付利息。

综上，安徽高院依照《合同法》第五条、第六条、第六十条第一款、第一百零七条、第一百一十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十八条之规定，判决：一、铭源实业公司于判决生效之日三十日内回购中静投资公司持有的桂客集团 18.4818%股权，并支付股权回购款 6000 万元及利息（自 2010 年 3 月 26 日起至 2011 年 12 月 31 日止，以 6000 万元为基数，按照年利率 10%计算；自 2012 年 1 月 1 日起至实际支付日止，以 6000 万元为基数，按照年利率 15%计算）。二、驳回中静投资公司其他诉讼请求。

中静投资公司不服上述一审民事判决，向本院提起上诉称：一、一审判决事实认定错误，导致判决结果背离客观事实。铭源实业公司应当对《增资协议》及《协议书》约定之桂客集团

业绩目标的实现对中静投资公司承担保证义务，并在该等业绩目标未实现时承担相应责任。本案中，双方争议起源于中静投资公司对铭源实业公司实际控制之桂客集团的投资，作为桂客集团大股东及实际控制人的铭源实业公司对桂客集团业绩进行保证是股权投资领域之惯例，并且该等条款具有完全的合理性基础：（一）该等约定系基于铭源实业公司和中静投资公司在《增资协议》《协议书》签订时的信息不对称。铭源实业公司系桂客集团大股东及实际控制人，其全面掌握桂客集团经营情况，而中静投资公司作为投资前从未与桂客集团有过任何交集的新投资人对桂客集团的了解依赖于铭源实业公司及桂客集团提供的信息，铭源实业公司对桂客集团相关情况进行保证是不可缺少的和理所当然的；（二）铭源实业公司在增资后仍是桂客集团第一大股东，并实际负责桂客集团运营管理，中静投资公司作为财务投资人并未实际参与桂客集团运营管理，铭源实业公司基于其桂客集团实际管理人的身份对其他股东负有信托义务，对桂客集团业绩进行保证合情合理；（三）根据《协议书》第一条明确约定，在铭源实业公司对桂客集团业绩进行保证的情况下，中静投资公司方同意对桂客集团进行增资，由此可见，双方均确认铭源实业公司之业绩保证是中静投资公司增资桂客集团的前提条件。二、一审判决适用法律错误，应当予以纠正。（一）中静投资公司与铭源实业公司签订之《补充协议四》合法有效，铭源实业公司应当按照《补充协议四》约定向中静投资公司支付股权回购款。第一，本案所涉争议并非借贷纠纷，而是由于股权投资而引起的股权回购纠纷，《补充协议四》第一条第 1.2 款约定是双方对回购价款达成的一致意见，条款中“复利”的表述仅为明确回购价款的计算方法，不同于借款合同中的计收复利，是双方真实意思表示，且不违反法律规定，合法有效。第二，中静投资公司与铭源实业公司协商一致以 2011 年 12 月 31 日铭源实业公司应当支付给中静投资公司的股权回购款金额为基数计算股权回购款合理合法。双方在付款期届满铭源实业公司无力支付时，协议一致将到期款项转化为本金并以此为基数计算回购价款并不违反法律规定，不违反最高人民法院相关司法裁判精神。第三，一审判决认为按照《补充协议四》约定之计算方式计算之结果“明显超出《协议书》第 4.1 条关于合理收益为年利率为 10%的预期利益，亦会超过资金出借能获得的合法利益”没有任何事实和法律依据。首先，中静投资公司正是严格按照《补充协议四》之约定要求铭源实业公司支付股权回购款。其次，本案争议双方并非借款关系，中静投资公司作为投资方对桂客集团承担之风险远大于贷款人对借款人承担之风险，即便比照借款处理，中静投资公司要求铭源实业公司支付之回购款亦不超过人民银行同期贷款利率的四倍，一审判决认为中静投资公司获得之收益超过资金出借能获得的合法收益更是没有任何依据。（二）铭源实业公司应当承担违约责任，向中静投资公司支付违约金。首先，中静投资公司因铭源实业公司之违约造成的损失客观存在，2010 年 2 月中静投资公司增资时，桂客集团每股净资产为人民币 1.0667 元，而经桂客集团 2014 年第七次临时股东会批准的 2013 年度审计报告显示，桂客集团 2013 年末的每股净资产仅为人民币 0.45 元，中静投资公司仅因此一项遭受之损失已高达人民币 3468.83 万元。2014 年桂客集团继续亏损，中静投资公司损失再增加 320.62 万元，远超过中静投资公司主张之违约金金额。其次，双方已经明确约定了违约金的金额，即便一方认为违约金过高，亦应适当减少，而非完全不支持。一审判决因铭源实业公司声称中静投资公司主张违约金过高而全部驳回中静投资公司对违约金之主张，在确认铭源实业公司违约的情况下，判定铭源实业公司无须承担违约责任没有任何事实和法律依据。综上，安徽高院对本案事实认定不清，证据不足，请二审法院审理查明，依法予以纠正：一、依法撤销安徽高院（2014）皖民二初字第 00007 号民事判决，改判支持中静投资公司全部诉讼请求；二、由铭源实业公司承担本案一、二审全部诉讼费用。

铭源实业公司答辩称：一、一审判决认定事实清楚、理由充分。2010 年 2 月 5 日，桂客集团各股东签署《增资协议》及《备忘录》，各股东承诺“各方共同致力于做强做大桂林客车产业，共同致力于资本市场上市实现股东价值最大化，在增资扩股完成后，共同努力、采取

积极措施，在桂客集团整体变更为股份有限公司并完成公司变更登记之日起三个月内，各方协商通过适当的解决方案以规范影响桂客集团首次公开发行上市的实质性障碍”。一审判决认为“《协议书》《增资协议》约定有关桂客集团国内 A 股上市目标、三年预期税后利润 3000 万元、4500 万元、7500 万元目前未能实现，涉及多方因素，并非全部是铭源实业公司单方原因，也不符合其利益；中静投资公司成为桂客集团股东后，各方股东对于实现上述目标均负有相应义务”符合前述《备忘录》精神及各股东在《备忘录》中的承诺。铭源实业公司作为桂客集团的第一大股东，各股东承诺的相关目标未能实现确实不符合其利益。铭源实业公司虽为桂客集团大股东及实际控制人，但铭源实业公司并未利用其大股东地位向中静投资公司隐瞒桂客集团的任何信息。在铭源实业公司与包括中静投资公司在内的桂客集团其他股东签署《增资协议》及其他一系列协议书之前，桂客集团及铭源实业公司已向中静投资公司充分披露桂客集团财务、法律及业务等各方面的信息，中静投资公司也委托相关中介机构对桂客集团进行了全面、充分的尽职调查。在中静投资公司已充分了解桂客集团各方面信息的情况下，其增资后的桂客集团在国内 A 股上市以及设定的三年预期税后利润 3000 万元、4500 万元、7500 万元能否实现应当有其客观评判，对于前述目标未能实现，其亦存在过错。且铭源实业公司作为桂客集团的股东所拥有的权利已委托中静投资公司享有，桂客集团的董事及高管亦由中静投资公司委派，但中静投资公司与桂客集团其他股东长期不和，导致其在相关股东会提出的议案均被否决，公司陷入僵局，并出现亏损。二、一审判决适用法律正确。以中静投资公司实际损失为基础确定铭源实业公司承担责任的标准，判令铭源实业公司向中静投资公司支付回购款人民币 6000 万元，并以人民币 6000 万元为基数按不同期间以 10%和 15%的年利率支付利息，并无不当。2010 年 2 月 1 日，中静投资公司与铭源实业公司签署《协议书》，约定中静投资公司以现金对桂客集团进行增资，并约定在相关条件成就时中静投资公司有权向铭源实业公司转让持有桂客集团的股权，转让价格包括原始出资及出资期限内的合理收益，合理收益是指年利率 10%，以中静投资公司原始出资额为基数计算收益。根据前述约定，在中静投资公司与铭源实业公司签署《增资协议》之前即已确定股权回购价格的构成及计算方式，并进一步确定在回购股权时合理的收益为年利率 10%（预期利益），一审判决铭源实业公司向中静投资公司支付回购款人民币 6000 万元，并以人民币 6000 万元为基数按不同期间以 10%和 15%的年利率支付利息符合中静投资公司与铭源实业公司之间的约定及双方签署《增资协议》的目的。因中静投资公司请求计收复利并支付回购款 20%违约金的标准过高，明显超过中静投资公司的实际损失，故铭源实业公司根据《合同法》第一百一十四条之规定，请求安徽高院降低违约金标准。从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释二》）第二十九条规定可知，违约金具有补偿性和惩罚性双重性质，合同当事人可以约定高于实际损失的违约金。但违约金的性质仍以补偿为主，以填补守约方的损失为主要功能，而不是严厉惩罚违约方为目的。因此，铭源实业公司主张约定的违约金过高请求减少，安徽高院依法调整违约金的标准符合前述合同法及最高法院司法解释的规定。确定约定的违约金标准是否过高，根据《合同法》《合同法解释二》的规定，应以实际损失数额为确认的基础。安徽高院以中静投资公司的资金占用损失作为实际损失，符合公平原则和诚实信用原则。综上所述，安徽高院认定事实清楚，适用法律正确，中静投资公司的上诉请求与理由并无事实和法律依据，请二审法院依法驳回中静投资公司的全部上诉请求。

本院对安徽高院查明的基本事实予以确认。

本院认为，本案双方的争议焦点仍系中静投资公司主张铭源实业公司应自 2012 年 1 月 1 日起以 7061.92 万元为基数按照年利率 15%计算复利支付股权回购款，以及按照回购款总额 20%支付违约金的诉请能否得以支持的问题。

本院认为,本案系股权转让及回购纠纷,股东一旦注资成为公司股东,即应承担相应的投资风险,即便此类由股东予以回购的协议并不违反法律禁止性规定,但回购实质上是在双赢目标不能达成之后对投资方权益的一种补足,而非获利,故其回购条件亦应遵循公平原则,在合理的股权市场价值及资金损失范围之内,不能因此鼓励投资方促成融资方违约从而获取高额赔偿。因此,虽然双方在《补充协议四》中自主约定了回购价款及违约金的计算方式,但从其性质上而言均系因《协议书》约定事项未能实现,铭源实业公司向中静投资公司承担的违约责任,故可对此做统一调整和权衡。

具体而言,股权回购价款的第三部分明确表述为按照年利率 15% (复利,每年计息一次,不足一年的按天数年化计算),以第一项和第二项的合计数 7061.92 万元为基数,自 2012 年 1 月 1 日起至铭源实业公司向中静投资公司交付回购价款前一日止应计的利息。从其表述内容与计算方式均可显示出复息的性质。复息计算之规定来源于中国人民银行《人民币利率管理规定》,而该规定适用对象仅限于金融机构,故中静投资公司并不具有向铭源实业公司收取复息的权利。对于中静投资公司的要求自 2012 年 1 月 1 日起以 7061.92 万元为基数按照年利率 15% 计算复利的该项上诉主张,本院不予支持。

关于是否应按照回购款总额 20% 支付违约金的问题。依据双方约定,铭源实业公司支付回购款的最后履行期限应为 2013 年 12 月 27 日,在此之前尚不构成违约。自 2013 年 12 月 27 日至中静投资公司诉讼主张的 2014 年 2 月 12 日,铭源实业公司逾期不足三个月,而中静投资公司以全部回购价款为基数计算得出的违约金数额为 19008855 元,明显高于合理范围。且本院认为,本案中违约责任的特殊之处在于:其一,双方签订协议的根本目的应在于通过桂客集团的经营获得收益,以及对于该集团良好发展前景的期许,而非希望《协议书》约定的事项不能实现,从中获得高额违约金;其二,因双方事先约定的为股权收益,而造成协议约定的盈利目标未能实现亦涉及多方因素,并不能完全归咎于铭源实业公司单方原因,该结果亦不符合其合同利益,中静投资公司成为桂客集团股东后,各方股东对于盈利目标的实现均负有相应义务,故在区分其违约责任时亦不能简单以到期未偿还资金为由苛以严格的逾期还款违约责任;其三,依据《合同法》第一百一十四条等相关规定,违约金虽兼具以补偿为主、以惩罚为辅的双重性质,但以赔偿非违约方的损失为主要功能。现铭源实业公司对违约金计算方式及数额提出异议,在中静投资公司除资金占用损失外并未提交证据证明其因此所造成的其他损失之情形下,以 6000 万元投资本金为基数,其诉请支付逾期三个月的违约金 19008855 元显属过高,依法可予以调整。

基于以上考虑,本院认为,结合本案相关事实,依据铭源实业公司的主张可对违约金数额予以适当减少,一审判决以资金占用损失为中静投资公司的实际损失,统一将双方约定的利息及违约金计算方式予以调整,确定按照自 2010 年 3 月 26 日起至 2011 年 12 月 31 日止,以 6000 万元为基数,按照年利率 10% 计算;自 2012 年 1 月 1 日起至实际支付日止,以 6000 万元为基数,按照年利率 15% 计算,有一定的事实与法律依据,亦是在基于公平原则行使自由裁量权的权限范围之内,并无明显不当,本院予以维持。

综上,中静投资公司的上诉请求缺乏法律依据,本院不予支持。一审判决认定事实清楚、适用法律正确,应予以维持。本院依照《中华人民共和国合同法》第一百一十四条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十七条、第二十九条,

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

当事人如未按照本判决确定的期间履行财产给付义务,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费按一审判决执行,二审案件受理费 183620 元,由中静汽车投资有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 刘竹梅

代理审判员 林海权

代理审判员 张颖

二〇一六年三月二十三日

书记员 李洁

1177

中静汽车投资有限公司与上海铭源实业集团有限公司股权 转让纠纷一审民事判决书

安徽省高级人民法院
民事判决书

(2014)皖民二初字第 00007 号

原告：中静汽车投资有限公司。

法定代表人：高央，该公司董事长。

委托代理人：杨坤，北京市隆安律师事务所上海分所律师。

委托代理人：刘定凯，北京市隆安律师事务所上海分所律师。

被告：上海铭源实业集团有限公司。

法定代表人：姚湧，该公司董事长。

委托代理人：金鑫，北京大成（上海）律师事务所律师。

委托代理人：徐舒，北京大成（上海）律师事务所律师。

原告中静汽车投资有限公司（简称中静投资公司）与被告上海铭源实业集团有限公司（简称铭源实业公司）股权转让纠纷一案，本院于 2014 年 3 月 5 日受理后，依法组成合议庭，于 2014 年 10 月 17 日公开开庭进行了审理，原告中静投资公司委托代理人杨坤、刘定凯，被告铭源实业公司委托代理人金鑫到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告中静投资公司诉称：铭源实业公司系桂林客车工业集团有限公司（简称桂客集团）股东及实际控制人，在其对桂客集团未来业绩指标及相关事项进行保证的前提下，中静投资公司应铭源实业公司邀请参与桂客集团增资，与各方共同签署了《桂客集团增资协议》（简称《增资协议》），出资 6000 万元认购桂客集团 18.4818% 股权。为明确铭源实业公司对桂客集团相关事项的保证义务及责任，双方在《增资协议》签订前，在 2010 年 2 月 1 日签订的《协议书》中约定，铭源实业公司保证：1、桂客集团 2010 年、2011 年、2012 年扣除“退二进三”净收益后，合并归属于母公司税后净利润分别为 3000 万元、4500 万元、7500 万元；2、在 2010 年 12 月 31 日之前按照具有证券从业资质的会计师事务所认可的合规方式，消除桂客集团合并桂林大宇客车有限公司（简称大宇客车公司）财务报表之障碍。《协议书》还约定若前述第一项保证之税后净利润三年平均数低于铭源实业公司预测数之 70% 或第二项保证义务未能按时完成，中静投资公司有权向铭源实业公司出售其所持之桂客集团 18.4818% 股权，转让价格为中静投资公司出资与按年利率 10% 计算之合理收益之和扣除中静投资公司获得之分红（若有）。《协议书》签订后，铭源实业公司又分别于 2011 年 3 月 30 日、2011 年 4 月 28 日、2011 年 6 月 24 日签订三份《补充协议书》，延长铭源实业公司完成第二项义务的截止时间至 2011 年 9 月 30 日。2011 年 11 月 24 日，双方签订《补充协议书四》约定中静投资公司有权在 2013 年 12 月 31 日前一个月内书面通知铭源实业公司向其出售其所持权益或继续持有桂客集团股权。若中静投资公司选择出售其所持权益，则回购价格为本金 7061.92 万元及年利率 15% 复利计算之利息（自 2012 年 1 月 1 日起）。2013 年 12 月 2 日，中静投资公司向铭源实业公司发送《关于提请贵司依约回购我司所持桂客集团全部股权的函》，选择按照《补充协议书四》要求铭源实业公司回购中静投资公司持有之桂客集团 18.4818% 股权，根据《补充协议书四》约定铭源实业公司应当在收到中静投资公司书面要求后 20 个工作日（即 2013 年 12 月 31 日前）内支付完毕回购价款。因中静投资公司至今仍未收到该等回购价款，故诉至本院，请求判令：1、铭源实业公司立即回购中静投资公司持有之桂客集团 18.4818% 股权，并向中静投资公司支付股权回购款（计算至实际支付之日，暂算至 2014 年 2 月 12 日为人民币 95044277 元）；2、铭源实业公司按照回购价款总额 20% 向

1178

中静投资公司支付违约金。(应按照铭源实业公司实际支付股权回购款时之金额计算, 暂按 2014 年 2 月 12 日之股权回购款金额计算为人民币 19008855 元); 3、铭源实业公司承担本案全部诉讼费用。

被告铭源实业公司答辩称: 1、同意中静投资公司关于要求铭源实业公司以 6000 万元的价格回购桂客集团 18.4818%股权的诉讼请求, 亦同意在支付股权回购款时在 2010 年 3 月 27 日至 2011 年 12 月 31 日按年利率 10% 支付利息、在 2012 年 1 月 1 日至 2014 年 2 月 12 日(中静投资公司起诉日)按年利率 15% 支付利息; 但不同意中静投资公司有关计收复利的诉讼请求, 因计收复利的相关约定违反我国金融法规的强制性规定而无效。2、不同意中静投资公司要求铭源实业公司按回购价款的 20% 支付违约金的诉讼请求。根据双方之间的相关约定, 铭源实业公司回购中静投资公司持有桂客集团 18.4818%股权的两项条件即铭源实业公司预测的桂客集团 2010、2011、2010 年净利润 3000 万元、4500 万元、7500 万元三年平均数低于预测金额平均数 70% 和在一定期限内未消除桂客集团合并大宇客车公司财务报表障碍。前两项条件之一的利润预测约定, 因在中静投资公司增资桂客集团的第二年铭源实业公司已经实际不再持有桂客的任何股权, 其股权已由上海铭源新能源汽车有限公司(简称铭源汽车公司)实际拥有, 桂客集团全体股东就此签署章程修正案变更了公司章程和确认铭源汽车公司实际持有桂客集团 32.1510%股权, 且桂客集团的董事长改由铭源汽车公司推荐, 总经理亦由铭源汽车公司提名。该修正案签署后, 铭源实业公司已无法全权经营管理桂客集团, 与铭源实业公司就预测桂客集团利润的相关约定因客观原因情况发生重大变化亦无法实施。根据桂客集团各股东于 2010 年 2 月 5 日签署的《备忘录》, 各股东在桂客集团完成增资扩股后, 须共同努力、采取积极措施, 在桂客集团整体变更为股份有限公司并完成工商变更登记之日起三个月内, 各方协调通过适当的解决方案以规范消除影响桂客集团首次公开发行上市的实质性障碍即桂客集团合并大宇客车公司财务报表。截至目前, 桂客集团尚未整体变更为股份有限公司, 消除影响桂客集团合并大宇客车公司财务报表的条件尚未成就, 且该条件的成就须经全体股东共同努力, 仅凭铭源实业公司主观努力客观上也无法实现。综上, 请求依法判决。

中静投资公司为支持其请求诉讼, 提供如下证据:

证据一、《增资协议》。证明中静投资公司应铭源实业公司要求出资 6000 万元对桂客集团进行增资。

证据二、出资款缴纳回单。证明中静投资公司已经完成增资义务。

证据三、《协议书》。证明铭源实业公司保证桂客集团未来业绩并承诺合并大宇客车公司财务报表, 同时承诺在前述义务未完成的情况下以协议条件回购中静投资公司持有的桂客集团权益。

证据四、证据五、证据六, 分别为《补充协议书一》、《补充协议书二》、《补充协议书三》。共同证明中静投资公司与铭源实业公司协商一致延长合并大宇客车公司财务报表截止日期至 2011 年 9 月 30 日。

证据七、《补充协议书四》。证明铭源实业公司以 7061.92 万元的价格回购中静投资公司持有的桂客集团权益, 为缓解铭源实业公司资金压力, 中静投资公司同意在 2013 年 12 月 31 日前选择要求铭源实业公司以《补充协议书四》约定的价格回购或继续持有桂客集团股权。

证据八、《关于提请贵司依约回购我司所持桂客集团全部股权的函》及邮寄凭证。证明中静投资公司已经按照《补充协议书四》约定要求铭源实业公司回购股权并支付回购价款, 铭源实业公司应当在 2013 年 12 月 31 日前向中静投资公司支付回购价款。

铭源实业公司对上述质证意见为:

关于证据一, 真实性无异议, 但证明内容不认同, 铭源实业公司没有要求中静投资公司出资 6000 万元增资, 《增资协议》也未对该事项进行约定。

关于证据二，真实性、证明目的均无异议。

关于证据三，真实性无异议，证明内容不认可。在中静投资公司成为股东第二年桂客集团 32.1510%股权已经由铭源汽车公司持有，桂客集团董事长及总经理也由该公司提名；协议书中预测的桂客集团利润已经客观无法实施。桂客公司合并大宇公司财务报表须由桂客集团全体股东共同努力，并由桂客集团变更股份公司工商登记三个月内才能完成。但目前桂客集团没有进行股改工作。

关于证据四、证据五、证据六，真实性无异议，但中静投资公司并没有按照《补充协议书二》第二条约定书面告知其选择回购股权还是享有“退二进三”的收益。

关于证据七，真实性无异议，但不认可证明内容。该协议 1.23 款有关复利的约定违反金融强制性法规而无效。

关于证据八，铭源实业公司确实收到该函件，但对函件内容不认可，该函所述内容是中静投资公司单方意思表示未得到铭源实业公司确认。

铭源实业公司支持其抗辩意见，提供如下证据：

证据一、《备忘录》、桂客集团工商登记基本信息。证明桂客集团各股东签署《增资协议》时确认，各股东需共同努力，采取积极措施，在桂客集团变更为股份公司并完成工商变更登记之日起三个月内，方可消除影响桂客集团公开发行上市的实质性障碍，即桂客集团合并大宇客车公司财务报表。截至目前，桂客集团尚未变更为股份有限公司，桂客集团各股东协商通过适当的解决方案以规范消除影响桂客集团首次公开发行上市的实质障碍的条件尚未成就。证据二、《协议书》。证明消除桂客集团合并大宇客车公司财务报表的障碍即为消除影响桂客集团首次公开发行上市的实质性障碍。

证据三、桂客集团章程及章程修正案。证明桂客集团各股东确认，除非全体股东同意，各股东按照实缴的出资比例分取红利；桂客集团 32.1510%股权已由铭源汽车公司持有，桂客集团总经理亦由铭源汽车公司提名；铭源实业公司对中静投资公司所进行的桂客集团利润预测的承诺，客观上已经无法实现。

中静投资公司对上述证据的质证意见为：

关于证据一，真实性无异议，证明目的有异议。备忘录明确各方共同努力消除公开发行上市障碍，该义务与消除桂林大宇客车财务报表障碍的义务是相互独立的。《协议书》第三条没有提到任何前提条件，铭源实业公司所称股改是消除财务报表的前提并不成立。对桂客集团工商登记信息，是铭源实业公司 2014 年 10 月 8 日打印的，真实性予以认可，该工商登记显示铭源实业公司是股东，而不是铭源汽车公司，所谓股权转让并不成立。

关于证据二，真实性无异议，证明目的有异议，两个义务是相互独立的。

关于证据三、铭源实业公司仍然是桂客集团股东，该章程修正案是 2011 年签订，但 2011 年之后桂客集团所有经营活动、股东会决议都是铭源实业公司召开主导的。说明铭源实业公司始终是桂客集团股东并参与桂客集团管理。根据铭源汽车公司工商登记信息，该公司系铭源实业公司全资子公司，铭源实业公司声称不是股东，却仍然参与桂客集团管理。

针对铭源实业公司提交的证据，中静投资公司补充提交一组证据：桂客集团 2014 年第四、五次临时股东会决议各一份及铭源汽车公司工商登记基本信息。证明铭源实业公司仍然是桂客集团股东，仍然参与桂客集团管理，铭源汽车公司是铭源实业公司全资子公司。

铭源实业公司对上述证据的质证意见为：对上述证据真实性无异议。由于铭源实业公司持有的股权被法院查封，所以无法办理工商登记变更。近两年的桂客集团经营已经实际由中静投资公司管理。

本院对于中静投资公司、铭源实业公司提交的上述证据的认证意见为：双方对对方提交上述证据的真实性均无异议，本院予以确认，证明目的需结合其他证据予以综合认定。

通过上述举证和质证以及相关证据的认证意见，本院对案件事实认定如下：2010 年 2 月 1 日，中静投资公司（甲方）与铭源实业公司（乙方）签订《协议书》约定，鉴于：1、甲乙双方共同签署《增资协议》，甲方拟以现金认购桂客集团的本次新增股权及根据增资协议完成后续出资，桂客集团增资扩股后将整体变更为股份公司。甲方因首次增资及后续出资形成的权益以下合称“甲方权益”；2、乙方为桂客集团实际控制人，已明确规划了桂客集团未来新能源汽车发展战略以及国内 A 股上市的目标，引入具有附加价值的投资者对实现前述战略及目标具有重要意义，乙方愿意就甲方权益的未来实现提供必要的保障；甲乙双方经友好协商达成如下协议，以资共同遵守：一、甲方同意在本协议签署生效后即行签署《增资协议》及其有关增资的法律文件，并按照协议约定履行甲方义务。二、乙方预测《增资协议》2010 年、2011 年、2012 年实现的合并归属于母公司税后净利润在扣除当年实现的根据《增资协议》中第七条规定的应归属于铭源实业公司及桂林市国有资产投资经营有限公司（简称桂林国投公司）之“退二进三”净收益后，所余税后净利润分别为 3000 万元、4000 万元、7500 万元，经具有证券从业资质的会计师事务所审计后，如果上述三个会计年度的税后净利润在扣除“退二进三”净收益后，三年平均数低于乙方预测金额平均数 70% 的，则甲乙双方同意按照本协议第四条约定执行。三、乙方承诺在 2010 年 12 月 31 日之前按具有证券从业资质的会计师事务所认可的合规方式，消除桂客集团合并大宇客车公司财务报表之障碍，否则，甲乙双方同意按照本协议第四条约定执行。四、甲乙双方同意，如果发生本协议第二条、第三条中乙方预测利润未实现，乙方承诺未完成的任一情形，甲方有权按照以下条件向乙方出售甲方权益，乙方不得拒绝：4.1、甲方权益转让价格包括甲方原始出资额以及出资期限内的合理收益部分。甲方原始出资额包括首次增资以及后续实际发生的出资；出资期限为甲方出资完成验资至甲方收到甲方权益交易对价之间的时期；合理收益是指按年利率 10%，以甲方原始出资额为基数计算的收益，但该合理收益中已包含甲方从桂客集团获得的现金分红部分，如在出资期限内发生现金分红，应从转让价格中予以扣除。4.2、甲方可在本协议第二条、第三条中乙方预测利润未实现、乙方承诺未完成的任一情形实际发生后 90 日内，向乙方提出转让甲方权益的书面要求；4.3、乙方以自身或甲方指定的机构、个人作为受让甲方权益的交易主体，该等受让主体应同意遵守《增资协议》中约定的关于中静投资公司应遵守之义务。4.4、乙方需在收到甲方书面要求后 30 日内，按照本条第 4.1 款约定的转让价格向甲方支付完毕转让价款，甲方应在收到转让价款后的 30 日内协助办理完成股权交割手续。4.5、乙方履行上述支付股权价款义务，不以股权转让协议是否签署 / 或股权交割是否完成为前提条件。在此情形下，无需签署其他文件，乙方有权仅依据本协议要求甲方办理股权交割手续，甲方不得拒绝。4.6、甲乙双方同意，因该项股权转让而发生的一切税费按照相关法律法规规定各自承担。……六、若乙方违反约定，未按照本协议约定收购甲方权益并支付股权转让价款的，甲方有权要求乙方实际履行，并按照股权转让价款的 20% 支付违约金。双方还就其他事项进行了约定。

2010 年 2 月 5 日，铭源实业公司、桂林国投公司、中静投资公司与柳州五菱汽车有限责任公司（简称柳州五菱公司）在桂林市签订《增资协议》约定，铭源实业公司、桂林国投公司、中静投资公司与柳州五菱公司持有桂客集团 100% 股权，其中铭源实业公司对桂客集团的注册资本出资为 9785 万元，占桂客集团注册资本总额的 51%；桂林国投公司对桂客集团的注册资本出资为 9399.8 万元，占桂客集团注册资本总额的 49%。桂客集团拟通过引入外部投资者进行投资，将公司注册资本由 19184.8 万元，增加到 30434.46 万元，其中中静投资公司认缴新增注册资本 5624.83 万元，柳州五菱公司认缴新增资本 5624.83 万元。该《增资协议》第 7.1 条约定，“退二进三”净收益指桂客集团及其下属桂林客车发展有限责任公司、大宇客车公司根据《桂林市工业企业“退二进三”搬迁改造管理办法》及《桂林市工业企业“退二进三”搬迁改造管理办法（试行）调整补充意见》享受桂林市人民政府“退二进三”

政策，因厂房由中心城区搬迁至指定工业园区、原厂区土地拍卖而从土地储备中心及政府财政实际收到的土地及地面建筑成本及财政补贴款扣除土地账面成本、因搬迁形成的地面建筑及设备损失、搬迁费用、相关税费等按股比折合成的桂客集团净资产增值。7.3.1 项约定，原股东与增资方一致同意“退二进三”净收益归属于原股东。当每块土地“退二进三”净收益实现时，本次增资方应按此次增资后按 7.3.2 项所确定计算方式以现金方式补足权益差价，该等权益差价作为本次增资的股本溢价计入桂客集团资本公积。另约定因本协议引起的或与本协议有关的任何争议，本协议有关各方均应当首先通过友好协商谋求解决；如果协商不成，则任何乙方均有权将争议提交签约地人民法院。协议还就其他事项进行了约定。

2011 年 3 月 30 日，中静投资公司与铭源实业公司签订《补充协议书一》约定，鉴于铭源实业公司积极推进《协议书》第三款约定事项，经双方友好协商，一致同意将该款改为“依法承诺在 2011 年 6 月 30 日之前按具有证券从业资质的会计师事务所认可的合规方式，消除桂客集团合并大宇客车公司财务报表之障碍，否则甲乙双方同意按照《协议书》第四款约定执行”。《协议书》其他条款不变，甲乙双方应继续履行。

2011 年 4 月 28 日，中静投资公司（甲方）与铭源实业公司（乙方）签订《补充协议书二》约定：甲乙双方一致同意，甲方有权选择以下两种方式之一来为甲方投资于桂客集团的权益来实现提供保障：第一种方式，甲方有权按照本协议约定方式分享乙方依照《增资协议》第 7.1 条约定所得“退二进三”净收益。第二种方式，乙方预测桂客集团 2010 年、2011 年、2012 年实现的合并归属于母公司税后净利润在扣除当年实现的根据《增资协议》中第七条规定的应归属于甲方及桂林国投公司之“退二进三”净收益后，所余税后净利润应分别 3000 万元、4500 万元、7500 万元，经具有证券从业资质的会计师事务所审计后，如果上述三个会计年度的税后净利润在扣除“退二进三”净收益后，三年平均数低于上述金额平均数 70% 的，甲方可依照《协议书》第四条的约定将所持的桂客集团权益出售给乙方，并自乙方获得约定的合理收益。甲方应自 2013 年 3 月 26 日起二十个工作日内从上述两种方式选择其一，并以书面方式告知乙方。

2011 年 6 月 24 日，中静投资公司与铭源实业公司签订《补充协议书三》约定：鉴于铭源实业公司正在积极推进《协议书》第三款约定事项，经双方友好协商，一致同意将该款修改为：铭源实业公司承诺在 2011 年 9 月 30 日之前按具有证券从业资质的会计师事务所认可的合规方式，消除桂客集团合并大宇客车公司财务报表之障碍，否则，双方同意按照《协议书》第四款约定执行。《补充协议书一》中有不同之处的，以本协议为准。《协议书》其他条款不变，双方应继续履行。协议还约定了其他事项。

2011 年 11 月 24 日，中静投资公司与铭源实业公司签订《补充协议书四》约定：中静投资公司有权在 2013 年 12 月 31 日前一个月内向铭源实业公司作出书面选择，向铭源实业公司出售其所持权益或继续持有桂客集团股权。若中静投资公司选择向铭源实业公司出售其所持权益，铭源实业公司向中静投资公司应支付的回购价款包括下列三个部分：（1）中静投资公司对桂客集团的原始出资 6000 万元；（2）中静投资公司对桂客集团出资完成验资日（即 2010 年 3 月 26 日）至 2011 年 12 月 31 日（共计 646 天）止原始出资额 6000 万元按照年利率 10% 应计利息即 1061.92 万元；（3）按照年利率 15%（复利，每年计算一次，不足一年的按天数年化计算），以上述（1）+（2）合计 7061.92 万元为基数，自 2012 年 1 月 1 日起至铭源实业公司向中静投资公司缴付回购价款前一日止应付利息。中静投资公司提出向铭源实业公司出售所持权益后，若铭源实业公司未按照本协议约定回购中静投资公司所持权益、按时支付回购价款的，视为铭源实业公司违约，中静投资公司有权要求铭源实业公司实际履行，并按照回购价款的总额的 20% 支付违约金。在铭源实业公司按本协议约定向中静投资公司支付完全部回购价款的前提下，无论股权转让协议是否签署及 / 或股权交割是否完成，无需签署其他文件，铭源实业公司有权依据本协议要求中静投资公司办理股权交割手续，中静投资公司

不得拒绝。除本协议另有约定外，本协议与《协议书》、《补充协议书一》、《补充协议书二》、《补充协议书三》不一致的，以本协议约定为准。该份协议还约定因本协议产生的争议，应首先通过友好协商谋求解决，如果协商不成任何一方均有权将该争议事项提交中静汽车所在地人民法院。

2013 年 12 月 2 日，中静投资公司通过特快专递向铭源实业公司邮寄《关于提请贵司依约回购我司所持桂客集团全部股权的函》，称依据双方签订相关协议约定，要求铭源实业公司回购中静投资公司所持桂客集团全部股权，并按照《补充协议书四》的约定，在 2013 年 12 月 27 日前支付相应股权回购款。如在上述期限未能办理完回购股权事项，中静投资公司有权要求支付铭源实业公司包括但不限于 20%违约金等违约责任。

2014 年 2 月 19 日，桂客集团召开 2014 年第四次临时股东会，作出《关于批准公司对外借款并向借款方提供担保的决议》；2014 年 3 月 10 日，桂客集团召开 2014 年底五次临时股东会议，并作出决议，上述两份股东会决议均有铭源实业公司、桂林国投公司、中静汽车公司加盖公章。

本院认为，根据中静投资公司诉讼请求及铭源实业公司答辩理由，本案的焦点为：中静投资公司诉请铭源实业公司自 2012 年 1 月 1 日起以 7061.92 万元为基数按照年利率 15%计算的复利及按照回购款总额 20%支付违约金的诉请应否支持。分析认定如下：

中静投资公司与铭源实业公司签订的《协议书》为各方真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效，本院予以确认。依据《中华人民共和国合同法》第六十条规定，双方当事人应当按照约定全面履行自己的义务。上述协议签订后，中静投资公司与铭源实业公司等三方签订《增资协议》，并依约出资 6000 万元，认购桂客集团新增股权 18.4818%。嗣后，双方就《协议书》履行的后续事宜又分别签订了《补充协议书一》、《补充协议书二》、《补充协议书三》，对此各方亦无争议，本院亦予以确认。因《协议书》第二条约定的有关桂客集团预期利润未能实现，中静投资公司依据《补充协议书四》要求铭源实业公司回购其持有的桂客集团 18.4818%股权，铭源实业公司对此也予以认可，中静投资公司该项诉请有事实和法律依据，本院予以支持。至于铭源实业公司所称，其已于 2010 年 2 月 1 日将持有桂客集团股权转让给铭源汽车公司，不再实际经营管理桂客集团，故无法实现对中静投资公司所作桂客集团利润预测的承诺。经查，其虽与铭源汽车公司签订有股权转让协议，但是该协议签订后，并未办理股权变更手续，且从桂客集团的 2014 年第四次、第五次股东决议内容看，其仍作为公司股东实际参与公司经营及行使股权权利，故对其该项辩称不予采信。

关于铭源实业公司应支付的桂客集团 18.4818%股权的回购款，中静投资公司主张该款按照《补充协议书四》应为包括其原始出资额 6000 万元及出资完成验资日（即 2010 年 3 月 26 日）至 2011 年 12 月 31 日止按照年利率 10%应计利息即 1061.92 万元、按照年利率 15%（复利，每年计算一次，不足一年的按天数年化计算），以 7061.92 万元（6000+1061.92 万元）为基数，自 2012 年 1 月 1 日起至铭源实业公司向中静投资公司缴付回购价款前一日止应付利息，并按照上述回购款支付 20%违约金。铭源实业公司对于以 6000 万元回购桂客集团 18.4818%股权以及中静投资公司原始出资日至 2011 年 12 月 31 日按照年利率 10%、自 2012 年 1 月 1 日起按照年利率 15%计算利息无异议，但对于中静投资公司有关计收复利以及支付回购款 20%的违约金的主张不予认可。鉴于：1、中静投资公司与铭源实业公司签订《协议书》、与其他各方签订《增资协议》，并实际出资 6000 万元入股桂客集团，其目的应在于通过桂客集团的经营获得收益，以及对于该集团良好发展前景的期许，而非希望《协议书》约定的事项不能实现，获得高额的违约金。2、《协议书》、《增资协议》约定有关桂客集团国内 A 股上市目标、三年预期税后利润 3000 万元、4500 万元、7500 万元目前未能实现，涉及多方因素，并非全部是铭源实业公司单方原因，也不符合其利益；中静投资公司成为桂客集团

股东后，各方股东对于上述目标的实现均负有相应义务。3、中静投资公司主张的按照回购款分段按照年利率 10%、15%计算利息以及按照回购款 20%计算违约金，从其性质上说均是对于《协议书》约定事项未能实现，铭源实业公司向中静投资公司承担的违约责任；按照《补充协议书四》约定自 2012 年 1 月 1 日起以 7061.92 万元为基数，按照年利率 15%每年以此计算复利，此标准计算明显超出《协议书》第 4.1 条关于合理收益为年利率为 10%的预期利益，亦会超过资金出借能够获得的合法收益。4、依据《中华人民共和国合同法》第一百一十四条等相关规定，违约金制度系以赔偿非违约方的损失为主要功能。本案中，虽然铭源实业公司存在违约情形，但《协议书》、《补充协议书四》有关违约金的约定明显过高，导致双方权益严重失衡。铭源实业公司亦对此提出异议，中静投资公司除资金占用损失外，又未能提交证据证明因此给其造成的其他损失。综合考虑上述因素，根据公平原则和诚实信用原则，本院酌定铭源实业公司自 2012 年 1 月 1 日起至回购款实际付清之日期间，应以 6000 万元为基数，按照年利率 15%标准向中静投资公司支付利息。

综上，本院依照《中华人民共和国合同法》第五条、第六条、第六十条第一款、第一百零七条、第一百一十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十八条之规定，判决如下：

一、被告上海铭源实业集团有限公司于本判决生效之日三十日内回购原告中静汽车投资有限公司持有的桂林客车工业集团有限公司 18.4818%股权，并支付股权回购款 6000 万元及利息（自 2010 年 3 月 26 日起至 2011 年 12 月 31 日止，以 6000 万元为基数，按照年利率 10%计算；自 2012 年 1 月 1 日起至实际支付日止，以 6000 万元为基数，按照年利率 15%计算）。

二、驳回原告中静汽车投资有限公司其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 612066 元，由上海铭源实业集团有限公司负担 428446 元，中静汽车投资有限公司负担 183620 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国最高人民法院。

审判长 霍楠

审判员 徐旭红

代理审判员 张如果

二〇一四年十二月十二日

书记员 夏敏

钟立君与湛江市赤坎区地方税务局、广东省湛江市地方税务局金融行政管理一审行政判决书

湛江经济技术开发区人民法院

行政判决书

(2015)湛开法行初字第 373 号

原告钟立君，男，汉族，公民身份号码×××0412，住湛江市赤坎区。

被告湛江市赤坎区地方税务局，住所地湛江市赤坎区。

法定代表人王立，局长。

委托代理人杨晟。

委托代理人刘洋，广东国邦律师事务所律师。

被告广东省湛江市地方税务局，住所地湛江市赤坎区。

法定代表人：李漫天，局长。

委托代理人：陈辉。

委托代理人：钟海晖。

原告钟立君不服被告湛江市赤坎区地方税务局（以下简称赤坎地税局）对原告于 2010 年 1 月 5 日至 2015 年 6 月 5 日分批转让粤传媒股票征收个人所得税共 214854.50 元及被告湛江市地方税务局（以下简称湛江地税局）作出的湛地税复决字（2015）第 1 号税务行政复议决定书，于 2015 年 11 月 30 日向本院提起行政诉讼。本院于 2015 年 12 月 4 日立案后，于 2015 年 12 月 21 日向被告送达了起诉状副本及应诉通知书。本院依法组成合议庭，于 2016 年 1 月 11 日公开开庭审理了本案。原告钟立君、被告赤坎地税局的法定代表人王立及委托代理人杨晟、刘洋、被告湛江地税局的委托代理人陈辉、钟海晖到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

被告赤坎地税局于 2010 年 1 月 5 日至 2015 年 6 月 5 日对原告钟立君在此期间七次转让粤传媒股票征收个人所得税共 214854.5 元，原告不服上述征税行为，向被告湛江地税局申请行政复议，被告湛江地税局于 2015 年 11 月 23 日作出湛地税复决字（2015）第 1 号税务行政复议决定书，维持被告赤坎地税局的上述征税行为。

原告钟立君诉称：原告 2007 以前在三板市场（代办股份转让系统）买入的粤传媒股票，2007 年 11 月转到深圳中小板市场上市。按财政部、国家税务总局、中国证监会《关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》（财税〔2009〕167 号文，以下简称 167 号文）第二条规定，粤传媒股票是限售股。但该文第八条免税规定和《财政部、国家税务总局、法制办、证监会有关负责人就个人转让上市公司限售股征收个人所得税有关问题答记者问》第 3 条规定，对个人在上海证券交易所、深圳证券交易所转让从上市公司公开发行和转让市场取得的上市公司股票所得，继续免征个人所得税。因三板市场是全国性股票转让市场，从全国性股票转让市场买入的粤传媒股票，完全符合上述免税条件。对于上述问题，原告多次向证监会与国家税务总局请示。2011 年 12 月 2 日才收到国家税务总局的回复。按来信回复第二条“纳税人可以按照财税〔2009〕167 号、财税〔2010〕70 号等文件规定，向证券公司所在地税务机关申请办理税款清算手续。”原告已向被告湛江地税局提出申请退税的报告。2012 年 8 月 13 日，湛江地税局口头答复，没有国家税务总局明确表态，不同意退税。2012 年 11 月 15 日收到湛江地税局的书面回复，拒绝执行 167 号文免税规定。原告起诉二被告的理由如下：一、原告从三板市场买入取得的粤传媒股票，符合财税〔2009〕167 号文第八文的规定，因为三板市场是全国性股票转让市场。二、按财税〔2010〕70 号文（以下简称 70 号文）“个人持有的从代办股份转让系统转到主板（或中小板、创业板市场）的限

1185

售股”征收个人所得税的规定，粤传媒股票在转到中小板前，有三种性质的股票，一是非流通法人股、二是内部职工股、三是流通股，前两种股票在三板市场是不流通的，是限售股，所以文件指的限售股是内部职工股。原告持有的是流通股（附非上市公司股份确权受理单），不是文件规定的限售股。三、从证监会的复函和国务院法制办的复信来看，均没有将原告从三板市场买入的粤传媒股票界定为限售股。国家税务总局回复称“此种行为与个人在证券二级市场上买卖股票有所不同”，承认在证券二级市场买入的股票符合文件免税规定，但否认三板市场是证券二级市场，用错误的概念来解释文件。四、被告明知违反文件征税，由于权大于法，拒绝退税。请求：判令二被告按财政部、国家税务总局、中国证监会财税（2009）167号文第八条免税规定退还已预扣的限售股个人所得税214854.50元。

原告向本院提供的证据：1、财税（2009）167号《财政部国家税务总局证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》；2、财税（2010）70号《财政部国家税务总局证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的补充通知》，证据1、2证明原告的粤传媒股票符合免税规定；3、《财政部国家税务总局证监会有关负责人就个人转让上市公司限售股征收个人所得税有关问题答记者问》，证明对从转让市场取得上市公司股票继续免征个人所得税的原因；4、证监会给原告的复函，证明原告的粤传媒股票不是限售股；5、国家税务总局《关于对广东省徐马权等4人的来信回复》，证明国家税务总局实际承认从二级证券市场买入的股票符合免税规定；6、国务院法制办给徐马权的回复；7、湛江地税局《关于对钟立君等4人的来信回复》，证明湛江地税局在回复中删除国家税务局一句话；8、原告于2012年8月20日给国家税务总局的信；9、原告写给国家税务总局的《请国家税务总局答复》；10、原告所写的《致财政部长、国家税务总局局长、中国证监会主席的公开信》；证据8、9、10证明原告向有关部门反映问题；11、原告向湛江地税局申请退税报告，证明原告申请退税；12、原告写给湛江市金融办公室《请求退税的报告》；13、原告写给国家税务总局局长的公开信；14、原告写给湛江市纪委的投诉信；证据11至14证明原告向有关单位反映问题；15、湛江地税局《信访事项处理意见书》，证明被告的答复；16、非上市公司股份确权受理单，证明从三板市场转到深圳中小板市场的股份是流通股，不是限售股；17、广发证券湛江营业部对账单、国泰君安证券客户资金流水，证明原告在三板市场买卖粤传媒的交易单；18、税务行政复议决定书，证明湛江地税局的复议行为；19、（2015）湛开法行初字第311号行政裁定书，证明原告撤回2015年9月16日的行政诉讼；20、卖出粤传媒股票被扣所得税明细表，证明原告被预扣个人所得税214854.50元。

被告赤坎地税局辩称，一、原告持有的粤传媒股票，由中国证监会下属的中国证券登记结算有限公司定为限售股，中国证券登记结算有限公司也下发相应的代扣个人所得税的数据到证券公司，故原告在转让粤传媒股票时，扣缴义务人信达证券股份有限公司湛江中山一路证券营业部履行扣缴义务符合相关法律、法规规定，被告不存在任何过错。根据167号文第一条的规定，自2010年1月1日起，对个人转让限售股所得，按照财产转让所得适用20%的比例税率征收个人所得税。70号文第一条第（四）项规定“本通知所称限售股，包括个人持有的从代办股份转让系统转到主板市场（或中小板、创业板市场）的限售股”之规定，对于限售股的转让自2010年1月1日起应征收个人所得税。根据167号文第五条的规定，限售股转让所得个人所得税，采取证券机构预扣预缴、纳税人自行申报清算和证券机构直接扣缴相结合的方式征收。70号文第四条第一款第（二）项规定“本通知所称的证券机构，包括证券登记结算公司、证券公司及其分支机构。其中，证券登记结算公司以证券账户为单位计算个人应纳税额，证券公司及其分支机构依据证券登记结算公司提供的数据负责对个人应缴纳的个人所得税以证券账户为单位进行预扣预缴”。因此，扣缴义务人信达证券股份有限公司中山一路证券营业部对原告2010年1月5日至2015年6月5日期间转让粤传媒限售股所得代扣代缴个人所得税符合相关法律、法规规定。二、扣缴义务人信达证券股份有限公司湛江

中山一路证券营业部扣缴原告转让粤传媒限售股所得个人所得税，并向被告申报解缴税款，事实清楚，数据准确，适用法律、行政法规、规章及其他规范性文件正确，符合法定程序。2007年8月前，原告在三板市场（代办股份转让系统）买入粤传媒股票。2007年11月2日，粤传媒公布招股说明书，明确根据公司法的规定，包括原告在内的其他股东自股票上市之日起十二个月内，不得转让其本次发行前已持有的发行人股份。2008年11月17日至2015年6月，原告分批次转让了粤传媒股票，中国证券登记结算有限公司对原告于2010年1月5日至2015年6月5日转让粤传媒股票所得按《国家税务总局关于做好限售股转让所得个人所得税征收管理工作的通知》（国税发〔2010〕8号）的规定预缴个人所得税，符合相关规定。

被告赤坎地税局向本院提交了以下证据、依据：1、答辩人组织机构代码证，证明被告的基本信息；2、粤传媒限售股个人所得税计算表、纳税申报表及相关证据材料（完税凭证），证明扣缴义务人扣缴原告个人所得税，并向被告申报符合法定程序；3、《广东九州阳光传媒股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》、股东名册、《广东九州阳光传媒股份有限公司首次公开发行股票上市公告书》、《粤传媒（002181）限售流通股上市流通公告》，证明原告所持有的粤传媒股票情况；4、法律、行政法规、规章及其他规范性文件，证明被告的税务征收行为符合法律规定。

被告湛江地税局辩称：一、赤坎地税局依法依规征收原告转让上市公司限售股所得个人所得税，事实清楚、证据充分、程序合法，符合相关规定。原告持有的粤传媒股票，由中国证监会下属的中国证券登记结算有限公司界定为限售股，原告在2010年5月至2015年6月5日期间转让粤传媒股票所得，根据167号文及70号文的规定，依法应当缴纳个人所得税。二、湛江地税局依法依规作出湛地税复决字（2015）第1号税务行政复议决定事实清楚、证据充分、程序合法，符合相关规定。

被告湛江地税局向本院提供的证据：1、答辩人组织机构代码证，证明湛江地税局的基本信息；2、请求复议申请书，证明原告的复议申请；3、受理复议通知书、税务文书送达回证，证明湛江地税局依法受理复议申请；4、赤坎地税局提交的书面答复及相关征管资料，证明湛江地税局对赤坎地税局的征税行为进行实体和程序审查；5、答辩人调查的证据材料，证明湛江地税局的调查取证工作；6、税务行政复议决定书（湛地税复决字（2015）第1号），证明湛江地税局依法作出行政复议决定；7、法律、法规、规章、规范性文件，证明湛江地税局作出行政复议决定的法律依据。

经庭审质证，各方当事人的质证意见如下：

对于被告赤坎地税局提交的证据，原告的质证意见为均无关联性；被告湛江地税局均无异议。对于被告湛江地税局提交的证据，原告的质证意见为：证据1、5无关联性，证据2、3、4予以确认，证据6、7不合法；被告湛江地税局均无异议。

对于原告提交的证据，二被告的质证意见为：证据1至证据5真实性合法性无异议，但对原告要证明的事实有异议，证据6关联性有异议，对证据7要证明的事实有异议，证据8至14真实性无异议，合法性关联性有异议，对证据15、16要证明的事实有异议，证据17关联性有异议，证据18、19、20无异议。

本院对原告及二被告提交的证据均予以确认。

经审理查明，原告钟立君于2007年以前在三板市场（代办股份转让系统）操作交易粤传媒股份。2007年9月17日，广东九州阳光传媒股份有限公司（即粤传媒）发布《首次公开发行股票招股说明书》，在该说明书的备查文件之股东名册中，登记原告钟立君共持有粤传媒64000股股份。2007年11月15日，广东九州阳光传媒股份有限公司发布《首次公开发行股票上市公告书》，公告该司发行的人民币普通股股票在深圳证券交易所上市，股票简称‘粤传媒’。对于公司代办股份转让系统流通股股东持有的股份，自公司股票在证券交易所上市

交易之日起一年内不得转让。2008 年 11 月 14 日，粤传媒发布《限售流通股上市流通公告》，公告公司代办股份转让系统流通股股东持有的限售股份可上市流通日为 2008 年 11 月 17 日，同时说明了公司实施了 2008 年度中期资本公积金转增股本方案，即向全体股东每 10 股转增 3 股。

中国证券登记结算公司深圳分公司将原告持有的上述粤传媒 83200 股股票登记为限售股。原告钟立君已全部转让上述股票，分别为：2008 年 12 月 18 日至 2008 年 12 月 31 日卖出粤传媒 2050 股；2009 年卖出粤传媒 26200 股；2010 年 1 月 5 日卖出 400 股；2010 年 8 月 19 日卖出 3800 股；2011 年 10 月 10 日卖出 200 股；2011 年 12 月 6 日卖出 200 股；2015 年 5 月 26 日卖出 30000 股；2015 年 6 月 1 日卖出 10000 股；2015 年 6 月 2 日卖出 10350 股。信达证券股份有限公司湛江中山一路证券营业部对原告在 2010 年 1 月 5 日至 2015 年 6 月 5 日转让粤传媒股票所得代扣代缴个人所得税共 214854.50 元。

上述个人所得税的扣缴，证券机构按照新股限售股上市首日收盘价计算转让收入，按照计算出的转让收入的 15%确定限售股原值和合理税费，以转让收入减去原值和合理税费后的余额，适用 20%税率，计算预扣预缴个人所得税额。

财政部、国家税务总局、证监会于 2009 年 12 月 21 日颁布 167 号文，该文第二条第 2 点规定“限售股”包括“2006 年股权分置改革新老划断后，首次公开发行股票并上市的公司形成的限售股，以及上市首日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股（以下统称新股限售股）”。该文第八条规定“对个人在上海证券交易所、深圳证券交易所转让从上市公司公开发行和转让市场取得的上市公司股票所得，继续免征个人所得税。”财政部、国家税务总局、证监会于 2010 年 11 月 10 日颁布 70 号文，该文第一条第（四）项规定“限售股”包括“个人持有的从代办股份转让系统转到主板市场（或中小板、创业板市场）的限售股”。167 号文第三条规定“个人转让限售股，以每次限售股转让收入，减除股票原值和合理税费后的余额，为应纳税所得额”。

本院认为，本案为税务行政征收纠纷。本案的争议焦点为原告在 2010 年 1 月 5 日至 2015 年 6 月 2 日转让粤传媒股票是否属于 167 号文第八条规定免征个人所得税的情形。

根据《中华人民共和国税收征收管理法》第五条和第十四条的规定，赤坎地税局作为地方税务局有行使税收管理的职权。根据 167 号文第四条的规定，限售股个人所得税由证券机构所在地主管税务机关负责征收管理，因此赤坎地税局作为原告开户的证券机构所在地税务机关，具有涉案税务征收管理职责。

关于原告原持有的 83200 股粤传媒股票是否属于 167 号及 70 号文规定的限售股范围的问题。原告从代办股份转让系统购买 64000 股粤传媒股份，在粤传媒从三板市场转入深圳证券交易所上市后，符合 167 号文“首次公开发行股票并上市的公司形成的限售股”及 70 号文“个人持有的从代办股份转让系统转到主板市场（或中小板、创业板市场）的限售股”的情形。而原告在 2008 年 9 月 5 日取得的粤传媒公司转增的 19200 股股票，符合“上市首日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股”的情形，即上述股票均属于新股限售股。原告主张其原持有的粤传媒股份在三板市场时即为流通股，与非流通法人股、内部职工股等不同。但是，未上市公司的股份在三板市场是否能流通并不是判断公司上市后股票是否为限售股的条件。2005 年上市公司股权分置改革后，首次公开发行公司不再区分流通股和非流通股。粤传媒公司在深圳证券交易所上市后，其控股股东持有的股份、内部职工股及公司代办股份转让系统流通股股东所持有的股份均转为限售流通股。

关于原告转让其原持有的 83200 股粤传媒股票是否属于 167 号文第八条“对个人在上海证券交易所、深圳证券交易所转让从上市公司公开发行和转让市场取得的上市公司股票所得，继续免征个人所得税。”规定的免税情形的问题。原告主张其在三板市场取得粤传媒公司股份，三板市场也属于该条规定中的“转让市场”。从 167 号文第八条的规定及国家税务总局

所得税司《限售股个人所得税政策解读稿》可知，该条款中“转让”是与“发行”并列，均以“上市公司”为前提，即为上市公司一级发行市场和上市公司二级交易市场，而且取得的也须为“上市公司股票”。原告是在代办股份转让系统取得粤传媒股份，不符合 167 号文第八条的规定。对于 167 号文的规定，其第八条免税的规定并非第一、二条关于转让限售股征收个人所得税的例外规定，凡是个人转让符合第二条规定的限售股，都必须征收个人所得税，第八条中的免征个人所得税的股票不包括第二条规定的限售股。

综上，中国证券登记结算有限公司将原告原持有的 83200 股粤传媒股票界定为限售股，信达证券股份有限公司湛江中山一路证券营业部对在 167 号文实施后，原告于 2010 年 1 月 5 日至 2015 年 6 月 5 日间转让上述 83200 股粤传媒限售股代扣代缴 214854.50 元个人所得税，符合 167 号文关于限售股界定及转让限售股征收个人所得税计算的规定。

依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条的规定，判决如下：

驳回原告钟立君的诉讼请求。

本案件受理费 50 元，由原告钟立君负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内提起上诉，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数递交上诉状副本，上诉于广东省湛江市中级人民法院。

审判长 黄胜

代理审判员 赵君鸿

代理审判员 汤倩

二〇一六年三月十五日

书记员 王韬全

周健诉上海纳印投资管理有限公司等公司决议效力确认纠纷一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院
民事判决书

(2014)沪一中民四(商)终字第 2373 号

上诉人(原审被告)周健。

被上诉人(原审原告)游爱国。

被上诉人(原审被告)上海纳印投资管理有限公司。

上诉人周健因与被上诉人游爱国、上海纳印投资管理有限公司(以下简称纳印公司)公司决议效力确认纠纷一案,不服上海市浦东新区人民法院(2014)浦民二(商)初字第 3128 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2014 年 12 月 5 日受理后,依法组成合议庭,于同年 12 月 16 日公开开庭进行了审理。上诉人周健,被上诉人游爱国的委托代理人,被上诉人纳印公司的委托代理人到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院查明,纳印公司系于 2010 年 5 月 18 日成立的有限责任公司,注册资本 330 万元(人民币,下同),游爱国与周健均系纳印公司的股东,其中,周健持有纳印公司 3.18%的股权(出资额 10.50 万元,实际出资时间 2010 年 5 月)。

2010 年 5 月 13 日,《上海纳印投资管理有限公司章程》制定形成,全体股东(包括周健)签字确认。该章程第 7.01 条规定,公司股东会制定公司《股权管理办法》;《股权管理办法》是公司股权转让、股权管理的基本规章制度,对全体股东具有约束力。第 7.03 条规定,股东离职后或其要求转让股权的,应当按照其持有的股权上一年度末的对应净资产值(按照权益法计算)将公司股权转让给股东会决议指定的受让人员。后纳印公司章程进行修订,但上述条款内容未作变动。

2010 年 5 月 15 日,《上海纳印投资管理有限公司股权管理办法》制定形成,全体股东(包括周健)签字确认。上述办法载明:纳印公司系由上海 NE 数码喷印材料股份有限公司(以下简称 NE 公司)部分高级管理人员、核心技术人员、中层管理人员等出资设立的有限责任公司,注册资本 330 万元。公司设立的目的和主要的职能是:持有 NE 公司的股权,通过管理持有的 NE 公司的股权,实现对 NE 公司相关人员的中长期股权激励。自本办法生效之日起至 NE 公司首次公开发行的股票上市之日起 12 个月内,激励对象若发生因主动与 NE 公司解除劳动合同的……若激励对象的认购时间超过半年的,在按季度进行折算,不满一个季度不计的基础上,激励对象承诺按照原始认购股权价格并加算 8%年利率(不计复利,并扣除历年分红部分)将其持有的全部公司的股权转让给公司股东会认可的其他股东或第三人,激励对象作为公司股东的一切权利终止。上述办法后于 2012 年作修订,但上述条款内容未作变动。

2008 年 10 月,周健入职 NE 公司。2013 年 6 月 20 日,周健申请离职,同年 7 月 13 日解除与 NE 公司的劳动合同关系。周健分别自纳印公司取得 2011 年、2012 年的股东分红(税后) 6,554.17 元、10,353.59 元,共计 16,908.30 元。

2014 年 7 月 8 日,纳印公司发出临时股东会会议通知,内容:纳印公司临时股东会会议由公司执行董事即游爱国提议并召集,定于 2014 年 7 月 22 日在公司会议室召开。本次会议将就公司股东周健离职后,按照公司章程及股权管理办法的规定转让其所持公司股权等事宜作讨论和表决。

2014 年 7 月 22 日,纳印公司股东会会议如期召开,并形成“上海纳印投资管理有限公司临时股东会决议”一份,决议内容:因原股东周健辞职,故根据公司章程和股权管理办法的有

1190

关规定，同意将周健所持有的本公司 3.18%的股权（原出资额 10.5 万元）以 121,692 元的价格转让给股东游爱国，其他股东放弃优先购买权。因公司股东发生变动，同意对公司章程的相关条款予以修订。公司应于股东发生变动之日起 30 日内，向登记机关申请变更登记，等等。表决结果，同意的占总股数的 96.82%，不同意的占总股数的 3.18%。除了周健，纳印公司的其余股东自行或委托其他到会股东在决议上签字确认。

2014 年 7 月 24 日，纳印公司向周健发出《股权转让手续办理通知》一份，要求周健于 2014 年 7 月 31 日前来纳印公司配合办理与股权变更登记相关的工商变更登记手续和备案手续。周健至今未予配合办理。

原审法院另查明，纳印公司在工商部门备案的 2012 年度的会计报表显示，纳印公司于 2012 年 12 月 31 日的所有者权益（或股东权益）合计 3,382,385.17 元。

原审法院认为，本案具有一定的特殊性，纳印公司就股权转让事宜，已事先通过公司股权管理办法、公司章程的方式作出相应规定。系争股东会决议正是基于该前提而形成。就整个案件的处理而言，系争股东会决议是否有效，亦从根本上决定了游爱国的全部诉请可否得以支持。系争股东会，在召集程序、表决方式上未见违反法律、行政法规或者公司章程的情形，须重点审查的是系争股东会决议是否存在决议内容违反法律、行政法规无效的情形。根据已查明的事实，纳印公司的股权管理办法、公司章程均对股权转让事宜作出规定。前者规定，激励对象承诺按照原始认购股权价格并加算 8%年利率（不计复利，并扣除历年分红部分）将其持有的全部公司的股权转让给公司股东会认可的其他股东或第三人。后者则既规定公司股东会制定的《股权管理办法》是公司股权转让、股权管理的基本规章制度，对全体股东具有约束力；又规定股东离职或其要求转让股权的，应当按照其持有的股权上一年度末的对应净资产值（按照权益法计算）将公司股权转让给股东会决议指定的受让人员。在审理中，游爱国表示，其主张受让周健股权的价格是按照股权管理办法规定的方式计算所得，即转让价格为 10.50 万元（原始认购股权） $\times (1+0.08 \times 4) - 16,908.30$ 元（2011 年和 2012 年的分红） $\approx 121,692$ 元。周健则表示，无论按照股权管理办法还是章程计算所得的价格都有失公允，应通过中立第三方评估的价格来确定转让价格。原审法院认为，第一，从纳印公司设立的目的和功能来看，是要实现对 NE 公司相关人员的中长期股权激励，周健是否在 NE 公司任职与其是否能继续持有纳印公司股权密切相关。第二，纳印公司的股权管理办法、公司章程均系经全体股东签字确认通过，具体股权转让办法是全体股东的意志，故对全体股东均具有约束力，现周健已从 NE 公司离职，即已发生股权转让的事由，周健应根据股东会的决议作股权转让，不存在强制周健转让股权的问题。第三，从形成时间来看，股权管理办法形成在后（即 2010 年 5 月 15 日），公司章程形成在前（即 2010 年 5 月 13 日），在两者发生冲突时，应以形成在后的股权管理办法来确定股权转让价格。第四，根据纳印公司在工商部门备案的 2012 年度资产负债表，周健离职上一年度末即 2012 年末的净资产为 3,382,385.17 元，按照公司章程计算所得的转让价格为 $3,382,385.17 \text{ 元} \times 3.18\% = 107,559.85$ 元，该价格低于根据股权管理办法计算得出的转让价格 121,692 元。从该角度而言，系争股东会决议确定以股权管理办法计算得出的转让价格 121,692 元将周健持有的 3.18%股权转让给游爱国，并无不当。周健所称的以第三方评估的公允价格来转让股权，缺乏依据，故不予采信。综上，系争股东会决议不存在决议内容违反法律、行政法规无效的情形，应属有效。结合股权管理办法对纳印公司全体股东具有约束力该事实，游爱国与周健均应根据系争股东会决议来履行各自的权利义务。周健至今未作相应履行，游爱国要求确认周健持有的纳印公司的 3.18%股权归游爱国所有，游爱国据此向周健支付相应的股权转让价格，纳印公司、周健办理相应的工商变更登记，并无不当。原审法院据此依照《中华人民共和国公司法》第二十二条第一款、第三十二条第三款的规定，判决：一、确认 2014 年 7 月 22 日形成的“上海纳印投资管理有限公司临时股东会决议”有效；二、周健持有的纳印公司的 3.18%的股权归游爱

国所有；三、游爱国于判决生效之日起十日内支付周健股权转让款 121,692 元；四、纳印公司于判决生效之日起十日内就上述第二项判决内容办理相应的工商变更登记手续，周健予以配合。一审案件受理费 2,733 元，减半收取计 1,366.50 元，由纳印公司负担 40 元，周健负担 1,326.50 元。

判决后，周健上诉称：一、纳印公司章程及股权管理办法的通过缺乏合法程序，纳印公司以欺骗方式获得周健的签字，周健曾就条款内容的合法性和合理性要求纳印公司予以修改，但一直未被采纳。二、NE 招股说明书中记载的 NE 公司每股股票的价格远远高于原审认定的股权转让价格，本案股权转让价格应以第三方评估的价格为准，故请求二审法院撤销原审判决，依法改判驳回游爱国原审全部诉讼请求。

游爱国、纳印公司均答辩称：纳印公司的股权管理办法经公司全体股东签字确认，涉案股权转让价格亦根据股权管理办法计算得出，周健的上诉理由没有依据，故请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审审理期间，各方当事人均未提供新的证据材料。

本院经审理查明，原审法院认定事实属实，本院予以确认。

本院认为：本案的争议焦点在于：一、2014 年 7 月 22 日纳印公司临时股东会决议是否有效；二、本案股权转让价格如何认定。针对争议焦点一，本院认为，纳印公司的公司章程和股权管理办法经过公司全体股东的签字确认，公司章程和股权管理办法对与公司解除劳动关系的股东所持有的公司股权的转让价格及受让人等进行了约定，该约定对全体股东均具有约束力。现系争 2014 年 7 月 22 日纳印公司临时股东会决议无论是召集程序、表决方式还是决议内容均没有违反公司法的相关规定，故原审法院认定该决议有效，于法有据，本院予以确认。周健上诉称其系被纳印公司欺骗而在公司章程和股权管理办法上签字，其曾多次提出修改公司章程和股权管理办法的相应条款等事实，没有相应证据予以佐证，故本院不予采信。针对争议焦点二，本院认为，周健持有的系纳印公司 3.18% 的股权，其以案外人 NE 公司上市股票价值来证明原审法院认定的本案股权转让价格错误，显然依据不足；同时本院注意到，在周健离职之前，纳印公司也发生过股东离职后公司召开股东会，按股权管理办法和公司章程确定该离职股东所持公司股权的转让价格及指定受让人，周健在该些股东会决议上也予以签字。因此，本院认为，周健清楚并同意纳印公司关于股权转让价格的计算方式。现周健二审中仍坚持要求通过第三方评估来确认本案股权转让价格，与纳印公司的公司章程不符，也缺乏相应的法律依据，故本院不予采信。原审法院依照纳印公司股权管理办法确定本案股权转让价格，于法有据，本院亦予以确认。综上所述，周健的上诉请求，依据不足，本院不予支持。原审判决正确，本院予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项、第一百七十五条的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币 2,733 元，由上诉人周健负担。

本判决为终审判决。

审判长 王峥

审判员 赵喜麟

代理审判员 胡玉凌

二〇一五年三月三日

书记员 陈颖

朱立起、连云港鼎发投资有限公司等股权转让纠纷二审民事判决书

温州市中级人民法院

民事判决书

(2016)浙 03 民终 660 号

上诉人(原审被告): 朱立起。

上诉人(原审被告): 连云港鼎发投资有限公司。住所地: 江苏省连云港市新浦区立圩路 3 号。

法定代表人: 张顺军, 该公司经理。

上列二上诉人共同委托代理人: 牛乔, 北京法铭律师事务所律师。

上列二上诉人共同委托代理人: 朱晓冬, 江苏云港律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 温州睿祥股权投资管理有限公司。住所地: 浙江省永嘉县江北街道双塔路 1036 号。

法定代表人: 林祥青, 该公司董事长。

委托代理人: 李阿敏, 北京市金杜律师事务所上海分所律师。

委托代理人: 杨帆, 北京市金杜律师事务所上海分所律师。

上诉人连云港鼎发投资有限公司(以下简称鼎发公司)、朱立起因与被上诉人温州睿祥股权投资管理有限公司(以下简称睿祥公司)股权转让纠纷一案, 不服浙江省永嘉县人民法院(2015)温永商初字第 326 号民事判决, 向本院提起上诉。本院于 2016 年 3 月 1 日受理后, 依法组成由审判员王俊担任审判长, 代理审判员叶恒、黄丽君参加评议的合议庭, 对本案进行了审理。经审查, 合议庭决定不开庭审理。本案现已审理终结。

原审法院审理认定: 江苏乐园新材料集团有限公司(以下简称乐园公司)成立于 2004 年 11 月 25 日, 主营冶炼、生产、加工、和销售碳化硅(SCI)产品, 该公司注册资本原为 6400 万元, 朱立起、鼎发公司原系该公司股东, 出资分别占该公司注册资本 79.69%、20.31%。

2011 年 3 月 6 日, 朱立起、鼎发公司、乐园公司与包括睿祥公司在内的八名投资人共同签订《增资协议》, 协议约定: 乐园公司拟新增注册资本 2070.09 万元, 即注册资本增加至 8470.09 万元。本次增资全部由朱立起、鼎发公司以外的其他投资者以货币方式缴纳。投资款共计 13000 万元, 其中计入公司注册资本部分为 2070.09 万元, 计入公司资本公积部分为 10929.91 万元。八名投资人中, 睿祥公司应缴纳投资款为 1500 万元, 占该公司增资后注册资本的 2.82%。增资完成后, 增资方即成为乐园公司的股东并享有其认购的出资附带的所有权利和权益, 以及作为公司股东的一切权利, 并承担作为公司股东的一切义务。本协议签署后, 经各方协商一致, 可以对本协议进行补充或修改, 本协议的任何变更或补充须书面做出并经各方签署, 否则无效。若因本协议产生的争议未能得到协商解决, 除非法院判决另有规定, 诉讼费用和执行费用(包括证人费和律师费)由败诉方承担。

同日, 朱立起、鼎发公司、乐园公司及包括睿祥公司在内的八名投资人共同签订《补充协议》,

《补充协议》约定: 如果乐园公司在 2013 年 12 月 31 日前没有成功实现合格上市或已存在 2013 年 12 月 31 日前无法上市的情形, 各增资方有权要求现有股东以现金方式回购各增资方所持的全部或部分公司股权; 股东回购价格的计算公式为 $P = I \times (1 + r \times n) - Div$, 即股权回购价格 = 各增资方取得股权时投入的投资总额 $\times (1 + \text{回购溢价率} \times \text{各投资方支付投资款之日至回购条款履行之日的实际天数} \div 360)$ - 各增资方从公司获得累计分红以及现金补偿。其中回购溢价率按照 10% 的年回报计算。如果各增资方根据本协议提出回购要求, 现有股东须在收回各增资方提出回购要求的书面通知之日起 30 日内将所有的回购股权款项支付

1193

给增资方，并完成股权交割。逾期支付的，应按年利率 20% 计算。回购权需在出现回购情形之日起的 180 日内行使，否则视为增资方放弃行使回购权。

2011 年 3 月 8 日，睿祥公司向乐园公司支付投资款 1500 万元。此后，乐园公司向江苏省连云港工商行政管理局提交变更登记申请，将该公司注册资金由 6400 万元变更为 8470.09 万元；股东由朱立起、鼎发公司变更为朱立起、鼎发公司、睿祥公司等。2011 年 3 月 16 日，江苏省连云港工商行政管理局发出《公司准予变更登记通知书》。

2011 年 12 月 29 日，江苏省连云港市人民政府办公室做出《关于推进乐园公司上市工作的会议纪要》，其中指出：乐园公司新浦区浦南镇太平工业园厂区中的 56 亩土地，乐园公司应配合市国土局，抓紧组织上报其中约 5 亩集体建设用地征用材料，获得批准后，由市国土局组织土地上市挂牌工作，尽快完成土地招拍挂手续并办理土地证……。

2012 年 11 月 19 日，江苏省人民政府做出苏政地（2012）767 号批复，同意连云港市人民政府农用地转用方案和征收土地方案，将浦南镇太平村 2.8282 公顷集体农用地转为建设用地并征收为国有，同时将浦南镇太平村的 0.3922 公顷集体建设用地征收为国有。

2014 年 4 月 15 日，乐园公司向江苏省连云港市国土资源局提交国有建设用地使用权出让预申请书，申请受让太平村太平路东、310 国道北的地块。乐园公司愿意以 288 元 / 平方米，总计 1045 万元为最低出让价，并按要求参加此宗地公开挂牌的出让活动。

2014 年 7 月 2 日，江苏省连云港市国土资源局发布连云港市区 2014 年度第 4 批工国有建设用地使用权挂牌出让公告，对太平村太平路东、310 国道北 36280 平方米土地等进行公开挂牌出让。

2014 年 10 月 16 日，浦南镇人民政府向其所在区政府提交关于解决乐园公司 55 亩土地挂牌土地出让金的请求，其中提及：乐园公司 55 亩土地已进行招拍挂程序，该宗地块应向国土局上缴土地出让金共计 10,450,000 元。根据乐园公司与浦南镇签订的《招商引资协议书》，该宗土地出让金应由镇财政支付，但浦南镇目前财政无力支付，故提出三种方案请区政府决定……。

2014 年 4 月 22 日，睿祥公司向乐园公司发出信函，要求朱立起、鼎发公司按照《补充协议》约定回购睿祥公司全部股权，同年 4 月 23 日，乐园公司及朱立起、鼎发公司收到该信函。但朱立起、鼎发公司未向睿祥公司支付股权回购款。

2015 年 1 月 26 日，睿祥公司与北京市金杜律师事务所上海分所签订《律师聘用协议》，委托该所就本案提供法律服务，一审阶段法律服务费 5 万元，在立案后 10 日内支付 5 万元。睿祥公司已支付一审阶段法律服务费 5 万元。

另查明，2008 年 11 月，乐园公司与南京证券有限责任公司签订《总体财务顾问协议书》，委托该公司承办乐园公司股份改制及股票发行上市方案策划、发行辅导、股票发行上市保荐与承销等事宜。

2011 年 5 月，乐园公司与君合（深圳）律师事务所签订《法律服务协议》，委托该律师事务所为乐园公司改制重组、首次公开发行（A 股）股票并上市提供法律服务。

2011 年 6 月，乐园公司与南京立信永华会计师事务所有限公司签订《审计业务约定书》，委托该会计师事务所为乐园公司整体变更后的股份公司拟上市申报材料的财务报表及其他相关资料进行审计或鉴证。

2015 年 6 月 9 日，南京证券有限责任公司向乐园公司发生工作备忘录，备忘录中指出：乐园公司上市工作于 2011 年正式启动，但由于土地证未解决，股改工作一直没有进展。2011 年下半年以来市场环境发生恶化，公司 2011 年业绩大幅下滑，上市计划被推迟。2012 年公司经营持续恶化并出现加大亏损，首发并上市计划已无实现可能。

2012 年 11 月至 2013 年 12 月期间，新股发行暂停。

又查明：上海市第一中级人民法院作出的（2014）沪一中民四（商）终字第 730 号民事判决书，确认本案的《增资协议》和《补充协议》具有法律效力。

睿祥公司以鼎发公司、朱立起拒不履行合同约定回购义务，严重损害了睿祥公司的合法权益为由，向原审法院起诉请求判令：1、朱立起、鼎发公司连带向睿祥公司支付股权回购款 1989 万元，以及自 2014 年 5 月 24 日起至实际支付股权回购款之日以 1989 万元为本金按年利率 20% 计算逾期付款违约金；2、朱立起、鼎发公司连带向睿祥公司支付律师代理费 10 万元；3、本案全部诉讼费用由朱立起、鼎发公司承担。

朱立起、鼎发公司在原审期间辩称：一、乐园公司丧失按协议约定如期上市的条件，完全是“欧美双反调查”造成的巨大冲击和影响所致，朱立起、鼎发公司也是“欧美双反调查”的受害者，是无过错的，不应承担责任。二、中国证监会对上市公司 IPO 暂停审核及无法解决土地问题属于政府行为，是乐园公司未能如期上市的重要原因。本案应适用情势变更原则，因不可归责于任何一方的责任，请求法院解除双方签订的增资协议和补充协议中有关回购和违约的条款，同时驳回睿祥公司的全部诉讼请求。

原审法院审理认为：朱立起、鼎发公司及乐园公司与睿祥公司等八位投资人签订的《增资协议》、《补充协议》，系各方当事人真实意思表示，并不违反法律法规禁止性规定，应属合法有效。根据《补充协议》的约定，如果乐园公司在 2013 年 12 月 31 日前没有成功实现合格上市或已存在 2013 年 12 月 31 日前无法上市的情形，各增资方有权要求现有股东以现金方式回购各增资方所持的全部或部分公司股权。本案中，睿祥公司已经于 2011 年 3 月 8 日向乐园公司支付了投资款，并办理了股东变更登记，成为乐园公司的股东，因此睿祥公司已经履行了相应的义务。现乐园公司因未能如约在 2013 年 12 月 31 日前经证监会核准上市，根据《补充协议》的约定，睿祥公司要求朱立起、鼎发公司回购其在乐园公司股权的条件已然成就。朱立起、鼎发公司辩称《补充协议》中回购条款无效，但该条款已由生效判决书确认效力，故该院对其辩解不予采纳。根据朱立起、鼎发公司辩称，本案争议焦点系本案是否应当适用情势变更原则，即乐园公司未能上市的原因是否系情势变更所致。首先，朱立起、鼎发公司认为欧美的反倾销、反补贴政策及相关制裁措施，是造成乐园公司不能上市的重要原因。但是，上述政策并不直接作用于个体企业，并不会必然导致乐园公司无法上市，虽对企业有着间接影响，但作为一家决定上市的企业，理应对可能遇到的经营风险作出充分的预估，不能因为市场环境发生一定的变化，就将违约的原因归结于整体环境所致。故该项辩解不成立。其次，朱立起、鼎发公司辩称乐园公司不能成功上市原因系证监会暂停对新股的审核。虽然证监会曾在 2012 年 11 月至 2013 年 12 月间暂停新股的审核，但暂停部分时间并不足以导致乐园公司无法上市，且暂停新股的审核此前亦多次发生，乐园公司准备上市，理应提前预料该种情况，并作出相关的应对措施。此外，乐园公司在暂停时间期间未向证监会递交申请上市的材料，即使证监会没有暂停审核，乐园公司亦无法上市。因此该项辩解不成立。最后，朱立起、鼎发公司辩称乐园公司不能成功上市系政府未能及时解决土地问题所致。土地问题系影响上市的重要因素，朱立起、鼎发公司早已预见并知晓，因土地问题造成不能如期上市的风险应由其自行承担。根据合同相对性，乐园公司未能解决土地问题，无论是政府原因还是朱立起、鼎发公司、乐园公司的原因，均不能对抗朱立起、鼎发公司履行《补充协议》的相关义务。故此项辩解亦不成立。综上，朱立起、鼎发公司辩称乐园公司不能上市系情势变更所致，缺乏事实与法律依据，理由不成立，该院不予采纳。由于乐园公司未能按协议约定如期上市，已经触发股权回购条款，睿祥公司作为投资方，在约定期间内提出要求朱立起、鼎发公司回购其在乐园公司的股权的请求，符合法律规定。根据《补充协议》的约定，股权回购价款计算公式为 $P = I \times (1 + r \times n) - Div$ ，即股权回购价格 = 各增资方取得股权时投入的投资总额 $\times (1 + \text{回购溢价率} \times \text{各投资方支付投资款之日起至回购条款履行之日的实际天数} \div 360)$ - 各增资方从公司获得累计分红以及现金补偿。其中回购溢价率按照 10% 的年

回报计算。本案中，朱立起、鼎发公司于 2014 年 4 月 23 日收到睿祥公司要求支付股权回购价款的通知，应于 30 日内即 2014 年 5 月 22 日前履行付款义务，现朱立起、鼎发公司未能在上述期限内按约履行付款义务，故朱立起、鼎发公司应原告支付股权回购款数额为： $1500 \text{ 万元} \times (1 + 10\% \times 1172 \div 360) - 0 = 1989 \text{ 万元}$ 。故原告要求朱立起、鼎发公司股权回购款 1989 万元，理由正当、合法，应当予以支持。因朱立起、鼎发公司未能按约履行付款义务，根据《补充协议》的约定，应承担相应的违约责任。现睿祥公司要求朱立起、鼎发公司自 2014 年 5 月 24 日起按照月利率 20% 请求逾期付款违约金，符合法律规定，应当予以支持。至于睿祥公司主张的律师费，因《增资协议》已经有明确的约定，朱立起、鼎发公司应予承担，但《律师聘用协议》载明一审阶段法律服务费为 5 万元，睿祥公司也仅支付 5 万元。故睿祥公司要求朱立起、鼎发公司支付律师费 10 万元，于法无据，该院对合理部分的 5 万元予以支持，超出的部分则不予支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百零七条、第一百一十四条第一款之规定，判决如下：一、限朱立起、鼎发公司于本判决生效之日起十日内共同支付睿祥公司股权转让款 1989 万元及违约金（违约金以 1989 万元为基数，自 2014 年 5 月 24 日起按年利率 20% 计算至履行完毕之日止）；二、限朱立起、鼎发公司于本判决生效之日起十日内共同支付睿祥公司律师费 5 万元。本案诉讼费 152888 元，由朱立起、连云港鼎发投资有限公司共同负担。

上诉人鼎发公司、朱立起不服原审判决上诉称：一、涉案股权回购约定违反股东风险共担原则，名为投资，实为借贷，应认定为无效。二、欧美反倾销反补贴政策及相关制裁措施导致了光伏产业及上游产业链的碳化硅行业经济效益大幅下滑，这是当事人不可预知、不能预见的情势，因此乐园公司未能上市的主要原因是情势变更所造成，上诉人不须承担任何违约责任。三、乐园公司未及时取得土地证而导致未及时进行股改，最重要最直接的原因是地方政府未按约定及时交纳土地出让金，主要责任不在乐园公司。四、乐园公司在约定上市日期前未向有关部门上报上市材料，是因为欧美反倾销反补贴政策及相关制裁措施造成企业亏损，从而丧失上市基本条件，已不具备上报条件，同时期 IPO 暂停受理也属于情势变更，并不是上诉人不作为。五、被上诉人睿祥公司对乐园公司的股权投资为 238.86 万元，对乐园公司资本公积部分投资数额为 1261.14 万元，上述协议没有对股权投资或公司资本公积部分投资如何返还或回购作出约定。投资总额与股权投资总额不同，即便上诉人朱立起、鼎发公司需承担回购责任，股权回购价格的计算应以 238.86 万元的股权投资款为基数，而不是以总投资额 1500 万元为基数。违约金的计算也应计算至判决生效之日，而非履行完毕之日。综上，请求撤销原判，依法改判。

被上诉人睿祥公司在二审中辩称：一、本案股权回购条款合法有效，既不违反股东风险共担原则，也不构成“名为投资，实为借贷”。二、欧美反倾销反补贴政策及相关制裁措施不构成本案补充协议项下情势变更事由，与乐园公司未能上市缺乏因果关系，乐园公司不论什么原因未能上市均不影响上诉人支付股权收购价款的合同义务。三、乐园公司至今未能清理土地使用权招拍挂程序问题是由于乐园公司和上诉人自身原因所致，上诉人也无权以此为由主张免责。四、上诉人与被上诉人形成股权转让合同关系，补充协议第 4.2 条对股权转让价款有明确约定，即上诉人应按照各增资方取得股权时投入的投资总额加上一定溢价购买股权。睿祥公司取得股权时投入的投资总额是 1500 万元，上诉人也应当以 1500 万元作为支付股权转让款的计算依据。上诉人的主张与合同约定不符。综上，请求驳回上诉，维持原判。

上诉人朱立起、鼎发公司在二审期间向本院补充提交以下证据材料：1、乐园新材增资协议 1 份，用以证明睿祥公司投资乐园公司 238.86 万元，取得睿祥公司 2.82% 的股权，对乐园公司资本公积部分投资 1261.14 万元，该协议没有对股权回购作出约定；2、乐园新材增资协议之补充协议 1 份，用以证明补充协议约定的“各增资方取得股权时投入的投资总额”应理解为 238.86 万元；3、乐园公司股东会决议 1 份，4、乐园公司股东出资信息表 1 份，5、关

于修改乐园公司章程的章程修正案 1 份, 6、乐园公司工商档案查询材料 1 份, 7、江苏省连云港工商行政管理局公司准予变更登记通知书 1 份, 证据 3—7 用以证明睿祥公司向乐园公司股权实际出资 238.86 万元, 占乐园公司股权比例 2.82%。对上述证据材料, 被上诉人睿祥公司对其真实性均没有异议, 但认为不能证明其待证事实, 股权回购价格的计算基数是投资总额而非认缴出资额。本院认为, 上诉人提供的证据材料内容真实, 但仅能证明睿祥公司向乐园公司的投资情况, 不能证明股权回购价格的计算基数为睿祥公司对乐园公司认缴的出资额, 本院对上述证据均不予采信。

被上诉人睿祥公司在二审期间没有向本院补充提交证据材料。

经审理查明, 本院二审认定的事实与原审法院认定的事实一致。

本院认为: (一) 关于补充协议中股权回购条款是否有效的争议。睿祥公司通过溢价投资以 1500 万元的价款取得乐园公司 2.82% 的股权, 为保障投资利益, 其与乐园公司、朱立起、鼎发公司签订的补充协议中约定如出现乐园公司在 2013 年 12 月 31 日前没有实现上市或实际无法上市等情形时, 睿祥公司有权要求朱立起、鼎发公司按照约定的股权回购价格回购其所持股权。该约定是双方真实自愿意思表示, 亦未违反我国强制性法律法规, 属于意思自治范畴。该约定有助于促进乐园公司增资行为的依法顺利完成, 对于双方的交易起到一定的担保功能, 股权回购情形的成就需触发一定的条件, 故上诉人鼎发公司、朱立起主张双方系“名为投资, 实为借贷”与事实不符, 该约定同时系新、旧股东自由处分其股东权益的行为, 并不损害公司其他股东的权益, 并不违背股东风险共担的原则, 因此该股权回购条款应为有效。

(二) 关于本案适用股权回购条款的条件是否成就的争议。上诉人朱立起、鼎发公司对乐园公司无法于 2013 年 12 月 31 日前符合上市要求的事实不持异议, 但认为原因在于欧美的反倾销反补贴政策及相关制裁措施、证监会暂停新股发行、乐园公司未能及时取得土地证等, 属于不可归责于任何一方的情势变更。本院认为, 该股权回购条款属于对赌条款, 作为对赌方的朱立起、鼎发公司在作出该决策时应对可能遭遇的市场风险及自身的抗风险能力有较普通商业决策更为充分地预估。光伏产业遭遇反倾销反补贴政策及相关制裁措施虽非普遍现象, 但亦属能够预见的市场风险, 且并非直接影响乐园公司, 不会必然导致乐园公司无法按期上市。至于土地问题, 首先, 取得出让土地属于企业经营活动之一, 对于土地出让进程的预估属于企业应当预见的内容; 其次, 并无证据证明乐园公司未能及时取得土地证的原因在于地方政府; 再次, 乐园公司因土地问题未能完成股改不能对抗合同相对方, 不能成为其免除合同义务的理由。关于新股暂停发行的问题, 因乐园公司并未完成上市前的准备工作, 其经营状况也不符合上市企业必须具备的条件, 因此新股是否暂停发行都不影响涉案股权回购条款成就的事实。综上, 上诉人朱立起、鼎发公司主张的情势变更原则不适用于本案, 本案适用股权回购条款的条件已成就。(三) 关于股权回购价格及违约金如何确定的问题。补充协议中股权回购价格的计算公式明确, 上诉人朱立起、鼎发公司对其他内容没有异议, 仅对公式中的 I 即“各增资方取得股权时投入的投资总额”的理解与原判存在分歧, 其认为 I 应为睿祥公司投入计入注册资本的部分 238.86 万元。本院认为, 涉案股权投资系溢价投资, 部分投资计入注册资本, 部分投资计入资本公积。股权回购价格中的 I 明确为增资方取得股权时投入的投资总额, 即为 1500 万元, 文意不存在歧义。上诉人朱立起、鼎发公司主张根据计入注册资本部分的投资额 238.86 万元为基数计算股权回购价格既与补充协议约定的文意不符, 也不符合权利义务相对等的原则, 本院不予采纳。关于违约金的计算, 因补充协议中约定逾期支付股权回购款项的应按年利率 20% 计息, 并未明确计算的截止日期, 原判确定违约金计算至履行完毕之日止并无不妥。综上, 原审判决认定事实清楚, 适用法律正确, 依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(一)项之规定, 判决如下:

驳回上诉, 维持原判。

本案二审案件受理费 152888 元, 由上诉人朱立起、连云港鼎发投资有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 王俊

代理审判员 黄丽君

代理审判员 叶恒

二〇一六年五月十七日

书记员 员张璇

朱立起诉上海嘉石投资有限公司股权转让纠纷一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院
民事判决书

(2015)沪一中民四(商)终字第 2737 号

上诉人(原审被告)连云港鼎发投资有限公司,住所地江苏省连云港市新浦区 XX 路 XX 号。法定代表人朱立起,执行董事。委托代理人孙太友,该公司员工。委托代理人朱晓冬,江苏云港律师事务所律师。上诉人(原审被告)朱立起,XX 年 XX 月 XX 日出生,汉族,住江苏省连云港市新浦区 XX 路 XX 号。委托代理人朱晓冬,江苏云港律师事务所律师。被上诉人(原审原告)上海嘉石投资有限公司,住所地上海市长宁区 XX 路 XX 号。法定代表人林祥青,董事长。委托代理人杨帆,北京市金杜律师事务所上海分所律师。委托代理人李阿敏,北京市金杜律师事务所上海分所律师。上诉人连云港鼎发投资有限公司(以下简称鼎发公司)、朱立起因与被上诉人上海嘉石投资有限公司(以下简称嘉石公司)股权转让纠纷一案,不服上海市长宁区人民法院(2014)长民二(商)初字第 7680 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2015 年 12 月 17 日立案受理后,依法组成合议庭,并于 2016 年 1 月 21 日公开开庭进行了审理。上诉人鼎发公司的委托代理人孙太友、朱晓冬,上诉人朱立起的委托代理人朱晓冬,被上诉人嘉石公司的委托代理人李阿敏到庭参加诉讼。本案现已审理终结。原审法院认定:案外人江苏 XX 有限公司(以下简称 xx 公司)成立于 2004 年 11 月 25 日,主营冶炼、生产、加工和销售碳化硅(SCI)产品,该公司注册资本原为人民币(下同)64,000,000 元,鼎发公司、朱立起原系该公司股东,出资分别占该公司注册资本的 79.69%、20.31%。2011 年 3 月 6 日,鼎发公司、朱立起、xx 公司及包括嘉石公司在内的八名投资人共同签订《xx 新材增资协议》(以下简称《增资协议》),协议约定:xx 公司拟新增注册资本 20,700,900 元,即注册资本增加至 84,700,900 元。本次增资全部由鼎发公司、朱立起以外的其他投资者以货币方式缴纳。投资款共计 130,000,000 元,其中计入公司注册资本部分为 20,700,900 元,计入公司资本公积部分为 109,299,100 元。八名投资人中,嘉石公司应缴纳投资款为 10,000,000 元,占该公司增资后注册资本的 1.88%。增资完成后,增资方即成为 xx 公司的股东并享有其认购的出资附带的所有权利和权益以及作为公司股东的一切权利,并承担作为公司股东的一切义务。本协议签署后,经各方协商一致,可以对本协议进行补充或修改,本协议的任何变更或补充须书面做出并经各方签署,否则无效。若因本协议产生的争议未能得到协商解决,除法院判决另有规定,诉讼费用和执行费用(包括证人费用和律师费)由败诉方承担。同日,鼎发公司、朱立起、xx 公司及包括嘉石公司在内的八名投资人共同签订《xx 新材增资协议之补充协议》(以下简称《补充协议》),《补充协议》约定:增资募集资金将被用于以下方面,公司固定资产和流动资金需求—35,000,000 元;东海(暂定)兴建油砂回收厂—35,000,000 元;新产品开发—5,000,000 元;新科公司设备、流动资金—5,000,000 元;冶炼厂项目—40,000,000 元;首次公开发行募集资金投资项目所需土地—10,000,000 元。如果 xx 公司在 2013 年 12 月 31 日前没有成功实现合格上市或已存在 2013 年 12 月 31 日前无法上市的情形,各增资方有权要求现有股东以现金方式回购各增资方所持的全部或部分公司股权;股权回购价格的计算公式为 $P = I \times (1 + r \times n) - Div$,即股权回购价格=各增资方取得股权时投入的投资总额 $\times$ (1+回购溢价率 $\times$ 各投资方支付投资款之日起至回购条款履行之日的实际天数 $\div$ 360)-各增资方从公司获得累计分红以及现金补偿。其中回购溢价率按照 10%的年回报计算。如果各增资方根据本协议提出回购要求,现有股东须在收到各增资方提出回购要求的书面通知之日起 30 日内将所有的回购股权款项支付给增资方,并完成股权交割。逾

1199

期支付的，应按年利率 20%计息。回购权需在出现回购情形之日起的 180 日内行使，否则视为增资方放弃行使回购权。2011 年 3 月 8 日，嘉石公司向 xx 公司支付投资款 10,000,000 元。此后，xx 公司向江苏省连云港工商行政管理局提交变更登记申请，将该公司注册资本由 64,000,000 元变更为 84,700,900 元；股东由鼎发公司、朱立起变更为鼎发公司、朱立起、嘉石公司等。2011 年 3 月 16 日，江苏省连云港工商行政管理局发出《公司准予变更登记通知书》。2011 年 12 月 29 日，江苏省连云港市人民政府办公室做出《关于推进 xx 公司上市工作的会议纪要》，其中指出：xx 公司新浦区浦南镇太平工业园厂区中的 56 亩土地，xx 公司应配合市国土局，抓紧组织上报其中约 5 亩集体建设用地征用材料，获得批准后，由市国土局组织土地上市挂牌工作，尽快完成土地招拍挂手续并办理土地证……。2012 年 11 月 19 日，江苏省人民政府做出苏政地[2012]767 号批复，同意连云港市人民政府农用地转用方案和征收土地方案，将 XX 镇 XX 村 2.8282 公顷集体农用地转为建设用地并征收为国有，同时将 XX 镇 XX 村的 0.3922 公顷集体建设用地征收为国有。2014 年 4 月 15 日，xx 公司向江苏省连云港市国土资源局提交国有建设用地使用权出让预申请书，申请受让太平村 xx 路东、xxx 国道北的地块。xx 公司愿意以 288 元/平方米，总计 10,450,000 元为最低出价，并按要求参加此宗地公开挂牌的出让活动。2014 年 7 月 2 日，江苏省连云港市国土资源局发布连云港市区 2014 年度第 4 批工业国有建设用地使用权挂牌出让公告，对太平村 xx 路东、xxx 国道北 36,280 平方米土地等进行公开挂牌出让。2014 年 10 月 16 日，浦南镇人民政府向其所在区政府提交关于解决 xx 公司 55 亩土地挂牌土地出让金的请示，其中提及：xx 公司 55 亩土地已进入招拍挂程序，该宗地块应向国土局上缴土地出让金共计 10,450,000 元。根据 xx 公司与浦南镇签订的《招商引资协议书》，该宗土地出让金应由镇财政支付，但浦南镇目前财政无力支付，故提出三种方案请区政府决定……。2014 年 4 月 22 日，嘉石公司向 xx 公司发出信函，要求鼎发公司、朱立起按照《补充协议》约定回购嘉石公司全部股权，同年 4 月 23 日，xx 公司及鼎发公司、朱立起收到该信函。但鼎发公司、朱立起未向嘉石公司支付股权回购款。2015 年 1 月 26 日，嘉石公司与北京市金杜律师事务所上海分所签订《律师聘用协议》，委托该所就本案提供法律服务，一审阶段法律服务费为 100,000 元，在立案后 10 日内支付 50,000 元，一审结案后 10 日内支付 50,000 元；二审阶段法律服务费为 50,000 元，在提交上诉状或收到对方当事人提交的上诉状后 10 日内支付。嘉石公司已支付一审阶段法律服务费 50,000 元。另查明，2008 年 11 月，xx 公司与南京 xx 有限责任公司签订《总体财务顾问协议书》，委托该公司承办 xx 公司股份制改造及股票发行上市的方案策划、发行辅导、股票发行上市保荐与承销等事宜。2011 年 5 月，xx 公司与君合（深圳）律师事务所签订《法律服务协议》，委托该律师事务所为 xx 公司改制重组、首次公开发行（A 股）股票并上市事宜提供法律服务。2011 年 6 月，xx 公司与南京 xx 会计师事务所有限公司签订《审计业务约定书》，委托该会计师事务所为 xx 公司整体变更后的股份公司拟上市申报材料的财务报表及其他相关资料进行审计或鉴证。2015 年 6 月 9 日，南京 xx 有限责任公司向 xx 公司发出工作备忘录，备忘录中指出：xx 公司上市工作于 2011 年正式启动，但由于土地证未解决、股改工作一直没有进展。2011 年下半年以来市场环境发生恶化，公司 2011 年业绩大幅下滑，上市计划被推迟。2012 年公司经营持续恶化并出现加大亏损，首发并上市计划已无实现可能。又查明，2012 年 11 月至 2013 年 12 月期间，新股发行暂停。现嘉石公司请求法院判令：1、鼎发公司、朱立起共同支付股权回购款 13,260,000 元及自 2014 年 5 月 24 日起至其实际支付股权回购款之日止的逾期付款违约金（以 13,260,000 元为本金，按年利率 20%计算）。2、鼎发公司、朱立起共同支付律师费 150,000 元。审理中，嘉石公司变更其第二项诉讼请求为：鼎发公司、朱立起向嘉石公司支付律师费 50,000 元。原审法院认为：嘉石公司以 xx 公司未能如期上市，故其有权根据《补充协议》中约定的股权回购条款要求鼎发公司、朱立起对嘉石公司所持 xx 公司股权进行回购。鼎发公司、朱立起则认为

因美国及欧盟对我国光伏产业等进行反倾销、反补贴调查，采取制裁措施，致使 xx 公司作为光伏产业原料供应商受到影响，加之我国暂停新股发行，使得 xx 公司无法如期上市，xx 公司与鼎发公司、朱立起对此并无过错，故仅同意返还嘉石公司增资款 10,000,000 元，双方由此产生争议。要解决双方的争议，首先应对回购条款加以认定。原审法院认为，嘉石公司和鼎发公司、朱立起之间关于股权回购之约定首先是双方真实自愿意思表示，属于意思自治范畴，故应予充分尊重。其次，该条款是为了促进 xx 公司增资行为的依法顺利完成，最大程度维护原始股东、增资方以及目标公司的基本利益。嘉石公司和鼎发公司、朱立起约定以 xx 公司未在一定期限内完成核准上市为触发股权回购的条件，上述约定并未违反我国强制性法律法规，亦不属于显失公平，侵害一方当事人权利，故嘉石公司和鼎发公司、朱立起签订的《增资协议》、《补充协议》合法有效，股权回购条款对嘉石公司和鼎发公司、朱立起均具有约束力，双方均应恪守履行。嘉石公司于 2011 年 3 月 8 日支付增资款，江苏省连云港工商行政管理局于同年 3 月 16 日批准 xx 公司注册资本、股东的变更登记，xx 公司的增资就此完成。据此，嘉石公司已经按约履行了己方义务。早在 2008 年，xx 公司就已经与南京 xx 有限责任公司签订了《总体财务顾问协议书》；2011 年 3 月，xx 公司与嘉石公司和鼎发公司、朱立起签订《增资协议》及《补充协议》；2011 年 5 月，xx 公司与君和（深圳）律师事务所签订《法律服务协议书》；2011 年 6 月，xx 公司与南京 xx 会计师事务所有限公司签订《审计业务约定书》。上述一系列行为说明 xx 公司是经过长时间慎重考虑，在对自身经营状况及对可能遇到的各种问题、困难进行充分预估后才做出上市决定，并开始着手实施准备工作。但 xx 公司至今未能就有关土地取得土地证，未能完成股份制改制工作，而上述工作是实现 xx 公司上市目标的前提及基础，是 xx 公司在己方能力范围内能够且应该完成的。xx 公司未能完成上述准备工作，已使得其不可能在约定期限内实现上市，触发股权回购条款。虽然鼎发公司、朱立起将 xx 公司不能如期上市的理由归咎于反倾销、反补贴调查及制裁措施，但上述调查及制裁措施针对的是我国光伏产业的企业，并未直接作用于 xx 公司。作为企业，无论其从事何种范围的经营活动，均不可避免地会遭遇到各种市场风险，xx 公司作为一家决定上市的企业，在与嘉石公司等增资方签订协议前就应对可能遭遇的市场风险及自身的抗风险能力有充分预估，并在此基础上从事经营活动、做出决策、签订协议。即使 xx 公司的经营因鼎发公司、朱立起所述情况受到一定间接影响，在各增资方已经支付增资款，且部分增资款系用于 xx 公司流动资金、新品开发、土地招拍挂等用途的前提下，xx 公司已初步具备一定的抗风险能力，其可在拥有资金保证的前提下通过内部挖潜、降低成本、研发新品等一系列措施应对风险，将所受影响降至最小；也可与嘉石公司在内的增资方及时沟通、协商，应对风险，故反倾销、反补贴调查及制裁措施并不必然导致 xx 公司无法按期上市。鼎发公司、朱立起鼎发公司所提供的实用新型专利证书、发明专利证书显示，证书所涉专利、申请日均为 2009 年，均发生于《增资协议》、《补充协议》签订之前，故仅凭上述证据难以证明 xx 公司在履行《增资协议》、《补充协议》过程中在新品开发等方面所做的工作。鼎发公司还提供了关于土地出让的一系列证据，根据这些证据可以认定相关土地的挂牌出让问题在 2014 年尚未解决，此时早已超过《补充协议》中约定的 xx 公司上市期限，而土地问题与反倾销、反补贴调查及制裁措施之间更无关联，故鼎发公司、朱立起不能以此规避 xx 公司因自身原因未能解决土地问题的事实及其应承担的责任。此外，如鼎发公司、朱立起的该项抗辩意见成立，是否意味着直接受到反倾销、反补贴调查等影响的光伏产业的企业也能以同样的抗辩意见对抗向其供应原材料的 xx 公司，以免除己方合同义务。这势必影响到合同的稳定性，亦有违当事人意思自治原则，不利于鼓励、保障商事交易，平等保护合同各方当事人的合法权益，故鼎发公司、朱立起的该项抗辩意见原审法院不予采纳。鼎发公司、朱立起还将 xx 公司不能如期上市的理由归咎于新股暂停发行的情形。诚然，在 2012 年 11 月至 2013 年 12 月期间，新股发行确曾暂停，但在此之前，曾发生过多次新股暂停发行的情

形。作为决定上市的企业，xx 公司及鼎发公司、朱立起对新股暂停发行、暂停发行可能引发的后果应充分了解，可以通过制定相应条款以应对风险、保护目标公司、原始股东及增资方的权益，为最终实现 xx 公司上市这一目标创造有利条件。在实践中，即曾有投资方与目标公司及其原始股东、实际控制人等做出如新股暂停发行，股权回购时间相应顺延等约定以应对、降低风险。但是，在《增资协议》及《补充协议》中，嘉石公司和鼎发公司、朱立起及 xx 公司并未做出类似约定，故鼎发公司、朱立起应严格按照协议约定履行己方义务，由此产生的后果应由鼎发公司、朱立起自行承担。此外，xx 公司已委托多名案外人为其上市提供服务，其对申请发行新股需递交的申请材料应予明知。但本案中，鼎发公司、朱立起始终未能提供 xx 公司已向有关审批部门提出新股发行申请的证据，甚至连 xx 公司准备向有关审批部门报送的申请文件也未能提供。鉴于新股暂停发行不代表 xx 公司可以停止为上市进行准备、提出申请，而根据本案查明事实及现有证据可以认定 xx 公司并未完成其上市的前期准备工作，是不可能进入最终审核程序的，故鼎发公司、朱立起的该项抗辩意见缺乏依据，原审法院不予采纳。综上，xx 公司未能根据协议如期实现上市，已经触发股权回购条款，嘉石公司作为投资方请求鼎发公司、朱立起按约回购其所持 xx 公司股权，该项诉讼请求符合法律规定，亦具有合同依据，原审法院予以支持。根据《补充协议》约定，股权回购价款计算公式为“ $P=I \times (1+r \times n) - Div$ ”，嘉石公司主张 $n=2011$ 年 3 月 8 日至 2014 年 5 月 24 日的实际天数 $\div 360$ ，鼎发公司、朱立起则不予认可，认为应截至 2013 年 12 月 31 日。就此原审法院认为，根据《补充协议》约定， n 为各增资方支付投资款之日起至回购条款履行之日的实际天数 $\div 360$ 。回购权需在出现回购情形之日起的 180 日内行使，否则视为增资方放弃行使回购权。鼎发公司、朱立起应在收到书面回购通知之日起 30 日内将股权回购款项支付给嘉石公司。综上，根据《增资协议》及《补充协议》各条文的文义并结合嘉石公司和鼎发公司、朱立起的权利义务分析，嘉石公司作为增资方享有是否行使回购权的选择权，而回购条款履行之日应为鼎发公司、朱立起根据回购条款支付股权回购价款之日。鉴于 xx 公司未能在 2013 年 12 月 31 日前上市，而嘉石公司经过考虑于 2014 年 4 月发出回购通知，决定行使回购权，在《补充协议》规定的 180 日期限内，故嘉石公司的行为符合约定，并无不当。鼎发公司、朱立起于 2014 年 4 月 23 日收到回购通知，应于 30 日内履行付款义务，回购条款履行期限应截至 2014 年 5 月 22 日。因鼎发公司、朱立起未能在上述期限内按约履行付款义务，故鼎发公司、朱立起应向嘉石公司支付的股权回购价格为： $10,000,000 \times (1+10\% \times 1,172 \div 360) - 0 = 13,255,000$ 元，其中 $n=2011$ 年 3 月 8 日至 2014 年 5 月 22 日的实际天数为 1,172 日。嘉石公司已发出回购通知，鼎发公司、朱立起至今未能按约履行付款义务，应承担相应违约责任，根据《补充协议》约定自 2014 年 5 月 23 日起向嘉石公司支付违约金。嘉石公司现要求鼎发公司、朱立起自 2014 年 5 月 24 日起支付违约金的诉讼请求合法有据，原审法院予以支持。嘉石公司另要求鼎发公司、朱立起支付律师费 50,000 元，因《增资协议》中对律师费的承担已有明确约定，且嘉石公司也实际支付上述费用，故嘉石公司据此要求鼎发公司、朱立起承担律师费 50,000 元的诉讼请求合法有据，原审法院予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百零七条、第一百一十四条第一款之规定，判决如下：一、鼎发公司、朱立起应于原审判决生效之日起十日内支付嘉石公司股权转让款 13,255,000 元。二、鼎发公司、朱立起应于原审判决生效之日起十日内偿付嘉石公司违约金（以 13,255,000 元为本金，自 2014 年 5 月 24 日起至原审判决生效之日止，按年利率 20% 计付）。三、鼎发公司、朱立起应于原审判决生效之日起十日内支付嘉石公司律师费 50,000 元。一审案件受理费 108,870.70 元，保全费 5,000 元由鼎发公司、朱立起负担。鼎发公司、朱立起不服原判上诉称：双方间的关系名为投资实为借贷，鼎发公司、朱立起只需要退回嘉石公司 10,000,000 元。另外，是美国及欧盟对我国光伏产业等进行反倾销、反补贴调查，采取制裁措施，致使 xx 公司作为光伏产业原料供应商受到影响，加之我国暂停新股发行，使得 xx 公

司无法如期上市，鼎发公司、朱立起对此并无过错，故仅同意返还嘉石公司增资款 10,000,000 元。另外，原审法院判决鼎发公司、朱立起承担违约金是错误的。因此，鼎发公司、朱立起认为原审判决事实认定不清，法律适用错误，请求本院撤销原审判决，依法改判鼎发公司、朱立起向嘉石公司退还增资款 10,000,000 元。嘉石公司辩称：欧美双反不构成情势变更，与 xx 公司未能上市也缺乏因果关系，而且 xx 公司至今未能就有关土地取得土地证，导致 xx 公司不可能上市成功。双方约定，如果鼎发公司、朱立起逾期支付回购款，应当按照年利率 20% 支付利息，虽然原审法院判决的是违约金，但实质是一致的，不影响判决的合法性。原审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求本院驳回上诉，维持原判。本院二审期间，各方当事人未提供新的证据材料。经审理查明，原判认定事实属实，有相应证据证明，本院予以确认。本院认为，本案的争议焦点为嘉石公司是否有权根据《补充协议》中约定的股权回购条款要求鼎发公司、朱立起对嘉石公司所持的 xx 公司的股权进行回购。现鼎发公司、朱立起认为双方间的关系名为投资实为借贷，故鼎发公司、朱立起只需要向嘉石公司退还投资本金 10,000,000 元，本院认为，本案中嘉石公司出资后，成为 xx 公司的股东，与鼎发公司、朱立起主张的借贷情形不符，对鼎发公司、朱立起该上诉理由，本院不予采信。另外，鼎发公司、朱立起认为新股不能上市的原因为美国及欧盟对我国光伏产业等进行反倾销、反补贴调查，采取制裁措施，致使 xx 公司作为光伏产业原料供应商受到影响，加之我国暂停新股发行，使得 xx 公司无法如期上市，鼎发公司、朱立起对此并无过错。对此本院认为，相关国家及地区对光伏产业等进行反倾销、反补贴调查，不能认定为情势变更，对此原审已有详细阐述，本院不再赘述。尽管我国暂停新股发行，但 xx 公司并未完成其上市的前期准备，故不可能进入最终审核程序。最后，鼎发公司、朱立起认为原审法院判决鼎发公司、朱立起承担违约金是错误的。本院认为，双方签订的《补充协议》约定逾期支付回购款的，应按年利率 20% 计息，该约定并未违反法律规定，故原审法院根据该条约定判决鼎发公司、朱立起支付嘉石公司按 20% 计算的违约金并无不当。综上，鼎发公司、朱立起的上诉请求缺乏事实和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，本院依法予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费人民币 108,870.70 元，由上诉人连云港鼎发投资有限公司、朱立起共同负担。本判决为终审判决。

审判长 郭海云

代理审判员 卢颖

审判员 何玲

二〇一六年二月二十九日

书记员 杨琼芳

朱某乙贪污一审刑事判决书

上海市金山区人民法院

刑事判决书

(2016)沪0116刑初615号

公诉机关上海市金山区人民检察院。被告人朱某乙，男，1972年11月16日生，汉族，住上海市松江区。辩护人周某某，上海某某律师事务所律师。上海市金山区人民检察院以沪金检诉刑诉(2016)631号起诉书指控被告人朱某乙犯贪污罪，于2016年6月8日向本院提起公诉。本院依法适用简易程序，实行独任审判，公开开庭审理了本案。上海市金山区人民检察院指派检察员姜某乙出庭支持公诉，被告人朱某乙及其辩护人周某某到庭参加诉讼。现已审理终结。公诉机关指控：被告人朱某乙于2011年1月至2012年4月在担任中核某某公司海阳核电工程施工总承包部财务部经理期间，利用全面负责海阳核电工程施工总承包部财务管理、会计核算等职务便利，侵吞公款，共计人民币165,457.67元。具体如下：1、2011年1月，被告人朱某乙从单位申领人民币50,000元备用金用于支付其购买的山东省海阳市“和润花园”商品房购房款，后虚开发票人民币52,000元冲抵备用金，侵吞单位公款共计人民币52,000元。2、2012年4月，被告人朱某乙在代缴分包单位工程税款的过程中，先用单位公款冲抵税款上缴，并以完税凭证复印件入账，再实际占有分包单位交纳的高额税款，侵吞单位公款共计人民币113,457.67元。2015年10月11日，被告人朱某乙主动至检察机关投案，到案后如实供述了上述事实。案发后被告人朱某乙退缴了赃款。上述事实，被告人朱某乙在开庭审理过程中亦无异议，并有证人杨某某、朱甲、姜某甲、商某某等人的证言，中核五公司章程、工商登记资料、企业改制登记申请书、验资报告，中国核工业建设股份有限公司工商资料及中国核工业建设股份有限公司首次公开发行A股股票招股说明书等，朱某乙的职务任免通知、职工履历表、劳动合同等，相关银行账户的资金收支明细以及相关证券管理账户银证转账、股票交易情况，相关记账凭证和收据，检察机关扣押财物、文件清单，检察机关出具的案发经过等证据所证实，足以认定。辩护人认为，被告人朱某乙系自首，积极退赃；且系初犯，儿子年幼，妻子生病，建议法庭考虑其家庭等情况对其从轻处罚并适用缓刑。本院认为，被告人朱某乙身为国家工作人员，在工作过程中利用职务上的便利侵吞公共财物归个人所有，共计人民币165,457.67元，数额较大，其行为已构成贪污罪。被告人朱某乙犯罪后能自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，可以从轻处罚。被告人朱某乙在提起公诉前如实供述自己的罪行、真诚悔罪、积极退赃，可从轻处罚。综上情节，被告人朱某乙有悔罪表现，可适用缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第三百八十二条、第三百八十四条第一款第(一)项、第三款、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第三款、第六十四条及最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条、第十九条之规定，判决如下：一、被告人朱某乙犯贪污罪，判处有期徒刑一年八个月，缓刑二年，并处罚金人民币十二万元。朱某乙回到社区后，应当遵守法律、法规，服从监督管理，接受教育，完成公益劳动，做一名有益社会的公民。(缓刑考验期限自判决确定之日起计算；罚金于判决生效之日起十日内缴纳。)二、在案退赃款人民币165,457.67元发还被害单位。如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向上海市第一中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审判员 朱纪红

二〇一六年六月二十四日

1204

书记员 亓淑云

1205

朱某与叶某股东资格确认纠纷一案一审民事判决书

上海市青浦区人民法院

民事判决书

(2012)青民二(商)初字第498号

原告朱某。

原告朱叶某。

委托代理人朱某。

被告叶某。

第三人某投资发展有限公司。

原告朱某、朱叶某诉被告叶某股东资格确认纠纷一案，本院于2012年2月29日立案受理后，依法适用简易程序，由审判员杨明华独任审判。5月8日，本院追加某投资发展有限公司(以下简称某公司)为本案第三人参加诉讼。6月19日，本院对本案公开开庭进行了审理，朱某作为原告及朱叶某的委托代理人到庭参加诉讼。被告及第三人经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告朱某、朱叶某共同诉称：原告朱某与被告叶某原系夫妻关系。2008年11月20日，双方因感情破裂至民政部门办理离婚手续并签署《自愿离婚协议书》。协议约定，平安保险原始股股票34,000股归两原告所有，但被告至今未履行。据此，原告请求判令在被告名下由第三人持有的27965.5653803股平安公司股份归两原告所有。

原告为此提供了以下证据：

- 1、由某公司于1998年12月24日制发的股份编号为****、成员姓名登记为被告的《股份成员证》一份(与原件核对无异)，以此证明被告陆续购买了由第三人间接持有的平安公司法人股股份6万股的事实；
- 2、原告朱某与被告叶某于2008年11月20日签订的《自愿离婚协议书》一份(与原件核对无异)，其中载明：平安保险原始股34,000股归两原告所有，被告作自愿放弃。以此证明被告同意将34,000股平安公司股份分割给两原告所有的事实；
- 3、被告的户籍资料复印件一份，以此证明被告原在中国平安保险股份有限公司工作，与原告朱某原系夫妻关系的事实。

被告叶某未到庭参加诉讼。

第三人某投资发展有限公司未到庭陈述。

经开庭审理查明：被告叶某原在中国平安保险股份有限公司工作。1998年12月24日，第三人制发了股份编号为****、股份成员登记为被告的《股份成员证》一份。经查：该股份成员证的历次认购记录为：1998年认购15,000股，1999年认购25,000股，2000年认购20,000股，每股价格人民币1.76元，累计购股数6万股。

2008年11月20日，被告与原告朱某协议离婚时双方签订《自愿离婚协议书》一份，被告同意将其中的34,000股分割给两原告。

另查明：2002年中国平安保险股份有限公司更名为“中国平安保险(集团)股份有限公司”(以下简称平安公司)。根据中国保监会及中国证监会的相关批复，平安公司获准在上海证券交易所首次公开发行A股1,150百万股，并于2007年3月1日起在上海证券交易所上市。某公司为平安公司的股东，由叶某等平安公司员工出资购买的该公司内部股实际上为由某公司持有的该公司法人股。根据中国证监会所做相关规定，法人股的锁定期为3年，故于平安公司首次公开发行A股3年后的2010年3月1日后可以上市流通。

自2010年7月1日至2011年6月30日，涉案股份成员证项下的股份权益相应减少比例17.7483%，权益减少份额10649.00227份，减持后的持有权益份额为49350.99773份。

1206

以上查明事实，由原告提供的股份编号为 0000012443 的《股份成员证》复印件一份（与原件核对无异）、《自愿离婚协议书》一份（与原件核对无异）、被告的户籍资料复印件一份、本院调查的平安员工投资权益相关信息确认书原件一份、生效的（2011）沪二中民四（商）终字第 944 号民事判决书复印件一份以及原告的陈述等证据佐证，本院予以确认。

根据庭审确认的事实，本院认为，原告朱某与被告叶某签订的《自愿离婚协议书》系双方当事人真实意思的表示，应确认为合法有效，对双方当事人具有法律约束力。被告已在协议书中承诺自愿将 34,000 股平安员工投资权益处分给两原告所有，虽然原告朱叶某未在协议上签字，但其已以诉讼方式向被告主张权利，视为其接受了赠与，故两原告的诉请应得到支持。考虑到 34,000 股平安员工投资权益在 2010 年 7 月 1 日至 2011 年 6 月 30 日期间已减持 17.7483% 比例，故按此比例减持后的股份应归两原告所有，原告主张证据充分，本院予以支持。被告及第三人经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭，放弃了当庭抗辩的权利。据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 162 条的规定，判决如下：

确认由某投资发展有限公司出具的编号为****的《股份成员证》登记的截止 2011 年 6 月 30 日的 27965.5653803 股股份属于两原告朱某、朱叶某所有。

本案受理费 1,030 元，减半收取计 515 元，由被告负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员 杨明华

二〇一二年六月二十一日

书记员 黄洁亭

朱乔春与天健会计师事务所、重庆博腾制药科技股份有限公司 证券虚假陈述责任纠纷一审民事判决书

杭州市中级人民法院

民事判决书

(2017)浙 01 民初 368 号

原告：朱乔春，男，1971 年 2 月 10 日出生，汉族，住江苏省滨海县。

委托诉讼代理人：周爱文、龙静文，上海市李国机律师事务所律师。

被告：天健会计师事务所（特殊普通合伙）。住所地：浙江省杭州市西溪路 128 号 9 楼。

代表人：胡少先，执行事务合伙人。

委托诉讼代理人：丁兴，浙江天册律师事务所律师。

委托诉讼代理人：倪侃侃，天健会计师事务所（特殊普通合伙）员工。

被告：重庆博腾制药科技股份有限公司。住所地：重庆市北碚区水土高新园区方正大道。

法定代表人：居年丰。

原告朱乔春为与被告天健会计师事务所（特殊普通合伙）（以下简称天健所）证券虚假陈述责任纠纷一案，本院于 2017 年 4 月 18 日立案受理后，依法组成合议庭进行了审理。本院依职权追加重庆博腾制药科技股份有限公司（以下简称博腾股份）为本案的共同被告，并于 2018 年 5 月 16 日公开开庭进行了审理。原告朱乔春的委托代理人周爱文、龙静文、被告天健所的委托代理人丁兴、倪侃侃到庭参加诉讼。被告博腾股份经本院传票传唤未能到庭。本案现已审理终结。

原告朱乔春向本院提出诉讼请求：1、确认天健所为博腾股份招股说明书出具的天健审（2013）8-152 号审计报告为不实报告；2、确认天健所为博腾股份 2013 年年度财务报表出具的天健审（2014）8-2 号审计报告为不实报告；3、确认天健所为博腾股份 2014 年年度财务报表出具的天健审（2015）8-8 号审计报告为不实报告；4、天健所、博腾股份赔偿朱乔春证券投资损失共计 4097.71 元；5、本案诉讼费由天健所、博腾股份承担。事实与理由：朱乔春原为博腾股份的小股东。因天健所为博腾股份的相关年度会计报告出具了无保留的审计意见，因此，朱乔春信赖会计报告以及审计报告的真实和准确，2014 年 2 月 25 日朱乔春购买博腾股份并导致亏损 4097.71 元。其中，天健所为博腾股份招股说明书出具了天健审（2013）8-152 号审计报告；天健所为博腾股份 2013 年年度财务报表出具了天健审（2014）8-2 号审计报告；天健所为博腾股份 2014 年年度财务报表出具了天健审（2015）8-8 号审计报告。后经代理人等专业人士对博腾股份公开披露的招股说明书（2010 年、2011 年、2012 年）、2013 年、2014 年年度会计报表进行认真、仔细的分析，发现相关信息存在一系列虚假记载嫌疑（详见博腾股份 2010 年、2011 年、2012 年、2013 年、2014 年年度报告之分析说明）（以下简称分析说明）。主要为：一、采购总额分析，成本费用存在差异嫌疑。其中 2014 年差异金额约为 1689.71 万元；2013 年差异金额约为 8112.49 万元；2012 年差异金额约为 8225.82 万元；2011 年差异金额约为 5372.94 万元；2010 年差异金额约为 6945.88 万元；如果差异成立，说明公司存在同时虚增巨额收入和成本的嫌疑。二、合并报表“购买商品、接受劳务支付的现金”数值存在差异嫌疑。其中 2014 年差异金额约为 3776.23 万元，2013 年差异金额约为 5558.06 万元；2012 年差异金额约为 7494.49 万元；2011 年差异金额约为 3262.12 万元。三、借款收到的现金净额存在差异嫌疑，其中 2014 年合并报表差异金额约为 2309.99 万元；2013 年合并报表差异金额约为 132.01 万元；2014 年母公司报表差异金额约为 2309.98 万元；2013 年母公司报表差异金额约为 -0.01 万元。四、合并报表“经营性应付项目的增加”数值存在差异嫌疑。其中 2014 年差异金额约为 -5361.81 万元；2013 年差异金额约为 -62.07 万元；

1208

2012 年差异金额约为 1669.57 万元；2011 年差异金额约为 1041.57 万元。如果差异成立，公司净利润或经营活动现金净流量存在巨额差异嫌疑。五、合并报表固定资产、无形资产等长期资产的增加存在的差异嫌疑。其中 2014 年差异金额约为 21717.99 万元；2013 年差异金额约为-1174.89 万元；2012 年差异金额约为-1578.55 万元；2011 年差异金额约为-1567.75 万元。六、母公司固定资产、无形资产等长期资产的增加存在的差异嫌疑。其中 2014 年差异金额约为 4937.76 万元；2013 年差异金额约为 372.22 万元；2012 年差异金额约为-1554.91 万元；2011 年差异金额约为-1566.88 万元；对于上述疑问，朱乔春代理人曾致函博腾股份，请求博腾股份针对疑问能给予合法解释或进行详尽的反驳；但一直未得到博腾股份的任何回音。朱乔春认为，博腾股份作为上市公司，对于上述疑问有义务用详尽的数据、具体的事实进行合法解释或反驳朱乔春计算的具体错误。博腾股份不能解释朱乔春提出的疑问，只能说明朱乔春提出的问题确实存在。根据中国证监会发布的《信息披露违法行为行政认定规则》第八条规定，“信息披露义务人在信息披露文件中所披露的内容进行不真实记载，包括发生业务不入账、虚构业务入账、不按照相关规定进行会计核算和编制财务会计报告，以及其他在信息披露中记载的事实与真实情况不符的，应当认定构成所披露的信息有虚假记载的信息披露违法行为”。既然博腾股份存在朱乔春所提出的问题，则博腾股份公开披露的招股说明书（2010 年、2011 年、2012 年）、2012 年、2013 年、2014 年年度会计报表中存在第八条规定的违法行为，即存在虚假记载的信息披露违法行为。依照《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》第二条第二款规定，本案博腾股份公开披露的招股说明书（2010 年、2011 年、2012 年）、2013 年、2014 年年度会计报表存在虚假记载的信息披露违法行为，而且涉及的金额特别巨大，天健所仍为博腾股份招股说明书（2010 年、2011 年、2012 年）、2013 年、2014 年年度会计报告出具了无保留的审计意见，这违反了法律法规、执业准则和规则以及诚信公允原则，故相关审计报告依法应认定为不实报告。依照《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》第一条、第二条、第四条规定，朱乔春本案投资损失依法应得到赔偿。被告天健所答辩称：一、朱乔春未能提交任何证据证明天健所实施了虚假陈述行为。朱乔春提交的证据主要包括：天健所为上市公司出具的审计报告；上市公司招股说明书或年报；朱乔春进行股票交易的记录；对年报的分析说明。上述证据中，审计报告、招股说明书及年报均为公开资料，本身不具有对争议事实的证明力，股票交易记录也仅能证明朱乔春实施了交易行为。朱乔春赖以主张其诉讼请求的关键证据是对年报的分析说明，该份证据对年报披露信息进行了所谓“全面分析、研究和核对”，并以此主张审计报告存在虚假。但从证据效力而言，该份《分析说明》并非具有合法资质的专业中介机构出具，本身既无落款也无签字，不符合书证的形式要件，只相当于当事人一方的陈述，不具备对争议事实的证明力。即朱乔春事实上未提交任何具有实质证明力的证据对其主张的事实进行证明，应当承担举证不能的后果。二、人民法院对虚假陈述的认定应当以行政或刑事处罚为依据。依照现行有效的法律和司法解释，人民法院在审理证券市场虚假陈述赔偿纠纷案的过程中，应当以行政或刑事处罚作为认定虚假陈述存在的依据。理由：1、虚假陈述行为具有行政违法性。依照《证券法》的规定，发行人、上市公司、中介机构依法披露的信息，必须真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，否则会受到相应的行政处罚或刑事处罚。因此，证券虚假陈述侵权行为作为一种特殊的民事侵权行为，其区别于普通民事侵权行为的最大特征在于，这一行为必定具有行政违法性。最高人民法院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第十一条规定表明，监管部门对虚假陈述的认定是虚假陈述民事侵权案件中的行政先决问题，处罚决定对于民事诉讼中当事人主要争议的解决具有基础和前提的作用，在没有行政或刑事处罚的情况下，朱乔春的诉讼请求无法得到支持。2、对虚假陈述行为的调查认定职权依法应当由证券监管机构行使。依照《证券法》第一百七十九条的规

定，证券监督管理机构在对证券市场实施监督管理中履行对证券发行人、上市公司证券服务机构的证券业务活动进行监督管理，对违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处的职能。据此，无论是对上市公司还是会计师事务所的虚假陈述行为，调查权及处罚权均应由证券监管机构行使。行政权和司法权分立的原则决定了对行政违法行为的调查、认定和处罚职能应由行政机关行使。如利害关系人认为行政机关未能履行这一职责导致其合法权益受到侵害的，救济途径是提起行政诉讼，并由人民法院行政审判庭在行政诉讼中对行政机关是否依法履职进行认定。而在民事诉讼中，人民法院不具有对行政违法行为进行调查和认定的权限。就虚假陈述侵权案件而言，如果法院在审理过程中针对上市公司、会计师事务所是否构成虚假陈述进行实体审理，启动调查程序、询问专家意见、委托司法鉴定，事实上相当于民事审判庭在民事案件的审理中履行了证券监管机构的职能。而如果最终认定行为人构成虚假陈述，则相当于既替代监管机构对违法事实进行了认定同时又确认了监管机构存在着未依法履行职责的违法情形。这样的做法混淆了行政权、民事审判权和行政审判权的界限，并会导致司法权与行政权的严重冲突，产生大量新的争议。三、本案所涉争议朱乔春可以向证券监督管理部门举报。依照《证券法》第一百七十九条，证券监督管理机构在对证券市场监督管理中履行对证券发行人、上市公司、证券服务机构的证券业务活动进行监督管理，对违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处的职能。据此，如朱乔春认为天健所在从事证券业务中涉嫌虚假陈述的，其主张权利的正当途径是向监管机构举报，并由证券监管机构依照《证券法》及《行政处罚法》的规定行使调查处罚权。如朱乔春对举报处理结果不服或认为监管机构未依法履行法定职责，则可以依照行政诉讼法的规定提起行政诉讼。“向监管机构举报——对举报结果不服提起行政诉讼”这一方式，才是法律法规赋予朱乔春维护其权益的合法途径。

被告博腾股份经本院传票传唤未能到庭应诉，视为其放弃答辩、举证、质证等权利。

原告朱乔春为证明其主张成立，向本院提交了以下证据：

证据一、1. 天健审（2013）8-152 号审计报告，证明天健所为博腾股份首次公开发行招股说明书出具了无保留审计意见。2. 天健审（2014）8-2 号审计报告，证明天健所为博腾股份 2013 年度会计报告出具了无保留审计意见。3. 天健审（2015）8-8 号审计报告，证明天健所为博腾股份 2014 年度会计报告出具了无保留审计意见。

证据二、博腾股份交易对账单，证明朱乔春亏损的事实。

证据三、分析说明以及相关年报信息材料，证明分析说明的数据真实性、分析说明的合法性、真实性、准确性以及博腾股份相关年报材料存在虚假记载的事实。1. 博腾股份首次公开发行招股说明书的部分内容，证明招股说明书相关会计科目的具体数据。2. 博腾股份 2013 年年报的部分内容，证明 2012 年度会计报表相关会计科目的具体数据。3. 博腾股份 2014 年年报的部分内容，证明 2013 年度会计报表相关会计科目的具体数据。4. 博腾股份年度报告 2010-2014 年年报之分析说明，证明 1) 分析说明中引用的数据均来自博腾股份相关年报披露的信息；2) 博腾股份相关年报存在一系列巨额虚假记载行为；3) 分析说明的合法性、真实性、准确性。

证据四、中国银河证券上海漕宝路营业部股份明细对账单，证明朱乔春的主体资格以及投资损失 4097.71 元的事实。

证据五、中国证监会江苏监管局监管信息公开告知书（苏监信公告（2016）048 号）以及附件 3、中国天楹《关于对顾元成举报中国天楹股份有限公司证券虚假陈述的相关说明》、附件 4、立信所《关于对顾元成举报中国天楹股份有限公司证券虚假陈述的核查意见》，证明关于中国天楹股份有限公司成本费用的计算方法与本案《分析说明》的成本费用计算方法完全相同，中国证监会江苏监管局、中国天楹股份有限公司、立信会计师事务所与本案朱乔春

无任何利害关系,三单位对本案的成本费用计算方法予以认可,也充分说明本案《分析说明》成本费用计算方法符合法律规定。

经庭审质证,天健所认为,证据一审计报告的证据三性没有异议,但不能证明天健所实施了任何虚假陈述行为。证据二对账单的真实性、合法性没有异议,但关联性和证明力均不具备,依照司法解释的规定,要认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系,前提是朱乔春在虚假陈述揭露日或更正日之前没有卖出证券,但本案中不存在揭露日和更正日。证据三公司年报真实性没有异议,但不能证明本案存在虚假陈述行为;分析说明的证据三性均有异议,该分析说明并非任何专业机构出具,其证据不符合书证的形式要件,性质上属于朱乔春的单方陈述,对争议事实不具备证明力。证据四的形式真实性没有异议,但对关联性以及证明目的不予认可。该证据仅能证明朱乔春买卖股票的事实,不能证明天健所存在任何虚假陈述行为,也不能证明朱乔春买卖股票所导致的资金差额与天健所行为之间具有任何因果关系。按照最高法院司法解释第十九条的规定要认定因果关系的前提是虚假陈述揭露日或者是更正日之后卖出证券,显然证据四不符合要求。证据五的真实性无异议,但对关联性和证明目的不予认可。本身是监管信息公开告知书,所反映的事实是证监会江苏局依照投诉举报对上市公司以及会计师事务所进行核查的事实,该份公开信息没有任何明确的结论性意见,同时该份公开信息中会计师事务所核查报告当中明确记载举报人的疑问系举报人对反向收购会计处理不了解所造成,经核查认为公司财务报表编制符合会计准则要求、举报内容不属实,故没有任何的记载表明朱乔春在证据目录中所列的待证事实,监管单位、上市公司和中介机构对成本费用计算方法予以认可,无法从证据中得出这样的一个待证事实。

本院经审查后认为,原告朱乔春向本院提交的证据一、二、四、五以及证据三中的招股说明书、公司年报,天健所对其真实性均无异议,本院对其真实性均予以认可。原告朱乔春向本院提交的证据三中的分析说明,系朱乔春自行作出的单方陈述,尚不足以实现其证明目的,故本院对其证明力不予认可。

根据上述有效证据及当事人在庭审中的陈述,本院认定事实如下:2013年7月26日,天健所在审计了博腾股份包括2010年12月31日、2011年12月31日、2012年12月31日、2013年6月30日的合并及母公司资产负债表,2010年度、2011年度、2012年度、2013年1-6月的合并及母公司利润表、合并及母公司现金流量表、合并及母公司股东权益变动表以及财务报表附注在内的财务报表的基础上,出具了天健审(2013)8-152号审计报告;2014年3月21日,天健所在审计了博腾股份包括2013年12月31日的合并及母公司资产负债表,2013年度的合并及母公司利润表、合并及母公司现金流量表、合并及母公司所有者权益变动表以及财务报表附注在内的财务报表的基础上,出具了天健审(2014)8-2号审计报告;2015年2月13日,天健所在审计了博腾股份包括2014年12月31日的合并及母公司资产负债表,2014年度的合并及母公司利润表、合并及母公司现金流量表、合并及母公司所有者权益变动表以及财务报表附注在内的财务报表的基础上,出具了天健审(2015)8-8号审计报告;上述审计报告的审计意见均为标准、无保留。

另,朱乔春于2014年2月25日买入博腾股份股票300股、成交价为66元;于2014年3月18日卖出博腾股份股票300股、成交价为52.75元。

本院认为,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据;未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。本案中朱乔春主张天健所出具的案涉审计报告系“不实报告”进而要求天健所、博腾股份共同赔偿朱乔春的投资损失,对此本院认为,所谓“不实报告”是指会计师事务所违反法律法规、中国注册会计师协会依法拟定并经国务院财政部门批准后施行的执业准则和规则以及诚信公允的原则而出具的具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的审计业务报告,朱乔春应当对其诉讼请求所依据的案涉审计报告系不实报告承担举证责任,而朱乔春所提交的天健所出具的审计报告以及博腾

股份的招股说明书、年度报告显然不足以完成该项举证责任，朱乔春对博腾股份招股说明书、年度报告的分析说明则系当事人的单方陈述，亦不足以完成该项举证责任；据此，在无证据表明天健所出具的审计报告存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等情形时，朱乔春的诉讼请求不能成立，本院对此不予支持。博腾股份经本院传票传唤未到庭参加诉讼，不影响案件的审理。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百四十四条之规定，判决如下：

驳回朱乔春的诉讼请求。

本案案件受理费 50 元，由朱乔春负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省高级人民法院。对财产案件提起上诉的，案件受理费按照不服一审判决部分的上诉请求预交。在上诉期满后七日内仍未交纳的，按自动撤回上诉处理。

1212

审判长 陈剑

审判员 赵魁

审判员 崔丽

二〇一八年六月二十八日

书记员 金佳惠

朱小鹏受贿一审刑事判决书

衡阳铁路运输法院

刑事判决书

(2018)湘 8602 刑初 1 号

公诉机关衡阳铁路运输检察院。

被告人朱小鹏，男，1975 年 10 月 14 日出生于湖南省郴州市汝城县，汉族，大学文化，原中铁二十五局集团第二工程有限公司娄邵项目部经理，住湖南省衡阳市珠晖区。因涉嫌犯受贿罪于 2017 年 6 月 20 日被刑事拘留，同年 7 月 7 日被逮捕。现羁押于广州铁路公安局长沙公安处看守所。

辩护人朱珍华，湖南泓锐律师事务所律师。

辩护人宁云香，湖南泓锐律师事务所律师。

衡阳铁路运输检察院以衡铁检公诉刑诉(2018)1 号起诉书指控被告人朱小鹏犯受贿罪，于 2018 年 1 月 2 日向本院提起公诉。本院于同日立案，并依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。衡阳铁路运输检察院指派检察员黄良德出庭支持公诉，被告人朱小鹏及其辩护人朱珍华、宁云香到庭参加诉讼。现已审理终结。

衡阳铁路运输检察院指控：

2011 年 6 月至 2014 年 9 月，被告人朱小鹏担任中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部经理期间，利用职务上的便利，在工程款拨付、验工计价等方面为他人谋取利益，非法收受胡某、罗某某、邹某等人分别所送贿赂共计人民币 65 万元。其中：

- 1、2013 年春节、中秋节及 2014 年春节期间，先后三次非法收受胡某所送人民币各 5 万元，共计 15 万元。
- 2、2013 年春节期间，非法收受罗某某所送人民币 10 万元。
- 3、2013 年中秋节、2014 年春节期间，先后二次非法收受邹某所送人民币各 5 万元，共计 10 万元。
- 4、2013 年春节期间，非法收受高某某所送人民币 10 万元。
- 5、2012 年中秋节期间，非法收受林某某所送人民币 10 万元。
- 6、2014 年春节期间，非法收受黄某某所送人民币 10 万元。

衡阳铁路运输检察院同时提出量刑建议，建议判处被告人朱小鹏七个月以上一年以下有期徒刑。

针对上述指控事实，公诉人当庭出示了物证、书证、证人证言和被告人朱小鹏的供述等相应证据予以证实。公诉机关认为，被告人朱小鹏系公司工作人员，其利用担任中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部经理的职务便利，非法收受他人贿赂共计人民币 65 万元，为他人谋取利益，数额较大，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一百六十三条之规定，事实清楚，证据确实、充分，应当以非国家工作人员受贿罪追究其刑事责任。被告人朱小鹏在办案机关尚未发现其犯罪事实时，如实供述了自己的全部罪行，是自首；归案后，检举揭发他人犯罪行为，经查证属实，有立功表现。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十二条之规定，提起公诉，请依法判处。

被告人朱小鹏对起诉书指控的受贿事实无异议。辩护人提出被告人朱小鹏有自首、立功、积极退赃，认罪态度较好，建议对朱小鹏从轻、减轻处罚。

被告人朱小鹏及其辩护人朱珍华、宁云香未向法庭提供证据。

经审理查明：2011 年 6 月至 2014 年 9 月，被告人朱小鹏担任中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部经理期间，利用职务上的便利，在工程款拨付、验工计价等方面为他人谋取利益，非法收受胡某、罗某某、邹某等人分别所送贿赂共计人民币 65 万元。具体犯罪事实如下：

1213

1、2013 年春节、中秋节及 2014 年春节期间，先后三次非法收受胡某所送人民币各 5 万元，共计 15 万元。

上述事实，有检察机关提供，并经法庭质证、认证的下列证据予以证明：

（1）2011 年 7 月 7 日，中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部与湖南玖一建设工程有限公司（胡某）签订的“娄邵铁路扩能改造工程 LSZQZH-1 标段《涵洞工程施工劳务合同》。

（2）湖南省玖一建设工程有限公司劳务分包队验工计价单及中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部资金支付呈批表及网上银行电子回单，证实至 2014 年 7 月，经朱小鹏审核确认认可工程开累计价额为 34911536 元。工程款由朱小鹏在项目经理审批栏审批后支付。

（3）证人胡某的证言，证实其先后三次给朱小鹏送过钱，每次 5 万元，共计 15 万元。第一次送钱是在 2013 年春节前夕，第二次送钱是在 2013 年中秋节前几天，第三次是在 2014 年春节前夕。之所以要送钱给朱小鹏，是因为朱小鹏是项目部经理，希望朱小鹏在验工计价、工程款拨付等方面给予照顾。

（4）被告人朱小鹏的供述，证实胡某给其送过三次钱，每次都是 5 万元。最早是在 2013 年春节的时候送给其 5 万元，第二次是在 2013 年中秋节的时候，第三次是在 2014 年过年。送钱的目的，是想跟其搞好关系。

2、2013 年春节期间，非法收受罗某某所送人民币 10 万元。

上述事实，有检察机关提供，并经法庭质证、认证的下列证据予以证明：

（1）2012 年 4 月 18 日，中铁二十五局第二工程娄邵项目部与永州旭杰有限公司（罗某某）签订的《涵洞工程施工劳务合同》。

（2）永州市旭杰劳务有限公司劳务分包队验工计价单、中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部资金支付呈批表及网上银行电子回单，证实至 2014 年 5 月，经朱小鹏审核确认工程开累计价额为 20047706 元。工程款由朱小鹏在项目经理审批栏审批后支付。

（3）中国建设银行衡阳苗圃支行取款凭条，证实 2013 年 2 月 5 日，罗某某从中国建设银行衡阳苗圃支行支取现金人民币 12 万元。

（4）证人罗某某的证言，证实 2013 年春节前的一天，其在建设银行苗圃支行取了钱，送给了朱小鹏现金 8 万元或 10 万元现金。送钱的目的，希望朱小鹏在工程质量检查、验工计价、工程款拨付等方面给予关照。

（5）被告人朱小鹏的供述，证实 2013 年春节前，猛子（罗某某）送给其人民币 10 万元。这 10 万元先放在家里，后来是由其老婆存银行的还是带回老家存的记不清楚了。罗某某送钱的目的，想要其在工程资金拨付方面给予关照。

3、2013 年中秋节、2014 年春节期间，先后二次非法收受邹某所送人民币各 5 万元，共计 10 万元。

上述事实，有检察机关提供，并经法庭质证、认证的下列证据予以证明：

（1）2012 年 9 月 24 日，中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部与深圳市中邦（集团）建设总承包有限公司（邹某）签订的《桥梁钻孔桩工程合同》。

（2）深圳市中邦（集团）建设总承包有限公司验工计价单、中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部资金支付呈批表及网上银行电子回单，证实至 2014 年 7 月，经朱小鹏审核确认工程开累计价额为 32112671 元。工程款由朱小鹏在项目经理审批栏审批后支付。

（3）证人邹某的证言，证实在 2013 年的中秋前夕，其送给朱小鹏现金人民币 5 万元；2013 年底 2014 年春节前，其再次送给朱小鹏现金人民币 5 万元。送钱的地点是娄邵项目部朱小鹏的办公室或者是他的宿舍。其送钱的目的，希望朱小鹏在工程验工计价、尽快结算工程款等方面关照。

(4) 被告人朱小鹏的供述, 证实 2013 年中秋或者春节, 邹某在娄邵项目部工地上送给其 5 万元钱; 2014 年春节期间, 邹某还是在娄邵项目部工地送给其 5 万元。邹某送钱的目的是希望在工程款拨付方面给予照顾。

4、2013 年春节期间, 非法收受高某某所送人民币 10 万元。

上述事实, 有检察机关提供, 并经法庭质证、认证的下列证据予以证明:

(1) 2010 年 9 月 20 日, 中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部与福建省福达建筑工程劳务有限公司(高某某)签订的“小富隧道工程进口段”施工合同。

(2) 福建省福达建筑工程劳务有限公司劳务分包队验工计价单、中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部资金支付呈批表及网上银行电子回单, 证实至 2014 年 5 月, 经朱小鹏审核确认工程开累计金额为 12424996 元。工程款由朱小鹏在项目经理审批栏审批后支付。

(3) 中国建设银行娄底火车站支行取款凭条, 证实 2013 年 1 月 16 日高某某从中国建设银行娄底火车站支行取款 10 万元。

(4) 证人高某某的证言, 证实 2013 年春节的时候, 其从建行卡中取了 10 万元在项目部送给朱小鹏。送钱给朱小鹏的目的, 希望在验工计价和工程款的计算上予以照顾。

(5) 被告人朱小鹏的供述, 证实 2012 年中秋或者 2013 年春节, 高某某在项目部工地送给其人民币 10 万元。这 10 万元, 其带回家交给其妻存银行了。高某某送钱的目的是希望其在工程款拨付方面给予关照。

5、2012 年中秋节期间, 非法收受林某某所送人民币 10 万元。

上述事实, 有检察机关提供, 并经法庭质证、认证的下列证据予以证明

(1) 2010 年 9 月 22 日, 中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部与福建省裕源建设工程有限公司(林某某)签订的《娄邵铁路隧道工程施工分包合同》。

(2) 福建省裕源建设有限公司劳务分包队验工计价单、中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部资金支付呈批表及网上银行电子回单, 证实至 2014 年 8 月, 经朱小鹏审核确认林某某承包的工程开累计金额为工程开累计金额 9926209 元。工程款由朱小鹏在项目经理审批栏审批后支付。

(3) 证人林某某的证言, 证实 2012 年中秋过后, 其送了 10 万元钱到朱小鹏在娄邵项目部的办公室。送钱的目的希望尽量加快征地拆迁的进度和将工程进度款拨付下来。

(4) 被告人朱小鹏的供述, 证实 2012 年中秋或者 2013 年春节, 林某某在娄邵项目部驻地送给其 10 万元钱。这 10 万元钱, 其交给其妻存银行了。林某某送钱的目的是想跟其搞好关系, 希望在资金拨付方面给予关照。

6、2014 年春节, 非法收受黄某某所送人民币 10 万元。

上述事实, 有检察机关提供, 并经法庭质证、认证的下列证据予以证明:

(1) 2010 年 9 月 15 日, 中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部与温州第二井巷工程公司(黄某某)签订的“三眼塘隧道临建”及“进口工程”施工劳务合同。

(2) 温州第二井巷工程公司劳务分包队验工计价单、中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部资金支付呈批表及网上银行电子回单, 证实至 2014 年 1 月, 经朱小鹏审核确认认可黄某某承包的工程开累计金额为 8994572 元。工程款由朱小鹏在项目经理审批栏审批后支付。

(3) 中国建设银行娄底新区支行存款凭条, 证实 2014 年 1 月 16 日, 朱小鹏将 10 万元存入尾号 6691 建行账户。经被告人朱小鹏确认, 该款系黄某某送给其的。

(4) 证人黄某某证言, 证实 2013 年或者 2014 年春节, 其送给了朱小鹏现金人民币 10 万元。是在娄邵项目部工地朱小鹏住的房间将钱送给朱小鹏。送钱的目的, 希望在工程质量检查、验工计价、工程款拨付方面给予关照。

(5) 被告人朱小鹏的供述, 证实大概是在 2014 年春节期间, 黄某某在项目部驻地甘棠的工地宿舍给其送了 10 万元钱。这笔钱其消费用掉了。黄某某送钱给朱小鹏的目的, 希望在资金拨付方面给予关照。

认定全案事实, 还有检察机关提供, 并经法庭质证, 认证的下列综合证据予以证明:

(1) 证人唐某的证言, 证实其的收入主要是工资, 每个月几千元, 一年大概有 5、6 万元。朱小鹏给过其钱, 一般都是给的现金, 钱都存在建行卡上。唐某确认尾号 3191 的建行卡在 2013 年 2 月至 2014 年 5 月 14 日, 分 11 次存入其帐户的大额现金存款共计 64 万元都是朱小鹏给的。

(2) 中铁二十五局集团公司纪委《关于朱小鹏受贿问题的情况说明》及朱小鹏在单位纪委的交代材料, 证实中铁二十五局集团纪委在对所属第二工程娄邵项目部进行效能监察工作时, 发现该项目部存在潜亏、项目管理混乱等问题。2017 年 6 月 14 日, 集团纪委在找朱小鹏了解情况时, 朱小鹏主动交待纪委未掌握的收受罗建军、胡静等人财物共计 105 万元人民币、1 万美元的事实。

(3) 关于朱小鹏检举情况的说明, 证实朱小鹏到案后检举他人涉嫌犯罪行为, 并提供了他人涉嫌犯罪线索, 针对朱小鹏提供的情况, 检察院开展了调查, 在调查中, 查证了朱小鹏检举揭发他人涉嫌犯罪行为。

(4) 铁道部国资改革函(2003)372 号《关于将铁道部第一、第四勘察设计院等 20 户企业划转中国铁道建筑总公司有关问题的批复》、中国铁道建筑总公司中铁建劳(2004)25 号《关于组建中铁二十五局集团有限公司的通知》、中国铁建股份有限公司《首次公开发行 A 股股票招股说明书》、《中铁二十五局集团有限公司章程》、中铁二十五局集团有限公司企业法人营业执照、组织机构代码证、税务登记证, 证明 2003 年 11 月 19 日, 国资委、铁道部将广州铁路工程(集团)有限责任公司划转至中国铁道建筑总公司; 2004 年中国铁道建筑总公司组建中铁二十五局集团有限公司; 2008 年 3 月 10 日, 中国铁建股份有限公司在上海证券交易所上市, 中铁二十五局是中国铁建股份有限公司控股的子公司。

(5) 中铁二十五局集团第二工程公司营业执照、中铁二十五局第二工程公司关于“成立娄邵铁路扩能改造工程项目经理部”的通知、中铁建项目经理职责, 证实中铁二十五局第二工程公司是有限责任公司, 2010 年 9 月 3 日, 中铁二十五局第二工程公司成立娄邵铁路扩能改造项目经理部, 项目经理的职责主要是: 以企业法人授权代表身份对工程项目施工全过程负责; 履行工程承包合同, 组织有关经济合同和协议的签订及招投标工作; 对项目的人员、资金及各项资产进行监督管理等。

(6) 朱小鹏的任职通知及相关会议记录, 证明 2009 年 11 月 20 日, 中铁二十五局第二工程有限公司党委会电话会议决定, 由朱小鹏任青阜项目部项目经理; 2011 年 1 月 30 日朱小鹏任中铁二十五局集团第二工程有限公司总经理助理; 2011 年 2 月 18 日朱小鹏兼任广珠项目部经理、党工委书记; 2011 年 6 月 9 日朱小鹏任娄邵项目部经理、党工委书记; 当时考虑因属于平级调动, 经公司领导电话沟通后, 予以下令, 故未形成公司总经理办公会、党委会书面记录。2014 年 9 月 24 日免去朱小鹏娄邵项目部经理职务、2015 年 3 月 17 日免去朱小鹏娄邵项目部党工委书记职务。

(7) 证人丁某某、陈某、邓某的证言, 证实 2009 年 11 月 20 日公司党委会电话会议决定朱小鹏任青阜项目部经理。

(8) 证人范某、冯某的证言, 证实中铁二十五局第二工程公司的规定干部提职提级必须上党委会。朱小鹏以前担任过是青阜项目部经理, 二公司总经理助理, 广珠项目部经理, 其二人商量后认为朱小鹏可以胜任娄邵项目部经理。朱小鹏任娄邵项目经理没有经过党委会研究, 因为不涉及到提职提级问题。

(9) 扣押财物、文件清单, 证实唐某代朱小鹏向衡阳铁路运输检察院退缴了全部赃款 65 万元 (现存检察机关)。

(10) 被告人朱小鹏的身份证复印件, 证实朱小鹏出生于 1975 年 10 月 14 日, 系成年人, 应对其犯罪承担完全刑事责任。

本院认为, 被告人朱小鹏系公司工作人员, 其利用担任中铁二十五局第二工程公司娄邵项目部经理的职务便利, 非法收受他人贿赂共计人民币 65 万元, 为他人谋取利益, 数额较大, 其行为已构成非国家工作人员受贿罪。被告人朱小鹏在办案机关尚未发现其犯罪事实时, 如实供述了自己的全部罪行, 是自首; 归案后, 检举揭发他人犯罪行为, 经查证属实, 有立功表现。公诉机关指控被告人朱小鹏所犯非国家工作人员受贿罪罪名成立, 证据确实充分。辩护人关于被告人朱小鹏有自首、立功、积极退赃, 认罪态度较好, 请求从轻处罚的辩护意见, 理由成立, 予以采纳。公诉机关量刑建议适当, 本院予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》第一百六十三条第一款、第六十七条第一、三款、第六十八条第一款、第六十四条和最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第一款、第十一条第一款之规定, 判决如下:

一、被告人朱小鹏犯非国家工作人员受贿罪, 判处有期徒刑八个月。

(刑期从判决生效之日起计算。判决执行以前先行羁押的, 羁押一日折抵刑期一日, 即自 2017 年 6 月 20 日起至 2018 年 2 月 19 日止。)

二、扣押于衡阳铁路运输检察院的被告人退缴赃款 65 万元, 予以没收。

如不服本判决, 可在接到判决书的第二日起十日内, 通过本院或者直接向广州铁路运输中级人民法院提出上诉。书面上诉的, 应当提交上诉状正本一份, 副本二份。

审判长 李文

审判员 龙鸥琴

审判员 谢红辉

二〇一八年二月一日

书记员 杨绎

株式会社光荣特库摩游戏与北京三鼎梦软件服务有限公司 侵害计算机软件著作权纠纷一审民事判决书

北京知识产权法院
民事判决书

(2016)京73民初371号

原告：株式会社光荣特库摩游戏，住所地日本国神奈川县横滨市港北区箕轮町1丁目18番12号。

法定代表人：襟川阳一，代表取締役。

委托诉讼代理人：陈学民，北京市中咨律师事务所律师。

委托诉讼代理人：张继文，北京市中咨律师事务所律师。

被告：北京三鼎梦软件服务有限公司，住所地中华人民共和国北京市丰台区广安路9号院4号楼519号。

法定代表人：蔡立，董事长。

委托诉讼代理人：刘丹，女。

委托诉讼代理人：陈昕，上海文勋律师事务所律师。

原告株式会社光荣特库摩游戏（简称光荣特库摩游戏）诉被告北京三鼎梦软件服务有限公司（简称三鼎梦软件公司）侵害计算机软件著作权纠纷一案，本院于2016年5月31日立案后，依法适用普通程序，于2016年12月20日公开开庭进行了审理。原告光荣特库摩游戏的委托诉讼代理人陈学民、张继文，被告三鼎梦软件公司的委托诉讼代理人陈昕到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告光荣特库摩游戏向本院提出诉讼请求：1、立即停止实施侵犯《信长之野望创造：战国立志传》计算机软件著作权的行为；2、判令被告连续30日在其运营的3DM游戏网站首页及论坛首页上刊登向原告赔礼道歉的声明；3、赔偿原告经济损失50万元及为制止侵权支付的合理支出费用13.5万元；4、判令被告承担本案全部诉讼费用。事实和理由：原告是《信长之野望创造：战国立志传》游戏软件（简称正版游戏软件）的著作权人。被告未经原告授权，于2016年3月19日10时25分在被告经营管理的3DM游戏论坛上发布了题为“[原创][03.24.16]《信长之野望创造：战国立志传》PC正式版官方Steam正版分流[JP][3G][3DM]的首发版本已集成了游戏发售到现在的3个DLC”的帖子，并在该帖子中上传了《信长之野望创造：战国立志传》所谓的steam正版分流，提供了该游戏软件的下载链接。在前述帖子发布1分钟后，3DM论坛用户“ymym10121”以回帖形式上传了名为“《信长之野望创造：战国立志传》专用日本战国历史及日语学习补丁.rar.rar”的压缩文件，经下载安装确认该压缩文件系《信长之野望创造：战国立志传》游戏的破解补丁，安装该补丁后可跳过正版游戏的授权与购买环节直接免费运行游戏。根据一般常理，论坛用户不可能在1分钟内下载游戏并完成相应破解，因此可以推断该破解补丁在被告发布帖子之前便已经由被告编辑好，由被告以用户名义上传。即使不是被告自己上传该破解补丁，仍可推断该论坛用户是受到被告的指示进行上传。结合被告长期实施破解他人享有著作权的游戏软件的事实可以推知，被告必然参与了破坏原告对正版游戏软件所采取的技术措施，并经由信息网络向公众提供破解版游戏软件，严重侵犯了原告的著作权。因被告的侵权行为，原告丧失了正版游戏软件销售本应享有的市场份额，遭受了巨大的经济损失，并为制止侵权行为支付了相应的费用。

被告三鼎梦软件公司答辩称：一、《信长之野望创造：战国立志传》游戏软件无法在中华人民共和国境内正常取得，被告不存在接触该软件的条件；二、原告提交的公证书存在大量不

1218

符合公证程序的情形，原告提供的证据无法证明被告存在侵权行为；三、原告主张的经济损失的计算方式无任何依据。

本院经审理查明：

一、光荣特库摩游戏提起本案诉讼的权利基础

2016 年 7 月 7 日，中华人民共和国版权局出具的软著登字第 1350279 号《计算机软件著作权登记证书》记载，原告是《信长之野望创造战国立志传》游戏软件 v1.0 的著作权人，开发完成日期为 2016 年 2 月 29 日，首次发表日期为 2016 年 3 月 24 日；经公证认证的 2016 年第 2 号《事实实验公证书》记载，2016 年 4 月 8 日，森·滨田松本法律事务所律师铃木干太在日本国东京都中央区银座 2 丁目 2 番 6 号第 2DK 大厦 5 层银座公证所内，使用该公证所的计算机，原告在日本国光荣特库摩游戏运营的正式网上购物网站“游戏城市”上购买名为《信长之野望创造战国立志传》的软件制品，该制品背面有“发行商株式会社光荣特库摩游戏”及“?2013-2014 光荣特库摩游戏保留所有权利”的记载及“?2016 光荣特库摩游戏保护所有权利”的记载；原告提交了《信长之野望创造战国立志传》企划书、开发进展及游戏人员职责表，用于证明该游戏软件系原告自行开发创作。

光荣特库摩游戏另提交了 2016.4A 期《游戏机实用技术》杂志及《信长之野望创造战国立志传》制作人铃木亮浩 2015 年关于涉案软件的相关新闻报道。

二、关于被控侵权事实

光荣特库摩游戏提交的“全国企业信用信息公示系统（北京）”的查询网页记载，被告三鼎梦软件公司成立于 2013 年 11 月 11 日，其中包括自然人股东宿菲菲，网站为 <http://www.3dmgame.com>。

光荣特库摩游戏提交的中华人民共和国工业和信息化部“ICP/IP 地址/域名信息备案管理系统”查询网页记载，首页网址为 www.3dmgame.com 网站的主办单位为被告三鼎梦软件公司，网站域名为 3dmgame.com 和 3dmgame.net，备案/许可证号为京 ICP 备 14006952 号。

中华人民共和国北京市中信公证处于 2016 年 5 月 10 日出具的(2016)京中信内证经字 26528 号公证书记载：2016 年 4 月 1 日，原告代理人张继文在公证处已连接网络的办公用电脑上，在浏览器中输入 www.3dmgame.com/games/nnysr，进入 3DMGAME 网站《信长之野望创造战国立志传 3DM 中文站》游戏软件主题页面，其中“游戏信息”版块记载“发行商为 KOEITECMO，发售日期为 2016 年 3 月 24 日”，点击其中“热门资讯版块中的“信长野望汉化 2.0 发布”，进入题为“《信长之野望创造：战国立志传》汉化补丁 2.0 发布”的文章页面，其中“汉化说明”中显示“完整内核汉化支持正版；策划人：不死鸟”，点击页面中的“点此下载”，进入《信长之野望创造：战国立志传 3DM 轩辕汉化补丁 v2.2》下载页面，其中显示“制作机构：3DM 轩辕汉化组；整理时间：2016-3-30；下载次数为 152883”，并提供了多个下载地址，点击其中的“温州电信高速下载地址”，将文件 3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden.CHS.Patch.v2.2-3DM 下载保存到电脑中。点击进入《信长之野望创造战国立志传》游戏软件主题页面中的“专题论坛”，点击其中“《信长之野望创造战国立志传》PC 正式版官方 Steam 正版分流”，下载注册名为 yym10121 的用户发表于 2016 年 3 月 19 日 10 时 26 分的帖子中的“《信长之野望创造战国立志传》专用日本战国历史及日语学习补丁.rar.rar”文件，该用户在该文件“相关说明”中写道“本人根本不知道什么石皮 X 解，也不知道什么未 X 密，请不要找我麻烦，谢谢各位！”。

在《信长之野望创造战国立志传 3DM 中文站》游戏软件主题页面点击“专题论坛”标题进入对应页面，在 3DM 游戏论坛上点击题为“[原创][03.24.16]《信长之野望创造：战国立志传》PC 正式版官方 Steam 正版分流[JP][3G][3DM 的首发版本已集成了游戏发售到现在的 3 个 DLC]”的帖子，该帖子的作者为“星云散落”，发表时间为 2016 年 3 月 19 日 10 时 25 分。

点击《信长之野望创造战国立志传 3DM 中文站》游戏软件主题页面的“《战国立志传》官方 Steam 正版分流”，该网页记载“信长之野望创造：战国立志传官方 Steam 正版分流”制作机构是 3DMGAME，整理时间为 2016-03-24，软件大小为 3.02GB，下载次数为 184470，游戏语言为日文，“下载说明”中记载“游戏制作和游戏发行均为 KoeiTecmo，发售时间为 2016 年 3 月 24 日”。点击该帖子提供的“百度网盘高速下载地址”按钮，登录百度帐号后下载名称分别为 3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part1.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part2.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part3.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part4.rar 的四个文件；将上述六个下载文件移到名为“中咨”的文件夹中。

2016 年 4 月 7 日，在公证处已连接网络的办公用电脑上，在浏览器中输入“store.steampowered.com”，安装 Steam，将 Steam 安装到 D 盘；打开前述“中咨”文件夹，其中包括“《信长之野望创造战国立志传》专用日本战国历史及日语学习补丁.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden.CHS.Patch.v2.2-3DM、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part1.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part2.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part3.rar、3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part4.rar”共六个文件，右键点击 3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden-3DM.part1.rar 文件，解压缩到当前文件夹，将解压所得的“CONFIG”、“steam-api.dll”复制粘贴至 NOBUNAGAS_AMBITION_Souzou_×××文件夹中，点击“NOBU14SR-Launcher”打开名为“信长之野望创造：战国立志传”的游戏界面，开始游戏，将游戏运行界面截图保存，然后退出游戏，通过运行游戏可见各游戏界面文字部分均为日文；点击 3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden.CHS.Patch.v2.2-3DM 并解压缩到当前文件夹，将解压所得的应用程序复制粘贴至 NOBUNAGAS_AMBITION_Souzou_×××文件夹中，点击 3DMGAME-NOBUNAGAS.AMBITION.Souzou.Sengoku.Risshiden.CHS.Patch.v2.2-3DM.exe 文件，选择“运行”，依次点击“汉化游戏”、“确认安装”、“退出程序”；然后点击“NOBU14SR-Launcher”进入游戏，点击“开始游戏”，将游戏运行界面截图保存，然后退出游戏，通过运行游戏可见各游戏界面文字部分均为中文。

中华人民共和国北京市中信公证处于 2016 年 5 月 31 日出具的(2016)京中信内经证字 28308 号公证书记载：2016 年 5 月 27 日，原告代理人张继文在公证处已连接网络的办公用电脑上，在浏览器中输入 www.3dmgame.com，点击“战国立志传”，进入 www.3dmgame.com/games/nnyssr 主题介绍页面。”

中华人民共和国北京市中信公证处于 2016 年 5 月 10 日出具的(2016)京中信内经证字 28304 号公证书记载：2016 年 4 月 22 日，原告代理人张继文在公证处连接网络的办公用电脑上，进入宿菲菲的新浪微博，其简介为单机游戏网站 3DM 创始人及站长，网名“不死鸟”，“工作信息”中显示其公司为 3DMGAME（2003-至今），地区为北京西城区，职位为总经理”。宿菲菲于 2014 年 6 月 4 日 11 时 03 分发表微博称，“3DM 一直发破解，早晚会被干掉，但如果现在就不发破解了，马上就会死掉，怎么破？”。

原告光荣特库摩游戏提交的正版游戏软件与(2016)京中信内证经字 26528 号公证书中记载的通过被告网站上提供的链接下载的六个文件解压缩后的游戏软件运行情况对比表，显示两款游戏软件运行过程中进入游戏时显示的均为 KT 商标、koei 商标标识，游戏主菜单的画面、文字及其排列完全相同，游戏中的剧本选择菜单、剧本背景及介绍、地图模式、城市模式、

剧情、各人物的人物图鉴及美术形象、相关人物容貌修改特典、工作人员介绍等情况完全相同。本案审理过程中，经当庭勘验，被告三鼎梦软件公司对此不持异议。

三、关于原告损害赔偿及合理支出的计算

原告光荣特库摩游戏主张，其近几年的销售营业利润均未低于 30%，其中《三国志 13》《信长之野望创造》《信长之野望创造：战国立志传》等系列游戏由于人气较高，利润率也相对较高。原告自 2016 年 3 月 24 日首次公开发售《信长之野望创造：战国立志传》游戏软件，至 2016 年 6 月在全球共销售了 91000 套正版软件。在 2016 年 3 月 24 日至原告提起诉讼的 2016 年 5 月 25 日，由于被告的侵权行为导致原告在中国损失的销售量至少达到销售总量的 10%，即 9100 套，乘以 224 元人民币的销售价格及 30% 的利润率，原告实际损失数额不少于人民币 611520 元，原告据此主张赔偿额为 50 万元人民币。

原告提交了交通费、公证费、翻译费、诉讼代理费等票据，共计人民币 138101.724 元，其在本案中主张诉讼合理支出 13.5 万元。

四、其他事实

原告提交的警告函及 EMS 邮单、物流查询信息等证明，原告先后于 2016 年 1 月 29 日、2016 年 3 月 14 日向被告两次发出警告函，认为被告将非法破解的《信长之野望创造：战国立志传》等游戏上传至 3DM 网站供网络用户免费下载，侵犯了原告计算机软件相关的著作权及其他知识产权，要求被告立即停止侵权并按照警告函记载的措施进行纠正。原告于 2016 年 3 月 25 日再次向被告发出警告函，认为被告将 steam 版《信长之野望创造：战国立志传》游戏上传到被告运营的 3DM 游戏网站，被告运营的“3dm 单机游戏论坛”中有论坛用户非法上传的《信长之野望创造：战国立志传》游戏破解补丁，安装该补丁后可直接免费运行《信长之野望创造：战国立志传》游戏，要求被告立即断开 steam 版下载的相关链接，立即删除“3dm 单机游戏论坛”破解补丁，并按照警告函中记载的措施进行纠正。上述警告函被告均已签收。

《日本经济新闻》及国内媒体如百度贴吧、17173.com、中关村在线、china.com 等关于日本光荣公司（KOEI）及《三国志》、《信长之野望》系列游戏软件的相关报道。

上述事实，有原告提交的公证书、正版光盘、杂志等证据材料以及庭审笔录等在案佐证。

本院认为：

原告光荣特库摩游戏系日本国法人，我国与日本国均为《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》成员国，根据《中华人民共和国著作权法》第二条第二款的规定，成员国作者就其作品所享有的著作权受我国著作权法的保护。

《计算机软件保护条例》第九条规定，除另有规定外，软件著作权属于软件开发者。如无相反证明，在软件上署名的自然人、法人或者其他组织为开发者。《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条规定，当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等，可以作为证据。在本案中，根据原告提交的软件光盘上的署名、我国版权局软件著作权登记以及原告开发游戏的企划书等证据材料能够相互印证，形成了完整的证据链条，可以认定原告是《信长之野望创造：战国立志传》计算机软件的著作权人。

根据双方当事人陈述及相关证据情况，本案的争议焦点可归纳为：一、被告是否侵犯原告涉案游戏软件的著作权；二、被告的责任承担问题。

一、被告是否侵犯原告涉案游戏软件的著作权

根据（2016）京中信内证字 26528 号公证书的记载，被告在其经营管理的 3DMGAME 网站中单独设置《信长之野望创造：战国立志传 3DM 中文站》游戏软件的主题网页，并发布了题为“《信长之野望创造：战国立志传》官方 Steam 正版分流”的帖子，明确承认《信长之野望创造：战国立志传官方 Steam 正版分流》游戏软件系其制作，而“下载说明”中记载该游戏

制作和发行均为 KOEITECMOGAMESCO. LTD, 即本案原告光荣特库摩游戏。通过该帖子中提供的下载链接下载得到的文件大小与被告网站的记载相一致, 解压后的文件夹及文件均以 3DM 的名称命名。经实际运行游戏软件进行比对, 确认该下载文件即为原告享有著作权的《信长之野望创造: 战国立志传》游戏软件。

综上, 在案证据足以证明被告未经许可, 通过信息网络上传了原告享有著作权的游戏软件, 使公众可以在其个人选定的时间和地点获得该作品, 侵害了原告对其作品所享有的信息网络传播权。

针对被告所提各项答辩意见, 本院认为:

1、关于被告辩称其并无接触原告《信长之野望创造: 战国立志传》游戏软件可能性的问题
被告三鼎梦软件公司辩称, 《信长之野望创造: 战国立志传》游戏软件无法在我国境内正常取得, 被告不存在接触该软件的条件。对此, 本院认为, 根据在案证据, 原告的《信长之野望创造: 战国立志传》游戏软件于 2016 年 3 月 24 日公开发售, 被告所经营管理的 3dmgame 网站上《信长之野望创造: 战国立志传 3DM 轩辕汉化补丁 v2.2》主题页面显示该汉化补丁的制作机构是 3DM 轩辕汉化组, 策划人为“不死鸟”, 整理时间为 2016 年 3 月 30 日, 这一情况可以证明被告已实际获取原告公开发售的游戏软件, 故被告以涉案软件不具备在中华人民共和国境内出版发行的条件为由否认其接触可能性, 该理由不能成立。

2、关于被告所提在案公证书中存在瑕疵的问题

被告三鼎梦软件公司认为原告提交的 (2016) 京中信内经证字 26528、26308 号公证书存在大量不符合公证程序的情况, 如不确定公证处的办公电脑是否联接互联网、电脑是否进行了清洁性检查、DNS 服务器可能出现解析错误、公证人员没有监督见证整个下载过程等, 所以不能证明计算机软件或相关网页是从被告的 3dmgame.com 域名地址上获取的。被告为证明其所提上述主张, 向本院提交了“演示视频”及截图、说明, 证明如果公证前未进行电脑清洁性检查, 可能导致对相关域名的访问不必然指向被告。对于被告所提上述意见及证据, 原告认为公证所用的电脑是公证机关的办公电脑, 被告针对自己提出的问题应当提供足以推翻公证证据的相反证据, 且网络访问行为均是在公证机关进行, 在公证员的监督和见证下访问被告经营的网站, 考虑到涉案软件文件较大, 客观上不可能人工全程监督, 但整个下载过程均在公证处办公电脑上完成, 相关侵权信息均发现自被告经营管理的网站, 客观上不存在被告所抗辩的情况, 本院认为, 原告所作解释合理, 结合在案其他证据, 本院对被告此项主张不予支持。

二、被告的责任承担问题

本案中, 被告未经许可, 将原告享有著作权的游戏软件置于互联网上, 使不特定公众可以自由下载并免费使用该游戏软件, 侵犯了原告对其游戏软件作品享有的信息网络传播权。虽然侵权行为发生时, 原告的《信长之野望创造: 战国立志传》游戏软件尚未在中国大陆地区公开发售, 但原告就其作品所享有的著作权受我国著作权法的保护, 被告从其侵权行为中获取了不法利益, 应当立即停止侵权行为并赔偿原告所受经济损失。

关于损害赔偿数额, 由于原告并未提供在我国境内实际销售的证据, 也未提交充分证据证明被侵权所受到的实际损失或侵权获利情况, 本院将根据本案的具体情况, 综合考虑涉案作品的创作难度、市场价值、被告侵权的具体方式、侵权范围和主观过错程度等因素予以确定。结合 (2016) 京中信内经证字 26528 号公证书的记载, 截止到 2016 年 4 月 1 日, 被告 3DM 网站上《信长之野望创造: 战国立志传》游戏软件的下载数量已逾 18 万次, 一定程度上可以证明该游戏作品的受侵权程度、受欢迎程度和知名度, 也说明其具有较高的经济价值。从在案证据看, 原告在《信长之野望创造: 战国立志传》发行后即发现被告有侵害其著作权的行为, 并向被告发出警告函, 结合被告自然人股东宿菲菲在其微博中所发表的言论, 可以证

明被告的侵权行为具有较长时间的连续性，主观恶意明显，前述因素在确定赔偿数额时均一并予以考虑，根据我国《著作权法》第四十九条第二款的规定酌定为人民币 20 万元。

关于合理支出，原告提供了相关票据，证明因本案诉讼支付公证费人民币 11000 元、翻译费用人民币 2101.724 元、诉讼代理费人民币 125000 元等共计人民币 138101.724 元，现原告主张合理费用人民币 13.5 万元，符合合理性与必要性原则的要求，本院予以支持。

另外，由于被告的侵权行为仅侵犯原告作品中的著作财产权利，不涉及人身权利，故对于原告要求被告向其赔礼道歉的诉讼请求不予支持。

综上，依据《中华人民共和国著作权法》第二条、第四十八条第（一）项、第四十九条，《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条第三款，《计算机软件保护条例》第八条第一款第（七）项、第九条，《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条的规定，本院判决如下：

一、北京三鼎梦软件服务有限公司自本判决生效之日起，立即停止侵害株式会社光荣特库摩游戏《信长之野望创造：战国立志传》计算机软件著作权；

二、北京三鼎梦软件服务有限公司于本判决生效之日起十日内，赔偿株式会社光荣特库摩游戏经济损失人民币二十万元；

三、北京三鼎梦软件服务有限公司于本判决生效之日起十日内，赔偿株式会社光荣特库摩游戏诉讼合理支出人民币十三万五千元；

四、驳回株式会社光荣特库摩游戏的其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费人民币一万零一百五十元，由株式会社光荣特库摩游戏负担人民币五千元（已交纳），由北京三鼎梦软件服务有限公司负担人民币六千零一百五十元（于本判决生效之日起七日内交纳）。

如不服本判决，株式会社光荣特库摩游戏可在本判决书送达之日起三十日内，北京三鼎梦软件服务有限公司可在本判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人的人数提出副本，交纳上诉案件受理费，上诉于中华人民共和国北京市高级人民法院。

审判长 杨静

审判员 陈栋

审判员 吴园妹

二〇一七年九月二十九日

书记员 李港

庄圣贤与方正证券股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷一 审民事裁定书

长沙市中级人民法院
民事裁定书

(2017)湘 01 民初 4283 号

原告：庄圣贤，男，1964 年 8 月 25 日出生，汉族，住成都市金牛区。

委托诉讼代理人：李冰青，四川华敏律师事务所律师。

委托诉讼代理人：张敏，四川华敏律师事务所律师。

被告：方正证券股份有限公司，住所地长沙市芙蓉中路二段华侨国际大厦 22-24 层。

法定代表人：高利。

原告庄圣贤与被告方正证券股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷一案，本院于 2017 年 11 月 16 日立案后依法进行了审理。

庄圣贤向本院提出诉讼请求：1、判令被告方正证券股份有限公司赔偿因其虚假陈述而造成的原告股票投资差额损失 153284 元，以及投资差额损失部分的手续费 122.63 元。（共计 153406.63 元）；2、判令本案诉讼费用全部由被告承担。事实和理由：原告基于对被告信息披露的信赖，于 2015 年 1 月 23 日开始买入方正证券的 601901 股票。然而，2017 年 5 月 5 日中国证券监督管理委员会（2017）42 号《行政处罚决定书》认定，方正证券自 2011 年 8 月 1 日在上海证券交易所上市时其《方正证券股份有限公司首次公开发行 A 股股票招股说明书》中未按规定披露其控股股东方正集团与股东利德科技、西藏昭融、西藏容大之间的关联关系，并在其上市后披露的各期定期报告中，均按照招股说明书的披露口径，未依法披露上述公司的关联关系，构成了信息披露的虚假记载。2015 年 7 月 15 日，方正证券在上海证券交易所网站发布公告称其收到中国证监会《调查通知书》（湘证调查字 0335 号），因其涉嫌未披露控股股东与其他股东的关联关系而被中国证监会立案调查。当日收盘时原告账户尚持有方正证券股票 407600 股，买入价格共计 4410706 元。在该披露日后方正证券股票价格下跌，原告开始抛售自己持有的方正证券股票，至 2015 年 7 月 27 日将该 407600 股抛售完毕，抛售价格共计 4257422，造成损失 153284 元。

本院经审查认为，根据最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的相关规定，投资人起诉的应提供有关机关的行政处罚决定。庄圣贤依据中国证券监督管理委员会《行政处罚决定〔（2017）42 号〕》提起本案诉讼。方正证券股份有限公司原董事长雷杰于 2017 年 7 月 4 日就上述行政处罚决定向中国证券监督管理委员会提起行政复议。2017 年 10 月 9 日中国证券监督管理委员会依法受理上述复议申请后以该案涉及相关问题复杂为由中止行政复议。由此可见，本案所涉《行政处罚决定〔（2017）42 号〕》尚处于行政复议程序中，庄圣贤起诉的条件尚未完全具备，本案应予驳回。待相关行政复议程序终结后，如庄圣贤具备起诉条件可再行起诉。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百零八条、《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第六条规定，裁定如下：

驳回庄圣贤的起诉。

如不服本裁定，可在裁定书送达之日起十日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于湖南省高级人民法院。

1224

审判长 黎藜

审判员 黄红萍

审判员 戴莉

二〇一七年十二月二十一日

书记员 曾锦

1225