

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

ZHH
ZHH & Robin

2021年 第5期 | 总第078期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊



全国优秀律师事务所
司法部 部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

国内律师在国际商事
争议解决中的地位与作用

简评重庆姐弟坠亡案

网络仲裁产生的背景、
特点与面临的问题

助力施工单位，有效行使
建设工程价款优先受偿权

【法理天地】

集体经营性建设
用地出让问题研究

中豪再荣膺“钱伯斯”公司/商事领域一等律所

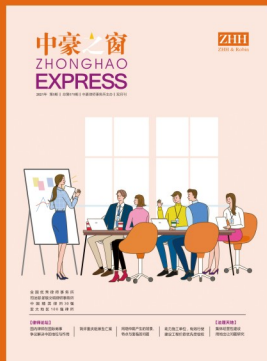
2022年1月12日，全球著名法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）发布《钱伯斯大中华区法律指南》，公布2022年中国法域中资律所影响力排名。中豪凭借卓越的专业能力、优质的法律服务及良好的业界声誉再次荣获中国“公司/商事领域（重庆）地区”第一等律师事务所，此次是中豪第十一次入榜第一等律所榜单，不仅彰显了中豪在公司与商事领域的强大实力，也是对中豪专业化、规模化、国际化的充分认可。董事局主席袁小彬再次荣膺“公司/商事领域西部（重庆）地区”领域“业界贤达”，党委书记张涌被评选为“公司/商事领域西部（重庆）地区”领域“第二等领先律师”。



中豪再荣登Legal 500 2022年度亚太地区榜单



2022年1月12日，国际权威法律评级机构Legal 500发布了2022年度亚太地区领先律师事务所和律师的评选名单。中豪凭借卓越的专业技巧及良好业界声誉，再次荣获“中国地区榜单：成都及重庆”推荐律师事务所。董事局主席袁小彬再次荣膺榜单“名人堂（Hall of Fame）”，合伙人、香港办公室主任杨青入选“明日之星（Next Generation partner）”榜单。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第078期 2021年 第5期 双月刊
(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主 编：袁小彬

执行主编：杨 青

编 委：

张 涌	陈 晴	邵兴全
宋 涛	王 辉	张晓卿
卜海军	陈 伟	范珈铭
涂小琴	李东方	夏 烈
俞理伟	朱 剑	吴红遐
汪 飞	郑 毅	郑继华
崔 冽	张德胜	邓 辉
傅达庆	刘 军	宁思燕
文 建	李 燕	杨 敏
柯海彬	梁 勇	邓舒丹
赵明举	周 尽	程地昌
李 永	王必伟	柴 佳
刘文治	青 苗	伍 伟
周 鹏	肖 东	黎莎莎
谢 敏	郑 鹏	袁 珂
赵 晨	高 伟	吕睿鑫
任 远	曹一川	赵寅皓
宋 琴	高红刚	文 奕
张 龙	王冠男	杨 敏
王瑞勇		

责任编辑：蒋官宝

美 编：王 先

主 办：中豪律师事务所

Web:www.zhhlaw.com

Twitter:@zhhlawfirm

Weibo:weibo.com/zhhlawfirm

Wechat:@zhhlawfirm

CONTENTS 目录

律师论坛 FORUM

国内律师在国际商事争议解决中的地位与作用 郑毅 2

简评重庆姐弟坠亡案 傅达庆 汤伟佳 9

网络仲裁产生的背景、特点与面临的问题 刘凌峰 13

助力施工单位，有效行使建设工程价款优先受偿权 宁思燕 徐路平 16

法理天地 THEORY

集体经营性建设用地出让问题研究 王冠男 27

2021年12月1日，四川省律师协会副会长樊斌带领专业发展委员会、民营企业权益保障工作委员会、城乡统筹法律服务专委会等8个专委会一行14人到访中豪参观交流。

2021年12月8日，合伙人黄昊举办了“清算企业档案规范化管理的法律规制”专题讲座，他结合其丰富的实务经验，对破产档案管理工作规范、流程、制度构建等内容进行了全面分享。

2021年12月15日，重庆市渝中区司法局局长管亮、副局长何福等一行6人到访中豪参观交流。董事局主席袁小彬，党委书记张涌、副书记宋琴等陪同参观，并进行了座谈交流。

2021年12月15日，合伙人苟静举办了强制执行人寿保险实务讲座，结合实例，与同事们分享了申请保单现金价值强制执行的办案经验及心得体会。

2021年12月22日，合伙人范珈铭凭借其在资本市场及上市公司相关业务的丰富实务经验，与同仁们就查封与执行上市公司股票实务作了精彩分享。

2021年12月22日，香港办公室主任杨青和纽约办公室执行主任吕睿鑫结合其丰富的境外并购实务经验，以分享具体案例的形式，给涉外律师研究生班详细讲授境外并购法律实务。

2021年12月19日，重庆市法学会破产法学研究会成立大会顺利召开，来自重庆市各高等院校、重庆破产法庭、重庆市破产管理人协会等单位的专家学者及法律实务工作者参加会议，共同见证了破产法学研究会的成立。会议上选举产生了破产法学研究会第一届理事会成员，由赵万一同志担任会长，我所合伙人张涌担任副会长。

中豪新闻



2021年12月28日下午，由香港投资推广署主办，重庆市对外投资和经济合作企业协会与中豪（香港）律师事务所联合承办的“香港投资及香港企业合规经营与风险防范”论坛在来福士会议礼堂举行。

2021年12月30日，重庆市律协渝中区律工委举办“破产理论与实务主题征文颁奖典礼”暨“预重整制度”专题讲座。经专委会严格评选，合伙人宋琴、律师熊雅洁撰写的《被挂靠企业破产后挂靠项目工程款所有权问题实务研究》以及律师李雯撰写的《共益债投资在破产重整程序中的应用思考》获第三名；合伙人宋涛撰写的《破产程序中未届出资期限股东转让股权的责任承担》，合伙人宋琴、律师龙泳宏撰写的《破产程序中撤销权制度研究》，律师余莉撰写的《关于环境债权在破产程序中清偿问题的浅析》获优秀奖。

中豪系西南政法大学法律硕士（涉外律师）研究生培养基地。2021年12月24日，董事局副主席郑毅和国际业务部合伙人文奕结合其丰富的国际商事仲裁实务经验，以知识总结和案例分享的形式，给涉外律师研究生班详细讲授了国际商事仲裁法律实务。

2020年四川省律师专业水平评定工作在全省范围内开展。本次四川省共计评定428人次，中豪成都办公室2名律师分别在公司法、建筑房地产领域通过四川省专业水平评审委员会专业评审。其中，合伙人王冠男被评定为“公司法专业律师”，合伙人邓舒丹被评定为“建筑房地产专业律师”。

2021年12月23日至25日，成都市锦江区第八届人民代表大会第一次会议隆重召开。高级合伙人、成都办公室主任汪飞作为本届人大代表参加会议，并当选为锦江区第八届人民代表大会法制和监察委员会委员。

随着中国经济实力的不断发展，越来越多的中国企业积极参与到国际商事交易当中，既获得了巨大的经济收益，也同时面临着许多交易风险。许多中国企业在对外经贸交往中都发生过商事争议，也或多或少的参与到国际商事仲裁、诉讼，或国际商事调解当中。但由于中国企业对国际商事交易规则不够熟悉，对国际商事争议解决机制也缺乏深入的理解和认知，往往在国际商事纠纷的处理中面临诸多困难。这其中，当然需要中国律师的积极参与，协助中国企业化解难题。但相对于国内仲裁和诉讼而言，大多数中国律师在面对国际商事案件时，仍然会觉得较为陌生，而且也会因为不熟悉规则、语言和机制而处于相对的弱势。

国内律师在国际商事 争议解决中的地位与作用

◎ 文 / 郑毅 / 重庆办公室





郑毅 | 合伙人

专业领域：跨境投融资、私募及风
险投资
手机：+86 138 8393 5858
邮箱：lan@zhhlaw.com

国际商事争议解决机制当中最为常见的当属仲裁。以国际商事仲裁为例，在管辖仲裁机构、适用仲裁规则、仲裁地点、适用的程序和实体法律等方面，具有明显的跨境或跨法域特点。当中国企业涉及的国际商事争议发生在中国境内、适用中国法或约定中国仲裁机构仲裁时，往往会考虑选择中国律师提供服务。但如果争议发生在境外，或是适用外国法、约定域外仲裁机构管辖时，企业大多会认为应当寻找适用法律所在国的律师或仲裁机构所在国的律师，而对中国律师的作用较为忽视。在此情况下，许多中国律师也认为自己不具备相应的境外执业资格，无法在域外商事仲裁中发挥更重要的作用。

但笔者认为，中国企业在国际商事争议的防范和化解过程中，应当更加重视中国律师的地位，且中国律师应当在各阶段均发挥主导的作用。

在商事交易缔约和争议解决机制的确立阶段，中国律师应深入参与协助制订更有利于中国企业的争议解决条款

在商业谈判与缔约阶段，中国律师的工作重点在于协助中国企业制定具体的争议解决机制，通过参与或协助客户与对方的谈判、草拟或修订交易文件中的相应条款，以订立对中国企业更为有利的法律适用条款、仲裁协议或仲裁条款，或选择更有利于中国企业的其他争议解决方式。

例如，笔者曾协助某中国企业与境外供应商进行谈判，双方就某特殊货物买卖

与技术许可在内的系列交易文件所适用的法律各有倾向性选择，境外供应商要求适用外国法并在伦敦仲裁。最终为了促成交易，中国企业同意适用外国法。我们则积极建议在此让步的基础上，各方选择由中国国内的仲裁机构仲裁作为争议解决机制，并利用中国律师的本土优势，全面地向境外交易对手解释了中国国内已有的国际仲裁机构的现状、外籍仲裁员情况、仲裁语言的选择及适用外国法进行仲裁的相关先例，最后说服各方同意选择中国的仲裁机构管辖，大大地降低了中国企业未来可能发生争议时的工作支出、管理半径和沟通成本。

又比如，有些中国企业更关心做成生意，而对未来可能发生争议时的解决机制并不在意。当中国企业在某些国际商事交易中处于相对交易弱势，或急于达成交易时，通常境外交易对手也会拿出一些所谓的“通行规则、交易模板、固定格式”等文件，要求中国企业接受其已经制定的争议解决机制。笔者曾看到某境外公司提供的合同约定适用某外国法、由ICC仲裁，并单独约定了仲裁地是一个不知名的小国且并非交易对手的所在国。由于仲裁地决定了仲裁裁决的国籍，也决定了仲裁本身的一些程序性事项的适用法律，比如撤裁，因此仲裁地本身的法制情况和对仲裁的友好程度也将影响仲裁的有效性。由于对该国的法制环境实在不抱信心，笔者强烈要求客户在接受适用外国法和ICC仲裁的同时，坚持修改仲裁地，更好地防范了将来可能发生的不利风险。

所以，中国律师完全可以根据自己的专业和经验，在交易谈判和缔约阶段，向



客户提供更全面的意见，协助其在促成交易的同时，又尽可能地在交易文件中选择对自己有利的仲裁机构、仲裁规则、仲裁地点、仲裁庭组成方式、仲裁前置条件和仲裁语言等诸多事项。

在中国企业发生商事争议后的交涉阶段，需要及早引入中国律师参与协助制订应对策略、收集固定相关证据

很多中国企业认为只有到双方矛盾无可化解必须打官司时才需要请律师，如果发生争议时就让律师参与

没有必要，有些企业还担心过早地让律师介入会激化与对方的矛盾，或担心律师总是建议企业打官司从而收取更多的代理费。其实，这当中的担心大多是错误的。在国际商事争议发生的初期就引入专业的中国律师，可以为企业提供更全面深入的预判参考，制订更有效的应对措施，并发挥更好的风险防范作用。

（一）律师可以协助企业避免错误的法律行动，更好地固定证据

在对外经贸交往中，我们经常看到境外的交易对手有自己的法律顾问，即便是正常交易过程中的一些往来函件，都会让律师审阅，一旦涉及到争议，更是很早就让律师介入，共

同决定应对策略，对书面文件的内容进行把关。但中国企业往往在一些往来函件中直接安排公司的经办部门或业务人员进行回复，这就很容易产生不利的后果。

例如，某中国公司认为其境外合作方没有达到合同约定的履行标准，但中国公司只是“委婉”地提醒境外合作方自己很关注合同的履行，却没有直接指出境外交易对手的违约行为，或明确描述自己对该违约行为主张什么权利或提出何等要求。因为有些中国公司在商业交往中比较照顾各方的“面子”，强调以和为贵，即使是发函通知交易对手时，也往往采用客气礼貌的表



达方式，但这可能在商事争议解决中留下对自己不利的证据。因为当发生仲裁或诉讼时，对方可能会举示这些往来函件，以证明中国企业在争议谈判过程中并没有明确通知境外交易方的违约情形存在，也没有对违约情形的修正提出明确的要求或给予明确的期限，那么中国企业如果要求以交易对手的根本违约情形而解除合同，则可能难以得到支持。

在这种情况下，中国企业完全可以请律师协助其拟定或审查往来的函件，在函件中以法律的语言礼貌而坚定、明确地表达自己的主张，描述相关的事实，以及时固定相应的程序权利，明确重要的事实证据，并避免将来在仲裁或诉讼中留下对自己不利的证据。

还有一些中国公司对交易文件、往来函件的保管、归档不够重视，或对交易往来文件的送达方式不够规范。笔者经常遇到中国企业在面临国际商事争议时，告诉律师其重要文件有所遗失，或是经办人员离职后无法找到他经手的相关文件。或是相关的重要往来信息既没有通过交易文件约定的通讯方式进行送达，也没有通过公司的官方邮箱进行收发，而使用微信、QQ聊天等即时通讯软件或APP进行沟通的情形。虽然微信和QQ等通讯软件的聊天内容可能具备相应的证明效力，但毕竟存在巨大的不确定性风险。

国际商事仲裁很关注争议的事实

经过，仲裁双方需要花费巨大精力向仲裁庭阐述有利于乙方的事实以说服仲裁庭。但“故事”的说服力完全取决于一方提供的有效证据。很多中国企业常用的语言和逻辑就是“客观事实本来如此，不容否认和争辩”。但仲裁庭认可的并非“客观事实”而是“证据事实”，因此，律师可以在争议发生初期，尽快协助中国企业梳理证据，如果发现缺失或遗漏的及时进行弥补，或通过合适的方式，在与对方的往来函件中重新进行固化。

此外，国际商事仲裁程序中的证据披露制度往往被中国企业所忽略。中国企业在国内诉讼或国内仲裁中大多形成了固定思维，认为只要对自己不利的证据，完全可以不提供、拒绝提供、否认该证据存在甚至是销毁，且很多时候不会产生不利的后果。但在国际商事仲裁中，原则上一方需要根据另一方合理的请求披露相关的文件，哪怕对己方不利。如果没有合理理由而未提供或拒绝提供文件的，仲裁庭可能会因此做出对拒不披露文件一方不利的认定。因此，如何更好地帮助中国企业梳理准备相关证据，以更好地应对可能发生的诉讼或仲裁，都需要及时引入中国律师提供指导和帮助。

(二) 律师可以协助企业更好地制定应对策略，做好诉讼或仲裁的准备工作

中国律师可以通过多种渠道在诉讼或仲裁发生之前对中国企业提供支持。例如，选择合适的境外律师进行

跨法域合作进行提前咨询或沟通，结合中国企业目前掌握的证据情况，提前了解在适用法下对各方可能产生的法律后果，以更好地选择是否主动提起诉讼或仲裁。目前，重庆的试点政策已允许重庆本地的每家律所可聘请不超过12个国家或地区的外籍律师作为本地所的外国法律顾问，从而可以直接以本地律所的名义，就上述外国律师顾问所执业法域发表法律意见，这极大地提高了重庆本地律师在与境外律师合作中的主导地位，并提升了本地律所获取国际商事争议业务的机会。同时，还可借助外力妥善运用替代争议解决方式，争取在进入国际仲裁前的早期争议解决，以避免步入“冗长”且“昂贵”的国际仲裁程序。

国际商事仲裁当然有其不可替代的诸多优点，但中国企业对国际商事仲裁有时缺乏全面的理解。有些企业认为，域外仲裁发生在国外，只要自己不到仲裁地所在国或仲裁机构所在国做生意，不需要担心域外仲裁机构的裁决，却不知道中国早已加入纽约公约，中国法院对域外仲裁机构的仲裁裁决，超过九成给予承认和执行。

还有些企业认为，国际商事仲裁和国内诉讼、仲裁的程序与成本差不多，却不知道复杂的国际商事仲裁所花费的时间与成本有些时候远超国内诉讼。笔者最近代理的一个在新加坡国际仲裁中心的涉及中

国大陆企业与中国香港企业的特种商品国际货物买卖纠纷，从提起仲裁到完成仲裁庭的组庭已经将近半年时间，而从仲裁庭确认的要求提交仲裁申请与相关证据的时间期限到交换专家报告的时间，已经超过1年，正式的开庭时间已经排到18个月以后，远远超过客户最初的时间预想。当然，由于这个客户本身希望在争议中继续延长交涉或履行给付义务的时间，因此这样漫长的程序反而让他有意外惊喜。所以，如果能够更早地引入律师对可能发生的仲裁或诉讼程序有更深入、全面的分析，可以帮助中国企业在双方仍存在妥协空间的前提下，更冷静地寻找性价比更高的解决方案，例如国际商事调解等。

在中国企业参与国际商事调解、仲裁或诉讼等争议解决程序中，国内律师也可发挥“总协调人”的作用

牵涉到国际仲裁的情况下，很多中国企业第一反应是找国外律师，让国外律师代为全权处理。鉴于合同适用法是外国法、仲裁程序在国外进行，找国外律师无可厚非。但是，中国企业和国外律师之间存在语言和文化上的巨大差异，中国企业常常反映双方配合效果不是很理想。我们经常听到有企业反馈说国外律师很专业，但不够“灵活”，不能从中国公司的思维角度为企业提供更“接地气”的考虑。其实，中国律师完全可以与境

外律师进行跨法域合作弥补短板，同时发挥自身的优势作用，共同协作为客户提供最优化的服务。在此过程中，中国律师不应该仅仅只扮演境外律师的推荐人以及传声筒和翻译者的角色。除了良好顺畅的沟通者和桥梁作用以外，中国律师更应当基于自身对中国企业的全面理解，利用自身在国际商事争议解决中的协调经验，争取在国际仲裁或诉讼当中发挥“总协调人”或总指挥的作用。

（一）中国律师可以协助中外各方进行更有效的沟通

沟通绝不是简单的“翻译”和“传声筒”。把客户想要表达的意思准确、有效地传达给国外律师，把国外律师的意见准确地呈现给客户，这是很考验律师语言、法律基本功和经验的事情。笔者曾协助一家南美洲公司与重庆多家企业商谈债权转让与和解的协议。南美洲公司的in-house从普通法系的角度设计了债权转让与和解的协议，但因为缺乏中国法的背景，没有准确和完整地理解我们所提出的关于中国法下的债务抵销、合同终止等概念，后续经沟通，由中豪接手主导各方之间的协议拟定与和解谈判，并向中外双方解答关于协议中涉及的诸多问题，大大提高了各方的沟通效率。如果中国律师能同时具有外国法的背景知识，熟悉中外双方的文化差异，那么很显然可以在客户和国外律师之间架起有效沟通的桥梁，为争议的解决打下良好的基础。

（二）中国律师与外国律师紧密合

作、科学分工，不仅锦上添花，还可控制成本

如前所述，很多中国公司反映国外律师很专业，但不会为中国公司考虑。比如，国际仲裁中的文件披露对西方公司来说可能已经非常熟悉，但对中国公司而言，还在适应的阶段。如果完全按照西方公司的习惯让中国公司收集文件，难免较为困难，达不到国外律师的要求。在这个过程中，中国律师可以发挥自己的优势，利用自己熟悉中国公司实情、中国国内证据收集规则以及国际仲裁的经验，为中国公司找到一个既能尽量满足国际仲裁规则，又能满足客户实情的折衷方案。

事实上，在许多的国际商事仲裁中，中国律师往往与外国律师共同作为中国企业的代理人，发挥各自优势，为客户提供更贴心且专业的服务。例如，笔者曾代理的一个货物买卖纠纷案件，其交易发生在七八年前，且持续时间很长。由于中豪长期陪伴客户的成长，对于交易过程中的许多细节和文书非常熟悉，所以在收到对方的仲裁请求时，就敏锐地发现某两项请求所针对的某批次特定商品，其实单独签署过补充协议，并在补充协议中单独选择了中国境内的仲裁机构管辖。因此，这两项请求不应由境外仲裁机构管辖。中豪作为联合代理人提出上述意见后，国外律师欣然接受并在首轮回复时即提出了管辖权异议。

同时，在上述仲裁案件中，中豪还负责配合国外律师先行梳理国内多达数百份的交易往来文件、信函，提炼出与案件争议密切相关的核心证据，并协助国外律师理解上述证据所反映的案件事实，协助中国证人准备相关证词，协助完成相关中文证据的国内翻译与公证（因为在国内翻译与公证相比在境外完成同一程序，可大量节约成本）。值得探讨的是，中国公司更习惯于打包收费，而国外诉讼律师大多按小时收费，因此将国际商事仲裁中的许多事项交由国内律师完成，不仅可以提高工作效率，更可帮助客户更好地控制成本。例如上述案件中，中豪作为中国律师很贴心地同意了客户的打包收费要求，并同时也说服客户理解境外律师的小时收费方式。由于中豪承担了数百小时的基础工作，节省了境外律师的工作小时数量，相较于单独委托境外律师代理而言，整体测算后，为客户节约了近百万律师费。

（三）向中国企业推荐更合适的仲裁员

中国律师通过积极参与国际商事争议案件，也会不断积累经验，并与主要国际仲裁机构保持更好的交流与沟通，从而更好地了解仲裁员当中，有哪些是相对更熟悉中国企业、理解中国企业商业风格且更易于沟通、对中国企业（尤其是国企）不存在偏见的仲裁员。在当前错综复杂的国际关系背景下，难免会对中国企业（尤其是国企）在海外的投资收购行为持不同意见的观

点或声音，而当这些大型交易发生争议时，如何选择适合的仲裁员，对中国企业是至关重要的。就像国外律师在选择陪审团成员时，要从陪审员的肤色、宗教、文化、教育、家庭、职业、爱好、性格等诸多背景进行考察，尽量排除对自己当事人可能持有偏见的陪审员。我们作为中国律师，能够更好地理解中国客户（尤其是国企）在国际仲裁中的特殊背景或可能涉及的非法律因素，从而在为中国企业推荐仲裁员时，更充分考虑仲裁员的专业背景、资历、影响力和涉及中国企业案件的历史裁决数据，以便更好地向中国企业推荐仲裁员。

（四）从专家证人到代理人

对于适用中国法的投资合同、国际货物买卖合同等相对简单的案件中，中国客户已经大多接受让中国律师作为独任代理人参加仲裁。而在适用外国法，但可能有部分法律适用需要根据准据法的规则指向中国法，或是需要针对中国企业在中国的特定法律行为从中国法角度进行解释时，国外律师往往会选择中国律师作为专家证人提交中国法律意见。现在，我们更欣喜地看到，即使是适用外国法在域外进行仲裁的案件，也有越来越多的中国企业选择中国律师和外国律师共同作为代理人，并由中国律师全程主导案件的代理工作。

（五）中国律师还可为中国企业提供其他协助

复杂的大型国际商事仲裁与诉讼，可能需要高额的仲裁或诉讼费用，以及不菲的律师费。有些中国企业可能因资金困难，尤其在当前特殊的经济大环境下，难以完成资金周转交纳高额的境外诉讼、仲裁费用或境外律师费。对此，中国律师还可借助境外的合作资源，为客户提供诉讼或仲裁融资帮助。利用西方成熟的诉讼和仲裁融资或仲裁资助模式，解决客户的资金困难。因此，中国律师完全可以在国际争议解决中充分发挥总协调人的优势，为客户提供一站式的解决方案。

随着中国律师在国际商事争议案件中不断展现出自身的价值，中国企业已经越来越意识到：应该让富有经验的中国律师发挥更实质性的作用。中国律师已经从早期的推荐人、翻译，逐渐成为共同代理人、共同出庭律师，甚至是战略决策的制订者和总协调人。在中国企业有市场需求、国家层面有政策支持的大背景下，我们深信中国涉外律师团队会越来越壮大，中国律师将在中国企业“走出去”和解决国际商事争议的过程中，发挥更加重要的作用，为中国企业保驾护航、携手同行。

【摘要】 2021年12月28日，重庆市第五中级人民法院对张波、叶诚尘故意杀人案作出一审判决，对于张波、叶诚尘均判处死刑，剥夺政治权利终身。社会公众对于判决结果直呼大快人心，审理法院也公开阐述裁判理由。笔者以公开报道为基础，对本案的侦查思路、事实认定、法律适用进行简要分析。需要声明的是：笔者并非对裁判结果存有异议，只是试图还原汹涌民意下办案人员的思考过程，分析案件的基本走向。

【关键词】 现场勘查 主犯 刑事政策 死刑复核

简评重庆姐弟坠亡案

◎ 文 / 傅达庆 汤伟佳 / 重庆办公室



公安勘查过程中运用经验、逻辑准确判断案件性质

2020年11月2日下午，张波将亲生子女从卧室飘窗窗户处扔到楼下，致一人当场死亡，一人送医院抢救无效后死亡。案发后，张波为掩盖其故意杀人事实，身着睡衣拖鞋冲到楼下后嚎啕大哭，称其当时正在睡觉，对子女摔下的情况并不知情，意图误导办案人员将案件定性为意外事件。法网恢恢，疏而不漏。公安机关于2020年11月10日即将张波和叶诚尘抓获，将案件定性为刑事案件。这自然不是公安机关开了上帝视角，那到底是如何洞察张波的伪装呢？答案是公安机关在勘查过程中，充分运用了生活经验和逻辑推理。

通过现场勘查发现，卧室飘窗离地近40厘米，推拉窗距离飘窗也有40厘米的距离，也就是说推拉窗离地面距离有将近80厘米的高度；但两个孩子的年龄分别为1岁半和2岁半，身高不过八九十厘米。考虑到高度差距，结合一般生活经验，孩子爬到飘窗上的概率本就很小，两个孩子同时爬上飘窗并且先后相继坠落的可能性更小。更为关键的是，如果是孩子自行攀爬，必然会在飘窗附近留下痕迹，但勘查时并未发现现场留有痕迹，这一现象与“孩子意外掉下飘窗”的可能明显冲突。公安在飘窗上提取指纹时仅提取到张波的指纹，并未提取到两个孩子的指纹，也就是说两个孩子未接触飘窗而直接从高处坠落。公安机关据此判断两个孩子从飘窗坠落是外力所致可能性更高，从而将案件初步定性为刑事案件，对张波和叶诚尘采取强制措施。

叶诚尘的主从犯认定问题是本案的争议焦点

根据相关报道，张波到案后如实供述作案的基本情况，庭审过程中表现较为消极，对于张波适用死刑在事实和法律上并无争议，但对并未直接参与杀人行为的叶诚尘是否适用死刑则存在探讨空间。被害人母亲在法院作出一审判决后公布事先写好的抗诉申请书，如法院未对叶诚尘判处死刑即向检察院申请抗诉，表明被害人家属对于叶诚尘能否适用死刑也有疑虑和担忧。对叶诚尘适用死刑与否主要考虑主从犯认定问题，如认定为从犯，则可适用从轻、减轻处罚的规定，从而不予适用死刑。

从理论上讲，叶诚尘教唆张波杀死子女属于教唆犯，张波实施杀人行为属于实行犯。教唆犯和实行犯是按照犯罪分工进行分类，主犯和从犯是按照在共同犯罪中作用大小进行分类，如果教唆犯在共同犯罪中发挥的作用较大，同样可以认定为主犯。《刑法》第二十九条亦有明确规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”因此，被害人及其诉讼代理人并无必要否认叶诚尘构成教唆犯，认定叶诚尘构成教唆犯并非意味着不构成主犯。对于叶诚尘在共同犯罪中发挥作用的大小，需回归案件的证据分析。

死刑案件的取证标准通常高于一般刑事案件案件的取证标准。本案公安机关恢复、调取叶诚尘和张波的共计1.7万条微信聊天记录，这是一般刑事案件无法享有的待遇。根据聊天记录显示，叶诚尘多次催促张波杀害自己的子女。庭审中，两被告人



傅达庆 | 合伙人

专业领域：商业犯罪及职务犯罪辩护
手机：+86 139 8373 7715
邮箱：fdqlawyer@zhhlaw.com



汤伟佳 | 律师

专业领域：商业犯罪及职务犯罪辩护
手机：+86 158 2331 5949
邮箱：andrew@zhhlaw.com

对叶诚尘对张波割腕相逼的事实并无异议，但对于割腕目的存在分歧，张波供述叶诚尘割腕是为逼迫张波实施杀人行为，叶诚尘辩解割腕是为逼迫张波分手。法院最终因叶诚尘手腕上的伤疤生成时间无法鉴定，并无其他证据印证张波的说法，对于叶诚尘割腕逼迫张波杀害子女的事实未予确认；但结合聊天记录内容，割腕逼迫这一行为也会对法官的心证产生影响。叶诚尘对张波信息轰炸、言语威胁的一系列行为，一方面，反映叶诚尘追求张波子女死亡结果的意愿强烈，主观恶性极大；另一方面，叶诚尘的教唆行为对于张波实施杀人行为产生重要推动作用，与被害人死亡结果间存在明显因果关系。据此，法院认定叶诚尘在共同犯罪中与张波作用相当，最终对叶诚尘判处死刑。

被害人数量是对叶诚尘判处死刑的深层原因

对于叶诚尘认定为主犯，解决的是在法律框架内应不应判处死刑，这是法律问题。随之而来的是能不能对叶诚尘判处死刑，这是政策问题。根据最高人民法院《关于宽严相济刑事政策的若干意见》第三十一条的规定：“对于多名被告人共同致死一名被害人的案件，要进一步分清各被告人的作用，准确确定被告人的罪责，以做到区别对待，不能以分不清主次为由，简单的一律判处重刑。”如何理解上述

规定呢？举一案例予以说明，《刑事审判参考》第112集第1224号郭光伟、李涛抢劫案。郭光伟与李涛在同一监狱服刑出狱后又共谋抢劫出租车司机，两人搭乘周某出租车谎称去三峡机场；行驶过程中，郭光伟声称醉酒要求周某停车，周某停车后，郭光伟立即用绳子套住周某的颈部，因周某极力反抗，致使绳子滑落；此时，李涛对周某进行殴打，并将绳子拾起套住周某的颈部后，又在周某颈部缠绕两圈后递给郭光伟；郭光伟接过绳子猛勒周某的颈部，李涛则捂住周某的嘴，两人共同致周某死亡。

宜宾市中级人民法院一审认为二人地位、作用相当，不分主从，对二人均判处死刑。湖北省高级人民法院驳回二人上诉维持原判。最高人民法院核准郭光伟死刑，但对李涛改判死缓。改判的主要理由是：在实施抢劫杀人过程中，郭光伟实施了持绳子勒死被害人的最主要行为，李涛实施了将绳子套入被害人脖子并捂住被害人口鼻的行为，相对而言，在致死被害人上，郭光伟的行为作用更为突出，罪责大于李涛。在郭光伟、李涛均实施了杀人行为的情况下，最高人民法院仍区分杀人手段的作用大小，仅判处一人死刑，这就是上述规定的直观体现。

之所以如此规定，一方面是贯彻少杀、慎杀的刑事政策，缓解国际舆论对中国人权问题的压力；另

一方面是尊重“一命抵一命”的朴素正义观念，可以给被害人家属一个交代。通俗地讲，如果多人实施犯罪导致一人失去生命，公权力又因犯罪行为剥夺两人生命，从社会整体视角来看，一案剥夺三人生命，过于残酷，扩大悲剧。正因张波、叶诚尘故意杀人案中有两名被害人，无法适用上述裁判规则，这或许是一审法院能对叶诚尘判处死刑立即执行更为深层的原因，也会对死刑复核的结果产生直接影响。当然，也可以理解为本案危害后果极大，根据罪刑相适应原则，应对叶诚尘判处死刑。本案中如仅有一名被害人，一审法院对叶诚尘的处理可能会在汹涌民意和刑事政策的冲突中面临更大压力。



法院一审作出死刑判决后的刑事诉讼流程

目前，尚无张波、叶诚尘是否上诉的确切信息；但基于自我保护的本能，叶诚尘上诉概率较高。根据全面审查原则的要求，即使只有叶诚尘一人上诉，二审法院也应对全案进行审理。按照刑诉法第二百三十四条规定，对于被告人被判处死刑的案件，二审需开庭审理。但对于此类影响重大的案件，为防范舆情风险，综合审慎考虑，一审法院作出判决时，可能已请示二审法院。换句话说，一审法院的判决结果某种意义上也体现了二审法院的意见。因此，二审改判的可能性极低，重庆市高级人民法院原则上会维持一审判决结果。

二审法院作出裁判后，需上报最高人民法院进行死刑复核。死刑复核阶段，张波和叶诚尘有权利委托律师进行辩护，提交法律意见。按死刑复核阶段的刑事政策，本案中对叶诚尘适用死刑并不违反刑事政策。死刑复核阶段，如被害人母亲仍拒不接受赔偿，证据、事实无明显变化，对叶诚尘适用死刑难有变动。需要注意的是：叶诚尘在与张波交往初期，张波欺骗叶诚尘自己并无妻女，对于叶诚尘被骗的情节，一审法院未予评判，可能是默认上述情节与教唆杀人之间不存在必然联系，死刑复核阶段可能需要进一步落实对该情节的法律评价。目前来看，一审判决的社会效果还算不错，最高人民法院如想冒天下之大不韪对叶诚尘刀下留人需承担巨大压力。更为关键的是：如何向社会

公众阐述一个令人信服的不予核准理由，仅仅是因为叶诚尘起初遭受张波欺骗而对叶施以同情吗？若仅此而已，看起来并非是一个充分的理由。最高人民法院核准死刑后，交由一审法院执行；执行死刑前，罪犯可申请会见亲属。至此，此案才算真正结束。

笔者并未阅卷及参与庭审，本文仅以公开报道为基础进行分析，可能与案件实际情况有所出入，目的是向读者揭示刑事审判的复杂性。社会公众往往只关注判决结果，并不了解司法判决的生成过程。对叶诚尘适用死刑，民众意见是考虑因素之一，背后有相应的法律和政策依据。对于案件的后续走向，办案机关需充分保障两被告人的辩护权利，避免在程序问题上出现失误。死刑案件不仅在证据标准上需严格把控，死刑适用的过程更能反映司法的文明程度。



【摘要】网络仲裁以便捷、保密、高效和低成本等特点逐渐成为解决网络金融类纠纷的重要手段。但一些看似给当事人提供便利的操作方式，如“先予仲裁”“电子仲裁协议”等，却存在着诸多的法律风险及不确定性。本文通过对网络仲裁产生的背景、特点与所面临的问题进行分析、讨论，并提出初步的完善建议，以为为读者提示网络仲裁所要注意的问题与可能采取的规避风险的方法。

【关键词】网络仲裁 先予仲裁 网络庭审

网络仲裁产生的背景、特点与面临的问题

◎ 文 / 刘凌峰 / 重庆办公室



网络仲裁的产生背景与特点

网络仲裁的发展有着独特的背景。随着电子商务的发展，法律纠纷在网络平台上快速增长。在各类纠纷中，与网络仲裁的诞生密切相关的便是网络金融类纠纷。互联网金融纠纷具有以下明显特点：第一，网络化。互联网金融是由传统金融演变而来，但与之不同的是，互联网金融具有网络化的特点。在互联网金融活动中，互联网平台帮助金融活动参与者进行信息交互、签订合同、交易、资金转移等，整个系统与网络的结合都十分紧密。第二，数量大。在传统金融行业，产生纠纷的主要因素之一就在于信用风险的发生，而在互联网金融中，互联网技术所具有的叠加效应则进一步加剧了这种信用风险的产生与爆发，纠纷数量激增。第三，涉众广。互联网金融蓬勃发展的重要助推力，就在于服务对象范围的扩大，将长尾人群纳入其中。即通过互联网平台的开放性，突破地域限制，将传统金融机构拒之门外的长尾人群纳入金融服务体系。服务门槛的降低，在增加金融普适性的同时，也将金融纠纷的涉及面延伸，涵盖不同地域的各层次人群，涉众性特征更加突出。且长尾人群信用资质存在较大差异，不具备专业的金融知识及经验，更易导致纠纷的产生，产生群体性矛盾，进一步加剧纠纷解决的难度。

在网络仲裁普遍用于催收之前，金融机构的债权回收模式一般分为以下三种：第一，催收，即金融机构委托催收公司进行债务回收。而由于催收公司人员素质良莠不齐，加之相关法律法规缺失，各种行业乱象屡禁不止。暴力催收正在被逐渐叫停，金融行业对暴力催收亦充满了抵触情绪。第二，变卖，即将不良资产进行打包售卖。然而部

分债务人底层资产并不优良，程序冗长变现难、价格低，债权人的合法权益难以保证。第三，诉讼，即向法院提起诉讼或进行线下仲裁，但该类纠纷体量大、送达难，加之近几年法院案件积压量大，债权人的经济效率面临极大损耗。在互联网金融环境下，亟需一种纠纷解决新机制能够合法高效解决互联网金融行业规范管理的痛点、难点。

由于以上互联网纠纷的特点和催收面临的困难，网络仲裁应运而生。第一，网络仲裁不要求仲裁申请人与被申请人在同一地域，解决了互联网金融参与人分布广泛的问题；第二，网络仲裁机构具有高效、接受创新、批量处理机构仲裁等特点；第三，网络仲裁也是仲裁，过程不公开审理，严格保密，符合互联网金融平台的要求；第四，成本低，通过网络仲裁，申请人实现债权的成本大幅下降。

网络仲裁面临的问题

（一）程序

1.以格式条款的电子仲裁协议作为仲裁依据

网络仲裁案件中存在着大量的网贷合同、网购合同纠纷，当事人均是通过在线形式签署电子合同，仲裁协议往往作为合同的一部分，也往往是基于此种形式签署。

本文认为，电子格式合同中的仲裁条款作为争议解决条款，有效性应受到格式合同有效性一般原则的规制。当事人未接受格式合同时，合同中仲裁条款自然不具有法律效力。若当事人接受了格式合同，也应具体分析其是否有机会阅读载于合同中的仲裁条



刘凌峰 | 律师助理

专业领域：金融领域

手机：+86 176 2357 0679

邮箱：Allen@zhhlaw.com

款。若当事人没有机会阅读审视该条款，该仲裁条款也应视为不具备法律效力。如果当事人接受了格式合同，而且合同提供方也给予了当事人合理审视该合同的机会，则表示当事人接受了该仲裁条款。

2. 先予仲裁

“先予仲裁”是我国部分仲裁机构为拓展仲裁业务而创新出的仲裁模式。其可以被概括为：当事人在签订、履行网络借款合同且未发生纠纷时，即请求仲裁机构依其现有协议先行作出具有约束力和执行力的法律文书，包括仲裁调解书和根据仲裁协议制作的仲裁裁决。

“先予仲裁”所依据的调解协议是双方当事人在纠纷发生之前达成的协议，该协议不同于纠纷发生之后的调解协议，其不是基于已经发生的纠纷，双方当事人参与的也不是实际发生的纠纷，而是在网贷经营者的引诱下参与的经营者规避自身风险的行为。而在仲裁机构实际处理纠纷时，当事人由于该调解协议的限制，也没有实质的发言权，仲裁庭也没有予以保障，这使得借款人在纠纷处理过程中，无法发挥实质性的作用，也即丧失了参与仲裁的权利。

该种模式虽然在客观上大幅缩短了纠纷解决的时间，形式上也符合“意思自治”原则，但实际上却剥夺了另一方当事人参与仲裁的权利。解决纠纷需要纠纷当事人的参与，各方举证质证，互相辩论，从而让裁判员

得以查清案件事实，作出公正裁决。也因此，参与到纠纷的处理中是各方当事人神圣不可剥夺的权利。

3. 庭审

虽然网络仲裁不要求仲裁的各方参与者在同一地域，庭审可以通过网络进行；但网络庭审同样有很多问题：第一，网络庭审对信号、网络环境等有较高的要求；第二，许多被申请人没有参与网络庭审的经验，对网络庭审的地点选择、设备选择和设备调试等都容易出现各种问题。

为避免当事人参与网上开庭可能遇到的各种障碍，各条件具备的法院或仲裁机构如能开放其网上开庭室给当事人提供方便是较好的解决方法。比如，国内有专门的互联网法院，很多地方的法院和仲裁机构（包括中国国际贸易促进委员会在全国很多城市设立有分会）均投资建立了先进的网上开庭室。考虑到网上电子数据的保密性以及开庭时证人出庭应当遵守的操守等问题，各地有网上开庭室的机构可以相互之间签署合作协议，允许在支付相应费用的前提下，开放网上开庭室供当事人使用。

以使用当地仲裁机构或法院的网上开庭室进行开庭，与仲裁机构总部所在地的案件管理秘书连线，同时由案件管理秘书与可能位于不同城市的仲裁员进行连线，完成网上开庭、电子签名、网上记录开庭、证人出庭的监督等工作，充分拥抱通讯技术带来的机遇，将国内仲裁案件的审理效

力大规模地提高，形成仲裁案件网上开庭的新局面，并为促进网络仲裁提供新的推动力。

4. 执行

影响网络仲裁强制执行难的原因，主要有二：

其一，执行标的金额小、案件数量多、涉事人员分散度高等特点，造成申请人需投入大量的人力、物力覆盖全国法院；

其二，每个地方法院由于办理条件不同，执行力量不同，最后执行效果也不同。

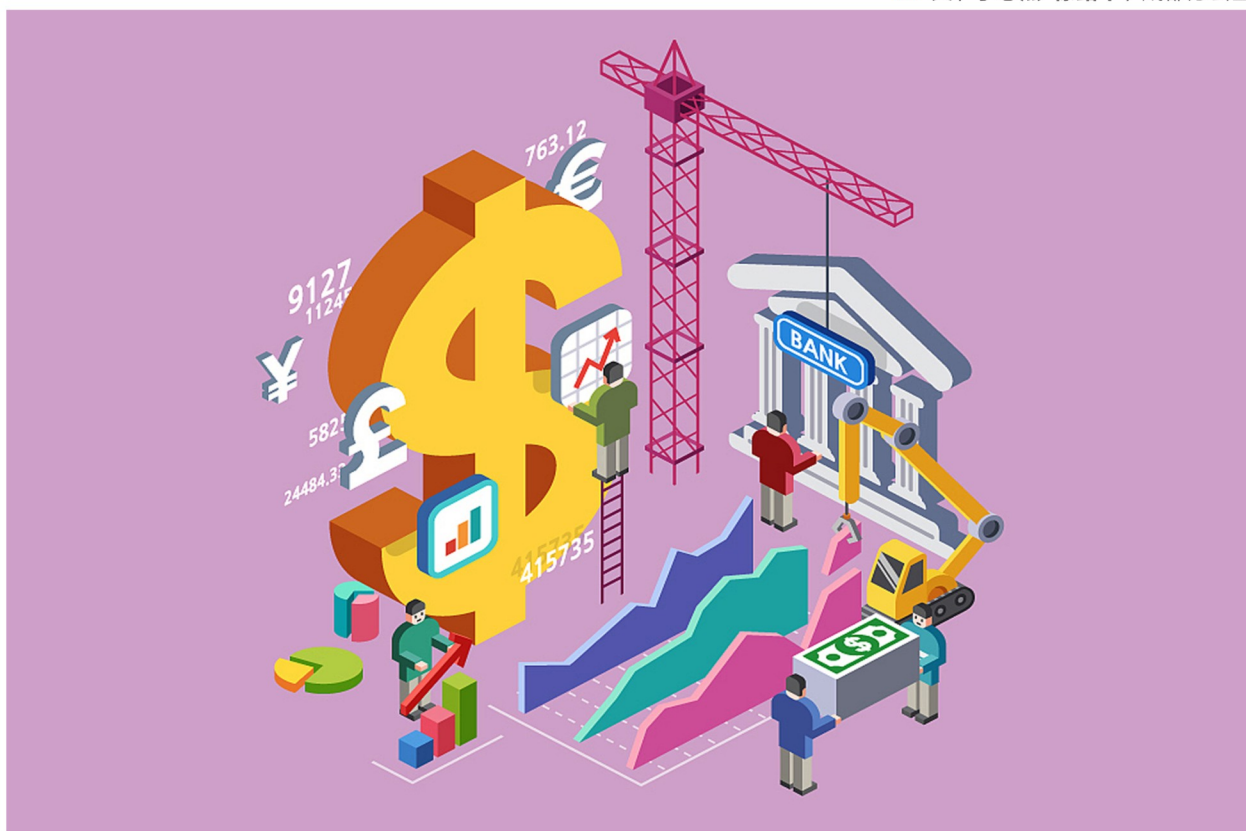
针对以上无法回避的“执行难”问题，实践中已有相应解决方案。执行申请方可找到合适的第三方仲裁服务商委托代理执行。现目前，部分金融机构不仅与相关仲裁委合作构建网络仲裁的便捷性电子通道，还与全国各地律师事务所达成深度合作，调动当地律师与当地法院进行沟通，协助网络仲裁文书的执行。例如，某第三方仲裁服务商，其主要提供的服务便是不良资产依法清收解决方案，主要客户为头部互联网公司旗下的互联网金融机构、持牌金融消费机构以及银行。其在金融机构、法院和仲裁委员会之间扮演“中间人”的角色，通过技术优化和设计，连接金融机构、法院和仲裁委员会，使得执行工作更加快捷和高效。

【摘要】 建工优先权制度已经入法二十余载，如何有效行使建工优先权依然是让部分建工企业倍感头疼的问题。因此，本文特结合法律规定和相关案例，从建工优先权的行使主体、行使期限及其起算点、行使方式和优先受偿范围四个维度，对建工优先权行使过程中的几个常见问题进行分析，以期供施工单位在处理类似问题时参考。

【关键词】 建工优先权的行使主体 建工优先权行使期限及其起算点 建工优先权行使方式 建工优先权优先受偿范围

助力施工单位，有效行使建设工程价款优先受偿权

◎ 文 / 宁思燕 徐路平 / 成都办公室





徐思燕 | 合伙人
专业领域：基础设施和房地产
手机：+86 130 7602 8050
邮箱：sissi.ning@zhhlw.com



徐路平 | 律师
专业领域：民商事诉讼、建设工程、房地产
手机：+86 135 4102 3135
邮箱：sophie.deng@zhhlw.com

考虑到我国上世纪八九十年代，大量农民工进城务工并涌入建筑行业的国情，为保障农民工工资以及维护社会稳定，我国在1999年颁布的《合同法》（已失效）中首次通过立法确立了建设工程价款优先受偿权（以下简称建工优先权）制度，但并未明确该优先权的行使期限、方式、范围以及顺位等诸多具体的权利行使问题。对于这些问题，一部分处理意见在最高人民法院出台的批复、解释中得以明确并历经修改调整，一部分处理意见则散见于各地方人民法院的司法规范性文件，甚至散见于各个具体的司法裁判文书。

由此，即便建工优先权制度已经入法二十余载，如何有效行使建工优先权依然是让部分建工企业倍感头疼的问题。因此，本文特结合法律规定和相关案例，从建工优先权的行使主体、行使期限及其起算点、行使方式和优先受偿范围四个维度，对建工优先权行使过程中的几个常见问题进行分析，以期供施工单位在处理类似问题时参考。

建工优先权的行使主体

究竟哪些主体能够对建设工程折价或拍卖的价款实际优先受偿，这是横亘在施工单位面前的首要问题，也是历来司法实践争议不断的难题。根据优先受偿的权利来源和行使方式的差别，本文将建工优先权的行使主体划分为原始权利主体、继受权利主体和代位行使主体三类。

（一）原始权利主体

原始权利主体主要是指根据其建设工程施工行为，依法依约对其工程款自然享有优先受偿权的主体。根据《合同法》（已失效）

第二百八十六条及各相关司法解释的文义，与发包人签订施工合同的承包人是历来公认的原始权利主体。而实际施工人能否因其实际施工行为自然享有建工优先权，这却是司法实践中长期争议的问题。

就该问题，一部分学者基于建工优先权保障工人工资的立法目的，认为实际施工人应当享有建工优先权；另一部分学者则基于权利法定原则，以《合同法》（已失效）及相关司法解释均未规定实际施工人享有建工优先权为由，认为实际施工人不应享有建工优先权。

随着《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，已失效，以下简称《建工合同解释二》）的发布，实际施工人是否享有建工优先权的问题似乎在司法层面有了盖棺定论。具言之，《建工合同解释二》第十七条特别将建工优先权的权利主体规定为“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”；同时，在最高人民法院民事审判第一庭编制的《建设工程案件审判指导》中，作者认为《建工合同解释二》第十七条中的“发包人”应理解为建设单位（业主方），转包人或违法分包人均非法律及司法解释意义上的发包人，因而转包人、违法分包人等实际施工人均不是建工优先权的权利主体。此外，在（2019）最高法民再258号再审民事判决中，最高人民法院亦认为《合同法》（已失效）第二百八十六条未规定实际施工人享有建工优先权，因而驳回了再审申请人吴道全提出的建工优先权主张。

除了前述问题，建工企业行使建工优

先权时，还可能面临施工承包合同无效或者被解除的情况。虽然《民法典》《合同法》（已失效）及相关司法解释均未明确规定承包人在合同无效或被解除时能否行使建工优先权，但部分地方人民法院早已出台地方规范性文件，支持承包人在合同无效或被解除情况下行使建工优先权。例如，《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》和《山东省高级人民法院民一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》均明确规定，建工优先权不受施工合同效力影响，施工合同无效的，承包人仍享有建工优先权。《深圳市中级人民法院关于建设工程施工合同纠纷案件的裁判指引》第二十二條亦规定，工程竣工验收合格前建设工程施工合同被解除，已经完成的建设工程质量合格的，承包人对工程已完工部分享有工程价款优先受偿权。

综上，与发包人签订施工合同的承包人是建工优先权的原始权利主体，在施工合同无效或者被解除的情况下依然能够行使建工优先权；而根据现行司法解释和司法观点，实际施工人不能凭其施工行为自然享有建工优先权。

（二）继受行使主体

实践中，建工企业为了满足流动资金需求，可能会将其对发包人享有的工程款债权转让或办理权利质押。这就涉及到工程款债权转让后，受让人能否继受取得并行使建工优先

权的问题。

对此，支持者认为建工优先权属于担保物权，担保工程款优先支付，具有一定的追及效力，且促进建设工程债权流转也能间接保障建筑工人利益，因而受让人也应享有建工优先权。反对者则认为，建工优先权的立法本意是解决发包人拖欠工程款进而损害建筑工人利益的问题，工程款债权转让后，受让人享有优先权已无涉建筑工人利益的问题，这就无益于实现建工优先权的制度目的，因而不能一概肯定受让人享有建工优先权。

本文梳理看来，实际上，部分地方人民法院出台的地方规范性文件早已支持工程款债权的受让人继受取得并行使建工优先权。例如，《深圳市中级人民法院关于建设工程施工合同纠纷案件的裁判指引》第二十四条明确规定，“承包人将其对发包人的工程款债权转让给第三人的，建设工程价款优先受偿权随之转让”。并且，该院在对裁判指引的说明中明确表示，建工优先权是从属于工程款请求权这一主权利的从权利，且该权利是一种财产权利，不具有人身属性或者人身信任关系，并非专属于承包人自身的权利，也不存在法定的不得转让的情形。因此，依据“从随主原则”，建工优先权随工程款请求权转移至受让人。

无独有偶，《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》和《山东省高

级人民法院民一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》亦认可工程款债权的受让人一并继受取得建工优先权。此外，江苏省高级人民法院特别指出，受让人是否实际享有建工优先权，仍需进行实体审查，并适用建工合同纠纷专属管辖的规定。

综上，第三人可以通过从承包人处受让工程款债权的方式，成为建工优先权的继受行使主体。但需注意，如若建设工程承包合同约定建工优先权不随工程款债权一并转让的，第三人受让的工程款债权并不当然享有建工优先权的担保。此外，第三人行使建工优先权时，仍需遵循有关行使期限、方式和范围等方面的规定。

（三）代位行使主体——实际施工人代位行使建工优先权的路径研讨

如前所述，在司法层面，实际施工人并不自然享有建工优先权基本已有定论，那么我们能否进而得出“实际施工人的工程款请求权已无法获得建工优先权的担保”的结论呢？本文认为，这一结论尚且值得商榷。因为，即便实际施工人并非建工优先权的原始权利主体，但在特定条件下，实际施工人或许可以通过代位权路径，使自己的工程款债权获得建工优先权的担保。这就产生了在司法层面排除建工优先权的情况下，实际施工人能否代位行使建工优先权的问题。

1. 代位行使建工优先权的司法实践

实际施工人主张代位行使建工优先权的路径已有不少实践，但各地人民法院的态度却大相径庭，难成定论。

(1) 肯定性案例

关于实际施工人能否代位行使建工优先权的问题，在湖南华信稀贵科技股份有限公司、章邦涛等债权人代位权纠纷中[具体参见（2020）湘民终1196号二审民事判决]，一审湖南省郴州市中级人民法院认为：广东五建公司作为案涉工程的承包人有在其承建工程价款范围内就案涉工程折价或拍卖的价款行使优先受偿权，而案件是以债权人行使代位权为基础，章邦涛（实际施工人）代广东五建公司行使的权利范围包括该优先受偿权。因华信公司（发包人）与广东五建公司均认可案涉项目至今未结算，故华信公司给付工程价款的时间并不确定，章邦涛起诉主张优先受偿权亦未超期。章邦涛的此项诉求符合法律规定，应予以支持。二审湖南省高级人民法院维持了一审法院的前述观点。

在江苏瀚瑞资产经营有限公司与江苏地质基桩工程公司、镇江和诚农业发展有限公司建设工程价款优先受偿权纠纷中[具体参见（2020）苏11民终1064号二审民事判决]，二审江苏省镇江市中级人民法院认为，实际施工人仅在总承包人或转包人不主张或怠于行使该项权利时方可代位行使，

就其承建的工程在发包人欠付工程款范围内主张优先受偿权（只是该案的实际施工人未能举证证明总承包人或转包人不主张或怠于行使权利，因此二审法院驳回了其确认建工优先权的请求）。

其他支持性的裁判结果还可见于翁长寿与福建润泰房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷[参见（2019）闽04民初48号一审民事判决]、富锦市福祥年村儿文化旅游发展有限公司、刘井海债权人代位权纠纷[参见（2020）黑民终512号二审判决]等案件裁判文书。

(2) 否定性案例

在重庆新瀚高贸易有限公司与重庆桐安城房地产开发有限公司债权人代位权纠纷中[具体参见（2019）渝02民初4179号一审民事判决]，重庆市第二中级人民法院认可新瀚高公司的代位权主张成立后，进一步认为：虽然新瀚高公司系代位行使繁祥公司的权利，但依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条以及《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）》第十七条之规定，只有作为案涉工程承包人的繁祥公司，才享有建设工程价款优先受偿权，且新瀚高公司对繁祥公司享有的普通债权，不因代位权的行使而转变为有优先受偿权的债权。

2. 代位行使建工优先权的理论研

虽然司法实践对于实际施工人以代位权主张其工程款优先受偿的态度莫衷一是，但本文认为，这一路径并不存在不可逾越的法律障碍，甚至更契合建工优先权制度的立法目的。

(1) 法律和司法解释为实际施工人代位行使建工优先权提供了制度渠道。《合同法》（已失效）第七十三条规定了债权人代位权制度，《建工合同解释二》（已失效）第二十五条特别新增了实际施工人提起代位权诉讼的规定。而《民法典》第五百三十五条以及《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（一）》（法释〔2020〕25号，以下简称《建工合同解释一》）第四十四条则分别延续了前述代位权的规定。此外，根据《民法典》第五百三十五条的规定，债权人代位行使的权利类型既包括主债权，也包括与主债权有关的从权利。因此，实际施工人以代位权为由向发包人主张工程款优先受偿是有法可依的。

(2) 实际施工人向发包人主张代位行使建工优先权通常能够满足代位权的行使条件。参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（已失效）第十一条的规定，行使代位权通常应当满足四个条件：①债权人对债务人的债权合法；②债务人怠于行使其到期债权，对债权人造



成损害；③债务人的债权已到期；④债务人的债权不具有专属性。具体来看，第一，虽然实际施工人的施工合同无效，但根据《民法典》第七百九十三条的规定，实际施工人在工程验收合格后仍对转包人或者违法分包人享有折价补偿请求权。第二，发包人可能拖欠转包人或者违法分包人的工程款，而转包人或者违法分包人可能未及时以诉讼或仲裁方式主张工程款，进而构成对实际施工人债权的损害。第三，转包人或者违法分包人的工程款请求权可能已经达成支付条件。第四，如深圳市中级人民法院所述，工程款请求权和建工优先权均不具有人身属性或者人身信任关系的专属性。可见，实际施工人向发包人主张代位权不存在事实上不可能达成的权利构成条件。

(3) 实际施工人代位行使建工优先权更能达到保障建筑工人权益的立法目的。众所周知，我国设立建工优先权制度的立法原旨在于充分保障建筑工人工资及其合法权益。在建设工程经济关系中，建筑工人是整个工程施工最底层的参与主体，也位于整个建设工程经济分配的最底端。而实际施工人往往是实际组织工人完成工程建设的施工企业、劳务分包企业、工头等主体，其直接承担支付众多工人工资的义务。因此，支持实际施工人代位行使建工优先权，才更能够切实保障底层经济分配的资金流，才更能够保障建工优先权制度的立法目的的实现。

事实上，在《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》中，已经呈现支持实际施工人代位行使建工优先权的意见。该《解答》第16条规定“实际施工人在总承包人或者转包人不主张或者怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张优先受偿权。”这一规定的思路和原理实际就是实际施工人代位权的路径。

3. 代位行使建工优先权的行使方式

实际施工人代位行使建工优先权至少应当满足前述代位权的四个构成要件。其中，需要注意的是：“债务人的债权已到期”这一要件应当是指转包人或者违法分包人对发包人享有工程款请求权和建工优先权，且满足行使建工优先权的方式、期限、范围等条件。原因在于，代位权的本意是代位行使债务人对次债务人的债权及其从权利，转包人或者违法分包人的建工优先权合法有效是实际施工人成功代位行权的前提和基础。

此外，实际施工人提请代位行使建工优先权时，需要注意法律依据应当是《民法典》第五百三十五条以及《建工合同解释一》（法释〔2020〕25号）第四十四条，区别于《建工合同解释一》第四十三条第二款。原因在于，《建工合同解释一》第四十三条第二款和第四十四条虽然都是实际施工人向发包人主张工程款的依据，但二者的基本原理和权利基础存在明

显分野。鉴于我国建设工程普遍存在转包、违法分包等情况，《建工合同解释一》第四十三条第二款特别突破了合同相对性原则，使实际施工人得以直接向发包人主张权利，但其起诉依据的基础权利依然是实际施工人自有的折价补偿请求权。然而，如前所述，司法层面已



经基本确认实际施工人不能凭其实际施工行为取得建工优先权，这就意味着，实际施工人的折价补偿请求权本身并不具备建工优先权这一从权利，其依据《建工合同解释一》第四十三条第二款向发包人主张建工优先权，自然可能遭遇“于法无据”的失败结果。相反，《建工合同解释一》第四

十四条依据的是代位权制度，实际施工人行使的基础权利是转包人或者违法分包人对发包人的工程款请求权和建工优先权，这就规避了实际施工人自身不具有建工优先权的问题。

综上，虽然实际施工人无法成为建工优先权的原始权利主体，但凭借

代位权制度，实际施工人的工程款或许也能够获得建工优先权的担保效力。

建工优先权的行使期限及其起算

（一）行使期限

2021年1月1日起施行的《建工合同解释一》对建工优先权的行使期限做了重大变更。简述之，2021年1月1日前，建工优先权行使期限仅为6个月；2021年1月1日后（含当日），建工优先权行使期限最长不超过18个月。对建工企业而言，这一修改可谓重大利好，允许建工企业更从容地行使建工优先权；而更长久的行使期限也让工程款债权更具稳定性、更具融资价值。

当然这一修改也使建工企业行权时面临期限的衔接问题。因为建设工程施工、验收、结算的周期往往经年累月，至少目前绝大部分建设工程都面临横跨2021年1月1日引发的行使期限的衔接问题。就该问题，应以2021年1月1日为分界点，分类研讨。第一，在2021年1月1日之后签订的建工合同，对应的建工优先权的行使期限应当按18个月计算。第二，对于2021年1月1日之前签订的建工合同，若依据2019年发布的《建工合同解释二》第二十二条之规定，在2021年1月1日之前已经过了6个月行使期限的，则应当适用6个月的行使期限；若截止于2021年1月1



日，行使期限还未超过6个月的，则应适用18个月的行使期限。

（二）行使期限起算点

建工优先权行使期限的起算点同样历经修改，但其分界点在2019年2月1日施行的《建工合同解释二》（已失效），而不是《建工合同解释一》。简言之，2019年2月1日前，建工优先权的起算点为“自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日”；2019年2月1日后（含当日），起算点为“发包人应当给付建设工程价款之日”。

如果建工合同明确约定了工程款付款条件和支付时间，则应当按照约定确定建工优先权行使期限的起算点。但若建工合同对工程款支付时间没有约定或约定不明的，则应当参照《建工合同解释一》第二十七条的规定，按照以下情况分别确定期限的起算点：（1）建设工程已实际交付的，以交付之日为起算点；（2）建设工程没有交付的，以提交竣工结算文件之日为起算点；（3）建设工程未交付，工程价款也未结算的，以当事人起诉之日为起算点。

建工优先权的行使方式

根据《民法典》第八百零七条和《合同法》（已失效）第二百八十六条的规定，与发包人协议将工程折价或者提请人民法院将工程拍卖是法定的两种建工优先权的行使方式。此

外，参考《浙江省高级人民法院执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答》第二条的规定，建工优先权的行使方式还可为：（1）提起诉讼、申请仲裁要求确认其对该工程拍卖价款享有优先受偿权；（2）申请参加对建设工程变价款的参与分配程序主张优先受偿权。需注意的是，若建工企业提起诉讼、申请仲裁仅要求判决或裁决由发包人向其支付工程款，未要求确认其对该工程拍卖价款享有优先受偿权的，通常不被视为行使建工优先权。

但司法实践中，各人民法院却在“发函主张建工优先权是否属于协议折价”的问题上存有不同处理意见，具体而言：

（一）支持性案例

部分人民法院认为以发函的方式主张建工优先权不违反法律规定，进而认可承包人享有工程款优先受偿权。在兴业银行股份有限公司上海长宁支行、浙江国泰建设集团有限公司第三人撤销之诉纠纷中[具体参见（2020）最高法民申5386号再审民事裁定]，对于“案涉《函件》能否作为国泰公司行使优先受偿权依据的问题”，最高人民法院认为：承包人享有的工程价款优先受偿权系法定权利，该条（《合同法》第二百八十六条）规定承包人可以通过协议折价或者申请拍卖的方式主张优先受偿权，并未限定承包人必须通过诉讼的方式主张。本案中，国泰公司以发函的方式向世盟公司主张工程价款优先受偿

权，并不违反法律规定。根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条的规定，承包人行使优先受偿权的除斥期间为六个月，本案所涉工程的竣工日期为2014年12月16日，国泰公司于2015年1月21日向世盟公司发送《函件》，世盟公司于同月23日签收，国泰公司在除斥期间内向世盟公司发出主张工程款优先权的催款函，世盟公司对此无异议，故原审认定国泰公司以发函的形式行使工程款优先受偿权，亦无不当。

在中天建设集团有限公司、鹰潭市美亚置业有限公司建设工程施工合同纠纷中[具体参见（2019）最高法民终750号二审民事判决]，最高人民法院亦认为，美亚公司主张建设工程价款优先受偿权的行使方式仅为向法院申请工程拍卖并主张优先受偿，于法无据。中天公司通过律师发函件给美亚公司的方式主张优先受偿权不违反法律规定，一审判决确认中天公司享有建设工程价款优先受偿权并无不当。

（二）否定性案例

也有部分人民法院认为仅发函不构成建工优先权的有效行使方式。例如，《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第18点第2款就明确规定，“承包人通过发函形式主张建设工程价款优先受偿权的，不认可其行使的效力。”



在四川省蜀通建设集团有限责任公司、李保华建设工程施工合同纠纷中[具体参见（2016）川民再541号再审民事判决]，对于蜀通公司行使优先受偿权的方式问题，四川省高级人民法院认为：蜀通公司虽在催款函中明确提出蜀通公司享有对本工程价款的优先受偿权，强调集洲公司应积极协助并配合蜀通公司行使权利，但从两份《催款函》的内容看，特别是在2014年1月6日其向集洲公司最后一

次发函中表述为：“否则我公司将依法主张权利并按照贵公司承诺行使该工程优先受偿权”，该函件仅是在声明有一种权利而并非是主张该项权利，该函涉及的是催要工程款，并没有要求与集洲公司协商以该工程折价抵偿尚未支付的工程价款内容，故这些函件的内容与法律规定的建设工程价款优先受偿权的合法行使方式不符。蜀通公司上诉主张其已经通过发函的形式主张了优先受偿权是其对权

利的拥有与权利的主张行使的理解错误，该上诉理由不能成立。

（三）理论研判

综合上述案例来看，单纯发函并非确定有效的建工优先权行使方式，发函能否达成行使权利的效果，还需进一步考量函件的内容，甚至具体的遣词用句。

但就发函是否属于建工优先权

的有效行使方式的争议，本文认为，发函并非法定的建工优先权的行使方式，仅发函行为不应被认定为承包人有效行使了建工优先权。理由在于，《民法典》和《合同法》对行使方式的规定为“协议折价”，而非“协商折价”。按照文义解释，“协议折价”应当是指发包人与承包人双方均作出过折价的意思表示，并且通过协商达成了合意。而承包人单方的发函行为，仅仅能够证明承包人就折价事宜向发包人提出了协商要求或者折价受偿要求，无法证明双方达成了合意。此外，若刻意将发函扩大解释为协议折价的一种方式，于法无据，且略有不妥。

综上，提请各建工企业注意，仅以发函方式行使建工优先权存在一定法律风险。实践中，承包人发函主张建工优先权后，若发包人没有回函或者虽回函但未认可折价，也没有积极与承包人签订折价协议的，建议承包人在行使期限内另行通过申请法院拍卖涉案工程等方式行使建工优先权，以避免因未在法定期限内有效行使建工优先权而丧失了该权利。

建工优先权的优先受偿范围

关于建工优先权的优先受偿范围，《建工合同解释一》第四十条规定应当按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，并且明确将逾期支付建设工程价款的

利息、违约金、损害赔偿金等损失排除在优先受偿范围外。

国务院行政主管部门关于建设工程价款范围的规定主要有：原建设部于1999年发布的《建设工程施工发包与承包价格管理暂行规定》（建标〔1999〕1号），财政部和原建设部于2004年发布的《建设工程价款结算暂行办法》（财建〔2004〕369号），住房和城乡建设部于2013年发布的《建设工程工程量清单计价规范》，以及住房和城乡建设部与财政部于2013年印发的《建筑安装工程费用项目组成》（建标〔2013〕44号）。

前述规范虽多，但总体来看，建工优先权的优先受偿范围可总结为：在发包人无违约行为的情况下，其依据合同约定应当向承包人支付的除垫资利息以外的所有工程款，均属于建工优先权的优先受偿范围。

综上所述，建工优先权是法律赋予承包人优先保护的一种担保性权利，它既是建工单位优先实现合法权益、顺利回笼资金的法律利器，也是保障建筑工人收入、平衡各方主体利益的制度设计。因而，建工优先权并非可以任意行使的意定权利，建工企业一定要清楚行使建工优先权的主体、期限和起算点、行使方式及范围等规则，以免错失建工优先权这把“法律利刃”。

附：相关法律及司法解释

《民法典》第八百零七条【发包人未支付工程价款的责任】发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

《合同法》第二百八十六条（已失效）【工程价款的支付】发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（已失效）：

一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。

三、建筑工程价款包括承包人

为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。

四、建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

2019年1月3日发布的《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）》（已失效）

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。

2020年12月29日发布的《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（一）》

第二十七条 利息从应付工程价款之日开始计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；

（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；

（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

第三十五条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，依据民法典第八百零七条的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。

第四十条 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。

第四十一条 承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

第四十三条 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

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。

【摘要】新《土地管理法》及实施条例出台，标志着集体经营性建设用地入市制度的正式推行，也为乡村旅游等产业投资项目取得建设用地提供了法律层面的保障。农村集体经营性建设用地入市制度作为深入推进农村改革的一项重要举措，为大力实施乡村建设提供了必要的要素基础。本文从集体经营性建设用地出让的一般规则出发，对集体建设用地在投资建设过程中常见的重点问题进行了分析，并介绍了“点状供地”“集体土地用于租赁住房建设”“农村土地综合整治”等集体建设用地流转与开发方面的探索，以期为农村集体经营性建设用地入市制度的进一步研究提供若干参考。

【关键词】集体建设土地 出让

集体经营性建设 用地出让问题研究

◎ 文 / 王冠男 / 成都办公室



2021年1月4日，中共中央、国务院颁布《关于全面推进乡村振兴加快农业农村现代化的意见》，积极探索实施农村集体经营性建设用地入市制度。该制度作为深入推进农村改革的一项重要举措，为大力实施乡村建设提供了必要的要素基础。新《土地管理法》及实施条例出台，标志着集体经营性建设用地入市制度的正式推行，也为乡村旅游等产业投资项目取得建设用地提供了法律层面的保障。

集体经营性建设用地出让的一般规则

《土地管理法》及实施条例对集体经营性建设用地分别从入市条件、入市方式、入市不同阶段几方面作出了规定。

（一）入市条件

根据规定，土地利用总体规划、城乡规划或国土空间规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可依法进行出让。

（二）出让主体

根据规定，集体经营性建设用地的出让主体为土地所有权人。集体经营性建设用地的所有者是农民集体，农村集体经济组织、村民委员会、乡（镇）农村集体经济组织等组织代表农民集体负责集体经营性建设用地的经营与管理。土地所有权人可以依据经依法登记的权属，直接或者委托、授权方式实现集体建设用地入市的职能。

（三）出让方式

《土地管理法实施条例》明确了集体

经营性建设用地可以通过公开招拍挂或者协议出让。

关于协议出让的情形，可参照同类用途的国有建设用地相关规定。根据《协议出让国有土地使用权规定》第9条规定，在公布的地段上，同一地块只有一个意向用地者的，市、县人民政府国土资源行政主管部门方可按照采取协议方式出让；但商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地除外。



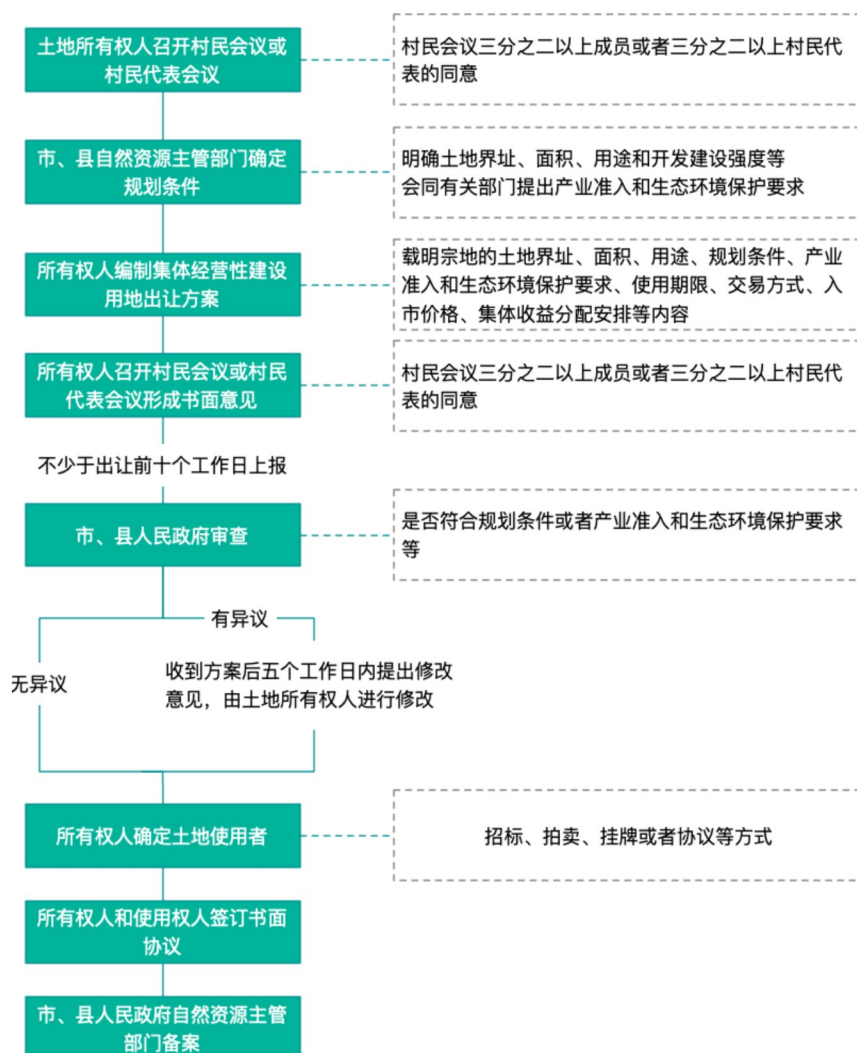
王冠男 | 合伙人

专业领域：股权投资融资、知识产权、基础设施和房地产

手机：+86 135 5870 3151

邮箱：nami@zhhlaw.com

（四）出让程序



（五）土地的利用与二次流转

根据规定，集体建设用地的使用者应当严格按照土地利用总体规划、城乡规划确定的用途使用土地。

通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外。

集体建设用地投资建设的几个关注重点

（一）住宅类用途的集体建设用地是否可以纳入入市范围

自然资源部、国家发展和改革委员会、农业农村部联合发布《关于保障和规范农村一二三产业融合发展用地的通知》，在解决农村产业发展的土地需求的同时，仅提到“土地用途可确定为工业用地、商业用地、物流仓储用地等”，并明确“农村产业融合发展用地不得用于商品住宅、别墅、酒店、公寓等房地产开发，不得擅自改变用途或分割转让转租”。《关于进一步加强农村宅基地管理的通知》提出“严禁城镇居民到农村购买宅基地，严禁下乡利用农村宅基地建设别墅大院和私人会馆，严禁借流转之名违法违规圈占、买卖宅基地”的规定，也从侧面反映了当前政策对利用农村土地进行住宅地产开发的谨慎态度。同时，部分试点城市也明

确禁止集体建设用地用于商品房开发和住宅建设。

结合上述政策，《土地管理法》“工业、商业等经营性用途”中的“等”字，不应当理解为包含住宅，住宅亦不属于与“工业”“商业”并列的经营性用途。

但是，我国自2017年开始利用集体建设用地建设租赁住房的试点实践，针对租赁住房需求较大，村镇集体经济组织有建设意愿、有资金来源，政府监管和服务能力较强的城市，开展利用集体建设用地建设租赁住房试点。2021年7月2日，国务院办公厅印发的《关于加快发展保障性租赁住房的意见》中也规定，对于人口净流入的大城市和省级人民政府确定的城市，“在尊重农民集体意愿的基础上，经城市人民政府同意，可探索利用集体经营性建设用地建设保障性租赁住房”。因此，基于特殊政策支持，在完成相关审批手续的前提下，可利用集体建设用地建设租赁住房。

（二）土地出让、出租方式的选择

《土地管理法》集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，集体经营性用地的出租在入市条件、出租主体、承租方的选择方式、出租程序方面，并无区别于出让的特殊规定。集体经营性建设用地的出租，参照同类用途的国有建设用地执行，具体办法由国务院

制定，但目前相关办法尚未出台。

根据现有法律规定，土地出让、出租方式的主要区别在于：

1. 土地使用期限

《民法典》规定租赁期限不得超过20年，超过20年的，超过部分无效。目前，在法律层面还没有对集体建设用地的出租期限有特殊规定。在各地出台的相关规定及实务操作中，大致有两种不同做法：

部分地区规定土地出租的最高年限不超过“同类用途国有土地使用权出让的最高年限”，或不得超过《集体土地使用证》载明的剩余



土地使用年限，如广东省、成都市、南京市。上述年限均可超过20年，与出让年限并无区别。

部分地区明确了土地出租期限最高不得超过20年，如济南市。在该种规定下，出租期限超过20年的，超过部分面临无效风险。虽然租赁期限届满后可以通过续期来保障土地使用权的连续性，但租赁合同能否续签，土地租金能否保持稳定，均需要依赖于土地所有权人的决策。

基于集体建设用地出租期限尚无统一规定，且地方政策具有不稳定性，对于投资成本大、投资期限

长的产业项目，采取出让方式更能保障项目的长期稳定发展。当然，基于投资进度安排，也可以考虑先出租后出让的方式，以减少前期投入，灵活配合发展的阶段性要求。

2.建设用地的再流转与抵押

根据规定，通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押。

参考国土资源部《规范国有土地租赁若干意见》，租赁取得土地使用权，承租人在按规定支付土地租金并完成开发建设后，经土地行政主管部门同意或根据租赁合同约

定，可将承租土地使用权转租、转让或抵押。而出让方式取得土地使用权转让或抵押并不受“开发建设后”的限制。并且，地上房屋等建筑物、构筑物依法抵押的，承租土地使用权可随之抵押，但承租土地使用权只能按合同租金与市场租金的差值及租期估价，评估价值较低。

（三）土地税收问题

集体土地入市后的二次流转中，较为重要的税种为土地增值税。现行的《土地增值税暂行条例》仅规定了对转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物的行为征收土地增值税。为了与土地制



度改革相衔接,《土地增值税法(征求意见稿)》第2条已将“出让集体土地使用权、地上的建筑物及其附着物,或以集体土地使用权、地上的建筑物及其附着物作价出资、入股”纳入征收范围。

《土地增值税法(征求意见稿)》将集体房地产纳入征税范围的同时,拟取消土地增值收益调节金,使立法前后集体房地产负担总体稳定。并增加授权省级人民政府对房地产市场较不发达、地价水平较低地区集体房地产减征或免征土地增值税。

农村集体经营性建设用地入市和流转环节的税收政策,除土地增值税外,其他税种与国有土地使用权出让、转让适用相同的税收制度、政策。

集体建设用地流转与开发的探索

(一) 点状供地

乡村旅游项目通常占地面积大、容积率低,而配套设施较小且分散。此背景下,点状供地作为新型供地模式应运而生。2015年,浙江省试点推行“点状布局、垂直开发”的土地综合利用新模式。2018年6月,浙江省人民政府办公厅颁布《关于做好低丘缓坡开发利用推进生态“坡地村镇”建设的若干意见》,正式提出“坡地村镇”建设,并实行“点状或带状布局多个地块组合开发”的供地模式。后来该做法在重庆、云南等多地推行。

“点状供地”模式一般按照特定项目的规划需要,根据建筑物占地面积、建筑半间距范围及必要的环境用地,进行点状规划、点状报批、点状供地,克服了原先遭遇的因项目总占地面积大造成的供地难问题。

(二) 集体土地用于租赁住房建设

如上文所述,为降低租赁住房建设成本、增加租赁住房供应、缓解住房供需矛盾,2017年,国土资源部与住房和城乡建设部出台《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》,陆续有18个城市进入试点。2021年6月,国务院办公厅出台《关于加快发展保障性租赁住房的意见》进一步探索利用集体经营性建设用地建设保障性租赁住房。

2020年7月,全国首个集体土地租赁房在北京正式建成运营。该项目集体建设用地的取得方式为集体经济组织土地入股。社会投资人前期只需投入建设开发成本,而无需支付土地成本,后期负责产品打造和服务运营。集体经济组织则获得保底租金和超额经营分红。

但是该种实践也面临诸多挑战与困境,例如可利用的集体建设用地数量少、规划引领作用缺失、农村集体经济组织与合作资本责权不对等问题需要进一步思考解决。

(三) 农村土地综合整治

为了增加用地空间,《关于保障和规范农村一二三产业融合发展用地

的通知》提出,在充分尊重农民意愿的前提下,可依据国土空间规划,以乡镇或村为单位,开展全域土地综合整治,盘活农村存量建设用地。

近年来,一些地区也自发开展了农村集体建设用地增减“村村挂钩”的探索。2008年,四川省成都市出台《成都市集体建设用地整理与集中使用管理暂行办法》,实施乡镇范围内零星集体建设用地整理的“拆院并院”项目。经过农民集体和农户的委托,社会投资者可参与到土地整理中。2019年,成都市天府新区管委会办公室印发《四川天府新区成都直管区实施乡村振兴战略全域推进农村土地综合整治方案的通知》进一步明确,社会投资项目整理节余的集体建设用地指标优先在项目所在村落地使用,支持社会投资人报名参与竞买流转土地用于农村产业发展。为社会投资人参与集体建设用地的出让提供了政策基础和便利。

修订后的《土地管理法》及实施条例为集体经营性建设用地入市提供了法律依据,是完善和健全土地管理制度的重大举措,有利于吸引社会资本参与乡村产业建设,推动乡村振兴。但集体经营性建设用地入市尚处在起步阶段,在法律和实践层面,都还有需要进一步研究和明确。对于投资人来说,既要抓住机遇,也要全面了解现有法律,积极跟进后续法规和政策的出台,及时作出应对。

2021年度合伙人内训及 换届会在亚龙湾瑞吉酒店隆重举行

2021年12月17日-19日，2021年合伙人内训及换届选举大会在三亚亚龙湾瑞吉酒店隆重召开，来自各地办公室逾70名合伙人代表参会。会议期间，成功选举6名新董事组成新一届董事局，选举4名新监事组成新一届监事会，聘任重庆、上海、成都、贵阳、北京、香港、纽约、两江及江北9个办公室的负责人组成新一届执行层，并表决通过新晋权益合伙人。与此同时，会议还围绕证券、区块链与数字资产、涉外业务新趋势、数字经济机遇、诉讼标准化技术等专题进行交流。



合伙人周鹏、宋琴等5名律师 荣获市律师协会2021年度最佳律师多项大奖



2021年12月21日，重庆市律师协会举办“律师和律师事务所年度大奖”2021年颁奖典礼。合伙人周鹏荣获“年度最佳民商事诉讼律师”奖，合伙人文建荣获“年度最佳法律顾问律师”奖，合伙人肖东荣获“年度最佳服务民营企业律师”奖，合伙人宋琴荣获“年度最佳青年律师”奖，顾问律师李云英荣获“年度最佳公益服务律师”奖。



ZHH & Robin



中豪律师集团

重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8388 E-mail: cq@zhhlaw.com

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 E-mail: sh@zhhlaw.com

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 邮编: 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 E-mail: gy@zhhlaw.com

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: nyc@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路远洋光华国际AB座7层 邮编: 100020
7/F, Tower AB, Yuanyang Guanghua International, Guanghua Road, Chaoyang District, Beijing 100020, PRC
Tel: +86 10 2173 7325 Fax: +86 2173 7325 E-mail: bj@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 邮编: 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 E-mail: cd@zhhlaw.com

香港

香港金钟道89号力宝中心1座18层
18/F, Tower 1, Lippo Centre, 89 Queensway, Admiralty, Hong Kong
Tel: +852 2532 7927 Fax: +852 2537 5832 E-mail: hk@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com