



第8期 2011年7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

8

主编：王霁虹

编委：张 志

徐 猛

李 宏

徐志光

徐寿春

刘利彪

编辑：黄彬琳

第8期 2011年7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
- 16 万商天勤律师事务所业务发展报告（2010—2011年度）
- 25 新法导阅：返程投资外汇登记新规19号文
邱建 朱永春
- 29 保险资金通过债权投资计划投资政府土地储备项目操作模式探讨
王霁虹 高磊
- 33 创业板公司上市前员工持股安排的方式及相关案例
毛国权 封堃
- 37 过期候不候——也谈有限责任公司股东优先购买权行使期限
马婧 吴卿
- 43 关于董事、高级管理人员发生重大变化的认定
文成炜 周游
- 46 浮动抵押涉及的法律问题
徐猛
- 51 建设工程法律基础词汇辨析之保修期与缺陷责任期
张晓峰
- 54 浅析政策调控后购房合同的履行
芮苓
- 59 有限合伙企业的税务研究
茅麟
- 62 十年诉讼终获胜 错失良机难执行
丁兴锋
- 65 万商天勤2011年新年联欢会图片集锦

事务所动态

- 本所荣获Dealmakers Monthly “2011年度中国最佳建筑律师事务所”
- 本所荣获Lawyers World “2011年度中国最佳建筑律师事务所”
- 本所荣获Finance Monthly “2011年度中国最佳建筑律师事务所”
- 本所入围“2011中国上市公司最信赖律师事务所”
- 本所入选China Law Business Journal发布的“中国证券市场优秀律师事务所名录”
- 本所承办的多个项目入选China Business Law Journal “年度杰出交易大奖”
- 本所承办的天立环保工程股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所创业板挂牌上市
- 本所承办的安徽省司尔特肥业股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市
- 本所承办的广东鸿特精密技术股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所创业板挂牌上市
- 本所承办的浙江星星瑞金科技股份有限公司IPO项目通过证监会审核
- 本所承办的天润曲轴股份有限公司非公开发行A股项目通过证监会审核
- 本所承办的中国重工重大重组项目顺利获得证监会核准
- 本所服务八年的中国国家博物馆改扩建工程顺利竣工
- 本所担任首都机场地产集团常年法律顾问
- 本所担任戴尔中国常年法律顾问
- 本所协助德同资本成功完成百年栗园一亿元融资项目
- 本所成功为美国公司资产收购、国际销售代理、国际贸易、美国伊州联邦法院诉讼等事宜提供专项法律服务
- 本所与中国太平保险集团签订战略合作协议
- 本所担任中国再保险(集团)股份有限公司常年法律顾问
- 本所协助中粮集团成功发行2011年度短期融资券及中期票据
- 本所担任香港华侨城有限公司人民币债发行专项法律顾问
- 本所担任北京云系天瑞科技有限公司常年法律顾问
- 本所担任民航沈阳建设工程公司常年法律顾问

- 本所续聘担任北京艾莱发喜食品有限公司常年法律顾问
- 本所继续为深圳市路桥建设集团公司在深圳地铁第二期交通疏解项目提供法律顾问服务
- 本所担任美国福瑞博德软件开发(深圳)有限公司常年法律顾问服务
- 本所担任深圳市残疾人联合会常年法律顾问
- 本所受方大集团委托诉某跨国公司侵犯专利的案件取得实质性进展
- 本所律师参与《原子能法》起草
- 本所参展“第五届中国企业国际融资洽谈会”
- 本所协办张家港市企业境外上市专题研讨会
- 徐寿春律师受聘中国人民大学法学院法律硕士专业学位研究生兼职导师
- 王霁虹律师受聘中国人民大学律师学院客座教授
- 邱建律师受聘中国人民大学律师学院客座教授
- 王霁虹律师受邀为点睛网“轨道交通律师专业技能高级研修班”授课
- 王冠律师受邀为点睛网“并购重组律师专业技能高级研修班”授课
- 李宏律师为北京大学法学院学生颁发“万商天勤奖学金”
- 徐猛律师受聘中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员
- 韩俊律师受聘担任深圳仲裁委仲裁员
- 陈凯律师荣获“上海市第四届优秀青年律师”称号
- 韩俊律师被广东省律协评为省律协专业委员会优秀主任
- 韩俊律师应邀参加国际仲裁研讨会
- 张晓峰律师参加2011年中国核能行业协会年会
- 张晓峰律师参加《建设工程施工合同示范文本》(征求意见稿)专题研讨会
- 颜强、袁成等专业团队加盟本所
- 深圳所党支部被评为律师行业先进党组织

■ **本所荣获Dealmakers Monthly “2011年度中国最佳建筑律师事务所”**

2011年5月,英国法律媒体Dealmakers Monthly公布了“2011年度最佳律师事务所”评选结果,本所荣获“中国最佳建筑律师事务所”大奖。自2010至今,本所北京、上海、深圳三地办公室提供法律服务的房地产、建设工程项目超过50个,总投资额超过1000亿人民币。

Dealmakers Monthly杂志主要侧重于银行、公司、私募股权、风险投资、房地产等法律领域,及时发布来自于法律和金融机构的专家对全球最新交易信息的权威性解读。

■ **本所荣获Lawyers World “2011年度中国最佳建筑律师事务所”**

基于在建筑领域的专业影响力,本所荣获Lawyer World评选的“2011年度中国最佳建筑律师事务所”,Lawyers World为全球知名法律杂志,在全球读者逾166500人,主要侧重于公司、收购兼并、再融资、金融、资本市场、私募、风险投资及破产等领域,此次评选经过向全球不同地区发放81500份调查问卷,最终提名各个国家在专业领域的优秀律师事务所,以满足客户在最短时间内找到某领域专业律师的服务需求。

■ **本所荣获Finance Monthly “2011年度中国最佳建筑律师事务所”**

2011年4月,本所被全球知名金融杂志Finance Monthly评为“2011年度中国最佳建筑律师事务所”。此次评选由全球各地公司高管,知名律所以及执业律师通过网络投票的形式,历时两个月的时间,经过综合考虑、独立投票,最终遴选出了本次大奖的获得者。Finance Monthly是Parity Media媒体集团旗下知名金融杂志,主要侧重于收购兼并、上市、再融资等领域实务的研究,全球读者超过50000人。

■ **本所入围“2011中国上市公司最信赖律师事务所”**

由中国上市公司企业联合会、中国上市公司发展研究院及中国城市发展研究院联合主办的“2011中国上市公司与城市发展论坛”最新出炉了“中国上市公司最具竞争力10强”、“中国上市公司最具投资价值10强”、“中国最佳投资城市”、“中国上市公司最信赖律师事务所”提名,本所凭借2010年资本市场的卓越业绩,顺利入围“2011中国上市公司最信赖律师事务所”。此次评选以各律师事务所及其执业律师的从业记录及客户评价为基本参评条件,经行业推荐、网络公示及专家综合评定等步骤最终评定。

■ 本所入选China Law Business Journal发布的“中国证券市场优秀律师事务所名录”

China Business Law Journal (商法杂志) 通过对过去一年中国律师事务所承办的中国境内IPO项目研究调查, 并根据全球知名金融服务商Dealogic的统计数据, 本所分别入选“中国证券市场优秀律师事务所”和“深圳创业板上市服务优秀律师事务所”。

2011年上半年, 本所提供法律服务的天立环保 (SZ: 300156)、司尔特 (SZ: 002538)、鸿特精密 (SZ: 300176) 先后完成挂牌上市, 本所承办的浙江星星瑞金科技股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市项目、天润曲轴股份有限公司非公开发行A股项目、中国重工重大重组项目均顺利通过中国证监会审核, 此外本所代表10家企业提交了上市申请, 目前处于证监会审核过程中。

■ 本所承办的多个项目入选China Business Law Journal “年度杰出交易大奖”

China Business Law Journal (商法杂志) 于近日公布了2010年度杰出交易大奖, 本所三个项目荣获年度杰出交易大奖。其中由本所合伙人王霁虹担任主办律师、历时八年之久的服务项目“中国国家博物馆改扩建工程项目”和采用BT特许经营融资方式进行的“天津武清区产业园项目”均获得“基础设施和项目融资”杰出交易大奖; 由合伙人徐猛担任主办律师的“FESCO向ADECOCO转让FESCO (上海) 公司股权项目”荣获“外商投资”杰出交易大奖。商法杂志所评选出的各领域代表交易或项目, 是通过综合分析2010年度相关交易数据、以及采访中国法律界、商业界的专业人士后评选出来的典型案例。

■ 本所承办的天立环保工程股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所创业板挂牌上市

由李宏、徐春霞、崔国峰律师经办的天立环保工程股份有限公司IPO项目于2011年1月7日在深圳证券交易所创业板挂牌上市, 证券简称“天立环保”、证券代码为“300156”。天立环保为电石、铁合金、钢铁等高耗能、高污染行业炉窑密闭清洁生产 and 炉气余能余热循环利用的系统技术应用的高新技术企业, 致力于工业炉窑的节能减排。

■ 本所承办的安徽省司尔特肥业股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市

1月18日, 由李季先、陈凯律师承办的安徽省司尔特肥业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举行了上市挂牌仪式, 司尔特 (SZ: 002538) 正式登陆中小企业板。司尔特本次发行3,800万股人民币普通股 (A股), 发行价为每股26元, 本次发行募集资金总额为9.88亿元。

■ **本所承办的广东鸿特精密技术股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所创业板挂牌上市**

由李宏、徐春霞、崔国峰律师经办的广东鸿特精密技术股份有限公司IPO项目于2011年2月15日在深圳证券交易所创业板挂牌上市, 证券简称为“鸿特精密”、证券代码为“300176”。该公司主营业务是开发、生产和销售用于汽车发动机、变速箱及底盘制造的铝合金精密压铸件及其总成; 主要客户包括: 福特、菲亚特、康明斯、克莱斯勒、宝马、本田、长安福特马自达、东风日产等。

■ **本所承办的浙江星星瑞金科技股份有限公司IPO项目通过证监会审核**

由胡刚、孙冬松律师承办的浙江星星瑞金科技股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市项目, 于2011年6月21日顺利通过中国证券会创业板发行审核委员会审核。浙江星星瑞金科技股份有限公司是从事手机、平板电脑等液晶显示器视窗防护屏的研发、生产、销售的高新技术企业, 为诺基亚、三星、摩托罗拉、索爱、RIM等国际知名品牌手机视窗防护屏的供应商。

■ **本所承办的天润曲轴股份有限公司非公开发行A股项目通过证监会审核**

由毛国权、孙冬松律师承办的天润曲轴股份有限公司非公开发行A股股票并上市项目, 于2011年6月10日顺利通过中国证监会发行审核委员会审核。天润曲轴本次拟非公开发行不超过8600万股, 发行价格不低于12.64元/股, 募集资金总额不超过10.8亿元, 将投向康明斯轻型发动机曲轴生产线项目等六个项目。

天润曲轴是以生产“天”牌发动机曲轴为主导产品的中国规模最大的曲轴专业生产企业, 是奔驰、康明斯、上海汽车、意大利依维柯、印度利兰、中国主要柴油机公司等主机厂首选整机配套产品。本所多年来一直担任天润曲轴股份有限公司常年法律顾问。

■ **本所承办的中国重工重大重组项目顺利获得证监会核准**

中国船舶重工股份有限公司(股票代码601989, 下称中国重工) 原有资产主要是船舶配套资产, 其通过定向增发收购的方式, 实现了将中国船舶重工集团公司(下称中船重工) 下属的大连船舶重工有限公司、渤海船舶重工有限公司、山海关船舶重工有限公司、青岛北海船舶重工有限公司四大造船企业的民品资产整体收购的目标。

本所作为中国船舶重工集团公司(中国重工母公司、实际控制人) 法律顾问, 由徐猛律师、马婧律师、文成炜律师、吴卿律师、周游律师、茅麟律师组成专项项目团队, 历经一年时间, 上千个工作小时, 协同其他中介机构, 顺利完成了本次重大重组项目。本次重组方案已于2011年1月31日获得了证监会核准, 中国船舶重工集团公司及其一致行动人同时取得豁免要约收购义务的相关批复。本次收购涉及被收购资产的军民分线、股权转让、股权划转、股权收购等重大环节, 涉及总资产逾1000亿人民币, 净资产逾100亿人民币。

■ 本所服务八年的中国国家博物馆改扩建工程顺利竣工

2011年3月1日,本所合伙人王霁虹律师作为特邀嘉宾出席了“中国国家博物馆改扩建工程竣工暨《复兴之路》基本陈列复展仪式”,参加竣工仪式的还有本所高丽春律师、张晓峰律师及高磊律师。“中国国家博物馆改扩建工程竣工暨《复兴之路》基本陈列复展仪式”由中共中央政治局委员、国务委员刘延东主持,中共中央政治局常委李长春出席,中共中央政治局委员、中央书记处书记、中宣部部长刘云山出席并发表重要讲话。

中国国家博物馆是中国建国初期十大建筑之一,本所以王霁虹律师为主办律师的专业团队自2003年起接受国家博物馆的委托,担任中国国家博物馆改扩建工程的法律顾问,全程为国家博物馆改扩建工程、文保中心工程、“复兴之路”展陈项目的建设及国家博物馆的日常事务提供法律服务。经过八年持之以恒的努力,终于迎来国家博物馆改扩建工程的顺利竣工。期间,本所律师团队与其他专业服务机构一起,为该项目工期、质量、安全、造价项目管理目标的圆满实现做出了自己的贡献,本所的敬业精神和专业水准深得客户认可。在工程推进过程中,本所律师多次协助业主解决多个疑难问题,在关键时刻为业主提供了强有力的法律支持。

■ 本所担任首都机场地产集团常年法律顾问

在首都机场地产集团近期举行的法律顾问选聘中,本所组成以合伙人王霁虹律师担任主办律师,卢二松、高丽春、谢颐、张晓峰、石杰、高磊、卿森泉律师为核心律师的八人“首都项目团队”,经过激烈角逐,受聘担任首都机场地产集团常年法律顾问。多年来,本所作为首都机场地产集团法律顾问,先后为其在北京、深圳、贵阳、武汉、长春、呼和浩特等地的地产项目提供法律服务。

首都机场地产集团有限公司是首都机场集团公司旗下致力于临空地产开发的专业化全资子公司,在中国数个城市成功开发了涵盖商业、住宅、酒店、酒店式公寓等多种业态的房地产项目。

■ 本所担任戴尔中国常年法律顾问

在戴尔中国近期进行的法律顾问选聘中,由邱建律师、朱永春律师等组成的专业团队,最终获聘担任戴尔中国常年法律顾问,主要为其提供外商投资、公司事务等相关法律服务。

总部设在德克萨斯州奥斯汀(Austin)的戴尔公司是全球著名的IT产品及首要服务提供商,戴尔中国在北京、上海、广州、成都、南京、杭州和深圳设有办事处,年采购量超过157亿美金。

■ 本所协助德同资本成功完成百年栗园一亿元融资项目

近日,北京百年栗园生态农业有限公司完成新一轮融资,总金额为1亿元人民币。德同资本作为领投投资者参与百年栗园的本轮融资。本所由邱建律师、朱永春律师等组成的专业团队为德同资本提供了与本项目有关的全部法律服务,包括前期的合作意向谈判、尽职调查、交易架构设计、协议起草和谈判、以及交易的最终成功交割。

德同资本是一家专注于投资中国企业的风险投资基金,针对消费、科技、传统行业和能源、清洁能源领域里的不同阶段进行投资,德同资本目前管理着五亿美元和十五亿人民币的多个基金,并与8个省市地方政府以及美国沃尔玛创始人沃顿家族的投资实体Madrone Capital有着紧密联系。

■ 本所成功为美国公司资产收购、国际销售代理、国际贸易、美国伊州联邦法院诉讼等事宜提供专项法律服务

本所韩俊律师接受美国Nu-Dell Manufacturing Co., Inc.公司委托,就其与中国艾伦集团、美国艾伦国际有限公司在美国有关资产收购、国际销售代理、国际贸易等事宜提供专项法律服务,之后各方在履行中发生纠纷并诉讼至美国伊州联邦法院(本诉、反诉),韩俊律师继续为美国公司就该诉讼提供尽职调查、证据收集、证人出庭、调解、和解等阶段的法律服务。近日,在韩俊律师的大力主持和积极组织下,经过艰苦的谈判,该案终于在庭前达成和解,为美国公司挽回了巨大的经济损失,至此历时1年之久的纷争终于得到圆满解决,美国公司CEO对本所律师的工作表示满意。

■ 本所与中国太平保险集团签订战略合作协议

2011年年初,本所与中国太平保险集团签订法律服务战略合作协议,上海所负责人陈凯律师出席了签约仪式。中国太平保险集团作为国内主要的保险集团之一,多年来已形成了一整套以保险业务为核心的多元化综合金融业务体系,业务范围除财产保险、人寿保险、再保险、保险经纪以外,还涉及企业年金、资产管理、实业投资、证券经纪、财务融资、基金管理等领域,近年来取得了令人瞩目的业绩,在多个保险专业领域走在同业前列。

■ 本所担任中国再保险(集团)股份有限公司常年法律顾问

在中国再保险(集团)股份有限公司举办的常年法律顾问公开邀请招标中,经过激烈竞争,本所凭借在保险业务领域的专业实力和服务特色,以及合伙人王霓虹、何帅领及黄玲律师在投标活动中进行的精彩陈述,从中国最具竞争力的10个投标人中胜出,正式成为中国再保险(集团)股份有限公司常年法律顾问,主要为其不动产领域的投资提供专业服务。

中国再保险(集团)股份有限公司由国家财政部和中央汇金投资责任有限公司发起设立,注册资本为人民币361.5亿元,是目前中国惟一的再保险集团公司,并控股中国财产再保险股份有限公司、中国人寿再保险股份有限公司、中国大地财产保险股份有限公司、中再资产管理股份有限公司、中国保险报业股份有限公司、华泰保险经纪有限公司6家子公司。

■ 本所协助中粮集团成功发行2011年度短期融资券及中期票据

本所承办的中粮集团有限公司2011年度第一期短期融资券发行项目和2011年度第二期中期票据发行项目日前已于2011年2月21日获交易商协会注册,并于2011年3月16日成功发行,其中短期融资券本次申请注册额度为50亿元人民币、本期发行额度为10亿元人民币,中期票据本次申请注册额度为50亿元人民币、本期发行额度为20亿元人民币。

本所受中粮集团委托,担任其2011年度第一期短期融资券发行项目和2011年度第二期中期票据发行项目的专项法律顾问,由徐猛、文成炜、马婧等组成专项服务团队,顺利完成了中粮集团本次短期融资券及中期票据发行项目。

■ 本所担任香港华侨城有限公司人民币债发行专项法律顾问

本所郭磊明、宋阳律师受香港华侨城有限公司的委托,担任其2011年度人民币债发行的专项法律顾问。香港华侨城有限公司本期发行人民币债金额为人民币10亿元。

■ **本所担任北京云系天瑞科技有限公司常年法律顾问**

2011年3月1日, 本所卢二松、李凌洁律师受聘担任北京云系天瑞科技有限公司的常年法律顾问。北京云系天瑞科技有限公司是一家由国际知名风险投资公司投资建立的电信增值服务及移动互联网服务企业, 公司管理团队和开发销售团队全部来自业界知名跨国公司。公司拥有深厚的技术储备、强大的客户资源及在行业内丰富的经验和实力, 并以不断开拓创新为宗旨, 致力于电信市场和移动互联网业务的研究、开发、应用建设和运营服务。

■ **本所担任民航沈阳建设工程公司常年法律顾问**

2011年4月28日, 本所卢二松、卿森泉等律师受聘担任民航沈阳建设工程公司的常年法律顾问, 为其提供常年法律顾问服务。民航沈阳建设工程公司是辽宁省机场管理集团公司下属从事机场配套设施建设及其他工程建设的专业公司。

■ **本所续聘担任北京艾莱发喜食品有限公司常年法律顾问**

2011年2月1日, 本所薛莲、石有明、卢二松、盛芝然律师受聘继续担任北京艾莱发喜食品有限公司2011年度常年法律顾问。北京艾莱发喜食品有限公司十几年来始终致力于新鲜奶油冰淇淋的生产, 其旗下的“八喜”冰淇淋品牌配方源于1932年美国旧金山, 1990年进入中国, 成为国内第一个专业生产新鲜奶制品的著名全乳脂冰淇淋品牌。

■ **本所继续为深圳市路桥建设集团公司在深圳地铁第二期交通疏解项目提供法律顾问服务**

本所韩俊律师自为深圳市路桥建设集团公司深圳地铁第一期交通疏解项目提供法律服务后, 继续为深圳市路桥建设集团公司在深圳地铁的第二期交通疏解项目提供法律顾问服务, 为该项目的承包、发包、合同审查、谈判、员工管理、工程款的预结算等提供法律服务。

■ **本所担任美国福瑞博德软件开发(深圳)有限公司常年法律顾问服务**

韩俊律师近期受聘担任美国福瑞博德软件开发(深圳)有限公司提供常年法律顾问服务。该公司系中国IT外包行业领军企业, 是中国领先的技术解决方案和外包服务提供商, 为北美及欧洲地区的金融服务、高科技、零售/消费品、制造业、运输及物流客户提供解决方案与软件开发服务, 总部位于美国旧金山(硅谷)。

■ 本所担任深圳市残疾人联合会常年法律顾问

本所作为深圳市残疾人联合会的多年的法律顾问,本所张海文律师继续受聘担任其常年法律顾问,为联合会在维护残疾人合法权益、帮助残疾人维权、创业、支持残疾人福利事业发展以及日常工作等方面提供专业法律支持。

■ 本所受方大集团委托诉某跨国公司侵犯专利的案件取得实质性进展

作为国内第一、全球第三的地铁屏蔽门生产企业,方大集团在该领域累计投入数亿元研发资金,初步形成了“专利池”,专利总数占国内同行业半数以上。某跨国公司通过不正当竞争的方式获得与方大相近的技术和项目管理方法,使方大集团在行业竞标中处于被动。方大集团委托本所代理其起诉该跨国公司专利侵权的案件。经本所张志、刘宇光律师以及王志明工程师专业而细致的工作努力下,目前本案在专利权的认定上,方大集团获得了国家知识产权局的支持,取得实质性进展。

■ 本所律师参与《原子能法》起草

6月15日,本所王霁虹、石杰、高磊、刘瑛律师作为起草工作组成员受邀参加了《原子能法》立法工作起草小组和专家组的首次会议。《原子能法》在我国已孕育二十七年,曾经历两次夭折,随着日本福岛核电站核泄漏事故的全球影响,我国的相关立法进程陡然加快。本次《原子能法》起草由工业和信息化部、国家国防科技工业局、环境保护部共同负责,起草小组成员主要来自中国核工业集团公司、中国广东核电集团有限公司、国核技工程有限公司、中国电力投资集团公司、中国华能集团公司五大核电集团企业,中国核能行业协会,北京大学和华东理工大学代表,以及本所的环境与能源专业律师团队。

本所作为参与起草工作的唯一一家律师事务所机构,将更多关注公众利益的保护、立法的可操作性以及和现有法律法规的相互衔接。本所律师提出了一系列观点,包括原子能研究、开发、利用中应全程保险、强制保险;对于核损害赔偿应实行严格责任和举证责任倒置原则;从业人员的辐射防护制度应覆盖所有原子能领域;核事故损害赔偿限额应随着物价指数等因素的不断变化而相应调整等,引起起草小组的关注。

■ 本所参展“第五届中国企业国际融资洽谈会”

由天津市人民政府、中华全国工商业联合会、科技部、美国企业成长协会共同主办的第五届中国企业国际融资洽谈会，于2011年6月10日在天津召开，约有全球3000家著名的投资机构、法律和财务咨询机构、融资机构参加此次盛会，寻求投融资机会。本所高磊、吴安静、刘瑛、侯倩倩作为代表参加了此次洽谈会。

在资本对接洽谈会场，本所特别设置了展台，对事务所成功参与的近百家涉及医药、机械制造、计算机、食品、房地产、有色金属、化学、环保等公司上市与重组业务，以及诸多涉及基础设施、房地产、资源、能源的项目融资业绩进行了全面展示与推介。洽谈会现场本所代表与中外客户进行了良好沟通，并与国际著名的律师事务所、会计师事务所、投资顾问等中介机构进行了交流学习。同时，高磊律师代表本所接受了中央电视台财经频道的特别采访，针对中国企业融资的法律难题发表了独到并具专业性的看法。

■ 本所协办张家港市企业境外上市专题研讨会

6月7日，由上海所协办、张家港市人民政府主办的张家港市企业境外上市专题研讨会取得圆满成功。上海所合伙人袁成律师做了题为“中国企业海外上市若干问题”的主题演讲。来自香港交易所、美国必百瑞律师事务所及英国胜蓝律师事务所的代表分别就香港、美国和德国证券市场的基本情况做了相关专题介绍。此次讲座吸引了张家港市近百家企业参加，并获得各方一致好评。张家港市2010年国民生产总值（GDP）约1610亿元，在2010年福布斯中国大陆最佳县级城市25强中位列第三名。

■ 徐寿春律师受聘中国人民大学法学院法律硕士专业学位研究生兼职导师

4月16日，中国人民大学举行了法律硕士专业学位研究生兼职导师（律师实务部分）聘任仪式暨师生座谈会，本所合伙人徐寿春律师受聘担任中国人民大学法学院法律硕士专业学位研究生兼职导师。中国人民大学副书记兼副校长王利明教授、中国人民大学法学院院长韩大元教授、法学院党委书记兼副院长林嘉教授以及二十余位来自各大律师事务所、公司的知名律师出席了此次会议。聘任仪式结束后，徐寿春律师作为校友，与现场的老师和同学进行了亲切交谈，并对学生的法律实务提出了指导意见。

■ 王霁虹律师受聘中国人民大学律师学院客座教授

本所合伙人王霁虹律师近日受聘担任中国人民大学律师学院客座教授。3月24日,王霁虹律师受邀为律师学院首期“建设工程”课程班讲授《总承包合同的谈判、签订与履行》。王霁虹律师结合其多年来为诸多重大地标性工程项目的服务经验,分别从项目业主律师和承包商律师的角度为学员讲授了总承包合同在招投标、签订和履行各阶段的技巧和注意事项,其以前卫的服务理念和新颖独特的视角,为学员展现了总承包合同在现代市场条件下的新形态、新特点。在讲授业务技巧的同时,王律师并对律师的执业道德,律师执业过程中自身的风险防范等与学员进行了广泛交流,深受学员欢迎。

■ 邱建律师受聘中国人民大学律师学院客座教授

6月18日,邱建律师受聘中国人民大学律师学院客座教授,为其首期“私募股权与风险投资”课程班讲授《私募股权投资交易及法律服务》。邱建律师结合其大量的私募股权投资项目服务经验,为学员全面讲解了私募股权的典型交易架构、主要交易文件和条款、交易流程及法律服务等专业知识,对各个交易阶段的技巧和注意事项进行了详细讲解,并根据不同交易情形提出了针对性的方案和建议,与学员们进行了良好的互动交流。

■ 王霁虹律师受邀为点睛网“轨道交通律师专业技能高级研修班”授课

2011年5月3日,本所合伙人王霁虹律师再次受点睛政法网络课堂邀请,为其主办的“轨道交通律师专业技能高级研修班”讲授了题为《中国城市轨道交通融资模式》的课程。王律师主要就特许经营项目融资作了讲解,涉及融资租赁、外国政府贷款、发行证券、信托等多种融资模式,学员反响热烈。轨道交通法律服务作为新兴的法律服务市场,其融资法律问题是城市快速推进地铁建设的过程中最为关切的问题。

■ 王冠律师受邀为点睛网“并购重组律师专业技能高级研修班”授课

2011年5月7日,本所王冠律师再次受点睛政法网络学堂邀请,在其主办的“并购重组律师专业技能高级研修班”进行了题为《国有产权并购法律事务》的培训讲座。本次讲座围绕并购重组律师实务的主题,结合律师工作实践,重点讲解了国有产权并购的相关法律法规、立法规范的核心问题、并购操作流程、并购主要环节涉及的法律问题及管理层并购(MBO)等内容,受到研修班学员的一致好评。王冠律师此前曾于2010年12月为点睛网学员讲授《上市公司资产重组的尽职调查与申请材料准备》课程。

■ 李宏律师为北京大学法学院学生颁发“万商天勤奖学金”

6月3日,北京大学法学院举行了2011年奖学金颁奖典礼,李宏律师作为本所捐赠人代表,向荣获本所奖学金的10名学生进行了颁奖,并授予了总额3万元的奖学金。万商天勤奖学金是本所与法学院携手发展、双向互动、回报社会、培养人才的重要举措,过去一年,本所共资助了34名来自北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学的法学院学生。

■ 徐猛律师受聘中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员

本所合伙人徐猛律师自2011年5月1日受聘担任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。徐猛律师同时还担任北京市律师协会理事,中国政法大学国际法学院兼职教授,是公司法、证券法、合同法、知识产权法等领域的资深律师。

中国国际经济贸易仲裁委员会是为世界上重要的国际商事仲裁机构之一,其独立、公正和高效在国内外享有盛誉,其仲裁员均从资深律师、离任法官、法学者和政府官员中遴选,是越来越多案件当事人解决经济贸易争议的首选。

■ 韩俊律师受聘担任深圳仲裁委仲裁员

2011年4月,深圳仲裁委员会经严格审查、考核,从社会各界新聘了一批德才兼备、享有较高声誉的仲裁员,本所韩俊律师也名列其中,受聘担任被深圳仲裁委员会仲裁员。

■ 陈凯律师荣获“上海市第四届优秀青年律师”称号

在上海律师协会近期主办的上海市第四届优秀青年律师评选活动中,本所上海负责人陈凯律师荣获“上海市第四届优秀青年律师”称号。作为上海近7000名青年律师的优秀代表,本次评选活动共评选出20名青年律师进行表彰。

■ 韩俊律师被广东省律协评为省律协专业委员会优秀主任

2011年4月12日,广东省律协在广州白云国际会议中心举行2010年度委员会主任会议及颁奖仪式,对经认真评选的2010年度省律协委员会优秀主任进行表彰。省律协欧永良会长、朱征夫、黄思周、陈锡康副会长出席,全省15个专门委员会、17个专业委员会的主任、秘书长等约百余人参加了会议。

本所合伙人韩俊律师被评为省律协专业委员会优秀主任接受颁奖并致辞,其所在WTO法律专业委员会的工作得到高度评价。

■ 韩俊律师应邀参加国际仲裁研讨会

2011年4月9日,韩俊律师应邀参加在香港举行的国际仲裁研讨会,该研讨会由国际商会ICC、年轻仲裁员论坛(ICC-YAF)、澳大利亚国际仲裁论坛(AFIA)共同举办,来自美国、法国、韩国、印度、澳大利亚、香港、马来西亚等10多个国家的百余名仲裁员、律师、企业家、专业人士参加并就有关国际仲裁的程序、仲裁员的委任、执行、调解等问题结合不同国家的立法和实际进行了深入的提问、探讨和研究。

■ 张晓峰律师参加2011年中国核能行业协会年会

4月7日,张晓峰律师代表本所在深圳参加了2011年中国核能行业协会年会。会议就“十一五”期间我国核能行业的主要进展以及协会的主要工作进行了总结,并对协会2011年的重点工作进行了展望。本所作为核能行业协会第一届理事会会员单位,目前正在为核能行业有关法律法规的出台、修订提供法律咨询意见。

■ 张晓峰律师参加《建设工程施工合同示范文本》(征求意见稿)专题研讨会

4月8日,张晓峰律师在北京参加了由中国房地产业协会法律专业委员会和北京市律师协会房地产法专业委员会联合举办的《建设工程施工合同示范文本》(征求意见稿)专题研讨会,在会上就《建设工程施工合同示范文本》(征求意见稿)在词语定义、工程施工、监理、验收、保修、结算等方面的不足发表了意见并提出了修改建议。会议主办方已经统一汇总各方意见并提交住房和城乡建设部。

自原建设部发布《建设工程施工合同(示范文本)》(99版)以来,该示范文本在国内建设市场得到广泛的应用,对规范建设市场秩序,提高建设管理水平都起到了良好的作用。但随着最近十余年的发展,原《建设工程施工合同(示范文本)》(99版)已经难以满足建设市场的客观需要。在这种情况下,住房与城乡建设部委托有关单位对《建设工程施工合同(示范文本)》(99版)进行了修订,组织起草了《建设工程施工合同示范文本》(征求意见稿)。

■ 颜强、袁成等专业团队加盟本所

原上海创远律师事务所合伙人颜强律师、袁成律师及其团队正式加入本所,颜强、袁成律师同时担任上海所合伙人,该团队在证券及企业并购重组、涉外商事、建筑房地产等法律服务领域具有丰富的执业经验,将进一步增强上海所的团队总体规模和专业实力。

■ 深圳所党支部被评为律师行业先进党组织

深圳党支部坚持开拓创新,激励引导律师党员解放思想,发挥政治核心、战斗堡垒和先锋模范作用,被广东省律协工委评为律师行业先进党组织,在广东省律协成立三十周年庆祝大会上受到隆重表彰。

万商天勤律师事务所业务发展报告 (2010—2011年度)

万商天勤在过去的一年里继续保持了持续发展和稳步上升,在全体万商天勤人的共同努力下,在业务质量、客户服务、团队规模、内部建设方面均取得不俗成绩,进入全新高度。

这一年,本所始终将质量控制和风险防范置之首位,坚持保荐制度、谨慎分所设立及合伙人引入,严格控制每个项目、案件的服务质量,将“内涵式发展的学习团队、专家型服务的法律机构”作为自身发展定位,保持稳健发展。

这一年,证券业务、建筑及房地产业务作为本所的品牌业务,依旧名列前茅、领跑市场,服务水准获得了行业监管机构及业界的一致褒奖,同时本所的金融、保险、私募、能源及国际业务均取得了大幅度提升。

这一年,本所的专业团队进一步扩大,除了来自国际律师事务所资深律师、公司内部法律顾问的加盟,本所还吸收了一批来自国内外著名法学院的优秀毕业生;同时,在遵循谨慎扩张的战略指导下,本所拟在成都、重庆设立分所的筹备工作,均取得了实质性进展。

这一年,在内部建设方面,本所对内部办公系统进行了升级与优化,提高了利益冲突检索的准确性,进一步提升了律师的工作效率;同时,本所开展了系列拓展、联欢会、生日会、午餐会、高尔夫球赛、风景名胜旅游等丰富多彩的文化活动,加深了同事间情谊。

这一年,本所共资助了34名来自北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学法学院的优秀学生,并与美国威斯康辛大学开展了实习生交流项目,还资助了加拿大青年组织Global Vision的访华活动;我们的律师多次走进律师学院、网络学堂进行实践指导与授课,积极推进中国律师界的专业服务水准,推动中国的法制化进程。

一、荣誉奖项

过去一年,我们的努力先后获得了多家专业法律评级机构、国际媒体及行业监管机构的一致褒奖:

- 2010年,本所再度入选ALB(亚洲法律杂志)评选的“中国律师事务所20强”
- 2010年,本所再度入选Bloomberg(彭博)发布的“中国境内IPO法律顾问10强”
- 2011年,本所入选China Business Law Journal(商法杂志)发布的“中国证券市场优秀律师事务所名录”
- 2011年,本所入围中国上市公司与城市发展论坛评选的“中国上市公司最信赖律师事务所”
- 2010-2011年,本所连续两年被Chambers(钱伯斯)授予“中国卓越律师事务所”
- 2010-2011年,本所先后被Lawyers World、Finance Monthly、Dealmakers Monthly、Global Law Experts等国际媒体授予“年度最佳建筑律师事务所”
- 2011年,本所多个项目被China Business Law Journal(商法杂志)授予“外商投资杰出交易大奖”及“基础设施和项目融资杰出交易大奖”
- 2010年,本所在北京市律师队伍警示教育中被评为“优秀律师事务所”
- 2010年,在China Law & Practice举办的第四届颁奖典礼上,深圳所荣获“深圳地区年度最佳律师事务所”大奖

二、证券及资本市场业务

过去一年,本所的证券业务捷报频传,成功完成了15家企业的首次公开发行、再融资、重大资产重组及境外发行业务,帮助13家企业完成了首次公开发行申报工作等待监管部门最后审核,服务资本市场的客户近百家。

(一) 主板首次公开发行股票法律业务

1. 浙江星星瑞金科技股份有限公司IPO项目

行业类别: 光电子器件及其他电子器件制造行业

证监会核准日期: 2011年6月21日

浙江星星瑞金科技股份有限公司是从事手机、平板电脑等液晶显示器视窗防护屏的研发、生产、销售的高新技术企业,为诺基亚、三星、摩托罗拉、索爱、RIM等国际知名品牌手机视窗防护屏的供应商。

2. 安徽省司尔特肥业股份有限公司IPO项目

股票名称及代码: 司尔特(002538)

证券类别: 深圳证券交易所A股

行业类别: 化学原料及化学制品制造业

募集资金: 9.88亿元

上市日期: 2011年1月18日

安徽省司尔特肥业股份有限公司是一家集磷复肥生产及各类化肥贸易为一体的现代化高科技股份公司,为安徽省最大的磷复肥生产和出口基地之一,中国化肥百强企业,中国磷复肥行业十强。

3. 江苏辉丰农化股份有限公司IPO项目

股票名称及代码: 辉丰股份(002496)

证券类别: 深圳证券交易所A股

行业类别: 化学原料及化学制品制造业

募集资金: 12.17亿元

上市日期: 2010年11月9日

江苏辉丰农化股份有限公司是从事化学农药产品的研发、生产及销售的专业公司,已成为全球领先的咪鲜胺原药生产企业、国内最大的辛酰溴苯腈原药、氟环唑原药生产企业。

4. 四川雅化实业集团股份有限公司IPO项目

股票名称及代码: 雅化集团(002497)

证券类别: 深圳证券交易所A股

行业类别: 专用化学产品制造业

募集资金: 12.2亿元

上市日期: 2010年11月9日

四川雅化实业集团股份有限公司是一个集科研、生产、配送、爆破为一体的产业集团,“雅化”品牌的民爆产品享有广

泛的信誉，雅化集团作为四川省雅安市第一家上市公司，在当地具有标杆作用。在以本所律师为主导的中介机构的辅助下，顺利、成功地解决了法律禁止的数百名隐名股东及股份代持问题，为公司建立、健全完善的公司法人治理结构打下了坚实基础。公司上市后，市场给予了积极的反应。

5. 云南临沧鑫圆锑业股份有限公司IPO项目

股票名称及代码：云南锑业 (002428)
证券类别：深圳证券交易所A股
行业类别：有色金属冶炼及压延加工业
募集资金：9.6亿元
上市日期：2010年6月8日

云南临沧鑫圆锑业股份有限公司是目前国内锑产业链最为完整、锑金属保有储量最大、锑产品产销量最大的锑系列产品生产商和供应商，主要产品的生产能力、产销量均位居国内第一。

6. 黑牛食品股份有限公司IPO项目

股票名称及代码：黑牛食品 (002387)
证券类别：深圳证券交易所A股
行业类别：食品制造业
募集资金：9亿元
上市日期：2010年4月13日

黑牛食品股份有限公司是全国大型的豆奶粉生产企业，是国内最具核心竞争力的营养麦片生产企业之一，也是豆奶粉国家标准、营养麦片行业标准的制定单位之一。

7. 深圳市漫步者科技股份有限公司IPO项目

股票名称及代码：漫步者 (002351)
证券类别：深圳证券交易所A股
行业类别：电子元器件制造业
募集资金：12.4亿元
上市日期：2010年2月5日

深圳市漫步者科技股份有限公司是国内多媒体音箱行业的龙头企业，近年来取得了多项行业第一，特别在工业设计和

技术进步等方面引领着国内多媒体音箱的发展。

(二) 创业板首次公开发行股票法律业务

8. 广东鸿特精密技术股份有限公司IPO项目

股票名称及代码：鸿特精密 (300176)
证券类别：深圳证券交易所创业板
行业类别：普通机械制造业
募集资金：3.6亿
上市日期：2011年2月15日

广东鸿特精密技术股份有限公司是一家专门生产铝合金压铸件的现代化企业，以生产销售汽车发动机、变速箱铝合金铸件以及通讯产品中的铝合金铸件为主，是国内外知名汽车厂家的一级供应商。

9. 天立环保工程股份有限公司IPO项目

股票名称及代码：天立环保 (300156)
证券类别：深圳证券交易所创业板
行业类别：专用设备制造业
募集资金：11亿
上市日期：2011年1月7日

天立环保工程股份有限公司一直致力于工业炉窑节能环保事业的发展，通过不断的技术创新和管理改进，为高能耗、高污染行业提供工业炉窑节能减排系统解决方案，从源头防治工业炉窑污染严重的问题，为我国的环保事业做出了巨大贡献。

10. 海南康芝药业股份有限公司IPO项目

股票名称及代码：康芝药业 (300086)
证券类别：深圳证券交易所创业板
行业类别：医药制造业
募集资金：15亿元
上市日期：2010年5月26日

海南康芝药业股份有限公司是以医药为主营业务、集科研生产销售于一体的大型医药企业，为海南省第一家登陆创业板的上市公司。面对其复杂的历史沿革问题，本所律师多次

深入多个城市,将历史上每一个衔接点都符合事实和逻辑地展开,还原其历史真貌,并以充足的证据证明了公司股东的真实合法出资。康芝药业赢得了创业板市场最为热烈的欢迎,成为当年创业板市场发行市盈率最高的公司之一。

(三) 上市公司再融资法律业务

11. 天润曲轴股份有限公司非公开增发A股项目

股票名称及代码:天润曲轴(002283)

证券类别:深圳证券交易所A股

行业类别:交通运输设备制造业

募集资金:10.8亿元

证监会核准日期:2011年6月10日

天润曲轴股份有限公司是以生产“天”牌发动机曲轴为主导产品的中国规模最大的曲轴专业生产企业,是奔驰、康明斯、上海汽车、意大利依维柯、印度利兰、中国主要柴油机公司等主机厂首选整机配套产品。本所多年来一直担任天润曲轴股份有限公司常年法律顾问。

12. 威海华东数控股份有限公司公开增发A股项目

股票名称及代码:华东数控(002248)

证券类别:深圳证券交易所A股

行业类别:普通机械制造业

募集资金:3.34亿

发行起始日:2010年4月19日

本所作为威海华东数控股份有限公司首次公开发行的法律顾问,同时为其公开发行A股提供了法律服务。

13. 贵州赤天化股份有限公司公开增发A股项目

股票名称及代码:赤天化(600227)

证券类别:上海证券交易所A股

行业类别:化学原料及化学制品制造业

募集资金:12亿

发行起始日:2010年3月2日

贵州赤天化股份有限公司是本所的老客户,由全国首批

300家重点企业和国务院100家建立现代企业制度试点企业。此前,本所协助客户成功完成股权分置改革、赤天化集团资产的整合重组以及赤天化发行可转换公司债券等证券项目。在此次帮助公司实现公开增发的过程中,本所律师顺利解决了公司再融资募投项目涉及对子公司控制权的问题,使公司在市场上成功融资,为公司大型化工项目的顺利开展奠定了扎实的资金基础。

(四) 上市公司重大资产重组法律业务

14. 中国重工重大资产重组项目

股票名称及代码:中国重工(601989)

证券类别:上海证券交易所A股

行业类别:交通运输设备制造业

交易金额:1000亿人民币

证监会核准日期:2011年1月31日

本所作为中国重工实际控制人、资产注入方中国船舶重工集团公司法律顾问,协助客户实现了将下属的大连船舶重工有限公司、渤海船舶重工有限公司、山海关船舶重工有限公司、青岛北海船舶重工有限公司四大造船企业的民品资产整体收购的目标。

(五) 境外发行证券法律业务

15. 山东威高集团医用高分子制品股份有限公司由香港联交所创业板转主板项目

股票名称及代码:威高股份(01066)

证券类别:香港联合交易所主板

行业类别:医疗器械

上市日期:2010年7月29日

本所作为山东威高集团医用高分子制品股份有限公司法律顾问,先后为其在香港联交所创业板首次公开发行上市、多次再融资提供法律服务。

三、城市基础设施、建筑及房地产业务

过去一年,本所在建筑领域综合实力受到了国内外媒

体及法律评级机构的一致认可,先后被Chambers、Finance Monthly、Lawyers World、Dealmakers Monthly授予“年度中国最佳建筑律师事务所”。本所继续为诸多以设计施工难度著称的国家重点建设项目、地标性建筑项目服务,也承接了诸多引领现代地产发展理念的地产项目、成片土地开发项目、新农村建设项目、卫星城建设项目、旅游开发及酒店管理项目。

(一) 建筑及房地产

1. 大型工程项目

- 国家博物馆改扩建工程:本所律师服务8年的中国国家博物馆改扩建工程于2011年初顺利竣工,本所设计的各种合同及方案为该项目在工期、质量、安全、造价项目管理目标的圆满实现做出了强有力的法律支持,解决了若干疑难问题,该项目投资约32亿。
- 中央电视台新址工程:连续第8年担任中央电视台新台址项目的法律顾问,为其主楼工程、配楼火灾后的工程拆除、修复、工程保险索赔谈判以及数十亿的电视工艺项目的招标、谈判、采购等提供全程专业法律支持,该项目总投资约150亿。
- 中国药品生物制品检定所办公大楼:中国药品生物制品检定所是国家检验药品生物制品质量的法定机构和最高技术仲裁机构,本所受其委托,为其拆迁及新办公大楼建设全过程提供法律服务,该项目投资额超过9亿人民币。

2. 房地产项目

- 担任首都机场地产集团常年法律顾问,为其北京、深圳、贵阳、武汉、长春、呼和浩特等地的地产项目以及临空地产开发提供法律服务
- 担任华夏顺泽投资集团有限公司的常年法律顾问,为其在海南、江苏、四川、北京等地的房地产开发项目提供法律服务
- 为中国再保险(集团)股份有限公司办公楼装修、租赁项目提供法律服务

- 为安邦保险房地产投资纠纷提供法律服务
- 为外交部隶属机构北京外交人员房屋服务局建外项目改造提供法律服务
- 为北京建设大厦办公及酒店租赁事宜提供法律服务
- 为大连某地产并购项目提供全过程法律服务,交易金额超过10亿
- 担任广东现代国际展览中心项目三期建设经营专项法律顾问
- 为广州天马河房地产开发有限公司收购大庆某综合开发项目的专项法律顾问
- 担任深圳华侨城房地产有限公司之公司分立项目法律顾问
- 为北京华业地产股份有限公司成功收购武汉某项目提供法律服务
- 为深圳市腾凯实业有限公司“品尚居”房地产开发项目提供法律服务
- 为惠州市四海达房地产开发有限公司“21克拉”房地产项目提供全程法律顾问服务

3. 旅游地产项目

- 为华联发展集团在浙江开发建设的重点项目“千岛湖大型旅游综合体项目”提供全程法律服务,项目投资约20亿
- 为天津华侨城实业有限公司投资建设的天津东丽湖大型旅游综合项目开发、建设项目的专项法律顾问
- 为深圳华侨城房地产有限公司投资建设的位于深圳市深圳湾的欢乐海岸都市娱乐综合体开发建设项目提供法律服务
- 为华侨城集团在青岛开发的国际旅游度假区综合体项目提供法律服务
- 为北海“南国天堂文化旅游城”地产并购项目提供法律服务

4. 酒店管理项目

- 为深圳华侨城酒店置业有限公司在深圳市宝安中心

区投资建设五星级酒店及酒店公寓项目的专项法律顾问

- 为深圳华侨城房地产有限公司投资建设的位于深圳市深圳湾的欢乐海岸都市娱乐综合体的行政公寓引进万豪酒店集团管理进行管理的项目的专项法律顾问
- 为华联发展集团在杭州千岛湖投资建设的五星级酒店引进万豪酒店集团万丽品牌进行酒店管理项目的专项法律顾问
- 为三亚顺泽福湾五星级酒店建设开发提供专项法律服务
- 担任深圳华侨城国际酒店管理有限公司常年法律顾问
- 担任深圳华侨城洲际大酒店常年法律顾问
- 担任深圳威尼斯皇冠假日酒店常年法律顾问
- 担任深圳海景奥思庭酒店常年法律顾问
- 担任深圳华侨城酒店集团有限公司常年法律顾问

(二) 城市建设基础设施

1. 特许经营项目

- 国家体育馆及奥运村特许经营项目：代表国家体育馆及奥运村特许经营项目的投资人国奥发展投资有限公司，自2009年起至2011年4月就特许权的解除与补偿和政府方面进行谈判。该项目是中国第一个将体育场馆和房地产开发结合在一起招标的BOT特许经营项目，也是第一个政府在特许权人没有违约的情况下政府方面提前收回特许经营权的项目，具有典型代表意义。
- 天津武清区“武清新城”综合开发BT项目：为天津“武清新城”35.5平方公里的一级土地开发、130万平方米村民回迁房安置以及园区道路等配套基础设施项目提供法律服务，项目投资额约80亿，其BT投资模式及管理成为天津一级土地开发及保障性住房的示范，是中国农村城市化进程中的成功典范。

- 贵阳市东部新城“四路四沟”、土地一级开发及回迁房建设BT项目：为贵阳市东部新城“四路四沟”、及周边8000亩土地一级开发及回迁房建设提供法律服务，该项目采用BT模式，项目总投资达到人民币35亿。

- 西安沣渭新区项目：为西安沣渭新区项目基础设施建设及配套开发项目提供法律服务，其中沣渭三角洲湿地公园、污水处理厂、园林景观、市政道路工程等采用BOT、BT多种投资模式，总投资额约100亿元人民币。

2. 成片土地开发项目

- 北京市顺义区北石槽镇西部地块整体开发项目
- 北京市垡头文化休闲产业区核心区
- 北京市门头沟赵家洼村等一系列土地一、二级开发项目
- 海南乐东龙腾湾土地一级开发项目
- 广西钦州茅尾海综合整治工程填海造地开发项目

3. 交通基础设施项目

- 担任上海申通地铁集团有限公司常年法律顾问
- 担任辽宁省机场管理集团公司常年法律顾问
- 为深圳市路桥建设集团在深圳地铁第一期、第二期交通疏解项目提供法律顾问服务
- 为中国交通建设股份有限公司承建的河北黄骅港项目提供法律服务

四、银行、金融及私募投资业务

过去一年，本所继续活跃于金融市场，多个企业发行公司债、短期融资券及中期票据等金融衍生品提供法律服务，为企业集团财务公司、不良资产处置及破产清算项目提供金融法律支持、担任多家商业银行、资产管理公司、私募股权基金的常年法律顾问，主要包括：

(一) 金融衍生品业务

- 为华侨城集团公司发行2010年度第一期、第二期44亿元短期融资券和第一期20亿元中期票据提供法律服务
- 为香港华侨城有限公司10亿元人民币债发行提供专项法律服务
- 为中粮集团发行2011年度第一期10亿元短期融资券及第二期20亿元中期票据提供法律服务
- 为海南省发展控股有限公司发行公司债券项目提供专项法律服务

(二) 私募股权融资业务

- 为北京怡成生物电子有限公司私募股权融资提供法律服务
- 协助德同资本成功完成百年栗园1亿元融资项目
- 担任硅谷天堂创业投资有限公司常年法律顾问
- 为凯晨资本有限合伙基金发行及私募股权投资业务提供法律服务
- 为光大金控资产管理有限公司首家股权投资基金提供专项法律服务
- 为智基创投作为领投投资人参与某红筹架构的教育机构C轮融资提供法律服务

(三) 银行、财务公司及资产管理公司业务

- 担任平安银行总行常年法律顾问
- 担任国投财务有限公司常年法律顾问并为其增资扩股项目提供法律服务
- 为中信银行股份有限公司信用卡中心提供常年法律顾问服务
- 为中国信达资产管理公司5.7亿元债权处置项目提供法律服务
- 为平安置业投资有限公司通过四川信托有限公司、平安信托有限公司发放信托贷款项目提供法律服务
- 担任深圳市华来利小额贷款股份有限公司、深圳市富海荣基投资担保有限公司常年法律顾问

- 为深圳市汇信通投资担保有限公司提供法律顾问服务
- 为深圳市又一居担保有限公司提供法律顾问服务
- 担任中国储蓄银行昌平支行的常年法律顾问

(四) 金融资产处置业务

- 代表深圳市兴创业科技有限公司完成广州合银广场公司的巨额债务重组暨股权投资项目
- 成功完成的深圳妈湾电力公司投资的湖南某公司清算项目,历时7年
- 为中国最大的破产案件南方证券股份有限公司破产案件提供攻坚收尾阶段的证券资产的清理和处置工作

五、 保险业务

过去一年,本所为多家保险公司提供险公司设立、保险产品的设计、保险理赔与代位追偿、再保险、保险资金运用等全方位保险法律服务,同时保险专业团队进一步扩张,还有来自中国人寿内部法律顾问的加盟。代表性客户包括:

- 中国太平保险集团
- 中国平安财产保险股份有限公司
- 中国再保险(集团)股份有限公司
- 安邦财产保险股份有限公司
- 民安保险(中国)有限公司

六、 环境资源与能源业务

作为环境、资源及能源领域的先行者,过去一年,本所继续服务于政府环境主管部门、国内外大型企业以及国内外的环保组织和机构,包括具体的项目、个案服务以及行业规章、国家法律等规范性文件的制定和修改等多个层面,表现卓越。

- 为中国四大国有石油公司之一的中化集团公司的全资子公司——中化石油有限公司在大连、山西等地的油库和加油站收购项目提供法律服务,为客户提

供从前期的合作意向谈判、尽职调查、到商务谈判、资产交割等全过程、全方位的法律服务；

- 担任环境保护部信息中心常年法律顾问，为其投资额约10亿元的“国家环境信息与统计能力建设项目”提供全过程法律服务，这是由中央投资的全国范围内实施的信息化项目，采用政府采购的方式进行；
- 连续第6年担任北京市环境保护局常年法律顾问，为其提供日常行政执法行为中的疑难问题咨询，重大问题决策过程中的法律论证，规范性文件的起草、修订，一年一度的规范性文件清理以及职权梳理、更新，代理行政诉讼案件、协助进行行政复议答辩等法律服务；
- 受商务部委托介入“美国、欧盟、墨西哥诉中国原材料出口限制措施WTO争端”解决，为中方在专家组阶段的书面抗辩材料准备，负责中国环境保护制度、节能减排情况等基础资料方面的应对工作；
- 作为中国核能行业协会理事会成员，为中国核能协会组织及近300家涉及核能设施建设运营的企事业单位会员提供法律支持及服务；并作为唯一的律师代表，参与《原子能法》起草工作。

七、国际业务

本所的国际业务团队在过去一年得到了规模性扩张，不仅本所的资深律师前往美国康奈尔大学、华盛顿大学深造，还吸引了来自国际知名律师事务所资深律师的加盟，以及一批毕业于美国、法国、德国高等法学院校的优秀毕业生，共同服务于跨境投资、收购、反垄断等国际业务。服务客户包括：

- 宝洁公司
- 微软(中国)有限公司
- 戴尔(中国)有限公司
- 沃尔沃(中国)有限公司
- 欧瑞莲化妆品(中国)有限公司
- 哈佛大学
- 美国著名休闲服饰品牌Abercrombie&Fitch (A&F)

- 香港瑞安房地产有限公司

- DB&B工程设计公司

- 数个外国公司资产收购、国际销售代理、国际贸易案件

八、IT及高科技业务

过去一年，本所时刻关注信息技术的发展、行业演进及政府监管的变化所带来的法律影响，受聘担任多个知名IT公司的法律顾问，为其融资、投资、并购、上市和知识产权等业务提供法律服务，主要包括：

- 担任国有特大型高科技企业中国航天科工集团公司法律事务服务机构
- 担任戴尔(中国)有限公司常年法律顾问
- 为微软(中国)有限公司提供反盗版侵权法律服务
- 担任北京爱国者存储科技有限公司常年法律顾问
- 担任美国福瑞博德软件开发(深圳)有限公司常年法律顾问服务

九、知识产权业务

知识产权是万商天勤的特色法律服务业务，设有专门的知识产权事务所、维权诉讼的知识产权部，汇集了一批在不同技术领域具有丰富专业经验的知识产权代理人以及技术和法律复合型人才。过去一年，本所为多家企业提供涉及专利、商标、著作权、计算机软件、网络维权以及商业秘密保护、反不正当竞争等各个方面的法律维权服务，主要包括：

- 为微软(中国)有限公司提供反盗版侵权法律服务
- 代表爱国者诉惠普与东芝专利侵权案胜诉受到高度关注，被称为2010年中国知识产权维权第一案
- 代表方大集团股份有限公司诉日本松下专利侵权案
- 代理民安保险(中国)有限公司应诉美国Getty Images公司著作权纠纷案
- 代理民安保险(中国)有限公司委商标权纠纷案
- 代理海王集团股份有限公司诉台湾统一药业商标侵权案

- 代理深圳市华侨城威尼斯酒店有限公司商标权纠纷案
- 代理金蝶软件(中国)有限公司诉用友软件公司不正当竞争案

十、诉讼与仲裁业务

凭借丰富的国际、国内诉讼及仲裁经验,过去一年,本所代表若干国内外客户为其涉及证券、金融、工程、知识产权等各类纠纷,提供了富有建设性和操作性的解决方案或法律建议,主要包括:

- 代表爱国者诉惠普与东芝专利侵权案大获全胜
- 代理美国某公司资产收购纠纷事宜
- 代理广东现代国际展览中心纠纷案在最高人民法院获得全面胜诉
- 成功代理厦门中信酒店股权转让纠纷在最高人民法院再审案
- 成功为美国公司资产收购、国际销售代理、国际贸易、美国伊州联邦法院诉讼等事宜提供专项法律服务
- 受方大集团委托诉某跨国公司侵犯专利的案件取得实质性进展
- 代理深圳东部华侨城有限公司“6.29事故”责任调查
- 代理上海开开实业股份有限公司应对光大银行、广东发展银行等票据纠纷诉讼
- 代理深圳市航天广宇实业有限公司与中电国合公司不当得利纠纷案件
- 代理收购深深宝解除合同纠纷仲裁案
- 代理曲靖市东方置地实业有限公司诉讼案件
- 代理惠州市东江湾房地产开发有限公司诉讼案件
- 代理金蝶软件(中国)有限公司仲裁案件
- 代理北京天平房地产开发有限责任公司乐府江南工程纠纷案
- 代理丰台区产业园某酒店公寓数亿元工程纠纷案

- 代理江苏省南通六建集团有限公司混凝土购销合同纠纷案

过去一年,本所整体业务稳步增长,取得了可喜的发展与突破,本所的质量控制和风险防范机制,获得了良好的市场反馈,不断赢得客户的信赖和肯定;放眼未来,与客户、团队携手奋进的征程,我们心怀责任、满怀信心!

CHINA LAW UPDATE 新法导阅

Circular 19, New Foreign Exchange Rules for Round-trip Investment

返程投资外汇登记新规19号文



邱建



朱永春

On May 27, 2011, the State Administration of Foreign Exchange of China (“SAFE”) promulgated new operational rules (Huifa [2011] No.19) (“Circular 19”) for implementation of the Circular on Issues concerning Domestic Residents’ Financing and Round-trip Investment through Special Purpose Vehicles (Huifa [2005] No. 75) (“Circular 75”). Circular 19 explicitly states that it shall prevail over previous operational rules in relation to Circular 75, such as the Operational Rules (Huizongfa [2007] No.106) and the Operational Rules (Huizongfa [2009] No.77) and the Administrative Licensing Catalogue of SAFE (Huifa [2010] No.43). Circular 19 will take effect as of July 1, 2011.

2011年5月27日,国家外汇管理总局(“外管局”)发布了《国家外汇管理局关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》(汇发[2005]75号) (“75号文”)的新操作规程(汇发[2011]19号) (“19号文”),于2011年7月1日起实施。在此之前,外管局就75号文的执行和适用的相关问题发布过操作规程(汇综发[2007]106号)以及《资本项目外汇管理业务操作规程(2009年版)》(汇综发[2009]77号)及《国家外汇管理局行政许可项目表》(汇发[2010]43号)等系列文件。19号文指明了在75号文操作规程方面应以19号文为准。

Generally speaking, Circular 19 provides more transparent and practical guidelines for foreign exchange registration in connection with round-trip investment. We

set out below major changes in the new circular for readers' consideration:

19号文对返程投资的外汇登记规定得更加明确、更具有可操作性,下面是我们对其主要变化的总结,供读者参考:

1. Detailed and Comprehensive Operational Rules

1. 详实的操作规程

Circular 19 mainly consists of three sections of registration rules: (i) foreign exchange registration rules on the establishment of special purpose vehicles ("SPV") by domestic resident individuals and round-trip investment by such SPVs; (ii) foreign exchange registration rules in relation to foreign-invested enterprises ("FIE"); and (iii) the foreign exchange registration rules of overseas investment by domestic entities. We can appreciate that SAFE intends to cover most (if not all) application scenarios under each subject. For instance, Section 1 of Circular 19 set forth six scenarios in relation to the establishment of SPVs and SPV's round-trip investment in China, i.e., the establishment of SPV, change of SPV's registration, establishment or acquisition of domestic enterprises by SPV, repatriation of a domestic resident individual's proceeds from an SPV's capital change, cancellation of SPV's registration, and corrective registration. Furthermore, in respect of each application scenario, Circular 19 tries to detail specific legal basis, application documents, approval criteria, and authority of local counterparts of SAFE. Compared with previous rules, we believe Circular 19 is more transparent and practical for local counterparts of SAFE and applicants to understand and apply.

19号文的注册规程主要包括三部分:(1)境内居民个人特殊目的公司设立及有关返程投资的有关外汇登记;(2)外商投资企业的有关外汇登记;和(3)境内机构境外投资有关外汇登记。我们理解,外管局有意对每一部分规程下的大多数(若非全部)情况进行规定。例如,19号文的第一部分对特殊目的公司的设立和返程投资制定了特殊目的公司的设立、变更登记、设立或并购境内企业、境内居民个人资本变动收入

入账核准、注销登记、补登记等六种情况,且每种情况都分成“法规依据”、“审核材料”、“审核原则”和“授权范围”四项。我们相信19号文比之前的规定更透明和实用,较为容易被地方外管局和申请人理解和选择适用。

2. New Concept of "Non-SPV Round-trip Investment"

2. “非特殊目的公司返程投资”概念的提出

Besides "SPV Round-trip Investment", Circular 19 explicitly puts forward the concept of "Non-SPV Round-trip Investment". That is, where a domestic resident individual conducts direct investment in China through non-SPV, the individual is not required to go through the formalities for the SPV registration for the oversea enterprise; but the concerned enterprise shall be marked as "Non-SPV Round-trip Investment" in the foreign exchange administration information system for direct investment. In the past, the Non-SPV Round-trip Investment had already been recognized in practice, though it is the first that such concept is adopted in the regulations. On the other hand, Circular 19 only provides generally that "Non-SPV Round-trip Investment" refers to the direct investment in China conducted by domestic resident individuals through oversea enterprises not falling into the scope of the "SPV" as defined in Circular 75. In light of the fact that the definition of SPV per se is not crystal clear, SAFE may want to further clarify the difference between SPV and Non-SPV in the future.

19号文在“特殊目的公司返程投资”之外,明确提出了“非特殊目的公司返程投资”的概念。如果境内居民个人通过非“特殊目的公司”已对境内进行直接投资的,境内居民个人无需为该境外企业办理特殊目的公司登记,但在直接投资外汇管理信息系统中将其标识为“非特殊目的公司返程投资”。在以往的实际操作中,非特殊目的公司返程投资已被认可。19号文首次以书面的方式明确提出“非特殊目的公司返程投资”的概念并说明其不同的操作要求,具有更为明确的指导作用。但是,19号文只是笼统地说“非特殊目的公司返程投资”系指境内居民个人通过不属于75号文所指“特殊目的公司”性质的

境外企业对境内进行直接投资。由于特殊目的公司的定义并不清晰,外管局可能需要进一步细化“特殊目的公司”与“非特殊目的公司”之间的甄别点。

3. Principle of “Punishment before Registration”

3. 明确“先处罚,后补办登记”的原则

In reality, some Chinese domestic individuals set up SPVs and conducted round-trip investment through the SPVs without handling the required registration procedures in advance as required in Circular 75; and, some others conducted non-SPV round-trip investment without handling required foreign exchange registration procedures. As for such individuals and related enterprises violating Chinese foreign exchange regulations, different local foreign exchange authorities had different opinion in deciding whether they should be permitted to handle corrective foreign exchange registration procedures and even if permitted, different authorities might have great discretion on criteria and requirements for relevant corrective registration procedures.

在以往实务中,一些中国境内个人设立特殊目的公司和返程投资时并没有按75号文的规定提前办理外汇登记手续,其他通过非特殊目的公司的返程投资也未进行外汇登记手续。对于不合规的个人和企业是否准许办理外汇补登记,不同的地方外汇管理部门有着不同处理方式,而且对于补登记的条件和要求也不尽相同。

Circular 19 makes clarification in respect thereof that corrective registration procedures shall be handled, depending on the result of non-compliance investigation exercised by the foreign exchange authority, in accordance with the principle of “Punishment before Registration”.

19号文对此进行了明确,规定根据外汇检查部门的审核情况按照“先处罚,后补办登记”的原则办理有关外汇补登记。

The foreign exchange authority's investigation includes essentially: (i) legality of formation or acquisition of overseas equity; (ii) material change to overseas capital and equity;

(iii) whether the FIE established in the round-trip investment made any false commitment when going through the foreign exchange registration formalities; and (iv) legality of profit distribution to overseas shareholder(s) made by the FIEs established in the round-trip investment. In light of the provisions of Circular 75 and pertinent regulations, where a domestic resident commits evasion of foreign exchange, the most severe punishments may include (i) order for repatriation of the foreign exchange; (ii) administrative fine up to the concerned amount of evaded foreign exchange; and/or (iii) criminal liabilities.

外汇检查部门的审核要点包括:(1)境外权益形成的合规性、(2)境外实质性资本和股权变动、(3)返程投资设立的外资企业外汇登记是否存在虚假承诺及(4)返程投资设立的外资企业向境外支付有关收益的合规性。根据75号文的规定和有关规定,如果境内居民构成逃汇的,最严重的处罚结果可能包括(1)要求调回外汇;(2)等值以下的罚款;和(3)构成犯罪的,依法追究刑事责任。

4. Simplified Registration Requirements for Establishment of SPV

4. 特殊目的公司设立登记的要求更加简化

As required in previous regulations, when a domestic resident individual applies for the establishment of an SPV, he shall provide the latest accounting and financial audit report of the domestic enterprise concerned as well as the relevant business plan (including the description of financial conditions of such domestic enterprise for the latest three years). Such requirement leads to that in practice, the domestic enterprises are required to have been established for a period of not less than three years; otherwise, the registration for establishment of the proposed SPV will not be allowed (while in practice, there are circumstances under which registration might still be possible in that event, the applicant may have to comply with more stringent requirements and spend more time and expenses handling the whole process).

根据之前的要求,境内居民自然人申请设立特殊目的公

司, 需要提供境内企业最近一期的会计财务审计报告, 且应提供商业计划书 (包括境内企业近3年财务状况的描述)。该项要求导致在实务中, 一般要求境内企业成立满三年; 如果境内企业成立不满三年, 则原则上不允许 (在实际操作中虽亦允许登记, 但审核要求较为严格, 登记过程通常耗时更长, 费用亦更高)。

In contrast, Circular 19 does not require an applicant to submit the financial audit reports and business plan. In addition, the circular states that, if the domestic enterprise has not been established, the applicant may instead provide a written statement with the consent of all domestic equity owners on overseas financing. Literarily speaking, Circular 19 seems to have cancelled the requirement that domestic enterprise must has been established for a period of no less than three years, though such understanding is definitely subject to confirmation in practice after Circular 19 takes effect.

相比之下, 19号文并未要求提交财务审计报告和商业计划书作为审核材料, 而且规定境内企业尚未设立的, 申请人提供境内权益所有人同意境外融资的书面说明也可。仅从文字解读, 19号文似乎已取消了对境内企业需设立满3年的要求。当然, 这一点尚需19号文生效后的实践予以确认。

5. Overseas Direct Investment by Domestic Entities

5. 境内机构境外直接投资

Circular 19 set forth special rules of foreign exchange registration for overseas direct investment by domestic entities, but without details in connection with domestic entities' overseas financing and round-trip investment through SPVs. The reason is probably because the round-trip investment by domestic entities requires approval by the Ministry of Commerce ("MOFCOM") and thus SAFE will mainly rely on the approval opinion of MOFCOM when concerning the legality of domestic entities' round-trip investment through SPVs.

19号文对境内机构境外直接投资的外汇登记规定了专门

的操作规程, 但是只有少量内容涉及到境内机构通过特殊目的公司境外融资及返程投资。可能因为境内机构通过特殊目的公司返程投资需要商务部的审批, 故对于境内机构通过特殊目的公司返程投资的合规性, 外管局主要依赖于商务部的审批意见。

保险资金通过债权投资计划 投资政府土地储备项目操作模式探讨



王霁虹



高磊

【摘要】

随着中国保监会对保险资金投资渠道的逐步放开，保险资金可以通过债权方式、物权方式和股权方式投资包括土地储备项目在内的各种不动产，而通过债权方式以其风险小、周期长、收益有保障等优势，更符合中国保监会对保险资金投资的监管要求。本文作者根据目前中国法律的相关规定以及相关实践操作，对于保险资金以债权投资计划投资土地储备项目的相关操作模式进行对比分析，探讨保险资金投资土地储备项目最为安全、最有保障的操作模式。

【关键词】

保险资金 债权投资计划 土地储备项目

随着中国保险业日臻成熟，保险业聚集资金的功能得到了较为充分的发挥，截至2010年12月底，中国保险业总资产突破5万亿元，保险资金运用余额达到4.6万亿元。随着新《保险法》的实施以及《关于保险资金投资基础设施债权投资计划的通知》的印发，保险资金的运用渠道进一步加宽，各大保险公司均在积极热身、抢占不动产投资领域。尤其在2010年《保险资金投资不动产暂行办法》出台后，保险资金可以通过债权方式、物权方式和股权方式投资包括政府土地储备项目在内的各种不动产。在这几种投资方式中，债权投资计划方式投资政府土地储备项目，以其风险小、周期长、收益有保障等优势，更符合保监会对于保险资金投资不动产的监管要求，也更有利于保险公司规避投资风险以及保险资金的保值增值。

一、政府土地储备项目债权投资计划及主要参与主体

以债权投资计划方式投资政府土地储备项目的实施流程为委托人委托受托人设立债权投资计划，由受托人与资金使用人签订《债权投资计划投资合同》，由担保方对资金使用人按期归还本息提供担保，委托人通过托管人向资金使用人发放资金，债权投资计划到期后，资金使用人向托管人支付资金本息，托管人将资金本息划付受益人，受益人同时委托独立监督人对受托方及资金使用人进行监督。因此，债权投资计划的

主要参与主体包括投资计划的委托人、受托人、受益人、资金使用人、担保人、托管人及独立监督人。

1、委托人，在投资计划成立前，指中国保监会核准的将保险资金委托给受托人以设立投资计划的保险公司、保险集团公司或保险控股公司；在投资计划成立后，指实际向托管账户缴纳了委托资金的保险公司、保险集团公司或保险控股公司。

2、受托人是指根据投资计划约定，按照委托人意愿，为受益人利益，以自己的名义投资基础设施项目的信托投资公司、保险资产管理公司、产业投资基金管理公司或者其他专业管理机构。

3、受益人是指合法持有投资计划受益权份额并登记在投资计划受益人名册的人，包括投资计划成立时由委托人指定的受益人以及日后通过转让、继承或其他合法方式拥有受益权份额的人。受益人可以是委托人、受托人以及委托人指定的第三方，如委托人的子公司等。

4、资金使用人是指债权投资计划的项目管理人，在土地储备项目中，通常指具备土地一级开发资质的开发公司（以下简称“开发公司”）。

5、担保人是为债权投资在《担保函》/《担保合同》生效后享有和承担担保人权利和义务的人，即为资金使用人履行《债权投资计划投资合同》而提供担保的第三方，通常是比较有实力的企业，如央企或评级较好的金融机构。

6、托管人是指根据投资计划约定，由委托人聘请，负责投资计划财产托管的商业银行或者其他专业金融机构。

7、独立监督人是指根据投资计划约定，由受益人聘请，为维护受益人利益，对受托人管理投资计划和项目方具体运营情况进行监督的专业管理机构。

二、保险资金债权投资计划投资政府土地储备项目的操作模式

根据目前中国法律的相关规定以及相关实践操作，我们认为保险资金通过债权投资计划投资政府土地储备项目可以

采取四种模式：

（一）保险资金直接投入，受托人不参与开发

该模式下受托人按照委托人的委托设立债权投资计划，直接将保险资金通过债权投资计划投入到具有土地一级开发资质的公司，担保人为开发公司按期归还本息提供担保，托管人将保险资金发放给开发公司，开发公司利用该部分资金在独立监督人的监督下，按照其与受托人签订的债权投资计划进行开发建设，债权投资计划到期后将本息支付托管人，托管人再将本息划付受益人。

上述模式被称为“保险资金直接投入”模式，该种模式法律关系相对简单，易于操作，风险相对较低，但该模式下收益相对固定，利润空间相对狭小。该模式操作的关键是把握担保人的担保能力，因此建议实施之前需要对资金使用人及担保人进行充分的尽职调查。

（二）保险资金直接投入，受托人直接参与开发

受托人按照委托人的委托设立债权投资计划，直接将保险资金通过债权投资计划投入到具有开发资质的公司（以下简称“开发公司”），受托人与开发公司组成联合体，共同进行土地一级开发，共同分享开发利润。该模式下，受托人可以分享一部分土地一级开发的利润，保险资金的利润空间比上一种模式更大，但与此同时，受托人也将承担土地一级开发阶段过程中的开发风险。不过，该等风险可通过与联合体其他方和政府之间的合同条款设计及谈判来得到有效控制。

（三）保险资金间接投入，受托人间接参与开发

该模式下受托人按照委托人的委托设立债权投资计划，受托人将保险资金通过债权投资计划投入受托人与开发公司共同出资设立的项目公司，由项目公司具体负责项目开发，受托人与开发公司作为项目公司的股东，共同分享开发利润。该模式下，受托人不仅可以分享一部分土地一级开发的利润，而且受托人作为项目公司的股东，其就土地一级开发阶段的开

发风险承担有限责任,相对于第二种模式下联合体之间的连带责任而言,受托人承担的开发风险较小。但与此同时,项目公司短期内能否取得开发资质,也是该种模式下面临的一个难题。

(四) BT特许经营模式

特许经营融资模式是指政府将传统上由政府负责投资建设的基础设施项目,特许由社会投资者(包括国有企业、私营企业、外商投资企业等)进行投资建设,并在一定的特许期限内享有基础设施项目的运营权与收益权;或通过直接由政府回购的形式,实现政府通过融资完成基础设施建设的一种新型的基础设施建设融资模式。常见的特许经营融资模式有BOT模式、BT模式、TOT模式等。

BT模式是从BOT模式发展而来的一种基础设施建设融资模式。BT是英文Build-Transfer(建设-转让)的缩写,其基本含义是指政府与社会投资者签订特许协议,将某一基础设施项目特许交由社会投资者负责投融资及建设,项目竣工后,特许权人将项目移交给政府或其授权机构,政府在约定的期限内向特许权人支付相应的回购款。采用BT模式进行基础设施的融资,可以大大缓解短期内政府承受的基础设施巨额投资压力,并分散基础设施的建设风险。由于BT融资模式不涉及项目的运营权,项目竣工政府即可进行回购,因此,对于土地一级开发项目,可以采用BT模式进行融资建设。

在以BT特许经营模式投资土地一级开发项目的模式下,受托人与开发公司依法获得开发项目的BT特许经营权并共同组建项目公司,受托人通过债权投资计划将保险资金投入项目公司,由项目公司与政府签订BT特许经营合同,合同中明确约定项目公司的开发成本和开发利润。在项目开发过程中,项目公司负责开发建设资金的筹措、投入和施工建设,项目竣工后,项目公司将项目交付政府,政府获得已建成项目的所有权,并向项目公司支付相应的项目回购款,而回购款的支付方式基本上是在项目完工后分次支付,回购期通常为三至五年。政府方负责就向项目公司支付项目回购款依法提供相应的担

保。同时,政府方负责落实开发项目的回购资金,如将回购款的支付列入政府投资的中长期规划及各回购年度的财政预算支出计划,并提供相应人大、政府相关部门出具的正式文件。政府方将回购款支付项目公司后,项目公司按照债权投资计划将本息支付托管人,托管人再将本息划付受益人。

与上述其他三种模式相比,该种模式下保险资金的安全性和增值空间更有保障,具体表现在以下方面:

一是在与政府签订BT特许经营合同时,地方政府必须落实项目的回购资金,即将回购资金纳入地方政府的中长期投资规划以及年度预算支出计划,并提供地方人大的批复文件以及政府财政部门的书面承诺。实践中,有些地方还可以为支付投资人回购款设立财政专户,把部分土地出让收益、部分地方税收收入等地方收入进入地方国库后,直接划转到支付投资人的回购款专户,每季度还向投资人出具专户的结余情况。因此,BT特许经营模式下,保险资金的安全性是相当高的,符合中国保监会关于保险资金安全性的监管要求。

二是政府通常要对回购项目提供担保,在实际操作中,具体的担保形式主要有银行出具的保函、地方国有企业提供的连带责任保证等。除以上具有法律效力的“硬”担保外,实践中还存在一些“软”担保,即不具有严格法律效力但包含政府信誉在内的一些政府承诺,如:个别地方政府会承诺投资人可以进行土地的一二级联动开发;也有的地方政府会划定一定面积的“毛地”,并承诺在该片土地最终出让后的土地出让金优先支付投资人的回购款等。在政府上述“软”、“硬”担保的共同实施下,政府的回购款支付是有可靠保障的,能够保证项目公司按期收到回购款,并按债权投资计划的约定将保险资金的本息通过托管机构划付受益人。

三是在与政府签订BT特许经营合同时,项目公司可以与政府就投资利润以及税收优惠进行协商。由于目前,中国没有统一的基础设施特许经营的法律法规,各地方政府对于基础设施特许经营的理解也各不相同,因此,对于项目开发的成本构成、投资收益、税收优惠等都具有较大的谈判空间,对于保险资金的保值增值也是大有可为的空间。

综上所述, 保险资金通过债权投资计划, 并以BT特许经营模式投资土地一级开发项目, 对于保险资金的安全性及保值增值的需求相对来讲是最有利的, 但是该种模式下, 法律关系较为复杂; 同时, 是否熟悉项目所在地的地方规定以及地方政府对于BT特许经营模式的关注点及谈判底线, 对于受托人能否争取到最大的投资收益是至关重要的。若受托人聘请专业的中介机构, 将达到事半功倍的效果。

创业板公司上市前 员工持股安排的方式及相关案例



毛国权



封 堃

【摘要】

拟上市公司实施员工持股，一般有自然人直接持股、通过特殊设立的公司间接持股、自然人直接持股与特殊设立的公司间接持股并存、通过合伙企业持股等四种安排方式，不同方式各有需注意的不同法律问题。

【关键词】

公司上市 员工持股 直接持股 间接持股

很多公司在上市前，对一部分核心员工实施持股计划，通过特定的安排让公司核心员工获得一定数量的股权，以更好地调动公司核心员工的积极性及创造性，完善公司法人治理结构，使核心员工与公司利益共享、风险共担，为公司上市、更好发展打下良好的基础。

根据创业板已上市公司的信息披露，上市前员工持股的安排方式有以下几种：

一、自然人直接持股

自然人直接持股是目前较为普遍的模式之一，核心员工以本人的名义、通过拟上市主体增资扩股、或者受让原股东股权的方式直接持有拟上市主体的股份或股权。

需注意的是：

1、拟上述主体在有限公司阶段，其股东人数合计不得超过50人；在股份有限公司阶段，其股东人数合计不得超过200人；

2、根据公司法的规定，股份公司设立后一年内发起人持有的股份不得转让，新股东只能通过认购股份有限公司新增股份的方式获得拟上市主体的股份；

3、如果拟上市主体为外商投资企业，在有限公司阶段，除依据一些地方的特殊政策外，国内自然人一般不能直接成为其股东；在股份有限公司阶段，根据2009年7月3日《商务部办公厅关于答复浙江向日葵光能科技股份有限公司向境内管理层人员增发股份问题的函》（商办资函〔2009〕173号）：“现行外商投资企业法律法规和规章对已设立的外商投资股份公

司向境内自然人定向增发股份无禁止性规定”。

案例1: 蓝色光标 (300058)

1、基本情况

蓝色光标改制前, 2007年11月, 大股东转让股权, 股东由6人增加为46人。改制后, 2008年3月, 股东大会审议批准了向孙陶然等96人以每股2元的价格发行股份, 共计发行300万股, 蓝色光标注册资本增加至5300万元。

2、持股特殊约定或安排

根据披露文件, 除实际控制人外, 蓝色光标与作为核心员工的股东签署了《股权售予协议》或《股份转让协议书之补充协议》, 对该等股东持有的股份作了特别约定, 主要条款包括如下:

若股东出现以下情形之一的, 应将其持有的全部或部分股份按一定价格出售给法定代表人; 如果届时法定代表人由于法律的或任何其他原因无法购买, 则股东将其持有的全部或部分股份以一定价格换算成现金赔偿给法定代表人:

- 在协议服务期内提前解除劳动合同;
- 不能胜任所任职工作岗位, 被公司予以降职;
- 存在违反国家规定或公司规章制度的行为, 损害公司利益或声誉, 被公司予以降职;
- 存在法律规定不得担任公司管理人员或不得持有公司股份情形;
- 严重违反公司规章制度, 致使公司与之解除劳动合同;
- 严重失职, 营私舞弊, 给公司利益造成重大损害, 致使公司与之解除劳动合同;
- 同时与其他用人单位建立劳动关系, 致使公司与之解除劳动合同;
- 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危, 使公司在违背真实意思的情况下签署或变更劳动合同, 致使劳动合同无效;
- 被依法追究刑事责任的, 致使公司与之解除劳动合同。

蓝色光标法定代表人赵文权出具了《关于〈股权售予协议〉赔偿条款的相关事宜声明》, 如有因发生上述情形且遵循协

议约定而产生的赔偿金, 赵文权将代公司收取, 并转为公司营业外收入, 赵文权不得占有。

案例2: 康芝药业 (300086)

1、基本情况

2007年9月, 康芝药业控股股东宏氏投资将其所持有的中瑞康芝(康芝药业前身) 7.22%的股权按照原值分别转让给陈惠贞等14名中瑞康芝员工。

就上述股份的管理与转让, 宏氏投资与14名自然人均同意按照《海南中瑞康芝制药有限公司员工持股管理办法》执行。

2、持股特殊协议或安排

《海南中瑞康芝制药有限公司员工持股管理办法》主要内容如下:

A、为加强凝聚力, 建立有效的激励机制。宏氏投资同意将其持有康芝药业部分股权按1元/股的价格转让给康芝药业高管和核心技术人员;

B、员工股东均应书面承诺: 康芝药业拟发行股票并上市, 自康芝药业股票在证券交易所挂牌交易之日起按照相关规定锁定三年, 三年锁定期满之前, 员工股东所持股票不得流通;

C、员工股东在康芝药业劳动合同关系存续期间, 若存在未经康芝药业同意擅自解除与劳动合同关系及因不能胜任公司岗位, 考核不合格等原因被康芝药业开除, 解聘等情况, 该员工股东应将其所持康芝药业全部股份按照购买股权的成本价格直接转让给股东宏氏投资或由其指定的其他内部股东;

D、员工股东与康芝药业劳动合同期满, 并在康芝药业工作满三年者, 其持有康芝药业的股权不做变更;

E、员工股东在与康芝药业劳动合同关系存续期间, 其所持股权不得赠与任何第三方。

二、通过特殊设立的公司间接持股

通过特殊设立的公司, 来安排员工间接持股的模式也较为普遍。通常做法是核心员工出资设立一个特殊目的的公司, 通过受让原股东股权或对拟上市主体增资扩股, 使该特殊设立的公司成为上市主体的股东。

在这种模式下, 需要注意的是:

1、特殊设立的公司一般是有限责任公司,在员工持股人数超过50人之时,法律上来说也可以是股份有限公司,但股份有限公司不宜限制股东的股份转让;

2、通过特殊设立的公司间接持股,特别是对于有限责任公司形式的公司而言,可以通过在其章程中作出特殊规定,更方便地限制和管理员工的股权变动、扩大或者减少员工持股安排的受益人群,而不影响拟上市主体本身的股本结构。而拟上市主体为中外合资企业之时,则可以规避中国自然人不能直接成为中外合资经营企业股东的限制;

3、在税务上,存在特殊设立的公司层面与员工层面的双重纳税负担,特殊设立的公司本身也需要一定的运行成本,将导致员工的投资收益降低;

4、不能规避拟上市主体股东人数不得超过200人的规则,核心员工通过特殊设立的公司间接持股的,拟上市主体股东人数需要累加计算。

案例3: 恒泰艾普(300157)

1、基本情况

志大同向是该拟上市公司的员工持股公司,主要用于激励公司的中高级管理人员和骨干员工。改制前,2009年2月,孙庚文等原股东将其在拟上市主体总计持有的7%股权,以原始出资价格转让给志大同向。

除持有拟上市主体股份外,志大同向没有经营其他业务,其第一大股东、第二大股东为拟上市主体的副总经理、财务负责人。

2、持股特殊协议或安排

根据志大同向的公司章程,该公司业务经营范围变更、认购上市主体的配股、股东间股权转让等重大事项都需要60%以上表决权通过。

案例4: 东方日升(300118)

1、基本情况

日升电器(东方日升前身)股东会通过决议:原股东林海峰将其持有的日升电器10%股权按照原注册资本面值转让给和兴投资。

和兴投资的股东均为东方日升高级管理人员、核心技术人员和重要员工,无实际控制人。

2、未披露有持股特殊协议或安排;

三、自然人直接持股与通过特殊设立的公司间接持股并存

在这种安排下,核心员工直接持股和通过特殊设立的公司间接持股并存,即有一部分员工直接持有拟上市主体的股权,有一部分员工通过特殊设立的公司间接持有。这种混合的模式可以针对不同核心员工的作用和特点,进行统筹考虑和安排。

案例5: 雷曼光电(300162)

1、基本情况

在雷曼光电召开的2009年第一次临时股东大会上,同意3名自然人、以及希旭投资对公司增资扩股;本次增资目的是对公司各级管理层及核心技术人员实施股权激励,以经审计的净资产作为本次增资的定价依据。

根据披露,希旭投资系雷曼光电员工持股公司(股东共计15人,为业务骨干),同次增资的自然人为公司高级管理人员,分别担任副总经理兼董事会秘书、财务总监、董事副总经理。

2、未披露有持股特殊协议或安排

案例6: 瑞凌股份(300154)

1、基本情况

瑞凌股份2009年第一次临时股东大会决议增加注册资本,由新股东理涵投资和自然人华刚出资,本次增资系对公司骨干员工实施股权激励。

理涵投资股东全部为瑞凌股份骨干员工;华刚系瑞凌股份副总经理、瑞凌股份子公司昆山瑞凌董事兼副总经理。

2、未披露有持股特殊协议或安排

四、合伙企业持股

目前,合伙企业已经被允许成为上市公司股东。合伙企业做股东可以避免双重征税,需要注意的:

1、与通过特殊设立的公司间接持股一样,通过合伙企业方式,也不能规避上市主体股东200人的人数限制;

2、合伙企业分为一般合伙企业、有限合伙企业,但如何

界定合伙人的权利义务关系、选谁做GP、LP、如何界定GP权利义务、如何确定股份控制权等方面是难点,存在一些不确定性。鉴于此,尽管在法律上没有问题,但截止最近,在实务上创业板及主板上市企业中合伙企业为股东的,全部都是创投机构,还没有发现有上市主体的管理层和员工持股的合伙企业,可能说明存在潜在的审批风险,另外也可能因为避税的目的过于明显。

五、员工持股安排应注意的几点

在上市前实施员工持股,应当注意如下几点:

1、需要根据上市主体的本身实际情况,例如实际控制人情况、股本结构、行业特点、员工意愿等,进行统筹安排,要有灵活性,实务上没有成规。

2、在改制前、有限公司阶段或者改制后、股份有限公司阶段,都可以,根据具体情况而定,但不能在有限公司整体变更为股份有限公司之时同时做。

3、具体人员、股权数额的分配是员工持股安排的关键环节,需尽量合理、公平、公开,在实际结果以及分配程序上满足大多数人的心理期望。

4、无论通过受让旧股还是通过增资控股获得新增股份,需要确保员工持股权益清晰明确,资金来源合法、股权转让款、出资款实际到位。

5、在员工持股安排中,对其权益变动、持股员工的权利和义务进行具体规定、特别是限制,需要慎重,例如包括员工持股的范围、人数、员工离职后股权的转让以及生效条件等。这类特殊约定或安排比较容易引起监管部门的关注,因此需确保:

(1) 持股员工均知悉协议或约定的目的和内容,签署协议是自愿的,各方意思表示真实;

(2) 协议或约定没有违反法律法规及其他规范性文件的强制性规定;

(3) 各方均需遵循公平、公正、合理的定价原则确定转让价格,确保员工离职后与公司不存在因履行协议而产生任何纠纷和潜在纠纷;

(4) 员工离职后的购回安排,不影响上市主体未来股权结构的确定性,不影响实际控制人的控制地位。

过期候不候

——也谈有限责任公司股东优先购买权行使期限



马婧



吴卿

【摘要】

《中华人民共和国公司法》自1993年出台以来,历经1999年、2004年的修正以及2005年的修订,被认为是“脱胎换骨的变化”,但无论是旧版还是新版,《公司法》对于股东优先购买权的行使期限均无明确的规定,也未进行明确的解释¹。这不仅使学界对享有优先购买权的股东如何在有效期限内行使权利持有颇多不同的观点,在实务操作过程中也引起了不少不必要的纠纷和麻烦。有鉴于此,我们拟通过在实务工作中的碰到的难题以及处理经验,在有限责任公司(非国有)股东优先购买权缺失法定行使期限的情况下,谈谈具体操作,供大家参考。

【关键词】

有限责任公司 股东优先购买权 期限

有限责任公司股东优先购买权,指的是有限责任公司股东在同等条件下对拟对外转让的股权所拥有的、优先于非股东第三方进行购买的权利。我国《公司法》将股东优先购买权作为法定权利进行了明确规定。但是,股东应当在何时行使优先购买权,股权正式转让前未行使的,之后是否还能主张呢?

《公司法》并未明确,有关《公司法》的三次司法解释也未提及。为此,我们试着根据以前遇到的案例谈谈优先购买权的行使期限。

需要说明的是,鉴于《企业国有产权转让管理暂行办法》第4条曾明确规定,“企业国有产权转让应当在依法设立的产权交易机构中公开进行,不受地区、行业、出资或者隶属关系的限制”,各产权交易所对该类股权转让的操作都有较为明确的公告流程和程序规则,因此,本文仅就一般有限责任公司股东优先购买权的行使予以分析。

一、千头万绪:一个小案子引起的困惑

(一) 案例情况

某一有限责任公司,其控股股东拟将其所持的股权全部转让给第三人。由于该公司三名股东均天南地北,召开一次临时股东会并不容易,考虑到时间成本,该股东此前就通过口头方式将转让意向和条件向其他股东告知,且并未直接得到任

1 1993年、1999年、2004年《中华人民共和国公司法》第35条均规定:

股东之间可以相互转让其全部出资或者部分出资。

股东向股东以外的人转让其出资时,必须经全体股东过半数同意;不同意转让的股东应当购买该转让的出资,如果不购买该转让的出资,视为同意转让。

经股东同意转让的出资,在同等条件下,其他股东对该出资有优先购买权。

何反对意见。

该控股股东认为,其对外转让股权应当不存在什么障碍,发书面通知只是一个走程序的问题。而根据公司章程,该类事项也可以通过书面投票的方式进行决议。为此,控股股东特安排该公司的法务人员起草了有关的临时股东会通知、议案、决议,同时也特别股权转让事宜为该股东出具了拟转让股权的书面通知及回执,有关转让条件告知函、放弃优先购买权声明等格式文件,一并发给其他两名股东。出人意料的是,其中一名股东始终未作出任何回应,也未将任何回执、声明及决议文件发回。

(二) 诸多疑问

由于此前过于相信自己的沟通能力以及对其他股东的绝对信任,发出的书面文件,均未设定任何回复期限,导致该控股股东在取得其他股东同意其对外转让股权一事上变得非常被动。

最后,该控股股东不得不寻求律师帮助。就本案事实,该股东提出了一系列的问题:其能否在未能拿到另外一名股东的同意函、声明、签发的决议文件的情况下,向第三人转让股权呢?法律规定的三十日的期限是否是股东同意对外转让的除斥期间呢?其能否就此认定未回复的股东同意本次转让呢?一旦对外转让,未回复的股东是否仍然能够主张优先购买权呢?股东的优先购买权何时过期呢?如果过期,是否其他股东仍然有权行使优先购买权呢?

一句话,股东优先购买权是否均需要有期限,如何设定期限,一旦期限到期,股东是候还是不候,回答这些问题,都需要从《公司法》的相关规定说起。

二、众说纷纭:对《公司法》72条的误读和误解

(一) 《公司法》72条一般规定

经2005年10月27日人大常委会修订、2006年1月1日施行的《中华人民共和国公司法》第72条是有限责任公司股权转让的一般条款。其中:

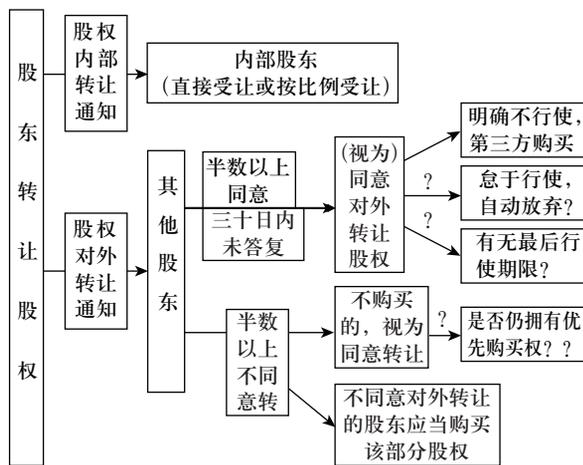
该条第二款就股东对外转让股权的程序进行了规定:“股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的,视为同意

转让。其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让”。

该条第三款就其他股东优先购买对外转让的股权进行了规定:“经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权”。

该条第四款赋予了股东对股权转让意思自治的权利:“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定”。

根据《公司法》第72条,我们大致可以画出如下操作图示:



(二) 需要澄清的几个问题

1、三十日不答复是否可认定为优先购买权的放弃

(1) 分析

我们发现,相较于修订前老《公司法》的规定,2005年新《公司法》增加了三十日未答复视为同意转让的条款。那么,该30日是否就是放弃股东优先购买权的期限呢?单从72条第二款规定来讲,我们无法作出肯定回答。

有一部分学者认为²,股东优先购买权的行使期限与不同意对外转让出资股东应当购买出资的义务履行期限是重合的。其理由是:如果把从收到转让事项的通知之日起三十日单纯地视为同意股权转让的期间,将导致其他股东因是否同意对外转让出资的态度不同,而使各自的优先购买权的行使期

² 《股东优先购买权涉诉问题研究》,高国华,中国法院网<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=121381>

限不一致。其他股东同意对外转让出资,意味着其在作出同意决定的时候,放弃在一定条件下的优先购买权。因为对外转让出资,亦即不向其他股东进行内部转让出资。其他股东如果在得知转让条件后意欲购买,应当作出不同意对外转让的决定,并进行购买,反之可以推定其不愿购买。

上述理解有其合理的地方。但是,我们可以发现,第2款规定不同意股东应当购买该股东转让的股权,是“应当”,也就是购买义务,这与股东享有优先购买权的权利相提并论,显然犯了混淆权利和义务的错误。

更重要的是,如果将其他股东同意对外转让出资等同于同时放弃优先购买权,那么,倘若拟转让一方发出的通知并未就转让条件、转让方式作出明确通知,无论其他股东是否作出反馈,三十日后即丧失了优先购买权,或者作出不同意对外转让,同意购买的反馈,但当转让方拿出具体的购买条件时,很可能会出现无法履行的情况。这不仅有失公允,增加企业决策成本,也使得72条第三款落入尴尬。

(2) 实践操作

实践证明,三十日不购买视为同意转让是否意味着优先购买权的放弃,答案也应该是肯定的。

我们在办理工商过程中还曾遇到这样一个案例:某有限责任公司自然人股东拟将其持有的股权全部转让给第三方,该转让事项已经其他过半数股东作出股东会决议。未参加决议的股东也提供了同意转让的书面文件,但该书面文件中并未有明确作出任何放弃优先购买权的声明。当时,该股东并未在意,第三方也与其签署了相关协议并履行了付款义务。

结果,在办理股权变更工商登记时,该股东因无法提交未出席股东会的该名股东放弃优先购买权的声明而不得不再次发函。可惜今时不同往日,未出席股东会的该名股东因为调整了发展方向,拟对该公司实行控股,趁机提出了购买股权的要求。由于对外转让的股东也并未取得其明确放弃优先购买权的声明,过户手续也无法正常办理。最后,该股东不得不将股权转让给该名股东,同时,还得对第三方承担违约责任。

就此,我们应该看到,三十日届满时、其他股东未就“是否同意转让”予以答复的行为,仅仅是处理是否同意对外转让股权这一程序,不能视为其他股东放弃优先购买权。即使取得其他股东签署的回执,也存在其他股东再根据72条第三款“对于同意转让的股权,同等条件下拥有优先购买权”的规定

杀个回马枪。而且,相关工商部门对股东变更登记的要求,也说明其在履行公司法第72条第三款时的立场:同意对外转让不等于放弃优先购买权,即,同意对外转让的期限不等于放弃优先购买权的期限。

2、被72条第二款视为同意转让的股东是否仍有优先购买权

根据72条第二款规定,其他半数以上不同意转让的股东,不购买的,视为同意转让。那么,该“不购买”是否可以认定为不行使优先购买权?拟转让股权的股东还需要再就优先购买权的放弃与否进行确认吗?

如前所述,72条第二款所称的“应当购买”是义务,而72条第三款“有优先购买权”是权利。前者如不行使,导致的后果是,视为同意对外转让,后者如不行使,则表现为权利放弃。

同时,我们也看到,第三款是单独于第二款的,其用意也是为了对第二款进行区别。我们认为,视为同意转让股权的股东,仍享有优先购买权。

当然,按照这样的方式,将明显增加股东对外转让的时间成本,增加了股权转让的不确定性,也影响了效率。鉴于法律并未对期限进行规定,股东在发出通知时有必要对行使期限进行合理约定。

三、后车之鉴:如何解决期限问题

(一) 不确定期限带来的困扰

我们曾看到某位律师提到的这样一个案例:某甲公司有24名股东拟对外转让股权。在与剩余股东之一乙公司进行3个月磋商后,乙公司决定购买24名股东的股权。24名股东在分别征得其他股东过半数同意后,拟向乙公司转让,同时24名股东向另一名股东丙公司发出书面通知,询问丙是否行使优先购买权,限期3日内答复,否则视为放弃优先购买权。丙提出不放弃优先购买权,但是否决定购买,需要3个月的时间决定是否购买。同时丙认为,该24名股东和乙公司洽谈了3个月之久了,也主张必须给三个月的时间,这才符合公司法72条的同等条件。24名股东不同意,说项目要上马,政府部门要注资等等,丙也

3 《新公司法72条解读-股权优先购买权探析》,曹书珍,法律教育网, <http://www.chinalawedu.com/news/15700/158/2009/2/wy73017523131290021820-0.htm>

坚持自己的主张,从而导致该24名股东股权转让陷入僵局³。

可见,为杜绝潜在纠纷以及不必要的麻烦,股东对外转让股权,首先应当有统一的对外通知、磋商方式,其次,应当有统一的答复期限。

(二) 优先购买权行使的前提条件与起算

1、前提条件

根据第72条第三款规定,股东行使优先购买权需要达到两个条件:一是其他股东同意转让(包括不同意的股东因未购买而视为同意);二是同等条件。

那么同等条件如何认定呢?

《公司法》释义⁴指出,所谓“条件”指股权转让方案的对价,主要是股权转让的价金,也包括其他的附加条件。只有本公司其他股东购买出售股权的条件低于公司以外的受让人所出条件时,才可以将股权转让给现有股东以外的人。

上海市高级人民法院民二庭《关于审理涉及有限责任公司股东优先购买权案件若干问题的意见》(沪高法民二[2008]1号)指出,其他股东主张优先购买权的同等条件,是指出让股东与股东以外的第三人之间合同确定的主要转让条件。出让股东与受让人约定的投资、业务合作、债务承担等条件,应认定为主要条件。

我们认为,同等条件不是单一条件的判断,而是综合条件的考量,不是绝对的概念,而是相对的比较。股东在发出转让通知时,应当根据具体情况,将股权比例、股权价格、付款期限、支付方式(比如一方以现金支付,一方以权利受限制的不动产支付,显然不能同日而语)、违约责任以及其他合理要求予以明确。

2、期限起算

我们认为,其他股东收到转让条件等事项的明确通知时,其所享有的优先购买权即刻触发。

四、抛砖引玉:实践中的操作

(一) 当前确定优先购买权行使期限的几种模式

当前,法律并未就优先购买权的行使期限作出规定,而最高人民法院的关于《公司法》的三次司法解释也未作规定,显

然,这为股东自行约定以及司法裁量留足了空间。

1、公司法第73条的特殊规定

《公司法》第73条规定,人民法院依照法律规定强制执行程序转让股东的股权时,应当通知公司及全体股东,其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的,视为放弃优先购买权。

显然,这20日的规定,是人民法院为促成强制执行程序的尽快完成而给予的期限,比72条第二款给予的通知期限还少,并不利于享有优先购买权的股东作出充分的购买准备。

2、山东省高院意见

山东省高级人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》(2006年12月26日鲁高法发[2007]3号)第四部分规定:“股东告知其他股东转让价格等主要条件,并要求其他股东在限定期限内予以答复,其他股东未予答复的,视为放弃优先购买权。限定答复的期限不得少于三十日”。

3、上海市高院意见

2004年9月,上海市高级人民法院民二庭曾印发《审理股东请求对公司股份行使优先购买权引发纠纷案件的研讨意见》(沪高法民二[2004]13号)曾指出:“出让股东采用书面方式告知其他股东拟转让股份的价格条件,并要求其他股东在限定期限内予以答复的,其他股东未予答复,则视为同意放弃优先购买权。限定答复的期限一般不应少于30日”。

尽管上述期限均系省级高院的解释,但其明确规定,优先购买权的答复期限为三十日以上,股东可以根据实际情况予以增加,合情合理,值得借鉴。

(二) 实践中如何操作

1、操作方式

一般情况下,对于拟对外转让股权的股东,可以通过通知方式或股东会决议方式履行《公司法》第72条的程序。

(1) 股东书面通知方式

以通知方式进行,应当起草非常明确的书面通知,内容应当包括:

① 就拟转让股权事项,要求:内部股东就是否同意购买予以明确答复;

② 就拟对外转让股权事项,约定:如同意对外转让的,签发同意回执;如不同意对外转让的,签发购买的回执;如

⁴ 《公司法》第72条释义,摘自北大信息网(北大法宝) <http://vip.chinalawinfo.com/>

三十日内未发出回执的,视为同意对外转让;

③ 就对外转让的股权,注明:转让价格、支付方式以及与第三方确定的其他具体意向标准,限期(如:收到之日起三十日内或更长期限)签发是否放弃优先购买权的手续或声明。否则,自通知收到之日起X日(如:收到之日起十五日内、三十日内或更长期限)内均未取得任何放弃回执或购买声明的,视为同意转让给第三方并放弃优先购买权。

我们知道,同意对外转让与是否放弃优先购买权是两个并不重合的期限,在一个书面通知进行设定,是否会容易引起误解?实际上,在同一通知中既明确了对外转让的事宜,也提供了具体的转让条件和期限,可以提高发通知方的效率,也间接的为对方决策留有更多的时间。

这样的思路同样在上海市高级人民法院的审判指导意见中得到体现。新《公司法》颁布后,上海市高级人民法院民二厅于2008年作出的《关于审理涉及有限责任公司优先购买权案件若干问题的意见》(沪高法民二【2008】1号)规定:“股东依照公司法第72条第二款规定,向股东以外的人转让股权,就股权转让事项征求其他股东同意的书面通知,应当包括拟受让人的有关情况,拟转让股权的数量,价格及履行方式等主要转让条件”。

当然,为避免被恶意不回复任何通知的股东,突然以其并未明示放弃“优先购买权”而挑战《公司法》72条,通知中的两个事项应当各自独立。

(2) 股东会决议方式

由于股东会召集前都需要进行通知,因此将类似通知事项作为股东议案提前发出,在实际操作中最为有效。一方面股东会决议的效力有保证,另一方面也节省了股东之间往来磋商、等待答复和反馈的时间成本。由于股东会应当就股东对外转让股权、是否放弃或履行优先购买权等事项进行决议,因此也需要在会议召开通知及议案中进行明确的规定。通知内容可参照上文。

2、充分行使股东自治权利

如我们所知,公司章程,是关于公司的组织结构、内部关系和开展公司业务活动的基本规则和依据,是规定公司内部制度、权利和义务的“宪章”。

我们看到,修订后的《公司法》第72条还新增了第三款,即:股东可以通过章程对优先购买权进行约定。因此,如果公

司在设立时或历次修订章程时,各股东通过股东会决议等方式,在公司章程中,根据公司注册资本、资产量、股权结构等实际情况,明确约定股东对外转让的流程、通知方式、通知期限、行使期限等细节问题,则有利于各个股东在后期转让时按部就班,也能避免了诸多纠纷,可谓一劳永逸。

3、通知期限的设定

(1) 如何确定一个合理期限

对于具有人合性特征的有限责任公司来说,由于优先购买权是股东的法定权利,因此,一般情况下,股东只要明确要求行使优先购买权,都应当受到保护。

尽管上海市及山东省高院对最短通知期限进行了限定,值得我们借鉴,但我们认为,上述两个规定都是法院审判工作的指导性意见,这并不意味着给予30日及以上期限的书面通知均应当视为无效的通知,也不意味着股东就不能根据实际情况要求其他股东在短期内予以回复或行使优先购买权。

此外,注册地在上海或山东省以外的公司,股东优先购买权的回复通知期限也应根据实际情况设定:如果设定期限太长,影响股权交易时机和效率;如果设定期限太短,享有优先购买权的股东可能会以在规定期限内无法完成内部决策程序为由,要求法院确认其优先购买权,而使股权转让存在潜在的纠纷和风险。

(2) 不合理期限的对策

股东设定回复、或要求其他股东行使优先购买权的期限的最终目的,就是为了使对外转让股权不存在瑕疵,也为了能够尽快促成明确、无潜在纠纷的交易。因此,无论什么样的通知,都应当明确一个宗旨:过期不候,即:明确其他股东在收到通知之日起X日内答复,逾期未答复的,视为放弃优先购买权。

过期不候的原则,一方面首先要求拟转让股权的股东设定一个合理的期限,另一方面,也是督促享有优先购买权的股东尽快履行期限。

如果股东设定的期限不合理,则其他股东应当立即通过明示的方式告知,协商确定;如果股东设定的期限非常不合理,恶意造成其他股东无法在限定的时间内行使权利,则其他股东可以:

① 在股东对外转让股权之前,通过法院请求确认合理的优先购买权期限;

② 股东已经对外转让股权的, 通过法院申请予以撤销。

4、防止优先购买权的滥用

如果其他应当作出回复的股东, 不作出任何同意或不同意、购买或不购买的意思表示, 也不参与临时股东会, 那么, 我们认为, 基于“法律不保护在权利上睡觉的人”的原则, 怠于行使的, 应当视为该股东放弃优先购买权。

为避免此种情形, 拟对外转让股权的股东应当在起草相关通知时尽量详细的规定并设定合理的期限, 并保全相关证据, 以备该股东以不知或未收到通知等理由行使撤销权。这样, 才能让股东体会“过期不候”的真正意义。

关于董事、高级管理人员发生重大变化的认定



文成炜



周游

【摘要】

无论是主板、中小板还是创业板，企业申请在中国大陆A股上市，其中一个实质条件是最近两（三）年董事、高级管理人员没有发生重大变化。但对于何为“重大”，各方理解不一。本文结合已上市企业案例，从实质性判断的角度，对“重大变化”作出粗浅理解。

【关键词】

首次公开发行股份 董事、高级管理人员无重大变化认定标准

董事、高级管理人员是否发生重大变化，是企业申请上市的实质性条件之一，但各中介机构对何为“重大变化”存有颇有争论。有的券商称，证监会通常把握的尺度是：申报时与报告期初董事、高级管人员变化不能超过三分之一（新增独立董事除外），否则即视为属于“董事、高级管理人员发生重大变化”的情形。笔者对此说法表示质疑。

一、判断标准更应注重“实质”，而非简单的数学推算

上市审核过程中考量董事、高级管人员是否发生重大变化的本意是衡量企业经营决策的稳健和一致性，使得报告期内在经营业绩具有一定可比性。因此，运用量化的、数学的、固定模型的方式判断是否构成“重大变化”，有可能导致一个公司董事会非常庞大。举例来说，假定公司原董事有7人，战略投资者增资后要求增加董事，假设为2人，董事会会变成9人；再增加三分之一的独立董事，则至少会是14人（5名独董）。这样庞大的董事会必然会增加了公司的管理成本，影响公司决策效率，使人质疑发行人公司组织机构是否与公司的资产规模相匹配。

其实证监会已在多次保荐代表人培训上指出判断董事、高级管理人员是否发生重大变化“没有量化的指标，须个案分析”。笔者赞同按照“实质重于形式的原则”判断董事、高级管理人员是否发生重大变化，但该原则的缺陷在于缺乏客观标准，完全依赖于项目律师对具体情况的主观判断，因此，对项目律师的专业能力要求较高。因此，笔者建议在“实质判

断”的同时,尽可能兼顾“三分之一”的标准,更有助于避免上市审核中不必要的麻烦。

二、不宜轻易认定“重大变化”的几种情形

由于各个企业的情况不同,因此在董事、高级管理人员变化问题上体现的情况也不尽相同,通常情况下,只要变化情况合法、合理,对发行人的经营决策、战略发展不构成重大影响,则即便变化总数超过“三分之一”,也不宜认定重大变化。

(一) 法定董事变化的情形

1、未设立董事会

很多企业在改制成为股份有限公司前,并未设立董事会,而是设立了一个执行董事履行董事会全部职责。根据《公司法》第一百零九条的规定“股份有限公司设董事会,其成员为五人至十九人。”因此,其改制成为股份有限公司后必然导致董事会发生变化。东方国信(证券代码:300166)即属于此种情形,未影响发行审核。

2、有限责任公司改制为股份有限公司

《公司法》第四十五条规定“有限责任公司设董事会,其成员为三人至十三人”,第一百零九条的规定“股份有限公司设董事会,其成员为五人至十九人。”由于法定人数下限的差异,对于仅设立三人董事会的有限责任公司改制为股份有限公司必然要增加董事人选,故不宜简单认定董事发生重大变化。

(二) 股权结构调整导致的董事会变化

1、原股东退出

有限责任公司兼有人合与资合相结合的特点,由于有限责任公司股东较少,为了满足各股东利益和知情权的需要,股东推荐董事的情形普遍存在。《中外合资经营企业法》第六条更是明确规定:“合营企业设董事会,其人数组成由合营各方协商,在合同、章程中确定,并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的,由他方担任副董事长。”该等情形下,若外方股东在报告期初将持有的发行人股权转让,则法定要求新股东必须推荐董事人员,因此不应属于董事发生重

大变化的情形。

2、引入外部投资者导致董事发生变化

在目前国家鼓励私募基金的大形势下,很多上市企业中都可以看到PE的身影,出于对企业经营、监管和保护自身利益的需要,外部投资者均会要求企业提供董事席位,以保障自己的知情权。笔者认为,此种情形属于投资者保护自身权益的需要,其本质上不会影响企业的经营决策和发展方向,更多的是在公司上市前起到独立董事的左右,对企业的经营决策进行监督,避免侵害股东的利益。因此,即便外部提名的董事超过董事会总数的“三分之一”,也不应认定为董事发生了重大变化。

光正钢构(证券代码:002524)的招股书中披露“2008年4月,原光正钢构工程公司引入外部投资者并增资扩股,并修改公司章程,将董事人数由3名增加到6名,由外部投资者增补提名董事。金井集团有限公司提名钟方盛、新疆新美投资有限责任公司提名成屹、新疆筑方圆建筑设计咨询有限责任公司提名徐兵出任董事。原有董事长周永麟、董事冯新、车汉澍保持不变。”其并未影响上市审核。

(三) 国有企业中委派董事

证监会在2010年第二次保荐代表人培训上指出“国有企业在任职期内由于组织安排导致的变化”。各方对“组织安排”的理解有不同理解,一种理解是组织安排仅限于国家任命,如国资委任命央企董事、高管的情形。另一种理解较为宽泛,如国有企业对任命所属子公司董事、高管的情形。笔者倾向于第二种理解。无论央企向所属子公司委派执行董事还是董事会成员,均执行的是该国有企业的经营决策,因此,抛开董事个人能力不说,由于退休制度、企业人员调整等原因更换所属子公司董事成员,不会影响企业的正常经营决策。另一方面,国有企业高管兼职较多,从独立性角度影响上市审核,因此,为了满足独立性要求,增强发行人的管理层的凝聚力和履职能力,调整董事、高级管理人员符合上市审核的根本要求。

(四) 核心人员的升迁导致的变化

对于一个稳健的公司,设立之初从控制管理成本的角度并未设置或安排更多的董事席位或者高级管理人员。随着公司规模壮大,需要配置相应的岗位以实现精细化管理,为此将

公司核心人员加入董事会、提升为高级管理人员符合公司经营发展的需要。由于该等内部提升的人员认同公司的发展战略和方向,因此,其职位的提升和改变并不会影响公司的经营决策。

三、重实质判断的案例

如前所述,上市审核过程中考量董事、高级管人员是否发生重大变化的本意是衡量企业经营决策的稳定性和业绩的可比性。即便董事、高级管理人员发生了变化,但核心人员仍然保持稳定,公司经营不会受到影响,即便人员变动较大,也不应认定发生了重大变化。

案例一:光正钢构

年度	董事组成	变动原因
2007.6前	周永麟、刘义、王憬愉、王智平(共计四人)	
2007.6	周永麟、刘义、王憬愉(共计三人)	股东退出
2007.12	周永麟、冯新、车汉澍(共计三人)	股东退出、股东重新委派
2008.4	周永麟、冯新、车汉澍、钟方盛、成屹、徐兵(共计六人)	新进三名外部投资者,各提名一人
2008.6至上市申报	周永麟、冯新、车汉澍、王勇、成屹、徐兵;独立董事郑石桥、于江、李国强(共计九人)	改选一名,增选三名独董

上表系笔者根据光正钢构招股说明书整理的近三年董事变化情况,不难看出,光正钢构报告期初的四名董事中,仅有周永麟一致任职至上市申报,其他人员均发生了变化。但由于每次董事的变化均有合理、充分的理由,招股说明书得出结论“本公司最近三年及一期内董事、监事和高级管理人员均未发生重大变化,基本保持了以周永麟为核心的经营管理层的稳定性”。

案例二:东华能源

东华能源律师在答复证监会反馈意见“关于发行人2004年4月以来董事变化原因、高级管理人员是否存在重大变化

问题”时,详细描述了东华能源2004年4月以后5名董事的变更的详细情况和原因,并在此基础上发表法律意见:

(1)上述董事变更不影响发行人经营管理的一贯性,发行人的经营决策、财务管理并未因董事的个别调整发生重大变化。发行人一直沿袭职业经理人管理公司的治理特色,2004年4月,发行人实际控制人周一峰女士、周汉平先生实际控制公司后,仅周汉平先生一人参加董事会担任副董事长,仍基本保持了原先的公司治理结构。股东不直接干预公司日常决策和管理,公司董事长和高级管理人员均为职业经理人,已形成了比较一致的管理理念和风格;

(2)发行人的高级管理团队保持了多年的稳定。发行人的日常经营管理工作主要由发行人的高级管理团队来执行,该团队4名成员从2002年10月以来就一直保持稳定;

(3)发行人2004年以来董事的调整是个渐进的过程,保证了发行人决策良好的连贯性和稳定性;

(4)发行人现任董事长方刚先生是具有良好国际大型公司管理背景的国际优秀管理人才,具有良好的国际化管理经验,在担任发行人董事长一职前已出任发行人董事超过一年时间,对发行人的发展战略、管理文化均有深刻的了解,与原董事长李松兴先生完成了比较自然的交接和过渡,未因董事长的变更造成发行人经营管理的变更。

从以上两个案例中不难看出,稳定性和可比性是考察董事、高级管理人员发生变化的核心实质。只要理由充分,且自变动以来的公司决策和经营业绩上未发生重大波动,则不会对上市审核造成实质性影响,由于企业情况不同,个案分析尤为重要。当然,从完善的法人治理上来看,董事、高级管理人选任和聘任应当审慎进行,不能太显随意。若报告期内变动频繁且没有合理的解释或者存在无故解聘董事的情形,无疑将增加上市审核的风险。

浮动抵押涉及的法律问题



徐 猛

【摘要】

《物权法》首次确立了浮动抵押制度，这是我国担保法律制度上的一次重大立法突破。该制度的确立一定程度上完善了担保物权体系，扩大了抵押财产的范围。特别是浮动抵押中抵押财产可自由流转经营的特点，对于抵押人的益处是非常明显的。与此相对的，抵押权人的利益如何得到有效保护却面临诸多法律问题。抵押权人应采取多种手段规避浮动抵押可能引起的风险及问题。

【关键词】

物权法 浮动抵押 风险问题 对策防范

一、关于“未来资产抵押”

在担保实务中，许多客户很关心“未来资产抵押”的问题。但在目前，我国还没有法律条文针对未来资产的抵押做出明确规定。换言之，“未来资产”现在还没有成为一个有确定含义的法律名词。

从学理上来说，抵押权属于他物权，其设立的基础有赖于物权的确立。而对于未来的资产，因其尚不具备确立物权的基础，故无法仅仅针对未来的资产设立抵押权。

2007年10月1日开始实施的《中华人民共和国物权法》（下称《物权法》）中确定了“浮动抵押制度”，规定“可以将现有的以及将有的”资产一并进行抵押，即在具备一定条件的情况下，“将有的资产”可以与“已有的资产”一并抵押。如果将“将有的资产”理解为“未来资产”，那么这一规定可以理解为以“未来资产”设定抵押的法律依据。因此，对于未来资产抵押的研究，目前应当也只能在浮动抵押的概念下来进行。

二、有关“浮动抵押制度”的规定

《中华人民共和国物权法》关于“浮动抵押”的规定如下：

第一百八十一条 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

第一百八十九条 企业、个体工商户、农业生产经营者以

本法第一百八十一条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。

依照本法第一百八十一条规定抵押的,不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

第一百九十六条 依照本法第一百八十一条规定设定抵押的,抵押财产自下列情形之一发生时确定:

- (一) 债务履行期届满,债权未实现;
- (二) 抵押人被宣告破产或者被撤销;
- (三) 当事人约定的实现抵押权的情形;
- (四) 严重影响债权实现的其他情形。

三、浮动抵押制度的基本特点

上述抵押制度,因为抵押物在抵押登记时的处于不确定的“浮动”状态,故而在学理上称为“浮动抵押”制度。根据上述规定,浮动抵押存在以下特点:

(一) 抵押权成立条件

1、设立浮动抵押须有书面协议。

该协议一般包括担保债权的种类和数额、债务履行期间、抵押财产的范围、实现抵押权的条件等内容;

2、设定主体范围特定,只能为企业、个体工商户、农业生产经营者。除此之外,国家机关、社会团体、事业单位及非农业生产者的自然人均不得设定浮动抵押。

3、设立财产范围限于特定动产:即生产设备、原材料、半成品、产品。

(二) 抵押权的实现条件

1、实现抵押权的条件是债务人不履行到期债务或发生当事人约定的其他情形,当然也包括《物权法》196条规定的其他情形;

2、抵押财产自实现抵押权时才予确定,抵押权人只能就实现抵押权时的动产优先受偿;

3、浮动抵押与普通动产抵押一样,未经登记,不得对抗善意第三人。

(三) 特别规定

1、抵押财产可以包括“将有的”财产;

2、抵押期间,不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

四、关于浮动抵押的合同签订及登记方式

为配合《物权法》动产浮动抵押制度的实施,2007年10月17日,国家工商行政管理总局发布了《动产抵押登记办法》,同时废止了原《企业动产抵押物登记管理办法》。各地工商局也纷纷出台了相关的登记办法。以广东省工商行政管理局于2008年1月15日发布的《关于贯彻落实〈动产抵押登记办法〉若干问题的意见》为例。该《意见》第五条明确规定:“根据《物权法》的规定,企业、个体工商户、农业生产经营者以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的,其登记应当由工商行政管理部门办理。因此,在登记实践中要注意:

(一) 抵押人以全部财产设定浮动抵押的,应当在登记书抵押物概况的备注栏中写明‘以现有的或者将有的全部动产(生产设备、原材料、半成品、产品)抵押’;以部分财产抵押的,要列明抵押财产类别,如‘以现有的和将有的蔬菜、水果抵押’……”。

从《物权法》的规定及实践的操作来看,浮动抵押将“现在所有的和将来所有的全部财产”作为一个整体,签订一份抵押合同,设定一个抵押权。并且在进行抵押权登记时,只需概括性的描述,而不必详细列明抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属等情况。

当然,浮动抵押也可以只对部分财产进行抵押,这种情况下,需在合同约定及登记时约定抵押财产类别或其他可供区分的特征,如“水果蔬菜、榨汁设备”等。

五、我国浮动抵押制度存在的问题

浮动抵押是《物权法》率先规定的新颖制度,但总体而言,我国法律对浮动抵押制度的规定过于简单,在实务应用中也有着若干问题与不足,分析如下:

(一) 抵押人主体范围过于宽泛,但不便执行

纵观各国的浮动抵押制度,对于抵押人的范围,除美国等少数国家不做限制外,一般国家都做了特别规定。如英国法规定将浮动抵押的抵押人范围限于公司,而日本法的规定则更

加严格——仅限于股份公司。如此“苛刻”的规定，主要基于维护交易安全的考虑：原因在于公司普遍规模较大，经营状况较稳定，信誉较好，有信息披露制度，其财产状况及经营状况较透明，偿债能力较强。

反观我国《物权法》，将抵押人主体范围规定为“企业、个体工商户和农业生产经营者”。对此，全国人大法工委的解释是：“考虑到我国设立浮动抵押，主要是为了解决中小企业和农民贷款难的问题，促进经济发展，因此将浮动抵押的主体规定为企业、个体工商户和农业生产经营者”。我们认为，立法者的发点固然用心良苦，但是却忽视了我国当前的现实情况和实践中的可操作性，结果反而不尽如人意。

首先，我国市场经济发展尚不成熟，信用管理机制很不健全，目前对公司以外的其他各类型企业没有良好的制度约束。而且，我国的资产评估制度和登记制度也不健全，难以有效地监管浮动抵押物的流转。在这种情况下允许浮动抵押，不仅难以保障抵押权人的利益，还可能因信用机制的不完善而助长了骗贷行为；其次，中小生产经营者抗风险能力普遍较弱，并且其资金财产有限，在经营过程中很可能部分丧失甚至完全丧失偿债能力。在我国尚未实行个人财产申报制度以及个人破产制度的情况下，把个体工商户以及农业生产经营者纳入浮动抵押的主体范围，在制度上存在着衔接真空。因此，银行往往并不乐意接受个体工商户以及农业生产经营者的浮动抵押。

（二）抵押物种类过于狭窄导致浮动抵押担保功能过低

与抵押人主体范围的过于宽泛相反，我国《物权法》规定的浮动抵押物种类则又显得十分狭窄。从各国的法律规定来看，浮动抵押物的种类都较为广泛，除了禁止流通的财产、处于依法被查封、扣押、监管期间的财产以及所有权不属于抵押人的财产外，几乎没有其他特别的限制。但我国《物权法》第一百八十一条却以列举的方式将浮动抵押物限于部分特定动产，仅限于“生产设备、原材料、半成品、产品”，而除此以外的交通工具、办公设备、知识产权和股票、票据等证券债权以及不动产等价值较大的财产均被排除在外。抵押物种类过于狭窄无疑会使浮动抵押的担保功能大大降低，既不利于抵押人融资，也不利于抵押权人降低风险。

（三）未明确浮动抵押的资产出卖收益自动纳入抵押范围

与固定抵押相比，浮动抵押天生具有价值“浮动”的缺陷。《物权法》第一百八十九条第二款的规定，浮动抵押设定后，抵押人在“正常经营”活动范围内对抵押物仍享有处分权，即可以自由地将抵押物进行流转。如果抵押物流出或灭失，而又没有补充机制，结果必然降低浮动抵押的担保效力，增大浮动抵押的风险。比如，抵押人将浮动抵押物进行转化，即将动产转化为货币、债权、股权或不动产时，债务人本身财产不会减少，但这些转化后的标的却无法再作为浮动抵押的标的。此外，由于我国立法并未明确界定何谓“正常经营活动”，抵押权人对于一些比较隐蔽的危害其权益的行为也无能为力。

为了维护抵押权人的利益，我国《物权法》第一百八十九条第二款规定了浮动抵押登记对抗主义，一定程度上可以防止善意第三人与抵押人串通损害抵押权人利益的情形。但是在实践中，由于“原材料、半成品”等抵押物的流动性强、变化性大，而目前的登记制度无法避免异地销售及因原材料、半成品被加工而产生的变化。这些问题都可能导致抵押物的流失，进而导致动产浮动抵押担保能力的进一步下降。

（四）浮动抵押与一般抵押权的竞合存有疑问

如上所述，在浮动抵押设定后，由于具有“浮动性”特征，于正常经营范围内抵押人享有自由的经营权。这当然也包括抵押人向无担保抵押权人清偿债务、在浮动抵押物上再设立固定抵押或新的浮动抵押的情形。如此一来，浮动抵押权的优先权效力问题就显得非常重要。就浮动抵押而言，由于其浮动并非是永久性的，在法定或约定事由出现时，抵押物可以得到确定，即由浮动抵押转化为固定抵押。这一特点使浮动抵押权的优先权效力具有特殊性——在转化前后效力强弱有很大不同。因此，各国的立法通常都会针对浮动抵押权的优先权问题进行专门规定。但我国《物权法》对浮动抵押权的优先权效力却未做出特别规定，而是统一适用关于一般抵押的规定（《物权法》第一百九十九条）。这种做法导致实践中在法律运用上缺乏依据，不利于对抵押权人利益的保护。

《物权法》第一百九十九条规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定

清偿：(一) 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；(二) 抵押权已登记的先于未登记的受偿；(三) 抵押权未登记的，按照债权比例清偿。我们认为，在浮动抵押转化为固定抵押后，其优先权顺位按上述规则竞合并不存在问题。但在浮动抵押设立之后转化之前，上述规则的适用则存在疑问。

首先，按《物权法》一百九十九条的规定，如果浮动抵押设立时进行了登记，那么无论该浮动抵押是否转化为固定抵押，在其后设立的固定抵押均不存在优先受偿权。但如此一来又违背了浮动性规则，因为设立固定抵押当然地包括在自由经营的范围之内，抵押人在相关财产上设定的固定抵押必然优于浮动抵押。现行立法之间存在着明显的矛盾。

其次，如果在浮动抵押设立之后转化固定之前，抵押人又将同一类抵押物为新的债权设立了数个新的浮动抵押并都进行了登记，在当事人没有约定的情况下，按第一百九十九条的规定也应以登记先后来确定其效力顺序。但这种规定显然不够科学，因为有可能后设立的浮动抵押先被固化。在后设立的浮动抵押先转化为固定抵押时，如果仍严格按照登记先后来确定效力顺序，显然会损害新抵押权人的利益。而如果一味依照固定抵押的顺序来确定优先顺位，则又会导致抵押权人争相约定提前实现固定事由的出现，不利于抵押人的长期融资需要。因此，该问题亟待需要法律做出明确的规定。

最后，浮动抵押转为固定抵押后，该固定抵押的登记时间应如何起算？是按照原浮动抵押登记的时间点来算，还是按转化的时间点来算？现行法律并没有明确规定，这也会在实务中造成中各地操作不一、适用法律混乱的情况。

六、抵押权人使用浮动抵押的风险控制

尽管存在上述问题，但《物权法》创设浮动抵押制度相对于《担保法》终究是个进步。弥补浮动抵押制度不完善之处，不能单靠修法一条路，何况任何法律的修改既不能尽善尽美，也需要较长的过程。目前需要做的是努力地去适应和应对，从立法技术层面之外寻找出能弥补制度规定不足的可行措施，以避免浮动抵押的制度价值旁落。我们认为，在实践操作中，从抵押权人的角度，抵押权人在做好订立抵押合同，完成抵押登记这些基本工作的前提下，还可以通过下列途径弥补现行浮动抵押制度规定的一些不足：

(一) 谨慎选择浮动抵押的合作对象

中小经营者的信用度的问题，是造成其融资难的重要原因。由于我国物权法将浮动抵押人的范围扩大为所有类型的企业、个体户和农业生产经营者，加之浮动抵押制度本身具有浮动性，因此抵押权人会承担更高的风险。在我国信用管理机制不健全且法律规定的抵押人主体范围过宽的情况下，最佳的风险防范措施是在设定浮动抵押时谨慎选择抵押人。例如，对银行来说，为确保贷款的安全，应注意选择规模较大且公司治理及信息披露较为完善的公司法人作为抵押人。而且在贷前调查要细致，要认真审查抵押物的所有权是否明晰、是否存在瑕疵，抵押物的市场需求是否旺盛、是否存在供过于求的情况，以及抵押物是否便于保存、价值是否相对稳定、变现能力的强弱等问题。总之，应力求全面掌握抵押人动产的实际价值、贷款人经营管理的实际情况、信用状况，从而合理确定贷款额度。以此，为浮动抵押的实施奠定良好的基础。

(二) 加强对抵押物的监管

浮动抵押设定后，一方面，在正常经营范围内抵押人有权自由处分抵押财产；另一方面，浮动抵押权的实现程度又依赖于抵押权确定时抵押财产的数额。由于生产设备、原材料、半成品、产品等这类动产的流动性较高，抵押人对其处分非常便利，故一旦抵押人的信用出现问题，很容易给抵押权人造成较大的损害。因此，加强对抵押物的监管是保证抵押权人利益的重要有效手段，具有不可替代的意义。抵押权人只有切实做好监管中的细节工作，措施得当，监管到位，方能为规避浮动抵押的浮动风险打下坚实的基础。

目前市场上通行的监管手段主要有两种：一是订立三方监管协议由第三方负责监管；二是抵押权人自己派专人进行监管。

对于第一种监管方式，可以参照“存货质押”的操作方法，即由抵押权人、抵押人和第三方签订三方协议，由第三方作为监管人对货物承担监管责任，提供货仓，存放抵押财产。三方对所存放的财产登记入册，如抵押财产需要进出时，须经过抵押权人书面同意，并由监管人作好登记。如出仓货物较多时，抵押人应在一定时间内补足，如不能及时补足，监管人应及时通知抵押权人。如监管人导致货物减少或灭失，则由监管人与抵押人对抵押权人的损失承担连带责任。

与第一种监管方式相比,抵押权人自行派人监管的方式具有减少债务人融资成本从而提高其市场竞争力的优势。但如果抵押权人成为监管方,则需要自行选聘保管人员、寻找仓储场地等,不可避免地要对货物损失、自然灾害、治安风险、道德风险等造成的损失承担相应后果。此外,自行监管与第三方监管相比,少了第三方的赔偿责任保障。

通过上面的比对,从尽可能保护抵押权人的角度来讲,我们认为采用第一种方式对抵押物进行监管,更有利于保护抵押权人的利益。当然,采取这种作法将不可避免的增加债务人的融资成本。

从规避风险的角度,需要特别强调的是,事前订立一份完备、详细的监管协议和监管规则,并且将监管协议作为抵押合同不可撤销的附件进行登记非常的必要,这将为将来胜诉和权益的实现奠定良好的基础。同样重要的是,在履行中监管措施到位也是必不可少的。抵押权人为规避风险应至少做到:第一,要求保管人定期提供关于抵押物的报告,说明抵押物的现状、抵押财产目前的数量等;第二,定期或不定期到抵押物保管场所进行检查,了解抵押物的保管情况,与保管人提供的清单进行核对;第三,一旦发现异常,应及时根据合同约定,要求提前实现抵押权,必要时应毫不迟疑地采取财产保全措施。

(三) 通过合同限制性条款的设计约束抵押人

浮动抵押制度的最大问题主要为债务人在“正常经营范围”内对其抵押财产享有自由处分权,从而导致担保能力的下降。通常表现为如下方式:一是债务人在正常经营活动中以某种方式处分掉了抵押物,二是在浮动抵押财产上设定了一般抵押权,三是浮动抵押财产上再设立一个或多个浮动抵押。对此,抵押权人可以通过在抵押合同(或监管协议)中设定限制性条款的方法来对债务人的自由处分权予以合理限制,以弥补我国《物权法》规定的不足。

限制性条款,即在浮动抵押合同(或监管协议)中约定禁止抵押人在抵押物范围内新设其他抵押、质押的条款。更广义的限制性条款还包括:限制抵押人未经抵押权人同意以某些方式处分其财产的约定,或者限制抵押人进行某些明显降低自身偿债能力的行为以及设定抵押权提前实现的其他具体情形。根据抵押权人的不同需要,限制性条款主要起到以下作

用:1、约束抵押人的将资产转移给后来的其他抵押权人;2、维持同一顺序抵押权人间的平等待遇;3、有利于阻止债务人进行过多贷款;4、方便抵押权人及时主张抵押权的实现。

需要注意的是,限制性条款是抵押人与抵押权人之间的约定,对于第三人原则上不具有约束力。抵押人即便违反了该限制性的约定,在抵押财产上新设固定抵押或浮动抵押的,其行为属于违约行为,由抵押人对抵押权人承担违约责任;但抵押权人不能以此为由主张新设立的固定抵押或浮动抵押无效。但是我们坚持认为,设置限制性条款有其积极的意义,至少对诚信的债务人来说是一个约束,在某些情况下也有利于债权人提前实现抵押权。

七、结论

综上所述,《物权法》对浮动抵押制度的规定一定程度上完善了我国既有的担保形式,对“未来的资产抵押”的实现提供了法律依据。但是,目前我国法律对浮动抵押制度的规定还存在不完善之处,整个社会信用体系的构建也存在不足。因此,银行在设立浮动抵押时必须更加的谨慎。

建设工程法律基础词汇辨析之 保修期与缺陷责任期



张晓峰

【摘要】

在发改委等九部委2007年发布的《标准施工招标文件》中，同时使用了“缺陷责任期”和“保修期”两个概念。前述二者之间在责任期限、责任范围等方面存在重复，但又存在区别。为避免使用上的混乱，笔者对二者进行解析，并值住房和城乡建设部就新版《建设工程示范合同文本》征求意见之机，提供相关建议。

【关键词】

保修期 缺陷责任期 缺陷通知期

一、《标准施工招标文件》同时使用了“缺陷责任期”和“保修期”两个概念

2007年11月1日，国家发展和改革委员会、住房和城乡建设部等九部委联合发布《标准施工招标文件》（2007年版）（简称《标准施工招标文件》），《标准施工招标文件》第四章“合同条款及格式”第一节“通用合同条款”第1.1.4.5目、第19条规定了“缺陷责任期”和“保修期”。具体如下：

1.1.4.5缺陷责任期：指履行第19.2款约定的缺陷责任的期限，具体期限由专用合同条款约定，包括根据第19.3款约定所作的延长。

19.1 缺陷责任期的起算时间 缺陷责任期自实际竣工日期起计算。在全部工程竣工验收前，已经发包人提前验收的单位工程，其缺陷责任期的起算日期相应提前。

19.7 保修责任 合同当事人根据有关法律的规定，在专用合同条款中约定工程质量保修范围、期限和责任。保修期自实际竣工日期起计算。在全部工程竣工验收前，已经发包人提前验收的单位工程，其保修期的起算日期相应提前。

二、在《标准施工招标文件》中，缺陷责任期和保修期的区别和联系

（一）在承包人责任内容上，保修责任基本覆盖了缺陷责任

1、承包人在缺陷责任期内的责任（简称缺陷责任）可以简化理解为修复

《标准施工招标文件》第四章“合同条款及格式”第一节

“通用合同条款”第19.2款规定的缺陷责任如下:

19.2.1 承包人应在缺陷责任期内对已交付使用的工程承担缺陷责任。

19.2.2 缺陷责任期内,发包人对已接收使用的工程负责日常维护工作。发包人在使用过程中,发现已接收的工程存在新的缺陷或已修复的缺陷部位或部件又遭损坏的,承包人应负责修复,直至检验合格为止。

19.2.3 监理人和承包人应共同清查缺陷和(或)损坏的原因。经查明属承包人原因造成的,应由承包人承担修复和查验的费用。经查验属发包人原因造成的,发包人应承担修复和查验的费用,并支付承包人合理利润。

19.2.4 承包人不能在合理时间内修复缺陷的,发包人可自行修复或委托他人修复,所需费用和利润的承担,按第19.2.3项约定办理。

根据前述规定,承包人的缺陷责任可以简化理解为修复。

2、承包人在保修期内的责任(简称保修责任)除了保修之外,还有损失赔偿

《标准施工招标文件》第四章“合同条款及格式”第一节“通用合同条款”第19.7款得规定,合同当事人根据有关法律的规定,在专用合同条款中约定工程质量保修范围、期限和责任。

《建设工程质量管理条例》第四十一条规定:“建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的,施工单位应当履行保修义务,并对造成的损失承担赔偿责任。”

根据前述规定,承包人的保修责任除了保修(可与修复作类似理解)之外,还有损失赔偿。

由此可以得出,在承包人责任内容上,保修责任基本覆盖了缺陷责任。

(二) 在期限上,“保修期”基本覆盖了“缺陷责任期”

1、缺陷责任期的期限最长不超过2年

《标准施工招标文件》第四章“合同条款及格式”第一节“通用合同条款”第19.1款规定,缺陷责任期自实际竣工日期起计算。在全部工程竣工验收前,已经发包人提前验收的单位工程,其缺陷责任期的起算日期相应提前。

第19.3款规定,由于承包人原因造成某项缺陷或损坏使某项工程或工程设备不能按原定目标是用而需要再次检查、检验和修复的,发包人有权要求承包人相应延长缺陷责任期,但缺陷责任期最长不超过2年。

根据前述规定,缺陷责任期从工程实际竣工日期起算,最长不超过2年。

2、保修期的期限一般不少于2年

《标准施工招标文件》第四章“合同条款及格式”第一节“通用合同条款”第19.7款规定,合同当事人根据有关法律的规定,在专用合同条款中约定工程质量保修范围、期限和责任。

《建设工程质量管理条例》第四十条规定,在正常使用条件下,建设工程的最低保修期限为:

(1) 基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程,为设计文件规定的该工程的合理使用年限;

(2) 屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏,为5年;

(3) 供热与供冷系统,为2个采暖期、供冷期;

(4) 电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程,为2年。

其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。

建设工程的保修期,自竣工验收合格之日起计算。

根据前述规定,保修期从竣工验收合格之日起计算,一般不少于2年,防水工程为5年,地基基础工程和主体结构工程为设计文件规定的合理使用年限(如50年)。

由此可以得出,在期限上,保修期基本覆盖了缺陷责任期。

(三) 缺陷责任期和保修期期满的后果不同

1、缺陷责任期期满的后果——发包人返还质量保证金

《标准施工招标文件》第四章“合同条款及格式”第一节“通用合同条款”第17.4.2款规定,在第1.1.4.5目约定的缺陷责任期满时,承包人向发包人申请到期应返还承包人剩余的质量保证金金额,发包人应在14天内会同承包人按照合同约定的内容核实承包人是否完成缺陷责任。如无异议,发包人应当在核实后将剩余保证金返还承包人。

根据前述规定可以看出,《标准施工招标文件》引入“缺

陷责任期”概念的一个重要目的就是设定返还质量保证金的时间点。

2、保修期期满的后果——承包人义务履行完毕

根据《标准施工招标文件》及相关法律规定,在所有工程保修期期满后,承包人几乎不存在合同义务(保密等伴随义务除外),可以视为承包人义务履行完毕。

三、其他合同文本中类似“缺陷责任期”和“保修期”的规定

(一)原建设部《建设工程施工合同示范文本》(1999年版)只有关于保修期的规定,而没有关于缺陷责任期的规定。关于保修期和保修责任的规定与《标准施工招标文件》中有关规定是一致的。

《建设工程施工合同示范文本》(1999年版)第二部分《通用条款》第34.1款规定,承包人应按法律、行政法规或国家关于工程质量保修的有关规定,对交付发包人使用的工程在质量保修期内承担质量保修责任。

《建设工程施工合同示范文本》(1999年版)只有关于保修期的规定,没有关于缺陷责任期的规定。并且,关于保修期和保修责任的规定与《标准施工招标文件》中有关规定是一致的。

(二)FIDIC《施工合同条件》(1999年第1版)(简称FIDIC施工合同条件),采用了“缺陷通知期(defects notification period)”的说法,而不采用“缺陷责任期”或“保修期”的说法。FIDIC“缺陷通知期”与九部委“缺陷责任期”在期限长短和期满后方面有所不同。

FIDIC施工合同条件之通用条件第11.3.7目规定,“缺陷通知期”系指投标书附录中规定的,自工程或某分项工程(视情况而定)根据第10.1款【工程和分项工程的接收】的规定证明的竣工日期算起,至根据第11.1款【完成扫尾工作和修补缺陷】的规定,通知工程或分项工程(视情况而定)存在缺陷的期限(连同根据第11.3款【缺陷通知期限的延长】的规定提出的任何延长期)。

FIDIC施工合同条件之通用条件第11.3款规定,如果因为某项缺陷或损害达到使工程、分项工程或某项主要生产设

(视情况而定,并在接收以后)不能按原定目的使用的程度,雇主应有权根据第2.5款【雇主的索赔】的规定对工程或某一分项工程的缺陷通知期限提出一个延长期。但是,缺陷通知期的延长不得超过两年。

FIDIC施工合同条件之通用条件第11.9款规定,直到工程师向承包商颁发履约证书,注明承包商完成合同规定的各项义务的日期后,才应认为承包商的义务已经完成。履约证书应由工程师在最后一个缺陷通知期期满后28天内颁发,或者在承包商提供所有承包商文件,完成所有工程的施工和试验,包括修补任何缺陷后立即颁发。履约证书的副本应发送给雇主。只有履约证书应被视为构成对工程的认可。

根据前述规定,FIDIC施工合同条件中的“缺陷通知期”与九部委《标准施工招标文件》中的“缺陷责任期”在承包人责任内容方面基本一致。但在如下两方面存在不同:

(1)期限长短不同。九部委《标准施工招标文件》规定“缺陷责任期”最长不得超过2年(包括延长的期限);FIDIC施工合同条件规定“缺陷通知期”的延长不得超过两年。

(2)期满后不同。在九部委《标准施工招标文件》中,缺陷责任期期满后,承包人仍应当承担保修责任;在FIDIC施工合同条件中,缺陷通知期期满后,发包人委托工程师颁发履约证书后,承包人的义务完成。

四、建议——《建设工程施工合同范本》中不宜设置“缺陷责任期”

本文拟写之时,正值住房和城乡建设部就新版《建设工程施工合同范本》正在征求意见。该新版《建设工程施工合同范本》(征求意见稿)采用了与《标准施工招标文件》相同的做法,同时约定了“缺陷责任期”和“保修期”。

笔者建议,在中国的法律框架下,《建设工程施工合同范本》只宜规定“保修期”,而不要规定“缺陷责任期”,否则容易引起各方对缺陷责任期满后保修责任的承担方面出现不同理解,可能造成增加许多不必要的纠纷。

如果要解决保修金返回时间节点的问题,只需专门设一条“质量保证金(或质量保修保函)的返还时间”即可,而不必为了这一个目的引入“缺陷责任期”这一新的概念。

浅析政策调控后购房合同的履行



芮 强

【摘要】

国家宏观政策出台后，已经签订但尚未履行结束的购房合同是应当继续履行，还是可以适用不可抗力、情势变更进行解除或变更？本文从不可抗力、情势变更的定义谈起，逐一分析了目前的调控手段对购房合同的影响并得出了结论。我们认为，政策调控后购房合同的履行不能一概而论，而应当具体分析各项政策对合同的影响程度，从而得出不同的结论。最后，本文还探讨了在对政策调控所造成的法律后果有约定的情况下，这些约定是否发生法律效力问题。

【关键词】

政策调控 不可抗力 情势变更 合同解除

近年来，房价高企，政府频频出台宏观政策对房地产市场进行调控，以期控制房价的上涨趋势。具体而言，政府所采取的调控手段主要有如下几个方面：一是限制购买，如2011年出台的新国八条，规定：“原则上对已拥有1套住房的当地户籍居民家庭、能够提供当地一定年限纳税证明或社会保险缴纳证明的非当地户籍居民家庭，限购1套住房（含新建商品住房和二手住房）；对已拥有2套及以上住房的当地户籍居民家庭、拥有1套及以上住房的非当地户籍居民家庭、无法提供一定年限当地纳税证明或社会保险缴纳证明的非当地户籍居民家庭，要暂停在本行政区域内向其售房。”二是限制贷款，如2010年国十条规定：“商品住房价格过高、上涨过快、供应紧张的地区，商业银行可根据风险状况，暂停发放购买第三套及以上住房贷款；对不能提供1年以上当地纳税证明或社会保险缴纳证明的非本地居民暂停发放购买住房贷款。”三是增加首付款比例或者减少贷款额度，如新国八条规定：“对贷款购买第二套住房的家庭，首付款比例不低于60%。”四是增加交易成本，如新国八条规定：“调整个人转让住房营业税政策，对个人购买住房不足5年转手交易的，统一按其销售收入全额征税。”五是增加持有房产的成本，如在上海、重庆开征房产税，对部分新购房者开征房产税，即以确定的住房为征税对象，向产权所有人进行征收。六是提高银行贷款利率，增加了买受人的贷款成本。

政策调控对整个房地产市场产生了重大影响，对于已经签订但尚未履行结束的买受人也产生了重大影响，很多买受人面临的问题是特定的买受人被限制购买房产，购房合同无法继续履行，或者合同约定以贷款方式支付部分购房款，但是新政出台后买受人无法进行贷款，还有首付款比例增加，而买受

人无法增加首付款,合同履行艰难或者不能继续履行。在这些政策的冲击下,已经成立的购房合同是应当继续履行呢,还是可以请求解除?本文所探讨就是这样一个问题。需要指出的是,本文探讨的政策调控对购房合同的影响,是指购房合同签订后、履行结束前,新政策出台对购房合同的履行所造成的影响及法律后果,而不涉及调控政策出台后,当事人无视新政策仍然签订购房合同等其他情况。

针对这个问题进行思考,常见的观点有三种,一种是认为可以依据不可抗力的规定解除合同;另一种是认为可以依据情势变更原则请求变更或者解除合同;还有一种是合同必须继续履行,如确实不能履行,一方应当承担违约责任,法律有特别规定的除外。我们认为可以将政策作为合同履行的基础之一或者作为客观情况的一种,根据具体的政策调控对合同履行的影响程度,从而确定已经成立的购房合同是否能够解除,以及解除后的法律后果。以下将结合不可抗力和情势变更的定义,对前述的六种政策调控手段对购房合同的履行造成的影响及产生的法律后果进行逐一分析。

一、不可抗力的构成要件及法律后果

不可抗力是指当事人在订立合同时不能预见、对其发生和后果不能避免并不能克服的事件。《民法通则》第153条和《合同法》第117条规定:“本法所称不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”一般来说,不可抗力主要包括以下几种情形:一是自然灾害,即天灾人祸,例如地震、台风、洪水等;二是某些政府行为,在当事人在订立合同以后,政府颁布新政策、法律和采取行政措施而导致合同不能履行,如征收、征用等;三是社会异常事件,如战争、罢工等。

合同法第117条规定:“因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。”不可抗力是一项法定的免责事由,在合同成立后,如出现不可抗力致使不能履行合同或者不能完全履行合同的,合同解除,免除履行义务人的全部或者部分责任。不可抗力主要免除的责任是违约金责任和损害赔偿,对于返还义务、恢复原状责任、采取补救措施责任等则一般不能免除。

不可抗力的范围非常狭窄,一般的政策调控不符合不可抗力的构成要件,但是某些政策调控确实符合不可抗力的要件,可以适用不可抗力解除合同。是否能够适用不可抗力条款解

除合同需要针对具体的政策以及对合同履行造成的影响进行分析才能得出结论。

二、情势变更的构成要件及法律后果

情势变更原则是指合同有效成立后、履行完毕前,作为合同关系的基础的情势因不可归责于当事人的事由发生订立合同之初不可预见的变化,致使合同的履行变得艰难或不必要,若维持合同原有效力将导致双方利益失衡,基于公平原则应当对合同的法律效力作相应的变更乃至解除的一项法律原则。长期以来,情势变更一直只是作为我国民法理论上的一项基本原则存在,直到合同法解释二出台才正式赋予该原则实践意义。该解释第26条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”至此,法院在审判中可以正式适用情势变更原则。

情势变更原则适用的条件为:第一、有情势变更的事实。这是适用情势变更的前提。所谓“情势”,是指订约时作为合同基础及其环境的客观情况,所谓“变更”,是指合同赖以生效的环境或基础情势发生异常变动,造成合同基础丧失或者动摇。该事实是否构成情势变更,应当以是否导致合同赖以成立的基础丧失,是否导致当事人目的不能实现,以及是否造成对价关系障碍为判断标准。该变动也不属于不可抗力、商业风险的范围;第二、该变动必须发生在合同有效成立以后、履行终止之前;第三、该变动在合同订立时无法预见;第四、该变动的出现不可归责于当事人,当事人无主观过错。如果变动是由一方当事人的过错而引发的,则一方当事人应当承担由此产生的风险,而不能以情势变更为由来请求免除自己的责任;第四、继续履行合同对一方当事人明显不公或者不能实现合同目的。这是适用情势变更原则的实质要件,情势变更原则存在的价值就是追求公平,目的就是为了避免特定的变动对一方造成显失公平的后果,从而赋予一方当事人变更或者解除合同的权利。在理解这一要件时须注意以下两点,一是如果合同成立时已经显失公平,可以按照可撤销合同予以处理;二是必须引起当事人利益的极度不平衡,如果变动的出现对当

事人间的利益影响轻微,则不能适用这一原则。第六、必须当事人主张变更或者解除时才能适用。情势变更的适用应当以当事人向法院主张为前提,而不能直接发生变更或者解除的法律效力。

在审判实践中,情势变更的原则的适用被严格控制在较窄的范围之内,实际上仅限于重大经济情势的变化。最高人民法院在《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》中指出,严格适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)第二十六条,如果根据案件的特殊情况,确需在个案中适用的,应当由高级人民法院审核。必要时应提请最高人民法院审核。最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》指出,要慎重适用情势变更原则,合理调整双方利益关系。这一方面是由于情势变更有时与不可抗力、商业风险确实难以区别,另一方面也是为了防止法官滥用自由裁量权。

需要指出的是,合同法解释二虽然确认了情势变更原则,但是没有明确适用情势变更原则解除合同的法律后果,提出解除合同的一方是否要赔偿另一方的损失,这在法学界素有争议。有观点认为,以情势变更原则解除合同的法律后果有:1、相互返还原物;2、在原物不存在时,价格补偿。也有观点认为一方当事人即便合法地解除合同,也应当向对方当事人赔偿损失,只有法律规定可以免责的情形除外。通说认为,因情势变更解除合同的,不存在违约责任问题,对于合同相对方已经支付的合理费用,可以酌情由双方当事人进行合理分担。

三、结合不可抗力及情势变更的定义分析六种政策调控对购房合同的影响及产生的法律后果

我们认为,如果政策调控致使购房合同无法履行,且无其他可以使得合同继续履行的补救措施,那么这种政策调控就属于不可抗力情形之一,法律后果就是购房合同解除,双方返还财产、恢复原状,出售方应当返还买受人已经支付的购房款。具体而言,我们认为限购令符合不可抗力的构成要件,限购令的出台不可预见,出台以后使得特定的买受人丧失了自由购买房屋的资格,并且没有任何使得购房合同可以继续履行的补救措施,特定的买受人只能解除已经成立的购房合同,因此限购令符合不可抗力的构成要件。也有观点认为,限

购令构成情势变更,我们认为限购令不能适用情势变更原则:首先,不可抗力与情势变更的区分主要在于引起的后果不同,不可抗力是使得合同无法履行,而情势变更是使得继续履行会使一方当事人显失公平。限购令直接使得买受人不具备合同主体资格,合同无法继续履行,从这方面分析限购令不应适用情势变更;其次,不可抗力是直接就发生合同解除的后果,无须征得对方的同意和经过法律程序,而适用情势变更原则需要经过法律程序才能变更或者解除购房合同。限购令出台后,买受方既不必征得出售方的同意也不必经过法律程序直接就可以解除合同,因此,限购令不能适用情势变更,属于不可抗力规定的情形之一。

我们认为,有些政策调控虽然没有达到构成不可抗力的程度,但是根本影响房屋买卖合同存在的基础,从而造成了合同履行艰难或者继续履行对一方当事人显失公平,在这种情况下,一方要求解除合同的,法院应当准许。具体而言,我们认为在新政出台导致买受人无法取得银行贷款时,买受人可以请求法院解除买卖合同。国家金融政策变化是不可归责于当事人的事由,政策调控后买受人按照签订买卖合同时的以贷款形式支付部分购房款的愿望落空,合同存在的基础发生了根本性的变化。在这种情况下,如果要求买受方从其他方面筹措巨额资金一次性支付购房款对买受方显失公平。但是,这种情况是否能够适用情势变更原则解除合同,审判实践中存在争议,一般认为情事变更的适用范围相当狭窄,只有出现重大经济情事巨变时才适用情事变更,并且有严格的审批程序,此外在房地产市场调控政策频频出台的情况下,不能贷款是否不可预见也值得探讨,因此买受人要求按照情势变更的原则解除买卖合同时,法院适用该原则处理非常罕见。但是,确实是存在了不可归责于双方当事人的事由而导致购房合同无法继续履行,要求不能履行合同的一方承担违约责任确实不合理。最高院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第23条对此作出了明确的规定:“商品房买卖合同约定,买受人以担保贷款方式付款,因不可归责于当事人双方的事由未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的,当事人可以请求解除合同,出卖人应当将收受的购房款本金及其利息或者定金返还买受人。”显然,金融政策的调整是不可归责于双方当事人的事由,因此,在政策调控使得买受人无法取得贷款的情况下,买受人可以请求法院解

除商品房买卖合同, 出卖人应当返还购房款及利息或者定金。在二手房买卖合同中, 也可以参照该条的规定进行处理, 即双方对于合同的解除都不存在过错, 在合同解除后, 双方均无须赔偿对方的损失, 买受人有权要求出售方返还已经支付的购房款, 如果合同相对方为履行合同已经支付了合理费用, 双方可以合理分担。

我们认为, 有些政策调控虽然也对合同的履行造成了一定的影响, 但没有影响到合同存续的基础, 在这种情况下一方无权要求解除合同, 必须继续履行合同。例如合同签订后, 政策调高了贷款利率、营业税的征收方式由差额征收改为全额征收、开征房产税等, 我们认为这些政策调控虽然增加了买受人的购房成本, 但没有达到能够影响合同基础的程度, 因此, 买受人无法要求解除合同。

争论比较大的应该是提高买受人的首付款比例, 或者贷款额度减少的调控政策, 这种政策客观上造成买受人必须支付超过购房合同中约定的首付款数额。对于这种政策调控是否构成合同存在基础的重大变化, 我们认为不能一概而论, 而是需要根据个案的具体情况进行分析。对于这一点, 上海高院在2006年编写的《关于宏观政策调控后房屋买卖纠纷若干问题的解答》中的意见或许会给我们某些启示, “房屋买卖合同是一种标的额相对较大、与买卖双方有切身利益关系的合同。当事人在订立合同时往往对合同内容有较为全面的认识, 对自身合同义务的履行及风险有着较为充分的预见。因此, 作为付款义务人的房屋买受人对合同订立后可能出现的各种履行障碍, 应当有充分、合理的预见, 并对可能出现的履行障碍有相应的解决方案。一般情况下, 贷款成数的变化不会当然导致房屋买受人不能继续履行合同, 房屋买受人也可以通过其它途径筹措资金履行付款义务。因此, 当事人在无特别约定的情况下, 一般不得以贷款成数变化等政策原因为由主张解除房屋买卖合同。但是房屋买受人能举证证明贷款不足或不成, 确实严重影响其履约能力, 房屋买卖合同事实上已不可能继续履行, 且该履行障碍并非房屋买受人的信用低等个人原因所致, 房屋买受人主张解除房屋买卖合同的, 可以允许。”根据这条意见, 可以看出, 对于贷款额度减少的情况, 法院通常是不认为不可预见的情况, 原则上买受人不能主张解除合同。当然, 如果贷款不足部分数额比较大, 买受人又能够提供证据充分证明首付款已经是买受人用尽全部的积蓄, 根据自己家庭

目前的收入无法立即补足贷款不足部分, 那么, 法院可以根据买受人的举证情况认定合同履行的基础已经造成了根本的变化, 从而可以判令解除合同, 不能履行合同的一方应当承担相应的违约责任。

综上, 我们认为, 政策调控是影响购房合同存在和履行的重要因素, 不同的政策调控对购房合同会产生不同的法律后果。如果政策推翻了合同存在的基础, 使得合同无法继续履行, 且没有任何补救措施, 我们认为这种政策调控是一种不可抗力, 法律后果是购房合同解除, 出售方退回买受方已经支付的购房款。如果政策调控使得合同成立时的基础发生了根本性变化, 继续履行购房合同将会对一方显失公平, 那么法院可以根据买受人的请求解除购房合同, 合同解除的法律后果就是出售方退回买受方已经支付的购房款, 双方合理分担已经产生的费用。如果政策调控对合同的履行产生了轻微的影响, 没有改变合同存在的基础, 那么买受人不得以政策变动为由要求解除合同。如果政策调控对合同存在的基础影响尚不明朗的情况下, 则需要买受方进行举证以证明, 合同签订的基础发生重大变化并造成合同事实上履行不能或者继续履行显失公平, 法院在对个案的具体情况进行综合考量后可以作出解除合同的判决。

四、合同约定的效力

最后需要讨论的一个问题是, 许多合同以格式条款的形式对政策调控所造成的后果进行了明确的约定, 如这种约定与我们前面分析所得出的结论冲突, 该约定是否有效? 我们之前分析所得出的结论是否应当改变? 我们认为, 如果确实出于不可归责于双方当事人的事由造成合同无法继续履行, 一方仍可请求解除合同。反之, 如果该约定仅仅对政策的一般变动所造成的法律后果进行了规定, 那么我们认为该约定是有效的。

例如, 开发商在商品房买卖合同中作出如下规定: “若因国家有关按揭贷款政策发生变化 (包括但不限于贷款额度减少、不能贷款, 贷款利率调整, 贷款银行要求买受人增加首付款比例等) 而导致贷款资格发生变化时, 由此造成的问题由乙方自行解决且乙方无权以此为由而单方面提出解除本合同, 合同中约定的付款时间不变。”如果该约定有效, 在出现无法贷款的情况下, 买受方不能要求解除购房合同, 必须自行补足

原来确定以贷款方式取得的购房款,原合同继续履行,这与我们在之前得出的可以请求法院解除的情况存在冲突。我们认为,虽然合同约定不得解除,但是当事人确实无法全额支付购房款,合同无法履行,即使合同约定不得解除,由于政策出台合同确实无法履行,合同只能解除。当然该约定不是全部无效的,如果出现贷款额度减少、贷款利率调整,贷款银行要求买受人增加首付款比例等轻微影响合同履行的情况时,买受人则应当按照合同的约定履行付款义务。

另外,某些开发商也会在合同中提出如下条款,如“除甲方(出售方)原因外,乙方(买受人)不能履行合同的,乙方应当支付甲方合同总价款的10%作为违约金,甲方可以从乙方支付的购房款中予以扣除。”按照该约定,在政策调控造成的合同不能履行时,买受人也要支付高额的违约金,相当于将首付款的相当一部分用以支付给出售方作为解除合同的代价。我们认为,如果约定的违约金确实超过了实际损失,另一方可以请求法院降低。

五、结语

本文拟提供一个思考路径,即具体考察当前实行的房产调控政策对购房合同的影响程度,确定是否属于不可抗力或者适用情势变更,应解除或变更合同,还是应当继续履行合同。随着房地产市场调控的深入,今后可能会其他调控手段出现,无论何种调控手段,都可以通过本文探讨的路径分析其对合同履行所造成的影响,以得出一个合理的结论。

有限合伙企业的税务研究



茅麟

【摘要】

一般观点认为,有限合伙企业的所得税负担轻于公司制企业。理由是:公司制企业存在企业所得税、个人所得税双重征税问题,而合伙企业只对合伙人征收一重所得税。这也成为众多募投资金设立有限合伙企业的主要理由之一。但事实是否果真如此?本文将试分析有限合伙企业的税收政策问题,并将有限合伙企业与公司制企业之间的所得税政策差异进行比较。谬误之处,敬请广大投资者及同仁指正。

【关键词】

有限合伙 税收政策 比较

一、有限合伙企业本身并非纳税主体

根据《中华人民共和国企业所得税法》第一条:“个人独资企业、合伙企业不适用本法”、《中华人民共和国合伙企业法》第六条:“合伙企业的生产经营所得和其他所得,按照国家有关税收规定,由合伙人分别缴纳所得税”、财税[2000]91号文《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》(下称“财税[2000]91号文”)第三条:“个人独资企业以投资者为纳税义务人,合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人”以及财税[2008]159号文《财政部国家税务总局关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》(下称“财税[2008]159号文”)第二条:“合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人。合伙企业合伙人是自然人的,缴纳个人所得税;合伙人是法人和其他组织的,缴纳企业所得税”的规定,合伙企业本身并非纳税主体,无需缴纳企业所得税,合伙企业的利润要分配到各个合伙人的头上去纳税。这即我们俗称的“一重纳税”标准。

二、有限合伙企业纳税义务发生的时间

财税[2000]91号文第五条:“个人独资企业的投资者以全部生产经营所得为应纳税所得额;合伙企业的投资者按照合伙企业的全部生产经营所得和合伙协议约定的分配比例确定应纳税所得额,合伙协议没有约定分配比例的,以全部生产经营所得和合伙人数量平均计算每个投资者的应纳税所得额。”

财税[2008]159号文第三条:“合伙企业生产经营所得和

其他所得采取‘先分后税’的原则。具体应纳税所得额的计算按照《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》(财税[2000]91号)及《财政部 国家税务总局关于调整个体工商户个人独资企业和合伙企业个人所得税税前扣除标准有关问题的通知》(财税[2008]65号)的有关规定执行。前款所称生产经营所得和其他所得,包括合伙企业分配给所有合伙人的所得和企业当年留存的所得(利润)。”因此,根据上述规定,合伙企业当年所取得的利润,无论是否对合伙人进行了分配,都要由合伙人按合伙协议约定的分配比例或实缴出资比例,分别缴纳所得税。

值得注意的是,财税[2000]91号文是在修订前的《合伙企业法》背景下制定的,当时合伙企业的合伙人都是自然人身份的普通合伙人,并不适用于缴纳企业所得税的法人合伙人。而法人合伙人的纳税义务发生时间所适用的法律依据或许应为2008年1月1日起实施的《企业所得税法实施条例》第十七条:

“企业所得税法第六条第(四)项所称股息、红利等权益性投资收益,是指企业因权益性投资从被投资方取得的收入。股息、红利等权益性投资收益,除国务院财政、税务主管部门另有规定外,按照被投资方作出利润分配决定的日期确认收入的实现。”如果按此规定,在未实际分配红利之前,对法人合伙人不予征税,以后向法人合伙人分配时,法人合伙人才需要履行纳税义务,征税原则近于收付实现制。

但是,《企业所得税法暂行条例》第十七条中有“除国务院财政、税务主管部门另有规定外”的例外条款,目前也未见相关部门对此有明确的规定,因此法人合伙人的纳税义务发生时间仍有待进一步明确。

三、自然人合伙人缴纳个人所得税的税前扣除标准

财税[2008]65号文《财政部、国家税务总局关于调整个体工商户个人独资企业和合伙企业个人所得税税前扣除标准有关问题的通知》(下称“财税[2008]65号文”)第一条对此有明确的规定:“对个体工商户业主、个人独资企业和合伙企业投资者的生产经营所得依法计征个人所得税时,个体工商户业主、个人独资企业和合伙企业投资者本人的费用扣除标准统

一确定为24000元/年(2000元/月)。”

四、有限合伙企业合伙人的应纳税所得额的确定

财税[2008]159号文第四条对此有比较清楚的规定:“合伙企业的合伙人按照下列原则确定应纳税所得额:(一)合伙企业的合伙人以合伙企业的生产经营所得和其他所得,按照合伙协议约定的分配比例确定应纳税所得额。(二)合伙协议未约定或者约定不明确的,以全部生产经营所得和其他所得,按照合伙人协商决定的分配比例确定应纳税所得额。

(三)协商不成的,以全部生产经营所得和其他所得,按照合伙人实缴出资比例确定应纳税所得额。(四)无法确定出资比例的,以全部生产经营所得和其他所得,按照合伙人数量平均计算每个合伙人的应纳税所得额。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人。”

五、合伙企业对外投资分回利息、股息、红利的征税问题

国税函[2001]84号文《国家税务总局关于〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉执行口径的通知》(下称“国税函[2001]84号文”)第二条规定:“个人独资企业和合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利,不并入企业的收入,而应单独作为投资者个人取得的利息、股息、红利所得,按“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。以合伙企业名义对外投资分回利息或者股息、红利的,应按《通知》所附规定的第五条精神确定各个投资者的利息、股息、红利所得,分别按“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。”根据该规定,合伙企业的合伙人对外投资分回利息、股息、红利必须缴纳20%的个人所得税。该文颁布于2001年,原则上应是针对普通合伙企业的规定,即有限合伙企业的自然人合伙人应参照此规定执行。法人合伙人则应按照《企业所得税法》的相关规定执行。

六、有限合伙企业与公司制企业之税负比较

为了简化计算,在不考虑特别税收优惠政策,也不考虑投资人是境外企业或自然人的情形下,本文试作分析如下:

（一）投资人为自然人的情况下

假设现有两名自然人拟设立一家企业，如选择设立公司制企业，假定公司有应税所得100万元。则公司应先缴纳企业所得税25万元（税率按正常税率25%计算），税后利润75万元在分配给投资人时，再扣缴股东20%税率的个人所得税，计15万元。合计综合纳税额40万元，综合税负为 $25\% + (1-25\%) * 20\% = 40\%$ 。

如选择设立合伙企业，则企业不缴纳企业所得税，100万元利润无论是否分配，均由合伙人缴纳个人所得税，税率为五级超额累进税率。假定上述利润由两名合伙人平分，则个人应缴所得税为 $(500000 * 35\% - 6750) = 168250$ 元，两人合计336500元，综合税负为33.65%，低于公司制企业。

（二）投资人为法人公司

还是按照上面的例子，如果公司制企业的股东为法人公司，企业实现的所得在缴纳25%企业所得税后，按照新《企业所得税法实施条例》的规定，分配给股东的红利属于免税收入。而有限合伙企业分配给作为有限合伙人的公司制企业，须并入该公司应纳税所得额缴纳25%的企业所得税。从这一角度看，两者税收负担并无差别。

更进一步，如果作为有限合伙人的公司制企业又是由自然人设立的，有限合伙人未来向其分配利润时，还存在一重个人所得税，此时仍存在双重征税问题，与公司制企业亦无差别。

（三）创业投资型企业

假设目前有一家法人公司A投资于有限责任的B公司，B公司专业从事投资业务，B公司又投资了一家境内C公司，C公司向B公司的分红属于股息性免税收入，B公司再将这部分收益分配给A公司，同样属于免税收入。

同样的，我们假设一家法人公司A投资于有限合伙企业B，B专业从事投资业务，投资于一家境内C公司，C公司向B企业的分红在B企业不会产生企业所得税问题，但B企业再将这部分收益分配给有限合伙人A公司时，A公司应将此部分收益作为应纳税所得额缴纳25%的企业所得税。在此情况下，有限合伙企业各纳税环节的综合税收成本反而高于公司制企业。

七、结论

普遍认为，合伙企业充当向所有者转移收入的管道，较之于公司制企业的税收优势是不存在双重征税，然而通过分析发现并不尽然。

通过本文的阐述可以看出，有限合伙企业与公司制企业的税负差别主要表现在投资人身份为自然人时。但是考虑到公司只要不向自然人股东分配利润，股东层面的的个人所得税便可以向后递延，现时税负只有25%；而合伙企业实现的所得无论是否向自然人合伙人分配，都要按合伙比例或按合伙人人数“先分后税”，对照五级累进税率征收个人所得税（当个人所得超过5万元后，累进税率即达到35%）。因此，有限合伙企业的一重征税标准尽管综合税负低于公司制企业，但其边际税率较高，且不能延迟纳税义务。从这一点看来，不利于累积企业资金，减少了实际控制人对资金资本的运作空间。另外，上市公司分红个人所得税减半征收、小型微利法人企业所得税率降至20%等针对公司制企业的各种税收优惠政策，也会进一步弱化有限合伙企业的税收优势。

而对于投资人为公司制企业的情形下，投资于有限合伙企业与投资公司制企业在税负上并无差别。并且，如果被投资企业属于创业投资企业时，其获取分红利润时的税收成本目前甚至会高于投资公司制企业。

十年诉讼终获胜 错失良机难执行



丁兴锋

【摘要】

近年来关于法人股交易引发的诉讼频频出现，此类案件从法院暂不受理到受理，有其特定的历史原因。本案中，原告上海A公司于1992年6月从B公司购入C公司法人股，后B公司违约，在将账户卡交A公司后，又通过挂失方式重新办理了帐户卡，导致A公司无法行使权利。A公司于2001、2003年先后二次诉讼，都因法院暂不受理而未果。2007年，B公司将上市后的涉案股票全部抛售，获利355万余元，此前，该账户获历年分红共计4.1万元。2009年7月，A公司第三次起诉，虽经一审、二审获胜，但此时涉案股款已经被B公司全部转移，造成执行困难。

【关键词】

法人股 诉讼时效 执行

【案件简介】

近年来关于法人股纠纷的案件频繁出现，主要是因为我国证券市场起步特殊，在起步阶段股票分为对社会公众发行的流通股和由国有股、法人股等特定对象所持有的非流通股等几种，这在客观上也造成了同股不同权的局面，这些年的证券市场改革，也主要是围绕这方面的问题进行。按照相关政策法规，股权分置改革一定时间后原法人股就可以上市流通。由此，过去一大批由个人通过法人购买的法人股，其股权权属如何判断确定以及与此相关的纠纷，成为人民法院受理民事案件的一种新类型。

1992年6月13日，本案被告B公司的前身上海某装潢工程服务部通过某证券公司购买了1000股C公司法人股，价款为88000元，同时支付了500元开户费。本案原告上海A公司于1992年10月6日与该服务部签订转让协议，约定服务部将其名下的C公司1000股法人股转让给原告，原告支付转让款人民币176500元。协议中服务部以委托书形式明确自协议生效之日起原告持有全权处置该1000股股票的权益，其风险和利益均与服务部无关，服务部应提供有关上市交易的相应方便，以确保其正常上市。协议签订后，原告履行了付款义务，之后又通过服务部向C公司支付了配股款52200元，服务部将账户卡交A公司。后服务部更名为B公司。1998年5月15日，B公司通过挂失过户方式重新办理了股票帐户卡。

由于B公司一直拒不配合A公司办理相关过户手续，2001年8月，A公司以要求B公司办理上述法人股过户手续为由诉至杨浦区人民法院，因当时涉法人股纠纷尚不属于人民法院

受理范围,后A公司于2001年12月申请撤诉。2003年9月,A公司又以要求解除上述协议并赔偿损失为由诉至虹口区人民法院,该院于2003年10月15日出具裁定书,认为双方之间转让标的为法人股,暂不属于人民法院受理民事诉讼的范围,故驳回了原告的起诉。A公司不服提起上诉,上海市第二中级人民法院终审后维持该裁定。

2007年3月,C公司法人股经解禁后上市流通,后B公司及该账户实际控制人张某于5月31日前将股票陆续全部抛售,除去此间其自行买入部分外共获利355万余元,另该法人股历年分红共计4.1万元。

【诉讼经过】

2009年6月,A公司工作人员向本律师就本案咨询,因为此前经过二次诉讼未果,该公司对此案已经失去信心。得知案件详情后,本律师向其提供了诉讼的可行性分析报告并获得其委托。7月,本律师代理A公司向青浦区人民法院起诉,因不知B公司已将所涉股票全部抛售的情况,故起诉时请求法院判令B公司履行协议义务,为A公司办理股票过户手续。诉讼中,本律师持法院调查令至中国证券结算有限责任公司上海分公司查询获知股票已被全部抛售,遂将诉讼请求变更为由B公司与张某共同赔偿A公司股款及分红共计359万余元,诉讼中,经A公司申请,法院对张某所有的一处价值二百余万元的房产予以保全。

一审中,二被告辩称:涉法人股的案件不属于人民法院受理民事诉讼的范围;本案系重复诉讼,应予驳回;该交易违法无效;本案已经超过诉讼时效。

针对被告方答辩意见,本律师给予了有力的驳斥:第一,涉法人股案件此前只是暂不属于人民法院受理民事诉讼的范围,现法人股已解禁,法院已经受理此类案件;第二,本案此前虽然经过诉讼,但均未进入实体程序,法院从未进行实体审理并判决,纠纷并未得到处理;第三,该交易当时并无法律禁止,同类案件已经获得法院支持;第四,原告方是在诉讼过程中才得知股票被B公司及张某全部抛售,并未超过诉讼时效。

一审法院经审理认为,本案所涉的法人股于2007年3月解禁后上市流通,现原告基于与被告签订的协议,认为两被告侵害其合法权益,要求两被告赔偿股票抛售的损失系财产损失

赔偿纠纷,属于人民法院受理民事诉讼的范围;协议为双方的真实意思表示,现B公司将股票抛售,应连同孳息一并返还给原告所有。张某作为具体经办人,又确认涉案股票实为其个人所买,其在明知股票应为原告所有的情况下擅自抛售涉案股票,且拒不返还所得利益,侵犯了原告的合法权益,应承担共同赔偿责任。据此,法院判决两被告即B公司与张某共同向赔偿原告股款、红利共359万余元及逾期付款的利息损失。

一审判决后,二被告不服,提起上诉,并提出了三点理由:第一,涉案股票系国有法人股,因未履行相关登记批准程序,故转让协议无效。第二,协议的双方是A公司与B公司,张某在其中的法律地位仅是B公司代理人,故其在签订协议过程中是职务行为而不是个人行为,不应承担共同赔偿责任。第三,本案所涉法人股于2007年3月解禁上市流通,这个消息已通过各类媒体报道,作为一直追踪本案的被上诉人应当知道并应当在2009年4月前及时主张权利,起诉人在2009年7月起诉,已经过了诉讼时效。

二审中,根据相关法律及已经查明的事实,本律师发表代理意见对上诉人方的上述三点主张逐一进行了驳斥。

首先,本律师认为,本案协议合法有效。经查询中国证券结算有限责任公司上海分公司证明,自1998年5月15日B公司挂失过户至2006年3月28日上市交易期间,本案所涉股票证券类别为社会法人股。而上诉人所提及关于国有法人股交易的相关法规在本案协议的交易之日尚未颁布,且其也只是规范国有法人股的规定,也就是说,相关规定既是“新法”,又不适用于社会法人股,显然,协议“无效”之说毫无根据。

其次,关于张某于协议签订之时为B公司代理人的地位,被上诉人是认可的,但其成为本案被告并被一审法院判决承担责任并非基于其代理人的地位,而是因为其实际控制着本案法人股帐户及售股款。在B公司改制之后,涉案帐户及售股款一直由张某实际控制(该节事实在D公司2007年9月起诉B公司及张某返还某法人股抛售款的案件中已得到上海市第二中级人民法院终审判决的确认),因此,在本案中,在被上诉人已经依约履行义务的情况下,该帐户权益已经不是B公司的权益,而应该是被上诉人方的权益。张某和B公司因明知自己不享有涉案股票的权益而仍共同恶意侵吞售股款的事实清楚、证据确凿,张某由于共同的过错应当承担共同返还责任。因此,上诉人方企图通过混淆张某行为的性质来否认其对该

案的共同责任不应支持, 张某应当承担共同返还责任。

其三, 所涉法人股一直在B公司名下并由张某与B公司实际控制, A公司无从知晓这些法人股的状况。虽然之前A公司曾提起过诉讼, 但A公司是在原审法院审理过程中发现系争股票已被抛售后才将诉讼请求由确认股票所有权变更为返还股票抛售楼款, 故A公司提起本案诉讼并未超过法定诉讼时效, 因此, 上诉人方提出的“本案已超过诉讼时效”的主张不成立。

二审法院经审理, 确认了本律师提出的涉案法人股为社会法人股, 同时确认了关于“本案未超过诉讼时效”的代理意见, 对于B公司、张某就此提出的上诉理由, 法院不予采信。

针对张某在本案中的地位与作用, 二审法院参考了本律师提出的由该院另案查明的D公司诉B公司及张某返还某法人股抛售楼款的案件, 法院认为, 虽然在另一案件中B公司陈述由张某实际保管抛售楼票所得的款项, 然而, 在本案原审中, B公司及张某对系争股票所有权人及股票抛售楼款保管方的陈述存在前后不一致的情形。从B公司在二审中提供的银行进账单显示, 系争法人股的所有权人是B公司, 张某仅为经办人, 且从B公司在二审中提供的银行进账单显示, 系争法人股抛售楼款亦已进入B公司银行账户, 故张某在本案中行为的性质被认定为职务行为。据此, 二审法院判决上诉人B公司应于本判决生效之日起十日内返还A公司股票抛售楼款、股票红利共人民币359万余元; 并赔偿自2007年6月1日起至本判决生效之日止的逾期还款利息损失。

二审法院的判决虽然采纳了本律师的大部分代理意见, 但其忽视已被生效判决确认的事实, 认定张某的行为性质为职务行为的做法让笔者十分不解。但由于是终审判决, A公司只能在判决后不久申请解除了对张某的财产保全。

2010年底, 案件进入执行阶段后, 经与执行法官多次沟通, 通过调取B公司银行帐户交易记录, 查到股款在进入B公司帐户后数月内, 被B公司以工资、借款、货款等理由自用或分别支付给多家公司, 其中两笔分别是100万元、70.7万元以借款的名义支付给了E公司, 而经调查, 该E公司全部股东正是张某与其妻子! 而张某此时则称, E公司做生意亏了本, 这笔款都亏损完了, 目前公司已经停止经营, 无力偿还此债务。由此可见, 此前中院关于D公司诉B公司及张某案的判决中确认的由张某实际控制着本案法人股帐户及售楼款的事实的确存在。而

A公司面对终审判决, 对于这个问题可能还需要通过其他途径解决。目前, 由于暂时没有查到B公司可供执行的财产, 本律师与执行法官正在努力通过银行进一步查询股款下落, 而B公司与张某已经表示可以偿还部分股款, 现双方正在进一步沟通。

综观本案, 从交易至今已近二十年, 而三次诉讼过程也经历了十年, 最终的胜诉可谓来之不易。本案最有利的诉讼时机应当是在涉案法人股刚刚上市交易之时; 此时通过查询登记公司即可得知股票尚未全部抛售, 立即申请查封涉案账户即可以实现诉讼目的, 即使股票已经抛售, 此时售楼款也还在B公司帐上。然而据A公司工作人员透露, 该公司此前一直委托代理2003年第二次诉讼的律师继续跟踪关注此案, 但直至本案于2010年二审胜诉, 该律师尚不清楚涉法人股案件早在三年前法院就可以受理了!

万商天勤2011年新年联欢会图片集锦











