



天達共和律師事務所
East & Concord Partners

2017/第 32 期

(总第 299 期)

每周法规与热点信息速递

北京总所：北京市朝阳区东三环北路 8 号亮马河大厦写字楼 1 座 18、20 层，2 座 19 层

邮编：100004 总机：010-6590 6639 传真：010-65107030

上海分所：上海市浦东新区陆家嘴环路 1000 号恒生银行大厦 18 楼 18-111 室

邮编：200120 总机：021-5878 5301 传真：021-5876 3728

深圳分所：深圳市福田区福华三路国际商会中心 2205 室

邮编：518048 总机：0755-2633 8900 传真：0755-2633 8939

武汉分所：武汉市武昌区汉街万达总部国际 A 座 3202-3206 室

邮编：430070 总机：027-8730 6528 传真：027-8730 6527

杭州分所：杭州市钱江新城剧院路 358-396 号宏程国际大厦 29 楼

邮编：310020 总机：0571-8501 7000 传真：0571-8501 7085



请使用微信扫描二维码
关注“天达共和法律观察”

Welcome to click: www.east-concord.com

导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近期，证监会调整可转债和可交换债发行方式并修订发布《证券发行与承销管理办法》；上交所、中国结算就修订股票质押式回购交易业务规则向社会公开征求意见；中基协发布证券投资基金投资流通受限股票估值指引；商务部就修订经营者集中审查办法公开征意，有关事项更多法规详见本周速递。

近日，全国中小企业股份转让系统对《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》（以下简称《指引》）进行了修订。新修订的《指引》将于2017年11月1日生效实施，自2017年11月1日起申请挂牌的公司需满足新修订的《指引》的要求。具体意见敬请关注本期“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《全面解读〈私募投资基金管理暂行条例〉（征求意见稿）》，以供参考；“实务聚焦”栏目重点关注《房地产项目尽职调查清单实务分析》，敬请阅读并指教。

目 录

法规速递

1. 全国股转公司修订发布股票挂牌条件适用基本标准指引\2017-09-06
2. 证监会调整可转债和可交换债发行方式并修订发布《证券发行与承销管理办法》\2017-09-08
3. 上交所发布上市公司可转换债券发行实施细则\2017-09-08
4. 证监会就《证券公司投资银行类业务内部控制指引》公开征求意见\2017-09-08
5. 上交所、中国结算就修订股票质押式回购交易业务规则向社会公开征求意见\2017-09-08
6. 证监会发布证券投资基金估值业务指导意见\2017-09-05
7. 中基协发布证券投资基金投资流通受限股票估值指引\2017-09-06
8. 商务部就修订经营者集中审查办法公开征意\2017-09-08
9. 反不正当竞争法修订草案二审稿征询意见\2017-09-05
10. 国家网信办规范互联网群组 and 公号信息服务\2017-09-07
11. 住建部就建设项目总投资费用项目组成等两文件征意\2017-09-04
12. 七部门发布 ICO 禁令 定性非法公开融资\2017-09-04
13. 国务院公布《宗教事务条例》\2017-09-08
14. 多政策推动外资“入局”国企混改\2017-09-08
15. 国务院：“证照分离”改革试点，推广至 10 个自贸试验区\2017-09-06

法规解读

之 全国股转公司有关负责人就修订《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引》事项答记者问

热点信息

法律观察

之 全面解读《私募投资基金管理暂行条例》（征求意见稿）

实务聚焦

之 房地产项目尽职调查清单实务分析

法规速递

1. 全国股转公司修订发布股票挂牌条件适用基本标准指引\2017-09-06

近日，全国股转公司修订发布《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》（下称《指引》），将于 11 月 1 日生效实施。《指引》主要修订了以下内容：1.明确了国有股权设置批复的相关要求，新增环保合规、资金占用具体情形、失信惩戒等内容。2.公司申报财务报表最近一期截止日由“不得早于改制基准日”变更为“不得早于股份有限公司成立日”。3.明确了申请挂牌公司下属子公司的范围和相关条件适用的标准。4.细化了“营运记录”与“持续经营能力”的具体标准。5.完善了“公司治理机制健全”的适用标准，列示了公司应建立的治理制度、增补了公司董监高人员任职资格限制情形。6.细化了公司财务规范性的具体要求等。

[阅读原文](#)

2. 证监会调整可转债和可交换债发行方式并修订发布《证券发行与承销管理办法》\2017-09-08

近日，证监会对可转债、可交换债发行方式进行了调整，将现行的资金申购改为信用申购，并经公开征求意见相应修订了《证券发行与承销管理办法》部分条款，于 9 月 8 日发布施行。可转债和可交换债发行方式调整后，参与网上申购的投资者申购时无需预缴申购资金，待确认获得配售后，再按实际获配金额缴款；参与网下申购的投资者申购时无需预缴申购资金，按主承销商的要求单一账户缴纳不超过 50 万的保证金，待确认获得配售后，再按实际获配金额缴款。此外，可交换债的网上发行由时间优先的配售原则调整为采用摇号中签方式进行分配。

[阅读原文](#)

3. 上交所发布上市公司可转换债券发行实施细则\2017-09-08

为配合中国证监会可转债和可交换债的发行方式调整，近日，上交所制定了《上海证券交易所上市公司可转换公司债券发行实施细则》（以下简称《实施细则》）和《上海证券交易所上市公司可转换公司债券发行上市业务办理指南》，经前期公开征求意见并完善后，于 9 月 8 日正式发布实施。此次调整的主要目的是解决可转债和可交换债发行过程中产生的较大规模资金冻结问题，主要内容包括以下四个方面：一是，将现行的资金申购改为信用申购；二是，建立网上信用申购违约惩戒机制；三是，减少网下发行的保证金缴纳金额；四是，统一可转债和可交换债发行规则。

[阅读原文](#)

4. 证监会就《证券公司投资银行类业务内部控制指引》公开征求意见\2017-09-08

近日，证监会研究制定了《证券公司投资银行类业务内部控制指引》（征求意见稿，以下简称《指引》），并于近日向社会公开征求意见。目前，投行类业务内部控制建设主要依据是《证券公司内部控制指引》、《证券发行上市保荐业务管理办法》、《上市公司并购重组财务顾问业务管理办法》等业务规则，上述规则对投行业务条线的内控提出了要求，对促进证券公司加强投行类业务风险管理、建立自我约束机制发挥了积极作用。但由于

制定时间较早、内容相对原则，且对各类投行业务内部控制的要求较为分散，其针对性和指导性有待进一步提高。

[阅读原文](#)

5. 上交所、中国结算就修订股票质押式回购交易业务规则向社会公开征求意见 \\2017-09-08

近日，上交所联合中国结算，发布了《股票质押式回购交易及登记结算业务办法（2017年征求意见稿）》，向社会公开征求意见。本次修订主要包括三个方面：一是进一步聚焦服务实体经济定位。明确融入方不得为金融机构或其发行的产品，融入资金应当用于实体经济生产经营并专户管理，融入方首次最低交易金额不得低于 500 万元，后续每次不得低于 50 万元，不再认可基金、债券作为初始质押标的。二是进一步强化风险管理。明确股票质押率上限不得超过 60%，单一证券公司、单一资管产品作为融出方接受单只 A 股股票质押比例分别不得超过 30%、15%，单只 A 股股票市场整体质押比例不超过 50%。三是进一步规范业务运作。明确证券公司开展业务的资质条件，要求证券公司建立融入方信用风险持续管理及资金用途跟踪管理机制。

[阅读原文](#)

6. 证监会发布证券投资基金估值业务指导意见\\2017-09-05

近日，证监会发布《关于证券投资基金估值业务的指导意见》（下称《意见》），自公布之日施行。《意见》包括估值业务基本要求、估值的基本原则、估值工作机制、计价错误的处理及责任承担、附则五部分。《意见》要求，基金管理人在确定相关金融资产和金融负债的公允价值时，应据《企业会计准则》的规定采用在当前情况下适用并且有足够可利用数据和其他信息支持的估值技术，具体包括“对于存在活跃市场且能够获取相同资产或负债报价的投资标的，在估值日有报价的，除会计准则规定的例外情况外，应该将该报价不加调整地应用于该资产或负债的公允价值计量”、“对于不存在活跃市场的投资品种，应采用在当前情况下适用并且有足够可利用数据和其他信息支持的估值技术确定公允价值”等三原则。

[阅读原文](#)

7. 中基协发布证券投资基金投资流通受限股票估值指引\\2017-09-06

近日，中基协发布《证券投资基金投资流通受限股票估值指引（试行）》（下称《指引》），自发布之日起实施。《指引》提出，本指引所称流通受限股票，是指在发行时明确一定期限限售期的股票，包括但不限于非公开发行股票、通过大宗交易取得的带限售期的股票等，不包括停牌、新发行未上市、回购交易中的质押券等流通受限股票。根据《指引》，流通受限股票的估值公式为：估值日该流通受限股票的价值=估值日在证券交易所上市交易的同一股票的公允价值×（1-该流通受限股票剩余限售期对应的流动性折扣）。《指引》引入看跌期权计算对应的流动性折扣。证券投资基金持有的流通受限股票在估值日按平均价格亚式期权模型（AAP 模型）确定估值日看跌期权的价值。

[阅读原文](#)

8. 商务部就修订经营者集中审查办法公开征意\2017-09-08

近日，商务部公布《经营者集中审查办法（修订草案征求意见稿）》（下称《征求意见稿》），现向社会公开征求意见，意见反馈截止于10月9日。《征求意见稿》共6章54条，涵盖经营者集中的界定、营业额计算、申报、审查等内容。《征求意见稿》明确，经营者应当在签署集中协议后、实施集中前向商务部申报。申报人可以向商务部提出附加限制性条件的建议，包括“剥离有形资产、知识产权等无形资产或相关权益等结构性条件”等3类。经评估，相关建议能够减少集中对竞争的不利影响的，商务部可以采取“在附条件批准的审查决定中要求剥离义务人在确定剥离业务买方、签订出售协议并经商务部审核批准前，不得实施交易”等方式附条件批准经营者集中。

[阅读原文](#)

9. 反不正当竞争法修订草案二审稿征询意见\2017-09-05

日前，第十二届全国人大常委会第二十九次会议审议《反不正当竞争法（修订草案）（二次审议稿）》（下称《二审稿》），面向社会征求意见，意见反馈截止于9月24日。与以往相比，《二审稿》删除第八条中经营者“不得进行虚假交易”；在第九条中进一步明确：第三人明知或应知商业秘密是权利人的员工、前员工或其他单位、个人通过非法手段取得，仍获取、披露、使用或允许他人使用的，视为侵犯商业秘密。针对利用技术手段在互联网领域从事不正当竞争行为，《二审稿》规定：一是明确经营者利用网络从事生产经营活动，应遵守本法各项规定；二是作出概括性规定；三是增加一项兜底条款。《二审稿》还强调，因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按侵权人因侵权所获得的利益确定。

[阅读原文](#)

10. 国家网信办规范互联网群组和公号信息服务\2017-09-07

日前，国家发改委法规司发布《关于修改〈招标投标法〉的决定（征求意见稿）》，面向社会公开征求意见，意见反馈截至9月20日。《征求意见稿》对《招标投标法》共作出八处修改，其包括对原第五条增加一款，作为第二款：“国家鼓励利用信息网络进行电子招标投标。数据电文形式与纸质形式的招标投标活动具有同等法律效力。”同时，《征求意见稿》将原第十九条第二款修改为：“国家对招标项目的技术、标准有规定的，招标人应当按照其规定在招标文件中提出相应要求。招标人可以在招标文件中合理设置支持技术创新、节能环保等方面的要求和条件。”

[阅读原文](#)

11. 住建部就建设项目总投资费用项目组成等两文件征意\2017-09-04

近日，住建部办公厅发布《建设项目总投资费用项目组成（征求意见稿）》（下称《征求意见稿》）以及《建设项目工程总承包费用项目组成（征求意见稿）》，面向有关单位征询意见，意见反馈截至9月20日。《征求意见稿》涵盖建设项目总投资、工程费用、工程建设其他费用和预备费等内容，并于附件中明确了建设项目总投资费用参考计算方法。根据《征求意见稿》，工程造价是指工程项目在建设期预计或实际支出的建设费用，包括工程费用、工程建设其他费用和预备费。工程造价=工程费用（不含税）+工程建设其他费用（不含税）+预备费（不含税）。增值税是指应计入建设项目总投资内的增值税额。增值税应按工程费、工程建设其他费、预备费和资金筹措费分别计取。

[阅读原文](#)**12. 七部门发布 ICO 禁令 定性非法公开融资\2017-09-04**

近日，央行、保监会等七部门联合发布《关于防范代币发行融资风险的公告》（下称《公告》）。《公告》提出，代币发行融资本质上是一种未经批准非法公开融资的行为，涉嫌非法发售代币票券、非法发行证券以及非法集资、金融诈骗、传销等违法犯罪活动。《公告》明确，本公告发布之日起，各类代币发行融资活动应当立即停止，已完成代币发行融资的组织和个人应当做出清退等安排；任何所谓的代币融资交易平台不得从事法定货币与代币、“虚拟货币”相互之间的兑换业务，不得买卖或作为中央对手方买卖代币或“虚拟货币”，不得为代币或“虚拟货币”提供定价、信息中介等服务。《公告》还要求各金融机构和非银行支付机构不得开展与代币发行融资交易相关的业务。

[阅读原文](#)**13. 国务院公布《宗教事务条例》\2017-09-08**

国务院总理李克强日前签署国务院令，公布新修订的《宗教事务条例》（以下简称《条例》），自 2018 年 2 月 1 日起施行。《条例》进一步保障了公民宗教信仰自由，规定各级人民政府应当为宗教团体、宗教院校和宗教活动场所提供公共服务；提出要进一步促进宗教和睦与社会和谐，规定县级以上人民政府宗教事务部门依法对涉及国家利益和社会公共利益的宗教事务进行管理。

[阅读原文](#)**14. 多政策推动外资“入局” 国企混改\2017-09-08**

据国内权威媒体报道，中国政府正在推出多项政策，鼓励外资参与国内企业优化重组，简化程序，放宽限制，特别是下一步将继续鼓励外资参与国有企业混合所有制改革。此前，上海市曾发布《关于进一步推进上海国资国企改革发展的若干意见》。根据该意见，政府将大力推动上海国有企业“跨地区”、“跨所有制重组”，吸引包括外资企业在内的各企业参与上海市国资调整和国有企业重组。同时，包括上海市国资委在内的相关部门正在抓紧研究制定配套政策、实施细则和工作方案。

[阅读原文](#)**15. 国务院：“证照分离”改革试点，推广至 10 个自贸试验区\2017-09-06**

国务院总理李克强 9 月 6 日主持召开国务院常务会议，部署在更大范围推进“证照分离”改革试点。会议指出，将 2015 年上海浦东新区率先开展“证照分离”改革试点、清理 116 项行政许可事项的做法推广到天津、辽宁、浙江、福建、河南、湖北、广东、重庆、四川、陕西 10 个自贸试验区。经省级政府批准后，有条件的国家自主创新示范区、国家高新技术产业开发区等也可推广这些改革措施。另外，对其他不涉及修改法律法规、国务院文件的行政审批等事项，地方可自行确定是否复制自贸试验区试点做法。

[阅读原文](#)

法规解读

之 全国股转公司有关负责人就修订《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引》事项答记者问

2017年9月6日，全国中小企业股份转让系统有限责任公司（“全国中小企业股份转让系统”）对《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》（以下简称“《指引》”）进行了修订。新修订的《指引》将于2017年11月1日生效实施，自2017年11月1日起申请挂牌的公司需满足新修订的《指引》的要求。自新修订的《指引》生效实施之日起，《全国中小企业股份转让系统挂牌业务问答——关于挂牌条件适用若干问题的解答（一）》《全国中小企业股份转让系统挂牌业务问答——关于挂牌条件适用若干问题的解答（二）》均废止。同日，全国中小企业股份转让系统网站刊发了全国股转公司有关负责人就修订《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引》事项答记者问。

一、本次《指引》修订的背景是什么？

答：《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》（简称“《指引》”）于2013年6月发布，具体解释了公司股票挂牌的六个基本条件。针对原《指引》执行中的常见问题，我们又陆续发布《全国中小企业股份转让系统挂牌业务问答——关于挂牌条件适用若干问题的解答》（一）和（二）（以下简称“《问答》”）对挂牌条件和适用标准予以进一步解释。本次修订主要基于以下考虑：一是将《问答》中涉及挂牌条件适用标准且执行较为成熟的内容梳理并纳入《指引》中；二是将原《指引》和《问答》中较为原则、操作性不强的部分标准作进一步明确、细化；三是将原《指引》和《问答》在执行中面临新问题的部分标准予以规范、调整；四是原《指引》部分标准所依据的法律法规发生变化，需依据现行法律法规予以调整。

二、本次《指引》修订的主要内容包括哪

些方面？

答：本次《指引》修订的主要内容包括以下方面：明确了国有股权设置批复的相关要求；公司申报财务报表最近一期截止日由“不得早于改制基准日”变更为“不得早于股份有限公司成立日”；明确了申请挂牌公司下属子公司的范围和适用标准；细化了“营运记录”与“持续经营能力”的具体标准；完善了“公司治理机制健全”的适用标准，列示了公司应建立的治理制度、增补了公司董监高人员任职资格限制情形；细化了公司财务规范性的具体要求等。

三、本次《指引》修订是否意味着挂牌准入门槛的提高？

答：本次《指引》修订并未提高挂牌准入门槛：首先，本次修订没有突破上位规则中关于挂牌基本条件的规定，坚持在《全国中小企业股份转让系统业务规则》框架内对六个挂牌基本条件进一步细化、进一

步明确；其次，本次修订的主要内容是将《问答》中的相关要求梳理并纳入《指引》中，实现业务规则体系的规范化，修订后《指引》中新增的国有股权设置批复、环保合规、持续经营能力界定、财务规范性、资金占用具体情形、失信惩戒等内容早已在《问答》中发布，并未发生变化；再次，本次修订中对“公司治理机制健全”、“营运记录”要求的进一步细化、量化，是为了贯彻国务院和证监会的监管政策、满足市场发展需要、防控市场风险、便于公司和中介机构理解与操作，总体上未提高挂牌准入门槛。

四、调整“公司申报财务报表最近一期截止日”要求的原因？

答：本次修订将“申报财务报表最近一期截止日不得早于改制基准日”调整为“公司申报财务报表最近一期截止日不得早于股份有限公司成立日”。调整后，不会再出现申报材料中主体的法律形式不一致问题（如审计报告主体为有限公司，申报主体为股份公司），财务信息披露也可以保持统一口径；相关调整有利于申请挂牌公司在申报前规范公司治理。

五、进一步明确“营运记录”相关要求的原因？

答：营运记录是对公司历史经营情况的反映，是关键资源要素投入、处理和产出能力的实际体现。与业务相匹配的营运记录，可以较好的反映公司商业模式是否具备可持续性。我们从公司与市场发展的双重实际出发，在营业收入、股本、每股净资产等方面提出一定要求，既有利于引导公司根据自身实际合理规划发展、参与资本市场，也有利于市场控制风险，为大多数中小企业提供稳定高效的资本市场服务。

六、挂牌准入负面清单是否继续适用？

答：挂牌准入负面清单相关要求发布后，对主办券商完善推荐标准、提高挂牌公司质量、更好服务于科技创新类企业起到了良好的推动作用。鉴于负面清单相关要求已成为各主办券商推荐挂牌公司遴选、立项的标准，为便于挂牌条件适用标准的统一执行、形成明确的市场预期，经认真研究，我们在本次指引修订中摒弃了挂牌准入负面清单中不便于操作的相关要求，吸收了市场主体普遍接受且对市场发展和风险控制有利的部分要求，如将营业收入指标纳入营运记录要求等，挂牌准入负面清单不再继续适用。

（来源：全国中小企业股份转让系统）

热点信息

1. 【环保部: 朝鲜核试验未对我国环境和公众健康造成影响】环保部今天通报针对朝鲜第六次核试验开展辐射环境应急响应的工作进展, 截至9月9日10时, 东北边境及周边地区辐射环境自动监测站获取的大气实时监测数据, 移动监测车、无人机和高空航测数据, 均处于正常水平。在吉、辽、黑、鲁等4省采集的大气、降水、地表水、地下水和地表沉降物样品, 均未检出人工放射性核素。监测结果表明, 目前此次朝鲜核试验未对我国环境和公众健康造成影响。(人民网)

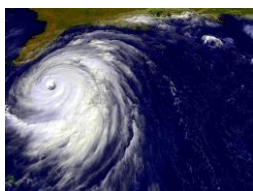
2. 【俄方: 俄中“路线图”为朝鲜问题最佳解决方案】俄罗斯外交部发言人扎哈罗娃8日表示, 俄罗斯和中国共同提出的“路线图”为目前解决朝鲜半岛问题的最佳方案。扎哈罗娃说, 朝鲜最近再次进行核试验, 使得朝鲜半岛局势进一步恶化。朝方无视《不扩散核武器条约》和联合国安理会有关决议令人失望。相关各方应共同努力寻找和平解决朝鲜半岛问题的方法, 目前看不到比俄中“路线图”更好的方案, “路线图”欢迎新的建议和补充。(新华社)

3. 【韩国民众青瓦台前举行记者会敦促撤除“萨德”】“萨德”反导系统在韩国部署地附近居民及和平人士代表8日在总统府青瓦台前举行记者会, 声讨政府不顾当地民众反对部署“萨德”系统, 批评文在寅政府辜负了支持者的信任。(新华社)



4. 【白俄罗斯将正式申请加入亚投行】8月31日白俄罗斯总统卢卡申科签署了关于批准白俄罗斯申请加入亚洲基础设施投资银行(以下简称“亚投行”)的第312号令。白俄罗斯对亚投行的权利职能、运行规则和业务范围进行了详细研究, 并认为, 亚投行对于亚洲国家来说与世界银行的角色相类似, 但亚投行的业务范围和利益区域不仅限于地理意义上的亚洲国家, 而是扩展到了对亚洲国家经贸、交通基础设施项目有影响力的一系列欧洲国家。(中国贸促会)

5. 【英国脱欧后将立即停止劳工自由流动】据英国卫报获得的一份英国内政部的文件, 英国将在英国脱欧后立即停止劳工的自由流动, 并采取限制措施, 阻止除欧盟高技能工人外的所有欧盟公民前往英国工作。文件中提到: “移民不仅要使移民者本身受益, 而且可以使英国现有居民更好地受益。”。(华尔街见闻)



6. 【飓风“艾尔玛”扑向美南部 佛罗里达州严阵以待】“艾尔玛”于当地时间9日晚间在古巴中部的卡马圭群岛登陆, 预计会在美国当地时间10日早间抵达佛州群岛及半岛南部, 风速最高可达到每小时249公里。佛州已有超过600万民众进行了撤离。美国国家飓风中心发布的飓风最新动态显示, “艾尔玛”风眼移动路线有变, 可能会比之前预计的更早袭击佛州。(中新网)

7. 【中日韩专家: 日右翼否认南京大屠杀史需引起高度警惕】“第十六届历史认识与东亚和平论坛”9日在南京举行。中、日、韩三国110余位史学专家到会研讨。与会者认为, 日本右翼否认南京大屠杀史需引起高度警惕。2017年是中国人民抗日战争暨世界反法西斯战争胜利72周年。今年也是南京大屠杀发生80周年。(中新网)

8. 【费舍尔辞任美联储副主席 特朗普或提早重塑美联储】据外媒报道, 美国联邦储备委员会(美联储/FED)副主席费舍尔(Stanley Fischer)6日表示, 他将于10月中旬离开现任职

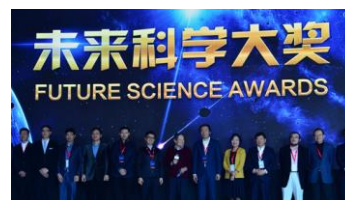
位。分析称，这有可能让美国总统特朗普有机会提早对美联储的政策方向进行调整。（中新网）

9. 【一带一路与中国企业投资欧洲论坛举行】“一带一路”倡议与中国企业投资欧洲论坛暨中国光大银行股份有限公司（欧洲）（简称“光银欧洲”）、光大银行卢森堡分行开业揭牌仪式 8 日在卢森堡举行。卢森堡首相贝泰尔、中国驻卢森堡大使黄长庆、光大银行董事长唐双宁等 200 余人出席。（人民网）
 10. 【章莹颖绑架案嫌犯无力支付费用 律师退出辩护】美国伊利诺大学中国访问学者章莹颖绑架案于 2017 年 9 月 8 日再次开庭，法官当庭同意嫌犯布兰登特克里斯滕森律师布鲁诺及其两个儿子退出辩护的请求。原因是嫌犯无力支付其代理律师费用且联邦检察官将会追加起诉。嫌犯未来律师将由联邦法庭指派。（中国日报网）
 11. 【国内首批公募 FOF 产品面世指日可待】南方、泰达宏利、建信、嘉实、海富通、华夏基金等 6 家基金公司上报的 FOF 产品已获得发行批文，国内首批公募 FOF 产品面世指日可待。基金中基金（FOF）是指将 80% 以上的基金资产投资于经中国证监会依法核准或注册的公开募集的基金份额的基金。FOF 可为投资人提供简单便捷的一站式选基金服务，还具有大类资产配置和分散投资风险的功能，由此公募 FOF 的正式推出广受关注。（新浪财经）
 12. 【媒体：央行将外汇风险准备金率调整为零】近日央行发布文件（银发【2017】207 号）调整外汇风险准备金政策，9 月 11 日起，外汇准备金率从 20% 调整为 0。业内人士认为，近期人民币汇率企稳回升，此举有利于降低远期购汇成本。（每日经济新闻）
- 
13. 【证监会核发 7 家企业 IPO 批文，拟筹资不超过 39 亿元】证监会核准了 7 家企业的首发申请，其中上交所主板：甘肃国芳工贸（集团）股份有限公司、江苏天目湖旅游股份有限公司、辰欣药业股份有限公司、横店影视股份有限公司，深交所中小板：东莞铭普光磁股份有限公司，深交所创业板：福建阿石创新材料股份有限公司、湖南九典制药股份有限公司。上述企业筹资总额不超过 39 亿元。（证监会）
 14. 【证监会：对 3 宗案件作出行政处罚】9 月 8 日，中国证监会新闻发言人常德鹏在例行新闻发布会上表示，证监会近日对 3 宗案件作出行政处罚，其中 1 宗内幕交易案；1 宗证券从业人员违法买卖股票案，涉及华林证券员工；1 宗私募基金违法违规案。（证监会）
 15. 【虚拟货币交易所时代结束】监管当局决定关闭中国境内虚拟货币的交易所，这涉及“OKcoin”、“火币网”和“比特币中国”等为代表的虚拟货币与法币之间的交易所，财新记者从接近互联网金融风险专项整治工作领导小组（以下简称领导小组）人士处确认了这个消息，并了解到目前该决议已经部署到地方。（财新网）
- 
16. 【中国央企重组不设时间表】近期，央企重组动作不断，2 个月左右的时间里，共有 3 组 7 家企业进行重组。而加上这 7 家，中共十八大以来，国资委已先后完成 18 组 34 家企业的重组，中央企业由 117 户调整至 98 户。对此，专家指出，在央企重组的过程中，关注央企数量变动的同时，更需特别重视质量、效益及竞争力方面的变化。未来，

央企兼并重组力度仍将加大，提高质量效益和核心竞争力会继续成为重点。（人民日报海外版）

17. 【证监会上半年对 328 家私募机构开展专项检查】证监会新闻发言人常德鹏昨日通报了上半年私募机构专项检查情况。此次检查的对象包括私募债券基金 20 家、跨区域私募股权基金 88 家、其他私募证券和股权等各类基金 220 家，共涉及基金 2651 只，管理规模 1.27 万亿元，占行业总规模的 14.8%。（证券时报）

18. 【施一公、潘建伟、许晨阳获百万美金“未来科学大奖”】9月9日，中国大陆第一个由科学家、企业家群体发起的科学奖项“未来科学大奖”在京揭晓，清华大学教授施一公获生命科学奖，中国科学与技术大学教授潘建伟获物质科学奖，北京大学北京国际数学研究中心教授许晨阳获数学与计算机科学奖。每人将分别获得 100 万美元奖金。（未来科学大奖）



19. 【沪男童骑小黄车身亡案初交锋 ofo 公司坚称无责】今年 3 月，一名 11 岁上海男童骑 ofo 小黄车上路逆行，遭遇车祸死亡。男童的父母将 ofo 公司告上法庭，并连带起诉涉事司机及客车租赁公司，要求各项赔偿 860 余万元 其中包括精神损害赔偿金 750 万元。9 月 8 日，该案在上海市静安区法院举行庭前会议，原被告双方交换了证据。（财新网）

20. 【美国法院驳回高通要求苹果代工厂支付专利费请求】苹果与高通之间的专利战跌宕起伏，在最近一个回合中高通失利。美国当地时间 9 月 9 日，美国加州南区联邦地方法院驳回了高通此前要求法院强制苹果 4 家代工厂向其支付专利使用费的请求。（财新网）

21. 【证监会：上市公司监管工作应该强化风险防范 全力维护市场稳定】9 月 4 日，上市公司监管工作座谈暨培训班在上海举办。证监会副主席姜洋强调，下一步，上市公司监管工作应从以下几方面开展工作，一是推进全面从严治党，加强监管队伍建设；二是强化风险防范，全力维护市场稳定；三是寓改革于服务之中，提升服务实体经济能力；四是完善监管协调机制，增强综合监管能力；五是创新监管方式方法，不断提升监管效能。（证监会）

22. 【商务部回应饿了么收购百度外卖是否涉垄断】9 月 7 日，商务部召开例行发布会，有记者提问，近日，饿了么收购百度外卖，业界质疑其涉及到经营者集中的行为，商务部有无收到经营者的申报，二者的合并是否符合《反垄断法》的标准。对此，商务部新闻发言人高峰回应称，已注意到有关报道，目前商务部尚未收到相关交易的经营者集中申报。（商务部）



23. 【建设市场化法治化国际化营商环境】近日，广州市司法局出台了《广州市司法局关于加快发展南沙自由贸易试验区法律服务业的意见》（以下简称《意见》）。《意见》提出了 16 项先行先试的法律服务创新举措，其中包括：在南沙新区基本建成粤港澳合伙联营律师事务所、境外律师事务所驻自贸区代表机构，形成内地高端律师事务所多种形式并存的律师机构格局；设立 1 个以上体制灵活的公证处；拓宽司法鉴定服务领域，为自贸区发展提供更为优质的司法鉴定服务等。（人民网）

24. 【案例 | 高价拍下拍品后反悔 竞买人遭拍卖委托方索赔】李先生在一场废旧物资拍卖中，以高出起拍价 100 多万元的高价拍得一批废旧物资。拍卖结束后，李先生以自己电脑操作不当为由拒绝支付拍卖款。拍卖方只得重新组织拍卖，并以 76 万元成交。事后，

拍卖委托方诉至法院，向李先生索赔两次拍卖的差额 114 万元及利息。近日，黄浦区法院对该案作出判决，支持了拍卖委托方的诉请。（上海法院网）

25. 【山西省委聘北大教授姜明安等 7 名学者、律师】近日，山西省出台实施意见，省委常委会审议通过《省委设立法律顾问和公职律师工作方案》（下称《工作方案》）。根据该《工作方案》，省委决定聘任 7 名法律顾问，他们是北京大学姜明安教授、中国人民大学王利明教授、中央党校张恒山教授、山西大学陈晋胜教授、山西财经大学郗伟明教授、山西中吕律师事务所高剑生律师、山西华炬律师事务所孙智律师。（澎湃新闻）
26. 【核安全法草案三审 进一步强化核设施营运单位的责任】核安全法草案 28 日第三次提请全国人大常委会审议，草案三次审议稿在从业人员安全与健康、放射性废物处置、核损害赔偿等多个方面进一步强化了核设施营运单位的责任。草案三审稿规定，核设施营运单位应当按照国家规定，为从业人员提供相应的劳动防护和职业健康检查，保障从业人员的安全和健康。（法制网）
27. 【法律援助律师监区内面对面施援】近日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合印发《关于开展法律援助值班律师工作的意见》，对推进法律援助值班律师工作作出部署。意见的出台，让所有犯罪嫌疑人人都能够第一时间获得法律服务，有力促进了人权保障。（法制网）
- 
28. 【上海首次从法官助理中遴选初任法官】上海市高级人民法院在 4 日召开的新闻发布会上表示，上海已开启首次从法官助理中遴选初任法官的程序，并将在 9 月中旬举行“庭审面试”。据悉，上海共有 296 名法官助理参与此次遴选，遴选为初任法官后，他们将统一到基层法院任职。（新华社）
29. 【辽宁“黑老大”狱中获赔 6.79 亿 低于预期申请复议】正在呼和浩特第二监狱服刑的辽宁“黑老大”袁诚家近日获得 6.79 亿余元国家赔偿。但袁诚家透过律师表示，与 37 亿元的赔偿申请相比，辽宁省公安厅这一赔偿数额低于其预期，已向公安部提交国家赔偿复议申请。（财新网）
30. 【案例 | 北京一公司告特斯拉欺诈索赔四百万：车型未列入目录无法上牌】近日北京市大兴区人民法院公开开庭审理某科技发展有限公司诉特斯拉汽车销售服务(北京)有限公司一案。该公司索赔购车实际交易额三倍损失等共计 400 余万元。诉讼缘由为购车过程中，特斯拉公司并没有提醒原告选中的车型还未列入北京市目录，不能办理北京市正式新能源汽车牌照。原告认为，特斯拉公司隐瞒商品真实情况，误导原告作出错误决定，其行为构成消费欺诈。目前，此案正在进一步审理当中。（澎湃新闻）

法律观察

之 全面解读《私募投资基金管理暂行条例》（征求意见稿）

其实早在3月20日国务院办公厅印发的国务院2017年立法工作计划的通知中，由证监会起草的私募投资基金管理暂行条例，就被列为全面深化改革急需的项目之一。那么让我们一起来看看，这次向社会各界征求意见的《私募投资基金管理暂行条例（征求意见稿）》都讲了什么吧！

第一章 总则

第一条 为了规范私募投资基金活动，保护投资者及相关当事人的合法权益，促进私募投资基金行业健康规范发展，制定本条例。

第二条 本条例所称私募投资基金（以下简称私募基金），是指在中华人民共和国境内，以非公开方式向合格投资者募集资金设立，由基金管理人管理，为投资者的利益进行投资活动的私募证券投资基金和私募股权投资基金。

非公开募集资金，以进行投资活动为目的设立的公司或者合伙企业，资产由基金管理人或者普通合伙人管理的，其基金管理人、基金托管人、资金募集、投资运作和信息提供适用本条例。

私募基金财产的投资包括证券及其衍生品种、有限责任公司股权、基金份额，以及国务院证券监督管理机构规定的其他投资品种。

【解读】

目前，按专业化运营的思路，私募基金管理人被分为证券类、股权/创投类和其他类三类，其所管理的私募基金业被相应的划分为证券类、股权/创投类、其他类私募基金。其中，其他类私募基金，尤其是以非标资产为投资方向的私募基金，受到广泛关注；其有待理清或澄清的法律问题也较为突出。

2013年6月前，私募基金归发改委管理。彼时，以《创业投资企业管理暂行办法》为代表的监管规范只允许私募基金投资于未上市企业股权，当时的私募基金只能从事股权投资业务。

2013年6月1日，《证券投资基金法》生效，允许私募管理人发行并管理私募证券投资基金。实务中，私募证券投资基金开始与私募股权基金一起，获得了较快速度、较大规模的发展。

2014年8月21日，《私募投资基金监督管理暂行办法》第二条第二款规定“私募基金财产的投资包括买卖股票、股权、债券、期货、期权、基金份额及投资合同约定的其他投资标的。”按此规定，私募基金除投资证券、股权外，还可以投资于基金合同约定的其他投资标的。中基协私募基金登记备案系统也相应的设置了其他类私募基金的分类。至此，形成了私募证券投资基金、私募股权基金和其他类私募基金并存发展的情况。

但是，私募基金从事除证券、股权之外的其他投资，尤其是以非标债权为投资标的时，涉及复杂的金融监管要求。诸多非标债权资产的投资可能不符合甚至违反债权类业务的金融监管要求，涉嫌影子银行，也容易因固定收益的业务模式形成募资端“保底保息”的安排或暗示，引发非法集资。例如国务院颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法（2011修订）》第三条规定：“本办法所称非法金融机构，

是指未经中国人民银行批准，擅自设立从事或者主要从事吸收存款、发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖等金融业务活动的机构。”第四条规定：“本办法所称非法金融业务活动，是指未经中国人民银行批准，擅自从事的下列活动：（一）非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款……（三）非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖”第五条规定：“未经中国人民银行依法批准，任何单位和个人不得擅自设立金融机构或者擅自从事金融业务活动。”

此次，征求意见稿明确将所调整的私募基金界定为私募证券基金和私募股权基金；并以此为基础，强调“私募基金财产的投资包括证券及其衍生品种、有限责任公司股权、基金份额，以及国务院证券监督管理机构规定的其他投资品种。”显然，征求意见稿没有触碰比较敏感的其他类私募基金，其他类私募基金是否可以继续存续，有赖于证监会的实际把握尺度，即是否根据通过“国务院证券监督管理机构规定的其他投资品种”的方式为其他类私募基金继续开一个口子。证监会修订后的《私募投资基金监督管理办法》是否会增加或有条件其他类私募基金的规定，值得期待。

另外，征求意见稿明确私募基金可以投资“有限责任公司股权”，但没有明确将未上市股份有限公司股份列为投资对象，不知是出于何种考虑。笔者认为，对未上市企业而言，有限责任公司与股份有限公司是公司的两种存在形式，在治理结构等方面或有差异，但不宜将股份有限公司必然排除在私募股权基金的投资范围之外。

第三条 从事私募基金业务，应当遵循自愿、公平、诚实信用原则，维护投资者合法权益，不得损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。

私募基金管理人和私募基金托管人管理、运用私募基金财产，私募基金服务机构从

事私募基金服务活动，应当诚实守信、谨慎勤勉。

第四条 国务院证券监督管理机构及其派出机构依照《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称《证券投资基金法》）和本条例的规定，对私募基金业务活动实施监督管理。

【解读】

该条将私募基金业务的上位法圈定为《证券投资基金法》。2012年修订《证券投资基金法》，讨论较为激烈的问题之一是：是否将私募股权基金纳入调整范围，一步到位，将《证券投资基金法》直接命名为《基金法》。最后的结果是，将私募证券基金纳入调整范围，私募股权基金未纳入调整范围。此后，中央编办发文件，将私募股权基金的监督管理权由发改委划归证监会。

目前，依据《证券投资基金法》，私募证券投资基金的上位法是《证券投资基金法》、《信托法》、《证券法》，但私募股权基金的上位法则并不十分清晰。如，《创业投资企业管理暂行办法》第一条规定“依据《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国中小企业促进法》等法律法规，制定本办法”。

但是，此后，合伙型、公司型私募股权基金，投资人之间以及投资人与管理人之间发生争议时该如何适用法律，仍值得期待，有待于司法实践的检验，即在解决此类争议时，人民法院将适用《公司法》、《合伙企业法》、《合同法》，还是适用《证券投资基金法》、《信托法》、《证券法》，抑或均予以适用，仍有待检验。

第五条 基金行业协会依照法律、行政法规以及国务院证券监督管理机构的规定，对私募基金业务活动进行自律管理。

第二章 私募基金管理人

第六条 私募基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。

私募基金管理人应当有满足业务运营需要的营业场所、从业人员、安全防范设施 and 与基金管理业务相关的其他设施，有完善的风控合规、内部稽核监控和信息安全等制度。

【解读】

此条对私募管理人提出了最基本的要求。按第一款规定，私募基金管理人只能是公司或合伙企业，个人及其他公益性事业单位均不能成为管理人，这沿袭了证监会、中基协目前的做法。实务中，存在个别合伙企业将个人登记为执行事务合伙人，并由个人进行投资管理的情形，此类问题如何解决，仍无明确规定。笔者认为，相对明确的是：1.个人进行投资管理时，无法登记为私募管理人；2.因法律及政策的不明确，个人未经登记从事投资管理业务，游离于监管之外，出现合规风险的可能性相对较大。

本条第二款，对私募管理人应具备的基本条件提出了要求，即：1.营业场所；2.从业人员；3.安全防范设施；4.与基金管理业务相关的其他设施；5.完善的风控合规制度；6.有完善的内部稽核监控和信息安全制度。简单归纳，人、财、物及制度应与私募管理业务相匹配。这与目前中基协的要求基本一致。

第七条 有下列情形之一的，不得担任私募基金管理人，不得成为私募基金管理人的主要股东或者合伙人：

（一）因故意犯罪被判处有期徒刑，刑罚执行完毕未逾3年的；

（二）最近3年因重大违法违规行为被金融监管、税收、海关等行政机关处以行政处罚的；

（三）净资产低于实收资本的50%，或者或有负债达到净资产的50%的；

（四）不能清偿到期债务的；

（五）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他情形。

第八条 有下列情形之一的，不得担任私募基金管理人的董事、监事、高级管理人员、执行事务合伙人及其委派代表：

（一）因犯有贪污贿赂、渎职、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪，被判处刑罚的；

（二）对所任职的公司、企业因经营不善破产清算或者因违法被吊销营业执照负有个人责任的董事、监事、厂长、高级管理人员、执行事务合伙人委派代表，自该公司、企业破产清算终结或者被吊销营业执照之日起未逾5年的；

（三）个人所负债务数额较大，到期未清偿的；

（四）因违法行为被开除的基金管理人、基金托管人、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、期货交易所、期货公司及其他机构的从业人员和国家机关工作人员；

（五）因违法行为被吊销执业证书或者被取消资格的律师、注册会计师和资产评估机构、验证机构的从业人员、投资咨询从业人员；

（六）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他情形。

【解读】

第七条、第八条对私募基金管理人及其股东，以及董监高、执行事务合伙人、委派代表提出了负面清单要求。其中，第七条所提5点要求为新增要求，第八条多数为《公司法》所要求的内容，第八条第四、五项为新增内容。**私募基金管理人登记时，律师的核查任务更多了。**

第九条 私募基金管理人应当履行下列职责：

（一）依法募集资金，办理基金备案手续；

（二）按照基金合同管理基金，进行投资；

（三）按照基金合同的约定确定基金收益



分配方案，及时向投资者分配收益；

（四）按照基金合同的约定负责基金会计核算并编制基金财务会计报告；

（五）办理与基金财产管理业务活动有关的信息提供事项；

（六）保存基金财产管理业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；

（七）以基金管理人名义，为基金财产利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为；

（八）国务院证券监督管理机构规定和基金合同约定的其他职责。

除前款规定外，私募证券投资基金管理人还应当履行下列职责：

（一）编制定期基金报告；

（二）按照基金合同的约定计算并向投资者报告投资者账户信息。

【解读】

第九、十、十一、十二条，对私募基金管理人的法定职责、应履行的义务和责任进行了明确规定。更为重要的是：第十章第四十四、四十五条对相关规定的处罚做了明确规定。

按规定：私募管理人未履行法定职责，或者兼营与私募基金无关或者存在利益冲突的其他业务，进行利益输送的，将被要求责令改正，并被没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下罚款。

违反本条例第十二条规定，未经登记，使用“基金”、“基金管理”等字样或者近似名称进行投资活动的，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，处10万元以上100万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上30万元以下罚款。

从第九条看，管理人的法定职责，包含了办理基金备案手续、按合同约定进行投资、

及时分配收益、按约定进行会计核算、信息披露、档案保存等各方面。对管理人的诚信及合规要求，提出了比较实质的要求。

第十条 私募基金管理人不得兼营与私募基金无关或者存在利益冲突的其他业务，不得进行利益输送。

第十一条 私募基金管理人应当在初次开展资金募集、基金管理等私募基金业务前向基金行业协会提交以下材料，履行登记手续：

（一）工商登记和营业执照；

（二）资本证明文件；

（三）公司章程或者合伙协议；

（四）股东、实际控制人、董事或者合伙人名单；

（五）高级管理人员的基本信息；

（六）有关内部制度文件；

（七）国务院证券监督管理机构规定的其他材料。

私募基金管理人报送的材料不齐全或者不符合规定形式的，基金行业协会应当在5个工作日内一次告知需要补正的全部内容。逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理。基金行业协会应当自受理登记申请之日起20个工作日内，通过网站公告的方式办结登记手续。

【解读】

两个重要问题：

1.明确了私募管理人的登记的强制要求，应当在初次开展资金募集、基金管理等私募基金业务前向基金行业协会履行登记手续。此前，存在产业基金管理人未登记即开展私募基金业务的情况，或者先开展业务后备案的情况；还有一些产业基金管理人认为应归属于发改委管，无接受证监会监管并在中基协登记的法律依据。该条明确了所有的私募股权基金及其管理人均归证监会管理，并应在中基协完成管理人登

记。

2.对中基协的登记备案工作提出了严格要求。私募基金管理人报送的材料不齐全或者不符合规定形式的，基金行业协会应当在5个工作日内一次告知需要补正的全部内容。逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理。基金行业协会应当自受理登记申请之日起20个工作日内，通过网站公告的方式办结登记手续。

目前，实务中经常遇到的情形是，中基协20个工作日内反馈需补正信息，之后拟登记的管理人补充材料后继续提交，可能被进行第二次、第三次甚至更多的反馈。**该规定实施后，将大幅缩短管理人登记所需时间。**

第十二条 未经登记，任何单位或者个人不得使用“基金”、“基金管理”等字样或者近似名称进行本条例规定的投资活动；但是，法律、行政法规另有规定的除外。

第十三条 私募基金管理人有下列情形之一的，基金行业协会应当及时注销基金管理人登记：

- (一) 自行申请注销登记的；
- (二) 依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产的；
- (三) 登记后6个月内未备案首只私募基金的；
- (四) 所管理的私募基金全部清盘后，12个月内未备案私募基金的；
- (五) 因非法集资、非法经营等重大违法行为被追究法律责任的；
- (六) 不符合本条例第六条第二款规定，在规定期限内不予改正，情节严重的；
- (七) 国务院证券监督管理机构规定的其他情形。

第三章 私募基金托管人

第十四条 除基金合同另有约定外，私募

基金财产应当由符合《证券投资基金法》规定的基金托管人托管。

基金合同约定私募基金不聘请基金托管人进行托管的，应当在基金合同中明确保障基金财产安全的制度措施和纠纷解决机制。

【解读】

明确了托管机构应当是《证券投资基金法》规定的基金托管人。对政府出资产业基金而言，发改委《政府出资产业投资基金管理暂行办法》第二十一条规定：“基金应将基金资产委托给在中国境内设立的商业银行进行托管。”

按私募条例征求意见稿，如政府出资产业基金委托不具备《证券投资基金法》所规定的基金托管人资格的商业银行托管，则仍应属于“未托管”，应在基金合同中约定不托管，并明确保障基金财产安全的制度措施和纠纷解决机制。

第十五条 私募基金托管人应当按照法律法规规定和基金合同约定，履行下列职责：

- (一) 安全保管基金财产，对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；
- (二) 办理与基金托管业务活动有关的信息提供事项；
- (三) 监督基金管理人的投资运作，及时提示基金管理人违规风险，发现基金管理人的投资活动违反法律法规的，应当拒绝执行并及时向证券监督管理机构报告；
- (四) 国务院证券监督管理机构规定的其他职责。

【解读】

本条明确了私募基金托管人职责。《证券投资基金法》第三十六条规定：“基金托管人应当履行下列职责：（一）安全保管基金财产；（二）按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；（三）对所托管

的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；（四）保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；（五）按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；（六）办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项；（七）对基金财务会计报告、中期和年度基金报告出具意见；（八）复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格；（九）按照规定召集基金份额持有人大会；（十）按照规定监督基金管理人的投资运作；（十一）国务院证券监督管理机构规定的其他职责。”

按《证券投资基金法》，托管机构的职责较重，在托管私募基金时，如何界定托管机构的职责，一直是实务界比较关心的问题。本条对私募基金托管人的职责做了明确又较为合理的划定。

第十六条 私募基金托管人应当按照法律、行政法规和国务院证券监督管理机构的规定，建立托管业务和其他业务的隔离机制，有效防范利益冲突，保证基金财产的独立和安全。

第四章 资金募集

第十七条 私募基金管理人应当自行募集资金，或者委托符合《证券投资基金法》和国务院证券监督管理机构规定的基金销售机构代为募集资金。

私募基金应当向特定的合格投资者募集或者转让，单只私募基金的投资者人数累计不得超过法律规定的人数。不得采取将私募基金份额或者其收益权进行拆分转让等方式变相突破合格投资者标准。

合格投资者的具体标准由国务院证券监督管理机构规定。

第十八条 非公开募集基金，应当制定并采用书面形式签订基金合同，明确约定各方当事人的权利义务。

第十九条 私募基金管理人、私募基金销

售机构应当履行投资者适当性管理义务，向投资者充分揭示投资风险，根据投资者的风险承受能力销售不同风险等级的私募基金产品。

【解读】

投资者适当性管理义务写入条例。结合此前证监会对投资者适当性管理的要求，可以预见，对私募基金管理人而言，投资者适当性管理将成为一项重要的工作。

第二十条 私募基金管理人、私募基金销售机构不得向合格投资者之外的单位和个人募集资金；不得通过报刊、电台、电视台、互联网等公众传播媒体或者讲座、报告会、分析会等方式向不特定对象宣传推介；不得以虚假、片面、夸大等方式宣传推介；不得向投资者承诺资本金不受损失或者承诺最低收益。

【解读】

对私募基金的募集行为，提出了四点底线要求，即：不得向不合格投资者募集、不得公开宣传、不得虚假宣传、不得保本保息。

本条的重要意义还在于：将不得承诺保本保息的规定上升为国务院的行政法规的高度。此前，相同要求由证监会《私募投资基金监督管理暂行办法》规定，属于行政规章的范畴。按《合同法》，违反法律、行政法规的条款可能被认定为无效，仅违反行政规章并不能认定条款无效。其实务价值在于：无论以基金合同、合伙协议（合伙型基金）、公司章程（公司型基金），还是以补充协议形式存在的保底安排，此前，如相关约定仅是违反行政规章，则并不必然导致条款无效；此后，保底条款将可能因违反行政法规而使无效的风险加大。当然，该禁止保底保息的规定，属于效力性规范还是管理性规范，还有待业界实践及司法时间的进一步检验。

第二十一条 投资者应当确保投资资金来源合法，不得非法汇集他人资金进行投资。

第二十二条 私募基金管理人应当自私募基金募集完毕之日起 20 个工作日内，向基金行业协会报送下列信息，办理备案：

- (一) 基金名称；
- (二) 基金合同；资金募集过程中向投资者提供基金招募说明书的，应当报送基金招募说明书；
- (三) 对基金资产进行托管的，应当报送托管协议；
- (四) 基金资本证明文件；
- (五) 国务院证券监督管理机构规定的其他信息。

以公司或者合伙企业形式设立的私募基金，应当按照基金行业协会的规定办理备案手续。

基金行业协会应当自受理私募基金备案申请之日起 20 个工作日内，通过网站公告的方式，办结备案手续。

第五章 投资运作

第二十三条 私募基金管理人、私募基金托管人应当设立独立的基金账户，分别管理、分别记账。

私募基金管理人应当遵循专业化管理原则，并建立防范利益输送和利益冲突的机制。

第二十四条 私募基金管理人、私募基金托管人应当建立从业人员投资申报、登记、审查、处置等管理制度，防范与投资者发生利益冲突。

第二十五条 私募基金管理人可以委托国务院金融监督管理机构批准设立的金融机构或者在基金行业协会登记的私募基金管理人提供投资咨询服务。

【解读】

几个问题值得关注：

1.投资咨询服务如何界定？

2.按该规定，被界定为“投资咨询”的服务内容，可以由金融机构或登记的私募基金管理人提供。其他机构是否仍可以提供此类服务，未明确；但从文义看，不乐观。

3.该条是对给私募基金提供投资咨询的要求，还是对私募基金管理人提供投资咨询的要求，不明确。笔者倾向于认为是对私募基金提供投资咨询的要求。私募基金管理人委托投资顾问给管理人自己提供咨询服务，费用由管理人自己支付，应属管理人内部事务，与私募基金关系不大，不应受此约束。

4.中基协的《投顾办法》将对该问题如何落实，值得关注。

投顾问题，业界非常关注。笔者建议将仅具有私募基金管理人管理职能性质的“投资管理”类的咨询服务纳入调整范围，其他咨询服务放开。

第二十六条 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构及其从业人员从事私募基金业务，不得有下列行为：

- (一) 将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事投资活动；
- (二) 不公平地对待其管理的不同基金财产；
- (三) 利用基金财产或者职务之便，为投资者以外的人牟取利益，进行利益输送；
- (四) 侵占、挪用基金财产；
- (五) 泄露因职务便利获取的未公开信息，利用该信息从事或者明示、暗示他人从事相关的交易活动；
- (六) 从事损害基金财产和投资者利益的投资活动；
- (七) 玩忽职守，不按照规定履行职责；
- (八) 法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。

第二十七条 私募基金管理人、私募基金托管人应当妥善保存与私募基金投资决策、交易和投资者适当性管理等方面相关

的交易记录以及其他资料，保存期限自基金清算终止之日起不得少于 20 年。

【解读】

档案资料的保存期限由《私募投资基金监督管理暂行办法》规定的不少于 10 年，增加至不少于 20 年。

第六章 信息提供

第二十八条 私募基金管理人、私募基金销售机构在基金募集过程中，应当采取合理的方式向投资者提供下列信息，揭示投资风险，说明基金管理和运作情况：

- (一) 基金的名称和基金类型；
- (二) 基金管理人在基金行业协会登记的基本信息；
- (三) 基金的投资范围、投资策略和投资限制情况；
- (四) 基金的收益分配和风险承担安排；
- (五) 基金的托管安排；
- (六) 基金信息提供的内容、方式和频率；
- (七) 国务院证券监督管理机构规定的其他信息。

私募基金管理人依照前款规定向投资者提供的信息应当与基金合同内容一致。

第二十九条 私募基金管理人应当建立健全信息提供管理制度，在基金运行期间向投资者提供下列信息：

- (一) 基金资产净值和基金份额总额；
- (二) 基金投资运作情况；
- (三) 基金财务情况；
- (四) 投资收益分配情况；
- (五) 基金承担的费用和业绩报酬；
- (六) 可能存在的利益冲突情况；
- (七) 投资者账户信息；
- (八) 可能影响投资者合法权益的其他重

大信息。

基金合同约定私募基金进行托管的，私募基金托管人应当提供与托管业务活动有关的信息。

第三十条 私募基金管理人、私募基金销售机构应当保证所提供信息的真实性、准确性和完整性，不得有下列行为：

- (一) 虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；
- (二) 对投资业绩进行预测；
- (三) 承诺收益或者承诺资本金不受损失；
- (四) 法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。

私募基金托管人不得有前款第一项、第四项规定的情形。

第三十一条 私募基金管理人、私募基金托管人和私募基金销售机构应当妥善保管私募基金信息提供的相关文件资料，保存期限自基金清算终止之日起不得少于 20 年。

【解读】

本章对信息披露提出了明确要求，将中基协的信披办法的诸多要求上升至国务院条例的高度。同时对信披资料的保管日期提出了不少于 20 年的要求。

第七章 行业自律

第三十二条 私募基金管理人、私募基金托管人应当加入基金行业协会，接受基金行业协会的自律管理。

第三十三条 私募基金管理人、私募基金托管人应当按照国务院证券监督管理机构的规定，向基金行业协会报送私募基金投资运作基本情况和运用杠杆情况等信息。

第三十四条 基金行业协会应当建立投诉处理机制，受理投资者投诉，进行纠纷调

解。涉嫌违法违规的，基金行业协会应当及时报告国务院证券监督管理机构。

第三十五条 基金行业协会应当汇总分析私募基金行业的有关情况，并及时向国务院证券监督管理机构报送私募基金行业发展及风险相关信息。

第八章 监督管理

第三十六条 国务院证券监督管理机构依法对私募基金管理人、私募基金托管人和私募基金服务机构等开展私募基金业务情况进行监督管理，并有权采取《证券投资基金法》第一百一十三条规定的措施。

第三十七条 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构及其从业人员违反法律、行政法规及本条例规定的，国务院证券监督管理机构可以对其采取责令改正、监督管理谈话、出具警示函、公开谴责等措施。

第三十八条 国务院证券监督管理机构将私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金销售机构及其从业人员的诚信信息记入资本市场诚信数据库，并按照规定向社会公开。

第三十九条 国务院证券监督管理机构和其他金融管理部门应当建立私募基金风险信息共享机制。

第九章 关于创业投资基金的特别规定

第四十条 本条例所称创业投资基金，是指向处于创建或重建过程中的未上市成长性企业进行股权投资，通过股权转让获得资本增值收益的私募股权投资基金。

第四十一条 创业投资基金不得投资于已上市企业的股权，但是所投资企业上市后，创业投资基金所持有的未转让股权及其配售股权除外。

创业投资基金可以通过上市转让、协议转让、被投资企业回购股权以及并购重组等方式实现投资退出。

第四十二条 国家对创业投资基金给予政

策支持，促进创业投资持续健康发展。享受国家政策支持创业投资基金，其投资运作应当符合国家有关规定。

国务院有关部门按照职责分工，制定关于创业投资基金的支持政策。国务院发展改革部门会同有关部门加强促进创业投资发展的政策协调。

第四十三条 国务院证券监督管理机构对创业投资基金实施区别于其他私募基金的差异化监督管理。

基金行业协会在基金管理人登记、基金备案、投资情况报告要求等方面，对创业投资基金实施差异化自律管理和服务。

第十章 法律责任

第四十四条 私募基金管理人违反本条例第九条、第十条规定，未履行职责的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，并处10万元以上100万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上10万元以下罚款。

第四十五条 违反本条例第十二条规定，未经登记，使用“基金”、“基金管理”等字样或者近似名称进行投资活动的，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，处10万元以上100万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上30万元以下罚款。

第四十六条 违反本条例第十七条第二款、第二十条规定，向特定的合格投资者之外的单位或者个人募集资金或者转让基金份额，或者导致投资者超过法定人数限制的，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，处10万元以上100万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上30万元以下罚款。

第四十七条 违反本条例第十九条规定，未履行投资者适当性管理义务，未向投资者充分揭示投资风险或者误导其购买与其风险承担能力不相当的基金产品的，处10万元以上30万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上10万元以下罚款。

第四十八条 违反本条例第二十条规定，有擅自公开或者变相公开募集基金等行为的，责令停止，返还所募资金和加计的银行同期存款利息，没收违法所得，并处所募资金金额1%以上5%以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处5万元以上50万元以下罚款。

第四十九条 违反本条例第二十二条规定，未对募集完毕的私募基金办理备案的，对私募基金管理人处10万元以上30万元以下罚款。对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上10万元以下罚款。

第五十条 私募基金管理人、私募基金托管人违反本条例第六条第二款、第十四条第二款、第十六条和第二十三条规定，不符合业务运营的相关要求，未建立防范利益输送和利益冲突的机制，未对基金财产实行分别管理、分别记账，或者未对未托管的基金财产采取隔离措施的，责令改正，处5万元以上50万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上30万元以下罚款。

第五十一条 私募基金管理人、私募基金托管人的从业人员未按照本条例第二十四条规定申报的，责令改正，处3万元以上10万元以下罚款。

第五十二条 违反本条例第二十五条规定，委托不符合规定条件的机构提供投资咨询服务的，责令停止，没收违法所得，并处10万元以上30万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员

给予警告，并处3万元以上30万元以下罚款。

第五十三条 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构及其从业人员有本条例第二十六条所列行为之一的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，并处10万元以上100万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上30万元以下罚款。

私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金销售机构及其从业人员侵占、挪用基金财产而取得的财产和收益，归入基金财产。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第五十四条 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金销售机构及其从业人员未按照本条例规定向投资者提供相关信息，或者信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，没收违法所得，并处10万元以上100万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他责任人员给予警告，暂停或者撤销业务资格，并处3万元以上30万元以下罚款。

第五十五条 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金销售机构及其从业人员违反本条例其他规定的，责令改正；拒不改正的，给予警告，并处3万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处3万元以下罚款。

第五十六条 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金销售机构及其从业人员违反本条例规定，情节严重的，国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券期货市场禁入措施。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十一章 附 则

第五十七条 外商投资私募基金管理人的管理办法，由国务院证券监督管理机构另行制定。



境外机构不得直接向境内投资者募集资金设立私募基金，法律、行政法规另有规定的除外。

第五十八条 本条例自 年 月 日起施行。

（来源：私募工坊）



实务聚焦

之 房地产项目尽职调查清单实务分析

随着我国房地产行业的蓬勃发展，房地产项目并购因其交易量多和交易金额大已成为律师业务的重要组成部分。而近年来，与房地产相关的金融业务异军突起，券商资管计划、信托公司的信托计划乃至资产支持证券等业务均大量涉及房地产领域的项目并购。作为律师而言，熟悉和掌握房地产项目的尽职调查也已成为了日常工作中的一项重要技能。

从交易模式上看，无论是股权并购还是资产并购，亦或是单纯的债权关系，均不可避免的需要对于房地产项目本身进行尽职调查。一般尽职调查分为三个部分，包括了财务调查、法律调查和工程调查。这三项内容互相分离又相互影响。尽职调查的结果很大程度上会对后续的谈判以及交易对价及付款方式等问题产生影响。而若尽职调查不慎，甚至可能导致律师承担赔偿责任的严重后果。

对于房地产项目的尽职调查启动，一般均会从尽职调查清单开始。清单的完备性以及准确性，实际上也反应了律师对于项目的准备和重视程度，甚至可以反映出律师对房地产行业的熟悉程度。

为此，笔者拟以通过对尽职调查清单内容的逐项分析，引申出相关法律问题的讨论，结合诉讼实务，以作实务参考。因篇幅限制，本文仅讨论对于房地产项目资产的尽职调查清单，而对项目公司股权的尽职调查不在其中。房地产项目部分分为土地使用权相关内容和建设工程相关内容两部分。因仓促起草，故难免挂一漏万。若有不足之处，欢迎批评探讨，以采各家之长。

一、土地使用权相关材料

（一）土地使用权的取得

通常而言，律师在查询房地产项目的

所有权权属时应当取得下列文件：

1、土地使用权出让合同

如项目公司直接从政府取得土地使用权，那么作为收购方的律师，必须核验土地使用权出让合同。在核查出让合同过程中需要注意的要点：

（1）出让主体

根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》（“出让和转让条例”）的规定，土地使用权出让合同应当由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。因此，出让合同中出让方应当是市、县级政府的土地管理部门。

实践中，因各地如雨后春笋般冒出的各种开发区等行政设置，曾经出现过以开发区或者新区管委会名义与受让人签订的出让合同。针对此类行为，在《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（“国有土地使用权合同司法解释”）中规定开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，应当认定无效。本解释实施前，开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的，可以认定合同有效。

《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》中也规

定国有土地使用权出让合同的出让方，应当是市、县人民政府土地管理部门。出让合同应由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订，其他部门、组织和个人为出让方与他人签订的出让合同，应当认定为无效。

从最高院的上述两个文件可见，除市、县级土地管理部门以外的主体签订的出让合同，均应当认定为无效。在尽职调查中，如发现开发区管委会等非法定的主体签订的出让合同，应予以重视并要求提供土地管理部门对出让合同予以追认的相关证明材料。

（2）未依法招拍挂的出让行为效力

《出让和转让条例》明确了土地使用权出让可以采取协议、招标、拍卖的方式进行。依照前款规定方式出让土地使用权的具体程序和步骤，由省、自治区、直辖市人民政府规定。而《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（“招拍挂规定”）进一步明确了工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让。《物权法》实施后，更是将上述规定层级上升到了法律层面。

在尽职调查过程中，如发现出让合同已经签订，但未进行公开招标或拍卖的行为应如何认定。对此，有观点认为，土地出让中的招拍挂活动不同于一般民事主体之间进行的拍卖、招标投标等活动。其是以政府机关作为招拍挂活动的组织实施者，故不适用《拍卖法》、《招标投标法》等规定。例如《拍卖法》规定，本法适用于中华人民共和国境内拍卖企业进行的拍卖活动。因此不应当适用于政府机关组织的拍卖活动。招拍挂规定中明确招标出让国有建设用地使用权，是指市、县人民政府国土资源行政主管部门发布招标公告，邀请特定或者不特定的自然人、法人和其他组织参加国有建设用地使用权投标，根据投标结果确定国有建设用地使用权人的

行为。

对于该问题，并无明确的法律规定。笔者认为，应当招拍挂而以协议方式出让土地使用权的，土地使用权出让合同存在极大的无效风险。理由如下：首先，招拍挂的规定已经通过物权法上升至法律高度。通过民事基本法的规定来明确经营性土地的招拍挂要求。虽然物权法的条文并未明确规定无效的法律后果，难以判断是否属于效力性强制性规范。但从第二个理由来看，法院存在以违反公序良俗为理由来做出无效的认定。原本应当通过公开渠道进行出让的土地使用权被出让人和受让人私相授受的方式进行协议转让，损害了其他潜在受让人的利益，违背了土地利用的政策。此外也可能导致土地出让金约定过低，从而违背公序良俗。

因此，依法应进行招拍挂但通过协议出让方式取得土地使用权的，认定该行为无效的可能性较大。应当在尽职调查中对于经营性土地是否通过招拍挂方式取得予以充分重视。

2、土地出让金和土地契税纳税

（1）出让金缴费凭证

土地出让金付款凭证的核查重点主要是对比出让金支付时间与出让合同约定的付款期限是否一致，是否缴纳了迟延支付的滞纳金，以及土地契税是否缴纳并取得发票。

实践中存在政府部门以开具各种形式收据的方式作为土地出让金支付的凭证。对此问题，在尽职调查过程中应当予以充分的重视。

土地出让金是由地方与中央进行分账核算。依照《国有土地使用权出让收支管理办法》的规定，土地出让收入征收部门为市、县国土资源管理部门，其应开具缴款通知书并按照财政部统一规定的政府收支分类科目填写“一般缴款书”，由受让人缴纳。土地使用权受让人应在规定的时间内缴纳应缴地方国库的土地出让收入。

实际操作中应核查由国土资源管理部门作为征收单位的《非税收入一般缴款书（收据）》并加盖收费专用章作为依法缴纳土地出让金的凭证。此外，还应核查该笔出让金的契税《税收缴款书》。

因此，如出现其他部门开具的收据或直接将出让金支付用于动迁安置补偿等做法均存在合规上的问题。需注意的是，取得前述有效的出让金缴款凭证是申领国有土地使用权证的前提。

（2）出让金支付期限

《出让和转让条例》的规定里曾出现过“土地使用者应当在签订土地使用权出让合同后六十日内，支付全部土地使用权出让金。逾期未全部支付的，出让方有权解除合同，并可请求违约赔偿。”的规定。因该规定的层级较高，属于行政法规。不少律师在核查项目公司签订的使用权出让合同以及核查出让金支付期限过程中产生了相当的困惑。

《出让和转让条例》颁布实施于1990年，而1995年起实施的《城市房地产管理法》已将该规定调整为“土地使用者必须按照出让合同约定，支付土地使用权出让金；未按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，土地管理部门有权解除合同，并可以请求违约赔偿。”此条在该法2007年和2009年修订时也得到了保留。

笔者认为，无论从法律效力层级还是制定时间的先后顺序来看，原《出让和转让条例》中有关六十日内付清出让金的规定应不再继续适用。

值得注意的是，财政部、国土资源部、中国人民银行、监察部、审计署于2009年发文《关于进一步加强土地出让收支管理的通知》（财综[2009]74号），其中规定“市县国土资源管理部门与土地受让人在土地出让合同中依法约定的分期缴纳全部土地出让价款的期限原则上不超过一年。经当地土地出让协调决策机构集体认定，特殊项目可以约定在两年内全部缴清。首

次缴纳比例不得低于全部土地出让价款的50%。”该规定可作为尽职调查的参考之用。但因此规定的层级较低，如土地使用权出让合同中的付款约定与上述规定不一致的，并不能否认出让合同中付款条款的效力。

3、土地使用权证（房地产权证）

国有建设用地使用权属于《物权法》中所规定的用益物权的一种，其设立需以办理不动产登记作为要件。因此，核查项目公司取得其所开发项目的土地使用权证就成为了尽职调查中至关重要的一环。

国土资源部于2015年3月1日起全面启用统一的不动产登记簿证样式。原土地使用权证已更改为《不动产权证书》，对于原土地使用权证，按照“不变不换”的原则，在依法办理变更登记、转移登记等登记时，逐步更换为新的不动产登记簿证。本文因区分土地使用权登记和房屋所有权登记的需要，仍然沿用土地使用权证的称谓。

通过招拍挂方式取得国有土地使用权的流程主要为：1.制定出让方案；2.编制招标采购挂牌出让文件；3.发布出让公告；4.评标、竞价、挂牌；5.中标、竞得；6.签订出让合同；7.公告结果；8.核发《建设用地批准书》，交付土地；9.支付出让金；10.领取土地使用权证。

在前述所引用的多份法律规定中，均规定了土地的受让人在签订土地使用权出让合同并且依法缴纳了土地出让金后方可申领土地使用权证。然而，实践中亦不乏未缴足出让金而实际取得了土地使用权证的案例。

因此，作为尽职调查而言，不应当仅凭借项目公司取得了土地使用权证的事实来推定土地出让金已经缴足的结论，而仍然应当核查土地出让金的缴纳凭证。否则将存在收购完成后被要求支付土地出让金的风险。

4、土地交付确认书

另一个值得关注但也容易被忽视的环节是土地交付。土地使用权出让合同中一般均会约定土地的交付标准。而反映是否达到交付标准的一项指标便是土地交付确认书。故尽职调查过程中应当在有条件的情况下核查土地交付确认书中所列的交付状况与土地使用权出让合同中的交付标准是否一致。

而在土地使用权转让领域，土地交付的相关文件便更加重要了。《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》中明确规定了一地数卖情况下各受让方的权利先后问题。土地交付与否作为仅次于土地使用权登记的认定标准，就显得十分重要。笔者在尽职调查过程中也发现过一地数卖的案例，法院最终就是引用了司法解释的这条规定来认定各受让人的权利先后顺序。

5、特殊约定

随着我国各地房地产调控的不断深入，各地政府也出台了各类措施对房地产开发企业提出了诸多的要求和限制。而这些限制除了通过当地政府所颁布的规定中可以查阅外，一个主要的途径便是通过核查土地出让合同中的约定以及不动产登记簿的相关约定来实现。

举例而言，上海市出台的《关于加强本市经营性用地出让管理的若干规定》一文中就规定要通过出让合同约定的方式限制酒店式公寓建设、商办物业的持有比例和持有年限等，以及规定了未达到房屋建设工程转让条件的，土地使用权及地上建筑物等不得整体或分割转让，受让人的出资比例、股权结构、实际控制人等均不得改变等硬性规定。

尽职调查过程中应当注意对这类地方性规定的核查并相应设计交易模式，以免触碰当地的限制性规定而导致交易无法进行。

(二) 土地使用权的抵押

《物权法》规定“债务人或者第三人

有权处分的下列财产可以抵押：（一）建筑物和其他土地附着物；（二）建设用地使用权；（五）正在建造的建筑物……”土地使用权可以作为抵押财产应无争议。实践中，绝大部分的房地产项目公司也会将土地抵押给银行或其他非银行金融机构等用于融资开发的担保。

有关抵押权的设立行使等一般性规定因内容过于纷繁，且相关论述已汗牛充栋故不在本文中过多论述。尽职调查过程中可能发现比较有意思的问题主要包括：

1、土地使用权与房屋所有权被分别抵押

《物权法》中有一条关于房地一体化的规定“以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。”粗看起来该规定并无难以理解之处。但因各地实践的不同就普遍产生了一个争议较大的问题。

实践中，有些地区存在土地使用权抵押登记和房屋及在建工程抵押登记分别属于两个不同部门管理的情况。那么便可能产生土地使用权抵押登记在先，房屋或在建工程抵押登记在后，但两个抵押权分别属于不同主体时如何行使抵押权的问题。

由于前述房地一体化条文的存在，有很大一部分人持有观点认为设立在先土地使用权抵押虽然未对房屋或在建工程进行登记，但应视为一并抵押。故该债权人对土地和房屋均享有优先受偿权。笔者认为，该观点实际上只是从静态的角度看待问题而忽略了房地产开发的动态流程。在开发的过程中，土地使用权办理抵押登记时项目可能还未开始建设，也即房屋或在建工程尚不存在。此时认为一并抵押似乎与上述规定的理解不符。

此外，对此问题，最高院的王闯法官和国家法官学院的曹士兵院长均专门著文

阐述，两位虽然说理路径不一，但殊途同归，均认为此种抵押物应当统一处置后按照房屋和土地的不同评估价值，由抵押权人在各自的范围内优先受偿。未免班门弄斧，笔者在此直接列出两人的观点出处。曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第三版），中国法制出版社，第225页以下。王闯：《规则冲突与制度创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》一文中的第六大点。

言归正传，笔者认为若尽职调查的项目公司所在地若仍然采用分别登记管理方式的，应当分别在国土资源部门和房屋建设管理部门进行抵押登记核查，以免遗漏。而如代表项目公司的债权人进行尽职调查的，更应明确将来抵押权行使的受偿顺位问题。

2、土地使用权抵押的限制

土地使用权抵押作为一项常见的担保制度在实务中较为盛行。但实际操作中，因土地使用权抵押主要被开发商用于项目的融资开发，故各地的地方政府也通常将土地使用权抵押作为一项调控措施予以规制。

还是以上海为例，前述的《关于加强本市经营性用地出让管理的若干规定》中便规定“经营性用地使用权抵押时所担保的主债权，仅限于开发建设该出让地块的贷款，且不得超过合同约定的土地出让价款总额。以房屋在建工程、新建房屋连同土地抵押等情形，应按照《上海市房地产抵押办法》的有关规定办理。按照土地出让合同约定的自持部分物业，应整体抵押，不得分割抵押。抵押权实现时，受让人应执行原出让合同中约定的权利和义务。”

该规定不仅对经营性用地的抵押权人（仅限发放开发贷的金融机构）做出了限制，也对抵押金额做出了限制（不得超过出让金）。另需说明的是该条中所援引的《上海市房地产抵押办法》还在将在建工程抵押作为抵押的预告登记处理。

此外，就工业用地而言，上海市发布的《关于加强本市工业用地出让管理的若干规定》一文中，在经营性用地的基础上甚至做出了“工业用地抵押权实现时，抵押物竞买人资格必须经过规划国土资源管理部门、产业管理部门和园区管理机构综合认定，符合产业导向和园区规划要求。也可按照出让合同约定，由出让人或园区管理机构优先收购土地使用权。工业用地抵押权实现时，涉及经批准按照规划提高建筑容积率未补缴地价款的，抵押物竞得人应当按照抵押权实现时点的市场评估价补缴地价款。”的规定。

此类规定无疑会对抵押权设立以及抵押权的实现产生诸多不利的影响。无论作为收购人还是债权人而言，均需对此种限制予以评估。因此，尽职调查过程中尽早披露上述限制，也有利于及早认清并分析交易模式。

3、债权转让后的抵押权变更登记问题

对于主债权转让后抵押权是否必须办理变更登记才随主债权一并转让，笔者始终认为这是一个理论上并无争议但在实践中却存在诸多麻烦的问题。

根据《物权法》第192条规定“债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”从该规定文义看，抵押权的转让并不以办理变更登记为要件。

此外，最高人民法院在其《关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》第九条也规定“金融资产管理公司受让有抵押担保的债权后，可以依法取得对债权的抵押权，原抵押权登记继续有效。”

一般认为，上述规定无论在法律层面还是司法实践层面均确立了主债权转让抵押权随之转让而无须以办理变更登记为抵押权转让生效要件的原则。笔者亦与上海某知名政法高校的学者探讨此问题，得到

的回答也与前述观点一致。

然而遗憾的是，因前述最高院的规定是专为金融资产管理公司而设，并不具有普遍适用性。实践中还是有法院以抵押权未办理变更登记，不符合《物权法》关于不动产物权经登记生效的规定而不支持债权受让人行使抵押权的请求。

除司法层面外，不动产登记机关在登记操作上也对抵押权人变更的条件把握上采取了较高标准。国土资源部颁布的《不动产登记条例实施细则》的第 69 条规定“因主债权转让导致抵押权转让的，当事人可以持不动产权属证书、不动产登记证明、被担保主债权的转让协议、债权人已经通知债务人的材料等相关材料，申请抵押权的转移登记。”而在规定更为细致的《不动产登记操作规范（试行）》中规定的抵押权转让变更登记申请主体为抵押权人和债权受让人。申请材料中有关抵押权转移的材料包括：（1）申请一般抵押权转移登记的，还应当提交被担保主债权的转让协议；（2）申请最高额抵押权转移登记的，还应当提交部分债权转移的材料、当事人约定最高额抵押权随同部分债权的转让而转移的材料；（3）债权人已经通知债务人的材料。

如单纯从上述规定来看，抵押权转移的变更登记并不需要抵押人前往登记机关办理手续。但实际操作中，许多地方的登记机关还是依照当地的登记规定在办理相关手续，其中不免有要求抵押人到场签字同意，由此造成事实上无法办理。

笔者认为，尽职调查中应充分注意主债权能否办理转移这一实际操作问题。如当地无法办理转移登记的，也应披露将来实现抵押权是可能遇到的障碍。但笔者相信该问题既然在规则层面已经无争议，相信在不久的将来应能得到较好的解决。

4、最高额抵押的优劣

最高额抵押是为担保债务的履行，债权人或者第三人对一定期间内将要连续发

生的债权提供担保财产的行为，属于抵押权中的一种特殊形式。如对将来一定期间内的债权进行担保的，最高额抵押无疑是一种非常合适的担保措施。然而，实践中却常常出现对于一笔确定的债权签订最高额抵押合同的情况。

实际上，对于确定金额的债权而言，办理最高额抵押可能并不符合债权人的利益。

（1）债权确定

债权确定是最高额抵押中的一项特殊制度，根据《物权法》规定有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：（四）抵押财产被查封、扣押。

在以一笔借款作为债权的情形下，如采用一般抵押，那么债权人根据抵押合同约定可以就主债权合同项下的本金、利息、实现债权费用等优先受偿。该优先受偿权利与抵押财产是否被查封并无关联。而在最高额抵押下，如抵押财产被查封的，产生的第一个问题便是查封之后产生的利息等是否属于抵押债权的范围。而《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》中有这么一条“最高额抵押权所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或债务人、抵押人破产后发生的债权。”

笔者认为，在司法解释予以明确以前，采用最高额抵押来担保某一单一债权无形中给债权人增加了不必要的风险。尤其是在交易后续履行环节中还需不定期对抵押财产是否被查封进行查证，增加交易成本（虽然最高院规定查封抵押财产应当通知抵押权人，但实践中真正通知的较为少见）。

（2）最高额金额登记

最高额抵押在实践中的另一个有不确定性的问题便是最高额数额的登记。根据规定，超过登记的最高额的债权将不享有优先受偿的权利。

实践中，抵押权人因各种原因往往只能将债权本金作为最高额在不动产登记机关进行登记。由此引发了对于利息、实现债权费用是否可以优先受偿的争议。

就笔者的执业经验而言，存在法院审判庭在判决中模糊处理的情形。即在判决主文中只写债权人有权就本金利息实现债权费用在最高额范围内优先受偿的表述。至于最高额范围究竟多少，并不具体写明。而判决到了执行庭后，随意性可能更加扩大。

笔者认为，该问题实际上也可通过不要设定最高额抵押来避免。因而在尽职调查以及此后的交易模式设计中，应对此问题予以注意，避免给当事人造成不必要的损失。

（三）土地用途的创新改革

我国土地制度中对于土地的用途进行严格的分类。从大的分类来看可分为居住用地、工业用地、教育、科技、文化、卫生、体育用地、商业、旅游、娱乐用地、综合或者其他用地。不同的土地用途所对应的最高使用权出让年限也各不相同。土地用途已在各地的总体规划和城市控制性详细规划中予以确定。具体的用途还可以根据《城市用地分类与规划建设用地标准》的规定进行进一步的细分。由于土地用途的相关法律问题，尤其是土地的实际使用与土地用途不一致的情况时有发生，本文因受篇幅所限，着重讨论尽职调查时如何在适应各地的土地用途创新制度时提出相应的法律意见。

土地用途制度的改革的成因是我国原有的按用途进行分类的土地管理方式与新经济环境中的市场对于土地使用的需要出现了脱节。最为典型的案例就是我国对工业用地用途的设计主要是作为工业厂房、仓储来使用。而随着科技创新的深入，工业性企业早已不再局限于生产。有些高科技工业企业绝大部分产值是通过工业研发产出的。而企业研发所占的比例越高，对于标准厂房的需求就相对减少，其在用地

过程中需要大量的实验室和办公场所。这样一来，原本的工业用地在容积率控制等方面就无法满足这些企业的需求，而商业办公用地一方面无法满足企业仍然存有厂房的要求，另一方面又因为价格过高而使企业难以承受。

由此，各地开始着眼于对土地用途在现行的框架下进行一定的调整。还是以上海为例，其在2011年颁布了《关于在张江国家自主创新示范区试点进一步开展产业用地节约集约利用的若干意见》其中就允许区内企业可将工业土地用途调整为“科研用地（产业园区类）”。而此后在2013年出台的《关于增设研发总部类用地相关工作的试点意见》中又增加了土地分类编号为C65的“研发总部用地”。2014年3月28日，上海市政府又出台了《关于加强本市工业用地出让管理的若干规定（试行）》的规定，明确了四类工业用地：工业用地产业项目类、工业用地标准厂房类、研发总部产业类、研发总部通用类，该分类使用至今。这样的区分实际上是在原有三类工业用地的基础上将科研用地纳入后进一步发展而成。长三角地区包括南京等城市也有类似的规定和做法。细化的规定这里不做具体阐述，在尽职调查过程中，可通过核查对比相关的规定与出让合同等方式来判断是否合规。

需要说明的是，类似科研用地这类创新的土地用途管理方式因价格便宜，边界模糊，存在着遭受违规利用的问题。此类尽职调查中需要特别注意房屋的实际用途与土地用途的一致性。如项目公司拟将来拟建设办公楼使用的，那么项目公司在房屋建成后能否对外出租，出租比例是否有限制则将成为关键问题。一般而言，科研用地虽然地价便宜，但在出租、转让、抵押等方面均受到一定的限制，该些限制值得注意。

二、建设工程相关资料

工程项目的建设流程，粗略列举可分为：设计、施工、竣工、交付、保修五个

阶段。而整个阶段所涉及的证照主要包括了环评登记备案材料（依环境影响程度不同分为报告书、报告表、登记表）、建设用地规划许可证、设计方案批复、审图证、建设工程规划许可证（一般分为地上和地下两部分）、建设工程施工许可证（一般分为地上和地下两部分）、竣工验收备案证明（环境影响评价验收、消防验收、土地规划验收、人防工程验收、工程竣工验收报告、竣工工程资料验收等）、商品房预售许可证、住宅交付许可证等。

仅从证照数量之多，涉及部门之广上便可看出，对于建设工程的尽职调查实际上是相当复杂的。而从法律尽职调查角度而言，更多的应当关注各类证照是否齐备，总承包商的资质以及总承包合同的签订及履行情况等。

（一）工程招投标

工程是否必须进行招投标是工程尽职调查环节的一项重要内容。《招标投标法》规定：在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

具体工程项目是否应当进行招投标的则适用《工程建设项目招标范围和规模标准规定》。该规定对《招标投标法》里的上述工程类型进行了明确，并且从价格上进行了细化（施工单项合同估算价的 200 万元人民币以上的；重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在 100 万元人民币以上的；勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在 50 万元人民币以上的；（四）单项合同估算价低于第（一）、（二）、（三）项规定的标准，但项目总投资额在 3000 万元人民币以上的）。

值得注意的是《工程建设项目招标范

围和规模标准规定》中将商品住宅列为了关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目，只要工程估算价款符合前述要求的，应进行招标投标。

如按照该条理解，基本上所有的商品房开发均需要进行招标投标，否则依照《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》的规定，建设工程必须进行招标而未招标的建设工程施工合同无效。但事实上，商品房开发项目开发过程中不进行招投标的并非罕见。这种做法的普遍性主要是依据《住房城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见》（建市[2014]92 号）中要求调整非国有资金投资项目发包方式，试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标发包，是否进入有形市场开展工程交易活动，并由建设单位对选择的设计、施工等单位承担相应的责任。

鉴于《工程建设项目招标范围和规模标准规定》和建市[2014]92 号文的发文机关属于同级，都属于部门规章的范畴，因此均不能在认定合同效力是直接作为认定合同无效的依据。而只可作为判断商品住宅是否属于应当招投标范畴的依据，住建部的建市[2014]92 号文无论在发文时间上还是在业主主管领域上，均应当以后者作为认定的依据，故商品住宅的施工合同如未招投标的，不应以此来认定合同无效。

（二）转包及违法分包

转包、违法分包、肢解分包等多年来一直是我国建筑业市场上的一种乱象，主管部门也三令五申禁止并且出台明确的认定办法，但时至今日仍难以根治。在尽职调查过程中也经常会遇到拟收购的项目存在转包、违法分包等情形。转包、违法分包的问题发生跟我国推行的建设工程企业资质管理制度是密切相关的，我国将建筑施工企业分为三类，即工程施工总承包企业、建筑施工承包企业、建筑专项分包企业，每类施工均在其专业领域进行资质分级。根据《建筑法》第 26 条的规定，承包

建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。实践中便出现了各种无资质或资质等级不够的企业为了承揽建设项目，变相的通过挂靠、内部承包等形式来获得建设工程的施工合同，从而分享工程款的利益。此外，各类地方保护主义的存在，也无形中增加了外地施工企业不得不与本地施工企业“合作”的形式来取得工程。

事实上，建筑施工企业的资质问题应当属于政府的行政管理问题，似乎与合同效力并无逻辑上的必然联系。最高院在发布《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》前的征求意见时也曾经采用过相似的看法，即不以是否具有相应的施工资质作为判断合同效力的依据。然而，在该问题上由于住建部的强烈要求，最终司法解释规定了“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第52条第5款的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；”这也可视作是一种协调妥协的结果。

在表现形式上，一般会通过内部承包、挂靠等方式。对此，《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》中的规定值得在尽职调查中借鉴。对于转包行为，该办法列举以下几种情形：（一）施工单位将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；（二）施工总承包单位或专业承包单位将其承包的全部工程肢解以后，以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的；（三）施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的；（四）施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务，只向实际施工单位收取费用，主

要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的；（五）劳务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程，劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；（六）施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的。

对于挂靠，则列举了以下情形：（一）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；（二）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；（三）专业分包的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的，但建设单位依约作为发包单位的除外；（四）劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的；（五）施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；（六）实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系，或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致，又不能进行合理解释并提供材料证明的；（七）合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供材料证明的。

在尽职调查过程中，如果发现上述情形的，可做出工程项目存在转包、挂靠等认定。然而，较为有趣的是，虽然转包、挂靠等行为严格认定为无效。但对于无效合同的后果，最高院却用了一种“无效作为有效”的方式来处理。

具体而言，即以建设工程是否验收合格作为支付工程价款的标志。如验收合格的，可参照施工合同约定支付工程价款。如建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（1）修复后的建设工程经竣工验收合格，由承包人承担修复费用；（2）经修复后仍不合格的，则不支持承包人的价款支付请求。该规则实际上与有效的施工合同后果并无太大的区别。

因此，如尽职调查中发现存在转包、违法分包等情形的，除正常披露外，还可对建设工程是否竣工验收合格进行关注。如是在建工程的，则可对验收合格与否对于工程价款支付的影响进行披露。

（三）发包人收到竣工文件后未回复的处理

一般而言，施工企业在完成工程施工并通过竣工验收后都会通过决算书的形式提供给项目公司作为确定工程价款的要约，而如项目公司予以确认的，则表明双方对于结算达成了合意。实践中则相对更为复杂，若施工企业寄送了决算书而项目公司迟迟不予回复的，如何处理更是充满争议。依法理，默示不能作为意思表示的方式，但符合法律规定、有约定或者符合交易习惯的除外。

另依照《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20条的规定“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。”该条确定了默示视为认可结算文件的前提是双方之间有相关约定。

除上述最高院的规定之外，建设部于2004年发布的《建设工程价款结算暂行办法》第16条规定“发包人收到竣工结算报告及完整的结算资料后，在本办法规定或合同约定期限内，对结算报告及资料没有提出意见，则视同认可。”有观点认为该规定可作为确定工程价款结算的依据。但

在司法实践中，因该规定效力层级过低，难以仅凭借该规定来认定发包方默示认可了施工企业的结算文件。然而，如果施工人采用一定的变通办法，在施工合同中明确约定价款结算审核适用建设部的上述规定，便存在使其变为双方约定的形式来使最高院司法解释的规定发挥作用。

在尽职调查中，如果审阅施工合同时发现诸如援引《建设工程价款结算暂行办法》或直接在合同中约定承包人提交结算文件后发包人未回复视为认可等内容条款的，应予以注意并充分披露风险。

（四）工程质量保修

在我国，建设工程领域实施质量保修制度。其主要规范是依照国务院《建设工程质量管理条例》中的第六章以及与之相对应的建设部《房屋建筑工程质量保修办法》的相关规定。应该说，建设工程质量是一个难以绕开的话题，尤其是在收购已经部分交付的项目时更难免会碰到建设工程质量的问题。

建设工程质量保修，是施工单位在房屋竣工验收后的保修期内对于工程质量缺陷而向发包人承担的修复义务。有关质量保修期的起算问题，根据上述规定条例和办法，建设工程保修应自竣工验收之日起起算。如果仔细观察就会发现商品住宅的保修有一个特别规定，建设部发布的《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》中将住宅保修期规定为开发企业将竣工验收的住宅交付用户使用之日。

从上述规定来看应当明确：首先建设工程的保修是施工的单位向发包单位承担的保修责任，而商品住宅保修则是开发商向购房人所承担。其次，建设工程的保修是自竣工验收之日起算，而商品住宅的保修自交付之日起算。因此，虽然实践中开发商通常会让施工单位来实际进行保修工作，但两者之间存在着一定的时间差。

如果收购项目的尽职调查中发现项目



存在较为明显的质量问题的，可以在转让合同中约定由出让方承担该质量瑕疵的保修责任。

三、结语

房地产项目的尽职调查纷繁复杂，绝非本文的三言两语可以覆盖。然而这也是房地产项目业务乃至律师业务的魅力所

在。本文所涉及的问题对整个房地产项目而言，也只是沧海一粟。笔者此文权当抛砖引玉，以期引起对于房地产项目尽调中各种问题的应对及汇总讨论，交流心得，丰富视野，在自我提升的同时，为客户提供更好服务。

（来源：高杉 LEGAL 作者：冯兢）



后 记



**There is a gap between the command and its execution, which must
be filled by understanding.**

命令和它的执行之间有一道鸿沟，它必须由理解来填平。

——Ludwig Josef Johann Wittgenstein

【本刊内容参考及转载来源】

1. 中国新华社: www.xinhuanet.com;
2. 人 民 网: www.people.com.cn;
3. 中国新闻网: www.chinanews.com;
4. 财 经 网: www.caijing.com.cn;
5. 第一财经网: www.yicai.com;
6. 证券时报网: www.stcn.com;
7. 法 制 网: www.fawan.com;
8. 法律图书馆: www.law-lib.com;
9. 各级政府及各部委行署官方网站