



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners

2017/第 40 期

(总第 307 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](http://www.east-concord.com)

## 导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近期，深交所修订发布上市公司从事房地产业务行业信息披露指引，《反不正当竞争法》首次修订发布，国家发改委修订发布《政府制定价格成本监审办法》，《监察法》面向社会征求意见，最高法、人社部出台意见加强劳动人事争议仲裁衔接，国家发改委就地方定价的经营服务性收费目录清单征意，更多法规详见本周速递。

近日，全国人大网公布《中华人民共和国农村土地承包法（修正案草案）》，《修正案》修改背景和主要内容是什么？就《修正案》制定和实施有关问题，全国人大农业与农村委员会副主任委员刘振伟在十二届全国人大常委会第三十次会议上作了关于《修正案》的说明。

本期“法律观察”栏目为您带来《PPP项目用地分析》，以供参考；“实务聚焦”栏目重点关注《建设工程价款优先受偿权的 15 个常见问题》，敬请阅读并指教。

## 目 录

### 法规速递

1. 证监会对养老目标证券投资基金指引公开征意\2017-11-06
2. 深交所修订发布上市公司从事房地产业务行业信息披露指引\2017-11-06
3. 反不正当竞争法首次修订发布\2017-11-06
4. 全国人大常委会修改会计法等十一部法律\2017-11-06
5. 我国 33 县市区试点农村土地制度改革期限延长一年\2017-11-06
6. 国家发改委修订发布政府制定价格成本监审办法\2017-11-07
7. 水利部发布水利建设项目稽察办法\2017-11-07
8. 民政部拟规范社会组织信用信息管理\2017-11-08
9. 工业产品生产许可证试行简化审批程序工作细则发布\2017-11-08
10. 国土部对不动产登记资料查询办法征意\2017-11-08
11. 《监察法》面向社会征求意见\2017-11-08
12. 《农村土地承包法（修正案草案）》征求意见\2017-11-08
13. 电子商务法二审稿公开征意 强化平台经营者义务规范\2017-11-08
14. 国家发改委就地方定价的经营服务性收费目录清单征意\2017-11-09
15. 最高法、人社部出台意见 加强劳动人事争议裁审衔接\2017-11-10

### 法规解读

之农村土地承包法修正案草案解读

### 热点信息

### 法律观察

之 PPP 项目用地问题分析

### 实务聚焦

之 建设工程价款优先受偿权的 15 个常见问题

## 法规速递

### 1. 证监会对养老目标证券投资基金指引公开征意\2017-11-06

近日，证监会制定了《养老目标证券投资基金指引（试行）（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见，意见反馈截止于11月18日。《征求意见稿》将基金投资权益类资产的比例与基金封闭运作期限或投资者持有时间挂钩，鼓励投资者长期持有，获取长期稳健收益。《征求意见稿》要求引入海外市场较为成熟且广泛应用的资产配置策略，要求基金采用定期开放的运作方式或设置投资者最短持有期限，要求基金名称中包含“养老目标”字样且反映投资策略等。《征求意见稿》鼓励“养老目标”基金设置优惠的费率，支持投资者进行长期养老投资；设置基金管理人条件，支持优秀的基金经理管理“养老目标”基金等。

[阅读原文](#)

### 2. 深交所修订发布上市公司从事房地产业务行业信息披露指引\2017-11-06

近日，深交所修订发布《行业信息披露指引第3号——上市公司从事房地产业务（2017年修订）》，自发布之日起施行。《指引》新增了对房地产行业上市公司与员工共同投资房地产业务的规范，要求年度报告中持续披露该类业务的开展情况。《指引》进一步强化了风险揭示要求，新增了上市公司向其商品房承购人提供担保的披露要求；进一步强化了信息披露要求，对“经营情况与分析”、“财务报告附注”的披露内容进行了完善，新增对预收账款、营业收入对应金额前五大项目的披露要求。《指引》提出，允许房地产行业上市公司对主营业务所需的财务资助进行额度授权，新增了额度授权及可在额度内“滚动”使用的条款。

[阅读原文](#)

### 3. 反不正当竞争法首次修订发布\2017-11-06

近日，第十二届全国人大常委会第三十次会议修订通过《中华人民共和国反不正当竞争法》，自2018年1月1日起施行。本次修订重点规制了互联网领域的不正当竞争行为，明确经营者不得对其商品的“销售状况”、“用户评价”等作虚假或者引人误解的商业宣传，也不得通过组织虚假交易等方式帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传，否则将面临最高200万元的罚款。本次修订进一步明确了混淆行为概念，对擅自使用他人标识作出限定，要求该标识在相关领域有一定的影响；进一步明确了商业贿赂对象，规定经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为。本次修订还明确了“恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容”等互联网领域的不正当竞争行为。

[阅读原文](#)

#### 4. 全国人大常委会修改会计法等十一部法律\2017-11-06

近日，第十二届全国人大常委会第三十次会议通过《关于修改〈中华人民共和国会计法〉等十一部法律的决定》，自11月5日施行。《决定》将《会计法》第四十条第一款中的“不得取得或者重新取得会计从业资格证书”修改为“不得再从事会计工作”，并删去第二款；将第四十二条第三款修改为：“会计人员有第一款所列行为之一，情节严重的，五年内不得从事会计工作。”同时，《决定》将《海关法》第三十三条第三款修改为：“加工贸易保税进口料件或者制成品内销的，海关对保税的进口料件依法征税；属于国家对进口有限制性规定的，还应当向海关提交进口许可证件。”《决定》还删去《中外合作经营企业法》第十二条第二款中的“报审查批准机关批准”；删去第二十五条中的“第十二条第二款”。

[阅读原文](#)

#### 5. 我国33县市区试点农村土地制度改革期限延长一年\2017-11-06

近日，第十二届全国人大常委会第三十次会议通过《关于延长授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的期限的决定》，自11月5日施行。根据《决定》，2015年2月27日第十二届全国人大常委会第十三次会议授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定施行期限届满后，试点期限延长一年至2018年12月31日。延长期满，国务院应就暂时调整实施有关法律规定的情况向全国人大常委会作出报告。对实践证明可行的，国务院应提出修改相关法律的意见；对实践证明不宜调整的，恢复施行有关法律规定的期限。

[阅读原文](#)

#### 6. 国家发改委修订发布政府制定价格成本监审办法\2017-11-07

近日，国家发改委修订发布《政府制定价格成本监审办法》，自2018年1月1日起施行。《办法》明确，成本监审项目实行目录管理。自然垄断环节以及依成本定价的重要公用事业和公益性服务应当列入成本监审目录。列入成本监审目录的商品和服务，未经成本监审的，不得制定价格。根据《办法》，成本监审包括制定价格前监审和定期监审两种形式，定期监审的间隔周期不得少于一年。《办法》规定，定价机关实施成本监审，应当书面通知有关经营者，明确成本监审范围、监审形式、监审期间以及需要提供的资料 and 进行实地审核的要求等内容。《办法》还要求严格定价成本审核，从严制定主要成本指标审核标准，严格界定不得计入定价成本的费用项目等。

[阅读原文](#)

#### 7. 水利部发布水利建设项目稽察办法\2017-11-07

日前，水利部印发《水利建设项目稽察办法》，自印发之日起施行。《办法》共9章50条，适用于有政府投资的水利建设项目。其他水利建设项目稽察参照执行。根据《办法》，水利稽察内容主要包括抽查建设项目前期工作与设计、计划下达与执行、建设管理、资

金使用与管理、工程质量与安全等方面实施情况等。《办法》明确，对严重违反建设管理有关法律法规的项目管理和勘察（测）设计、施工、建设监理等参建单位，稽察工作机构可向有关部门单位提出“责令暂停施工”、“将严重违规的施工、监理单位清退出施工现场”、“降低有关单位的资质等级或吊销其资质证书”等6项处理处罚建议。

[阅读原文](#)

#### 8. 民政部拟规范社会组织信用信息管理\2017-11-08

近日，民政部起草了《社会组织信用信息管理办法（征求意见稿）》，现征求社会各界意见，意见反馈截止于12月7日。《征求意见稿》共26条，对社会组织信用信息的定义、分类、适用范围、管理的基本原则、列入活动异常名录和严重违法失信名单的情形、程序、救济途径以及激励惩戒措施等方面进行了规范。《征求意见稿》将社会组织评估等级及有效期限、获得的政府有关部门的表彰奖励、承接政府购买服务或者委托事项、公开募捐资格、公益性捐赠税前扣除资格等与社会组织信用有关的信息纳入信用记录范畴。《征求意见稿》提出，社会组织信用信息均可以对外公开，供公众查询。

[阅读原文](#)

#### 9. 工业产品生产许可证试行简化审批程序工作细则发布\2017-11-08

日前，质检总局发布《工业产品生产许可证试行简化审批程序工作细则》。《细则》适用于工业产品生产许可证试行简化审批程序核发事项的申请、办理和后置现场审查管理，对适用产品范围、审批依据、办理机构、企业应履行的义务等作出规范。《细则》规定了“符合国家产业政策的规定，不存在国家明令淘汰和禁止投资建设的落后工艺、高耗能、污染环境、浪费资源的情况”等7项申请条件，明确了发证、延续、许可范围变更、名称变更、证书补领等申请事项。《细则》要求自受理决定之日起10个工作日内作出许可决定，在作出许可决定之日起10个工作日内生成电子证书并推送至企业，在企业获证后30日内完成后置现场审查。

[阅读原文](#)

#### 10. 国土部对不动产登记资料查询办法征求意见\2017-11-08

近日，国土部起草了《不动产登记资料查询办法（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见，意见反馈截止于12月7日。《征求意见稿》共8章36条，涵盖查询程序、权利人查询、利害关系人查询、国家机关查询与共享、登记信息资料保护等内容。《征求意见稿》对利害关系人进行了区分和细化，一是规定符合交易、诉讼、仲裁、继承、受遗赠等条件，能够提供相关证明材料的利害关系人，可以查询不动产登记结果；二是明确对可能发生交易、诉讼、继承、抵押、租赁等需要查询，但无法提供利害关系证明材料的利害关系人，可以查询不动产的自然状况、是否存在共有情形以及其他登记等情形；三是规定了律师受利害关系人委托查询不动产登记资料的方式和范围。

[阅读原文](#)

#### 11. 《监察法》面向社会征求意见\2017-11-08

11月7日,《中华人民共和国监察法(草案)》在中国人大网首次公布,向社会公开征求意见,意见反馈截至2017年12月6日。《监察法》明确,监察机关对包括“法律、法规授权或者受国家机关依法委托管理公共事务的组织中从事公务的人员”、“国有企业管理人员”等在内的六类公职人员进行监察。备受关注的留置措施在《监察法》中规定为,被调查人涉嫌贪污贿赂、失职渎职等严重职务违法或者职务犯罪,监察机关已经掌握其部分违法事实及证据,仍有重要问题需要进一步调查,并有“涉及案情重大、复杂的;可能逃跑、自杀的;可能串供或者伪造、销毁、转移、隐匿证据的;可能有其他妨碍调查行为的”等情形时,经监察机关依法审批,可以将其留置在特定场所。

[阅读原文](#)

#### 12. 《农村土地承包法(修正案草案)》征求意见\2017-11-08

11月7日,全国人大网公布《中华人民共和国农村土地承包法(修正案草案)》,意见反馈截至12月6日。《修正案》将第二十条修改为:“耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年。前款规定的耕地承包期届满后再延长三十年。”根据草案,此次农村土地承包法修改的主要内容之一是关于“三权分置”。草案规定,以家庭承包方式取得的土地承包经营权在流转中分为土地承包权和土地经营权,同时明确了土地承包权和土地经营权的权利。。

[阅读原文](#)

#### 13. 电子商务法二审稿公开征意 强化平台经营者义务规范\2017-11-08

近日,《中华人民共和国电子商务法(草案二次审议稿)》在中国人大网公布,现面向社会公开征求意见,意见反馈截止于11月26日。《二审稿》明确,电子商务经营者不得以虚假宣传、虚构交易、编造用户评价等方式侵害消费者的知情权。《二审稿》规定,电子商务平台经营者应当根据商品或者服务的价格、销量、信用高低等多种方式向消费者显示搜索结果;对于竞价排名的商品或者服务,应当显著标明“广告”。《二审稿》强调,电子商务平台经营者不得利用服务协议和交易规则等手段,对平台内经营者的交易、交易价格等进行不合理限制或者附加不合理交易条件,或者向平台内经营者收取不合理费用。《二审稿》还对工商登记、知产保护、合同规范、争议处理等问题作出修改。

[阅读原文](#)

#### 14. 国家发改委就地方定价的经营服务性收费目录清单征意\2017-11-09

近日,国家发改委制发《地方定价的经营服务性收费目录清单(征求意见稿)》,面向社会征询意见,征求截止于11月15日。《征求意见稿》是对地方政府定价的经营服务性收费进行了全面梳理后而形成,其包含收费项目名称、收费文件、定价部门、行业主管部门等内容,在收费项目名称环节,进一步明确了是否涉企、是否行政审批前置、是否

涉进出口环节等。以北京市为例，收费项目囊括“生活垃圾处理收费”、“(危险)废弃物处置收费”、“机动车停放服务收费(部分)”、“司法服务收费”、“车辆通行费(经营性)”等十个项目。其中，司法服务收费还细化为公证服务收费、司法鉴定收费、律师诉讼代理服务收费。

[阅读原文](#)

#### 15. 最高法、人社部出台意见 加强劳动人事争议仲裁衔接\2017-11-10

近日，最高人民法院、人社部共同出台《关于加强劳动人事争议仲裁与诉讼衔接机制建设的意见》。《意见》提出，要逐步统一仲裁受理范围和法律适用标准，特别要逐步统一社会保险争议、人事争议等争议的受案范围；同时，要规范劳动人事争议案件受理、保全、执行等程序衔接。《意见》明确，仲裁委员会对在仲裁阶段可能因用人单位转移、藏匿财产等行为致使裁决难以执行的，应告知劳动者通过仲裁机构向人民法院申请保全。《意见》还要求建立健全案卷借阅制度，做好案卷借阅管理工作；人民法院要加强对仲裁委员会裁决书、调解书的执行工作，加大对涉及劳动报酬、工伤保险待遇争议特别是集体劳动人事争议等案件的执行力度。

[阅读原文](#)

## 法规解读

### 之 农村土地承包法修正案草案解读

近日，全国人大农业与农村委员会副主任委员刘振伟在十二届全国人大常委会第三十次会议的全体会议上，受全国人大农业与农村委员会委托作了关于《中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）》（以下简称草案）的说明。

#### 修改农村土地承包法的背景

实行以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，是农村改革的重大成果，是我国宪法确立的农村基本经营制度。农村土地承包法自 2003 年施行以来，对稳定农村基本经营制度，赋予农民长期而有保障的土地承包经营权，增加农民收入，促进农业、农村经济健康发展和农村社会和谐稳定，发挥了重大作用。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央对稳定和完善农村基本经营制度、深化农村集体土地制度改革提出一系列方针政策。党的十九大报告明确提出第二轮土地承包到期后再延长三十年。从农业农村的现实情况看，随着富余劳动力转移到城镇就业，各类合作社、农业产业化龙头企业等新型经营主体大量涌现，土地流转面积不断扩大，规模化、集约化经营水平不断提升，呈现“家庭承包，多元经营”格局。农业产业化、水利化、机械化及科技进步等，都对完善农村生产关系提

出新的要求。把实践检验行之有效的农村土地承包政策和成功经验及时转化为法律规范，是修改农村土地承包法首先要考虑的问题。适应农村生产力发展的新要求，稳定和完善的适合国情的农村基本经营制度，是修改农村土地承包法的基本出发点。

2015 年，修改农村土地承包法列入第十二届全国人大常委会立法规划，由全国人大农业与农村委员会牵头，中央农办、农业部等部门参与。在修改过程中，农业与农村委员会作了广泛深入的调查研究，认真听取基层干部和农民群众的意见，先后多次征求 31 个省、自治区、直辖市和中央、国务院有关部门及专家的意见。在反复研究论证的基础上，形成了农村土地承包法修正案草案（以下简称草案）。

#### 农村土地承包法修改的主要内容

##### （一）关于“三权分置”

习近平总书记指出，“要在坚持农村

土地集体所有的前提下，促使承包权和经营权分离，形成所有权、承包权、经营权三权分置，经营权流转的格局”。“三权分置”是继家庭联产承包责任制后农村改革又一重大制度创新。目前，农村已有 30% 以上的承包农户在流转承包地，流转面积 4.79 亿亩。为此，草案规定，以家庭承包方式取得的土地承包经营权在流转中分为土地承包权和土地经营权。同时，明确了土地承包权和土地经营权的权能。土地经营权流转后，为了加强对土地承包权的保护，草案规定，承包土地的经营权流转后，承包方与发包方的承包关系不变，承包方的土地承包权不变。

为确保实行“三权分置”后不改变农地用途，草案规定，承包方连续两年以上弃耕抛荒承包地的，发包方可以收取一定的费用，用于土地耕作，连续三年以上弃耕抛荒承包地的，发包方可以依法定程序收回承包地，重新发包；土地经营权流转后第三方擅自改变承包地农业用途、弃耕抛荒两年以上、给承包地造成严重损害或者严重破坏承包地生态环境的，发包方或承包方有权要求终止土地经营权流转合同，收回土地经营权。

按照习近平总书记 2016 年 4 月 25 日在农村改革座谈会上关于“建立土地承包经营权登记制度”的精神，以及与民法总

则、物权法、农业法等法律相衔接，草案保留了土地承包经营权概念。土地集体所有权与承包经营权是承包地处于未流转状态的一组权利，是两权分离。土地集体所有权与土地承包权、土地经营权是承包地处于流转状态的一组权利，是三权分置。

## （二）关于稳定农村土地承包关系并长久不变

稳定农村土地承包关系并保持长久不变，有利于坚持和完善农村基本经营制度，坚持农村土地集体所有，坚持家庭经营基础性地位，坚持土地承包关系稳定，核心是维护农民土地权益。为此，草案规定，国家依法保护农村土地承包关系稳定并长久不变。为了给予农民稳定的土地承包经营预期，草案规定，耕地承包期届满后再延长三十年。

## （三）关于承包地的个别调整

实践中，对因各种特殊情形造成人地矛盾突出的问题，一些地方尊重大多数农民意愿，因地制宜，分类施策，在坚持稳定土地承包关系的基础上，妥善解决矛盾纠纷。为进一步规范对个别农户之间承包的耕地和草地的适当调整，草案划定了红线：必须坚持土地承包关系稳定、不得打乱重分的原则；必须经本集体经济组织成

员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业等行政主管部门批准。鉴于各地情况差异较大，草案授权省、自治区、直辖市制定地方性法规具体规定。

#### （四）关于土地经营权流转和融资担保

赋予第三方经营主体土地经营权，是完善农村基本经营制度的一个重要内容。草案规定，土地经营权可以依法采取出租（转包）、入股或者其他方式流转；第三方通过流转取得的土地经营权经承包方或其委托代理人书面同意，并向本集体经济组织备案后可以再流转。

关于土地经营权的融资担保。规范性文件规定，土地承包经营权和土地经营权都可以向金融机构抵押担保融资。鉴于实践中抵押担保融资的情况复杂，操作方式多样，加之各方面对土地经营权的性质认识分歧较大，草案使用了“融资担保”的概念，包含了抵押和质押等多种情形，既解决农民向金融机构融资缺少有效担保物的问题，又保持了与担保法等法律规定的一致性。草案规定，承包方可以用承包土地经营权向金融机构融资担保。第三方通过流转取得的土地经营权，经承包方或其

委托代理人书面同意，可以向金融机构融资担保。

#### （五）关于土地经营权入股

为落实党的十八届三中全会提出的“允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营”的精神，草案增加了土地经营权可以入股从事农业产业化经营的规定。鉴于土地经营权入股发展农业产业化经营尚处于探索阶段，实践中的做法也不尽相同，为此，草案只作出原则性规定，具体可依实践发展需要再由行政法规规范。

#### （六）关于维护进城务工和落户农民的土地承包权益

党的十八届五中全会决定提出，维护进城落户农民土地承包权、宅基地使用权、集体收益分配权，支持引导其依法自愿有偿转让上述权益。为此，草案删除了现行法律中关于承包方全家迁入设区的市，转为非农业户口的，应将承包地交回发包方的规定。鉴于城乡人口结构的变革是一个较长的历史过程，现阶段农民进城务工、落户的情况也十分复杂，按照中央关于推进农业转移人口市民化的要求，草案规定，维护进城务工农民的土地承包经营权，不得以退出土地承包权作为农民进城落户的条件，是否保留土地承包经营



权，由农民选择而不代替农民选择。承包方全家迁入城镇落户，纳入城镇住房和社会保障体系，丧失农村集体经济组织成员身份的，支持引导其按照国家有关规定转让土地承包权益，为政策适时调整留出了空间。

为了更好地保护农村妇女的土地承包权益，借鉴一些地方开展土地承包经营权确权登记的做法，草案规定，土地承包经营权证或者林权证等证书应当将具有土地承包权的全部家庭成员列入，进一步明确了妇女应该享有的土地承包权益。

**（七）关于保护农村妇女土地承包权益**

**来源：全国人大农委法案室提供**

## 热点信息

1. 【习近平和夫人彭丽媛与美国总统特朗普和夫人梅拉尼娅共同欣赏京剧表演】国家主席习近平和夫人彭丽媛 8 日下午在故宫畅音阁与来华进行国事访问的美国总统特朗普和夫人梅拉尼娅共同欣赏京剧表演。两国元首夫妇观看了《梨园春苗》《美猴王》《贵妃醉酒》三个精彩剧目。来宾们阵阵掌声和声声喝彩不绝于耳。演出结束后，两国元首夫妇同参加演出的演员们合影。（新华网）
2. 【国考报名过半 800 余职位空缺 公务员局:理性选择】2018 年中央机关及其直属机构 2018 年度考试录用公务员报名已经进入了第 7 天，报名将于本周三正式结束。截至昨日上午 10 时，尚有 800 余职位无人报考。国家公务员局发布提醒信息，提醒考生理性选择报考职位。（新京报）
3. 【2535 亿美元！中美企业签“大单”】商务部消息，特朗普访华期间，两国企业共签署合作项目 34 个，金额达 2535 亿美元。双方合作中，既有贸易项目，也有双向投资项目；既有货物贸易，也有服务贸易，涉及“一带一路”建设、能源、化工、环保、文化、医药、基础设施、智慧城市等领域。（新华社）
4. 【德国《明镜周刊》宣告中国“醒来”：已站在世界中心】近日，最新出版的德国《明镜周刊》刊出了 1 张印有汉语拼音“xing lai!”(“醒来!”)的红色特别封面。这期封面文章以“觉醒的巨人”为题，用长达九页的篇幅对中国从多个领域给予详细的介绍，称“中国已站在世界中心”。（北京日报）
5. 【萨德事件后中国首个双 11，韩货销量排名下跌】据韩媒报道，中国电子商务行业的年度盛事——双十一购物狂欢节告一段落。这是中韩因萨德陷入谷底，两国关系迎来转机后的首个购物节。从各国商品销量来看，韩国排名由去年的第 3 位跌至第 5 位。但曾一度“消失”的韩星出现在各大化妆品广告。（人民网）
6. 【10 年后 365 种职业“被淘汰概率”最新出炉】BBC 基于剑桥大学研究者数据体系，分析了 365 种职业未来“被淘汰概率”。“电话推销员”被机器人取代的几率最大，几乎近百分百。其次是打字员、会计、保险业务员等，这些以服务业为主的行业。记者、营养师、艺术家则无可替代。（新华社）
7. 【中国医院排行榜公布：北京协和医院名列榜首】今日，复旦大学医院管理研究所正式发布了《2016 年度中国医院排行榜》和《2016 年度中国医院专科声誉排行榜》。在入榜的 100 家医院中，有 37 个是专科医院，北京协和医院、四川大学华西医院、中国人民解放军总医院继续名列前三甲。（观察网）
8. 【又一名女空乘从波音 737 上掉下来了！】11 月 10 日 13 时许，郑州新郑机场停机坪上厦航 MF8253 航班落地后配餐时，一名乘务员从后舱门跌落至停机坪，乘务组与机场保障部门随即采取措施同时调查事件原因。截至当日 23 时，厦门航空尚未通报此事进展。据了解，乘务员胸十二椎体压缩性骨折。（新华社）
9. 【江歌母亲在日本请愿判凶手死刑 中日志愿者协助：愿尽绵薄之力】当地时间 11 月 11 日，日本东京池袋，中国留学生江歌在日遇害 374 天，母亲江秋莲和志愿者发起请愿，请求判决陈世峰死刑的签名活动。该案将于今年 12 月 11 日至 15 日审判。（人民日

报)

10. 【泰国水灾致 24 人遇难 全国 32 万户居民受灾】泰国内政部公共防灾减灾厅表示，截至 11 月 11 日，从 10 月 10 日以来的水灾导致全国 32 万户居民受灾，24 人遇难，经济损失巨大。数据显示，由于连续降雨，10 月泰国有 23 个府发生水灾，目前仍有 10 个府灾情尚未解除，19 万民众仍在遭受水患之苦。(新华社)
  11. 【证监会：交易所正研究完善退市财务类指标】11 月 10 日，就部分上市公司年末突击调节利润这一现象，证监会新闻发言人常德鹏表示，证监会将强化对上市公司年末突击进行利润调节行为的监管力度，还将视情况开展现场检查。同时，交易所正在研究完善退市财务类指标，优化退市制度。(证券日报)
  12. 【逾 763 亿元大单十月以来涌入 633 只个股 非银金融等四板块成投资主线】《证券日报》市场研究中心根据同花顺数据统计发现，10 月份以来，沪深两市共有 633 只个股呈现大单资金净流入态势，合计大单资金净流入 763.36 亿元。其中，192 只个股期间累计大单资金净流入均在 1 亿元以上。(证券日报)
- 
13. 【重塑能源生产和消费方式 政府与市场两手都要硬】在国家一系列政策引导下，“十二五”期间节能环保产业增速保持在 15% 左右，能源效率提高，技术支撑有力，一批龙头企业逐步形成，行业技术水平显著提升。全社会节能观念增强，能源消耗的体制机制正在逐步完善(法制日报)
  14. 【技术先进企业减按 15% 征所得税推至全国】财政部、国家税务总局、商务部、科技部、国家发展改革委昨日发布的《关于将技术先进型服务企业所得税政策推广至全国实施的通知》表示，自 2017 年 1 月 1 日起，在全国范围内对经认定的技术先进型服务企业，减按 15% 的税率征收企业所得税。(新华社)
  15. 【证监会通报 3 宗案件 博元投资实际控制人终身禁入市场】11 月 10 日，《证券日报》记者获悉，证监会近日依法对 3 宗案件作出行政处罚，3 宗案件分别涉及国农科技、博元投资、中国高科，其中博元投资实际控制人李晓明被重罚，证监会依法决定对李晓明给予警告，处以 60 万元罚款，并对其采取终身证券市场禁入措施。(证券时报)
  16. 【放开对 QDII、QFII 的限制 扩大基金业对外开放】日前，中方在中美两国领导人的会晤中提出，中方将按照自己扩大开放的时间表和路线图，大幅度放宽金融业，其中包括证券基金业的市场准入。(证券日报)
  17. 【三季度末商业银行不良贷款率 1.74%】10 日，银监会发布 2017 年三季度主要监管指标数据显示，2017 年三季度末，商业银行不良贷款余额 1.67 万亿元，较上季末增加 346 亿元；商业银行不良贷款率 1.74%，与上季末持平(银监会)
  18. 【混改迈出大步伐 石油等领域将加速推进】混合所有制改革作为解决国有企业市场主体地位不明确、国有经济布局过宽、效率低下等问题的有效途径，一直备受瞩目。而从今年的整体推进情况来看，央企混改也在加速推进。(中国证券报)
  19. 【进出口增长如期放缓 未来韧性几何需关注】海关总署数据显示，10 月份，我国货物贸易出口同比增长 6.9%，增速较 9 月份回落 1.2 个百分点，进口同比增长 17.2%，增速较 9 月份回落 1.4 个百分点，贸易顺差 381.74 亿美元。(中国证券报)

20. 【投服中心与全国股转系统共建纠纷调解合作机制】日前，中证中小投资者服务中心与全国中小企业股份转让系统有限责任公司正式签署《关于共同促进全国股转系统投资者纠纷解决的合作备忘录》（证券时报）
21. 【农村土地承包法修正案草案审议 农地承包期满再延长三十年】党的十九大闭幕后，全国人大常委会审议的第一部法律就是农村土地承包法修正案草案。草案明确，国家依法保护农村土地承包关系稳定并长久不变，为给予农民稳定的土地承包经营预期，第二轮土地承包到期后再延长 30 年。该法体现了我国农业农村的根本制度安排，涉及亿万农民的根本利益，因而格外引人注目。（光明日报）
22. 【整合粤港两地律师资源 服务“一带一路”建设和粤港澳大湾区建设】为整合粤港两地律师服务资源，更好服务“一带一路”建设和粤港澳大湾区建设，2017 年 11 月 4 日，香港大律师公会林定国主席等大律师一行 19 人到访广东省律师协会。在座谈交流会上，双方对建立粤港澳大湾区律师协会联席会议制度、加强粤港律师协会各机构之间的合作对接关系、建立港澳律师人才库、加强律师培训合作事宜等达成初步共识，并表示接下来进一步推动联席会议制度和粤港澳律师人才库工作的有效实施。（法制日报）
23. 【人社部：事业单位应聘人员违纪违规或将取消应聘资格】人社部近日印发《事业单位公开招聘违纪违规行为处理规定》，明确了应聘人员违纪违规将视情形分别给予取消其本次应聘资格等处理，并视其情节轻重将其违纪违规行为记入应聘人员诚信档案库。（新华网）
24. 【电子商务法草案 78 个条款中近 20 处提到“消费者”】进一步强化电子商务经营者特别是平台经营者的义务规范,加强消费者权益保护,是电子商务法草案二审稿的重心所在。专家发现，在 78 个条款中,有不下 20 处提到了“消费者”这三个字。（法制日报）
25. 【监察法草案看点：监察六类人群 四种情形可留置】备受关注的《中华人民共和国监察法（草案）》11 月 7 日在中国人大网首次公布，向社会公开征求意见。草案共 10 章 67 条，明确了国家监察工作的一系列重大问题，规定了监察机关的基本定位、监察范围、监察职责、监察权限、监察程序等基本内容。（法制日报）



26. 【公安部公开通缉第二批十名重大文物犯罪在逃人员】11 月 10 日，公安部发出 A 级通缉令，公开通缉第二批 10 名重大文物犯罪在逃人员。被通缉的 10 名在逃人员是：吴铁聚、田永福、张学溥、于才、李铁刚、魏兴胜、李新生、张凯平、呼旺旺、吴鹏鹏。对提供线索的举报人以及检举、揭发有功人员，公安机关将给予奖励。（央视网）
27. 【赵薇夫妇遭证监会市场禁入】龙薇传媒、万家文化及赵薇黄有龙等遭证监会行政处罚及市场禁入。告知书显示，龙薇传媒在自身境内资金准备不足，金融机构融资尚待审批，存在极大不确定性情况下，以空壳公司收购上市公司。证监会拟对黄有龙、赵薇分别罚款 30 万，5 年内证券市场禁入。（澎湃新闻网）
28. 【妻子婚前就患有艾滋病却未告知 丈夫向婚检机构索赔 12 万被驳回】南通一对夫妻在办结婚登记前共同在当地婚检机构进行了婚前检查，各项检查均显示不存在不宜结婚的健康状况。婚后不久女方生了孩子，男方发现妻子竟然早就患有艾滋病，他便将婚检机构告上了法庭索赔 10 万元彩礼损失和 2 万元精神损失费，但法院判决却驳回了原告的诉讼请求。因为女方在婚前早已得知自己有艾滋病，我国《艾滋病防治条例》有明确规

定要保护艾滋病人的个人隐私，应当由其本人在婚前告知丈夫，法院经审理认为婚检机构未能及时检查出女方是 HIV 感染者与男方决定是否与女方结婚是否造成相应损失均无直接因果关系。有律师认为女方在婚前故意隐瞒患艾滋病的事实，除了应当在道德层面予以谴责外，如造成严重后果也可以追究其法律责任。（法制网）

29. 【深圳一涉黑团伙被捣毁 婚礼现场 140 余人集体被抓】近日，广东警方发布“飓风 39 号”专项行动打击成果，4 月起成功摧毁涉黑恶犯罪团伙 130 余个。警方曝光今年 6 月一次抓捕行动视频，一涉黑犯罪组织骨干成员婚礼上，警方出动 1500 余警力，一举抓获犯罪嫌疑人 140 余名。（央视网）
30. 【携程亲子园虐待幼儿 建议从重惩处】今天，上海长宁区公安局通报，携程亲子园 3 名涉事工作人员已被刑拘；长宁人民检察院通报，已派未成年人刑事检察部门提前介入。央视特约评论员白宇建议，对个人从重上限惩处；对托幼所管理方也应严惩。同时，建议孩子的父母拿起法律武器进行民事诉讼。（央视网）

## 法律观察

### 之 PPP 项目用地问题分析

我国关于土地方面的规定，非常之多，且部分规定之间存在衔接不到位的地方；PPP 项目用地仅是其中一个方面，其中涉及主体众多，且在诸多方面存在限制，非一文所能囊括。本文仅从 PPP 项目操作实践过程中，所遇到的土地相关问题进行粗浅分析。

#### 一、PPP 项目用地的取得

根据《中华人民共和国土地管理法》第五十四条，“建设单位使用国有土地，应当以出让等有偿使用方式取得；但是，下列建设用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得……（二）城市基础设施用地和公益事业用地……”

从本规定可以看出，有偿出让方式是主要使用方式，划拨方式必须要符合相应的情形，并报经县级以上人民政府批准。各地在适用划拨地操作时，基本是按照《划拨用地目录》（2001 年施行）明确列示的来操作。划拨用地目录中，对于“城市基础设施用地和公益事业用地”等明确是可以以划拨方式取得，据此可以理解 PPP 项目中的大部分用地，可以采取划拨地；但对于社会基础设施项目用地（如教育设施、医疗卫生设施等），则强调其公益性和非营利性，否则根据规定将属于“应当以有偿方式提供土地使用权”的情形。济邦咨询公司正在操作的新虹桥国际医学中心营利性医院项目中，各医院项目法人即是通过协议出让的方式获得相应的土地使用权。

关于基础设施及市政公用 PPP 项目（包括但不限于污水、垃圾焚烧发电、供气等），项目法人关于土地使用的权利，就我们的实际操作经验概括下来，主要有以下三种：项目法人享有划拨土地使用权、出让土地使用权以及通过租赁方式享有对土地使用的权利。

通常为平抑政府购买服务费用（或向公众收费水平）或者市政管线、站、场等涉及多方主体的用地，一般采取划拨用地的方式。但划拨用地融资，目前争论不一。

当然也有项目法人通过出让方式获取土地使用权，但基本是采取协议转让的方式，由政府 PPP 协议中保证项目用地获取，土地出让金上交财政，由财政统一调配，是否能用于该项目的补贴则不一定；在土地出让价格方面采取暂定价的方式，如果未来土地实际获取成本低于或高于该等成本，相应调高或调低相应的产品或服务的价格。出让地在融资方面，比较获银行认可，但不是所有的出让地，皆可以进行土地使用权抵押担保。

以租赁方式获取用地的，通常属于前期手续未办理任何变更的情形（含立项、土地使用权等仍在政府行业主管部门名下），该等情形下，需要明确租金标准、租赁期限（租赁通常期限不超过 20 年，如果短于 PPP 项目经营期的，需要明确续约方式）、长期稳定供应等，但该等情形下，项目法人无相应的土地使用权，对于构筑物亦不能根据房地一体主义标注所有权，建筑物亦无法办理权证。此种情形下，仅设备融资或者应收账款质押融资或者股东担保等或可考虑。

土地出让程序是否有必要规定例外情形？

我们认为应该规定例外情形，否则可

能不利于 PPP 项目的顺利推进。

## 二、PPP 项目用地获取保障

对于 PPP 项目用地而言，如果用地是通过出让方式取得，则可能的出让方式有招拍挂及协议出让，但协议出让有明确的程序性限定，根据《协议出让国有土地使用权规定》第三条，出让国有土地使用权，除依照法律、法规和规章的规定应当采用招标、拍卖或者挂牌方式外，方可采取协议方式。协议出让属于控制比较严的出让方式，其有相应的前置条件。即使满足了协议出让的前置条件，也未必能够一对一协议转让，因为根据《物权法》及《协议出让国有土地使用权规定》，（即使是协议出让地，如果土地供应计划公布后）在同一地块有两个或者两个以上意向用地者的，市、县人民政府国土资源行政主管部门应当按照《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》，采取招标、拍卖或者挂牌方式出让。

而以上操作程序，则可能和 PPP 项目操作存在衔接错位，PPP 项目需先通过公开竞争的方式（当然，也有通过一对一谈判方式）完成投资人遴选程序，然后由中选 PPP 项目投资人或其下设的项目公司获取相应的土地，并在其上投资、建设、运营相应的基础设施，这便意味着必须要保证 PPP 项目投资人或其设立的项目公司拿到该地块。在现行的法律规定下，通常的操作路径是按照协议出让土地的方式操作，以保证项目公司能顺利获取土地，但即使是协议出让，如果产生两个以上的意向用地人的话，则根据前述分析亦不能保证项目公司一定能获得项目用地，且招拍挂制度会使得相应的土地使用权的获取成本增加，相应会抬高政府购买服务的成本，或者第三方付费的成本，这便需要做例外的约定，以保证 PPP 项目投资人或其设立的项目公司按照双方事先约定的金额获取相应的土地使用权。

## 三、“地铁+物业”存顾虑

铁路、轨道交通等项目，因其投资额大，回收期长，为保障项目上商业可行，投融资模式的设计非常关键，是否允许土地综合开发，也是影响项目投资回报的重要因素。

关于铁路项目，《国务院关于改革铁路投融资体制加快推进铁路建设的意见》（国发[2013]33号）中明确，“加大力度盘活铁路用地资源，鼓励土地综合开发利用。支持铁路车站及线路用地综合开发。”“参照《国务院关于城市优先发展公共交通的指导意见》（国发[2012]64号），按照土地利用总体规划和城市规划统筹安排铁路车站及线路周边用地，适度提高开发建设强度。创新节地技术，鼓励对现有铁路建设用地的地上、地下空间进行综合开发。”

近期出台的国务院办公厅《关于支持铁路建设实施土地综合开发的意见》，明确要“（三）盘活存量铁路用地与综合开发新老站场用地相结合。支持铁路运输企业以自主开发、转让、租赁等多种方式盘活利用现有建设用地，鼓励铁路运输企业对既有铁路站场及毗邻地区实施土地综合开发，促进铁路建设投资等主体对新建铁路站场及毗邻地区实施土地综合开发，提高铁路建设项目的资金筹集能力和收益水平。”并明确落实及保障措施，如“政府供应既有铁路站场综合开发范围内的用地，应将综合开发的规划要求和铁路建设要求一并纳入土地供应的前提条件。”这个便是拿地和铁路建设绑定的措施；而“铁路运输企业依法取得的划拨用地，因转让或改变用途不再符合《划拨用地目录》的，可依法采取协议方式办理用地手续。”则是明确如果铁路用地因综合开发变更成商业用地，要怎样操作及怎样保障原铁路运营企业仍有权进行相应土地的开发建设及经营等。但上述种种政策或措施能否推进铁路建设，目前还不好有定论，实际操作难度不小，因为沿线土地涉及到国土、环保等多个部门，另加上尚未修订的政策限

制，民间资本（含外资）仍存顾虑。

就轨道交通站场上盖物业、毗邻土地进行综合一体开发，尽管我们都认为这是方向，但目前尚未看到相关方面的文件出台，我们鼓励在人口众多的区域，要支持以轨道交通为主的综合交通发展，按照轨道交通为导向的新型城镇发展。市场人士普遍认为轨道沿线土地为各种地产开发商垂涎的重点对象，一旦放开，会吸引大量资金进入。日前，绿地集团成立绿地地铁投资发展公司，并与申通地铁、上海建工等多家沪上国资企业签署战略合作协议，由绿地牵头组成联合体在全国多地开展地铁投资开发业务。这是一个信号。

以港铁模式为例，轨道交通和沿线土地开发挂钩，轨道交通带来的土地增值效应外溢，外溢的增值容许轨道交通公司收回一部分投资，如此将可形成良性循环，但这与现在的土地制度存在一定的冲突。根据《物权法》及《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》，商业等各类经营性用地，必须以招标、拍卖或者挂牌方式出让。地铁上盖物业，其用地性质应为经营性用地，必须走相应的招拍挂程序，但如此一来，就无法保证轨道交通公司获得相应的土地，能否综合一体化开发成各地政策无法突破的问题，比如土地的管理是归国土部门来管，城市的建设是归建设部门来管，建设部门和规划部门对城市有一个整体规划，城市规划若不调整的话，轨道交通沿线要进行高密度的开发很难进行，“若推行物业开发的模式，土地能否改变用途（按照国土部门的规定，交通用地不能用于商业用地），改变用途后是否可以协议出让，是否会参照铁路绑定土地综合开发还不得而知。

#### 四、划拨土地使用权融资的三个风险

银行等金融机构在评估是否接受划拨土地使用权融资时，通常会考虑如下风险：

（1）政府无偿收回的风险。根据《中华人

民共和国土地管理法》第五十八条第一款第（四）项及《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十七条，“无偿取得划拨土地使用权的土地使用者，因迁移、解散、撤销、破产或者其他原因而停止使用土地的，市、县人民政府应当无偿收回其划拨土地使用权，并可依照本条例的规定予以出让。对划拨土地使用权，市、县人民政府根据城市建设发展需要和城市规划的要求，可以无偿收回，并可依照本条例的规定予以出让。无偿收回划拨土地使用权时，对其地上建筑物、其他附着物，市、县人民政府应当根据实际情况给予适当补偿。”本条规定的情形，是属于可以无偿收回划拨土地使用权的情形，如果已经设定抵押的划拨土地使用权被无偿收回，则相应的抵押权也会消灭。

（2）出让金优于抵押权人的权益的风险。根据《担保法》第五十六条及《城市房地产管理法》第五十一条，以划拨方式取得的土地使用权或连同地上建筑物一并抵押的，在处分土地使用权和建筑物时，需先从所得价款中缴纳相当于应当缴纳的土地使用权出让金的款额后，余下价款抵押权人方可优先受偿。因此，在融资担保中，抵押权人应当充分考虑划拨土地使用权应缴纳的出让金部分，合理确定其抵押价值。

（3）抵押合同是否生效的风险。根据《物权法》第一百八十条及第一百八十七条，建设用地使用权（无论该等土地使用权性质是划拨地还是出让地）抵押，采用登记生效主义。但实务操作过程中一般都在以划拨土地使用权及其地上附着物设定抵押时，抵押双方往往仅签署抵押合同，而没有到土地管理部门办理登记，这可能导致抵押无效，抵押权不成立，那么抵押权人在实现抵押权时将不受法律保护。当然我们注意到就划拨土地使用权而言，《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十五条规定，如果在实现抵押权后，向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金的，亦符合规定。当时的国家土地管理局在《关于划拨土地使

用权管理有关问题的批复》中，亦明确在划拨土地使用权转让、出租、抵押管理工作中，采取补办出让手续，补交出让金的做法是符合《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》和财政部有关规定的。

## 五、出让土地使用权未必可以抵押

根据《城市房地产管理法》第四十八条，以出让方式取得的土地使用权，可以设定抵押权。但这也不意味着对所有的出让土地使用权皆适用，如果是涉及到公益设施的，则不得抵押，《担保法》第三十七条及《物权法》第一百八十四条规定的“（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；”即使该等土地使用权是以出让方式获得，且公益设施为私立性质，也不得抵押。《关于私立学校、幼儿园、医院的教育设施、医疗卫生设施能否抵押的请示的意见》（法工办发[2009]231号）规定，私立学校、幼儿园、医院和公办学校、幼儿园、医院，只是投资渠道上不同，其公益属性是一样的。私立学校、幼儿园、医院的教育设施、医疗卫生设施也属于社会公益设施，按照《物权法》第一百八十四条规定，不得抵押。

当然出让土地使用权亦存在抵押合同是否生效的风险，如前述，建设用地使用权采用登记生效，但实务操作过程中一般都在以出让土地使用权及其地上附着物设定抵押时，抵押双方往往仅签署抵押合同，而没有到土地管理部门办理登记，这可能导致抵押无效，抵押权不成立，那么抵押权人在实现抵押权时将不受法律保护。

如果涉及到上述情形，出让土地使用权不能用于融资或不被接受的情形下，怎样解决项目法人融资难题，是我们需要重点考虑的问题，应收账款质押是相对较可行也相对易于为银行等金融机构接受的做法。不得不承认，在项目融资尚未能被有效接受的情形下，解决PPP项目融资的

问题，是当前需要我们共同探讨并需要制度作出安排的难题。

## 六、土地闲置风险谁来担

在PPP项目中，大多存在分期建设的问题，关于其中的土地是根据基础设施建设期数，分期申请用地；还是做好规划预留，分期到位？抑或是土地一次性到位，也是现在我们在操作项目时经常遇到的。

关于建设用地，根据《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十一条的规定，具体建设项目需要使用土地的，建设单位应当根据建设项目的总体设计一次申请，办理建设用地审批手续；分期建设的项目，可以根据可行性研究报告确定的方案分期申请建设用地，分期办理建设用地有关审批手续。但如果作为投资人方顾问，我们希望土地是一次性到位。否则可能存在如下问题：（1）后续用地不到位，尽管已经做好规划预留；（2）基础设施分期建设中，仍存在几期公用（共享）设施需一次建成的问题，此意味着可能需要占用后几期用地，如果不能做到一次性到位，可能会影响项目建设；（3）如果届时土地不到位，可能会存在土地征地拆迁或平整等影响整个项目进度或会影响施工工艺的风险。

但如果一次性到位，则可能存在土地闲置问题。根据《闲置土地处置办法》，闲置土地是指“国有建设用地使用权人超过国有建设用地使用权有偿使用合同或者划拨决定书约定、规定的动工开发日期满一年未动工开发的国有建设用地，或者“已动工开发但开发建设用地面积占应动工开发建设用地总面积不足三分之一或者已投资额占总投资额不足百分之二十五，中止开发建设满一年的国有建设用地，也可以认定为闲置土地”。对于一次性到位所可能导致的土地闲置应如何解决，我们通常在PPP项目协议中约定，此风险由政府方承担（当然，是非可归责于投资人的原因所导致的土地闲置）。



以上是关于 PPP 项目用地性质、建议例外约定、抵押融资、土地闲置等问题的一点个人思考，PPP 项目用地还存在征地拆迁应由谁来负责（我们通常的原则是风险应由最有能力并能以最小成本管理风险的一方承担），费用由谁承担；土地出让金是否应该或是否合适纳入政府购买服务或向终端用户收费的价格计算依据；土地

使用权作价入股或出资等诸多值得探讨的问题，本文囿于篇幅，不再逐一分析。

来源：济邦咨询

徐玉环



## 实务聚焦

### 之 建设工程价款优先受偿权的 15 个常见问题

建设工程纠纷涉及的事实较多，法律关系复杂，同时法律规定又较为原则，历来是民事审判中较为疑难的一类案件。

特别是关于建设工程价款优先受偿权的一些法律适用问题，仅在《合同法》第 286 条和《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）中有所体现。由于建设工程价款优先受偿权优于抵押权，对各方当事人的权利影响较大，从本位利益出发，实践中各相关方纷争不止，各地法院意见也不尽相同。现就 15 个具体问题，试作总结和分析。

#### 一、工程价款优先受偿权的性质

对此，存在不同观点。第一种观点认为，属于法定抵押权，理由是优先受偿权与抵押权构成要件相符合。第二种观点认为，属于留置权的一种，理由为建设工程合同属于特殊的承揽合同，优先受偿权的形式方式与留置权方式一致。第三种观点认为，属于法定优先受偿权。

我们认为，工程价款优先受偿权行使对象为不动产，因此不同于留置权；工程价款优先受偿权无需登记并且优先于抵押权，故不同于抵押权；同时，因工程价款优先受偿权在一定条件下又劣后于消费者的交付房屋请求权，因此，在性质上认定为法定优先受偿权较为合适。

#### 二、建设工程勘察、设计合同是否存在优先受偿权

第一种观点认为，根据《合同法》规定，建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同，发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同，发包人未按照约定支付价款的，承包

人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖，建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。故从法律条文看，工程勘察人、设计人同样属于承包人，同样享有优先受偿权。

第二种观点认为，对于《合同法》第 286 条和《批复》中的优先受偿权，应作狭义理解，仅指建设工程施工合同，并不包括勘察、设计合同。

本文同意第二种观点，理由为：

第一，根据《合同法》第 286 条规定，不论优先受偿权是否最终成功行使，优先受偿权行使的前提，是必须有可供折价、拍卖、变卖的对象，也就是具体的工程本身，实践中存在经过勘察、设计，但发包人长期不进行工程施工或取消工程施工的现象，如果不存在工程本身，也就不存在优先受偿权的行使对象，此时赋予勘察、设计优先受偿权就是空话。

第二，从文义理解，《合同法》第 286 条规定的对象是发包人和承包人，这与《建筑法》中的发包单位和承包单位相对应，而《建筑法》规范的主要是发包单位和承包

单位之间的工程建筑行为，故工程价款优先受偿权仅应在发包人和承包人之间的工程建设行为中存在。

第三，工程本身是施工合同的标的物，也是施工人行使优先受偿权的对象，如果赋予勘察、设计人优先受偿权，当勘察人、设计人、施工人均主张优先受偿权时，将会产生冲突。

第四，从立法宗旨考量，发包人拖欠的工程款主要是指施工合同的工程款，相当部分是建筑工人的劳动报酬，涉及到普通农民工的家庭生活，属于优先保护的對象。

### 三、优先受偿权的行使主体

发包人将工程施工部分发包给总承包人，总承包人向发包人主张工程款时同时主张优先受偿权，实践中没有分歧，存在分歧的问题是，分包人或者实际施工人是否享有优先受偿权？

第一种观点认为，优先受偿权的行使主体仅限于总包方，[2]理由为：根据合同相对性原理，建设工程价款优先受偿权的成立，须因合同之债而生，其权利义务的双方当事人分别为发包人与总包人，这也是建设工程承包人基于合同之债而对发包人享有的一项法定权利。与发包人不存在建设工程合同关系的任何一方当事人，均无法享有基于合同之债而形成的优先受偿权。同时，在发包人与总承包单位、总承包单位与分包单位之间存在两个独立的合同法律关系，发包人与分包单位之间并不存在基于合同关系而直接形成的权利义务关系，发包人也就不会对分包人形成迟延履行工程价款的违约行为。因此，建设工程的分包人只能向总承包人主张合同之债，而不能就该债务对工程本身行使优先受偿权。

第二种观点认为，在总包人或转包人不主张或怠于主张工程价款优先受偿权的情况下，应允许分包人或实际施工人就其承建的工程部分在发包人欠付工程款范围内向

发包人主张工程价款优先受偿权。

本文同意第二种观点，根据《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》（下文简称解释）第26条规定，“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”，因此，分包人和实际施工人完成了其与总包人或转包人之间合同约定的施工义务且工程质量合格的，分包人和实际施工人有权要求发包人在欠付工程款范围内承担责任，故在总包人或转包人不主张或怠于主张工程价款优先受偿权的情况下，应允许分包人或实际施工人就其承建的工程部分在发包人欠付工程款范围内向发包人主张工程价款优先受偿权。

如果总包人已经主张了优先受偿权或发包人款项已经支付完毕，则分包人或实际施工人不能再行使优先受偿权，也就是说，分包人或实际施工人有条件地享有优先受偿权。

### 四、行使优先受偿权的起算点

《批复》第4条规定，“建设工程承包人行使优先受偿权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算”。2011年全国民事审判工作会议纪要规定，“非因承包人的原因，建设工程未能在约定期间内竣工，承包人依据合同法第二百八十六条规定享有的优先受偿权不受影响。承包人请求行使优先受偿权的期限，自建设工程实际竣工之日起计算；如果建设工程合同由于发包人的原因解除或终止履行，承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限自合同解除或终止履行之日起计算”。

从以上规定的内容本身看，行使优先受偿权的期限为6个月，自权利成立之时起算，期间届满后，权利归于消灭。

根据不同情况,可以分为以下几种情形: 1. 如果非因承包人的原因,建设工程未能在约定期间内竣工,行使优先受偿权的起算点为建设工程实际竣工之日; 2. 如果因承包人的原因,未能在约定期间竣工的,行使优先受偿权的起算点为合同约定的竣工之日; 3. 如因发包人原因导致合同解除或终止履行,行使优先受偿权的起算点为合同解除或终止履行之日; 4. 行使优先受偿权的起算点不受工程款实际结算日期等其他因素的影响。

有观点认为,《合同法》第 286 条规定承包人就未付工程款对所承建工程享有优先受偿权,系为保护承包人对工程价款的实际受偿,在认定该优先受偿权的行使期限时,应遵循案件客观事实,尊重当事人之间关于支付工程价款期限约定,优先受偿权行使期限的起算点,不应早于当事人之间约定的工程价款支付期限,以保证实现该优先受偿权权能。

此外,江苏省高级人民法院(2014)苏民终字第 0289 号南通一建集团有限公司与江苏均英光电有限公司建设工程施工合同纠纷案民事判决书也认为,“对于承包人的优先受偿权判断应当结合《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定和《批复》第四条的规定处理,一般从建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算,但工程款债权在建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日尚未届清偿期时,建设工程价款优先受偿权的起算点应当从债权应受清偿时起算,即在发包人未按约定支付价款,承包人在合理期限内催告后,发包人仍未支付的,从此时起算建设工程价款优先受偿权的行使期间。”

应该说,直接以建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日作为工程价款优先受偿权的起算点简单方便,易于操作,但在一些具体案件中会对承包人不公平,也与合同法设立的工程价款优先受偿权的立法本意相违背。

建设工程价款优先受偿权的法律渊源为《合同法》第 286 条,该条规定行使优先受偿权的前提为“发包人未按照约定支付价款”,因此,发包人支付工程价款的期限已经届满,优先受偿权才有启动之可能与必要,如果工程款债权尚未到期,此时债权无从主张,优先受偿权更无从谈起。

关于第 286 条规定的“承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款”,一方面,承包人行使催告的期间没有具体明确,另一方面,“在合理期限内付款”的合理期限为多长,实践中也容易出现分歧,故上述催告程序反而会导致司法实践的混乱,而规定行使优先受偿权的起算点为支付工程款期限届满之日更为合理。至于施工合同中约定的分期分批支付的进度款,优先受偿的起算点也应为每期进度款到期之日,行使优先受偿权时,已经超过前期进度款支付期限 6 个月的,则不予支持。

在一个整体工程拆分成若干标段,每个标段合同均约定了工程竣工日期的情况下,如果合同履行过程中,这些合同的具体施工及工程款支付等并没有进行区分,而是作为一个整体工程来履行义务的,我们认为,则应以这个工程的最后竣工日期为承包人的优先受偿权的起算点为宜。

此外,根据通说,优先受偿权行使期限的性质为除斥期间。当承包人在 6 个月内向发包人主张,或向人民法院、仲裁机关提出主张,即可认定承包人的优先受偿权在法定期限内已经行使,《批复》关于六个月的期限不再适用。然而,尽管承包人在行使优先受偿权不再受六个月除斥期间的限制,但并不意味着承包人可以无限期地保有优先受偿权。我们认为,在这种情况下,应适用诉讼时效的规定。如承包人在 6 个月内向发包人主张,或者提起诉讼后撤诉后,未在两年内再次向发包人主张权利或提起诉讼,其将会因权利超过诉讼时效期间而可能丧失胜诉的权利。杭州中院持该观点。

## 五、发函是否属于优先受偿权的有效行使方式

合同法及《批复》并未明确建设工程价款优先受偿权的有效行使方式，根据司法实践，承包人自行与发包人协商以该工程折价抵偿尚未支付的工程价款，或者提起诉讼单独要求确认其享有优先受偿权，或者在工程款诉讼中一并提出享有优先受偿权，或者按照民事诉讼法的规定提起实现担保物权程序诉讼，均不失为实现优先受偿权的有效方式。存在分歧的是，承包人向发包人发函是否属于有效的行使方式，对此存在不同观点：

第一种观点认为，承包人在六个月内主张优先受偿权需以诉讼或达成协议为限，仅在法定期间内发函催告，不受法律保护，理由为：一是对优先受偿权设定法定行权期间的目的在于维护法律关系稳定，如果仅在法定期间内发函主张优先受偿权，而迟迟不确定进入拍卖、变卖程序，将使得发包人的其他债权人始终处于不确定状态；二是工程价款优先受偿权具有物权属性，如果承包人仅是向发包人发函催告，则为纯粹地对人行使权利，与工程本身无关，不应具有行权效力。

第二种观点认为，承包人以能够证明的方式在法定期间内向发包人主张过优先受偿权，则承包人在优先受偿的6个月之后起诉的，仍享有优先受偿权。最高法院（2012）民一终字第41号裁判文书持此种观点。

本文同意第二种观点，发函是工程价款优先受偿权行使的有效方式之一。理由为：首先，法律并未限定工程价款优先受偿权的行使方式仅限于起诉；其次，法律规定工程价款优先受偿权的行使方式有二，一为法院拍卖，二为双方协议折价，法律允许以非诉的方式实现优先受偿权，即允许承包人以催告的方式主张工程价款优先受偿权；最后，工程价款优先受偿权的立法目的在于保护承包人利益，在承包人已主动发函要求行使优先受偿权的情况

下，不能因为发包人不予配合而使得承包人的优先受偿权罹于法定期间。

## 六、优先受偿权的受偿范围

有观点认为，《批复》系2002年发布，《物权法》于2007年施行，新法优于旧法。既然工程价款优先受偿权在性质上可以理解为法定抵押权，属于物权。根据《物权法》第173条规定，担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。因此，优先受偿的范围包括不仅包括工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，还包括利息、违约金、损失等。

我们认为，建设工程价款优先受偿权所保护的系投入或者物化到建设工程中、对建设工程所产生增值部分的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，在发包人欠付工程款的情况下，施工人由于无法取回其实际投入或者物化到建设工程中的该部分价值，从而设定了一种对拍卖价款的物上代位，即施工人可以从该工程拍卖或者折价款项中优先取得其实际投入或者物化到建设工程中的价值；而对于未实际投入到建筑物中的价值，无论其表现形式如何，均不能对建设工程取得优先受偿的地位。因此，仍应当根据《批复》的内容执行，优先受偿的范围不包括承包人因发包人违约所造成的损失，该损失既包括利息、违约金，也包括停窝工损失、材料差价损失等一切损失。

在2016年4月的《最高人民法院公报·裁判文书选登》中，最高人民法院（2014）民一终字第56号中铁二十二局集团第四工程有限公司与安徽瑞讯交通开发有限公司、安徽省高速公路控股集团有限公司建设工程施工合同纠纷案，即持该观点。

## 七、施工合同无效，是否享有优先受偿权

第一种观点认为，建设工程施工合同无效，承包人不享有工程价款优先受偿权，理由为：担保物权中的抵押权、质权、保证以及附属于主债权的利息等，都属于主权利的从权利，主合同无效，担保合同无效，工程价款优先受偿权也是从主权利派生出来的，即对主债权工程款具有依附性，主权利无效从权利也无效，因此，主合同即施工合同无效的情况下，支持承包人或实际施工人主张建设工程价款优先受偿权，有违法律精神。

此外，违法行为不应受法律保护，“工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权”，具有强大的对抗力，如果违法合同的实际施工人可以享有此项权利对抗担保物权或其他合法的一般债权人，有违法理，不利于遏制违法行为的发生。广东省高院和深圳中院均持该意见。

第二种观点认为，建设工程合同无效不应成为优先受偿权行使的必然障碍，应结合工程是否经竣工验收合格这一事实进行判断。如果合同无效，但工程已经竣工验收合格，法院应支持优先受偿；如果合同无效，且工程未竣工或验收不合格，优先受偿权应不予支持。

浙江高院、安徽高院和杭州中院规定，建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。

我们同意第二种观点，理由为：建设工程合同的履行是承包人将劳动和建筑材料等物化的过程，是承包人投入人力和资金的成果。建设工程价款优先受偿权的设立就是通过保障这一特殊性质的工程款债权的实现，以达到有效保护承包人及劳动者的利益，实现法律的公平与正义。

如果合同无效，承包人就工程价款无法优先受偿，无异于以承包人的资金来清偿发包人的其他债务，以承包人和其他劳动者的生存权益来保护其他债权人普通债权的实现，这明显违反公平正义的法律精神。建设工程价款优先受偿权的设定是以

工程款债权的存在为前提，只要工程款债权存在，即使建设工程施工合同无效，也不必然导致承包人丧失该权利。故建设工程施工合同无效，不应影响优先受偿权的行使。

## 八、未办理建设工程规划许可证的建筑，是否存在优先受偿权

根据《城乡规划法》第64条规定，未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设……限期改正……限期拆除等措施。因此，未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证规定内容建设的房屋及建筑物的合同，因违反法律的强制性规定而无效。在此情况下，是否存在优先受偿权？

优先受偿权的行使，需要通过折价、拍卖、变卖等程序，有价值的财物方可折价、拍卖、变卖，没有价值的物品从法律上来说无法折价、拍卖、变卖，没有办理建设工程规划许可证的建筑物，根据规定需要停止建设、限期改正、限期拆除等。故上述建筑物是违反法律规定而存在的，在法律上来看，是没有价值的，应予以拆除，因此也就不存在拍卖后优先受偿的问题。

## 九、其他常见的典型问题

### 1. 承包人是否享有留置权

有观点认为，根据《合同法》承揽合同一章第264条规定，“定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权”，同时根据建设工程合同一章第287条规定，“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定”，因此，承包人可以享有留置权。

我们认为，因承包人不具备工程开发建设的主体资格，即使赋予其留置权也根

本无法办理所建工程的产权手续。因此，发包人不支付工程价款的，承包人可以行使优先受偿权，而不能对工程行使留置权。因为法律已经赋予了承包人优先受偿权，且优先受偿权优先于留置权，相当于给了发包人更有效的保护，故承包人无权行使留置权。若承包人拒不交房，则有可能承担延误工期的违约责任。

## 2. 既存在工程价款优先受偿权，又存在保证时，优先受偿权如何行使

建设工程价款优先受偿权是法律明确规定的权利，而非通过当事人的约定产生，因此属于法定优先受偿权。尽管和抵押权不完全一致，但在存在优先受偿权同时又有第三方保证人对施工人提供保证的情况下，我们认为，可以参照抵押权规则行使。

根据《物权法》第 176 条规定，“担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权”，故此时施工人应当先行使建设工程价款优先受偿权。

## 3. 建设工程债权转让后，受让人是否享有优先受偿权

《物权法》第 192 条规定，“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。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”，参照该规定，建设工程承包人转让其在施工中形成的债权，受让人基于债权的转让而取得工程款债权，因而受让人应当享有该工程款的优先受偿权。

## 4. 建设工程本身转让后，施工人是否享有优先受偿权

工程的所有权通过非消费者购买的其他方式转移给第三人，优先受偿权可否及于该第三人，相关法律和司法解释均没有规定，存在分歧。有观点认为，承包人的建设工程价款优先受偿权只存在属于发包人所有的工程上，在工程转让给第三人后，承包人的该优先受偿权即被阻断或不再存在。

对此，我们认为，第三人通过非消费者购买的方式取得工程所有权，并不影响承包人就其承建的工程行使优先受偿权，理由为：

第一，根据抵押权的性质，工程办理抵押权后，未经抵押权人同意，无法办理过户，工程价款优先受偿权优先于抵押权，而工程价款优先受偿权一般无法阻止工程本身所有权转移登记，故如果工程所有权转让后，优先受偿权不复存在，则造成了事实上的工程价款优先受偿权劣后于抵押权；

第二，工程价款优先受偿权不以占有或登记为要件，而是法定权利，具有一定的公示意义，对发包人享有债权的第三人应当据此推断某一工程上可能负担着工程价款优先受偿权，此时，该第三人可以要求发包人出具经承包人盖章确认的发包人已经支付全部工程款的证明，或者承包人确认的放弃优先受偿权的证明，以明确工程上是否负担着优先受偿权，如发包人不能出具，则应当认定第三人知道或应当知道工程上可能负担着优先受偿权，其受让工程所有权不能适用善意取得规则而对抗承包人的优先受偿权；

第三，优先受偿权优先于抵押权，举轻明重，承包人对于通过非消费者购买的方式

变更登记于第三方名下的工程至少具有与抵押权人相似的救济权利，要么第三方代发包人清偿款项，要么承包人可直接就工程行使优先受偿权，因此，应当承认，在工程所有权转让给第三方的情况下，承包人仍就工程可以行使优先受偿权。

#### 5. 优先受偿权能否调解确认

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第 357 条规定，“当事人申请司法确认调解协议，有下列情形之一的，人民法院裁定不予受理：（五）调解协议内容涉及物权、知识产权确权。人民法院受理申请后，发现有上述不予受理情形的，应当裁定驳回当事人的申请”。因工程价款优先受偿权在性质上与法定抵押权十分相似，属于物权范畴，故不能通过调解书予以确认。

#### 6. 优先受偿权能否放弃

工程价款优先受偿权能否放弃，并没有直接规定。因工程价款优先受偿权可以理解为法定抵押权，故从性质上来说，可以参考物权的相关规定。

《担保法》司法解释第 107 条规定，当事人在合同中约定排除留置权，债务履行期届满，债权人行使留置权的，人民法院不予支持”，《物权法》第 232 条规定，“法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置”，因此，工程价款优先受偿权可以放弃。

#### 7. 前期施工的场地平整工程是否享有工程价款优先受偿权

实践中，存在部分施工人对场地进行了平整施工，但后期另有其他施工人进行工程建设，对此，场地平整部分能否享有建设工程价款优先受偿权？

我们认为，尽管场地平整属于工程建

设的前期基础部分，但不享有建设工程价款优先受偿权，理由为：

第一，建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿，因此建设工程价款优先受偿权的享有必须以工程本身作为行使的对象；根据《建设工程质量管理条例》规定，建设工程是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程，具体包括土木建筑工程和建筑业范围内的线路、管道、设备安装工程的新建、扩建、改建及大型的建筑装饰装修活动，主要包括房屋、铁路、公路、机场、港口、桥梁、矿井、水库、电站、通讯线路等，而场地平整，不属于具体的工程客体，而只是为后期的厂房等建筑工程施工所进行的前期附属工作，不属于建筑工程本身，不能单独作为优先受偿的标的物。

第二，建设工程承包人只能在其承建工程拍卖价款的范围内行使优先受偿权，对该工程占用范围内的土地使用权的拍卖价款不能主张优先受偿。对场地进行了平整，而没有在土地上进行具体的建筑工程建设，故对场地平整所投入的人力、财力、物力已经物化于土地中，并没有与具体的工程客体相结合，因此不能作为优先受偿权的客体。

来源：审判研究

潘亚伟 廖宏娟

## 后 记



The register of knowledge of fact is called history.

——Thomas Hobbes

历史就是记录下过往真相背后的智慧。

——托马斯·霍布斯（英国政治经济学家）

### 【本刊内容参考及转载来源】

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