功承律師事務所
GONGCHENG LAW FIRM

功承法律半月刊

2019 年 9 月（下）总第 31 期

Photo by Akshay Praneeth from Pexels

目 录

功承动态

功承党委开展“不忘初心，牢记使命”主题教育活动 /01

功承关注

金融证券

两部门：深入开展“信易贷”支持中小微企业融资 /02
证监会发布证券交易所风险基金监管指引 /02

建设工程

自然资源部：推进规划用地“多审合一、多证合一”改革 /03
住建部取消 61 项证明事项 /03

国资\破产

山东高院发布企业破产案件审理规范指引 /04
国资委：混改稳步推进三分之二央企引进社会资本 /04

法律索引

政府采购合同未约定，能否以审计结果作为结算依据 /05

功承党委开展“不忘初心，牢记使命”主题教育活动

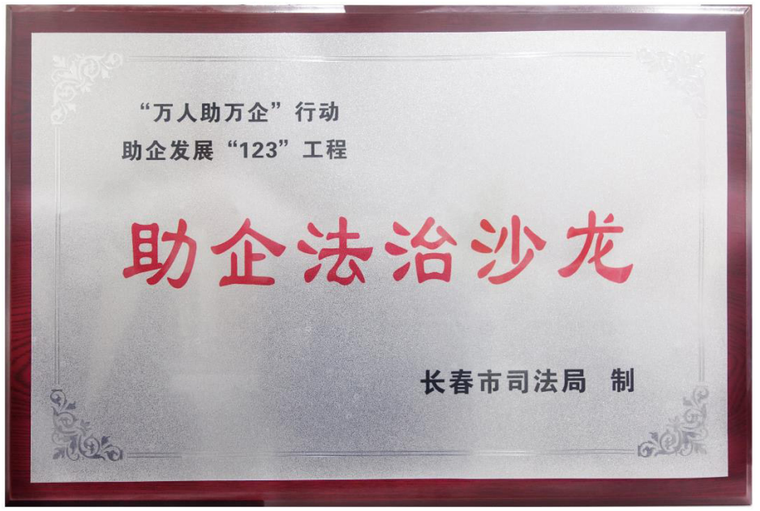


为深入学习贯彻党的十九大精神和习近平新时代中国特色社会主义思想，进一步推进“不忘初心、牢记使命”主题教育深入开展，中共吉林功承律师事务所委员会于 9 月 25 日在律所二楼多功能大厅召开全体教育动员推进大会。会议由功承党委书记、律所主任迟日大主持，律所全体党员、入党积极分子参加会议。

迟日大书记要求全所律师积极投入到主题教育活动中来，坚决把思想和行动统一到以习近平同志为核心的党中央决策部署上来，充分认识主题教育开展的重大意义。党员律师要用习近平新时代中国特色社会主义思想武装头脑，不断增强“四个意识”、坚定“四个自信”、坚决做到“两个维护”，把坚决拥护中国共产党的领导，拥护社会主义法治作为从业的基本要求；要充分发挥在全面依法治国中的职能作用，为实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦提供法律服务和法治保障。

迟日大书记还强调，要把深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想作为根本任务，全面把握“守初心、担使命，找差距、抓落实”的总要求，推动主题教育做深做实做细，努力实现理论学习有收获、思想政治受洗礼、干事创业敢担当、为民服务解难题、清正廉洁做表率的目标。要把主题教育同党的建设、涉外法律服务等结合起来，对标对表习近平总书记对律师工作的重要指示批示精神找差距、抓落实，践行服务为民宗旨，充分发挥在全面依法治国中的职能作用。

功承加入“万人助万企”、“助企发展‘123’工程”行动

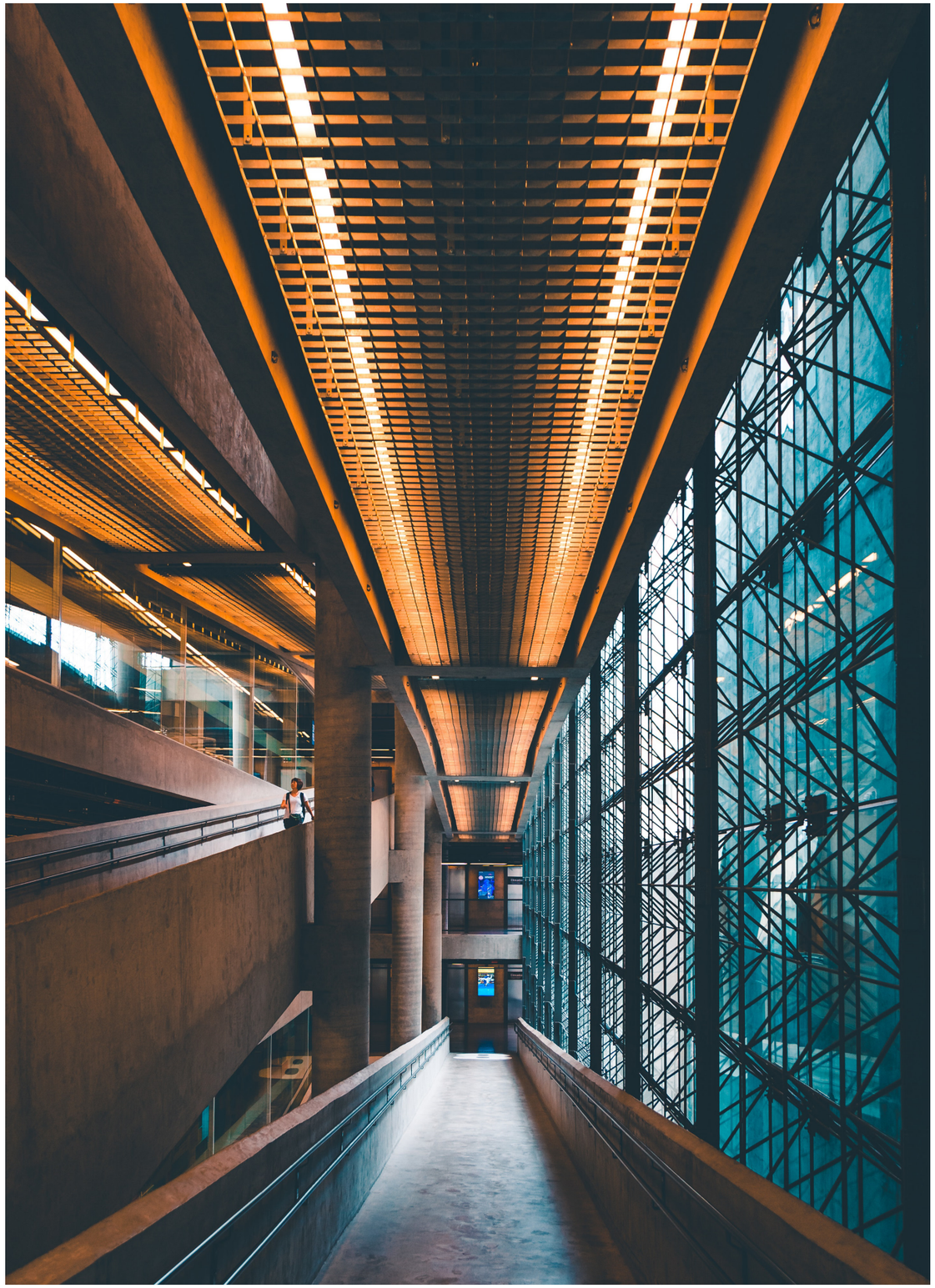


长春市“万人助万企”领导小组办公室副主任、市工信局局长李维彬，长春市司法局党组书记、局长梁向东，长春新区党工委副书记、纪工委书记唐继东参加活动。

在启动仪式上，功承律师事务所作为法律服务机构“助企沙龙”成员单位接受了主办方授牌。启动仪式后，举办了“送法到长春新区企业集中宣讲会”，高强律师作为普法讲师团专家，针对中小民营企业在实践中遇到的法律问题讲解了涉企法律知识。来自长春新区的企业界代表 500 余人听取了讲座。

为了落实市委、市政府“万人助万企”和全省落实“三抓”部署 服务企业发展“123”工程活动工作部署，为全市民营企业发展提供坚实法治保障，营造良好法治环境，提供高质量法律服务，功承针对企业经营发展方面的法治需求，集结了一批经验丰富的精英律师团队，将通过以案释法、座谈交流、解答咨询等方式，帮助企业员工增强法治信仰，强化管理者守法经营意识。

参加宣讲的企业代表纷纷表示，此次普法讲座非常及时，讲座对企业经济活动中可能出现的法律风险进行了提示，让大家拓宽了思路，受益匪浅，增强了企业用司法手段维护合法权益的信心，对企业经营起到了非常重要的指导作用。



两部门：深入开展“信易贷”支持中小微企业融资

9月20日，发改委、银保监会公布《关于深入开展“信易贷” 支持中小微企业融资的通知》。\就建立健全中小微企业信用评价体系，《通知》提出，依托全国信用信息共享平台，构建符合中小微企业特点的公共信用综合评价体系，将评价结果定期推送给金融机构，提高金融机构风险识别能力。同时，《通知》提出，创新“信易贷”违约风险处置机制。一是鼓励金融机构依托金融科技建立线上可强制执行公证机制，加快债务纠纷解决速度。二是依托全国信用信息共享平台对失信债务人开展联合惩戒，严厉打击恶意逃废债务行为，维护金融机构合法权益。

●扫码查看原文

证监会发布证券交易所风险基金监管指引

9月12日，证监会发布《证券交易所风险基金监管指引》（以下简称《指引》），《指引》提出，证券交易所应当在向证监会报送的年度报告中说明风险基金有关情况，具体包括风险基金规模、提取情况、使用情况、追偿情况、相关制度执行和完善情况。

《指引》共八项内容，其中第二条明确了证券交易所风险基金的用途，即用于弥补证券交易所重大经济损失，防范与证券交易所业务活动有关的重大风险事故，以保证证券交易活动正常进行的专项基金。其中，证券交易所应在每次使用风险基金结束后10个工作日内向证监会报送使用报告。《指引》自公布之日起施行。

●扫码查看原文

自然资源部：推进规划用地“多审合一、多证合一”改革

9 月 17 日，自然资源部公布《关于以“多规合一”为基础推进规划用地 “多审合一、多证合一”改革的通知》（下称《通知》），自发布之日起执行，有效期 5 年。

《通知》要求，简化报件审批材料。各地要依据“多审合一、多证合一”改革要求，核发新版证书。对现有建设用地审批和城乡规划许可的办事指南、申请表单和申报材料清单进行清理，进一步简化和规范申报材料。除法定的批准文件和证书以外，地方自行设立的各类通知书、审查意见等一律取消。

●扫码查看原文

住建部取消 61 项证明事项

9 月 25 日，住建部公布《关于取消部分部门规章和规范性文件设定的证明事项的决定》，明确取消权属关系证明材料、固定经营服务场所证明、设施丧失使用功能或其使用功能被其他设施替代的证明、在公众媒体刊登遗失声明等 36 项部门规章设定的证明事项；取消建设工程企业资质申报业绩核查的证明、军队或高校从事工程勘察的事业编制的注册人员和专业技术人员，所在企业上级人事主管部门的人事证明材料、企业组织机构代码证书副本复印件等 25 项规范性文件设定的证明事项。

●扫码查看原文



山东高院发布企业破产案件审理规范指引

9 月 27 日，山东省高级人民法院发布《企业破产案件审理规范指引（试行）》（下称《指引》），自公布之日起施行。《指引》与法律、司法解释规定不一致的，以法律、司法解释的规定为准。

《指引》对债务人与非债务人的财产认定、债务人财产的追收、破产抵销权等做了详细的规定。另外，《指引》还对关联企业实质合并破产程序进行了规定，明确人民法院在审理企业破产案件时，以对关联企业成员的破产原因进行单独判断并适用单个破产程序为基本原则。当关联企业成员之间存在法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益时，可例外适用关联企业实质合并破产方式进行审理。

●扫码查看原文



国资委：混改稳步推进 三分之二央企引进社会资本

9 月 18 日，国资委副主任翁杰明表示，目前三分之二的中央企业引进了各类社会资本，半数以上国有资本集中在公众化的上市公司，混改成为了国企改革重要突破口。

翁杰明介绍，重要领域混改试点正在稳步推进。10 家中央企业和 171 家省属一级企业开展了国有控股混合所有制企业员工持股试点，发挥了激活机制、留住人才的作用。

●扫码查看原文

政府采购合同未约定，能否以审计结果作为结算依据

功承观点：王斌、何信龙
检索人：何信龙
检索综述人：何信龙
检索截止时间：2017.07.28

【背景与问题】

问题：政府采购合同未约定，但政府方要求以审计部门的审计结果作为结算依据的，法院是否支持?

【功承观点】

审计是国家对建设单位的一种行政监督，不影响建设单位与承建单位的合同效力。应以当事人的约定作为政府采购合同所涉项目的结算。

最高人民法院在《关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见》（〔2001〕民一他字第 2 号）中明确“只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据。”

通过对相关案例的研究整理可以发现，政府采购合同中未约定，但政府方要求以审计部门的审计结果作为结算依据的，法院的观点即有否定，也有支持。

对于该问题，关键在于对审计行为的理解

工程结算是发包人与承包人依据双方签订的工程承包合同的约定，对于工程承包合同价款的最终确认，属于发包人与承包人履行合同的行为，本质上属于平等主体之间的合同法律行为，适用于《合同法》及有关法律进行调整。

工程造价审计是依据《审计法》等相关规定，对工程概概算、预算、结算在执行中是否超支，是否合法合规等进行监督检查的一种手段，其本质上属于行政行为，适用于《审计法》及有关行政法律法规进行调整。审计机关对工程项目的造价审计，是对工程建设单位（即发包人）一种行政监督行为，通常对承包人没有直接的法律约束力。

在法院否定以审计结果作为结算依据的案例中，法院认为审计机关和被审计单位是一种审计行政法律关系，财政审计并非民事法律事实，不能引发民事法律关系的发生、变更和消灭，本身不具有民事法律效力，不是工程款结算的必然依据，其结算理应遵循合同的约定。

在法院认定以审计结果作为结算依据的案例中，法院认定以以审计结果为结算依据的理由在于以下两点:

在第一个案例中，法院认为在案涉合同均无效的情形下，因为考虑到没有一个合理可行的结算方式进行衡算，此时可以以审计结论作为结算依据;

在第二个中，法院认为政府采购方将审核结果以邮件的方式向被采购方发出了通知，邮件虽被退回，但应视为将审核结果通知了被采购方。被采购法如果在未提供提交了书面反馈意见的证据，经法院释明后也表示不申请鉴定，法院则认为当事人事后认可以审计结论作为结算依据。在此我们尚且不讨论该案法院的判决是否合理，但至少可以推出的一个结论是，若当事人事后认可审计结论作为结算依据的，则可以以审计结论作为最终定价依据。

前述是针对目前的司法现状的一个分析，但最新的立法政策为此类争议划上了句号。

全国人大法工委《关于对地方性法规中以审计结果作为政府投资建设项目竣工结算依据有关规定提出的审查建议的复函》（法工备函〔2017〕22 号）明确表示:“地方性法规中直接以审计结果作为竣工结算依据和应当在招标文件中载明或者在合同中约定以审计结果作为竣工结算依据的规定，限制了民事权利，超越了地方立法权限，应当予以纠正。”

因此，关于该问题应当已无争议，即在政府采购合同中未约定的情况下，政府方无权要求以审计部门的审计结果作为结算依据。

【法律法规】

1.《中华人民共和国审计法》

第二十二条：审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算，进行审计监督。

2.《中华人民共和国审计法实施条例》

第二十条：审计法第二十二条所称政府投资和以政府投资为主的建设项目，包括:

（一）全部使用预算内投资资金、专项建设基金、政府举借债务筹措的资金等财政资金的;

（二）未全部使用财政资金，财政资金占项目总投资的比例超过 50%，或者占项目总投资的比例在 50% 以下，但政府拥有项目建设、运营实际控制权的。

审计机关对前款规定的建设项目的总预算或者概算的执行情况、年度预算的执行情况和年度决算、单项工程结算、项目竣工决算，依法进行审计监督；对前款规定的建设项目进行审计时，可以对直接有关的设计、施工、供货等单位取得建设项目资金的真实性、合法性进行调查。

3.《最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见》

河南省高级人民法院:

你院“关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的请示”收悉。经研究认为，审计是国家对建设单位的一种行政监督，不影响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据。

【裁判观点】

1. 法院否定以审计结果作为结算依据的案例

（1）广西金三泰建设工程有限公司与隆林各族自治县储备粮管理中心建设工程施工合同纠纷一审民事判决书，（2016）桂 1031 民初 103 号。

隆林各族自治县人民法院认为，关于被告涉案工程应以审计决算作为结算依据的辩解意见。由于财政审计是国家对建设单位基本建设资金的监督管理行为。财政审计并非民事法律事实，不能引发民事法律关系的发生、变更和消灭，本身不具有民事法律效力，不是工程款结算的必然依据。如当事人在建设工程合同中明确约定将财政审计结论作为工程款结算依据，即当事人通过民事法律行为赋予了审计结论以民事法律效力，则从合同约定。合同约定不明或未作约定的，当事人主张以财政审计结论作为工程款结算依据的，应不予支持。

同时，广西金三泰建设工程有限公司与隆林各族自治县储备粮管理中心建设工程施工合同纠纷二审民事判决书中，百色市中级人民法院认可百色市中级人民法院的上述观点，驳回原审被告的上诉请求，

维持原判。

（2）谭文华与南通和兴园林建设开发有限公司、南通八建集团有限公司建设工程分包合同纠纷二审民事判决书，（2014）通中民终字第 2307 号。

江苏省南通市中级人民法院认为，涉案工程承包方八建公司与发包方之间的结算审计核定单不能作为本案的结算依据。审计机关和被审计单位是一种审计行政法律关系，审计机关的审计监督只对被审计单位产生法律效力，对其他单位不产生连带法律约束力，凡对建设单位投资项目进行审计结果，对施工单位的造价结算不具有约束力。

（3）重庆市 XX 建筑工程有限公司与酉阳土家族苗族自治县 XX 局建设工程施工合同纠纷案，（2012）酉法民初字第 01527 号。

重庆市酉阳土家族苗族自治县人民法院认为，本案当事人的合同并未约定工程结算以审计结果为结算依据，其结算理应遵循合同的约定，故被告以此为抗辩理由拒付工程欠款缺乏法律依据，本院不予支持。

（4）重庆市涪陵第二建筑总公司与重庆市南川区南庆建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书，（2016）渝 03 民终 1474 号。

重庆市第三中级人民法院认为，南庆公司与涪陵二建总公司签订的《建设工程施工合同》是双方当事人的真实意思表示，未违反法律、法规的强制性规定，系合法有效的。双方当事人均应当按照施工合同的约定履行双方的权利和义务。对于南庆公司请求按照审计机关作出的审计报告作为工程款结算依据的，因该施工合同中明确约定“本合同价款采用固定总价合同方式”，并未约定以审计机关的审计报告为结算依据，且招标文件第 13.6.1 规定“本次招标范围的所有内容按中标价包干”，故对于南庆公司的这一请求，不予支持。双方的工程款结算应当以合同约定的固定总价包干方式确定。

2. 法院认定以审计结果作为结算依据的案例

（1）何平与来凤县酉水水利水电建筑工程公司、来凤县水利水产局建设工程施工合同纠纷二审民事判决书，（2014）鄂恩施中民终字第 00223 号。

湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院，何平与酉水公司签订施工合同后，完成了马家沟、国家沟水库的施工任务，且上述工程已于 2010 年 12 月 22 日通过验收，发包方来凤水利局应给实际施工人何平支付工程价款。何平主张应以工程决算书上三方签字确认的工程款数额为结算依据，来凤水利局主张应以审计结果作为结算依据。《最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见》规定：“建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据”，在本案所涉合同均无效的情形下，审计结论应作为判决的依据。且根据 2009 年 2 月 20 日酉水公司与何平签订的《来凤县马家沟、国家沟水库除险加固工程施工协议书》的约定，何平对酉水公司负责。现关于工程款结算，酉水公司认可以审计结果为结算依据，何平对酉水公司认可的结算金额亦应予以认可。

（2）四川和瑞建筑工程有限公司 与芦山县城乡规划建设和住房保障局建设工程施工合同纠纷二审民事判决书，（2017）川 18 民终 362 号。

四川省雅安市中级人民法院认为，合同中虽未明确约定工程结算需要审计，但在竣工结算时，和瑞建筑公司向芦山县住建局出具了《审计承诺书》，承诺配合审计工作，收到初审结果后 7 日内书面反馈意见，逾期不反馈意见视为同意初审结果。审核结果作出后，芦山县住建局委托律师按和瑞建筑公司提供的工商登记地址向和瑞建筑公司发出了通知，邮件虽被退回，但应视为将审核结果通知了和瑞建筑公司。和瑞建筑公司未提供提交了书面反馈意见的证据，经一审法院释明后也表示不申请鉴定，原判将芦山县住建局提交的审核报告作为工程结算价款的依据，根据芦山县住建局在工程施工中所预支付的工程款情况，确认和瑞建筑公司应退还芦山县住建局已超付工程款 123641 元的处理符合法律规定。



吉林功承律师事务所（统一社会信用代码：31220000740467183R ）始创于2003 年，2014 年与吉林融鉴律师事务所、吉林格尚律师事务所合并，组建了新的功承律师事务所。2018 年 3 月，吉林功承（沈阳）律师事务所成立。至此，功承完成了东北区域战略布局的第一步。作为中世律所联盟（Sino-Global Legal Alliance,SGLA）重要成员，功承与全球十大律师事务所之一的霍金路伟国际律师事务所（Hogan Lovells International LLP）以及二十余家顶尖中国律师事务所保持着密切的联盟合作关系，具备在全国和全球范围内为客户提供服务的条件。

功承是中国真正在合伙制基础上实现公司化管理的律师事务所之一。以客户为本位的服务理念、深厚的合伙人文化和先进的治理机制，使功承在国内律师业迅速崛起，成为东北地区最具竞争力的律师事务所之一，引领着本区域律师业的制度创新和业务发展方向，在东北经济社会发展和法治社会建设进程中，发挥着重要作用。

功承现有合伙人、独立管理人、高级顾问、执业律师及行政支持人员 100 余人，设置了争议解决、非诉专项和法律顾问三大业务板块及知识管理、客户服务等后台支持部门。功承政策视野开阔，社会资源整合力强，深谙市场规律，擅长以客户为中心制订执行法律解决方案。迄今，功承已形成全方位法律服务链和全系列法律服务产品，在商事诉讼、房地产与 PPP、银行与投融资、并购混改、破产重整、公司治理、政府行政、税收劳动、企业合规等领域，有市场公认的服务优势，服务业绩卓著，深得客户信赖。截至 2017 年底，功承摘取国际法律评级机构奖项 20 余项，于 2008 年、2016 年两次荣获全国优秀律师事务所称号。

SGLA Sino-Global Legal Alliance · 中世律所联盟 | GCLF 功承律师事务所

电话：+86 431 8915 4888；+86 431 8915 4999；+86 131 6681 1791
传真：+86 431 8915 4999
地址：中国 · 吉林省长春净月高新技术开发区银杏路 500 号伟峰 · 领袖领地 2 层
中国 · 辽宁省沈阳市南堤西路 905 号甲中海国际中心 B 座 12 楼 01.11-12
邮箱：gongcheng@gongchenglaw.com 官网：www.gongchenglaw.com

