



第9期 2011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

9

城市基础设施、房地产及建设工程专刊

第9期 2011年11月

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

V&T LAW FIRM  
万商天勤律师事务所

[www.vtlaw.cn](http://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：上海市浦东新区银城中路488号  
太平金融大厦15楼（200120）

电话：86-21-50819091

传真：86-21-50819591

成都

地址：成都市高新区高朋大道3号  
东方希望A406（610041）

电话：86-28-85973458

传真：86-28-85113076

重庆

地址：重庆市南岸区江南大道8号  
万达广场2栋2509号（400060）

电话：86-23-62515572

传真：86-23-62515572

# 法 律 观 察

# Legal Insight



# 目录

- 02 事务所动态
- 18 万商天勤城市基础设施、房地产及建设工程业务概览
- 22 立法缺失成为中国基础设施特许经营项目发展的最大障碍  
王霁虹
- 25 特许期内特许经营项目设施的所有权归属  
王霁虹
- 27 BOT项目投资人参股模式下的法律问题探析  
王霁虹 高磊
- 31 中国城市轨道交通融资模式（2010）  
王霁虹 谢颐
- 46 公路收费权质押问题探讨  
薛莲 卢二松
- 48 深圳城市更新中土地利用模式的借鉴性意义  
齐岩冰
- 52 以收益分成方式进行土地一级开发中的法律风险与防控  
王霁虹 谢颐
- 54 旅游综合体项目法律服务模式初探  
宋阳 张菁
- 58 外商投资中国房地产的几个基本法律问题  
王霁虹 何帅领
- 60 房地产企业参与私募股权投资基金相关法律问题探讨  
何帅领
- 66 巧妙设计交易结构  
降低房地产信托业务兑付风险  
栾永明
- 69 房地产公司分立所涉税务问题简析  
冯丽萍
- 72 现行商品房保修制度之法律分析  
邓文君 吴泽普
- 76 商业物业经营管理纠纷和法律预防措施  
陈冰梅 李毓麟
- 84 **Getting The Deal Through: Real Estate—China (2012)**  
王霁虹等
- 89 在建工程转让模式的法律分析  
陆莉雅 陈凯
- 93 浅谈中国的工程保险  
石杰
- 96 中国建设工程施工合同备案制度亟待走出误区  
王霁虹 张晓峰
- 99 浅议建设工程合同的系统性、关联性问题  
唐煌
- 101 建设工程法律基础词汇辨析：  
工程变更、洽商、索赔、现场签证与计日工  
张晓峰
- 105 **Getting The Deal Through: Construction—China (2012)**  
王霁虹等

## 事务所动态

- 本所荣获Lawyer Monthly“中国年度最佳资本市场法律顾问”、“中国最佳建筑律师事务所”两项大奖
- 本所入选Chambers & Partners“资本市场—债券及股权领域领先律所”及“中国建筑领域领先律所”名录
- 本所获得China Law & Practice多项大奖提名
- 本所荣获Dealmakers Monthly五项业务大奖
- 本所荣获Acquisition International“建设工程法律大奖”
- 本所荣获Corporate INTL“2011年度中国最佳建筑律师事务所”
- 本所荣获Lawyer World“年度最佳建筑律师事务所”
- 本所荣获 InterContinental Finance Magazine“年度建设工程及房地产最佳律师事务所”
- 本所入选“最值得推荐的30家中国工程法律律师事务所”
- 徐寿春律师获续聘担任中国证监会第三届创业板发行审核委员会委员
- 本所与LexisNexis联合主办“外资并购中国法律实务研讨会”
- 本所为中国-新加坡两国政府间标志性项目中新天津生态城提供法律服务
- 本所为中国工艺美术馆·中国非物质文化遗产展示馆建设项目提供法律服务
- 本所继续担任中海地产常年法律顾问
- 本所继续担任华业地产常年法律顾问
- 本所为华侨城(上海)置地有限公司的酒店业务提供法律服务
- 本所为国奥投资发展有限公司首个限价房项目提供法律服务
- 本所为深圳市水贝村城市更新改造项目提供法律服务
- 本所为辽宁省民航房地产开发有限公司项目转让提供法律支持
- 本所为中国交通建设总承包公司广西钦州茅尾海综合整治(填海造地)一期工程项目提供专项法律服务
- 本所为四川成简快速路特许经营回购方式变更提供法律服务
- 本所为重庆渝广高速公路特许经营项目提供法律服务
- 本所为重庆梁忠高速公路特许经营项目提供法律服务
- 本所为西安西咸新区河道综合治理特许经营项目提供法律服务
- 本所为郑州市三环路快速化工程项目提供法律服务
- 本所为贵阳市“东部新城”核心区基础设施项目提供法律服务
- 本所担任航天恒星科技有限公司常年法律顾问
- 本所获聘大德汇通投资控股集团常年法律顾问
- 本所协助丰嘉投资管理有限公司在马鞍山设立基金
- 本所大力开拓保险业务, 与人保、幸福人寿、阳光人寿等多家保险公司建立法律业务

- 本所承办的广东长青(集团)股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市
- 本所承办的浙江星星瑞金科技股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市
- 本所承办的昆明百货大楼股份有限公司重组项目通过中国证监会审核
- 本所承办的北京航天长峰股份有限公司重组项目通过中国证监会审核
- 本所承办的久其软件股份有限公司首期股权激励计划获中国证监会核准
- 本所继续为国家开发投资公司短期融资券、中期票据注册及发行提供专项法律服务
- 本所协助中粮集团再次发行30亿元短期融资券和40亿元中期票据
- 本所获聘继续担任海南省发展控股有限公司企业债发行法律顾问
- 本所为华润深国投信托有限公司发行信托产品提供法律服务
- 本所承办华侨城短期融资券、中期票据项目
- 本所继续担任中信银行信用卡中心法律顾问
- 本所继续担任方大集团常年法律顾问
- 本所继续担任康佳集团常年法律顾问
- 本所担任深圳市燃气集团常年法律顾问
- 本所担任中国邮政储蓄银行有限责任公司北京昌平区支行常年法律顾问
- 本所为北京卫星制造厂提供国企改制、合资公司解散等多项法律服务
- 本所为北京西影汉唐传媒有限公司投资拍摄的电视剧《女人帮》项目提供专项法律服务
- 王霁虹律师入选《亚洲法律杂志》(ALB)“2011年中国热门律师”
- 王霁虹律师出任中国城市轨道交通协会理事
- 王霁虹律师出席“第二届中国国际核工业研讨会”并发表演讲
- 王霁虹律师为北京仲裁委员会仲裁员沙龙作专题讲座
- 何帅领、黄玲律师应邀出席中国人民保险集团股份有限公司投资产品评审委员会会议
- 黄玲律师应邀为中邮人寿保险公司进行合规经营管理法律培训
- 张晓峰律师成为英国皇家特许建造学会正式会员(MCIOB)
- 刘宇光律师受聘担任深圳市劳动人事仲裁委员会仲裁员及深圳市民商事调解中心调解员
- 韩俊律师参加第九届中国律师论坛暨国际业务分论坛
- 韩俊律师应邀出席北大国际法学院大楼奠基典礼
- 韩俊律师被深圳司法局、深圳市律师协会授予服务大运先进个人
- 罗超律师受国家会计学院邀请讲授企业并购重组法律实务系列课程
- 本所担任“第五届轨道交通与城市国际峰会”唯一法律合作伙伴
- 本所举办“新征收条例”专题法律讲座

### ■ 本所荣获Lawyer Monthly“中国年度最佳资本市场法律顾问”、“中国最佳建筑律师事务所”两项大奖

9月1日,英国法律媒体Lawyer Monthly揭晓了“2011年度法律大奖”,本所最终获得“中国年度最佳资本市场法律顾问”(Capital Markets Advisor of the year)和“中国最佳建筑律师事务所”(Construction Law Firm of the Year)两项大奖。此次评选以律师事务所在过去一年承办的交易(案件)数量、涉及金额、行业领域专业度为基本参评条件,经业内同行推荐、网络公示及专家综合评定等严格的评选过程最终评选出优胜律所,中国地区仅有本所一家律所同时获得建筑及资本市场领域两项荣誉。

过去一年在证券业务方面,本所先后成功完成了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,服务资本市场客户近百家。

同时,本所的建筑、房地产及城市基础设施业务继续引领市场,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,并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。

### ■ 本所入选Chambers & Partners“资本市场—债券及股权领域领先律所”及“中国建筑领域领先律所”名录

全球著名的法律评级机构钱伯斯Chambers and Partners最新出炉了其2011年亚洲地区领先律所的调研结果,本所分别入选“资本市场—债券及股权领域领先律所”及“中国建筑领域领先律所”名录,不仅展示了本所在建设工程及资本市场领域的雄厚实力,也反映了本所业务、品牌和服务深受钱伯斯及广大客户的认可。

钱伯斯法律大奖旨在褒奖世界各地优秀的律师事务所及杰出的法律专业人士,其拥有庞大的法律研究团队,以积极的专业态度对律师事务所的规模、承办案件、发展扩充等进行审慎的调访,最后作出评级与评价,其研究结果的客观性及信赖度收到法律专业人士的广泛肯定。

### ■ 本所获得China Law & Practice多项大奖提名

在China Law & Practice公布的第五届中国法律大奖提名名单中,本所分别获得了“房地产和建设工程年度最佳团队”、“能源和基础设施年度最佳团队”以及“深圳地区最佳律师事务所”三项提名,充分肯定了本所过去一年在上述领域业务表现。

### ■ 本所荣获Dealmakers Monthly五项业务大奖

在英国媒体Dealmakers Monthly举行的“2011国家大奖/The Dealmakers Country Awards 2011”评选活动中, 本所作为中国地区最为突出的律所之一, 分别在建筑、金融、公司、资源与能源、争议解决五项业务领域获得专业大奖, 对本所上述业务在过去一年的表现给予了极大肯定。

Dealmakers此次评选活动旨在全球范围内提名各个国家在专业领域表现突出的律师事务所, 以满足客户在全球范围的服务需求。

### ■ 本所荣获Acquisition International “建设工程法律大奖”

2011年9月, 在英国媒体Acquisition International Magazine举办的2011年度法律大奖评选活动中, 本所荣获“建设工程法律大奖”。

Acquisition International Magazine是AI Global Media Ltd旗下知名杂志, 主要侧重于金融、资本市场、收购与兼并, 公司等法律领域, 旨在及时发布业内交易资讯以及精准的数据分析报告以保证读者可以在最短时间内了解到最新最全的行业动态。

### ■ 本所荣获Corporate INTL “2011年度中国最佳建筑律师事务所”

在英国媒体Corporate INTL举办的2011年度法律大奖评选活动中, 本所荣获“中国最佳建筑律师事务所/Construction Law Firm of the Year”, 对本所在建筑领域取得的成绩给予了充分肯定。

Corporate INTL是一家侧重商业、金融及法律等行业的英国媒体, 旨在为全球的商业人士提供交流平台, 读者不乏金融顾问、财务顾问、公司法律顾问、律师、企业高管、风险投资等专业人士。Corporate INTL每年在全球范围内评选出优秀的法律及财务顾问, 为全球商业人士的成功提供顾问参考。

### ■ 本所荣获Lawyer World “年度最佳建筑律师事务所”

基于在建筑领域的专业影响力, 本所在Lawyer World杂志举行的“Global Awards 2011”评选活动中, 再次荣获“年度中国最佳建筑律师事务所”大奖, 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94650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 InterContinental Finance Magazine “年度建设工程及房地产最佳律师事务所”**

在英国媒体InterContinental Finance Magazine举办的2011年度第一届法律大奖评选活动中, 本所荣获“年度建设工程及房地产最佳律师事务所”大奖。

InterContinental Finance Magazine为侧重于金融、资本市场、私募股权与风险投资、公司等领域的英国财经杂志, 全球读者逾98000人。此次活动是该杂志举办的首届法律大奖评选, 本所被授予嘉奖, 充分体现了本所在建筑工程及房地产领域的国际地位。

■ **本所入选“最值得推荐的30家中国工程法律律师事务所”**

由建筑时报和McGraw Hill Construction联合主办的“中国承包商和工程设计企业双60强”及“最值得推荐的30家中国工程法律律师事务所”颁奖盛典, 于2011年11月16日在上海隆重举行, 本所榜上有名并名列前茅。本次颁奖盛典还揭晓了2011中国承包商60强、中国工程设计企业60强、最具成长性的承包商、最具国际拓展力的承包商、承包商的工程设计营业收入排名、最具国际拓展力的工程设计企业、工程设计企业的总承包营业收入排名。

■ **徐寿春律师获续聘担任中国证监会第三届创业板发行审核委员会委员**

2011年8月26日, 中国证监会在人民大会堂举行第三届创业板发行审核委员会成立大会, 中国证监会尚福林主席、桂敏杰副主席、刘新华副主席、朱从玖主席助理向本所合伙人、原第一届、第二届创业板发审委委员徐寿春律师等35名第三届创业板发审委委员颁发了聘书。

中国证监会主席尚福林在讲话中指出, 第一届和第二届创业板发审委在任期内严格履行职责, 在与创业板发行审核职能部门统一审核理念和审核标准的基础上独立判断, 努力做到客观公正, 标准把握较严, 审核质量较高, 累计召开发审委会议192次, 审核企业334家, 其中审核通过企业281家, 通过率84.13%, 圆满完成了任期内的审核工作, 没有辜负证监会和社会各界的期望。

据悉, 为了保持创业板发行审核工作的稳定性和连续性, 本次换届的方式采取了部分委员留任、部分委员更换的做法, 专职委员留任6人, 徐寿春律师是唯一留任的律师委员。

■ **本所与LexisNexis联合主办“外资并购中国法律实务研讨会”**

2011年11月10日, 本所与LexisNexis (律商联讯) 联合主办的“外资并购中国法律实务研讨会”在北京新闻大厦酒店隆重举行, 吸引了来自中外企业的100多位企业法律顾问, 本所执行合伙人王霁虹律师致欢迎辞, 罗超、毛国权、邱建、高磊律师分别围绕外资并购所涉及反垄断审查、交易架构设计、安全审查以及外资并购中国基础设施项目之要点作专题演讲, 与来自外资企业的一线法律实务人员进行了深度交流, 反响热烈。

### ■ 本所为中国-新加坡两国政府间标志性项目中新天津生态城提供法律服务

2011年10月24日,中新天津生态城首席财务官陈杰兴和本所合伙人王霁虹律师在本所正式签署了合作协议,标志着本所正式开始担任中新天津生态城投资开发有限公司的法律顾问。参加签约仪式的有中新天津生态城投资开发有限公司法务总经理曲超及公司法务张萌,本所合伙人高丽春、张晓峰和本所律师高磊、蒋洁、吴安静等。

中新天津生态城是由中国和新加坡两国总理牵头的两国间的标志性合作开发项目,坐落于天津市滨海新区,占地30平方公里,计划用10-15年时间建成一个可供35万居民生活、工作和休闲的现代化宜居示范城镇。生态城建成后将成为能实行、能复制、能推广,能为其他城市可持续发展的样板。目前已有来自新加坡、马来西亚、台湾、香港、日本等地的知名投资商、开发商和建筑商落户生态城。

经过严格的筛选,本所专业律师团队凭借雄厚实力入选公司常年法律顾问,为中新生态城的建设提供全程法律服务。

### ■ 本所为中国工艺美术馆·中国非物质文化遗产展示馆建设项目提供法律服务

继本所为国家体育馆、国家博物馆的建设提供全程法律服务之后,近日本所进一步受中国工艺美术学院委托,为即将落户于奥体中心区的中国工艺美术馆·中国非物质文化遗产展示馆建设项目提供前期招标代理公司委托合同、勘察拨地检测合同,以及设计招标文件的审查。

### ■ 本所继续担任中海地产常年法律顾问

作为中海地产多年来的合作伙伴,本所协助客户先后完成香蜜湖1号房地产项目、中海半山溪谷、中海大山地、中海月朗苑、中海怡瑞山居、中海西岸华府项目、中海阳光玫瑰园、中海康城国际、中海塞纳时光等高端房地产项目法律服务。2011年本所继续受聘担任其常年法律顾问,张志、宋阳、杨磊律师为中海地产提供全方位法律支持工作。

中海地产经历32年的实践与品牌积累,连续七次荣获中国房地产行业领导品牌,连续七年蝉联中国蓝筹地产企业,多次获得中国房地产百强企业综合实力第一名等荣誉。

### ■ 本所继续担任华业地产常年法律顾问

北京华业地产股份有限公司是我国首批成立的房地产经营开发公司之一,20多年来先后在深圳、北京开发建筑了十几个精品住宅,受到市场及业内的高度赞誉。本所徐志光、王云律师继续担任华业地产常年法律顾问。

■ **本所为华侨城（上海）置地有限公司的酒店业务提供法律服务**

在华侨城（上海）置地有限公司聘请万豪国际酒店集团管理其建设的宝格丽酒店项目磋商过程中。本所张志、陈凯律师受业主方委托为该酒店项目提供管理方比选、磋商、谈判、签约、以及酒店日常法律服务在内的全方位专业酒店法律服务。

■ **本所为国奥投资发展有限公司首个限价房项目提供法律服务**

作为国奥投资发展有限公司的常年法律顾问，本所持续为国奥公司在后奥运时代的业务发展提供全面有力的法律支持。目前，本所正在为国奥在北京的首个限价商品房项目——位于北京市昌平区的国惠村项目提供法律服务。本所就该项目提供了相关政策的法律咨询、商品房预售合同细节的讨论和修改、前期物业服务合同修改等相关法律服务，并将随该项目开发的推进提供相关法律服务。本所合伙人王霁虹、谢颐和本所律师蒋洁参与了该项目的服务。

■ **本所为深圳市水贝村城市更新改造项目提供法律服务**

受深圳市水贝实业股份有限公司委托，陈冰梅律师担任深圳市罗湖区水贝村城市更新改造项目法律顾问，为水贝村旧改项目提供全过程的法律服务。

水贝村更新土地范围约47000平方米，已初步选定与深圳地产名企京基地产公司合作。按照规划，旧改完成后，水贝村将成为以高档珠宝研发、展销和生产为龙头、以高档商业和公寓为配套的高级综合社区，是打造“魅力罗湖”的一颗新明珠。

■ **本所为辽宁省民航房地产开发有限公司项目转让提供法律支持**

辽宁省民航房地产开发有限公司近日在沈阳联合产权交易所成功将其位于沈阳市浑南新区中央商务区的“空港大厦”项目公司股权及部分国有土地使用权对外转让，本所合伙人李宏、卢二松及李凌洁律师作为辽宁省机场管理集团公司法律顾问，为该项目转让提供全过程法律服务及支持。

■ **本所为中国交通建设总承包公司广西钦州茅尾海综合整治（填海造地）一期工程项目提供专项法律服务**

2011年8月16日，何师领等律师受中国交通建设股份总承包公司委托，为其广西钦州茅尾海综合整治（填海造地）一期工程项目提供尽职调查、出具法律意见、项目合同审查和谈判等专项法律服务。该项目投资规模约18亿元人民币，包括茅尾海东岸综合整治工程项目和茅尾海沙井岛东岸综合整治工程项目两个子项目，是广西钦州滨海新城建设的一部分，项目工程内容包括清淤工程及填海造地工程。

■ **本所为四川成简快速路特许经营回购方式变更提供法律服务**

由中国水电建设集团路桥工程有限公司投资建设的成简快速路（BT项目），目前已完成交工验收，进入回购期。应成都方面要求，双方就项目回购方式进行变更，王霁虹、谢颐律师作为投资人法律顾问，为该项目回购方式变更提供方案筹划、参与谈判、法律论证、协议签署等专项法律服务，目前已协助投资人顺利收到第一期回购款。

### ■ 本所为重庆渝广高速公路特许经营项目提供法律服务

本所受中国水利水电路桥工程有限公司委托,为其拟投资建设的重庆渝广高速公路项目提供专项法律服务。渝广高速公路即京昆高速公路复线重庆至广安段,线路全长56.635公里,设计时速100公里/小时,项目总投资预计约75亿元人民币,该项目采取BOT方式实施,收费期为30年。本所律师王霁虹、谢颐、高磊协助客户进行项目合法性论证、项目公司设立、融资架构设计、合同谈判、融资担保等法律服务。

### ■ 本所为重庆梁忠高速公路特许经营项目提供法律服务

本所受中国水利水电路桥工程有限公司委托,为其投资建设的重庆梁忠高速公路项目提供专项法律服务。梁忠高速公路即京昆高速公路复线重庆梁平至黔江高速公路梁平至忠县段,。线路全长90.989公里,设计时速80公里/小时,项目总投资预计80亿元人民币,该项目采取BOT方式实施,收费期为30年。本所律师王霁虹、谢颐、高磊协助客户进行项目合法性论证、项目公司设立、融资架构设计、合同谈判、融资担保等法律服务。

### ■ 本所为西安西咸新区河道综合治理特许经营项目提供法律服务

本所受中国水利水电路桥工程有限公司委托,为其投资建设的西安西咸新区河道综合治理项目提供专项法律服务。西安西咸新区河道综合治理项目包括新区内沔河、渭河等四条河道的治理、沔渭三角洲湿地公园、污水处理厂、园林景观、市政道路工程等,本项目采取包括BT、BOT在内的特许经营模式,项目总投资预计约100亿元人民币。本所律师王霁虹、谢颐、高磊为客户提供包括项目合法性论证、项目公司设立、融资架构设计、合同谈判、融资担保等法律服务。

### ■ 本所为郑州市三环路快速化工程项目提供法律服务

本所受中国水利水电路桥工程有限公司委托,为其投资建设的郑州市三环路快速化工程项目提供专项法律服务。郑州市三环路快速化工程项目,包括郑州市三环路快速化工程之北三环(1、2、3标段)及西三环(1、2标段)BT项目,两项目路线全长17.994公里(其中西三环1、2标段长10.094公里,北三环1、2、3标段长7.9公里),两项目总投资预计约50亿元人民币。本所律师王霁虹、谢颐为客户提供包括项目合法性论证、项目公司设立、融资架构设计、合同谈判、融资担保等法律服务。

### ■ 本所为贵阳市"东部新城"核心区基础设施项目提供法律服务

本所受中国水利水电路桥工程有限公司委托,为其投资建设的贵阳市"东部新城"20平方公里核心区基础设施项目提供专项法律服务。贵阳市"东部新城"20平方公里核心区基础设施项目包括贵阳市"东部新城"内四条主要城市道路、四条城市排污大沟、以及回迁房项目,本项目项目采取BT特许经营模式进行开发建设,投资总额预计40亿元人民币。本所律师王霁虹、高磊为客户提供包括项目合法性论证、项目公司设立、融资架构设计、合同谈判、融资担保等法律服务。

#### ■ 本所担任航天恒星科技有限公司常年法律顾问

2011年9月1日,何帅领等律师受聘担任航天恒星科技有限公司的常年法律顾问,并为其基建项目——科研大楼项目提供建设工程专业法律服务。航天恒星科技有限公司是中国东方红卫星股份有限公司(股票代码:600118)全资控股的卫星应用高新技术企业,是中国航天科技集团公司第五研究院503所,同时是中国航天科技集团公司卫星应用研究院的主要支撑单位。

#### ■ 本所获聘大德汇通投资控股集团常年法律顾问

在大德汇通投资控股集团举行的法律机构选聘中,经过多轮遴选,本所成功获聘其常年法律顾问,为其在全国的房地产开发项目提供法律服务。该业务张晓峰律师主办。

大德汇通投资控股集团是由国内多家知名企业联合发起成立的集金融、房地产投资开发、股权投资为一体的跨区域专业化的投资机构,目前正在江西、武汉、山东、辽宁、海南等省投资打造数个大型的旅游地产开发项目。

#### ■ 本所协助丰嘉投资管理有限公司在马鞍山设立基金

近日,马鞍山丰嘉基金在安徽省马鞍山市正式成立。该基金采取有限合伙方式,首次募集资金4亿元人民币,主要投资于我国铁路基础设施建设。本所徐猛、文成炜、董越、吴卿律师为该基金的设立提供了全程法律服务。

#### ■ 本所大力开拓保险业务,与中国人保、幸福人寿、阳光人寿等多家保险公司建立法律业务

在继成功获聘中国再保险(集团)股份有限公司举办的常年法律顾问后,本所大力拓展保险业务,先后与中国人保、幸福人寿、阳光人寿等多家保险公司建立法律业务。

中国人民财产保险股份有限公司作为目前中国内地最大的非寿险公司,本所何帅领、黄玲律师为其提供了多项专项法律服务,涉及保险产品的合规性审查,保险公司对外直接投资,保险公司技术服务纠纷处理等方面。

在幸福人寿保险股份有限公司首次组织的招聘法律顾问的竞争性谈判中,何帅领、张建港、黄玲律师经过两轮激烈竞争,本所最终在十家参与谈判的大型律师事务所当中胜出,成为幸福人寿保险股份有限公司律师库的成员单位。幸福人寿保险股份有限公司是国内首家由大型国有金融机构控股的寿险公司。

本所近期还受聘担任阳光人寿保险股份有限公司常年法律顾问,黄玲律师及所在团队具体负责为阳光人寿保险股份有限公司提供常年法律服务。阳光人寿保险股份有限公司是国内七大保险集团之一的阳光保险集团的第一家控股子公司。

### ■ 本所承办的广东长青(集团)股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市

2011年9月20日,由毛国权律师、胡刚律师承办的广东长青(集团)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,长青集团(证券代码:002616)登陆深圳中小企业板。长青集团从事燃气具及配套产品的生产和销售以及生物质发电业务(包括垃圾焚烧发电、秸秆燃烧发电),是目前国内最大的燃气具及其配套产品的制造和出口商之一,在广东中山、山东沂水、黑龙江明水等地投资建设、运营生物质发电厂,拥有国家环保局颁发的“环境污染治理设施运营资质证书”。本次公开发行股票3700万股,发行价格17.8元/股,募集资金65,860万元。

### ■ 本所承办的浙江星星瑞金科技股份有限公司IPO项目在深圳证券交易所挂牌上市

2011年8月19日,由胡刚律师、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在深圳证券交易所举行了上市挂牌仪式,星星科技(证券代码:300256)登陆创业板。星星科技主要从事手机、平板电脑等产品视窗防护屏的研发、生产和销售;本次公开发行股票2500万股,发行价格21元/股,募集资金5.25亿元。

### ■ 本所承办的昆明百货大楼股份有限公司重组项目通过中国证监会审核

由温焯、李大鹏律师主办的昆明百货大楼股份有限公司(股票代码:000560,股票简称:昆百大A)发行股份购买资产暨关联交易项目于2011年9月14日经中国证监会并购重组审核委员会审核,获得有条件通过。昆百大A本次向关联方西南商厦非公开发行股份购买其持有的昆明新西南商贸有限公司100%的股权。本次重组完成后昆百大A将持有新西南100%的股权,标的资产价值为人民币31,544.71万元。通过本次重组,将有效解决昆百大A与大股东之间的同业竞争并降低关联交易,强化上市公司的独立性,增强上市公司核心竞争力和持续盈利能力。

### ■ 本所承办的北京航天长峰股份有限公司重组项目通过中国证监会审核

由温焯、罗超、何敏律师主办的北京航天长峰股份有限公司(股票代码:600855,股票简称:航天长峰)发行股份购买资产暨关联交易项目于2011年11月19日经中国证监会并购重组审核委员会审核,获得有条件通过。航天长峰本次向控股股东中国航天科工防御技术研究院非公开发行39,013,425股股份收购其所持有的北京航天长峰科技工业集团有限公司100%股权,本次重组标的资产价值为人民币35,190.11万元。通过本次重组,将使航天长峰主营增加安保科技系统集成业务,成为中国航天科工集团公司民用安保业务的核心平台,有力提升上市公司核心竞争力。

■ **本所承办的久其软件股份有限公司首期股权激励计划获中国证监会核准**

由马婧、文成炜律师承办的久其软件股份有限公司首期股权激励计划获得中国证监会核准无异议，这是久其软件股份有限公司2009年8月上市以来实施的首期股权激励计划。本次股权激励计划的形式为股票期权，久其软件本次拟向激励对象授予650万份股票期权。本所律师为久其软件提供了包括激励方案制定、申报文件制作、激励协议起草、出具法律意见书等全程法律服务。

■ **本所继续为国家开发投资公司短期融资券、中期票据注册及发行提供专项法律服务**

近日，国家开发投资公司就其2011-2013年度短期融资券、中期票据注册及发行项目，委托本所提供专项法律服务。本所指派具有丰富金融机构服务经验的徐猛、文成炜律师担任本次项目的法律顾问。国家开发投资公司系国资委直接领导的特大型国有投资公司，业务范围广泛，下设11个全资子公司和13个控股子公司、拥有三级以上全资和控股投资企业161家，其中包括5家控股上市公司，已在中国资本市场形成具有一定影响力的“国投”品牌。而自中国人民银行首批批准国家开发投资公司发行短期融资券及中期票据以来，本所一直担任其该项发行事务的专项法律顾问。

■ **本所协助中粮集团再次发行30亿元短期融资券和40亿元中期票据**

2011年7月12日，由徐猛、马婧、文成炜律师承办的中粮集团有限公司2011年度第二期短期融资券（募集资金30亿元）和2011年度第三期中期票据（募集资金40亿元）项目在银行间债券市场成功发行。这是继中粮集团有限公司2011年第一期短期融资券和2011年第二期中期票据之后，本所律师再次为中粮集团非金融企业债务融资提供法律服务。

■ **本所获聘继续担任海南省发展控股有限公司企业债发行法律顾问**

继2010年本所成功担任海南省发展控股有限公司企业债发行法律顾问后，该公司于2011年8月继续委托本所为其申请发行2011年企业债项目提供专项法律服务。本所徐猛、文成炜律师担任该项法律事务的专项法律顾问。海南省发展控股有限公司是海南省政府批准设立的国有独资公司，是海南省政府重要的投资和融资平台。

**■ 本所为华润深国投信托有限公司发行信托产品提供法律服务**

受华润深国投信托有限公司的委托, 张志、栾永明、杨磊律师为其发行信托产品提供法律服务。华润深国投信托有限公司(原名为深圳信托市投资公司)总资产将近60亿元人民币, 在中国信托行业中名列前茅。

**■ 本所承办华侨城短期融资券、中期票据项目**

受华侨城集团的委托, 宋阳、郭磊明律师继续为其2011年度第三期短期融资券的发行工作提供法律服务, 募集资金4亿元人民币。

**■ 本所继续担任中信银行信用卡中心法律顾问**

中信银行股份有限公司信用卡中心继续聘请本所担任其常年法律顾问。本所自2009年起受邀担任中信银行信用卡中心的法律顾问, 张志、栾永明、杨磊、黄晓娅等律师主要参与了顾问服务工作。

**■ 本所继续担任方大集团常年法律顾问**

基于多年来良好的合作, 张志律师继续受聘担任方大集团股份有限公司常年法律顾问。方大集团(深圳证券交易所A股代码000055、B股代码200055)总部位于深圳, 在上海、广州、济南、南京、武汉、厦门等30多个城市和香港等境外地区设有子公司及分支机构, 是国内知名的大型高新技术企业。

**■ 本所继续担任康佳集团常年法律顾问**

近日, 张志律师继续受聘担任康佳集团股份有限公司的常年法律顾问。康佳集团是中国改革开放后诞生的第一家中外合资电子企业, 是中国领先的电子信息企业。

**■ 本所担任深圳市燃气集团常年法律顾问**

本所严铁鹰、周殿梁律师于近日受聘担任深圳市燃气集团股份有限公司的常年法律顾问。深圳燃气集团股份有限公司是深圳市燃气供应的主导企业, 2003年被深圳市政府授予30年管道燃气特许经营权, 2004年通过国际招标招募改制为中外合资企业, 是深圳市授权投资、建设及经营深圳市城市天然气利用的唯一燃气企业。

■ **本所担任中国邮政储蓄银行有限责任公司北京昌平区支行常年法律顾问**

本所受聘担任中国邮政储蓄银行有限责任公司北京昌平区支行的常年法律顾问,何帅领律师为主办律师。中国邮政储蓄银行有限责任公司于2007年3月6日正式成立,是在改革邮政储蓄管理体制的基础上组建的商业银行。

■ **本所为北京卫星制造厂提供国企改革、合资公司解散等多项法律服务**

本所受北京卫星制造厂委托,何帅领等律师为其下属子公司北京星达技术开发公司改制提供专项法律服务。2011年10月,本所何帅领、黄玲律师还为北京卫星厂设立的合资公司的解散和注销提供专项法律服务。

■ **本所为北京西影汉唐传媒有限公司投资拍摄的电视剧《女人帮》项目提供专项法律服务**

2011年9月6日,何帅领等律师为北京西影汉唐传媒有限公司投资拍摄的电视剧《女人帮》项目提供专项法律服务。北京西影汉唐传媒有限公司是西部电影集团参与投资的一家国际化影视传媒公司,是西部电影集团事业单位企业改造、企业国际化、市场化的试点公司,主要从事文化产业后市场的开发及运作、国际文化交流、影视剧的投资及拍摄、演艺经纪、代理音乐作品及提供版权音乐。

■ **王霁虹律师入选《亚洲法律杂志》(ALB)“2011年中国热门律师”**

《亚洲法律杂志》(Asia Law Business)近期揭晓了“2011年中国热门律师”,评选出25位来自中国律师界表现卓越的策略家、领导者、专家和领航者。本所执行合伙人王霁虹律师入选卓越策略家。

《亚洲法律杂志》评价道:作为万商天勤律师事务所执行合伙人,王霁虹律师进行了一系列战略调整及规划,引导万商天勤稳步踏入国内一流律所行列。她本人作为中国城市基础设施及建筑领域的知名律师,带领团队广泛服务于铁路、地铁、机场、大桥、高速公路、水务、石化、新能源等项目,业绩不俗。王霁虹律师还积极推动万商天勤在证券及资本市场、公司法律事务以及并购领域的服务品牌,实现万商天勤在各个领域的“多赢”。

■ **王霁虹律师出任中国城市轨道交通协会理事**

2011年10月14日,中国首个国家级轨道交通领域的协会——中国城市轨道交通协会正式成立,国务院原副总经理曾培炎、住建部副部长仇保兴、国家发改委主任张平、交通运输部部长李盛霖、北京市副市长陈刚等领导出席了本次成立大会。协会由国家发展和改革委员会作为业务主管单位,同时接受住房和城乡建设部、交通运输部的行业指导,汇集了城市轨道交通有相关业务的建设、运营、装备制造、规划、设计咨询等突出单位和杰出人士。本所王霁虹律师基于在轨道交通领域的法律服务经验与业绩,被选举成为该协会唯一的律师理事。

### ■ 王霁虹律师出席“第二届中国国际核工业研讨会”并发表演讲

2011年10月20日至22日,王霁虹律师应邀参加了由世界核协会和中国核能行业协会在香港举办的“第二届中国国际核工业研讨会”,并分别在“世界核协会法律小组会议”和“中国国际核工业研讨会”上,就中国原子能法的现状和展望做了精彩的英文报告。

在20日举行的世界核协会法律小组会议上,王霁虹律师围绕中国能源领域的立法现状以及中国原子能法的立法焦点问题发表了专题报告。作为中国原子能法起草工作小组的成员之一,王律师介绍了中国能源和核能的立法现状,针对一些国外学者对中国原子能法的误解,进行了解释和澄清;探讨了中国原子能立法中遇到的问题和挑战,涵盖核事故损害责任的主体、保险、核事故损害赔偿限额机制、跨境核污染责任承担、建立从业人员辐射防护制度以及设立核损害生态补偿机制等,并与国际原子能领域的法律专家进行了深入的沟通和讨论,帮助国际原子能法律界更好的了解中国现有的原子能相关法律法规,并与外国专家就中国原子能法的立法交换了观点。

22日举行的中国国际核工业研讨会,是世界核协会和中国核能行业协会联合举办的国际会议,国际原子能机构、世界核电运营者协会的领导以及资深核专家,就日本福岛核事故后的核能发展、铀资源与核燃料、核设备供应链、核人才资源开发、核能领域立法等专题做报告,并进行研讨。王律师在研讨会上发表了“中国核能的立法现状与展望”的专题报告,探讨了核能领域跨境合作的法律规制和跨境核污染的责任承担问题,并对中国原子能立法提出了建设性的观点和展望,受到各国与会代表的关注。

### ■ 王霁虹律师为北京仲裁委员会仲裁员沙龙作专题讲座

8月25日,王霁虹律师受北京仲裁委员会邀请,为2011年第8期仲裁员沙龙活动,进行了“建设工程的新融资方式—BT特许经营”专题讲座。王律师针对BT特许经营这一新兴的建设工程融资方式,同大家分享了具体的操作模式以及其在该领域内的实践经验,具体内容涉及BT特许经营模式的立法现状及存在的问题、各方参与人的风险分担原则及应对措施、政府方与投资人的权利义务、政府回购、保险问题等。与会的仲裁员及建筑领域央企负责人反响热烈,就实践操作中的诸多法律问题进行了沟通交流。本所张晓峰、高磊律师也参加了此次沙龙活动。

### ■ 何帅领、黄玲律师应邀出席中国人民保险集团股份有限公司投资产品评审委员会会议

2011年9月,何帅领、黄玲律师应中国人民保险集团股份有限公司的邀请,共同参加了该公司的投资产品评审委员会会议。会上,何帅领律师作为外聘专家发表了意见,并参与了评审工作。中国人民保险集团股份有限公司涵盖财产保险、人寿保险、健康保险、资产管理、保险经纪、信托、基金等领域,形成了保险金融产业集群,在海内外具有深远影响力。

### ■ 黄玲律师应邀为中邮人寿保险公司进行合规经营管理法律培训

2011年8月,黄玲律师应中邮人寿保险股份有限公司的邀请,参加了该公司2011年风险管理与合规培训系统会议,并为该公司全国分公司的数十名参会代表进行了合规经营管理法律培训。中邮人寿保险股份有限公司是由中国邮政集团公司与20个省邮政公司共同发起设立的国有全国性寿险公司,依托邮政得天独厚的资源优势,未来发展前景可观。

### ■ 张晓峰律师成为英国皇家特许建造学会正式会员 (MCIOB)

张晓峰律师经过半年的持续学习与严格评审,于2011年10月20日成功通过英国皇家特许建造学会(CIOB)的考核,成为CIOB正式会员(MCIOB)。

CIOB成立于1834年,是建筑领域唯一得到皇家特许的学会,专注于建设全过程管理,制定全球行业标准,管理专业人员执业资格。张晓峰律师成为CIOB正式会员,将为本所工程法律服务实力提升和国际工程业务开拓提供助力。

### ■ 刘宇光律师受聘担任深圳市劳动人事仲裁委员会仲裁员及深圳市民商事调解中心调解员

基于在劳动人事仲裁和商事调解领域的丰富经验,本所刘宇光律师被聘为深圳市劳动人事仲裁委员会仲裁员及深圳市民商事调解中心调解员。

### ■ 韩俊律师参加第九届中国律师论坛暨国际业务分论坛

2011年10月17至19日,本所合伙人、广东省律协WTO法律专业委员会主任韩俊赴青岛参加了由中华全国律师协会主办的第九届中国律师论坛暨国际业务分论坛,与多名业界著名律师一起就“十二五规划与律师业发展的相关问题”、“如何为推动和保护中国企业拓展国际市场保驾护航”、“全球经济形势动荡下,中国涉外法律服务业如何突围”以及“如何在全球同行中树立中国律师的诚信形象”等专题进行了全面、深入地交流和探讨。会议气氛非常热烈,多名律师发表了专题演讲。本次论坛促进了全国业界律师同行之间的经验与交流,对新时期、新形势下律师业的发展具有积极的引导作用。

### ■ 韩俊律师应邀出席北大国际法学院大楼奠基典礼

2011年9月21日上午,本所合伙人、深圳市律协涉外法律业务委员会主任韩俊受邀出席北京大学国际法学院新大楼的奠基典礼。深圳市市长许勤、北京大学副校长海闻教授、北京大学研究生院张永宏副院长、北大国际法学院创院院长Lehman、副院长Yandle及来自政府、企业、学校的其他各界知名人士出席了该典礼。

北大国际法学院新奠基大楼拟采用苏格拉底式风格,又融合了当代深圳的建筑设计元素,特聘请美国知名建筑事务所KPF设计施工,坐落于北大深圳研究生院校园内,傍河而建,充分体现了该院融合中西文化、促进中外交流的教育精神,为学生和老师的相互交流创造条件。

### ■ 韩俊律师被深圳司法局、深圳市律师协会授予服务大运先进个人

2011年9月30日, 本所合伙人韩俊律师被深圳司法局、深圳市律师协会评为服务大运先进个人。在今年举办的第26届世界大运会筹备和举办期间, 韩俊律师积极响应深圳市、区司法局及深圳市律协的号召, 参加深圳律师大运志愿团、大运律师服务专家团、大运律师法律服务应急工作小组的各项法律志愿服务, 运用娴熟的专业技能和知识, 为大运会的运动员和附近的居民提供了各类法律法律服务, 为深圳大运法律服务作出了突出的贡献。

### ■ 罗超律师受国家会计学院邀请讲授企业并购重组法律实务系列课程

罗超律师近期受国家会计学院的邀请, 为其主办的“企业并购重组政策与实务高级研修班”讲授了两期题为《企业并购重组法律实务解析》的系列课程, 就企业并购流程操作、法律问题及风险防范进行了讲解, 并结合具体案例重点分析了国有企业、外资企业、上市公司三种类型企业并购中的典型问题, 现场讨论热烈。

### ■ 本所担任“第五届轨道交通与城市国际峰会”唯一法律合作伙伴

2011年10月19日第五届轨道交通与城市国际峰会在上海召开。本所作为本次峰会的唯一法律合作伙伴, 委派高磊律师参加了本次峰会。出席本次峰会的有国际公共交通联合会、世界银行驻中国代表处、国家发改委、上海市住建委等部门的领导, 以及包括罗马、纽约、哥本哈根、新加坡等来自二十多个城市的地铁公司高层管理人员。本次峰会以安全、绿色和人文为主题, 分别就融资、管理、建设等问题进行研讨与交流。本所以王霁虹律师带领的专业团队多年来不断致力于中国轨道交通的法律服务, 在轨道交通特许经营融资领域积累了广泛的创新经验, 曾为北京、天津、深圳等多个城市的多条轨道交通的建设与融资提供法律服务, 博得业内广泛好评。

### ■ 本所举办“新征收条例”专题法律讲座

随着《国有土地上房屋征收与补偿条例》的出台, 行政强拆退出了历史, “新征收条例”与“旧拆迁条例”的一系列不同规定也引发了社会的强烈关注。10月18日, 本所特别邀请深圳大学法学院丁南教授来所就“新征收条例下的强制拆迁与城市更新”进行专题讲座, 就《新征收条例》的起草背景、出台后对各方面的影响以及与旧拆迁条例的重要区别, 以及业界所关注的城市更新改造的热点问题进行了详细讲述。本所多位律师就法律实务操作中的相关问题与丁南教授进行了探讨, 现场气氛热烈。

# 万商天勤城市基础设施、房地产及建设工程业务概览

万商天勤律师事务所是一家为中外客户提供全面法律服务的综合性律师事务所，在北京、深圳、上海、成都、重庆设有办公室，拥有律师和专业人员近三百人。

万商天勤汇集了活跃于城市基础设施、建筑、房地产、酒店管理、环境保护、资源与能源、证券、金融、公司并购、私募股权与风险投资、跨境投资、保险、知识产权、劳动、税务、医疗、电信、媒体、高科技、政府法律事务、诉讼与仲裁等各个领域的优秀律师。我们时刻关注并深刻理解客户的需求，致力于提供高效务实的专业解决方案。

## 业务特色

经过近十年的沉淀和积累，万商天勤城市基础设施、房地产及建设工程业务居于业内引领地位，形成了成熟、独特的服务优势：

■ 万商天勤先后代表国内外投资人、政府机构等成功为数十个BT、BOT、TOT等基础设施特许经营项目提供有效法律服务，项目涉及众多地标性建筑、体育场馆、机场、高速公路、地铁、轻轨、桥梁、港口、码头、水务、新能源等诸多领域；

■ 在房地产开发领域，万商天勤为上百个商业地产、工业地产、住宅地产、新农村建设、成片土地开发等各类地产业形态项目提供法律风险诊断、交易架构设计、融资、开发、招投标、建设、经营、并购、上市等全过程、全方位专家级法律服务；

■ 在建设工程领域，万商天勤不仅能提供工程建设的全程服务，更能同时为项目业主提供项目融资、项目管理模式、管理架构、管理流程等项目管理方面的专业咨询意见，令客户享受到超值的专业服务；

■ 万商天勤为各种国有大型开发企业、私营企业、外商投资企业、国内外基金、事业单位、政府机关等不同开发主体提供服务的丰富经验，使得我们代表客户在项目谈判中能够知己知彼，大大增加合作成功的几率；

■ 万商天勤能够根据项目需求调动全所资源，调配不同专业律师组成强劲的专业团队为客户服务。万商天勤律师的专业特长涵盖了项目立项、规划、土地、环境、招投标、施工、销售、租赁、经营、并购、融资、上市、诉讼、仲裁等各个方面，确保客户享受业内最高水平的服务品质。

## 专业奖项

客户的信赖与我们的努力, 为万商天勤赢得了多项国内外声誉:

- 中国律师事务所20强 (ALB, 2009-2010)
- 中国最佳建筑律师事务所、中国最佳资本市场法律顾问 (Lawyer Monthly, 2011)
- 中国卓越建筑律师事务所 (Chambers, 2010)
- “基础设施和项目融资”及“外商投资”杰出交易大奖( China Business Law Journal, 2010)
- 中国年度最佳建筑律师事务所 (Global Law Experts, 2010)
- 中国卓越建筑律师事务所 (Lawyers World, 2011)
- 中国卓越建筑律师事务所 (Finance Monthly, 2011)
- 中国杰出建筑律师事务所 (Corporate INTL, 2011)
- 中国最佳建筑律师事务所 (Dealmakers Monthly, 2011)
- 中国最佳建设工程及房地产最佳律师事务所 (InterContinental Finance Magazine, 2011)
- 中国最佳建筑律师事务所 (Acquisition International, 2011)
- “中国房地产和建设工程年度最佳团队”和“中国能源和基础设施年度最佳团队”提名 (China Law&Practice,2011)
- 建筑、金融、公司、资源与能源、争议解决五项专业大奖 (Dealmakers Country Awards,2011)
- 中国年度最佳建筑律师事务所 (Lawyers World Global Awards, 2011)
- 最值得推荐的30家中国工程法律律师事务所 (建筑时报、McGraw Hill Construction, 2011)
- 中国建筑领域领先律所及资本市场—债券及股权领域领先律所 (Chambers, 2011)
- 中国境内IPO发行人法律顾问10强 (Bloomberg, 2009-2010)
- 中国上市公司最信赖律师事务所 (中国上市公司与城市发展论坛, 2011)
- 中国证券市场优秀律师事务所 (China Business Law Journal, 2011)

## 服务业绩

伴随中国城市基础设施、房地产建设的风起云涌, 本所不仅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) 城市基础设施

- 国家体育馆及奥运村特许经营项目
- 国家体育场项目
- 奥林匹克森林公园项目
- “春茧”深圳湾体育中心项目

- 中新天津生态城项目
- 天津“武清新城”综合开发项目(BT)
- 贵阳“东部新城”20平方公里核心区基础设施建设项目(BT)
- 西安沣渭新区河道综合治理项目(BT)
- 曲靖市城市综合体项目
- 北京市顺义区北石槽镇西部地块整体开发项目
- 北京市垆头文化休闲产业区核心区
- 北京市门头沟赵家洼村等系列土地一、二级开发项目
- 深圳市大冲村旧改项目
- 深圳市水贝村城市更新改造项目
- 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
- 上海申通地铁集团有限公司
- 辽宁省机场管理集团公司
- 中国交通建设股份有限公司
- 首都国际机场
- 天津滨海国际机场
- 天津地铁一、二、三号线及沿线地产开发
- 北京地铁五号线(TOT)
- 深圳地铁四号线(BOT)及沿线地产开发
- 深圳地铁交通疏解项目
- 深港西部通道项目
- 山西太焦与侯月铁路项目(BT)
- 重庆朝天门长江大桥(BT)
- 吉林江湾大桥(BT)
- 京石高速公路北京段股权转让项目(BOT)
- 山西阳侯高速公路项目(BOT)
- 福建武邵高速公路项目(BOT)
- 四川成铭高速公路(BOT)
- 四川成简快速路项目(BT)
- 重庆渝广高速公路项目(BOT)
- 重庆梁忠高速公路项目(BOT)
- 郑州市三环快速化工程项目(BT)
- 中化泉州重油深加工项目

## (二) 房地产及建设工程项目

- 中央电视台新台址建设工程以及工艺工程项目
- 中国国家博物馆改扩建工程项目
- 中国工艺美术馆新馆工程项目
- 中国药品生物制品检定所办公大楼项目
- 中国科学院力学研究所“钱学森工程科学实验基地”项目
- 深圳证券交易所营运中心项目
- 数字北京大厦
- 中国银行总行大厦
- 上海太平金融大厦
- 北京总部基地
- 北京威新国际大厦
- 北京建设大厦
- 北京外交公寓
- 广东现代国际展览中心项目三期
- 万科集团系列房地产项目
- 华联发展集团“华联在杭州”系列房地产开发项目
- 华润集团系列房地产开发项目
- 千岛湖“进贤湾”大型旅游综合体项目
- 首都机场地产集团系列地产及临空地产开发项目
- 香港瑞安房地产集团地产投资项目
- 华夏顺泽投资集团有限公司数个城市地产开发项目
- 上海“合利坊”房地产项目
- 泰州溱湖综合体开发项目
- 上海浦江镇房地产综合开发项目
- 华侨城集团系列房地产并购项目
- 深圳“欢乐海岸”项目
- 华侨城青岛国际旅游度假区综合体项目
- 北海“南国天堂文化旅游城”地产并购项目
- 天津华侨城东丽湖大型旅游综合项目
- 华侨城蛇口四海公寓项目
- 华侨城东方花园M3和P1区别墅项目
- 华侨城招商曦城项目
- 华侨城波托菲诺纯水岸项目
- 华侨城波托菲诺天鹅堡项目

- 华侨城波托菲诺香山里项目
- 华侨城侨城馨苑项目
- 中海大地房地产项目
- 中海月朗苑房地产项目
- 中海怡瑞山居房地产项目
- 中海西岸华府房地产项目
- 中海阳光玫瑰园房地产项目
- 中海康城国际房地产项目
- 中海塞纳时光项目
- 上海“苏河湾”综合体开发项目
- 香蜜湖1号房地产项目
- 半山溪谷房地产项目
- 深圳“品尚居”项目
- 惠州“21克拉”项目
- 华业地产收购荷叶山地块项目
- 华业地产收购盛安矿业名下的矿权项目
- 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
- 深圳市承瀚投资发展集团有限公司收购  
辽宁丹东、深圳平湖等多宗房地产项目
- 深圳市金湾房地产有限公司收购  
深圳市光明新区某房地产项目
- 深圳市汇马投资发展有限公司收购  
深圳坪山新区某房地产项目
- 深圳市荣柏投资管理有限公司收购  
成都市某房地产项目
- 深圳华侨城国际酒店管理有限公司
- 深圳湾万豪酒店
- 深圳华侨城洲际大酒店
- 深圳威尼斯皇冠假日酒店
- 深圳海景奥思庭酒店杭州千岛湖万豪酒店
- 三亚顺泽福湾酒店
- 中国太平保险集团房地产业务
- 中国再保险(集团)股份有限公司房地产业务
- 安邦财产保险股份有限公司房地产业务

# 立法缺失成为中国基础设施特许经营项目发展的最大障碍



王霁虹

自广西来宾电厂首开中国基础设施特许经营模式之先河,今天的中国,从水务、公路、地铁、桥梁、铁路、港口,到市政基础设施、体育场馆……,特许经营的公私合营模式已遍及中国基础设施的各个领域。政府通过特许经营,吸引大量的社会资金投入到基础设施的建设领域,加快了基础设施建设速度,大大缓解了政府在基础设施建设上所承受的巨大财政压力,满足了社会对基础设施快速发展的迫切需求。

然而,与如火如荼的特许经营实践极不相称的,是中国特许经营的立法现状。目前,中国在特许经营立法方面十分滞后,尚未建立统一的特许经营法律体系,也无法律、法规层级的特许经营规范性文件。立法的缺失,目前已成为中国基础设施特许经营项目健康发展的最大障碍。

## 一、中国关于特许经营立法的现状

### (一) 立法的效力层级不高

目前,中国尚没有一部规范特许经营行为的法律或法规,目前的特许经营法律规范仅停留于部颁规章和地方立法层面。目前关于基础设施特许经营的唯一全国性行业规范性文件即原建设部颁布的《市政公用事业特许经营管理办法》,以及此前更早的相关部门颁布的一些政策性文件,例如2003年原建设部颁发的《关于关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》以及2007年国家发改委、财政部等颁发的《关于加强东西互动深入推进西部大开发的意见》,上述文件指导并鼓励企业通过BOT(建造-运营-移交)、TOT(转让-运营-转让)等方式参与高等级公路、铁路、机场、港口等基

基础设施的建设。随着中国公用基础设施市场的开放,各省市也都先后出台了适用于当地市政基础设施特许经营的规范性文件。但上述办法、意见等规范性文件基本上都带有政策导向性色彩,且法律效力层级低,其中的特殊性规定在与现行的法律、法规发生冲突时,往往因效力层级低而无法得到执行。

## (二) 可操作性较差

现有规范性文件对基础设施特许经营的实施模式以及操作程序进行了相应规定,但就项目运营及移交环节的规定则少之又少,导致实践中无法操作。例如从《市政公用事业特许经营管理办法》第二条对特许经营模式所做的定义来看,无法明确判断该办法所指称的特许经营是否涵盖BT (Build-Transfer) 这一模式,从而使得实践中大量存在的BT模式特许经营基础设施项目在适用这一规范性文件时存在诸多不确定性。

## 二、实践中遇到的法律瓶颈

### (一) 土地问题

特许经营权的授予方式与中国现行土地使用权的出让政策存在一定的矛盾。在基础设施特许经营项目中,通常是政府将基础设施项目通过招标、竞争性谈判、直接授予等方式,选择特许经营人。而根据中国现行土地法律政策,经营性土地使用权必须通过招标、拍卖、挂牌等方式获取。这意味着在以土地使用权补偿特许人时,无法确保特许人一定能够中标获得土地使用权。这一矛盾在地铁特许经营项目中表现尤为突出,以采用BOT特许经营方式进行的深圳地铁4号线为例,由于受土地公开招牌挂的限制,招标文件中承诺补偿给香港地铁公司的土地无法配合地铁的建设进度如期到位,导致香港地铁“地铁+物业”的成功运营模式在中国大陆的土地上难以结出成功的果实。

### (二) 税收问题

有些特许经营项目在招标文件中会提出减免某些税种的优惠承诺。但由于缺乏法律层面的特许经营法律规定,该等承诺在实践中常被税务主管部门以现行税法没有针对特许经营的特殊规定为由予以拒绝。这样,招标文件中承诺的税收优惠条件往往得不到实践,大大打击投资人的投资热情,也不利

于当地政府依法行政的良好形象,从而使投资人尤其是外国投资人对当地的投资环境失去信心。

### (三) 项目所有权归属问题

特许经营期内项目所有权的归属问题,往往是政府和投资人谈判的重要问题之一。在政府将特许经营权授予某一投资主体后,在项目移交给政府之前,特许人是否对其融资、建设、经营的项目享有所有权目前尚没有专门的明确规定。业内对特许经营期限内项目所有权的归属也存在较大的争议。谈判中地方政府往往模糊或拒绝谈判该内容。而标的金额巨大的不动产项目在长达数十年的时间里其权属状况一直处于待定状态,显然不利于对项目资产的有效利用。因此急需区分不同的特许经营模式,尽快在立法层面上明确项目所有权的归属问题。

### (四) 特许经营权的终止补偿涉及到的相关问题

基础设施特许经营项目的特许经营期限一般都会长达一、二十年。在特许经营期内,如发生政府方面提前收回特许经营权的情况下,项目投资者的权益将受到巨大的损害。由于社会投资者相对于政府处于相对弱势的地位,因此,国家相关立法应充分重视社会投资者的权益,对于特许经营权终止的情况下,应明确补偿原则与补偿方式,以助于在上述情况发生时投资人的损失可以得到合理的充分补偿。遗憾的是,现有的基础设施特许经营规范性文件很少有具有可操作性的相关规定,使得投资者在遇到上述情形时,其合法权益难以得到有效保护。同时,在社会投资者未能获得充分补偿时,其所收到的政府支付的补偿款是否作为企业营业收入,依法缴纳税款,目前也是一个法律空白,也是社会投资者面临的一个重要难题。

### (五) 项目公司融资问题

按照国际通行惯例,项目公司在基础设施特许经营项目的建设阶段,可以通过其享有的特许经营收费权或政府回购款的收取权,向银行进行应收账款的质押贷款融资,也就是业内通常所说的项目融资。由于中国暂无应收账款在特许经营模式下可以直接融资的法律规定(中国已有相关的司法解释),目前中国的商业银行在向项目公司贷款时,因考虑到地

方政府的信誉和偿债能力,往往额外要求项目公司的母公司同时提供担保,从而大大提高了项目公司的融资成本。而这一与国际通行做法不一致的现状,使得一些外商投资的特许经营项目因此搁浅。

不过,相关法律的缺失阻挡不了中国政府大力推进民营资本进入基础设施领域的决心。今年国务院出台的《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(国发〔2010〕13号,又称“新36条”)进一步拓宽了民间投资的领域和范围,鼓励和引导民间资本大规模进入基础设施领域。中国基础设施特许经营项目也将迎来一个良好的政策环境和发展空间。与此同时,立法的缺失和滞后更成为制约中国基础设施特许经营项目发展的最大障碍。建议国家相关部门尽快出台相应的法律,加强对基础设施特许经营项目的规范、管理和引导,有效保护各利益方的合法权益。

## 特许期内特许经营项目设施的所有权归属



王霁虹

在特许经营项目谈判的过程中，特许期内项目设施的所有权归属问题往往成为谈判中讳莫如深的一个问题，谈判双方均小心翼翼。但是，这一敏感问题始终要浮出水面，投资方和政府方必须要最终面对。虽然目前国内的相关立法还未明确规定特许期内项目设施的所有权归属，但是根据现有法律的规定，应该得出特许期内项目设施的所有权应归特许权人。

**一、外商投资的相关法律明确规定了特许经营期内外商投资特许权项目的项目设施归项目公司所有。**

早在1995年，原国家计委、电力工业部、交通部就外商投资特许权项目联合出台了《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》（以下简称“通知”），《通知》第二条规定：“在特许期内，项目公司拥有特许权项目设施的所有权，以及为特许权项目进行投融资、工程设计、施工建设、设备采购、运营管理和合理收费的权利，并承担对特许权项目的设施进行维修保养的义务。”

虽然《通知》的法律效力等级较低，但仍是到目前为止现行有效的特许经营的规范性文件中第一个对特许经营期内项目设施的权属作出明确规定的规范性文件。

**二、从《物权法》的相关规定也可以得出特许期内项目设施所有权应归项目公司所有。**

在一个规范运作的特许经营项目中, 特许权人通常由政府方通过公开招标等竞争方式选择, 特许权人通常被政府部门确认为特许经营项目建设的项目法人, 依法取得立项、规划、环评等方面的政府许可, 取得项目用地的土地使用权、办理相关项目建设合法手续, 并自行承担项目建设的全部资金。

十多年来, 基础设施领域的特许经营融资方式已在中国各地普遍得以运用, 虽然《物权法》未能将这一实践中的新生事物所涉及的物权相关问题纳入其中进行明确规定, 不能说不是一个缺憾, 但根据《物权法》的现行相关规定, 仍能得出特许期内项目设施(土地使用权除外)的所有权应归特许权人所有的结论。

《物权法》第三十条规定: 因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的, 自事实行为成就时发生效力; 《物权法》第七条规定: 物权的取得和行使, 应当遵守法律, 尊重社会公德, 不得损害公共利益和他人合法权益。因此, 只要不违反其他法律规定, 在特许期内, 特许权人合法建造的项目设施, 所有权应归特许权人所有, 且自建造行为成就时即发生法律效力。而该所有权上所附有的期限(即特许期限)与权利限制(如不能擅自抵押、出租等), 完全是一种合同行为, 特许期满后所进行的项目资产移交, 也是基于特许权协议约定的资产转让行为, 而非资产返还行为。

由此没有理由认为在同样的特许经营项目中, 外商投资特许权项目特许期内项目设施归特许权人所有, 而国内企业投资特许权项目特许期内项目设施不归特许权人所有。

如按上述观点, 国内企业作为特许权人, 如欲在特许期内获得特许经营项目设施所有权, 就必须找一家外资企业入股项目公司, 这是对国内企业的极大歧视和不公平待遇。因此, 建议修订相应规范性文件, 明确规定国内企业特许期内就其投资的项目资产部分享有所有权。

三、立法层面应尽快明确特许期内项目设施的所有权归属, 特许权人应注意特许经营协议相关条款的

谈判。

根据中国目前的外商投资法律制度以及《物权法》的相关规定, 我们可以得出特许期内项目设施归特许权人所有, 但由于目前尚无法律明确规定特许期内项目设施的所有权归属问题, 在特许经营协议的谈判中, 政府方往往又故意模糊或拒绝谈判该内容, 导致特许权人对于价值动辄以亿计的项目资产的权属情况在数十年的特许经营期内都处于惶恐的状态中, 显然不利于鼓励社会投资者对于基础设施的投资热情, 也不利于项目资产的有效利用。因此, 在立法层面上, 相关立法部门或政府部门应尽快出台相应的规范性文件, 明确不同特许经营模式下特许期内项目设施的所有权归属问题。

虽然特许经营期内项目设施的所有权归属问题成为谈判中的一个敏感问题, 但是特许权人还是应重视特许经营协议中特许期内项目设施所有权问题的谈判工作。因为政府信用风险是特许权人不得不考虑的一个现实问题, 特别是在目前的中国。一方面, 特许经营法律规定不完善; 另一方面, 政府单方终止特许经营协议的现象时有发生, 如果在特许经营合同中不对项目设施的所有权予以明确, 那么政府提前终止特许经营协议时对于该部分资产的补偿将会对特许权人非常不利。因此, 建议特许权人在与政府方面进行特许经营合同谈判时, 明确项目所有权的归属, 并明确在政府提前终止特许权情况下的补偿方式和补偿原则。

# BOT项目投资人参股模式下的法律问题探析



王霁虹



高 磊

基础设施特许经营,作为国际通行的项目融资模式,是各国政府加快基础设施建设速度的一种首选方式。特许经营是指政府将传统上由政府负责投资建设城市基础设施项目,授予社会投资者,特许其进行投资建设,或特许其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,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。

为更有效的控制项目的工期、质量、安全、造价以及服务质量,社会投资人与地方政府指定的企业共同参与基础设施BOT项目的建设及运营,是目前较为普遍的模式(以下简称“基础设施BOT项目投资人参股模式”)。下面就该种模式的具体操作、存在的问题以及解决措施等问题进行探讨。

## 一、基础设施BOT项目投资人参股模式的优势

基础设施BOT项目投资人参股模式的基本思路为:社会投资人与地方政府指定的地方企业(通常为地方国有企业,下同)共同组建项目公司,共同投资建设该BOT项目。在理顺相关法律关系的前提下,该种模式对于投资人与地方政府来讲,可以达到双赢的目的。

首先,对于投资人来讲,投资人通常对于项目所在地的地方性规定以及政府方面的办事规则不甚熟悉,但地方企业对于各政府部门及领导都相当熟悉,对于地方性规定以及办事

规则都比较了解,对于整个项目的建设、运营及移交都非常有利,项目公司的组建,使得投资人利益与地方企业的利益得以捆绑,从而使得投资人的投资目的的实现更有保障。

其次,对于地方政府而言,地方企业直接受政府的管理和控制,地方企业直接参与到项目,能够在项目建设、运营和移交过程中最大化的体现政府的意志,全过程的监控整个项目的实施。

综上,投资人参股的模式,使得投资人的资金实力、建设实力,与地方企业的地方资源充分结合,实现投资人投资目的与政府方高效完成公共品的目的。

## 二、基础设施BOT项目投资人参股模式的操作方式

基础设施BOT项目投资人参股模式的具体操作方式,实践中通常有以下几种:

一种是政府方指定地方企业作为项目的参股方之一(根据地方政府及该国有企业的资金状况,控股或者不控股均可),然后通过招标方式确定该BOT项目的另一参股方,即社会投资人,中标方与政府指定的地方企业签署合资协议,共同组建项目公司,并由项目公司与政府签署特许经营协议,共同实施该BOT项目(以下简称“方式一”)。

二是经地方政府协调,由政府方指定的地方企业与社会投资人组成联合体形式,参加基础设施BOT项目的投标,中标后共同组建项目公司,与政府签署特许经营协议,共同实施该BOT项目(以下简称“方式二”)。

## 三、上述两种方式存在的问题

在BOT特许经营项目的实际运作中,上述两种模式均有实施。方式一对政府方较为有利,便于政府方对于整个项目的工期、质量、安全、造价的把控,但却与现行的法律法规的要求不一致,同时操作起来也更复杂;相比之下,方式二则更为规范,且更便于操作,但对政府方存在一定的风险。

### (一) 方式一存在的问题

一是根据国家及各地方的相关规定,特许经营项目的特

许权人必须通过公开招标方式确定。例如:根据《市政公用事业特许经营管理办法》第八条的规定,特许权人的选择应通过公开招标的方式,《北京市城市基础设施特许经营条例》第十一条明确规定,主管部门应通过招标等公平竞争方式确定特许经营者并与其签订特许经营协议,上海、天津等地也有类似的规定。

实践中的操作方式,通常是政府将特许权授予投资人成立的项目公司,并直接与项目公司签订最终的投资建设合同。因此,项目公司应当作为特许权招标的对象,而项目公司的股东则应在招标时以联合体的形式投标,中标后组建项目公司与政府签署相应的特许经营协议。方案一中,政府直接指定地方企业作为项目公司股东之一不符合目前国家和各地方的规定。

二是政府直接指定特许权人的一个股东,而通过招标方式确定另外一个股东,招标的实际操作较为复杂,相关的股权比例、两个股东间的权利义务、投资人与政府之间的权利义务、项目公司与政府之间的权利义务等都需要在招标文件中体现,法律关系也相对复杂,股东之间的合作协议、投资人与政府之间的投资协议、项目公司与政府之间的特许经营协议等都需要在招标文件中列示,不论对于招标公司,还是招标人、投标人等都较为复杂。

### (二) 方式二存在的问题

由于在方式二中,地方企业与社会投资人组成联合体方式投标,地方政府通过招标方式确定最终投资人,若上述联合体中标,地方企业与社会投资人共同组建项目公司,政府将特许权授予的对象是项目公司。这种模式,法律关系比较清晰,便于操作,投资人通常乐意接受此种模式。但如何有效促使社会投资人履行其投资建设的义务,是政府方比较担心的问题。

## 四、相关建议

方式一存在一定的违规嫌疑,而且操作复杂,因此,方式

二是值得广泛推广的。但方式二应注意以下问题:

### (一) 地方政府应与投资人签署相关投资协议

一般情况下,地方政府需要与项目公司各股东(包括社会投资人与地方政府指定的地方企业)共同签署投资合同,明确项目公司各股东的投资义务,明确地方政府的各项前期工作义务。地方政府可以要求社会投资人提交投资履约保函,保证社会投资人履行相应的投资义务;由于地方政府指定的企业通常为地方国有企业,行政上受地方政府领导和管理,因此,此种情况下,地方政府与地方国有企业之间的协议并非必须,并且需要地方政府履行的项目前期工作的义务,通常也可以要求地方国有企业代为实施。

### (二) 地方政府可以要求投资人承诺与项目公司就其投资义务按其持股比例承担连带责任

基础设施BOT项目,从本质上讲,投资义务人为项目公司股东(即社会投资人及地方政府指定企业),只是为了方便操作并更大程度的保障投资人的权益,并在投资人与项目之间设置一道防火墙,因此设置了项目公司。但是,若项目公司运作的过程中,投融资存在难度和压力,特别是近几年金融环境恶化的背景下,项目公司就不能作为投资人投资义务的防火墙,地方政府有权刺破项目公司股东有限责任的面纱,要求项目公司股东,即投资人及地方政府指定企业,就项目的投资义务按各自持股比例承担无限连带责任。

### (三) 地方政府应注意“项目资本金”与“项目公司的注册资金”的要求

“项目资本金”制度,建立于1996年,作为国家宏观调控手段和风险约束机制,对改善宏观调控、控制企业投资风险、保障金融机构稳健经营、防范金融风险发挥了积极作用。为应对国际金融危机,保持国民经济平稳较快增长,国务院于2009年决定对固定资产投资项目资本金比例进行适当调整。基础设施项目资本金也相应有所调整,如机场、港口、沿海及内河航运项目,最低资本金比例为30%。铁路、公路、城市轨道

交通项目,最低资本金比例为25%。保障性住房和普通商品住房项目的最低资本金比例为20%,其他房地产开发项目的最低资本金比例为30%,除此之外其他项目的最低资本金为20%。上述要求的最低资本金是必须由投资人自行出资完成,除了最低资本金要求以外的部分,投资人可以通过银行贷款等其他融资方式完成。

注册资金是公司进行工商登记时承诺的出资额,其法律效果是公司按照其注册资金的数额对外承担责任,根据《企业法人登记管理条例实施细则》第31条的规定:“注册资金数额是企业法人经营管理的财产或者企业法人所有的财产的货币表现。除国家另有规定外,企业的注册资金应当与实有资金相一致”。同时,根据中国现行公司法,中国注册资金采取的是认缴制,通常情形下,公司注册设立时认缴20%,其余部分在公司设立两年内缴清。政府对于项目公司注册资金数额的要求,要根据项目的投资总额、项目资本金数额来确定。根据本所服务的多个BOT项目,通常要求项目公司注册资金的数额应为项目资本金的一半。例如:一条高速公路项目,总投资100亿元人民币,项目资本金即为25亿元人民币,项目公司注册资金可以要求为12.5亿元人民币。这种要求即可以达到项目公司对整个项目的安全、质量承担足够的责任,也可以减轻投资人及项目公司在项目初期的资金压力。

### (四) 地方政府可以要求设置投资人“全过程无缝衔接的担保制度”

基础设施BOT项目,若想全过程把控项目的投资、建设、运营,地方政府应注意设置全过程无缝衔接的担保制度。基础设施BOT项目,通常包括前期阶段、建造阶段、运营阶段以及移交阶段等四个过程,地方政府设置投资人“全过程无缝衔接的担保制度”应按照前述流程,重点考虑投资人的以下履约担保:

一是投标保函或投标保证金。投标担保通常由投标人提交给招标人,其目的在于防范投标人中标后不与政府方签署投资建设合同。投标担保的提交时间通常在投标文件递交截

止日期之前,具体金额根据项目总投资额的大小而定,退还时间为中标通知书发出之后。

二是投资人履约保函或履约保证金。投资人履约担保通常由投资人提交给政府方,其目的在于防范投资人未充分履行出资义务。投资人履约担保的提交时间通常在收到中标通知书后的一定期限内,具体数额按照投资人实际认缴的项目资本金的数额而定,退还时间为项目交工验收书签发之日起的一定期限内。

三是项目公司建设期的履约保函或保证金。项目公司建设期履约担保通常由项目公司提交给政府方,其目的在于防范项目公司建设期不充分履行其项目业主的职责。项目公司建设期履约保函的提交时间通常在项目公司注册登记并完成项目核准手续后的一定期限内,具体数额按照项目的资本金数额而定,退还时间通常在项目竣工验收书签发之日起的一定期限内。

四是总承包方的履约保函或保证金。总承包方的履约担保通常由总承包方(实际中通常为投资人本身)提交给项目公司,其目的在于防范总承包方在其与项目公司的总承包合同项目的违约行为,其数额通常为总承包价款的一定比例,提交时间通常为总承包合同签署之前,退还时间通常为项目交工验收书签发之日起的一定期限内。

五是项目公司运营期的履约保函或保证金。项目公司运营期的履约担保通常由项目公司提交给政府方,其目的在防范项目公司在运营期间的违法违规以及违约的情形,其数额通常为每年度运营收入的一定比例,退还时间通常为项目移交日后的一定期限内。

#### **(五) 地方政府设置投资人“全过程无缝衔接的担保制度”应注意以下问题:**

一是上述履约担保提交的数量和额度越多,越会限制投资人的投融资能力,从而对限制投资人的履约能力,因此,具体提交的数量和额度,政府方也应视项目实际情况酌情而定。

二是实际操作中,只要保函是无条件见索即付的保函的话,保函和保证金,对于政府方来说实际效果是一样的,但对于投资人来说,保函更有利,因为保函不占用其信用额度,而不占用其现金流。

三是上述担保尽量不要有重复的部分,做到无缝衔接即可。政府方考虑的是希望全过程都有担保的存在,但也没必要对投资人过于苛刻,不同的担保之间应该注意相应的衔接。例如,在要求投资人提交投资担保的同时,应退还投资人的投标担保,或者将投标担保直接转化为投资担保。

综上,基础设施BOT项目中,投资人参股的模式对于投资人和地方政府是一种双赢的模式。社会投资人与地方政府指定的地方企业共同组建联合体,公平竞争的获取组建项目公司的资格,政府将特许权授予项目公司并签署相应的BOT投资建设合同,社会投资人和地方企业发挥其各自优势,顺利推进项目的建设、运营及移交,实现政府的社会管理职责及投资人的投资目的,推进中国基础设施的又好又快的发展。

## 中国城市轨道交通融资模式 (2010)



王霁虹



谢 颐

本文摘自《中国城市轨道交通年度报告—2010》，该报告收集了中国拥有运营、在建及规划城市轨道交通约50个城市的发展概况及热点问题，本所城市基础设施团队再次受课题组邀请，完成了中国城市轨道交通2010年度之融资报告。

城市轨道交通具有运能大、节能环保等突出优势，因此成为目前城市交通发展的主要方向之一。与此同时，由于轨道交通建设投资需求量大、盈利低、回收期长等特点，轨道交通项目的融资问题成为大力发展轨道交通的各大城市所面临的首要课题。过去多年，我国轨道交通建设主要是单一的政府财政资金投入，资金筹措难度大、而且总量有限，无法满足轨道交通大规模建设的需要。因此拓宽融资渠道，寻找新的适合我国的轨道交通的融资模式，使之适应我国目前大力发展公共交通、大规模集中建设轨道交通的形势，成为解决当今轨道交通建设资金瓶颈问题的关键所在。

世界城市轨道交通的发展历程表明，已有轨道交通线路的建设大多以政府投入为主，如新加坡的地铁建设全部由政府财政投入，东京地铁建设在早期基本上是由政府投资的。可以说，在过去几十年里除了少数几个例子外，政府投入几乎成为国内外城市轨道交通系统建设中最重要资金来源。但随着城市轨道交通建设高潮和基础设施商业化经营改革在全球范围内的快速兴起，面对轨道交通建设资金的巨大压力，各城市在确保政府必要投入的同时，对轨道交通的融资渠道进行了更为广泛的探索，并涌现了不少成功的例子。如香港地铁的商业化运作，东京地铁新线建设和运营的私营化等。在当今世界城市轨道交通的建设中，投资主体多元化、融资渠道多元化已成为各国轨道交通建设融资的共同趋势。

在借鉴了世界上几个轨道交通比较发达国家的融资模式经验并结合我国实际情况的基础上，我国轨道交通建设融资模式正在从以前的由政府财政资金投入一元化向多元化转

变。目前我国轨道交通建设的融资已经初步具有了多元化模式的雏形,但这个转变是一个渐进的过程,我国轨道交通建设在融资模式发展的道路上还有很长的路要走。

迄今为止,我国轨道交通项目采用的融资模式主要有特许经营、融资租赁、外国政府贷款、发行债券、信托、上市等6种方式。由于轨道交通项目上市融资在我国尚不具备条件,因此就前5种相关融资模式在我国的运用情况逐一进行介绍。

## 一、特许经营融资模式

### (一) 特许经营融资模式概述

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。

在特许经营融资模式的统一框架下,又存在多个具体的特许经营融资模式,其中常见的特许经营融资模式有BOT模式、BT模式、TOT模式、BOO模式等。目前,在中国,特许经营融资模式已经广泛应用于各种城市基础设施领域,如城市供水、供气、供热、公共交通、污水废物处理、高速公路、大桥、港口、地铁、铁路等行业。特许经营融资模式在轨道交通领域运用的优势在于,政府通过特许经营,可以吸引大量社会资金投入轨道交通基础设施的建设领域,利用社会资金加快轨道交通基础设施建设的速度并扩大建设的规模,缓解政府在基础设施建设上所承受的巨大财政压力,增加社会服务,满足社会对轨道交通快速发展的迫切需求。

#### 1、BOT融资模式

BOT模式是特许经营融资模式中的基本类型,也是最常见的特许经营融资模式,其它特许经营融资模式都是从BOT的实践中逐渐演变、发展形成的。BOT是英文Build-Operate-Transfer(建设-运营-转让)的缩写,其基本含义是:政府选择一个特许公司来筹资和建设一个基础设施项目或系统并给予该公司在一定时期内对其进行商业运营的权利,在一段时期终了时将该设施再移交给政府,那么,此种基础设施项目就称为BOT项目。BOT是一种政府融资模式,政府通过与投资者签订特许经营协议,将本应由政府财政出资投资建设的

基础设施项目特许给社会投资者,在特许期限内由社会投资者负责投融资、建设、经营、收益及维修,并在特许期限届满后,由投资者将项目有偿或无偿移交给政府。

在BOT模式下,投资者的全部投入,通过特许期限内对项目的运营收益获得回报。政府采用BOT模式的好处在于,不仅可以减轻项目建设及运营给政府带来的巨大财政负担,而且对市场化投资人的引入可以提高整个项目的建设效率以及资金利用率,有效避免政府投资可能带来的内耗过多、运营效率和服务水平较低等弊端。同时,通过对优秀投资人的选择,可以吸收其所拥有的先进建设运营经验,为社会提供高质量的公共服务。

结合城市轨道交通领域的实际情况,由于轨道项目的运输服务具有很强的公益性,本身的收益率较低。仅以地铁运营本身而言,其运营收益主要取决于客流量的大小。只有客流量达到一定规模,投资者才可以通过项目运营收回成本并获得一定的收益,才具备以BOT模式进行融资的实施条件。在经济发达且人口数量多、密度大的城市,如北京、上海、深圳,稳定的客流量本身已能保证其轨道项目的运营收益足以覆盖投资者的投资成本且获得一定收益,因此在这些地区采用BOT融资模式可以取得良好的效益。然而对于其它经济条件及客流量水平达不到一定水平的城市,如果投资者无法通过项目运营获得足够的收入,项目日常的运营、维护资金可能就会受到影响,政府可能还需另行提供补贴。在这种情况下,则不适于采用BOT模式进行融资。

基于BOT融资模式在轨道交通领域运用的上述局限性,人们在实践中探索出了将地铁沿线土地与地铁项目结合的BOT创新模式,即将地铁沿线的某些商业地块同时出让给特许经营公司,从而既使特许公司有效实现了商业目的,同时也解决了政府的融资问题,而且地铁和沿线地产项目相互带动人流,不但增加了客流量,也使地铁沿线的物业取得增值,从而实现商业利润的最大化。在此方面,香港地铁成为最佳成功范例,其经验受到各国政府的青睐,被广泛地效仿和学习。

#### 2、BT融资模式

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模式融资的优势在于,项目建设阶段的资金筹措、投入和施工建设责任完全交由投资人负责。项目竣工后,投资人将项目交付政府,政府获得已建成项目的所有权,并向投资人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,因此,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,不存在收费的基础设施项目,如市政公路,可以采用BT模式进行融资。对于存在收费阶段的基础设施项目,政府也可以采用BT模式进行融资,在此种情况下,政府可以分阶段向投资者支付回购款的形式,保证投资者投资收益的实现,而项目的运营收费权仍由政府掌握并享有。

### 3. TOT融资模式

TOT模式是Transfer -Operate -Transfer (转让 -- 经营 -- 转让)的缩写,其基本含义是:政府在公共基础设施项目建设完工后,与投资人签订特许经营协议,由投资人向政府支付一笔特许经营许可费用,政府许可投资人在一定期限内享有该项目的运营权、收益权并负责项目的维修保养,期限届满后投资人再将该项目交还给政府。TOT模式的优势在于,通过对现有项目运营权的有偿转移,可以盘活政府固定资产,达到国有资产保值增值;政府可以完全控制工程造价,并对工程质量进行严格把控;对于投资者来说风险较小,见效快,有利于吸引投资。

### (二) 特许经营融资模式在我国的立法现状

我国在特许经营立法方面十分滞后。目前,我国尚没有建立统一的特许经营法律体系,也没有法律、法规层级的特许经营规范性文件。规范特许经营的法规十分分散,多以部颁规章和地方性法规、规章的形式存在且未成体系。各行业、各地区的规定与操作也不一致,甚至彼此冲突。

在轨道交通领域以特许经营模式进行融资,主要依据的全国性法规是原建设部颁布的《市政公用事业特许经营管理办法》,该管理办法于2004年5月1日起正式施行。该办法较为全面地对特许经营模式的操作步骤及基本要求进行规范与统

一,但存在的问题是由于其属于部门规章因此法律效力层级不高,并且,有的规范内容不准确,容易在适用过程中产生不同理解。例如,从该办法第二条对特许经营模式所做的定义来看,无法明确判断该办法所指称的特许经营是否涵盖了BT这一模式,从而使得在实践中出现了分别以《政府采购法》或以《市政公用事业特许经营管理办法》作为BT实施法律依据的混乱情况。

除了《市政公用事业特许经营管理办法》外,国家还颁布了许多政策,鼓励支持特许经营在我国的发展。例如,2003年原建设部颁发的《关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》第四章第七条规定“鼓励有投融资能力的工程总承包企业,对具备条件的工程项目,根据业主要求按照建设—转让(BT)、建设—经营—转让(BOT)、建设—拥有—经营(BOO)、建设—拥有—经营—转让(BOOT)等方式组织实施”;2007年国家发改委、财政部等下发《关于加强东西互动深入推进西部大开发的意见》(发改厅[2007]2012号)鼓励东部地区企业通过BOT(建造-运营-移交)、TOT(转让-运营-转让)等方式参与西部地区高等级公路、铁路、机场、港口建设;2010年5月7日国务院颁发《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(国发[2010]13号)鼓励民间资本参与交通运输建设,鼓励民间资本参与铁路干线、铁路支线、铁路轮渡以及站场设施的建设,允许民间资本参股建设煤运通道、客运专线、城际轨道交通等项目。探索建立铁路产业投资基金,积极支持铁路企业加快股改上市,拓宽民间资本进入铁路建设领域的渠道和途径。鼓励民间资本参与市政公用事业建设,鼓励民间资本积极参与市政公用企事业单位的改组改制,具备条件的市政公用事业项目可以采取市场化的经营方式,向民间资本转让产权或经营权。

北京、上海、深圳、天津等东部沿海发达城市较早地涉及城市基础设施特许经营,因此它们根据自身的实践经验以及实际情况,出台了适用于其行政区域内的地方性法规或地方性规章。如北京市2006年3月1日起实施《北京市城市基础设施特许经营条例》,2006年9月1日起实施《北京市城市基础设施特许经营招标投标程序性规定》。深圳市于2006年3月1日起施行《深圳市公用事业特许经营条例》。上海市是最早针对特许经营进行立法的城市,且采用的是较为特殊的立法模式,即专门针对某一具体特许经营项目制定并颁布规范性文

件。如1995年，上海市针对奉浦大桥专门制定并颁布了《上海市奉浦大桥经营管理办法》。2010年12月20日上海市人民政府公布了《上海市城市基础设施特许经营管理办法》，该管理办法自2011年5月1日起施行。该办法较为全面地对特许经营的适用范围、特许经营的方式、特许经营权的授予以及特许经营协议的内容等作出了规定，同时，该管理办法还对政府提前收回特许经营权的程序进行了规定，要求必须基于法律、法规、规章规定修改或者政策重大调整等情形，必须提前6个月将收回理由、收回日期等书面通知项目经营者和向社会公告，并赋予经营者申辩和要求举行听证会的权利，还需依约或者通过协商对经营者进行合理补偿。该办法的实施，为民资进入上海基建领域营造了公平的环境，在政府依法提前收回特许经营权时，赋予了特许经营者书面申辩或者要求听证的权利，有利于吸引民营资产进入上海城市轨道交通，同时该办法也对特许经营者提出了更高的要求，在经营者违法违规的情况下，政府将有权对项目实施临时接管。

随着我国公用基础设施市场的开放，兰州、成都、山西等内陆省市也都先后以地方性法规或政府规章的形式出台了适用于当地市政基础设施特许经营的规范性法律文件。

在目前中国缺乏统一特许经营法律法规的情况下，轨道交通特许经营项目的实践，需综合遵循行业部颁规章和地方法规和规章操作执行。立法的缺失和不完善，客观上使得各方参与主体之间的权利义务和责任划分更多依赖于各方间的合同约定，从而也使得各方主体的律师等专业中介机构具有了更多发挥作用的空间。

### （三）特许经营融资模式在我国轨道交通领域的应用

特许经营制度在我国属于一种新兴的融资建设模式。我国首个特许经营BOT基础设施项目是1984年深圳沙角B电厂项目。目前特许经营模式在我国运用的领域已十分广泛，公路、供水、污水处理、危险废物处理、体育场馆等领域均已大量采用此种融资模式。在轨道交通领域，也已经有多个城市的地铁项目采用特许经营模式，且由于各城市客流量、资金需求等具体情况的不同而选择采用不同的特许经营模式。在我国，采用BOT模式的轨道项目实例主要有深圳地铁四号线与北京地铁四号线，在地铁建设运营方面拥有丰富经验的香港

地铁公司均参与其中。项目基本情况如下表所示。

项目名称	北京地铁4号线	深圳地铁4号线
项目状态	2009年9月28日正式运营	将于2011年6月开通运营
特许经营期	30年	30年
特许经营协议签订时间	2005年2月7日草签	2009年3月18日
特许权授予人	北京市人民政府	深圳市政府
投资主体	北京市基础设施投资有限公司(BII) 北京首都创业集团有限公司(BCG) 香港地铁公司	香港地铁公司
项目公司名称	北京京港地铁有限公司 (2006年1月成立)	港铁轨道交通(深圳)有限公司(2004年3月成立)
项目总投资	约153亿人民币。70%由北京市政府出资，30%由特许经营公司出资	约58亿人民币。全部由香港地铁公司筹集
特许范围	项目公司负责提供4号线列车和相关机电系统；在特许经营期内，拥有北京地铁4号线的运营和管理特许权，同时拥有沿线24个车站内的商业经营权	负责4号线二期工程建设，享有4号线一期与二期全线的特许经营权。

北京地铁四号线与深圳地铁四号线均考虑了运营收益达不到预期时对投资人进行补偿的问题。北京地铁四号线采用的是票款收入分成和补偿模式，深圳地铁四号线在初期曾尝试“地铁+物业”的经典港铁模式，但由于我国现行的土地招拍挂出让制度，使得这一模式并不能完全照搬到国内，据报道港铁也最终未能取得深圳地铁四号线上盖的土地开发权。

TOT模式在轨道交通领域运用的不多，北京地铁五号线目前采用的运营模式实质上与TOT融资模式非常接近，但又不是典型意义上的TOT模式。北京地铁五号线是北京市轨道交通路网中一条重要的南北干线，线路全长27.6公里，共设车站23座。北京地铁五号线由北京市基础设施投资有限公司负责投资建设，项目于2007年10月7日投入试运营后，北京市基础设施投资有限公司将五号线的运营权委托给北京地铁运营有限公司行使，双方签署了《委托试运营协议》。虽然没有明

确采用TOT的名义公开通过市场选择运营主体,但在将地铁路线的经营权授予一家公司单独享有上,这种委托运营的模式与TOT融资模式是相同的。

由于BOT特许经营模式严重受到地铁客流量制约的特点,决定了该种融资模式无法在全国各城市大范围推广适用。相反,BT这种不存在运营环节的融资模式却在我国大多城市的轨道交通建设领域得到较为广泛的应用。如下图所示,如北京奥运支线、亦庄支线、南京地铁二号线一期工程土建D2-TA05标段、深圳地铁五号线等均采用了BT模式进行融资建设。并已全部投入运营。

表: BT模式在部分轨道交通项目中的应用

项目名称	项目状态	开始时间	主体	项目公司名称	工程金额	备注: BT项目的范围
北京奥运支线	2008年6月正式运营	2005	北京地铁十号线投资有限责任公司(招标人); 中铁工程总公司、中铁三局、中铁电气化局投资联合体(投资者)	北京中铁工程投资管理有限公司	10.9亿元	土建工程及车站机电设备工程等
北京亦庄支线	2010年12月30日正式运营	2008	北京市基础设施投资有限公司(招标人); 北京城建集团(投资者)	亦庄线BT项目建设公司	30.5亿元	施工范围包括: 车站、区间土建、通风空调、自动扶梯及电梯、给排水及灭火系统、动力照明和综合接地、防灾报警、环境与设备监控系统、门禁系统、人防工程、站内外导向标识、生产、管理、绿化等工程的投资、建设及移交。

南京地铁二号线一期工程土建D2-TA05标段	2008年4月建成, 2010年5月28日正式运营	2006	南京地下铁道有限责任公司(招标人); 中国铁道建筑总公司(投资者)	南京地铁二号线一期工程土建D2-TA05标BT项目公司	7亿元	地铁二号线一期工程土建D2-TA05标段
深圳地铁五号线工程	将于2011年6月底开通运营	2007年12月21日	深圳市地铁集团有限公司(招标人); 中国中铁股份有限公司(投资者)	中铁南方投资发展有限公司	9.6亿元(总投资200.6亿元)	

#### (四) 特许经营模式在适用中主要应注意的法律问题

##### 1、各种特许经营融资模式均应注意的问题

##### (1) “PPP”模式与特许经营模式的关系。

在基础设施领域常见的“PPP (Public—Private—Partnership)”模式,也称公私合营模式。它是指政府与私人组织之间,为了合作建设城市基础设施项目,或是为了提供某种公共物品和服务,从而形成的一种伙伴式的合作关系。目前我国缺少从法律法规层面对PPP进行定义,且未对PPP与特许经营模式的关系作出明确规定,两者在实践中常被混淆或并列适用。从国际通行的PPP概念理解,PPP的外延要大于特许经营模式,特许经营模式属于PPP的实现方式之一,因此,PPP包涵了特许经营模式,两者并不是并列的关系。

##### (2) 项目立项的合法性问题

立项核准文件由政府发展改革部门出具,是投资建设项目获得政府许可的唯一合法依据,也是项目单位依法办理土地使用、城市规划、企业设立、施工建设、银行贷款及税收政策等手续的必备文件。立项核准文件直接影响到项目能否顺利实施。投资人应十分重视项目立项的合法性。若立项核准文件存在问题,将有可能直接影响到投资者及项目建设单位在项目中的投资回报。

### (3) 明确各主体之间的法律关系

特许经营项目往往参与主体众多, 所涉法律关系复杂。特许经营项目的实施是一项复杂的系统工程, 需要注意明确各主体的法律地位, 理顺各主体之间的权利及义务关系。在特许经营模式中, 最主要的法律关系是投资者与政府之间的特许经营法律关系, 围绕这个基本的法律关系, 延伸出许多其它的法律关系。因此, 特许经营模式的实施需要法律、财务、税务、工程等多个领域的专业人员共同参与, 以保障项目能够通过特许经营模式圆满成功地完成融资建设。

### (4) 必备的专业支持

政府与投资者之间签订的特许权协议, 是构建特许经营法律关系的基础法律文件, 也是特许经营项目顺利实施的基本前提, 因为特许权协议是对政府方面和特许经营公司之间权利义务和责任划分的主要依据。在此环节, 作为投资人的特许经营公司往往聘请专业的律师提供全程法律咨询和服务, 但有些地方政府对因该环节法律风险缺乏充分认识, 没有专业法律机构的支持, 从而在一开始就使得政府方面的合法权益未能得到很好的保护。

除了律师, 财务等专业机构的支持也是必不可少。一些企业因没有在一开始聘请专业的财务等机构对项目投资及回报、客流与票价等专业问题进行充分的可行性论证和调查研究, 导致在投资项目后才发现种种问题而悔之已晚。

### (5) 项目所有权的归属

特许经营期内项目所有权的归属问题, 往往是政府和投资人谈判的重要问题之一。在政府将特许经营权授予某一投资主体后, 在项目移交给政府之前, 特许权人是否对项目享有所有权法律上并没有明确进行规定, 业内对特许经营期限内项目所有权的归属也存在较大的争议。对此我们建议要区分不同的特许经营模式、不同的项目进行分析, 并在法律没有明文规定的情况下尽量通过约定进行明确。

### (6) 广开思路, 开拓多种融资渠道

在特许权人需要负责投资建设项目的情况下, 特许权人也存在着融资的问题, 特许权人可以采取的融资方式也是多元化的, 如可采用特许经营权即应收账款质押贷款、资产证券化, 发行公司债等, 充分利用特许经营项目进行项目融资, 减小投资人为贷款而承担的风险。

## 2、BT融资模式所特有的法律问题

除了上述特许经营融资模式需要注意的共性法律问题外, 还存在一些BT项目所特有的法律问题需要注意, 例如:

### (1) BT模式与垫资施工之间的关系问题

实践中经常出现将两者混为一谈的情况, 政府项目进行垫资施工为我国政府所明令禁止, 而运用BT模式进行基础设施的投融资建设, 则为我国相关法律法规所允许并鼓励。除此之外, 两者在项目主体地位、投入与回报等多方面都有着很大的不同。

### (2) 回购担保的设定问题

如何确保投资者收回成本并获得投资回报, 除了取决于政府的支付能力与信用外, 还需要政府提供可靠、合法的回购款支付担保与保障措施。如果政府提供的回购款支付担保不充足、不合法, 则投资人将面临无法收回投资的风险。在保障的措施上, 除了企业或商业性金融机构的保证外, 还可以考虑政府的承诺, 诸如财政预算的列支、政府在土地开发方面的支持等。此外, 实践中已出现了政府信用保险这一新的险种。对于无力提供有效回购担保的政府机构, 不失为一种新的且易为投资人所接受的担保新途径。

### (3) 回购过程中的税收问题

BT模式是政府为缓解投资压力采用的一种融资模式, 政府回购BT项目的回购行为如果完全等同于资产的所有权转让行为, 则根据我国目前的税收法规, 将涉及征收土地增值税、契税、营业税、企业所得税、印花税等税项。沉重的税收负担无疑会增大项目的交易成本, 并影响BT模式的实施以及其融资作用的有效发挥。因此, BT融资模式下税收政策如何执行, 是目前亟待解决的重要问题。

## 3、BOT融资模式所特有的法律问题

在BOT项目的实践工作中, 存在很多BOT项目所特有的法律问题, 现将其中较为重要的介绍如下:

### (1) 合理调价机制的设定问题

在BOT特许经营模式下, 如何设定调价机制, 往往是投资人尤其是外国投资人最为关注的问题之一。采用特许经营进行融资的基础设施项目, 其提供的公共产品与服务一般需要保持较低的收费标准, 以实现公众利益。但过低的收费水平将会影响到投资者的收益, 进而影响到项目的正常运营水平, 以及项目能否得到及时妥善的维护与保养。过低或过高的收费标准归根到底会损害社会公共利益。实践中, 中国特有的物

价制度与投资人所期待的确定的调价承诺之间的矛盾,常常成为双方谈判搁浅的原因。因此,政府与投资者应建立科学合理且具有操作可行性的收费调价机制以及补偿分配机制,以保证收费价格适应整个社会的消费水平,并根据具体条件进行相应的浮动和调整。

### (2) 特许经营权的终止补偿问题

BOT项目的特许经营期限一般都会长达一、二十年。在特许经营期内,如因国家政策方针或者地方政府的规划建设蓝图发生变化等原因,导致特许经营权受到影响,项目投资者的权益将受到损害。特别是在投资人没有违约而政府要提前收回特许经营项目,终止特许经营权的情况下,投资者将面临巨大的损失。由于社会投资者相对于政府处于相对弱势的地位,因此,在签订特许经营协议时投资人就应当考虑特许经营权终止后补偿问题,提前明确补偿原则与补偿方式,以助于在情况发生时,投资人的损失可以得到合理的补偿,政府也可以顺利地收回特许经营项目。

### (3) 多个保函的衔接问题

在BOT融资模式中,为了保证投资人能够按时、按要求承担项目的投资、建设、运营、维护义务,政府方面往往要求投资人亦或特许权人在不同阶段出具不同的履约担保,例如,投标阶段的投标保证金、建设阶段的履约保函、运营阶段的运营保函、移交后的移交保函。各保函之间应注意相互衔接,避免重复设置,加大投资人不必要的负担和投资成本。

### (4) 担保的设定与替换问题

在BOT项目的建设阶段,项目公司通过银行贷款方式筹措建设资金,通常需要由项目公司的股东向银行提供贷款担保。如果发生项目公司股东变更,原股东不再持有项目公司股权,那么原股东一般要求解除或由新股东替换其所承担的项目公司贷款的担保责任。此种情况下,贷款担保人是否可以变更,需要征得银行同意,并且通过银行对新股东财务偿债能力的重新审核,对此,如能在贷款合同订立时即做出相应安排,将更有利于贷款担保替换问题的有效解决。

## 二、融资租赁模式

### (一) 融资租赁模式概述

依据《中华人民共和国合同法》、《金融租赁公司管理办法》的规定,融资租赁是指出租人根据承租人对出卖人、租赁

物的选择和认可,向出卖人购买租赁物,提供给承租人占有、使用,承租人支付租金的活动。适合融资租赁的租赁物主要为固定资产,包括航空运输设备、船舶运输设备、公共交通设备、工业生产设备、工程机械设备等。

融资租赁模式主要涉及到三方主体并至少由两个合同组成。三方主体为承租人、出租人、出卖人,两个合同为承租人与出租人之间的融资租赁合同与出租人与出卖人之间的买卖合同。在融资租赁模式下,出租人根据承租人的要求及指示购买租赁物后,以出租的形式将租赁物的占有、使用、收益权转让给承租人行使,通过收取租金实现收益。承租人则以支付少量租金,承租租赁物的形式解决了自己需要立即增置设备投入生产,而又无法一次性投入大量资金的问题。融资租赁的具体业务操作形式多样,包括直接融资租赁、融资转租赁、售后回租、杠杆租赁、税务租赁、百分比租赁、风险租赁等。其中轨道交通项目中最常见的是直接租赁和售后回租。融资租赁模式下的交易架构可根据项目情况进行灵活设置。

城市轨道交通项目从物理性质上可分为两大主要组成部分,一部分是包括洞体、车站在内的土建部分,另一部分是包括机车、信号、自动售检票系统等在内的机电设备资产。两部分项目资产相对可以分离的这一特性决定了城市轨道交通项目中设备资产部分的融资问题可以通过融资租赁途径得到解决。

城市轨道交通的机车、信号、自动售检票系统属于单体金额较大的固定资产,具有可移动性,其所需资金约占整个轨道交通投资的三分之一,资金投入量大,完全可以通过融资租赁的形式进行融资,从而实现减小对机车信号等设备的一次性投资,以融物的方式实现了融资。同时,根据《合同法》的规定,承租人享受占有、使用租赁物的权利,并承担使用期间保管、维修租赁物的义务,并可享受出租人对出卖人享有的索赔等权利,出租人和承租人还可以约定租赁期间届满租赁物的归属。可见,在融资租赁模式下,虽然承租人不享有租赁物的所有权,但完全可以满足承租人对租赁物的使用要求。

对于已经采购的机车等设备,则可以采取售后回租的方式进行融资。售后回租是国外融资租赁业务常用的形式,指承租人将自有物件出卖给出租人,同时与出租人签订一份融资租赁合同,再将该物件从出租人处租回的融资租赁形式。售后回租是承租人和出卖人为同一主体的融资租赁方式。售后回

租可以盘活已有的设备资产,是一种很好的利用已有资产进行融资的工具。我国已经投入运营的城市轨道交通项目具有大量的存量资产,如果采用售后回租方式,将这些资产出售给融资租赁公司,然后再租回使用,则可以将已经固化的设备转化为货币资本,用于继续投资以及增加企业流动资金,取得很好的融资效果。

相比较而言,融资租赁模式在轨道交通项目上具有比较明显的运用优势:

第一,其审批环节少,手续简便,融资快捷。

第二,当前国家对融资租赁的法律限制较少,当事人之间的自主性发挥的最充分。当事人可以设置灵活多样的交易结构,根据项目营利预期以及承租人现金流的变化灵活设置租金支付方式。此外,当事人还可自主通过合同确立租金数额、所有权归属、担保方式等。

第三,利用售后回租的方式,可利用充分盘活已有的轨道交通项目资产设备,获得大量流动资金。

第四,由于租赁物的所有权归出租方所有,故相比于银行采用抵押贷款等担保形式,从所有权与担保物权的角度考虑,出租人承担的融资方风险相对较小,有利于吸引融资。

## (二) 我国实施融资租赁的主要法律依据

目前在我国实施融资租赁所依据的法律规范主要包括:

1、1996年5月27日颁布并实施的《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件若干问题的规定》。

2、1999年10月10日生效实施的《中华人民共和国合同法》。合同法第十四章设专章对融资租赁合同的定义进行界定,并对融资租赁合同的订立及内容、融资租赁法律关系中当事人之间的基本权利义务进行规范。

3、2004年10月22日颁布实施的《商务部、国家税务总局关于从事融资租赁业务有关问题的通知》。该通知主要规定了开展设立融资租赁试点企业,以及其业务活动有关内容。

4、2007年3月1日起生效实施的《金融租赁公司管理办法》。该办法对金融租赁公司的设立、业务范围、经营规则等方面进行了全面的规范。

5、2010年1月15日起生效实施的《关于金融租赁公司在境内保税地区设立项目公司开展融资租赁业务有关问题的通知》(银监发[2010]2号)。该通知正式确认金融租赁公司在我

国保税地区可以开展单项融资租赁业务,并对可开展的业务范围以及应具备的条件和相关程序性问题作出了明确规定。

单项融资租赁业务将保税地区税收优势与金融优势结合,如果可以通过该政策开展轨道交通设备的融资租赁,将有利于减轻轨道交通投资人的税负,减小相关的融资成本。

## (三) 融资租赁在我国轨道交通领域的实践应用

融资租赁以往常用于飞机、船舶等大型设备,在西方发达国家属于非常重要的融资渠道,据2004年《世界租赁年鉴》统计,我国的租赁额仅占国内资本市场份额的4%,而亚洲地区平均为8.2%,我国租赁额比例与许多发展中国家相比都要低,现有的融资租赁规模与我国快速发展的经济水平不相称,尚处于起步阶段。我国从80年代引入融资租赁,融资租赁业发展历经起伏,经过几年的整顿重组,特别是《金融租赁公司管理办法》的颁布实施,金融机构开始涉足融资租赁业务,使得融资租赁业进入到快速发展的阶段,融资租赁公司数量现正迅速增加,并逐步走向健康、规范、快速发展的轨道,融资租赁在我国国民经济中发挥的作用越来越大,其业务触角正积极拓展到更多领域。而近年来我国轨道交通建设的迅猛发展和对资金的旺盛需求,以及轨道交通设施设备本身的特性,使得融资租赁在轨道交通领域具有广阔的发展空间。武汉地铁1号线及2号线与4号线,天津地铁、重庆市轻轨2号线、郑州地铁1号线都已成功采用融资租赁筹集到了大量资金。

### 1、天津地铁

天津地铁在地铁融资渠道开拓实践方面,走在前列。天津地铁是中国地铁公司中较早并成功将融资租赁运用于地铁建设的地铁公司,多年来,本所协助天津地铁在地铁建设融资领域进行了一系列成功探索。早在2004年,天津市地下铁道总公司就与广州中车铁路机车公司合作,采用直接租赁的形式就天津地铁1号线100辆客车进行融资。

2007年4月,天津地铁与曾为三峡工程提供融资租赁的上海葛洲坝-日商岩井设备租赁有限公司及荷兰银行上海代表处达成融资租赁合作协议,以出售+回租模式为天津地铁1号线融资3.2亿元,创造了外资银行进入地铁融资租赁领域的先例。

2008年3月,天津地铁与深圳金融租赁有限公司之间就天津地铁1号线35kv变电站送变电系统、设备监控系统及其他相

关设备以售后回租方式达成融资租赁协议,实现融资6亿元。

2009年1月,天津地铁与交银金融租赁有限责任公司达成了融资金额6亿元的盾构管片融资租赁合作项目,6亿元融资金额已经全部到位。

## 2、武汉地铁

武汉地铁采用了售后回租的融资租赁模式。2008年11月24日,武汉地铁集团有限公司与工银金融租赁有限公司签订融资协议,武汉地铁集团有限公司采用售后回租的方式,把已经运营的1号线一期的部分机车等设备和资产转让给工银金融租赁有限公司,融资20亿元,由武汉地铁集团有限公司按季度向工银金融租赁有限公司支付等额租金,租期为15年。在武汉地铁集团有限公司付清全部租金并支付资产残余价值后,重新取得上述一号线资产所有权。2010年7月底,武汉地铁集团有限公司与工银租赁、渤海租赁、招银租赁三家租赁单位组成的联合体签订融资协议,将轨道交通1号线及2号线的部分设备资产,采用售后回租的形式转让给这三家租赁单位组成的联合体,以此获得总额30亿元的项目融资。

### (四) 融资租赁项目中应注意的法律问题

融资租赁项目往往涉及担保、保险、所有权归属、进口设备海关监管期等多方面法律问题,在采用融资租赁方式进行融资时应注意如下法律问题:

#### 1、担保问题

为了保证承租方履行合同义务,出租方往往在合同中约定由承租方提供担保,担保设置是否合法、有效、充足是出租方关注的焦点问题。有些出租人往往要求当地政府提供担保,此时要特别注意政府作为保证人时所签署的保证合同无效。而且依据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件若干问题的规定》,因保证无效而给债权人造成损失的,提供保证的国家机关应当承担相应的赔偿责任。因此,建议政府机构应慎重提供担保。

#### 2、所有权归属问题

在融资租赁中,出租人是否享有租赁物的所有权,以及抵押物的抵押权是否受到限制和存有瑕疵,往往成为融资双方关注的焦点及交易能否成功的决定性因素。例如处于海关监管期的货物能否设置抵押、发票开具单位与租赁物权利处置单位名称不符等。对上述问题的确认与解决,往往决定着融

资租赁项目谈判的成败。

#### 3、租金的构成与调整问题

租金的构成与调整乃是整个融资租赁项目谈判的核心条款。在融资租赁模式下,租赁对价常因交易的对象不同而呈现出不同的表现方式。通常情况下,租金的构成采取租赁本金+利息的计算方式予以确定。但围绕着利息调整及利息与租金之间的关系,双方还会有补充增加税务、财务费用等系列问题的洽商与谈判。

#### 4、标的物的保险和索赔问题

融资租赁项目中,标的物的保险与索赔问题也是各方关注的重点。出租人和承租人从各自的角度出发,往往就投保险种、受益人、索赔权等关键问题坚持各自的立场。恰当地处理上述分歧,也是融资租赁谈判中的重要环节。

#### 5、违约风险的防范与控制

融资租赁中违约风险大,需要当事人对于己方违约风险与对方违约风险分别从内部和外部加强风险防范控制。

实践中,机关赔偿损失。不过实践中要求国家机关承担责任并非一件容易的事情。承租方常见的违约行为有擅自转让或处分租赁设备、未按合同约定支付租金、由于承租方使用、保养、维修不当造成租赁设备损坏等承租方不完全履行、不当履行、迟延履行、拒绝履行的情形。出租方常见的违约行为有未按合同约定支付租赁设备价款、未按承租方指定购买租赁物、在租赁期间侵犯承租方的使用权等出租方不完全履行、不当履行、迟延履行、拒绝履行的情形。

除上述风险外,在当事方出现破产、倒闭或不具备资质等情形下通常也需被界定违约风险,例如,在出租人不具备或不再具备从事融资租赁业务资质时,如何处置,仅仅追究对方的违约赔偿责任,显然对承租人来说是不足够的,承租人更希望能够继续执行合同。对此,第三方适格主体的介入与替换应作为合同的重要条款予以设置。

### 三、外国政府贷款模式

#### (一) 外国政府贷款模式简介

根据财政部《国际金融组织和外国政府贷款赠款管理办法》的规定,外国政府贷款,是指财政部经国务院批准代表国家向外国政府、北欧投资银行等统一筹借并形成政府外债的贷款,国务院批准的参照外国政府贷款管理的其他国外贷

款,以及与上述贷款搭配使用的联合融资。简而言之,外国政府贷款是指一国政府向另一国政府提供的具有一定赠与性质的长期优惠贷款,一般是发达国家向人均国民收入很低的发展中国家提供的,因此它具有一定的政府开发援助与赠与的性质。

综合而言,外国政府贷款的优点在于,外国政府贷款属于主权外债,是我国政府对外借用的主权债务,对偿还能力的保障要求很高。外国政府贷款条件属于比较优惠的,贷款偿还期限通常在10~40年之间,并含有2~15年的宽限期,且赠与成分很高,贷款的利率一般为0.2%~3%,个别贷款为无息。

利用外国政府贷款的缺点或不足在于,外国政府贷款有一定的限制性采购的要求,除科威特、沙特、法国开发署、德国促进贷款为国际招标采购外,多数国家政府贷款为限制性采购,通常第三国采购比例为15%-50%,即贷款总额的50%-85%用于购买贷款国的设备和技术。贷款货币币种也由贷款国指定,存在较大的汇率风险。同时,外国政府贷款的使用投向具有一定限制,主要用于政府主导型项目建设,领域集中在基础设施、社会发展和环境保护等项目。而且,考虑到外国政府贷款带有一定的政府间接援助性质,故其易受贷款国外交、财政政策的影响。由于申请外国政府贷款的申请审批程序复杂,并且对项目的建设过程要进行严格的监管,故不适用于对资金到位时间要求比较紧迫的项目。

我国自1979年开始利用外国政府贷款,先后同日本、德国、法国、西班牙等共25个国家及机构建立了政府(双边)贷款关系,二十多年来,外国政府贷款在我国经济建设中发挥了重要作用。

在我国,财政部是我国双边政府贷款的对外窗口,它负责与外国政府签署贷款协议或委托转贷银行与国外贷款机构签署贷款协议,各级发改部门负责项目的立项、可行性研究报告的审批等;地方财政、发改部门将转贷项目材料逐级上报,由财政部根据借款人的选择委托转贷银行审批后转贷。在利用外国政府贷款的过程中,借款人需要与转贷银行签订转贷协议,就贷款的拨付、贷款的用途及使用、还款方式与程序进行具体的约定。

根据《外国政府贷款管理规定》,按照不同的还款责任,外国政府贷款项目可以分为以下三种类型,并分别进行管理:

第一类项目,是指各省、自治区、直辖市和计划单列市财政厅、局(即省级财政部门)或国务院有关部门经审查评估同意作为借款人,并承担偿还责任的项目。此类项目应属于公共财政领域、社会效益显著的项目,建设资金主要来源于政府投入。

第二类项目,是指项目单位作为借款人,并承担偿还责任,省级财政部门或国务院有关部门经审查评估同意提供还款保证的项目。此类项目应属于公共财政领域、经济效益较好、具备贷款偿还能力的项目。

第三类项目,是指项目单位作为借款人,并承担偿还责任,转贷银行作为对外最终还款人的项目。对此类项目,省级财政部门或国务院有关部门既不作为借款人也不提供还款保证。此类项目原则上不限于公共财政领域,但应有利于促进当地经济社会发展,体现制度或技术创新,且具备充分的贷款偿还能力。

## (二) 我国关于外国政府贷款的立法情况

目前在我国,尚没有统一规范外国政府贷款的法律,开展外国政府贷款活动所依据的法规主要如下:

1、《国际金融组织和外国政府贷款投资项目暂行管理办法》,由国家发展和改革委员会颁布,2005年3月1日起生效实施。

2、《国际金融组织和外国政府贷款赠款管理办法》。该办法由财政部制定并颁布,2006年9月1日施行。

3、《外国政府贷款项目前期管理工作规程(试行)》。该规程由国家发展改革委办公厅与财政部办公厅联合制定并颁布,2006年10月9日起生效实施。

4、《外国政府贷款管理规定》。该规定由财政部制定颁布,于2009年1月1日起生效实施。

5、《国家发展改革委办公厅关于进一步改进外国政府贷款项目前期工作和加强实施监管的通知》。2008年9月7日起生效实施。

6、《国家发展改革委关于委托地方审批部分外国政府贷款项目资金申请报告的通知》。2008年12月22日起生效实施。根据该通知,自2009年1月1日起,国家发改委将审批外国政府贷款项目资金申请报告的部分职能委托给省级发改委履行,具体是指各省、自治区、直辖市及计划单列市、新疆生产建设

兵团借用外国政府贷款1000万美元(或800万欧元)及以下的项目(日本政府贷款项目、美国进出口银行主权担保贷款项目,以及国家统还的项目除外),其借用外国政府贷款项目资金申请报告由国家发改委委托项目业主所在地的省级发改委审批,其余外国政府贷款项目资金申请报告仍由国家层面审批。

国家发改委下放审批权,对于利用外国政府贷款的轨道交通项目来说,将会简便和加快相应的申请审批流程。

7、《外国政府贷款采购工作管理办法》。该规定由国家财政部制定颁布,于2010年1月1日起生效实施。该管理办法全面规范了外国政府贷款项下的采购工作,明确了外国政府贷款项下的采购工作中财政部、省级财政部门、项目单位、采购公司等有关机构的权利和职责;对采购过程中的招标、评标、合同签订等进行了规定。

对于获得外国政府贷款的轨道交通项目单位来说,在进行采购工作时,需要全面遵循该办理规定的程序和要求,否则将会受到财政部门的行政处罚,影响对贷款的提取、支付、偿还和使用。

8、外国政府对由其提供贷款或援助资金的项目制定的有关规定。如《日本海外经济协力基金采购导则》、《科威特阿拉伯经济发展基金会采购指南》等。

### (三) 外国政府贷款在我国城市轨道交通领域的应用

一直以来,利用外国政府贷款都是我国城市轨道交通项目引进外资的一种重要方式,在我国城市轨道交通项目的建设过程中发挥了巨大作用,在我国北京、天津、广州、上海地等诸多城市的轨道交通项目中都应用了大量的西班牙、法国、德国等国的政府贷款,外国政府贷款已成为我国建设轨道交通项目的重要融资渠道。

#### 1、北京地铁利用外国政府贷款的实践

北京地铁集团有限责任公司针对北京地铁13号线的建设,于2001年1月9日上午与中国进出口银行签署了利用日元贷款建设北京地铁13号线的《北京城市铁路项目利用日本政府特别日元贷款转贷协议》,转贷规模达141 亿日元,贷款年利率0.95%,贷款年限40年。北京地铁13号线已于2002年9月全线开通投入使用。

#### 2、天津地铁利用外国政府贷款的实践

天津市地下铁道总公司于2004年,通过国家开发银行转贷获得西班牙政府贷款1500多万欧元。该贷款专项用于天津地铁一号线自动售检票系统和无线通信系统的采购。在该项目中本所全面介入相关法律文件的起草与谈判工作,协助天津地铁完善了与国家开发银行的转贷协议,以及与之相关的系统采购协议。

### (四) 外国政府贷款模式在适用中应注意的法律问题

1、在借款人与转贷银行签订转贷协议的过程中,借款人要注意对款项提取申请及支付程序、还本付息的货种;

2、多数国别的国家贷款为限制性贷款,物资采购只有在贷款国采购,因此应注意项目所需采用的技术、设备与贷款国的匹配性;

3、外国政府贷款多数伴随着国际货物的采购,在对外采购货物设备的国际贸易活动中,要注意了解各种国际贸易术语的含义、区别,结合项目适用的运输方式、货物风险、保险安排等选择对项目单位较为有利的国际贸易术语;

4、在国际货物的采购过程中,除了要注意国际贸易术语的选择外,还要注意合同当事人各项权利义务的分配、选择恰当的适用法律及争议解决方式。

5、在一般情况下,外国政府贷款主要以美元与欧元进行结算,而国内的债务人偿还本息需要通过国内的转贷银行以人民币进行结算,因此,汇率的变化会导致债务金额产生变化,在利用外国政府贷款的同时要特别注意汇率变更带来的不利风险。

## 四、债券融资模式

### (一) 债券融资模式概述

债券是由一国政府、金融机构、企业等直接向社会借债筹措资金时,向投资者发行,并且承诺按规定利率支付利息并按约定条件偿还本金的债权债务凭证。20世纪80年代以来,债券融资成为发达国家企业融资的主要手段,债券融资所占比例也在不断扩大。现在,美国债市的规模已经是股市规模的5倍。对于发债企业,资信评级非常重要。它是资信评估公司对债券发行质量、发行主体的资信程度、债券发行者所承担的投资风险、发行者的经营状况、偿债能力进行的综合评估评

定。

对于城市轨道交通的投资企业来讲,发行债券的优点在于获得资金使用期比借款长,一般是三年以上。一次性筹资数额大,便于企业财务安排。

在实践中,债券融资模式还体现出如下优势:

1、有利于拓宽融资渠道,降低融资成本。随着市场化融资环境的不断改善,我国债券市场的容量不断扩大,公司债券以其期限长、成本低的特点,日渐成为大型建设项目的的主要筹资方式。

2、有益于改善城市轨道交通公司的债务结构和偿债现金流状况。公司可以选择符合其现金流规律的还本付息方式。如一次性还本,分年付息,这样可以优化轨道交通建设现有的债务结构,使公司现金流的规律符合轨道交通项目建设周期长、投资额大、回收期长等特点。

3、短期内融资金额大,还款期长,资金使用自由。轨道交通建设是一项长期任务,需要从资本市场持续筹集建设资金。通过发行债券可以在短时间内吸收大量境内外私人资金,而且所筹集的资金期限较长,资金使用较为自由。

## (二) 债券融资在我国的立法现状

1、1993年4月11日实施的《国务院关于坚决制止乱集资和加强债券发行管理的通知》。

2、为了加强对企业债券的管理,引导资金的合理流向,有效利用社会闲散资金,保护投资者的合法权益,于1993年8月2日实施《企业债券管理条例》。该条例对于企业债券的票面应当载明的内容、企业债券的管理及管理机构、法律责任等做出了明确规定。

3、1994年4月29日实施的《最高人民法院经济审判庭关于代理发行企业债券的金融机构应承担企业债券发行人债务责任问题的复函》。

4、1994年9月22日《国务院办公厅转发中国人民银行、国家计委关于企业债券到期不能兑付问题处理意见的通知》。

5、2004年6月21日《国家发展和改革委员会关于进一步改进和加强企业债券管理工作的通知》。

6、2005年10月27日修订通过并自2006年1月1日起施行的《中华人民共和国公司法》。该法对于公司债券募集办法中应当载明的事项、上市公司发行可转换为股票的公司债券等做

了详细规定。

7、2005年10月27日修订通过并自2006年1月1日起施行的《中华人民共和国证券法》。公司发行公司债券应当符合《中华人民共和国证券法》规定的发行条件。

8、2008年1月2日《国家发展和改革委员会关于推进企业债券市场发展、简化发行核准程序有关事项的通知》。该通知对非上市的企业债券发行核准程序进行改革,将先核定规模、后核准发行两个环节,简化为直接核准发行一个环节。

根据该通知,轨道交通项目单位发行企业债券的程序将更加简便。

9、2010年9月16日中国人民银行、财政部、国家发展和改革委员会、中国证券监督管理委员会联合修订颁布的《国际开发机构人民币债券发行管理暂行办法》。该办法所称国际开发机构是指进行开发性贷款和投资的多边、双边以及地区国际开发性金融机构,办法要求所募集资金应优先用于向中国境内的建设项目提供中长期固定资产贷款或提供股本资金。

因此,对于投资于轨道交通建设项目的国际开发机构,可按该办法规定的条件申请发行人民币债券,有利于轨道交通建设项目获得国际开发机构的投资。

## (三) 债券融资在轨道交通领域的实践应用

1、北京市基础设施投资有限公司于2004年12月向社会公开发行了北京地铁建设债券“04京地铁”债券。“04京地铁”债券总额高达20亿元人民币,期限为10年,以1000元为一个认购单位。债券的票面利率采用浮动利率形式,即在中国人民银行公布的一年期整存整取定期储蓄存款利率上加2.72%,且有保底利率为5.05%。计息期限从2004年12月15日起至2014年12月14日止,每年付息一次,到期一次还本。此期债券募集的资金全部投入北京地铁13号线和北京地铁八通线的建设。“04京地铁”债券成为自2000年企业债券实行额度审批以来首支以轨道交通企业作为发行主体的企业债券。

2、2006年4月25日,北京市基础设施投资有限公司向社会公开发售第二支企业债券“06京投债”。发行规模为20亿元,期限10年,票面年利率采用浮动利率,利率为基准利率加上基本利差1.35%,基准利率为中国外汇交易中心在中国货币网公布的最近10个交易日银行间7天回购加权利率的算术加权平均值。本期债券发行时利率仅为2.98%,和同期银行最优惠贷

款利率相比,该债券可节约财务费用约5亿元,融资成本大大降低,是已发行的企业债券中发行利率较低的债券之一。

3、2008年9月9日,北京市基础设施投资有限公司再次成功发行20亿元企业债券(简称“08京投债”),本期债券存续期五年,附第三年末投资者回售选择权,采取固定利率形式,票面年利率为5.20%。经中诚信国际信用评级有限责任公司评定,本期债券的主体评级和信用级别均为AAA级,是国内第一只无担保地方企业债券。

#### (四) 债券融资中应注意的法律问题

##### 1、谨慎设立债券发行条件

无论是公司还是企业在决定通过债券筹集资金后,都要考虑发行债券的条件。债券发行的条件指债券发行者发行债券筹集资金时所必须考虑的有关因素,具体包括发行额、面值、期限、偿还方式、票面利率、付息方式、发行价格等,由于债券通常是以发行条件进行分类的,所以,确定发行条件的同时也就确定了所发行债券的种类。适宜的发行条件可使筹资者顺利地筹集资金,使承销机构顺利地销售出债券,也使投资者易于做出投资决策。反之,则可能导致债券销售受挫,融资目的难以实现。

在选择债券发行条件时,公司或企业应根据债券发行条件的具体内容综合考虑下列因素:1. 发行额,即债券发行人一次发行债券时预计筹集的资金总量。2. 债券面值,公司或企业可根据不同认购者的需要,使债券面值多样化,既有大额面值,也有小额面值。3. 债券的期限。公司或企业可以根据资金需求的期限、未来市场利率走势、流通市场的发达程度、债券市场上其他债券的期限情况、投资者的偏好等来确定发行债券的期限结构。4. 债券的偿还方式。5. 票面利率,票面利率可分为固定利率和浮动利率两种。6. 付息方式。付息方式一般可分为一次性付息和分期付息两种。7. 发行价格。8. 购买债券时实际支付的价格。债券的发行价格可分为平价发行(按票面值发行)、折价发行(以低于票面值的价格发行)和溢价发行(以高于票面值的价格发行)三种。9. 发行方式。10. 是否记名。

##### 2、有选择权的公司债券问题

依照发行人是否给予债券持有人选择权,公司债券可以分为有选择权的公司债券与没有选择权的公司债券。附有选择权的公司债券指在债券发行中,发行者给予持有者一定的

选择权,如可转换公司债券、有认股权证的公司债券、可退还的公司债券等。没有选择权的公司债券则是指发行者没有赋予持有者上述选择权的公司债券。一般说来,有选择权的债券利率较低,也易于销售。但可转换公司债券在一定条件下可转换成公司发行的股票,有认股权证的债券持有人可凭认股权证购买所约定的公司的股票等,因而会影响到公司的所有权。可退还的公司债券在规定的期限内可以退还给发行人,因而增加了公司的负债和流动性风险。公司可根据自身资金需求情况、资信状况、市场对债券的需求情况以及现有股东对公司所有权的要求等选择是合发行有选择权的债券。

##### 3、发行担保问题

由于企业主要以本身的经营利润作为还本付息的保证,因此企业债券风险与企业本身的经营状况直接相关。如果企业发行债券后,经营状况不好,连续出现亏损,可能无力支付投资者本息,投资者就会面临着收不回成本的风险。从这个意义上来说,企业债券是一种风险较大的债券。所以,在企业发行债券时,一般要对发债企业进行严格的资格审查或要求发行企业有财产抵押,以保护投资者利益。企业发行的债券有无担保,是债券发行的重要条件之一。我国有关企业债券发行的担保要求规定:“如发行人不能全部兑付债券本息,保证人应主动承担担保责任,将兑付资金划入企业债券登记机构或主承销人指定的帐户。”也就是说债券一旦出了问题,担保人要替发行主体偿还相应企业债。目前,我国企业寻找综合实力和信用等级都优于自己的担保主体有相当难度。实践中缺乏有效的担保,即便有担保公司介入担保,其担保能力也相当有限,无法有效地控制、防范和化解担保及可能引发的财政、金融风险。

#### 五、信托融资模式

##### (一) 信托融资模式概述

信托是与银行、保险、证券并列的现代四大金融制度之一,是现代金融体系的重要组成部分。信托是一种十分灵活的融资工具,具有很强的融资功能,可在城市基础设施项目的资金筹集中发挥重要作用。

利用信托进行资金融资的基本运作模式是:信托公司通过公开市场发行其信托产品筹集信托资金,信托公司将筹集的信托资金以之前确定的方式投入项目,信托合同到期后,信

托公司按照信托合同约定对信托财产及收益向收益人进行分配。

根据《中华人民共和国信托法》第二条“信托是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。”以及《信托公司集合资金信托计划管理办法》第二十六条“信托公司可以运用债权、股权、物权及其他可行方式运用信托资金。”的规定,信托融资的方式适合投资城市轨道交通项目,且具体的形式可以多种多样,常见的有股权信托、贷款信托、融资租赁等。

信托融资的优点在于,信托可以吸引包括个人资金在内的大量社会闲散资金用于特定项目投资,筹资能力强;信托融资模式灵活,可以采用股权、债权、融资租赁等多种形式投资,退出模式也十分灵活,比如采取私人股权投资信托的,依据《信托公司私人股权投资信托业务操作指引》可以通过股权上市、协议转让、被投资企业回购、股权分配等方式,实现投资退出;信托融资手续简便,审批环节少,相比于发行股票与公司债券,限制条件较少,合作模式由信托公司与资金使用人之间经协商灵活确定。例如私人股权投资信托,只需在信托计划成立后10个工作日内向中国银监会或其派出机构报告信托计划的设立内容及相关情况,信托计划的具体内容由信托当事人自行确定。信托融资还具有投资期限灵活、成本较低、投入较快的优点。

具体到轨道交通项目,虽然其建设运营时间长,利润率较低、投资回收慢,但是轨道交通项目总体收益稳定,政府支持力度大,对追求稳定及安全投资收益的投资者具体很强的吸引力,具备采用信托融资的条件。

轨道交通项目可以采用集合资金股权投资信托计划的方式,将地铁项目公司的股权部分转让给信托公司,以此筹集资金,或采用贷款信托的方式,将信托资金作为贷款借给轨道公司使用。在股权信托计划的模式下,信托公司在发挥融资功能的同时,还可以投资主体的身份参与轨道项目公司经营,对轨道项目的参与程度较为深入。

## (二) 信托在我国的立法现状

自2001年《中华人民共和国信托法》颁布以来,中国信托业开始步入规范运行的轨道,相关的法律法规环境也渐趋完

善。目前,我国规范信托活动的法律及法规主要有:

- 1、《中华人民共和国信托法》。由全国人大常委会制定,自2001年10月1日起生效实施。
  - 2、《信托公司私人股权投资信托业务操作指引》。该指引由中国银行业监督管理委员会制定,自2008年6月25日起生效实施。
  - 3、《信托公司集合资金信托计划管理办法》(2009修订)。由中国银行业监督管理委员会制定颁布,自2009年2月4日起生效实施。
  - 4、《信托公司管理办法》。由中国银行业监督管理委员会制定颁布,自2007年3月1日起生效实施。
  - 5、《信贷资产证券化试点管理办法》。由中国人民银行与中国银行业监督管理委员会共同颁布,自2004年4月20日起生效实施。
  - 6、《信托公司净资本管理办法》。由中国银行业监督管理委员会制定颁布,自2010年8月24日起生效实施。该办法把信托资产规模与信托公司的净资本挂钩,结束了无限做大信托资产规模的时代。该管理办法的核心为约束信托公司净资本不得低于人民币2亿元,净资本不得低于各项风险资本之和的100%,此外净资本不得低于净资产的40%。该办法加强了对信托公司的监管与规范,有助于推动信托公司建立并完善内部风险预警和控制机制,加强信托公司控制风险。
- 信托行业自身发展的健康与规范,对于轨道交通项目建设利用信托进行融资也将产生积极意义,有助于降低融资风险。
- 7、《中国银监会关于印发信托公司净资本计算标准有关事项的通知》。由中国银行业监督管理委员会制定颁布,自2011年1月27日起生效实施。该通知是《信托公司净资本管理办法》的配套措施,明确了信托公司净资本、风险资本的计算标准和监管指标。同时规定各信托公司应根据国家宏观调控政策和银监会监管政策导向积极调整业务规模和业务结构,确保在2011年12月31日前达到净资本各项指标要求。对在规定时间内未达标的信托公司,各银监局应立即暂停其信托业务,并追究该公司董事长和高级管理人员责任。

该通知在操作层面进一步加强了《信托公司净资本管理办法》的执行力度,有助于信托企业的优胜劣汰,以及信托行业的规范发展,轨道交通项目通过信托融资也将更加规范

化,有助于融资风险的降低。

### (三) 信托融资在我国城市轨道交通领域的实践应用

2002年7月上海爱建投资信托公司成功发行信托计划,为上海外环隧道建设筹集大量资本金,同年9月份,上海国际信托投资公司推出了上海磁悬浮交通项目股权信托项目,发行规模为1.88亿元人民币,也为上海磁悬浮项目的建设筹集了大量资金。

2007年9月6日,全国社会保障基金理事会与北京市基础设施投资有限公司、平安信托投资有限责任公司共同签署了融资协议,通过信托方式引入10亿元社保资金,投入北京轨道交通机场线和5号线。

2009年6月底,北京市基础设施投资有限公司与工商银行、交通银行、北京银行三家银行及国投信托、中融信托、中海信托、北京信托四家信托合作,共签署了200亿元股权信托协议,为新的地铁线路的建设筹集了大量资金。

### (四) 信托融资模式中应注意的主要法律问题

#### 1、信托模式的设计

由于信托资金参与及退出的方式都很灵活,需要当事人通过完备的合同条款进行信托模式的设计,因此,当事人应对合同条款的设计与把握进行周全的专业安排。

#### 2、退出机制的“协商”与“设置”问题

融资势必就有投资,而任何一种投资都需要当事各方考虑投资的退出问题,在退出的方式上,主要有上市退出(IPO)、股东或管理层回购、第三方收购等,在这些方式之中,最佳的方式是上市退出,其他方式位居其次。为了保证项目顺利退出,避免信托计划到期无法及时兑付的风险,受托人往往事先与其他当事方协商约定退出方式,以确保无论何种情况下,信托都能及时兑付。比如,假定受托人已经确信上市退出和向第三方转让这两种方式都存在障碍的情况下,则

项目公司或其管理层就必须按照一定的价格回购股权投资信托。

---

以上报告为万商天勤律师事务所在多年法律服务基础上结合中国融资市场实践的总结与体会,并不一定当然适用于每个轨道交通企业。虽然报告对各融资方式的介绍和分析具有一定的普遍适用性,但轨道交通企业在具体选择融资渠道时,仍需结合自身客观情况,严谨论证,慎重抉择。

## 公路收费权质押问题探讨



薛 莲



卢二松

### 一、收费权质押的现行规定及实践运用

《国务院关于收费公路项目贷款担保问题的批复》(国函[1999] 28号)明确规定:“公路建设项目法人可以用收费公路的收费权质押方式向国内银行申请抵押贷款,以省级人民政府批准的收费文件作为公路收费权的权力证书,地市级以上交通主管部门作为公路收费权质押的登记部门。质权人可以依法律和行政法规许可的方式取得公路收费权,并实现质押权。有关公路收费权质押的具体管理办法由交通部、人民银行联合制订。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释[2000] 44号)第九十七条规定,“以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的,按照担保法第七十五条第(四)项的规定处理。”前述规定均明确收费权可单独作为一项财产权利设定质押。

但是,尽管面对社会各界的强烈呼吁,2007年《物权法》对实务中广泛采用的收费权质押没有涉及,该法第二百二十三条关于可以出质的权利类型列举中,并未将收费权明确在可以质押的权利范围之内,且兜底条款亦因“法律、行政法规”的限定而排除了前述关于收费权质押相关规定的适用。相反,由于相关主管部门并未依国函[1999] 28号文件的要求就公路收费权质押制订明确的管理办法,2007年10月1日施行的中国人民银行《应收账款质押登记办法》(中国人民银行令[2007] 第4号),明确将公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权划入应收账款范围(第四条)。由此导致的状况就是,国内大部分的银行金融机构仅接受收费公路应收账款质押,而并未将收费权作为一项单独的财产权利办理质押。实践操作过程中,银

行金融机构也往往基于其对应收账款的管理模式,要求质押人在其机构开立专用收费账户,将质押人的全部收入与支出完全置于其管理之下,极大地加大了债务人的融资成本及负担。

## 二、收费权质押与应收账款质押的区别

权威信息显示,《物权法》未明文规定收费权质押的重要原因,是立法机关认为收费权质押也是一种债权质押,可归入应收账款质押,故没有另行规定的必要。问题是,收费权质押与应收账款质押是完全一致的吗?

依《应收账款质押登记办法》第三条之规定,应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利,包括现有的和未来的金钱债权及其产生的收益,但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权。所谓收费权,是指权利人基于法律、行政法规的直接规定或者政府的行政许可而享有的就特定的基础设施或者公共服务等在政府核定的价格范围内收取费用的权利,公路收费权即为其典型形态。而收费权质押就是债务人或者第三人将收费权作为债权的担保,在债务人不履行到期债务时,债权人有权以该收费权折价或者以拍卖、变卖该收费权的价款优先受偿。其与应收账款质押的区别在于:

1、质押的客体不同。收费权质押以收费权本身作为质押的客体,收费权只是一种资格,并不实际的产生债权债务关系。在债务人不履行债务的情况下,强制执行的只能是收费权本身而不能是因收费权而产生的债权。拍卖、变卖的对象也只能是收费的资格。而应收账款质押的客体是应收账款,即以实际发生的债权来设定抵押。

2、质押客体的表现形态不同。应收账款是应该支付而没有支付的价款等。在此情况下,债权人享有的对债务人的给付请求权。但收费权只是一种资格,不以向特定权利人实际提供一定服务为取得权利的条件。但是一旦实际实施了收费行为,收费权就转化为货币所有权或者账户中的现金。此时,收费权也并不表现为未来可能实现的债权或者说应当收取的费用。

3、质权实现的方式不同。在收费权质押的情况下,债务人不履行债务,质权人既可以将收费权拍卖、变卖或者折价就其价款优先受偿;也可以通过对收费账户的控制以实际收取的费用来实现债权。而应收账款质押的实现,只能通过对作为

质押客体的债权进行拍卖、变卖或者折价来完成。

## 三、我国物权法应当明确设定收费权质押类型

按照现行做法,将收费权纳入应收账款进行管理,将加大债务人的融资成本及负担,且在出质登记及质权实现方式上均存在不一致之处。我们认为,我国《物权法》中应当明确设定收费权质押类型。主要理由在于:

1、收费权作为一种重要的新型财产权利,能够独立成为质押标的,且符合效率原则。虽然收费权质押的实现方式受到《收费公路管理条例》等相关管理规定的限制,但该等限制并不会妨碍质权的最终实现。收费权本身自身性质也适合作为质押,在设立时无需进行财产的评估作价、监管托管,节省了许多交易费用,有利于债务人开辟融资渠道。

2、收费权作为一种新型的权利,不能为其他的各种可质押的权利所涵盖,从而收费权质押也是其他类型权利质押所不能涵盖的。物权法第二百二十三条第一款第(七)项规定,只有法律、行政法规规定可以出质的收费权,才可办理收费权质押贷款。《应收账款质押登记办法》虽界定应收账款包括收费权,但因其属行政规章,在效力上存有疑问。

3、在权利质押制度中单独规定收费权质押,可以解决与应收账款质押在出质登记、质权实现方面的法律冲突。如依《物权法》第二百二十八条第一款,以应收账款出质的,必须到信贷征信机构办理出质登记,质权自办理出质登记时设立。而收费权质押实务中,公路投入使用后,每天通行的车辆成千上万,对收费权人享有的每一个债权都办理出质登记并无可能。既无法办理出质登记,则质权人的质权如何成立?

基于上述原因,我们认为,有必要在权利质押制度中单独规定收费权质押。同时,国家有关部门也应尽早制定收费权质押的具体管理办法,以便于规范实务中的具体适用和操作。

# 深圳城市更新中土地利用模式的借鉴性意义



齐岩冰

## 一、前言

我国处于快速城市化阶段，城市人口的急剧膨胀，使得城市土地资源需求日益紧张。长期以来，我国土地资源利用存在着各种粗放低效利用的问题，包括城市呈“摊大饼”式无序外延扩张、土地利用总体配置混乱、土地利用结构不合理、城市用地比例失调、已用地建设强度偏低等，这些问题使土地利用浪费严重、城市环境日益恶化、土地经济效益产出低下、土地利用潜力没有得到完全发挥。此外，由于城市土地管理和土地市场不规范，投资过热、开发不合理等各种问题也较突出。而我国土地资源稀缺的现状使得快速城市化地区，开始面临城市存量可建设用地匮乏，城市扩展与土地开发“无米以炊”的困境，亟需通过对城市用地的再开发实现土地经济产出的优化与升级。探讨以城市二次开发为目标的城市更新背景下，城市已建设用地的可持续再开发和土地集约再利用模式，对于指导我国未来城市化健康发展，引导城市整体质量提高，促进城市产业结构调整 and 增长方式转型具有重要的理论和现实意义。

从土地利用成效角度出发，城市土地集约利用包括三个层面的涵义：一是提高土地利用与产出率，获得土地产出的最大化；二是优化土地布局和结构，协调各类用地之间的关系，促进城市健康发展；三是土地利用效益的综合化，体现经济、社会和生态环境效应的统一。就城市发展综合效益的宏观层次而言，城市土地集约利用要求城市有合理的城市规模和城市性质以及与之相协调的产业结构等；而中微观层次则更加强调城市用地功能和结构的合理性以及单块土地的投入产出

效益。在我国土地有偿使用制度建立的初期,学者对土地集约利用的研究主要集中在农村土地利用以及土地平整等方面,随着我国城市化进程的加快,有关各种工业园区规划的土地利用成为城市土地集约利用的主要问题,包括对工业用地的集约利用评估以及工业园区土地集约利用规划等。近年来,我国城市化进程的快速化,促使沿海一些发达城市开始面临土地紧缺和已开发用地产出低效的双重瓶颈,对城市用地的集约再开发成为当前城市化发展新阶段的重要课题,如佛山的“三旧改造”、深圳的“城市更新”以及广州的“城中村改造”等均是在城市新增可建设用地紧缺背景下,为促进城市土地集约利用和高效产出所提出的重大应对策略。对于快速城市化发展而面临新增可建设用地紧缺的城市,利用城市更新提高土地产出效率,是解决城市发展用地紧张和经济快速增长矛盾,实现土地集约利用的重要途径。

## 二、深圳城市更新与城市土地的可持续再开发问题综述

当前,我国正处于城市化高速发展时期,城市更新的内容既包括以重振经济为主要目标的东北老工业基地的产业升级,也包括中心城区土地升值带来的旧城改造,还包括以深圳为代表的快速城市化地区由于城市开发土地紧缺而亟需通过城市更新来实现城市产业结构升级、增长方式转型和土地利用的优化升级。

改革开放三十多年来,深圳从南方的一个边陲小镇,发展为今天实际人口1200万, GDP超过5600亿人民币,经济总量位居全国城市第四位、具有较发达的制造业和服务业的特大城市。在《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》中深圳被定位为“建设‘国家综合配套改革试验区’和‘国家创新型城市’”。以“深圳速度”闻名的快速城市化建设为深圳带来了举世瞩目的经济腾飞,但随着城市建设进入新的发展时期,深圳面临着新增可建设用地总量不足,已建设用地经济产能较弱,大量外来人口科学管理和公平享用城市服务缺失等严峻问题,亟需通过城市更新政策,利用城市土地的可持续再开发和土地集约再利用,实现深圳产业、社会双转型,提高城市土地利用的高效性和科学性。

### (一) 深圳城市更新与土地集约再利用的模式和特

点

深圳城市更新是指针对现有土地功能和资源利用不符合社会经济发展要求的旧工业区、旧商业区、旧住宅区、城中村及旧屋村等特定城市建成区实施的更新活动。其更新模式依据对更新地块的改造方式和程度可分为:综合整治类更新、功能转换更新以及拆除重建式更新。针对不同更新需求的这三类更新模式体现了城市土地再开发利用中的不同诉求和更新理念,其最终的更新目标和效果也相应不同。

综合整治类城市更新项目主要通过改善消防设施等基础设施和公共服务设施、改善沿街立面、环境整治和既有建筑节能改造等内容,实施环境整治,完善城市人居环境。这是一种在不改变建筑主体结构和使用功能的基础上,以文化保留、环境提升为目标的修葺式更新。这类更新项目由所在区政府制定实施方案并组织实施即可,无需再报市年度建设计划,更新费用由区政府及相关权益人通过协商,按比例共同承担。主要适用于缺乏城市基础设施和公共服务设施,以及环境恶劣或存在重大安全隐患的旧城中村、旧商住混合区等更新地区。

功能改变类更新项目改变部分或全部建筑物使用功能,但不改变土地使用权的权利主体和使用期限,保留建筑物的原主体结构。主要建筑物使用性质和功能的转换,推动城市土地的高效产出置换,以满足增加城市公共空间和推动城市产业升级的需求。实施功能改变类更新项目需按照相关法规,向市规划国土及相关主管部门申请办理规划许可变更相关手续;在获得使用权出让合同后按照相关规定缴纳地价;功能改变后的土地使用权期限按照原用途的使用期限扣除已实际使用时间的剩余期限确定。改变功能的原有建筑面积部分,按照其改变后的功能和土地使用权剩余期限,以公告基准地价标准计算应缴纳的地价,扣除原土地用途及剩余期限公告基准地价;新增建筑面积按照改变后的功能和土地使用权剩余期限以市场评估地价标准缴纳地价。

拆除重建是对不符合城市发展和建设需求的用地类型进行全面的改造。在更新单元内土地使用权期限届满之前,因单独建设基础设施、公共服务设施等公共利益需要或者为实施城市规划进行旧城区改建需要调整使用土地或者具备其他法定收回条件的,由市规划国土主管部门依法收回土地使用权并予以补偿。除市政府可以根据城市更新的组织进行土地使用权收购外,土地使用权人也可以向市规划国土主管部

门申请土地使用权收购,可以通过协商依据更新办法自行实施拆除重建。同时对由政府统一组织实施城市更新的,可通过招标的方式引入企业单位承担招标实施城市更新。实施主体在取得城市更新项目规划许可文件及签订土地使用权出让合同后,需按照更新办法规定补缴地价。城中村部分根据不同的建筑容积率,补缴不同金额的地价后,可以由建设单位取得完全产权,并可以自由转让。拆除重建类的工业区升级改造项目区分改造为工业用途或者经营性用途,按照不同标准缴纳地价。非商品性质房地产转为商品性质的,应当按照有关规定另行补缴相应地价。

根据不同更新对象采取不同需求和程度的更新模式,这有助于分类实施城市土地的再利用,有助于提供更好的实施途径实现不同文化、社会、经济效果的更新。同时从集约再开发的角度促进了城市功能的完善和产业的升级,实现通过城市更新实现城市土地的再开发。

## (二) 深圳城市更新与土地集约再利用的保障机制

2009年12月1日《深圳市城市更新办法》正式实施,标志着深圳以城市更新为途径的城市土地再开发利用的法制体系已基本完善。该办法在全市层面上制订的城市更新专项规划,与深圳近期建设规划相衔接,明确更新的重点区域及其更新方向、目标、时序、总体规模和更新策略。各相关主管部门依法在各自职能范围内为城市更新提供服务和实施管理,市规划国土主管部门负责制订城市更新相关的规划土地管理政策和技术规范以及更新过程中的土地使用权交接工作;各区政府具体组织、协调更新用地的整理和更新项目的实施;市发展改革部门负责拟定相关产业指导政策,统筹安排政府城市更新资金,凭借科学有效的政府管理形成一整套城市更新的有效体制保障,实现更新过程中多元激励、市场补偿、公众参与等不同方面的利益需求和推动。

### 1、更新体制的确立与完善

深圳城市更新的实施主要以服从城市规划的城市更新单元规划和年度计划管理制度为途径。年度计划管理要求更新项目必须纳入城市近期建设规划年度实施计划及土地利用年度计划,确保了城市土地再利用的合理有序进行;城市更新单元作为城市更新项目具体的实施对象和最小更新单位,是深

圳可持续土地再利用的机制创新。法定图则作为指导更新单元内更新实施的控制性详细规划,明确了更新单元范围、配建基础设施和公共服务设施的类型和规模及其他更新的规划指引。更新单元的划定解决了以往更新中由于原有土地权属复杂和边界犬牙交错引发的更新划定割裂原有地块产权关系,引导更新在更大范围实施,有利于土地的整体规划和科学布局;同时利用更新单元规划,法定要求更新主体配建一定比例的公共基础服务设施或政策性住房,优化了更新机制,实现了土地的合理再利用。

利用城市更新年度计划和以法定图则为准绳的城市更新单元规范了城市土地再利用的方法和途径,是城市更新在科学有效的法律法规体制下顺利开展的前提保障,有效推动了更新各项土地再开发活动的有序进行。

### 2、多元激励与市场补偿

深圳城市更新遵循政府引导、市场运作的原则,即统筹了“自上而下”和“自下而上”两种更新模式,通过各类产业政策及规划引导,鼓励产权所有者和业主自发改造,同时市、区两级政府设立专项资金扶持更新项目的开展,建立吸引多元投资的更新激励机制,推动土地可持续再开发的合理进行。在拆除重建项目中,当更新单元内存在多个权利主体时,可由多个权利主体以所拥有的房地产作价入股成立公司(如原城中村集体经济组织——集体股份有限公司等)实施原有业主自主更新,是实现类似西方“社区更新”的有效途径,有利于激发当地居民的更新积极性。除鼓励权利人自行改造外,对由政府引导的城市更新项目,鼓励以招标方式引入企业单位承担实施城市更新。将市场机制引入更新项目中,借助更广泛的民间资本推动更新的顺利进行。

对于拆除重建类城市更新项目中的城中村部分,以建筑容积率2.5和4.5为界,差额补缴地价;对于发展政府鼓励新兴产业的可减免部分补缴地价,通过上述各类基准地价补偿政策,解决土地置换及深圳“城中村”改造这一特殊历史遗留问题。同时,利用容积率和地价减免,引导土地利用向高产值发展,促进城市产业转型和社会结构升级的尽快实现。

### 3、公众参与和利益共享

对于拥有多名业主的同一更新宗地,规定必须达到三分之二以上的业主同意方可实施更新,既提供了公众决策的可进入途径,同时通过“多数决”代替“全数决”,避免了更新项

目由于少数异议的干扰而无法顺利进行。由同一单元内多个权利主体组成的更新公司是实现更新满足大众需要、实现公众参与式更新的重要突破。此外,对于变更用地性质的更新改造项目,在向市规划国土主管部门递交变更申请后,需在深圳特区报等媒体进行不少于7日的公示,扩大了更新项目实施的透明度,为更广泛的公众参与提供了媒介。

利用更新单元规划实现城市更新成果公平惠及更多社会阶层,是深圳城市更新的又一成功经验。要求在拆除重建类更新单元中配建一定比例的政策性用房,或城市公共、基础服务设施,是缓解市场主导更新对弱势群体的公共利益剥夺的有效手段。政府通过宏观政策引导更新成果在注重公平前提下的再分配,是解决城市社会结构日趋二极化的有利措施。这一类更新政策还包括,对于分期实施的更新项目优先安排基础设施、公共服务设施和回迁业主的安置,以及对于更新单元内的零星土地优先用于基础设施和公共服务设施建设,以满足普通社会阶层公平享用城市公共空间和城市公共服务的需求。

此外,深圳城市更新强调发展绿色建筑,改善能源结构,加强建筑废弃物再利用等多种节能减排的手段实施更新建设,有效地实现了人居环境更美好的土地可持续利用目标。

### 三、小结

深圳城市更新是深圳应对当前城市新增可建设用地紧缺,城市土地利用粗放低效,促进城市经济增长方式和产业转型升级,实现对外来人口的科学管理,公平提供城市公共服务的有效途径。在城市更新活动中,通过完善的法制保障和科学的规划指引,确保城市土地再利用,实现土地可持续、高效再开发,同时注重人地关系和谐相处、社会公平的再分配等多元化目标的实现。其在更新规划中的更新单元规划、年度计划制度、多方权利人组建更新公司、按比例配建市政、公共服务设施等各项政策,涵盖了实现城市土地可持续再开发,从政府、市场到民众不同层面的机制优化、市场激励和社会公平的考虑,对于引导我国其他城市的土地可持续再开发和集约再利用具有重要的借鉴意义。我国当前的快速城市化建设,必然引发今后一段时间大量城市通过城市更新实施城市土地再利用和再开发的需要。对于在已有建筑物和建设用地上实施土

地再开发利用的城市更新活动,其土地集约利用的途径和方法需要介入更多对原有权益人和已有建筑物的考虑,因此在机制建立、市场激励以及公众参与的各个方面,需要更多根据实际情况的规划和指导。

# 以收益分成方式 进行土地一级开发中的法律风险与防控



王霁虹



谢 颐

随着中国经营性用地必须进行招拍挂的政策日益严厉，越来越多的开发商开始把目光投向土地一级开发市场。所谓土地一级开发，是指政府组织并委托一级开发实施主体，对纳入土地储备范围的土地，按照各项规划条件进行征地拆迁、土地整理、适当的市政配套设施建设，使土地达到出让标准的土地开发行为。土地一级开发获得收益的方式有两种，一为固定收益率，如北京市规定企业参与土地一级开发最高利润率为8%；二为参与土地收益分成。即开发商与政府约定，双方按一定比例对土地出让收入超出双方约定金额以上的部分进行分配。本文将针对土地收益分成的土地一级获益方式进行分析和评论。

土地收益分成的方式，对地方政府来说，是以将来的收入向开发商支付土地一级开发费用，可以大大减轻政府短期内的财政压力；对开发商来说，可以提高土地一级开发的投资收益，并且有利于在土地出让时摘地。

虽然采用土地收益分成模式听起来极为诱人，但是基于当前国家对房地产市场的严厉调控政策，以及全国上下均对地方政府负债极为担忧的情况下，在土地一级开发项目中采用土地收益分成的方式，开发商要特别注意土地收益分成能否实际落实、土地出让时间过长无法及时收回投资以及各地对能否进行土地收益分成规定不一的系列法律风险予以高度重视并进行谨慎防范。

## 一、各地对土地收益分成规定不统一的风险及防范

目前中国在法律、行政法规以及部门规章层面,均未禁止企业参与土地出让收益分成,但具体到各地则存在不同的规定。例如海南省2006年7月19日颁布实施《海南省人民政府关于规范企业参与土地成片开发的通知》规定,土地出让收入扣除土地开发成本后余下的纯收益部分,土地一级开发商可分成的比例最高达70%。而在四川省,根据2011年5月10日实施的《关于进一步加强国有土地使用权出让收支管理的通知》(川国土资发〔2011〕36号),四川省境内禁止企业以任何方式参与土地出让收益分成。

因此,在国家未禁止企业参与土地出让收益分成的前提下,企业能否参与土地出让收益的分成,主要取决于各地方政府的规定及态度,故建议开发商在具体参与土地一级开发项目前,注意了解、熟悉当地土地一级开发的相关政策法规,以及当地政府的态度和底线,以便在谈判过程中争取更大的利益。

## 二、土地收益分成无法实际兑现的风险及防范

根据《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》以及《国有土地使用权出让收支管理办法》等规定,从2007年1月1日起,各地建立土地出让收支预决算制度,土地出让收入要全部缴入当地国库,支出一律通过基金预算安排,未列入预算的各类项目一律不得通过土地出让收入支出。因此,能否将土地收益分成列入土地出让支出预算,是决定能否采用土地出让收益分成方式的关键,也是开发商面临的主要风险之一。

根据规定,土地出让收入的规定使用范围为五大方面,分别是征地和拆迁补偿支出、土地开发支出、支农支出、城市建设支出和其它支出。其中“土地开发支出”,包括前期土地开发性支出以及财政部门规定的与前期土地开发相关的费用等,含因出让土地涉及的需要进行的相关道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、土地平整等基础设施建设支出,以及相关需要支付的银行贷款本息等支出,按照财政部门核定的预算安排。“城市建设支出”,包括完善国有土地使用功能的配套设施建设以及城市基础设施建设支出,具体包括:城市道路、桥涵、公共绿地、公共厕所、消防设施等基础设施建设支出。

土地一级开发项目的投资成本部分可以分别纳入“城市

建设支出”与“土地开发支出”的范围,列入土地出让支出预算。但对于投资收益部分是否可列入土地出让支出预算存在一定的不确定性,在实践中根据各地财政部门的掌握不同而不同。

因此,我们建议开发商要与当地政府提前核实土地收益分成能否列入该市的土地出让收入支出预算,并要求政府就此出具正式的确认承诺文件。在项目实施过程中,开发商要特别注意核实相应的预算程序是否履行。否则,开发商将面临无法实现土地出让收益分成,投资无法收回的风险。

## 三、土地长期不出让或无法出让,开发商难以收回投资的风险及防范

由于中国实行土地利用计划管理及建设用地总量控制,土地出让要依据年度用地供应计划进行,纳入供应计划的土地才能上市出让。若土地预计未来上市出让时间不确定或超出预期,开发商不能及时收回投资,融资成本将会随之增加,难以实现既定的项目投入产出比。

因此,我们建议开发商在与各地政府协商土地出让收益分成事宜时,注意确认项目土地的上市出让时间,并考虑该上市出让时间是否与投资人的预期投资回报周期相符。否则,开发商的投资将存在商业上的风险,建议重新评估采用土地出让收益分成模式收回开发成本的可行性。

## 旅游综合体项目法律服务模式初探



宋 阳



张 菁

近年来,随着城市化和旅游业的快速发展,我国的商业地产面临着前所未有的机遇与突破,房地产开发商纷纷开始探索一些全新的地产开发模式,其中除了各地正在蓬勃兴起的“城市综合体”之外,“旅游综合体”这种全新的商业形态已经逐步成型并在各城市和旅游景区周边轰轰烈烈地展开,不少旅游城市将旅游综合体作为推动旅游业转型升级、提升城市形象的重要载体。可以说,我国的地产发展到今日,已从单一的住宅地产、商业地产向“城市综合体”和“旅游综合体”快速迈进。

笔者近年来受聘担任多家大型房地产公司的综合体项目法律顾问。在提供法律服务的过程中,我们认识到综合体项目不同于一般的房地产开发,由于其规划设计复杂、开发周期较长、资金投入巨大、物业形态众多、不同物业形态利益诉求存在差异等特征,需要律师就其开发、运营过程中存在的主要法律风险进行全面的分析和科学的管理,并向客户提供团队化、全程化和一体化的法律服务,以满足客户全面的法律风险防控需求。尤其是旅游综合体项目,涉及的法律风险相比城市综合体更加复杂多样,对律师的法律服务也提出更高的要求。本文试图从专业律师的视角和法律服务的实践经验,对旅游综合体项目的法律服务模式进行研究和分析,并进一步寻找法律服务的空间。

### 一、旅游综合体的概念和特征

#### (一) 概念

“旅游综合体”的概念实际上来自于我们所熟悉的“城

市综合体”，但二者有着明显区别。城市综合体是以建筑群为基础，融合商务办公、商业零售、综合娱乐、酒店餐饮、公寓住宅四大核心功能于一体的“城中城”，是一个功能聚合、土地集约的城市经济聚集区。而“旅游综合体”，或称之为“休闲度假综合体”或“旅游度假综合体”，是指基于一定的旅游资源与土地基础，以旅游休闲为导向进行土地综合开发而形成的，以互动发展的度假酒店集群、综合休闲项目、休闲地产社区为核心功能构架，整体服务品质较高的旅游休闲聚集区。作为聚集综合旅游功能的特定空间，旅游综合体是一个泛旅游产业聚集区，也是一个旅游经济系统，并有可能成为一个旅游休闲目的地。应该说旅游综合体的蓬勃发展是顺应时代发展的产物，既契合了政府为改善投资环境、提升城市形象和发展旅游业的需要，也符合旅游消费升级后旅游供给必须相应升级和创新的需要。

旅游综合体的开发类型主要有两种：一是依托著名旅游目的地进行相关开发，另一类是依托城市进行开发。旅游综合体不可能独立于旅游景区或城市发展，必须与区域发展战略相统筹，与区域发展规划相衔接。

从地产开发的角度来说，旅游综合体为大地产开发特别是旅游休闲地产的开发提供了一种创新的模式，实现了地产开发与综合旅游休闲发展的完美融合，深圳东部华侨城就是一个成功的典型。

## （二）旅游综合体的特征

“旅游综合体”体现了地产开发模式的三大升级：一是“旅游消费模式升级，即从单一观光旅游升级到综合休闲度假；二是景区发展模式升级，即从单一开发升级到综合开发；三是地产开发模式升级，即从传统住宅地产升级到综合休闲地产。其包含五个核心特征：

- 1、以一定的旅游资源与土地为基础。
- 2、以旅游休闲功能为主导。
- 3、以土地综合开发为手段。
- 4、以休闲地产产品为核心。
- 5、以较高品质服务为保障。

## 二、旅游综合体项目的主要法律风险和管理

法律风险是指由于交易的参与方不精通法律、疏于法律

审查，或者主观上逃避法律监管而违反国际、国家、地方性的法律、法规、规章或者其他公共政策，导致承担法律责任或者受到法律制裁的风险。

旅游综合体项目对于企业来说是一个全新的事物，需要不断摸索、学习和创新，同时，鉴于旅游综合体投资巨大，其开发成功与否，不论是对于投资商、景区、还是城市发展来说都有较大的影响。因此，从项目的市场定位、选址、规划设计、融资、建设到后期的运营管理甚至未来的升级都需谨慎为之，尤其是在法律风险的防控和管理上，需要企业投入更多的关注。企业应当对经营过程中可能出现的法律风险点进行系统性归纳和分析，并在此基础上，全面地测评法律风险及提出一套适合的法律风险管理流程，包括法律风险的评估、法律风险的辨识和提示、法律风险的分析、法律风险的规避措施、法律风险的监控等等。在此过程中，除了企业内部的法律风险控制外，更重要的是外部的法律服务也要积极主动地全程参与法律风险管理的流程和环节。

根据旅游综合体项目开发运营的程序，其法律风险主要表现在政策风险、资金风险、施工风险、营销和运营风险等主要方面。而作为项目法律顾问，律师需要就上述法律风险提供全面的、专业的管理，并提出行之有效的解决路径和方案。

### （一）政策风险及其管理

政府的政策支持对于旅游综合体的成功与否至关重要。旅游综合体项目中面临的政策风险主要是指国家、地方政府有关旅游综合体投资、运营的政策发生重大变化，导致旅游综合体项目开发出现重大障碍，从而给企业带来巨大的风险，比如土地政策、项目的立项审批以及项目规划的确定等。因此，项目律师需充分关注涉及行业的政策变化，主动搜集相关资料，积极地参与政策的调查、论证，并及时提出新的解决方案。同时，在项目运行初期，律师应积极协助企业进行前期的调研，解决土地、规划和立项等各个环节涉及的法律问题。

### （二）资金风险及其管理

由于旅游综合体开发建设资金巨大，动辄几十亿，上百亿，面对如此巨大的资金压力，除了通常的银行贷款、先行开发销售带动后期开发的“滚动”模式外，笔者认为还可以通过项目公司增资扩股、建筑商垫资、定向开发、设计履约保证金

条款、以房抵工程建设款等不同的方式或渠道达到融资的目的。项目律师应当就有关的融资模式提供法律意见和操作方案,并制定各类法律文件。

### (三) 施工风险及其管理

旅游综合体工程施工周期较长,通常在五年以上,工程建设涉及到勘察、设计、施工、安装、设备材料采购、装修等各个方面,同时整个工程中专业项目繁杂,不可预见的风险较多。因此选择一家综合实力强的工程施工单位,是工程管理上首要的核心工作,同时应做好《建设工程施工合同》相关条款的设计,对风险分担进行明确约定。项目律师应当协助企业做好招投标工作,参与投标单位的资质预审,对候选单位进行实地考察、业绩调查,做好尽职调查,以便最终确定中标单位并签订《建设工程施工合同》。同时,项目律师应当积极参与工程施工总承包、工程造价与结算、工程的工期、安全和质量管理等工程施工的各个方面,确保项目的法律风险降至最低。

### (四) 营销风险及其管理

房地产项目运作成功的重要标志在于营销的成功。旅游综合体项目中包含不同的业态,给营销工作带来了新的挑战和风险。不同形态的物业需要不同的营销策略。项目律师应当就不同的营销策略提供法律意见,并审核或拟定相应的协议书,既保证项目的顺利营销,又要避免营销陷入“非法集资”等违法行为中,确保营销的合法性和可行性。

### (五) 运营风险及其管理

旅游综合体的特性决定了其可持续发展对开发商仍然至关重要。旅游综合体的持续收益主要来自于旅游娱乐项目的经营积累的滚动收益,因此旅游综合体的运营中存在着诸多风险。项目律师应当协助企业进行科学的调研和分析,制定有效的规章制度加强管理,提升综合服务能力和内控水平。

## 三、旅游综合体项目法律服务的模式和主要内容

目前我们在旅游综合体项目法律服务方面采用的是团队化、全程化和一体化的服务模式。通过合伙人负责制的团队化服务(必要时采取派驻项目现场律师,多数后台律师支持的模式),我们实现了从项目酝酿到项目立项、勘察设计、施工、

营销、运营等各个阶段的全程化法律服务,获得了很好的效益和客户的高度赞誉。法律服务主要包括以下内容:

### (一) 项目可行性研究阶段的法律服务——项目的基石

1、建议并协助企业聘请专业的策划评估团队,就拟开发的地块、拟建设的综合体项目,结合地块整体客观条件、当地及当时旅游综合体开发的市场行情、政策等,进行详细的可行性研究,确定该综合体开发是否存在良好前景,既能保证综合体开发完成后的旅游休闲升级功能,又能保障开发商的商业利益。

2、在专业团队进行整体策划评估、制作可行性研究报告的同时,律师团队应协助企业进行项目关键前提——综合体目标用地的考察,并根据考察结果,进行以下安排:

(1) 根据拟建综合体项目项下各子项目的用地需求,提出合理的用地建议,以保证项目用地的合法性,并最大限度地减少项目用地开发成本。例如,如综合体项目内包含森林游乐场项目,拟以项目用地原有植被为主要景观,仅需进行重点部位的再建设,则建议可以考虑该子项目用地主要采用农用地,在地方政府的协助下与农用地所有权人/承包人签订租赁流转类协议,取得农用地的使用权,直接予以利用,以大大降低项目用地成本。

(2) 综合体项目用地的成熟度,也就是俗称的“熟地”或“生地”,也直接决定了项目开发成本。项目拟开发地块的自来水管线、污水处理管道、供电电缆线、煤气(天然气)管道等公共基础设施是否已经具备,是项目地块考察的另一重点,如否,应建议作为与政府谈判的重要内容之一,最终谋求由政府——项目用地的主要供给者负责配套至综合体项目(最好是各子项目)接口,相关建设用地由政府行政划拨,相关对比地方现状新增的管道、管道铺设、建设费用由政府承担或由政府与公司按照合理比例共同承担;综合体项目内的市政公共道路、停车场等市政配套用地,由政府行政划拨,公司负责投资建设。

(3) 鉴于综合体开发周期较长,根据综合体开发的先后顺序,要求政府协调,按照各子项目开发的先后顺序,组织相关项目用地收储和流转工作,并及时依法予以提供。

3、协助签订综合体开发的相关协议

在项目可行性研究、土地考察等主要事项获得相对肯定的答案后,协助企业草拟相关协议,从综合体项目概况、项目用地及用地指标、项目配套、项目建设周期、项目立项审批、政策优惠等综合体项目开发密切相关的各个方面进行全面约定、谈判,尽可能多的获得政府支持、政府利益让渡等,以全方位保障项目开展的可行性和及时性。

## (二) 与政府签订项目投资协议(含土地相关约定)后的法律服务内容

### 1、土地相关法律服务

(1) 就建设用地、农用地流转的合法取得程序出具法律意见,审核修改相关法律文件,协助确定获得流程及最终办理权属证明及权属转移手续;

(2) 就公司以名下土地增资项目子公司相关事宜出具法律意见,特别协助处理相关税收问题;

(3) 就政府土地储备、拆迁补偿过程中的相关事宜出具法律意见,审核修改相关法律文件,参与与政府的沟通;

(4) 就土地置换相关问题出具法律意见,审核修改相关法律文件,协助处理土地置换的系列文书;

(5) 其他与建设用地、农用地流转有关的法律事务。

### 2、项目公司日常法律事务服务

(1) 合同草拟、审核、谈判:公司各部门(设计部门、工程部门、营销部门、运营部门等)的全类型合同的草拟和审核、谈判;

(2) 招标工作的全面参与:各类招标文件(含其他招标类文件例如预审公告、邀请文件)的草拟和审核;招投标答疑;开标、评标;中标通知;

(3) 公司日常运营中,与政府沟通函件的草拟及参与与政府的沟通;

(4) 对公司合同执行过程的流程提出合理化建议;

(5) 其他公司各部门要求配合的法律事务。

### 3、以备忘录形式向公司提出项目专题建议(例如)

(1) 房地产项目审批流程及重难点问题的系统研究、归拢及建议;

(2) 高尔夫法律问题研究及建议;

(3) 租赁农用地的合法法律程序研究;

(4) 公司招投标程序的规范化研究及建议;

(5) 项目融资或营销的模式建议及方案。

### 4、法律服务的档案管理

(1) 就法律服务的全部内容建立标准化档案,从文件的目录到文件内容全面规范,以便于综合体项目中公司法律服务的延续性和档案的完整性。

(2) 就工程建设中的重点问题建立专项档案,以便于重点事务处理的及时性和有效性。例如,就政府原因造成的停工建立专门档案,为将来与政府就施工期限、土地开发年限等问题进行沟通。

总之,旅游综合体项目的法律服务已经随着旅游综合体的不断快速发展,呈现出不同于传统房地产法律服务的诸多特征和新的模式,这是必然的发展趋势。当然,由于旅游综合体是新兴的地产开发模式,不仅需要企业在摸索和学习中成长,也需要项目律师不断地适应企业的需求,在法律服务的模式上开展更多的研究和创新。

# 外商投资中国房地产的几个基本法律问题



王霁虹



何帅领

近期,外商投资中国房地产不断增加,中国房地产市场成为外商在中国投资的热点之一。本文拟就外商在中国投资房地产的产业政策、商业存在原则、注册资本限制、投资回报限制等几个最基本的法律问题探讨和分析。本文中称“外商”,是指外国企业、机构和个人。

## 一、外商投资产业目录中有关房地产业的规定

中国国家发改委和商务部于2007年10月31日联合颁布了《外商投资产业指导目录(2007年修订)》。与《外商投资产业指导目录(2004年修订)》相比较,《2007产业目录》对外商投资房地产业的限制范围有所扩大。

《2007产业目录》规定的外商投资企业房地产业的限制类范围是:

- (1) 土地成片开发(限于合资、合作);
- (2) 高档宾馆、别墅、高档写字楼和国际会展中心的建设、经营;
- (3) 房地产二级市场交易及房地产中介或经纪公司。

此外,与房地产开发有关的产业(文体产业)中,《2007产业目录》将“高尔夫球场的建设、经营”规定为禁止类,“大型主题公园的建设、经营”仍为限制类。

## 二、外商投资房地产业的商业存在和项目公司原则

### (一) 商业存在原则

《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》(建住房[2006]171号)明确规定:“境外机构和个人在境内投资购买

非自用房地产,应当遵循商业存在的原则,按照外商投资房地产的有关规定,申请设立外商投资企业;经有关部门批准并办理有关登记后,方可按照核准的经营范围从事相关业务。”上述规定是关于“商业存在”原则的规定,即外商在中国投资房地产业,必须遵循商业存在原则,在中国境内设立外商投资房地产公司。

## (二) 项目公司原则

根据《关于进一步加强、规范外商直接投资房地产业审批和监管的通知》(商资函[2007]50号)规定,外商在中国投资房地产业,必须在中国境内设立房地产项目公司,已设立外商投资企业新增房地产业务以及已设立房地产项目公司新增房地产项目的,也应按有关规定办理增加经营范围或扩大经营规模的相关手续。

## 三、设立外商投资房地产企业的注册资本限制

《城市房地产开发经营管理条例》规定的设立房地产开发企业的最低注册资本为人民币100万元,同时规定省、自治区、直辖市人民政府可以根据本地方的实际情况,对设立房地产开发企业的注册资本作出高于上述注册资本的规定。各地根据本地区经济发展程度,对房地产企业注册资本由不同的限制要求。

外商投资房地产企业在遵守上述规定的同时,还须遵守有关特殊规定。《商务部办公厅关于贯彻落实〈关于规范房地产市场外资准入和管理的通知〉有关问题的通知》(商资字[2006]192号)第三条规定:“外商投资设立房地产企业,投资总额在1000万美元(含1000万美元)以上的,其注册资本应不低于投资总额的50%;投资总额在300万美元至1000万美元的,其注册资本应不低于投资总额的50%;投资总额在300万美元以下(含300万美元)的,其注册资本应不低于投资总额的70%。”实践中,房地产投资总额一般都比较,因此外商投资设立房地产企业的注册资本也通常要比国内房地产企业注册资本高得多。

## 四、外商投资房地产业的投资回报限制

《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》第一条第(八)款规定:“外商投资房地产企业的中外投资各方,不得

以任何形式在合同、章程、股权转让协议以及其他文件中,订立保证任何一方固定回报或变相固定回报的条款。”

根据上述规定,外商投资房地产企业中投资各方不得约定保证任何一方收取固定回报或者变相固定回报的条款。但根据《公司法》第三十五条的规定,投资各方可以约定不按出资比例分取红利。

## 五、外商限购令

继中国各地政府的住房限购令发布后,2010年11月4日,中国住房和城乡建设部和国家外汇管理局联合发布了《关于进一步规范境外机构和个人购房管理的通知》(建房[2010]186号),规定境外个人在境内只能购买一套用于自住的住房。在境内设立分支、代表机构的境外机构只能在注册城市购买办公所需的非住宅房屋。

上述规定对于外商通过直接购买房产的方式投资于中国房地产市场进行了限制性规定,是针对外商的限购令。

综上所述,外商在中国投资房地产业须符合中国的产业政策以及商业存在的原则,注意遵守有关外商投资房地产的相关特殊规定。因篇幅所限,本文对有些问题仅点到为止,不作深入细致分析。

# 房地产企业参与私募股权投资基金相关法律问题探讨



何帅领

近年来,私募股权投资基金(Private Equity Fund,简称PE)如雨后春笋般在中国大陆涌现。私募股权投资基金作为一种新型的投融资模式,在我国目前已得到广泛认可,并已逐渐渗透到各个行业和领域。房地产行业作为典型的资本密集型产业,在我国金融信贷紧缩、投融资渠道缺乏的大背景下,私募股权投资基金近期备受房地产企业的青睐。本文从房地产企业投资私募股权投资基金以及从私募股权投资基金获取融资两个不同的角度,对房地产企业参与私募股权投资基金的方式及应注意的法律问题进行简要分析,以求教于同仁。

## 一、房地产企业投资参与股权投资基金

本文所称房地产企业投资参与股权投资基金是指房地产企业利用自有资金投资设立股权投资企业或股权投资管理企业,或者作为有限合伙人/股东投资参与已设立并运行的股权投资基金。

实践中,房地产企业投资参与设立私募股权投资基金的案例很多,尤其是上市地产公司,大多都有投资参与PE方面的尝试。比如,卧龙地产作为有限合伙人投资1亿元参股浙江龙信股权投资中心(有限合伙),万通地产作为有限合伙人投资1860万元参股深圳万通核心成长股权投资基金合伙企业(有限合伙),远洋地产与KKR联合成立地产基金,万科、金地和华润置地相继设立房地产股权投资基金等。在目前国内房地产业发展形势不太乐观的情况下,房地产企业投资参与PE,通过股权投资多个行业,可以分散投资风险。当然,有的地产公司投资参与PE的目的并非真的是用于对外投资拟上市公司

的股权,而是抛砖引玉,引入资金用于自身项目的建设开发。

### (一) 投资设立股权投资企业或股权投资管理企业

#### 1、有关股权投资企业的立法情况

国家有关股权投资企业的规定目前主要就两个:2006年开始实施的《创业投资企业管理暂行办法》和2011年初发布的《国家发展改革委办公厅关于进一步规范试点地区股权投资企业发展和备案管理工作的通知》(下称“253号文”)。创业投资与股权投资并无多大区别,可以理解为创业投资是股权投资的一种,只不过只向处于创建或重建过程中的成长性的创业企业投资。因此,严格来说,目前尚无关于股权投资企业的国家级部门规章性质的规定,只有一个属于规范性文件的253号文。

在国家确定的股权投资企业先行先试试点地区(包括北京市、天津市、上海市、江苏省、浙江省、湖北省),地方政府均出台了有关股权投资企业及股权投资管理企业的地方性规章及规范性文件。目前股权投资基金在国内各地迅速发展,各地政府都在尝试这一新兴投融资模式,而且均承诺给予税务、租金补贴等方面的政策优惠。

#### 2、投资设立股权投资企业或股权投资管理企业的基本程序

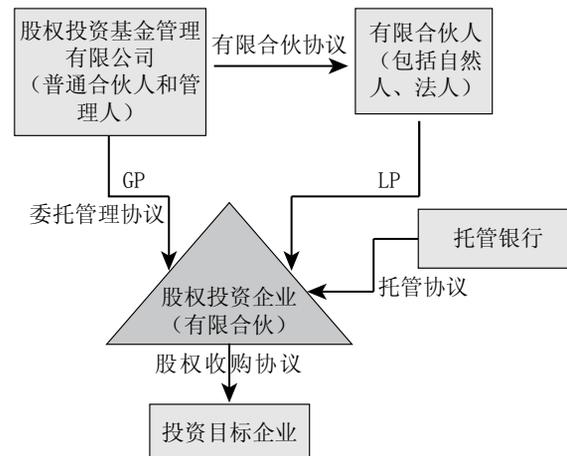
简单来说,房地产企业可按如下基本程序投资设立股权投资企业或股权投资管理企业:

- (1) 企业内部决策,确定投资目标和行业。
- (2) 招聘或选定管理团队,包括PE经理、财务负责人、风控和法律负责人等。
- (3) 确定基金架构,包括确定采取合伙制还是公司制,自行设立股权投资管理企业还是委托其他成熟的PE管理机构管理基金。
- (4) 选择注册地区,比较各地设立条件及优惠政策,选择适合基金发展的地区注册设立股权投资企业。
- (5) 投资人签订合伙协议/章程。
- (6) 认缴及实缴注册资本,按照当地要求办理,通常要求注册资本(认缴出资总额)不低于1亿元,首期出资不低于2000万元。
- (7) 工商登记,一般要求在当地指定的工商管理机构登

记,比如天津滨海新区、北京中关村科技园区、武汉东湖新技术产业开发区、苏州工业园区等。

(8) 发改委备案。基金规模5亿以上的需向国家发改委备案。

#### 3、股权投资基金典型架构



#### 4、对股权投资基金的基本要求

##### (1) 资本募集方式及对象

股权投资企业的资本只能以私募方式向具有风险识别和承受能力的特定对象募集,不得通过在媒体(包括企业网站)发布公告、在社区张贴布告、向社会散发传单、向不特定公众发送手机短信或通过举办研讨会、讲座及其他公开或变相公开方式(包括在商业银行、证券公司、信托投资公司等机构的柜台投放招募说明书等)直接或间接向不特定对象进行推介。

##### (2) 风险揭示及不得承诺保本及固定回报

股权投资企业的资本募集人须向投资者充分揭示投资风险及可能的投资损失,不得向投资者承诺确保收回投资本金或获得固定回报。

##### (3) 对投资者出资方式和缴付时间的要求

所有投资者只能以合法的自有货币资金认缴出资。资本缴付可以采取承诺制,即投资者在股权投资企业资本募集阶段签署认缴承诺书,在股权投资企业投资运作实施阶段,根据股权投资企业的公司章程或者合伙协议的约定分期缴付出资。

##### (4) 投资领域限制

股权投资企业的投资领域限于非公开交易的企业股权,

投资过程中的闲置资金只能存放银行或用于购买国债等固定收益类投资产品；投资方向应当符合国家产业政策、投资政策和宏观调控政策。

#### (5) 信息披露

股权投资企业除应当按照公司章程和合伙协议向投资者披露投资运作信息外，还应当于每个会计年度结束后4个月内，向国家发展改革委及所在地协助备案管理部门提交年度业务报告和经会计师事务所审计的年度财务报告。股权投资企业的受托管理机构和托管机构应当于每个会计年度结束后4个月内，向国家发展改革委及所在地协助备案管理部门提交年度资产管理报告和年度资产托管报告。

#### (6) 备案要求

凡在试点地区工商行政管理部门登记的主要从事非公开交易企业股权投资业务的股权投资企业，以及以股权投资企业为投资对象的股权投资企业，除下列情形外，均应当按照要求，申请到国家发展改革委备案并接受备案管理：已经按照《创业投资企业管理暂行办法》备案为创业投资企业；注册资本规模不足5亿元人民币或者等值外币；由单个机构或者单个自然人全额出资设立，或者虽然由两个及以上投资者出资设立，但这些投资者均系某一个机构的全资子机构。

股权投资企业采取委托管理方式，将资产委托其他股权投资企业或者股权投资管理企业管理的，其受托管理机构应当申请附带备案并接受相应的备案管理。股权投资企业通过组建内部管理团队，对其资产采取自我管理方式的，由股权投资企业负责申请办理备案手续。股权投资企业采取委托管理方式的，可由其受托管理机构负责申请办理备案手续。

#### 5、对国有房地产企业的特殊要求

对于国有房地产企业，投资设立股权投资企业时须注意相关限制性规定，并在设计基金架构时予以充分考虑。

##### (1) 国有房地产企业不得成为合伙企业的普通合伙人

《合伙企业法》第三条规定，国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。上述规定限制了国有企业成为普通合伙人，也即不能担任合伙企业执行事务合伙人，在采用合伙制的股权投资企业中，国有企业在法律上无法成为合伙企业的控制人，这在一定程度上限制了国有企业投资参与股权投资基金。而目前实践中，存在着很多国有企业投资参与股权投资基金情形。对上述

限制性规定的解决方案无外乎以下几种：

A. 设立公司制股权投资基金，承受双重征税负担。

B. 参股设立股权投资管理公司，与作为普通合伙人股权投资管理公司共同设立股权投资企业。实践中，有的国有企业为控制股权投资基金，通过协议/章程的特别约定控制股权投资管理公司，此种架构模式存在该参股管理公司也被认定为国有企业的风险。

C. 通过与国有企业职工签订特别协议，由该职工作为普通合伙人设立公司，国有企业（或设立全资/控股管理公司）作为管理人或有限合伙人，参与股权投资企业，并通过合伙协议特别条款将管理效益分成（一般为收益的20%）约定由管理人或有限合伙发起人享有。此种模式可能会因基金架构特殊在募集资金时遇到困难。

D. 通过协议控制某个非国有企业作为普通合伙人，其他操作方式与上述C相同。此种模式的风险主要来自协议控制在发生纠纷时的控制协议是否真正能够得到执行。

#### (2) 国有股转持问题

在股权投资基金募集完成后，若合伙人/股东中的国有企业持有的企业财产份额/股权占50%以上或实际控制基金，有可能会被国有资产管理部门认定为国有股权投资基金。在此情况下，若基金投资的目标企业上市后，基金持有的该目标企业股权，可能会被国有资产管理部门确认为国有股，而因此被要求按照《境内证券市场转持部分国有股充实全国社会保障基金实施办法》第六条的规定，目标企业按首次公开发行时实际发行股份数量的10%，将部分国有股转由社保基金会持有。针对这一问题，在前期可注意了解基金募集情况及新合伙人的企业性质，尽量避免被认定为国有股权基金可能带来的潜在不利影响，在后期注意采取相应的防范措施，比如通过非国有企业子基金投资、与其他非国有企业合资后间接投资于目标企业或在上市前出售部分股份等措施。

#### 6、股权投资有限合伙企业的优缺点分析

##### (1) 股权投资有限合伙企业的优点

A. 税收政策优势：不存在双重征税的问题。

B. 有限合伙人的有限责任：降低有限合伙人投资风险。

C. 普通合伙人的资本放大效应：普通合伙人可以用较少资本和信誉就筹集大量资金，资本运作成本低、效率高。

D. 灵活的分配、管理和责任承担制度：激励管理能力强

的普通(执行)合伙人/管理人专心经营,为合伙企业带来更大的利润;相同出资不同权,合伙人可约定管理、分红、责任的承担。

E. 出资设立方式灵活:有利于实现人、财、物的合理配置,可以分期数年内出资,设立程序简便,无需进行验资等手续。

#### (2) 股权投资有限合伙企业的缺点

A. 普通合伙人的无限责任:普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。

B. 国家相关配套法规缺失,存在政策法规不确定性风险。

C. 合伙企业具有“人合”的特性,一旦发生纠纷,对合伙企业影响较大。

D. 合伙企业一般经营期限较短,具有临时性特点,发展壮大较难。

E. 合伙人对外转让所持有的合伙企业财产份额难度较大。

#### 7、房地产企业投资设立股权投资企业应注意的问题

房地产企业投资设立股权投资基金企业应注意以下问题:

(1) 与地产主业分开,通过设立具有独立法人地位的全资或控股子公司隔离PE投资可能给地产主业带来的风险。

(2) 房地产企业一般本身不具备经营管理PE投资的管理团队,需要引入具有丰富股权投资管理经验的PE经理及相关人员,重新组建自己的PE管理团队。

(3) 有的房地产企业本身就拥有一个或多个负责直接进行股权投资及其他投资的投资公司,要注意直投公司与股权投资企业业务及人员分开,以便产生利益冲突,导致资金募集困难。

(4) 对于潜在投资项目需通过严格的投资流程和程序进行遴选、甄别,由于拟参与的投资项目多为朋友、熟人层层介绍,无论朋友关系远近,投资前均需按照严格投资流程进行财务、法律尽职调查、投资可行性及风险分析。

### (二) 作为有限合伙人/股东投资参与已设立股权投资基金

#### 1、作为有限合伙人/股东投资参与已设立股权投资基金

的基本程序

房地产企业作为有限合伙人/股东投资参与已设立股权投资基金的基本程序如下:

(1) 企业内部决策,决定参与PE投资。

(2) 选择优秀基金及基金管理人。

(3) 仔细阅读基金募集说明书等文件,了解基金架构及基本情况。

(4) 投资分析调查,包括自行或委托投资咨询机构出具投资可行性分析报告,委托会计事务所、律师事务所出具财务、法律尽职调查报告。

(5) 合同谈判并签订投资合同/合伙协议/章程。

(6) 按照约定投入首期出资。

(7) 合伙人/股东变更工商登记。

#### 2、房地产企业投资已设立基金需审查/调查的要点

(1) 针对拟投资的目标基金(合伙企业或基金公司)应注意审查/调查一下几个方面:

A. 基金架构法律关系是否清晰。

B. 基金发起人对基金的风险提示是否充分。

C. 有关基金的信息披露是否真实完整。

D. 基金是否具有确定的投资目标、投资方案、投资策略、投资标准、投资流程、后续管理、收益分配和基金清算安排。

E. 是否已经实行投资基金托管机制。

F. 是否具有可行的退出机制。

G. 风险控制措施是否健全、得当。

(2) 针对拟投资的目标基金的管理机构应注意审查/调查一下几个方面:

A. 是否具有完善的公司治理、管理制度、决策流程和内控机制。

B. 管理团队是否稳定,是否具有股权投资和相关经验的专业人员。

C. 管理机构是否具有丰富的股权投资经验和业绩,商业信誉是否良好。

D. 管理机构是否具有健全的项目储备制度和风险隔离机制。

E. 是否具有科学的激励约束机制和跟进投资机制。

F. 管理机构及其管理团队主要人员是否存在严重违法违

规行为。

(3) 针对拟投资的目标基金已进行股权投资的目标企业应注意审查/调查一下几个方面:

A. 投资的目标企业是否是依法设立、有效存续的独立法人。

B. 目标企业项目是否符合国家产业政策。

C. 目标企业是否为产业处于成长期、成熟期或者是战略新型产业, 或者具有明确的上市意向及较高的并购价值。

D. 目标企业是否具有市场、技术、资源、竞争优势和价值提升空间。

E. 目标企业是否能够产生良好的现金回报。

F. 目标企业的资产产权是否完整清晰, 股权或者所有权是否存在法律瑕疵。

G. 是否属于高污染、高耗能、未达到国家节能和环保标准、技术附加值较低等的企业。

## 二、房地产企业通过股权投资基金融资

房地产业对金融市场具有与生俱来的依赖性。我国房地产融资市场的发展较慢, 对房地产业的持续健康发展带来了不利影响。近年来, 国家先后出台一系列宏观调控政策, 日趋严格的土地和金融信贷政策使房地产业遭遇了前所未有的资金困境。为解决融资困难, 房地产企业开始探求多元化的融资渠道。在目前银行贷款、房地产信托、上市等融资模式均受限情况下, 房地产私募股权基金融资模式开始蓬勃发展。房地产企业通过出让股权或增资扩股引入基金, 或自身设立房地产基金以进行融资, 已经成为一种趋势。

房地产企业可以通过债权融资方式引入私募基金, 即房地产企业通过向私募基金借款(委托贷款等方式)进行融资, 该种方式下私募基金通常要求房地产企业以土地使用权、房屋所有权或在建工程作抵押, 并要求控股股东提供连带责任担保或股权质押担保。本文中只探讨房地产企业通过股权投资。

据清科研究中心统计, 2010年共新募集房地产投资基金28支, 其中披露募集金额26支房地产投资基金募集总金额达到29.65亿美元。截至2011年第三季度, 当年共有22只私募房地产基金募集到位32.25亿美元, 其中, 由本土机构募集基金数量及金额占比分别超过80.0%和70.0%。

## (一) 房地产企业通过股权投资基金融资的基本流程

房地产企业通过股权投资基金进行融资, 即引入股权投资基金的基本流程可归纳如下:

- 1、前期准备, 融资必要性和可行性分析。
- 2、企业内部决策, 决定引入股权投资基金。
- 3、制作商业计划书, 准备相关资料。
- 4、寻找房地产股权投资基金, 初步接洽、比较。
- 5、融资条件谈判并初步确定。
- 6、接受尽职调查、审计评估。
- 7、签订股权转让或增资扩股合同, 收取融资款。
- 8、股东变更工商登记。

实践中, 房地产企业还通常采取自己先行发起设立一支房地产股权投资基金, 募集成功后专项用于某个特定项目的开发建设。

## (二) 房地产企业引入股权投资基金的利弊分析

房地产企业引入股权投资基金, 至少存在如下有利因素:

1、解决了房地产企业资金短缺的难题, 增加了新的融资渠道。房地产企业通过获得私募股权房地产投资基金的投资, 可以大大拓宽融资渠道, 减少对银行贷款的依赖, 从而降低风险。

2、私募基金的进入可促进房地产企业完善自身的公司治理结构, 提高经营管理水平。私募股权投资基金通常会要求房地产企业进一步完善管理制度, 基金通常会委派专业人士在其投资的房地产企业中担任董事或财务经理等职责, 有利于提高资本的运用效率和完善企业的治理结构。

3、提高房地产企业的竞争力。通常情况下, 只有运作规范、市场前景好、管理有素的房地产项目才能得到私募股权投资基金的支持, 而得到资金和管理支持的房地产企业无疑增加了自身在业内的竞争力。

房地产企业引入股权投资基金的不利因素包括:

1、股权投资基金融资成本通常较高, 压缩了控股股东的利润空间。

2、股权投资基金通常会通过协议对房地产企业及其控股股东进行限制, 在一定程度上限制了房地产企业经营及其

控股股东股权转让的灵活性。

3、有的股权投资基金投资条件包括提供抵押、质押等担保，在一定程度上限制了担保物资产（土地使用权、股权等）的流动性。

### （三）房地产企业通过股权投资基金融资应注意的问题

私募股权投资基金并非天使，房地产企业引入股权投资基金时需根据企业自身需要，权衡个方面利弊。房地产企业通过股权投资基金进行融资应注意以下问题：

1、房地产企业在引入股权投资基金前需充分考虑企业融资的必要性

房地产企业引入基金的原因主要包括：企业建设资金短缺；企业原有股东套现；企业上市；改善企业治理结构等。房地产企业引入基金首先应考虑自身是否有上述需求。即使有上述需要，房地产企业的控股股东还需要考虑：是否愿意出让部分股权以换取私募股权的投资；是否能够接受一个陌生的外部人进入企业并影响企业决策；是否采用债权（借贷）方式融资，以便保留股权的资本增值收益。

2、房地产企业不宜在早期发展阶段引入股权投资基金

处于早期发展阶段的房地产企业的股权价值通常被低估，基金融资倍数常常很低，导致创始股东的股权过早地被稀释，在中后期再进行融资时通常影响创始股东对企业的控制权。

3、充分重视和配合基金对企业进行的尽职调查和评估

股权投资基金对房地产企业进行的尽职调查和评估是基金决定是否投资的基础和依据，房地产企业必须认真对待，充分配合和真实披露。同时，基金对企业进行的尽职调查和评估在一定程度上也促使房地产企业规范运作和完善自身公司治理结构。

4、注意签订完备的股权转让/增资扩股合同

股权转让/增资扩股合同是房地产企业原股东与基金签订的约定双方权利义务关系的基本法律文件，是双方合作的基础及游戏规则。与股权投资基金所签订的股权转让/增资扩股合同通常要比一般的股权转让/增资扩股合同要复杂的多，最好能够聘请由专业律师来协助完成。

5、注意约定合理的退出机制

通常情况下，私募股权投资基金在进入时就已考虑好了退出计划。房地产企业应考虑自身需要就基金退出安排与基金进行充分协商，比如可要求投资期限不低于三年，退出时企业控股股东的优先购买权，不能达到实现投资目标（比如上市）时的回购安排等。

# 巧妙设计交易结构 降低房地产信托业务兑付风险



栾永明

在债权类房地产集合资金信托业务中,比较常见情形是,作为融资方的房地产企业以其名下的物业或者以其关联方的物业办理抵押,从而向信托公司进行贷款。这类业务通常会面对的一个问题是,一旦房地产项目不能按照信托公司预计的时间进行预售或者预售效果达不到预期目的,融资方将难以向信托公司偿还贷款本息,而信托公司也将因此而面临在信托期限到期时无法向投资者兑付信托财产的风险。目前虽然信托公司主要采取了办理债权文书强制执行公证的方式来防范风险,笔者认为,此风险防范措施往往受到多方面的制约,在实际操作中,有时效果并不理想,由此导致很多信托公司甚至放弃了这一风险防范措施。为了解决信托公司面临的兑付风险,笔者在从事房地产信托业务中设计了引入第三方作为买受人购买抵押物业的方案,本文主要探讨该方案的具体操作方式以及该方案在法律风险方面的可控性。

## 一、常规的风险防范措施所面临的法律困境以及原因分析

如本文在引言中所述,为了防范兑付风险,信托公司通常采用的解决办法是,就抵押物的处置办理债权文书强制执行公证,在信托期限到期日或之前的某一段时间,将抵押物业予以出售变现,以化解兑付风险,而该办法往往面临的一个比较棘手的问题是,在抵押人或案外人就强制执行公证提出异议的情况下,法院有可能对此进行司法审查,目前各地法院对于强制执行公证的可诉性存在执行标准的不统一,但是,一旦法院就此进行司法审查,则对信托公司而言,即使将来法院可以

进行执行,如果司法审查时间、对于抵押物业的处置并取得处置价款的时间在信托期限到期日之后,信托公司的兑付风险也将会产生。

笔者认为,上述兑付风险存在的根本原因在于两个,一是司法审查的时间并非为信托公司所控制,二是物业的产权属于抵押人所有,在还款来源无法按照预定计划实现的情况下,信托公司无法按照自己预定的计划来处置抵押物业并取得处置价款以化解兑付风险。对于第一个原因,信托公司难以按照自己的意愿进行控制,那么,信托公司如何在抵押物的处置中从被动化为主动就是从事此类信托业务时所必需考虑的问题了。而要从被动化为主动首先面临的问题就是,在还款来源无法按预定计划实现的情况下,如何将抵押人对物业的所有权转移为信托公司所有,这里首先面对的是法律上的障碍,——

我国《担保法》第四十条规定,“订立抵押合同时,抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时,抵押物的所有权转移为债权人所有。”由此可见,我国法律禁止约定,在债务履行期届满而抵押权人未受清偿时,抵押权人取得抵押物的所有权,至于债务履行期届满前是否可以约定抵押权人取得抵押物的所有权的问题,法律虽然没有规定,但从对立法本意的理解上,我们认为,这应当也是予以禁止的,因为这无非是基于预期违约的判断而预定转移抵押物的所有权,与担保法上述规定的情形并无根本性的差别。

如果信托公司需要取得抵押物的所有权,我们认为,为了避免上述法律风险,必须要避开上述担保法对于抵押合同法律关系的强制性规定,既避开担保法所针对的债权人这一特定主体,同时避开担保法所针对的抵押合同这一特定法律关系。

## 二、笔者提出的解决方案以及法律风险的可控性分析

为了避免上述法律风险,笔者提出的解决方案是,引入第三方作为抵押物的受让人以解决信托公司不适宜作为受让人的问题,同时设立真实的物业买卖合同的法律关系以解决不得基于抵押合同转移所有权的问题。

### (一) 解决方案的具体操作方式:

#### 1、买受人与抵押人签订物业买卖合同。

在信托公司与融资方签订借款合同与抵押合同等合同的同时,由买受人与抵押人签订物业买卖合同,买卖合同中约定在信托期限截止前三个月账户资金不足最低到账金额情况下,则双方办理过户登记手续,而款项的支付可根据情况进行约定。

#### 2、取得办理未来办理预告登记与物业转移登记必需的全部文件。

在买卖合同签订过程中,买受人需要向抵押人取得未来办理预告登记与房地产过户的所有文件,其中包括作为抵押人的出售方办理预告登记与过户登记的所有授权文件。

#### 3、签订三方协议。

由信托公司、抵押人、买受人签订三方协议,该三方协议主要约定:第一,信托公司作为抵押权人同意抵押人与买受人就此物业买卖所达成的协议;第二,就物业买卖所涉及价款的支付方式,通过该约定来保证信托公司可以收取到交易价款。

#### 4、办理买卖合同的预告登记。

在物业买卖合同签订后,申请办理预告登记,并递交相关文件,由买受人取得预告登记的权利证书。

#### 5、办理抵押权注销并办理物业过户登记手续。

在信托期限截止前三个月账户资金不足最低到账金额情况下,则抵押权人办理抵押权的注销手续,同时,由买受人递交办理物业过户登记所需要的全部文件。

#### 6、买受人取得物业所有权后,将物业进行转让。

在买受人取得物业所有权之后,由买受人进行该物业的转让,在取得物业转让款项后,根据三方协议的约定,将款项支付给信托公司。

#### 7、信托公司取得款项后进行兑付。

信托公司在取得买受人支付的款项后,按照信托合同的约定,向投资者分配信托利益。

### (二) 该方案在法律风险可控性方面的分析:

#### 1、所有权转移的主体风险,通过第三方购买的方式予以化解。

如前所述,《担保法》禁止约定,在债务履行期届满而抵押权人未受清偿时,抵押权人取得抵押物的所有权,而通过引入第三方作为买受人购买物业,可以把信托公司受让物业所

有权所存在的法律主体上的风险予以化解。

2、买卖合同无效的风险，通过三方协议中抵押权人明确表示同意予以化解。

《担保法》第四十九条规定，“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。”

由此可见，抵押人转让抵押物应经过抵押权人的同意，否则，该转让行为存在被认定为无效的法律风险，而通过上述的三方协议，由作为抵押权人的信托公司对于抵押物业的转让表示同意，从而可以化解转让无效的法律风险。

3、物业过户之前的风险，通过抵押权的存续予以化解。

在物业过户之前，由于设置了抵押权，信托公司对于抵押物业的转让价款具有优先受偿的权利，其他的操作并不会影响到信托公司的抵押权，所以，物业过户之前的风险是可控的。

4、抵押权注销后至物业过户到买受人名下期间的风险，通过预告登记予以化解。

如前所述，在物业买卖合同签订后，申请办理预告登记并取得预告登记的权利证书。而在信托期限截止前三个月账户资金不足最低到账金额情况下，则抵押权人办理抵押权的注销手续。我们认为，由于已经办理了预告登记，即使已经办理了抵押权的注销，也无须担心该物业产权登记过户之前所存在的法律风险。

《物权法》第二十条第一款规定，“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。”

由此我们认为，办理了预告登记后，即使信托公司注销了抵押权，根据法律规定，抵押人也无法处置该物业，在未经买受人书面同意的情况下，抵押人处分该物业的，房屋登记机构应当不予办理，由于其他人均不得处分该房屋申请登记，而法律也不允许其发生物权效力，买受人的权利由此得到保护，相应的法律风险也可以得到控制。

5、预告登记时效性的法律风险，通过抵押权的存续以及买受人主导过户登记的办理予以化解。

《物权法》第二十条第二款规定，“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。”

由此可见，如果自能够办理物业产权转移登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记将面临失效的法律风险。而物业由于抵押权的存在导致其产权登记无法实现，而只有在抵押权注销后才可以进行物业产权的转移，由此来看，抵押权的存续导致了预告登记办理后而未办理物业产权的合法性，而在抵押权注销后才具备了办理物业产权转移登记的条件，而法律所赋予的申请物业产权登记为三个月的时间，对于买受人来讲，应该是非常充裕的。另外，如前所述，由于买受人提前取得申请办理过户手续的所有必备手续，并由买受人控制申请办理过户登记手续的进度。由此两个操作环节，该阶段的法律风险基本可以得以控制。

### 三、解决方案所面临的主要风险为司法查封的风险

在物业买卖合同签订后，如果由于抵押人的其他债务纠纷导致该抵物业被司法查封，则抵押物业的过户手续的办理将受到影响，具体法律规定如下：

《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条规定，——

“下列房地产，不得转让：

……

(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”

建设部《房屋登记办法》第二十二条规定，——

“有下列情形之一的，房屋登记机构应当不予登记：

……

(六) 房屋被依法查封期间，权利人申请登记的”

由上述法律规定可知，如果物业被司法查封，则查封期间，即使买受人取得全部必备的申请办理产权过户登记的文件并申请办理过户登记，房屋登记机构也将不予办理过户登记，在这种情况下，由于过户登记无法办理，很显然，买受人将难以取得物业，而信托公司也将可能因此而导致到期无法兑付的流动性风险。

而为了规避该物业被司法查封的风险，信托公司对融资方债务方面尽职调查的深入程度就显得尤为重要了。

## 房地产公司分立所涉税务问题简析



冯丽萍

公司分立是指一个公司依照有关法律、法规的规定分成两个或两个以上公司的法律行为。

公司分立以原有公司是否存续为标准,可分为新设分立和派生分立两种。新设分立,又称解散分立,指原公司解散,公司全部财产分割并归入两个或两个以上新设的公司中的行为。在新设分立中,原公司的财产按照各个新成立公司的性质、宗旨、业务范围进行重新分配组合,同时原公司解散,债权、债务由新设立的公司继承。派生分立,又称存续分立,指原公司继续存续,但将其部分财产分出,另外成立一个以上新公司的行为,分立后将有两个以上公司存在,原公司的债权债务由原公司与新公司按约定承担,但原公司和新设公司对原公司的债务承担连带责任。

根据公司法的规定,公司分立,其财产须作相应的分割并应编制资产负债表及财产清单,公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任,也就是说公司分立不论采取何种方式,均不需经清算程序。分立前公司的债权和债务,按法律规定和分立协议约定,由分立后的公司继承,原公司从本质上并没有消失,只是换了一种法律形式持续着公司的经营活动。概而言之,公司分立具有以下两点显著特征:

- 1、公司分立是在原有公司基础上的“一分为二”或“一分为多”,它与公司合并恰好是反向操作,既不是投资设立子公司的行为,也不是为设置分支机构设立分公司的行为。分立后的各公司的股东及持股比例均与原公司相同。原公司与分立后的公司之间、分立后各公司相互之间,是彼此完全独立的法人主体。

2、公司分立是公司法定变更的一种特殊形式。公司的分立不是公司的完全解散,无论是新设分立还是派生分立,均无须经过清算程序而实现在原公司基础上成立两个或两个以上公司。

鉴于公司分立具有以上特征,房地产公司实现其经营战略时往往会采用公司分立的形式对公司进行改组,其中最常见的方式是,房地产开发企业名下有多块待开发地块时,如拟就开发某个地块成立独立的项目开发公司,往往会采取公司分立方式,新设一个公司并将该地块作为分立财产划入新设公司名下进行单独开发,同时原公司继续存续经营其原有业务。现就此类公司分立模式下因土地使用权转移可能涉及的税务问题简析如下:

### 一、土地增值税

依据法理,公司分立不涉及转让房地产,不应征收土地增值税。《土地增值税暂行条例》第二条及《土地增值税暂行条例实施细则》第二条规定,土地增值税的征税范围是转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物并取得收入,而转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物并取得收入,是指以出售或者其他方式有偿转让房地产的行为。

国家税务总局没有明确文件规定企业分立的土地增值税问题,但对企业合并涉及的土地增值税问题有明确规定:《财政部国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》(财税[1995]48号)中规定,一家公司吸收兼并另一家公司,另一家公司的房地产转移到合并方,免征土地增值税。另外,个别地方税局对企业分立的土地增值税问题也有明确规定,如青岛市地税局《关于印发〈房地产开发项目土地增值税清算有关业务问题问答〉的通知》(青地税函[2009]47号)规定,房地产开发企业依照法律规定、合同约定分设为两个或两个以上的企业,对派生方、新设方承受原企业房地产的,不征收土地增值税。

此外,目前国内某些大型企业的分立涉及土地增值税问题的,财政部国家税务总局有明文规定不征收土地增值税。如《财政部国家税务总局关于中国建银投资有限责任公司有关税收政策问题的通知》(财税[2005]160号)规定,原中国

建设银行实施重组分立改革设立中国建设银行股份有限公司(以下简称建行股份)及中国建银投资有限责任公司(以下简称建银投资),重组分立过程中,原中国建设银行无偿划转给建银投资的货物、不动产,不征收增值税、营业税和土地增值税。另外,中国人民保险公司分立为财保公司、人保公司,以及邮电局分立为邮政公司、电信公司等分立改组均未征收土地增值税,其原因是公司分立涉及的不动产转移,不是有偿转让房地产的行为,不属于土地增值税的征收范围。

综上,笔者认为上述房地产公司分立涉及的土地使用权转移无需缴纳土地增值税。

### 二、契税

根据《中华人民共和国契税暂行条例》的规定,在中华人民共和国境内转移土地、房屋权属,承受的单位和个人为契税的纳税人,应当依照本条例的规定缴纳契税。转移土地、房屋权属是指下列行为:

- (一) 国有土地使用权出让;
- (二) 土地使用权转让,包括出售、赠与和交换;
- (三) 房屋买卖;
- (四) 房屋赠与;
- (五) 房屋交换。

《财政部国家税务总局关于企业改制重组若干契税政策的通知》(财税[2008]175号)规定,企业依照法律规定、合同约定分设为两个或两个以上投资主体相同的企业,对派生方、新设方承受原企业土地、房屋权属,不征收契税。该规定的执行期限为2009年1月1日至2011年12月31日。

### 三、营业税

目前,国家税务总局对于企业分立过程中发生的土地使用权、不动产所有权的转移行为是否征收营业税并无明确规定,但江苏省地方税务局颁布的《江苏省地税局关于企业改组改制中有关营业税若干征税问题的通知》(苏地税发[2000]044号)明确规定,分立是指一个企业依照有关法律法规的规定,分立为两个或两个以上企业的法律行为。分立可以采取存续分立和新设分立两种形式。存续分立是指原企业

存续,而其一部分分出设立为一个或数个新的企业;新设分立是指原企业解散,分立出各方分别设立为新的企业。对企业在分立过程中发生的土地使用权、不动产所有权的转移行为,不征收营业税。

依据中华人民共和国营业税暂行条例的相关规定,在中华人民共和国境内提供本条例规定的劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人,为营业税的纳税人,应当缴纳营业税。但是企业分立并没有提供应税劳务,其本质也不是转让无形资产和销售不动产,从这个意义上来讲,公司分立涉及的土地使用权、不动产的产权转移并不属于营业税的应税行为,应无需缴纳营业税。

## 现行商品房保修制度之法律分析



邓文君



吴泽普

### 一、引言

国家及地方政府对于房地产市场的调控措施不仅限于从宏观调控领域,还在法律制度的框架内进行规范调整,并日趋完善。

2011年7月6日,天津市第十五届人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过《天津市建设工程质量管理条例》,该《条例》已于今年9月1日起实施。该条例对商品房的保修期限、负责单位等进一步做了规范。并规定商品房屋的保修期,自商品房屋交付使用之日起计算。

2011年11月1日,山东省临沂市房产和住房保障局新出台了《临沂市物业质量保修金管理实施办法(试行)》,该办法规定,房地产开发企业新建用于销售的物业,均应按规规定交纳物业质量保修金。开发企业在办理商品房预售合同备案前,应当一次性足额向物业管理部门指定的账户按幢交存保修金。在商品房屋交付使用时,开发企业应当向业主出示保修金交存证明。未交纳保修金的项目,开发企业不得将商品房屋交付业主,业主有权拒绝接收,相关部门不得办理商品房屋综合验收备案和房屋确权登记等手续。商品房屋的保修期,自商品房屋交付使用之日起计算。

以上近期颁布实施的规范性法律文件可以充分的说明我国旨在逐步建立一套完整、可操作性强的商品房保修法律制度体系。

### 二、我国现行商品房保修法律制度以及由此产生的问题与建议

### 1、商品房保修的定义

根据2000年6月30日建设部颁布实施的《房屋建筑工程质量保修办法》(以下简称“该办法”)第三条:“本办法所称房屋建筑工程质量保修,是指对房屋建筑工程竣工验收后在保修期限内出现的质量缺陷,予以修复。本办法所称质量缺陷,是指房屋建筑工程的质量不符合工程建设强制性标准以及合同的约定。”

由此可见,保修期是指建设工程承包单位对所承包工程承担保修责任的期限。

在此笔者需要提醒大家注意的是,建筑工程的缺陷责任期与保修期两个概念的区别。

建设部、财政部《关于印发〈建设工程质量保证金管理暂行办法〉》的通知【建质2005(7)号】第二条规定:“本办法所称建设工程质量保证金(保修金)是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定,从应付的工程款中预留,用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。缺陷是指建设工程质量不符合工程建设强制性标准、设计文件,以及承包合同的约定。缺陷责任期一般为六个月、十二个月或二十四个月,具体可由发、承包双方在合同中约定。”

第五条规定:“缺陷责任期从工程通过竣(交)工验收之日起计。”

以上法律规定的“缺陷责任期”不同于商品房保修期。缺陷责任期究其本质,是扣留质保金的期限,具体期限由承发包双方约定;而商品房保修期是承包人对工程承担保修责任的一个期限,因此质量缺陷责任期是包含在质保期内的,其二者的区别还是比较明显的。建设单位在承发包合同中应避免只约定质保期未约定缺陷责任期的情形。

### 2、保修主体

该办法在第四条、第九条以及第十四条明确了承担保修义务的主体为商品房的施工单位,并且规定了具体承担保修义务的方式:

第四条:“房屋建筑工程在保修范围和保修期限内出现质量缺陷,施工单位应当履行保修义务。”

第九条:“房屋建筑工程在保修期限内出现质量缺陷,建设单位或者房屋建筑所有人应当向施工单位发出保修通知。施工单位接到保修通知后,应当到现场核查情况,在保修书

约定的时间内予以保修。发生涉及结构安全或者严重影响使用功能的紧急抢修事故,施工单位接到保修通知后,应当立即到达现场抢修。”

第十四条:“在保修期限内,因房屋建筑工程质量缺陷造成房屋所有人、使用人或者第三人人身、财产损害的,房屋所有人、使用人或者第三方可以向建设单位提出赔偿要求。建设单位向造成房屋建筑工程质量缺陷的责任方追偿。”

结合实践中的各种情况,以上三条法律条文对于商品房保修主体的规定是不够具有可操作性的。笔者认为,商品房保修主体不单只是施工单位。基于建设工程涉及到勘察、设计、施工和工程监理四个环节,并且在工程竣工验收合格之后,房地产开发企业开始对商品房进行销售,更多的时候是开发企业在建设施工环节即开始商品房的预售行为。因此,应从工程进行的各个环节上严格履行质量义务和承担质量责任。而这些质量义务与责任的承担是从勘察、设计、施工和监理合同、房屋建筑工程质量保证金以及商品房预售(买卖合同)等一系列合同以及法律规定中所体现的。

也就是说,施工单位应当对所建的建设工程施工质量负责,并承担保修期内的工程质量保修责任。根据工程规模和技术要求及施工合同约定配备相应的项目负责人和专业技术人员、管理人员,不得转包和违法分包所承包的工程,施工过程中不得偷工减料或者擅自修改工程设计,不得使用未经检测或者检测不合格的建筑材料、建筑构配件、设备和商品混凝土等;设计单位应当依照现行有效的法律、法规、规章、工程建设标准、勘察文件及合同约定进行设计,出具设计文件,对其设计质量负责。工程监理单位应当对施工质量实施监理,并对施工质量承担监理责任。工程监理单位不得与建设单位或者施工单位恶意串通、弄虚作假降低工程质量;商品房销售过程中,房地产开发企业应当根据《商品住宅实行住宅质量保证书和住宅使用说明书制度的规定》(以下简称“规定”)向购房人提供《住宅质量保证书》与《住宅使用说明书》,房地产开发企业应当对所售商品房承担质量保修责任,在买卖合同中就保修范围、期限以及责任等内容做出约定。

### 3、保修范围及期限

该办法第七条规定:“在正常使用条件下,房屋建筑工程的最低保修期限为:(一)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;(二)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；

(三) 供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；(四) 电气管线、给排水管道、设备安装为2年；(五) 装修工程为2年。其他项目的保修期限由建设单位和施工单位约定”。房屋建筑工程保修期从工程竣工验收合格之日起计算。

《规定》第五条：“《住宅质量保证书》应当包括以下内容：1、工程质量监督部门核验的质量等级；2、地基基础和主体结构在合理使用寿命年限内承担保修；3、正常使用情况下各部位、部件保修内容与保修期；屋面防水3年；墙面、厨房和卫生间地面、地下室、管道渗漏1年；墙面、顶棚抹灰层脱落1年；地面空鼓开裂、大面积起砂1年；门窗翘裂、五金件损坏1年；管道堵塞2个月；供热、供冷系统和设备1个采暖期或供冷期；卫生洁具1年；灯具、电器开关6个月；其他部位、部件的保修期限，由房地产开发企业与用户自行约定。”保修期从商品房交付之日起计算。

此外，因不可抗力或者使用不当造成的损坏，施工单位或开发企业不承担保修责任。

商品房的保修期限可由双方在合同中自行约定，但不应违背《建设工程质量管理条例》对最短期限的强制性规定，未明确最短期限的项目可由双方自由约定。承包合同完全可以约定长于上述最短期限的保修期限，建设单位可在综合考虑成本等允许的情况下与施工单位争取约定较长的保修期限。

从另一个角度来说，开发企业对于商品房的保修期限不得低于建设工程承包单位向其出具的质量保修书约定的保修期的存续期，存续期少于《规定》中确定的最低保修期限的，保修期不得低于《规定》中确定的最低保修期限。

由于目前商品房买卖多采用预售形式，以上保修期限的规定从交付使用时才产生真正的意义，因此，交付使用这个节点变得尤为重要。很多关于商品房交接的纠纷也是由此产生，因而影响了后续的保修期。商品房交接纠纷的表现形式可简单划分为逾期交付、房产质量有争议(包括但不限于卖方不能提供验收证明和虽然能够提供验收证明但买方仍有异议)、买方不及时验收入住等。

对于以上所述在实际交付中可能产生的法律问题，商品房保修制度体系中应当给予适度的关注，对交付标准、手续以及交付不能等进行规定。

另外，开发商在这个过程中可能会宣告破产清算，所以存在房地产开发商的存续期限短于开发商对商品房的保修期限的可能。因此，在其清算后，应由其股东承担对购房者的违约责任，股东仅在其清算所得范围内承担有限责任。

### 三、实践中关于保修期的责任通过协议的方式转嫁的行为

在有些实际操作中，开发商会通过三方协议的方式，在经过施工单位和业主的许可后，将保修责任转嫁给施工单位。在不违反法律强制规定的情况下，民事主体的协议受到法律保护。一旦业主由于房屋质量问题提起民事诉讼，法院可以在审判过程中追加施工单位为第三人，按照协议的约定直接由施工单位承担法律责任。

尽管这种方式在实践中有一定的实现难度。——首先，该协议必须能获得施工单位和业主的一致同意；其次，业主因涉及建筑物倒塌的房屋质量问题依据《中华人民共和国侵权责任法》第八十六条之规定(“建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。因其他责任人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由其他责任人承担侵权责任。”)提起诉讼，开发商以及施工单位仍然需要承担相应连带责任。

但是，笔者认为这种合法转嫁责任的行为在实践中还是有一定意义的。三方协议如能签署，且未发生建筑物倒塌这一少见的严重事故，对于其他商品房的质量问题，保修期的责任主体将更加明确。

### 四、结语

基于以上法律分析，笔者期待更加具有实践性意义的相关法律规范细则及社会制度的出台和建立，使得商品房保修期法律制度体系更加完善，责任划分更加明确。

建筑工程保修保险制度在发达国家早已建立了完善的体系，例如法国、意大利以及西班牙，其通过立法推行了该制度体系的运行。该制度旨在通过建筑物市场保险理赔的方式，降低建筑物质量问题发生损害的影响程度。例如，建筑工程在竣工验收后的保险期内出现质量问题，则由承保的保险公

司负责维修,维修费用由保险公司根据承保范围承担。保险公司在维修后,若该质量问题是该工程设计单位或是施工单位造成的,保险公司可以行使代位求偿权向设计单位或施工单位请求赔偿权利。

这样一来,保护了购房者的合法权益,使得开发企业对于建筑物的质量风险有效的规避,并进一步推动解决了建筑领域拖欠工程款及农民工工资的矛盾。

然而,我国在此项制度的建立上,步伐仍是缓慢的,尽管有零星的法律法规出台,但尚未建立起一个有效的制度体系,笔者在此建议,通过对发达国家此项制度的研究,结合我国特殊的国情,尽快建立一个完善的建筑工程保修保险制度。

## 商业物业经营管理纠纷和法律预防措施



陈冰梅



李毓麟

商业、写字楼性质物业是在建设规划中必须用于商业或办公经营性质的房地产，它是城市整体规划建筑的重要组成部分，其直接的功用就是为消费者提供购物、办公的场所。从建筑结构上来分，商场物业有敞开式的市场和广场类型，也有封闭式的购物中心、写字楼类型。较之传统的居住型物业，此类物业给开发商及物业公司带来的收益更加可观，但按照收益与风险相对应的商业原则，因经营和管理商业物业导致的法律纠纷也比住宅物业更加复杂。

### 一、商业物业纠纷的特点及成因简析

我们认为，商业性物业纠纷较之传统居住型物业纠纷，具备如下两个方面的特征：

**（一）商业物业较难成立业主委员会，以业委会为维权主体与物业管理公司的直接对抗相对较少，更换物业公司也相对较少。**

相对于住宅而言，商业地产经营业态各异，又由于如今商业地产呈现租赁式经营模式，导致商业物业像住宅那样成立业主委员会有困难。据2010年相关部门统计，仅以深圳为例，商业物业成立业委会的比例不到四分之一。依深圳市《业主大会和业主委员指导规则》及相关文件规定，“商业物业已交付使用的建筑面积达到50%以上，或者物业已交付使用的建筑面积达到30%以上不足50%，且使用超过一年的，业主5人以上联名可向该小区(大厦)所在的街道办事处书面提出申请成立首届业主委员会。”实践中，如果商业物业是单一业主且

物业又在自家成立的子公司管理之下,则根本没有成立业委会的必要。只有在存在分割产权物业的情况下,才具备了成立业委会的前提。但问题是很多商业性物业从表面上看入住率颇高,但实际上各个产权人将物业出租,或者开发商委托第三方经营或者全场租约的形式经营,又或者开发商已经出售的单元不多而更多的单元被迫出租。因此许多写字楼的入住率高并不代表小业主交付使用的面积多,不一定达到成立业委会的法定要求。即使达到了法定的条件,也因商业楼宇的产权人不像小区业主那样特别在意小区公共事务和共同利益关系,在缺乏相互了解交流的平台下,也很难形成成立业委会的合意。加上开发商控制的物业公司显然并不希望成立对抗性的业委会,无人牵头的小业主就成了一盘散沙。

物业公司最担心的就是与业委会对抗、导致丢失管理权。没有业委会或者开发商作为大业主在业委会中具有控制权,则物业管理中最大的利益双方的冲突就大为减少,业主更换物业管理公司的诉讼以及成功的可能性也较少。当然,作为企业的物业管理服务企业的律师,我们经常向开发商、物业公司灌输成立业委会的好处,有一个监督方,有利于物业公司管理行为更加规范,有利于减少各类纠纷,有利于小区的和谐。

(二)随着商业地产的开发,物业管理公司的业务在传统住宅领域外有了新拓展,部分商业项目采用了开发商和物业管理公司合作经营的商业模式,对物业管理质量提出了更高要求,出现了相对居住型物业中欠缴物业管理费诉讼案件数量下降,但个案标的额上升以及针对管理质量、管理内容和收费合理性的新诉讼纠纷。

深圳中院房地产庭所作出的统计数据显示,传统居住型物业诉讼60%集中在物业公司诉业主欠缴物业管理费,30%则是业主诉物业公司管理不当所导致的侵权纠纷,其他物业纠纷的比例则为10%;而在商业物业中,欠缴物业管理费的纠纷比例下降至30%,经营户、业主诉物业公司管理不善导致的管理类侵权纠纷上升至50%,20%则是其他纠纷。

出现以上情形的原因主要归结为以下两个方面。其一,商业性物业因其租金与物业管理费的收费标准大大高于居住型物业,开发商一般不愿将商业物业的巨大利润让渡于其他物业公司,因此进驻商业物业的物业管理公司大多为开发商公司

的子公司或关联公司。地产公司此时与物业公司之间更易形成紧密的利益共同体,传统地产业务中本应由地产公司负责经营的领域,如房屋租赁,招商引进,广告招租等业务,此时都将会一并委托给物业公司,或者直接将大厦经营权交付给物业公司代行使权利。在减少了开发商负担的前提下,无疑加大了物业管理公司的责任和义务,增加了诸如租赁合同模板的制定;租赁合同纠纷的预防和解决;招商、广告业务的引进、管理;业绩分成等新业务上。同时,因服务范围的扩大,业主和商户对物业公司的管理是否合法得当、是否谨慎合理、费用是否合理、特别是中央空调费用的测算是否合理等更加关注。其二,进驻商业物业的经营户或企业,一般依据合同约定,在进驻前均会缴纳一定数额的物业管理费保证金,加上商户进行实体经营、经济实力相对较强,因此欠缴物业管理费的案件数量相对下降,不过因为商业物业的物业管理费相对高昂,个案欠费的数额会升高。

## 二、针对商业物业纠纷的原因和新类型,物业管理企业在风险防范方面应当注意以下几点

(一)在接受开发商委托,独立取得商业物业经营权的情况下,物业管理公司在制定商业楼宇招租租约模板时,需要注意:

### 1、独家经营权保障条款

在物业管理公司对商业楼宇招商经营过程中,租赁合同的双方为物业公司与商户。为了保证利益最大化,商户可能会提出保障其同类经营项目的独家经营权。因此,应当在合同中约定独家经营权的涵义和范围:

(1)明确独家经营权的含义。某类行业或者店铺的名称、经营业态、经营范畴等要解释明确,尤其是约定不允许引进的类似行业的范围。

(2)明确违约责任,特别是独家经营的商户必须达到的业绩和按时交纳租金(或分成)、管理费等的违约责任,并约定管理方在条件成就时有权利提前解除合同。

### 2、开业日期与开业率的约定

对于初次招商的商业物业来说,项目开业日期对于经营商家和管理方都是比较重要的,项目开业日期的确定,是收取租金、管理费,特别是与实际使用相关联的中央空调费、水电损耗等费用的标志和起点。实践中,需要双方明确约定项目的

各项收费起点,对于开业日期要求商家开业前向管理方出具书面函件,明确其开业日期,以便管理方做好水电、中央空调、其他公共设施的启动准备。到期即使因单方原因无法正式开业或者达不到商业预期,也应当开始计算各项费用。

对于因开业日期不明确或者开业率不足导致无法支付各项费用的纠纷,双方事先应当就开业的具体日期、逾期不能开业的处理办法以及各方的违约责任做出明确的约定;在开业率上应当在合同中明确约定开业是否为整体开业;如不是,则要确定开业率是多少,开业率计算标准是以开业商家占全部商家数量的比例还是以开业面积占物业整体面积的比例进行计算。管理方在合同条款制定上选择有利于己方的和免责的条款来合法规避责任和最大程度完成费用收取任务。

### 3、租金递增率的设定

经营商业地产时,租金是投资回报的主要方式。在租金的确定上,如合同明确约定采用固定租金,则无甚争议;若采用递增租金时,应当确定租金递增率,作为合同相对方的物业公司应当代开发商了解本地区一定时期内商业地产的升值潜力,并经过对政府规划、统计部门发布数据的研究和详细的市场调查后,借鉴周边类似物业的租金确定方式来确定。实践中,因客观经济形势的千变万化,一味租金递增将导致商户难以为继,导致或者拖欠或者逃之夭夭的后果。为了双赢乃至多赢,应当在合同中约定租金、管理费的弹性条款,如双方协商一致可以减免或者降低递增幅度等。

### 4、扣率租金模式下如何预防法律纠纷

除采用固定租金或递增租金的形式以外,在某些情况下还可采用扣率租金。扣率租金是采取扣率租金和固定租金两者取其高的方式,即确定一个百分比,按照每个租期商户的营业额乘以百分比所得的金额为扣率租金。如果扣率租金高则当月租金为扣率租金,如扣率租金低于固定租金,则当月租金为固定租金,一般采取的是先预交固定租金,待租期结束后再补足扣率租金与固定租金之间的差额的形式。这种租赁费用收取方式多见于大型商厦。如深圳华X万X城。这种做法,使得物业公司在获得固定收益的同时,也分享了商户的经营成果,保证了开发企业利润的增长。但是,如何确定商户的营业额则是个突出的问题,很多时候开发企业和商户会因为营业额数额上的争执而引发法律纠纷甚至终止双方之间的租赁合同。在实践中,如果是商场统一收银方式的话,则不存在

此问题;如果是由商户各自收银,采取“日报”和“月报”相结合、商户自报和物业企业定期抽查相结合的形式则更为合理。首先,应每日统计商户的日营业额,待到月底时再让商户上报整月的营业额,在此基础上很容易根据商户的日现金流量计算出整月的营业额,不容易存在误差;其次,应不定期的抽查商户的营业情况,根据当日抽查的营业额再与商户自报的营业额进行对比分析。如何确定租金是事关开发企业利润的重要事项,在实践中应采取灵活合理的方式,并在合同中进行明确具体的约定,以避免法律纠纷的出现。

### 5、避免“装修期”容易出现的法律漏洞

物业公司在进行物业招商时往往会给予商户一定期限的装修期,在装修期内商户享受免租并减免物业服务费用、免除中央空调费的待遇。但问题是装修期双方之间的法律关系究竟如何确定?为了财务统计便于操作,有些合同把装修期独立于正式的租赁期限以外,这样的很容易出现法律风险。因为在租赁期限内,双方存在租赁法律关系且由合同明确约定了权利义务,有据可依。如果装修期独立于正式租赁期限以外,则合同约定的租期尚未开始,并且商户未实际经营,双方的法律关系应如何界定?如装修期间发生安全事故造成人身和财产损失应如何承担?商户装修完毕但因故毁约后房屋如何才能恢复原状?等等。为了避免双方法律关系的不确定,建议将装修期纳入正式租赁期限,并在租赁合同中对装修期可能发生的问题进行具体明确的约定。

### 6、装修条款引发纠纷的预防

在商业地产租赁过程中,商户通常会按照自己的需要对房屋进行装修。就装修问题事先约定不明而引发的租赁纠纷日渐增多。因此在租赁双方签订租赁协议时,应对装修条款详细加以约定。

(1) 装修范围。根据有关规定,承租人在装修房屋、增加附属设施前,首先应当书面征得出租人的同意,明确出租人同意装修的具体范围;其次,承租人在装修前,应将房屋装修设计方取得出租人认可;最后,明确承租人违反上述约定应承担的恢复原状、赔偿损失、支付违约金等责任。

(2) 装修期限。通常情况下,出租人应给予承租人一定的装修期限,该期限应属于“装修免租期”。承租人在该期限内除需付物业管理费、水电费等费用外,无须支付房屋租金。双方还应明确该期限届满后,即使承租人未能完成装修,仍需

按约支付租金。

(3) 装修保证金。为防止因承租人装修造成房屋结构破坏,出租人可以要求承租人预先支付一定数额的钱款作为装修保证金,以保证承租人履行其装修条款中约定的义务。

(4) 租赁终止后的装修处理。一般说来,承租人会把装修款分期摊入营业成本中,在租赁期限正常届满时不应存在补偿问题。但在租赁关系提前结束时,双方往往会为装修的补偿问题发生争议。为此,双方应在装修条款中明确非因承租人原因而导致租赁提前终止时,出租人的装修补偿义务和补偿标准。如因承租人违约导致租赁提前终止时,承租人无权要求出租人给予装修补偿。因此,承租人应保管好装修的相关票据、合同等书证,以便双方结算。

(5) 对物业管理来说也应当重视装修期,在物业服务合同中约定中央空调在装修期内是否开启、开启的时段和收费标准,装修期满后全额收取空调费。物业服务费一般在装修期有所下调,但仍要履行管理义务,应将《装修须知》让承租商户签收并随时进行监督检查,避免出现人身和财产损害。

#### 7、优先续约权的条款设定

一般情况下,在商业地产租赁合同中均对承租人的优先续约有约定,但往往约定的内容模糊,通常只是表述“承租方租赁期满后在同等条件下具有优先续约权”。但同等条件如何界定?无法实际操作,如果商业地产升值导致租金暴涨,有第三方出价高的情况下,承租方利用该条款占据物业拒不退出,从而发生纠纷。基于这种情况我们认为应当在租赁合同中做出如下约定:

(1) 承租方在租赁期满后在同等条件下具有优先续约权。

(2) 对于长期合作并且商业信誉较好的租户,同等条件可以约定为承租人有权在第三方出价的租金上下不超过10%范围内时享有优先权,比如原租金是10000元,第三方出价只要不超过11000元,承租人就有权以10000元继续承租;如果第三方出价为12100元,那么承租人有权以11000元继续承租。

(3) 此外同等条件也可约定为租赁期限届满后,具备房地产评估资格的评估机构所提供的同地段、类型或相似地段、类型租金标准为同等条件,如原租金10000元,租期5年后评估租金为15000元,承租人所出租金在15000以上则有权继

续承租。

#### 8、对欠租商户采取“停水停电”措施的法律风险

在商户拖欠租金和物业管理费用的情况下,物业公司是否可以采取停水停电的措施是实践中比较纠结的问题。我们认为应当具体情况具体分析。

首先应在租赁合同中写明在商户欠租的情况下物业公司享有对商户采取停水停电的权利。此外,应区分两种情况:第一种情况,开发商或业主与自来水公司和电力公司签订了《用水协议》和《购电协议》,则对于欠租的商户,开发商和业主可以采取停水停电的自助措施。因为商户和自来水公司、电力公司并不存在水、电使用合同,不能享有相应的使用与否的决定权。第二种情况,商户和自来水公司、电力公司直接签订了水、电使用合同,则商户用水、用电的权利就受法律保护。此时,虽有免责约定,司法实践中也通常被认定承担擅自停水、停电造成商户经济损失的赔偿责任。另外,还要注意即使有权停水、停电,物业公司也应事先书面通知商户,提前告知停水、停电的具体实施时间、范围,以避免给商户带来突然损失和可能的法律赔偿风险。

对于物业公司因业主和租户、商户欠缴物业管理费的断水断电问题,按照国务院《物业管理条例》和各地的物业管理条例、各地《业主公约》模板以及司法实践,均认定物业公司行为违法。基于物业公司和业主之间的平等合同关系,一方付钱,一方提供服务,物业公司有对小区业主和物业使用人提供物业管理及维护相应设施设备、保证业主和物业使用人安全合理便捷使用的义务。即使物业公司接受水电部门委托代收水、电、煤、有线电视等费用,也不是这些基础设施的提供者,并不享有供水、供电、供气合同等约定的权利。即使在物业服务合同中约定当业主、物业使用人不缴纳物业费时物业公司可以采取断水断电等措施,这种约定因干涉他合同而无效。物业公司如任意胡为将承担侵权赔偿责任。

#### 9、解除租赁合同、强行收回房屋和处理商户遗留物品的法律风险

制定租赁合同一般都会约定合同解除条件,如商户欠租达到一定金额和时间、商户违法经营,则出租人就享有合同解除权。实践中,合同解除条件已经成就,但商户拒绝腾退房屋和偿还欠款的情形较突出,考虑到从起诉到法院强制执行的时间长、过程复杂,为了避免扩大损失,业主大多会采取自行

强制收回房屋的措施。如何有效的防范法律风险,避免欠租商户以丢失珍贵物品为由反咬一口呢?首先,一旦满足合同解除条件,出租人应及时向商户邮寄解除租赁合同通知书,写明要求商户自动腾退房屋的期限,如超过期限则出租人将强行收回房屋。其次,如商户超过该期限仍未搬离,则出租人应采取边清理边取证的方式:第一,邀请公证人员至现场,对清理房屋的整个过程进行公证;第二,聘请律师作为见证,并对现场商户的遗留物品进行认真清点造册,全程录像,留作证据;第三,将商户的遗留物品妥善保管,并书面通知商户留存物品的地点和清单,要求其限期领取并承担保管费用。实践中,也有由物业管理公司、业委会、社区工作站甚至无利害关系人见人见证下清退承租商户物品的做法。

## (二) 物业服务企业履行管理义务应当注意的风险与防范

### 1、商业物业的保险与风险规避

商业物业流动人流量多,注意物业使用相关人的的人身和财产的安全是物业服务重点。同时进驻商户、企业自身的实力和守法守规意识参差不齐,加上设施设备特别是空调、电梯扶梯、水电供应等都容易滋生事故,因此要比住宅物业管理有着更多的风险性。司法实践中,侵权诉讼与日俱增,而且索赔金额也日益加大。物业管理公司在日常的经营中面临着巨大的风险,因为再优秀的物业管理公司也很难避免因工作中的疏忽和过失对物业使用相关人的的人身安全和财产造成损害,而受害者可依法提出索赔,如何转嫁风险成为摆在物业管理公司面前的一个难题。而保险就是一个很好的选择。

事实上,很多物业企业往往要求商户应购买相应的保险,而忽视了自身的保险。即使在商户已经购买保险的情况下,根据保险利益原则,商户投保的也只是自身的财产,万一发生不测事件,例如火灾,在毁坏商户财产的同时也给建筑物本身带来了损害;又例如第三者在经营场所的意外伤害,在商户无力赔偿或其他赔偿不足的情况下,物业公司乃至开发商往往都要承担连带责任,对于微利企业的物业管理公司而言,购买足够的保险至为重要。一般应考虑购买如下保险:

(1) 财产一切险,承保范围是保险单明细表中列明的保险财产因自然灾害或意外事故造成的直接物质损坏或灭失,包括指雷电、飓风、台风、龙卷风等及其他人力不可抗拒的破

坏力强大的自然现象,以及火灾和爆炸;

(2) 第三者责任险,即由于意外事故造成第三者人身伤亡或财产的直接损毁,依法应由被保险人支付的赔偿金额。

(3) 物业管理责任险,即凡在工商行政管理部门登记注册,取得合法资格的物业管理者,均可作为被保险人。该险种涵盖了物业管理公司最为担忧的各种责任风险,如公共场所中的第三者责任;电梯扶梯责任;游泳池责任;广告牌责任以及停车场责任等。理赔范围不仅包括了物业公司因管理或从业管理过程中的疏忽或过失造成第三者人身伤亡或财产损失(依法应由物业公司承担的经济赔偿责任),还包括物业公司诉讼费用和为缩小或减少对第三者人身伤亡或财产损失的赔偿责任所支付必要的、合理的费用。

### 2、商业物业停车场区域的车辆管理损毁风险的控制与预防

商业地产停车场的管理风险,主要集中在车辆管理损毁风险,是指物业服务企业对停车场的经营服务过程中,因管理停放的车辆发生损坏、灭失等给企业带来的风险。具体风险可能有:车辆停放期间车辆外表被第三人用器具划伤,被其他停放车辆有意或无意碰撞而损坏,在停放期间被盗窃或抢劫或者因遭遇其他不可预知情形,诸如狂风暴雨等导致的车辆毁损。由于高档商圈、写字楼内停放的车辆大多价值不菲,因此该类纠纷和诉讼将导致物业公司承担不菲的赔偿风险。

物业公司是否应承担赔偿责任关键在于判断停车服务关系是否构成保管合同法律关系。依据公平原则,这方面司法实践中已经形成定论,即如果签订了特定物品的保管合同、所有人支付了保管费则构成保管关系,无论出现何种情形,保管人即物业公司都要承担赔偿责任。否则就只是车位使用服务关系。

但车位使用服务这一契约关系也要求物业公司必须尽到谨慎善良合理的管理义务。即使遭遇极端天气也无法免责。2010年大雨造成广州、北京等地一些商业楼盘发生地下停车场浸水事件,车主损失巨大,造成影响较大的群体性纠纷,我们代理的物业公司方面面临举证难的窘境。因此,提请注意以下方面:

(1) 建立车位进场刷卡制度,并将车位服务合同性质、停放服务的具体内容和车辆停放人应注意的事项印制在停车凭证上。

(2) 完善停车场硬件, 要求开发商、业主购买监控设备, 降低管理风险。

(3) 将停车场车辆停放服务的内容制成公示牌, 放置在停车场显著位置, 明示停车场经营单位是否承担车辆的保管责任等。

(4) 收取停放服务费, 给予收款凭证, 收款凭证上应记载停放的时间和车辆的牌号或者电子卡应有可资查询的存档记录。如果车辆停放凭证丢失, 应由车辆停放人持车辆行驶证和驾驶人员的身份证前往管理处办理相应的凭证挂失手续, 重新领取车辆放行凭证。

(5) 因物业维修等原因可能造成停放车辆损害时, 应以指示牌等形式向车辆停放人明确告知, 并将可能造成车辆损害和危险的区域进行单独围拦, 进行分离, 明确禁止车辆停放在上述区域。

(6) 在异常天气来临时, 需要及时广播告知业主挪移车位, 提前预备沙包等物, 尤其注意商业物业的地下防空停车场, 一般防空区域是有三防门的, 及时放下此门便具有防毒、防水、防辐射的功能, 日常管理时, 不能只图车辆通过的便利, 用水泥封闭三防门下面的凹形闸口, 而应当用易于挪动的木板或其他可以随意搬动的材料封闭凹形闸口。

(7) 建立健全保安员日常巡查制度, 保证一定的巡查密度, 及时发现问题, 排除潜在危险。对监控设备要保证完好无损, 对录像资料要按照国家规定, 保存至少30天。

(8) 购买保险, 分散管理风险。

### 三、物业管理企业的进场和撤场

俗语常说“有始有终”。无论是住宅物业还是商用物业, 物业公司管理都始于进场而终于撤场, 虽然被动撤场在商业地产中较为少见, 但物业进场、撤场不当所引发的纠纷和后续调处将会十分复杂。经过对客户苏州开发区最大商业旅游建筑群、南京某重点大学校区、无锡最大购物中心、深圳南山区某大型商场等物业进场、退场的法律服务, 我们认为物业企业对大型商业项目的进场和撤场应高度重视并注意风险防范。

#### (一) 物业的进场的类型与相关问题

商业地产中依据进场时间不同分为“依前期物业管理协议的进场”和依据“新的物业管理合同”和旧的物业管理公司

交接的进场。

#### 1、“依据前期物业管理协议的进场”

协议的主体是开发商, 所以交接对象也是开发商。因此在与开发商交接的情况下, 进场前应当把握如下两个原则, 其一, 审查开发商所移交的材料是否完备, 是否真实。对移交的材料应当查实, 如暂时未能移交及查实的, 应当由开发商说明情况, 取得开发商书面承诺书, 要求其在承诺期限内完成相关材料的交付义务。其二, 物业公司对开发商所移交的物业及实体性构筑物一定要把好验收关, 否则因把关不严而造成的后遗症和改造、增设工程会给物业公司带来沉重的负担。具体来说, 应当注意以下几个方面:

(1) 对在前介入阶段提出的完善项目和整改意见进行复核, 对尚未完善的事项, 要求开发商提出的补救和解决措施并备案, (包括物管用房, 专项基金, 开办费用, 是否对小业主有减免费用、允许搭建改造承诺等以及对外承诺的商业配套设施等问题)。

(2) 要求开发商对小区所有土建工程、消防工程、管线隐蔽工程、装饰工程、市政工程、设备安装工程和绿化工程等主体及配套工程的施工(承包)图纸、单位名称、工程项目合同、工程负责人联系电话、保修期限等内容列出清单和附件交给物业公司。

(3) 将开发商施工未用完的小区建材包括各种瓷片、玻璃窗及配件等留存清点备用, 可为以后维修减少费用。

(4) 凡楼宇内采用非市面上常见的建材, 设备和设施的应让开发商或施工单位提供供货和维修保养单位的地址、电话和联系人。

(5) 验收时注意和物管密切相关的设施和管线有无按要求做好: 包括岗亭、道闸、围栏电梯设施、商业景观取水用的水管接口、垃圾收集房(含清洁工具房)、商业指示标识系统、汽车泊位是否足够, 楼宇公用、消防设施做好与否, 室外加工用电的预留电源插座、空调滴水、排水系统(含商铺)等。

(6) 对于可能有争议的商业区域公共设备、设施、辅助场所(休憩绿地)、停车位等产权须界定并出具相关证明或特别承诺。避免以后引起投诉、纷争。

2、依据“新的物业管理合同”和旧的物业管理公司交接的进场。

这类交接相对于前者较为复杂, 理想状态下如有相对方

的配合则会顺利交接,但通常均会发生利益冲突。典型的案例即为北京建外soho的物业进场交接,双方互相设置障碍甚至大打出手,造成了很恶劣的社会影响,降低了北京建外SOHO的经营形象。因此对于“新旧交接”的进场方式,尤其需要注意以下几个方面:

(1) 一方进场,一方会撤场,双方都应当组建接管小组,与对方会商制定交接的流程、时间表、确定负责人。

(2) 严格执行交接流程,对于相关材料的交接,应当做好交接清单,并让对方签字。对因历史遗留问题发生的资料遗失,如开发商未将资料移交导致退出的物业无法移交的,应当取得其声明并签字确认。往来函件应当提前与当地邮局联系,找专人进行确认送达业务,如发生拒收的情况,应当采取DV全程跟拍或公证送达。

(3) 对物业硬件设施进行验收。列出清单并依据清单对水电,管线消防等硬件设施逐项进行接管验收,对于损坏的部分,需去函说明,取得快递回执。

(4) 对资料和楼宇内的遗留问题进行协调,补救。

(5) 如双方发生冲突,应首先取得楼内业主及开发商的支持并向政府主管机构请求协调,在维稳的背景下,通过正当的方式进场而不要采取过激措施。对有争议的部分,应当取得对方明确的书面答复,本着“求同存异”的原则,逐步进行协调接收。

## (二) 物业撤场应当注意的问题

一般情况,物业撤场都会有交接相对方予以全力配合。但在物业公司遵守约定管理而相对方违约,导致物业管理企业无法取得物业管理利润,依据合同行使解除权被迫撤场的情况下,相对方不仅不会配合,反而会百般刁难。在相对方不配合的情况下应当如何交接,此时注意两个原则:

1、应注意“程序合法,取证充分。”对于无人配合或设置障碍的交接,撤场属于单方行动,很容易成为对方日后争议的口实,所以必须注意程序的合法性,每一步程序都需做到合情、合理、合法。包括:

(1) 成立撤场工作领导小组并分立各管理项目主管小组,明确职责;

(2) 做好交接计划、流程并告知开发商,通知其截止撤场时间点管理责任发生转移,警告如因其拒绝交接造成的安

全责任由其自行承担;

(3) 将交接安排和管理区域内予以公示,做好管理区域内商户、小业主的说服解释工作;

(4) 做好完备的交接记录, DV全程拍摄并照相,将重要机电设施设备进行封贴(加盖公章和封贴人签字);重要机房、值班室等安全锁好;

(5) 保安按照管理区域的重要性次第撤岗并公告;

(6) 将所有日常运营管理资料和原自开发商处取得的图纸、设施设备资料等制定清单,分类分箱封存并标记清晰;

(7) 通知开发商接收管理资料、交接证明文书和钥匙并要求有法定代表人或者委托人签收;

(8) 对于开发商拒绝接受的财务资产应当预先安排公证提存等措施保管妥当;

(9) 将撤场的每一步骤和文书证明资料以及催促开发商交接的函件送达对方签收,对方不签收的,通过特快专递、公证、见证等方式取得送达的证据。

2、充分依靠政府物业主管部门和街道办等机构,事先向相关机构报告,说明撤场的原因和可能造成的严重后果;请求派人现场见证;必要时将撤场证据和需要移交的管理资料等送达到政府主管机构保管;撤场后向政府机构提交报告。

3、整理并备份管理资料,做好财务核算、分包合同解除和清退员工的补偿工作。

(1) 工程类资料和日常管理资料重要的要复制备份;移交撤场资料也要整理备份。以免发生纠纷时无法举证;

(2) 为了追讨开发商和商户欠费,撤场前应对管理期限内的物业费用,单独归类制定清单,向欠费方发出清偿通知书并保证送达;对未决诉讼、欠缴物业管理费或其他诉讼进行列表清理,随后可聘请律师追缴物业管理费;

(3) 清理员工劳动资料,包括:项目员工合同、薪酬、社保、保险等。对于劳动合同不完备的部分进行补充,分项列明工资、社保、福利等费用和员工遣散所支出的其他费用并妥善遣散员工;

(4) 撤场前对物业共用部分,共用设备的维保护养合同、清洁绿化等外包合同等分别通知解除并妥善解决争议;

(5) 做好财务核算,如收支、损益核算;办公、固定资产投入后的折旧费用统计;可能将来带有收益性质的物业服务项目的测算,可以委托审计机构进行审计评估。以便公司了解

项目盈亏和报税。

总之，商业物业经营管理特有的法律风险需要引起经营者和管理者的高度重视。本文一管之见，囿于经验和水平，难免有不尽、错漏之处，希望各位同仁斧正。

## Getting The Deal Through: Real Estate – China (2012)

Getting the deal through is a leading legal publication and online website, which covers 50 industry sectors. It is published annually by a consortium of leading law firms from major countries. The publication is widely read by lawyers and in-house legal departments in related transactions and dispute resolution. Based on its leading position in the Chinese real estate industry, it is honored to be the "2012 Real Estate Special" Chinese business law report.

Wang Jihong, Gao Lichun, Zhu Yongchun, Xie Yi, Shi Jie, Zhang Xiaofeng and Gao Lei

V&T Law Firm

### TRANSFER OF REAL ESTATE

#### 1. Legal system

How would you explain your jurisdiction's legal system to an investor?

China's legal system consists of laws, regulations, ministerial rules, local regulations and rules and international conventions to which China is a signatory.

China is neither a common law nor a civil law country, but its legal system is close to civil law. China has a complete set of statutes, and precedents do not constitute a source of law.

The Chinese legal system does not have injunctions, and Chinese courts will not judge cases based on equity law. Parol evidence meeting the legal requirements for evidence can be admitted in court as effective evidence.

Chinese contract law does not prohibit oral agreements; it provides that a contract can be an oral agreement, except when the written form is required by laws or regulations or is agreed by the parties. Further, if it is mandatory for a contract to be in writing but one party has performed its contract duties and this is accepted by the other party, an oral contract is also deemed valid.

#### 2. Conveyance documentation

What are the legal requirements for documents recording conveyance?

Currently the conveyance documents required in mainland China include:

- registration application;
- documentation showing the identity of the applicant;
- certificate of the property title; and
- documentation showing the transfer of the title.

The rules are consistent among the different provinces. Title transfer requires the payment of the registration cost, which shall be collected from the applicant. However, if the application shall be filed by both parties, then the registration cost shall be on the party who is going to be registered as the owner.

#### 3. Foreign investors

What other factors should a foreign investor take into account in considering an investment in your jurisdiction?

Foreign investors should consider China's industry access policy and macroeconomic control policy when entering the Chinese market. China labels industries for foreign investment in four categories: the encouraged, the permitted, the restricted and the prohibited. Foreign investors are not allowed to invest in the prohibited category, and investment in the restricted category may be subject to restrictions such as shareholding, cooperation methods, minimum registered capital and the level of government approval required. Meanwhile, relevant government agencies such as the Development and Reform Committee would sometimes temporarily include certain industries

in the scope of macro control (eg, the control of the real estate industry in 2006).

Foreign investors are not allowed to speculate in the real estate industry. Purchase of property by foreign investors can only be made for the purpose of residence, private use or real estate development and operation. Currently, only branches and representative offices of foreign entities can purchase property located in the place of their registration for office use, and only foreigners that have worked or lived in China for over a year can purchase one unit of property for residence.

#### 4. Exchange control

If a non-resident invests in a property in your jurisdiction, are there exchange control issues? What about repatriation of capital?

China exercises control on foreign exchange. Since the real estate industry is under China's macroeconomic control, foreign entities' investment in China's real estate industry especially is under very strict foreign exchange control. Only qualified foreign investors are allowed to remit funds into China for the purpose of real estate purchase. Before remittance, foreign entities shall apply to a designated bank with the required documents for review of the authenticity of the purchase of property. Only after the bank has confirmed the authenticity of the purchase can it allow the foreign exchange to go into the RMB account of the real estate development company. The money obtained by the foreign entities' branches and representative offices in China and foreign individuals from transferring their property can be transferred out of China after review and confirmation by foreign exchange agencies.

For investors, transferring profit out of China shall also be subject to foreign exchange control and they will have to apply to banks designated by the foreign exchange agency to do the transfer.

#### 5. Legal liability

What types of liability does an owner of real estate face? Is there a standard of strict liability and can there be liability to subsequent owners? What about tort liability?

The main type of liability that the property owner faces is tort liability. For example, if objects from a building fall, causing damages to another party, then the owner shall be liable if it fails to prove no fault on its side. Having compensated the damaged party, the property owner is entitled to claim compensation from other responsible parties. Chinese law provides eight ways for the liable party to assume tort liability. The doctrine of presumption is applied, and if the owner can prove there is no fault on its side, it shall not be liable to customers for accidents caused by contractors. Normally, there cannot be liability to successors.

With regards to the environment, China is enforcing a pollution discharge permit system, and polluters are required to report and pay discharge fees. Strict standards on liabilities are stipulated in different

environmental standards, such as on noise and waste. The property owners shall obey the relevant standards and rules.

#### 6 Protection against liability

How can owners protect themselves from liability and what types of insurance can they obtain?

The main way for the property owner to disperse civil liability is to purchase third party liability insurance as well as environmental insurance. While third party liability insurance and environmental liability insurance are available to owners, purchasing insurance is not mandatory for owners in the Chinese insurance market.

#### 7 Choice of law

How is the governing law of a transaction involving properties in two jurisdictions chosen? What are the conflict of laws rules in your jurisdiction?

According to Chinese law, parties to the foreign related contracts may select governing law as they agree. If no specific law is chosen, then the law of the residing place of the party whose performance of its duties can best reveal the characteristics of the contract shall apply. This means that the governing law is not limited to the law of the PRC. However, regarding real estate, Chinese law clearly stipulates that disputes in this regard shall be subject to the law of the place where the real estate is located.

The main conflict of laws rules are included in the Law of the People's Republic of China on Application of Law in Foreign-related Civil Relations, which came into effect on 1 April 2011. Other than this, there are relevant rules in the Contract Law of the People's Republic of China and the General Principles of Civil Law of the People's Republic of China.

#### 8 Jurisdiction

Which courts have subject-matter jurisdiction over real estate disputes? Which parties must be joined to a claim before it can proceed? What is required for out of jurisdiction service? Must a party be qualified to do business in your jurisdiction to enforce remedies in your jurisdiction?

The court of the place where the real estate is located has jurisdiction over real estate conflicts. Subject to the subject-matter jurisdiction and level of jurisdiction, the parties can select in writing any of the following as the presiding court for real estate contract dispute: the court of the place where the defendant or the plaintiff is located, the court of the place where the contract is executed or performed or the court of the place where the real estate is located.

The plaintiff must be joined to proceed with the suit. If the plaintiff fails to appear at the court hearing, the suit will be deemed as withdrawn. Judgment can be made without the presence of the defendant in the court hearing.

Litigation documentation can be served via post, public notice or diplomatic channels to parties outside China.

According to relevant international conventions China has signed, foreigners normally enjoy the same treatment as Chinese citizens and foreign enterprises' legal civil rights are also protected by Chinese law; therefore, a party does not need to be qualified to do business in China to enforce remedies.

#### 9 Investment entities

What legal forms can investment entities take in your jurisdiction? Which entities are not required to pay tax for transactions that pass through them (pass-through entities) and what entities best shield ultimate owners from liability?

Investment entities can take legal forms such as an equity joint venture, capital joint venture, wholly foreign-owned enterprise (WFOE),

foreign invested stock company and limited partnership. Partnerships are exempted from paying enterprise income tax, but shall pay tax for all their transactions. The limited liability company form can best protect its shareholders against liabilities.

#### 10 Foreign investors

What form of entities do foreign investors customarily use in your jurisdiction?

Under Chinese law, foreign investors usually invest in China in one of four ways:

- WFOE – the enterprise is a Chinese legal person while shareholders are foreigners and not Chinese shareholders. A WFOE can only be a limited liability company;
- equity joint ventures (EJV) – the enterprise is a Chinese legal person, while shareholders are Chinese shareholders and foreign shareholders, and the number of shares held by Chinese and foreign shareholders is decided in accordance with their capital contribution. An EJV can only be a limited liability company;
- contractual joint venture (CJV) – this can be a legal person or a non-legal person, and dividends and losses are shared by the shareholders according to agreement; and
- foreign-invested joint stock company – by law, half of the promoters of this kind of enterprise must have residence in China.

Foreign investors must choose the form of entity according to their business judgment. Few foreign investors choose a CJV as an investment vehicle because of limited laws and regulations governing this field that mean that foreign investors cannot get enough protection.

#### 11 Organisational formalities

What are the organisational formalities for creating the above entities? What requirements does your jurisdiction impose on a foreign entity? What are the tax consequences for a foreign investor in the use of any particular type of entity, and which type is most advantageous?

Foreign investors may form entities such as EJVs, CJVs, WFOEs, foreign-invested joint stock companies and foreign-invested contractual enterprises.

An EJV can only be a limited liability company, while a CJV can be a Chinese legal person or a non-Chinese person; if a CJV chooses to be a Chinese legal person, it must operate in the form of a limited liability company. A foreign investment company is designed to directly engage in investment, and it must be a limited liability company. A venture investment company can either be a non-legal person organisation or a limited liability company.

As mentioned in question 9, a partnership does not need to pay enterprise income taxes. However, a partnership has to pay taxes for deals that it handles. From the tax point of view, a partnership is the most favourable form of organisation for a foreign investor.

#### 12 Documentation

Is it customary in your jurisdiction to execute a form of non-binding agreement before the execution of a binding contract of sale? Will the courts in your jurisdiction enforce a non-binding agreement or will the courts confirm that a non-binding agreement is not a binding contract? Is it customary in your jurisdiction to negotiate and agree on a term sheet rather than a letter of intent? Is it customary to take the property off the market while the negotiation of a contract is ongoing?

Before signing a purchase contract, China used to have a custom of signing a letter of intent. However, Chinese courts do not enforce non-binding agreements. A court will make a judgment on the validity or invalidity of this kind of agreement upon one party's motion. With the development of the Chinese market economy, it is more and more important to lay out detailed obligations and rights in agreements.

A property is usually taken off the market during the negotiation.

### 13 Contract of sale

What are typical provisions in a contract of sale?

Typical purchase contract terms are property conditions, property price, payment, delivery and registration. Down payment shall not exceed 20 per cent of the contract price, and normally the down payment is not held in escrow. A buyer may examine the title certificate of the property or the registration filed with the local property transaction authority to learn whether it is a good title to the property. A seller does not pay for the expenses incurred during the examination. Usually a seller provides warranty regarding a good title to the property and the validity of the selling. Taxes are paid according to the law, and the date of closing is used to divide utilities fees. Risks of loss shift to the buyer after closing unless the contract provides otherwise.

### 14 Environmental clean-up

Who takes responsibility for a future environmental clean-up? Are clauses regarding long-term environmental liability and indemnity that survive the term of a contract common? What are typical general covenants? What remedies do the seller and buyer have for breach?

A party that causes environmental contamination is liable for the environmental clean-up under Chinese environmental law; the party is also liable under Chinese tort law (i.e., a party who causes environmental contamination through its use of a property will not only be liable for the environmental clean-up, but also for torts. Tortious liability includes cessation, exclusion of hindrance and compensation for damages).

Current property purchase contracts do not have a provision about the seller's liability for long-term and potential environmental contamination caused during the time when the seller uses the property. Instead, the contract requires that the seller must be liable for existing contamination and must warrant that there is no long-term and potential contamination. The seller will be liable for breach of contract if this is a false statement.

### 15 Lease covenants and representation

What are typical representations made by sellers of property regarding existing leases? What are typical covenants made by sellers of property concerning leases between contract date and closing date? Do they cover brokerage agreements and do they survive after property sale is completed? Are estoppel certificates from tenants customarily required as a condition to the obligation of the buyer to close under a contract of sale?

The seller should make a detailed statement about leasing showing whether there is a lease, and if there is, information about tenancy, rent, brokerage and performance of landlord's duty of repair.

The seller will take the buyer's requirements into account when make an agreement of leasing. For example, without the buyer's agreement, the seller cannot renew a lease agreement, cannot set up a mortgage and cannot sign another lease agreement.

A landlord must inform the tenant in reasonable time before selling the property, and the tenant has a priority right to purchase the property under the same condition. The transfer of ownership of the property does not impact an existing lease.

### 16 Leases and mortgages

Is a lease generally subordinate to a mortgage pursuant to the provisions of the lease? What are the legal consequences of a lease being superior in priority to a mortgage upon foreclosure? Do lenders typically require subordination and non-disturbance agreements?

Usually, when a lease is made prior to a mortgage on the same property, the rule that title transfer does not terminate the lease applies and the mortgage is subordinate to the lease. If a mortgage is made

prior to a lease, the rule that title transfer does not terminate the lease does not apply, and the lease is subordinate to the mortgage.

A non-disturbance agreement may be held invalid due to violation of law.

### 17 Delivery of security deposits

What steps are taken to ensure delivery of security deposits to a buyer? How common are security deposits under a lease? Do leases customarily have periodic rent resets?

Chinese law does not provide explicit and specific regulations on security deposits involved in property options.

On the Chinese mainland, a lease usually stipulates a deposit provision and the custom of adjusting rents is in practice. A tenant should pay rents accordingly. A supplementary agreement may be entered into when there is no specific time for making payments. Where a supplementary agreement cannot be reached, the rents should be paid:

- upon expiration of the lease when the tenancy is less than one year; or
- annually, when the tenancy is over one year. When the rest of such tenancy is less than one year, the rents should be paid upon expiration of the lease.

### 18 Due diligence

What is the typical method of title searches and are they customary? How and to what extent may acquirers protect themselves against bad title? Does your jurisdiction provide statutory priority for recorded instruments?

Methods of due diligence include examining a title certificate and property, and checking with the relevant government authorities. Regarding a bad title, a buyer may add transactional prerequisites and corresponding terms of breaching, as well as a dispute resolution mechanism (usually arbitration), to protect the buyer's rights and interests. A recorded document usually has priority over other documents, although the priority is determined by the characteristics of the recorded documents and the relevant laws and regulations.

### 19 Structural and environmental reviews

Is it customary to arrange an engineering or an environmental review? What are the typical requirements of such reviews? Is it customary to get representations or an indemnity? Is environmental insurance available? Is it customary to obtain a zoning report or legal opinion?

For the transfer of real estate that has been in use after successful completion of inspection procedures, the buyer normally will not arrange an engineering or an environmental review, and will check relevant quality and environmental documents instead.

For the transfer of a real estate project under construction, it is customary to arrange an engineering and an environmental review. The buyer would require the seller to provide relevant quality and environmental documents, while on the other side, the buyer would engage specialised institutions to evaluate the quality, environment, safety and other components of the project.

It is not customary to purchase insurance in real estate transactions, but it is customary during the construction of real estate projects.

Currently, China does not enforce mandatory environmental insurance, and environmental insurance is not touched upon in the course of real estate transactions.

It is customary in China to obtain a zoning report or legal opinion in real estate transactions.

**20 Review of leases**

Do clients usually review leases or are they reviewed on the business side? What are the lease issues you point out to your clients?

Usually lawyers would review leases on the legal side according to the client's request. From the perspective of the lessor, attention needs to be paid to the following clauses: payment of rental, purpose of use, owner's responsibilities for repair and maintenance, default liabilities, and so forth.

From the perspective of the tenant, attention should be paid to the following clauses: term of leasehold, handover conditions, renewal conditions, default liabilities, and so on.

There is no obvious conflict between property management agreements and mortgages. It is not common that the lender requires that management agreements be subordinate to mortgages.

**21 Other agreements**

What other agreements does a lawyer customarily review?

Usually, clients would entrust lawyers to review contracts and agreements relating to the utilisation, maintenance, operation, management and disposition of the real estate, for example, construction contracts, management contracts, security agreements, consulting agreements, property management agreements and mortgage loan agreements.

**22 Closing of transaction**

How does a lawyer customarily prepare for a closing?

In mainland China, lawyers would help clients prepare the closing procedure and a list of deliverables (the list of deliverables usually contains real estate that is to be delivered, relevant data, materials or utility, prepayment, etc.). Authenticity is often verified through checking point of identification as well as authentication of the genuineness of authentication. While each party may bear the respective costs of the delivery, this is not a custom, and the parties may otherwise agree on who will bear the costs.

**FINANCING****23 Form of loan**

What is the method of creating and perfecting loans?

According to the Real Rights Law of the People's Republic of China and the Security Law of the People's Republic of China, a mortgage can be set against realty and the mortgagee and a mortgagee shall conclude a written contract on the mortgage. The mortgage right takes effect upon registration with the relevant government agency.

Movables, fixed accounts and intellectual property rights such as trademarks, patents and copyrights that are transferable can be pledged. The pledge agreement takes effect upon execution, but the pledge rights are established upon delivery of the pledged property.

**24 Legal requirements**

What would be the characteristics of a loan from a foreign jurisdiction (making a loan contract by agreement in your jurisdiction)? What is the form of the documents in your jurisdiction? What other issues would you note for your clients?

Security by collateral in China for loans from a foreign (those falls into the category of 'security to foreign currency'). In such case, approval from the State Administration of Foreign Exchange is required for the security contract to take effect.

The lender does not have to be qualified to do business in China. It could be an entity established outside the territory of China. A certain amount of fees needs to be paid for registration of the security and for the alteration of registration. Fees documents include mortgage agreements, pledge agreements, etc.

**Update and trends**

Hot topics are as follows:

- In order to control the rapid increase in housing prices and to improve speculation in the real estate market, Chinese policymakers have drafted a series of regulatory policies in the real estate market, such as increasing and raising transaction tax (including levying the transfer of residential property if timely tax payments is missed, raising rates and levying property tax in Shanghai and Chongqing in the near future, trial policies on deposit insurance of the commercial bank.
- Interpretation 1 of the Supreme People's Court of General Principles of the Application of the Marriage Law of PRC was promulgated on 9 August 2012, including that the estate concluded by the parents of one person when a marriage registration is registered in the name of the spouse shall be treated to be a donation to the spouse by the common Ancestor if the couple has no other child. The content of such estate donation contract could be revoked before change of the registration.
- The bank management law which is about to be amended will perfect the system of supervisory control over credit institutions. Its main economic responsibilities, such as the credit assessment and credit security, will be strengthened.
- Insurers are urged to limit the range of the litigation and expand the scope of such cases of withdrawal suit. Except for ordinary insured category issues, the insured can sue the insurer and the settlement can be paid.

Please note that under PRC law, non-bank financial institutions and enterprises in China are restricted in providing security to foreign entities.

**25 Loan interest rates**

How are interest rates on commercial and high-value property loans commonly set (with reference to LIBOR, central bank rates, etc.)? What role of interest is unreasonably high in your jurisdiction and what are the consequences if a loan exceeds the reasonable rate?

The bank interest rates for commercial property loans can reach 110 per cent of the benchmark interest rates published by the People's Bank of China.

According to relevant judicial interpretation, interest rates for private lending can be higher than those of the banks but cannot exceed four times the interest rates of the same type of banking loans. Otherwise, the excessive interest will not be protected judicially.

**26 Default and enforcement**

How are remedies against a debtor in default enforced in your jurisdiction (is a creditor entitled to realize all types of remedies)? What is the time frame for foreclosure and in what circumstances can a secured thing be otherwise proceeding? Are there limitations on the types of rights against that may be brought by lenders?

Remedies are enforced through judicial procedures in mainland China as long as the remedies are based on binding judgments, rulings, arbitral awards and notarised, enforceable extra-judicial documents.

The creditor is entitled to the priority right for compensation in the event that the debtor fails to pay back a loan in the time or when circumstances for realisation of security right occur.

The priority order for the realisation of security rights is: lien, registered mortgage, pledge and unregistered mortgage. For real estate property, the priority order will be based on the registration time of the mortgage, which means a creditor can realise its mortgage before other creditors if this creditor's mortgage is registered before others.

---

**27 Protection of collateral**

What actions can a lender take to protect its collateral until it has possession of the property?

Under PRC law, collateral rights include mortgages, pledges and liens. When a property is mortgaged, it remains under the possession of the mortgagor, and the lender has no right to possess the mortgaged property. Where any action of a mortgagor causes a sufficient reduction in value of the mortgaged property, the mortgagee has the right to demand the mortgagor to cease such actions. Where the value of the mortgaged property has been reduced, the mortgagee has the right to demand the mortgagor to recover the value of the mortgaged property, or to provide a security equal to the reduction in value. Where the mortgagor neither recovers the value nor provides any security, the mortgagee has the right to demand the early repayment of debts by the obligor.

Where mortgaged property is seized by a people's court due to the debtor's failure to perform his or her obligation at the expiration of the term for such performance, the mortgagee shall, from the date of seizure, be entitled to the fructus naturales separated from the mortgaged property, as well as the fructus civiles, including rents that may be obtained by the mortgagor from the mortgaged property.

---

**28 Recourse**

May security documents provide for recourse to all of the assets of the borrower? Is recourse typically limited to the collateral and does that have significance in a bankruptcy filing? Is personal recourse to guarantors limited to actions such as bankruptcy filing, sale of the mortgaged property or additional financing encumbering the mortgaged property or ownership interests in the borrower?

Security can be divided into two types: security provided by a third party and security on specific property of the debtor. The former is security set on the property belonging to a third party to secure the debt. Under this circumstance, recourse is provided to all assets of the borrower. The latter is a debt secured on a specific property. All the assets of a borrower could be used to secure the debt if the lender and the borrower reach agreement in the security documents. The recourse is limited to collateral rather than all assets of the debtor in the context of pledge and lien.

Recourse is limited to the collateral itself or to compensation if the collateral is lost or destroyed. The right on the collateral shall lapse upon the exercise of the recourse right, without regard to whether or not the debt is sufficiently paid off. If the borrower becomes insolvent or enters into a bankruptcy procedure, the mortgagee can exercise its right of pre-emption to be repaid.

---

**29 Cash management systems**

Is it typical to require a cash management system and do lenders typically take reserves?

Some lenders may require the setting up of an escrow account or execution of an escrow agreement to supervise the cash flow of the borrower.

---

**30 Credit enhancements**

What other types of credit enhancements are common? What about forms of guarantee?

In practice, bank guarantees, guarantees and security interests are employed to enhance credit in mainland China. Among these, bank guarantees are used commonly and include advance payment guarantees, performance guarantees and warrantee guarantees. These three kinds of guarantees may be used together or separately in a project, and a performance guarantee is used in most cases to secure the performance or payment.

---

**31 Loan covenants**

What covenants are commonly required by the lender in loan documents? What is the difference depending on asset classes?

The lender usually pays considerable attention to the amount of the loan, interest, specific time schedule of the payment of principal and interest, liability for breach of contract (including, but not limited to, penalty), security and disputes, etc.

---

**32 Financial covenants**

What are typical financial covenants required by lenders?

Usually, except for offering security under the lender's requirement, there is no law or regulation stipulating the requirements of financial covenants.

---

**33 Bankruptcy**

Briefly describe the bankruptcy system in your jurisdiction.

The concept of involuntary bankruptcy exists in China. Either the debtor or its creditors may initiate the bankruptcy procedure when:

- the debtor is not able to pay up the debts as they become due;
- the value of all the assets of the debtor are less than the debts; or
- the debtor is obviously unable to pay up the debts.

The debtor's assets cannot be frozen automatically during the bankruptcy procedure. Generally, the secured creditor's right to collateral will not be affected by bankruptcy since the secured creditor has priority entitlement to be repaid in the bankruptcy procedure.

Although a detailed procedure of valuation is not formulated within the Chinese legal system, the valuation proceeding is broadly adopted in China.

The lender has the right to collect rents if legal conditions are met during the bankruptcy procedure.

---

**34 Secured assets**

What are the requirements for creation and perfection of a security interest in non-real property assets? Is a "control" agreement necessary to perfect a security interest and, if so, what is required?

There are three types of security interest in non-real property assets: mortgages, pledges and liens. The mortgage is created and perfected at the time when the mortgage contract comes into force. However, the mortgagee is not protected against a third party with good faith if the mortgage is not registered. Pledges on moveables perfect upon delivery, while pledges on rights perfect upon the delivery of the certificates of such rights, or upon registration if there are no such certificates. Liens perfect when the debtor fails to pay a debt that becomes due and the lender possesses the debtor's moveables legitimately. Except for liens, security interest on non-real property assets shall be created and perfected by written agreements.

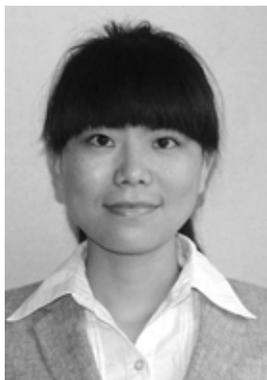
---

**35 Single purpose entity (SPE)**

Do lenders require that each borrower be an SPE? What are the requirements to create and maintain an SPE? Is there a concept of an independent director of SPEs and, if so, what is the purpose? If the independent director is in place to prevent a bankruptcy filing, has the concept been upheld?

Lenders do not require each borrower be an SPE in China.

## 在建工程转让模式的法律分析



陆莉雅



陈凯

当前我国的房地产行业，部分房地产企业因政策环境收紧或自身资金短缺等原因导致项目开发陷入困境，希望将名下处于在建工程阶段的项目转让；同时，也有资金较为充裕的企业希望进入这一市场，但受限于土地供应量及新房地产开发项目审批难度增加等原因，纷纷把目标转向出让的在建工程项目。此外，基于集团公司战略调整、内部资产重组等考虑，在关联企业之间进行的在建工程转让也较为频繁地发生。因此，在建工程转让市场普遍处于一个相对活跃期。

实践中，在建工程的转让主要有在建工程整体资产转让（下称“资产转让”）和专门为开发建设该工程而设立的项目公司股权转让（下称“股权转让”）两种模式。资产转让是指，权利人其拥有的尚未开发完成的在建工程项目，包括土地使用权、在建工程及其相关附属设施等，整体转让给受让方，并收取转让价款的转让模式。股权转让是指，权利人通过向受让方转让项目公司股权，达到在建工程项目转让的目的。

本文拟从转让条件、转让程序、转让成本与转让风险四个角度，对上述两种模式进行比较分析，希望能在一定程度上厘清两者利弊，供相关企业和专业人士参考。

### 一、关于转让条件

《中华人民共和国城市房地产管理法》（下称“《房地产管理法》”）第三十八条第一款规定，以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：（一）按照出让合同约定已经交付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；（二）按照出让合同约定进行投资开发，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。

根据上述规定,并结合该条款关于禁止转让情形的规定,通过资产转让方式转让在建工程项目,需要满足以下条件:

#### 1、土地出让金全部交付

按照相关规定,交付全部土地出让金后才能取得土地使用权证书。但事实上,某些地方政府经常采取一些变通做法,在未支付全额土地出让金之前也可能取得土地使用权证书。对此,受让方应当审慎审查土地使用金的缴纳单据,或由相应房管部门出具已经支付全部土地使用权出让金的证明。

#### 2、已投资开发条件

《房地产管理法》中房屋建设工程必须已经投资开发并且须完成开发投资总额的百分之二十五以上的规定,是为了避免开发商为获取土地溢价利益进行倒卖而非真正进行房地产开发而设置的限制性条件。

3、不属于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情形,不属于依法回收土地使用权,且房地产权属清晰、权属证明依法登记。

而通过股权转让方式进行在建工程转让,则上述限制性条件将均不适用。换言之,除非项目公司在土地出让时,就其股权变动的限制与地方政府有过明确约定,项目公司股东可以在任何阶段将将在建工程以股权转让的方式转让出去,二不受上述各项要求的限制。有人认为这种做法或有规避法律之嫌。对此,笔者认为,股权转让是由项目公司股东与受让方之间进行,其依据的是《公司法》中对股东有权在合法前提下转让其股权的相关规定,股权转让后土地使用权权利主体并未发生变更,不涉及上述《房地产管理法》中物权层面对土地使用权流转的限制。因此,在建工程开发投资总额不能满足资产转让的要求时,可以考虑通过股权转让的方式进行操作。

根据上述比较可见,股权转让模式较之资产转让,条件更为宽松。

## 二、关于转让程序

综合现行有关法律法规的规定,通过资产转让方式转让在建工程,应履行以下程序:

1、对双方已确定的各项转让内容进行逐一清点、核查,或由专业评估机构对目标资产进行评估后确定转让价格,并在此基础上签订书面转让合同;

2、在相应行政机关办理相关过户登记。因项目公司主要资产转让减少注册资本的,还须通知债权人并在报纸上公告,项目公司在履行完毕相应债权债务关系后办理相应的注销手续;

3、转受让双方应当自土地使用权变更登记手续办理完毕之日起30日内,持房地产开发项目转让合同到房地产开发主管部门备案手续;

4、在建工程相关建设用地规划许可证、建设工程施工许可证等部分或全部建设手续的更名审批程序;

5、已签订的设计、施工、监理、银行抵押贷款、商品房预售等在建工程相关合同、协议的权利义务转移程序等。

通过股权转让方式转让在建工程的,只需签订股权转让协议并按规定办理股权转让的工商变更登记手续(外商投资企业还应办理相应股权变更审批手续)即可完成转让。由于对外的土地使用权主体和项目主体并未发生改变,因此无需进行土地使用权或资产转让所必须的相关权属变更登记程序。

综上,通过资产转让方式转让在建工程,涉及的内容相对更多、程序更为复杂,且政府主管部门审批等不可控的因素更大;相比之下,股权转让程序更为简易、快速。

## 三、关于转让成本

在建工程转让成本包括各种应缴税金、评估审计费用、各种变更登记费用、中介机构费用等,其中税金为成本的主要部分。转让涉及的税种包括:营业税、城市维护建设税、教育费附加、契税、土地增值税、企业所得税、印花税等。

在资产转让模式中,出让方应当缴纳的税款主要包括:营业税(按营业额的5%计征)、城市维护建设税(按营业额的7%计征)、教育费附加(按营业额的3%计征)、企业所得税(按所得额的25%计征)、土地增值税、印花税(按合同记载金额的万分之五计征)等。受让方应当缴纳的税款主要包括:印花税(按合同记载金额的万分之五计征)、契税(按出让价格的3%~5%计征),同时还有相关变更登记的手续费用。

实践中,在建工程转让涉及税款金额最大的往往是土地增值税。该税种以转让房地产取得的收入减除法定扣除项目

金额后的增值额作为计税依据,并按照四级超率累进税率进行征收。增值额未超过扣除项目金额50%,税额为增值额的30%;增值额超过扣除项目金额50%未超过100%,为增值额的40%-扣除项目金额×5%;增值额超过扣除项目金额100%未超过200%,为增值额×50%-扣除项目金额×15%;增值额超过扣除项目金额200%,为增值额×60%-扣除项目金额×35%(5%、15%、35%为速算扣除系数)。

根据《财政部、国家税务总局关于股权转让有关营业税问题的通知》(财税[2002]191号),自2003年1月1日起,以无形资产、不动产投资入股,参与接受投资方利润分配,共同承担投资风险的行为,不征收营业税;对股权转让不征收营业税,即通过股权转让方式出让方可以免缴营业税,也包括以营业税为计税依据的城市维护建设税和教育费附加。同时,因为股权转让没有涉及房地产过户,与房地产转让税收无关,不但可以避免出让方缴纳土地增值税,还可以使受让方避免缴纳契税。

因此,从单纯从税种上考虑,股权转让模式较之比资产转让,转受让双方需要承担的税额较小。

此外,应当注意到,当有关房地产开放项目进入销售阶段时,之前转让评估的价值增值即成为税收意义上的企业所得,即需要为此缴纳土地增值税和所得税。因此,通过股权转让取得项目公司股权的受让方,最终将为该土地使用权及房屋增值承担相应的纳税义务,这应当在设计交易模式时予以考虑。

#### 四、关于转让风险

(一) 资产转让模式中,主要应考虑房地产项目本身可能存在的下列风险:

##### 1、土地使用权是否存在瑕疵

假如土地使用权已经设定担保、或存在租赁权、地役权等权利,应当注意相关风险并在交易中予以适当处理。因为根据《中华人民共和国物权法》(下称“《物权法》”)第一百九十一条的规定,抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产。

土地使用权人为多人共有,但未得到规定的共有人同意时,该土地使用权转让存在法律瑕疵。《物权法》第一百零五条和九十七条规定,处分土地使用权的,应当经占份额三分之

二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意。

土地使用权被收回的法律风险,按照《房地产管理法》第二十六条的规定,超过出让合同约定的动工开发日期满1年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费;满2年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权。

其他土地使用权相关风险,还包括土地使用权是否存在被采取查封保全措施等司法限制情形等。

##### 2、已存在合同的处理

有些在建工程已进入实质性施工建设阶段,必然受出让方与施工单位、设计单位、监理、勘测单位等签订的各项合同的约束。资产转让即意味着合同主体的变更,应当注意已签订的各项合同是否可继续履行,是否存在一方不愿继续履行合同等风险和后果。

##### 3、相关手续的办理风险、所需时间的不确定性

在资产转让中,应对在建工程项目进行充分尽职调查,在资产转让合同中对上述问题的处理方式、费用负担等事项作出详尽约定。

(二) 比较而言,股权转让模式中的风险更为复杂难辨,除了资产转让中同意涉及的项目本身存在的风险外,还可能存在项目公司重大债权债务等股权转让模式下特有的其他风险。

##### 1、股权瑕疵的风险

如项目公司设立及经营中存在出资不实、抽逃资金等情形,或出让方已经将出让股权设定质押,都将造成待转让的股权存在瑕疵。若受让方在转让过程中未发现上述问题,将可能承担相应风险。

##### 2、项目公司的债务风险

股权转让后,受让方必须以其出资额对项目公司债权债务承担责任。当项目公司存在受让方原先不知晓的债务时(包括未披露的对外担保、潜在合同违约、潜在的未支付款项等),即使转让合同中明确约定受让方对目标企业被收购前形成的债务不承担责任,但由于这种协议条款不能对抗善意的第三人,收购方只能在对外承担债务责任后,再向项目公司原股东进行追偿。

##### 3、项目公司经营合法性风险

由于股权转让方式并未变更项目公司主体,如项目公司

在股权转让之前存在各类违法违规行为(例如:偷税漏税、无证施工等),并在完成转让后被查处的,将造成对项目公司的不利,也即是对受让方享有的股东权益的贬损。

综上所述,在建工程转让采用何种方式不是表面上的模式的选择,而应立足于具体项目,在充分调查及谈判协商的基础上,综合考虑各种因素作出最适当的选择。此外,在作出选择之后,还应在相关协议文件中针对各种具体问题分别采取措施,作出详尽约定和安排。如此,才能选择相对而言程序简便、成本低、风险小的模式进行操作,安全有效地完成在建工程的转让。

## 浅谈中国的工程保险



石杰

目前,中国正处于基础设施建设的热点时期,但在众多现代化建筑给我们的生活带来日新月异变化的同时,由于建设工程本身具有的投资大、周期长、参与主体多、组织关系复杂等原因,建设施工过程本身也存在诸多风险。而保险作为一个最为直接的风险转移手段,已经引入了中国的建设领域,并发挥着日益重要的作用。

在《建筑法》修订后,中国现有法律对于工程领域已没有强制保险的规定,是否投保工程保险为建设单位等相关主体的商业选择。目前,中国的工程保险主要包括建筑(安装)工程一切险、施工机具保险、职业责任险、雇主责任险和意外伤害险等险种,可选择投保或合并投保,为中国的建设工程建立了一个相对健全的风险管理屏障。下面笔者对这些险种进行简要分析与介绍。

### 一、建筑(安装)工程一切险

建筑(安装)工程一切险,简称工程一切险,是工程保险领域最为重要的险种,可适用于所有的建筑及安装工程,也是目前中国建筑工程领域适用最为普遍的基础险种,中国的大多数经营财产保险的公司均有相关保险产品。

建筑(安装)工程一切险承保范围包括建筑(安装)工程的物质损失和第三者责任两项,即对于保险标的工程实施过程中因自然灾害或意外事故造成的物质损失以及对于第三者的赔偿责任,保险公司予以承担及赔偿,基本可以覆盖因自然灾害及意外事故给标的工程造成的损失。但是需注意的是,该等“一切险”并非字面意义上的所有风险一力承担,而是

属于“除外的除外”，即对于保险条款中明确列明的“除外责任”，保险公司是予以赔偿的。

投保建筑(安装)工程一切险的主体，即投保人通常为建设工程的建设单位(工程业主)或施工总承包单位，具体需视项目《施工总承包合同》的相关条款确定，但无论由谁去投保，保险费用均列入工程的结算价之中。

建筑(安装)工程一切险的投保人可以作为被保险人，但并非只有投保人才是被保险人。广泛的被保险人是工程保险的特色之一，实践中，工程保险的被保险人通常包括业主(建设单位)、总承包商、分包商、业主聘用的监理工程师以及其他与工程有密切关系的单位或个人，具体范围由投保人和保险公司协商确定。被保险人范围的大小与保险费率有一定关系，通常被保险人越多，也就是主张保险赔偿权利的主体越多，保险费越高。

目前，中国境内各保险公司的建筑(安装)工程一切险的保单均为其在2009年《保险法》修订后制作的新版建筑(安装)工程一切险保单，通常由建筑(安装)工程一切险明细表、一切险条款、附加特别条款三部分组成。其中，一切险明细表系对保险内容的概括性表述，包括投保人、被保险人、保险标的、保险金额、保险期限等，其具体内容按照保险工程的具体情况确定。一切险条款系保险合同的核心条款，对于保险责任、除外责任、理赔等等均作出了详细规定，系各保险公司在保监会备案过的条款，通常无法更改。附加特别条款是对一切险条款的修改、变更、补充及说明，其效力高于一切险条款，但条款内容也是保险公司备案条款，无法直接修改，但可与保险人协商选择附加特别条款的组合，确定最佳保险方案。

建筑(安装)工程一切险的保险金额通常在投保时按照工程的概算金额确定。因工程一切险的保险标的，即在建工程本身的价值在不断变化，保险人的赔付风险也在随之不断变化，故在保险业界通常会考虑工程造价、进度等因素，综合考虑一个费率，称为统扯费率。保险费是以工程概算金额与统扯费率一起测算出的初步保险费用，最终的保险费用将以工程结算价为准予以确定，多退少补。保险条款中通常会规定，当保险费付至保险人账户时，保险合同方才生效。

## 二、施工机具财产保险

通常而言，建筑(安装)工程一切险的保险标的仅为在建工程，包括工程本身及未来可能成为工程一部分的设备及设施，并不包含承包商工程施工所使用的机具、设备、机械装置，若要得到该部分资产的保险保障，就需这些施工机具的所有人另行投保施工机具的财产保险。该保险也非法定强制保险，建设单位通常不会在《施工总承包合同》中要求承包商去投保，而是承包商或该施工机具的所有人为了自己的财产能够得到适当的保险保障自行投保；保险期限通常不以项目建设周期为准，而是按照年度计算。

但是，若建筑(安装)工程一切险的投保人为工程的承包人的，承包人可以特别要求保险公司扩展增加建筑工程一切险关于施工机具的附加条款，在增加一部分保险费用后，保险公司将扩展承保施工机具的损失，但其通常不负责赔偿施工机具由于内在的机械及电气故障引起的损失，以及领有公共运输行驶执照的车、船及飞机的损失。施工机具附加险通常要求以该机具的重置价投保，该重置价是指重置同型号，同负载的新设备所需费用。

## 三、第三者责任险

目前，保险公司通常不提供单独的建筑工程领域的第三者责任险，而是将其纳入建筑(安装)工程一切险中。工程领域的第三者责任险主要承保：在保险期间内，因发生与保险合同所承包工程直接相关的意外事故引起工地内及邻近区域的第三者人身伤亡、疾病或财产损失，依法应由被保险人承担的经济赔偿责任；以及被保险人因保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，应由被保险人支付的仲裁或诉讼费用以及其他必要的、合理的费用。

需注意的是，第三者责任险中的“第三者”范围的界定非常重要，第三者的范围越大，保障越大；在投保时，可通过与保险人协商增加第三者定义附加特别条款，将工程的造价单位、法律服务单位等顾问单位的人员明确界定为第三者，将其纳入保险范围之内。

## 四、职业责任险

职业责任保险是指承保各种专业技术人员由于工作上的疏忽或过失所造成合同一方或他人的人身伤害或财产损失的经济赔偿责任的保险。对于工程领域而言，该险种更为重要，

一旦因设计、监理等技术人员过错或过失造成工程的巨大损失,其所收取的服务费是远远不够赔偿的,保险无疑成为了责任分担的重要选择。而投保职业责任险在提高服务机构抗风险能力的同时,也可保证工程的顺利进行,故在国际工程领域,该险种已经较为普及。

近年来,职业责任险的开设是中国保险市场在工程领域的重要突破,几个大型保险公司都开始推出相关保险产品,工程的设计、监理、项目管理公司、律师、造价顾问等服务机构均可投保。而且,工程的建设单位也开始重视该险种,如本所参与的某国家重点建设工程,其监理招标文件中就明确要求监理单位必须提供投保该险种的保险单。

## 五、雇主责任险

雇主责任保险是指被保险人所雇佣的员工在受雇过程中,从事与被保险人经营业务有关的工作而遭受意外或患与业务有关的国家规定的职业性疾病,所致伤、残或死亡,被保险人根据《中华人民共和国劳动法》及劳动合同应承担的医药费用及经济赔偿责任,在规定的赔偿限额内负责赔偿的一种保险。三资企业、私人企业、国内股份制公司,国有企业、事业单位、集体企业以及集体或个人承包的各类企业都可为其所聘用的员工投保雇主责任险。

在工程领域,为减轻单位的风险,建设单位、施工单位、监理单位、勘察设计单位等均可对进入施工现场的人员,自行投保雇主责任险。

## 六、意外伤害保险

因《建筑法》(2005)第四十八条规定:“建筑施工企业必须为从事危险作业的职工办理意外伤害保险,支付保险费。”所以,意外伤害保险曾作为法定强制险,在建筑工程领域一度非常盛行,作为工程承包商的施工企业均需为相关高危作业人员办理该保险。

但是,在2011年4月全国人大常委会在对《建筑法》进行修订时,将该条修改为:“建筑施工企业应当依法为职工参加工伤保险缴纳工伤保险费。鼓励企业为从事危险作业的职工办理意外伤害保险,支付保险费。”自此,该险种不再是法定强制险。

因意外伤害保险保费相对较低,但保险金额相对较高,

且其带有人身性质,不存在重复保险或受最高保险金额的限制,可作为社会保险(工伤)保险以及雇主责任险的补充,故在建筑工程领域,有些单位仍在继续投保该险种。

综上所述,通过上述保险产品的陆续推出,中国目前已经形成了较为完整的工程保险体系。但在实际投保上述工程保险时,投保人还需综合考虑工程的具体情况,明确所需险种、确定保险方案。适当而充分的工程保险方案的实施,不仅可以使建设单位及施工单位在事故发生之后利用保险公司赔付资金尽快恢复工程建设,还可以借助保险公司的风险管理机制有效地控制风险的发生和减少损失。

# 中国建设工程施工合同备案制度 亟待走出误区



王霁虹



张晓峰

近几年,中国各地建设行政主管部门对建筑工程施工合同的备案审查大有愈加严格、行政权力愈加扩大之趋势。以北京为例,2004年,笔者所担任法律顾问的一个大型建设项目开工,该项目完全采用了FIDIC1999年版施工合同条件(红皮书),在建委顺利获得了备案。同样属于该大型项目的一个附属工程,于2010年启动,该项目的施工招标及合同签署均被强制要求采用北京市建设行政主管部门编制的《北京市房屋建筑和市政基础设施工程施工总承包招标文件示范文本》,并且不允许对示范文本中的条款进行较大修改,如果合同当事人欲增加工期违约金数额、增设违约条款、将部分风险转移承包人或对示范文本条款进行其他实质修改,该合同将不能通过备案。在其他省市,当地的建设行政主管部门也均对施工合同的内容提出了类似严苛的要求,均要求采用当地编制的示范文本或建设部1999年出台的建设工程施工合同示范文本。

这一现象不仅与中国近年来飞速发展的建筑市场的市场化需求极不相称,并且不符合国际通行的惯例,同时也与相关法律相冲突。本文试图对中国建筑工程施工合同备案制度进行评析,并呼吁中国的建筑工程合同行政监管行为重新回到正确的轨道。

一、误入歧途的合同备案变成了实质性审查和事实上的行政许可

(一) 根据政府有关规定,如需领取施工许可证,应当进行施工合同备案。

原建设部(现住房和城乡建设部)《建筑工程施工许可管理办法》规定,申请领取施工许可证的条件之一是确定施工承包单位。

在此规定的基础上,各地方建设行政主管部门将领取施工许可证与施工合同备案进行挂钩。比如,《北京市房屋建筑 and 市政基础设施工程施工合同管理办法(试行)》第十八条规定:“依法领取施工许可证的工程,施工合同应当备案。”

所谓备案,应为存档备查,行政部门依法无需实质性审查,因为施工合同本应当由双方当事人根据合同法意思自治的原则自由约定,合同是当事双方的真实意思表示。合同通过合法的招投标程序,双方达成了一致的合同条件,该合同条件形成后,仅需备案在政府机关。至于合同的权利义务设定是否合理,合同是否有效,均不是政府机关的审查范围,换句话说,这既不是其权利,又不是其义务。至于招标条件怎么设置,更是招标人的权利,如果投标人认为招标条件不符合其利益诉求,完全可以不去投标。政府机关无权审查招标人的招标文件商务条件设置是否合理。

**(二) 实践中,地方政府要求合同当事人按照官方示范文本编制合同,并不允许有较大修改,否则不予通过备案。**

实践中,各地地方行政主管部门要求当事人按照当地政府编制的示范文本或建设部1999年版施工合同示范文本签署建筑工程施工合同,并且不允许当事人对示范文本进行较大修改,否则不允许通过备案。

目前,北京、河北、湖北、广东、重庆、黑龙江等地都推出了地方版本的施工合同示范文本,其他地方一般采用原建设部1999年推出的建筑工程施工合同示范文本。

所谓合同范本,并不具备强制执行力,应为推荐使用。对于合同当事人来说,可以使用该版本,也可以不使用该版本,当然也可以修改后使用合同范本。实践中,在各地政府部门的执行中,却变成了要求不得与政府合同范本有实质性违背,变成了强制执行。

**(三) 司法解释将备案合同作为案件审判的依据**

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十一条规定,“当事人就同一建设工

程另行订立的建筑工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”

以上构成了我国现有的建筑工程施工合同的备案制度。

**二、政府行政主管部门对合同的实质性审查涉嫌违反《合同法》、《行政许可法》等法律**

根据笔者的法律实践,政府有关行政主管部门将建筑工程施工合同的备案审查变成实质性审查,如果合同当事人签署的合同不符合其要求,则不予通过备案。该做法涉嫌违反《合同法》、《行政许可法》等法律规定。

**(一) 合同备案的法律性质**

中国现有的法律法规对于合同备案的法律性质没有明确的规定。笔者认为,参照《国务院关于投资体制改革的决定》(国发[2004]20号),备案既不是审批,也不是核准,应为存档备查。即便是对申请备案的合同进行审查,应当是形式审查,而不应是实质性审查。

**(二) 对建筑工程施工合同的审查行为涉嫌违反《合同法》**

《合同法》第四条规定:“【合同自由原则】当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”

政府行政主管部门对合同实质性审查,实际上干预了当事人订立合同的自由,侵犯了合同当事人的合法权利。因此,政府行政机关对建筑工程施工合同的审查行为涉嫌违反《合同法》。

**(三) 对建筑工程施工合同的审查行为涉嫌违反《行政许可法》**

《行政许可法》第二条规定:“本法所称行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。”

《行政许可法》第四条规定:“设定和实施行政许可,应当依照法定的权限、范围、条件和程序。”

从政府机关的实质审查行为来看,其备案审查行为实质上是一种行政许可行为。但行政机关从事的备案审查这一行

政许可行为,却无法律授权。也就是说,法律并没有设定合同备案审查这一行政许可,但是行政机关却将备案审查作为一项行政许可行为来行使。这就涉嫌违反《行政许可法》的规定。

鉴此,笔者建议建设行政管理部门还合同备案以本来面目,对于申请备案的施工合同,仅能进行形式审查,而不能进行实质审查。从长远来看,应当取消施工合同的备案制度,最终回归当事人的自由约定。对于建筑工程的质量和安全管理,应当通过加强过程质量安全监督的手段来进行,而不能通过干预合同当事人自由缔约权利的简单手段来达到管理建筑市场的目的。

## 浅议建设工程合同的系统性、关联性问题



唐 煊

建设工程合同是房产开发过程中,建设方、施工方、监理方等有关各方在项目施工前、建设施工过程中及施工完毕后,就建设工程的前期准备、监管、施工、验收、竣工、结算等有关事项达成的一系列协议。合同的具体内容往往随着工程项目的推进不断被新签订的补充协议、备忘录、工程签证所完善、补充、变更。因此,建设工程合同具有跨越时间长、内容复杂多变的特点。法律实务操作时,尤其应注意不同时间签署的文本的系统性及其之间相互存在关联性所引发的法律问题。

### 案例1:

2005年某建设单位经招标与某施工单位就某商业综合体项目签订施工合同,合同约定施工图范围内的工程人工费、相关费率按05年投标时报价计取。发生工程变更时工程量按实结算,合同有约定的依合同价结算,合同没有约定的依信息价结算。

2007建设单位要求该施工单位承建该项目旁边下沉式广场。双方签订的补充协议约定该下沉式广场进度款按补充合同的预算价(预算书经补充协议签署后才另行补上支付,结算时原合同有约定的依原合同的约定,原合同没有约定的依补充合同的合同价。

2010年工程完工后结算时双方发现,后补的补充合同的附件预算书约定了下沉式广场人工费按07年当地信息价确定),但同时预算书明确写明“本预算不作为结算依据”。

双方结算人员就该下沉式广场工程人工费的计费标准,发生争议。

部分结算人员认为：预算书明确写明“本预算不作为结算依据”因此人工费应视为结算时补充合同未作相应约定，应按照原合同约定，即按05年投标时投标文件载明的人工费计取下沉式广场的人工费。

部分结算人员认为：预算书明确写明“本预算不作为结算依据”因此人工费应视为结算时补充合同无相应依据。但下沉式广场不在原合同施工图范围内，增加的工作范围应视为工程变更。按照原合同工程变更时合同价款调整的约定，应采用“合同价”。而补充协议中明确将预算价注明为“合同价”，因此仍应按预算价结算。

简析：该下沉式广场不属于原合同约定的建设项目施工范围，该下沉式广场与原合同约定的建设项目不属于同一地块，土地所有权人不同，建筑物产权性质完全不同，因此不宜将下沉式广场认定为原建设工程的一部分或视为原项目的工程变更。该下沉式广场应视为独立建设项目。由于签订合同的各方在签订合同时忽略了主合同、补充协议、补充协议的附件（预算书）中存在相互矛盾，含义不清的表述，造成结算时的取费标准模糊不清，引发争议。

经调查核实，建设单位最终按双方订立补充合同时的原意，采用订立补充协议时07年信息价结算人工费。

## 案例2：

某建设单位于2005年与某施工单位签订建设工程施工合同，合同约定完工日期为2007年9月，双方按照施工期平均信息价结算钢材价格。后由于甲方原因工程延期，实际主体工程于2007年底封顶。2008年建设单位与施工单位签订备忘录，约定如施工单位能于2008年9月30日前完工，则对其奖励人民币100万。后施工单位如期完成，并获得建设单位奖励。

结算时，施工单位主张，前述备忘录构成对主合同工期约定的变更，应按竣工时间为2008年9月30日计算施工期并确定钢材结算价格（2008年钢材涨价），但实际上2008年工程已进入安装阶段，未大量使用钢材。

简析：建设工程施工合同不同文本之间的关联在案例2中得到充分体现。在签订备忘录时，合同双方并未关注竣工时间的变化可能导致对原合同“施工期”的影响，并进而影响到结算价格。在结算时，该问题才得以暴露，给建设单位结算时的谈判造成被动。

因此，建设单位到在签署建设施工合同的相关文件时必须高度关注原合同及相关附件的一致性、系统性，避免变更后的合同内容产生漏洞导致的不必要的损失。

经谈判，施工单位最终同意按钢材实际使用期（开工之日起计至主体封顶之日）计算土建钢材结算价。

在律师建议下，该建设单位对于此后签订的建设工程施工合同文本进行了优化，与其他施工单位约定采用“实际使用期材料平均信息价”结算其他项目的工程材料款。

## 结语：

对于参与房地产开发项目的各方而言，合同都是其牟取自身利益最大化的有力工具，合同的内容是各方博弈的结果。但在房地产项目开发过程中，各方的博弈力量将随着工程的进展逐渐变化，此消彼长。房产开发的建设方必须预见到这种博弈力量在不同阶段的变化，事前有针对性地预设适当的条款维护自身利益；事中通过对工程项目、合同的有效管理和全面掌控，系统性的控制建设工程合同内容的变化；最终确保通过合同的约定，有效地实现己方签订合同的目的，并使得各参与方的利益能相互协调，取得共赢。

# 建设工程法律基础词汇辨析： 工程变更、洽商、索赔、现场签证与计日工



张晓峰

工程变更、洽商、索赔、现场签证、计日工等词汇，常用于法律规定、规范标准、合同范本和项目管理实践中，前述词汇在使用中容易混淆，笔者试图从现有合同范本及标准规范的相关规定出发，厘清前述词汇的定义及使用，供大家参考。

## 一、工程变更

### (一) 有关工程变更(变更、设计变更)的规定

1、1999年版《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—1999—0201)(简称《建设部99版施工合同》)通用条款

#### 29. 工程设计变更

29.1 施工中发包人需对原工程设计进行变更，应提前14天以书面形式向承包人发出变更通知。变更超过原设计标准或批准的建设规模时，发包人应报规划管理部门和其他有关部门重新审查批准，并由原设计单位提供变更的相应图纸和说明。承包人按照工程师发出的变更通知及有关要求，进行下列需要的变更：

- (1) 更改工程有关部分的标高、基线、位置和尺寸；
- (2) 增减合同中约定的工程量；
- (3) 改变有关工程的施工时间和顺序；
- (4) 其他有关工程变更需要的附加工作。

因变更导致合同价款的增加及造成的承包人损失，由发包人承担，延误的工期相应顺延。

2、FIDIC《施工合同条件》(1999年第1版)(简称《FIDIC施工合同条件》)通用条件

1.1.6.9“变更”系指根据第13条【变更和调整】的规定，

经指示或批准作为变更的,对工程所做的任何更改。

### 13.1 变更权

在颁发工程接收证书前的任何时间,工程师可通过发布指示或要求承包商提交建议书的方式,提出变更。

承包商应遵守并执行每项变更,除非承包商立即向工程师发出通知,说明(附详细根据)承包商难以取得变更所需的货物。工程师接到此类通知后,应取消、确认或改变原指示。

每项变更可包括:

- (a) 合同中包括的任何工作内容的数量的改变(但此类改变不一定构成变更),
- (b) 任何工作内容的质量或其他特性的改变,
- (c) 任何部分工程的标高、位置和(或)尺寸的改变,
- (d) 任何工作的删减,但要交他人实施的工作除外,
- (e) 永久工程所需的任何附加工作、生产设备、材料或服务,包括任何有关的竣工试验、钻孔和其他试验和勘探工作,或
- (f) 实施工程的顺序或时间安排的改变。

除非并直到工程师指示或批准了变更,承包商不得对永久工程作任何改变和(或)修改。

3、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的《标准施工招标文件》(2007年版)》(简称《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”

### 15.1 变更的范围和内容

除专用合同条款另有约定外,在履行合同中发生以下情形之一,应按照本条规定进行变更。

- (1) 取消合同中任何一项工作,但被取消的工作不能转由发包人或其他人实施;
- (2) 改变合同中任何一项工作的质量或其他特性;
- (3) 改变合同工程的基线、标高、位置或尺寸;
- (4) 改变合同中任何一项工作的施工时间或改变已批准的施工工艺或顺序;
- (5) 为完成工程需要追加的额外工作。

### 15.2 变更权

在履行合同过程中,经发包人同意,监理人可按第15.3款约定的变更程序向承包人作出变更指示,承包人应遵照执行。没有监理人的变更指示,承包人不得擅自变更。

### 4、《建设工程监理规范》(GB50319—2000)

工程变更 在工程项目实施过程中,按照合同约定的程序对部分或全部工程在材料、工艺、功能、构造、尺寸、技术指标、工程数量及施工方法等方面做出的改变。

## (二) 对工程变更的理解

### 1、关于“工程变更”的名称

《建设部99版施工合同》将变更分为了工程设计变更和其他变更。《FIDIC施工合同条件》统一称为“变更”。

笔者认为用“工程变更”的说法比“变更”、“设计变更”更为恰当,“工程变更”既有别于一般法律意义上的合同变更(合同变更不能单方进行),又比设计变更的范围更广泛(除设计变更之外,工程变更还包括工作范围的增减)。

### 2、工程变更的内容

工程变更的内容既包括对工程的材料、工艺、功能、构造、尺寸、技术指标、位置标高、工程数量、施工方法等的变化,又包括对某一项工作的增加、减少或变化。工程变更不包括合同条款的变更(比如价款、工期变更等)。如发生合同价款、工期等合同条款变更,应当经双方协商一致。

### 3、工程变更的生效条件

工程变更的生效不需要承包发双方协商一致,发包人具有工程变更的单方决定权,承包人应当按照发包人的变更指令进行施工。在《FIDIC施工合同条件》中,增加了一个例外情形,即如果承包商立即向发包人发出通知,说明(附详细根据)承包商难以取得变更所需的货物,发包人接到此类通知后,应取消、确认或改变原指示。

### 4、工程变更导致的与费用有关的后果

工程变更导致的费用主要由两部分组成,一部分为价差,另一部分为损失,该两部分费用均应由发包人承担。需要注意的是,一般情况下,如果工程变更减少工作内容,由此给承包人造成该减少的工作内容的预期利润的损失,发包人不给予补偿,但是,如果工程变更减少的工作内容不是取消了而是由发包人委托给他人实施,发包人应当补偿承包人就该减少的工作内容的预期利润损失。

### 5、工程变更的提出时间

工程变更的提出时间为工程竣工前。

### (三) 笔者对工程变更的定义

工程变更,是指在工程实施过程中,发包人提出或批准的关于工程的材料、工艺、功能、构造、尺寸、技术指标、位置标高、工程数量、施工方法变化或者承包人工作内容变化等方面的变更。

## 二、索赔

### (一) 索赔有关规定

#### 1、《建设工程工程量清单计价规范》

2.0.10 索赔 在合同履行过程中,对于非己方的过错而应由对方承担责任的情况造成的损失,向对方提供补偿的要求。

#### 2、《建设部99年版施工合同》通用条款

1.21索赔:指在合同履行过程中,对于并非自己出的过错,而是应由对方承担责任的情况造成的实际损失,向对方提出经济补偿和(或)工期顺延的要求。

3、《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”

#### 23.1承包人索赔的提出

据合同约定,承包人认为有权得到追加付款和(或)延长工期的,应按以下程序向发包人提出索赔:……

#### 23.4 发包人的索赔

23.4.1发生索赔事件后,监理人应及时书面通知承包人,详细说明发包人有权得到的索赔金额和(或)延长缺陷责任期的细节和依据。发包人提出索赔的期限和要求与第23.3款的约定相同,延长缺陷责任期的通知应在缺陷责任期届满前发出。

#### 4、《FIDIC施工合同条件》通用条件

#### 20.1 承包商的索赔

如果承包商认为,根据本条件任何条款或与合同有关的其他文件,他有权得到竣工时间的任何延长期和(或)任何追加付款,承包商应向工程师发出通知,说明引起索赔的事件或情况。该通知应尽快在承包商察觉或应已察觉该事件或情况后28天内发出。

#### 5、《建设工程监理规范》(GB50319—2000)

费用索赔,指根据承包合同的约定,合同一方因另一方原因造成本方经济损失,通过监理工程师向对方索取费用的活动。

### (二) 对索赔的理解

1、发包人、承包人任何一方均可提出索赔,发包人提出的索赔为费用补偿;承包人提出的索赔可包括费用补偿和延长工期。

2、索赔具有补偿性质。

3、索赔事项应当有明确的合同依据。

4、索赔产生的原因可能是由一方违约造成,也有可能是由第三方或不可抗力造成。

5、因索赔产生的费用(索赔费用)应当计入工程造价。

6、索赔的提出有明确的程序要求和时间限制,如果超出了合同约定的时间,提出的索赔将得不到支持。但在司法实践中,合同有关索赔超期失效条款的约定并不能得到很好的执行。

7、索赔价款与变更价款应当进行明显的区别。索赔费用与变更价款区别的意义在于,索赔程序有时效要求,承包人如果超期提出索赔通知,承包人将丧失获得索赔价款的权利;而对于变更价款而言,在国内外大多数合同版本中则不存在超期失效的问题(建设部1999版施工合同除外)。但是,即便是FIDIC施工合同条款,其对于哪些属于索赔价款、哪些属于变更价款,界定并不清晰。

### (三) 笔者对索赔的定义

索赔是指在合同履行过程中,根据合同的规定,对于非己方过错而应由对方承担责任的情况而造成的损失,向对方提出要求给予费用补偿或延长工程工期的行为。

## 三、洽商

### (一) 洽商的概念

洽商,是指在工程实施过程中,承发包双方就某一事项达成一致意见。在《工程量清单计价规范》中,“洽商”这一概念已经不再出现,被“现场签证”所替代。

### (二) 有关洽商的规定

但是,在某些合同示范文本中,依然有“洽商”这一词汇出现。比如:

《建设部99版施工合同》协议书第六条“组成合同的文件”规定:“双方有关工程的洽商、变更等书面协议或文件视

为本合同的组成部分。”

《北京市房屋建筑和市政基础设施工程施工总承包招标文件示范文本》协议书第六条规定：“双方在本合同履行中所共同签署或认可的符合现行法律、法规、规章及规范性文件，且符合本合同实质性约定的指令、洽商、纪要或同类性质的文件，均构成合同文件的有效补充。”

笔者认为，工程实践中不宜有太多的重复的特殊词汇，既然已经有“现场签证”，“洽商”可以退出历史的舞台。

#### 四、现场签证

##### （一）《建设工程工程量清单计价规范》对现场签证的使用较为混乱

根据《建设工程工程量清单计价规范》，现场签证指“发包人现场代表与承包人现场代表就施工过程中涉及的责任事件所作的签证明。”

需要注意的是，《建设工程工程量清单计价规范》对于签证费用与计日工、索赔费用的关系并没有作出一个很好的说明与处理。比如：

4.6.7项规定：“发、承包双方确认的索赔与现场签证费用于工程进度款同期支付。”该条款将索赔费用和现场签证费用并列，表示二者不存在任何包含关系。

4.8.6项第1目规定：“计日工应按发包人实际签证确认的事项计算。”该条款将现场签证作为计日工的计算依据。

4.8.6项第5目同时规定：“现场签证费用应依据发、承包双方签证资料确认的金额计算。”该条款又将签证费用单列为一项，与计日工费用并列。

《建设工程工程量清单计价规范》对现场签证费用的使用较为混乱，既把现场签证费用单独列为一项费用组成，又将现场签证作为索赔和计日工的依据。

##### （二）笔者对现场签证的定义

现场签证，指承包双方就施工过程中涉及各类事项所作的签证明。

笔者认为，现场签证仅是承发包双方签署的关于事项的证明文件，不应将签证费用单列为工程价款的一部分，否则易造成混乱。签证的作用应是作为某事项的证明和索赔的依据。

#### 五、计日工

##### （一）计日工的有关规定

《建设工程工程量清单计价规范》

2.0.8计日工 在施工过程中，完成发包人提出的施工图纸以外的零星项目或工作，按合同中约定的综合单价计价。

《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”

15.7.1 发包人认为有必要时，由监理人通知承包人以计日工方式实施变更的零星工作。其价款按列入已标价工程量清单中的计日工计价子目及其单价进行计算。

15.7.2 采用计日工计价的人合一项变更工作，应从暂列金额中支付，承包人应在该项变更的实施过程中，每天提交以下报表和有关凭证报送监理人审批：

- (1) 工作名称、内容和数量；
- (2) 投入该工作所有人员的姓名、工种、级别和耗用工时；
- (3) 投入该工作的材料类别和数量；
- (4) 投入该工作的施工设备型号、台数和耗用台时；
- (5) 监理人要求提交的其他资料和凭证。

##### （二）对计日工的理解

在工程量清单中，计日工列为单独的一项，是为了便于将计日工的单价报价纳入总价，便于评标。

从简化计价规则的角度出发，笔者认为，计日工仅宜表示从事图纸外零星工作的单价，不宜单独将计日工列为工程造价的一部分。计日工既可作为变更价款的计算依据，又可作为索赔费用的计算依据。换句话说，计日工产生的费用完全可以被变更价款和索赔价款所涵盖，没有必要单列一项计日工费用。

#### 六、关于建设工程造价构成的建议

基于前述分析，笔者认为，正常情形下，建设工程造价宜由以下几部分构成：

- 1、合同协议书约定合同价款；
- 2、暂估价项目调整价款；
- 3、工程变更增减价款；
- 4、索赔费用；
- 5、其他增减价款（比如，风险调价、奖励、违约金等）。

## Getting The Deal Through: Construction – China (2012)

Getting the deal through is 英国知名法律出版物及在线网站，每年针对约50个行业领域，邀请世界主要国家的专业律师事务所共同完成行业法律要点报告。面向全球100多个国家发行，供律师及公司法务在相关交易及争议过程中参考。本所建设工程法律团队再度受邀撰写“2012年建筑专刊”中国业务法律报告。

Wang Jihong, Gao Lichun, Qiu Jian, Zhang Xiaofeng, Shi Jie and Xie Yi

V&T Law Firm

### 1 Joint ventures

Must foreign designers or contractors enter into a joint venture with a local contractor to design, build and be paid for their work? Does the law require that the local contractor control the joint venture?

No.

A foreign contractor may seek to set up joint venture enterprises with Chinese local partners, or wholly owned subsidiaries (ie, 'wholly foreign-owned enterprises' (WFOE)) under Chinese law. It is worth noting, however, that a WFOE is more limited in the scope of its business activities compared with joint ventures with local partners. As a contractor must hold relevant qualifications to carry out business under Chinese law and the application for acknowledgment of such qualifications is usually time-consuming and difficult, to save time, it is advisable for a foreign contractor to acquire an equity interest in a joint venture with Chinese contractors with required qualifications, rather than to set up a new subsidiary in China.

Chinese law does not require that the Chinese contractor owns a controlling equity interest in the joint venture with foreign contractors, although the Chinese partner must own at least 25 per cent equity interest in the concerned joint venture.

As to foreign designers, they can enter and conduct business in China directly in addition to doing so in the forms of joint ventures and WFOEs depending on specific design tasks. Foreign designers can undertake construction scheme designs directly, but for preliminary design and construction drawing design, they need to cooperate with domestic designers with relevant qualifications. In practice, it is very difficult for a WFOE to obtain qualifications in China, and accordingly it is advisable for a foreign designer to form a coalition with local designers whereby the partners will jointly undertake projects and bear joint and several liability.

### 2 Foreign pursuit of the local market

If a foreign designer or contractor wanted to set up an operation to pursue the local market what are the key concerns they should consider before they took such a step?

A foreign contractor or designer may want to take the following factors, among others, into consideration before it sets up a local office in China:

- the suitable legal vehicle for its China office, that is, WFOE, Sino-foreign equity joint venture (EJV), Sino-foreign cooperative joint venture (CJV), representative office, etc;
- the location of the office in respect of concerns relating to tax, local foreign investment policies, business environment, etc;
- Chinese tax law and local policies;
- Chinese regulatory procedures for setting up the China office and estimated timeline;
- Chinese foreign exchange law;
- Chinese customs law; and
- Chinese labour law, as well as immigration law in respect of foreign managers and employees.

### 3 Licensing procedures

Must foreign designers and contractors be licensed locally to work and, if so, what are the consequences for working without a licence?

If a foreign designer or contractor sets up a local subsidiary in China, the subsidiary must obtain the relevant qualifications and permits before it engages in the concerned business. Failure to obtain such qualifications or permits may result in the construction or design contract being deemed void under Chinese law; an administrative penalty against the local subsidiary; and, in the most serious cases, the business licence of the subsidiary may be revoked.

If foreign-invested construction companies enter into contracts beyond their qualification or licence, fines may be imposed of between 2 per cent and 4 per cent of the project's contract price. They may also be ordered to cease operations for rectification. In the event of aggravating circumstances, their qualification certificate may be revoked and illegal proceeds may be confiscated.

Foreign-invested construction design companies may face administrative penalties including fines, an order to cease operations for rectification, degrading and, in aggravating circumstances, revocation of their qualification certificate and confiscation of illegal proceeds.

If foreign designers directly engage in construction scheme design business or cooperate with qualified Chinese designers to undertake preliminary design and construction drawing design business, neither the designer nor its employed designers are required to have Chinese qualifications.

However, please note that if foreign designers bid for construction scheme design business, they should be members recommended by the industry associations of their locality or country. The lists of recommended designers provided by the industry associations or organisations should be confirmed by the project owners.

If foreign designers cooperate with domestic qualified designers to jointly undertake construction preliminary design or construction drawing design, such foreign designers shall provide documents such as a design permit or licence issued by the competent authority of their countries or by their industrial organisations or associations.

### 4 Labour requirements

Are there any laws requiring a minimum amount of local labour to be employed on a particular construction project?

No Chinese laws require a minimum amount of local labour to be employed on a particular construction project. However, a foreign contractor must consider how many foreigners will be allowed to enter into China for a particular project.

### 5 Local labour law

If a contractor directly hires local labour (at any level) for a project, are there any legal obligations towards the employees that cannot be terminated upon completion of the employment?

According to the Chinese Labour Contract Law, contractors shall enter into employment contracts with their employees (either Chinese

or foreign) when they hire them directly. Generally speaking, employment contracts for construction projects are based upon completion of certain work; therefore, they are not fixed-term contracts. When the contracts expire, if one of the following circumstances is present, among others, contractors will have to perform their duties under the contract and may not terminate the contract until the circumstance disappears:

- where employees exposed to risks of occupational disease have not had health checks before leaving their posts, or suspected occupational disease patients are in the course of diagnosis or medical observation;
- where employees who contracted a disease during the course of employment or were injured during their employment are confirmed to have lost all or part of their ability to work;
- where sick or injured employees are in the prescribed medical period;
- where female employees are pregnant, in the process of giving birth and nursing; or
- where the employees have been working continuously for the company for no less than 15 years and there are less than five years before they reach their mandatory retirement age.

Additionally, it is worth noting that the contractors will have to make statutory severance payments to employees when the employment contracts expire or are terminated due to completion of work, unless Chinese law permits otherwise in the specific situation. In general, the severance payments are calculated based on seniority and the employee's monthly salary (including bonus) prior to the termination or expiration of the employment contract.

#### 6 Health and safety regulation

Are there any specific health and safety rules regulating the construction industry?

China has promulgated a comprehensive set of laws, regulations, administrative rules and regulatory documents regarding health and safety in the construction industry. The most important and frequently referred to include, without limitation, the Construction Law of the People's Republic of China, the Production Safety Law of the People's Republic of China, the Administrative Regulations on the Work Safety of Construction Projects, etc.

A contractor's main responsibilities for safety are:

- being primarily responsible for safety on the construction site, with its legal representative responsible for work safety of the company and assuming general responsibility for safety management on the construction site;
- possessing and maintaining the work safety licence when undertaking a project;
- taking emergency measures to minimise damage and to avoid personal injury and casualty, and reporting to the relevant authorities immediately in the event of accidents in construction;
- preparing safety techniques and measures when formulating the construction management plan; and
- taking measures to maintain safety and prevent dangers and fires.

A contractor's main responsibilities for health are:

- insuring workers and staff members engaging in dangerous operations against accidental injuries and paying the insurance premium for them;
- establishing a sound and complete working safety education and training system, and prohibiting employees from working without proper safety education and training;
- controlling harmful dust, waste gas, waste water, solid waste, noise and vibration so as to avoid pollution or adverse influence on the environment;

- complying with relevant laws and regulations as well as good practice rules during the construction operation; and
- allowing working personnel to put forward proposals in order to improve operating procedures and working conditions, to obtain labour protection facilities and to criticise, report and prosecute people for actions endangering personal health and safety.

#### 7 Close of operations

If a foreign contractor that has been legally operating decides to close its operations, what are the legal obstacles to closing up and leaving?

A foreign contractor (in the forms of a joint venture or a WFOE) must have fully performed its mandatory and contractual obligations as well as paid up all its debts before it closes its operations in China. If foreign contractors have unpaid debts, the creditors may file a claim with the court to seize their property in China. The foreign contractor shall give severance payment to its employees to terminate the unexpired employment relationship.

In the case of a WFOE, it will need to go through the liquidation and winding-up procedure for the purpose of closure. The liquidation procedure may become time-consuming and burdensome where the subsidiary has complicated liability issues or tax issues.

#### 8 Standard forms of construction contracts

What standard contract forms are used for construction and design?

The Chinese government has issued standard-contract forms for construction and design.

The standard-contract forms for construction include:

- the standard form of construction contract GF-99-0201 jointly issued by the State Administration for Industry and Commerce and the Ministry of Housing and Urban-Rural Development in 1999, which has been widely used in China; and
- the standard form of construction contract attached to the standard forms of construction bidding documents jointly issued by the State Development and Reform Commission and eight other ministries and commissions in 2007.

In addition, along with the ever-increasing number of foreign contractors entering China and Chinese contractors undertaking construction projects overseas, FIDIC standard forms of contract are being widely used in China.

The standard-contract forms for design are the standard forms of construction engineering and design contracts for civil construction projects and the standard forms of construction engineering and design contracts for professional construction projects jointly issued by the State Administration for Industry and Commerce and the Ministry of Housing and Urban-Rural Development in 2000.

It is worth noting that the above-mentioned standard forms are recommended but not mandatory.

#### 9 Price escalations

In typical construction contracts, who assumes the risk of material price escalation and shortages?

The construction model contract, which was jointly issued by the Ministry of Construction and the State Administration for Industry and Commerce in 1999, sets forth three pricing mechanisms as follows:

- fixed price – the parties may stipulate the scope of risk and the calculation of risk costs, and the fact that the contract price is not adjustable within the agreed scope of risk. Both parties can separately agree on the price adjustment plan beyond the scope of risk. In reality, under such arrangement, the risk of material price escalation and shortages is normally borne by the contractor;

- adjustable price – the price can be adjusted according to the agreement of both parties, and the parties may stipulate the adjustment plan within the special clauses. Under such arrangement, the risks of material price escalation and shortages are borne by both parties and absorbed as agreed in the contract; and
- cost plus – the contract price is cost plus agreed profit. The parties may stipulate methods to calculate cost structure and profit. In practice, under such an arrangement, the risks of material price escalation and shortages are borne by the owner.

#### 10 Competition

Do local laws provide any advantage to domestic contractors in competition with foreign contractors?

Chinese law does provide certain advantages to domestic contractors in competition with foreign contractors.

As described in questions 1 and 2, there are strict limitations on the scope of projects a construction WFOE is permitted to undertake in China. In addition, compared with their Chinese counterparts, construction WFOEs are subject to stricter requirements in connection with incorporation and operation in China, including requirements on the registered capital, qualification criteria and number of technical personnel and professionals.

#### 11 PPP and PFI

Is there a formal statutory and regulatory framework for PPP and PFI contracts?

The Chinese government encourages PPP and private capital to enter into the infrastructure area traditionally controlled by the government. Therefore, there has been speedy expansion and application of PPP including build-operate-transfer (BOT), transfer-operate-transfer (TOT) and build-transfer (BT) models. In contrast, the legal system for concessions is lagging behind. Currently, China does not have unified legislation on concessions. Relevant requirements are dispersed and exist in the forms of local regulations and rules as well as ministerial regulations. Regulations and practices in different industries and areas are inconsistent with each other. The establishment of the legal concession system will still take some time. Meanwhile, the existing land-use rights system poses material barriers for the application of PPP, which is popular in Hong Kong and other areas. The development of PPP in China is not optimistic.

#### 12 Payment of fees

How may a contractor secure the right to payment of its costs and fees from an owner? May the contractor place liens on the property?

Construction payments to contractors are often delayed. The Chinese government takes a lot of measures to deal with this situation. Apart from giving greater priority to contractors' payments rather than reimbursement of bank loans by legislation and judicial interpretation, the Chinese government requires the proprietors to provide advance payments and guarantee of payments by administrative means.

Meanwhile, Chinese law requires that if the project owner fails to make payment within the stipulated timeline, the contractor may demand payment within a reasonable period of time. If the project owner fails to make the payment at the end of such period, the contractor may enter into an agreement with the project owner to liquidate the project, and may also petition the People's Court to auction the project in accordance with the law, unless such project is not fit for liquidation or auction by nature. The construction project price shall be paid in priority out of proceeds from the liquidation or auction of the project.

#### 13 Tort claims and indemnity

Do local laws permit a general contractor to be indemnified against all acts, errors and omissions arising from the work of a subcontractor, even when the general contractor is negligent?

According to Chinese laws and regulations, the general contractor takes responsibilities based upon the general contract and subcontractors do so according to the subcontracts.

Generally speaking, the general contractor shall be jointly liable for the acts, errors and problems of the subcontracted projects. Exceptions are as follows:

The owner shall be liable if the quality defects are caused by failure of compliance with mandatory standards made by subcontractors appointed directly by the owner or caused by inferior materials, parts or equipment purchased by the contractor with instructions from the owner. The contractor will only be liable within the scope of its faults.

Please note that if the subcontractor's acts, errors or negligence are irrelevant to the subcontracted projects, then the general contractor will not be jointly liable for the subcontractor's acts, errors or negligence, except as otherwise agreed in the contract or where the general contractor is at fault.

#### 14 Liability to third parties

Where a contractor constructs a building that will be sold or leased to a third party, does the contractor bear any potential responsibility to the third party? May the third party pursue a claim against the contractor despite the lack of contractual privity?

Generally speaking, because of the lack of contractual privity, a contractor bears no potential responsibility to a third party. The buyer or lessee can only make damage claims against the seller or lessor based on their respective contracts. However, the contractor and the owner of the building shall be jointly liable for the third party damaged due to collapse of the building. After the owner and the contractor have made compensation, they can claim against other parties liable for the collapse – this means that, if the collapse causes damage to the third party, the third party can pursue a claim against the contractor directly.

#### 15 Insurance

To what extent may a contractor obtain insurance to cover its contractual risks?

The contractor normally can avoid its contractual risk by obtaining the following categories of insurance:

- construction works all risks insurance – this covers losses of the project itself, building machinery, equipment and materials incurred by natural disasters or accidents, and third-party liability incurred by accidents, throughout the course of the construction for all kinds of new projects, expansion projects and conversion projects;
- installation works all risks insurance – this covers losses and third-party liability caused by risks within the insured scope (mainly natural disasters and accidents) during the installation or adjustment of steel structures, machinery or equipment of industrial and mining enterprises for all kinds of new projects, expansion projects and conversion projects;
- construction equipment insurance – this covers all damage to construction equipment and tools owned by contractors and used in the course of construction arising from natural disasters and accidents;
- employer's liability insurance – this covers all medical expenses and financial compensation as well as litigation costs arising from damages to the employees during their employment;

- construction quality guarantee insurance – this covers losses arising from construction defects during the warranty period. This insurance can also serve as supplementary clauses to construction all risks insurance; and
- professional liability insurance – this covers personal injury and property damages due to negligence of professionals and technical persons.

#### 16 Insolvency and bankruptcy

Where major projects have been interrupted or cancelled, do the local laws provide any protection for unpaid contractors who have performed work?

Chinese law provides the following protections for contractors in the above-mentioned situation.

According to the relevant judicial interpretations, when a project has been interrupted or the construction contract has to be terminated because of a force majeure event, the owner has the obligation to pay the contractor for the work duly performed in accordance with the contract.

In accordance with the PRC Contract Law, if the project is interrupted or delayed due to any reason attributable to the owner, the owner should adopt measures to make up for or reduce the losses and compensate the contractor for its losses and expenses due to slowdown, stoppage, move or transfer of machinery, and overstock of materials and components.

#### 17 Contracting with government entities

Can a government agency assert sovereign immunity as a defence to a contractor's claim for payment?

No.

#### 18 Bribery

If a contractor has illegally obtained the award of a contract, for example by bribery, will the contract be enforceable?

Bribery is strictly forbidden according to Chinese law, and if a contractor entered into a contract illegally, the contract shall be deemed void ab initio with no binding effect on either of the parties.

#### 19 Political contributions

Are there laws that restrict the ability of contractors or design professionals to work for public agencies because of their financial support for political candidates or parties?

No.

#### 20 Arbitration

What is the prevailing attitude towards arbitration of construction disputes? Is it preferred over litigation in the local courts?

Arbitration is accepted by the mainstream community for those features such as its speediness, confidentiality, choice of the parties to select arbitrators, good atmosphere, award by experts, international acknowledgement and strong execution. On the other hand, since the arbitration award is final, which deprives the parties of the right to appeal as they have in litigation, many clients and attorneys choose not to use arbitration to settle disputes.

#### 21 Foreign corruption

Does local legislation prohibit corrupt practices carried out abroad by persons domiciled in your jurisdiction?

Chinese laws and regulations prohibit corrupt practices at home and abroad by persons domiciled in China. When breaking criminal laws,

they face criminal charges whether or not the offences took place inside or outside China.

#### 22 Force majeure and acts of God

Under local law are contractors excused from performing contractual obligations owing to events beyond their control?

Under Chinese law, contractors are excused from performing all or partial contractual obligations owing to force majeure. However, in cases where one party delays its performance and then a force majeure event occurs, it cannot be excused from liability.

When one party is not able to perform its contractual obligations, it shall inform the other party in a timely manner and take appropriate measures to alleviate the losses caused by the force majeure event. It shall also provide proof of force majeure within a reasonable period.

#### 23 Dispute resolution mechanisms

What dispute resolution procedures are successfully used to solve construction disputes?

So far, construction disputes have mainly been resolved through litigation and arbitration. The use of mediation is frequently introduced either in litigation or arbitration procedures. At present, new and more effective dispute resolution systems are being sought in China. Taking Beijing as an example, the Beijing Committee of Municipal and Rural Construction, the Beijing municipal courts, the Beijing Legislative Affairs Office, the Beijing Municipal Bureau of Justice and the Beijing Arbitration Committee are thinking about establishing a Beijing People's Mediation Committee on construction disputes, whose main task would be to mediate in disputes arising from construction contracts concerning construction costs and quality. In the Haidian District and the Chaoyang District, the government has already experimented with people's mediation and it is encouraging other districts and counties to do this too. All these efforts are, at present, only at the stage of exploration, and far from being called successful.

#### 24 Courts and tribunals

Are there any specialised tribunals that are dedicated to resolving construction disputes?

No.

#### 25 Limitation periods

Are there any statutory limitation periods within which lawsuits must be commenced for construction work or design services and are there any statutory preconditions for commencing or maintaining such proceedings?

Chinese law designates two years from the date when the plaintiff knows or should have known about the damage as the statutory limitation period. In addition, if 20 years have passed since the time of the damage, except for special situations when the court can extend the limitation period, the court will provide no more protection.

Four conditions need to be met before commencing a civil proceeding:

- the plaintiff is directly related to the case, and can be a citizen, an artificial person or other organisation;
- it is against a specific defendant;
- the claims are specific, and backed by facts and justifications; and
- the case is within the jurisdiction of the court.

If the plaintiff withdraws the suit after it has been accepted by the court, the statutory limitation period will be recalculated. This means

that the plaintiff will have two additional years within which the suit can be filed again.

#### 20 Dispute review boards

Are dispute review boards (DRBs) used? Are they necessary? Created as mandatory advisory bodies or not?

Some EPC contracts provided terms on DRBs, but with no specifics on the (composition), procedural rules and effect of their decisions, with the result that DRBs are rarely used.

#### 21 Mediation

How is the practice of voluntary participation in professionally organised mediation gained acceptance and, if so, how common is the practice and where are the mediators coming from?

The practice of voluntary participation in professionally organised mediation is rare and mediation results produced by such organisations are not binding. However, some arbitration institutions are working with industry associations and exploring the possibilities of such practice. Mediators are usually experts within the community, such as architects, engineers, designers, lawyers, officials of the competent authority, etc.

#### 22 Confidentiality in mediation

Are cover-ups made in mediation confidential?

This depends on what the concerned parties agree on in the mediation.

#### 23 Arbitral award

Is there any block upon which an arbitral award issued by a foreign or international tribunal may be rejected by your local courts?

When it acceded to the New York Convention, China made reservations under two circumstances: where the disputed matter is beyond the scope of arbitration, and where acknowledgment of the execution of the award is in violation of China's public policy.

Either of the above-mentioned exceptions may serve as a basis for rejection of a foreign arbitral award. However, in practice, there are no specific explanations as to 'public policy' or 'scope of arbitration', by retrospect, only one foreign arbitration award has been rejected by the Chinese courts up to 2008 (we do not have sufficient data to assess the situation from 2008 to the present) on the ground that Chinese public policy would be violated if the arbitration award were enforced.

#### 24 Governing law and arbitration provision

Is it usual for a contractor to warrant to pursue work and litigate by contract upon international arbitration as the dispute resolution mechanism while the local customary construction practice provides a preferred one?

Where a foreign contractor as a party to a contract (design consultation contracts and project cost consultation contracts included) insists that the disputes be resolved by international commercial arbitration, arbitration by the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) is a common choice. CIETAC is one of the major permanent commercial arbitral institutions in the world, with increasing recognition both inside and outside China. The local arbitral authorities at the provincial level or lower are usually rejected by foreign contractors due to a regional protectionism system.

For the past few years, some well-known international arbitral authorities such as the International Chamber of Commerce, the Hong Kong International Arbitration Centre, the Stockholm Chamber of Commerce, and the Singapore International Arbitration Centre have been working to increase their profiles in China.

#### Update and trends

The Chinese government market continues to develop and integrate with the world. Construction-related laws and regulations are being revised and updated in a steady state. The Ministry of Housing and Urban-Rural Development of China, Research Institute of CEIARC is working on a new model construction contract and a market risk allocation practice contract in an effort to regulate the developing real estate and construction market. Meanwhile, the Chinese government is taking more and more attention to the safety issue in construction and has been strengthening safety regulation. Implementation rules on the insurance and bonding are also in the process of being established.

#### 25 International environmental law

Is your jurisdiction party to the Stockholm Declaration of 1972? What are the local laws that provide for preservation of the environment and wildlife with assessing infrastructure and building projects?

China is a party to the Stockholm Declaration of 1972. China incorporated an environmental protection clause into its Constitution in 1978, enacted the Environmental Protection Law in 1979 and thereafter formulated a series of environmental and wildlife protection laws, including, in particular, the following:

- the Water Pollution Prevention Law;
- the Air Pollution Prevention Law;
- the Noise Pollution Prevention Law; and
- the Environmental Law on Solid Waste Pollution.

In promoting both infrastructure and housing construction, project owners and contractors shall all abide by these laws and regulations so as to prevent water, air, noise and solid waste pollution and an adverse impact on wildlife. In particular, the Administration Rules on Construction Projects Concerning Environmental Protection provide that the environmental impact assessment shall be proceeded before the commencement of construction and that the pollution prevention facility shall be designed, constructed and used at the same time as the project itself (Santongphi). When the construction project is completed, environmental protection facilities shall also be inspected and accepted. Recently, China has released a series of regulatory documents providing national environmental standards for construction materials such as paint, cement and ceramic tiles in an effort to phase out harmful and environmentally unfriendly materials.

#### 26 Other international legal considerations

Are there any other (important) legal issues that may present obstacles to a foreign contractor attempting to do business in your jurisdiction?

The following issues are to be noted:

- there are certain limitations on the scope of construction projects a foreign-invested enterprise can undertake;
- qualification matters – in practice, it takes more time and effort for a foreign-invested enterprise to apply for the contracting qualifications and foreign designers (firms can rarely obtain design qualifications in China); and
- when undertaking projects through a government procurement procedure, contractors should give priority to purchasing products, constructions and services produced in China.

#### 27 International treaties

Is your jurisdiction a signatory to any investment agreements for the protection of investments of a foreign investor participating and investing in the projects? If so, how does your treaty agreements affect the investment?

Currently, China has signed bilateral investment protection agreements with over 100 countries.

According to the Ministry of Commerce, 'investment' refers to all kinds of property invested in the territory of one contracting party by the other contracting party according to the effective laws during the time of investment, which include:

- moveable and immovable property, and all property rights such as mortgages, pledges, real rights for usufruct and such other rights;
- corporate shares, stocks and shareholdings in other forms;
- copyright, industry rights, special rights and business reputation; and
- concession rights, including the right to explore, mine and exploit natural resources.

The form of investment property does not affect the nature of the investment.

---

#### 24 Tax treaties

Has your jurisdiction entered into double taxation treaties pursuant to which a contractor is prevented from being taxed in various jurisdictions?

So far, China has entered into double taxation treaties with Belgium, France, Germany, Japan, the United Kingdom, the United States and 83 other countries situated all over the world. China also has tax arrangements with Hong Kong and Macao, whereby a contractor may have the chance to avoid double taxation.

---

#### 25 Currency controls

Are there currency controls that make it difficult or impossible to change operating funds or profits from one currency to another?

The Foreign Exchange Management Rules of the PRC promulgated by the State Council and regulations and regulatory documents enacted by the State Administration of Foreign Exchange as well as the People's Bank of China provide for relevant systems for exchange, settlement, sale and purchase of foreign currencies.

Generally, foreign currency circulation is prohibited in China. Transactions cannot be priced or settled in foreign currency. As to foreign exchange, no provisions materially obstruct the exchange

between Chinese currency and foreign exchange. However, provisions for current accounts, capital accounts and other accounts differ in terms of the exchange, settlement, sale and purchase of foreign currencies.

---

#### 26 Removal of profits and investment

Are there any controls or laws that restrict removal of profits and investments from your jurisdiction?

Currently there are no material restrictions on the removal of profits and investments from China. Nonetheless, foreign-invested enterprises must pay Chinese taxes relating to their profits and investments. Before a foreign investor withdraws its investment from China, it should complete all the formalities on the liquidation and winding-up of the concerned foreign-invested enterprises in accordance with the Company Law of the People's Republic of China, the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Joint Ventures and other relevant laws and regulations.

---

#### 27 Contractual matrix of international projects

What is the typical contractual matrix for a major project in your jurisdiction in terms of the contractual relationships among the various construction project participants?

Chinese construction projects are mainly operated through the model where owners directly enter into a contract with the contractors. In recent years, the Chinese government has been making tremendous efforts to advocate the concept of project management. Therefore, in large construction projects, project management, *dajituan* (government-led project management), engineering procurement and construction (EPC) and other models are increasingly applied. However, the effect of *dajituan* is not ideal and the public consider it a failure. The model of project management is more accepted by the community. However, the overall level of domestic project management still needs to be improved. As a popular general contract model, EPC is more often applied in major nuclear power and oil projects. The level of Chinese EPC general contractors with respect to project management needs to be improved.