

《 汉 坤 专 递 》

HAN KUN NEWSLETTER

2008 年第 5 期

（总第 15 期）

● 编辑：《汉坤专递》工作小组

一、 新法规目录

二、 新法评述

1. 《商务部办公厅关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见》解读
2. 《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）》
解读
3. 《房屋登记簿管理试行办法》解读
4. 《违反土地管理规定行为处分办法》解读

新法目录一览

2008年5月1日至2008年5月31日新法规

• 投资/公司

- 1 《商务部办公厅关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见》（商务部办公厅 2008-5-5 颁布实施）
- 2 《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）》（最高人民法院 2008-5-12 颁布，2008-5-19 实施）
- 3 《中华人民共和国国家发展和改革委员会公告：关于将超薄塑料购物袋列入淘汰类产业目录的公告》（国家发展和改革委员会 2008-5-13 颁布实施）
- 4 《乳制品工业产业政策》（国家发展和改革委员会 2008-5-29 颁布实施）

• 税务、财会

- 1 《国家税务总局关于印发〈上海期货交易所黄金期货交易增值税征收管理办法〉的通知》（国家税务总局 2008-5-4 颁布实施）
- 2 《国家税务总局关于出口企业提供出口收汇核销单期限有关问题的通知》（国家税务总局 2008-5-5 颁布实施）
- 3 《国家税务总局关于车船税征管若干问题的通知》（国家税务总局 2008-5-8 颁布实施）
- 4 《国家税务总局关于统一报关代理业专用发票有关问题的通知》（国家税务总局 2008-5-14 颁布实施）
- 5 《财政部关于免征硫磺进口环节增值税的通知》（财政部 2008-5-14 颁布实施）
- 6 《国务院关税税则委员会关于对磷产品征收特别出口关税的通知》（国务院关税税则委员会 2008-5-14 颁布实施）
- 7 《国家税务总局关于停止执行企业购买国产设备投资抵免企业所得税政策问题的通知》（国家税务总局 2008-5-16 颁布实施）
- 8 《国务院关税税则委员会关于调整部分商品进口暂定税率的通知》（国务院关税税则委员会 2008-5-28 颁布，2008-6-1 实施）

• 房地产、建设工程

- 1 《房屋登记簿管理试行办法》（住房和城乡建设部办公厅 2008-5-6 颁布实施）
- 2 《关于印发〈建筑施工企业安全生产管理机构设置及专职安全生产管理人员配备办法〉的通知》（住房和城乡建设部 2008-5-13 颁布实施）
- 3 《违反土地管理规定行为处分办法》（监察部、人力资源和社会保障部、国土资源部 2008-5-29 颁布，2008-6-1 实施）

• 国际贸易

- 1 《海关总署公告 2008 年第 41 号（关于公布 2008 年 7 月 1 日起新增香港享受零关税货物原产地标准表和 2008 年 7 月 1 日起新增澳门享受零关税货物原产地标准表）》（海关总署 2008-5-30 颁布，2008-7-1 实施）

• 物流、运输、保险

- 1 《中华人民共和国船员注册管理办法》（交通运输部 2008-5-4 颁布，2008-7-1 实施）
- 2 《关于注销 19 家国际班轮运输经营者经营资格的通告》（交通运输部办公厅 2008-5-5 颁布实施）
- 3 《中国保监会关于在行政执法中及时移送涉嫌犯罪案件的规定》（中国保险监督管理委员会 2008-5-8 颁布实施）
- 4 《关于提示人身保险银邮代理业务风险的通知》（中国保险监督管理委员会 2008-5-12 颁布实施）
- 5 《最高人民法院关于审理船舶碰撞纠纷案件若干问题的规定》（最高人民法院 2008-5-19 颁布，2008-5-23 实施）
- 6 《关于促进寿险公司电话营销业务规范发展的通知》（中国保险监督管理委员会 2008-5-21 颁布实施）
- 7 《国内水路运输经营资质管理规定》（交通运输部 2008-5-26 颁布，2008-8-1 实施）
- 8 《机动车登记规定》（公安部 2008-5-27 颁布，2008-10-1 实施）

• 证券与资本市场

- 1 《关于证券公司申请首次公开发行股票并上市监管意见书有关问题的规定》（中国证券监督管理委员会 2008-5-12 颁布实施）
- 2 《关于规范控股、参股期货公司有关问题的规定》（中国证券监督管理委员会 2008-5-22 颁布实施）
- 3 《〈期货公司董事、监事和高级管理人员任职资格管理办法〉实施前后有关人员任职资格的衔接规定》（中国证券监督管理委员会 2008-5-22 颁布实施）
- 4 《证券公司定向资产管理业务实施细则（试行）》（中国证券监督管理委员会 2008-5-31 颁布，2008-7-1 实施）
- 5 《证券公司集合资产管理业务实施细则（试行）》（中国证券监督管理委员会 2008-5-31 颁布，2008-7-1 实施）

• 娱乐、体育、传媒

- 1 《广电总局关于〈数字电影发行放映、管理办法（试行）〉的补充规定》（国家广播电影电视总局 2008-5-13 颁布实施）
- 2 《关于对互联网地图和地理信息服务违法违规行为进行专项治理的通知》（全国国家版图意识宣传教育地图市场监管协调指导小组 2008-5-13 颁布实施）

• 电信

《工业和信息化部、国家发展和改革委员会、财政部关于深化电信体制改革的通告》（工业和信息化部、国家发展和改革委员会、财政部 2008-5-24 颁布实施）

• 综合、其他

- 1 《关于充分保障律师依法履行辩护职责，确保死刑案件办理质量的若干规定》（最高人民法院、司法部 2008-5-21 颁布实施）
- 2 《抗震救灾款物管理使用违法违规违纪行为处分规定》（中央纪委、监察部 2008-5-29 颁布实施）

- 3 《国家煤矿安全监察局关于进一步加强煤矿安全生产工作的紧急通知》（国家煤矿安全监察局 2008-5-1 颁布实施）
- 4 《中华人民共和国商务部公告 2008 年第 36 号：关于原油、成品油销售、仓储经营资格》
- 5 《国家安全监管总局关于做好 2008 年输油气管道安全运行监督管理工作的通知》（国家安全生产监督管理局 2008-5-7 颁布实施）

1. 《商务部办公厅关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见》解读

继 2008 年 1 月 15 日国务院废止了《外商投资企业清算办法》（“清算办法”）后，商务部于 2008 年 5 月 5 日出台了《关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见》（“指导意见”）。该指导意见主要针对清算办法废止后，外商投资企业的解散和清算问题提出了若干规定，强调了外商投资企业解散和清算应该适用的法律、法规以及申请解散的具体程序性要求。

（1）关于应适用的法律，指导意见规定今后外商投资企业的解散和清算工作应按照公司法和外商投资法律、行政法规的相关规定办理，外商投资法律和行政法规有特别规定而公司法未做详细规定的，适用特别规定。

（2）关于申请解散的程序，指导意见规定外商投资企业根据《中外合资经营企业法实施条例》第九十条第一款第（二）、（四）、（五）、（六）项，《中外合作经营企业法实施细则》第四十八条第一款第（二）、（四）、（五）项，或《外资企业法实施细则》第七十二条第一款第（二）、（三）、（六）项的规定终止的，须向审批机关报送提前解散申请书、企业权力机构（董事会、股东会或股东大会，下同）关于提前解散企业的决议以及企业的批准证书和营业执照；中外合资、合作企业投资者按照《中外合资经营企业法实施条例》第九十条第一款第（三）项或《中外合作经营企业法实施细则》第四十八条第一款第（三）项的规定单方提出解散申请的，应当向审批机关报送提前解散申请书，并提供有管辖权的人民法院或仲裁机构作出的生效判决或裁决，判决或裁决中应明确判定或裁定存在上述两项中所规定的情形。审批机关收到解散申请书和相关材料后，于 10 个工作日内作出批准企业解散的批件，并在全国家外商投资企业审批管理系统中增加批准企业解散的信息。外商投资企业部分股东按照《中华人民共和国公司法》第一百八十三条规定请求解散公司的，应直接向有管辖权的人民法院提出。

（3）关于清算，指导意见规定企业应在批准解散之日起 15 日内成立清算组，依法开始清算。清算组应在清算期内缴清企业各项税款。清算结束后，清算组应制作清算报告，经企业权力机构确认后，报送审批机关，同时向审批机关缴销批准证书。审批机关收到清算报告和批准证书后，在全国家外商投资企业审批管理系统中完成企业终止相关信息的录入和操作，并由系统自动生成回执，企业凭回执向税务、海关、外汇等部门办理注销手续，并向公司登记机关申请注销登记。

（4）关于溯及力问题，指导意见规定清算办法废止前，特别清算已经开始的，特别清算程序可继续进行，清算委员会依法作出的清算报告具有法律效力。

2. 《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）》的解读

最高人民法院 2008 年 5 月 12 日发布了规范审理公司解散清算案件的司法解释《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（“公司法司法解释（二）”）。根据司法解释起草者和颁布者对相关问题的解答以及我们的分析，我们的解读如下：

（1） 制定《公司法司法解释（二）》的背景和目的

《公司法司法解释（二）》源于最高人民法院 2001 年年初开始起草的《关于审理涉及企业法人解散案件若干问题的规定》（以下简称《企业法人解散司法解释》）。启动该司法解释的主要考虑是，市场经济是法治经济，企业法人作为市场经济的主体，在参与市场竞争时不仅要遵循准入规则，退出市场也要有完备的规制。2004 年 2 月，《企业法人解散司法解释》（送审稿）完成并已提交审判委员会拟讨论时，恰逢公司法进行大规模修订，修订后的公司法在原公司法基础上对公司解散和清算部分进行了调整。考虑到随着我国企业改制的不断深化，公司制企业法人已成为我国经济社会中最主要的企业类型，同时，为了与修订后的公司法衔接，在原《企业法人解散司法解释》（送审稿）基础上，针对人民法院审理公司制企业法人解散和清算案件适用法律问题制定专门的司法解释，以统一执法尺度，指导全国审判工作。

（2） 股东请求解散公司诉讼在受理方面的特殊考虑

作为公司诉讼中特殊类型的案件，人民法院受理股东请求解散公司诉讼案件，除要审查是否符合民事诉讼法第一百零八条的规定，还需从股东据以提起解散公司诉讼的事由、股东的资格，以及是否满足前置性程序三个方面进行考虑。

首先，股东据以起诉的理由必须是公司法规定的“公司经营管理出现严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失”事由。《公司法司法解释（二）》明确列举了四种情形。这四种情形主要体现的是股东僵局和董事僵局所造成的公司经营管理上的严重困难，即公司处于事实上的瘫痪状态，体现公司自治的公司治理结构完全失灵，不能正常进行经营活动，如果任其继续存续下去，将会造成公司实质利益者即股东利益的损失，在这种情形下，应当赋予股东提起解散公司诉讼、保护自身合法权益的救济渠道。如果股东在提起解散公司诉讼时，其起诉理由表述为公司经营严重亏损、或者其股东权益受到侵害，或者公司被吊销营业执照后未进行清算等，因不属于公司法所规定的解散公司诉讼案件提起的事由，因此在受理环节即应将之拒之门外。应当明确，本条列举的四项事由，一方面是解散公司诉讼案件受理时形式审查的依据，另一方面也是判决是否解散公司时实体审查的标准。

其次，公司法明确规定，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东有权提起解散公司诉讼，如果提起解散公司诉讼的股东不具备上述持股条件的，法院对其诉请不予受理。鉴于公司法做此规定系出于防止个别股东恶意诉讼的目的，以期通过对股东所持股份比例的限制，在起诉股东和其他股东之间寻求一种利益上的平衡，因此，《公司法司法解释（二）》规定单独持有或合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的（多个）股东，均可提起解散公司诉讼。

最后，对于公司法所规定的“通过其他途径不能解决”这个前置性条件，司法解释中没有再作解释，但我们认为，公司法之所以做此规定，是基于对公司永久存续性特征考虑的，即当公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失时，还是寄希望于公司能够通过公司自治等方式解决股东、董事之间的僵局，从而改变公司瘫痪状态，而不轻易赋予股东通过司法程序强制解散公司的权利。因此，人民法院在受理解散公司诉讼案件时，还是有必要审查这个条件是否成就。

（3） 关于合并审理请求解散和请求清算两个诉讼请求

股东请求解散公司和申请法院对公司进行清算，这是两个独立的诉请。司法解释之所以规定法院在受理股东提起的解散公司诉讼时暂不受理其提出的清算申请，原因在于：第一，两个诉的种类截然不同，股东请求解散公司诉讼是变更之诉，公司清算案件则是非讼案件，两者审判程序不同，无法合并审理；第二，股东在提起解散公司诉讼时，公司解散的事实并未发生，公司是否解散尚需人民法院的生效判决予以确定。而且，即使法院判决解散后，按照公司法第一百八十四条规定，原则上仍应由公司在解散事

由出现之日起十五日内成立清算组自行清算，只有在公司逾期不成立清算组进行清算时，方可向人民法院申请强制清算。

（4）对股东提起解散公司诉讼时申请财产保全和证据保全作的特别规定

解散公司诉讼是变更之诉，其判决生效后仅仅是变更了原有的法律关系，而无财产给付的内容，不存在强制执行问题，因此从理论上讲，审理解散公司诉讼案件应无财产保全事项。但股东提起解散公司诉讼是基于股东之间或董事之间的僵局，虽然判决解散后，公司可以自行清算，但因股东之间矛盾尖锐，最终大多会启动强制清算程序。因此，为了将来公司强制清算的顺利进行和股东利益的保护，对变更之诉下的财产保全作出了例外规定。另外，从兼顾公司和公司其他股东利益、防止个别股东滥诉给公司和其他股东造成不必要损失的角度考虑，《公司法司法解释（二）》规定，人民法院在此情形下进行财产保全应当要求股东提供相应的担保，且以不影响公司正常经营为前提。对于解散公司诉讼下证据保全的规定，更多也在于将来公司清算的需要，与一般案件证据保全的目的有所差别。

（5）股东请求解散公司案件的被告

鉴于解散公司诉讼案件性质上属于变更之诉，系变更股东和公司之间的出资与被出资的法律关系，属有关公司组织方面的诉讼，因此，股东请求解散公司诉讼的被告应当是公司。股东之间关于出资设立公司的协议随着公司的成立已经履行完毕，不存在解除设立协议的问题，因此其他股东不应作为解散公司诉讼案件的被告。考虑到解散公司诉讼案件，一是可能影响到其他公司股东的利益，二是基于有关调解工作尚需其他股东参与诉讼，因此，原告提起解散公司诉讼时应当告知其他股东，或者由人民法院通知其参加诉讼，其他股东可以以共同原告或者第三人的身份参加诉讼。

（6）注重调解

基于公司永久存续性特征，一般情况下，只要公司没有违反法律强制性规定，在其非自愿解散时，公权力机关应尽可能不去强制其解散。因此，在公司股东或董事出现僵局时，只要尚有其他途径能够解决矛盾，应尽可能采取其他方式解决，从而使公司免于遭受解散。这也是公司法之所以规定“通过其他途径不能解决”时，股东才能诉请解散公司的原因。即便股东依法诉诸于人民法院，法院仍有必要通过公权力的介入，尽可能通过股东离散而非公司解散的方式来解决股东之间的矛盾。基于此，司法解释强调，人民法院在审理解散公司诉讼时应当特别注重调解。

（7）既判力

人民法院就是否解散公司作出的生效判决对参加诉讼的当事人和未参加诉讼的公司其他股东具有当然的既判力，其基础还是源于解散公司之诉系有关公司组织的诉讼本质。判决解散公司的，因公司解散事由的出现，公司必将进入清算阶段，最终因清算完毕而终结，该判决当然对公司和公司其他股东，甚至包括公司的董事、监事、高管人员和职工等均有效力；判决驳回原告股东的诉讼请求的，因人民法院对原告据以提起解散公司的具体事实和理由已经作出了生效判决，在其据以主张解散公司的事实和理由不能得到法院支持的情况下，根据一事不再理的原则，提起该诉讼的股东和公司的其他股东不能再以相同的事实和理由向人民法院提起诉讼请求解散公司。

这里应当注意两个问题：第一，“同一事实和理由”系指“同一个”事实和理由，而非“同类”事实和理由。第二，之所以将“提起该诉讼的股东”和“公司其他股东”分别列举表述，意在强调对其

他股东的法律约束力，即人民法院判决驳回原告股东的诉讼请求后，不仅该原告股东不得再以同一事实和理由提起解散公司诉讼，其他公司股东亦不得再以同一事实和理由提起解散公司诉讼。

（8） 公司清算中的法律主体问题

公司解散是指引起公司人格消灭的法律事实。除公司因合并、分立需要解散的外，公司因本身不能存续的事由导致的解散是公司终止的原因和前奏，或者说是公司终止程序的一个环节。公司解散并不立即导致公司人格的消灭，而是应当停止积极活动，进入清算程序了结公司既有的法律关系，进入最终目标为公司消灭的事实状态和法律状态。公司在清算目的范围内视为依然存续，清算中的公司与解散事由出现前的公司在法律人格上是同一民事主体。对此，公司法已经作出明确规定。在此基础上，司法解释明确，公司出现解散事由、依法清算完毕前，有关公司的民事诉讼，仍应以公司自己的名义进行。

公司解散后依法成立的清算组取代原公司执行机关，行使清算中公司的代表及执行机关的职能，对内执行清算事务，对外代表公司了结债权债务，在清算目的范围内，与解散事由出现前公司的机关具有同等的法律地位。因此，公司出现解散事由、依法清算完毕前，有关公司的民事诉讼，成立清算组的，应当由清算组负责人代表公司参加诉讼活动；没有成立清算组的，则仍由原法定代表人代表公司参加诉讼活动。

（9） 债权人申请强制清算

公司解散后原则上应当自行组织清算，公司未自行清算的，基于对有关权利人利益保护以及社会经济秩序维护的考虑，公司法赋予了债权人向人民法院申请强制清算的权利。公司清算案件，性质上属于非讼案件，类似于我们熟悉的破产案件，只不过由于启动的原因和进行的清算程序不同，人民法院介入的程度不同而已。因强制清算受理的理论前提还是公司资产足以偿还全部债务，因此，在这种清算程序中人民法院介入的程度相对于破产清算而言非常有限。人民法院在强制清算中主要职责包括指定和更换清算组成员、确认清算方案和清算报告、决定是否延长清算期限、裁定终结强制清算程序。

应当注意的是，公司清算案件不是法院指定完清算组成员就审结了，而是需要监督整个清算程序完毕、裁定终结清算程序后，案件才算审结。《公司法司法解释（二）》一是将清算组故意拖延清算，以及有其他违法清算、可能严重损害公司股东或者债权人利益的行为这两种情形均作为申请强制清算的事由（事实上系自行清算向强制清算的转化）；二是将强制清算的申请主体扩大到股东。

（10） 清算中公司资不抵债时的协商机制

根据公司法第一百八十八条规定，原则上清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足以清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。但考虑，追求效率是公司清算的一个重要价值目标，严格而不失快捷地使已经出现解散事由的公司退出市场，一方面，可以将其给各方利益和社会利益造成的损失降低到最小；另一方面，在现代市场经济条件下，对于竞争中不再具有活力的公司，从经济学的角度看，也需要通过合法的途径尽快消灭既成法律关系，打破旧的公司形式，将原公司名下集合的各种生产要素和其他有效的社会资源解放出来，通过资本市场的优化组合，重归生产要素市场，使有限的社会资源得以充分利用，从而提高整个社会的经济效率。因此，如果公司清算中出现破产原因时，债权人能够基于意思自治自行协商通过债务清偿方案，则无必要当然进入破产清算程序。如果当然进入破产程序，对于公司的债权人而言，由于破产程序的费时、费力、费钱，其所获得的利益不一定高于公司清算中及时协商所获得的利益。因此，在公司强制清算中设置协商机制解决债务清偿问

题是非常必要的。这个制度设置的根本目的在于清算效率的追求，即以较小的投入获得较大的产出，通过协商方式确定债务的清偿以尽快了结清算程序，节约经济成本，同时实现破产程序下解决的公平受偿问题。日本、韩国以及我国台湾地区公司法中均有类似的制度。司法解释仅就进入司法程序的强制清算中的协商作出了规定，自行清算因自始并未进入司法程序，因此未作规定。公司自行清算的，只要不损害有关利害关系人的合法权利，又经全体债权人一致同意的，适用上述协商机制应该不为法律所禁止。

（11）清算义务人

在司法实践中，有相当数量的公司解散后应当清算而不清算，甚至故意借解散之机逃废债务，严重损害债权人利益并危害社会经济秩序。对清算义务人及其怠于履行清算义务民事责任的界定，旨在强化清算义务人依法清算的法律责任，建立一个健康、有序的法人退出机制。

根据公司法的规定，公司解散后，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东有义务及时启动清算程序对公司进行清算，即有限责任公司的股东和股份有限公司的董事、控股股东应为公司解散后的清算义务人。清算义务人应当清算而没有清算时，应当承担相应的民事责任。对此，《公司法司法解释（二）》作了明确规定。规定清算义务人的民事责任，目的在于督促清算义务人依法组织清算，规范法人退出机制，保护债权人的应有利益，以解决我国目前实践中该清算不清算的突出问题。如此规定除了有事后救济的法律价值外，更多的价值在于警示、引导作用。

（12）清算组的责任

清算组负责整个清算工作，因此，其在从事清算事务时能否依法进行直接决定着公司能否依法清算，意义非常重大。因我国公司法下尚无清算人的概念，因此，当清算组从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失时，其民事责任落实到清算组成员身上。在对外关系上，清算组成员的责任应该是连带责任。

3. 《房屋登记簿管理试行办法》解读

2008年7月1日《房屋登记办法》将开始施行，办法实施后办理登记的房屋，应当建立房屋登记簿。2008年5月6日住房和城乡建设部出台了《房屋登记簿管理试行办法》，作为房屋登记簿相关问题的配套规定。其主要内容为：

- （1）房屋登记簿是房屋权利归属和内容的根据，是房屋登记机构制作和管理的，用于记载房屋基本状况、房屋权利状况以及其他依法应当登记事项的特定簿册。
- （2）房屋登记簿可以采用电子介质，也可以采用纸介质。房屋登记簿采用电子介质的，应能够转化为唯一、确定的纸介质形式；采用纸介质的，应采用活页等方便增页和编订的方式编制，注明目录和页码。
- （3）房屋登记簿有关内容发生改变的，应通过增加新的页面、界面和内容体现，不得直接在原内容上删改。
- （4）房屋登记簿应按照房屋基本单元建立。房屋基本单元应有唯一的编号。房屋分割、合并时应重新编号。建筑区划内依法属于业主共有的公共场所、公用设施和物业服务用房，应在

房屋初始登记时单独记载，建立登记簿，并与建筑区划内房屋基本单元的登记簿形成关联。

- (5) 登记簿的内容应包括：房屋基本状况，如记载房屋编号、房屋坐落、所在建筑物总层数、建筑面积、规划用途、房屋结构、土地权属性质、国有土地使用权取得方式、集体土地使用权类型、地号、土地证号、土地使用年限房地产平面图等；以及房屋的权力状况。
- (6) 重要记载事项：
- i. 【规划用途】记载建设工程规划许可文件及其所附图件上确定的房屋用途。
 - ii. 【土地权属性质】记载房屋占用范围内土地的所有权性质，分别为“国有”或“集体所有”。
 - iii. 【国有土地使用权取得方式】记载房屋所占用土地的国有土地使用权取得的方式，包括划拨、出让、出租、作价入股等。
 - iv. 【土地使用年限】记载房屋占用范围内的土地使用权的起始日期和终止日期。国有土地使用权为出让的填写《国有土地使用权证》记载的土地使用年限；国有土地使用权为划拨的不填；集体土地使用权填写《集体土地使用证》上记载的土地使用年限。
 - v. 【房屋所有权取得方式】记载房屋所有权人取得该房屋所有权的方式，包括自建、买卖、互换、赠与、以房屋出资入股、分割或合并共有房屋、法人或者其他组织分立或合并、继承、遗赠、因生效法律文书取得、征收等。
 - vi. 【房屋性质】分别记载经济适用住房、廉租住房、集资合作建房等由政府提供相关政策支持建设，对购买、租赁对象以及转让有限制的房屋。
 - vii. 【担保范围】记载抵押合同中约定的担保范围，可以是主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用等；抵押合同未约定的，记载未约定的事实。
 - viii. 【最高债权额已经确定的事实和数额】因《物权法》第 206 条规定的情形导致最高额抵押权所担保的债权确定时，记载债权确定的原因及事实，同时注明所确定的债权金额。
 - ix. 【在建工程抵押权人】记载在建工程抵押合同中的抵押权人，通常为在建工程的贷款人。
 - x. 【在建工程抵押人】记载在建工程抵押合同中的抵押人，通常为对在建工程享有财产权的权利人。

4. 《违反土地管理规定行为处分办法》解读

监察部、人力资源和社会保障部、国土资源部联合修订的《违反土地管理规定行为处分办法》（以下简称《办法》）将于 2008 年 6 月 1 日起施行。该《办法》的重点内容如下：

- (1) 《办法》修订的原则

《办法》修订过程中坚持把以下三条原则：一是突出重点。切实落实《国务院关于加强土地调控有关问题的通知》关于“严格实行问责制”的要求，增加对地方政府领导人员追究领导责任的规定。二是增强可操作性。完善违法违规构成和量纪标准，增加任免机关、监察机关和国土资源行政主管部门在查处土地违法违规案件中加强协作配合的程序性规定。三是增设条款有依据。《办法》新增加的内容以《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》、《国务院关于加强土地调控有关问题的通知》及其配套规章、制度中的相关规定为依据，新增了一些适应当前新情况、新问题的条款。

（2） 《办法》修订的主要内容和特点

《办法》由以前的 25 条减少至 24 条，但其中新增的条款多达 8 条，删除的条款有 6 条，原来的 9 号令中的其他条款均作了不同程度的修改。归纳起来，新增加的内容主要有四个方面：一是根据国务院文件及其配套规章、制度中要求追究责任的内容，增设了相应条款。例如，对批准以“以租代征”方式擅自占用农用地进行非农业建设的行为要追究责任等。二是根据新出台的有关土地管理方面的规章和制度要求追究责任的内容，增设了相应条款。例如，对国有建设用地使用权出让、征地中存在的种种问题明确了责任。三是增加了追究地方政府领导人员领导责任的规定。四是明确了查处土地违法违规案件中有关部门加强协作配合的程序性规定。

其特点归纳起来主要有以下三点：一是维护国家一系列土地政策的权威性，尤其是宏观调控政策的权威性，为贯彻落实宏观调控政策保驾护航。对国务院明确要求暂停土地审批仍不停止审批、明确禁止供地的项目仍提供建设用地的行为等，《办法》规定，要给予行政机关有关责任人处分。二是维护土地利用总体规划、年度计划的权威性。对没有土地利用计划指标擅自批准用地、没有新增建设占用农用地计划指标擅自批准农用地转用的行为以及对通过调整土地利用总体规划，擅自改变基本农田位置，规避建设占用基本农田由国务院审批规定的行为，《办法》也明确规定要给予行政机关有关责任人处分。三是对新出现的、带有普遍性的土地违法行为，明确处分依据。对行政机关及其公务员批准以“以租代征”等方式擅自占用农用地进行非农业建设的行为，以及在国有建设用地使用权招拍挂出让中“量身定做”竞买条件等行为，《办法》以规章的形式明确其违法性，并规定要给予处分。

（3） 政府土地管理工作中的问责制

对政府土地管理工作严格实行问责制，是国家加强土地管理的重要举措，其目的在于通过建立有效的责任约束机制，限制和规范政府权力和政府工作人员行为，将政府土地管理和耕地保护的责任落到实处，保证经济社会可持续发展。多年来，土地违法量大面广的问题，特别是有的地方政府土地违法的问题一直未能有效解决，一个重要原因就是，现行的责任追究制度中缺少有效的政府领导问责制度。《办法》增加了追究地方人民政府领导人员的领导责任的规定。

根据《国务院关于加强土地调控有关问题的通知》要求，结合当前土地管理现状，《办法》规定有以下四种情形之一的，要追究地方人民政府主要领导人员和其他负有责任的领导人员的责任：第一，土地管理秩序混乱，致使一年度内本行政区域违法占用耕地面积占新增建设用地占用耕地总面积的比例达到 15% 以上或者虽然未达到 15%，但造成恶劣影响或者其他严重后果的；第二，发生土地违法案件造成严重后果的；第三，对违反土地管理规定行为不制止、不组织查处的；第四，对违反土地管理规定行为隐瞒不报、压案不查的。

（4） 问责制的比例标准——“15%”

“15%”这一比例标准是国土资源行政主管部门在对近三年全国土地变更调查情况，以及近年来土地执法情况进行分析的基础上设定的。主要基于以下考虑：第一，要保证国家最严格的土地管理制度的落实，在严肃查处土地违法案件的同时，必须将耕地保护的责任落到各级政府领导人员的头上。但地方政府领导人员只是对本行政区域内执行国家土地政策和土地管理负有领导责任，不是土地违法行为的直接责任人，不能只要出现土地违法行为就追究政府领导人员的责任，而是在当地土地违法状况达到一定程度才追究该地方政府领导人员的责任，给予相应的处分。因此，需要设定一个具体比例作为追究领导责任的处分标准。第二，设定具体比例既要考虑近年来的土地违法状况，同时也要考虑有利于严把土地“闸门”，确保我国1.8亿亩耕地的红线不被突破，增强《办法》的可操作性。

根据《中华人民共和国立法法》第八十四条的规定，《办法》不溯及既往。也就是说，“15%”这个处分比例标准只适用于《办法》出台后发生的土地违法行为，对此前发生的土地违法行为并不适用。制定这个相对严厉的处分比例标准，主要目的是要对地方政府领导人员起到警示作用，从而避免或防止今后违法占用耕地行为的大量发生。为防止有些地方领导人员打“擦边球”，钻空子，《办法》对违法占用耕地面积比例未达到15%，但造成恶劣影响或者其他严重后果的，也明确规定要追究领导责任。

敬告读者：

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

本《汉坤专递》的信息自 2008 年 5 月 1 日截止至 2008 年 5 月 31 日。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

张蕾 律师：

电话：+86-10-85255547

Email: leia.zhang@hankunlaw.com

地址：北京市东长安街 1 号东方广场办公楼 C1 座 9 层 903-908 室，100738

金文玉 律师：

电话：+86-10-85255557

Email: wenyu.jin@hankunlaw.com

地址：北京市东长安街 1 号东方广场办公楼 C1 座 9 层 903-908 室，100738