

# 中豪之窗

## ZHONGHAO EXPRESS

ZHH  
ZHH & Robin

2022年 第3期 | 总第081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】

小股东“智斗”  
大股东实战攻略

浅谈《民法典》背景下  
转包管理费的法律评价

如何通过注销、除名或  
清盘方式合法关闭香港公司？

银行债权人如何防范债务人  
利用破产程序逃废债？

### 【法理天地】

美国 REITs 廉租房制度  
对中国保障住房的立法借鉴

## 中豪再次荣登 2022 ALB China 区域市场领先律所

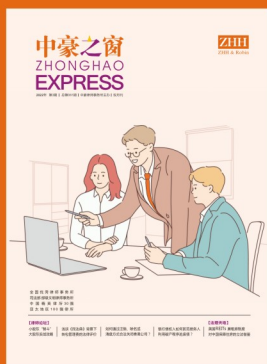
2022年7月21日，国际权威法律媒体ALB发布了2022 ALB China 区域市场排名。中豪凭借卓越的法律人才竞争力、优质的职业发展前景及良好的业界声誉，荣登2022 ALB China 西部地区10家领先律所榜单，彰显中豪在律师界的影响力，同时是对中豪持续推进专业化、规模化、国际化发展的充分认可。



## 2022年度西南片区工作会在亚龙湾喜来登酒店举行



2022年7月2日，中豪2022年度西南片区工作会在三亚亚龙湾喜来登酒店成功举办。来自重庆、成都、贵阳办公室的20多名管理层合伙人参会，共同研讨建立有效机制推进律所在金融、知识产权、五巡案件、破产等领域的业务机会，并围绕引进国内外优秀人才的机制构建进行了深度交流。



# 中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第081期 2022年 第3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	宋琴
赵晨	高伟	吕睿鑫
任远	曹一川	赵寅皓
张龙	高红刚	文奕
王瑞勇	王冠男	杨敏
蒋官宝	刘卉灵	袁珂

责任编辑：卢露

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

小股东“智斗”大股东实战攻略 ..... 赵明举 2

浅谈《民法典》背景下转包管理费的法律评价 ..... 伍伟 吴诗倩 7

如何通过注销、除名或清盘方式合法关闭香港公司？ ..... 杨青 李慕乔 13

银行债权人如何防范债务人利用破产程序逃废债？ ..... 尹璐 胡俊 21

## 法理天地 THEORY

美国REITs廉租房制度对中国保障住房的立法借鉴 ..... 王辉 潘璐 27

2022年6月，成都市律师协会举办了第一届成都律师法律服务产品创新大赛暨成渝地区律师法律服务产品创新大赛（成都）选拔赛，成都市共计51家律所携107件法律服务产品参赛。成都办公室赵寅皓、王蓉、刘肖、朱昀凌组成的参赛团队，携参赛服务产品“企业商业秘密保护的体系构建”，以卓越表现在决赛中脱颖而出，以优异成绩晋级10强！

2022年7月6日，合伙人赵明举分享了“公司控制权博弈经典案例”。本次分享从股东通过过桥资金注资后再转出的风险、公司高管面对关联交易不作为的风险、小股东面临公司僵局如何找到解决方案三个方面，阐释了公司控制权博弈的核心要点，藉此提供借鉴和参考。

随着最高检、司法部等九部委联合印发《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》以及国资委出台《中央企业合规管理办法》等规范性文件，企业合规受到高度重视，企业合规需求越发强烈。2022年7月20日，合伙人张磊在重庆办公室举办了“企业合规实务及新机遇”专题讲座。

2022年7月27日，在香港回归祖国25周年之际，国家文化和旅游部启动“2022中国文化和旅游IP授权系列活动”，与香港贸易发展局围绕“中国授权业的最新发展与机遇”在京举办“亚洲授权业会议·中国机遇”专题论坛。会议伊始，北京会场“亚洲授权业会议·中国机遇”专题论坛，由北京及香港的嘉宾进行分享。而后转入重庆会场，合伙人杨青、卢露律师从法律视角对IP授权的法律实务进行了精彩分享。

2022年8月3日，合伙人岳婷婷在中豪大讲堂举办了《个人信息保护法》亮点解读专题讲座，对该法的亮点、重点条文的理解与适用等进行了详细解析。

# 中豪新闻



在当前经济增长放缓、经济下行的大背景下，破产程序成为供给侧改革、化解产能过剩的重要法律途径。因此，如何在破产程序中更好地保护金融债权，理应成为现阶段金融机构重点关注的法律问题。2022年8月12日，合伙人张涌在中豪大讲堂举办了“破产程序中金融债权的保护”专题沙龙。

2022年8月16日，四川省凉山彝族自治州中级人民法院发布《关于〈企业破产案件管理人名册〉正式启用的公告》，中豪以丰富的企业破产管理经验、突出的担任管理人业绩，成功入选为一级破产管理人。

2022年8月18日下午，高级合伙人张德胜应邀为民生银行贵阳分行作破产金融债权保护专题培训。张德胜律师结合破产法理论与破产实务办案经验，深入讲解了银行在破产程序中债权清收所遇到的相关法律问题，并提出了相应解决对策。

2022年8月22日，经向社会发布公告、本人申请、单位推荐、材料审核、面试考察、公示等程序，成都市第三方监督评估机制管理委员会正式公布第一批专业人员名录库人员名单。合伙人汪飞成功入选名录。

2022年8月31日，根据中央组织部、中央宣传部、中央政法委、教育部、司法部和中国法学会《关于印发〈2022年“百名法学家百场报告会”法治宣讲活动指导意见〉的通知》，重庆市委组织部、市委宣传部、市委政法委员会、市教育局、市司法局、市法学会联合印发通知，决定开展2022年重庆“百名法学家百场报告会”（“双百”）法治宣讲活动。

“赵律师，非常感谢您和中豪律师团队对本项目的大力支持和帮助，让我们终于实现了退出该项目的目标！”当听到客户项目分管领导对该案的成功办理发自内心的感谢后，我也会心地笑了。中豪律师团队在历时一年半的时间内，通过综合运用公司治理的各种工具，在政府资本作为小股东的不利境地下，成功实现项目的退出，帮助客户回收2000万元财政补贴资金和1125万元股本金，并解除4000万元融资担保义务。实现客户的正当商业诉求一直是我们孜孜不倦追求的最高目标。现将本团队办理该案的经验和心得与读者朋友做一分享，一方面作为中豪律师事务所成立25周年的献礼，另一方面希望藉此给政府机关、国有平台公司、律师同行办理类案时提供参考和借鉴。

# 小股东“智斗” 大股东实战攻略

◎ 文 / 赵明举 / 重庆办公室





赵明举 | 合伙人

专业领域：公司业务、破产重整、  
金融保险

手机：+86 135 0835 2991  
邮箱：jason.zhao@zhhlaw.com

## 案情简介

2014年4月至2016年4月期间，某区政府与社会资本A公司签订了一份《A公司入驻合作协议》，双方就A公司投资某项目事宜达成战略合作框架协议。为履行该战略合作协议，某区政府相关部门、平台公司B公司与A公司也签订了系列子协议。

(一) 区政府指定平台公司B公司和A公司共同成立项目公司C公司，项目公司注册资本5250万元。

(二) 区财政给予该项目2000万元财政补贴资金以及其他项目用房等优惠政策。

(三) B公司向项目公司C公司委派董事、监事，但不委派高级管理人员，不直接参与项目公司的日常经营。

(四) 为保证该项目前期资金需要，某政策性银行以对A公司股权增资方式为项目公司C公司提供4000万元贷款；为保证项目投资期满后银行资金的安全回收，平台公司B公司需为该4000万元贷款对应的增资股份的回购提供回购担保责任。

(五) 2016年5月，A公司和B公司共同发起设立了项目公司C公司。根据公司章程，A公司以货币方式出资4125万元，占股本总额78.57%；B公司以货币方式出资1125万元，占股本总额的21.43%。

(六) 项目公司C公司成立后，区财政依约将2000万元财政补贴资金打入C公司账户，B公司也按约实缴注册资本1125万元；

然而A公司在转入验资资本4125万元后，当天又将该资金转至第三方公司账户。

(七) 项目实施过程中，因各种客观因素，该项目未能顺利推进，项目公司C公司在成立后也未能开展实质性业务。

(八) 区财政、平台公司B公司和A公司进行多轮协谈，因该项目客观无法实施，希望收回财政补贴2000万元，收回股本投资1125万元，解除4000万元融资款的担保义务，经多轮谈判未果。

(九) 2020年1月，B公司以A公司存在抽逃出资4125万元为由，以A公司和C公司部分高管为被告、项目公司C公司为第三人，向重庆某中级人民法院提起追收大股东抽逃出资案诉讼，请求A公司向C公司返还抽逃出资4125万元本息，高管承担连带责任。某中院于2020年10月判决驳回B公司全部诉求。

由于案涉项目涉及主体较多、历时周期长、合同履行情况复杂，为讨论的便宜，方便读者快速了解系争项目争点，笔者对案情作了简化处理。废话不多说，直接上攻略！

## 实战攻略

### (一) 攻略一：关键战役不放弃

2020年10月底，面对大股东追收抽逃出资案一审的败诉判决，客户与本所律师进行了充分沟通和交流，并介绍了该项目的合作背景、合作协议履行现状及目前面临的公司僵局。通过对本案基本事实的梳理及法律适用的分析，我们认为，本案虽



然属于小股东与大股东博弈的个案，但案件的成败却对能否实现客户顺利退出该项目起着决定性的意义。这种关键战役无论是二审、还是未来进入再审，必须以最大的努力去争取有利客户的结果。经与客户的沟通交流，客户也认同本案胜败对项目退出的意义。随后，双方建立了该案二审的正式委托代理关系。

通过本所律师历时10个月的二审勤勉尽责代理，在案件基本事实不变的情况下，二审法院对小股东的举证责任分配适用了与一审完全不同的举证规则。一审法院认为：小股东仅凭大股东出资当天就将同等出资款项转给第三人，不足以证明大股东存在抽逃出资行为，根据“谁主张、谁举

证”的一般举证规则，认为小股东的举证未达到证明“大股东存在抽逃出资”的高度盖然性标准，对小股东诉求不予支持。二审法院则认为：小股东已经举示了对大股东履行出资义务产生合理怀疑的初步证据，大股东对是否履行出资义务负有继续举证的义务，在大股东无法就出资当天将出资款项转出至第三人属于正常的商业交易行为的情况下，认定大股东存在抽逃出资行为，改判支持小股东诉求。

2021年9月，通过本所律师代理，本案二审取得了改判。二审法院认定大股东A公司存在抽逃出资4125万元的行为，判令大股东向项目公司C公司返还抽逃出资款4125万元及相应的利息。该关键战役的胜

利，为该项目后期的协商和谈判奠定了有利于客户的基调。

## （二）攻略二：知己知彼 方能克敌制胜

在抽逃出资案的代理过程中，客户基于对本所律师专业能力的信任，在抽逃出资案二审尚未正式下判前，客户就B公司收回项目公司C公司1125万元投资款及对项目4000万元融资贷款解除担保事宜一并委托本所律师进行处理。

通过全面梳理该项目合作过程中形成的所有协议、函件、项目公司章程、公司架构、股东大会或董事会决议等资料，我们发现，客户作为小股东，在项目公司成立后，

基本被大股东架空，公司的股东会和董事会长期处于“闲置”状态。虽然小股东意识到大股东存在滥用股东权利、利用关联交易转移公司资产的行为，但苦于掌握的公司经营及财务资料有限，不知从何下手来维护自身权益。

本所律师介入该非诉专项代理后，围绕客户的两个商业诉求“收回投资款1125万元及解除4000万元贷款对应增资股权的回购担保责任”，通过研究公司章程、了解双方在公司治理中的各自优劣势，确定了项目退出实施路径及方案。

### （三）攻略三：和平谈判是靠综合运用多种战术“打”出来的

在本所律师介入前，客户给大股东A公司多次去函，请求协商谈判解决该项目目前面临的僵局。然而，由于双方就协议是否继续履行及履行不能的责任承担存在重大分歧，无法形成共识，最终协商谈判无疾而终。我们认为，一般情况下，公司陷入僵局后，如双方对公司的控制权存在一边倒的情况下，和平谈判犹如“镜中花、水中月”，只能是一厢情愿的美好愿望。鉴于此，我们必须“以打促谈”。为实现上述目标，我们先后打出了以下系列组合拳：

1.根据公司章程规定，以小股东名义发起召开临时股东大会，提请股东大会就“对公司通过竞争性谈判方式招标权威会计师事务所对公司成立以来的财务年度报告进行全面审计”

进行决议表决。

2.根据公司法的规定，要求查阅、复制公司会计账簿及原始凭证，依法行使股东知情权。

3.根据客户掌握的部分财务资料，结合对项目公司财务数据的比对分析，我们梳理出一份标的为940万元的交易合同可能存在大股东通过关联交易损害公司利益行为。为此，我们代表客户以小股东名义书面通知监事会主席（该监事会主席为大股东委派）履行监事职能，要求其对项目公司高管提起损害公司利益责任纠纷诉讼，否则，小股东将主动提起该诉讼，并追究监事会主席不履职的法律责任。监事会主席迫于压力，提起了对大股东委派的几名高管的损害公司利益责任纠纷诉讼，小股东B公司以第三人身份及时向法院申请加入该诉讼。通过案件代理，一审法院判令：大股东委派的几名高管需向项目公司C公司承担940万元的连带损害赔偿赔偿责任。

4.根据公司章程，以小股东名义提请召开临时股东大会，并提请股东大会对“解散项目公司”事项进行决议。在决议未果情况下，我们代表客户及时向法院提起了解散项目公司之诉。

考虑本文篇幅所限，区政府其他部门就系争项目所涉各个部门自身板块所要解决的问题整体委托本所律师进行一并代理及后期采取的措施，

在此不表。

通过上述系列诉讼和非诉措施，最终，大股东A公司愿意就客户的项目退出事宜进行协商谈判。

### （四）攻略四：利益平衡是商业谈判的归属

进入协商谈判阶段，我们代表客户提起的几个诉讼仍在进行，需要根据协商谈判进展来确定是否撤回相应的诉讼，从而在谈判态势上给大股东施加足够的压力。在小股东与大股东博弈的过程中，个案诉讼仅仅是手段，并非是客户追求的终极目的。为此，在协商谈判中，我们与客户形成共识：如协商





谈判未果，继续推进诉讼案件进展，最终通过司法途径解散该项目，并依法追究大股东及其委派的高管的法律责任，及时履行国有平台公司对外投资的监管责任；如协商谈判顺利，基本实现我方退出该项目及解除债务担保的商业诉求，我方可以对作为手段的个案诉讼附条件地予以撤回。

最终，小股东与大股东找到了双方的利益平衡点，并及时签署了项目退出协议，各方依据退出协议履行了各自义务。通过退出协议的落地实施，客户最终收回了2000万元财政补贴、1125万元投资款，并解除了4000万元债务的担保义务，使得该案圆满收官。

## 办案心得与体会

通过办理该案，结合团队处理其他公司控制权纠纷类案，我们认为，无论是政府资本与社会资本之间的合作，还是社会资本与社会资本之间的合作，要在合作之初就未雨绸缪，及时通过公司章程设定大股东和小股东的权利边界和义务边界，以防止形成公司僵局的出现。

大股东行使权利需以公司法和公司章程为边界，不能滥用大股东控制权优势侵害小股东利益；否则不仅面临民事责任承担，还极有可能面临刑事责任承担。

当公司出现控制权纷争时，需要及时委托专业公司律师介入处理，以便及时止损。专业公司律师在处理公司控制权纠纷时，既要有对公司控制权争夺的宏观战略方案，也要有贯彻战略方案的具体战术方案。这就对我们的律师团队提出了较高的法律素养要求，不仅要精通公司实体法和程序法，也要具备公司经营管理、财务、审计、税收、公司职务犯罪等综合性知识，才能为客户设计出最优控制权争夺方案，且能够在方案实施中，根据各方博弈最新态势，及时修正调整我们的实施方案，以顺利实现客户最终的商业诉求。



**【摘要】** 建设工程领域的管理费，通常出现在“项目承包人”与建筑企业签订的名为内部承包实为转包、挂靠，或者名为分包实为转包等合同中，主要表述为“公司向承包人收取管理费为工程造价的X%”、“承包人需向公司缴纳工程承包范围内结算总价X%的税管费”，或是采用下浮率的约定方式规避管理费的字眼，其目的为获取转包利益或者收取建设管理费用。本文通过对部分司法判例的解读，探讨《民法典》实施后，建设工程领域转包“管理费”条款的法律评价。

**【关键词】** 建设工程施工合同 管理费 下浮率

# 浅谈《民法典》背景下 转包管理费的法律评价

◎ 文 / 伍伟 吴诗倩 / 成都办公室



## “管理费”的司法背景

2005年1月1日正式实施的最高人民法院《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》（法释【2004】14号）中，对“管理费”有了相关规定。第二条规定：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”第四条规定，“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据《民法通则》第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得”。而“管理费”通常被包括在本条“违法所得”中。

在民法典体系下，《民法典》第一百七十九条规定的承担民事责任的方式中，删除了《民法通则》第一百三十四条关于“收缴进行非法活动的财务和非法所得的规定”，《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）》也删除了原《建设工程司法解释》第四条关于人民法院收缴非法所得的规定，现法院在民事诉讼中收缴当事人非法所得不再有法律依据。因此，对于合同中约定的管理费条款是否当然无效，管理费是不是应由实际施工人享有，还是应当没收，或支持转包人取得管理费，实践中存在着较大的分歧。

## “管理费”的司法实践

通过检索最高人民法院建设工程施工

合同纠纷案件有关管理费的判例，我们发现，司法实践对转包人的管理费诉求处理方式主要分为三种，即：不支持、支持、部分支持。具体如下：

### （一）合同无效时，其约定的工程款下浮率/管理费亦无效

#### 1.（2019）最高法民申763号

贵州建工集团第四建筑工程有限责任公司、李伯渠建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书中，法院认为：

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条之规定工程款可参照合同约定计算，但并不代表相关条款独立有效。故二审法院认为冉志敏与贵州四建公司之间的管理费约定，以及冉志敏与李伯渠、刘太贵之间的转包费的约定均为无效条款，亦不存在适用法律不当的情形。

#### 2.（2020）最高法民终898号

青海盛源房地产开发有限公司、八冶建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书中认为：

本案中八冶公司、八冶西宁分公司与李乾初系转包关系。八冶公司、八冶西宁分公司上诉认为欠付工程款中应扣除管理费、项目费及材料发票税金。最高人民法院认为，八冶公司、八冶西宁分公司为专业建筑施工企业，其将涉案工程转包给无相应资质的个人，存在明显过错，八冶西宁分公司与李乾初签订的《协议》为无效合同，其不能举证证明实际参与了工程建设的相关管理，且未提交证据证明材料发



伍伟 | 合伙人

专业领域：基础设施与建设工程、  
房地产及商业资管、  
公司与并购

手机：+86 158 8224 7125  
邮箱：steven@zhhlaw.com



吴诗倩 | 律师

专业领域：基础设施和房地产、  
民事诉讼

手机：+86 178 2810 5137  
邮箱：Ethel.wu@zhhlaw.com

票与本案的关联性，其该项上诉请求缺乏依据，不予支持。

## （二）合同无效时，其约定的工程款下浮率/管理费有效

### 1.（2020）最高法民终860号

重庆市基础工程有限公司（以下简称重庆基础公司）、新疆生产建设兵团建设工程（集团）有限责任公司（以下简称新疆兵建公司）建设工程施工合同纠纷二审民事判决书，法院认为：

新疆兵建公司与重庆基础公司系违法分包关系，根据双方签订的《分包合同》的约定，重庆基础公司需按照工程价款的一定比例向新疆兵建公司支付管理费，其中小高层比例为2%，多层为3%。虽然《分包合同》无效，但新疆兵建公司在重庆基础公司施工过程中配合其与发包方、材料供应商、劳务单位等各方进行资金、施工资料的调配和结算，并安排工作人员参与案涉工程现场管理，其要求重庆基础公司参照原约定支付管理费，法院予以支持。

## （三）合同无效时，过高的工程款下浮率/管理费应调整

### 1.（2019）最高法民终1779号

江苏省第一建筑安装集团股份有限公司、孙炎建设工程施工合同纠纷二审民事判决书：

关于涉案管理费。涉案《工程内部承包合同书》约定“合同价

格：审计结算价下浮8%。”一审法院将该约定定性为总包单位收取8%的管理费并无不当，本院予以确认。

因《工程内部承包合同书》无效系因违反禁止违法转包的强制性规定，实际施工人孙炎、鞠建军并不具备施工资质而借用江苏一建名义，对违反禁止转包明知，其不应从违法行为中获利。

对于孙炎、鞠建军依据《工程内部承包合同书》无效而主张不予扣除管理费的上诉请求，本院不予支持。同时，因涉案《工程内部承包合同书》无效，江苏一建主张按照协议约定收取8%的管理费也依据不足，一审法院根据本案合同履行的实际情况等因素，将双方约定的按照审计结算价下浮8%调整为下浮4%并无不当，本院予以维持。

### 2.（2018）最高法民申6046号

中建环球建设集团有限公司、古叶建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书中，法院认为：

依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条的规定，案涉《工程施工合作协议》应属无效。《工程施工合作协议》中约定的“清单单价下浮19.2%”是环球公司将案涉工程转包给王贞祥的非法转包利益，应属违法所得。对于该

违法所得，按照上述司法解释的规定，人民法院可以根据《民法通则》第一百三十四条的规定予以收缴。因该下浮的费用本质上属于工程价款，是承包人物化于建设工程上的成果，二审判决依据公平原则在计算工程款时将清单单价下浮19.2%的下浮比例调整为6%，未对环球公司的非法所得进行收缴，已经充分考虑了环球公司的利益。

## “管理费”的理解适用

### （一）转包的工程价款确定

《合同法》以及《民法典》背景下均禁止承包单位将建设工程非法转包，认定以上行为无效。对于合同无效的法律后果，《合同法》、《民法典》均有规定。《民法典》第一百五十七条“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”

工程的施工过程就是承包人将劳务及建筑材料物化为建设工程的过程。基于这一特点，建设工程施工合同无效，发包人取得的财产形式上是承包人建设的工程，实际上是承包人对工程建设投入的劳务及建筑材料，无法适用无效恢复原状



的返还原则，只能采取折价补偿的方式处理。

《民法典》第七百九十三条第一款“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿

承包人”的规定，确定了建设工程施工合同无效情形下，对建设工程进行折价补偿的一般规则。

对于折价补偿的标准，《民法典》规定参照合同约定的工程价款确认，而非按照定额折价，这是考

虑到建设工程施工合同中关于工程价款的约定，是发、承包双方就支付与请求支付建设工程价款的数额向对方作出的许诺，该许诺以合同条款的形式加以固定就使得对方对此产生了合理的信赖和预期。对于双方而言，其对将要支出或收取的



工程款数额有所预计。建设工程施工合同被确认无效后，参照合同关于工程价款的约定进行折价，符合发、承包双方关于工程款数额的预期，体现了诚实信用原则。

适用《民法典》第七百九十三条第1款的前提是“竣工验收合格”。这里验收合格除了包括竣工验收合格外，还包括施工过程中的验收合格。即便不合格，但经过修复，可以使缺陷得到弥补，符合国家或者行业强制性质量标准。这种情况下，发包人仍然可以接受建设工程，并在修复后继续利用建设工程。发包人要求承包人承担修复费用，承包人自然也可以请求参照合同约定折价补偿。

在实践中，施工合同无效，但竣工验收合格后，对于人工费、材料费、施工机具使用费等参照合同约定支付没有争议，但对于管理费的处理，各地法院作出的裁定存在差别甚至相反的观点。

## （二）转包的管理费评价

最高人民法院第二巡回法庭2020年第7次法官会议纪要中，明确建设工程施工合同因非法转包、违法分包或挂靠行为无效时，对该合同中约定的由转包方收取“管理费”的处理，应结合个案情形根据合同目的等具体判断。如该“管理费”属于工程价款的组成部分，而转包方也实际参与了施工组织管理协调的，可参照合同约定处理；对

于转包方纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，合同无效后主张“管理费”的，应不予支持。合同当事人以作为合同价款的“管理费”应予收缴为由主张调整工程价款的，不予支持。基于合同的相对性，非合同当事人不能以转包方与转承包方之间有关“管理费”的约定主张调整应支付的工程款。

在本次会议中，最高人民法院至此对于此类问题的主要裁判趋势是转包人有证据证明其在实际施工人施工过程中履行了一定管理义务的，应当区分转包方是否实际参与了施工组织管理协调，若参与了可参照合同约定处理；若纯粹转包牟利，转包方主张管理费，则不予支持。

## （三）转包的造价下浮认定

从实践来看，约定工程款下浮率已成工程行业惯例，参照约定处理符合工程行业的惯例。最高院在裁判中将工程款下浮率定性为总包单位收取的管理费，对于工程款下浮率/管理费在合同无效时能否得到支持，其实质即是对《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条中“参照合同约定”范围的理解。

根据最高院的会议精神，建设工程施工合同因非法转包、违法分包或挂靠行为无效时，法院对于合同中约定的管理费的处理原则——

根据转包人是否参与工程的实际管理为标准。结合个案情形，综合考虑合同履行情况、缔约过错、工程质量等因素，根据公平原则予以衡量，在转包人对涉案工程施工过程中尽到了一定的管理责任，且涉案工程已竣工验收合格，判决直接参照合同约定向实际施工人收取管理费或者酌情下调管理费比例。

## 结语

纵观近两年的司法裁判观点，转包人是否存在实际管理行为成为处理管理费的关键问题之一，并非“一刀切”的处理方式。转包人实际参与了施工组织管理协调，可参照合同约定处理；若纯粹转包牟利，转包方主张管理费，则不予支持。

近几年，由于疫情等原因，部分香港公司经营出现困难，甚至出现无力偿还公司债务的情况。部分香港公司本身就是壳公司，虽无实质经营，但也会产生少额的维护成本。不同经营状况，关闭公司的方式也会不同。什么方式才是合法合规、低成本和风险最小的关闭香港公司的适当方式？却是一个看似简单但却值得慎重对待的问题。少数企业采取不管不顾、听之任之的方式，最终因此付出了比按正常程序合法合规关闭公司高得多的代价后才实现合法关闭香港公司的目的。鉴于此，笔者对香港法下几种常见的关闭香港公司的方式、相关要求、流程及注意事项进行介绍，以期对大家有所帮助。

## 如何通过注销、除名 或清盘方式合法关闭香港公司？

◎ 文 / 杨青 李慕乔 / 重庆办公室





## 撤销公司注册

撤销公司注册是一项简易的法律程序，把不营运但有偿债能力的私人公司或担保有限公司解散。相对以清盘程序解散一家公司，撤销公司注册是一种便捷和成本低的方法。

### （一）是否任何公司都可申请撤销注册？

不是，只有香港注册的私人公司及担保有限公司可以申请撤销注册，但不包括《公司条例》第749(2)条指明的公司，比如公众公司、《银行业条例》第2(1)条规定的认可机构、《保险条例》第2条规定的保险人、根据《受托人条例》注册的信托公司等。而且，该公司必须为不营运但有偿债能力的公司。

### （二）申请撤销公司注册需要满足哪些条件？

根据《公司条例》第750条规定，香港私人公司在满足如下条件下可向公司注册处申请撤销注册：

1. 公司所有股东均同意撤销该公司的注册；
2. 公司仍未开始营运或经营业务，或公司在紧接提出此申请之前的3个月内没有营运或经营业务；
3. 公司没有尚未清偿的债务；
4. 公司不是任何法律程序的一方；
5. 公司的资产不包含位于香港的不动产；如该公司是控股公司，该公司的所有附属公司的资产均不包含位于香港的不动产。

### （三）撤销公司注册的基本步骤有哪些？

1. 向税务局局长申请《不反对撤销公司注册通知书》

公司填妥申请表（IR1263）后，公司董事、股东或被提名人（连同由公司董事签署的授权书）（以下统称申请人）向税务局局长申请《不反对撤销公司注册通知书》（以下简称《不反对通知书》）。通知书一般会于申请人在提交有效申请书并缴交申请费用后的21个工作日内发出。如公司没有未完成的税务事宜及未清缴的税款，则税务局局长会发出《不反对通知书》。否则，局长会发出通知书，列明该公司尚未完成的事宜或未清缴的税款。当该等事宜经办妥或税款清缴后，申请人可填妥通知书的下方部分，并将原通知书提交税务局，要求税务局重新考虑申请，而无须再次缴付申请费用。

2. 向公司注册处提交申请撤销公司注册的文件

在《不反对通知书》发出日期起计3个月内，通过公司注册处“注册易”以电子形式或向公司注册处提交如下文件申请撤销公司注册：

（1）NDR1表格，即私人公司或担保有限公司撤销注册申请书，连同费用港币420元；

（2）《不反对通知书》，以印本形式交付的《不反对通知书》须为正本，而以电子形式交付的《不反对通知书》则须为经申请人、董事或公司秘书核证的副本。

### （四）申请撤销公司注册一般需要多久时间？

一般来说，公司注册处可于5个工作日



杨青 | 合伙人

专业领域：海外投资与并购、外商投资、基金  
手机：+86 182 0309 3176  
邮箱：eagleyang@zhhlaw.com



李慕乔 | 律师

专业领域：海外投资与并购、国际贸易与运输、跨境争议解决  
手机：+86 158 0233 2710  
邮箱：james.li@zhhlaw.com

内发出信件确认收到撤销注册的申请。处长会在宪报刊登关于建议撤销有关公司注册的公告。如处长在宪报公告刊登后3个月内并未收到对该公司撤销注册的反对，便会在宪报刊登另一公告，宣布该公司的注册在该另一公告刊登的日期撤销，而该公司即告解散。申请人会在该公司被撤销注册时接获通知。撤销注册程序需约5个月左右时间。

## 公司清盘

公司清盘指有限公司通过清盘法律程序将所有资产变卖套现以偿付债务，并最终将公司结束的过程。香港法下，只有有限公司才能被清盘。根据《公司（清盘）及杂项规定条例》（以下简称《清盘条例》）规定，香港公司清盘分为自动清盘（voluntary winding up）与强制清盘（compulsory winding up）。自动清盘又分为股东自动清盘（member's voluntary winding up）与债权人自动清盘（creditor's voluntary winding up）。

### （一）股东自动清盘需满足什么条件？

公司股东自动清盘可在公司有偿债能力的情况下申请。公司董事须发出有偿债能力证明书，以证明公司将能够在自动清盘开始起不超过12个月的一段期间内，悉数偿付其债项。董事必须召开股东特别大会并通过自动清盘的决议，委任清

盘人和给予清盘人权力分配公司资产。

### （二）债权人自动清盘需满足什么条件？

债权人自动清盘通常适用于无偿债能力的公司。公司需准备一份资产负债表（需列出债权人名单，并估计其权益）。公司不能再继续营业，董事需召开股东特别大会以通过清盘决议及委任清盘人。在同一天，董事需与债权人召开另一次会议审议有关资产负债表及委任清盘人。

### （三）法院可在哪些情形下对公司实施强制清盘？

根据《清盘条例》规定，倘若某公司不能支付10,000元或以上的债务（或在特殊情况下由香港特区政府财政司司长订明之金额），其债权人便有理由提出清盘呈请。

1.根据《公司条例》第177条规定，如有如下情形，法院可向公司发出清盘令：

- （1）经公司股东之特别决议通过，决定由法庭颁令将公司清盘；
- （2）公司自其注册成立后一年仍未开业，或停业一年；
- （3）公司没有股份认购人或股东；
- （4）公司无力偿还债务；
- （5）公司章程规定须解散公司的情形已经发生；
- （6）法庭认为清盘乃属公正及

公平。

如有证明该公司处理事宜方式有欠公平，并损害部分或所有股东的权益，法庭亦可颁布清盘令。

2.公司无力偿付债务是强制清盘最常见理由。根据《公司条例》第178条规定，当公司出现如下情形时，公司被视为无力偿还债务：

（1）无力在法定要求偿债书发出起3个星期内偿付不少于港币10,000元债务；

（2）无力履行法院对公司作出的判决判令的部分或全部债务；

（3）法院将公司或有及预期债务列入考虑范围后认为公司无力偿还其债务。

如法院认为呈请书中的债项是基于真正而实质存在的争议理由（bona fide and substantial ground of dispute），则法院不会颁发清盘令。

## 公司除名

撤销公司注册与清盘都是公司主动采取行动依法合规关闭公司，当公司出现无力偿还债务等情形，并非正在营运或经营业务，且股东或董事对公司采取不管不顾的方式，比如不给公司办理年审和税务申报等合规手续，则公司注册处在经适当程序后，有权将该公司强制除名，从而使得公司被动解散。



### （一）公司在什么情况下会被除名，及除名的程序是怎样的？

步骤1：根据《公司条例》第744（1）条规定，如公司注册处处长有合理理由相信，某公司并非正在营运或经营业务，则处长可通过邮递方式，向该公司送交一封信件，查询该公司是否正在营运或经营业务。

步骤2：如在根据第744（1）条送交信件后的1个月内，处长没有收到对该信件作出的回复，或处长收到对该信件作出的回复表明该公司并非正在营运，也非正在经营业务，则处长在1个月届满后的30日内，向该公司送交另一封信件，表明该公司并非正在营运，亦非正在经营业务，并在宪报刊登公告，载明除非有反对因由提出，否则在公告日后的3个月届满时，该公司的名称将会从公司注册剔除，而该公司将会解散。

步骤3：刊登公告后，除非有反对因由提出，否则处长可在该公告日后3个月届满时，从公司注册剔除该公司的名称。处长须在宪报刊登公告，示明该公司的名称已从公司注册剔除。公告刊登时，该公司即告解散。

### （二）公司被除名对公司股东和董事有何影响？

其一，公司被除名会给公司的股东和董事留下不良的影响或记录。

其二，一家公司被香港公司注册处强制除名的时间一般长达3年左

右。在这段时间里，公司不会办理公司年审和税务申报，公司注册处及税务局均会收取罚款。如公司一直不支付罚款，政府部门有权采取进一步惩罚措施，比如限制该公司原股东和董事出入境香港，将其列入商业活动黑名单，甚至追究刑责等。

## 撤销注册、除名与清盘的区别

### （一）香港公司注册与清盘有何区别？

两者本质上都是使香港公司责任终结，但两者存在一定区别。由于香港私人有限公司通常股东人数



较少，且业务及公司规模也较小，相应的债权债务关系也较为简单。如公司不打算继续经营，股东、债权人之间的分歧也较小，则可以通过较为简单的申请撤销注册方式，结束公司的经营。当然，私人有限公司在结束经营前，仍需要对公司已存在的债权债务进行妥善处理，避免损害债权人利

益。

而对于拥有多名股东、公司业务和规模都较为庞大的有限责任公司，不仅要保障公司债权人的利益，同时还要保障该公司各个股东之间的利益，需要尽量以公平公正的方式处理公司的债权债务。从而就不能通过

简单的撤销公司注册的方式结束公司的运营。对于这样的公司，可由债权人或大多数股东的自愿申请对公司资产进行清盘处理。如清盘公正公平性有怀疑的，还可以向香港法院提起诉讼，由法院指派清盘人负责清盘相关工作，以平衡和保障各方权益。

## （二）撤销注册、除名与清盘有何不同？

三者的结果一样，都会将公司解散。清盘过程包括结算公司账目及变卖公司资产，以便把净资产分配予公司股东和将公司解散。《公司(清盘及杂项条文)条例》第V部对有关程序作出了具体规定。

不营运但有偿债能力且符合有关条件的公司，可依据《公司条例》第750条申请撤销注册而将公司解散。对解散不营运但有偿债能力的公司来说，撤销注册是比较简单、成本低和快捷的程序。

除名是指公司注册处处长如有合理理由相信某公司并非正在营运或经营业务，则其可依据《公司条例》第744条规定将公司名称从公司注册册剔除。当公司的名称从公司注册册剔除，公司便告解散。剔除注册是法例授予处长的权力，公司不可申请剔除注册。

## （三）香港公司被除名该如何处理？

如香港公司被除名，为了防范公司原股东与董事法律责任与风



险，建议按照合规流程，办理合法撤销公司注册的手续，具体步骤如下：

首先，补交香港公司年审费用和罚款。香港公司被除名，说明已经有好几年没有年审，需要先补交多年欠下的年审费用和罚款。

然后，申请恢复香港公司。根据不同的情况，申请恢复香港公司主要有两种方式：

#### 1.向法院申请恢复

当香港公司已撤销注册，但公司的银行账户尚有存款需取回，或有其他明确必要的理由，可考虑根据《公司条例》相关规定，向高等法院申请颁令恢复公司的注册。或者当欠债公司已撤销注册、除名和解散时，此债权人可在欠债公司被撤销后20年内向法院申请颁令恢复公司的注册，或将公司名称恢复列入登记册，以及其他适当的命令。

#### 2.行政方式提出申请恢复

主要适用于长期未年审导致被强制除名。根据2014年新《公司条例》，长期未年审导致被政府强制除名可申请以“行政方式恢复”，公司注册处处长可藉此以行政方式把公司恢复列入公司登记册。

最后，香港公司恢复后，申请撤销公司注册。如果打算继续经营公司，就需要每年办理年审合规手续。如果不再继续经营公司了，就建议按正规程序申请撤销公司注册。

由此可见，与正常撤销公司注册相比，公司被强制除名，然后恢复、补交的政府罚款比较高、程序复杂且所需费用比较高。所以，如果不打算继续经营公司，建议按撤销公司注册程序关闭公司是最为便捷、成本最低和风险最小的方式。

## 建议

与内地相比，香港公司合规管理要求高很多，针对公司的违法违规行为的处罚和执法力度强很多。虽然两地在关闭公司的方式上类似，但在实操中却存在很大区别，比如内地公司多年不年检后会被强制注销，但强制注销后不会对公司原股东或董事有何影响，公司也不需要缴纳高额罚款。所以，绝大部分内地企业当公司不需要继续经营时，一般都是采取不管不顾的方式。但香港法下的公司强制除名，公司除缴纳高额罚款外，公司原股东和董事也可能因此承受诸多风险。鉴于此，我们就香港公司依法合规关闭提出如下几点建议：

（一）法律赋予了有限责任公司“法人”地位，公司从设立、运营到关闭应该是一个完整的“生命”闭环，公司除了合法合规设立外，当公司不再运营时，也应依法合规关闭，所谓“有始有终”。因此，如公司不再运营时，公司股东或董事应依法采取撤销公司注册或清算的方式关闭公司，而不能采取不管不问的任性方式处理，从而避免被强制除名及引发其他法律责任与风险。如上所述，强制

除名不仅会产生高额罚款，公司原股东与董事还可能成为政府失信人员，政府部门有权采取进一步的惩罚，如限制出入境、列入商业活动黑名单以至追查刑责等。

（二）设立香港公司要求少、快速、便捷，但香港公司日常运营合规要求高，即便是壳公司，每年均需要聘请公司秘书提供公司秘书服务、办理年审、申报税务等合规事务。如违反上述合规义务，公司不仅需要缴纳罚款，公司董事等责任人员还可能承担个人法律责任，甚至可能被定罪。企业建立风险管理闭环思维，对防范合规和法律风险极其重要，这不仅是现代企业合规管理应有之义，更是防范企业及公司股东、董事个人责任与法律风险所必须。

（三）当公司出现无力偿还公司债务等特殊情形时，建议聘请律师或/和会计师等专业人士提供专业意见和解决方案，选择一种高效、成本低和风险最小的方式关闭公司。部分企业运营时间长，债权债务多、法律关系复杂，此种情况下选择哪种方式关闭公司将对公司自身债务有效和合法合规处理、风险管控、公司股东及董事个人责任风险管理及成本控制等方面产生重要影响，在律师或/和会计师的专业协助下，结合公司实际情况选择一种最适合的方式关闭公司，从而避免留下或引发重大风险。



债务人进入破产程序后，将会产生保全措施解除、执行中止、禁止个别清偿的法律效力，由全体债权人在破产程序中按照债权比例有序清偿。实务中，有些债务人会利用破产程序来达到逃废债务的不法目的。

本专题此后会陆续编制团队成员曾处理过的实际案例，并以案例为背景，分析在破产程序中，银行等金融机构债权人如何“见招拆招”，最大程度地保障债权。以下是本团队实际代理债权人处理的一债务人虚增债务并利用破产程序逃废债的案例。

# 银行债权人如何防范 债务人利用破产程序逃废债？

◎ 文 / 尹璐 胡俊 / 成都办公室





## 案情简介

2015年11月，A建筑公司向银行申请贷款6000万元修建一处商住楼盘，B开发公司（与A建筑公司股权关联）以该楼盘所在地块的土地使用权提供抵押担保，并约定B开发公司自愿将该土地及土地上现有及以后将有的所有地上建筑都一并抵押给银行。《借款合同》《抵押合同》签订时，地块刚刚修建到地面正负零的状态。同月，几方办理土地使用权抵押登记。但因地上建筑刚开始修建当时未办理在建工程抵押，此后因各种原因一直也未办理在建工程抵押。

直至2017年，地上的一整栋建筑已修建完成，但工程竣工未进行、土地证的大产权证未办理。由于测绘完成，该栋楼实际可以分割为面积确定、界限明晰的120套房屋。

2018年，A建筑公司未按约还款，银行获得生效的执行证书并申请强制执行，我们作为银行代理方。执行证书中，确认了银行对土地的抵押权及优先受偿权，但

对地上建筑的他项权利未做分析认定。在强制执行中，执行法院首轮查封了地上整栋建筑，裁定拍卖该在建工程。

然而，在执行程序中，“怪事”频现。首先是，出现甲、乙、丙、丁、戊等多名自然人主张其对120套房屋中编号为\*\*\*的房屋享有所有权，主张他/她与B开发公司签订了《商品房买卖合同》并实际支付了价款。但通过审理查明，法院均未支持甲、乙、丙、丁、戊等人的请求。此后，C装饰公司到执行法院提出异议，主张对B开发公司享有4000万债权，依据的是XX法院出具的调解书。

同时，B开发公司和C装饰公司向法院申请B公司破产清算。

## “怪事”的背后，是债务人在利用破产程序意图逃废债

### （一）我们分析，B开发公司与C装饰公司极有可能在串通虚增债务，并利用破产程序逃废债

果然，通过调阅诉讼档案，我们发现



尹璐 | 合伙人

专业领域：金融/银行、不良资产  
处置、破产债权保障  
手机：+86 132 5813 3803  
邮箱：cindy.yin@zhhlaw.com



胡俊 | 律师

专业领域：企业破产清算、重整、  
公司并购法律服务  
手机：+86 159 2287 4435  
邮箱：june@zhhlaw.com





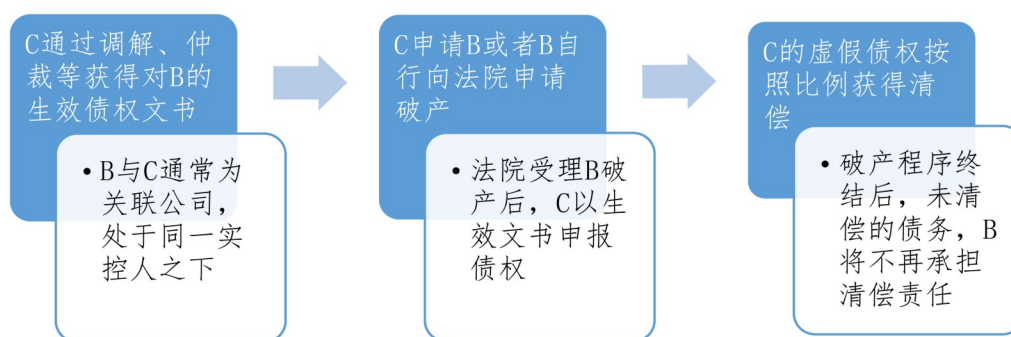
银行在申请强制执行后，C装饰公司才向XX法院起诉B开发公司，双方均同意调解，并在没有任何争议的情况下，B开发公司承认C装饰公司的全部诉请，从起诉到法院调解书出具一共历时20天。通过工商档案查询，我们又发现C装饰公司曾

经的一名大股东为A和B公司曾经的法定代表人。

### (二) B开发公司如何利用破产程序逃废债？

债务人进入破产程序后，将由债权人按照债权比例对破产财产进

行分配，而B开发公司正是意图利用C装饰公司的虚假债权在破产程序中获得分配，以实现资产转移、逃废债的非法目的。具体路径如下：



### (三) 债权人银行的利益将受到何等损失？

银行对土地的使用权享有优先受偿权无异议，但是对于地上在建工程由于没有办理抵押登记手续，债务人是否进入破产程序，银行的债权受偿将有显著不同。

如果B开发公司未进入破产程序，由于银行对地上在建工程的首轮查封，就在建工程依法拍卖的价款，银行是第一顺位受偿。如果B开发公司进入破产程序，银行对在建工程的首轮查封将失去意义，只能与其他债权人按比例获得分

配，特别是又有明显是关联方制造出的C装饰公司债权，将大幅度降低银行的债权受偿比例。

我们通过举例来对比一下在两种情形下，银行债权清偿的差距：

情景假设	银行通过抵押物未覆盖的债权有 3000 万，在建工程价值 4000 万，债务人除此之外无资产	
	债务人非破产情况下	债务人破产情况下
破产与否		
银行债权获偿金额	3000 万	≤1714.29 万元
银行债权清偿率	100%	≤57.14%

由上可知，如果不能阻止债务人B开发公司利用破产程序逃废债，债权人银行的利益将受到极大损害。

### 债权人银行该如何破局？

B开发公司欲通过上述路径逃废债，需具备两个要件：一是虚增

债务成功；二是债务人能够进入破产程序。因此，作为债权人的银行，遇到本案中债务人意图利用破产程序逃废债的情形，可以考虑从

采取以下法律手段予以“还击”，最大限度保障自身债权。

（一）针对C装饰公司B开发公司的债权，银行作为利害关系人，可以通过再审程序（民事诉讼法第207条）、第三人撤销之诉（民事诉讼法第59条、民事诉讼法解释第290条、293条）推翻前者利用法院调解制度“骗取”的生效调解书，从而排除C装饰公司参与分配的权利。

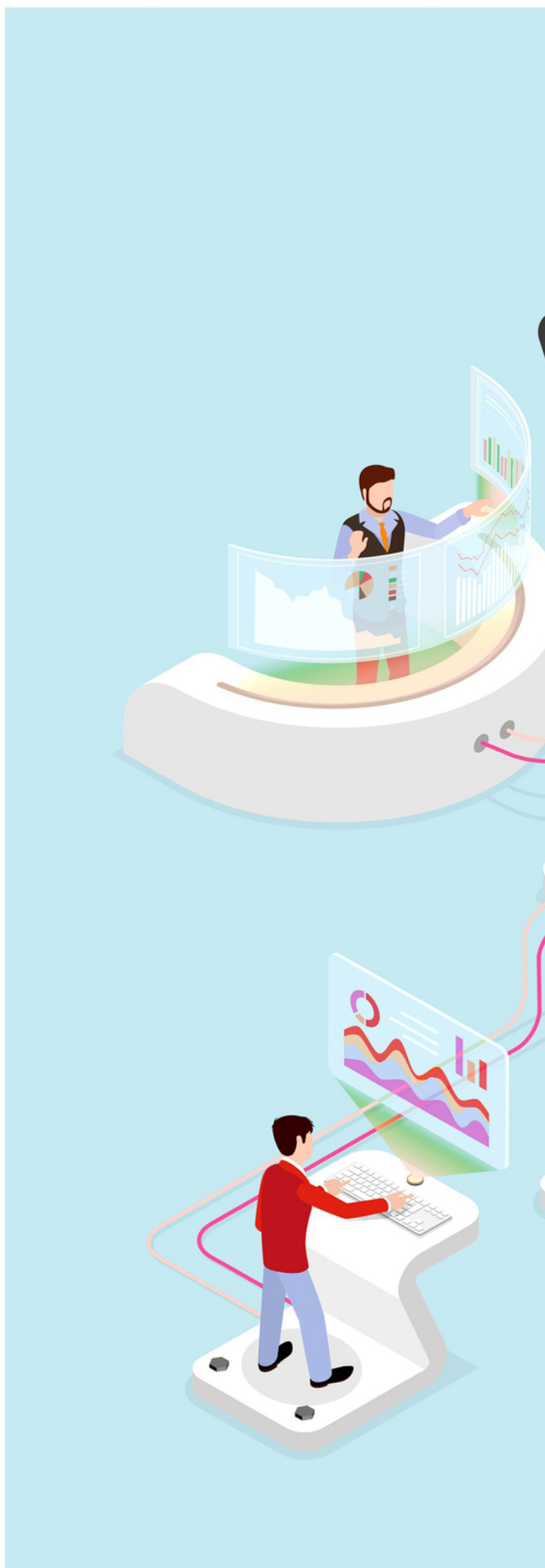
（二）向受理破产申请的法院提出异议，证明B公司并没有资不抵债，不符合破产清算的条件。证明材料主要从三个维度来组织：第一，通过明显的市场价值或者聘请第三方公司出具评估报告，证明抵押土地及地上在建工程的现实价值完全足以覆盖B公司的债务；第二，排除关联方C装饰公司虚构的债权，进一步减少B公司的债务金额，从另一侧面证明其并非资不抵债；第三，搜集工商信息、疑似虚假诉讼的线索，向法院说明B公司是意图通过破产程序逃废债务。

（三）如果未能阻止债务人进入破产程序，比如除开C装饰公司债权外，B开发公司也确实资不抵债。那么在破产程序中，还可以采取以下措施：一是积极向管理人、法院反映和提供线索，要求管理人在审查C装饰公司债权时，向法院提请再审。就举证和法院的采信方面，管理人更具有优势，因此能够再审成

功的几率更大。并且债权人可以管理人不当履职造成损失将负赔偿责任为由，向其施加压力。二是在管理人将债权表提交债权人会议核查时，向管理人提出异议，或者直接就该笔债权向法院提出债权异议之诉。

（四）对于A、B、C为达到非法目的而串通伪造证据、进行虚假诉讼的恶劣行径，银行应积极向公安机关报案、向检察机关反映情况，打击虚假诉讼行为。

在当下经济形势不佳的大环境下，债务人利用破产程序进行逃废债的情形较多发，并且具有隐蔽性的特点。银行等金融机构债权人宜借助专业法律服务团队的力量，做好防范和妥善应对，以保障自身权益。





**【摘要】** 美国通过住房税收抵免制度对住房相关的一系列支出和盈利包括购置房产、修缮房屋、不动产税、REITs廉租房等采取了减税、免税和发放税收补助等措施来保障住房，通过鼓励私人资本投资保障性住房，减轻了政府的财政压力。与之相对，中国住房保障制度还停留在政府为中低收入住房困难家庭所提供的限定标准、限定价格或租金的住房的阶段，呈现出政府财政负担大、法制不全、居住隔离等问题。我们可以通过借鉴国外的经验教训来避免重蹈覆辙，走出中国特色的发展道路。

**【关键词】** 廉租房 税收抵免制度 REITs 中国保障住房

# 美国 REITs 廉租房制度 对中国保障住房的立法借鉴

◎ 文 / 王辉 潘璐 / 上海办公室



## 美国住房税收减免制度

住房税收减免制度是指联邦政府通过减免税收的方式来资助保障房的建设。20世纪70年代以前，联邦政府直接为低收入阶层提供廉租房。国会颁布了《住房与城市发展法》（The Department of Housing and Urban Development Act）并建立了住房与发展部（HUD），于1965年授权政府建设了24万套公共住房，同时实行了如租赁公共住房计划（Leased Public Housing）和交钥匙计划（The Turn Key Program），将公共住房建设者的任务交由私有开发商，政府承担管理和所有之责。但补助私营开发商的作法引来了房屋质量难以保证、修缮困难、拆除和弃置现象频发等现象。联邦政府逐渐转变为向房屋承租人提供补助，以1974年《住房和社区发展法》的“租房补贴条款”的方式对建新房、修住房和存量房进行补助。虽直接受惠于低收入家庭且保障了承租人自由选择住房的权利，但其“25%政策”即家庭住房租金支出超过家庭收入25%部分均由政府补贴，加重了政府的财政负担且收效甚微。1981年起，国会通过对1937年《住房法案》的修订缩小补助范围，对需求方补贴成为主流的保障房政策，租金优惠券计划与减免税收等方式就是其重要手段。税收减免制度是对住房相关的一系列支出和盈利包括购置房产、修缮房屋、不动产税等减税、免税和发放税收补助。具体来说，税收减免由四项组成，分别是通过《国内税法典》第42条（Internal Revenue Code Section 42）规定“低收入住房税收抵免（Low-Income Housing Tax Credit）”（LIHTC）来减轻低收入家庭租赁住房的负担，2008年国会出台的《2008年

房屋税收补贴法案》（Housing Assistance Tax Act of 2008）来鼓励中低收入者购置自有房屋，《国内税法典》第856条（I.R.C Sec 856）所规定的房地产投资信托政策（REITs）来建立以为保障房进行融资为目的而吸引中小投资者资金并使其享受税收优惠的投资机构，以及“住房修缮补贴”。本文注重探讨一下美国REITs廉租房制度以及它对中国立法的可借鉴之处。

## REITs 廉租房制度运作机制

REITs（Real Estate Investment Trusts）是不动产投资信托，是指一种采取公司、信托或协会的组织形式，集合多个投资者的资金，收购并持有收益类房地产（例如公寓、购物中心、写字楼和仓储中心等）或者为房地产进行融资，并享受税收优惠的投资机构。美国国会于1960年颁布的《国内税法典》中将REITs列为税收优惠对象，以期吸引中小投资者参与不动产的投资，为城市不动产筹措足够资金。REITs每年须将不少于其经审计年度课税后净收入的90%分派给单位持有人，未分配收入将征收4%的消费税及一般企业所得税。REITs的资产投资去向及总收益的来源都被严格规定，总收益的至少75%应来自房地产相关资源如租金、抵押贷款以及房地产出售等。资产价值方面，至少75%须包含房地产、现金和政府证券，其他任一类证券价值不得超过资产总值的10%。美国的廉租房REITs虽创制于1960年代，其低收益导致了长期的低迷，直到LIHTC即低收入住房返税政策的出台，廉租房建设投资者被赋予了优惠政策，极大推动了廉租房REITs的发展。根据《国内税法



王辉 | 合伙人

专业领域：公司法、破产法、合同法  
手机：+86 135 0199 6036  
邮箱：rickwong@zhhlaw.com



潘璐 | 实习律师

专业领域：公司法/商事、  
跨境争议解决  
手机：+86 135 6491 0612  
邮箱：lucy.pan@zhhlaw.com

典》第856条 (Internal Revenue Code Sec 856) 规定，不动产投资信托须由一个及以上的受托人或董事管理；收益所有权须以可转让股权或受益权证形式且须以国内公司法人作为纳税主体，而非一家金融机构或保险机构；受益所有权须由100人或以上持有，少于等于5人持有其大于50%的股权；由不少于75%的资产由房产资产、现金和政府债券组成；少于20%的资产投资于 REITs 的可纳税子公司；REITs 的项目如房屋租金、抵押贷款、抛售股票、分红及资产收入等为 REITs 至少 75% 的净收入来源；其应分配的红利额应等于 90% 房地产投资信托的收入。

## REITs 廉租房制度的利弊分析

REITs 廉租房制度是利弊兼备的。该模式具有如下优势：首先，以税收补贴鼓励个人投资保障性住房有利于廉租房市场收益率提高，使廉租房市场不再资本单薄、来源单一地局限于政府财政，保障了廉租房的数量和质量。LIHTC 的立法解决了美国长期以来由于廉租房 REITs 收益低而市场低迷的状况，以税收补贴来鼓励个人投资保障性住房。具体来说，资历合格的业主可获得税收免缴。享受条件为建设项目为向收入低于当地平均收入 50% 的住户提供至少 20% 的保障住房，或收入低于当地平均收入 60% 的住户提供至少 40% 的保障住房。政府提供给资质合格业主不少于







30% 针对住宅建造和改造的税收抵免，对于无政府资助的开发不少于 70% 税收抵免。低收入住房返税政策的出现使得廉租房 REITs 的收益率大大提高，每年对廉租房的需求日趋稳定，80 万套中低档房投入市场中，对廉租房的需求在 10 万套左右。其次，REITs 的投资不局限于一类房地产，而是结合不同类型的地产、商业和家庭资产，并以提高管理费和租金的方式抵消了风险，实现了资产持续盈利。国家政策的倾斜也是美国 REITs 蓬勃发展的有力保障。从 1980 年代的 LIHTC 出台，到 1989 年《综合预算调节法》的立法，都使得投资者受到良好法律的保护以免除后顾之忧，将税收抵免和政府补贴以立法形式规定，使政策得以长期实施，有利于 REITs 市场的稳定。对房产投资信托市场的监管和风控提供了政策基础。

该模式的弊端是：首先，REITs 保障房的收益率虽然显著提升，但由于其租金和售价的定价区别于商品房，仍然面临着收益率低的问题。销售型保障房只能按照微利原则而非市场原则定价，收益会明显低于商品房；而租赁型保障房租金收益也明显低于市场均值。收益率低和退出风险大是保障房资产证券化大范围推行的主要障碍，为保障住房进一步吸引投资者和私人资本的阻力。另一方面，以廉租房和公租房作为 REITs 基础资产标的，由于产权界定不明晰，会导致

退出风险较高。若以经济适用房等销售型保障房作为 REITs 基础资产标的，收益风险虽小于租赁型保障房，但仍然存在产权界定风险。

## 美国 REITs 廉租房制度对中国带来的立法借鉴

目前，REITs 在中国一直积极尝试。2022 年 5 月 27 日，中国证监会办公厅与国家发展改革委办公厅联合发布了《关于规范做好保障性租赁住房试点发行基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）有关工作的通知》，明确发起人应为开展保障性租赁住房业务的独立法人、主体回收资金用途应当优先用于保障性租赁住房项目建设等，通过采取隔离机制以防范 REITs 回收资金违规流入商品住宅和商业地产开发领域现象的发生。目前，已在北京、上海、天津、厦门、深圳等地进行了试点，各试点在商业地产、资金池和保障性住房中各有侧重。然而，《中华人民共和国信托法》（以下简称信托法）自 2001 年颁布至今尚未修订，其不完善使得有关 REITs 廉租房产品公开发行并上市的管理办法没有规范化，没有法律保障的高风险使得投资者多观望却步。

笔者针对 REITs 廉租房产品的相关立法，提出建议如下：

（一）应对经营 REITs 产品的企业设定如注册资本、股权分配形式等条件，来保障被信托人的可靠诚信。

（二）可规定通过以租金收入加政府补贴（即“土地出让政府让利”加“对承租人的租金补贴”）为还债来源，为保障房建设融资，吸引广大中小投资者对该产品投资；

（三）现阶段 REITs 产品在收到租金后要缴纳营业税，而分配剩余收益时，发起人或须缴纳剩余收益的营业税，将出现“双重”纳税。税法对 REITs 的税收减免优惠政策应及时出台，使其收益率更丰厚、资产增值更明显，成为比银行存贷制度更优越的新型大众投资制度。对于企业所得税应该相应减少甚至抵免。因为对于投资者来说，REITs 属于利润传递机构，因此其经营利润的绝大部分转移给了 REITs 的股东，公司未免企业所得税会导致证券业务利润有限，不利于调动贯彻该政策的积极性。

## 结语

住房保障一直是困扰全世界的难题。无论是资本主义的扩张而导致的贫富悬殊，还是自然灾害等非人为因素，许多人口仍处于无房可住的窘境。住房自人类社会发初期就出现，其功能从单纯居住用



途，扩展到商业、娱乐、文化、科学研究等用途，其性质也发生了变化。从原先基于土地所有权而存在的生存必需品，逐渐演变成了具福利性的商品。房屋租赁虽然能满足一部分经济能力不够的民众的需求，但对于低收入的住房困难户，政府的干涉是必须的。否则，光靠住房市场自身调节会因为房地产商的行业垄断、地产投机行为、信息不对称等等导致市场“失灵”的产生。我们应该借鉴国外的经验教训来推动保障住房的普及，在避免政府财政支出超负荷的情况下，帮助大多数人特别是低收入人群有房可住，以期达成“安得广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜”的美好社会。

### 参考文献

1.《美国住房政策》，阿列克斯，中信出版社，2005年

2.李莉、王旭：“美国公共住房政策的演变与启示”，《东南学术》，2007年

3. See US 1960 Internal Revenue Code (I.R.C), Sec. 856(a): the term “real estate investment trust”

4.柳德荣.美国住房税收政策及其效应分析[J].科学经济社会,2010,(02):34-37.

5.王蜀鄂.美国中低收入家庭住房解决机制与我国的政策建议[D].西南财经大学,2010.

6.李静.美国住房保障运作模式分析及对我国的启示[D].首都经济贸易大学,2009.

7.闫妍.低收入住房税收优惠证:美国廉租房发展的金融激励机制[J].北京规划建设,2007,(04): 52-54.

8.万婷.完善我国城镇住房保障制度的政策研究[D].华中师范大学,2005.

9.宾融.住房抵押贷款证券化机制与实证分析[D].中国社会科学院研究生院,2001

10.胡馨.美国次贷危机中国住房社会保障的启示,2008,(10):31-32

11.李莉、王旭：“美国公共住房政策的演变与启示”，《东南学术》，2007年

12.万婷.完善我国城镇住房保障制度的政策研究[D].华中师范大学,2005.

13. Josephs, More tax legislation: 2008 Housing Assistance Tax Act: pluses and minuses

14. Kirk McClure, The Low-Income Housing Tax Credit Program Goes Mainstream and Moves to the Suburbs, Housing Policy Debate, Volume 17 Issue 3, 2006



## 合伙人汪飞当选第十届四川省律师协会常务理事

2022年8月24日至25日，四川省第十次律师代表大会在蓉隆重召开，全省共234名律师代表出席会议，成都办公室主任汪飞作为成都律师代表参加会议。司法部党组成员、副部长熊选国视频致辞，省委常委、政法委书记靳磊出席开幕式并讲话。在本次大会上，选举产生了四川省律师协会新一届理事会、监事会当选人及秘书长名单。汪飞当选为常务理事。



## 合伙人杨青当选第十届全国律协涉外法律服务专委会副主任

2022年9月14日，第十届全国律协专门委员会、专业委员会调整，合伙人、香港办公室主任杨青当选为涉外法律服务专业委员会副主任。本次当选体现了杨青律师在涉外法律服务领域的杰出专业技能和丰富实务经验，亦是对中豪在涉外业务领域的卓越业绩和行业地位的充分认可和肯定。





ZHH & Robin



中豪律师

#### 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 95 号统一中心 32 层  
32/F, United Centre, 95 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