



第4期 2009年11月

法律观察

Legal Insight

Legal Insight
法律观察

V&T V&T LAW FIRM
万商天勤律师事务所

V&T V&T LAW FIRM
万商天勤律师事务所

4

主编：王霁虹

编委：张 志

徐 猛

李 宏

徐志光

张丽杰

徐寿春

编辑：黄彬琳

第4期 2009年11月

法 律 观 察

Legal Insight

V&T LAW FIRM
万商天勤律师事务所

www.vtlaw.cn

北京

地址：北京市朝阳区东四环中路39号
华业国际中心A座3层（100025）

电话：86-10-82255588 85711188

传真：86-10-82255600

深圳

地址：深圳市深南大道4013号
兴业银行大厦21楼（518048）

电话：86-755-83026386 83026389

传真：86-755-83026828 83026990

上海

地址：上海市浦东新区福山路458号
同盛大厦11楼（200122）

电话：86-21-50819091

传真：86-21-50819591

© 万商天勤律师事务所版权所有

目录

- 02 事务所动态
- 13 论新破产法体系下当事人权益的保护
徐猛 吴卿
- 18 拟上市公司股东以知识产权出资问题初探
温焯 罗超
- 21 拟上市公司IPO前社保遗留问题处理探讨
徐寿春 李季先
- 26 上市公司董事、监事和高级管理人员的义务
崔国峰
- 29 痛，公路投资者合法权益保护之缺失
王霁虹 谢颐
- 32 巧用“间接证据”赢得诉讼
潘熙 苟书锐
- 36 涉外仲裁协议的制定和裁决的执行
陈祥龙
- 39 企业国有资产法探析
肖延人
- 44 从资产管理公司角度简略解析最高人民法院《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》
马婧 茅麟
- 46 建设项目环境影响评价听证制度邹议
王霁虹 石杰
- 50 环境保护行政处罚的规范
邢壮
- 56 再议招标投标工程合同的成立
林立
- 61 商品房交付常见问题评析
吴泽普
- 66 房屋买卖常见法律问题问答

事务所动态

- 本所入选ALB全国律师事务所20强
- 本所在北京市律师协会新一届协会中表现突出,多位合伙人胜出
- 本所荣获上海静安区十佳律师事务所
- 徐寿春律师受聘担任中国证监会第一届创业板发行审核委员会委员
- 本所承办的“华远地产借壳ST幸福”获第三届新财富最佳案例
- 本所承办的武汉南国置业股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市
- 本所承办的深圳市美盈森环保科技股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市
- 本所承办的保龄宝生物股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市
- 本所承办的久其软件股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市
- 本所担任内蒙古伊利集团股份有限公司常年法律顾问
- 本所为光威集团改制重组提供专项法律服务
- 本所承办的山东鲁信高新技术产业股份有限公司重大关联交易项目经证监会审核通过
- 本所协助云南城投置业股份有限公司以非公开发行方式募集资金近20亿
- 本所承办的威海华东数控股份有限公司增资发行A股项目上报证监会
- 本所为台湾金融机构开发大陆业务提供法律顾问
- 本所为福建、四川两条高速公路项目权益转让提供专项法律服务
- 本所为安邦财产保险股份有限公司提供诉讼法律服务
- 本所为南洋商业银行北京分行抵押房产执行项目提供专项法律服务
- 本所为华联集团大型房地产综合开发项目提供法律服务

- 本所与美国达瑞律师事务所在上海签订战略合作协议
- 本所承担的“共有人处分权与不动产善意取得法律实务研究”课题获北京市房地产法学会“华远杯”课题评审优胜奖
- 徐猛律师访问纽约多家国际律师事务所
- 徐猛律师主持“北京市律师协会律师事务所管理业务研讨会”
- 王霁虹律师担任中国水利水电建设集团公司科学管理委员会工程造价与合同管理专家委员会特邀委员
- 王霁虹律师应邀就建设工程中的安全法律风险与防范发表专题演讲
- 王霁虹律师在上海美国商会发表专题演讲
- 王霁虹律师为外交部外交人员服务局授课
- 王霁虹律师作为专家组成员参加“国际一流”实验室设计研讨会
- 李季先律师担任北京人民广播电台专家评论员
- 本所为客户举办劳动人事专题讲座
- 本所参与哈佛大学法学院律师谈判培训
- 马婧律师为华业地产股份公司提供“合同法专题培训”
- 董越律师赴美国康奈尔大学攻读法律硕士学位
- 林立律师赴英国伦敦国王学院修读建筑法硕士学位
- 本所实施业务学习制度,取得良好效果

■ 本所入选ALB全国律师事务所20强

《亚洲法律杂志》(ALB) 近期发布了2009年度中国律师事务所20强报告, 综合考虑律师事务所合伙人及执业律师人数、分所分布及上一年度的收入, 本所成功入选全国律师事务所20强。鉴于本所合并一年多来取得的各项显著成绩, ALB记者特别采访了本所徐猛等合伙人, 分别就大型律师事务所发展过程中的机遇挑战、质量控制及如何发挥优势业务和行业影响力进行了特别专访。

■ 本所在北京市律师协会新一届协会中表现突出, 多位合伙人胜出

在北京市律师协会第八届律师代表大会代表选举中, 本所徐猛律师当选新一届理事会理事。同时, 在新成立的专门工作委员会中, 徐猛律师当选事务所管理指导委员会副主任, 李宏律师当选为律师行业发展指导委员会委员, 蔡耀忠律师当选为业务指导与继续教育委员会委员。

6月27-28日, 在专业委员会主任公开竞选中, 本所合伙人凭借优秀的业务能力、广泛的社会工作能力以及公认的行业认知度, 在公开演讲竞选中胜出。本所合伙人徐寿春律师担任证券法律专业委员会主任、王霁虹律师担任建设工程法律专业委员会主任、徐猛律师担任能源法专业委员会副主任、温烨律师担任公司法专业委员会副主任。

同时本所多位合伙人及律师也成为新一届专业委员会的委员, 胡治家律师当选并购与重组法律专业委员会委员, 何帅领律师当选土地法专业委员会委员, 高丽春律师当选民事诉讼法专业委员会委员, 卢二松律师担任企业法律风险管理专业委员会委员、马婧律师担任银行法律专业委员会委员、石有明律师当选金融衍生品法律专业委员会委员、吴泽普律师当选为仲裁法律专业委员会委员、郭向东律师当选刑法专业委员会委员, 张建港律师担任商标法专业委员会委员。

■ 本所荣获上海静安区十佳律师事务所

2009年3月, 本所上海办公室被上海市静安区司法局及上海市静安区工作委员会共同授予“2007-2008年度静安区十佳律师事务所”荣誉称号。

■ 徐寿春律师受聘担任中国证监会第一届创业板发行审核委员会委员

8月14日, 中国证监会第一届创业板发行审核委员会成立大会在北京人民大会堂召开, 本所合伙人徐寿春受聘担任第一届创业板发行审核委员会委员。第一届创业板发审委共有35名委员, 其中律师委员6名, 另外5名受聘的律师委员分别来自北京金杜、君合、上海通力、江苏世纪同仁、广东信达律师事务所。该6名律师委员由中国证监会从全国律师协会推荐的18名候选人中选拔确定。

■ 本所承办的“华远地产借壳ST幸福”获第三届新财富最佳案例

ST幸福股权分置改革暨吸收合并华远地产的重大资产重组项目(即湖北幸福实业股份有限公司出售全部资产和负债、全体股东等比例减资暨向特定对象发行新股吸收合并北京市华远地产股份有限公司)是境内房地产公司成功借壳上市的典型案例,具有很多创新设计和操作,该项目近期入选第三届新财富最佳案例。本所合伙人徐寿春、毛国权律师作为该项目的主办律师主导设计并协助交易相关方完善交易结构,在若干内容缺乏市场先例的情况下,充分论证其合法性和可行性,制作了大量的协议、合同等法律文件,充分明确了多个复杂交易下的各方权利义务,深得客户认可和业内赞誉。

■ 本所承办的武汉南国置业股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市

由温焯、王冠律师承办的武汉南国置业股份有限公司首次公开发行股票并上市项目近日顺利完成,这是今年6月份国内IPO重启后,首单获准公开发行的地产企业。2009年11月6日,武汉南国置业股份有限公司在深圳证券交易所中小企业板举行新股挂牌上市仪式,正式宣布上市交易,本所温焯、王冠律师作为嘉宾受邀出席了挂牌仪式。武汉南国置业股份有限公司股票简称为“南国置业”,股票代码“002305”,当日南国置业开盘报25.00元,较发行价12.30元上涨103.25%。

■ 本所承办的深圳市美盈森环保科技股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市

由李宏、徐春霞、崔国峰律师承办的深圳市美盈森环保科技股份有限公司首次公开发行并上市项目于2009年11月3日在深圳证券交易所中小板正式挂牌。该项目股票代码为002303,股票简称“美盈森”。美盈森本次公开发行4,500万股,发行价格为25.36/股,拟募集资金51,758.78万元,实际募集资金总额为114,120万元,超出美盈森拟募集资金数量62,361.22万元。

■ 本所承办的保龄宝生物股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市

2009年8月28日,由李宏、徐春霞、崔国峰律师承办的保龄宝生物股份有限公司首次公开发行股票并上市项目在深圳证券交易所成功挂牌,股票代码为002286,保龄宝本次发行2,000万股,发行价格为20.56元/股,市盈率为39.54倍;本次募集资金投资项目总投资合计:2.7亿,实际募集资金4.1亿。保龄宝也成为我国功能糖行业发行的第一支股票。

■ 本所承办的久其软件股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市

由本所承办的久其软件股份有限公司（下称“久其软件”，证券代码002279）首次公开发行并上市项目，于2009年8月11日正式在深圳证券交易所挂牌上市交易，募集资金4.131亿元人民币。本所作为该项目的发行人律师，先后承办了该公司股份制改造、登陆中关村科技园区非上市股份有限公司股份报价转让系统（又称“新三板”）、中小板IPO上市的全程工作，合伙人徐猛、文成炜律师为项目负责人，参与服务的团队律师包括：马婧、董越、茅麟、吴卿、杨立峰等。久其软件是国内第一家从新三板成功转中小板的企业。在新三板股东利益的保护、新三板和中小板交易的对接、股份锁定等方面，为其他新三板企业转中小板和创业板提供了可借鉴经验和操作方法。久其软件的成功转板，无疑对其他新三板企业IPO有积极的引导和示范作用。新三板目前有60余家挂牌企业，中关村园区更有千余家处在高速成长期的高新技术企业，这些企业是中小板和创业板的强大后备力量。久其软件的成功转板也有利于提升新三板的吸引力，使更多的优质企业通过新三板这个平台完善自己，在条件成熟时跨进在主板中小板或创业板实现IPO。

■ 本所担任内蒙古伊利集团股份有限公司常年法律顾问

2009年10月15日，本所徐猛、马婧律师受聘担任内蒙古伊利集团股份有限公司常年法律顾问。伊利股份是国内著名的乳制品龙头企业，是2008年北京奥运会赞助商。

■ 本所为光威集团改制重组提供专项法律服务

本所李季先、孙冬松律师受威海光威集团有限责任公司委托，为其改制重组项目提供专项法律服务。光威集团是集生产、科研、经贸为一体的全国大型钓具企业，是目前世界上花色品种最全、生产规模最大的钓具集团生产企业，产品90%出口，远销64个国家和地区。集团公司下设威海光威渔竿有限公司、威海光威精密机械有限公司等14个子公司，并拥有中日、中韩合资的3个中外合资企业和3家国内合资企业。“GW”商标已被国家工商行政管理总局商标局评定为中国驰名商标。

■ 本所承办的山东鲁信高新技术产业股份有限公司重大关联交易项目经证监会审核通过

由本所承办的山东鲁信高新技术产业股份有限公司向山东省鲁信投资控股集团有限公司发行股份购买其持有的山东省高新技术投资有限公司100%股权暨重大关联交易项目,于2009年7月23日顺利通过中国证券监督管理委员会上市公司并购重组审核委员会2009年第17次会议审核,获有条件通过。该项目的成功过会标志着创业投资行业正式登陆中国资本市场, 适值创业板启动, 对中国多层次资本市场建设意义重大。山东省高新技术投资有限公司是一家综合类的创业投资公司, 该公司现有投资项目37个, 本次重大资产重组完成后, 山东鲁信高新技术产业股份有限公司将成为以创业投资业务为主营业务的A股上市公司, 为沪深两市纯正的创投第一股。该项目由合伙人徐寿春、李季先、孙冬松等律师承办。

■ 本所协助云南城投置业股份有限公司以非公开发行方式募集资金近20亿

由本所担任专项法律顾问的云南城投置业股份有限公司 (SH: 600239) 非公开发行股份项目经中国证监会证监许可[2009]149号文核准, 于2009年4月成功实施, 共募集资金近20亿元, 发行对象为基金管理公司、证券公司等十家机构投资者。该等房地产类上市公司再融资项目的成功完成在市场中产生了很大影响, 该项目由本所合伙人徐寿春、胡刚律师担任主办律师。

■ 本所承办的威海华东数控股份有限公司增资发行A股项目上报证监会

本所受威海华东数控股份有限公司 (SZ: 002248) 委托, 担任其增资发行A股上市项目的专项法律顾问, 本所合伙人徐寿春和胡刚律师担任该项目主办律师, 近日已完成申请文件准备工作, 并已上报中国证监会。

■ 本所为台湾金融机构开发大陆业务提供法律顾问

随着《海峡两岸金融合作协议》的签署及两岸金融监督管理机构通过签署监管合作备忘录 (MOU) 的形式建立两岸银行业、证券及期货业、保险业的监督管理合作机制工作的不断推进, 台湾金融机构到大陆寻找合作机会的热情不断高涨。本所受聘担任永丰金融控股股份有限公司在大陆银行业和证券业的相关合作事务的专项法律顾问, 该项目主办律师是本所合伙人徐寿春和李季先律师。

■ **本所为福建、四川两条高速公路项目权益转让提供专项法律服务**

基于在基础设施特许经营领域的广泛经验,本所目前接受客户委托,为其分别享有28年和30年特许经营权的福建武邵高速公路和四川成名高速公路的股权转让提供法律服务,由本所合伙人王霁虹、肖延人律师担任上述项目中介机构总协调人,负责中介机构的选聘谈判与协议签署,项目权益出售及交易架构的合法性审查,以及相关协议的制作签署。同时担任本项目财务顾问的是毕马威会计师事务所,目前股权转让的相关工作正在积极向前推动。

■ **本所为安邦财产保险股份有限公司提供诉讼法律服务**

本所王霁虹、高丽春律师受安邦财产保险股份有限公司委托,为其重庆某房地产项目购买纠纷提供诉讼法律服务。安邦财产保险股份有限公司是一家经营财产保险、意外伤害保险和短期健康险业务的全国性保险公司,于2004年筹建成立,凭借其雄厚的股东实力,一流的企业文化,安邦保险近年来发展迅猛。

■ **本所为南洋商业银行北京分行抵押房产执行项目提供专项法律服务**

本所受南洋商业银行(中国)有限公司北京分行的委托,由徐猛、杨立峰等律师为该行向法院申请执行抵押房产一案提供专项法律服务。该案系困扰客户多年的积案,执行工作曾多次被法院中止。本所受托后积极配合法院工作,短期内取得了突破性进展,目前已进入拍卖准备阶段。

■ **本所为华联集团大型房地产综合开发项目提供法律服务**

自2009年3月开始,本所上海办公室配合深圳办公室,在浙江杭州合作办理华联集团大型房地产综合开发项目。该项目预计总投资超过50亿人民币,开发时间超过八年。本所组成了由合伙人张志、宋阳、陈凯带领的法律服务团队,为该项目提供法律服务。本所全面、深入、专业的法律服务,得到了客户的高度评价,充分体现了全国性律师事务所的跨区域协作能力。

■ **本所与美国达瑞律师事务所上海签订战略合作协议**

2009年9月,本所与美国达瑞律师事务所(Diaz, Reus & Targ LLP)在上海签订战略合作协议,与本所建立长期合作关系。陈凯律师代表本所签约。达瑞律师事务所是一家总部位于美国迈阿密的国际化律师事务所,在美国、拉美、欧洲、中东多个城市及中国上海设有代表处。

■ 本所承担的“共有人处分权与不动产善意取得法律实务研究”课题获北京市房地产法学会“华远杯”课题评审优胜奖

由本所王霁虹律师承接, 谢颐、高丽春等律师共同参与的《共有人处分权与不动产善意取得法律实务研究》荣获北京市房地产法学会2008年度“华远杯”课题评审优胜奖。本次课题评审专家组共九名专家, 由分别来自建设部和市国土资源局、市住房保障办、北大、人大等法学院资深学者及律师界人士。王霁虹律师是唯一一名以律师身份荣获本次活动奖励的参与者。

■ 徐猛律师访问纽约多家国际律师事务所

徐猛律师于10月12-15日, 在美国纽约访问了多家著名国际律师事务所, 包括 Epstein Becker & Green, P.C., Olshan Grundman Frome Rosenzweig & Wolosky, LLP, Covington & Burling LLP, 与美国同行就中国业务拓展和中国企业海外法律培训进行了友好交流。其中Covington & Burling LLP (科文顿·柏灵律师事务所) 设立于1919年, 在中国北京等8个国家均设有分所。

■ 徐猛律师主持“北京市律师协会律师事务所管理业务研讨会”

徐猛律师作为北京市律师协会律师事务所管理指导委员会副主任, 于9月10、17、24日分别主持了三次“北京市律师协会律师事务所管理业务研讨会”, 就律师事务所的“品牌建设”、“文化建设”、“扩张与整合”分别进行了研讨。全市共有二百余家律师事务所代表参加了研讨会。

■ 王霁虹律师担任中国水利水电建设集团公司科学管理委员会工程造价与合同管理专家委员会特邀委员

为贯彻实践科学发展观, 更好地建设成行业领先、管理一流、更具国际竞争力的跨国企业集团, 中国水利水电建设集团公司成立了“科学管理委员会”, 下设企业全面风险管理专家委员会、企业发展战略与资源配置管理专家委员会、工程造价与合同管理专家委员会、企业财务控制与投融资管理专家委员会。该委员会作为公司实现科学管理的研究、创新、咨询、推广和交流的服务机构, 聘请了37名在企业风险管理、企业战略发展、工程造价、合同管理、财务控制、投融资等领域的行业专家。

8月25日, 本所合伙人王霁虹律师受聘担任中水电集团公司科学管理委员会工程造价与合同管理专家委员会特邀委员。

■ 王霁虹律师应邀就建设工程中的安全法律风险与防范发表专题演讲

由中国国际经济贸易仲裁委员会天津国际经济金融仲裁中心与天津市城乡建设和交通委员会联合主办、天津市律师协会房地产专业委员会协办的“天津市建设工程合同管理风险防范与仲裁实务讲座”于8月20日在天津津利华大酒店隆重举行。天津市各重点房地产开发与建设工程企业相关负责人、天津市律师协会律师会员共计300余人参加了此次讲座。

作为中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，王霁虹律师作了题为《建设工程合同管理中的安全法律风险及防范》的演讲，王律师结合近期高层建筑安全事故案例详细阐述了合同管理中承包商在建筑工程中的安全义务及相关法律责任，并对如何进一步加强高层建筑工程安全责任管理进行了深入的分析。同时，贸仲天津仲裁中心解常晴秘书长和天津大学管理学院国际工程管理研究所所长何伯森教授分别做了题为《建设工程争议的解决与仲裁》和《从工程争议案例看合同管理的重要性》的专题演讲。

■ 王霁虹律师在上海美国商会发表专题演讲

5月19日，王霁虹律师应上海美国商会邀请，出席其上海明天广场JW万豪酒店举办的“中国建筑工程的诞生与消亡”论坛。此次论坛共分为“诞生、生存与消亡”三个部分，王霁虹律师主讲建设工程的诞生部分，对外国建筑、设计、咨询等企业参与中国工程施工招标中面临的法律风险及应对策略进行了讲解，另外两个部分的主讲人分别是来自Allen & Overy的David Cox以及来自Bryan Cave的Peter Chow，他们均是建筑工程领域的资深律师。上海分所主任陈凯律师应邀出席了此次会议。

■ 王霁虹律师为外交部外交人员服务局授课

4月25日，王霁虹律师受中国人民大学培训学院以及北京市外交人员服务局的邀请，在北京外交人员服务局大楼为外交人员服务局的学员进行了为期一天的培训。课程分两个专题——《建筑施工企业的发展现状与未来走势分析》和《房地产开发中的现代项目管理实务》。王律师深入浅出的实践案例辅导受到了外交人员服务局领导以及学员的一致好评。

北京外交人员服务局隶属于外交部，拥有8000多名员工，是一家产业覆盖房地产、工程建筑、物业管理等诸多领域的综合性外事服务集团。目前主要服务于近400家外国驻华使馆、国际组织驻华代表机构和外国新闻驻京代表处。

■ 王霁虹律师作为专家组成员参加“国际一流”实验室设计研讨会

作为中国药品生物制品检定所聘请的专家组成员,5月13日,王霁虹律师应邀参加了中国药品生物制品检定所举办的“国际一流”实验室设计研讨会,就“国际一流”实验室的设计理念、工艺需求、标准规范等进行了深入交流。参加的外国设计师事务所均在实验室设计方面具有丰富经验,王霁虹律师还就国内外设计师事务所之间的合作问题与参会人员进行了交流。

■ 李季先律师担任北京人民广播电台专家评论员

因在法律、财经实务和媒体评论方面良好的专业声誉和口碑,本所合伙人李季先律师受邀作为北京人民广播电台(RBC)专家评论员,出席《新闻直通车》等相关时政财经法律节目,先后就《放贷人条例》等热点法律话题进行专业点评。

■ 本所为客户举办劳动人事专题讲座

2月11日,本所梁智、马婧、董越律师为十余家企业人力资源主管及内部法律顾问举办“企业风险管理系列讲座—劳动人事专题”讲座。参加本次讲座的客户包括:宝洁中国有限公司(P&G北京宝洁洗涤用品公司、天津宝洁工业有限公司)、博世力士乐(北京)液压有限公司(Bosch Group)、国投财务有限公司、华业地产股份公司、久其软件股份有限公司、鲁泰纺织股份有限公司、民安保险北京分公司、南洋商业银行北京分行、正元投资有限公司、中国航空工业集团财务有限公司等十多家企业单位。讲座由著名劳动法专家梁智律师以及马婧、董越律师共同主持,讲课内容受到与会者的一致好评。

■ 本所参与哈佛大学法学院律师谈判培训

3月22日至24日,王霁虹律师、石杰律师、吴安静参加了由美国自然资源保护委员会、哈佛大学法学院、北京大学环境与资源法研究中心和中华全国律师协会环境与资源委员会联合在四川成都举办的“化解危机:律师在环境争议纠纷中的谈判技巧”高级培训班。本所作为会议筹备方之一,不仅提供了培训的研讨案例,石杰律师作为此次培训的政府律师,还参与了模拟案件的讨论。本次培训有来自全国各地的环资委委员以及来自全国和四川省的共79名律师参加了培训,取得圆满成功。

■ 马婧律师为华业地产股份公司提供“合同法专题培训”

3月26日,马婧律师受本所常年法律顾问单位华业地产股份有限公司邀请,为其进行全体员工进行“企业风险管理系列讲座——合同法专题培训”。马婧律师主要讲授了我国合同法总则内容,对合同必备条款进行了分析讲解,并就房地产公司履行商品房买卖合同的风险即从缔约前到合同签署、履行、以及违约责任等各类注意事项进行了详细提示。

■ 董越律师赴美国康奈尔大学攻读法律硕士学位

董越律师将于今年7月底赴美国康奈尔大学法学院(Cornell University, School of Law)攻读法学硕士学位。康奈尔大学成立于1865年,是美国八所常青藤大学(Ivy League)之一,是一所享誉世界的百年名校,无论从师资质量、教学态度、校友网络、校园环境都是全美乃至全球顶尖的综合性大学。康奈尔大学法学院从1887年招收第一名学生以来,已经为全世界培养了数以万计的顶尖法律人才。董越律师具有丰富的涉外工作经验,此次赴美学习,将有利于本所在涉外业务的开拓。

■ 林立律师赴英国伦敦国王学院修读建筑法硕士学位

林立律师将于今年8月赴英国伦敦国王学院(King's College London)攻读建筑法硕士学位,这也是伦敦国王学院建筑法专业首次招收中国大陆律师。伦敦国王学院由英国国王乔治四世于1829年创办,是伦敦大学创始学院之一,其法律专业在英国、香港、欧洲的高等教育界中享有盛誉。学院地处伦敦市中心的泰晤士河畔,邻近市政府、伦敦金融商业区、皇家法庭和四所律师学院。林立律师具有近十年执业经验,具有丰富的工程实务经验,此次赴英进修,将进一步加强本所在工程领域尤其是国际工程领域的业务实力,同时也将进一步打开本所与英国工程领域专业机构的交流。

■ 本所实施业务学习制度,取得良好效果

为提升律师的业务能力和加强对年轻律师的进一步培养,本所合伙人会议讨论决定自5月份开始实行每月业务学习制度,分别由温焜律师主讲《解读境内创业板上市管理暂行办法》、王霁虹律师主讲《中国基础设施特许经营法律实务》、徐寿春律师主讲《首次公开发行(IPO)律师实务》、徐春霞律师主讲《2008年发审委否决案例介绍及律师证券业务中的尽职调查》,在全所范围内获得广泛好评。资深合伙人的专业讲解和业务经验交流,不仅有利于专业律师的业务提升,也开阔了不同领域律师的业务视野,年轻律师更是广受鼓舞。

论新破产法体系下当事人权益的保护



徐 猛



吴 卿

【摘要】

2006年8月27日公布的《中华人民共和国企业破产法》是一部十分重要的法律，某种意义上说，它比企业设立相关法律还重要，因为除了涉及股东利益，还涉及债权人、债务人、员工等许多当事人的利益。较此前一直适用的《企业破产法（试行）》和《民事诉讼法》，该法在适用范围、破产程序、破产管理人、破产重整、职工权利的维护等方面，以及债权人的保护和债务人破产责任方面，较之以往都有推陈出新的进步。本文试图着眼破产法有关当事人利益的平衡机制，结合律师代表债权人维权的实际经验，探讨关于当事人权益保护的途径。

【关键词】

破产 债权人 债务人 合法权益 保护

一、《破产法》理念及立法目的

优胜劣汰不仅是自然生存法则，也是经济法则。破产作为在市场经济条件下的一种退出机制，就是市场经济行为主体优胜劣汰的体现之一。然而，任何一个企业都不是孤立存在的，因此企业破产也必然不是谁想破就可以一破了之的，而必须充分考虑对相关利益者的影响，遵循法定的规则。正是由于破产企业产生的影响大，才使得《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“《破产法》”）自1994年起酝酿十几年，方于2006年8月姗姗出台。

《中华人民共和国破产法》第一条指出：立破产法的目的在于“规范企业破产程序，公平清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序”。由此，我们可以知道《破产法》着重调整的是债权债务关系，调整的主体也主要是债权人和债务人。人大法工委曾参与破产立法的专家也称，企业法人的破产，主要是指“企业在市场竞争中，由于各种原因不能清偿到期债务时，通过重整、和解或者清算等法律程序，使得债权债务关系依据重整计划或者和解协议得以调整，或者通过变卖债务人财产，使得债权人公平受偿¹”。

二、《破产法》新的破产程序当事人

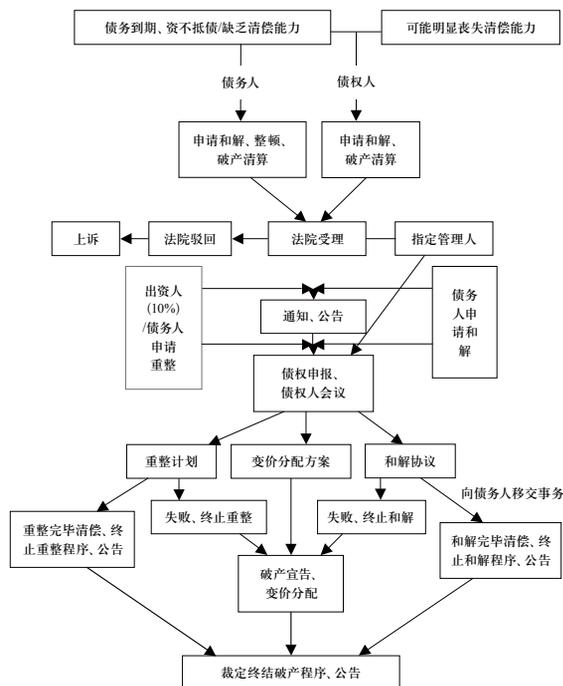
（一）破产程序

《破产法》规定了三种破产手段：一旦企业法人（即债务

¹ 蔡人俊《破产法律制度的修改和完善》全国人大常委会法工委经济法案室 www.npc.gov.cn。

人)不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务或已经明显缺乏清偿能力就可以清理债务,包括:破产清算、破产重整以及和解三种程序。

如图示:



(二) 破产程序的当事人

根据前文,债权人、债务人均均为破产程序中的当事人。但也有人提出,“对于整个市场交易而言”,《破产法》还“为众多的市场参与者提供了稳定的预期,不管是债权人、债务人、消费者、投资者、股东,还是雇员、政府、供货商,有了破产法就有了有预期的游戏规则,在市场交易中就有了充分的保障和救济手段。”²为此,《破产法》的当事人除了债权人、债务人外,还应包括其他一些“参与者”。笔者认为,以破产程序是否涉及以及是否与破产结果存在利害关系为标准,《破产法》中的当事人除了债权人和债务人外,还应当包括《破产法》中的管理人、企业股东、高管、职工、担保人等。至于消费者,虽然会因为企业破产而无法继续得到产品质量保障或后续服务等,但因为在破产时无法确定债权数额或价值,因此无法参与

破产程序;至于供应商,则应列为债权人处理。

三、《破产法》中债权人的权利及保护

(一) 《破产法》保护债权人权益的基本原则

对债权人的保护是新《破产法》的基本原则,在全文的许多部分都体现着这样的意图。具体有以下几方面:

1、扩大了破产情形

原《企业破产法(试行)》规定,全民所有制企业破产的条件是:经营管理不善造成严重亏损、不能清偿到期债务³;

《民事诉讼法》规定的非全民所有制企业破产的条件是:严重亏损、不能清偿到期债务⁴。实践中,全民所有制企业亏损是否是由经营不善所致,债权人难以举证;同理,证明严重亏损也很难。对于债权人来说,破产原因无法确定,启动破产程序自然就无从谈起。这样,本来看似是一条迫使债务人还债的规定,却往往成为债务人赖账的“依据”。

新《破产法》则明确将“不能清偿到期债务”、“资产不足以清偿或明显缺乏清偿能力”并列为破产原因。这三种情形都是静态的,更易于根据财务状况判断。新法还规定限期由债务人提交财务状况说明、债权债务清单、财务会计报告等等⁵,从而使法院掌握直接、有效的第一手资料,更有利于对债务人是否存在“资不抵债”的事实进行评价。

2、扩大了破产程序适用范围

根据《破产法》第2条及134、135条规定,企业法人、金融机构以及企业法人以外的组织的破产清算,适用该法⁶。这样,不论是全民所有制企业还是三资企业、私营企业、有限责任公司或股份有限公司,甚至不具有企业法人资格的其他组

³ 《企业破产法(试行)》第3条企业因经营管理不善造成严重亏损,不能清偿到期债务的,依照本法规定宣告破产。

⁴ 《民事诉讼法》第199条 企业法人因严重亏损,无力清偿到期债务。债权人可以向人民法院申请宣告债务人破产还债,债务人也可以向人民法院申请宣告破产还债。

⁵ 《企业破产法》第2条:企业法人不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的,依照本法规定清理债务。

《企业破产法》第11条:债权人提出申请的,人民法院应当自裁定作出之日起五日内送达债务人。债务人应当自裁定送达之日起十五日内,向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

⁶ 《企业破产法》第134条:商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有本法第二条规定情形的,国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。

《企业破产法》第135条:其他法律规定企业法人以外的组织的清算,属于破产清算的,参照适用本法规定的程序。

² 姚启建《中华人民共和国企业破产法及其对商业银行的重大影响》,北大法律信息网,北大法宝系统。

织的债权人,如合伙企业、个人独资企业,均可依该法申请破产。这就为更多的债权人提供了通过破产程序获得救济的机会。而《企业破产法(试行)》规定的范围是仅限于全民所有制企业,显然范围过于狭窄。

3、引入了管理人制度

管理人是在破产程序中根据法院的指定负责债务人财产的管理、处分、业务经营以及破产方案的拟订和执行的专门机构⁷。相较于《破产法(试行)》以及《民事诉讼法》中的清算组,《破产法》引入国际通行的管理人概念,更有利于对破产债权人权益保护。

首先,管理人不仅可以由有关部门、机构组成的清算组担任(针对过渡时期破产案件以及不宜指定中介机构的案件),也可以由律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等中介机构担任。新法实施后,最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》以及《关于审理企业破产案件确认管理人报酬的规定》,明确规定了由高级人民法院或中级法院确定并统一编制管理人名册,这使得破产管理人成为一种专业性的工作。

其次,债权人会议有权申请法院更换管理人。根据《破产法》第22条的规定,“债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的,可以申请人民法院予以更换”。

再次,破产管理人从破产申请受理的同时由法院指定,消除了《企业破产法(试行)》时长达十五日的指定期限⁸,一定程度上避免了债务人在该期间任意处置财产损害债权人的情况。

4、债权人会议职能更明确

新《破产法》中专门用两节、11条的篇幅规定了债权人会议的组成人员、职权、召集召开程序、决议、以及债权人委员会的工作,赋予债权人委员会对管理人、债务人享有监督权。在管理人、债务人拒绝接受监督时,还赋予债权人委员会向法院申请救济的权利。

5、引入了重整制度

重整制度也是《破产法》保护债权人权益的体现之一。新

《破产法》规定,债权人可以依法直接向人民法院申请对债务人进行重整,且债权人会议对重整计划草案享有表决权。从实践来看,顺利通过并有效执行的重整制度一般都能使债权人取得高于破产清算的清偿比例,因此,是债权人可以采取的有效的利益保护机制。

6、延长了债权申报的期限

原《企业破产法(试行)》第9条规定:“债权人应当在收到通知后一个月内,未收到通知的债权人应当自公告之日起三个月内,向人民法院申报债权,逾期未申报债权的,视为自动放弃债权”。由于许多债权人有可能在三个月后才得知债务人破产消息,这样的规定无异于强行剥夺了债权人的债权请求权。新《破产法》则将申报的期限延伸至破产财产分配完毕前,使得后来得知破产信息的债权人 also 得到弥补的机会。

7、规定了债权人的异议权。

第28条规定,债权人会议对管理人的报酬有异议的,有权向人民法院提出。第48条规定,职工对清单记载有异议的,可以要求管理人更正;管理人不予更正的,职工可以向人民法院提起诉讼。第58条规定,债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的,可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。

8、加大对破产违法行为的打击

《破产法》第十一章整章对破产法律责任作出了严格的规定⁹,规定了破产企业董事、监事、高管人员应尽的忠实义务、勤勉义务,减少了行政责任,增加了民事赔偿责任的范畴。

(二) 破产程序中不同债权人的特别保护

除了前述对债权人进行公平普遍性保护的规定外,新法为使一些特殊债权人的利益得到充分保护,也作了更详细的规定:

1、对劳动者债权人的保护

《破产法》在总则第6条中明确规定“人民法院审理破产案件依法保障企业职工的合法权益”;第8条规定:债务人提出破产申请的应当向人民法院提交企业职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况;第48条规定:债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,

7 最高人民法院民二庭,钱晓晨,《新破产法解读三人行—管理人制度、金融机构破产》,中外民商裁判网<http://www.zwmscp.com/list.asp?Unid=3996>。

8 《企业破产法(试行)》第24条 人民法院应当自宣告企业破产之日起十五日内成立清算组,接管破产企业。

9 《企业破产法》第125条至131条规定。

以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金,不必申报,由管理人调查后列出清单并予以公示。第59条规定,债权人委员会成员中应当有一名债务人的职工代表或者工会代表。第113条规定,破产财产在清偿破产费用和共益债务后,优先优先清偿破产企业所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当纳入职工个人账户的基本养老保险费用、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金。

2、对有担保的债权人的保护

《破产法》第109条规定,对破产人的特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利。

3、担保债权与劳动债权的平衡

《破产法》第132条规定,在本法公布日前(即2006年8月27日前)所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金,依照本法第一百一十三条的规定清偿后不足以清偿的部分,以本法第一百零九条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。

该条规定体现了立法者的折衷态度,对破产法公布之前企业拖欠的职工工资等费用,作为历史遗留问题,特事特办,即允许优先于担保债权;而对破产法公布之后新形成的拖欠问题,就不能优先于担保债权。

四、新《破产法》中债务人的权利及保护

企业破产法(试行)相比较,破产法在立法价值上实现了从侧重保护债权人利益到平衡保护债权人、债务人等各方主体利益的转变¹⁰。我们认为,《破产法》并非纯粹私法意义上的法律,我国《破产法》第一条追求的“维护社会主义市场经济秩序”的目的,也明确了其具有通过公权力调整债权债务关系的“公法”性质。

对债务人的保护体现在:

1、引入重整制度

《企业破产法(试行)》中规定企业可以进行行政性质的整顿,在新《破产法》中借鉴国外做法,采用了破产重整制度,即对可能或已经发生破产原因但又有挽救希望的法人企业,通过对各方利害关系人的利益协调,借助法律强制进行营业

重组与债务清理,以避免破产、获得再生的法律制度¹¹。可以说,重整制度的本质是一种司法主导的破产过程中预防破产的制度,重整制度通过司法程序帮助困境企业清理债权债务的同时实现持续经营,这正是体现了《破产法》对债务人权益的维护。

根据《破产法》规定,重整制度中,债权人与债务人在法院的主持下达成具有操作性的重整方案,按照一定的方式全部或部分清偿债务。为了增加重整成功的可能性,法律规定在重整期间,经债务人申请,人民法院批准,债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务¹²。由于债务人对企业更为熟悉,因此,由债务人在监督下经营管理,更容易使企业走向正轨,同时重整的成功率也将大大提高。

当然,一旦债务人出现经营状况和财务状况恶化、债务人恶意减少财产、重整计划未获通过或未获得法院批准、债务人无法有效执行等法定情形的出现,管理人或者利害关系人(包括债权人)随时可以申请法院裁定终止重整程序,宣告债务人破产,重整程序即转换为破产清算程序。

2、完善和解制度

《破产法》第九章规定了破产和解制度。与重整制度相似,该制度的本意也在于给予债务人再生的机会。特别是《破产法》第106条规定,经过和解协议减免的债务,自协议执行完毕时,债务人不再承担清偿责任,对债务人通过和解直接减轻债务负担非常有利。

当然,《企业破产法》对和解协议的执行,亦作了明确规定。债务人不能执行或不执行和解协议的,依据和解债权人的请求,法院应终止和解程序,宣告债务人破产。

3、赋予债务人异议权

《破产法》第10条规定,债权人提出破产申请的,人民法院应当自收到申请之日起五日内通知债务人。债务人对申请有异议的,应当自收到人民法院的通知之日起七日内向人民法

10 高建平,广东省高级人民法院,《修订后的破产法对债权人利益的保障与影响》,中外民商裁判网, www.zwmssp.com。

11 全国人大财经委 翟炜,《新破产法解读三人行—适用范围、重整制度》,中外民商裁判网http://www.zwmssp.com/list.asp?Unid=3996。

12 《中华人民共和国企业破产法》,第73条;在重整期间,经债务人申请,人民法院批准,债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。有前款规定情形的,依照本法规定已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务,本法规定的管理人的职权由债务人行使。

院提出。第58条, 债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的, 可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。

4、经营管理权

如前文所述, 债务人经申请仍然可以取得对企业的经营管理权, 这主要体现在重整以及和解制度中, 在此不再赘述。

五、《破产法》当事人利益平衡中的问题

1、破产管理人报酬问题

《破产法》引入的破产管理人制度, 正如前文所述, 有利于债权人利益的保护。但是, 破产管理人干工作不可能白干, 也要收取费用。根据《破产法》113条规定, 破产财产优先清偿破产费用和共益债务, 而管理人的报酬恰恰是优先清偿的破产费用。因此, 管理人报酬多少对于债权人可以清偿的财产比例有直接影响。最高人民法院民二庭负责人答本报记者问时也承认: “债权人利益的最大化是破产程序的目标。从表面上看, 管理人的报酬高低与债权人利益是有冲突的, 如果管理人报酬高了, 会使债权人的受偿额减少”, 但是“一个高素质的管理人可以在单位时间内完成更多的管理工作, 有利于最大限度地收回债务人财产, 从而提高债权人的受偿额。而管理人报酬首先是管理人付出劳动的对价, 报酬的高低直接影响到是否对可以担任管理人的社会中介机构的吸引程度。如果过低, 难以吸引高素质的社会中介机构或个人介入到这一行业中, 客观效果上既不利于债权人利益的最大化, 也不利于人民法院审理企业破产案件的公正与效率”¹³。

为了平衡管理人与债权人的利益, 最高人民法院专门制定了《破产管理人报酬管理办法》, 此办法给管理人取费提供了一个依据和范围。同时, 对于管理人管理的担保物、他人有取回权的财产, 管理人也可以适当取得报酬。实践中, 不乏管理人与债权人及取回权人为管理费报酬争议的事件, 足见虽有规则, 但利益平衡仍是难题。

2、异议权的操作

前文所提到的异议权, 《破产法》中只规定债务人、债权

人有权通过提起诉讼方式确定有争议的债权, 但却没有明确规定这种诉讼的概念及其性质, 以及具体的操作方式。如债权人对于债权登记异议的, 应当将债务人作为被告还是其他债权人, 又或者是管理人作为被告? 如债务人对债权登记提起异议的, 又应当以谁为被告呢? 如果没有相应的司法解释, 那么将直接影响到这些权利的有效行使, 立法的本意也将无法得到实现。

3、破产前财产保全措施的解除

《破产法》第19条规定, 破产受理后, 债务人财产的保全措施应当解除, 执行程序应当中止。其规定的目的在于, 保障破产程序顺利进行。但是实践中, 某些债务人通过与当地法院的配合, 搞假破产程序, 以此对抗其他债权人和其他地方法院的强制措施。也有些债务人出于保护集团利益, 丢车保帅, 将大量与债务人无关的债务剥离到债务人, 由债务人“顶债”。这些做法, 都想披上合法破产的外衣, 值得债权人和法院格外重视。

参考: 破产法12年立法历程¹⁴

1993年, 全国首届企业兼并与破产研讨会提出修改企业破产法。

1994年, 修改破产法正式列入全国人大议事日程。

1995年7月, 新破产法完成草案, 准备提交第八届人大常委会审议, 但由于当时的社保机制不完善, 恐怕破产企业的职工权益得不到保证, 新破产法被搁置。

九届人大期间, 破产法的制订被再次提上日程。但当时正逢国企改革处于攻坚阶段, 由于担心破产法出台后会带来不稳定因素, 新破产法再次难产。

2003年8月21日, 全国人大财经委员会成立了新一届破产法草案起草小组。

2004年6月21日, 新破产法草案首次提请人大常委会审议。

2004年12月24日, 第二次审议, 但由于对职工债权和担保债权谁优先受偿, 争议较大, 立法进程就此搁置。

2006年8月27日, 第三次审议, 并由十届全国人大常委会第二十三次会议表决通过。

2007年6月1日, 新破产法施行。

13 人民法院报, 对关于《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》、《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》, 2007年4月17日期。

14 人民法院报, <http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=100622>

拟上市公司股东以知识产权出资问题初探



温 焯



罗 超

【摘要】

随着科学技术日新月异的发展以及国家对知识产权价值的日益重视，特别是新公司法的实施，为以知识产权出资提供了更为便利的条件。对于拟在境内首次公开发行股票并上市的多数公司（特别是主营业务为技术含量较高的民营企业）而言，均涉及到了该问题。本文从作者承办的相关公司案例着手分析，以对此问题的研究抛砖引玉。

【关键词】

知识产权 知识产权出资 拟上市公司股东以知识产权出资应关注的问题

2006年颁布实施的《中华人民共和国公司法》规定，“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资”，“对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价”，“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十”（《公司法》第27条）。根据此规定，知识产权可以作为股东出资方式的一种，同时，知识产权作为非货币资产，须经评估，且出资额不得高于注册资本的百分之七十。

一、关于知识产权出资的特殊性

知识产权是公民、法人和其他组织的一项重要民事权利，在我国知识产权法律制度框架内，主要涵盖著作权、专利权、商标专用权和其他科技成果等知识产权。我国自改革开放以来，为了保护市场的公平竞争，维护市场经济秩序，促进经济文化发展，十分重视知识产权的立法工作。除《中华人民共和国民法通则》对著作权、专利权、商标专用权和其他科技成果等知识产权规定了全面的保护外，1982年以来，我国先后颁布实施了《商标法》及《商标法实施条例》、《著作权法》及《著作权法实施条例》、《专利法》及《专利法实施细则》、《反不正当竞争法》以及《计算机软件保护条例》等一系列法律、法规，形成了较为完善的具有中国特色的社会主义保护知识产权的法律体系。

根据《公司法》规定的“必须是可以货币估价并可以依法转让的非货币财产”这一标准，专利权、商标权、著作权（计

算机软件)等知识产权可以经评估作价出资,但基于上述资产的非实体性特征,使其价值评判的标准较实物资产更为复杂;同时,由于知识产权本身的专属性特征,使其权属的转让变更程序较实物资产更为特殊、程序的规范性也更为重要。

二、关于知识产权的权属问题

在以知识产权出资的实务操作中,首要问题为其权属问题,该问题不仅常常困扰投资者及企业,也为企业下一步的上市融资增加了不确定因素。由于专利、软件著作权等在开发、研究及设计过程中,因涉及立项、投资、管理、研发等多个环节,投资人、管理人或者开发人之间在初始阶段往往忽视对研发成果的归属约定,由于缺乏明确约定,在后续成果使用或进行版权登记需要界定权属时则难以达成一致,容易导致权属纠纷的产生或权属不清晰的情形,从而直接影响出资的性质。因此,专利、软件著作权等权利各方在研发该项权利时就应对权利的归属进行明确、一致、清楚的约定,在拟以知识产权出资时,首先的一步即是取得对该项知识产权完整而独立的的权利证明(即以国家有关部门的登记为生效要件),如果没有及时办理权利登记,又对权利归属产生歧义,则必须有充分事实无异议地证明该权利为其所有。

案例枚举 拟上市公司涉及股东以软件著作权出资

拟在境内公开发行股票并上市的A公司之股东B拟将其负责开发设计的软件著作权作价出资,增加公司的注册资本,由于该软件著作权系由某高等院校C与A公司合作开发,而B系高校C该科研项目组成员,且为该项目的管理人,B同时兼任A公司的总经理,对于该次增资能否实现,关键在于确定该软件著作权的权属问题。

该软件系统的开发项目系由高校C与A公司共同申请的国家高新技术课题项目,项目经费由国家课题专项经费、地方政府资助经费、以及申请双方的自有经费组成,项目组成人员由高校C的科研人员、A公司派遣的管理人员和研发人员组成;双方在合作开发过程中签署了《合作备忘》,对上述开发成果的知识产权的权属问题进行了备忘,由高校C享有完全的权属,但A公司享有优先受让权。基于以上事实,并根据《计算机软件保护条例》第10条的规定“由两个以上的自然人、法人或者其他组织合作开发的软件,其著作权的归属由合作开发

者签订书面合同约定。”高校C与A公司构成合作开发关系,双方签订的《合作备忘》,应被视为双方签订的合作协议,该项目的开发成果归属于C高校。

A公司的股东B作为项目的负责人,是否享有该软件的著作权,应当联系其在该软件开发中的主要职责及具体情况判断。根据《著作权法》第16条的规定“公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品,除本条第二款的规定以外,著作权由作者享有,但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。”该条第2款规定“有下列情形之一的职务作品,作者享有署名权,著作权的其他权利由法人或者其他组织享有,法人或者其他组织可以给予作者奖励:

(一)主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作,并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品;(二)法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品。”根据上述规定,在该项目立项、规划以及开发过程中,股东B作为项目负责人,虽然对项目的研发完成作出了重要贡献,但却是在A公司及高校C提供技术支持及职务条件的基础上完成的,且软件开发的责任由A公司及C高校承担,符合《著作权法》第16条第2款所规定的情形,即利用法人或其他组织的物质技术条件创作,并由法人或其他组织承担责任的计算机软件。因此,该软件成果对B构成职务作品,B对此享有获得奖励的权利,如无特别约定,应不享有该软件的著作权。

同时,根据科技部、教育部等六部委于1999年联合发布的《关于促进科技成果转化的若干规定》,“对科研机构、高等学校转化职务科技成果的,应当依法对研究开发该项科技成果的职务科技成果完成人和为成果转化做出重要贡献的其他人员给予奖励。奖励的方式可以用不低于科技成果入股时作价金额20%的股份给予奖励,该持股人依据其所持股份分享收益。在研究开发和成果转化中作出主要贡献的人员,所得奖励份额应不低于奖励总额的50%。”依据上述规定的精神,由于该软件著作权属于高校C的职务科技成果转化成果,则应当对成果完成人及为成果转化作出贡献的人员给予奖励,奖励方式可以是不低于该软件著作权作价金额20%的股份;股东B作为在该软件著作权开发和成果转化过程中贡献突出的人员,对于作出主要贡献的人员,其奖励份额应不低于奖励总额的50%。因此,股东B可以通过接受奖励的方式,享有在该次以

软件著作权作价出资中的不低于10% (即 $20\% \times 50\%$) 的股权份额。

综上,对于股东B拟以该软件著作权作价出资,因其对该软件著作权并不享有完全的权属,而不能按照其所主张的完全权属进行出资;高校C对该软件著作权享有所有权,鉴于我国目前法规不鼓励高校直接参与投资,故高校C可以授权其控制的投资公司参与投资,或者经批准直接将该软件著作权转让与股东B, B通过支付对价变更登记成为该软件著作权的所有人,进而再以此向 A公司增资;同时B本身作为在该软件著作权研究开发和成果转化中做出主要贡献的人员,可以享有不低于该次所增资股权的10%份额的奖励。

三、关于知识产权出资的比例

依据《公司法》第27条的规定“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;”“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。”即知识产权作为非货币资产,经评估后作价的出资额不得高于注册资本的百分之七十。

而旧《公司法》关于知识产权出资比例的规定是“以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过有限责任公司注册资本的百分之二十,国家对采用高新技术成果有特别规定的除外”。有鉴于此,深圳经济特区经批准出台了《高新技术产业园区条例》,规定高新区的高新技术企业以高新技术成果作价出资占企业注册资本的比例,可以由出资各方协商约定。

由于新旧公司法对知识产权出资比例规定的差异,在判断企业历史沿革中以知识资产出资是否规范的问题时,则应结合出资行为发生时的具体时间点,以所适用的法律为判断标准。

关于知识产权的出资比例,还应注意《公司法》对“全体股东的货币出资金额不得低于注册资本的百分之三十”的要求规定,对这一规定的理解存在一定歧义,即其仅是对股东以知识产权出资时的要求?还是要求股东在以知识产权进行增资后,也不得导致货币出资金额低于百分之三十?从立法目的分析,该规定更多应是为了保证公司在成立之时,能有充分的资金进行运营,以限制股东恶意利用公司的有限责任规避相关义务;但从公司特别是上市公司稳妥、持续发展的要求

来看,持续保证公司货币资金的一定充足也在法律要求的范围内。

对于拟发行股票并上市的公司,同时应注意中国证券监督管理委员会(以下简称“中国证监会”)对公司无形资产占净资产的比例进行限定的相关规定。根据中国证监会发布的《首次公开发行股票并上市管理办法》的规定,对于拟发行上市的公司,要求最近一期末无形资产(扣除土地使用权、水面养殖权和采矿权等后)占净资产的比例不高于百分之二十;而根据证监会最新颁布的《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》中,则删除了对无形资产比例的限制,这体现了创业板最大限度为高新技术企业提供融资平台的功能,同时也凸现出创业板高风险的特点。

四、关于知识产权的评估作价

根据《公司法》第27条规定,“作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的,从其规定。”

中国证监会对于以知识产权作价的评估,审核更为严格。公司在涉及股东拟以知识产权出资时,最好聘请具有证券从业资格评估机构,以公允的评估方法进行估值。

知识产权的出资作价,以具有合法资质的评估机构的评估数值为参照,并不得超过评估数,在公司设立阶段,应由公司发起人在出资协议中对知识产权出资数额予以确认;在增资阶段,应经股东大会代表三分之二以上表决权的股东对增资方式及作价数额予以确认。

拟上市公司IPO前社会保险 遗留问题处理探讨



徐寿春



李季先

【摘要】

本文通过对拟上市公司IPO前遗留的漏缴、欠缴、补缴等未依法缴纳社会保险问题的现状进行分析，阐述拟上市公司存在的IPO阻滞问题及依法缴纳社会保险的制度必要性，根据拟上市公司IPO前需要满足依法缴纳社会保险的特点，提出了自己的建议与意见。

【关键词】

拟上市公司 IPO 社会保险 未依法缴纳 补缴

《首次公开发行股票并上市管理办法》的颁布、上市公司业绩的示范效应以及紧接着连续几年的股市“财富神话”使众多契合首次公开发行股票并上市（以下简称“IPO”）财务指标的拟上市公司上市热情空前高涨，近乎一致地选择了IPO。但个别拟上市公司，尤其是民营企业历史上不佳的社会保险缴纳记录，譬如不缴、欠缴、少缴、逃缴社保等问题的存在，则无疑似一盆冷水，使本来一片光明的上市前景蒙上了阴影。

一、拟上市公司依法缴纳社会保险的法理基础

IPO是拟上市公司的一次升华，当一个公司选择了IPO并通过IPO来融入现代主流经济体系时，也就选择了接受中国证券监管部门的监管并需要接受相关规则的约束，这其中当然包括医疗保险、养老保险、失业保险等社会保险方面法律法规的约束。

根据《首次公开发行股票并上市管理办法》第25条第2款的规定，发行人在最近36个月内不得存在违反工商、税收、土地、环保、海关以及其他法律、行政法规，受到行政处罚，且情节严重的情形。《股票发行与交易管理暂行条例》第十条第三项的规定，发行人应在最近三年内无重大违法行为。

《中华人民共和国劳动法》第72条规定：“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费”。根据该规定，劳动关系双方当事人必须参加社会保险，缴纳社会保险费，这是《劳动法》对劳动关系当事人确定的法定义务。此

外,按照《社会保险费征缴暂行条例》的要求,依法缴纳社会保险也是企业经营者的基本要求。《社会保险费征缴暂行条例》第3条规定“基本养老保险费的征缴范围:国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和城镇企业及其职工,实行企业化管理的事业单位及其职工。基本医疗保险费的征缴范围:国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和城镇企业及其职工,国家机关及其工作人员,事业单位及其职工,民办非企业单位及其职工,社会团体及其专职人员。失业保险费的征缴范围:国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和城镇企业及其职工,事业单位及其职工。”各省市劳动保障部门根据此文件制订本地区的征缴及管理办法。关于参保的人员范围和缴费比例,应该按该条例及各地区的具体要求执行,不应做弹性处理。

以江苏省作为地方法规的社保征缴规定为例,《江苏省社会保险费征缴条例》第10条规定:“缴费单位应当根据本单位职工工资总额、职工工资收入和费率按月向社会保险经办机构申报应当缴纳的社会保险费数额,经社会保险经办机构核定后,在规定的期限内按月缴纳社会保险费,并依法履行代扣代缴社会保险费的义务。前款规定的职工工资总额是指缴费单位直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额;职工工资收入是指缴费单位直接支付给职工本人的劳动报酬(包括工资、奖金、津贴、补贴和其他工资性收入等)。”国家统计局《关于工资总额组成的规定》对工资总额的规定是:“工资总额是指各单位在一定时期内直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额。”“工资总额由下列六个部分组成:(一)计时工资;(二)计件工资;(三)奖金;(四)津贴和补贴;(五)加班加点工资;(六)特殊情况下支付的工资”。第11条规定可以不列入工资总额的范围是:“(一)根据国务院发布的有关规定颁发的发明创造奖、自然科学奖、科学技术进步奖和支付的合理化建议和技术改进奖以及支付给运动员、教练员的奖金;(二)有关劳动保险和职工福利方面的各项费用;(三)有关离休、退休、退职人员待遇的各项支出;(四)劳动保护的各项支出;(五)稿费、讲课费及其他专门工作报酬;(六)出差伙食补助费、误餐补助、调动工作的旅费和安家费;(七)对自带工具、牲畜来企业工作职工所支付的工具、牲畜等的补偿

费用;(八)实行租赁经营单位的承租人的风险性补偿收入;

(九)对购买本企业股票和债券的职工所支付的股息(包括股金分红)和利息;(十)劳动合同制职工解除劳动合同时由企业支付的医疗补助费、生活补助费等;(十一)因录用临时工而在工资以外向提供劳动力单位支付的手续费或管理费;

(十二)支付给家庭工人的加工费和按加工订货办法支付给承包单位的发包费用;(十三)支付给参加企业劳动的在校学生的补贴;(十四)计划生育独生子女补贴”。以上规定对有关工资总额的组成部分和不列入工资总额部分作了详细明确的规定,是具体计算工资总额的法定依据。

对于拟上市的公司来说,依法足额缴纳社会保险更是其法定义务和应付的社会责任。境内IPO与境外IPO的最大区别就在于境外IPO更注重绩效和成长性,而境内IPO则更注重合规和细节。目前境内IPO审核区分合法合规性审核与财务信息审核,境内IPO审核对拟上市公司的历史沿革、税务、社会保险非常关注,而境外包括中国香港在内的IPO审核则对绩效和成长性之外的东西比较宽松。譬如在中国香港上市的安踏就曾受到经销商关于逃避税款的实名、实据举报,但港交所依然核准安踏正常上市;而这,在中国内地几乎是不可能的。

实际上,社保与环保、税务一样,都属于社会责任、公众责任的范畴,我国上交所、深交所也都发布有相应的上市公司社会责任信息披露指引,作为拟上市公司,除了履行依法足额缴纳社保的法律义务外,也理应承担起缴纳社保以便产生示范效应的社会责任。

二、IPO前公司遗留社会保险问题的主要表现

我国现行的养老、失业等社会保险制度是从1986年开始实行的。在此之前,我国一直实行的是企业保障。现行的社会保险制度主要是“现收现付制”,实行统筹管理,企业出钱,国家管理。在缴费制度上,它以在职职工的工资收入为计量基础,个人和企业按照规定的缴费率计算应缴纳的统筹费用,由企业代扣代缴。目前我国规定的缴费率为40.6%,其中在职职工个人负担11%,企业负担29.6%。具体地说,个人按其工资收入的8%缴纳养老保险费,企业按职工工资收入的20%缴纳养老保险费;个人负担的医疗保险费为2%,企业承担6%;个人承担其工资收入1%的失业保险费,企业按2%为其缴纳失业

保险费。此外,企业还要承担1%的工伤保险费和6%的生育保险费。

根据我们的从业实践和调查,大部分的拟上市公司在报告期都依法足额缴纳了社会保险,但仍有少部分拟上市公司因城乡二元体制、企业自身成本控制、农民工自身对社保存在疑虑等原因,在上市之前的合规调查中被查出存在社会保险欠缴、少缴、不缴的历史遗留问题,主要表现在以下几个方面:

- 1、除核心员工外,大部分外围员工都未缴纳;
- 2、城镇员工依法缴纳,农民工未缴纳;
- 3、未依法缴纳养老、失业、医疗等依法应予缴纳的全部险种,只缴纳部分险种;
- 4、社保缴交基数不对,一般低于或高于法律法规规定的缴交基数;
- 5、少缴社会保险,未足额缴纳社会保险费,存在欠缴社会保险费情况;
- 6、流动性大的员工未办理社保缴纳手续;
- 7、住房公积金不缴纳或缴纳不符合规定。

因此,如果拟上市公司存在上述情形,除了与当地社保机构沟通争取能够尽量依法足额补缴社会保险或当地社保机构依法认可的其他处理方式外,还应借鉴别的已上市公司处理同类情况的经验,发挥榜样的力量,利用劳动法和社会保险制度的强制性和规范性实现公司社保政策的自我约束、自我规范,必要时可求教于律师、券商等中介机构,以便最大限度避免和杜绝拖欠、少缴和逃缴社会保险的违法现象,为公司最终实现IPO铺平道路。

三、对拟上市公司遗留社会保险问题处理的建议

关于拟上市公司遗留社会保险问题的处理,基于社会保险制度的强制性和拟上市公司根据IPO管理办法要求的特殊性,我们认为,对其处理要务求以国家法律、法规、规章、规范性文件和国家政策为依据,同时又要贯彻尊重历史和有效补救或填补受害人可能损失的原则,力争使提出来的社保解决方案切实可行且得到社会保险监督管理部门和证券监督管理部门的双重认可。

具体来说,根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民

共和国劳动合同法》、《社会保险费征缴暂行条例》等相关法律、法规、规章、规范性文件和社会保险遗留问题所揭示的不同特征,我们的建议如下:

1、拟上市公司报告期内公司流动人员较多、社保缴纳较少的规范处理建议

鉴于社保法律的强制性,全国各地对社会保险漏缴、欠缴的政策大体相同,仅在处置细节上略有差异。因此,从最近三年合规经营的角度来说,我们建议对在职员工的漏缴、欠缴向前追溯一定的年份(具体年份需要向各地劳动和社会保障局咨询后确定),并以目前的缴交基数和比例来计算公司欠缴、漏缴金额;对于当年度的缺、漏缴部分可以用补缴的方式;对于以往年度的缺、漏缴,除了通过和当地政府部门协调补缴各项保险如数补缴外,还须按相关规定缴纳滞纳金;而对于不能及时补缴的员工或历史上已离职的流动性员工的社会保险则可借鉴步步高公司的做法由大股东“承诺独立承担被追偿的责任”。至于流动人员比较多的问题,从长远看,可以考虑与劳务公司签署劳务派遣合同,短期使用,这样他们的养老等社会保险就与拟上市公司无关,由劳务公司按照有关规定缴纳(注意不要给人留下刻意“外包”的印象)。在做完这一切后通过申请取得当地政府部门出具的近三年合规执行社会保险政策的证明。

值得一提的是“通过和当地政府部门协调补缴各项保险”是一种较为常用的办法,但这种办法因为个别员工,譬如农民工没有社会保险账户并不能保证这些补缴的社会保险最后能落到这些具体的员工账户,而这,如果沟通不好,很可能会给拟上市公司带来其他风险,譬如因未依法为员工开立社保账户遭受行政处罚的风险。

2、对于拟上市公司缴交基数不对的处理建议

对于拟上市公司缴交基数不对这种情况,在律师等中介机构的尽职调查过程中,被调查企业往往会提出当地政府基于各种原因默许其作法的理由。对于这一种情形,拟上市公司可能在当地凭借地方政府的护佑“健康”地存在,但我们认为,从法律角度来看,这种操作违反了按工资总额核定缴费基数

默许这种灰色操作但不会以书面形式承认的“潜规则”，对于企业而言，拟上市公司缴交基数不对仍旧是一项潜在的风险，并有可能带来负债。因此，我们建议拟上市公司仍应按照本文上述1的作法并参照本文上述第一部分关于企业缴交基数的规定（主要是当地社保征缴条例或管理办法及国家统计局发布的《关于工资总额组成的规定》）补缴相关社保或采用监管部门依法认可的其他处理方式。

3、关于根据地方劳动和社保部门缴纳社保指令缴纳社保与法律和国家政策不符的处理

社会保险制度作为国家的社会政策之一，其建立和实施具有强制性，受国家强行法保障。个别地方政府以《企业养老、医疗、工伤、失业、生育保险金缴纳通知书》的行政文书形式任意改变企业应依法缴纳的社会保险的作法，违反了相关规定，不能作为判断企业依法缴纳社会保险的依据。拟上市公司出现这种情况，我们认为相关企业应迅速与有关监管部门沟通补缴差额，或由大股东承诺独立承担被追偿的责任。

4、关于不愿缴纳社会保险农民工的处理建议

针对农民工对现行社会保险政策的疑虑，譬如担心交纳保险金后没有收益、等，拟上市公司首先应耐心做这些在职农民工（已离职农民工的规范处理参考上述1）的思想工作，争取让这些农民工自愿参加社保。如果经动员仍有不愿意参保的农民工，则应要求这部分农民工必须签署个人不参保声明，以便最大限度免除法律风险，同时应要求拟上市公司大股东承诺独立承担因此被追偿的法律责任。

5、关于未缴纳住房公积金问题的处理

拟上市公司除了依法足额缴纳社会保险外，还应依法执行住房公积金保障制度。根据中国证监会近期对一些拟上市公司IPO审核的反馈情况，公司未依《住房公积金管理条例》（国务院令第350号）、《建设部、财政部、中国人民银行关于住房公积金管理若干具体问题的指导意见》（建管[2005]5号）和各地地方规定执行公积金制度也会引起中国证监会的重点关注，并对拟上市公司IPO造成负面影响。

以2008年上市的安妮股份和合兴包装为例，在其IPO审核过程中，中国证监会针对前者的住房公积金缴纳情况反馈意见为：“请公司补充披露是否根据法律法规和政策为员工办理并缴纳了住房公积金，请保荐人和律师核查并补充发表意见”；而对后者的反馈意见则为：“请保荐人和律师核查并披露发行人是否按规定执行住房公积金制度；如没有，请披露原因，并对上述情况是否对公司本次发行构成法律障碍发表意见”。对于证监会的上述两个反馈意见，相关律师回答的也很有意思，譬如前者，发行人律师《补充法律意见》中发表的补充法律意见就为：“根据厦门市住房公积金管理中心于2007年12月24日出具的证明，发行人自2002年9月26日在该中心开立了住房公积金账户，并自2002年10月起开始为职工缴交住房公积金。根据厦门市住房公积金管理中心出具的证明和本所律师的核查，截止2007年12月24日，发行人未因违反《住房公积金管理条例》（国务院令第350号）等相关法规和政策受到该中心的处罚。基于上述，本所律师认为，发行人已经根据《住房公积金管理条例》等法规的规定为员工办理并缴纳了住房公积金。截止本补充法律意见书出具之日，发行人没有因违反住房公积金方面的相关法规或政策受到住房公积金主管机构的处罚”。

根据《建设部、财政部、中国人民银行关于住房公积金管理若干具体问题的指导意见》（建管[2005]5号）第1条规定，“国家机关、国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业及其他城镇企业、事业单位、民办非企业单位、社会团体及其在职职工应当按《住房公积金管理条例》的规定缴存住房公积金。”第6条规定，“单位补缴住房公积金（包括单位自行补缴和人民法院强制补缴）的数额可根据实际采取不同方式确定：单位从未缴存住房公积金的，原则上应当补缴自《住房公积金管理条例》发布之月起欠缴职工的住房公积金。”据此，我们认为，拟上市公司未缴住房公积金的，应该按照上述规定开立住房公积金账户并补交住房公积金；不能补缴的，由拟上市公司大股东承诺独立承担因未依法缴纳住房公积金而被追偿的一切法律责任。

总之，为了公司的长治久安和顺利实现公司的跨越式发展，特别是适应公司IPO的审核需要，存在社保和住房公积金

遗留问题的拟上市公司必须依法尽快找到解决方案,以便更好、更快地推进公司IPO进程。但是也应该看到,个别拟上市公司历史上存在的社保遗留问题是由于国家的城乡二元体制或企业执行当地的土政策造成的,譬如流动频盈的农民工社保问题等。因此国家有关部门在审核这些拟上市公司的IPO申请时,也应具体情况具体对待,在拟上市公司社保遗留问题上,按照尊重历史、放眼未来、有效解决的原则灵活处理,积极稳妥地推进拟上市公司遗留社保问题的解决,不让社保遗留问题最终演变成拟上市公司IPO的“拦路虎”。

上市公司董事、监事和高级管理人员的义务



崔国峰

【摘要】

上市公司董事、监事和高级管理人员对上市公司影响重大，只有该等人员勤勉尽责的履行自己的义务才能保证上市公司规范运行，保护投资者利益。本文对上市公司的董事、监事和高级管理人员的义务进行了简单梳理，目的是为了明确该等人员的义务，为其正确履行职责提供指导。

【关键词】

上市公司 董事、监事和高级管理人员 义务

上市公司是资本市场发展的基石，而上市公司运行的好坏，在很大程度上取决于其董事、监事和高级管理人员（即公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员）是否能够勤勉尽责的履行自己的义务。只有该等人员认真履行自己的职责、充分发挥自己的业务水平，才能保证上市公司持续稳定的发展，才能维护我国资本市场规范运作、才能保护广大投资者的利益。

一、忠实义务和勤勉义务

《公司法》第148条第1款规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。”

1、忠实义务

所谓忠实义务，是指公司的董事、监事、高级管理人员在履行职责时，必须为公司的最大利益，而不得使自己的利益与公司利益相冲突，应当维护公司利益，不得利用其在公司的地位牺牲公司利益为自己或者第三人牟利。忠实义务的核心是解决董事、监事、高级管理人员与公司的利益冲突问题。针对实践中董事、高级管理人员违反忠实义务，损害公司利益现象较多的情况，《公司法》第149条列举了忠实义务的八项内容，即董事、高级管理人员不得有下列行为：（1）挪用公司资金；（2）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（3）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人

提供担保；(4) 违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；(5) 未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；(6) 接受他人与公司交易的佣金归为己有；(7) 擅自披露公司秘密；(8) 违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有（即利益归入权）。

《公司法》第148条第2款规定的禁止董事、监事、高级管理人员利用职权收受贿赂或者其他非法收入，侵占公司的财产，其实也是违反忠实义务的一种情形。

2、勤勉义务

所谓勤勉义务，又称注意义务或善管义务，是指董事、监事、高级管理人员履行职责时，必须是诚实信用的，即应当为公司的最佳利益，具有一个善良管理人的细心，尽一个普通谨慎之人的合理注意义务。

作为上市公司的董事、监事和高级管理人员应当以理应具备的知识、技能和经验积极努力的履行职责，督促公司遵守法律、法规、规章、上市规则及公司章程，尽力保护公司及股东特别是社会公众股东的权益。

《公司法》并没有对勤勉义务的内容作出详细的列举。但是，对于上市公司，其他规范性文件中做了规定。如《深圳证券交易所中小企业板块上市公司董事行为指引》要求，上市公司的董事应尽心努力为公司工作，促使公司规范运作，业绩持续、稳定增长；确保有足够的时间和精力致力于董事会事务，切实履行董事应履行的各项职责。对于在审议上市公司的重大事项诸如授权议案、重大投资、重大交易、关联交易、对外担保、会计处理等，作为董事应如何履行自己的勤勉义务作出了明确的规定。

二、关于信息披露义务

信息披露制度，也称公示制度、公开披露制度，是上市公司为保障投资者利益、接受社会公众的监督而依照法律规定必须将其自身的财务变化、经营状况等信息和资料向证券管理部门和证券交易所报告，并向社会公告，以便使投资者

充分了解情况的制度。信息披露制度是证券市场的基石，持续信息公开有利于市场投资者深入了解公司的整体风险。因此，《上市公司信息披露管理办法》要求，上市公司的董事、监事、高级管理人员应当忠实、勤勉地履行职责，保证披露信息的真实、准确、完整、及时、公平。上市公司董事、高级管理人员应当对公司定期报告签署书面确认意见。上市公司监事会应当对董事会编制的公司定期报告进行审核并提出书面审核意见。

三、重大事项报告义务

上市公司的董事应当持续关注公司的经营和运作，主动了解已发生和可能发生的重大事项，不得以不直接从事经营管理或者不熟悉有关问题和情况为由推卸责任。对公司涉嫌违法违规的行为，董事负有尽职调查并及时向董事会报告的义务。执行董事（指董事长以及受聘兼任公司总经理、副总经理、财务负责人或者其他高级管理人员职务，参加公司管理和执行公司业务的董事）应当严格执行董事会相关决议，不得擅自变更、拒绝或消极执行董事会决议。如情况发生变化，可能对决议执行的进度或结果产生严重影响的，应及时向董事会报告。

四、禁止内幕交易的义务

所谓内幕交易，是指证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者建议他人买卖该证券。内幕信息知情人和非法获取内幕信息的人（内幕人员）不应当进行内幕交易，而上市公司的董事、监事、高级管理人员是法定的内幕人员，该等人员自身不得从事内幕交易，同时也应确保该等人员的配偶、父母、子女、兄弟姐妹及该等人员控制的法人或其他组织不发生因获知内幕信息而买卖本公司股份及其衍生品种的行为。内幕人员在内幕信息敏感期内以本人或他人名义直接或委托他人买卖证券，为他人买卖证券，或者以明示或暗示方式向他人泄露内幕信息，构成内幕交易，将承担相应的法律责任。

五、遵守关于所持股份限制转让的义务

上市公司董事、监事、高级管理人员买卖公司股票应当遵守相关的限制性规定及履行必要的程序。

该等限制性规定包括：

A、上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份在下列情形下不得转让：1、公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让；2、在任职期间，每年转让的股份不得超过其所持有公司股份总数的25%；3、离职后半年内，不得转让其所持有的公司股份；4、在申报离任六个月后的十二月内通过证券交易所挂牌交易出售公司股票数量占其所持有公司股票总数的比例不得超过50%。

B、上市公司董事、监事和高级管理人员在下列期间不得买卖本公司股票：1、上市公司定期报告公告前30日内；2、上市公司业绩预告、业绩快报公告前10日内；3、自可能对本公司股票交易价格产生重大影响的事项发生之日或在决策过程中，至依法披露后2个交易日内；4、证券交易所规定的其他期间。

上市公司董事、监事、高级管理人员买卖公司股票应当履行必要的程序。该等人员在买卖本公司股票及其衍生品种前，应当将其买卖计划以书面方式通知董事会秘书，董事会秘书应当核查上市公司信息披露及重大事项等进展情况，如该买卖行为可能存在不当情形，董事会秘书应当及时书面通知拟进行买卖的董事、监事和高级管理人员，并提示相关风险。另外，上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份发生变动的，应当自该事实发生之日起2个交易日内，向上市公司报告并由上市公司在证券交易所网站进行公告。

此外，上市公司董事、监事、高级管理人员应当遵守《证券法》第四十七条规定，违反该规定将其所持本公司股票在买入后6个月内卖出，或者在卖出后6个月内又买入的，由此所得收益归该上市公司所有，公司董事会应当收回其所得收益并及时披露相关情况。

六、列席股东大会并接受质询的义务

《公司法》第151条规定，股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人

员应当列席并接受股东的质询。《上市公司股东大会规则》第26条规定，上市公司召开股东大会，全体董事、监事和董事会秘书应当出席会议，经理和其他高级管理人员应当列席会议。股东与公司董事、高级管理人员的关系既是一种信任委托关系，也是一种出资者和管理者的关系。股东作为出资者，将公司的经营管理权委托给董事和高级管理人员，并支付相应的报酬，董事和高级管理人员作为受托人有义务向委托人报告相应的工作情况，接受相应的质询。

纵观以上关于对上市公司董事、监事和高级管理人员相关义务的描述，我们很容易看出，忠实义务和勤勉义务是整个义务体系的基石，其他几项义务都是对忠实、勤勉义务的细化或延伸。作为上市公司的董事、监事和高级管理人员，应认真履行以上义务，保证上市公司规范运作，保护投资者的合法权益。

痛，公路投资者合法权益保护之缺失

——律师眼中的《收费公路权益转让办法》



王霁虹



谢颐

【摘要】

2008年10月1日起正式施行的《收费公路权益转让办法》，主要对收费公路建成通车后，转让方将其合法取得的收费公路权益有偿转让给受让方的交易活动进行规范，但是《办法》对投资者合法权益的保护存在明显的不足与缺陷，且在某些地方与上位法冲突和矛盾，本文作者结合其提供服务的高速公路项目实践，主要对《办法》中值得肯定的方面与《办法》中存在的违反上位法，以及对投资者的利益保护不足两个尚待完善的问题进行评述。

【关键词】

收费公路 特许经营 所有权

近年来中国的收费公路建设十分迅速，尤其BOT、BT等特许经营投融资新模式引入我国后，有效地引导了民间资本进入公路类基础设施领域的投资建设，推动了我国公路事业的快速发展。但在灵活多样的投资建设模式引导公路建设快速发展的同时，相关立法并没能完全跟上现实发展的脚步，原有规范公路投资建设的法律法规，已不能为新的公路投融资模式提供完善的制度引导与规范。原有的公路建设方面的法规，还多是计划经济的产物，与现实发展相比已经滞后，且法律效力层级较低，因此新的市场经济发展形势要求立法机关制定颁布能够反映现代市场经济下权利义务的法律法规。

1996年原交通部制定实施《公路经营权有偿转让管理办法》是最早针对公路经营权有偿转让问题制定的规范性文件，但由于制定时间较早，许多内容已不能适应当前经济社会和公路建设发展新形势的现实需要。2004年国务院颁布国务院令417号《收费公路管理条例》，对公路收费权益的转让管理作出原则性的规定，并明确规定收费公路权益转让的具体办法，由国务院交通主管部门会同国务院发展改革部门和财政部门制定。据此，交通运输部会同国家发展和改革委员会和财政部于2007年制定了《收费公路权益转让办法》(以下简称《办法》)，并于2008年10月1日起正式施行。《办法》废止并替代了1996年的《公路经营权有偿转让管理办法》(第9号令)。

《办法》的主要内容是针对收费公路建成通车后，转让方将其合法取得的收费公路权益有偿转让给受让方的交易活动进行规范，其中值得肯定的方面于《办法》作为《收费公路管理条例》的配套规章，为各级政府及其相关部门规范收费公路权益转让行为提供了更具操作性的规章依据，明确了收

费公路权益转让的操作规范,特别是在防止国有资产流失方面从立项、审批、评估、招标、转让收益用途等多个环节设置了监督和预防措施,并且明确了公路广告经营权、服务设施经营权可以单独转让,使得收费公路的资产盘活能够更加多样化。除此外,将利用非国有资本投资建设的收费公路与利用国有资本投资建设的收费公路进行了区别化对待,较好的尊重了社会投资公路的转让自主权与定价权。

但《办法》保守守旧的方面在于其过于侧重于对收费公路权益转让程序的行政监管、行政许可程序的设计与把控,而对投资者合法权益保护存在明显不足与缺陷。因此,笔者从投资者的角度对《办法》中存在的两点问题进行简单论述,以求抛砖引玉。

一、公路、公路附属设施的所有权归属

在公路投资体制改革以前,我国公路基本靠中央和地方政府财政拨款建设,公路所有权归属也较为明确,即归国家所有。后随着收费公路制度的建立,我国公路建设的投融资模式发生深刻变化。1984年,国务院作出允许贷款或集资修路收取车辆通行费(即“贷款修路,收费还贷”)的决定。1997年,颁布《公路法》,以法律形式对政府收费还贷公路、国内外经济组织投资收费公路及公路收费权转让作出了明确规定。与此同时,例如BOT、BT等基础设施和公用事业特许经营投融资新模式从外国引入我国,并在公路、水务等基础设施领域广泛实施,公路建设不再单一由政府财政投入,收费公路以比较稳定的回报吸引大量的社会资本投入,并在此期间通过特许经营模式形成了大量公路资产。

按照基础设施的特许经营理论,特许经营者在特许期间应具有项目业主的身份,特许权人只有成为建设单位、项目业主,才真正有权全面主导项目的建设、运营,依法组织项目建设的各项招标投标工作。在特许经营模式中的B00(建设-运营-所有),BOOT(建设-运营-所有-移交),BT(建设-移交)模式下,特许权人在作为项目业主的同时必须拥有项目产权。BOT(建设-经营-移交)模式中虽然没有所有的概念,但在中国实施的BOT模式,实质上也大多数为BOOT,项目立项于项目公司名下,项目用地的使用权在特许期内划拨或出让归项目公司所有,在特许期间形成的项目资产归项目公司所有,待特许期届满,由项目公司无偿将项目资产向特许权授予人进行移交。

对于BT模式,在建设期间以及项目移交前工程资产所有权归特许权人所有更是尤为重要,BT模式与垫资承包的重要区别就在于,BT模式下特许权人作为项目业主,拥有项目所有权,BT项目竣工后,特许权授予人按约定向特许权人回购项目并支付回购款,回购实质上是一种资产转让行为。而在承包商垫资施工中,工程资产所有权一直归业主所有,垫资承包人与业主之间属于承发包法律关系,垫资承包人在法律地位上仍为工程承包方,不享有项目所有权,更不承担项目灭失的风险。如果BT特许权人不能在特许期内拥有项目所有权,则BT则实质上沦为垫资承包,为我国政府投资项目所禁止(见2006年1月4日原建设部、发改委、财政部、中国人民银行《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》),这就完全失去了BT作为政府进行基础设施投融资手段的意义。

因此,以特许经营模式进行融资建设的基础设施项目,建成后的项目产权能否为投资者所有,是关系到能否采取特许经营模式、选择哪种特许经营模式的关键问题。

本文所讨论的公路所有权,在物权法出台前,我国法律法规均未涉及到公路的所有权问题。《物权法》出台后规定“铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施,依照法律规定为国家所有的,属于国家所有”。依据此条规定,全国人大及人大常委会颁布的法律规定必须属于国家所有的公路,其所有权归国家所有,否则,公路所有权应根据物权设立取得的法定生效要件决定其所有权归属。而无论现行的《公路法》还是《收费公路管理条例》均未规定公路属于国家所有或者规定属于国家所有的公路范围和条件,在《物权法》出台后,也尚未有法律对于公路产权问题进行规定。对于有的学者通过对《公路法》中“收回”一词进行解释,推理得出《公路法》中含有“收费公路所有人为国家”之义,基于解释行为本身的主观性与不确定性,也基于目前公路投资建设的复杂化,笔者对此观点不敢苟同。因此,笔者认为公路产权归国家所有目前尚无任何法律依据。依据《民法通则》第七十二条规定“财产所有权的取得,不得违反法律规定”以及所有权原始取得理论,公路特许权人应享有其投资建设及经营形成的全部财产权利,取得公路资产的所有权。特许经营模式下,投资者享有的所有权上所附有的期限和权利限制,完全是一种合同行为,特许经营期满后所进行的项目资产移交,也是基于特许权合同约定的资产转让行为。

在公路产权归国家所有目前尚无任何法律依据的情况下,《办法》作为交通运输部会同国家发展改革委员会和财政部共同制定颁布的部门规章,却在第三十五条规定:“受让方依法拥有转让期限内的公路收费权益,转让收费公路权益的公路、公路附属设施的所有权仍归国家所有。”也就是说《办法》认为,公路、公路附属设施的所有权应归国家所有,受让方取得公路收费权益不能改变国家对公路、公路附属设施的所有权。《交通运输部财务司司长许如清解读〈收费公路权益转让办法〉》中也明确表达了“公路属于公益性基础设施,归国家所有”的观点,《办法》第三十五条正是在此观点的基础上起草拟定。此种观点是否正确我们暂不作评论,单从法律的角度出发,在目前尚无法律明文规定公路产权归国家所有的情况下,《办法》第三十五条的规定明显是与《物权法》的规定相违背。

公路(包括隧道、桥梁)属于附属于土地之上不能移动的不动产,根据《物权法》的规定,“不动产权利的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记”。公路显然不属于自然资源,目前《公路法》以及其它法律中也没有关于公路无需进行产权登记的法律规定,因此公路作为不动产应当以登记作为物权设立、变更的生效要件。但我国一直以来没有建立公路路产登记制度,没有统一的登记机构办理公路产权登记,公路产权也没有进行过登记。公路产权无法通过应有的物权公示程序取得确定的公信效果。公路产权在登记制度上的缺失,也是公路产权问题在今天公路投资主体多元化后突显出来的一大因素。因此,完善公路产权登记制度,对明晰公路产权关系,维护投资人所有者权益具有重要意义。

二、国家提前收回转让收费公路权益的补偿

投资人在公共基础设施领域投资所面临的最重要的风险之一即国有化风险。收费公路属于公共基础设施,具有极强的公益性与社会性,对社会生活具有重要影响。出于维护保障公共利益的目的,政府有权代表公共利益在必要条件下对任何单位及个人所有的不动产进行征收和征用,动产进行征用,亦有权提前收回转让的收费公路权益,但应给予受让方合理的补偿,以保护投资人合法权益。

《办法》第三十六条规定:“收费公路权益转让期限未届满,因社会公共利益需要等原因国家提前收回转让的收费公路权益的,接收收费公路权益的交通运输主管部门依法给予受让方补偿。最高补偿额按照原转让价格和提前收回的期限占原批准转让期限的比例计算确定。”本条款在规定国家有权因社会公共利益需要等原因收回转让的收费公路权益的同时,规定了接收部门要给予受让方补偿以及补偿的最高额,即以原转让价格和提前收回的期限占原批准转让期限的比例计算补偿最高额,补偿最高额范围中并没有计算投资人的投入成本以及预期收益部分。

对于依法取得收费公路收费权的投资者来说,投资者除了向转让方支付转让费用以外,还需负担公路养护任务及大量的资金投入以维持收费公路的正常运营,保证社会公众对公路可以进行正常使用。依据《办法》第三十八条的规定,投资人依法成立的公路经营企业应当按照国家规定的标准和规范要求,做好公路养护管理、绿化以及公路用地范围内的水土保持工作,并对收费公路及沿线设施进行日常检查、检测、维护,保证收费公路处于良好的技术状态。且公路经营企业应当根据交通运输主管部门要求,定期提供公路技术状况检测报告。同时,投资者受让收费公路权益,是基于通过收费公路权益在转让期限内能取得一定的投资回报,国家提前收回转让的收费公路权益,必将使投资人丧失了预期的投资收益。因此,国家对投资人补偿的最高额,除了考虑投资人已支付的未到期的转让费用,还应考虑投资人已投入的成本,以及一定期限内的合理收益。

综上所述,笔者认为《办法》对于加强政府对收费公路权益转让行为的监管,促进公路交通事业的健康发展,具有十分重要的意义,但《办法》作为一部行政管理为主的部门规章,主要侧重于收费公路权益转让条件及审批程序规范,对于投资者的利益保护有显不足,其中关于公路、公路附属设施的所有权归属方面,违反了《物权法》有关规定,略感遗憾。对此我们期望能够引起立法机关与行业主管部门的注意,更好的研究和完善收费公路投资建设的规范问题。

巧用“间接证据”赢得诉讼

——“测谎鉴定”击败“证据之王”



潘熙



苟书锐

【摘要】

按照民事诉讼证据与证明对象的关系来划分，分为直接证据和间接证据。直接证据，就是单独一个证据就能反映案件主要事实的证据；间接证据，就是指不能直接证明案件的事实，但能和其他证据联系起来，共同证明和确定案件事实的证据。在审判实践中，诉讼代理人往往看到直接证据的强大证明力，而忽视合理运用间接证据也能产生强大证明力，甚至能推翻直接证据。下文笔者就以本人代理的一起合理运用间接证据、运筹诉讼策略，巧妙应用测谎鉴定，最终击败对方直接证据赢得诉讼的案例以身说法。

【关键词】

直接证据 间接证据 诉讼策略 测谎鉴定 出资应关注的问题

【案情】

2008年12月，原告王某以民间借贷之诉将被告刘某起诉至上海市某区人民法院。原告提供了由被告本人签署的2008年8月4日4万元借条及收据、2008年9月12日20万元借条及收据，诉请合计人民币27万余元；原告向法庭出示了借款期间从银行取现金人民币40万元银行凭证一份。

被告辩称，2008年8月4日，他因急于归还信用卡到期欠款，的确曾向被告借款，但实际只拿到了1万元。为了保证归还1万元欠款，在原告的要求下，他打了利息加本金2万元的借条一张；为了保证归还借款2万，应原告再次要求又打了4万元的借条和收据各一份，并约定于2008年8月20日还款；后被告因届时没有能力还款，于2009年9月12日受原告威胁又打了一张12万元的借条，并为保证归还此12万欠款又打了一张20万元借条和收据。

【争议焦点】

本案的争议焦点是被告2008年8月4日和9月12日向原告出具的4万和20万借条和收据是否系被告真实意思的表示。如果被告没有相反证据证明没有借取如此高额的借款，那么将承担败诉还钱的责任。

原告向法庭提供了《借条》和《收据》；原告个人银行取现的银行凭证；用于担保还款的公房租赁凭证原件。从证据角度原告已经形成了无法击溃的证据锁链，所有证据都是被告签署的“书证”系“证据之王”，其证明力无法否认。而被告除了自述以外，没有任何直接证据证明自己没有收到24万元的借

款,陷入了必然败诉的尴尬境地。

【律师代理】

一、了解案件实情:

2008年8月4日,被告刘某因需偿还信用卡上3000元透支欠款,在互联网上查到了原告开办的上海某投资公司可以提供短期民间小额贷款业务,于是便通过网上提供的电话与原告取得联系,原告应允个人无抵押贷款以月息15%的利率可以在一定数额内贷款。原被告见面后,原告同意借取壹万元,并在15日内要归还贰万元。被告因急于用钱便同意借款壹万元在十五日内归还贰万元,并签下了借款贰万元人民币的借条,给了对方身份证原件、户口簿原件、房产证复印件。然后原告拿给被告壹万元现金。随后,原告为保证被告及时还款又拿出一份空白的借条和收条,要被告签下肆万元的借条和收条;被告当时轻信原告的话,并按照原告签下了一份肆万元的借条和收条。

2008年8月20日,约定还款日期原告未能还款。2008年9月12日,原被告再次见面,原告告知被告按照15日周期计算应该欠他十二万了(8月20日未还钱需还4万;每过15天翻倍,到9月4日“4万变8万”;到9月12日共8天经计算需还12万多),原告说可以适当给被告减少一些,但要求被告写一张拾贰万的借条和贰拾万的借条和收条。被告开始没有同意,但经原告威胁恐吓殴打后,只得签署了一张12万借条和保证还款的另一张20万的借条和收据。事后,被告害怕原告报复,担心原告伤害家里人,在长达3个多月里没有及时报警,更怕家里人担心也没有向家里人提起。后经家人劝说才报案,警署认为证据不足未予刑事立案。

二、全力收集间接证据,恢复案件原本面目。

仔细了解案情后,被告没有任何直接证据对借款金额进行抗辩。多方咨询律师均告知基本没有胜诉的可能。接受委托后,代理人经仔细分写认为只有努力恢复案件的真实情况,将时间的“来龙去脉”用间接证据还原,方有一线胜机。

为此,代理律师收集了如下大量间接证据:(1)为证实借款目的:被告刘某深圳发展银行信用卡、2008年8月份的欠款《对账单》以及银行账目明细清单。(2)为证实原被告之间的关系:将原告开办上海某投资公司借款业务网站和短期借款

业务的网络截图,整理好提供给法院。(3)为证实第一次借款的担保资料:被告刘某《户口本》和《上海市房地产权证》等资料。(4)为证实原告长期失业的身份:原告王某的个人名片和上海某投资公司工商登记《档案机读资料》和部分工商内部登记资料。(5)第一次《借据》和《收条》:2008年8月4日,由被告刘某在原告王某提供的固定格式添署的4万元《借据》及《收条》。(6)第二次《借据》和《收条》:2008年9月12日,由被告刘某因未能及时还款在原告王某提供的固定格式添署的20万元《借据》及《收条》。(7)原被告私人手机之间《通话记录》:被告刘某与原告王某之间的手机电信通话记录明细单。(8)《刑事报案笔录》:2008年11月20日,被告刘某向上海市公安局对原告之间“敲诈勒索”案件报案《案件接报回执单》及当时报案《询问笔录》。(9)被告身份及工作情况:被告刘某的《劳动手册》及劳动保障事务所09年1月22日开具的失业《证明》一份。(10)被告父母的身份证明:被告刘某父亲《上海市出租汽车驾驶员准营证》和母亲《上海市职工退休证》。

三、合理运用诉讼策略,赢得诉讼。

1、攻心为上:

接受代理后,让被告第一时间将事件的详细真实情况写成《求救信》送到主审法官手里,将事件的发生、经过、发展以及如果被告败诉将“面临家破人亡”的处境。在题材选择上,经慎重考虑,如果选择《答辩状》势必会送达原告一份,为麻痹对方仅写了一份《求救信》既达到博取法官重视和同情,又将被告屏蔽的目的,使主审法官将此案件从众多纷繁卷宗中引起重视,博得关注。

2、暗藏玄机:

因为这是一场从证据证明力上“力量悬殊”的较量,所以在进行大量间接证据收集后,并没有很匆忙地将所有证据提交给法院。而是在收到法院传票开庭前一天将证据副本才提交到法院,没有给对方留下任何准备的时间;同时在思想上麻痹对方,使对方错误地认为这是一场赢定了“民事诉讼”。

3、初次交锋:

果然,开庭当日对方委托的两位代理律师中只来了一位律

师,显然在原告代理人看来,开庭只是走走程序,将所有“借条、收据”质证一下,就可以稳获得这场诉讼胜利。因此当法庭将前一天收到的被告证据当场送达对方时,对方为尽快审理后赢得诉讼,并没有对刚收到的证据要求“质证期限”,当场就同意开庭审理了。

4、错误百出:

显然,原告代理律师是有“准备”而来的,开庭后原告代理人陈述事实和理由:只是说被告分两次向原告借钱没还,现在要求还钱,黑纸白字。当看过《求救信》的法官带着很多“疑惑”向原告律师询问时,原告律师开始慢慢滑向自己预先设置的“陷阱”。法官问:原被告啥关系?讲是朋友关系。原被告怎么认识的?朋友介绍认识的。为啥借钱?讲是被告买房。怎么付的借款?24万现金交付的。原告啥身份?某公司老总。

5、正面出击:

当对被告提供大量间接证据质证时,原告代理律师在事先陈述与被告提供的大量间接证据不符时,只是一味地否认?一味地讲不清楚?一味地继续按照事先准备好的思路坚称。而当法官由最先的“诸多疑惑?”变成“诸多怀疑?”时,原告与被告在“证据优势”上已经在同一起跑线上了。

6、测谎鉴定:

在法官有诸多怀疑后,作为被告代理人适时地向法庭“提出对原告被告双方进行测谎鉴定”。被告本人自始至终全程参与法庭庭审,多次由被告本人强烈地提出与原告进行测谎鉴定,而事先未做任何准备的原告代理律师已经完全处于劣势,处于“完全被动”的境地,可能都不清楚“测谎鉴定”是怎么回事?一口予以回绝。

7、负隅顽抗:

原告律师在第一次出庭失利后,第二次庭审两位律师全部出庭,显然是有所准备的,并对第一次庭审中错误进行弥补,对被告提供的证据进行了修正,并以无法律依据拒绝“测谎鉴定”。此时,原告在证据上的优势已经消耗殆尽,一味地弥补更加加深了法官对借款事实的怀疑,同时原告拒绝进行测谎鉴定的态度,使法官对借款事实审理加剧了“怀疑”,但

苦于被告没有直接证据反驳对方证据,案件处于僵持阶段。

8、釜底抽薪:

整个案件数次庭审中,被告代理人刻意安排将当事人年迈生病的父亲、退休在家的母亲、失业在家的被告同时出现在被告席和旁听席上,当我们多次陈述被告家庭处于经济窘迫的境地,最后连原告代理律师也彻底放弃了这场“势在必赢”的诉讼。通过被告当事人到场这一现场版“履约能力”的间接证据,迫使原告及其代理人也彻底放弃了最后的希望,明白即便赢得诉讼,要实现债权也基本没有可能。

9、最后一击:

当法官“胜负天平”彻底倾向被告时,现在只需要配合法院完成最后一击。自两次开庭后,案件完全陷入停滞,作为被告代理人,完全理解法官要推翻“证据之王”从判决行文角度非常具有难度。于是在法院建议下,被告以“敲诈勒索”罪名再次向公安局进行刑事立案,尽管明知根据目前司法现状根本不可能立案成功,但当控诉材料以及公安部们意见书送达法院后,法庭最终采纳了被告的答辩意见。于是法院最后一次组织双方开庭审理,此时庭审已完全陷入一边倒的地步,作为被告代理律师对案件从事实到法律进行了长达半小时的陈述,法官已经完全倾向于“不认同20万巨额现金借款事实”的被告答辩意见了。原告律师只是要求法院依法判决,放弃了这场“势在必赢”的官司。

【法院判决】

综上所述,原告向法庭提供的2008年8月4日由被告出具的4万欠条是双方民间借贷关系的有效凭证。因原被告通过互联网认识,在被告未提供有效担保的情况下再借取20万元大额借款,不符合常理。且其又不能提供20万元资金交付凭据,本院不予支持。为维护当事人的合法权益,依照《中华人民共和国合同法》第60条、第205条、第206条、第207条的规定,判决如下:一、被告刘某于本判决生效后10日内返还原告王某借款40000元。二、驳回原告的其他诉讼请求。

【案件点评】

本案原被告双方对两张欠条的真实性无争议,而对证据

的合法性、关联性有争议。本案的争议焦点：被告刘某2008年8月4日、9月12日向原告王某出具的欠条是否是认定被告借款事实的唯一凭证。简单从证据本身看，被告不能提供任何未借24万的证据，被告的单方面陈述不能与原告欠据相对抗，应支持原告请求。此案除需要代理律师促使法官认真审核证据的真实性、查出证据的关联性，还间接运用了“测谎鉴定”（CPS多道心理测试）来辅助断案。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定：审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德、运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和说服力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。代理律师深知在审判实践中，本案依据直接证据认定案件借款事实判决被告败诉完全没有问题。但当代理律师将大量间接证据提供给法院与原告向法院陈述事实严重不符时，这便引起了法官对间接证据的可采性和关联性进行审查，审查原告证据能否构筑完整证据链以达到证明目的的唯一性。

审查的过程便是法官对证据的确信过程，也是法官运用间接证据的采信过程。本案中被告除去自己的陈述外，已无法提供任何直接的能够再现借款事实的证据，被告所立的借条和收据在原告处，被告无证据对抗欠条。作为被告的代理律师只有分析对方证据并找出对方证据的瑕疵以达到降低对方证据的证明力、削弱对方证据的关联性、可采性，促使己方陈述内容可信度提升。此间居中的法官须认真审核来评断双方证据的价值，认定证据证明力大小，形成内心确信，运用逻辑分析作出公正判决，以展示法官断案的内心过程。

一、运用被告《求救信》陈述客观事实，抵消原告证据优势。被告对双方之间的关系？如何认识？借款用途？借款担保？向法官作了详细的陈述；特别是对后面20万现金借款如何交付？尤其原告称述事实与被告预先称述严重不符时，间接证据起到关键性的作用。被告收集了大量间接证据认定“原告提供的证据是否如原告所述是两笔普通借款”产生最初不确定性。

二、运用测谎鉴定（CPS多道心理测试）申请，使原被告对“借款事实”从证据角度回到“同一”起跑线。被告在借款事实存在不确定性的前提下，强烈要求对4万元、20万元借款进行测谎鉴定遭到原告无正当理由拒绝，原告拒绝行为违反了

法律要求当事人举证的配合义务，同时也陷入一个逻辑怪圈：如果原告陈述真实，原告拒绝的理由便不正当；如果原告陈述虚假，原告势必需要拒绝。当然“测谎鉴定”手段运用不是证据规则里的证据种类，并不能作为认定事实的依据，但从“诉讼策略”上原告的拒绝等于告诉法官“借款真相”。

三、运用法官“自由心证”，赢得诉讼。原告起诉目的应是追求法律给予公正的结果，既然被告对欠据的完整性、可采性、关联性质疑，原告为了实现诉讼目的，无须拒绝对原告测谎。测谎鉴定（CPS多道心理测试）虽不是法律规定的证据形式之一，测谎也不能完全科学地反映客观真实，然而分析原被告双方对是否愿意进行测谎这一态度反映出双方是否在作虚假陈述，从而得出借款事实的可信度的大小。

四、本案法官从原告证据的完整性、关联性、证据的证明力、原被告双方对己方证据确信度三个方面分析，最终对原告方提供欠据的可采性和关联性不予认定，根据被告提供间接证据判决支持被告的答辩意见，驳回原告诉请。

涉外仲裁协议的制定和裁决的执行



陈祥龙

【摘要】

涉外仲裁协议的制定关系到协议的有效性和争端解决的效率，同时也会影响裁决的执行。本文就如何制定有效的仲裁协议提供法律意见。

【关键词】

涉外仲裁 协议制定

在中国，随着外商投资的增加和国际贸易的繁荣，中国公司和外国公司之间的合作形式越来越广泛和复杂。随之而来的是相关争议和纠纷也不断增加。在发生争议时，各方都会寻求快速、有效的法律解决机制。

仲裁和诉讼是当今两大并存的争议解决方式。与诉讼相比，仲裁以其便利、高效和跨境执行力等特点，受到相关涉外合同当事人的欢迎。与诉讼相比，仲裁至少有以下几点较为明显的优势：

1、一裁终局。一般诉讼会经历一审、二审或再审等程序，所花费的时间成本较高；

2、当事人意思自治。当事人享有选择仲裁员、仲裁地、仲裁语言及适用法律的自由，当事人还可以就开庭审理、证据提交和意见陈述等事项达成协议，这是一般诉讼中做不到的；

3、仲裁具有保密性。仲裁案件一般不公开审理。而诉讼以公开为原则，不公开为例外；

4、裁决可在国际上得到承认和执行。

尽管如此，在合同中仲裁方式的选择颇有讲究，并非所有当事人可以容易确定。现实中，很多或多或少表达有通过仲裁方式解决争议的条款或协议由于无法达到法律所规定的要求而变得无效或存有争议，从而影响了合同争议的快速解决。

一、涉外仲裁的定义

“涉外仲裁”是指具有涉外因素但是仲裁地位于中国境内的仲裁。

“涉外因素”是指在一个案件中 (1) 一方或者双方当事人

是外国人、无国籍人、外国法人的；(2) 标的物在外国领域内的；或者(3) 产生、变更或者消灭法律关系的法律事实发生在外国的。

例如：国际贸易纠纷中出口方和进口方之间、合资企业中中方股东和外方股东之间的纠纷等就可适用涉外仲裁。

二、如何制定有效的涉外仲裁协议

(一) 判断涉外仲裁协议效力的标准

在确定一份仲裁协议是否有效前，首先需要确定以何标准判断其有效性。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（“《解释》”），对涉外仲裁协议或条款的效力的审查，首先适用当事人约定的法律。当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或仲裁地约定不明的，适用法院地法律。

其次，是谁有权审查仲裁协议或条款的效力？根据《中华人民共和国民事诉讼法》（“《仲裁法》”），当事人对仲裁协议效力有异议的，可请求仲裁委员会作出决定或请求人民法院作出裁定。如申请法院作出裁定，根据《解释》，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或被申请人住所地的中级人民法院管辖。

最后，何时能提起对仲裁协议或条款效力异议？根据《仲裁法》，对仲裁协议的效力异议，应在仲裁庭首次开庭前提出。

(二) 有效涉外仲裁协议应当包含的内容

有效仲裁协议应当包含的内容：

- 1、请求仲裁的意思表示；
- 2、仲裁事项；
- 3、约定的仲裁机构。

例如，中国国际经济贸易仲裁委员会建议的示范仲裁条款如下：

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。

上述示范仲裁条款包含了(1) 请求仲裁的意思表示—提交仲裁；(2) 仲裁事项—因本合同引起或与本合同有关的任何争议；(3) 约定的仲裁机构—中国国际经济贸易仲裁委员会。

符合上述条件的仲裁协议或条款方构成有效的仲裁协议。

(三) 几类无效或有瑕疵的仲裁协议

1、约定的仲裁机构名称不准确

约定的仲裁机构名称不准确且不存在的，则仲裁协议无效。

作为例外，如约定的仲裁机构仅仅是名称不准确，但可以确定具体的仲裁机构的，则视为选定了仲裁机构。例如，中国国际经济贸易仲裁委员会原名对外经济贸易仲裁委员会，如当事人在仲裁协议中选定对外经济贸易仲裁委员会，则视为选定中国国际经济贸易仲裁委员会。

2、仅约定适用的仲裁规则的

如当事人仅仅在合同中约定“所有争议适用某某仲裁规则”，一般视为未约定仲裁机构而无效。

但是，根据约定的仲裁规则能确定仲裁机构的除外。例如：中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则第4条规定：凡当事人约定按照本规则进行仲裁但未约定仲裁机构的，均视为同意将争议提交仲裁委员会仲裁。因此，即使当事人仅约定“所有争议适用中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则”，但该仲裁协议却是有效的。

3、当事人同时选择两个或两个以上仲裁机构的

除非当事人事后能协议选择其中一个申请仲裁，否则将导致该仲裁协议无效。

4、仲裁协议仅约定由某地仲裁机构仲裁

例如，当事人在仲裁协议中约定由上海的仲裁机构进行仲裁，由于上海有很多个仲裁机构，因此无法确定具体哪个，此类仲裁协议将无效。但是，如约定的地方只有一个仲裁机构的，则该仲裁机构视为约定的仲裁机构。

三、涉外仲裁裁决的执行

仲裁裁决由于其一裁终局的特点，在裁决出来以后即发生法律效力。但如何执行呢？

仲裁机构本身并不具有强制执行的权力。在一方当事人

不主动履行裁决的情况下,对方当事人应向法院申请执行。

(一) 受理仲裁裁决执行的法院

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第257条规定,一方当事人不履行仲裁裁决的,对方当事人可向被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院申请执行。

但是,如被申请人或其财产不在中华人民共和国境内的,当事人应直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

(二) 当事人对仲裁裁决的抗辩权

中国的法院享有对仲裁裁决进行审查的权利,虽然该等审查主要是程序性的,但从另一方面来说,对裁决获胜的一方当事人来说也面临一定的风险。

1、法院审查不予执行

对于被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经法院合议庭审查核实后,可裁定不予执行:

(1) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或事后没有达成书面仲裁协议的;

(2) 被申请人没有得到指定仲裁员或进行仲裁程序的通知,或由于其他

不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的;

(3) 仲裁庭的组成或仲裁程序与仲裁规则不符的;

(4) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或仲裁机构无权仲裁的。

此外,法院如认定该裁决违背社会公共利益的,可裁定不予执行。

2、申请撤销仲裁裁决

当事人在收到仲裁裁决书之日起6个月内,如有证据证明下列情形之一的,可以向仲裁机构所在地中级人民法院申请撤销裁决:

(1) 没有仲裁协议的;

(2) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或仲裁机构无权仲裁的;

(3) 仲裁庭的组成或仲裁的程序违反法定程序的;

(4) 裁决所根据的证据是伪造的;

(5) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;

(6) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法

裁决行为的。

此外,如法院认为裁决违背社会公共利益的,可裁定撤销。

3、因对仲裁协议效力有异议导致裁决被撤销或不予执行

如当事人在仲裁程序中对仲裁协议的效力提出异议,在仲裁裁决作出后又以此为由主张撤销或提出不予执行抗辩的,经法院审查符合规定的,法院应予支持。

四、建议

由于仲裁协议的制定直接关系到仲裁协议的有效与否以及裁决的执行,因此我们建议相关当事人尽量引用约定仲裁机构所发布的示范仲裁协议或条款。如有特别的考虑或需要,最好在专业律师的指导下完成,否则极易导致仲裁协议无效而丧失仲裁机会。

企业国有资产法探析



肖延人

【摘要】

本文以《企业国有资产法》出台的背景及主要规定为基础，结合《公司法》、《物权法》以及以往国有资产管理方面的规定，辅以实务操作经验为补充，相对系统地对国有资产的界定、权属、资产处置等予以梳理，并提出了国有资产法尚待补充完善的相关建议

【关键词】

国有 产权 资产 公司法 物权法

经过十五年立法历程，跨越三届全国人大，企业国有资产法“利剑出鞘”，经十一届全国人大常委会表决高票通过的《企业国有资产法》使我国数十万亿国有资产的监管问题实现“有法可依”。

2009年5月1日《企业国有资产法》正式施行，该法共分九章，七十七条，分别对出资人及其职责、出资企业及其管理者选择和考核、国有资产出资人权益重大事项、国有资产转让、国有资本经营预算以及国有资产监督等问题作出了系统全面的规定。

《企业国有资产法》的有限目标是解决国有资产无人负责的问题，涉及国有企业的投融资体制、财税体制、人事制度和政府机构职能的重大变革。因此《企业国有资产法》调整力度很大，是社会主义市场经济的一部基础性法律。

本文将从实务角度、并结合《公司法》、《物权法》以及以往国有资产管理方面的规定，对《企业国有资产法》进行简要评述，供大家参考。

一、《企业国有资产法》出台的背景

国有资产不仅是社会主义的政权基础，也是政府提供公共产品和公共服务的基本保障，同时还是广大国民享有权益的公共财富。

据公开资料显示，至2006年末，全国仅国有及国有控股的非金融类企业的总资产和净资产就分别达到29万亿元和12万亿元。仅中央企业一级，除国资委监管的146户外，还有财政部负责监管的金融企业，以及行业主管部门监管的其他为数

众多的国有企业。此外，改革开放以来，中国不断深化国有经济改革，调整国有经济布局，国有经济日益发展壮大，也积累了数量巨大的企业国有资产。

但是，就有关国有资产管理方面的法律而言，虽然《公司法》和《物权法》中均有相关的规定，但相对比较零散，而一些国资委等部委规章、意见等，在法律阶位上相对较低。此外，中央一级“央企”的虽然也有国有资产方面的内部规章，但不具备广泛性和适用性。在实践中对国有资产管理更多依赖的是行政的方式和政策的治理，制度性缺漏较多，行政性决策的随意性相对较强，管理体制不完善，由此也导致了国有资产流失、侵吞事件层出不穷，国有资产流失现象比较严重，这种状况与我国经济发展的现实与依法治国的需要极不相符。

为此，如何通过立法进一步有效地维护国有资产权益，保障国有资产安全，防止国有资产流失，成为社会关注的焦点问题。自2003年重新成立了起草小组起，经过五年的调研与起草工作，经过激烈的讨论与争议，在广泛听取政府各部门、地方人大、各类国有企业及社会各界意见的基础上，由起草小组、全国人大财经委及法工委共同提出了《企业国有资产法》(草案)审议稿，并在十一届全国人大常委会第五次会议上高票获得通过。

二、《企业国有资产法》的主要“亮点”

《企业国有资产法》在制定过程中，注意了与《公司法》、《物权法》以及以往国有资产管理方面规定的结合，本次出台并实施的《企业国有资产法》主要有如下几个“亮点”：

(一) 在《物权法》之后，再次以基本法的形式确认国有资产的范围及权属

《物权法》第四十五条规定，法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。国有财产由国务院代表国家行使所有权。《国有资产监督管理条例》国务院令[2003]378号第三条也对国有资产的范围做出了界定：本条例所称企业国有资产，是指国家对企业各种形式的投资和投资所形成的权益，以及依法认定为国家所有的其他权益。

而对于上述法律和条例的规定，本次《企业国有资产法》则在第二、三条中再次进一步明确规定。此外，这里需要指出

的是，上述提及的“企业”具体指什么？该法的第五条予以了十分准确的界定，即“国家出资企业，是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。”

(二) 建立健全多层次监督体系，强调国有资产保值增值和责任追究制度

新出台的《企业国有资产法》不仅对关系国有资产出资人权益的重大事项作了专章规定，明确重大事项的决定权限和审批程序，还从企业改制、关联方交易、资产评估和国有资产转让等各个方面进行详细约束。“公开、公平、公正”成为核心原则。

《企业国有资产法》第四十二条规定，企业改制应当按照规定进行清产核资、财务审计、资产评估，准确界定和核实资产，客观、公正地确定资产的价值；第五十条则进一步规定，资产评估机构及其工作人员应当独立、客观、公正地对受托评估的资产进行评估。

此外，《企业国有资产法》还从人大监督、行政监督、审计监督和社会监督四个层面，构建了国有资产监管制度体系。其中，履行国有资产出资人职责的机构也要接受本级人民政府的监督和考核，对国有资产的保值增值负责。

而该法第八条则明确规定，国家建立健全与社会主义市场经济发展要求相适应的国有资产管理与监督体制，建立健全国有资产保值增值考核和责任追究制度，落实国有资产保值增值责任。

需要指出的是，《物权法》的第五十七条也有类似的规定：履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员，应当依法加强对国有财产的管理、监督，促进国有财产保值增值，防止国有财产损失；滥用职权，玩忽职守，造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。违反国有财产管理规定，在企业改制、合并分立、关联交易等过程中，低价转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

在此，笔者特别提醒，以往我们过多地强调国有资产的监督、保值增值，其实有关“考核”尤其是“责任追究制度”应格外引起注意，2008年9月10日，国务院国有资产监督管理委员会发布《中央企业资产损失责任追究暂行办法》，要求中央企

业加强国有资产保护,完善资产管理责任制度,规范资产损失责任追究行为。其中对如何开展资产损失责任追究工作、如何认定资产损失、如何界定资产损失责任追究的范围、如何划分责任以及处罚等作出了详细的规定。

(三) 立法明确“管家”的权责,进一步推动了政企分开

该法明确规定,国务院和地方人民政府分别代表国家对国家出资企业履行出资人职责,享有出资人权益,即国资委以及政府授权的其他部门、机构。企业国有资产法强调,履行出资人职责的机构除履行出资人职责外,不得干预企业经营活动。该规定在《物权法》的第五十五条也做了相应的规定。

这里需要强调的是,目前绝大多数非金融类的国家出资企业,都是由政府国有资产监督管理机构统一履行出资人职责。注意:是绝大多数,而非全部,例如在天津,我们的一个国资背景的客户,其上级主管机关是天津市建委,而非天津市国资委,还有例如铁道部等。

另外,即便是国资委,也要注意核实实际履行职责的时点,以海南省国资委为例,2003年11月份成立,但实际履行职责的时间为2004年5月。

而说到“政府授权的其他机构”,事实上目前在债券发行方面已经有很好的例证:2008年4月份,中国人民银行颁布了《银行间债券市场非金融企业债务融资工具管理办法》,其中一个很重要的变化就是,中国人民银行不再备案核准短期融资券和中期票据等债券发行事项,而是由其下属的中国银行间市场交易商协会进行注册管理。本所也是该协议会的会员。

(四) 公司法中“股东意思自治”原则得以承继和发展

《企业国有资产法》的第十二、十三、十四、十八、第二十一条规定,出资人对国家出资企业依法享有资产收益、分配权、参与重大决策和选择管理者等出资人权利。出资人履行职责时,应依照法律、行政法规以及企业章程履行出资人职责,保障出资人权益。

而在此规定中,笔者注意到多处提出依照“法律”和“企

业章程”的字眼。这里的法律应该说主要是指《公司法》,具体包括但不限于股东会、股东大会和董事会的召集、召开以及表决机制,还有就是同股不同权等规定。

此外,还是基于《公司法》的规定和原则——“章程”的问题,《企业国有资产法》中,提及“依照‘章程’”的字眼在14个条款中出现了多次,其主要原因就是基于《公司法》中的“股东意思自治”原则,股东之间可以在章程中对法定代表人、表决机制、分配机制以及股权、股份转让等自行作出约定,法律并不予以干涉。

此外,笔者还需要指出的是,《公司法》第二十二条规定,公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起六十日内,请求人民法院撤销。也就是说,如果国有“企业”的股东会、股东大会在召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以请求人民法院予以撤销。

(五) 董事长原则上不得兼任总经理

该法在草案阶段曾规定:国有独资公司的董事长和经理不得由同一人担任。履行出资人职责的机构不得建议同一人担任国有控股公司的董事长和经理。对此,有些地方、部门和企业提出,国有独资公司的规模大小等情况有较大不同,目前地方一些中小型国有独资、国有控股公司的董事长和总经理由同一人担任的情况不少,建议对这一规定再作研究。而事实上,国有“企业”董事长兼任总经理的例子大量存在。

全国人大法律委员会经同财政经济委员会和国务院法制办、国资委研究认为,公司董事长与经理分设,有利于形成各负其责、有效制衡的法人治理结构。考虑到《公司法》已规定,经国有资产监督管理机构同意,国有独资公司董事会成员可以兼任经理,本法对此可作出与《公司法》相衔接的规定。但在实际执行中,应严格按照法定程序,对公司董事长兼任经理从严掌握。

据此,《企业国有资产法(草案)》将有关条款修改为:未经履行出资人职责的机构或者股东会、股东大会同意,国有独

资公司、国有控股公司的董事长不得兼任经理。

此外,我们还应注意如下人员也不得兼职:《企业国有资产法》和《公司法》中均规定,董事、高级管理人员不得兼任监事;同时根据《公务员法》的规定。公务员不得从事或者参与营利性活动,在企业或者其他营利性组织中兼任职务。公务员辞去公职或者退休的,原系领导成员的公务员在离职三年内,其他公务员在离职两年内,不得与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职,不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动。

(六) 一级国有企业及其子企业的重大事项均需遵守法律、行政法规以及企业章程的规定,不得损害出资人和债权人的权益

该法中,明确要求国家出资企业合并、分立、改制、上市,增加或者减少注册资本,发行债券,进行重大投资,为他人提供大额担保,转让重大财产,进行大额捐赠,分配利润,以及解散、申请破产等重大事项,应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定,不得损害出资人和债权人的权益。

此外,还进一步强调对子企业的“管制”。在该法草案阶段时,第五章对国家出资企业关系国有资产出资人权益的重大事项的决策程序和运作规则作了规定。

但有意见认为,该法所称的国家出资企业,是指国家出资设立的国有独资、控股和参股企业,管的是一级企业,这就意味着上述规定并不适用于子企业。

实际上,一些国家出资企业投资设立的子企业规模较大,集中了不少优良资产,而目前造成国有资产流失的情况不少是发生在子企业。

据此,二审稿在第五章中增加一条,规定:“国家出资企业对其所出资企业的重大事项参照本章规定履行出资人职责,具体办法由国务院规定。”

(七) 第一次用法律的形式阐述了产权交易所的地位和作用

关于国有资产转让的问题,本法出台之前主要依据《企业国有产权转让管理暂行办法》以及各产权交易所发布的规定。本次出台的《企业国有资产法》则以基本法的形式规定,

国有资产转让应当遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则,除法律规定可以协议转让的外,均应通过产权交易的方式转让国有资产。对于产权交易转让国有资产,这还是我国第一次用法律的形式阐述了产权交易所的地位和作用。

而说到“转让”,主要为在依法设立的产权交易场所公开进行。此外,就是协议转让。对于协议转让,则主要是依据本法以及《企业国有产权转让管理暂行办法》等有关规定,对于国民经济关键行业、领域中对受让方有特殊要求的,企业实施资产重组中将企业国有产权转让给所属控股企业的国有产权转让,经省级以上国有资产监督管理机构批准后,可以采取协议转让方式转让国有产权。

国务院国资委有关负责人曾表示:对于“关键行业、领域”的涵盖范围,这个范围因地、因企业而异,根据实际情况确定。在国民经济中属于关键领域的行业,在特定省份就不一定,反之亦然。

另外,在产权交易过程中,经公开征集只产生一个受让方或者按照有关规定经国有资产监督管理机构批准的,可以采取协议转让的方式。再有就是国务院直属“央企”因具有自主决定权,也可以决定并实施协议转让。

需要注意,上述的协议转让过程中,转让价格原则上不得低于经核准或备案的资产评估结果。

此外,还有无偿划转时的直接转让,以及国企之间的合并重组情形,诸如北京首都开发控股(集团)有限公司就是在经北京市人民政府同意,并经北京市人民政府国有资产监督管理委员会于2006年3月27日下发《关于北京市城市开发集团有限责任公司和北京天鸿集团公司合并重组有关问题的函》,将北京市城市开发集团有限责任公司和北京天鸿集团公司合并重组为首开集团。

对于产权交易转让国有资产则需要注意如下问题:

1、应委托专业代理机构进行交易

产权交易前,交易各方须委托经纪代理公司进行进场交易。代理费为成交金额的0.05% (1亿元以上的标准)。

同时,意向方须向交易所交纳交易保证金,交易保证金的金额一般不超过挂牌价格的30%。(交易保证金是指为保证产权交易的安全,意向受让方依转让方提出的受让条件交纳的货币资金。)

2、依法进行公告及定价

进入产权交易所挂牌交易, 公开披露有关企业国有产权转让信息, 广泛征集受让方, 产权转让公告期为20个工作日。

而在进场交易前, 须委托会计和评估机构实施全面审计和评估, 评估报告经集团公司或国有资产管理部门核准或者备案后, 作为确定企业国有产权转让价格的参考依据。

3、股权交易价格有“底限”

在产权交易过程中, 当交易价格低于评估结果的90%时, 应当暂停交易, 在获得相关产权转让批准机构同意后方可继续进行。

4、注意公司法中的“优先购买权”规定

依据《公司法》第72条的规定, 以及产权交易的相关要求, 在进场以及产权交易合同签订前, 公司其他股东须明确放弃行使优先购买权。

5、履行必要的核准程序(外资情形下)

在股权受让方确定外商的情形下, 转让方和外商即受让方签订《产权交易合同》后, 交易所向转让方出具《关于申报商务部门审批的通知书》, 由转让方取得商务主管部门关于产权转让的批复及核发的《外商投资企业批准证书》。

需要指出的是, 以江西省的项目为例, 在报请商务主管部门前, 依据《外商投资项目核准暂行管理办法》和《江西省外商投资项目核准暂行管理办法》的规定, 外商购并中国以及江西省内企业等各类外商投资项目时, 需报经发展和改革委员会核准, 其中, 1亿美元以上的鼓励类项目, 须经江西省发改委报国家发改委审批。

在审批的时限上, 上述商务部门和发展改革部门合计不少于60天, 实践中可能远远超过上述时限。

此外, 在外资并购或收购的情形下, 一定首先注意核实外商投资政策和范围、领域, 最直接的办法就是与《外商投资产业指导目录(2007年修订)》的规定进行核实。

6、股权对价支付时限(外资并购)

在法律上, 对股权对价款的支付时限有着明确的要求, 最长不超过一年, 且应按照实际股权对价款支付所占的出资比例分配收益。

外国投资者并购境内企业设立外商投资企业, 外国投资者应自外商投资企业营业执照颁发之日起3个月内向转让股权的股东, 或出售资产的境内企业支付全部对价。对特殊情况需

要延长者, 经审批机关批准后, 应自外商投资企业营业执照颁发之日起6个月内支付全部对价的60%以上, 1年内付清全部对价, 并按实际缴付的出资比例分配收益。

需要指出的是, 产权交易存在重大不确定性, 不排除因竞价等原因导致本项目拟受让方最终无法获得上述股权的可能。

产权转让项目信息披露期满, 只产生一个符合条件的意向受让方, 可以采取协议转让的方式; 产生两个及以上符合条件的意向受让方, 应采取竞价转让的方式确定受让方。

竞价转让, 是指挂牌期满产生两个及以上意向受让方时, 采取包括拍卖、招投标、评审、网络竞价等方式确定受让方的行为。

在竞价情形下, 则势必存在其他参与竞价的意向受让方取得上述股权的风险。

三、结束语

这部《企业国有资产法》应该说是值得肯定的, 毕竟是近30年国企改革开放进展的一个总结。但是笔者认为肯定并不等于“固步自封”或“无可挑剔”, 仍然存在不断完善和发展的空间。

诸如近一段时间炒的比较热的“企业高管薪酬”问题, 还有境外的国资管理与监督问题, 以及国资监管职能归属上仍然不够清晰等问题, 可以说是这部法律的“遗憾”。此外, “关键行业、领域”涵盖范围的界定等问题, 仍然有待进一步明确。但笔者坚信伴随着法律的实施, 将会得到不断的补充和完善。

从资产管理公司角度简略解析最高人民法院 《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座 谈会纪要》



马婧



茅麟

【摘要】

2009年3月30日最高人民法院发布《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》（法发[2009]19号）。该纪要的发布对于金融资产管理公司以转让方式处置国有企业不良债权产生深刻影响。《纪要》共分了十二个大问题，涉及金融不良债权转让审判工作中的原则、案件受理、债权转让效力的判定、政府等优先购买权、国有企业债务人的诉权、转让合同的无效和撤销、无效合同的处理、举证责任分配、诉讼执行主体的变更等各个方面，内容较多。由于有些规定冲破了现有法律的规定，因此正确理解《纪要》对于金融不良债权转让各方当事人极为重要。本文篇幅有限，只就几个最为重要问题作粗略解读。

【关键词】

最高法院司法解释 不良资产处置 金融资产管理公司
金融不良债权转让

一、《纪要》的出台背景

该纪要的出台，是为了解决所谓的金融不良债权转让过程中国有资产流失问题。实际上，由于我国各种体制、制度、地方关系、人际关系等等复杂因素的综合影响，作为国有公司的金融资产管理公司不能处置或回收率很低的债权（即使通过法院诉讼、强制执行），在债权转让后，受让人通过各种手段得以高于金融资产管理公司回收率实现债权回收。此时债务人（尤其是受到非国有受让人催逼债权的国有企业）就以国有资产流失为由不断向上级乃至中央反映情况。2008年10月14日最高法院召集全国人大法工委、中央政法委、国务院法制办、财政部、国资委、银监会、审计署等单位在海口市召开全国法院审理金融不良债权转让案件工作座谈会。会后，各地法院对于金融资产管理公司转让的债权的审理，出现了五花八门的作法，有些地方暂缓受理此类案件，有些地方只支持受让人支付的转让价款加百分之十的债权。这些做法既没有法律依据，也造成全国金融不良债权审判工作的混乱。《纪要》的出台，使金融不良债权审判工作有了统一的依据。

二、《纪要》的几个重要内容

《纪要》中规定的内容都很重要，这里只重点解析几点内容。

1、地方政府等主体的优先购买权

《纪要》规定：“相关地方人民政府或者代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门或者持有国有企业债务人国有资本的集团公司可以对不良债权行使优先购买权。”并对优先

购买权运用的程序作出详细规定。

优先购买权的设立是《纪要》对现有法律、法规的突破。

《纪要》规定金融资产管理公司在处置方案、交易条件以及处置程序、方式确定后要通知优先购买人。

优先购买人设立的目的,是使国有资产在国有部门内部流动,避免国有资产的流失。资产管理公司在处理涉及国有不良债权时需要特别注意该程序的适用,以避免因优先购买权适用过程中的问题导致债权转让被认定为无效的风险。

2、国有企业债务人的诉权

《纪要》规定国有企业债务人就金融不良债权转让合同的效力提起诉讼。该规定对金融不良债权的转让具有深刻影响。对资产管理公司而言,在整个债权转让的各个方面,都必须严格执行相关的规定,包括债权的可转让性、受让人适格性及转让程序的公正性和合法性,任何转让过程中的瑕疵,都有可能导导致转让合同无效和被撤销。而对于社会受让人而言,由于被认定债权转让合同无效和被撤销的风险加大,其受让金融不良债权的意愿有可能降低,资产管理公司以转让方式处置不良债权的困难加大,从中也可以看出政府对于处理金融不良债权的导向。

3、“资产包”中单笔债权无效可以导致“资产包”转让无效

《纪要》规定:“金融资产管理公司以整体“资产包”的形式转让不良债权中出现单笔或者数笔债权无效情形、或者单笔或数笔不良债权的债务人为非国有企业,受让人请求认定合同全部无效的,人民法院应当判令金融资产管理公司与转让人之间的资产包债权转让合同无效。”

以往资产管理公司在打包处置不良资产时,往往会在合同中约定受让人不得以单笔债权的瑕疵为由主张整个资产包的无效。《纪要》的出台,如此约定不再具有效力,使资产管理公司以打包形式处置不良债权的风险大大增加,从中也可看出相关部门不坚持整体打包处置不良债权的政策倾向。

4、债权转让合同无效的后果

根据《纪要》规定。金融不良资产债权转让无效后果有

二:一是资产管理公司赔偿受让人的损失,数额以受让人实际支付的价金利息为限。二是相关不良债权的诉讼时效自金融不良债权转让合同被认定无效之日起重新计算。

需要注意的是诉讼时效重新计算的问题。对于“重新计算”的含义,从《纪要》的相关精神出发,结合民事诉讼法的相关规定及有关司法解释,应当理解为诉讼时效的中断,两年的诉讼时效重新起算。对于在债权转让前诉讼时效已经届满的,不能适用此重新计算的规定。

三、金融资产管理公司需要注意的问题

1、债权转让公告的准确性

金融资产管理公司被允许以公告的形式完成债权转让的通知义务,但公告内容的准确性要引起重视,以避免债务人利用公告错误作为不知道债权转让的抗辩。

2、妥善处理债权文书

由于《纪要》有关债权转让无效或可撤销的规定,使债权有可能经过几手转让后又回到资产管理公司手上,在几次转让过程中债权文书极有可能存在遗失或遗漏移交情况,如何转让及保管债权文件值得重视。从稳妥的角度出发,建议资产管理公司在债权转让时,与受让方就债权文件做出详细约定。如考虑由资产管理公司代为保管相关文件资料直至债权实现或债权转让有效性已被确认;或是约定如受让人或其手在债权转让无效或被撤销的情况下,无法返还债权凭证的,已支付的价款不予返还,并要承担损失赔偿责任。

3、《纪要》规定“金融资产管理公司在《纪要》发布之前已经完成不良债权转让,优先购买权人主张行使优先购买权的,人民法院不予支持。”

《纪要》中“完成债权转让”的表述过于模糊,在实践中容易引起争议,尤其在存在分期支付转让价款的情况下。如何准确界定“完成”债权转让?是完成债权转让协议的签订?还是完成协议并通知债务人?甚至是双方均履行完毕债权转让协议,完成支付价款、交接债权文书等合同义务?实践中可能会发生争议,需要最高法院进一步解释。

建设项目环境影响评价听证制度邹议

——以望京220千伏输变电工程行政诉讼案为例



王霁虹



石杰

【摘要】

建设项目环境影响评价中的听证问题已逐渐为公众所关注，但目前法律框架下的适用问题却多有误解。本文就以望京220千伏输变电项目环境影响评价行政诉讼案件为例，对现行中国法律、法规框架下的建设项目环境影响评价听证制度进行介绍与分析。

【关键词】

建设项目环境影响评价 听证 公众参与 行政许可

一、望京220千伏输变电工程行政诉讼案之案情介绍

2007年，华北电网有限公司北京电力公司（以下简称“电力公司”）拟在北京望京区域建设220千伏输变电工程，该工程包括变电站工程和输电线路工程两部分，其中变电站工程距离望京南湖西园小区91米。电力公司委托中国电子工程设计院对该项目进行了环境影响评价，编制了环境影响报告表，于2007年1月22日向北京市环境保护局提交了有关申请文件。北京市环保局对材料进行形式审核后，受理了该项申请，并在经现场踏勘和对环境影响报告表进行实质审查后，于2007年2月6日作出了同意该项目建设的批复。

2008年3月10日，三位家住望京南湖西园的居民，就北京市环境保护局作出的上述批复向环境保护部提起行政复议，除对该建设项目的环境影响评价文件的类型及内容提出质疑之外，居民们还提出，望京变电站工程无论是在环境影响评价阶段还是在环评文件的审批阶段，均未依照规定征求当地居民意见、举行听证会，其审批违反法定程序，请求环保部依法撤销该批复。2008年5月9日，环境保护部作出了“北京市环保局之批复符合法律规定，依法予以维持”的复议决定，并就听证问题说明如下：“本工程主要工频电磁场排放水平极低，其行政许可不涉及周边居民的重大利益，不属于依法必须举行听证的情形。”

2008年5月27日，居民们不服环保部作出的上述复议决定，向北京市海淀区人民法院提起行政诉讼，要求法院撤销北京市环保局作出的批复。2009年5月22日，北京市海淀区法院判决驳回其全部诉讼请求；其后，原告未上诉，该判决已经生效。

望京220千伏输变电工程行政诉讼案是一个较为典型的环境影响评价行政案件,经历了行政复议、行政诉讼两个环节,笔者作为北京市环境保护局的常年法律顾问,全程参与了该案的处理工作。在此过程中,笔者发现,公众对于建设项目环境影响评价及环评文件审批过程中的听证问题非常关注,但对于目前中国法律框架下的环境影响评价中的听证制度,尤其是听证的适用存有诸多误解。下面,本文就以望京220千伏输变电工程行政诉讼案为例,谈谈自己对于现有法律框架下的环境影响评价听证制度的理解与体会。

二、现有法律框架下的建设项目环境影响评价听证制度

随着北京西上六输电路工程电磁辐射污染环境环境影响评价行政许可听证案以及圆明园湖底防渗项目环境影响评价行政许可听证案的轰轰烈烈的召开,建设项目环境影响评价听证已为越来越多的人所了解,但对现有法律框架下的相关制度的规定,却并非众所周知。

如望京南湖西园的居民所言,在目前的法律框架下,建设项目环境影响评价听证,按照其所处阶段的不同可分为两种类型,一种是环境影响评价过程中的听证,一种是环境保护行政主管部门审批环评文件过程中的听证。也就是说,在建设项目的环境影响评价阶段和环境影响评价文件审批阶段,都涉及召开听证会,听取公众意见的问题。但这两种听证之间无论是在主体还是性质等方面均存在较大差异,下面,本文就对上述两种听证分别进行论述。

(一) 建设项目环境影响评价过程中的听证

关于“建设项目环境影响评价过程中的听证”的法律规定最早见于《环境影响评价法》的第二十一条:“除国家规定需要保密的情形外,对环境可能造成重大影响、应当编制环境影响报告书的建设项目,建设单位应当在报批建设项目环境影响报告书前,举行论证会、听证会,或者采取其他形式,征求有关单位、专家和公众的意见。”其后,《环境影响评价公众参与暂行办法》对其适用及规程等作出了具体规定。

由此可知,建设项目环境影响评价过程中的听证,是指建设单位(或受其委托的环评单位)在进行建设项目环境影响评

价的过程中,通过召开听证会,实施环境影响评价公众参与的一种形式。该种听证旨在听取可能受该建设项目影响的公众对该项目可能造成的环境影响的意见,听证的记录等相关文件将作为环境影响评价文件的一部分,一并提交给环境保护行政主管部门进行审核。环境影响评价过程中的听证具有以下特征:

1、环境影响评价过程中的听证并非为传统的行政听证

由听证的历史演变来看,传统意义上的听证为行政听证,即行政机关在做出对公众利益影响较大的行政决策前,举办听证会,广泛听取公众意见,以作为行政决策的参考的行为,如价格听证、立法听证等等。而环境影响评价过程中的听证则不然,该听证会由同作为民事主体的建设项目业主或其委托的环境影响评价单位举办,所听取的为公众对于建设项目可能造成的环境影响的意见,属于建设项目环境影响评价公众参与的一种方式。虽然该听证会的记录将作为环评文件的组成部分一并提交给审批该项目环评文件的环境行政主管部门,并作为该部门审批该环评文件的一个参考,但因召开主体、规程等的特殊性,其与传统意义上的行政听证还存有较大差别。

2、并非所有建设项目的环境影响评价均涉及听证

由《环境影响评价法》第二十一条规定可知,只有“对环境可能造成重大影响、应当编制环境影响报告书的建设项目”,才需采取“听证会”等形式进行公众参与。目前,中国对建设项目环境影响评价实行分类管理,发布了《环境影响评价分类管理名录》,其中按照建设项目可能给环境造成影响的不同,明确进行了分类,由重到轻,分别要求编制环境影响报告书、编制环境影响报告表或者填报环境影响登记表。只有该《名录》中明确规定需编制环境影响报告书的项目,才须进行环境影响评价的公众参与环节,才可能涉及环境影响评价过程中的听证问题。

3、建设项目环境影响评价过程中的听证并非为法定的必经程序

《环境影响评价法》第二十一条中,听证会与举行论证会、问卷调查等其他形式相并列,为建设单位进行项目环境影响评价时征求意见的方式之一,由建设单位(或其委托的环

1 目前,中国的环境影响评价包括规划环境影响评价和建设项目环境影响评价两大类,《环境影响评价法》对上述两种环境影响评价均有进行听证的原则性规定,由于上述案件所涉及的均为建设项目环境影响评价,故本文不再涉及规划环境影响评价中的听证,只对建设项目环境影响评价中的听证进行初步分析。

2 《环境影响评价法》第二十一条规定:“除国家规定需要保密的情形外,对环境可能造成重大影响、应当编制环境影响报告书的建设项目,建设单位应当在报批建设项目环境影响报告书前,举行论证会、听证会,或者采取其他形式,征求有关单位、专家和公众的意见。”

3 目前,在我国,听证通常是指行政听证,指行政机关在制定法规规章或作出具体决定时,广泛听取利害关系人意见的程序。

境影响评价单位)从中自行选择,并非为法定的必经程序。也就是说,即便是法律规定在环境影响评价时必须进行公众参与的建设项目,即应当编制环境影响报告书的建设项目,建设单位也可以通过问卷调查、专家论证会的形式满足法律要求,而不是必须召开听证会。

综上,在目前的法律体制下,建设项目环境影响评价过程中的听证并非为环评的必经程序。在建设项目的环评阶段,建设单位或其委托的环境影响评价单位并无必须召开听证会、进行建设项目环境影响听证的法定义务。

(二) 环评审批听证

环评审批听证,是“环境影响评价文件审批中的听证”的简称,是环境保护行政主管部门依据《行政许可法》和《环境影响评价法》等法律规定、审批建设项目环境影响评价文件的过程中,以听证会的形式征求公众意见、作为审批环评文件的参考的行政行为。与前文所述的建设项目环境影响评价中的听证相比,环评审批听证具有如下特征:

1、环评审批听证为典型的行政听证

如前所述,环评审批听证系环境保护行政主管部门在作出具体行政行为前,以听证方式征求公众意见的行为。因环评审批系《行政许可法》规定的行政许可行为,故该听证属于行政许可听证;又因其且属于环境保护领域,所以该听证为环境保护行政许可听证的一种,受《行政许可法》及《环境保护行政许可听证暂行办法》规定的约束,属于典型的行政听证。

2、环评审批听证有法定的适用范围

关于环评审批听证的适用范围,首先需参照《行政许可法》第四十六条的规定:“法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当向社会公告,并举行听证。”该规定将听证的适用范围分为两部分,一是其他法律、法规及规章的规定,这需要参照行政许可行为涉及的相关法律文件之规定;二是行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,这实则将听证的决定权交给了行政许可部门,将其列入了自由裁量权的范畴。

关于“其他法律、法规及规章的规定”,对于环评审批而言,因《环境影响评价法》中并无规定,只有参照《环境保护行政许可听证暂行办法》这一部门规章的规定。《环境保护行政许可听证暂行办法》第五条规定:“实施环境保护行政许可,有下列情形之一的,适用本办法:(一)按照法律、法规、

规章的规定,实施环境保护行政许可应当组织听证的;(二)实施涉及公共利益的重大环境保护行政许可,环境保护行政主管部门认为需要听证的;(三)环境保护行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系,申请人、利害关系人依法要求听证的。”第六条规定:“除国家规定需要保密的建设项目外,建设本条所列项目的单位,在报批环境影响报告书前,未依法征求有关单位、专家和公众的意见,或者虽然依法征求了有关单位、专家和公众的意见,但存在重大意见分歧的,环境保护行政主管部门在审查或者重新审核建设项目环境影响评价文件之前,可以举行听证会,征求项目所在地有关单位和居民的意见:(一)对环境可能造成重大影响、应当编制环境影响报告书的建设项目;(二)可能产生油烟、恶臭、噪声或者其他污染,严重影响项目所在地居民生活环境质量的建设项目。”

综合上述规定,可将环评审批听证的法定适用范围归纳如下:①实施涉及公共利益的重大环评审批行为,环境保护行政主管部门认为需要听证的;②环评审批直接涉及申请人与他人之间重大利益关系,申请人、利害关系人依法要求听证的;③对环境可能造成重大影响、应当编制环境影响报告书的建设项目的单位,在报批环境影响报告书前,未依法征求有关单位、专家和公众的意见,或者虽然依法征求了有关单位、专家和公众的意见,但存在重大意见分歧的;④可能产生油烟、恶臭、噪声或者其他污染,严重影响项目所在地居民生活环境质量的建设项目的单位,在报批环境影响报告书前,未依法征求有关单位、专家和公众的意见,或者虽然依法征求了有关单位、专家和公众的意见,但存在重大意见分歧的。

三、望京220千伏输变电工程行政诉讼案中听证制度的适用

如前所述,望京220千伏输变电工程行政诉讼案中,望京南湖西园的居民认为,环保局做出的该项目环评批复的违法表现之一在于该项目在进行环境影响评价时以及环评审批时,均未召开听证会听取周围居民的意见。现在,我们将前述的建设项目环境影响评价听证制度放入望京220千伏输变电工程行政诉讼案中,来审视望京220千伏输变电工程项目的环评阶段以及环评审批阶段是否应进行听证。

(一) 关于望京220千伏输变电工程环境影响评价阶段的听证

关于望京220千伏输变电工程建设项目环境影响评价过

程中是否应当进行听证的问题,望京南湖西园的居民们认为,拟建变电站位于人口密集的望京区域,距小区仅在咫尺之遥,应属于位于敏感区的建筑物,按照《建设项目环境保护分类管理名录》之规定,该220千伏的变电项目属于应制作环境影响报告书的项目,而依照《环境影响评价法》及《环境影响评价公众参与暂行办法》之规定,环境影响报告书的项目应进行公众参与。而该项目的建设及运行对周边居民的影响较大,更应该在对该项目的环境影响评价时,召开听证会听取当地居民意见。

的确,2003年的《建设项目环境保护分类管理名录》规定,500千伏以下输变电工程,处于敏感区的,应编制环境影响报告书,处于非敏感区的,应编制环境影响报告表。同时,该名录也将人口密集区列为了敏感区的范围。从表面上看,望京220千伏输变电工程建设项目似乎为应编制环境影响报告书的项目。但是,该名录同时规定,处于环境敏感区的建设项目,如其环境影响特征对该敏感区环境保护目标不造成主要环境影响的,该建设项目是否按敏感区要求管理,由有审批权的环境保护行政主管部门征求当地环境保护部门意见后确认。而北京市环境保护局也确征了望京220千伏输变电工程所在的北京市朝阳区的环保局的意见,确认不按照敏感区进行管理。所以,该工程也就属于需编制环境影响报告表的项目,不存在公众参与环节,也就不涉及听证的问题。

此外,需指出的是,依照现有相关法律、法规、规章之规定,即便是须编制环境影响报告书的建设项目,在环境影响评价环节进行公众参与时,听证与问卷调查、专家论证均为其选择的方式之一,建设单位(或环评单位)可从中任选一种,并未要求对可能造成较大环境影响的建设项目就必须采用听证方式进行公众参与。望京南湖西园居民们所持之建设项目可能对环境影响大就需听证的观点,是对《环境影响评价法》以及《环境影响评价公众参与暂行办法》相关规定的误解。

(二) 环评审批听证的问题

望京220千伏输变电工程行政诉讼案中,望京南湖西园的居民认为,该项目对周边居民具有重大影响,北京市环保局在作出批复之前,理应依照《行政许可法》的规定听取居民的意见。其在未进行听证的前提下就做出批复的行为,程序违法。现将该观点纳入前述的环评审批听证制度之中,对望京220千伏输变电工程环评审批过程中是否应听证进行判定。

如前所述,望京220千伏输变电工程不属于应编制环境影响报告书的建设项目,且其污染主要为工频电磁场,也不属

于“可能产生油烟、恶臭、噪声或者其他污染,严重影响项目所在地居民生活环境质量”的建设项目;而且,在审批前,望京南湖西园的居民并未“依法要求听证”。所以,该项目是否属于前文所述之应予听证的法定范围,就只剩下了“实施涉及公共利益的重大环评审批行为,环境保护行政主管部门认为需要听证的”一种情形,而对此进行判定的决定权则在北京市环境保护局的手中,由其对该项目环评审批是否属于“涉及公共利益的重大环评审批行为”进行自由裁量。

而北京市环境保护局经审查认为,望京220千伏输变电工程行政诉讼案所涉及项目的污染主要为工频电磁场,且其排放水平较低,其环评审批行为不属于涉及公共利益的重大行政许可事项,无需进行听证。且环境保护部复议决定中的“本工程主要工频电磁场排放水平极低,其行政许可不涉及周边居民的重大利益,不属于依法必须举行听证的情形。”也对其观点予以了确认。所以,北京市环保局在审批望京220千伏输变电工程的环评文件时未进行听证的行为,符合《行政许可法》及《环境保护行政许可听证暂行办法》的规定。

总之,依照《环境影响评价法》、《行政许可法》等现有相关法律法规之规定,望京220千伏输变电工程行政诉讼案所涉及之建设项目,无论是在环境影响评价阶段,还是环评审批的过程中,进行听证均非建设单位和环境保护行政主管部门必须履行的法定义务,这也是本文案例中南湖西园居民之“环境影响评价听证”主张无法得到支持的重要原因。

四、结语

虽然,望京220千伏输变电工程行政诉讼案已尘埃落定,但该案所涉之环境影响评价听证问题却远远没有结束,在该案之后,公众因其听证权未得以充分行使而提起的行政复议、行政诉讼案件还会不断出现。其原因主要在于现有法律框架下,环境影响评价环节对于公众听证权益保护与公众对于参与环评听证的“渴求”之间存在较大差距。

笔者认为,要想解决这一状况,使公众的“渴求”得以满足、其环境影响评价听证权利得以保障,不仅需对现有的法律法规进行调整,突出听证在建设项目环境影响评价中的地位和作用;还需加大宣传力度,使公众正确理解并适当运用环境影响评价听证制度,及时、合理地提出听证申请,积极、理性的参与听证,合法、充分地行使自己的听证权益。

环境保护行政处罚的规范



邢 壮

【摘要】

随着《中华人民共和国行政处罚法》、《环境保护行政处罚办法》等有关规范环境保护行政处罚法律法规的实施，“依法行政、依法处罚”成为各级环境保护行政主管部门执法的基本原则。该原则不但要求环境保护行政机关在做出行政处罚时需做到内容合法，而且在处罚程序上也必须合法，切实保护行政相对人的合法权益。否则，行政处罚不成立或无效，而做出该等处罚的行政机关将面临被行政相对人提起行政复议或行政诉讼的风险。

本文首先概要分析了环境保护行政处罚的执法依据与处罚种类，随后列举了当前环境保护行政处罚面临的主要问题，最终从实体和程序角度入手，对环境保护行政处罚一般程序、简易程序及听证程序的规范化提出合理化建议，并对环境行政处罚自由裁量权进行了说明。

【关键词】

环境保护行政处罚 行政处罚规范化 行政处罚自由裁量权

一、环境保护行政处罚的执法依据与处罚种类

（一）环境保护行政处罚的执法依据

在环境保护工作中，为了有效地打击破坏环境的违法行为，我国在环境保护实体法与程序法方面均颁布实施了多部法律、行政法规、规章等规范性文件，如：《中华人民共和国环境保护法》、《中华人民共和国水污染防治法》、《建设项目环境保护条例》、北京市实施《中华人民共和国大气污染防治法》办法等等。特别是在程序法方面，为了保障和监督行政机关有效实施行政管理，全国人大根据宪法制定了《中华人民共和国行政处罚法》（自1996年10月1日起施行）；随后，原国家环境保护总局（现环境保护部）根据《中华人民共和国行政处罚法》和有关法律、法规，制定了《环境保护行政处罚办法》（自1999年7月8日起施行）及其修正案。上述法律、法规赋予环境保护行政执法部门实施行政处罚的执法权，并成为执法依据。

（二）行政处罚的种类

根据《中华人民共和国行政处罚法》第八条规定，行政处罚的种类有：1、警告；2、罚款；3、没收违法所得、没收非法财物；4、责令停产停业；5、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；6、行政拘留；7、法律、行政法规规定的其他行政处罚。

对于上述7种行政处罚，按照行政处罚指向行政相对人权利的内容或者性质可划分为如下四类：

（1）人身自由罚。主要是指对违反《治安管理处罚法》的行政相对人给予行政拘留，依法在短期内限制其人身自由的一种处罚，亦称治安拘留。

（2）行为罚。是指限制或剥夺行政相对人某种行为能力或资格的处罚措施，其主要表现形式有：责令停产停业，暂扣或吊销许可证、执照等。

(3)财产罚。这种处罚在于使违法者缴纳一定数额的金钱或者没收其一定财物,并不影响违法者的人身自由和进行其他活动的权利。其具体形式主要有:罚款、没收财物(没收非法财物和违法所得)。

(4)声誉罚。是指行政机关依法对行政相对人的名誉、荣誉、信誉或精神上的利益造成一定损害以示警戒的行政处罚,而不是其他实体权利的剥夺或者限制,更能体现教育与处罚相结合的原则,对个人和组织可同时适用。其主要形式有:警告、责令具结悔过、通报批评等。

二、当前环境保护行政处罚面临的问题

在现实社会生活中,环保行政处罚的事由相对集中,主要体现在如下几个方面:未报批环境影响评价文件,擅自进行生产或经营;因污染防治设施未经验收或虽经验收但不合格或未正常使用,而主体项目已投入生产/使用;因未经审批擅自扩大生产、经营规模,造成环境污染;因超标排放废水、废气、噪声而污染环境等等。

在本所为某环境保护行政主管部门提供法律顾问服务过程中,涉及一起某居民小区燃煤锅炉超标排放的行政处罚案件。本案中,执法人员在执法过程中,已依法告知行政相对人拥有陈述与申辩、提起行政复议、行政诉讼的权利及行使上述权利的期限。但该单位无论是在做《询问笔录》、还是接收《行政处罚决定书》时都没有进行任何陈述与申辩,也没有送来能够证明其存在的特殊情况及困难的任何书面材料。

被处罚人在收到上述行政处罚决定书后,即以行政处罚程序不合法(未听取被处罚人的陈述与申辩)、罚款金额过高属不合理处罚(未考虑被处罚人的特殊情况及困难)为由向该环境保护行政主管部门的上一级主管部门提出了行政复议申请,请求撤销该行政处罚。

从上述案例中可以看出,在实务中,环境保护行政处罚决定作出后,相当一部分被处罚人会从事实认定、法律适用、程序规范等各个角度向作出处罚决定的环境保护行政主管部门就处罚提起行政复议或行政诉讼。而从某种程度上讲,代表政府的环境保护行政主管部门无论是在行政复议或是在行政诉讼中均不愿以被申请人或被告的身份出现,亦不愿承担败诉所带来的不利后果及影响。此时,已作出的处罚决定是否完善,则至关重要,而行政处罚决定往往因如下几个环节存在问

题,不能成立甚至无效,这也是当前环境保护行政处罚面临的主要问题。

(一) 行政处罚没有法定依据

根据《行政处罚法》的规定,行政处罚应当遵循公正、公开的原则。实施行政处罚必须“以事实为依据,以法律为准绳”,对违法行为给予行政处罚的规定则必须公布;未经公布的,不得作为行政处罚的依据。否则,处罚无效。

《环境保护行政处罚办法》亦相应规定,环境保护行政主管部门实施行政处罚,应该以环境保护法律、法规和规章为依据。

现阶段,虽然环境保护行政主管部门“依法行政”的观念得到了长足的提高,但亦不排除某些基层环境保护行政主管部门在实施行政处罚过程中存在“完成任务”的心态,在没有确凿法定依据的情况下,仍然坚持以罚为目的,忽略了“依法行政”的基本原则。该等处罚实属无效,成为事后行政相对人提起行政复议或诉讼的对象。

(二) 行政处罚的实施机关主体不适格或超越职权范围

根据我国法律规定,有权实施行政处罚的主体主要是具有行政处罚权的行政机关、法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织及行政机关依法委托的满足一定条件的组织。具体而言,环境保护行政处罚,应由县级以上环境保护行政主管部门及其在法定职权范围内委托的环境监察机构实施。基于委托关系,受托的环境监察机构须在委托权限范围内,以环境保护行政主管部门的名义实施行政处罚,环境保护行政主管部门负责监督并对该行为的后果承担法律责任。

在实务中,往往出现某些组织未经授权,而以“执法者”的身份实施行政处罚的情形,或行政机关在委托处罚时超越法定职权范围或委托权限不明而进行处罚的情形;又或受托组织超越委托权限实施行政处罚等情形。上述行政处罚因实施主体不适格、越权执法,应属无效处罚。必然成为事后行政相对人提起行政复议或诉讼的对象。

(三) 事实认定不清,证据不足

“以事实为根据”,是实施行政处罚的前提条件。环境

保护行政主管部门在执法过程中,必须对环境违法行为进行全面、客观、公正地取证,在查证属实后方可依法给予行政处罚,对于违法事实不清的,不得给予行政处罚。

在实务中,存在环境保护行政主管部门在事实认定不清,证据不足的情况下依然给予行政相对人处罚的情况。此时,则会导致自身面临巨大的行政复议或诉讼的风险。

(四) 不遵守法定程序,规范执法意识不强

当前,有些行政机关及其工作人员在执法过程中仍然存在“重实体、轻程序”的问题。程序上的违法主要体现在如下几个方面:行政机关执法人员在调查或者检查时少于两人;执法时不主动或拒绝向当事人出示执法证件;执法人员与当事人有直接利害关系而没有回避;在作出行政处罚决定前,未告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由、依据或当事人依法享有的权利;拒绝听取当事人的陈述、申辩;对于责令停产停业、吊销许可证或执照、较大数额罚款等行政处罚决定作出之前,未告知当事人有要求举行听证的权利或当事人依法申请听证,行政机关拒绝举行听证会等。

根据我国法律的相关规定,不遵守法定程序的行政处罚无效或自始不能成立。

(五) 法律法规适用错误

“依法行政、依法处罚”是环境保护行政主管部门行政执法的最为基本的原则性要求。环境保护行政主管部门在作出行政处罚决定时,必须针对不同的环境违法行为正确适用具体的法律法规。

根据我国现行法律法规的规定,行政处罚只能由法律、行政法规、地方性法规、国务院各部委制定的规章、省级人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大市的人民政府制定的规章来设定,除此之外的其他任何规范性文件均无权设定。不言而喻,涉及环境保护行政处罚的法律、法规和规章成为环境保护行政主管部门的执法依据。在执法过程中,还须依照每一特定环境违法行为的性质与特点,有针对性的适用适当的法律法规。反之,若不能准确适用相应的法律法规,也是被处罚人不服行政处罚决定而提起行政复议或诉讼的原因之一。

(六)、行政处罚种类、幅度不适当

实施环境保护行政处罚,还必须坚持“处罚与教育相结合”的基本原则。做到行政处罚的种类、幅度与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。行政处罚过轻或过重,均会使作出该处罚决定的行政机关面临被提起行政复议或诉讼的风险。过轻时,一般由合法权益受损方(被害人)提起;过重时则由被处罚人提起。

三、环境保护行政处罚的规范

环境保护行政处罚的规范化,不但可以提高环境保护行政主管部门的执法水平,与此同时也促进了环保事业的发展。主要分为处罚程序的规范与处罚内容的规范两大部分。

(一) 程序的规范

行政处罚的程序,就是实施行政处罚必须的过程和步骤。依据环境违法行为个案情况的不同,主要适用当场处罚程序(简易程序)、一般程序与听证程序。

1、当场处罚程序(简易程序)的规范

针对当前环境执法任务呈现量大面广的特点,特别是情节轻微的环境违法行为比较普遍。当场处罚程序(简易程序),因其操作简便,不但可以大大提高执法效率、节省执法成本,而且对于某些具有瞬时性、污染物排放不具规则性,非当场处罚,事后则难以处罚的环境违法行为正确适用简易程序可以更加快捷的纠正违法行为,利于环境保护工作的开展。

简易程序,是指环境违法行为违法事实确凿、情节轻微并有法定的处罚依据,对公民处以50元以下、对法人或者其他组织处以1000元以下罚款或者警告的行政处罚,环境保护行政主管部门可以当场作出行政处罚决定。

尽管简易程序操作简便,但它仍是执法机关代表国家的一种行政行为。因此,执法人员必须严格按程序操作。对采用简易程序进行处罚的案件,执法程序建议规范如下:

- (1) 执法时应向当事人出示执法证件;
- (2) 现场查清违法事实,制作现场检查笔录及询问笔录,交当事人核实后签字或盖章认可;
- (3) 说明违法事实、行政处罚的理由和依据;
- (4) 听取当事人的陈述和申辩;

(5) 填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书,由执法人员签名或盖章,并当场交付当事人;

(6) 必须告知当事人不服行政处罚决定而行使救济权利的种类与期限;

(7) 当场作出的行政处罚决定,必须在决定之日起3日内报本部门法制工作机构备案。

另外,行政机关及其执法人员依法当场收缴罚款时(分为三种情况:A.依法给予二十元以下的罚款、B.不当场收缴事后难以执行、C.在边远、水上、交通不便地区,行政机关作出罚款决定后,因当事人向指定的银行缴纳罚款确有困难,经当事人提出当场收缴罚款),必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据。当场收缴的罚款,应在两日内交至所属执法机关,执法机关应在两日内交付指定银行。

2、行政处罚一般程序的规范

行政处罚的一般程序是行政处罚的常态程序,除适用简易程序及听证程序的行政处罚外,其他行政处罚均适用一般程序。相比于简易程序,一般程序的步骤也更为严格。

对采用一般程序进行处罚的案件,执法程序建议规范如下:

(1) 立案审批

环境保护行政主管部门对通过检查发现或接群众举报、控告、移送的环境违法行为,应予审查,填写《环境保护案件立案审批表》报部门负责人批准。对初步审查符合立案条件的环境违法行为,应予立案并进行立案登记,指定专人负责,及时组织调查取证。

(2) 调查取证

在调查取证过程中,执法人员不得少于两人,并向当事人出示执法证件。询问或者调查应当制作笔录。笔录应当如实、详细,不能随便添加内容或主管臆断,改变当事人或证人的原意。而且,有多个当事人或证人时,询问应个别进行。询问或者调查笔录应交当事人或证人阅核签名,当事人拒绝时,应当由两名以上执法人员在笔录上注明情况后签字或盖章。

在证据收集方式上,执法人员有权进入现场进行调查和取证。可以采取抽样取证的方法,并根据需要在现场进行记录、录音、录像、拍照、采样和查阅、复印、摘抄有关资料,以及委托具有法定资格的单位进行技术鉴定。视案件情况,需要进行环境监测的,应当组织环境监测机构进行监测并出具环

境监测结果报告,该报告须由监测单位盖章、监测人员签名。在调查取证过程中,执法部门及其执法人员应当为被调查人保守有关技术秘密和商业秘密。

调查终结后,负责调查的机构应当提出已查明违法事实的事实和证据以及依法给予行政处罚的初步意见,送本部门法制工作机构审查。

(3) 事先告知当事人有关权利

环境保护行政主管部门在作出行政处罚决定之前,必须依法告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,同时告知当事人有陈述和申辩的权利。对当事人提出的事实、理由和证据,应当进行复核,对于经复核成立的事实、理由或者证据,行政机关应当采纳且不得因当事人申辩而对其加重处罚。

(4) 审查

由环境保护行政主管部门法制工作机构负责,审查违法事实是否清楚、证据是否确凿充分、调查取证是否符合法定程序、适用法律是否正确、处罚种类和幅度是否适当、当事人陈述和申辩的理由是否成立等内容。经审查发现违法事实不清、证据不足或者调查取证不符合法定程序时,应当通知调查机构补充调查取证或者重新调查取证。

审查终结后,法制工作机构应当提出处理意见,报本部门负责人审批。

(5) 审议

法制工作机构负责人审批的处理意见,应当报该环境保护行政主管部门负责人审议,并根据不同情况,作出相应的审议决定。对其中重大环境违法行为给予处罚或者给予较重行政处罚的情况下,该行政机关的负责人应当集体讨论决定。需要听证时,则执行听证程序。

(6) 决定

法制工作机构根据审议结果,制作环境行政处罚决定书并包括以下内容:当事人的姓名(名称)、地址;认定的环境违法的事实和证据;依据的法规名称及其条款;行政处罚决定的种类、履行方式和期限;不服行政处罚决定,申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限;作出行政处罚决定的机关名称和日期。另外,行政处罚决定书必须加盖该行政机关的公章。

对于实施罚款的行政处罚,还应在行政处罚决定书载明

当事人应当缴纳的罚款数额、期限及缴纳方法,并须明确当事人逾期缴纳罚款是否加处罚款。

(7) 送达

环境保护行政主管部门应在作出处罚决定之日起的7日内,将行政处罚决定书送达被处罚人或其委托代理人。在送达方式上可以采用直接送达、留置送达、邮寄送达、委托送达、公告送达等。受送达人不在,则可由其所在单位的领导或者成年家属代为签收;受送达人拒绝签收的,送达人应邀请有关人员到场见证,并在送达回执上记明拒收理由和日期,留置送达。

(8) 执行

当事人应当在处罚决定书确定的期限内,履行处罚决定。当事人逾期不申请行政复议、不提起行政诉讼、又不履行处罚决定的,由作出处罚决定的环境保护行政主管部门申请人民法院强制执行。

(9) 立卷归档

处罚履行完毕后,进行结案,应当一案一档,由案件承办人员将案件的有关材料立卷归档。

3、听证程序的规范

环境保护行政主管部门在依法作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等重大行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利,当事人要求听证的,行政机关应当组织听证且不得因为当事人要求听证而加重处罚。

对采用听证程序进行处罚的案件,执法程序建议规范如下:

(1) 应当向当事人送达听证告知书,告知当事人有申请听证的权利及申请听证的期限、听证组织机关,并同时告知当事人已查明的环境违法事实、处罚理由和依据、拟作出的行政处罚决定;

(2) 当事人要求听证的,应当在行政机关告知后三日内提出,环境保护行政主管部门应当受理;

(3) 环境保护行政主管部门应在听证举行的7日前,书面通知当事人举行听证的时间、地点;

(4) 听证公开举行(涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的除外);

(5) 听证主持人由环境保护行政主管部门的法制工作机构的非本案调查人员担任,当事人认为主持人与本案有直接

利害关系的,有权申请其回避;

(6) 举行听证时,调查人提出当事人违法事实、证据、依据和处罚建议,当事人进行申辩和质证,并有权作出最后陈述;

(7) 制作听证笔录,交当事人审核无误后签名或盖章;

(8) 听证结束后,行政处罚程序回到一般程序中,环境保护行政主管部门的负责人应当根据听证主持人的意见和听证笔录,依法作出最终的行政处罚决定,随后由该行政机关法制工作机构制作环境行政处罚决定书。

听证只是一个再次听取和辩论有关违法事实、证据和法律依据的过程,听证主持人(或者行政机关负责人)不能当场直接做出处罚决定。

(二) 内容的规范

对于行政处罚内容的规范,行政部门主要须在如下几个方面做到规范化:1.违法事实是否清楚、证据是否确凿充分;2.适用法律是否正确;3.处罚种类和幅度是否适当。

1、违法事实是否清楚、证据是否确凿充分

实施环境保护行政处罚,须以事实为依据,以法律为准绳,这是依法行政的原则性要求。环境保护行政主管部门及其执法人员必须对环境违法行为进行全面、客观、公正地调查取证,形成前后一致的证据链,在满足违法事实清楚、证据确凿充分的情形下才可以依法给予行政处罚。否则,应当补充调查取证或者依法重新调查取证。

2、适用法律是否正确

在《行政处罚决定书》内,需要明确载明环境违法行为触犯的环境保护法规名称、具体条款及相应的处罚条款。所以,环境保护行政主管部门实施行政处罚时,应该以现行有效的环境保护法律、行政法规、地方性法规和部门、政府规章为依据,并依照每一特定环境违法行为的性质与特点,正确适用合适的法律法规。

3、处罚种类和幅度是否适当

行政处罚的种类和幅度应与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。环境保护行政主管部门及其工作人员,特别是一线执法人员,都必须树立“罚”并不是唯一目的的观念,“处罚与教育相结合”是行政机关实施行政处罚的一项基本原则。

所以,实施行政处罚时,需要根据具体案情综合考虑当事人的过错程度、违法行为所造成的危害后果、当事人已采取的改正措施、当事人的违法行为是初犯还是再犯等情节,结合已经查清的违法事实,最终在法定处罚种类和幅度范围内作出恰当的行政处罚决定。

四、环境行政处罚自由裁量权的行使

(一) 行政处罚自由裁量权的定义

行政处罚自由裁量权,是行政机关在对违法行为作出行政处罚时所享有的一定程度的选择权。指行政执法部门在法定行政处罚权限范围内,对违法行为是否给予行政处罚及拟给予行政处罚的种类和幅度的自主决定权。

(二) 行政处罚自由裁量权的行使

行政处罚自由裁量权最大的特点是“自由裁量”。但是,这种自由裁量也是有一定限制的,主要是受“法定行政处罚权限”的约束。行政机关在行使行政处罚自由裁量权时应当遵循处罚法定、公平公正、教育和处罚相结合的原则。全面考虑、衡量违法事实的性质、情节及社会危害程度等相关因素,排除不相关因素的干扰;作出适当、适度的行政处罚决定。

在依法规定可以选择行政处罚种类的情形下,应当根据个案的具体情况,并依照不同种类行政处罚的具体条件,选择恰当的处罚种类;在可以选择行政处罚幅度的情形下,则应当根据涉案标的、过错、违法手段、社会危害等情节施以恰当的处罚幅度。

另外,对违法事实、性质、情节及社会危害程度等因素基本相同的同类行政违法行为,所适用的法律依据、处罚种类和幅度亦应基本相同,体现行政的公平与公正。

再议招标投标工程合同的成立



林立

【摘要】

对于经过招标投标而签订的工程合同，其合同的成立时间是在投标人收到中标通知书时，还是在招标人和中标人双方签署工程合同书之时，由于法律并没有明确的做出规定，因而导致在理论和实践中产生了截然不同的观点和做法。但是，由于合同成立的时间标志不同，其在出现权利争端时的救济途径和手段也各不相同，因此有必要进一步就经招标投标项目的工程合同之成立进行探讨。

【关键词】

招标投标 工程合同成立 要约和承诺 中标通知书 权利救济

目前，理论界对如何确定招标投标项目的工程合同的成立时间有着截然不同的观点，司法实务界对此也有不同的做法。

有观点认为：招标投标项目的工程合同，中标通知书的发出并不意味着合同的成立。其理由如下：《合同法》规定：“建设工程合同应当采用书面形式。”同时，依据《招标投标法》的规定，“招标人和投标人应当在中标通知书发出之日起30日内，按照招标文件和投标文件订立书面合同”，以及《合同法》第32条规定的“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”根据上述法律的规定，进而得出结论，招标人和中标人签订书面的工程合同标志着双方正式确立了合同法律关系。

也有观点认为：在经过招标投标的工程合同的成立上，中标通知书即是承诺，承诺生效，合同即告成立。

本文拟就经过招投标的工程合同的成立略述一二，当然，本文的论述不仅仅局限于对合同的成立时间的区分和界定，而是着重考虑合同成立与否对后续发生争端时的权利救济方式的影响。

一、问题的提出——合同的要约和承诺

（一）合同成立的一般理论

依据合同法理论以及合同法的规定，当事人之间订立合同，采取要约、承诺的方式，也就是说合同成立的必经程序是要约和承诺。

P.S.阿蒂亚在其《合同法概述》中指出：“要约，实际上是

要约人做什么事或不做什么事的一种许诺,而这种许诺有效的条件是承诺人应接受这个要约,并对这个要约支付或答应支付它的对价”。

按照我国《合同法》的规定,要约是希望和他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列规定:

- (1) 内容具体确定;
- (2) 表明经要约人承诺,要约人即收受该意思表示约束。

要约在到达受要约人时开始生效。

如前所述,合同成立的必经程序是要约和承诺。在要约到达受要约人之后,还需要由受要约人对要约做出相应的反馈,即承诺。承诺是与要约相对应的民事法律行为,它是指受要约人同意接受要约的全部条件以缔结合同的意思表示。按照《合同法》的规定,承诺是受要约人同意要约的意思表示。

从法律构成要件上来看,承诺的一个关键要件是其内容应当与要约的内容一致,“承诺是受要约人愿意按照要约的全部内容受要约人订立合同的意思表示,他应当是无保留的,不应当对要约加入任何新的因素。”¹

承诺通知到达要约人时生效,承诺生效即宣告合同的成立。

(二) 工程合同成立的程序和问题

对于需要进行招标投标(公开招标、邀请招标)的工程项目,其工程合同的成立,也应当遵循要约、承诺的程序。

按照通常的理解,招标人发出的招标文件属于要约邀请,投标人的投标文件属于要约,招标人发出的中标通知书是承诺。如此,从合同法的角度来看,招标人发出中标通知书的行为就是对投标人要约的承诺。该中标通知书到达投标人时,承诺生效,工程合同即成立。

但是,《招标投标法》的第46条同时又规定了“招标人和投标人应当在中标通知书发出之日起30日内,按照招标文件和投标文件订立书面合同。”结合《合同法》第270条规定的“建设工程合同应当采用书面形式。”于是,就有观点认为:根据《招标投标法》和《合同法》的上述条款,能够得出这样的结论,即在经过招标投标的建设工程项目中,招标人发出

中标通知书并不代表工程合同的成立,招标人和中标人签订书面的工程合同才意味着双方正式确立了合同法律关系。

基于对《招标投标法》第46条和《合同法》第270条的理解角度不同,于是在理论界和实务操作中对于经过招投标的工程合同究竟应在什么时候成立产生了不同的认识和做法。

二、不同观点分歧的缘由

分析上述两种不同的观点,可以看出:一种观点依据的是合同法关于合同成立的理论而得出的,即工程合同的成立时间是在承诺到达受要约人时,即投标人收到中标通知书时;另一种则是根据招标投标法的特殊规定来理解,即认为工程合同以招标人和中标人签署正式的合同书时成立。

笔者认为,产生上述不同观点的一个重要原因是由于在理解合同法和招标投标法中有关“书面合同”、合同的“书面形式”等表述时发生了分歧或偏差。

(一) 如何理解法律规定中的“书面合同”、“书面形式”

《民法通则》第五十六条规定“民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的,应当依照法律规定。”《合同法》也规定:“当事人订立合同,可以采用书面形式、口头形式和其他形式。”“法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”

书面形式的特点是以文字等有形方式体现双方的意思表示。书面形式的合同是相对于以口头,或行为方式订立的合同。口头形式的合同是由当事人通过面对面地谈话,或者以通讯设备如电话交谈达成协议。现实生活中还有一种默示合同,此类合同的当事人并没有用语言明确表示成立,但是依据当事人的行为,或者特定情形可以推定合同成立。关于书面形式,《合同法》将其界定为:“书面形式包括合同书、信件和数据电文,如电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等可以有形地表现所载内容的形式。”

之所以强调采用书面形式,乃是源自于实际生活中普遍存在的问题:合同双方当事人达成一致的意见,但是因为没有及时落实到书面文字,以至于在发生争议时双方各持己见,特别是在诉讼中,针对争议事件,对合同各方的举证能力提出了

¹ 韩世远,《合同法总论》,法律出版社,2004年4月。

更高的要求,若没有书面文件,则难以还原客观事实,增加了法院处理案件的难度,不利于争议的解决。因此,《合同法》特别强调以“书面形式”订立合同。如果从这个角度来看制定法律的本意,那么《招标投标法》第46条的“书面合同”和《合同法》第10条的“书面形式”实际上应当属于一个概念,两者都是相对于口头合同,以及默示合同而言订立合同时可以采用的一种形式。

基于上述分析,在理解《建筑法》第15条规定的“建筑工程的发包单位与承包单位应当依法订立书面合同,明确双方的权利和义务”,以及《合同法》第270条规定的“建设工程合同应当采用书面形式”时,也就不应当将“书面合同”、“书面形式”仅限于合同书方式,而是应当将其理解为包括合同书在内的书面形式。

(二) 对《招标投标法》第46条的理解

《招标投标法》第46条规定“招标人和投标人应当在中标通知书发出之日起30日内,按照招标文件和投标文件订立书面合同。”

从汉语的语言结构,以及《招标投标法》第46条的上下文语境上来分析该条的规定或许有助于对此条文的理解。

结合《招标投标法》对招标投标程序的一系列描述,以及按照该第46条的意思,招标人和投标人订立合同的基础仍然是招标文件和投标文件。

该条强调两个内容:

(1) 它强调了招标人和投标人订立合同的时间限制,即在招标人发出中标通知书之日起30天内签订合同。其规定的目的是为了避开中标之后,双方迟迟不签署合同。

(2) 它重申了应当按照招标文件和投标文件的内容签署合同。这是为了避免在中标后,招标人和投标人双方又对合同的实质性条款进行协商,损害其他投标人的利益。

《招标投标法》第1条就提到其立法目的是为了规范招标投标活动,保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益,提高经济效益,保证项目质量。《招标投标法》带有很强的行政色彩,它所关注的是国家对招标投标行为的监管,是为了规范招标投标行为。由此,结合《招标投标法》的立法本意,第46条的规定显然是为了防止虚假招投标的行为,而不是为了规定合同何时成立。因此,如果将第46条所规

定的订立“书面合同”作为工程合同成立的标志,于法于理不通。

而《合同法》则不同,合同法调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的行为。在招标投标活动中,招标人和投标人在法律上平等的民事行为主体,排除行政管理和监督方面的因素,当事人签订合同的程序仍然应当遵循要约和承诺的过程。

据此,笔者认为,《招标投标法》第46条的规定实际上并没有改变合同成立的程序,也没有对要约、承诺重新进行定义。对于工程合同的成立,仍然应当按照合同法所规定的自承诺(中标通知书)达到投标人之时为标志。

(三) 对《合同法》第32条的理解

另外,我国《合同法》的第32条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”但是,需要注意的是,该条的规定并不是说法律强制规定当事人必须采用“合同书”的方式来订立合同,该条实际上属于授权条款,即授权当事人可以约定采用“合同书”方式。

一般来说,除非法律、行政法规要求必须签订“合同书”的,当事人都可以采用“合同书”以外的书面合同形式。如果当事人要求签订合同书的,则应当在合同成立之前(即承诺生效之前)提出,签订合同的方式也属于要约的一个内容,由受要约人在承诺时考虑;若在承诺生效之后提出签订合同书的,对方当事人可以拒绝,但并不影响合同的成立。

就如同前文所述,只要当事人的意思表示以书面形式体现,能够满足合同所具备的内容,是否采用“合同书”方式并不能成为合同成立与否的标准,合同书只是作为合同成立的一个证明,方便当事人的查阅而已,合同书属于“书面合同”,或者是“书面形式”的一个具体表现方式,合同并非从签字盖章时成立。

三、从中标通知书看工程合同的成立

承诺是受要约人同意要约的意思表示。“契约即承诺”,一份合同的成立始于受要约人的承诺,只要受要约人承诺,那么合同就告成立。纵观承诺的法律构成要件,承诺是不附带条件的,否则无法解释既然承诺生效了,为什么合同还没有成立?

对于需要招投标的项目,在建设工程合同的成立程序上,应当符合《招标投标法》的规定。工程项目的招标投标过程大致包括如下几个步骤:

招标公告→发售招标文件→递交投标文件
→评标和定标→发出中标通知书

在这些程序中,涉及合同成立的要素主要是递交投标文件和发出中标通知书两个。

从内容上来看,招标文件应当包括招标项目的技术要求、投标报价要求和评标标准等所有实质性要求和条件,以及拟签订合同的主要条款;投标文件应当对招标文件提出的实质性要求和条件做出响应,包括对合同条款的实质响应;而中标通知书则是招标人对投标文件的承诺。

根据《合同法》的规定,作为合同成立标志的承诺应当同时具备下列条件:

- (1) 承诺必须由受要约人做出;
- (2) 承诺必须向要约人做出;
- (3) 承诺的内容必须与要约保持一致;
- (4) 承诺必须在要约的有效期内做出。

而中标通知书是由招标人在投标有效期内,按照投标文件的实质性内容的要求,向投标人发出的同意受投标人的要约约束的意思表示。因此,结合上述四个法律构成要件和招标投标过程可以看出,中标通知书完全符合承诺的条件。

所以,笔者认为,在中标通知书送达中标人后,合同即告成立,至于其后双方签订的合同书只是对双方要约、承诺的再一次重申。但是,这种行为本身并不具有法律上阻止合同成立的特性。一句话,中标通知书就是承诺的载体,是合同成立的标志。

四、界定工程合同成立的意义——权利救济

之所以要对经过招标投标的工程合同的成立时间进行界定,关键在于明确中标人在收到中标通知书后放弃中标时,对招标人的权利救济,或者招标人擅自改变中标结果时,对中标人的权利救济。

在这里,主要涉及合同法上的违约责任和缔约过失责任

的认定和适用。如果发出中标通知书标志着合同成立,那么,中标人放弃中标,或者招标人擅自改变中标结果就是违约行为,应当承担违约责任;反之,则应当承担缔约过失责任。

(一) 违约责任和缔约过失责任的构成要件

1、缔约过失责任的构成

缔约过失责任是指当事人在订立合同过程中,因违背诚实信用原则而给对方造成损失的损害赔偿责任。缔约过失责任的构成要件包括:

- (1) 缔约过失责任发生在缔约过程中,即合同尚未成立;
- (2) 必须有缔约过失行为的存在,有违反先合同义务的行为;
- (3) 缔约过失人在主观上存在故意或过失等过错;
- (4) 违反先合同义务的行为给对方造成了信赖利益的损失。

2、违约责任的构成

违约责任是指合同成立后,当事人一方不履行合同义务,或者履行合同义务不符合约定时应当承担的法律后果。违约责任的承担并不以损害的发生为前提,一般也不以行为人是否存在主观过错为认定原则。但是,无论如何,承担违约责任的一个先决条件是合同依据,即“有合同才有违约”。

从责任构成的时间要件上来看,违约责任和缔约过失责任的一个区分标志是看合同是否已经成立,合同成立之前为缔约过失责任,合同成立之后为违约责任。

(二) 违约责任和缔约过失责任的责任方式和范围

界定了违约责任和缔约过失责任的构成要件和区别,其关键在于明确两者的责任范围。

1、缔约过失责任的方式和范围

缔约过失责任是一种法定责任,缔约过失人承担损害赔偿,以损害发生为条件,其责任方式也仅有一种,即赔偿损失。

缔约过失责任赔偿的对象主要是信赖利益的损失。

- (1) 须有实际信赖利益的损失,实际损失是构成缔约过失责任的重要条件,如果没有给对方造成实际信赖利益的

损失, 缔约过失人就无需承担赔偿责任;

(2) 实行完全赔偿原则, 即受害人遭受的全部损失都应由缔约过失人予以赔偿。

但是由于现行的法律并没有规定信赖利益的具体范围, 因而在实践操作中, 如何认定信赖利益的损失变成了一个比较棘手的问题, 一方面需要当事人举证, 另一方面又有赖于法庭的裁量。

2、违约责任的方式和范围

违约责任的承担方式和范围则可由当事人自行约定, 包括赔偿损失、支付违约金、继续履行、解除合同等。最典型的就是在合同中约定违约金的比例, 或是赔偿金的数额。

按照《合同法》第113条的规定, “当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定, 给对方造成损失的, 损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失, 包括合同履行后可以获得的利益。”但同时又规定损失要受“可预见规则”的制约。

相比较而言, 违约责任的赔偿方式比缔约过失责任多, 赔偿的范围也比缔约过失责任广。

(三) 有关责任承担的举证

我国《民事诉讼法》规定了“谁主张, 谁举证”的原则, 最高人民法院在《民事诉讼证据规则》中也明确了“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或反驳对方诉讼请求所依据的事实, 有责任提供证据加以证明”。

对于违约责任, 当事人主张权利可以依据合同的约定, 这对举证一方来说, 举证责任相对较轻。

而对于缔约过失责任, 当事人一方则需要就缔约过失人存在过错, 以及信赖利益等进行举证证明, 因此也就增加了该方举证的难度。

五、结论和实践

综合前文论述, 笔者认为, 对于经过招标投标的建设工程合同, 其成立的标志是中标通知书发送给中标人之时。中标通知书发出后, 若中标人放弃中标, 或者招标人改变中标结果的, 行为人应当承担违约责任。

而且, 强调中标通知书的发出即合同成立, 可以增加违约行为人的违约成本, 加强各方遵守合同约定的约束力, 也能够

产生平衡招投标双方利益的社会效应。

如果中标通知书的发出并不意味着合同的成立, 那么招标人或中标人毁标仅需承担缔约过失责任, 承担信赖利益的损失, 难以取得“违约必究”的法律效果。

由此推及招标投标活动的实践, 笔者建议招标人和投标人在招标投标阶段尽可能详细地编制招标文件和投标文件, 对于招标文件中的工程合同条款也应当加以认真研读, 该响应就响应, 该提偏差就提偏差, 以维护各方的合法利益。

商品房交付常见问题评析



吴泽普

【摘要】

商品房交付是出卖人与买受人履行商品房买卖合同的一个重要环节。出卖人与买受人因商品房交付这一环节而发生纠纷的情形，时有发生。本文首先探讨了商品房交付的法律意义，并结合北京市新修订的商品房预售合同示范文本，简要地介绍了北京市商品房交付的通常条件和交接程序。在此基础上，本文对与商品房交付有关的常见争议问题，进行了必要的疏理和分析。

【关键词】

商品房交付 交付条件 交接 视为交付

商品房交付，是出卖人与买受人在订立商品房买卖合同（以下简称买卖合同）后，履行买卖合同的一个重要环节，涉及到交付日期、交付方式、交付条件、交付流程、交付后果等诸多问题。

在如今的现实生活中，出卖人与买受人由于商品房交付这一环节而发生纠纷的案件，也不在少数。本文试着结合2008年9月修订后的《北京市商品房预售合同示范文本》（以下简称示范文本），以及相关法律法规规定，对与商品房交付有关的常见问题，进行必要的疏理和分析。

一、商品房交付的法律意义

在商品房买卖合同的法律关系中，买受人的主要合同义务是及时、足额向出卖人支付房价款，而出卖人的主要合同义务则是及时向买受人交付符合约定条件的商品房。

商品房交付，具有以下法律意义：

一是产生商品房毁损、灭失的风险承担由出卖人向买受人转移的效力。商品房交付之前，商品房毁损、灭失的风险，均由出卖人承担；交付之后，商品房毁损、灭失的风险，则由买受人承担；

二是产生商品房保管义务及责任承担由出卖人向买受人转移的效力。商品房交付之前，出卖人应承担商品房的保管义务。否则，因未尽到妥善保管商品房义务而侵害他人人身或财产权利的，出卖人应承担赔偿责任。而在商品房交付之后，对商品房的保管义务，以及未尽到妥善保管义务而发生侵权事件时的赔偿责任，均转由买受人承担；

三是产生与商品房有关的费用承担由出卖人向买受人转移的效力。商品房交付之前,与之有关的物业服务费、供暖费等费用,由出卖人承担;商品房交付后,则相关费用转由买受人承担;

四是产生与商品房有关的权益享有由出卖人向买受人转移的效力。商品房交付之前,对商品房的占有、使用、收益等权益,归出卖人享有;交付后,则转由买受人享有。

此外,商品房交付通常还是商品房所有权转移的前提性条件。由于商品房属于不动产,因此,只有在商品房登记主管部门办理完毕商品房所有权变更的登记手续后,才产生商品房所有权转移(不动产物权变动)的法律效力。尽管商品房交付不产生商品房所有权转移的法律效力,但一般情况下,商品房所有权变更登记手续均在商品房交付后才开始办理。

二、商品房交付条件

商品房交付使用前,应达到一定的交付条件(包括法律规定的交付条件和买卖合同约定的交付条件)。只有在商品房达到交付条件后,出卖人才能将商品房交付给买受人。

结合示范文本第十一条和第十二条之约定,就北京市而言,商品房交付条件通常包括:

1、该商品房已竣工验收合格,并取得规划验收批准文件和建筑工程竣工验收备案表;

2、取得有资质的房产测绘机构出具的该商品房面积实测技术报告书;

3、上下水、供电、供暖、燃气、电话通信、有线电视等市政基础设施达到出卖人承诺的条件;

其中,对于2007年3月1日后签订土地使用权出让合同的住宅,或2007年3月1日前已签订土地使用权出让合同但在2007年8月1日后进行施工招投标的住宅,公共绿地、小区非市政道路、公共停车场、幼儿园、学校、会所、购物中心、体育设施等其他设施还应达到出卖人承诺的条件;

4、该商品房为住宅的,出卖人还应当提供《住宅质量保证书》、《住宅使用说明书》,以及《住宅工程质量分户验收表》(该表适用于2006年1月1日起进行住宅工程竣工验收的商品房)。

其他交付条件,还可能包括出卖人已取得了商品房室内空气质量检测报告,出卖人已取得了该商品房所在楼栋的商品房

权属证明等。

前述交付条件一旦由出卖人与买受人在买卖合同中作出约定,即对双方当事人产生法律约束力,这就意味着,出卖人在商品房交付时必须全部具备。否则,不具备其中任何一个或几个条件,出卖人就不应将商品房交付给买受人,买受人也有权拒绝接受商品房并且无需承担任何责任。出卖人因此逾期交房的,买受人还有权追究出卖人逾期交房的违约责任。

三、商品房交接程序

示范文本第十五条对交接手续做出了明确的约定,结合该条约定,商品房交接程序(步骤)可归纳如下:

第一步,商品房达到约定的交付条件(这是后续交接程序有效启动的前提条件);

第二步,交付条件达到后,出卖人在交付日的7日前,书面通知买受人办理交接手续的时间、地点以及应当携带的证件;

第三步,买受人收到书面通知后,按通知要求的时间、地点并携带通知要求的证件前往办理交接手续;出卖人应当出示约定的证明文件,并满足约定的条件。

第四步,出卖人与买受人签署商品房交接单,出卖人向买受人移交钥匙、水卡、电卡、气卡等与商品房有关的物品,交接完成。

四、商品房交付(交接)过程中的常见争议问题

在前文所述的交接程序的任何一个环节(步骤),出卖人与买受人双方均可能发生争议。主要包括:

(一) 出卖人在商品房不具备交付条件的情况下向买受人发出交房通知

如前文所述,出卖人应当在商品房达到约定的交付条件后,在交付日的7日前,向买受人发出交房通知。但现实中,却存在一些出卖人在商品房不具备交付条件时就向买受人发出交房通知的情况。出现这种情况的主要原因在于,出卖人希望借此免于承担逾期交房的违约责任。

笔者认为,商品房达到约定的交付条件,是出卖人向买受人发出交房通知的基本前提条件,也是交房通知有效的前提条件。如果交房通知是在商品房不具备交付条件的情况

下发出的,则交房通知应当对买受人不具备法律约束力,也就不可能产生后续的具体验收交接手续和视为交付商品房等法律效果。

(二) 出卖人不出示或不能出示相关证明文件,或未满足约定的条件,买受人拒绝收房

根据示范文本之约定,如果出卖人不出示证明文件或者出示的证明文件不齐全,或未满足约定的条件,则买受人有权拒绝接收商品房,并且无需承担任何责任,由此产生的逾期交房责任由出卖人承担,并按照买卖合同关于逾期交房责任的约定处理。

笔者认为,根据前述约定,只要具备拒绝收房的任一条件,买受人拒绝收房的权利就当然产生。就买受人行使拒绝收房权利的方式而言,买受人可以采取不予收房的不作为方式行使,买受人没有书面告知出卖人拒绝收房的合同义务和法定义务。并且,即使买受人未在交房通知规定的时间内前往指定地点办理交接手续,其拒绝收房的权利也不应受到任何不利影响。但从切实保护自身利益的角度出发,笔者还是建议买受人在接到交房通知后,及时按通知要求,前往现场查看商品房及现场情况,办理交接手续。如果发现商品房未达到买卖合同约定的交付条件,不能办理交接手续,也最好能够及时向出卖人送达书面异议,告知拒绝收房的理由和决定。

此种情况下,出卖人应当在商品房真正具备交付条件后,再重新向买受人发出书面通知,并出示约定的证明文件,以及满足约定的条件,买受人前往办理交接手续。各项条件均满足后,如果此时买受人有权解除买卖合同,则买受人还有权选择解除合同或继续履行合同。

(三) 商品房达到约定的交付条件,但存在瑕疵,买受人可否拒绝收房

商品房存在的瑕疵,通常包括质量瑕疵和权利瑕疵两大类。

在商品房存在质量瑕疵时,如果商品房已达到买卖合同约定的各项交付条件,则通常情况下,买受人不能拒绝收房。但如果买卖合同已明确约定此时可以拒绝收房,或者由于该质量瑕疵,致使买受人不能实现其合同目的(一般表现为买受人不能正常居住并使用其所购商品房),则买受人可以拒绝收

房。

对此,我国《合同法》第148条规定,“因标的物质量不符合质量要求,致使不能实现合同目的的,买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。”《商品房销售管理办法》第35条规定,“商品房交付使用后,买受人认为主体结构质量不合格的,可以依照有关规定委托工程质量检测机构重新核验。经核验确属主体结构质量不合格的,买受人有权退房。”

笔者认为,商品房已达到买卖合同约定的各项交付条件后,对于交付的商品房存在地面、墙面裂缝、局部渗水、漏水,门窗损坏等质量瑕疵的,因其一般不会导致买受人不能实现合同目的,因此,买受人一般不能由此拒绝接收商品房。但这并不意味着出卖人交付存在这样质量瑕疵的商品房就无须承担责任,出卖人对于交付质量瑕疵的商品房,视具体情况不同,应承担维修、更换、重做等违约责任,对于因维修、更换、重做给买受人造成损失的,出卖人还须向买受人赔偿损失。

就前述问题,示范文本第十五条第2款提供了两个选项,供买卖双方约定:“(1)出卖人应当于__日内将已修复的该商品房交付。由此产生的逾期交房责任由出卖人承担,并按照第十三条处理。(2)由出卖人按照国家和本市有关工程质量的规范和标准在商品房交付之日起__日内负责修复,并承担修复费用,给买受人造成的损失由出卖人承担赔偿责任。”

商品房存在权利瑕疵,则是指交付的商品房存在抵押权等他项权利。我国《合同法》第150条规定,“出卖人就交付的标的物,负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务。”第151条规定,“买受人订立合同时知道或应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的,出卖人不承担本法第一百五十一条的义务。”因此,对于出卖人交付的商品房存在抵押权等他项权利的,若出卖人在预(销)售该商品房时未明确告知已设定了抵押权等他项权利,商品房交付时仍然存在权利瑕疵的,买受人可以拒绝接收商品房。

(四) 商品房交付流程的合理性问题

在买卖双方具体办理商品房交接手续时,出卖人往往会要求买受人先缴纳相关税费或者签署物业管理文件,才允许买受人查验商品房。前述操作流程虽然有不合理之处,但并不违法;同时,买卖合同一般也不会对此进行明确约定,因此也难以构成违约。所以,尽管买受人意见很大,但出卖人在实

际交房时仍多采取前述流程。

示范文本第十五条第一款从保护作为商品住宅买受人的角度出发,已约定“该商品房为住宅的,出卖人承诺买受人在办理交接手续前有权对所购买的该商品房进行查验,而且不以缴纳相关税费或者签署物业管理文件作为买受人查验该商品房的前提条件。”因此,今后在北京市商品住宅交付使用时,因商品房查验问题发生纠纷的情况有望越来越少。

(五) 买受人在入住时不交纳物业管理费,物业服务公司不交付商品房钥匙

实践中,出卖人将商品房的钥匙交给物业服务公司,让买受人从物业服务公司领取商品房钥匙,而物业服务公司往往把买受人交纳物业管理费作为领取商品房钥匙的前提,由此产生了纠纷。

笔者认为,物业服务公司把买受人交纳物业管理费作为领取商品房钥匙前提的做法是错误的,买受人与出卖人签订买卖合同,并依据合同向出卖人支付了房价款,出卖人应按合同的约定向买受人交付商品房(即交付商品房钥匙)。出卖人让买受人从物业服务公司领取商品房钥匙,从法律关系来说,物业服务公司是出卖人的代理人,代理出卖人向买受人交付商品房钥匙,买受人只要不存在合同中约定的出卖人可拒绝交付商品房的情形,物业服务公司就不能拒绝向买受人交付商品房钥匙。物业服务公司收取物业管理费是基于《业主临时规约》和《前期物业服务委托合同》,买受人不交纳物业管理费,物业公司可依据《业主临时规约》和《前期物业服务委托合同》的相关条款,追究买受人相应的法律责任。物业服务公司不能以买受人未交纳物业管理费为由拒绝向买受人交付商品房钥匙。

(六) 视为交付

在商品房交付当中,一旦发生纠纷,买受人未在交房通知的期限内办理交接手续时,通常还存在是否构成视为交付的问题。

买卖合同关于视为交付一般约定如下:由于买受人原因未能按期办理交接手续的,双方同意按照下列约定方式处理:视为出卖人已于交房通知中规定的最后一个交房日交付商品房,自该日起,商品房发生的一切风险责任由买受人承担,

且买受人应从该日起缴纳采暖费和物业管理费。

在商品房交付过程中,出卖人是起主导作用的一方,但同时也需要买受人的配合。如果没有买受人的配合,商品房交付也将难以完成。正因为如此,买卖合同才会有视为出卖人交付商品房的合同条款安排,可以说,该条款的基本出发点和落脚点在于合理保护出卖人免于代人(买受人)受过,即免于承担由于买受人原因所造成的不能及时交付商品房的相关不利后果。

就法律效果而言,一旦视为出卖人交付商品房,则意味着,虽然出卖人未将商品房实际交付给买受人,但买受人在法律上需要承担商品房的全部风险(包括商品房毁损、灭失等)、保管义务和责任承担、费用负担(包括物业费、供暖费等)等等,也就是产生与出卖人实际交付商品房时一样的法律效果。

正因为如此,在实践中,在适用视为交付合同条款时,就要从该条款的本意出发,兼顾出卖人与买受人双方的合法权益。一方面,要合理保护出卖人的正当合同权益,在具备视为交付的全部适用条件时,就应当认定视为交付;另一方面,也要合理保护买受人的正当合同权益,不能将该条款的适用泛化,以免使出卖人不合理地减轻或逃避其法律责任,以及加重买受人的法律责任。换言之,在不具备视为交付的适用条件时,就不应认定视为交付。

就视为交付的适用条件而言,由于视为交付产生与出卖人实际交付商品房时一样的法律效果,因此,视为出卖人交付商品房的适用条件,应当高于或严于出卖人实际交付商品房时的条件,至少也应当不低于出卖人实际交付商品房时的条件。据此,视为交付的适用条件应当包括:(1)商品房达到了买卖合同所约定的全部交付条件。这是出卖人实际交付商品房时的前提条件,视为出卖人交付商品房的适用条件也应当包括这一前提条件。(2)全部交付条件达到后,出卖人应在交付日的7日前,向买受人发出交房通知。(3)在买受人按交房通知要求前往办理交接手续时,出卖人应出示相关证明文件,并且商品房满足约定的条件。(4)未按时办理交接手续,是由于买受人的单方原因造成的。出卖人对于未按时办理交接手续没有过错,也并非不可抗力原因或第三人原因造成未能按时办理交接手续。前述适用条件应当同时具备,缺一不可。司法实践中,就有部分判决或裁决,由于没有正确分析并严格对照运

用全部适用条件,从而导致判决或裁决结果根本错误,严重损害了买受人的合法权益。

(七) 房价款结算、支付及出卖人拒绝交房

买卖合同中一般均约定,商品房交付使用前,买受人应与出卖人根据商品房实测面积与预测面积的误差,对商品房房价款进行结算,并多退少补。买受人未付清全部房价款(包括结算差价款)前,出卖人有权拒绝交房,并且不承担逾期交房的违约责任。

笔者认为,前述约定合法、有效。同时,房价款结算在交付前进行,也有其合理性。具体而言,在商品房面积误差比超过一定范围(通常为3%),买受人有权退房并且选择退房时,如果房价款结算安排在交付前进行,则买受人就可以直接退房,此时如果房价款结算安排在交付后进行,势必要先办理交接手续,再办理退房手续。

(八) 逾期不办理交接手续,买卖合同自动解除

部分买卖合同还约定,如果买受人在接到交房通知超过一定期限(如90日)仍未办理交接手续的,则出卖人有权另行出售商品房,扣除相关债务费用后,余款退还给买受人。

笔者认为,前述约定的效力值得商榷。该条款通常由出卖人单方拟定,并广泛适用各个买受人,应属于格式条款。在该条款被认定为格式条款的情况下,如果买受人除未办理交接手续外,再无其他较严重违约的情况,该条款存在排除对方主要权利的情形,根据我国《合同法》第40条之规定,该条款可能是无效的。尤其是,在买卖合同约定了视为交付的情况下,视为交付与前述条款之间存在逻辑上的冲突,从保护交易和消费者的合法权益出发,应当倾向于适用视为交付。

当然,如果由于买受人原因逾期办理交接手续的同时,买受人还存在其他违约行为,并且出卖人有权解除买卖合同的,则不在此限。

需要指出的是,除前述常见的商品房交付争议外,还可能存在因出卖人之外的第三人原因,或其他因素导致出卖人交付不能或交付存在瑕疵,并进而引发交付争议的情形。出现这些情形时,需要根据相关具体情况,具体分析,本文在此不再一一详述。

房屋买卖常见法律问题问答

【“2009春暖楼市”北京居民优惠购房活动于2009年4月8—12日，在国贸展览厅举行，本所作为特邀的法律顾问单位，参加了此次房展活动，谢颐、邢壮等律师为参展的小业主提供了现场法律咨询服务，下面为部分现场咨询内容的文字整理。】

1、本市商品房预售应具备哪些法定条件？

答：房地产开发企业进行商品房预售应具备以下条件：

(一) 按照土地管理部门有关规定交付全部土地使用权出让金，已取得土地使用权证书，属于预售经济适用住房的，应当取得建设用地批准书并提交销售价格的批件；

(二) 持有建设工程规划许可证和建设工程施工许可证；

(三) 按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总资金的25%；

(四) 已确定施工进度和竣工交付使用时间，且满足市房地产行政主管部门公布的预售最长期限；

(五) 向城市、县房地产管理部门办理预售登记，取得《商品房预售许可证》。

(北京市规定：商品房竣工后，房地产开发企业应当按规定时限申请办理房地产权属证书，并自取得房地产权属证书之日起，持房屋所有权证书和土地使用权证书进行商品房现房销售。商品房竣工后，房地产开发企业未取得房地产权属证书的，可自商品房取得竣工备案表之日起四个月内继续进行商品房预售；超过四个月的，不得进行商品房预售。)

2、商品房现售需要具备哪些条件？

答：房地产开发企业进行商品房现售通常需具备以下条件：

(一) 现售商品房的房地产开发企业应当具有企业法人营业执照和房地产开发企业资质证书；

(二) 取得土地使用权证书或者使用土地的批准文件；

(三) 持有建设工程规划许可证和施工许可证；

(四) 已通过竣工验收，完成房屋所有权初始登记，取得房屋所有权证；

(五) 拆迁安置已经落实；

(六) 供水、供电、供热、燃气、通讯等配套基础设施具备交付使用条件，其他配套基础设施和公共设施具备交付使用条件或者已确定施工进度和交付日期；

(七) 物业管理方案已经落实。

现售没有《商品房现售许可证》

3、签订商品房预售合同时未取得商品房预售许可证，商品房预售合同还有效么？

答：出卖人未取得商品房预售许可证，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，法院可以认定有效。

4、商品房预售合同登记备案是商品房预售合同生效的必备要件么？

答：商品房预售，开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。开发企业应当自签约之日起30日内，向房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。

商品房预售合同登记备案，并不是预售合同的法定生效

要件。当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由,请求确认合同无效的,法院将不予支持。

当事人约定以办理登记备案手续为商品房预售合同生效条件的,从其约定,但当事人一方已经履行主要义务,对方接受的除外。

5、哪些房地产是不得转让的?

答:(一)以出让方式取得土地使用权的,没有支付全部土地使用权出让金,并取得土地使用权证书的,或者没有按照出让合同约定进行投资开发的(属于房屋建设工程的,完成开发投资总额的百分之二十五以上,属于成片开发土地的,形成工业用地或者其他建设用地条件);最高人民法院《关于土地转让方未按规定完成土地的开发投资即签定土地使用权转让合同的效力问题的答复》(2003)“以出让方式取得土地使用权后转让房地产的,转让方已经支付全部土地使用权出让金,并且转让方和受让方前后投资达到完成开发投资总额的百分之二十五以上,已经办理了登记手续,或者虽然没有办理登记手续,但当地有关主管部门同意补办土地使用权转让手续的,转让合同可以认定有效。”只要转让双方在发生纠纷请求法院认定合同效力时具备上述条件,法院即可认定合同有效。

(二)司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的;

(三)政府依法收回土地使用权的;

(四)共有房地产,未经其他共有人(以权属证书上载明的共有人为准)书面同意的;

(五)权属有争议的;

(六)未依法登记领取(取得)权属证书的;

(七)法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

6、购房交的定金可以退还吗?

答:出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立房屋买卖合同担保的,按《合同法》规定,如果因买受人原因未能订立房屋买卖合同,无权要求返还定金,如果因出卖人原因未能订立房屋买合同的,应双倍返还定金,因不可归责于当事人双方的事由,导致房屋买卖合同未能订立的,出卖人应当将定金返还买受人。

7、房屋尚在出租的是否可以买卖?

答:可以,但出租人出售租赁房屋的需提前3个月通知承租人,承租人在同等条件下享有优先购买权。承租人放弃优先购买权,出租人将房屋出卖给第三人的,租赁合同在承租人与第三人之间仍然有效。(买卖不破租赁)

先租后抵押情况,实现抵押权时抵押不破租赁,反之不成立。

8、共有房屋如何进行买卖?

答:共有房屋买卖,在同等条件下,共有人享有优先购买权。共同共有的房屋需征得共有人同意,按份共有的房屋需征得三分之二以上共有人同意。

9、开发商一房两卖如何处理?

答:如果开发商在商品房买卖合同订立后,又将该房屋出卖/抵押给第三人,无法取得房屋的买受人有权要求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失,并可以请求开发商承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。

如果开发商故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或为拆迁补偿安置房/已经抵押/无预售许可证明或提供虚假证明的情况,又与买受人签订商品房买卖合同,导致合同无效或者被撤销、解除的,买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失,并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。

但是,房地产受让人知道或者应当知道转让人没有取得房地产权属证书或者相关批准文件仍然购买商品房的,应当承担相应不利的民事法律后果。

《物权法》第二十条:“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。预告登记后,债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的,预告登记失效。”预告登记向市或区、县房地产管理部门申请。

10、开发商交付的房屋与其广告宣传资料/已经设置的样板间上的描述不一致,是否承担责任?

答：一般来说，商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，开发商违反并不承担违约责任。但是，如果出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。

房地产开发企业预售商品房时设置样板间的，在签订预售合同前没有告知预购人实际交付的商品房质量、设备、装修标准、布局结构及其附属设施等与样板间是否一致的，实际交付的商品房应当与样板间一致。

11、出卖人与买受人对房屋毁损、灭失的风险如何分担？

答：对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

12、开发企业交付预售商品房应当具备哪些法定条件？

答：开发商交付本市预售商品房，应满足如下条件：

- 1、已完成竣工验收，并取得建筑工程竣工验收备案表；
- 2、取得商品房面积实测技术报告书；
- 3、预售合同约定的其他交付条件。交付住宅的，还应当同时向预购人提供《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》。2006年1月1日起进行住宅工程竣工验收的还要提供《住宅工程质量分户验收表》。

2007年3月1日后（含3月1日）签订土地使用权出让合同的住宅小区项目及已签订土地使用权出让合同，但未开始进行施工招标的住宅小区项目，交付房屋时还需按规划意见书的要求安排住宅小区市政公用基础设施和公共服务设施，且竣工验收合格、达到合同约定交付条件。

13、目前购房税收有什么优惠政策？

答：（一）对个人销售或购买住房暂免征收印花税。

（二）对个人销售住房暂免征收土地增值税。

（三）对个人首次购买90平方米及以下普通住房的，契税税率暂统一下调到1%。首次购房证明由住房所在地县（区）住房城乡建设主管部门出具。

对居民将经济适用住房以及按照经济适用住房管理的危改回迁房、集资建房、安居房、康居房等上市出售后1年内该户家庭按照市场价购买住房的；或者上述已购住房上市出售前1年内该户家庭已按照市场价购买住房的，参照《北京市人民政府关于印发北京市已购公有住房上市出售实施办法的通知》（京政发〔2003〕3号）的规定缴纳契税。即“居民上市出售已购公有住房前后一年内新购各类商品房，按新购商品房与出售已购公有住房成交价的差额计征契税”对于售、购房时间的认定，可按售房合同、购房合同、购房发票或准予入住证明上注明的时间孰优的原则确定。

（四）营业税方面，自2009年1月1日至12月31日，个人转让购买超过2年（含2年）的住房，普通住房免征营业税，非普通住房按其转让收入与购买该住房价款的差额征收营业税；个人转让购买不足2年的住房，普通住房按其转让收入与购买该住房价款的差额征收营业税，非普通住房按其转让收入全额征收营业税。

（五）个人转让房屋的个人所得税，以实际成交价格作为转让价格，可以采取核定征税，核定征收率按1%执行。不采取核定征税的，以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额为应纳税所得额，按20%税率计算。

对出售自有住房并拟在现住房出售后1年内按市场价重新购房的纳税人，其出售现住房所缴纳的个人所得税，视其重新购房的价值可全部或部分予以免税。

对个人转让自用5年以上、并且是家庭唯一生活用房取得的所得，免征个人所得税。

14、北京市享受优惠政策普通住房的标准是什么？

答：应同时满足以下三个条件：

住宅小区建筑容积率在1.0（含）以上；

单套建筑面积在140（含）平方米以下；

实际成交价低于同区域享受优惠政策住房平均交易价格1.2倍以下。

我市享受优惠政策住房平均交易价格为：三环以内总价人民币215万元/套、三环至四环之间175万元/套、四环至五环之间165万元/套、五环以外100万元/套。

15、商品房延期交付的，出卖人应当承担什么责任？

答：因出卖人的过错，不能按约定的时间交付商品房的，出卖人应当支付违约金、赔偿受让人损失。违约金数额在房地产买卖合同中有约定的，从合同约定；未约定违约金数额或者损失赔偿额计算方法的，可以按照逾期交付使用房屋期间有关主管部门公布或者有资格的房地产评估机构评定的同地段同类房屋租金标准确定。

出卖人超过房地产买卖合同约定时间，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行交付义务的，当事人一方请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。

法律没有规定或者当事人没有约定，经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使；逾期不行使的，解除权消灭。

16、买房人迟延支付购房款的，应承担什么责任？

答：因买房人的过错，不能按约定的时间支付房款的，买房人应当支付违约金、赔偿出卖人损失。违约金数额在房地产买卖合同中有约定的，从合同约定；未约定违约金数额或者损失赔偿额计算方法的，可以按照未付购房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。

买房人迟延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行，当事人一方请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。

法律没有规定或者当事人没有约定，经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使；逾期不行使的，解除权消灭。

17、购买商品房地后，商品房所有权登记手续应在多长时间内办理？

答：根据《城市房地产开发经营管理条例》的规定，预售商品房的购买人应当自商品房交付使用之日起90日内，办理土

地使用权变更和房屋所有权登记手续；

现售商品房的购买人应当自销售合同签订之日起90日内，办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续。

房地产开发企业应当协助商品房购买人办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续，并提供必要的证明文件。

双方也可以合同中对办理期限进行约定。

商品房买卖合同约定或者《城市房地产开发经营管理条例》规定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过一年，由于出卖人的原因，导致买受人无法办理房屋所有权登记，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

18、什么是商品房现房、存量房？

答：商品房现房是指由建设单位建设，已完成房屋所有权初始登记，取得国有土地使用证和房屋所有权证，尚未进行销售的商品房（含经济适用住房）。只有商品房预售许可证，没有商品房现房售许可证。

存量房是指通过办理转移登记取得房屋所有权证的房屋。

19、本市已购公有住房转让时是否须征得原售房单位同意？

答：已购公有住房转让时，可以不征得原售房单位同意。已购公有住房转让后，原售房单位不再承担该房屋的供暖、物业管理等费用。出售人须告知买受人，并在合同中写明处理方式。

20、初始登记时间要求是多少？

答：开发商在竣工验收合格后3个月负责办理房地产初始登记（大产权证），完成后购房人可申请所购房屋的转移登记。

21、以交换方式转让房地产如何办理？

答：双方共同到房地产所在地的行政管理部门办理转移登记手续，由价值量大的房地产受让人依法纳税。

22、开发商是否可变更建设工程规划许可证？

答：房地产开发企业应当按照规划行政主管部门核发的建设工程规划许可证的规定建设商品房，不得擅自变更。房

地产开发企业确需变更规划许可证规定内容的,应当书面征得受影响的预购人同意,并取得规划行政主管部门的批准。因规划变更给预购人的权益造成损失的,房地产开发企业应当给予相应的补偿。

23、预购人可否将预购商品房在交付前转让?

答:目前国务院要求在房屋小产权办下来之前,不得进行预售房屋转让。

24、预售商品房实际面积出现误差的处理?

答:首先,按预售合同约定的方式处理,没有约定的看面积误差比绝对值是否超过3%, $[(\text{实测}-\text{约定})/\text{约定} \times 100\%]$, $\leq 3\%$ 时按实测面积结算房款; $> 3\%$ 时预购人有权退房,退还已购房款及利息,具体操作见《北京市城市房地产转让管理办法》(2008) 47、48条。

25、已经设置抵押预售房如何出售?

答:开发商应将抵押情况以及解除抵押的条件、时间书面告知预购人。出具抵押权人同意抵押人出售房屋的书面证明。

《担保法》司法解释第67条规定:抵押权存续期间,抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的,如果抵押物已经登记的,抵押权人仍可以行使抵押权;取得抵押物所有权的受让人,可以代替债务人清偿其全部债务,使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。

如果抵押物未经登记的,抵押权不得对抗受让人,因此给抵押权人造成损失的,由抵押人承担赔偿责任。

26、建筑面积、套内建筑面积的区别与计价方式?

答:1、建筑面积=套内建筑面积+公摊面积

套内建筑面积=套内房屋的使用面积+套内墙体面积+套内阳台建筑面积

2、对于预售商品房来说,利用套内建筑面积更有利于保护买受人的利益。根据《北京市城市房地产转让管理办法》第二十一条规定“新建商品房转让应当按照套内建筑面积计价,但是独栋别墅、整栋楼房和车库(位)转让可以按照套内建筑面积计价,也可以按照建筑面积计价或者按照套(单元)

计价。”

27、预售商品房前公示共用部位的分摊情况有什么要求?

答:房地产开发企业在预售商品住宅之前,需公示有资质的测绘单位出具的商品房预售面积测绘技术报告书和下列分摊情况:

(一)被分摊的共用部位的名称、用途、所在位置、面积;

(二)参与分摊共用建筑面积的商品房的名称、用途、所在位置、面积、分摊系数;

(三)不分摊的共用部位。

共用建筑面积的分摊情况经公示并与第一个预购人签订商品住宅预售合同后,房地产开发企业不得更改。房地产开发企业与预购人签订的预售合同中应当附有上述经公示的共用建筑面积分摊的内容。其他商品房预售时,房地产开发企业应当明示共用建筑面积分摊情况。

28、取得预售许可的房产项目进行项目转让,原预购人有何法定权利?

答:原开发商应当自项目转让合同签订之日起10日内书面通知预购人,预购人在收到书面通知之日起30日内有权解除预售合同。预购人未解除预售合同的,预售合同中约定原房地产开发企业的权利和义务,由项目受让人承担。

29、商品房的认购、订购、预订等协议是否认定为商品房买卖合同?

答:具备商品房买卖合同的主要内容,并且出卖人已经按照约定收受购房款的,该协议应当认定为商品房买卖合同。

30、按揭买房与开发商发生纠纷退房后贷款合同可以解除么?

答:因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除,致使商品房担保贷款合同的目的无法实现,当事人请求解除商品房担保贷款合同的,应予支持。

商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后,商品房担保贷款合同也被解除的,出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。