

Jan / Feb

2019 / 一月 / 二月 / 合刊

44

总第44期

谦虚

严谨

恪己

仁爱

Hebei Hongce Law Firm

宏策律师



一辈子

一金融

一地产



河北宏策律师事务所
Hebei Hongce Law Firm

卷首语

砥砺前行，奋力前行

岁月嬗递，时光荏苒，又是一年匆匆而过。

一个优秀的律师事务所需要具备什么？人们公认的标准是，业绩、口碑、社会地位等等，在我们看来，除这些以外，还要具备温度、情感和生命力。

当具备了温度和情感之后，便赢得了顽强的生命力。这种生命力能够支持产品品质，支持员工奋进，支持团队延续，支持对美好生活的创造……进而催生“伟大”。

温暖是一种伟大的力量，它能剔除人们内心的芥蒂，创造美好。所谓团队应当具备的“温度”，于内，要给同伴创造温暖的工作环境和文化氛围，携手共进；于外，要给客户传递温情的价值观，用专业、细致的产品和服务，带来具有温度的体验，“温度”就是态度。

同样的，情感也是我们执着的地方。情感难以言状，它可以在长时间交往之后产生，也可以在瞬间激发。当一个团队有了温度，才能不断地串联起坚固的情感依托，为团队与员工、伙伴以及客户之间建立长久的信任纽带。

千帆过尽，蓦然回首，五年匆匆而过。村上春树曾说：“今天不想跑，所以才去跑，这才是长距离跑者的思维方式。”当一个律师事务所同时具备了温度、情感和生命力，才能支撑长距离的奔跑。

路在脚下，心朝阳光，不忘初心，奋力前行，终会梦想成真！

目 录

◆ 立法新知

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（二）

法释〔2018〕20号

住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法的通知

建市规〔2019〕1号

关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见

最高人民法院 最高人民检察院 公安部印发《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》的通知

高检会〔2019〕2号

◆ 专业解读

应收账款的转让（保理）与质押的法律剖析

建设工程司法鉴定相关问题分析

从公司章程角度分析如何保护小股东权益

◆ 实战案例研习

首封法院与优先债权执行法院执行竞合实务解析

登记抵押权人与债权人不一致时抵押权是否有效？

◆ 经典经济读物鉴赏

《资本主义与自由》

—— 资本主义社会一切活动的最终目的是达到经济自由，经济自由是政治自由得以实现的基础。

名家语录

—— 我们趋行在人生这个亘古的旅途，在坎坷中奔跑，在挫折里涅槃，忧愁缠满全身，痛苦飘洒一地。我们累，却无从止歇；我们苦，却无法回避。

◆ **立法新知** 金融形势瞬息万变，地产风云变幻莫测，立法新知将为您传递金融、地产领域最新的法律、法规、政策，为您准确把握政策，洞悉市场走势提供法律依据。

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（二）

法释〔2018〕20号

（2018年10月29日最高人民法院审判委员会第1751次会议通过，自2019年2月1日起施行）

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，依法保护当事人合法权益，维护建筑市场秩序，促进建筑市场健康发展，根据《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。

第二条 当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

第三条 建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。

损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方

过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

第四条 缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

第五条 当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

（一）开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。

（二）承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。

（三）发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

第六条 当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。

当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。

第七条 发包人在承包人提起的建设工程施工合同纠纷案件中，以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，就承包人支付违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失提出反诉的，人民法院可以合并审理。

第八条 有下列情形之一的，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：

（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满。

（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年。

（三）因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年。

发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

第九条 发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

第十条 当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。

第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

第十二条 当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。

第十三条 当事人在诉讼前共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具咨询意见，诉讼中一方当事人不认可该咨询意见申请鉴定的，人民法院应予准许，但双方当事人明确表示受该咨询意见约束的除外。

第十四条 当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议，

人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。

一审诉讼中负有举证责任的当事人未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料，二审诉讼中申请鉴定，人民法院认为确有必要的，应当依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定处理。

第十五条 人民法院准许当事人的鉴定申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等，并组织双方当事人对争议的鉴定材料进行质证。

第十六条 人民法院应当组织当事人对鉴定意见进行质证。鉴定人将当事人有争议且未经质证的材料作为鉴定依据的，人民法院应当组织当事人就该部分材料进行质证。经质证认为不能作为鉴定依据的，根据该材料作出的鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。

第十七条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据合同法第二百八十六条规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第十八条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。

第十九条 建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第二十条 未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第二十一条 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。

承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

第二十二条 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

第二十三条 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

第二十四条 实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

第二十六条 本解释自 2019 年 2 月 1 日起施行。

本解释施行后尚未审结的一审、二审案件，适用本解释。

本解释施行前已经终审、施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。

律师解读：

长期以来，最高人民法院高度重视建设工程施工合同纠纷案件审判工作，指导各级人民法院审理了大量建设工程施工合同纠纷案件，针对司法实践中带有普遍性的问题出台了一系列司法解释和司法政策。2004 年，最高人民法院制定了《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》（以下简称《建设工程司法解释（一）》），于 2005 年 1 月 1 日起施行。《建设工程司法解释（一）》对统一法律适用、保障工程质量、规范建筑市场、保护各类主体尤其是农民工等弱势群体合法权益发挥了重要作用。自《建设工程司法解释（一）》施行十四年来，建筑市场发生了新变化、司法实践出现了新问题、管理政策有了新突破，进一步制定和完善建设工程施工合同纠纷领域的司法解释，指导全国法院加强建设工程施工合同纠纷案件审判工作，具有重要的现实意义。

制定该《解释》是应对建设工程施工纠纷案件司法审判面临挑战的客观要求。《建设工程司法解释（一）》施行十四年来，建设工程施工合同纠纷案件数量和

涉案标的额双双大幅上升，新类型案件、新问题不断涌现，为统一建设工程施工合同纠纷裁判标准提出了新的挑战。2017 年，全国法院审理一审建设工程施工合同纠纷案件 10.29 万件。2018 年，全国法院审理一审建设工程施工合同纠纷案件 11.32 万件。建设工程施工合同履行期间长，影响因素多，涉及的管理性规定多，实践中违法建筑、明招暗定、“黑白合同”、非法转包、违法分包等问题突出，认定事实与适用法律难度很大。诉讼中的合同效力问题、鉴定问题、损失赔偿问题、优先权行使条件问题、实际施工人权利保护问题等缺乏统一裁判规则。建设工程施工合同纠纷与商品房买卖合同纠纷、民间借贷纠纷、劳动争议纠纷、执行异议之诉纠纷等相互交织，处理难度增大。一些带有普遍性的问题，亟需统一裁判标准。

住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与 承包违法行为认定查处管理办法的通知

建市规〔2019〕1 号

各省、自治区住房和城乡建设厅，直辖市住房和城乡建设（管）委，新疆生产建设兵团住房和城乡建设局：

为规范建筑工程施工发包与承包活动，保证工程质量和施工安全，有效遏制违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为，维护建筑市场秩序和建设工程主要参与方的合法权益，我部制定了《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》，现印发给你们，请遵照执行。在执行中遇到的问题，请及时函告我部建筑市场监管司。

中华人民共和国住房和城乡建设部

2019 年 1 月 3 日

（此件主动公开）

建筑工程施工发包与承包违法行为 认定查处管理办法

第一条 为规范建筑工程施工发包与承包活动中违法行为的认定、查处和管理，保证工程质量和施工安全，有效遏制发包与承包活动中的违法行为，维护建筑市场秩序和建筑工程主要参与方的合法权益，根据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国合同法》《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》《中华人民共和国招标投标法实施条例》等法律法规，以及《全国人大法工委关于对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追诉期认定法律适用问题的意见》（法工办发〔2017〕223号），结合建筑活动实践，制定本办法。

第二条 本办法所称建筑工程，是指房屋建筑和市政基础设施工程及其附属设施和与其配套的线路、管道、设备安装工程。

第三条 住房和城乡建设部对全国建筑工程施工发包与承包违法行为的认定查处工作实施统一监督管理。

县级以上地方人民政府住房和城乡建设主管部门在其职责范围内具体负责本行政区域内建筑工程施工发包与承包违法行为的认定查处工作。

本办法所称的发包与承包违法行为具体是指违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为。

第四条 建设单位与承包单位应严格依法签订合同，明确双方权利、义务、责任，严禁违法发包、转包、违法分包和挂靠，确保工程质量和施工安全。

第五条 本办法所称违法发包，是指建设单位将工程发包给个人或不具有相应资质的单位、肢解发包、违反法定程序发包及其他违反法律法规规定发包的行为。

第六条 存在下列情形之一的，属于违法发包：

- （一）建设单位将工程发包给个人的；
- （二）建设单位将工程发包给不具有相应资质的单位的；
- （三）依法应当招标未招标或未按照法定招标程序发包的；
- （四）建设单位设置不合理的招标投标条件，限制、排斥潜在投标人或者投

标人的；

（五）建设单位将一个单位工程的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的。

第七条 本办法所称转包，是指承包单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。

第八条 存在下列情形之一的，应当认定为转包，但有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的除外：

（一）承包单位将其承包的全部工程转给其他单位（包括母公司承接建筑工程后将所承接工程交由具有独立法人资格的子公司施工的情形）或个人施工的；

（二）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，或派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人及以上与施工单位没有订立劳动合同且没有建立劳动工资和社会养老保险关系，或派驻的项目负责人未对该工程的施工活动进行组织管理，又不能进行合理解释并提供相应证明的；

（四）合同约定由承包单位负责采购的主要建筑材料、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相应证明的；

（五）专业作业承包人承包的范围是承包单位承包的全部工程，专业作业承包人计取的是除上缴给承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；

（六）承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；

（七）专业工程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；

（八）专业作业的发包单位不是该工程承包单位的；

（九）施工合同主体之间没有工程款收付关系，或者承包单位收到款项后又

将款项转拨给其他单位和个人，又不能进行合理解释并提供材料证明的。

两个以上的单位组成联合体承包工程，在联合体分工协议中约定或者在项目实际实施过程中，联合体一方不进行施工也未对施工活动进行组织管理的，并且向联合体其他方收取管理费或者其他类似费用的，视为联合体一方将承包的工程转包给联合体其他方。

第九条 本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。

前款所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。

第十条 存在下列情形之一的，属于挂靠：

- （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）本办法第八条第一款第（三）至（九）项规定的情形，有证据证明属于挂靠的。

第十一条 本办法所称违法分包，是指承包单位承包工程后违反法律法规规定，把单位工程或分部分项工程分包给其他单位或个人施工的行为。

第十二条 存在下列情形之一的，属于违法分包：

- （一）承包单位将其承包的工程分包给个人的；
- （二）施工总承包单位或专业承包单位将工程分包给不具备相应资质单位的；
- （三）施工总承包单位将施工总承包合同范围内工程主体结构的施工分包给其他单位的，钢结构工程除外；
- （四）专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的；
- （五）专业作业承包人将其承包的劳务再分包的；
- （六）专业作业承包人除计取劳务作业费用外，还计取主要建筑材料款和大中型施工机械设备、主要周转材料费用的。

第十三条 任何单位和个人发现违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的，均可向工程所在地县级以上人民政府住房和城乡建设主管部门进行举报。

接到举报的住房和城乡建设主管部门应当依法受理、调查、认定和处理，

除无法告知举报人的情况外，应当及时将查处结果告知举报人。

第十四条 县级以上地方人民政府住房和城乡建设主管部门如接到人民法院、检察机关、仲裁机构、审计机关、纪检监察等部门转交或移送的涉及本行政区域内建筑工程发包与承包违法行为的建议或相关案件的线索或证据，应当依法受理、调查、认定和处理，并把处理结果及时反馈给转交或移送机构。

第十五条 县级以上人民政府住房和城乡建设主管部门对本行政区域内发现的违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为，应当依法进行调查，按照本办法进行认定，并依法予以行政处罚。

（一）对建设单位存在本办法第五条规定的违法发包情形的处罚：

1. 依据本办法第六条（一）、（二）项规定认定的，依据《中华人民共和国建筑法》第六十五条、《建设工程质量管理条例》第五十四条规定进行处罚；

2. 依据本办法第六条（三）项规定认定的，依据《中华人民共和国招标投标法》第四十九条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》第六十四条规定进行处罚；

3. 依据本办法第六条（四）项规定认定的，依据《中华人民共和国招标投标法》第五十一条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》第六十三条规定进行处罚。

4. 依据本办法第六条（五）项规定认定的，依据《中华人民共和国建筑法》第六十五条、《建设工程质量管理条例》第五十五条规定进行处罚。

5. 建设单位违法发包，拒不整改或者整改后仍达不到要求的，视为没有依法确定施工企业，将其违法行为记入诚信档案，实行联合惩戒。对全部或部分使用国有资金的项目，同时将建设单位违法发包的行为告知其上级主管部门及纪检监察部门，并建议对建设单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予相应的行政处分。

（二）对认定有转包、违法分包违法行为的施工单位，依据《中华人民共和国建筑法》第六十七条、《建设工程质量管理条例》第六十二条规定进行处罚。

（三）对认定有挂靠行为的施工单位或个人，依据《中华人民共和国招标投标法》第五十四条、《中华人民共和国建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第六十条规定进行处罚。

（四）对认定有转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位，依据《中华人民共和国建筑法》第六十六条、《建设工程质量管理条例》第六十一条规定进行处罚。

（五）对建设单位、施工单位给予单位罚款处罚的，依据《建设工程质量管理条例》第七十三条、《中华人民共和国招标投标法》第四十九条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》第六十四条规定，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员进行处罚。

（六）对认定有转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程等违法行为的施工单位，可依法限制其参加工程投标活动、承揽新的工程项目，并对其企业资质是否满足资质标准条件进行核查，对达不到资质标准要求的限期整改，整改后仍达不到要求的，资质审批机关撤回其资质证书。

对2年内发生2次及以上转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位，应当依法按照情节严重情形给予处罚。

（七）因违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为导致发生质量安全事故的，应当依法按照情节严重情形给予处罚。

第十六条 对于违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的行政处罚追溯期限，应当按照法工办发〔2017〕223号文件的规定，从存在违法发包、转包、违法分包、挂靠的建筑工程竣工验收之日起计算；合同工程量未全部完成而解除或终止履行合同的，自合同解除或终止之日起计算。

第十七条 县级以上人民政府住房和城乡建设主管部门应将查处的违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为和处罚结果记入相关单位或个人信用档案，同时向社会公示，并逐级上报至住房和城乡建设部，在全国建筑市场监管公共服务平台公示。

第十八条 房屋建筑和市政基础设施工程以外的专业工程可参照本办法执行。省级人民政府住房和城乡建设主管部门可结合本地实际，依据本办法制定相应实施细则。

第十九条 本办法中施工总承包单位、专业承包单位均指直接承接建设单位

发包的工程单位；专业分包单位是指承接施工总承包或专业承包企业分包专业工程的单位；承包单位包括施工总承包单位、专业承包单位和专业分包单位。

第二十条 本办法由住房和城乡建设部负责解释。

第二十一条 本办法自 2019 年 1 月 1 日起施行。2014 年 10 月 1 日起施行的《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）》（建市〔2014〕118 号）同时废止。

律师解读：

该《办法》是住建部在建市〔2014〕118 号《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）》（以下简称《办法（试行）》）的基础上，结合建筑领域的改革及试行过程中发现的问题，进行的修订完善并调整规范了文件名称。

为了更好地学习了解该《办法》的相关内容，本所律师现就该《办法》相较之《办法（试行）》的主要修订亮点予以解读如下：

亮点一：民事法律规范的“违约”不纳入违法发包情形。

删除了《办法（试行）》规定的违法发包情形中的“建设单位将施工合同范围内的单位工程或分部分项工程又另行发包的”及“建设单位违反施工合同约定，通过各种形式要求承包单位选择其指定分包单位的”的违法发包情形。

1、建设单位将施工合同范围内的单位工程或分部分项工程又另行发包，如构成肢解发包，基于肢解发包已在《办法》中有明确禁止性规定，不必重复规定；如不构成肢解发包，则属于双方施工合同调整范畴，不宜纳入行政管理违法行为查处。

2、对于技术性要求较高的专业工程，建设单位指定或限定专业施工单位，有利于工程质量保证和提高建设效率，禁止指定分包无明确上位法依据；结合国际惯例 FIDIC 合同体系规定，指定分包在国际工程中并不禁止，为了与国际惯例接轨，适应一带一路战略需要，不宜将指定分包纳入违法处理。

亮点二：进一步区分“转包”与“挂靠”的认定处理，将《办法（试行）》中认定挂靠的几种特殊情形调整到转包项下认定查处。

由于建筑工程施工过程中有时特定项目的转包、挂靠的违法行为外部特征区

分并不明显，修订过程中相关建设行政主管部门和司法审判部门均提出，实践中转包和挂靠对外表现形式较难以区分，建议进一步厘清。《办法》修订过程中将《办法（试行）》中有关挂靠的几种特殊情形，如项目主要管理人员没有劳动社保工资关系、材料设备由承包人以外他人采购、施工合同主体之间没有工程款收付关系等情形，不再归入挂靠情形下，调整后纳入转包的违法情形，这样调整易于转包与挂靠的区分，便于行政执法和司法裁判的标准掌握和统一。

亮点三：明确母公司承接工程后交由子公司实施认定转包的情形。

目前建筑业存在建筑施工单位将其承包的工程交由其集团下属独立法人资格的子公司施工的情形，根据《公司法》规定，子公司相对于母公司而言，不同于分公司相对于总公司，分公司不具有法人资格其民事责任由总公司承担，子公司有着自己的法人治理结构、管理体制和资质资格条件，独立承担民事责任，子公司应当属于《建设工程质量管理条例》第七十八条转包定义中的“他人”。母公司通过自身资质、能力和业绩等优势中标或承接工程后，转给子公司实施，损害了招标人、其他投标人的利益，不利于项目建设的质量、安全管控，扰乱了建筑市场的管理。所以《办法》转包情形中规定：承包单位将其承包的全部工程转给其他单位（包括母公司承接建筑工程后将所承接工程交由具有独立法人资格的子公司实施的情形）或个人施工的认定为转包。

亮点四：主要管理人员特定阶段尚未签订劳动合同的不视为转包。

按照《办法（试行）》规定：“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”的将认定为挂靠。考虑到根据劳动合同法和社会保险法规定，用人单位应当在用工之日起30日内签署劳动合同并缴纳社会保险，所以此类情况下如果施工单位主要管理人员已经同用人单位建立用工关系，但尚在法律规定签署劳动合同和缴纳社会保险的期限内，可以进行合理解释并提供相应证明的，该期间不宜以未订立劳动合同未发生工资和社会养老保险关系而认定为转包。因此修订后的《办法》将该情形调整纳入转包后，增加了“又不能进行合理解释并提供相应证明的”的条件规定。

亮点五：新增承包单位“转付”工程款认定为转包的情形。

一般情况下，在正常、合法的施工承包关系中，施工单位在承接工程之后，

工程款应当由建设单位支付给承包单位，两者之间应当存在直接的工程款收付关系，同理，专业分包工程的工程款支付主体也是如此。如果工程款支付上不是这种情况，或者工程款支付给承包单位后，该承包单位又将款项转拨或收取管理费等类似费用后转拨给其他单位和个人的，又不能进行合理解释的，应当认定为转包。

亮点六：新增联合体内部认定转包的情形。

联合体承包模式本身并不被法律禁止，且在一些技术复杂、大型项目中强强联合的联合体模式有利于提高项目实施能力。但在实践中，有些施工企业在投标时与其他单位组成联合体，然后通过联合体协议或者在实际施工过程中，工程的所有施工及组织管理等均由联合体其他单位来完成和履行，联合体一方既不进行施工也不对施工活动进行组织管理，并且还收取联合体其他单位的管理费或其他类似费用。这种情形实质上是以联合体为名的承包单位之间实施的变相转包行为，扰乱了建筑市场招投标和项目管理秩序，损害了招标人和其他投标人利益，对这种情形《办法》规定视为转包予以查处。

亮点七：不再保留《办法（试行）》中“施工合同中没有约定，又未经建设单位认可，施工单位将其承包的部分工程交由其他单位施工的”违法分包情形。

《办法（试行）》该项规定在修订过程中社会各界对此要求修订的呼声较高，考虑到充分保障和发挥承包单位依约对工程的自主实施和管理权，行政机关应有限干预。总承包商对部分工程进行分包，除了涉及主体结构和资质管理等法律特别限制外，应由承包商自主决定或通过发承包双方在合同中进行约定，即便承包商未按合同约定进行分包或未经建设单位同意分包，应由发承包双方通过合同关系进行处理或追究违约责任，不宜作为违法情形进行认定处罚。由此，修订后《办法》未再保留该项违法分包情形。

亮点八：以“专业作业承包人”的称谓替代“劳务分包单位”。

《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》[国办发〔2017〕19号]指出：“推动建筑业劳务企业转型，大力发展木工、电工、砌筑、钢筋制作等以作业为主的专业企业。”住建部《关于培育新时期建筑产业工人队伍的指导意见（征求意见稿）》提出，将逐步取消“劳务分包”的概念与劳务分包资质审批，鼓励设立专业作业企业，促进建筑业农民工向技术工人转型。为了与建筑业改革

新政相适应，推进建筑业劳务企业转型，《办法》将“劳务分包单位”改成“专业作业承包人”，意味着建筑业专业作业将不再强制要求劳务分包资质。

亮点九：新增住建部门对司法、审计等部门移送的违法行为或线索进行查处的规定，建立了违法行为认定处理联动机制。

《办法》第十四条增加规定：“县级以上地方人民政府住房和城乡建设主管部门，如接到人民法院、检察机关、仲裁机构、审计机关、纪检监察等部门转交或移送的涉及本行政区域内建筑工程发包与承包违法行为的建议或相关案件的线索或证据，应当依法受理、调查、认定和处理，并把处理结果及时反馈给转交或移送的机构。”

施工过程中有关当事人往往为了掩饰违法行为，采取签订阴阳合同、制作虚假材料等应对行政机关的检查，而行政机关基于行政调查的措施和权限限制，往往无法发现和认定施工单位的违法行为。而施工当事人在不同阶段基于不同利益需求，又会在合同纠纷或民事争议过程中，主动提出项目实施过程中存在违法发包、转包、挂靠、违法分包等违法行为及证据，法院、审计等机关在审理和调查处理相关案件时，对发现存在发包与承包违法行为时，如将相关证据、线索或生效法律文书移送建设行政主管部门的，此时建设行政主管部门应当及时受理和查处。建立该联动机制，有利于进一步扼制建筑市场违法行为的发生。

亮点十：新增行政处罚追溯期限的规定。

《办法》第十六条增加规定：“对于违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的行政处罚追溯期限，应当按照全国人大法工委《对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的意见》（法工办发〔2017〕223号）的意见，从存在违法发包、转包、违法分包、挂靠的建筑工程竣工验收之日起计算。合同工程量未全部完成而解除或终止履行合同的，为合同解除或终止之日。”

《行政处罚法》第二十九条规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限，从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。”建设工程由于其特殊性，建设周期长，若存在违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的，该违法行为处于连续或继续状态的特征比较明显。竣工验收是工程完成建设目标

的标志，是全面考核基本建设成果，检验设计和工程质量的重要步骤，竣工验收合格的项目经备案后即从基本建设转入生产或使用。因此，建设工程若存在违法发包、转包、违法分包、挂靠等行为，其行为终了之日应界定为建设工程竣工验收合格之日。有些工程因特殊情况出现工程完工前双方解除或终止合同的情形，此时的“终了之日”为合同解除或终止之日。

关于在上海证券交易所设立科创板 并试点注册制的实施意见

为进一步落实创新驱动发展战略，增强资本市场对提高我国关键核心技术创新能力的服务水平，促进高新技术产业和战略性新兴产业发展，支持上海国际金融中心和科技创新中心建设，完善资本市场基础制度，推动高质量发展，根据党中央、国务院决策部署和全国人民代表大会常务委员会《关于授权国务院在实施股票发行注册制改革中调整适用〈中华人民共和国证券法〉有关规定的决定》、《关于延长授权国务院在实施股票发行注册制改革中调整适用〈中华人民共和国证券法〉有关规定期限的决定》，现就上海证券交易所（以下简称“上交所”）设立科创板并试点注册制，提出以下意见。

一、总体要求

（一）**指导思想。**深入贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党的十九大精神，认真落实习近平总书记关于资本市场的一系列重要指示批示精神，按照党中央、国务院决策部署，坚持稳中求进工作总基调，贯彻新发展理念，深化供给侧结构性改革，着眼于加快形成融资功能完备、基础制度扎实、市场监管有效、投资者合法权益得到有效保护的多层次资本市场体系，从设立上交所科创板入手，稳步试点注册制，统筹推进发行、上市、信息披露、交易、退市等基础制度改革，发挥资本市场对提升科技创新能力和实体经济竞争力的支持功能，更好服务高质量发展。

（二）**基本原则。**一是坚持市场导向，强化市场约束。尊重市场规律，明确

和稳定市场预期，建立以市场机制为主导的新股发行制度安排。二是坚持法治导向，依法治市。健全资本市场法律体系，强化依法全面从严监管，保护投资者合法权益，进一步明确市场参与各方权利义务，逐步形成市场参与各方依法履职尽责及维护自身合法权益的市场环境。三是强化信息披露监管，归位尽责。建立和完善以信息披露为中心的股票发行上市制度，强化发行人对信息披露的诚信义务和法律责任，充分发挥中介机构核查把关作用，引导投资者提高风险识别能力和理性投资意识。四是坚持统筹协调，守住底线。发挥好相关政府部门和有关方面的协同配合作用，形成共促市场稳定健康发展的合力，及时防范和化解市场风险。

二、设立上交所科创板

（三）准确把握科创板定位。在上交所新设科创板，坚持面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需求，主要服务于符合国家战略、突破关键核心技术、市场认可度高的科技创新企业。重点支持新一代信息技术、高端装备、新材料、新能源、节能环保以及生物医药等高新技术产业和战略性新兴产业，推动互联网、大数据、云计算、人工智能和制造业深度融合，引领中高端消费，推动质量变革、效率变革、动力变革。具体行业范围由上交所发布并适时更新。

（四）制定更具包容性的科创板上市条件。更加注重企业科技创新能力，允许符合科创板定位、尚未盈利或存在累计未弥补亏损的企业在科创板上市。综合考虑预计市值、收入、净利润、研发投入、现金流等因素，设置多元包容的上市条件。具体由上交所制定并公布。

（五）允许特殊股权结构企业和红筹企业上市。依照公司法第一百三十一条规定，允许科技创新企业发行具有特别表决权的类别股份，每一特别表决权股份拥有的表决权数量大于每一普通股份拥有的表决权数量，其他股东权利与普通股份相同。特别表决权股份一经转让，应当恢复至与普通股份同等的表决权。公司发行特别表决权股份的，应当在公司章程中规定特别表决权股份的持有人资格、特别表决权股份拥有的表决权数量与普通股份拥有的表决权数量的比例安排、持有人所持特别表决权股份能够参与表决的股东大会事项范围、特别表决权股份锁定安排及转让限制等事项。

存在特别表决权股份的境内科技创新企业申请发行股票并在科创板上市的，公司章程规定的上述事项应当符合上交所有关要求，同时在招股说明书等公开发

行文件中，充分披露并特别提示有关差异化表决安排的主要内容、相关风险及对公司治理的影响，以及依法落实保护投资者合法权益的各项措施。

符合《国务院办公厅转发证监会关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点若干意见的通知》（国办发〔2018〕21号）规定的红筹企业，可以申请发行股票或存托凭证并在科创板上市。红筹企业发行存托凭证的，按国家有关税收政策执行。

（六）确定投资者适当性要求。个人投资者投资科创板股票，证券账户及资金账户持有资产规模应当达到规定标准，且具备相关股票投资经验和相应的风险承受能力。具体标准由上交所制定，并可根据科创板运行情况作适当调整。强化证券公司投资者适当性管理义务和责任追究。

三、稳步实施注册制试点改革

（七）合理制定股票发行条件。精简优化现行公开发行股票条件。申请公开发行股票的公司，除符合科创板定位外，还应当符合下列基本发行条件：一是具备健全且运行良好的组织机构，具有完整的业务体系和直接面向市场独立经营的能力，不存在对持续经营有重大不利影响的情形；二是会计基础工作规范，内部控制制度健全且有效执行，最近三年财务会计报告被出具标准无保留意见审计报告；三是发行人及其控股股东、实际控制人最近三年不存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪，不存在严重损害社会公共利益的重大违法行为；四是证监会规定的其他条件。逐步将现行发行条件中可以由投资者判断的事项转化为更加严格，更加全面、深入、精准的信息披露要求制度体系。证监会制定《科创板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》等规则，对科创板试点注册制的发行条件、注册程序和具体信息披露要求等作出规定。

企业公开发行股票并在科创板上市交易，必须符合发行条件与上市条件，报上交所审核并经证监会注册。

（八）上交所负责科创板发行上市审核。上交所受理企业公开发行股票并上市的申请，审核并判断企业是否符合发行条件、上市条件和信息披露要求。审核工作主要通过提出问题、回答问题方式展开，督促发行人完善信息披露内容。上交所制定审核标准、审核程序等规则，报证监会批准。

上交所成立由相关领域科技专家、知名企业家、资深投资专家等组成的科技创新咨询委员会，为发行上市审核提供专业咨询和政策建议。必要时可对申请发行上市的企业进行询问。

（九）证监会负责科创板股票发行注册。上交所审核通过后，将审核意见及发行人注册申请文件报送证监会履行注册程序。注册工作不适用发行审核委员会审核程序，按证监会制定的程序进行，依照规定的发行条件和信息披露要求，在20个工作日内作出是否同意注册的决定。

科创板上市公司非公开发行新股实行注册制，具体程序与公开发行相同。证监会完善再融资制度，提高科创板再融资便利性。

（十）证监会对上交所审核工作进行监督。督促上交所建立内部防火墙制度，发行上市审核部门与其他部门隔离运行，防范利益冲突。持续追踪发行人的信息披露文件、上交所的审核意见，定期或不定期对上交所审核工作进行抽查和检查，落实对上交所审核工作的监督问责机制。督促上交所提高审核工作透明度，审核过程和审核意见向社会公开，减少自由裁量空间。上交所参与审核的人员，不得与发行人有利害关系，不得直接或间接与发行人有利益往来，不得持有发行人的股票，不得私下与发行人进行接触，切实防范以权谋私、利益输送等违法违纪行为。

（十一）强化事前事中事后全过程监管。在发行上市审核、注册和新股发行过程中，发现发行人存在重大违法违规嫌疑的，证监会可以要求上交所处理，也可以宣布发行注册暂缓生效，或者暂停新股发行，直至撤销发行注册。

四、完善基础制度

（十二）构建科创板股票市场化发行承销机制。科创板市场新股发行价格、规模、节奏主要通过市场化方式决定，强化市场约束。对新股发行定价不设限制，建立以机构投资者为参与主体的询价、定价、配售等机制，充分发挥机构投资者专业能力。试行保荐人相关子公司“跟投”制度。支持科创板上市公司引入战略投资者，科技创新企业高管、员工可以参与战略配售，发挥好超额配售选择权制度作用，促进股价稳定。加强对定价承销的事中事后监管，建立上市后交易价格监控机制，约束非理性定价。制定合理的科创板上市公司股份锁定期和减持制度安排。

（十三）强化信息披露监管。切实树立以信息披露为中心的监管理念，全面建立严格的信息披露体系并严格执行。明确发行人是信息披露第一责任人，充分披露投资者做出价值判断和投资决策所必需的信息，确保信息披露真实、准确、完整、及时、公平。明确发行人的控股股东、实际控制人不得要求或协助发行人隐瞒重要信息。

上交所建立以上市规则为中心的持续监管规则体系，在持续信息披露、并购重组、股权激励、退市等方面制定符合科创板上市公司特点的具体实施规则，报证监会批准。

科创板上市公司要根据自身特点，强化对业绩波动、行业风险、公司治理等相关事项的针对性信息披露。明确要求发行人披露科研水平、科研人员、科研资金投入等相关信息，督促引导发行人将募集资金重点投向科技创新领域。

（十四）完善交易制度。科创板采取独立交易模块和独立行情显示，交易日历、证券账户、申报成交等安排与上交所主板一致。基于科创板上市公司特点和投资者适当性要求，建立更加市场化的交易机制，研究制定股票日涨跌幅等标准。适当提高每笔最低交易股票数量。稳妥有序将科创板股票纳入融资融券标的，促进融资融券业务均衡发展。在竞价交易基础上，条件成熟时引入做市商机制。科创板运行一段时间后，由上交所对交易制度进行综合评估，必要时加以完善。

（十五）建立高效的并购重组机制。科创板上市公司并购重组统一由上交所审核，涉及发行股票的，实行注册制。证监会依法批准上交所制定的科创板上市公司并购重组审核标准及规则体系。达到一定规模的上市公司，可以依法分拆其业务独立、符合条件的子公司在科创板上市。

（十六）严格实施退市制度。严格交易类强制退市指标，对交易量、股价、股东人数等不符合条件的企业依法终止上市。优化财务类强制退市指标，科创板股票不适用证券法第五十六条第三项关于连续亏损终止上市的规定；对连续被出具否定或无法表示意见审计报告的上市公司实施终止上市。严格实施重大违法强制退市制度，对构成欺诈发行、重大信息披露违法或其他重大违法行为的上市公司依法坚决终止上市。科创板股票不适用证券法第五十五条关于暂停上市的规定，应当退市的直接终止上市。

五、完善配套改革措施

（十七）加强科创板上市公司持续监管。上交所要依法发挥一线监管职能，强化监管问询，加大现场检查力度，提高上市公司信息披露质量。适当延长核心技术团队股份锁定期，促进上市公司稳定经营。适当延长未盈利上市公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员的股份锁定期。加强上市公司信息披露与二级市场监管联动，切实防范和打击内幕交易与操纵市场行为。

（十八）强化中介机构责任。保荐人作为主要中介机构，必须诚实守信、勤勉尽责，充分了解发行人经营情况和风险，并对发行人的申请文件和信息披露资料进行全面核查验证。建立保荐人资格与新股发行信息披露质量挂钩机制。适当延长保荐人持续督导期。证券服务机构及其从业人员应当对本专业相关的业务事项履行特别注意义务，对其他业务事项履行普通注意义务。对发行人、上市公司虚假记载、误导性陈述或重大遗漏负有责任的保荐人、会计师事务所、律师事务所、资产评估机构，加大处罚力度。

（十九）保护投资者合法权益。严厉打击欺诈发行、虚假陈述等违法行为。对以欺骗手段骗取发行注册等违法行为，依照证券法第一百八十九条等规定依法从重处罚。对欺诈发行上市的，可以责令上市公司及其控股股东、实际控制人按规定购回已上市的股份。探索建立发行人和投资者之间的纠纷化解和赔偿救济机制。将发行人和相关中介机构及责任人的信用记录纳入国家统一信用信息平台，加强监管信息共享，完善失信联合惩戒机制。

（二十）推动完善有关法律法规。加强行政执法与司法的衔接，符合刑事追诉标准、涉嫌犯罪的案件，依法及时移送司法机关追究刑事责任。推动完善相关法律制度和司法解释，建立健全证券支持诉讼示范判决机制。根据试点情况，探索完善与注册制相适应的证券民事诉讼法律制度。

证监会根据本意见制定《科创板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》等监管规则，明确股票发行条件、注册程序、信息披露、中介机构职责、监督管理和法律责任等事项，并完善相关配套制度规则。上交所应制定科创板发行、上市、信息披露、交易、退市等业务规则，建立健全公开透明高效的审核机制。证监会及上交所根据科创板运行和注册制试点情况，及时总结经验，适时调整完善相关具体制度安排。

律师解读：

中国证监会于 2019 年 1 月 30 日发布了《关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见》（以下简称《实施意见》）。中国证监会和上海证券交易所（以下简称上交所）正在按照《实施意见》要求，有序推进设立科创板并试点注册制各项工作。

《实施意见》强调，在上交所新设科创板，坚持面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需求，主要服务于符合国家战略、突破关键核心技术、市场认可度高的科技创新企业。重点支持新一代信息技术、高端装备、新材料、新能源、节能环保以及生物医药等高新技术产业和战略性新兴产业，推动互联网、大数据、云计算、人工智能和制造业深度融合，引领中高端消费，推动质量变革、效率变革、动力变革。

《实施意见》指出，科创板根据板块定位和科创企业特点，设置多元包容的上市条件，允许符合科创板定位、尚未盈利或存在累计未弥补亏损的企业在科创板上市，允许符合相关要求的特殊股权结构企业和红筹企业在科创板上市。科创板相应设置投资者适当性要求，防控好各种风险。

《实施意见》明确，在科创板试点注册制，合理制定科创板股票发行条件和更加全面深入精准的信息披露规则体系。上交所负责科创板发行上市审核，中国证监会负责科创板股票发行注册。中国证监会将加强对上交所审核工作的监督，并强化新股发行上市事前事中事后全过程监管。

《实施意见》明确，为做好科创板试点注册制工作，将在五个方面完善资本市场基础制度：一是构建科创板股票市场化发行承销机制，二是进一步强化信息披露监管，三是基于科创板上市公司特点和投资者适当性要求，建立更加市场化的交易机制，四是建立更加高效的并购重组机制，五是严格实施退市制度。

《实施意见》强调，设立科创板试点注册制，要加强科创板上市公司持续监管，进一步压实中介机构责任，严厉打击欺诈发行、虚假陈述等违法行为，保护投资者合法权益。证监会将加强行政执法与司法的衔接；推动完善相关法律制度和司法解释，建立健全证券支持诉讼示范判决机制；根据试点情况，探索完善与注册制相适应的证券民事诉讼法律制度。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部印发《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》的通知

高检会〔2019〕2号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），解放军军事法院、解放军军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为依法惩治非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资犯罪活动，维护国家金融管理秩序，保护公民、法人和其他组织合法权益，最高人民法院、最高人民检察院、公安部现联合印发《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》，请认真贯彻执行。

最高人民法院

最高人民检察院

公安部

2019年1月30日

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见

为依法惩治非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资犯罪活动，维护国家金融管理秩序，保护公民、法人和其他组织合法权益，根据刑法、刑事诉讼法等法律规定，结合司法实践，现就办理非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资刑事案件有关问题提出以下意见：

一、关于非法集资的“非法性”认定依据问题

人民法院、人民检察院、公安机关认定非法集资的“非法性”，应当以国家金融管理法律法规作为依据。对于国家金融管理法律法规仅作原则性规定的，可以根据法律规定的精神并参考中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会等行政主管部门依照国家金融管理法律法规制定的部门

规章或者国家有关金融管理的规定、办法、实施细则等规范性文件的规定予以认定。

二、关于单位犯罪的认定问题

单位实施非法集资犯罪活动，全部或者大部分违法所得归单位所有的，应当认定为单位犯罪。

个人为进行非法集资犯罪活动而设立的单位实施犯罪的，或者单位设立后，以实施非法集资犯罪活动为主要活动的，不以单位犯罪论处，对单位中组织、策划、实施非法集资犯罪活动的人员应当以自然人犯罪依法追究刑事责任。

判断单位是否以实施非法集资犯罪活动为主要活动，应当根据单位实施非法集资的次数、频度、持续时间、资金规模、资金流向、投入人力物力情况、单位进行正当经营的状况以及犯罪活动的影响、后果等因素综合考虑认定。

三、关于涉案下属单位的处理问题

办理非法集资刑事案件中，人民法院、人民检察院、公安机关应当全面查清涉案单位，包括上级单位（总公司、母公司）和下属单位（分公司、子公司）的主体资格、层级、关系、地位、作用、资金流向等，区分情况依法作出处理。

上级单位已被认定为单位犯罪，下属单位实施非法集资犯罪活动，且全部或者大部分违法所得归下属单位所有的，对该下属单位也应当认定为单位犯罪。上级单位和下属单位构成共同犯罪的，应当根据犯罪单位的地位、作用，确定犯罪单位的刑事责任。

上级单位已被认定为单位犯罪，下属单位实施非法集资犯罪活动，但全部或者大部分违法所得归上级单位所有的，对下属单位不单独认定为单位犯罪。下属单位中涉嫌犯罪的人员，可以作为上级单位的其他直接责任人员依法追究刑事责任。

上级单位未被认定为单位犯罪，下属单位被认定为单位犯罪的，对上级单位中组织、策划、实施非法集资犯罪的人员，一般可以与下属单位按照自然人与单位共同犯罪处理。

上级单位与下属单位均未被认定为单位犯罪的，一般以上级单位与下属单位中承担组织、领导、管理、协调职责的主管人员和发挥主要作用的人员作为主犯，以其他积极参加非法集资犯罪的人员作为从犯，按照自然人共同犯罪处理。

四、关于主观故意的认定问题

认定犯罪嫌疑人、被告人是否具有非法吸收公众存款的犯罪故意，应当依据犯罪嫌疑人、被告人的任职情况、职业经历、专业背景、培训经历、本人因同类行为受到行政处罚或者刑事追究情况以及吸收资金方式、宣传推广、合同资料、业务流程等证据，结合其供述，进行综合分析判断。

犯罪嫌疑人、被告人使用诈骗方法非法集资，符合《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定的，可以认定为集资诈骗罪中“以非法占有为目的”。

办案机关在办理非法集资刑事案件中，应当根据案件具体情况注意收集运用涉及犯罪嫌疑人、被告人的以下证据：是否使用虚假身份信息对外开展业务；是否虚假订立合同、协议；是否虚假宣传，明显超出经营范围或者夸大经营、投资、服务项目及盈利能力；是否吸收资金后隐匿、销毁合同、协议、账目；是否传授或者接受规避法律、逃避监管的方法，等等。

五、关于犯罪数额的认定问题

非法吸收或者变相吸收公众存款构成犯罪，具有下列情形之一的，向亲友或者单位内部人员吸收的资金应当与向不特定对象吸收的资金一并计入犯罪数额：

（一）在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的；

（二）以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的；

（三）向社会公开宣传，同时向不特定对象、亲友或者单位内部人员吸收资金的。

非法吸收或者变相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全额计算。集资参与人收回本金或者获得回报后又重复投资的数额不予扣除，但可以作为量刑情节酌情考虑。

六、关于宽严相济刑事政策把握问题

办理非法集资刑事案件，应当贯彻宽严相济刑事政策，依法合理把握追究刑事责任的范围，综合运用刑事手段和行政手段处置和化解风险，做到惩处少数、教育挽救大多数。要根据行为人的客观行为、主观恶性、犯罪情节及其地位、作

用、层级、职务等情况，综合判断行为人的责任轻重和刑事追究的必要性，按照区别对待原则分类处理涉案人员，做到罚当其罪、罪责刑相适应。

重点惩处非法集资犯罪活动的组织者、领导者和管理人员，包括单位犯罪中的上级单位（总公司、母公司）的核心层、管理层和骨干人员，下属单位（分公司、子公司）的管理层和骨干人员，以及其他发挥主要作用的人员。

对于涉案人员积极配合调查、主动退赃退赔、真诚认罪悔罪的，可以依法从轻处罚；其中情节轻微的，可以免除处罚；情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理。

七、关于管辖问题

跨区域非法集资刑事案件按照《国务院关于进一步做好防范和处置非法集资工作的意见》（国发〔2015〕59号）确定的工作原则办理。如果合并侦查、诉讼更为适宜的，可以合并办理。

办理跨区域非法集资刑事案件，如果多个公安机关都有权立案侦查的，一般由主要犯罪地公安机关作为案件主办地，对主要犯罪嫌疑人立案侦查和移送审查起诉；由其他犯罪地公安机关作为案件分办地根据案件具体情况，对本地区犯罪嫌疑人立案侦查和移送审查起诉。

管辖不明或者有争议的，按照有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，由其共同的上级公安机关协调确定或者指定有关公安机关作为案件主办地立案侦查。需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的，由分别立案侦查的公安机关所在地的人民检察院、人民法院受理。

对于重大、疑难、复杂的跨区域非法集资刑事案件，公安机关应当在协调确定或者指定案件主办地立案侦查的同时，通报同级人民检察院、人民法院。人民检察院、人民法院参照前款规定，确定主要犯罪地作为案件主办地，其他犯罪地作为案件分办地，由所在地的人民检察院、人民法院负责起诉、审判。

本条规定的“主要犯罪地”，包括非法集资活动的主要组织、策划、实施地，集资行为人的注册地、主要营业地、主要办事机构所在地，集资参与人的主要所在地等。

八、关于办案工作机制问题

案件主办地和其他涉案地办案机关应当密切沟通协调，协同推进侦查、起诉、

审判、资产处置工作，配合有关部门最大限度追赃挽损。

案件主办地办案机关应当统一负责主要犯罪嫌疑人、被告人涉嫌非法集资全部犯罪事实的立案侦查、起诉、审判，防止遗漏犯罪事实；并应就全案处理政策、追诉主要犯罪嫌疑人、被告人的证据要求及诉讼时限、追赃挽损、资产处置等工作要求，向其他涉案地办案机关进行通报。其他涉案地办案机关应当对本地区犯罪嫌疑人、被告人涉嫌非法集资的犯罪事实及时立案侦查、起诉、审判，积极协助主办地处置涉案资产。

案件主办地和其他涉案地办案机关应当建立和完善证据交换共享机制。对涉及主要犯罪嫌疑人、被告人的证据，一般由案件主办地办案机关负责收集，其他涉案地提供协助。案件主办地办案机关应当及时通报接收涉及主要犯罪嫌疑人、被告人的证据材料的程序及要求。其他涉案地办案机关需要案件主办地提供证据材料的，应当向案件主办地办案机关提出证据需求，由案件主办地收集并依法移送。无法移送证据原件的，应当在移送复制件的同时，按照相关规定作出说明。

九、关于涉案财物追缴处置问题

办理跨区域非法集资刑事案件，案件主办地办案机关应当及时归集涉案财物，为统一资产处置做好基础性工作。其他涉案地办案机关应当及时查明涉案财物，明确其来源、去向、用途、流转情况，依法办理查封、扣押、冻结手续，并制作详细清单，对扣押款项应当设立明细账，在扣押后立即存入办案机关唯一合规账户，并将有关情况提供案件主办地办案机关。

人民法院、人民检察院、公安机关应当严格依照刑事诉讼法和相关司法解释的规定，依法移送、审查、处理查封、扣押、冻结的涉案财物。对审判时尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，人民法院应当判决继续追缴或者责令退赔，并由人民法院负责执行，处置非法集资职能部门、人民检察院、公安机关等应当予以配合。

人民法院对涉案财物依法作出判决后，有关地方和部门应当在处置非法集资职能部门统筹协调下，切实履行协作义务，综合运用多种手段，做好涉案财物清运、财产变现、资金归集、资金清退等工作，确保最大限度减少实际损失。

根据有关规定，查封、扣押、冻结的涉案财物，一般应在诉讼终结后返还集资参与人。涉案财物不足全部返还的，按照集资参与人的集资额比例返还。退赔

集资参与人的损失一般优先于其他民事债务以及罚金、没收财产的执行。

十、关于集资参与人权利保障问题

集资参与人，是指向非法集资活动投入资金的单位和个人，为非法集资活动提供帮助并获取经济利益的单位和个人除外。

人民法院、人民检察院、公安机关应当通过及时公布案件进展、涉案资产处置情况等方式，依法保障集资参与人的合法权利。集资参与人可以推选代表人向人民法院提出相关意见和建议；推选不出代表人的，人民法院可以指定代表人。人民法院可以视案件情况决定集资参与人代表人参加或者旁听庭审，对集资参与人提起附带民事诉讼等请求不予受理。

十一、关于行政执法与刑事司法衔接问题

处置非法集资职能部门或者有关行政主管部门，在调查非法集资行为或者行政执法过程中，认为案情重大、疑难、复杂的，可以商请公安机关就追诉标准、证据固定等问题提出咨询或者参考意见；发现非法集资行为涉嫌犯罪的，应当按照《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》等规定，履行相关手续，在规定的期限内将案件移送公安机关。

人民法院、人民检察院、公安机关在办理非法集资刑事案件过程中，可商请处置非法集资职能部门或者有关行政主管部门指派专业人员配合开展工作，协助查阅、复制有关专业资料，就案件涉及的专业问题出具认定意见。涉及需要行政处理的事项，应当及时移交处置非法集资职能部门或者有关行政主管部门依法处理。

十二、关于国家工作人员相关法律责任问题

国家工作人员具有下列行为之一，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任：

（一）明知单位和个人所申请机构或者业务涉嫌非法集资，仍为其办理行政许可或者注册手续的；

（二）明知所主管、监管的单位有涉嫌非法集资行为，未依法及时处理或者移送处置非法集资职能部门的；

（三）查处非法集资过程中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的；

（四）徇私舞弊不向司法机关移交非法集资刑事案件的；

（五）其他通过职务行为或者利用职务影响，支持、帮助、纵容非法集资的。

律师解读：

《意见》共十二条，针对当前非法集资违法犯罪执法司法中的突出问题，下面主要从实体法律适用、诉讼程序两个方面进行解读。

实体法律适用方面：一是明确非法集资的“非法性”认定依据。办案机关认定“非法性”应当以国家金融管理法律法规作为依据，对于国家金融管理法律法规仅作原则性规定的，可以参考央行、银保监会、证监会等行政主管部门依照国家金融管理法律法规制定的部门规章或者国家有关金融管理的规定、办法、实施细则等规范性文件的规定予以认定。

二是明确单位犯罪的认定和涉案下属单位的处理。规定了非法集资单位犯罪与自然人犯罪的认定标准以及单位是否以实施非法集资犯罪活动为主要活动的认定因素。针对司法实践中涉案单位下属单位众多、层级复杂，认定追究刑事责任困难的问题，要求办案机关应当全面查清涉案单位，包括上级单位（总公司、母公司）和下属单位（分公司、子公司）的主体资格、层级、关系、地位、作用、资金流向等情况，区分不同情况依法作出处理。

三是明确主观故意的认定。针对司法实践中如何认定犯罪嫌疑人、被告人具有非法吸收公众存款的犯罪故意的问题，明确应当依据犯罪嫌疑人、被告人的任职情况、职业经历、专业背景、培训经历、吸收资金方式等证据，进行综合分析判断。犯罪嫌疑人、被告人使用诈骗方法非法集资，符合相关司法解释规定的，应当认定为集资诈骗罪中“以非法占有为目的”。四是明确犯罪数额的认定。针对司法实践中向亲友等特定对象吸收的资金以及重复投资的资金是否计入犯罪数额的问题，规定了向亲友或者单位内部人员吸收的资金应当计入犯罪数额的三种情形，以及集资参与人收回本金或者获得回报后又重复投资的数额不予扣除，但可以作为量刑情节酌情考虑。

五是明确国家工作人员的法律責任。规定了国家工作人员在防范处置非法集资工作中构成犯罪依法追究刑事责任的五种情形，有利于督促国家工作人员履职尽责。

诉讼程序方面：一是明确办理跨区域非法集资刑事案件的管辖原则：首先，

一般由主要犯罪地公安机关作为案件主办地，对主要犯罪嫌疑人立案侦查和移送审查起诉；由其他犯罪地公安机关根据案件具体情况，对本地区犯罪嫌疑人立案侦查和移送审查起诉。其次，对于重大、疑难、复杂的跨区域非法集资刑事案件，人民检察院、人民法院参照公安机关的侦查管辖，确定主要犯罪地和其他犯罪地的人民检察院、人民法院负责起诉、审判。

二是对办案机关追缴和处置涉案财物工作提出了具体要求：首先，要求案件主办地办案机关应当及时归集涉案财物，明确其来源、去向、用途、流转情况，依法办理查封、扣押、冻结手续。其次，要求办案机关严格依照刑事诉讼法和相关司法解释的规定，依法移送、审查、处理查封、扣押、冻结的涉案财物。第三，要求有关地方和部门在人民法院对涉案财物依法作出判决后，应当在处置非法集资职能部门统筹协调下，做好涉案财物清运、财产变现、资金归集、资金清退等工作。

◆ **专业解读** 法律风险无处不在，此处专业解读了各企业在运营过程中极易混淆疏忽的法律问题，有助您规避法律风险，为您保驾护航！

应收账款的转让（保理）与质押的法律剖析

应收账款是伴随企业的销售行为发生而形成的一项债权，基于应收账款而产生的银行融资可以帮助企业提高资金周转效率，改善资产负债结构，实现银企双赢。而这其中最常见两种方式为应收账款的转让（保理）与应收账款质押，笔者将仔细分析比较这两者之间的区别与联系，以助企业进行优势选择。

一、含义与范畴不同

1、应收账款转让本身即为融资，一般认为，应收账款转让即保理。保理业务是以应收账款转让为核心，兼具应收账款催收、销售分户账管理、信用风险担保及保理预付款融资等功能的综合性金融服务。早在 1911 年出版的《牛津简明词典》对保理业务的定义：保理是指从他人手中以较低的价格购买债权并通过收回债权而获利的经济活动。而根据 1988 年《国际保理公约》和 2001 年《联合国国际贸易中的应收账款转让公约》、2002 年 FCI(国际保理商联合会)的《国际保理通则》之规定，国际上“应收账款融资”和“保理”普遍采用“债权转让”方式。

2、应收账款质押是一种融资从属的担保方式，在应收账款质押担保的基础上可以开展贷款、开立银行承兑汇票、信用证、保函等多种银行融资业务。

二、法律性质不同，分属不同的法律制度

1、应收账款转让属债权让与，适用《合同法》第 79 条至第 83 条等的规定，指受让人按一定的比率向出让人支付交易对价以购买出让人的应收账款，并通过直接向收取应收账款的方式收回其支付的交易对价。

2、应收账款质押属担保物权中的普通债权权利质押，适用《物权法》第 223 条、第 228 条及《应收账款质押登记办法》等的规定。

三、生效要件不同

根据《合同法》第 80 条，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。

而根据《物权法》第 228 条，以应收账款出质的，质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

四、对应收账款的受让人和质权人的法律效力不同

1、应收账款转让对受让人发生以下法律效力

(1) 债权人发生变更。

应收账款转让生效后，在全部让与的情形，该债权转移给受让人，应收账款的原债权人(即转让人)退出应收账款的原债权关系，受让人取代转让人而成为债权关系中新的债权人；债务人应向新债权人即受让人履行债务，同时免除其对原债权人所负的责任，这是债权让与对债务人所产生的最直接的法律后果。应收账款部分转让时，转让人和受让人共同享有债权。国际保理业务中，根据《国际保理通则》，为了避免纠纷，一般不允许部分转让。银行实践中，部分转让应收账款的情形也很少见。

(2) 债权主从权利转移。

根据《合同法》第 81 条：“债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。”主债权转让时，从属于主债权的从权利应随之一同转移。从权利一般包括担保物权、定金与保证债权、利息债权、违约金及损害赔偿权、留置权、停运权、对流通票据的背书权、对该应收账款的转让权等。但与原债权人人身不可分离的从权利，如撤销权、解除权等，不因债权的转移而当然转移于受让人。

(3) 转让人对其转让的应收账款债权负瑕疵担保责任。

转让人的瑕疵担保责任一般通过转让合同加以约定，通过转让人承担违约责任来实现。

2、应收账款质押的质权人享有如下权利：

(1) 优先受偿权。

质权人在向主债务人请求履行义务未获清偿的情况下，有权就设立质押的出质财产——特定的应收账款进行处分，并就处分收益优先于应收账款债权人和其他任意第三人受偿。

(2) 向出质人和债务人主张质权。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第 106 条规定，质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的

债务人。

(3)对设质应收账款代位物的追及权。

在应收账款付款期限先于主债务清偿期限届满的情况下，质权人可以和出质人协商将应收账款款项用于提前清偿主债务，或者向双方同意的第三者提存，也可以在质押合同中预先约定，将上述已收应收账款存入出质人在质权人处开立的特定保证金账户，或者将有关款项直接转化为出质人在质权人处开立的存单，并继续作为主债权的担保。

(4)对出质应收账款债权的担保利益的追及权。

在出质应收账款债权本身同时附带有一定的抵押、质押或者保证作为担保的情况下，质权人的质权效力可以追及上述担保利益。质权人可以直接起诉出质应收账款债务人及对应的保证人，或者基于设质的应收账款债权而主张对该债权项下有关抵/质押物优先受偿。

(5)在出质人破产时，对已经设立质押的应收账款主张行使别除权。

在出质人进入破产程序时，银行质权人可以就已经设立质押的应收账款主张行使别除权，要求不将该部分财产权利列入破产财产范围。

五、是否可向应收账款原债权人追索不同

1、应收账款转让后，应由受让人独自承担应收账款不能清偿的风险，亦即受让人对应收账款承担坏账担保的责任，这也是保理的功能之一(无追索权)，除非另有约定(如回购型或附追索权保理)，受让人不得向出让人追索。

2、应收账款质押重在担保功能，首先应由出质人自身作为债务人清偿应收账款融资债务，出质人不能清偿造成违约时，质权人方才处分质押的应收账款，实现质权。因此即使质权人不行使应收账款质押的质权，仍保有对应收账款债权人(出质人)的请求权，风险分散于出质人和应收账款债务人两方，相对较小。

因此，应收账款转让能为当事人提供直接的现金流，加速资金周转，却不具备应收账款质押的弹性和灵活性的优点。

六、收益不同

根据风险与收益相一致的原则，应收账款的受让人可能获得的利益通常要高于质权人。前者往往以较低的“贴现率”受让应收账款，若账款最终能够全部回收，其赚取的差价较大;而应收账款质押中质权人贷款之后可能获得的只是利息

收入，而不能得到大于债权本息的偿付。

两者的收费情况也不同，保理除收取保理费外，还收取应收账款管理费、发票处理费等。应收账款质押贷款仅收取融资利息。

七、对企业资产负债率的影响不同

在应收账款质押中，出质人获得融资后，该融资要纳入其资产负债表的负债科目，增大了其资产负债率；而在应收账款转让融资如无追索权保理中，出让人获得的转让价款视为其提前收回的应收账款，在资产负债表中列入其流动资产科目，对资产负债率没有影响，实质上降低了资产负债率，改善了财务结构。

从银行的角度分析，企业通过把应收账款转让给银行进行融资，这种方式部分掩盖了其债务，影响了其资产负债率的真实性，如企业进行二次融资，将会进一步增加了银行信贷资金的中长期风险。

八、应收账款质押与保理发生权利冲突时的解决

在同一应收账款被同时质押或转让，或同一应收账款被多次质押或转让的情况下，如何确定权利先后顺序，对此法律并无规定。鉴于登记系统已经建立，为彰显登记的公示和公信力，维护交易安全和善意第三人，有必要完善登记规则，采第一种以登记为准的优先权规则。对于同一应收账款上设立的多次转让和质押，均按照以下原则确定顺序：

- 1、已登记的优先于未登记的；
- 2、先登记的优先于后登记的，同时登记的按债权比例清偿；
- 3、均未登记的，按债权比例清偿。

建设工程司法鉴定相关问题分析

众所周知，司法实践中建设工程纠纷案件很多争议都依赖于司法鉴定才能解决，因为这类案件具有较强的专业性。但是目前我国对建设工程司法鉴定还没有完善的立法规定，亟待出台针对建设工程司法鉴定的统一性标准。

一、司法鉴定启动

我国《民事诉讼法》第七十六条规定“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备

资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。当事人未申请鉴定,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”

另外,《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》第二十三条规定“当事人对部分案件事实有争议的,仅对有争议的事实进行鉴定,但争议事实范围不能确定,或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。”

(一) 建设工程司法鉴定启动的前提

据此,启动司法鉴定既可以根据当事人申请,也可以由法院依职权决定,而且需要存在有待查明的争议性、专门性问题。我们认为,所谓的争议应当是现有证据不足以证明待证事实,由此导致双方当事人相关事项的认定形成对抗,而不能是一方当事人对对方主张的简单否认。所谓的专门问题应该是区别于能够直接认识和判断的问题,也就是说需要借助一定的科学技术或专门知识才能解决的问题,这才有启动鉴定的意义。

(二) 无需启动司法鉴定的情形

1、关于工程质量

(1) 工程竣工验收合格后,承包人要求支付工程款,发包人认为工程质量存在问题但没有提起反诉的,不予鉴定(但如果工程竣工验收后,发包人主张工程存在质量缺陷,提起反诉或另行起诉要求承包人承担责任的应启动鉴定)。

(2) 工程竣工后没有按照相关规定要求由建设单位组织竣工验收,但施工单位、监理单位、设计单位出具合格证,无需鉴定。因为监理单位是受建设单位委托,代表建设单位进行质量监督管理的主体,监理单位对工程质量的意见应视为建设单位的意见。

(3) 工程没有经过竣工验收,发包人擅自使用的(但工程地基基础工程和主体结构质量除外)。

2、关于工程造价

(1) 建设单位与施工单位已就工程结算达成一致意见的。

(2) 工程价款明确约定为固定总价且不需要进行调整的。

(3) 建设单位与施工单位约定以审计为依据进行工程结算,且双

方及造价咨询单位对审计报告签章确认。

(4)协议约定逾期不结算视为认可工程价款的,约定的条件成就。

二、建设工程司法鉴定审查

建设工程司法鉴定启动后,应当由鉴定人依法开展相应鉴定活动。在这一过程中,我们应当注意鉴定进行一系列实体上以及程序上的审查。

(一) 审查鉴定机构以及鉴定人资格

如果鉴定机构、鉴定人员不具备鉴定资格,依法可申请重新进行鉴定。

目前,我们国家对建设工程质量鉴定以及造价鉴定没有实行鉴定人和鉴定机构登记管理制度,所以即便鉴定人、鉴定机构没有在司法行政部门登记并不必然影响其鉴定资格。实践中,建设工程司法鉴定机构及鉴定人分为以下两类:

1、已在司法行政部门登记

对于此类鉴定机构、鉴定人的资格审查,应查验是否已经取得《司法鉴定许可证》、《司法鉴定人执业证》,相关证书是否在有效期内以及鉴定事项是否在司法行政部门登记名册中注明的业务范围内(非营业执照中的经营范围)。

2、在法院登记入册

对于此类鉴定人、鉴定机构,无法查验《司法鉴定许可证》、《司法鉴定人执业证》,但应当具备《关于司法鉴定管理的决定》的要求,即有在业务范围内进行司法鉴定所必需的仪器和设备、有在业务范围内进行司法鉴定所需的依法通过计量认证或者实验室认可的检测实验室等。特别提醒,即便是在法院登记入册的鉴定机构也不是当然就具备鉴定资格,还是应当具体审查是否具备相应的鉴定能力和条件。

(二) 审查鉴定范围

主要是审查鉴定机构确定的鉴定事项是否和法院要求的鉴定事项相一致,确实是否有遗漏、超范围或者变更鉴定事项等情形。

(三) 审查鉴定材料

不仅最终的鉴定意见属于证据材料需要质证,作出鉴定意见的鉴定材料也应当接受质证,没有经过质证的鉴定材料依法不应作为鉴定依据。

（四）审查鉴定方法

关于鉴定方法，通常要看涉案合同是否约定，是否存在相关规定。

以工程造价鉴定为例，如果涉案合同约定了工程造价的取费标准，那么鉴定机构就应该适用该标准。

如果合同没有约定鉴定方法，实践中鉴定机构通常采用定额价。但是不得不说，建设工程的定额标准本身是各地建设主管部门根据当地建筑市场建筑成本的平均值确定的额度，具有一定参考效力，而不是强制性适用的，而且相比于市场价明显具有一定的滞后性。另外，根据《合同法》相关规定，如果当事人就合同价款或报酬约定不明又不能协商一致时，可以按照订立合同时履行地的市场价格履行，因此我们认为采用市场价更加公平合理。所以建议涉案当事人优先选择采用市场价，且对于擅自以定额标准作出的鉴定意见不予认定，以维护自身合法权益。

实践中还有一种情形比较普遍，即固定总价合同解除后，已完成工程量怎么确定造价。司法实践中，各地做法不一，我们认为可以在同一取费标准下首先计算出已完工程部分的价款和整个工程的总价款，以此为基础计算出相应系数，再用合同约定的固定总价乘以该系数确定发包人应付的工程款。

（五）审查鉴定程序

由于程序违法也是可以申请重新鉴定的情形之一，建议大家关注鉴定程序是否存在问题。实践中会被认定为鉴定程序违法的主要涉及以下几种情形：比如鉴定人员没有经过所在的鉴定机构统一接受委托，而是私自接受鉴定委托的。又比如鉴定人应当回避没有回避的。在诉讼程序中，其实不仅是审判人员适用回避制度，鉴定人同样适用。另外因为鉴定人应由当事人协商确定，协商不成时由法院指定，所以鉴定人的选定主体有一定要求，因此鉴定人没有经过当事人或法院同意不得将全部或部分鉴定事项转委托，否则程序违法。还有一种比较常见的程序违法的情形就是鉴定人没有严格遵守鉴定的技术规范，当事人可以申请重新鉴定。

（六）审查鉴定依据与鉴定结论

关于鉴定依据主要关注，依据是否真实存在，是否已被废止，是否与鉴定的涉案工程相匹配等等。

关于鉴定结论，首先审查是否存在超出委托鉴定的范围，是否明确、具体，更重要的是审查鉴定意见分析说明内容是否存在擅自对涉案协议进行效力确认或者对当事人认定责任承担等情形，如果存在且与法院认定的内容不一致，应该要求鉴定人补充鉴定或重新鉴定，还要审查鉴定书中的分析是否足以得出唯一的结论，如果分析意见与结论不是在逻辑上唯一对应的，那说明鉴定意见有问题，不应该采信。

从公司章程角度分析如何保护小股东权益

小股东，是指出资额占有限责任公司资本总额较小或其持有的股份占股份有限公司股本总额较小的股东。一般情形下，公司决策基本遵循大股东的意见，小股东的权益保护成为突出问题。在公司章程制定过程中，小股东应善用法律约定，利用公司章程维护自己的合法权益，并争取最大化投资利益。今天，笔者试图通过对公司章程的设计分析，讨论如何制衡大股东滥权以保护小股东权益的相关建议。

一、股东表决权

1、 重大事项表决权的设计。公司法规定，公司合并、分立、增减资、解散、清算等重大事项需经代表公司三分之二以上表决权的股东表决决定。如果小股东的股权比例仅为 30%，则小股东在该种情形下几乎没有话语权。为此，公司章程中可以争取超级多数条款，如此类重大事项须经公司五分之四（甚至全部）表决权股东表决通过方可实施，以赋予小股东在此类重大事项上的关键决策权。大股东可能不会接受在所有重大事项决策都采用此类超级多数条款，但可以将小股东最为关心的或认为作为重要的写入章程，并按照此原则进行公司决策。

2、对控股股东表决限制的设计。公司法规定在向其他企业投资和为他人提

供担保事项上股东表决权将受限制，但是对于其他情况下的利害关系股东表决权并没有限制，这对小股东来说非常危险。比如，在除担保外的其他关联交易中，对于关联方的表决权不加以限制，就会损害非关联方的权益，而往往作出决定的都是控股股东。有必要在章程中明确约定，所有的关联交易中的关联股东没有表决权。在决定有关董事、监事报酬事项的时候，关联股东如果是董事和监事，表决权也应受限制。

3、 表决程序的设计。《公司法》第四十三条规定：“股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”第四十八条规定：“董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”从上述两条规定可得，公司章程可以规定法律未规定和细化法律规定的事项，在议事方式和表决程序上均可进行合法约定。比如，可以约定股东会、董事会参会人员中小股东到会人数和比例，低于规定人数和比例的，不得召开会议，以此促进表决结果更有利于保护小股东的正当利益。在股份有限公司章程中，还可约定实行委托书征集制度，完善小股东的委托投票权。借助于委托书征集制度，分散的股东可以统一行使其表决权，有利于保护小股东利益，防止大股东专断和滥用权利。

二、股东知情权

1、 允许查阅公司会计报告及账簿。按照《公司法》第三十三条规定：“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。”

据此，小股东可以向公司提出书面请求。说明目的是查阅公司会计账簿法定的前置程序，因此，股东应保留书面请求查阅会计账簿的证据，公司十五日内不予答复的即可启动诉讼程序。“查阅会计帐簿”是否包括查阅会计凭证存在歧义理解，而查阅会计凭证是股东知悉公司情况的最重要手段。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第八条规定，有限责任公司有证据证明股东存在下列情形之一的，人民法院应当认定股东有公司法第三十三条第二款规定的“不正当目的”：

(一)股东自营或者为他人经营与公司主营业务有实质性竞争关系业务的,但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外;

(二)股东为了向他人通报有关信息查阅公司会计账簿,可能损害公司合法利益的;

(三)股东在向公司提出查阅请求之日前的三年内,曾通过查阅公司会计账簿,向他人通报有关信息损害公司合法利益的;

(四)股东有不正当目的其他情形。

为防止大股东以所谓“不正当目的”拒绝,小股东可争取在章程中规定,股东有权直接查阅公司的会计凭证,同时明确规定,非为直接侵害公司利益的原因而要求查阅公司帐簿,都应视为具有正当目的。

2、 聘请外部审计。现实中,公司大股东利用自身优势控制财务部门,小股东知情权往往难以保障。小股东可以在章程中加入外部审计机制,规定在股东对公司财务状况存在疑问或其他认为应予澄清的问题时,可以启动外部审计机制聘请外部审计机构,对公司进行财务审计,以利于监督公司运行,牵制大股东不敢任意损害小股东权益。

三、股东退出权

扩大异议股东股份收买请求权的适用条件。《公司法》第七十四条规定:“有下列情形之一的,对股东会该决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权:(一)公司连续五年不向股东分配利润,而公司该五年连续盈利,并且符合本法规定的分配利润条件的;(二)公司合并、分立、转让主要财产的;(三)公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现,股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。”据此,以上情形出现后,只要退股股东有证据证实自己对决议投反对票,即可自股东会决议通过之日九十日内向法院提起合理价格的退股诉讼。

但是,在公司发生僵局、大股东攫取和滥用公司资产和剥夺股东参与公司事务的经营管理权以及股东个人原因难以继续合作的情况出现时,处于困境的小股东仍无法退出公司。因此,在章程中,小股东应考虑争取对退股的条件进一步放开,对异议股东行使股份收买请求权的条件进一步明确。比如,可以在章程中规定,出现大股东擅自决策造成公司财产、信誉受到一定损失,或者大股东严重侵犯小股东利益,或者侵占公司财产等情况时,小股东有权退出公司。在协商不成

时可以约定向法院起诉。股东的退股价格由退股股东和股权受让人协商确定，协商不成时，委托相关机构评估，或向人民法院起诉。通过以上约定，使小股东退股易于操作。

四、股东用人权

1、在董事、监事提名、选举方法和对不称职董事、监事的更换中争取设置对小股东有利的制度。公司章程中明确公司治理结构及公司管理架构组成，小股东在合理范围内，应力争派员进入公司董事会、监事会或高管层，通过委派人员介入公司核心管理机构，行使股东权利，维护自身合法权益。如在章程中明确小股东提名的董事、监事候选人在提交股东大会表决名单中的比例。可以在章程中争取规定，对董事、监事不适任的，股东都有权提出解除建议，而董事、监事应当有明确的职责。不能履行职责的，应当在章程中确定辞任的条件和程序。

2、争取董事长和经理分设，并根据公司实际情况明确规定经理职权。在目前绝大部分有限责任公司存在控股股东的情况下，大股东和控股股东往往在公司董事会中占大多数，董事长常常是大股东或控股股东担任。如果董事长和经理由一人担任，将造成决策程序和执行程序中小股东均失去说话的权利。小股东可以争取经理职位，也可以建议经理外聘，尽量杜绝目前许多公司两职位由一人担任的情况。《公司法》第四十九条规定了经理的职权，但同时规定，公司章程对经理职权另有规定的，从其规定。根据该条规定，应当根据公司的实际情况争取在章程中明确经理的具体职权。经理职权的法定化意味着经理拥有了对抗董事会或董事长的职权，从避免公司内部权力结构失衡的角度，最主要的是从有利于小股东对经理的监督角度看，对经理的职权应当在章程中进行明确。

3、在董事会和监事会选举中争取职工代表的比例。公司法规定，有限责任公司和股份有限公司董事会成员中可以有公司职工代表。监事会组成中，应当包括股东代表和适当比例的职工代表。可以在章程中明确规定职工代表担任公司董事和监事的人数和条件。职工代表作为董事和监事，看起来与小股东没有关系，但是职工代表的增加可以削弱和限制控股股东的独断专行。

五、股东索赔权

约定董事、监事、高级管理人员对公司应当承担的赔偿责任的具体条件和计算方法。《公司法》第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承

承担赔偿责任。”该条法律规定中，第一次把违反公司章程的行为作为董事、监事、高级管理人员承担责任的条件之一。同时，《公司法》第二十一条规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”。

如何赔偿，需要有具体的损失计算方法。因此，小股东可以在章程中争取明确约定董事、监事、高级管理人员对公司、第三人应当承担责任的具体条件和损失的计算方法，以使上述法律规定具有可操作性。

◆ **实战案例研习** 本栏目将分享亲自实操的典型案列，运用清晰的逻辑思维能力进行案例的研究学习、答疑解惑，为您规避风险，成竹在胸。

首封法院与优先债权执行法院执行竞合实务解析

一、案情简介

海南高院在执行过程中，轮侯查封了被执行人 A 公司所有且位于海南省的土地使用权及地上、地下建筑物（以下简称“案涉财产”）。根据海南高院做出的民事判决书，B 银行对查封财产享有抵押权，并对抵押财产拍卖、变卖所得价款在 18,100 万元范围内优先受偿。

案涉财产首封法院系青岛中院。青岛中院根据 C 公司的申请，对上述案涉财产采取诉讼保全措施。2014 年，青岛中院就相关案件作出裁判，但 C 公司始终没有申请青岛中院强制执行。海南高院在 B 银行的强制执行申请后，与山东高院、青岛中院商请移送查封财产。但是，两地法院未就移送和处分案涉查封财产达成一致意见。

二、重点问题研习

本案的争议焦点：首封法院是否应将涉案财产移送优先债权执行法院执行。

青岛中院以诉讼保全裁定为依据，系案涉财产的首封法院，但因当事人没有

申请强制执行，导致查封财产长期不能变价处分。海南高院执行案件的债权人 B 银行对案涉财产享有优先受偿权，青岛中院应将首查封财产移交该院处分，及时保护抵押权人合法权益。

最高人民法院于 2016 年颁布的《关于首封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》（以下简称《批复》）第一条规定，“已进入其他法院执行程序的债权对查封财产有顺位在先的担保物权、优先权（该债权以下简称“优先债权”），自首先查封之日起已超过 60 日，且首封法院就该查封财产尚未发布拍卖公告或者进入变卖程序的，优先债权执行法院可以要求将该查封财产移送执行”。故根据该规定，若同时满足一定的移送条件，则优先债权执行法院可以要求首封法院将该查封财产移送执行。其中，首先查封包括了诉讼保全过程中的查封。

本案中，根据执行法院查明的事实和《批复》的规定，B 银行对涉案财产的优先债权为生效法律文书所确认且已进入执行程序。首封法院办理案件的债权人 C 公司，在生效法律文书作出后，始终未申请强制执行，已经超过一年时间。海南高院办理案件已经进入执行程序，申请执行人 B 银行系争议不动产的抵押权人，对涉案财产的变价款享有优先受偿的权利，且查封财产位于海南省内。因此，由海南高院即优先债权执行法院负责对两地法院争议不动产的执行，更为妥当。

三、不同立场下执行策略的考量与制定

关于首封法院与优先债权执行法院执行竞合问题，不论是首封债权人还是优先债权人，均需要结合案件的具体情况，综合考虑案件诉讼阶段、诉讼周期、债权人数、债务人偿债能力、债务人送达、查封财产上存在的权利冲突、异地执行、各环节的沟通成本等，最终选择由首封法院还是优先债权执行法院进行查封财产执行。但由于两者的立场不同，在实操层面的侧重点和需要关注的问题也有所不同，故笔者在下文中将从首封债权人和优先债权人两个角度对这一问题分别进行探讨：

（一）首封债权人的执行策略

对于首封债权人而言，如其决定由首封法院进行查封财产处置的，则其针对优先债权执行法院提出的移送执行商请，应向首封法院申请慎重核查移送执行的相关条件，争取拒绝移送，以保障其在资产处置方面掌握主动权。如果查封财

产已移交优先债权执行法院处置，则应密切关注财产变价进展状况，尤其在优先债权获得清偿后财产变价仍有余额的，应充分利用《批复》为“首封债权”预留相应份额的规定，争取就该余额实现债权清偿。

（二）优先债权人的执行策略

1、优先债权人确定由首封法院执行财产的执行策略

如果优先债权人确定由首封法院执行财产的，则其应及时了解首封法院的案件标的数额以及案件进程，可以选择的路径包括：以优先债权人的名义向首封法院去函，同意由首封法院处置抵押财产。该方案的优点是：无需另行启动诉讼程序，可节省人力、物力和财力；缺点是优先权人对抵押财产的处置无主导权，处于被动地位，对于处置进度、受偿时间、金额等均无法确定。

如由首封法院进行处置的，优先债权人应保持与首封债权人全面深入地沟通，化博弈为合作，共同推进案件的执行进程，一旦首封法院进入执行程序，尽早提交优先受偿申请材料。

2、优先债权人确定由优先债权执行法院执行的策略

（1）应确立“因案制宜，以快制胜”的工作思路

如果优先债权人自行依法追索而非参与首封法院的分配，则其需在执行程序中另行协调首封法院执行，该方案的优缺点正好与前一种方案相反。对于优先债权人而言，如果其确定选择由优先债权法院执行的，应考虑协调成本、执行周期、协调结果是否能预知以及法院执行案件是否高效快捷等因素，坚持以快制胜的工作理念，并因案制宜，灵活运用不同的法律程序的优势，通过优化组合实现法律效力最大化。

（2）普通程序与特别程序的适当选择

优先权人在选择依法追索的方式上，面临包括对债务人、保证人、抵押人等一并提起诉讼的普通程序和只针对抵押人申请实现担保物权的特别程序两种选择。通常而言，在涉及到首封法院与优先债权人的案件中，首封法院具有率先启动法律程序的优势，诉讼进程通常快于优先债权人所在案件的进程。为在处置抵押财产中赢得主动权，就需要优先债权人从诉讼方案的选择到立案、审理、送达、申请执行等各个环节做到统筹兼顾，环环相扣，抢在首封法院之前进入执行程序。

实践中，普通程序因为送达、开庭、一审、二审和再审等环节，耗时较长，

导致其进入执行程序的时间将远远晚于首封法院进入执行程序的时间，则无法满足《批复》规定的时间要求，只能协调首封法院进行财产分配。如果查封财产系优先债权人掌握的主要财产，且变现后能覆盖债权的，优先债权人可以考虑根据《民事诉讼法》关于实现担保物权的规定，向法院提交实现担保物权的申请，实现“快立、快审”。

（3）进入执行程序后，优先债权人申请法院移送的大致流程

一旦优先债权人的优先债权经生效法律文书确认且进入执行程序，而首封法院的案件也已进入执行程序，有效协调各家法院就成为移送成功与否的关键。一般而言，优先债权人应首先协调优先权执行法院，就财产移送执行征得其同意，然后协调高级法院，最后做首封法院的移送工作。

（4）优先债权人协调法院进行移送的要点提示

优先债权人向优先债权执行法院及其上级法院进行协调时，除上文所列条件外，还可从以下角度向法院提出移送建议，即：被执行人及抵押财产是否在优先债权执行法院所在地，由其处置更为便利；优先债权金额是否大幅超过首封债权金额；首封法院案件处于超饱和状态；异地执行进展缓慢等。

四、实务建议

综上，由于执行财产仍以首封法院处置为原则，优先债权执行法院处置为例外，在被执行人财产不足以全部清偿且债权人享有法定优先债权的情形，对于执行法院的选择与确定直接关乎获得清偿的结果以及执行效率及成本。笔者结合前述相关法律法规、司法判例及案件代理经验，总结出如下几点建议，以供参考：

第一，无论是一般债权人还是优先债权人，均应以确保受偿权和处置权双优先为目标，及时申请对债务人财产进行保全，力争成为首封法院申请人。

具体而言，如果当事人的保全属于首封，则自然对被执行财产享有第一顺位的控制及处置权；如果当事人的保全不属于首封，但当事人对首封财产享有优先债权，则需要结合本文的分析，可从自身债权有利受偿角度，提前预判，合理选择适合的法院申请执行。

第二，除关注移送的程序要件外，还应当注意优先债权本身是否满足法律规定。如果当事人对执行财产的优先债权存在瑕疵，则无法适用《批复》的规定。

第三，注意正确选择移送执行时间。按照《批复》规定，提出移送的时间应

在法院发布拍卖公告或者进入变卖程序前提出。实务中，对于首封法院仅选择鉴定机构但未发布拍卖公告的，优先债权执行法院仍可要求将该查封财产移送执行。

登记抵押权人与债权人不一致时抵押权是否有效？

一、案情简介

2013年1月20日，王某（出借人）与甲公司（借款人）签订《借款合同》，约定：借款金额为16950万元，借款期限为7个月。由借款人提供其名下不低于500亩土地使用权作为还款的担保并进行抵押登记，另行签订《土地抵押合同》。另由借款人股东提供股权质押和无限连带责任保证。

后甲公司（抵押人）与乙公司（抵押权人）陆续签订2份《土地抵押合同》，甲公司以其名下国有土地使用权，为王某在《借款合同》项下的债权提供抵押担保。合同签订后，国土资源局根据双方申请颁发了他项权证，载明的土地他项权利人为乙公司；义务人为甲公司；登记范围为上述国有土地使用证登记范围。

因借款人甲公司未能按照《借款合同》约定按时、足额偿还借款本息，王某、乙公司向省高级人民法院提起诉讼，要求甲公司偿还借款本息并就上述抵押土地拍卖、变卖所得价款优先受偿等。

二、重点问题研习

本案的争议焦点：1、主债权与抵押权能否发生分离；2、出借人对案涉土地使用权是否享有优先受偿权。

（一）主债权与抵押权可以发生分离

甲公司与王某安排乙公司签订《土地抵押合同》，并以乙公司名义办理抵押登记，符合《物权法》第187条关于办理抵押登记的规定。案涉土地使用权经抵押登记，表明在案涉土地使用权上存在担保物权的权利负担，对外具有公示公信作用。而甲公司与乙公司之间《土地抵押合同》关于案涉土地使用权为王某债权提供抵押担保的约定，对于甲公司、乙公司和王某内部之间具有约束力。在没有信赖登记的善意第三人主张权利的情形下，应依据当事人约定来确定权利归属。根据《土地抵押合同》约定，王某对案涉土地使用权享有实际抵押权，为案涉土地使用权的实际抵押权人；乙公司只是《土地抵押合同》约定的名义上抵押权人，

对案涉土地使用权不享有抵押权，且乙公司在诉讼中也未主张任何权利。

因登记制度不健全导致本案债权人与登记上的抵押权人不一致，只是债权人和抵押权人形式上不一致，实质上债权人和抵押权人仍为同一，并不产生抵押权与债权实质上的分离。

（二）本案中出借人享有优先受偿权

在抵押登记制度不健全，抵押登记部门不准予将土地使用权抵押登记在自然人名下的情形下，甲公司和王某同意由乙公司与甲公司签订《土地抵押合同》，以乙公司名义办理抵押登记，为甲公司与王某之间的《借款合同》提供抵押担保，实质是甲公司与王某为了履行双方之间的《借款合同》而作的一种交易安排。这样的交易安排体现了甲公司与王某以案涉土地使用权为双方之间的借款提供抵押担保的真实意思表示。

甲公司与乙公司签订《土地抵押合同》的目的，并非将案涉土地使用权抵押给乙公司，而是以案涉土地使用权为甲公司向王某的借款提供抵押担保。由此可见，甲公司与乙公司之间的《土地抵押合同》并非独立存在的合同，而是附属于甲公司与王某之间《借款合同》存在的从合同。故本案抵押权设立没有突破抵押权的从属性，也不存在脱离债权的独立抵押，符合《物权法》第 172 条关于担保物权从属性的规定。

王某既是《借款合同》的债权人，也是《土地抵押合同》约定的案涉土地使用权的实际抵押权人，王某对甲公司享有的债权实质上就是抵押担保的主债权。王某作为本案债权人享有案涉土地使用权的抵押权，符合《物权法》第 179 条关于抵押权的一般规定。

本案主审法院对《物权法》第 179 条作出了更为灵活的理解和适用，将《借款合同》和《土地抵押合同》以及背后的交易活动有机联系起来，认定“王某既是《借款合同》的债权人，也是《土地抵押合同》约定的案涉土地使用权的实际抵押权人，王某对甲公司享有的债权实质上就是抵押担保的主债权。”

同时，法院基于实质重于形式原则的考量，并充分考虑了当事人设立抵押权的目的和抵押登记制度不健全的现实情况，认为“本案债权人与登记上的抵押权人不一致，只是债权人和抵押权人形式上不一致，实质上债权人和抵押权人仍为同一，并不产生抵押权与债权实质上分离”，从而确定了对《借款合同》与《土

地抵押合同》、主债权与抵押权不能进行割裂式认定的立场，认定王某作为本案债权人享有案涉土地使用权的抵押权以及优先受偿权，这也符合《物权法》第179条关于抵押权的一般规定。

三、律师提示

实务中，由于登记制度不健全等原因导致实际债权人不能作为抵押权人办理抵押登记的，由适格的第三方主体作为名义抵押权人办理登记的操作模式有一定的可行性。但债务人或者债务人的其他债权人，往往就此提出抗辩，以债权人非登记的抵押权人而阻挠抵押权的实现。如果各类民事主体采取这种抵押权“代持”方式，应当事先由出借人、借款人和名义抵押权人签订书面协议，明确抵押权“代持”事项和实际抵押权人，必要时通过抵押权确认之诉确认真正的抵押权人。

◆ **经典经济读物鉴赏** 业精于勤，荒于嬉。行成于思，毁于随。知之者不如好之者，好之者不如乐之者。读书足以怡情，读书足以养性。经典读物鉴赏带您一同领略四季的变换，体会知识的奥妙。

《资本主义与自由》

——米尔顿·弗里德曼

在1956年6月，我在约翰·范·西克尔和本杰明·罗格主持并由沃尔格基金会发起的在瓦巴西学院的一次会议上作了一系列演讲。本书就是这些讲稿经过长期拖延后的产物。在其后的各年里，我在不同的沃尔格会议上作了同样的演讲，包括阿瑟·肯普在克拉蒙特学院、克拉伦斯·菲尔布鲁克在北卡罗来纳大学和理查德·莱夫特威奇在俄克拉荷马州立大学主持的会议。每次演讲的内容包括本书阐述原理的第一和第二两章，然后把原理应用到不同类型的特殊问题上去。

第一章 经济自由和政治自由之间的关系

人们普遍相信政治和经济是可以分开的，并且基本上是互不相关的；相信个人自由是一个政治问题而物质福利是一个经济问题，并且相信任何政治安排可以和任何经济安排结合在一起。当前这种思想的主要表现是很多人主张的“民主社会主义”。这些人强烈谴责苏联“集权社会主义”强加于个人自由的种种限制的严重程度，并认为一个国家有可能采用苏联经济安排的主要特征，然而又能够通过政治安排来保证个人自由。这一章的论点是：这种观点是一种错觉；在政治和经济之间有着密切的联系；政治和经济的安排只可能有某些有限的配合方式；特别是一个社会主义的社会，在保证个人自由的意义上不可能是民主的。

经济安排在促进自由社会方面起着双重作用。一方面，经济安排中的自由本身在广泛的意义上可以被理解是自由的一个组成部分，所以经济自由本身是一个目的。其次，经济自由也是达到政治自由的一个不可缺少的手段。

在经济自由的上述两种作用中，需要特别强调第一种作用，因为特别是知识分子对于把这方面的自由放在重要地位具有一种强烈的偏见。他们倾向于蔑视那些被他们看作为生活的物质方面的东西，并且倾向于把他们自己追求的被认为具有较高价值的东西看得不可比拟的重要，从而值得特别加以重视。然而对我们国家的极大多数公民来说，如果不是对知识分子来说的话，作为政治自由的一个手段，经济自由的直接重要性的意义至少可以和经济自由的间接重要性相提并论。

第二次世界大战以后，由于外汇控制，英国公民不准去美国度假；在这件事情中，英国公民所被剥夺掉的基本自由正义和美国公民由于政治观点而不准去苏联度假一样。在外表上，一个是对自由的经济限制，而另一个是对自由的政治限制；然而两者之间没有实质性的区别。

法律迫使美国公民使用大约其收入的 10% 来购买政府经营的某种特殊退休合同，在其中，美国公民被剥夺掉其个人自由的相应部分。这种剥夺的被感觉到的程度究竟有多大以及它和被大家认为是“个人的”或“政治的”而不是“经济的”宗教自由有多么密切的相似之处可以在有关亚米西教派的一群农民的一个事件里找到戏剧性的表现。根据信仰的原则，这群人认为强制性的联邦的老年退休方案侵犯了他们的个人自由，从而拒绝付税或享受其利益，结果，为了满足社会保险的要求，他们的一些牲畜被拍卖掉。确实，把强制性的老年的退休保险看作为剥夺自由的公民们可能不多，但对信仰自由的人是从来不算人数多寡的。

在不同州的法律规定下，一个美国公民没有自由来选择自己的职业，除非他获得从事该职业的执照。这样的一个公民同样地是在被剥夺其个人自由的实质的一部分。同样情况也存在于那些愿意用自己的一些货物向瑞士人，譬如说，去换取一只表但却由于外贸限额而不能这样做的人。同样情况也适用于那些为了以低于制造商所订立的价格来出售阿尔加矿泉水，并且按照所谓“公平交易”法而被投入监狱的加利福尼亚州的人。同样情况也适用于那些不能生产他自己所愿意生产的数量的小麦的农民，如此等等。显然，经济自由本身以及它所牵涉到的事物构成整个自由的一个极端重要的部分。

由于经济安排对权力的集中和分散权力所具有的影响，作为获得政治自由的一个手段，经济安排是很重要的。直接提供经济自由的那种经济组织，即竞争性资本主义，也促进了政治自由，因为它能把经济权力和政治权力分开，因之而使一种权力抵消掉另一种。

关于政治自由和自由市场之间的关系，历史的例证是和上述一致的。我找不到任何例证来表明：人类社会中曾经存在着大量政治自由而又没有使用类似自由市场的东西来组织它的大部分的经济活动。

因为我们生活于一个基本上是自由的社会里，我们倾向于忘掉象政治自由这样的东西在世界上的存在，从时间和地区来看都是很有限的。人类典型的情况是：专制、奴役和痛苦。十九世纪和二十世纪早期的西方世界是历史发展总趋势的突出的例外。以这个事例而论，政治自由显然是随着自由市场和资本主义制度的发展而到来的。希腊的黄金时代和罗马时代的早期政治自由也是如此。

历史仅仅表明：资本主义是政治自由的必要条件。显然这不是一个充分的条件。法西斯的意大利，法西斯的西班牙，过去七十年间不同时期的德国，第一次和第二次世界大战以前的日本，第一次世界大战前几十年中的沙皇俄国——这些都不可能被称为是政治上自由的社会。然而，在以上各个社会中，私有企业是经济结构的主要形式。因此，明显地存在着基本上是资本主义的经济安排而同时又没有自由的政治安排的可能性。

甚至在那些社会中，一般公民要比现代极权主义国家，如经济极权和政治极权结合在一起的苏联或纳粹德国的公民具有大量更多的自由。甚至于在沙皇时代的俄国，某些公民在某种情况下可以不经政治领导局的批准来调换工作，因为

资本主义和私有财产的存在给国家的集中权力提供了某些限制。

政治自由和经济自由之间的关系是复杂的，但决不是一个方面导致另一方面。十九世纪初期，边沁和哲学的激进主义者倾向于把政治自由看作为经济自由的一种手段。他们相信：群众受到强加于他们身上的种种限制的束缚，并且相信：假使政治改革给与大部分人民以选举权，他们会做对他们有益的事，即选择自由放任。回想起来，我们不能说他们是错误的。很大程度的政治改良和趋向大量的自由放任的经济改革伴随在一起。随着这种经济安排的变化，群众的福利大幅度增加。

在边沁自由放任主义于十九世纪的英国取得胜利以后，接着到来的反作用即是对经济事务日益增长地进行干预。到了两次世界大战的时候，在英国和其他各地大大加速了这个集体主义的倾向。福利而不是自由成了民主国家的决定性的主张。由于认识到对个人主义的内在的威胁，哲学的激进主义者的思想上的继承人——这里随意提到几个，如迪赛、米塞斯、哈耶克和西蒙斯——他们担心：继续集中控制经济活动会造成《通向奴役的道路》，正如哈耶克对这个过程所作的透彻分析的名称所示，他们所强调的是把经济自由作为政治自由的手段。

第二次世界大战结束以来的事实显示了经济自由和政治自由之间另一种不同的关系。集体经济计划确实干扰了个人自由。然而，至少在某些国家中，结果并不是压制了自由，而是把经济政策倒转了过来。英国再一次提供了最显著的例子。或许转折点是“协议控制”法令。尽管存在着疑虑，工党认为：该法是为了执行它的经济政策所必要的。如果彻底地强制执行，这个法令肯定会引起对个人职业的集中安排。这和个人自由相冲突到如此的程度，以致于只能在很少量的事例中加以实施，随后在很短时期中将该法撤消。该法规的撤消促使了经济政策决定性的改变，其特点为：对集中“计划”和“方案”依靠的减少，对种种控制的取消，和对私营市场的日益重视。在大多数其他民主国家中也发生了类似的政策的变化。

这些政策变更的大致原因是中央计划的成就不大，或完全没有达到既定的目标。然而，至少在某种程度上，这次失败本身应归因于中央计划牵涉到的政治问题，和归因于不愿意把政策执行到应有的程度。因为，这样做需要残暴地践踏宝贵的个人权利。这种改变很可能仅仅代表对这个世纪集体主义倾向的一个暂时的

间歇。即使如此，它说明了政治自由和经济安排之间的密切关系。

仅凭历史的例证本身从来是没有说服力的。或许自由的扩大和资本主义制度以及市场机制发展同时发生仅仅是一种巧合。为什么它们之间会有联系呢？经济自由和政治自由之间的逻辑上的联系是什么呢？在讨论这些问题时，我们将首先把市场看作为自由的直接的组成部分，然后考察市场安排和政治自由之间的间接联系。这个讨论的副产品将是为自由社会的理想的经济安排提供一个轮廓。

作为自由主义者，我们把个人自由，也许或者是家庭自由作为我们鉴定社会安排的最终目标。在这个意义上，作为一种生活目标的自由牵涉到和人们之间的相互关系。它对住在荒岛上的鲁滨逊（不算进他的仆人礼拜五）根本不存在任何意义。住在荒岛上的鲁滨逊是受到“约束”的。他具有有限的“权力”，他只有少量的选择的余地。但是，在与我们的论述有关的意义上，不存在自由的问题。同样，在一个社会中自由是与个人如何使用他们的自由是无关的。它不是一个包括一切的伦理问题。确实，自由主义者的主要目的是把伦理问题让每个人自己来加以处理。“真正”重要的问题是在一个自由社会中的个人所面临的那些问题——即他应该如何使用他的自由。因此，自由主义者将强调两种意义的自由——一种是和人们之间关系有关的意义的自由，它是自由主义者把自由当作为第一个考虑因素的出发点；另一种意义的自由关系到个人如何使用他的自由，它属于个人伦理和哲学的范畴。

名家语录

弗兰西斯·培根：《培根论说文集》

1、真正的敏捷是一件很有价值的事。因为时间是衡量事业的标准，一如金钱是衡量货物的标准。

2、即令有人纯粹因为生性本恶而作了恶，那又怎么样？也不过像荆棘一样；荆棘刺人抓人因为它们不会做别的事啊。

3、人民饿肚子的苦难才是最为根本的动荡和叛乱因素。

4、美犹如夏天的水果，很容易腐烂，不能久存。美往往使人年轻时放荡不羁，到了老年就有点难堪。

5、民主是天才的好保姆；卓越的文才只能和它同盛衰的；自由，据说，能培养才士的大志，能引起希望，能保持竞争的火焰和争取高位的雄心。

马尔克斯：《百年孤独》

6、无论走到哪里，都应该记住，过去都是假的，回忆是一条没有尽头的路，一切以往的春天都不复存在，就连那最坚韧而又狂乱的爱情归根结底也不过是一种转瞬即逝的现实。

7、生命中真正重要的不是你遭遇了什么，而是你记住了哪些事，又是如何铭记的。

8、过去都是假的，回忆是一条没有归途的路，以往的一切春天都无法复原，即使最狂热最坚贞的爱情，归根结底也不过是一种瞬息即逝的现实，唯有孤独永恒。

9、我们趋行在人生这个亘古的旅途，在坎坷中奔跑，在挫折里涅槃，忧愁缠满全身，痛苦飘洒一地。我们累，却无从止歇；我们苦，却无法回避。

10、买下一张永久车票,登上一列永无终点的火车。

艾捷尔·丽莲·伏尼契：《牛虻》

11、如果我必须去死，我会把黑暗当作新娘。

12、誓言有什么用？誓言约束不了人。如果你对一件事情有了某种体会，那就会约束你。 如果你没有某种体会，什么也不会约束你。

13、如果一个人必须承担一件事情，他就必须尽量承担。如果他被压垮了下去——哼，那他就活该。

14、不管我活着，还是我死去，我都是一只牛虻，快乐地飞来飞去。

15、当我们中间一个人死了，另一个人将会记得这一切。我们将会忘记这个喧闹而又永恒的世界，我们将会一起离开这个世界，手拉着手。我们 将会走进死亡的秘密殿堂，躺在那些罂粟花的中间。嘘！我们将会十分安静。



河北宏策律师事务所

Hebei Hongce Law Firm

宏 策 与 您 同 行

编委会：田春燕 齐凯欣 刘思 郭孟 张凤霞

执行主编：田春燕

装帧设计：宏策设计部

联系电话：0311-67795630 15833951118

邮箱：hongcelawyer@163.com

网址：www.hongcelawyer.com

邮编：050011

地址：河北省石家庄市裕华区槐安东路105号怀特商业广场写字楼C座19层

©本册所有修改权，更新权及最终解释权均属于河北宏策律师事务所所有。