

《 汉 坤 专 递 》

HAN KUN NEWSLETTER

2008 年第 11 期

（总第 21 期）

● 编辑：《汉坤专递》工作小组

一、 新法规目录

二、 新法评述

1. 《中华人民共和国增值税暂行条例》评析
2. 《中华人民共和国营业税暂行条例》评析
3. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》解读
4. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》解读
5. 《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》解读

2008年11月1日至2008年11月30日新法规

• 投资/公司

1. 《国家发展改革委关于印发中央政府投资项目后评价管理办法（试行）的通知》（国家发展与改革委员会 2008-11-7 发布，2009-1-1 实施）

• 财政、税务、财会

1. 《中华人民共和国增值税暂行条例》（国务院 2008-11-3 颁布，2009-1-1 实施）
2. 《关于中国居民企业向境外 H 股非居民企业股东派发股息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》（国家税务总局 2008-11-6 发布实施）
3. 《中华人民共和国营业税暂行条例》（国务院 2008-11-10 颁布，2009-1-1 实施）
4. 《中华人民共和国消费税暂行条例》（国务院 2008-11-10 颁布，2009-1-1 实施）
5. 《关于公布取消和停止征收 100 项行政事业性收费项目的通知》（财政部、国家发展和改革委员会 2008-11-13 发布实施）
6. 《关于调整出口关税的通知》（关税税则委员会 2008-11-13 发布，2008-12-1 实施）
7. 《关于提高劳动密集型产品等商品增值税出口退税率的通知》（财政部、国家税务总局 2008-11-17 发布，2008-12-1 实施）
8. 《关于发布享受企业所得税优惠政策的农产品初加工范围（试行）的通知》（财政部、国家税务总局 2008-11-20 发布，2008-1-1 实施）
9. 《关于服务贸易等项目对外支付提交税务证明有关问题的通知》（国家外汇管理局、国家税务总局 2008-11-25 发布，2009-1-1 实施）

• 房地产、建设工程

1. 《水利工程质量检测管理规定》（水利部 2008-11-3 发布，2009-1-1 实施）
2. 《关于印发〈北方采暖地区既有居住建筑供热计量改造工程验收办法〉的通知》（住房和城乡建设部 2008-11-6 发布实施）
3. 《关于发布〈工程建设标准体系（医药工程部分）〉的通知》（住房和城乡建设部 2008-11-14 发布实施）
4. 《建筑工程设计文件编制深度规定（2008 年版）》（国土资源部 2008-11-26 发布，2009-1-1 实施）
5. 《建设项目用地预审管理办法(2008 年修正)》（国土资源部 2008-11-29 发布，2009-1-1 实施）

• 物流、运输、保险

1. 《中国保监会关于适用〈外国保险机构驻华代表机构管理办法〉若干问题的解释》（保监会 2008-11-14 发布，2008-12-1 实施）
2. 《关于公布保险理赔（给付）程序进一步做好理赔服务工作的通知》（保监会 2008-11-14 发布实施）
3. 《关于加强财产保险公司投资型保险业务管理的通知》（保监会 2008-11-20 发布实施）

4. 《关于保险业务监管费收费标准等有关问题的通知》（国家发展改革委、财政部 2008-11-21 发布，2008-1-1 实施）

• 国际贸易

1. 《中华人民共和国海关〈亚太贸易协定〉项下进出口货物原产地管理办法》（海关总署 2008-11-3 发布，2009-1-1 实施）
2. 《国家外汇管理局综合司关于印发〈贸易信贷登记管理系统（预付货款部分）操作指引〉的通知》（国家外汇管理局 2008-11-5 发布实施）
3. 《关于通过外汇账户办理外汇业务有关问题的通知》（国家外汇管理局 2008-11-7 发布实施）
4. 《关于将磷矿石纳入出口配额许可证管理的公告》（商务部 2008-11-10 发布实施）
5. 《关于地方不再上缴中央级外商投资企业场地使用费收入的通知》（财政部 2008-11-11 发布，2009-1-1 实施）
6. 《2009 年度部分农产品出口配额分配方案》（商务部 2008-11-26 发布实施）

• 证券与资本市场

1. 《关于破产重整上市公司重大资产重组股份发行定价的补充规定》（证监会 2008-11-11 发布，2008-11-12 实施）

• 矿产、能源、环保

1. 《关于发布〈清洁生产标准煤炭采选业〉等 5 项国家环境保护标准的公告》（环境保护部 2008-11-21 发布实施）

• 综合、其他

1. 《台湾记者在祖国大陆采访办法》（国台办 2008-11-1 发布实施）
2. 《三峡水库调度和库区水资源与河道管理办法》（水利部 2008-11-3 发布实施）
3. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》（最高人民法院 2008-11-3 颁布，2009-1-1 实施）
4. 《生鲜乳生产收购管理办法》（农业部 2008-11-7 发布实施）
5. 《关于加强人身保险收付费相关环节风险管理的通知》（保监会 2008-11-13 发布，2009-3-1 实施）
6. 《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（最高法、最高检 2008-11-20 发布实施）
7. 《关于〈水污染防治法〉第二十二条有关“其他规避监管的方式排放水污染物”及相关法律责任适用问题的复函》（环境保护部 2008-11-20 发布实施）
8. 《关于进一步加强道路机动车辆生产企业及产品公告管理和注册登记工作的通知》（工业和信息化部、公安部 2008-11-17 发布实施）
9. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》（最高法 2008-11-25 发布，2008-12-1 实施）
10. 《关于公布取消和停止征收 100 项行政事业性收费项目的通知》（财政部、国家发展改革委 2008-11-13 发布，2009-1-1 实施）

新法评述

1. 《中华人民共和国增值税暂行条例》评析

2008年11月5日国务院第34次常务会议通过了修订后的《中华人民共和国增值税暂行条例》（简称“增值税条例”）。增值税条例将自2009年1月1日起正式施行。

增值税条例明确规定了增值税的纳税主体、适用税率、抵免规定以及各种减免税优惠等。增值税条例规定，在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税人，应当依照条例缴纳增值税。增值税条例相比以前的规定，有了以下五个方面的修订：

- (1) **允许抵扣固定资产进项税额：**修订前的增值税条例规定，购进固定资产的进项税额不得从销项税额中抵扣，即实行生产型增值税。修订后的增值税条例删除了有关不得抵扣购进固定资产的进项税额的规定，允许纳税人抵扣购进固定资产的进项税额，实现增值税由生产型向消费型的转换。
- (2) **围堵一些税收漏洞：**修订后的增值税条例规定，与企业技术更新无关且容易混为个人消费的自用消费品（如小汽车、游艇等）所含的进项税额，不得予以抵扣。
- (3) **降低小规模纳税人的征收率：**修订前的增值税条例规定，小规模纳税人的征收率为6%。修订后的增值税条例对小规模纳税人的征收率降至3%。
- (4) **将一些现行增值税政策体现到修订后的条例中：**主要是补充了有关农产品和运输费用扣除率、对增值税一般纳税人进行资格认定等规定，取消了已不再执行的对外来料加工、来料装配和补偿贸易所需进口设备的免税规定。
- (5) **方便纳税人纳税申报：**根据税收征管实践，为了方便纳税人纳税申报，提高纳税服务水平，缓解征收大厅的申报压力，将纳税申报期限从10日延长至15日。

2. 《中华人民共和国营业税暂行条例》评析

《中华人民共和国营业税暂行条例》（简称“暂行条例”）于2008年11月5日修订通过，将于2009年1月1日起施行。暂行条例主要作了以下四个方面修订：

- (1) **调整了纳税地点的表述方式：**将营业税纳税人提供应税劳务的纳税地点由按劳务发生地原则确定调整为按机构所在地或者居住地原则确定。
- (2) **删除了转贷业务差额征税的规定：**转贷业务差额征税的规定在实际执行中仅适用于外汇转贷业务，造成外汇转贷与人民币转贷之间的政策不平衡，因此，删除了这一规定。
- (3) **删除了所附的税目税率表中征收范围一栏：**删除了旧的营业税条例所附的税目税率表中征收范围一栏，具体范围由财政部和国家税务总局规定。
- (4) **与增值税条例衔接调整相应纳税期限和地点：**与《中华人民共和国增值税暂行条例》衔接，将纳税申报期限从10日延长至15日。进一步明确了对境外纳税人如何确定扣缴义务人、扣缴义务发生时间、扣缴地点和扣缴期限的规定。

3. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》解读

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》（“解释”）将于2009年1月1日起施行。

(1) 管辖争议和异议问题的解决有明确规则

依照民事诉讼法（“民诉法”）第二百零一条的规定，执行案件的管辖法院既可以是一审法院，也可以是“被执行的财产所在地”法院。由于被执行的财产可能有多项，多项财产可能分布在多个法院辖区，因此，司法解释以立案时间先后为标准。区分两种情况，分别规定了解决重复立案的规则：一是有管辖权的人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已经立案的，不得再重复立案。二是如果该法院已经立案，在立案后才发现其他有管辖权的法院已经先立案的，一般应当撤销案件。但后立案的法院已经采取执行措施的，如果一律撤销案件，将可能导致已经控制的财产被隐匿、转移。因此，在这种情况下，后立案的法院应当将控制的财产移交给先立案的执行法院处理。

另外，解释明确赋予当事人提出管辖权异议的权利，并对管辖权异议的处理程序予以规范。一是明确规定管辖权异议必须自收到执行通知书之日起十日内提出。二是规定了管辖权异议的处理程序，即法院对管辖权异议经过审查，异议成立的，应当撤销执行案件，并告知当事人向有管辖权的人民法院申请执行；异议不成立的，裁定驳回。三是赋予了当事人对管辖权异议裁定向上一级法院申请复议的权利。但解释还规定，管辖权异议审查和复议期间，不停止执行。

(2) 对违法执行行为的审查程序更加规范

民诉法规定，当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定而提出书面异议的，法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查。为达到及时审查纠正的目的，解释明确规定，执行法院审查处理执行异议，应当在十五日内作出裁定。

民诉法仅规定当事人、利害关系人可以申请复议，但对复议申请采取何种形式、材料如何提交、如何审查处理都未作明确规定。现解释规定，申请复议必须采取书面形式，并且从确保当事人、利害关系人行使申请复议权出发，规定申请复议的材料既可以通过执行法院转交，也可以直接向执行法院的上一级法院提交。为防止执行法院拖延，解释还对报送案件材料的期限作了明确限制。为慎重起见，解释规定对复议申请应当组成合议庭审查。为及时纠正错误执行行为的不良后果，解释将复议期限原则上确定为30日，有特殊情况的，经院长批准，可以再延长30日。此外，明确要求上一级人民法院复议完毕后，应当作出正式的裁定。

(3) 对无条件执行的案件不能申请督促执行或更换执行法院

民诉法赋予了申请执行人向上一级法院申请督促执行和更换执行法院的权利，这是一项新的规定。考虑到有些案件客观上根本就无法执行的事实，如没有可供执行的财产，解释对申请督促执行和更换执行法院的情形进行了细化：其一，债权人申请执行时被执行人有可供执行的财产，执行法院自收到申请执行书之日起超过六个月对该财产未执行完结的。其二，在执行过程中发现了被执行人可供执行的财产，执行法院自发现财产之日起超过六个月对该财产未执行完结的。其三，对法律文书确定的行为义务的履行，执行法院自收到申请执行书之日起超过六个月未依法采取相应措施的。从这些规定看出，即使超过六个月没有执行完结，也不能据此申请督促执行或更换执行法院。

申请执行人提出申请的，上一级法院应当进行审查，理由成立的，应当责令执行法院限期执行、提级执行或者指定执行。为规范对申请执行人申请的处理，解释对采取上述三种处理方式时使用何种法律文书作出明确规定。提级执行和指定执行涉及管辖权的转移，属于比较重大的程序事项，各地法院实践中多使用裁定，因此解释规定提级执行和指定执行应当作出裁定。督促执行主要是对执行法院执行案件的期限提出明确要求，不宜使用裁定，解释规定督促执行应当发出督促执行令。实践中究竟采取哪种

方式，上级法院有权根据具体情况酌定。上级法院责令限期执行，如果执行法院在指定期间内无正当理由仍未执行完结的，足以说明由原法院执行该案件存在相当大的困难。在这种情况下，上级法院应当裁定由本院执行或指令辖区其他法院执行。

(4) 案外人异议问题可以通过专门诉讼解决

依照民事诉讼法第二百零四条规定，案外人对裁定不服，与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日起十五日内提起诉讼。解释把案外人提起的诉讼为一种特殊类型的诉讼，称为案外人异议之诉。

案外人异议之诉的诉讼请求不同于普通诉讼。案外人异议之诉虽然是案外人基于对执行标的主张实体权利提起的诉讼，但该诉讼的直接目的是为了对抗或排除对异议标的执行，因此，司法解释将案外人的诉讼请求解释为对执行标的主张实体权利，并请求对执行标的停止执行。同时，正是由于案外人异议之诉的目的在于对抗或排除对异议标的执行，而执行的目的在于实现申请执行人的债权，因此，该类诉讼应当以申请执行人为被告；如果被执行人也反对案外人请求的，应当以申请执行人和被执行为共同被告，以便通过该诉讼一揽子解决问题。此外，解释还规定案外人异议之诉应当由执行法院管辖。案外人异议之诉虽然不同于普通诉讼，但本质上仍是一种诉，应当依照通常诉讼程序审理。经审理，理由不成立的，判决驳回其诉讼请求；理由成立的，根据案外人的诉讼请求作出相应的裁判。当事人不服一审判决的还可以提起上诉。

(5) 对分配方案不服，可提起专门诉讼

执行法院作出分配方案后，若债权人或者被执行人认为分配方案有问题的，应当先向执行法院提出异议。执行法院受理异议申请后，应当将有关情况通知未提出异议的债权人或被执行人。未提出异议的债权人、被执行人收到通知后十五日内对有关异议不提出反对意见的，执行法院依异议人的意见对分配方案进行审查调整，并根据调整后的方案进行分配。解释还规定，异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行为被告，向执行法院提起诉讼。这种诉讼是针对分配方案所提起的一种诉讼，我们可以把这种诉讼被称为分配方案异议之诉。分配方案异议之诉是执行救济制度的重要组成部分，通过分配方案异议之诉，可以一揽子解决与分配有关的问题。

(6) 报告财产令对被执行人财产的监控

解释规定，人民法院依照民事诉讼法第二百一十七条规定责令被执行人报告财产情况的，应当向其发出报告财产令。报告财产令中应当写明报告财产的范围、报告财产的期间，以及拒绝报告或者虚假报告的法律后果等内容。被执行人应当报告的财产范围非常宽，既包括现金、动产、不动产，也包括债权、股权、投资权益、基金、知识产权等财产性权利；既包括当前的财产情况，也包括被执行人收到执行通知之日前一年至当前发生的财产变动情况。

报告财产期间的长短，则由执行法院根据案件的具体情况酌情掌握。被执行人在报告财产期间履行全部债务的，人民法院应当裁定终结报告程序；被执行人在报告财产后其财产情况发生变动，影响申请执行人债权实现的，还应当自财产变动之日起十日内向人民法院补充报告。此外，司法解释还规定，对被执行人报告的财产情况，申请执行人请求查询的，人民法院应当准许。申请执行人对查询的被执行人财产情况，应当保密。同时，对被执行人报告的财产情况，执行法院可以依申请执行人的申请或者依职权调查核实。

(7) 执行通知可在采取执行措施的同时或事后三日内发送

依照民事诉讼法第二百一十六条第二款的规定，被执行人不履行法律文书确定的义务，并有可能隐匿、转移财产的，执行员可以立即采取强制执行措施。解释明确规定执行员立即采取强制执行措施的，应当发送执行通知书，但执行通知书可以在采取执行措施的同时发送，也可以自采取执行措施之日起三日内发送。

4. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》 解读

最高人民法院 2008 年 11 月 30 日颁布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》（“解释”），自 2008 年 12 月 1 日起施行。

(1) 明确规定申请再审应提交的材料

民事诉讼法第 180 条虽然规定“当事人申请再审的，应当提交再审申请书等材料”，但是实践中再审申请书应当证明哪些事项，再审申请书应当附随提供哪些材料，并不明确。为此，解释明确再审申请书在形式上应当载明双方当事人及其基本情况、原生效裁判文书案号、法定再审事由和支持的事实及理由、具体再审请求等内容，提交的材料应当包括原审裁判文书以及相关身份证明。同时，对于不符合形式条件的再审申请书和材料，解释规定，人民法院应当要求申请再审人补充或者改正。

(2) 明确法院收到再审申请书后的手续

解释明确，在收到申请再审人符合条件的再审申请书等材料后的 5 日内，人民法院应当完成受理登记手续，并应当同时向申请再审人和对方当事人发送“受理通知书”等受理材料，确保双方当事人的诉讼知情权。司法解释规定，根据法条规定和立法本意，将上一级人民法院经审查认为申请再审事由成立的，明确为一般由本院提审。解释还规定，最高人民法院、高级人民法院将裁定进入再审的案件交与原审人民法院同级的其他人民法院再审，称为“指定再审”；交与原审人民法院再审，称为“指令再审”。

5. 《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》解读

2008 年 11 月 21 日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（“《意见》”），进一步明确了有关办理商业贿赂刑事案件的法律适用问题。《意见》主要规定了七个方面的问题。

(1) 明确了商业贿赂犯罪的范围

商业贿赂犯罪涉及刑法规定的全部八种贿赂犯罪。包括非国家工作人员受贿罪（刑法第一百六十三条）、对非国家工作人员行贿罪（刑法第一百六十四条）、受贿罪（刑法第三百八十五条）、单位受贿罪（刑法第三百八十七条）、行贿罪（刑法第三百八十九条）、对单位行贿罪（刑法第三百九十一条）、介绍贿赂罪（刑法第三百九十二条）、单位行贿罪（刑法第三百九十三条）。

(2) 在明确刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“其他单位”范围的同时，进一步明确了“公司、企业或者其他单位的工作人员”的认定

《刑法修正案（六）》将刑法第一百六十三条、第一百六十四条犯罪的主体范围扩大到公司、企业以外的其他单位的工作人员，从而使“其他单位”的认定问题成为认定公司、企业以外的其他单位工作人员的基础性问题。一般意义上讲，单位是相对于自然人的组织体，但并非所有的组织体都属于刑法中

的单位。从司法实践看，刑法第一百六十三条、第一百六十四条中的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等临时性的组织。这里的单位不包括从事非正当活动的组织。

根据刑法第一百六十三条第三款的规定，国有公司、企业或者其他国有单位中的工作人员虽然都有一定的职务，具有职务上的便利，但所从事的事务并非全都属于公务，其职务便利有履行公务的职务便利和非履行公务的职务便利之分，因而就其主体身份而言，国有单位中还有一些工作人员属于非国家工作人员。《意见》第四条对此作了明确规定。从文义上讲，其他国有单位，包括国家机关、国有事业单位、国有社会团体等单位。

(3) 明确了医药购销、工程建设、政府采购等领域中商业贿赂犯罪的刑事责任，特别是对医生“开单提成”等贿赂行为的定性问题作出明确规定；

《意见》区分不同情形，分别作出规定。特别是明确了医务人员、教师、评标委员会等组成人员构成商业贿赂犯罪的刑事责任问题。根据《意见》规定，医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大的；学校及其他教育机构中的教师，利用教学活动的职务便利，以各种名义非法收受教材、教具、校服或者其他物品销售方财物，为教材、教具、校服或者其他物品销售方谋取利益，数额较大的；依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员，在招标、政府采购等事项的评标或者采购活动中，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，分别依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

(4) 明确了商业贿赂犯罪的犯罪对象及其数额的认定

《意见》将贿赂的范围由财物扩大至财产性利益，包括提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡（券）、旅游服务等。财产性利益的数额认定，以实际支付的资费为准。收受银行卡的，不论受贿人是否实际取出或者消费，卡内的存款数额一般应全额认定为受贿数额。使用银行卡透支的，如果由给予银行卡的一方承担还款责任，透支数额也应当认定为受贿数额。

(5) 明确了商业贿赂犯罪中不正当利益的认定

在原来规定的谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件属于不正当利益之外，增加规定谋取违反规章、政策规定的利益，或者要求对方违反规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件的亦为谋取不正当利益，同时《意见》还特别增加规定，在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于“谋取不正当利益”。

(6) 区分了商业贿赂犯罪中的罪与非罪的界限

为正确区分贿赂与亲友正当馈赠，划清罪与非罪的界限，《意见》主要从以下几个因素的结合上进行区分：（1）发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度；（2）往来财物的价值；（3）财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托；（4）接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。

(7) 明确了商业贿赂犯罪共同犯罪的处理依据

《意见》区分了商业贿赂犯罪共同犯罪的三种情形，根据双方利用职务便利的具体情形分别定罪追究刑事责任：一是利用国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以受贿罪追究刑事责任。二是利用非国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。三是分别利用各自的职务便利为他人谋取利益的，按照主犯的犯罪性质追究刑事责任，不能分清主从犯的，可以受贿罪追究刑事责任。

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 11 月 1 日截止至 2008 年 11 月 30 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