



建纬大湾区法律服务平台

CITY DEVELOPMENT GREAT BAY AREA REGIONAL LEGAL SERVICE PLATFORM

2023/04 第三期

地产与工程 争议解决观察

Real Estate And Construction
Dispute Resolution Observation

贺倩明 主 编



主 编：贺倩明

副 主 编：彭丹、廖创造

编 委 会：谢雯、张莹雪、黎智勇、刘茜婷、陆樱元

撰 稿：廖创造、谢雯、张莹雪、黎智勇、刘茜婷、陆樱元

责任编辑：张莹雪、刘茜婷

设 计：武娇

声明：

1. 本刊所载观点、数据系建纬大湾区法律服务平台原创，如需转载，请与我们联系。
2. 本刊所载观点、数据仅供参考使用，不代表任何正式法律意见。
3. 如对本刊所涉内容有任何意见或者建议，欢迎探讨交流。

建纬争议解决业务中心

建纬所是全国知名品牌律师事务所，建纬争议解决业务中心由高级合伙人贺倩明律师牵头，在地产工程争议解决领域长期砥砺、精耕细作，深谙行业规律，持续专注处理各类地产工程争议纠纷。业务中心秉承超越极致的理念，凭借对地产工程行业的深刻理解，借助标准化办案流程及技术工具，打造了众多经典案例，是值得客户信赖的地产工程争议解决专家。此外本中心具备具有深圳中院承认并注册的破产管理人资质，立足于地产与工程的丰富经验和深厚根基，秉承全方位、高效、优质的服务理念，承办多起破产重整与清算案件，全面参与破产与重组法律服务领域，助力客户进行债务重组和资产盘活。

服务优势



根植18年地产工程专业
法律服务经验



承办超过3000件地产工程
争议案件



案件类型涵盖地产工程全
链条、各环节



办案团队有资深仲裁员、调
解专家坐镇



善用大数据、可视化、模拟法庭等技术

目录

一、法律适用	3
1.《中华人民共和国立法法》第二次修正	3
2.最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》侵权责任编的解释（一）（征求意见稿）	9
3.最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）	14
4.深圳管协推出全国首个管理人公开办案制度	23
二、典型案例	30
1.【公报案例】刘美芳诉常州凯瑞化学科技有限公司等公司决议效力确认纠纷案	30
2.【公报案例】甘肃乾金达矿业开发集团有限公司与万城商务东升庙有限责任公司盈余分配纠纷案	32
3.【公报案例】陈龙与陕西博鑫体育文化传播有限公司等公司解散纠纷案	33
三、动态事件	34
1.不动产“带押过户”模式将全面推进	34
2.超 30%债权人支持 融创百亿美元债务重组落地在即	36
3.首次覆盖商业不动产，REITs 迎来春天	37
四、实务处理	39
1.履行国有土地使用权出让合同纠纷的，提起民事诉讼还是行政诉讼？	39
2.新建设工程质量检测管理办法的修订亮点与实务疑难问题	49
3.东莞市集体土地征转历史遗留问题及补正建议	54

一、法律适用

1. 《中华人民共和国立法法》第二次修正

《中华人民共和国立法法》于 2000 年 3 月 15 日经第九届全国人民代表大会第三次会议审议通过，于 2015 年 3 月 15 日根据第十二届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》第一次修正。2023 年 3 月 13 日，《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》由中华人民共和国第十四届全国人民代表大会第一次会议审议通过，《中华人民共和国立法法》进行第二次修正。

第十四届全国人民代表大会第一次会议决定对《中华人民共和国立法法》作如下修改：

一、将第三条改为两条，作为第三条、第四条，修改为：

“第三条立法应当坚持中国共产党的领导，坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、‘三个代表’重要思想、科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，推进中国特色社会主义法治体系建设，保障在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家。

“第四条立法应当坚持以经济建设为中心，坚持改革开放，贯彻新发展理念，保障以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴。”

二、将第四条改为第五条，修改为：“立法应当符合宪法的规定、原则和精神，依照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一、尊严、权威。”

三、将第五条改为第六条，增加一款，作为第一款：“立法应当坚持和发展全过程人民民主，尊重和保障人权，保障和促进社会公平正义。”

四、增加一条，作为第八条：“立法应当倡导和弘扬社会主义核心价值观，坚持依法治国和以德治国相结合，铸牢中华民族共同体意识，推动社会主义精神文明建设。”

五、增加一条，作为第九条：“立法应当适应改革需要，坚持在法治下推进改革和在改革中完善法治相统一，引导、推动、规范、保障相关改革，发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的重要作用。”

六、将第七条改为第十条，第一款修改为：“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会根据宪法规定行使国家立法权。”增加一款，作为第四款：“全国人民代表大会可以授权全国人民代表大会常务委员会制定相关法律。”

七、将第八条改为第十一条，第二项修改为：“（二）各级人民代表大会、人民政府、监察委员会、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权”。第十项修改为：“（十）诉讼制度和仲裁基本制度”。

八、将第十三条改为第十六条，修改为：“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要，决定就特定事项授权在规定期限和范围内暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。“暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定的事项，实践证明可行的，由全国人民代表大会及其常务委员会及时修改有关法律；修改法律的条件尚不成熟的，可以延长授权的期限，或者恢复施行有关法律规定。”

九、将第十七条改为第二十条，修改为：“常务委员会决定提请全国人民代表大会会议审议的法律案，应当在会议举行的一个月前将法律草案发给代表，并可以适时组织代表研读讨论，征求代表的意见。”

十、将第二十条改为第二十三条，修改为：“列入全国人民代表大会会议议程的法律案，由宪法和法律委员会根据各代表团和有关的专门委员会的审议意见，对法律案进行统一审议，向主席团提出审议结果报告和法律草案修改稿，对涉及的合宪性问题以及重要的不同意见应当在审议结果报告中予以说明，经主席团会议审议通过后，印发会议。”

十一、将第三十条改为第三十三条，修改为：“列入常务委员会会议议程的法律案，各方面的意见比较一致的，可以经两次常务委员会会议审议后交付表决；调整事项较为单一或者部分修改的法律案，各方面的意见比较一致，或者遇有紧急情形的，也可以经一次常务委员会会议审议即交付表决。”

十二、将第三十三条改为第三十六条，修改为：“列入常务委员会会议议程的法律案，由宪法和法律委员会根据常务委员会组成人员、有关的专门委员会的审议意见和各方面提出的意见，对法律案进行统一审议，提出修改情况的汇报或者审议结果报告和法律草案修改稿，对涉及的合宪性问题以及重要的不同意见应当在修改情况的汇报或者审议结果报告中予以说明。对有关的专门委员会的审议意见没有采纳的，应当向有关的专门委员会反馈。“宪法和法律委员会审议法律案时，应当邀请有关的专门委员会的成员列席会议，发表意见。”

十三、将第四十二条改为第四十五条，修改为：“列入常务委员会会议审议的法律案，因各方面对制定该法律的必要性、可行性等重大问题存在较大意见分歧搁置审议满两年的，或者因暂不付表决经过两年没有再次列入常务委员会会议议程审议的，委员长会议可以决定终止审议，并向常务委员会报告；必要时，委员长会议也可以决定延期审议。”

十四、将第四十六条改为第四十九条，修改为：“国务院、中央军事委员会、国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会，可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求或者提出相关法律案。“省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。”

十五、增加一条，作为第五十五条：“全国人民代表大会及其常务委员会坚持科学立法、民主立法、依法立法，通过制定、修改、废止、解释法律和编纂法典等多种形式，增强立法的系统性、整体性、协同性、时效性。”

十六、将第五十二条改为第五十六条，修改为：“全国人民代表大会常务委员会通过立法规划和年度立法计划、专项立法计划等形式，加强对立法工作的统筹安排。编制立法规划和立法计划，应当认真研究代表议案和建议，广泛征集意见，科学论证评估，根据经济社会发展和民主法治建设的需要，按照加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法的要求，确定立法项目。立法规划和立法计划由委员长会议通过并向社会公布。“全国人民代表大会常务委员会工作机构负责编制立法规划、拟订立法计划，并按照全国人民代表大会常务委员会的要求，督促立法规划和立法计划的落实。”

十七、将第五十四条改为第五十八条，修改为：“提出法律案，应当同时提出法律草案文本及其说明，并提供必要的参阅资料。修改法律的，还应当提交修改前后的对照文本。法律草案的说明应当包括制定或者修改法律的必要性、可行性和主要内容，涉及合宪性问题的相关意见以及起草过程中对重大分歧意见的协调处理情况。”

十八、将第五十八条改为第六十二条，第二款修改为：“法律签署公布后，法律文本以及法律草案的说明、审议结果报告等，应当及时在全国人民代表大会常务委员会公报和中国人大网以及在全国范围内发行的报纸上刊载。”

十九、将第六十一条改为第六十五条，增加一款，作为第四款：“全国人民代表大会常务委员会工作机构编制立法技术规范。”

二十、增加一条，作为第六十八条：“全国人民代表大会及其常务委员会作出有关法律问题的决定，适用本法的有关规定。”

二十一、增加一条，作为第七十条：“全国人民代表大会常务委员会工作机构根据实际需要设立基层立法联系点，深入听取基层群众和有关方面对法律草案和立法工作的意见。”

二十二、增加一条，作为第七十一条：“全国人民代表大会常务委员会工作机构加强立法宣传工作，通过多种形式发布立法信息、介绍情况、回应关切。”

二十三、增加一条，作为第七十九条：“国务院可以根据改革发展的需要，决定就行政管理等领域的特定事项，在规定期限和范围内暂时调整或者暂时停止适用行政法规的部分规定。”

二十四、将第七十二条改为两条，第一款作为第八十条；第二款作为第八十一条第一款，修改为：“设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以对城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项制定地方性法规，法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的，从其规定。设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，认为同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准”；第三、四、五、六款分别作为第八十一条第二、三、四、五款。

二十五、增加一条，作为第八十三条：“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会根据区域协调发展的需要，可以协同制定地方性法规，在本行政区域或者有关区域内实施。

“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州可以建立区域协同立法工作机制。”

二十六、将第七十四条改为第八十四条，增加两款，作为第二款、第三款：“上海市人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会常务委员会的授权决定，制定浦东新区法规，在浦东新区实施。

“海南省人民代表大会及其常务委员会根据法律规定，制定海南自由贸易港法规，在海南自由贸易港范围内实施。”

二十七、将第七十九条改为第八十九条，第一款修改为：“地方性法规、自治条例和单行条例公布后，其文本以及草案的说明、审议结果报告等，应当及时在本级人民代表大会常务委员会公报和中国人大网、本地方人民代表大会网站以及在本行政区域范围内发行的报纸上刊载。”

二十八、增加一条，作为第九十条：“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会根据实际需要设立基层立法联系点，深入听取基层群众和有关方面对地方性法规、自治条例和单行条例草案的意见。”

二十九、将第八十条改为第九十一条，第一款修改为：“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构以及法律规定的机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。”

三十、将第八十二条改为第九十三条，第三款修改为：“设区的市、自治州的人民政府根据本条第一款、第二款制定地方政府规章，限于城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项。已经制定的地方政府规章，涉及上述事项范围以外的，继续有效。”

三十一、将第九十八条改为第一百零九条，第五项修改为：“（五）根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案；经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规报送备案时，应当说明变通的情况”。

三十二、将第九十九条第一款、第二款改为第一百一十条，修改为：“国务院、中央军事委员会、国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触，或者存在合宪性、合法性问题的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由全国人民代表大会有关的专门委员会和常务委员会工作机构进行审查、提出意见。

“前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行审查；必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”

三十三、增加一条，作为第一百一十一条，将第九十九条第三款修改后作为本条第一款：“全国人民代表大会专门委员会、常务委员会工作机构可以对报送备案的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等进行主动审查，并可以根据需要进行专项审查。”

增加一款，作为第一百一十一条第二款：“国务院备案审查工作机构可以对报送备案的地方性法规、自治条例和单行条例，部门规章和省、自治区、直辖市的人民政府制定的规章进行主动审查，并可以根据需要进行专项审查。”

三十四、将第一百条改为第一百一十二条，修改为：“全国人民代表大会专门委员会、常务委员会工作机构在审查中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触，或者存在合宪性、合法性问题的，可以向制定机关提出书面审查意见；也可以由宪法和法律委员会与有关的专门委员会、常务委员会工作机构召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改或者废止的意见，并向全国人民代表大会宪法和法律委员会、有关的专门委员会或者常务委员会工作机构反馈。

“全国人民代表大会宪法和法律委员会、有关的专门委员会、常务委员会工作机构根据前款规定，向制定机关提出审查意见，制定机关按照所提意见对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例进行修改或者废止的，审查终止。

“全国人民代表大会宪法和法律委员会、有关的专门委员会、常务委员会工作机构经审查认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触，或者存在合宪性、合法性问题需要修改或者废止，而制定机关不予修改或者废止的，应当向委员长会议提出予以撤销的议案、建议，由委员长会议决定提请常务委员会会议审议决定。”

三十五、将第一百零一条改为第一百一十三条，修改为：“全国人民代表大会有关的专门委员会、常务委员会工作机构应当按照规定要求，将审查情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民反馈，并可以向社会公开。”

三十六、增加一条，作为第一百一十五条：“备案审查机关应当建立健全备案审查衔接联动机制，对应当由其他机关处理的审查要求或者审查建议，及时移送有关机关处理。”

三十七、增加一条，作为第一百一十六条：“对法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章和其他规范性文件，制定机关根据维护法制统一的原则和改革发展的需要清理。”

三十八、将第一百零三条改为第一百一十七条，第二款修改为：“中国人民解放军各战区、军兵种和中国人民武装警察部队，可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令，在其权限范围内，制定军事规章。”

三十九、增加一条，作为第一百一十八条：“国家监察委员会根据宪法和法律、全国人民代表大会常务委员会的有关决定，制定监察法规，报全国人民代表大会常务委员会备案。”

四十、对部分条文中的有关表述作以下修改：

（一）在第十四条第二款、第二十六条第二款中的“中央军事委员会”后增加“国家监察委员会”。

（二）将第二十四条、第二十九条第三款和第四款、第三十六条第一款、第三十九条、第四十一条第一款、第四十八条中的“法律委员会”修改为“宪法和法律委员会”；将第三十八条、第四十一条第三款、第六十条第二款中的“法律委员会和”修改为“宪法和法律委员会、”。

（三）将第六十六条第一款中的“立法规划和年度立法计划”修改为“立法规划和立法计划”。海南省儋州市比照适用《中华人民共和国立法法》有关赋予设区的市地方立法权的规定。

本决定自 2023 年 3 月 15 日起施行。

《中华人民共和国立法法》根据本决定作相应修改并对条文顺序作相应调整，重新公布。

2.最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》侵权责任编的解释（一）（征求意见稿）

为正确审理侵权责任纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《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【监护权遭受侵害的财产损失和精神损害赔偿】非法使被监护人脱离监护，监护人请求赔偿其为恢复监护状态而支出的合理费用等财产损失的，人民法院应予支持。

监护人请求赔偿精神损害的，人民法院应当依照民法典第一千一百八十三条第一款、《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》第一百九十二条第一款的规定予以认定。

第二条【近亲属的奔丧费用应否支持赔偿】被侵权人死亡，其近亲属请求赔偿办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他费用的，人民法院应予支持。

第三条【能否以有无财产来认定无民事行为能力人、限制行为能力人担责与否】有财产的无民事行为能力人、限制行为能力人造成他人损害，被侵权人请求侵权行为人的监护人承担侵权责任的，人民法院应予支持。被侵权人依据民法典第一千一百八十八条第二款的规定，请求有财产的无民事行为能力人、限制行为能力人承担赔偿责任的，或者监护人抗辩主张其承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。

清偿债务时，承担赔偿责任的监护人主张先从被监护人财产中支付赔偿费用的，人民法院应予支持。

从被监护人的财产中支付赔偿费用的，应当保留被监护人正常生活和接受教育的开支。

第四条【限制民事行为能力人的非财产责任】被侵权人请求实施侵权行为的限制民事行为能力人在与其年龄、智力、精神健康状况相适应的范围内，与监护人共同承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、赔礼道歉等非财产责任的，人民法院可予支持。

第五条【行为时未成年、诉讼时成年的责任承担】行为人在侵权行为发生时不满十八周岁，被诉时已满十八周岁的，由原监护人承担侵权责任。清偿债务时，承担赔偿责任的监护人主张先从被监护人财产中支付赔偿费用的，人民法院应予支持。

前款规定情形，被侵权人仅起诉行为人的，人民法院应当向原告释明申请追加原监护人为共同被告。

注：另一种意见建议增加第三款规定，“行为人在侵权行为发生时已满十六周岁未满 18 周岁，但以自己的劳动收入为主要生活来源的，由行为人承担侵权责任。”

第六条【未成年子女侵权离异父母如何承担责任】未成年子女侵害他人权益，被侵权人请求该子女的离异父母承担连带责任的，人民法院应当依照民法典第一千一百六十八条、第一千一百八十八条的规定予以支持；未与该子女共同生活的父母一方主张不承担或者少承担侵权责任的，人民法院不予支持。

未成年子女离异父母的责任份额，可根据各自履行监护职责的情况确定。实际承担责任超过自己责任份额的父母一方，向另一方追偿的，人民法院应予支持。

第七条【诉请监护人、受托人担责如何列诉讼主体】无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害，被侵权人请求监护人承担侵权责任的，或者合并请求监护人和代为履行监护职责的受托人承担责任的，人民法院应当依照《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》第六十七条的规定，将无民事行为能力人、限制民事行为能力人列为共同被告。

第八条【监护人和代为履行监护职责的受托人的责任形态】无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害，被侵权人可以请求监护人承担侵权人的全部责任，也可以请求代为履行监护职责的受托人在其未尽到管理、教育等监护职责的过错范围内承担相应的责任。

监护人和代为履行监护职责的受托人为共同被告的，代为履行监护职责的受托人在其过错范围内与监护人共同承担责任，但被侵权人获得的赔偿不应超出损害范围；监护人主张其与有过错的代为履行监护职责的受托人承担按份责任的，人民法院不予支持。

监护人承担责任后向代为履行监护职责的受托人追偿的，人民法院应当依照民法典第九百二十九条的规定处理。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人受人教唆、帮助实施侵权行为的，依照本解释第十条的规定认定监护人的民事责任。

第九条【教唆帮助人担责不以明知为前提】教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为，教唆人、帮助人以其不知道或者不应当知道行为人为无民事行为能力人、限制民事行为能力人为由，主张不承担侵权责任或者其与行为人的监护人承担连带责任的，人民法院不予支持。

第十条【教唆人、帮助人与监护人的责任形态】教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为，被侵权人可以请求教唆人、帮助人承担侵权人的全部侵权责任，也可以请求未尽到管理、教育等监护职责的监护人在其能够防止或者制止损害的范围内承担与其过错相应的责任。

教唆人、帮助人和监护人为共同被告的，未尽到管理、教育等监护职责的监护人在其过错范围内与教唆人、帮助人共同承担责任，但被侵权人获得的赔偿不应超出损害范围；教唆人、帮助人主张其与有过错的监护人承担按份责任的，人民法院不予支持。

教唆人、帮助人或者监护人承担责任后，相互之间进行追偿的，人民法院不予支持。

第十一条【第三人侵权时教育机构补充责任顺位抗辩的程序体现、裁判主文、第三人不明时的责任承担】无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到教育机构以外的第三人人身损害，第三人和教育机构作为共同被告的，未尽到管理职责的教育机构在人民法院对第三人的财产依法强制执行后仍不能履行的部分，承担与其过错相应的补充责任。

被侵权人仅起诉教育机构的，人民法院可以向原告释明申请追加实施侵权行为的第三人为共同被告。第三人明确的，未尽到管理职责的教育机构承担与其过错相应的责任；教育机构承担责任后向已经确定的第三人追偿的，人民法院应予支持。

第十二条【用人单位责任的适用范围不限于劳动关系】与用人单位形成劳动关系的员工、执行用人单位工作任务的其他人员，因执行工作任务造成他人损害，被侵权人依照民法典第一千一百九十一条第一款规定，请求用人单位承担侵权责任的，人民法院应予支持。

个体工商户的员工因执行工作任务造成他人损害，适用民法典第一千一百九十一条第一款规定确定民事责任。

第十三条【劳务派遣单位和接受劳务派遣的用工单位的责任形态】劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害，被侵权人可以请求接受劳务派遣的用工单位承担侵权人的全部责任，也可以请求劳务派遣单位对不当选派工作人员等过错承担相应的责任。

接受劳务派遣的用工单位和劳务派遣单位为共同被告的，劳务派遣单位在其过错范围内与接受劳务派遣的用工单位共同承担责任，但被侵权人获得的赔偿不应超出损害范围；接受劳务派遣的用工单位主张其与劳务派遣单位承担按份责任的，人民法院不予支持。

接受劳务派遣的用工单位或者劳务派遣单位承担侵权责任后，相互之间进行追偿的，人民法院不予支持，但接受劳务派遣的用工单位与劳务派遣单位另有约定的除外。

第十四条【职务侵权构成犯罪的用人单位民事责任】工作人员以执行工作任务的名义实施的行为造成他人损害，构成自然人犯罪的，工作人员刑事责任的承担不影响用人单位民事责任的认定。用人单位依照民法典第一千一百九十一条的规定应当承担侵权责任的，刑事案件已完成的追赃、退赔可以在民事判决书中写明并扣减，也可以在执行程序中以扣减。

第十五条【转让拼装报废车担责不以明知为要件】以买卖或者其他方式转让拼装或者已经达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害，转让人、受让人以其不知道或者不应当知道发生交通事故的机动车为拼装机动车或者已经达到报废标准为由，主张不承担侵权责任的，人民法院不予支持。

转让人、受让人承担责任后向其前手追偿的，依照民法典第一百七十八条第二款的规定处理。

第十六条【盗抢机动车侵权交强险是否先行赔付人身损害】盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成他人人身损害，受害人或者死亡受害人的近亲属请求承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内先予赔偿的，人民法院应予支持。

承保机动车强制保险的保险人承担赔偿责任后，向交通事故责任人追偿的，人民法院应予支持。

注：另一种意见为本条不作规定。

第十七条【投保义务人与侵权行为人不同的责任承担】未依法投保强制保险的机动车发生交通事故造成损害，投保义务人和交通事故责任人不是同一人的，被侵权人可以请求投保义务人在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿，也可以请求交通事故责任人承担侵权人的全部赔偿责任。

投保义务人和交通事故责任人为共同被告的，投保义务人在机动车强制保险责任限额范围内与交通事故责任人共同承担责任，但被侵权人获得的赔偿不应超出损害范围；交通事故责任人主张其与投保义务人承担按份责任的，人民法院不予支持。

投保义务人承担责任后向交通事故责任人追偿的，人民法院不予支持。

第十八条【禁止饲养的烈性犬等危险动物致人损害不适用免责事由】禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害，动物饲养人或者管理人主张不承担责任或者减轻责任的，人民法院不予支持。

第十九条【高空坠物无具体侵权人时物业服务企业的直接责任与法律适用】物业服务企业等建筑物管理人未采取必要的安全保障措施防止建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落造成他人损害，没有具体侵权人的，人民法院应当依照民法典第一千一百九十八条第一款、第一千二百五十三条的规定认定物业服务企业等建筑物管理人应当承担的侵权责任。

第二十条【高空抛坠物具体侵权人能够确定时物业服务企业的补充责任、顺位抗辩、法律适用及裁判主文】物业服务企业等建筑物管理人未采取必要的安全保障措施防止行为人从建筑物中抛掷物品、坠落物品造成他人损害，具体侵权人能够确定且与物业服务企业等建筑物管理人作为共同被告的，人民法院应当依照民法典第一千一百九十八条第二款、第一千二百五十四条的规定，认定未采取必要安全保障措施的物业服务企业等建筑物管理人在人民法院对具体侵权人的财产依法强制执行后仍不能履行的部分，承担与其过错相应的补充责任。

第二十一条【高空抛坠物具体侵权人难以确定时物业服务企业与可能加害的建筑物使用人的责任顺位和追偿】物业服务企业等建筑物管理人未采取必要的安全保障措施防止行为人从建筑物中抛掷物品、坠落物品造成他人损害，经公安等机关调查，民事案件一审法庭辩论终结前仍无法确定具体侵权人的，未采取必要安全保障措施的物业服务企业等建筑物管理人承担与其过错相应的责任。被侵权人其余部分的损害，由可能加害的建筑物使用人给予适当补偿。

具体侵权人确定后，承担责任的物业服务企业等建筑物管理人、可能加害的建筑物使用人向具体侵权人追偿的，人民法院应予支持。

第二十二条 本解释自 年 月 日起施行。

3. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）

为依法惩治侵犯知识产权犯罪，维护社会主义市场经济秩序，根据《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》的有关规定，结合工作实际，制定本解释。

第一条 未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十三条规定的“情节严重”：

- （一）违法所得数额在三万元以上或者非法经营数额在五万元以上的；
- （二）假冒两种以上注册商标，违法所得数额在二万元以上或者非法经营数额在三万元以上的；
- （三）二年内因实施刑法第二百一十三条至第二百一十五条规定的行为受过行政处罚，违法所得数额在二万元以上或者非法经营数额在三万元以上的；
- （四）其他情节严重的情形。

未经注册商标所有人许可，在同一种服务上使用与其注册商标相同的商标，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十三条规定的“情节严重”：

- （一）违法所得数额在十万元以上的；
- （二）假冒两种以上注册商标，违法所得数额在五万元以上的；

(三) 二年内因实施刑法第二百一十三条至第二百一十五条规定的行为受过行政处罚，违法所得数额在五万元以上的；

(四) 其他情节严重的情形。

既假冒商品注册商标，又假冒服务注册商标，假冒商品注册商标的数额不足本条第一款规定的标准，但与假冒服务注册商标的违法所得数额合计达到本条第二款规定标准的，应当认定为刑法第二百一十三条规定的“情节严重”。

违法所得数额、非法经营数额达到本条前三款规定标准十倍以上的，应当认定为刑法第二百一十三条规定的“情节特别严重”。

第二条 具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十三条规定的“同一种商品、服务”：

(一) 行为人实际生产销售的商品名称、实际提供的服务名称与他人注册商标核定使用的商品、服务名称相同的；

(二) 二者商品名称不同但在功能、用途、主要原料、生产部门、消费对象、销售渠道等方面相同且相关公众一般认为是同种商品的；

(三) 二者服务名称不同但在服务的目的、内容、方式、提供者、对象、场所等方面相同且相关公众一般认为是同种服务的。

第三条 与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒的注册商标基本无差别、足以对公众产生误导的商标，应当认定为刑法第二百一十三条规定的“与其注册商标相同的商标”。具有下列情形之一的，应当认定为与被假冒的注册商标基本无差别、足以对公众产生误导的商标：

(一) 改变注册商标的字体、字母大小写或者文字横竖排列，与注册商标之间基本无差别的；

(二) 改变注册商标的文字、字母、数字等之间的间距，与注册商标之间基本无差别的；

(三) 改变注册商标颜色，不影响体现注册商标显著特征的；

(四) 在注册商标上仅增加商品通用名称、型号等缺乏显著特征要素，不影响体现注册商标显著特征的；

(五) 与立体注册商标的三维标志及平面要素基本无差别的；

(六) 其他与注册商标基本无差别、足以对公众产生误导的商标。

第四条 销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额在三万元以上的，应当认定为刑法第二百一十四条规定的“违法所得数额较大”；具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十四条规定的“其他严重情节”：

（一）销售金额在五万元以上的；

（二）二年内因实施刑法第二百一十三条至第二百一十五条规定的行为受过行政处罚，违法所得数额在二万元以上或者销售金额在三万元以上的。

假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额达到前款规定的销售金额标准三倍以上，或者销售金额不足前款标准，但与尚未销售商品的货值金额合计达到前款规定的销售金额标准三倍以上，以销售假冒注册商标的商品罪（未遂）定罪处罚。

违法所得数额、销售金额等达到本条前二款规定标准十倍以上的，应当认定为刑法第二百一十四条规定的“违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节”。

销售金额和未销售货值金额分别达到不同的量刑幅度或者均达到同一量刑幅度的，在处罚较重的量刑幅度或者同一量刑幅度内酌情从重处罚。

第五条 具有下列情形之一的，可以认定为刑法第二百一十四条规定的“明知”，但有证据证明确实不知道的除外：

（一）知道自己销售的商品上的注册商标被涂改、调换或者覆盖的；

（二）伪造、涂改商标注册人授权文件或者知道该文件被伪造、涂改的；

（三）因销售假冒注册商标的商品受过行政处罚或者承担民事责任，又销售同一种假冒注册商标的商品的；

（四）无正当理由以明显低于市场价格进货或者销售的；

（五）被行政执法机关、司法机关发现销售假冒注册商标的商品后，转移、销毁侵权商品、会计凭证等证据或者提供虚假证明的；

（六）其他可以认定为知道是假冒注册商标的商品的情形。

第六条 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十五条规定的“情节严重”：

（一）标识数量在二万件以上，或者违法所得数额在三万元以上，或者非法经营数额在五万元以上的；

(二) 伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造两种以上注册商标标识，标识数量在一万件以上，或者违法所得数额在二万元以上，或者非法经营数额在三万元以上的；

(三) 二年内因实施刑法第二百一十三条至第二百一十五条规定的行为受过行政处罚，标识数量在一万件以上，或者违法所得数额在二万元以上，或者非法经营数额在三万元以上的；

(四) 其他情节严重的情形。

尚未销售他人非法制造的标识数量达到前款规定的标准三倍以上，或者已销售的标识数量不足前款标准，但与尚未销售的标识数量合计达到前款规定标准三倍以上的，以销售非法制造的注册商标标识罪（未遂）定罪处罚。

标识数量、违法所得数额、非法经营数额达到本条前二款规定标准十倍以上的，应当认定为刑法第二百一十五条规定的“情节特别严重”。

已销售标识数量和未销售标识数量分别达到不同的量刑幅度或者均达到同一量刑幅度的，在处罚较重的量刑幅度或者同一量刑幅度内酌情从重处罚。

第七条 假冒他人专利，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十六条规定的“情节严重”：

(一) 违法所得数额在十万元以上或者非法经营数额在二十万元以上的；

(二) 给专利权人造成直接经济损失三十万元以上的；

(三) 假冒两项以上他人专利，违法所得数额在五万元以上或者非法经营数额在十万元以上的；

(四) 二年内因实施刑法第二百一十六条规定的行为受过行政处罚，违法所得数额在五万元以上或者非法经营数额在十万元以上的；

(五) 其他情节严重的情形。

第八条 具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十六条规定的“假冒他人专利”的行为：

(一) 伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件的；

(二) 未经许可，在其制造或者销售的产品、产品包装上标注他人专利号的；

(三) 未经许可，在合同、产品说明书或者广告等宣传材料中使用他人的专利号，使人将所涉及的技术或者外观设计误认为是他人技术或者外观设计的。

第九条 实施刑法第二百一十七条规定的行为，违法所得数额在三万元以上的，应当认定为“违法所得数额较大”；具有下列情形之一的，应当认定为“其他严重情节”：

（一）非法经营数额在五万元以上的；

（二）二年内因实施刑法第二百一十七条、第二百一十八条规定的行为受过行政处罚，违法所得数额在二万元以上或者非法经营数额在三万元以上的；

（三）复制发行他人作品或者录音录像制品，复制件数量合计在五百份（张）以上的；

（四）通过信息网络传播他人作品或者录音录像制品，数量合计在五百件（部）以上的，或者实际被点击数达到五万次以上的，或者下载量达到一万次以上的，或者以会员制方式传播，注册会员达到一千人以上的；

（五）其他情节严重的情形。

故意制造、进口、向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件，或者故意为他人避开、破坏技术措施提供技术服务，违法所得数额、非法经营数额达到前款规定标准的，应当以侵犯著作权罪追究刑事责任。实施上述行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

数额、数量达到本条第一款规定标准十倍以上的，应当认定为“违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节”。

第十条 未经著作权人等许可，既复制又发行或者复制后尚待发行作品、录音录像制品的行为，应当认定为刑法第二百一十七条规定的“复制发行”。复制是指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品、录音录像制品制作一份或者多份的行为；发行是指行为人以出售的方式提供他人作品、录音录像制品原件或者复制件的行为。

通过互联网等有线或者无线的方式提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品、录音录像制品的，应当认定为刑法第二百一十七条规定的“通过信息网络向公众传播”。

第十一条 具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十七条规定的“未经著作权人许可”：

（一）没有取得著作权人授权的；

（二）超出著作权人授权许可范围的；

（三）伪造、变造著作权人授权许可文件的。

第十二条 在刑法第二百一十七条规定的作品、录音录像制品上以通常方式署名的自然人、法人或者非法人组织，应当推定为著作权人或者录音录像制作者，且该作品、录音录像制品上存在着相应权利，但有相反证明的除外。

在涉案作品、录音录像制品种类众多且权利人分散的案件中，有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行，且出版者、复制发行者不能提供获得著作权人、录音录像制作者许可的相关证据材料的，可以认定为刑法第二百一十七条规定的“未经著作权人许可”“未经录音录像制作者许可”。但是，有证据证明权利人放弃权利、涉案作品的著作权或者录音录像制品的有关权利不受我国著作权法保护、权利保护期限已经届满的除外。

第十三条 实施刑法第二百一十八条规定的行为，违法所得数额在十万元以上的，应当认定为“违法所得数额巨大”；具有下列情形之一的，应当认定为“其他严重情节”：

（一）销售金额在二十万元以上的；

（二）二年内因实施刑法第二百一十七条、第二百一十八条规定的行为受过行政处罚，违法所得数额在五万元以上或者销售金额在十万元以上的。

侵权复制品尚未销售，货值金额达到前款规定的销售金额标准三倍以上，或者已销售金额不足前款标准，但与尚未销售的侵权复制品的货值金额合计达到前款规定的销售金额标准三倍以上，以销售侵权复制品罪（未遂）定罪处罚。

第十四条 实施刑法第二百一十九条规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定为“情节严重”：

（一）给商业秘密的权利人造成损失数额在三十万元以上的；

（二）因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；

（三）直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；

（四）一年内以不正当手段获取商业秘密三次以上的；

（五）二年内因实施刑法第二百一十九条、第二百一十九条之一规定的行为受过行政处罚二次以上，又实施侵犯商业秘密行为的；

（六）其他情节严重的情形。

给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在二百五十万元以上的，应当认定为刑法第二百一十九条规定的“情节特别严重”。

第十五条 采取非法复制、未经授权或者超越授权使用计算机信息系统等方式窃取商业秘密的，应当认定为刑法第二百一十九条第一款第一项规定的“盗窃”。

第十六条 实施为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的行为，具有本解释第十四条第一款规定情形的，应当认定为刑法第二百一十九条之一规定的“情节严重”。

第十七条 在刑事诉讼程序中，当事人、辩护人、诉讼代理人或者案外人书面申请对有关商业秘密或者其他需要保密的商业信息的证据、材料采取保密措施的，应当根据案件情况采取组织诉讼参与人签署保密承诺书等必要的保密措施。

违反前款有关保密措施的要求或者法律法规规定的保密义务的，依法承担相应责任。擅自披露、使用或者允许他人使用在刑事诉讼程序中接触、获取的商业秘密，符合刑法规定的，依法追究刑事责任。

第十八条 单位实施刑法第二百一十三条至第二百一十九条之一规定的行为，按照本解释规定的相应个人犯罪的定罪量刑标准定罪处罚。

第十九条 实施刑法第二百一十三条规定的假冒注册商标行为，又销售该假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当以假冒注册商标罪定罪处罚；又销售明知是他人的假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。

实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权行为，又销售该侵权复制品，构成犯罪的，应当以侵犯著作权罪定罪处罚；又销售明知是他人的侵权复制品，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。

第二十条 除特殊情况外，假冒注册商标的商品、非法制造的注册商标标识、侵犯著作权的复制品、主要用于制造假冒注册商标的商品、注册商标标识或者侵权复制品的材料和工具，应当依法予以没收和销毁。

上述物品需要作为民事、行政案件的证据使用的，经权利人申请，可以在民事、行政案件终结后或者采取取样、拍照等方式对证据固定后予以销毁。

第二十一条 具有下列情形之一的，可以酌情从重处罚，一般不适用缓刑：

- （一）主要以侵犯知识产权为业的；
- （二）在重大自然灾害、事故灾难、公共卫生事件期间，假冒抢险救灾、防疫物资等商品的注册商标的；
- （三）拒不交出违法所得的。

第二十二条 具有下列情形之一的，可以酌情从轻处罚：

(一) 取得权利人谅解的;

(二) 具有悔罪表现的;

(三) 以不正当手段获取权利人的商业秘密后尚未披露、使用或者允许他人使用的。

第二十三条 对于侵犯知识产权犯罪的,应当综合考虑犯罪违法所得数额、非法经营数额、给权利人造成的损失数额、侵权假冒物品数量及社会危害性等情节,依法判处罚金。

罚金数额一般在违法所得数额的一倍以上五倍以下确定。违法所得数额无法查清的,罚金数额一般按照非法经营数额的百分之五十以上一倍以下确定。违法所得数额和非法经营数额均无法查清,判处三年以下有期徒刑、拘役或者单处罚金的,一般在三万元以上一百万元以下确定罚金数额;判处三年以上有期徒刑的,一般在十五万元以上五百万元以下确定罚金数额。

第二十四条 本解释所称“两种以上注册商标”,是指识别商品、服务不同来源的两种以上注册商标。虽然注册商标不同,但在同一种商品、服务上使用,均指向同一商品、服务来源的,不应当认定为“两种以上注册商标”。

本解释所称注册商标标识“件”,一般是指标有完整商标图样的一份标识。对于在一件有形载体上印制数个标识图样,该标识图样不能脱离有形载体单独使用的,应当认定为一件标识。

第二十五条 本解释所称“非法经营数额”,是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中,制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。

已销售侵权产品的价值,按照实际销售的价格计算。尚未销售侵权产品的价值,按照已经查清的侵权产品实际销售平均价格计算。实际销售平均价格无法查清的,按照侵权产品的标价计算。无法查清实际销售价格或者侵权产品没有标价的,按照被侵权产品的市场中间价格计算。

对于已经制作完成但尚未附着或者尚未全部附着假冒注册商标标识的产品,如果有确实、充分证据证明该产品将假冒他人注册商标的,其价值计入非法经营数额。

本解释所称“货值金额”,依照前款规定的尚未销售的侵权产品价值认定。

第二十六条 本解释所称“销售金额”,是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中,出售侵权产品后所得和应得的全部违法收入。

本解释所称“违法所得数额”，是指行为人因侵权行为所获得的全部违法收入扣除原材料、所售商品或者提供服务所使用商品的购进价款等直接用于经营活动的必要支出后剩余的数额。通过收取会员费、服务费或者广告费等方式营利的，收取的费用应当认定为“违法所得”。

第二十七条 多次实施侵犯知识产权行为，未经行政处理或者刑事处罚的，非法经营数额、违法所得数额、销售金额等累计计算。

第二十八条 本解释规定的侵犯商业秘密“损失数额”应当按照下列方式予以认定：

（一）以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定；

（二）以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定，但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定；

（三）违反保密义务或者权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定；

（四）明知商业秘密是不正当手段获取或者是违反保密义务、权利人有关保守商业秘密的要求披露、使用、允许使用，仍获取、披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定；

（五）因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定。商业秘密的商业价值，可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定；

前款第二项、第三项、第四项规定的权利人因被侵权造成销售利润的损失，可以根据权利人因被侵权造成销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润确定；销售量减少的总数无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定。商业秘密系用于服务等其他经营活动的，损失数额可以根据权利人因被侵权而减少的合理利润确定。

商业秘密的权利人为减轻对商业运营、商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全、其他系统安全而支出的补救费用，应当计入给商业秘密的权利人造成的损失。

第二十九条 本解释规定的侵犯商业秘密“违法所得数额”应当按照下列方式予以认定：

（一）因披露或者允许他人使用商业秘密而获得的财物或者其他财产性利益的价值；

(二) 因使用商业秘密所获得的利润, 该利润可以根据侵权产品销售量乘以每件侵权产品的合理利润确定。

第三十条 被害人有证据证明的侵犯知识产权刑事案件, 直接向人民法院起诉的, 人民法院应当依法受理; 严重危害社会秩序、国家利益的侵犯知识产权刑事案件, 由人民检察院依法提起公诉。

人民法院依法受理侵犯知识产权刑事自诉案件, 对于当事人因客观原因不能取得的证据, 在提起自诉时能够提供有关线索, 申请人民法院调取的, 人民法院应当依法调取。

第三十一条 本解释自 年 月 日起施行。

本解释施行后, 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2004〕19号)、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(法释〔2007〕6号)、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)》(法释〔2020〕10号)同时废止。

4. 深圳管协推出全国首个管理人公开办案制度

2023年3月16日, 深圳市破产管理人协会正式发布《深圳市破产管理人协会管理人公开办案工作规程(试行)》(以下简称《规程》)。这是继《深圳破产管理人行业发展公约》发布后, 深圳管协推出的又一项提升管理人履职水平与案件办理质效、助力破产办理在阳光下运行的重要制度。

最高人民法院《关于企业破产案件信息公开的规定(试行)》明确提出“破产案件信息公开以公开为原则, 以不公开为例外”, 深圳管协依据该规定以及相关法律法规, 立足深圳破产管理人工作实际, 集中专业力量制定《规程》, 为深圳破产管理人公开办案提供了标准和规范。

《规程》共有条文31条, 分为4个部分, 指明了管理人公开办案以合法、便捷、保障工作质效为原则, 列举了多种公开破产案件有关信息与管理人相关工作情况的载体, 明确了十六项在办案流程中公开的事项、四类公开范围与四项申请信息公开的具体规则, 具有专业性和可操作性强的特点。《规程》的发布有利于促进管理人依法公正高效履职, 确保债权人、债务人以及其他社会公众的知情权与监督权等合法权益得到保障。

《规程》将于2023年4月1日起施行。《规程》的施行在促进债权人深度参与破产案件与督促管理人依法履职等方面具有重大意义。

我国破产立法虽未对债权人在破产程序中可以行使知情权做专门章节规定，但条文中处处隐含着债权人可以行使知情权的表述，尤其是 2019 年 3 月 28 日实施的《企业破产法司法解释三》第 10 条专门规定了债权人在破产程序中的知情权保护。但现实情况是大部分债权人对破产程序的参与度仍不高，部分债权人甚至因为对一些关键性问题未发表意见而最终影响其债权的实现。《规程》根据深圳破产管理人丰富的实务经验，牢牢把握破产立法保证公平清偿、保护债权人和债务人合法权益的宗旨，对债权人通过申请管理人办案公开这一途径主张知情权的方式和权利范围进行明确，解决了债权人与债务人、破产管理人信息不对称而影响其知情权行使的问题，为债权人深度参与破产案件、把控债权实现进度提供了依据和底气。

破产管理人在破产程序中居于重要地位，其执行职务公正、客观与否，直接影响破产程序的正常进行与债权的高效公平清偿与否。因此，破产管理人监督制度的建立与完善至关重要。《规程》即为完善破产管理人监督制度的一项具体举措。破产管理人依法公开以及债权人、债务人等其他监督主体申请公开破产案件有关信息和破产管理人相关工作情况，是非常有力的内部和外部监督行为，将有效督促破产管理人依法勤勉履职，及时发现和提出问题，保障债权人与债务人合法权益的实现。

《规程》是全国首个破产管理人公开办案制度，具有良好的引领示范作用，将为提高“办理破产”指标、进一步改善和提升营商环境注入澎湃动能。

深圳市破产管理人协会

管理人公开办案工作规程（试行）

（2023 年 3 月 4 日深圳市破产管理人协会第一届会员大会第五次会议通过）

第一章 总 则

第一条 【制定目的和依据】为提升破产案件办理的透明度和公信力，规范破产案件管理人公开办案行为，促进管理人依法公正高效履行职责，以高质效破产办理助力深圳打造市场化、法治化、国际化营商环境，根据《中华人民共和国企业破产法》《最高人民法院关于企业破产案件信息公开的规定（试行）》《广东省高级人民法院关于规范企业破产案件管理人选任与监督工作的若干意见》《深圳市中级人民法院破产案件管理人工作规范》《深圳市中级人民法院加强企业破产案件管理人指定与监督暂行办法》等相关规定，制定本规程。

第二条 【适用范围】深圳市破产管理人协会会员担任管理人办理破产案件的，按照本规程执行。会员担任强制清算案件清算组办理清算案件的，参照本规程执行。

第三条 【公开原则】管理人公开办案以合法、便捷、保障工作质效为原则。

第四条 【公开方式】管理人应当根据法律、司法解释规定使用全国企业破产重整案件信息网、在债权人会议上公开破产案件有关信息，也可以同时使用微信公众号、微信、QQ、电子邮件、短信和人民法院要求的其他载体公开破产案件有关信息和管理人相关工作情况。

第二章 办案流程事项公开

第五条 【收案公开】管理人在收到人民法院指定管理人决定书、受理破产申请裁定书、受理破产案件公告之日起三日内协助人民法院在全国企业破产重整案件信息网和人民法院要求的其他媒体公告破产案件受理、指定管理人信息、债权人申报债权的期限、联系地址和联系人。

人民法院已确定第一次债权人会议召开时间、地点和会议形式等相关信息的，管理人一并公告。

第六条 【告知债务人权利义务公开】管理人应当在全国企业破产重整案件信息网或人民法院要求的其他载体公告通知债务人有关人员在破产程序中的权利义务和法律责任，管理人可以直接联系上债务人有关人员当面告知的除外。

第七条 【债务人损害行为公开】管理人在执行职务过程中，发现债务人及其有关人员存在隐匿、转移、私自处分和分配财产；虚构债务或承认不真实的债务；对资产负债表或者财产清单作虚假记载等严重损害债权人或者他人利益的行为并且有充分证据证明的，应当及时将相关情况报告人民法院，并将相关情况通报债权人，必要时可以经人民法院批准后向公安机关报案。

第八条 【案件进展公开】管理人应当按季度或半年向债权人和债务人通报案件进展情况和管理人履行职务情况。已在债权人会议上公开的可不再重复通报。

第九条 【债权人会议公开】管理人应当在第一次债权人会议上公开以下信息：

- （一）会议议程；
- （二）管理人阶段性工作报告；
- （三）债权申报和审核情况及债权表；

- (四) 职工债权调查情况;
- (五) 管理人接管债务人情况;
- (六) 债务人财产状况调查报告;
- (七) 债务人财产的管理方案;
- (八) 破产财产的变价方案;
- (九) 管理人报酬方案;
- (十) 人民法院要求公开的其他信息。

管理人未能向第一次债权人会议公开以上信息的，应当向人民法院和债权人会议说明原因，并在条件成就时及时公开。

管理人在第一次债权人后审查确认债权而编制的债权表，应发送债权人核查和债务人核对。

第十条 【财产管理公开】管理人委托第三方协助管理债务人财产的，应将委托和费用情况报告人民法院和债权人会议。

第十一条 【审计评估公开】管理人选聘审计机构对债务人财务进行审计、选聘评估机构对债务人财产进行评估的，应当按人民法院或协会确定的方式公开选聘中介机构，并在确定中介机构后通报债权人和债务人。

管理人按相关规定就债务人财产在政府平台或网络平台询价作为重整或拍卖底价的，管理人应将询价结果通报债权人会议和债务人。

第十二条 【财产处置公开】管理人处置债务人财产，价值较大的，财产变价处置的方式、平台、时间和处置结果要及时通报债权人和债务人。

第十三条 【重大诉讼公开】破产案件相关的诉讼和仲裁案件，可能对债务人财产和债权人权益产生重大影响的，管理人要及时向债权人和债务人通报诉讼结果。

第十四条 【重大合同公开】管理人决定解除或继续履行债务人签订的重大合同，可能对债务人财产和债权人权益产生重大影响的，管理人可在作出决定前征求债权人和债务人意见。法律规定需经债权人会议讨论决定或人民法院许可，才能解除或继续履行合同的，应当先经债权人会议表决同意或人民法院许可。

重大合同的履行结果要及时通报债权人和债务人。

第十五条 【职工债权公开】管理人调查职工债权情况，应送达职工本人和债务人，并在债务人营业场所或注册地址、管理人办公地张贴公示。

第十六条 【财产分配公开】管理人应当严格按照人民法院裁定认可的分配方案分配破产财产，并在每次分配时将分配财产总额、分配比例、支付时间等情况适时通报债权人和债务人。

第十七条 【重整投资人公开】人民法院裁定债务人重整的，管理人应按法律和人民法院的要求确定重整投资人。重整投资人确定后，管理人要将选定重整投资人结果通报债权人和债务人。

第十八条 【重整计划草案公开】管理人制定重整计划草案的，管理人应将重整计划草案的主要事项征求债权人和债务人意见。重整计划草案涉及出资人权益调整的，还应当征求出资人意见。

管理人应在债权人会议召开三天以前将拟表决的重整计划草案发送债权人和债务人及出资人。上市公司重整另有规定的，从其规定。

第十九条 【重整计划执行监督公开】管理人应在重整计划执行完毕时将重整计划执行结果通报债权人。

第二十条 【和解公开】人民法院裁定债务人和解的，管理人应将债务人提交的和解协议草案发送债权人。债权人提出意见的，管理人应将意见汇总告知债务人，并要求债务人作出回应或修改和解协议草案。

第三章 案件信息公开

第一节 公开范围

第二十一条 【法院文书公开】管理人协助人民法院向债权人和债务人送达以下法律文书：

- （一）受理破产案件裁定书；
- （二）指定管理人裁定书；
- （三）确认债权裁定书；
- （四）重整裁定书；
- （五）和解裁定书；
- （六）批准重整计划裁定书；
- （七）认可和解协议裁定书；
- （八）宣告债务人破产裁定书；

(九) 认可破产财产分配方案裁定书；

(十) 终结破产程序裁定书；

(十一) 人民法院要求管理人协助送达的其他法律文件。

人民法院已经送达的，管理人可以不再重复送达。

第二十二条 【向社会公开】管理人应当通过全国企业破产重整案件信息网公示或协助人民法院公示以下信息：

(一) 破产案件受理公告；

(二) 通知债权人申报债权公告；

(三) 人民法院裁定债务人重整公告；

(四) 征集、招募重整投资人公告；

(五) 人民法院裁定批准重整计划，终止重整程序公告；

(六) 人民法院裁定债务人和解公告；

(七) 人民法院裁定认可，终止和解程序公告；

(八) 人民法院裁定宣告债务人破产公告；

(九) 人民法院裁定破产程序终结公告；

(十) 人民法院要求公告的其他事项。

第二十三条 【依申请公开】管理人依申请公开破产案件以下信息：

(一) 债权人可以申请查阅债务人财产和经营信息资料，包括债务人财产状况报告、债权人会议决议、债权人委员会决议、管理人监督报告、审计结论性文件、资产清查报告、资产评估报告、验资报告、债权债务清册等债权人参与破产程序必需的文件。

(二) 债权人和债务人、债务人职工、其他利害关系人可以申请查阅债权表、债权申报登记册及债权申报材料。

依申请公开的信息，经债权人、债务人、利害关系人书面申请，管理人可以对其公开。前述信息资料涉及商业秘密、个人隐私的，管理人原则上不予公开；涉及债权人重大利益的，管理人应当及时请示人民法院决定；涉及国家秘密的，应当依照相关法律规定处理。

第二十四条 【协议公开】管理人可以根据其与重整投资人签订的投资意向协议或尽调保密协议向重整投资人公开下列债务人信息：

- （一）资产、经营状况信息，包括债务人财产信息、债权信息、拖欠工资信息、工商税务登记信息等。
- （二）涉及的诉讼、仲裁案件的详细信息。
- （三）重整投资人需要的其他信息。

第二节 申请信息公开

第二十五条 【查阅信息申请】申请人申请查阅破产案件信息的，应当向管理人提出书面申请，详细列明查阅事项，说明查阅、复制的必要性及正当合法性，必要时同时提交相关证据和保密承诺函。管理人应当在收到书面申请之日起十五个工作日内书面答复是否公开。

申请人申请查阅债务人银行账户明细的，应当明确要查询的账号、具体交易记录等明确的查询范围及查询目的。

管理人对是否披露有疑义的，自收到书面申请之日起三日内通知申请人并向人民法院报告，由人民法院决定是否公开。

第二十六条 【查阅申请审查】管理人在收到书面查阅申请后十五日内审查申请人的主体资格、查阅必要性、目的正当合法性，结合申请人提供的证据或者线索，在必要的范围内提供查阅。管理人提供查阅的文件仅为终稿文件，底稿文件不予提供。涉及需请示人民法院事项的，回复时间相应顺延。

管理人有合理理由认为申请人查阅债务人财务和经营信息资料、他人债权申报材料有不正当目的，可能损害债务人或者其他债权人合法利益的，应当拒绝提供查阅，并自收到书面申请之日起十五个工作日内书面答复并说明理由。

申请人笼统申请查阅全部或部分债权资料、银行流水、财务凭证等信息，不能明确具体指向某笔债权、某个账号及某笔交易记录的，管理人可予拒绝查阅。

管理人无正当理由不予提供的，申请人可以依照相关规定请求人民法院作出决定。

第二十七条 【信息复制】申请人申请复制材料的，管理人对其申请复制的材料正当性进行审查，必要时需请示人民法院。管理人或者人民法院同意申请人复制的，对于涉及商业秘密或者个人隐私的信息，如身份信息、账户信息、财产信息等，管理人应当采取必要的遮挡等措施，以隐去部分秘密或隐私信息。

关于复制形式，申请人要求公开的信息系电子资料的，管理人可以通过微信、QQ、电子邮件等方式向申请人提供；申请人要求公开的信息为纸质文件的，申请人应当按照管理人指定的时间、地点进行现场拍照、扫描或复印，如需复印，管理人可以收取合理的复印或打印费用。

申请人申请查阅债务人财务账簿的，管理人仅在必要范围内进行披露且不允许复制。申请人申请查阅债务人记账凭证的，管理人应书面回复不予提供查阅。

第二十八条 【申请查阅期限】债权人向管理人申请查阅破产案件信息，原则上应当在第一次债权人会议召开后、人民法院裁定破产程序终结前向管理人书面提出。

第四章 附 则

第二十九条 【适用冲突】法律、司法解释和人民法院对管理人公开办案有其他规定的，适用其规定。本规程与法律、司法解释和人民法院规定相冲突的，以法律、司法解释和人民法院规定为准。

第三十条 【解释权】本规程由深圳市破产管理人协会负责解释。

第三十一条 【发布实施】本规程经会员大会表决通过后发布试行。

二、典型案例

1.【公报案例】有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，在合理期间内仍未缴纳或者返还出资的，公司可以股东会决议解除其股东资格。但如公司股东均为虚假出资或抽逃全部出资，部分股东通过股东会决议解除特定股东的股东资格，由于该部分股东本身亦非诚信守约股东，其行使除名表决权丧失合法性基础，该除名决议应认定为无效。——刘美芳诉常州凯瑞化学科技有限公司等公司决议效力确认纠纷案

案例来源：《最高人民法院公报》2023 年第 2 期（总第 318 期）

案号：(2018)苏 04 民终 1874 号

基本案情：粤某公司系 2013 年 8 月 5 日成立的有限责任公司，注册资本 1000 万元，其中吴某 1 出资 600 万元，余某英出资 400 万元。粤某公司注册成立后，余某英先后于 2013 年 8 月 6 日、21 日以及 9 月 12 日三次共抽逃资金 400 万元。2018 年 11 月 30 日，经另案判决确认余某英因抽逃出资的事实，并判决余某英应向粤某公司返还出资款 400 万元。该案在进入强制执行程序后，因未发现余某英有其他可供执行财产，裁定终结该次执行程序。2020 年 5 月 25 日，经吴某 1 召集，粤某公司召开股东会，对余某英除名事项进行审议，在排除余某英表决权后，形成股东会决议解除余某英股东资格。之后，余某英委托律师提出反对意见，认为股东会决议无效。2020 年 6 月 1 日，吴某 1 向东莞第三法院提起诉讼，请求确认 2020 年 5 月 25 日的股东会议决议合法有效。一审法院认为，余某英作为被除名股东，就除名事项不享有表决权，案涉股东会决议合法有效，粤某公司应当依法办理股东除名登记。余某英不服，提起上诉。

裁判结果：二审法院认为，案涉股东除名决议的作出和内容于法无据，于实不符，应属无效。一方面，结合股东除名权的法理基础和功能分析，公司是股东之间、股东与公司以及公司与政府之间达成的契约结合体，因此股东之间的关系自当受该契约的约束。在公司的存续过程中，股东始终应恪守出资义务的全面实际履行，否则构成对其他守约股东合理期待的破坏，进而构成对公司契约的违反。一旦股东未履行出资义务或抽逃全部出资，基于该违约行为已严重危害公司的经营和其他股东的共同利益，背离了契约订立的目的和初衷，故公司法赋予守约股东解除彼此间的合同，让违约股东退出公司的权利。这既体现了法律对违约方的惩罚和制裁，又彰显了对守约方的救济和保护。由此可见，合同“解除权”仅在守约方手中，违约方并不享有解除(合同或股东资格)的权利。本案中，凯瑞公司的所有股东在公司成立时存在通谋的故意，全部虚假出资，恶意侵害公司与债权人权益。但就股东内部而言，没有所谓的合法权益与利益受损之说，也就谈不上权利救济，否则有悖于权利与义务相一致、公平诚信等法律原则。即洪强、洪安刚无权通过召开股东会的形式，决议解除刘美芳的股东资格，除名决议的启动主体明显不合法。另外，从虚假出资和抽逃出资的区别来看，前者是指股东未履行或者未全部履行出资义务，后者则是股东在履行出资义务之后，又将其出资取回。案涉股东除名决议认定刘美芳抽逃全部出资，事实上凯瑞公司包括刘美芳在内的所有股东在公司设立时均未履行出资义务，属于虚假出资，故该决议认定的内容亦有违客观事实。综上，刘美芳关于洪强、洪安刚无权作出除名决议的上诉理由成立，应予支持。

2.【公报案例】股东要求公司分配利润的必要条件是提交载明具体分配方案的股东会决议，载明具体分配方案的股东会决议一经作出，抽象性的利润分配请求权即转化为具体性的利润分配请求权，从股东的成员权转化为独立于股东权利的普通债权。股东转让股权时，抽象性的利润分配请求权随之转让，而具体的利润分配请求权除合同中有明确约定外并不随股权转让而转让。当分配利润时间届至而公司未分配时，权利人可以直接请求公司按照决议载明的具体分配方案给付利润。——甘肃乾金达矿业开发集团有限公司与万城商务东升庙有限责任公司盈余分配纠纷案

案例来源：《最高人民法院公报》2023 年第 1 期（总第 317 期）

案号：（2021）最高法民再 23 号

基本案情：2013 年 7 月 30 日，甘肃乾金达矿业开发集团有限公司持有万城公司 52.5%股份。2014 年 2 月 19 日，临河德彰联合会计师事务所（以下简称德彰会计师事务所）对万城公司进行 2013 年度财务审计，并作出审计报告，其中利润及利润分配表载明，2013 年度万城公司净利润为 169649601.28 元，可供股东分配利润 218930221.51 元，已付股利为 162000000 元，未分配利润为 56930221.51 元。2014 年 3 月 27 日，万城公司股东紫金矿业集团股份有限公司、巴彦淖尔紫金有色金属有限公司及乾金达公司三方召开股东会议，并形成股东会决议决定：公司 2013 年度实现利润总额 227050779.10 元，可供股东分配的利润为 218930221.51 元，本年度已分配支付利润 162000000 元，剩余未分配利润 56930221.51 元暂未支付，决定 2014 年 6 月份之前，将这部分剩余未分配利润分配完毕。2014 年 6 月 25 日，紫金矿业集团股份有限公司、乾金达公司召开 2014 年第二次临时股东会，并形成《临时股东会议纪要》，该会议纪要第六条为：会议同意对万城公司 2013 年末分配利润在 7 月底之前进行分红，2014 年按季度分红。2015 年 1 月 28 日，德彰会计师事务所对万城公司进行 2014 年度财务审计，并审计报告，审计报告中利润及利润分配表载明，2014 年度净利润为 53583822.26 元，2013 年度未分配利润 56930221.51 元，可供股东分配利润 105423880.44 元，应付股利为 40000000 元，未分配利润 65423880.44 元。2015 年 9 月 24 日，乾金达公司将其持有的万城公司 52.5%股权转让登记到乾金达公司下属全资子公司乾金达资产管理公司名下。2015 年 6 月 18 日，乾金达公司与赵金堂签订《股权转让协议书》，乾金达公司以 48000

万元将其全资子公司乾金达资产管理公司 100%的股权转让给赵金堂，该协议第 6.3 条约定：“自本协议签署后，甲方承诺不再对乾金达资产管理公司、万城公司进行直接或间接分红，不再动用乾金达资产管理公司、万城公司资金账户内的资金，不得出现任何可能减少乙方股东权益的行为”。2015 年 12 月 17 日，乾金达资产管理公司 100%的股权从乾金达公司名下转移登记到案外人赵金堂名下。2017 年 10 月 10 日，乾金达公司向万城公司、紫金矿业集团股份有限公司、巴彦淖尔紫金有色金属有限公司、乾金达资产管理公司、赵金堂送达一份《公司函件》，函件主要内容为：乾金达公司要求万城公司向乾金达公司支付 2015 年 6 月 18 日前的利润 34732804.98 元。乾金达公司通过顺丰速递向万城公司、万城公司股东及赵金堂邮寄送达了该函件，各公司相关人员对该函件进行签收。

另查明，2012 年度万城公司执行万城股字[2013]1 号股东会决议，以现金形式向各股东按持股比例分配了利润。

裁判结果：万城公司作出了分配 2013 年度利润的股东会决议并载明了具体分配方案。该决议一经作出，抽象性的利润分配请求权即转化为具体性的利润分配请求权，权利性质发生变化，从股东的成员权转化为独立于股东权利的普通债权，不必然随着股权的转让而转移。除非有明确约定，否则股东转让股权的，已经转化为普通债权的具体性的利润分配请求权并不随之转让。因此，乾金达公司虽于 2015 年将所持万城公司股权转让给他人，但当事人均确认，该股权转让协议中并没有对 2013 年度利润分配请求权作出特别约定，故乾金达公司对于万城公司 2013 年度未分配利润仍享有请求权。

3.【公报案例】股东因未履行或者未全面履行出资义务而受限的股东权利，并不包括其提起解散公司之诉的权利。《中华人民共和国公司法》第一百八十二条规定的“严重困难”包括对外的生产经营困难及对内的管理困难。——陈龙与陕西博鑫体育文化传播有限公司等公司解散纠纷案

案例来源：《最高人民法院公报》2023 年第 1 期（总第 317 期）

案号：（2021）最高法民申 6453 号

基本案情：再审申请人陕西博鑫体育文化传播有限公司（以下简称博鑫公司）股东由被申请人（一审原告、二审被上诉人）陈龙、一审第三人任双成组成，陈龙持股 49%，任双成 51%。任双成担任博鑫公司法定代表人、执

行董事兼总经理，陈龙担任博鑫公司监事。陈龙认为，博鑫公司自设立以来，长期未召开股东会，两名股东长期冲突，博鑫公司及任双成曾伪造陈龙签名、出具虚假资料变更陈龙股权，博鑫公司、任双成和陈龙就陈龙股东资格问题曾进行过两次诉讼，公司继续存续势必对陈龙的合法权益造成严重损害，且因陈龙、任双成分别持有 49%和 51%的股份，无法就公司经营管理中的重大事项作出有效决策，股东会机制实质已经失灵，足以证实公司经营管理发生严重困难。博鑫公司两名股东已无共同经营可能性，据此，陈龙向法院诉求确认股东资格并解散博鑫公司。

裁判结果：关于陈龙是否具有博鑫公司股东资格，可否行使提起公司解散之诉的股东权利的问题。经查，陈龙持有博鑫公司 49%的股份且已实缴部分出资的事实已由一、二审判决根据公司章程、工商登记资料、另案生效裁判查明认定。而且，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（三）》第十六条的规定，股东因未履行或者未全面履行出资义务而受限的股东权利，并不包括其提起解散公司之诉的权利。博鑫公司本节申请再审理由不成立，本院不予支持。

关于博鑫公司是否具备法定解散事由的问题。《中华人民共和国公司法》第一百八十二条规定的“严重困难”包括对外的生产经营困难、对内的管理困难。本案中，一、二审法院已查明认定博鑫公司的股东会机制失灵，股东之间矛盾无法调和，且经法院协调仍难以打破公司僵局；而博鑫公司申请再审事由中也反映出其客观上存在着管理方面的严重困难。因此，二审判决认定博鑫公司已具备《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（二）》第一条规定的解散事由，在事实认定和法律适用上并无不当。博鑫公司本节申请再审理由不成立，本院不予支持。

三、动态事件

1. 不动产“带押过户”模式将全面推进

3月30日，自然资源部、中国银保监会联合印发《关于协同做好不动产“带押过户”便民利企服务的通知》（以下称《通知》）提出，各地要在已有工作的基础上，根据当地“带押过户”推行情况、模式及配套措施情况，深入探索，以点带面，积极做好“带押过户”。据悉，“带押过户”是指依据《民法

典》有关规定，抵押期间抵押人可以转让抵押财产。在申请办理已抵押不动产转移登记时，无需提前归还旧贷款、注销抵押登记，即可完成过户、再次抵押和发放新贷款等手续，实现不动产登记和抵押贷款的有效衔接。“带押过户”主要适用于在银行业金融机构存在未结清的按揭贷款，且按揭贷款当前无逾期。

2021年出台的《自然资源部关于做好不动产抵押权登记工作的通知》（自然资发〔2021〕54号）曾明确“保障抵押不动产依法转让，完善不动产登记簿”，在登记制度层面做好了与《民法典》的衔接。自然资源部部长王广华在2023年全国自然资源工作会议上也明确表示，要总结推广“带押过户”等改革创新举措，不断提升不动产登记规范化便利化水平。

按照《民法典》的有关要求，不动产“带押过户”的政策最终落地。“带押过户”的实施将改变“先还后卖”的传统模式，简化了不动产交易时间与流程，有效降低了交易成本与风险。据了解，此前各地积极探索开展不动产“带押过户”服务，优化办理流程，积累了比较成熟的经验做法。目前，全国共有15个省份100多个地市探索开展了不动产“带押过户”。其中，天津、浙江、山东、山西、江苏、福建和湖北等省份已经全面开展。过这些城市的实践，主要形成了三种“带押过户”模式。

一是，新旧抵押权组合模式。通过借新贷、还旧贷无缝衔接，实现“带押过户”。买卖双方及涉及的贷款方达成一致，约定发放新贷款、偿还旧贷款的时点和方式等内容，不动产登记机构合并办理转移登记、新抵押权首次登记与旧抵押权注销登记。

二是，新旧抵押权分段模式。通过借新贷、过户后还旧贷，实现“带押过户”。买卖双方及涉及的贷款方达成一致，约定发放新贷款、偿还旧贷款的时点和方式等内容，不动产登记机构合并办理转移登记、新抵押权首次登记等，卖方贷款结清后及时办理旧抵押权注销登记。

三是，抵押权变更模式。通过抵押权变更实现“带押过户”。买卖双方及涉及的贷款方达成一致，约定抵押权变更等内容，不动产登记机构合并办理转移登记、抵押权转移登记以及变更登记。《通知》要求，各地要结合本地实际，确定适宜的办理模式，并结合实践不断丰富发展。在上述模式中，尤其买卖双方涉及不同贷款方的业务，鼓励各地积极引入预告登记，通过预告登记制度，防止“一房二卖”，防范抵押权悬空等风险，维护各方当事人合法权益，保障金融安全。

易居研究院研究总监严跃进认为，“带押过户”政策要从当前改革和经济稳发展的大框架下进行，其对于房地产领域和宏观经济发展等都具有非常积极的刺激作用。过去各地试点和案例已获认可，具备了推广的可能。从实际推进情况看，“带押过户”使得二手房交易明显加快，成本明显降低。该政策对于后续盘后二手房市场、以二手房带动一手房交易都具有积极作用。

来源：http://www.fangchan.com/news/320/2023-03-31/704741948210892415_2.html，中房网，2023 年 4 月 7 日访问。

2. 超 30%债权人支持 融创百亿美元债务重组落地在即

融创中国（01918.HK）境外债务重组迎来重大进展。

3 月 28 日，融创发布公告，针对 90.48 亿美元的境外债务重组，已与境外债权人小组订立重组支持协议，拟就境外重组方案向现有债务持有人寻求更广泛的支持。

一位知情人士表示，在债务重组中，获得债权人小组支持是至关重要的一步。融创的债权人小组持债金额超过 30%，近 30 亿美元，无论是权重占比还是债务规模目前都是行业较高的，这意味着方案整体通过已有极大保障。融创境外债务重组方案已获得债权人小组的支持，按行业惯例来看，融创债务重组方案预计将会顺利拿到 75%以上的赞成票。

从披露的境外重组方案来看，融创将约百亿美元的境外债务分为降杠杆、留债展期两大板块进行重组，为债权人提供了可转换债券、强制可转换债券、转换为部分融创服务股权、置换新票据等多种灵活选项，落地性强。

具体而言，降杠杆计划目标约 30 亿美元，分三项实施：第一，融创拟发行 10 亿美元的可转换债券，所有计划债权人有权在重组生效日起的 12 个月内，以每股 20 港元将其持有的可转债转换为融创中国普通股，如选择不转股，则留债 9 年期，公司需支付 1-2%的票息；第二，发行五年期强制可转换债券，预计规模 17.5 亿美元，债权人可选择在期初、周年、约定触发机制达成等不同条件下登记转股，到期日尚未行使转股权的强制可转换债券，将全部转换为融创中国普通股；第三，债权人也可选择将现有债权转换为现有融创服务投资持有的融创服务股权，交换价格为 60 个交易日加权平均股价的 2.5 倍，同时不得低于每股 17 港元，规模上限约 4.49 亿股，约占融创服务已发行总股数的 14.7%。

因此，债权人既可自主选择将全部或部分持有的债权转换为股权，提前获得变现机会，也可继续持有债权，两种方式均有机会获得足额偿付。同时，融创对强制可转债的设计，让债权人在 5 年内有通过市价转股以股权形式获得按面值偿付的机会，并享有潜在的股权价值上升收益。

值得一提的是，融创的控股股东孙宏斌也再次展现有担当的企业家责任感，与小股东和债权人同甘共苦、共克时艰。根据强制可转换债券相同的条款，他将此前提供给公司的 4.5 亿美元无息股东贷款，同步同价转换为融创中国的股权。

就剩余债务，融创将发行新的以美元计价的公开票据进行置换。债权人将获得最多八档新票据，分别于重组后的 2 年至 9 年到期，对于第一、第二档债务（初始期限分别为两年和三年），融创有权选择将到期日延长 1 年，这也意味着公司三年内无刚性还款压力，票息介乎于 5%~6.5% 之间。

一位机构分析师表示，该债务重组方案成功落地后，将显著改善融创资产负债状况，大幅降低境外债务规模，缓解未来 2~3 年的流动性压力，同时增厚净资产，为融创的经营有序恢复提供有力支持，进而有利于改善公司股债的交易表现。

此番境外债务重组顺利推进，也被市场认为是融创经营恢复的强烈信号。去年年底以来，融创先是与 AMC 机构合作，成功盘活上海董家渡、武汉桃花源等核心项目。随后，融创又公告总计 160 亿人民币境内债重组成功。

另外，融创公告称将于 3 月 31 日发布 2022 年度中期、年度业绩。

来源：<http://www.fangchan.com/news/9/2023-03-29/7046665477841817750.html>，中房网，2023 年 4 月 7 日访问。

3. 首次覆盖商业不动产，REITs 迎来春天

3 月 24 日，证监会发布《关于进一步推进基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）常态化发行相关工作的通知》，共提出四方面 12 条措施，进一步推进 REITs 常态化发行工作。

同日，发改委也同步发布《规范高效做好基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）项目申报推荐工作的通知》，明确要切实提高申报推荐效率，用好回收资金促进有效投资，切实加强运营管理。

要点如下：

- 1、 优先支持百货商场、购物中心、农贸市场等城乡商业网点项目，保障基本民生的社区商业项目发行基础设施 REITs。
- 2、 项目发起人不得从事商品住宅开发业务。严禁规避房地产调控要求，不得为商品住宅开发项目变相融资。
- 3、 特许经营权、经营收益权类项目，基金存续期内部收益率（IRR）原则上不低于 5%；非特许经营权、经营收益权类项目，预计未来 3 年每年净现金流分派率原则上不低于 3.8%。
- 4、 首次申报发行 REITs 的保障租赁住房项目，当期目标不动产评估净值原则上不低于 8 亿元，可扩募资产规模不低于首发规模的 2 倍。
- 5、 适时推出 REITs 实时指数。
- 6、 推动 REITs 专项立法。

2020 年 4 月基础设施 REITs 试点启动，截至 2023 年 2 月末，全国已上市 REITs 25 只，募集资金超过 800 亿元，项目涵盖收费公路、产业园区、污水处理、仓储物流、清洁能源、保障性租赁住房、新能源等多种资产类型。

此次将商业不动产纳入 REITs 试点，已经是 REITs 试点启动以来的第四次扩容。在国家着力扩大国内需求，把恢复和扩大消费摆在优先位置的当下，这也是实施扩大内需战略、重视支持消费的具体举措。

我们认为，政策将有助于相关企业盘活存量资产，优化投融资模式，促进新增投资，尤其是持有运营零售商业项目的企业。传统的房地产开发企业如果要参与 REITs 市场，还需要对住宅开发业务和 REITs 底层资产进行完全隔离。

部分已经布局商业多年并已拥有一定规模商业不动产的房企，如华润置地、龙湖地产、万科集团、新城控股、大悦城、宝龙地产等，将在商业不动产的投资和运营上迎来新的发展机会。“弱开发，强运营”的政策导向更加清晰，房企发展模式的转变也迫在眉睫。

来源：<http://www.fangchan.com/news/4/2023-03-28/7046292179815567762.html>，中房网，2023 年 4 月 7 日访问。

四、实务处理

履行国有土地使用权出让合同纠纷的，提起民事诉讼还是行政诉讼？

由于《国有土地使用权出让合同》兼具民事合同、行政协议的双重性质，当事人履行该类合同发生争议的，应当提起民事诉讼还是行政诉讼，法律法规、司法解释都没有对这一问题进行明确的界定，导致司法实践中的裁判规则并不统一，甚至存在同类型案件的裁判观点互相冲突的情况。部分法院直接以案件不属于民事或行政诉讼受案范围为由驳回当事人的起诉，给当事人维权造成不小的障碍。本文旨在研究现行法律法规、司法解释的规定，并结合各典型案例中的裁判观点，对此问题展开分析，以期厘清此类型案件的维权路径。

关联法条

1. 《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》（国务院令第 732 号）

第 11 条 土地使用权出让合同应当按照平等、自愿、有偿的原则，由市、县人民政府土地管理部门（以下简称出让方）与土地使用者签订。

2. 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》

第 1 条 行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。

第 2 条 公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：（一）政府特许经营协议；（二）土地、房屋等征收征用补偿协议；（三）矿业权等国有自然资源使用权出让协议；（四）政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议；（五）符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议；（六）其他行政协议。

第 28 条 2015 年 5 月 1 日后订立的行政协议发生纠纷的，适用行政诉讼法及本规定。2015 年 5 月 1 日前订立的行政协议发生纠纷的，适用当时的法律、行政法规及司法解释。

3. 《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》（法释〔2020〕17号）

为正确审理国有土地使用权合同纠纷案件，依法保护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国土地管理法》《中华人民共和国城市房地产管理法》等法律规定，结合民事审判实践，制定本解释。

4. 《民事案件案由规定》

第 86 项 建设用地使用权合同纠纷

(1) 建设用地使用权出让合同纠纷

(2) 建设用地使用权转让合同纠纷

5. 《最高人民法院第一巡回法庭关于行政审判法律适用若干问题的会议纪要》

第 22 条 目前《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》依然有效，该司法解释将国有土地出让合同纠纷作为民事案件受理，而行政诉讼法和相关行政诉讼的司法解释尚未明确国有土地出让合同属于行政诉讼的受案范围，当事人选择民事诉讼途径解决争议的，人民法院应当尊重当事人的选择。

6. 《最高人民法院行政审判庭关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》（〔2010〕行他字第 191 号）

土地行政主管部门通过拍卖出让国有建设用地使用权，与竞得人签署成交确认书的行为，属于具体行政行为。当事人不服提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。

7. 《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》（法释〔2005〕第 5 号，已失效）

根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》等法律规定，结合民事审判实践，就审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律的问题，制定本解释。

【裁判要旨】国土部门与竞得人签订、履行土地出让合同的行为，属于其代表国家行使国有土地所有权人职能，通过出让方式设立建设用地使用权的行为，符合民事法律行为特征，属于民事诉讼管辖范围。

【案例一】茂名市金墩房地产开发有限公司、茂名市自然资源局建设用地使用权出让合同纠纷

【审理法院】广东省高级人民法院

【案号】（2019）粤民终 584 号

【案情简介】2010 年 11 月 29 日，茂名市公共资源交易中心发出《国有建设用地使用权公开出让公告》，金墩公司依公告规定参与案涉宗地拍卖出让活动。最终，金墩公司竞得案涉宗地，金墩公司与茂名市自然资源局签订《成交确认书》。后因双方在履行过程发生争议，金墩公司提起民事诉讼，要求茂名市自然资源局按照合同约定的条件交付案涉宗地并赔偿资金占用费。

【裁判理由】关于本案是否属于民事合同纠纷，应否依约履行的问题。根据《中华人民共和国物权法》第四十七条规定，城市的土地属于国家所有，故国家也是物权法意义上的所有权人。《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》规定土地使用权出让合同纠纷属于民事审判范畴，其第一条规定土地使用权出让合同是指市、县人民政府土地管理部门作为出让方将国有土地使用权在一定年限内让与受让方，受让方支付土地使用权出让金的协议。《最高人民法院民事案件案由规定》也将国有建设用地使用权出让合同纠纷作为民事案件案由规定。因此，国土部门与竞得人签订、履行出让合同的行为，属于其代表国家行使国有土地所有权人职能，通过出让方式设立建设用地使用权的行为，符合自愿平等、等价有偿的民事法律行为特征，应受民法调整。

【裁判要旨】从国有土地使用权出让的本质来看，政府职能机关在履行土地使用权出让行为时，是代表国家以土地所有权人的身份出现，其法律地位只是一个民事主体，与土地使用权受让人的法律地位平等，土地使用权出让合同的订立也完全遵循平等、自愿、有偿原则。国有土地使用权出让合同属于民事合同，采用民事救济途径解决土地使用权出让合同纠纷亦系该合同属性的应有之义。

【案例二】彩虹（佛山）平板显示有限公司、佛山市顺德区国土城建和水利局建设用地使用权出让合同纠纷

【审理法院】最高人民法院

【案号】（2018）最高法民申 3167 号

【案情简介】2010 年 9 月 16 日，佛山市国土资源局、佛山市顺德区土地房产交易中心采用挂牌竞买方式出让位于大良五沙工业园 A 区南-2-5 宗地（宗地号：117141-205）的国有建设用地使用权。2010 年 10 月 13 日，彩虹公司作为竞得人与佛山市顺德区土地房产交易中心签订《国有建设用地使用权挂牌成交确认书》，确认彩虹公司竞得上述宗地。2011 年 4 月 1 日，顺德国土局与彩虹公司签订《佛山市顺德区国有建设用地使用权出让合同》（合同编号：440606-2011-000785），约定顺德国土局同意于 2011 年 4 月 30 日前由佛山市顺德区大良街道土地发展中心将上述宗地平整和通路后交付给彩虹公司使用，合同项下国有建设用地使用权出让年限为 50 年。2011 年 4 月 14 日，五沙工业园服务中心完成上述宗地“五通一平”后，将宗地交付彩虹公司使用。2011 年 4 月 25 日，彩虹公司取得上述宗地的国有建设用地使用权证。

2014 年 1 月 9 日，顺德国土局向彩虹公司出具《闲置土地认定书》，认为案涉宗地存在已投资额未达约定总投资额 25%（投资总额不包含地价）及未经批准中止开发建设满一年之情形，故认定上述宗地为闲置土地，闲置原因为自身原因，应按照闲置土地处置办法的有关规定处置。双方履行《彩虹 4.5 代 AMOLED 生产线项目合作协议》也存在其他争议，顺德国土局遂提起民事诉讼，要求解除其与彩虹公司签订的《佛山市顺德区国有建设用地使用权出让合同书》。

【裁判理由】国有土地使用权出让是指国家以土地所有权人身份，将土地使用权在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。土地使用权的出让一般是由政府职能机关代表国家实施。表面上看，在出让方和受让方之间有一些行政管理的痕迹，但就本质而言，政府职能机关在履行土地使用权出让行为时，是代表国家以土地所有权人的身份出现，其法律地位只是一个民事主体，与土地使用权受让人的法律地位平等，土地使用权出让合同的订立也完全遵循平等、自愿、有偿原则，合同内容也是当事人真实意愿的表达。《中华人民共和国物权法》第十二章明确规定建设用地使用权为用益物权的一个种类，其取得设立应订立建设用地出让合同。《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》第一条亦规定：“本解释所称的土地使用权出让合同，是指市、县人民政府土地管理部门作为出让方将国有土地使用权在一定年限内让与受让方，受让方支付土地使用权出让金的协议。”由此可见，国有土地使用权出让合同应当属于民事合同，采用民事救济途径解决土地使用权出让合同纠纷亦系该合同属性的应有之义。政府职能部门同时兼具对

土地利用的监督管理职权，是其具有双重身份的具体体现，但不能就此认为国有土地使用权出让合同适用的规则就超越了民事法律规则的范畴。本案土地出让合同除了对土地的交付及款项支付作出约定外，还专门就项目建设进度、固定资产总投资额、容积率等问题作出明确限定，并约定了相应的违约责任。由此可见，在案涉合同项下彩虹公司不仅需要支付土地出让金，同时还应履行土地开发建设等相应义务。该土地开发建设之义务与缴纳土地出让金，共同构成彩虹公司取得案涉土地使用权所需支付的对价。该部分约定系双方真实意思表示，并不违反法律规定，顺德国土局有权依据该约定主张彩虹公司未履行土地开发建设义务时的违约责任。彩虹公司主张该合同涉及土地出让金之外的内容属于行政职责范畴，于法无据。至于顺德国土局作出《土地闲置认定书》的问题，该行为不构成顺德国土局选择以平等主体身份根据土地使用权出让合同主张权利的障碍，更不影响本案作为民事纠纷受理的定性。

【裁判要旨】对于2015年5月1日前订立的《国有土地使用权出让合同》，双方履行该合同发生争议的，按照合同订立时有效的法律、法规，当事人只能提起民事诉讼。

【案例三】赵丽娟与北京市规划和自然资源委员会撤销国有土地使用权出让合同纠纷

【审理法院】北京市第三中级人民法院

【案号】（2021）京03行终264号

【案情简介】案涉《北京市国有土地使用权出让合同》之附件二《补充协议》签订于2006年，原告赵丽娟认为该《补充协议》违反法律审批程序，应当予以撤销，故提起本案行政诉讼。

【裁判理由】本案中，上诉人向一审法院提起行政诉讼，请求撤销被诉《补充协议》。根据《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第二十八条规定，2015年5月1日后订立的行政协议发生纠纷的，适用行政诉讼法及本规定。2015年5月1日前订立的行政协议发生纠纷的，适用当时的法律、行政法规及司法解释。本案中，被诉《补充协议》签订于2013年5月6日，系对国有土地使用权出让合同的补充约定。而当时生效的相关司法解释《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》中规定，国有土地使用权出让合同纠纷属于民事诉讼受案范围，因此一审法院认为“赵丽娟针对《补充协议》提起本案撤销之诉，不属于行政诉讼的受案范围，其起诉不符合法定起诉条件，依法应予驳回”的认定并无不当，本院予以维

持。【裁判要旨】承租人因自身原因拒绝接收房屋，此系无正当理由拒绝接收房屋的行为，该行为构成违约，出租人有权行使单方合同解除权。

【裁判要旨】按照《民事案件案由规定》等法律法规的规定，国有土地使用权出让合同纠纷可作为民事案件审理。

【案例四】马迭尔宾馆、黑龙江省哈尔滨市自然资源和规划局建设用地使用权出让合同纠纷

【审理法院】最高人民法院

【案号】（2020）最高法民申1138号

【案情简介】1994年3月11日，市资源局给马迭尔宾馆出具的《哈尔滨市规划土地管理局用地的批复》，将位于哈尔滨市道里区西七道街14-48号和西八道街7-35号地段5241平方米国有土地使用权出让给马迭尔宾馆作为综合楼建设使用，马迭尔宾馆应缴纳土地出让金27422169.84元。该宗土地交付后，马迭尔宾馆仅在1994年、1996年分两笔缴纳150万元土地出让金。经协商，双方于2001年11月9日签订《欠款合同书》，约定：马迭尔宾馆应于2002年12月还清剩余土地出让金25922169.84元；合同到期后，马迭尔宾馆如未能上缴所欠费用造成违约，马迭尔宾馆应按每日万分之二的标准向市资源局缴纳滞纳金。同日，马迭尔宾馆向市资源局出具《欠条》，确认欠缴土地出让金25922169.84元，承诺2002年12月还款。2004年9月8日，马迭尔宾馆又缴纳30万元。至此马迭尔宾馆共计缴纳180万元，尚欠土地出让金25622169.84元。

2005年马迭尔宾馆向市政府报告申请调整案涉土地出让价格，以土地出让价格5232.24元/平方米虚高为由请求按照1993年当时市场价格定价。2008年马迭尔宾馆向市资源局、市国资委请示报告上述请求。2015年12月7日，马迭尔宾馆向上级主管单位文旅集团请示，请求协调有关部门研究对马迭尔大厦欠缴土地出让金2592万元给予减免。2015年12月30日，市资源局在哈尔滨日报上刊登《催缴土地出让金通知书》向马迭尔宾馆催收欠缴的土地出让金。此后，市资源局向哈尔滨市中级人民法院提起民事诉讼，要求马迭尔宾馆支付土地出让金及滞纳金。

【裁判理由】因国有土地使用权出让产生的纠纷，在修改后的《中华人民共和国行政诉讼法》于2015年5月1日施行前，司法实践中一般均作为民事案件审理。即使在行政诉讼法修改后，2005年8月1日起施行的

《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》依然有效，将国有土地使用权出让合同纠纷作为民事案件审理具有法律依据。此外，本院印发并于2001年1月1日起试行的《民事案件案由规定（试行）》明确规定了“土地使用权出让合同纠纷”案由，2008年4月1日起施行的《民事案件案由规定》也明确规定了“建设用地使用权出让合同纠纷”案由，2011年《民事案件案由规定》修订时对该案由予以保留。本案国有土地使用权出让合同关系成立于1994年，无论是按照合同成立时的法律规定和司法实践，还是按照现行有效的司法解释和操作规程，原审法院将本案纠纷作为民事案件受理，并无不当。

【裁判要旨】从合同签订主体、合同双方目的、双方权利义务关系等层面分析，《国有建设用地使用权出让合同》的性质为行政协议，属于行政诉讼的受案范围。

【案例五】辽宁省葫芦岛市自然资源局、葫芦岛鸿亿房地产开发有限公司资源行政管理：其他（资源）再审审查与审判监督行政案件

【审理法院】最高人民法院

【案号】（2020）最高法行申11753号

【案情简介】2011年6月30日，葫芦岛市资源局发布拍卖文件，决定以拍卖方式出让六幅地块的国有建设用地使用权，同年7月发布拍卖文件（二）即《国有建设用地使用权拍卖出让须知》，须知明确了出让的H-2地块的位置、面积、用途、出让年限、动工及竣工期限。2011年7月25日举行拍卖会，鸿亿公司拍卖竞得2号地块。2011年7月27日市资源局与鸿亿公司签订编号2011-50《国有建设用地使用权出让合同》。合同签订后，鸿亿公司在2011-50出让合同约定的360日内，向龙港区财政局账户支付了全部土地出让价款53952570元。但截止2016年8月31日，市资源局并没有按照出让合同第六条约定即在2011年7月27前将出让宗地交付给鸿亿公司。由于不能及时取得出让土地，鸿亿公司于2012年底、2013年、2014年、2016年分别向区政府、区住建局打了关于南山及跃进棚户区改造项目三期存在的问题及退回土地的报告或者请示，请求解决征收问题并提出退地。经多次协商未果，鸿亿公司于2018年5月提起行政诉讼。

【裁判理由】关于本案是否属于行政诉讼的受案范围问题。依据《中华人民共和国城市房地产管理法》《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》等规定，国有土地使用权出让合同属于行政协议。从签

订主体看，签订国有土地使用权出让合同的一方是土地管理部门，系行政主体；从目的要素看，此类协议是为了实现公共利益或者国家对有限的土地资源合理、有效利用的管理目标；从双方权利义务关系看，此类协议与行政机关履行行政职责或者完成行政管理任务密切相关，行政机关在协议的签订和履行中享有基于社会公共利益或者法定事由单方收回土地等权利。原审法院认定，鸿亿公司与葫芦岛市资源局于 2011 年 7 月签订的编号 2011-50《国有建设用地使用权出让合同》（以下简称案涉合同）是行政协议，属于行政诉讼的受案范围，符合法律规定。

【裁判要旨】《国有建设用地使用权出让合同》与矿业权等国有自然资源使用权出让协议的性质一致，均属于行政协议，当事人可提起行政诉讼。

【案例六】陈造建、台州市黄梁陈工艺有限公司行政监察（监察）案件

【审理法院】浙江省高级人民法院

【案号】（2020）浙行终 1480 号

【案情简介】原告陈造建等 22 人系仙居县下各镇黄梁陈村村民。2019 年 5 月 10 日，仙居县自然资源和规划局决定以挂牌方式出让位于仙居县×镇×村×副国有建设用地使用权。原告台州市黄梁陈工艺有限公司系竞买人之一。2019 年 6 月 17 日，仙居县自然资源和规划局与竞得人仙居县锦德祥工艺品厂签订了成交确认书，并于 2019 年 7 月 2 日在仙居县公共资源交易中心发布成交公告。2019 年 6 月 24 日，仙居县自然资源和规划局与仙居县锦德祥工艺品厂签订了国有建设用地使用权出让合同。2020 年 4 月 2 日，原告陈造建等 22 人、台州市黄梁陈工艺有限公司向被告仙居县人民政府提出行政复议申请，要求撤销成交确认书。2020 年 4 月 9 日，被告仙居县人民政府作出台仙政复〔2020〕17 号行政复议告知书，告知原告不予受理。原告陈造建等 22 人以及台州市黄梁陈工艺有限公司不服，提起本案行政诉讼。

【裁判理由】《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第一条规定，行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。第二条第（三）项明确规定，矿业权等国有自然资源使用权出让协议属于行政协议。无论从《中华人民共和国城市房地产管理法》《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》等规定，还是从土地的自然资源属性，以及从行政协议的构成要素和识别标准来看，国有土地使用权出让合同应属于行政协议。

实务点评

一、对于签订日期早于 2015 年 5 月 1 日的《国有土地使用权出让合同》，原则上应按照民事诉讼处理

《国有土地使用权出让合同》的行、民之争主要产生于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》[法释（2015）9 号，2015 年 5 月 1 日生效，现已失效]生效之后，该司法解释首次建立了行政协议制度，但又没有明确《国有土地使用权出让合同》的性质，导致实践中对于《国有土地使用权出让合同》是否属于行政协议产生巨大争议。

在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》生效之前，涉及国有土地使用权出让合同的规定主要是《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》[法释（2005）5 号，已失效]，该司法解释明确其制定渊源为民事法律法规，也就是明确土地使用权出让合同纠纷属于民事审判范畴。此外，最高院于 2008 年 2 月 4 日发布的《民事案件案由规定》[法发（2008）11 号，已失效]也将建设用地使用权出让合同纠纷列为民事案由。

最新有效的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》[法释（2019）17 号]第 28 条对行政协议如何处理进行阶段性划分：对于 2015 年 5 月 1 日前订立的行政协议发生纠纷的，适用当时的规定；对于 2015 年 5 月 1 日后订立的行政协议发生纠纷的，适用行政诉讼法的相关规定。因此，对于签订日期早于 2015 年 5 月 1 日的《国有土地使用权出让合同》，实践中不应再有争议，即便《国有土地使用权出让合同》的性质为行政协议，按照协议签订时有有效的规定，该案仍应当按照民事案件处理。也即，不论《国有土地使用权出让合同》的性质为行政还是民事协议，只要签订日期早于 2015 年 5 月 1 日，原则上均应当按照民事案件处理。以上观点与赵丽娟与北京市规划和自然资源委员会撤销国有土地使用权出让合同纠纷案件[(2021)京 03 行终 264 号，详见案例 3]的裁判观点一致。

另外，《最高人民法院行政审判庭关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》[(2010)行他字第 191 号]明确：“土地行政主管部门通过拍卖出让国有建

设用地使用权，与竞得人签署成交确认书的行为，属于具体行政行为。当事人不服提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。”一种观点认为，该答复显示最高院已对《国有土地使用权出让合同》定性为行政协议，当事人履行该合同发生争议的，只能提起行政诉讼。但我们认为，该答复意见仅明确签署成交确认书的行为属于具体行政行为，土地行政主管部门未按照招拍挂的结果与竞买人签订成交确认书的，竞买人可以按照该答复意见提起行政诉讼，要求土地行政主管部门按照成交条件签订成交确认书。但该答复意见并未涉及《国有土地使用权出让合同》的性质，也没有涉及履行该合同发生争议后法院的处理方式，因此，该答复意见与本文所讨论的问题关联性不大。同样，《最高人民法院关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为性质的答复》[（2009）行他字第55号]、《最高人民法院关于收回国有土地使用权案件适用法律问题的答复》[（2012）行他字第10号]也属于类似情况，并没有改变2015年5月1日前法院关于《国有土地使用权出让合同》属于民事合同这一基本的定性。

二、对于签订日期晚于2015年5月1日的《国有土地使用权出让合同》，法院应当尊重当事人的选择，当事人既可选择提起民事诉讼，也可选择提起行政诉讼

对于签订日期晚于2015年5月1日的《国有土地使用权出让合同》，按照《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》[法释（2020）17号]《民事案件案由规定》[法（2020）347号]等司法解释的规定，《国有土地使用权出让合同》属于民事合同，因履行合同发生纠纷应当按照民事案件处理。但《最高人民法院第一巡回法庭关于行政审判法律适用若干问题的会议纪要》第22条又明确：“国有土地出让合同属于典型的行政协议，因为签订行政协议行为，行政机关不依法履行、未按照约定履行协议行为，行政机关单方变更、解除协议引发的纠纷，应当通过行政诉讼的途径解决。”最高院在这一问题上呈现相互冲突的两种态度，导致各级法院在处理此类案件时的裁判观点差异巨大，出现同案不同判的情况。

虽然《最高人民法院第一巡回法庭关于行政审判法律适用若干问题的会议纪要》第22条前半段表述十分强硬，认为国有土地出让合同相关纠纷应当通过行政诉讼的途径解决，但该条款后半段对此问题又进行了软化处理，认为：“应当注意的是，目前《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》依然有效，该司法解释将国有土地出让合同纠纷作为民事案件受理，而行政诉讼法和相关行政诉讼的司法解释尚未明确国有土地出让合同属于行政诉讼的受案范围，当事人选择民事诉讼途径解决争议的，人民法院应当尊

重当事人的选择。”也即，该会议纪要同时明确法院应当尊重当事人的选择，当事人也可提起民事诉讼。我们认为该处理方式是比较妥当的，在立法及司法层面未就《国有土地使用权出让合同》准确性的情况下，简单以《国有土地使用权出让合同》不属于民事或行政诉讼受案范围为由驳回当事人的请求，将会平添当事人维权成本。法院应以当事人为中心，不应人为给当事人维权制造障碍，尊重当事人对维权路径的选择。

实务建议

当事人在对此类纠纷提起诉讼前，应注意审查合同签订时间，对签订时间早于 2015 年 5 月 1 日的《国有土地使用权出让合同》，谨慎选择行政诉讼的方式解决争议。对于 2015 年 5 月 1 日后签订的《国有土地使用权出让合同》，当事人可从举证责任等方面对行政、民事两种维权路径进行评估，选择有利于权利实现的路径。同时，因行、民之争在此类案件中比较普遍，对方当事人很有可能利用这个问题拖延案件程序，当事人在立案时应对此进行充分的准备，从法律规定、裁判案例等角度寻求充足的依据，并以合适的方式向法官呈现。

新建设工程质量检测管理办法的修订亮点与实务疑难问题

建设工程质量事关人身财产安全，工程质量检测是工程质量控制的关键环节，是评价工程质量的重要依据。近年来建设工程质量检测行业逐渐壮大，但部分检测机构低价竞争、出具虚假报告等问题日益严重，国家关于质量检测管理的制度体系、监管要求也落后于实践。为此，住房和城乡建设部发布了新版《建设工程质量检测管理办法》（住房和城乡建设部令第 57 号，以下简称新办法），并已经于 2023 年 3 月 1 日开始施行。面向未来，有必要对新办法的重大变化、修订亮点予以介绍和澄清，立足实践，有必要对行业关切、实操疑难的问题予以分析和探讨。权为抛砖引玉，如有谬误，望诸君不吝指教。

新规亮点

2005 年，原建设部发布《建设工程质量检测管理办法》（建设部令第 141 号），2015 年进行了修正（以下简称原办法）。对比原办法，新版《建设工程质量检测管理办法》有以下重大调整与修订亮点值得关注：

1.基于行业分管实际，调整办法适用范围

原办法不但适用于房屋建筑与市政工程，还规定水利工程、铁道工程、公路工程等工程中涉及结构安全的试块、试件及有关材料的检测按照有关规定可以参照执行。基于我国建设工程根据行业划分由不同部门分管的实际，由住建部制定的新办法的适用范围限定为房屋建筑和市政基础设施工程。其他建设工程的质量检测相关规定适用行业主管部门制定的规定，如水利工程质量检测适用水利部制定的《水利工程质量检测管理规定》。

2.回应实践需要，扩充完善检测范围

为适应实际需要，新办法将检测内容扩充为“涉及结构安全、主要使用功能的检测项目，进入施工现场的建筑材料、建筑构配件、设备，以及工程实体质量等”，相比原办法新增了“涉及主要使用功能的检测项目”“进入施工现场的设备”“工程实体质量”。

3.调整检测资质分类，更新资质管理要求

首先，新办法将检测资质分为综合类资质和专项类资质，不再采用原办法专项检测机构资质和见证取样检测机构资质的划分。同时，检测机构资质标准和业务范围，不再于新办法中直接规定，由住建部另行制定，2022 年底征求意见，目前尚未公布。

其次，资质管理也有新变化：（1）检测机构资质证书实行电子证照；（2）资质证书有效期由原来的 3 年调整为 5 年；（3）不再要求检测机构提供营业执照、技术人员身份证及社会保险等书面材料，改由资质许可机关进行网上核查，CMA 资质证书不再要求提交，但从事检测业务应仍需取得 CMA 资质。

4.扩充检测市场主体范围

根据原办法，检测机构必须具有法人资格，新办法明确具有独立法人资格的企业、事业单位以及依法设立的合伙企业均可以申请检测机构资质，没有独立法人资格的合伙企业也可以准入检测市场。

5.调整回避机制规则，明确非建设单位委托的检测机构出具的检测报告不得作为工程质量验收依据

基于质量检测独立性、公正性的考虑，新老办法都规定了回避制度，新办法要求的需与检测机构回避的对象删除了设计单位、行政机关及具有管理公共事务职能的组织，新增了建设单位和材料、构配件、设备供应商，保留了施工单位和监理单位。

新办法新增规定，明确非建设单位委托的检测机构出具的检测报告不得作为工程质量验收依据，本质上是将检测机构回避机制在质量验收、城建档案归档制度中进行了落实。

6.要求建设单位编制工程概预算时，检测费用要单独列支

新办法新增规定要求建设单位编制工程概预算时，检测费用要单独列支，如有违反将承担行政乃至刑事法律责任。这实际上也是检测机构回避机制的经济保障。基于工程行业“层层转包、层层克扣”的客观现实，以及采购时对于造价涵盖范围大包大揽的习惯，要求一些重要的造价必须单独列支也是国家监管部门的惯常操作了，比如要求安措费必须单独列支、噪声污染防治费用应列入工程造价，以免相关费用事实上被压缩乃至取消。

7.严格规范检测实施流程，确保真实可追溯

针对检测实践中突出的造假问题，新办法对委托、取样、标识、送检、接收试样等检测活动作出了新要求，要求检测全过程要信息化、数字化，确保真实性、准确性以及全过程可追溯。

8.完善建设工程质量检测责任体系

新办法完善建设工程质量检测责任体系，明确规定参与检测活动的建设、施工、监理等单位及人员的责任义务，完善相关禁止行为规定。如落实《建设工程质量管理条例》和《建设工程抗震管理条例》的规定，对建设工程质量检测活动实施见证进行了具体规定。

9.完善监管机制，加大处罚力度

新办法加强了对建设工程质量检测的信息化监管、全过程监管及信用信息的应用，加大对违法违规行为的处罚力度，一方面扩大了处罚的范围，如增加处罚事项、处罚对象，另一方面提高了处罚的金额标准等。

实务问题

1.新办法实施后，检测合同如何签订

目前，建设单位往往将建设工程质量检测纳入施工承包范围内，要求施工单位签订检测合同并支付费用。新办法实施后，此种做法将不再合规（实际上在新办法实施前此等做法也不合规），且由于非建设单位委托的检测

报告不得作为质量验收的依据，住建部门也要求检测机构出具检测报告时要审查委托人主体资格，常见的施工单位签订检测合同，但检测报告将委托人列为建设单位的做法将无法操作。建设单位和施工单位作为共同委托人与检测机构签订三方协议，仍由施工单位支付检测费用的变通做法，在一些监管不严的地区以及新办法施行初期可能可以实际操作，但严格来说，这种做法既不符合新办法的立法目的，也不符合对检测费用单独列支具体要求。

在过渡期，如当地监管严格的，对于已经约定质量检测及其费用包含于施工合同中的项目，可以通过补充协议的形式剥离出来，由建设单位直接委托检测机构并支付检测费用，最终在与施工单位结算时扣回。

对于政府代建项目，如果由代建单位报建的，由代建单位直接与检测机构签订合同并支付费用应无问题。对于商业代建项目，绝大多数情况是需要以建设单位名义进行报建的，此时建议由建设单位与检测机构直接鉴定检测合同并支付检测费，当然，也可以由三方签订检测合同，由建设单位与代建单位作为共同委托人，由代建单位支付检测费用。

2.非建设单位委托报告不得作为验收依据，是否溯及既往

新办法及《建筑与市政工程施工质量控制通用规范》（GB55032-2022）严格来说不能溯及既往，但2020年住建部印发的《关于落实建设单位工程质量首要责任的通知》就已经提出了非建设单位委托的检测机构出具的检测报告不得作为工程质量验收依据，监管部门可能认为不涉及溯及既往问题。

因此，笔者了解到，不少地方已经开始严格执行新办法和《建筑与市政工程施工质量控制通用规范》。

如珠海市住房和城乡建设局《关于进一步明确建设工程检测报告作为质量验收依据有关要求的通知》（珠建质〔2023〕20号），要求检测机构2023年3月1日起出具的检测报告，委托检测单位必须为建设单位，方可作为工程质量监督和验收依据；检测机构2023年3月1日前已出具的检测报告，非建设单位委托的，应经建设单位书面确认后方可作为工程质量监督和验收依据。建设单位须承担使用第三方委托检测的报告作为监督和验收依据以及后续可能引发相关纠纷的首要责任。建设单位应在组织验收前提供相关承诺确认文书，并将其附加在验收资料中作为竣工备案资料存档。

再如，南通市建设工程质量监督站2022年12月20日发布的《关于进一步加强市区建设工程质量检测监管工作的通知》（通质监〔2022〕27号）规定，建设单位应当加强工程质量检测管理，与被委托方签订书面合同，在合同中明确检测费用并按时足额支付，禁止变相要求施工单位承担应当由建设单位承担的检测费用，不得违规

减少依法应当由建设单位委托的检测项目和数量。非建设单位委托的检测机构出具的检测报告不得作为工程质量验收依据。

故建设单位、代建单位、检测机构在确定工程分判、检测合同主体时应当结合新规、标准的要求以及当地监管要求，谨慎处理，以免风险。

3.无资质的检测机构签订的检测合同是否无效

新办法第三十九条规定：“违反本办法规定，未取得相应资质、资质证书已过有效期或者超出资质许可范围从事建设工程质量检测活动的，其检测报告无效。”但无资质、资质过期、超出资质是否导致检测合同无效，目前没有相关规定予以明确。

《建设工程质量检测管理办法》的上位法《建筑法》《建设工程质量管理条例》也缺乏对检测机构资质的规定。故如果适用《民法典》第一百五十三条“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”的路径否定检测合同的效力，并无说服力。但需要特别注意的是，建设工程质量检测资质管理属于检测行业的准入要求，认为关于检测行业的“市场秩序”具有一定的道理，且实践中建设工程行业中施工、监理、设计等无资质导致合同无效的逻辑相似，如果法院基于《全国法院民商事审判工作会议纪要》第31条规定的“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。”认定检测合同无效，也并非没有可能。

综上，笔者倾向于认为检测机构无资质、资质过期、超越资质，不影响资质合同效力。通过认定此等情况下检测报告无效，足以回应关于公共安全、公共利益的担心。且检测报告无效的，委托人完全可以主张合同目的无法实现，要求解除合同或者主张无需支付检测费。

4.非建设单位委托的检测合同是否无效

需要特别澄清的是，实践中签订检测合同除了建设单位（或代建单位）作为委托人的情况外，还有施工单位委托的施工单位自检、监理单位委托检测、监管机构委托的飞行检测、各方共同委托的复检等多种情况。

国家关于非建设单位委托的检测报告不得作为质量验收资料的规定实际上是行政管理要求，如果违反只是导致相关检测报告不得用于相关程序，以此作为检测合同无效的依据，理由不足。且签订委托检测合同的情况多种多样，以其中一种情况“非建设单位委托”否定合同效力，明显不符合逻辑。

综上，笔者认为非建设单位委托不导致检测合同无效。

东莞市集体土地征转历史遗留问题及补正建议

我国土地的所有权包括国家所有和集体所有，在集体经营性建设用地入市改革以前，任何单位和个人进行建设需用土地的必须申请使用国有土地。然而，自改革开放以来，东莞通过“三来一补”带动镇村经济发展，镇村“城市化”建设进程中，不少公共建设配套设施通过集体土地征收或使用落实。但是，由于征收相关法律法规经历调整、在缺乏完备配套指引文件时征收手续普遍相对粗放，导致在征收或使用集体土地时产生一些历史遗留问题。在完善征收手续之前，往往难以按照实际征收补偿情况办理国有土地使用权证，甚至有些国有土地使用权证办到集体土地所有权证红线范围内。在推进“三旧”改造、城市更新的权籍调查工作时，相关用地单位或集体经济组织对于相关历史征收土地的权属容易产生异议；或在如何完善用地手续进而确定补偿对象问题上没有统一处理方式，形成“政府拿不走、社区用不好、市场难作为”的局面。本文作为土地房屋实务系列第八篇，由建纬（东莞）律师事务所制定，聚焦东莞市集体土地征转历史遗留问题，列举几类常见的实务情况，并提出现阶段下相关问题的补正建议，助力盘活东莞存量土地。

集体土地历史遗留征转问题表现及背景

东莞集体土地历史遗留征转问题，是指在集体土地征转为国有土地过程中，由于早期征收程序不规范、不完善等原因而遗留下来的土地权益尚未充分厘清等实操问题。常见情形包括已通过“村改居”转为国有性质但土地仍由原集体经济组织及村民使用且并未落实补偿、已依法取得征地批复但尚未开展征地安置补偿、已签订征地合同书、按照协议落实补偿且已由用地单位实际占有使用但尚未完善用地手续……以下就前述三类常见情况的实操表现及落实背景相应展开论述，以便读者了解东莞集体土地历史遗留征转问题。

（一）已通过“村改居”转为国有性质但土地仍由原集体经济组织及村民使用且并未落实补偿

此情形是指，在城市化过程中，通过“村改居”的方式将辖区范围内的集体土地统一转为国有性质，但未依法对被征地单位（即集体经济组织）以及地上房屋使用权人落实补偿，目前土地仍由集体经济组织或原村民实际占有使用，在用地审批、资产管理等问题上，仍实际受到集体用地、宅基地等交易限制。

早在 2002 年，东莞市颁布了《关于推进村委会改社区居委会工作的意见》（东委发〔2002〕13 号），开启“村改居”工作，将农村户口转变为居民户口的形式统筹将集体土地转为国有土地。2004 年 5 月 14 日，东莞市人民政府发布了《东莞市关于“村改居”工作若干问题的指导意见》（东府〔2004〕149 号），“村改居”工作从试点推行发展到全市推行。到 2007 年上半年，东莞市的东城、南城、万江街道和虎门、樟木头、长安镇已全面完成“村改居”工作，“村改居”后集体土地统征统转为国有土地。然而，部分镇街在开展“村改居”时，并未严格按照该规定或参照征收相关规定严格落实对被征地单位的补偿。

统一施行的“村改居”行为，是否能必然改变集体土地的所有权性质，是值得商榷的。2004 年 10 月，国务院发布的《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28 号）明确规定，禁止擅自通过“村改居”等方式将农民集体所有土地转为国家所有。虽然《中华人民共和国土地管理法实施条例（1998 年修订）》[1]、《确定土地所有权和使用权的若干规定》[2]等对于“村改居”农民转为非农业人口情况下土地性质问题均有规定，但国务院法制办公室、国土资源部于 2005 年 3 月 4 日联合发布《关于对〈中华人民共和国土地管理法实施条例〉第二条第（五）项的解释意见》（国法函〔2005〕36 号）[3]前述规定作出解析，农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的，原属于其成员集体所有的土地，属于国家所有，是指“可以依法征收为国家所有”。而且最高人民法院也曾在相关案例裁判文书[4]中指出“原属于农村集体经济组织所有的集体土地，只有在被依法征收后，才能变为国有土地。未经土地征收程序，仅仅是规划变更，将农民所在村、组的集体土地纳入城镇规划区范围，农民的农村集体经济组织成员身份因建制转变为城市居民，原属农村集体经济组织所有的集体土地，并不能当然地转变为国有土地”。根据土地征收相关法律规定，在符合法定情形下，报经依法享有审批权限的政府批准后方可依法征收。因此，集体所有土地，只有依照法律规定的权限和程序实施征收后才能转变为国有土地。

拍卖公告

广东省东莞市第一人民法院关于东莞市万江区社区土地 使用权（权属证书号：东府国用字 第 号）及地上 建筑物的拍卖公告

特别提醒：

1、拍卖标的可能存在欠费情况，实际具体费用请咨询物业管理处，法院不负责协商处理。

2、本次拍卖标的物存在超红线图情况，地上建筑物无房产证，法院本次拍卖标的所作的说明及提供的图片、视频等仅供竞买人参考，不构成本次拍卖标的的任何保证，法院不保证无未知的瑕疵，不承担标的物的瑕疵担保责任，相关风险由竞买人自行承担。

3、根据东莞市自然资源局的反馈，该标的土地使用权属于因“村改居”工作登记为国有划拨私人住宅用地，受让对象限制在本农民集体经济组织成员或本村村民。竞买人应当在竞买前自行到集体经济组织确认是否为本农民集体经济组织成员或本村村民，以及是否符合购买条件。

(以上为“人民法院诉讼资产网”上某则司法拍卖公告截图)

以“村改居”的方式将集体土地转为的国有土地，在土地利用效率上并未发挥国有土地应有的效益。以前文所示司法拍卖公告截图为例，该土地虽然土地性质登记为国有划拨土地，但土地用途仍载明为农村宅基地，并且在转让时对受让对象有限制。换言之，这部分土地实际仍归原集体经济组织/原村民使用，此类现象类似于《土地管理法》中提及的“国家所有依法由农民集体使用的”土地情形或者相邻城市深圳辖区内历经城市化转地但仍由社区股份合作公司使用的“集体用地”。

(二) 已依法取得征地批复但尚未开展征地安置补偿

“三旧”改造或城市更新项目实施时，如涉及集体土地转为国有土地的，须拟定征收方案并报经有批准权的政府审批。然而，部分项目在取得征地批复后，由于地上房屋所有人不配合征收、改造规划或者范围调整、政策调整等各种客观原因，导致项目范围内土地在较长时间内未能办理土地供应、出让等相关用地事宜。而政府实施的征收项目，也有个案因征收补偿款未能及时落实补偿资金、征地补偿款与土地出让金取得情况相挂钩等问题，属地集体经济组织未能实际收取相关征地补偿款。

经广东省人民政府批准，需将东莞市[]股份经济合作社属下的[]公顷集体建设用地征为国有建设用地。现将经依法批准的《广东省人民政府关于东莞市[]农村集体经济组织的旧村庄集体建设用地征为国有建设用地的批复》(粤府土审[]) 以及有关事项公告如下：

一、建设用地项目名称：[]城市更新项目启动区更新单元。

二、征收土地位置：[]。

三、被征收土地情况：东莞市[]股份经济合作社的集体土地[]公顷，全部为建设用地。

四、补偿安置方式：[]股份经济合作社经村民会议依法表决同意，申请将[]公顷的集体建设用地由政府征为国有建设用地，并拟采取货币补偿与物业还迁相结合的方式补偿安置。

五、申请被征收的土地所有权人及相关权利人可以自公告期限届满之日起60日内就征地批复(粤府土审[]) 向广东省人民政府申请行政复议。

本公告期限为2022年4月8日至2022年4月22日(不少于10个工作日)。

特此公告。

附件：被征收土地用地界址红线.pdf

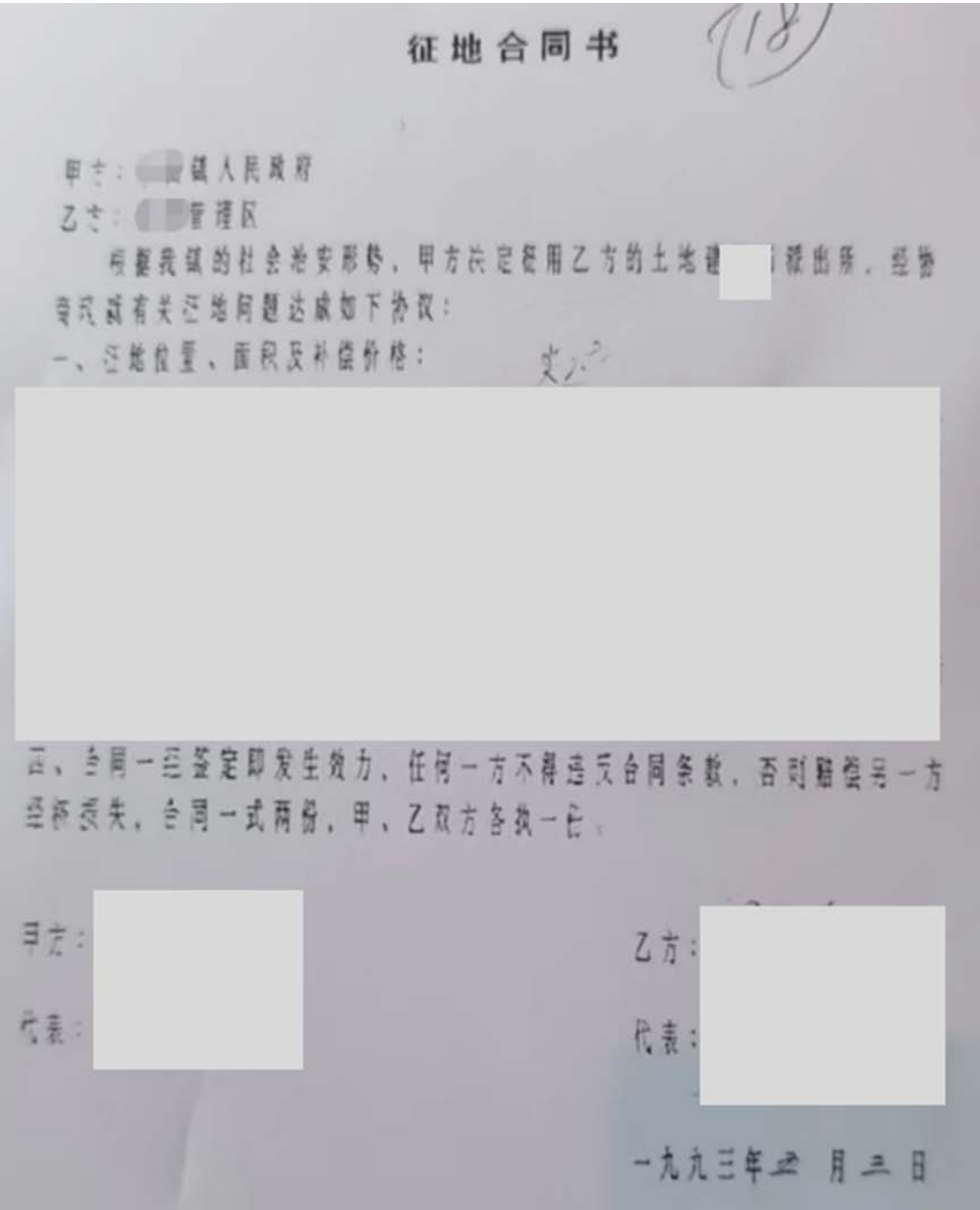
(某城市更新项目征收土地公告)

根据《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）相关规定[5]及根据《国土资源部关于完善农用地转用和土地征收审查报批工作的意见》（国土资发〔2004〕237号，2020年已被废止失效）相关规定[6]，土地征收批准文件（征地批复）满两年未用地或未实施征地补偿安置方案的，批准文件自动失效。对于“未用地或未实施征地补偿安置方案”如何理解，最高人民法院第三巡回法庭在《最高法院第三巡回法庭关于农村集体土地征收补偿行政案件常见问答解答》（下称《解答》）中作出解释：征地批复失效的前提条件为市、县两年内未用地或未实施征地补偿安置方案等。因被征地农户等得到征地补偿款和具体获得安置，仅为市、县人民政府以及土地行政主管部门具体实施征地补偿安置方案的阶段性行政程序，故不能仅以被征地农户等是否得到征地补偿款和实际获得安置，作为市、县人民政府以及土地行政主管部门是否具体实施征地补偿安置方案的依据。最高人民法院也曾在相关案例裁判文书[7]指出“用地或者实施征地补偿方案等为一个过程，不宜割裂开来单独判断”。基于上述观点，因集体土地征收、属地集体经济组织因实施“三旧”改造申请集体用地转为国有土地等是一个持续且动态的过程，主要工作事项包含土地和房屋权属调查、拟定补偿安置方案、签订拆迁补偿安置协议、发布征收公告、申请集体土地转为国有性质等一系列行为，而相关征地批复文件，只是政府征收或者“三旧”改造、城市更新相关工作的其中一个环节，如征地行为在现实中已持续推进，一般而言，较难认定为“未用地或未实施征地补偿安置方案”。因此，历史已经实际取得的征地批复难以被认定为失效。

（三）已签订征地合同书、按照协议落实补偿且已由用地单位实际占有使用但尚未完善用地手续

在1998年修订的《土地管理法》实施以前，集体土地征收的审批主体包括县级人民政府[8]，因此，东莞市政府在该历史时期下享有一定的土地征收审批权限，镇政府基于用地需求而具体实施征地行为，包括与集体签订征收合同书，支付土地补偿款项，将土地通过划拨形式交由用地单位使用土地。

然而，在实务中，该部分土地虽已经依照当时法律法规征收程序征收并已结清征地补偿，但可能由于审批权限调整、建设用地规模或建设用地指标不足等各种原因导致最终未完善集体土地转为国有土地相关手续，土地仍显示属于集体所有的情况。



(某集体土地历史征收补偿、划转提供给某行政事业单位使用的协议)

问题补正

(一) 对于已通过“村改居”转为国有性质但土地仍由原集体经济组织及村民使用且并未落实补偿的情形，如上文分析，“村改居”模式并未能当然地将集体土地转为国有性质，因此，该部分土地的征收程序并不完善，如因城镇发展用地需要对该部分土地进行征收，需严格按照法律法规规定的集体土地征收程序开展。

土地所有权人	“三旧”建设用地情况				“三旧”情况				“三旧”情况				备注
	批准面积	批准用途	批准文号	面积	用地行为发生时间	用地行为发生时间	用地行为发生时间	面积	建设用途	农用地	未利用地	土地利用总体规划用途	
7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
东莞市东城立新九头村股份经济合作社		住宅	东府国用字〔2008〕第0000000000号			0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	城乡建设用地	该宗地的初始登记为集体性质，因“村改居”工作登记为国有划拨私人住宅，尚未办理土地征收手续。

(以上为政府官网公示的某城市更新项目权籍调查表截图)

(二) 对于已依法取得征地批复, 但尚未开展属地集体经济组织的征地安置补偿的情形, 征收单位应对集体土地所有权人及地上建(构)筑物所有权人等相关权益人落实补偿, 这是征收集体土地的应有之意。如果未制定相关征收补偿方案, 建议依据《广东省土地管理条例》及《东莞市人民政府办公室关于进一步完善土地收储整備补偿和利益共享机制的意见》(东府办〔2020〕17号)等法律法规及政策规定, 以制定安置补偿方案时区片综合地价确定土地补偿费和安置补助费, 青苗补偿费和地上建(构)筑物、附着物补偿费等费用参照《东莞市公共基础设施建设项目土地和房屋征收补偿市镇包干结算标准规定》(东府办〔2017〕111号)规定的标准执行。

对于属地集体经济组织取得征地补偿款后, 地上建(构)筑物相关补偿经济关系厘清的问题。根据《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》第十二条第二款“征收农村集体土地时未就被征收土地上的房屋及其他不动产进行安置补偿, 补偿安置时房屋所在地已纳入城市规划区, 土地权利人请求参照执行国有土地上房屋征收补偿标准的, 人民法院一般应予支持, 但应当扣除已经取得的土地补偿费”的规定。鉴于此, 可以判断集体经济组织取得的征地补偿当然包括了土地、建(构)筑物全部补偿款等款项, 其获得征地补偿后负责与地上建(构)筑物相关权益人厘清补偿经济关系, 否则将导致该用地无法拆除平整、用地移交给征收单位。如实施征地补偿时间距离单个地上建(构)筑物相关权益人落实安置补偿时间较长, 征收土地出让价值随着土地市场价格提升而提升, 基于公平合理的原则, 可以考虑结合上述最新的征收补偿标准规定对补偿标准予以调整。

(三) 对于按照特定历史背景下已实施征转且已由用地单位使用但因各种原因尚未完善用地手续的集体土地, 如需完善征收用地报批手续的, 根据广东省人民政府发布的《广东省旧城镇旧厂房旧村庄改造管理办法》(下称《改造管理办法》)的相关规定, 在满足规定条件的情况下, 可通过纳入“三旧”改造实施中统筹处理。

规定条件 类型	具体要求	备注
	符合国土空间详细规划	/

规定条件 类型	具体要求	备注
纳入改造 前置条件	已纳入省“三旧”改造地块数据库	/
	土地界址、地类、面积清楚，土地权属无争议	/
	省人民政府规定的其他条件	包括省政府出台的《关于推进“三旧”改造促进节约集约用地的若干意见》（粤府〔2009〕78号）《关于提升“三旧”改造水平促进节约集约用地的通知》（粤府〔2016〕96号）《关于深化改革加快推动“三旧”改造促进高质量发展的指导意见》（粤府〔2019〕71号）等政策文件。
征收问题 统筹处理的 实质条件	在规定期限前与农村集体经济组织、农户签订征地补偿安置协议并已经落实，且未因征地补偿安置产生纠纷	粤府〔2009〕78号文规定，对于涉及完善土地征收手续的“三旧”用地，如用地行为发生在1987年1月1日之后、2007年6月30日之前的，已与农村集体经济组织或农户签订征地协议并进行补偿，且未因征地补偿安置等问题引发纠纷、迄今被征地农民无不同意见的，可以按照用地发生时的法律政策落实处理（处罚）后，按土地现状完善征收手续。广东省国土资源厅《关于深入推进“三旧”改造工作的实施意见》（粤国土资规资字〔2018〕3号）规定，对于无合法征地手续或手续不完善，实际已实施征地（2009年12月31日前已签订征地协议）的历史用

规定条件 类型	具体要求	备注
		地，按照用地发生时的土地管理法律、法规及政策规定落实处理（处罚）并完善征收手续。
	已按要求落实听证程序和办理社保审核。	粤府〔2009〕78号文规定，凡用地发生时法律和政策没有要求听证、办理社保审核的，在提供有关历史用地协议或被征地农村集体同意的前提下，不再举行听证、办理社保审核。

在粤府〔2009〕78号文的基础上，广东省国土资源厅（现广东省自然资源厅）印发了《关于深入推进“三旧”改造工作的实施意见》（粤国土资规资字〔2018〕3号，下称《实施意见》），为与国土资源部印发的《关于深入推进城镇低效用地再开发的指导意见（试行）》的通知（国土资发〔2016〕147号）接轨，将纳入改造范围的地块用地行为发生时间范围从2007年6月30日前调整至2009年12月31日前。目前，广东省自然资源厅就即将于2023年4月4日到期的《实施意见》发布了修订征求意见稿，修订征求意见稿中仍保留有关完善历史征地手续的相关规定。

结语

东莞市集体土地征转历史遗留问题，往往在“三旧”改造、城市更新权籍调查、政府（集体）综合收益确定环节中集中暴露。在实践中应尽量收集相关资料，协调政府部门、用地单位（如有）、集体经济组织等单位全面核查相关用地手续及相关历史资料，妥善处理政府、用地单位与集体经济组织的利益关系，结合国家、省级关于完善土地征收手续的“三旧”用地相关规定、参照本文所列情形对应的补正方案，相应开展相关用地手续完善工作。此外，政府主管部门尽快研究出台历史征收问题的处理指引文件，提供更为规范、清晰的路径，对于妥善处理东莞市集体土地征转历史遗留问题也显得必要且亟需。

[1] 《中华人民共和国土地管理法实施条例（1998年修订）》第二条第（五）项规定“农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的，原属于其成员集体所有的土地，属于全民所有即国家所有”。

[2] 《确定土地所有权和使用权的若干规定》第十四条规定，因国家建设征用土地，农民集体建制被撤销或其人口全部转为非农业人口，其未经征用的土地，归国家所有。继续使用原有土地的原农民集体及其成员享有国有土地使用权。

[3] 《关于对〈中华人民共和国土地管理法实施条例〉第二条第（五）项的解释意见》（国法函〔2005〕36号）规定，根据《行政法规制定程序条例》第三十一条的规定，经国务院批准，现对《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二条第（五）项作如下解释：一、该项规定，是指农村集体经济组织土地被依法征收后，其成员随土地征收已经全部转为城镇居民，该农村集体经济组织剩余的少量集体土地可以依法征收为国家所有。

[4] 程友田、湖南省长沙市望城区人民政府资源行政管理:土地行政管理(土地)再审审查与审判监督行政案（2018）最高法行申4928号最高人民法院行政裁定书。

[5] 《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）

（十九）严禁闲置土地。农用地转用批准后，满两年未实施具体征地或用地行为的，批准文件自动失效；已实施征地，满两年未供地的，在下达下一年度的农用地转用计划时扣减相应指标，对具备耕作条件的土地，应当交原土地使用者继续耕种，也可以由当地人民政府组织耕种。对用地单位闲置的土地，严格依照《中华人民共和国土地管理法》的有关规定处理。

[6] 《国土资源部关于完善农用地转用和土地征收审查报批工作的意见》（国土资发〔2004〕237号）

（十四）农用地转用和土地征收批准文件有效期两年。农用地转用或土地征收经依法批准后，市、县两年内未用地或未实施征地补偿安置方案的，有关批准文件自动失效；两年内未提供给具体用地单位的，按未供应土地面积扣减该市、县下一年度的农用地转用计划指标。

[7] 许永会、浙江省天台县人民政府资源行政管理:土地行政管理(土地)再审审查与审判监督案（2020）最高法行申12531号最高人民法院行政裁定书：征地批复失效的前提条件为市、县两年内未用地或未实施征地补偿安置方案等。而用地或者实施征地补偿方案等为一个过程，不宜割裂开来单独判断。具体到本案中，天台县政府在收到浙江省人民政府2014年1月作出的浙土字A〔2013〕-0782《建设用地审批意见书》后，于2014年3月发布了征收土地方案公告。原天台县国土资源局发布了补偿安置方案公告。2014年8月至2016年间，天台县土地价格与交易中心又陆续将征地补偿款进行了拨付。故天台县政府组织实施的征地行为符合《中华人民共和国土地管理法实

施条例》第二十五条的规定，并不存在收到浙江省人民政府案涉征地批文后两年内未实施具体征地行为的情况。许永会以 2017 年 5 月 21 日行政机关对其涉案房屋实施征收并予安置补偿的时间，认为浙土字 A[2013]-0782《建设用地审批意见书》已自动失效的主张不能成立。据此，一、二审法院判决驳回其诉讼请求和上诉，并无不当。

[8] 《中华人民共和国土地管理法（1988 修正）》第二十五条 国家建设征用耕地一千亩以上，其他土地二千亩以上的，由国务院批准。征用省、自治区行政区域内的土地，由省、自治区人民政府批准；征用耕地三亩以下，其他土地十亩以下的，由县级人民政府批准；省辖市、自治州人民政府的批准权限，由省、自治区人民代表大会常务委员会决定。征用直辖市行政区域内的土地，由直辖市人民政府批准；直辖市的区人民政府和县人民政府的批准权限，由直辖市人民代表大会常务委员会决定。



「地产与工程法律观察」



「建纬广东法律服务平台」

建纬(深圳)律师事务所

CITY DEVELOPMENT LAW FIRM SHENZHEN OFFICE

深圳市福田区深南大道4011号港中旅大厦9楼

电话:0755 2266 1566 传真:0755 2266 1599

建纬(广州)律师事务所

CITY DEVELOPMENT LAW FIRM GUANGZHOU OFFICE

广州市海珠区广州大道南788号广一电子商务产业园21号楼

电话:020 3195 5660

建纬(东莞)律师事务所

CITY DEVELOPMENT LAW FIRM DONGGUAN OFFICE

东莞市南城街道宏六路国金大厦21楼2102室

电话:0769 2302 7526

www.jianweishenzhen.com

上海 北京 深圳 昆明 武汉 长沙 杭州 天津 福州 南昌 南京 郑州 包头 西安 重庆 合肥
乌鲁木齐 成都 太原 济南 东莞 广州 青岛 大连 西宁 海口 兰州 贵阳 南宁 银川 哈尔滨