

天衡法律通讯

■ 顺以天道 衡平万物



天衡联合律师事务所
TENET & PARTNERS

2013年
5月号

01 天衡动态

03 法规快讯

03 法规新讯

06 重点关注

07 指导案例

10 律师专栏

10 股票期权:激励与争讼

13 试论合同未生效时

当事人利益的保护

——以未经批准的

股权转让合同为视角

18 未取得《商品房预售

许可证》的情况下所

签订的认购书的效力

探讨

21 企业集团法律顾问服

务方案

顾问: 白劲翔

主编: 庄小帅

林巧财

责任编辑: 龚晓敏

邮箱: public@tenetlaw.com

天衡动态

一、天衡所叶勇律师受聘担任中国贸促会/中国国际商会调解中心调解员

2013年4月18日，中国贸促会/中国国际商会调解中心商事调解员聘任暨培训会在北京召开。中国贸促会副会长、调解中心主席董松根出席会议并与调解中心副主席、法律部部长徐伟，调解中心秘书长、法律部副部长王承杰共同为新聘调解员颁发了证书。本所叶勇律师受聘为新一届中国贸促会调解中心调解员。

二、澳洲著名地产开发商Mulpha Australia首席营运总监参访天衡所

2013年5月6日下午，澳洲著名地产开发商Mulpha Australia首席营运总监Winson Chow到本所交流参观。本所执行主任白劭翔、市场总监庄小帅、家华天衡总经理上官于洋热情接待了Winson Chow一行。双方在本所武夷厅就海内外市场、房地产行业发展趋势及对外地产投资的必要性展开深入探讨。

Mulpha Australia是Mulpha国际的全资子公司，是一家多元化的大型综合企业和富时大马综合指数的成分股之一。其在马来西亚、越南、新加坡、中国和香港均有重大投资项目。公司主要的资产组合包括海曼岛、神仙湾、神仙湾凯悦度假村、悉尼洲际酒店、悉尼酒店管理学院、北方工业园区、FKP资产集团、萨尔茨堡Apartments等，在澳洲地产界享有卓越的声誉。



三、香港律师会副会长林新强参访天衡所

2013年5月8日，“中世律所联盟（SGLA）全国巡回讲坛——得伟君尚律师事务所站”活动在武汉成功举办。中世联盟执行委员会主席韩德云律师，副主席邹国荣律师、朱林海律师和蔡学恩律师，以及联盟秘书处朱宁律师出席了本次活动。中世联盟成员所——天衡联合律师事务所主任合伙人孙卫星律师等30余位联盟律师也参加了本次活动。

自去年八月份以来，“中世律所联盟全国巡回讲坛系列活动”已经分别在山东济南、浙江杭州、云南昆明、重庆四地举办，本次活动是全国巡回讲坛的第5期。活动由得伟君尚主任合伙人、联盟副主席蔡学恩律师主持。参会嘉宾就律师行业发展以及如何提供法律服务等议题展开了热烈讨论。韩德云律师做了题为“市场化催生新变化——律所发展战略对策选择”的演讲、邹国荣律师做了题为“中国企业走出去的法律风险评估及海外项目融资结构简介”的演讲、朱宁律师代表联盟向与会者介绍了联盟的基本情况、发展状况和取得的成果。另外，还有来自联盟的7位律师代表做了各业务领域的执业经验分享和交流。

四、天衡所张照东律师被聘为福州仲裁委员会仲裁员

2013年5月14日，福州仲裁委员会换届大会暨仲裁员培训会在福州召开。福州市人民政府徐凡新副市长、第三届福州仲裁委薛海玲主任在会上作了重要讲话。徐凡新副市长等领导为仲裁员代表颁发聘任证书，本所张照东律师作为新聘任的仲裁员代表之一接受聘任证书。

五、英国史密夫·斐尔律师事务所律师参访天衡所

5月17日上午，英国史密夫·斐尔律师事务所合伙人费佳律师、戴枫媚律师、孙晔律师到天衡所参观交流。本所执行主任白劭翔、副主任曾招文律师、海商海事部主任陈川律师、李晶律师以及市场总监庄小帅热情接待了费律师一行。在本所鼓浪厅的会谈中，执行主任白劭翔首先介绍了天衡所的发展业绩、业务范围、结构规模、资质情况及本地影响力等整体概况，史密夫·斐尔律师事务所的费佳律师也介绍了史密夫·斐尔律师事务所的业务内容、优秀业绩、分所设立情况及其国际地位。随后，双方就争议解决和海商海事两个方面的业务展开深入探讨，双方均表示希望能加强合作，为客户提供更全面的法律保障。



六、厦门大学法学院模拟招聘会在本所成功举办

2013年5月17日下午，厦门大学法学院学生到天衡所参观，并参加模拟招聘活动。本场活动由天衡所市场总监庄小帅主持，经过3个小时的模拟面试和点评，此次活动获得圆满成功。

在模拟招聘环节中，庄总监邀请15名同学依次进行求职演说。同学们发表了慷慨激昂、精彩纷呈的演讲，展现出厦大学生的独特风采。庄总监以用人单位的角度对同学们的表现作出点评，既分析了个人特点，也传授了面试技巧。最终有6名同学脱颖而出，获得了进入天衡实习的机会。

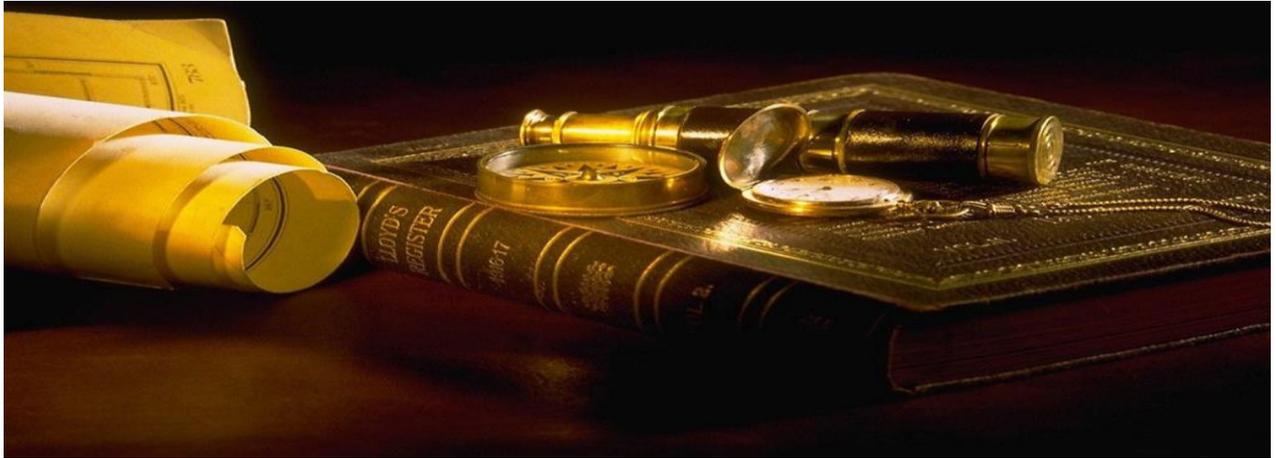


七、宜昌市律师协会一行参访天衡所

2013年5月22日下午，宜昌市司法局副局长、宜昌市律师协会常务副会长陈月生、宜昌市司法局律公科长、宜昌市律师协会秘书长李文彬组织部分宜昌市的律师事务所主任、合伙人及工作人员到天衡所参观交流。本所主任孙卫星、行政总监王璐璐、财务总监胡东林、市场总监庄小帅热情接待了陈会长一行。



法规快讯



房地产

1、国土资源部办公厅下发《关于严格管理防止违法违规征地的紧急通知》

2013年5月13日，国土资源部办公厅下发《关于严格管理防止违法违规征地的紧急通知》，要求进一步加强征地管理，防止违法违规征地，杜绝暴力征地行为，保护农民的合法权益。该通知提出五点明确要求：一要强化思想认识，严防因征地引发矛盾和冲突；二要开展全面排查，坚决纠正违法违规征地行为；三要加强调查研究，完善征地政策措施；四要改进工作方法，建立健全征地矛盾纠纷调处机制；五要落实工作机制，严格实行监督问责。

2、住房城乡建设部、工商总局共同公布《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）

为规范建筑市场秩序，维护建设工程施工合同当事人的合法权益，住房城乡建设部、工商总局对《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）进行了修订，制定了《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）。该示范合同文本于2013年5月21日公布，自2013年7月1日起执行，原《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）同时废止。

投资与税收

1、国家税务总局发布《国家税务总局关于个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本个人所得税问题的公告》

2013年5月7日，《国家税务总局关于个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本个人所得税问题的公告》（国家税务总局公告2013年第23号）发布，自发布后30日起施行，此前尚未处理的涉税事项按该公告执行。

2、国家税务总局发布《委托代征管理办法》

2013年5月10日，国家税务总局发布了《委托代征管理办法》（国家税务总局公告2013年第24号），该

办法共30条，自2013年7月1日起施行。该办法所称委托代征，是指税务机关根据《税收征收管理法实施细则》有利于税收控管和方便纳税的要求，按照双方自愿、简便征收、强化管理、依法委托的原则和国家有关规定，委托有关单位和人员代征零星、分散和异地缴纳的税收的行为。委托代征范围由税务机关根据《税收征收管理法实施细则》关于加强税收控管、方便纳税的规定，结合当地税源管理的实际情况确定。税务机关不得将法律、行政法规已确定的代扣代缴、代收代缴税收，委托他人代征。

3、国务院印发《“十二五”国家自主创新能力建设规划》

2013年5月29日，国务院印发了《“十二五”国家自主创新能力建设规划》（国发[2013]4号，以下简称“《规划》”）。《规划》提出，到“十二五”末，我国自主创新能力建设的目标是：创新基础条件建设布局更加合理；重点领域创新能力明显提升；创新主体实力明显增强；区域创新能力布局不断优化；创新环境更加完善。为此，需要加强科学研究实验设施、科技资源与信息平台、标准计量检测认证平台等科技创新基础条件建设，并增强农业、制造业、战略性新兴产业、现代服务业、能源产业和综合交通运输等重点产业持续创新能力。

4、国家税务总局发布《国家税务总局关于营业税改征增值税总分机构试点纳税人增值税纳税申报有关事项的公告》

2013年5月7日，《国家税务总局关于营业税改征增值税总分机构试点纳税人增值税纳税申报有关事项的公告》（国家税务总局公告2013年第22号）发布，自2013年6月1日起施行。该公告附发的调整后的《增值税纳税申报表附列资料（一）》同时适用于营业税改征增值税试点地区增值税一般纳税人，国家税务总局公告2012年第43号附件1中的《增值税纳税申报表附列资料（一）》同时废止。经财政部和国家税务总局批准，适用财税[2012]84号文件，计算缴纳增值税的总机构试点纳税人及其试点地区分支机构，应按照该公告规定进行增值税纳税申报。

5、国家发展和改革委员会、商务部共同发布经国务院批准的《中西部地区外商投资优势产业目录（2013年修订）》

2013年5月16日，国家发展和改革委员会、商务部共同发布经国务院批准的《中西部地区外商投资优势产业目录（2013年修订）》，自2013年6月10日起施行；《中西部地区外商投资优势产业目录（2008年修订）》（国家发展和改革委员会、商务部令2008年第4号）同时废止。

根据《指导外商投资方向规定》（国务院令2002年第346号）的规定，属于本目录的外商投资项目，享受鼓励类外商投资项目优惠政策。符合本目录规定的外商投资在建项目，可按照本目录的有关政策执行。

外汇管理

1、国家外汇管理局发布《外国投资者境内直接投资外汇管理规定》及配套文件

2013年5月10日，国家外汇管理局发布《国家外汇管理局关于印发〈外国投资者境内直接投资外汇管理规定〉及配套文件的通知》（汇发[2013]21号，以下简称“《规定》”），进一步规范和明确外国投资者境内直接投资（以下简称外商直接投资，即FDI）外汇管理，《规定》自2013年5月13日起实施。

2、国家外汇管理局发布《国家外汇管理局关于改进海关特殊监管区域经常项目外汇管理有关问题的通知》

2013年5月22日，《国家外汇管理局关于改进海关特殊监管区域经常项目外汇管理有关问题的通知》（汇发[2013]22号，以下简称“《通知》”）发布。国家外汇管理局决定自2013年6月1日起，进一步改进海关特殊监管区域经常项目外汇管理。《通知》明确，海关特殊监管区域机构（以下简称区内机构）无须办理《保税监管区域外汇登记证》（以下简称《登记证》）及进行《登记证》年检。已核发的《登记证》不再使用；区内机构可将具有真实、合法交易背景的出口收入存放境外；简化区内机构货物贸易付汇管理；区内机构可以根据其真实合法的进口付汇需求提前购汇存入其经常项目外汇账户；简化区内机构货物贸易结汇管理；简化区内机构服务贸易外汇管理。

知识产权

1、国务院办公厅印发《2013年全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作要点》

2013年5月24日，国务院办公厅印发了《2013年全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作要点》（国办发[2013]36号）。该文件提出了2013年全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作的22项重点任务，具体包括：开展农资打假专项整治；整治假冒伪劣食品药品；开展生产流通环节治理整顿；开展进出口环节治理整顿；规范网络商品交易秩序；打击侵犯商标权违法行为；打击侵犯著作权违法行为；打击侵犯专利权违法行为；打击其他领域侵权违法行为；加强文化市场监督管理；做好软件正版化工作；加强侵权假冒犯罪案件侦办工作；加强刑事犯罪案件检察工作；加强案件审判工作；健全法律法规体系；积极推进行政执法与刑事司法衔接；健全考核与监督机制；推动案件信息公开；加快诚信体系建设等。

2、国家知识产权局发布《国家知识产权局办公室关于启动企业知识产权管理标准推行工作的通知》

为认真贯彻落实我国企业知识产权管理工作者的第一个国家标准《企业知识产权管理规范》（下称《规范》），2013年5月23日，国家知识产权局发出《国家知识产权局办公室关于启动企业知识产权管理标准推行工作的通知》，要求启动企业知识产权管理标准推行工作，以引导和支持企业推行实施国家标准，全面提升我国企业知识产权管理能力。

司法动态

1、最高人民法院公布《最高人民法院关于审理出口信用保险合同纠纷案件适用法律问题的批复》

2013年5月8日，最高人民法院公布《最高人民法院关于审理出口信用保险合同纠纷案件适用法律问题的批复》，明确：对出口信用保险合同的法律适用问题，保险法没有作出明确规定。鉴于出口信用保险的特殊性，人民法院审理出口信用保险合同纠纷案件，可以参照适用保险法的相关规定；出口信用保险合同另有约定的，从其约定。该司法解释自2013年5月8日起施行。



重点关注



1、个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本个人所得税的新规发布

2013年5月7日，国家税务总局发布《国家税务总局关于个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本个人所得税问题的公告》（国家税务总局公告2013年第23号）发布，自发布后30日起施行，此前尚未处理的涉税事项按该公告执行。

根据该公告，股权收购后，被收购企业将其原账面金额中的盈余积累向个人投资者（新股东，下同）转增股本，有关个人所得税问题区分为如下几种情形处理：

一是新股东以不低于净资产价格收购股权的，企业原盈余积累已全部计入股权交易价格，新股东取得盈余积累转增股本的部分，不征收个人所得税；

二是新股东以低于净资产价格收购股权的，企业原盈余积累中，对于股权收购价格减去原股本的差额部分已经计入股权交易价格，新股东取得盈余积累转增股本的部分，不征收个人所得税；

三是对于股权收购价格低于原所有者权益的差额部分未计入股权交易价格，新股东取得盈余积累转增股本的部分，应按照“利息、股息、红利所得”项目征收个人所得税。

新股东以低于净资产价格收购企业股权后转增股本，应按照下列顺序进行，即：先转增应税的盈余积累部分，然后再转增免税的盈余积累部分。

新股东将所持股权转让时，其财产原值为其收购企业股权实际支付的对价及相关税费。

相关规定：

- 1、《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》【国税发（1997）198号】
- 2、《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》【国税函〔1998〕289号】
- 3、《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》【国税函发〔1998〕333号】
- 4、《国家税务总局关于进一步加强高收入者个人所得税征收管理的通知》【国税发〔2010〕54号】

2、住房城乡建设部、工商总局共同公布《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）

为规范建筑市场秩序，维护建设工程施工合同当事人的合法权益，住房城乡建设部、工商总局对《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）进行了修订，制定了《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）。该示范合同文本于2013年5月21日公布，自2013年7月1日起执行，原《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）同时废止。

指导案例



王某诉凯奔公司等借款保证合同纠纷案

作者：林巧财（天衡联合律师事务所 律师）

导读：王某诉凯奔公司等借款保证合同纠纷案明确了：担保期限是一种除斥期间，不存在中断、中止和延长的情形，这是担保期限与诉讼时效的根本区别。因此，担保期限届满的最后一日是否为法定节假日，均不存在顺延问题。

一、案情概要

浙江省慈溪市人民法院和浙江省宁波市中级人民法院经审理查明：

（一）2010年2月8日，宁波凯奔自行车工贸有限公司（简称凯奔公司）、慈溪经济开发区金明车辆配件厂（简称金明厂）向王某借款200万元，定于2010年4月7日前归还。

（二）前述借款由孙某、慈溪市航驰塑业有限公司（简称航驰公司）和案外人何某、孙某开办的慈溪市胜山镇凯吉车料厂提供担保。

（三）借款期限届满后，凯奔公司、金明厂爽约，孙某、航驰公司等也未尽担保责任。

（四）2010年10月8日、2011年12月19日，王某委托律师向孙某、航驰公司分两次邮寄了律师公函，要求承担担保责任，邮件跟踪查询单显示：孙某、航驰公司分别于2010年10月9日、2011年12月20日收到了上述邮件。



根据前述查明的事实，浙江省慈溪市人民法院经审理认为：

（一）王某与凯奔公司、金明厂的民间借贷合法有效，凯奔公司、金明厂应依约履行还款责任。

（二）保证人对承担保证责任没有约定，应承担连带责任，连带责任保证的保证人与债权人未约定担保期限的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

（三）本案担保期限为约定还款日2010年4月7日的次日起六个月内，即2010年4月8日至2010年10月7日，因2010年10月1日至7日为法定节假日，根据民法通则的规定，期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日的，以节假日的次日为期间的最后一天，本案的担保期限最后一天为2010年10月8日。

（四）由于保证合同是单务无偿合同，因此债权人以发送邮件方式要求保证人承担保证责任的，应当认定债权人是在邮件到达或者应当到达保证人之日才向保证人主张了自己的权利。

（五）王某虽然于2010年10月8日委托律师向航驰公司、孙某邮寄律师公函要求承担保证责任，但航驰公司、孙志孟收到邮件日期均为2010年10月9日，已过担保期限。据此，王建夫并未在担保期限内要求航驰公司、孙某承担保证责任，航驰公司、孙志孟免除保证责任。

据此，该法院依法作出一审判决认定凯奔公司、金明厂返还王建夫借款200万元；驳回王建夫对保证人的诉讼请求。

该案一审判决作出后，王某不服一审判决，依法向浙江省宁波市中级人民法院提起上诉。

浙江省宁波市中级人民法院经审理认为：

（一）因王某与孙某、航驰公司未约定担保期限，按照担保法的相关规定，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任，即本案所涉借款的担保期限应为2010年4月8日至2010年10月7日。

（二）王某于2010年10月8日委托律师向孙某、航驰公司邮寄公函要求其承担保证责任，已过担保期限，孙某、航驰公司可据此主张免除承担担保责任。

（三）原审法院以2010年10月1日至7日为法定节假日为由，认定本案的担保期限最后一天为2010年10月8日有误，但对本案的实体处理并无不当。

据此，该法院依法作出二审判决：驳回上诉，维持原判。

二、对本指导案例的解读

在该指导案例中，浙江省慈溪市人民法院和浙江省宁波市中级人民法院认为，担保期限为除斥期间，除斥期间为法定的权利存续期间，因该期间的经过将发生权利消灭的法律后果；并且其为不变期间，不能中止、中断、延长。关于除斥期间及该指导案例的相关内容分析如下：

首先，除斥期间是学理名词，而不是法典名词。在目前我国现行的法律体系当中还没有总结出一般适用除斥期间的法律条款统一规定。以民事法律体系为例，其多在立法有关除斥期间的规定散见于多种规范性法律文件之中，并且是语焉不详，甚至导致对该期间的性质可作不同解释，如《中华人民共和国物权法》第二百零二条之规定。

其次，除斥期间是指法律规定或当事人依法确定的某种权利预定不变的存续期间，该期间届满，则权利当然消灭。除斥期间的客体一般为形成权。只要法律规定或当事人依法确定的某种权利预定存续期间届

满，只要时间届满，不问其事由如何，该项权利即告消灭；但因除斥期间系分散采用个别规定，因此，在不同场合，根据具体的权利不同，又分别具有各自的特点和作用。

最后，根据《中华人民共和国物权法》和《中华人民共和国担保法》等相关民事法律的规定，担保法律形式一般有保证、抵押、质押、定金和留置等五种；但涉及到期限的有保证和抵押两种。虽然本案是关于担保期限的认定，但其裁判要旨所提炼的却是“担保期限”，也就是说该指导案例所提及的担保期限，事实上涵盖了保证期限和抵押期限两种。

三、本案应该着重注意的问题

该指导案例的发布，对于债权人而言，在签订担保合同和债权实现过程均有参考意义。

1、在签订担保合同时，应尽量约定担保期限

担保期限是根据当事人各方按照事先约定或者规定，债权人向债务人或者担保人主张权利的期间。债权人没有在该期间主张权利，则保证人不再承担责任。而从担保人的角度讲，担保期限是保证人能够容忍债权人不积极行使权利的最长期限。

担保期限作为除斥期间，虽是不变期间，但其时间长短可以在担保合同中明确约定（即可为约定的除斥期间），其起算点是主合同履行期限届满之日。但若在当事人没有约定或约定不明的情况下，由法律直接规定不同的担保期限。一般保证的保证人与债权人未约定担保期限的，担保期限为主债务履行期届满之日起六个月；连带责任保证的保证人与债权人未约定担保期限的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

同时，须注意的是担保合同约定的担保期限早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，担保期限为主债务履行期届满之日起六个月。担保合同约定担保人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，担保期限为主债务履行期届满之日起二年。

2、债权实现过程中，应特别注意期间问题，切不可将其与诉讼时效混同

担保期限和诉讼时效都是为了担保相关利益人的一种法律概念。担保期限与诉讼时效之间的联系并不是完全的无缝隙连接，而是一种先后关系的连接。

担保期限与诉讼时效从法律的规定上看，是具有相似性的，均涉及期间的有效性问题。但是，其二者是有本质的区别，主要体现在为：

一是期间起算点不同。诉讼时效期间自权利人知道或应当知道权利被侵害之日，即权利人能行使权利之日起开始计算；而除斥期间自权利成立之时起算。另外需要说明的是，民法通则第一百三十七条规定的20年期间，既非诉讼时效期间，又非除斥期间，而是权利的最长保护期限，自权利被侵害之日起开始计算。

二是期间是否可变不同。诉讼时效期间是可变期间，可以中止、中断、延长。民法通则第一百五十四条第三款规定，期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日的，以节假日的次日为期间的最后一天。而除斥期间为不变期间，不能中止、中断、延长。

据此，债权人在向债务人主张债务时，亦应在担保期限届满之前，依法向其担保人主张权利，或是以提起诉讼或仲裁方式主张；或是以书面方式主张，以避免嗣后在诉讼或仲裁程序中出现举证不能的情况，从而影响到债权的保障。

律师专栏

胡小媛律师简介

胡小媛律师现为福建天衡联合律师事务所专职律师，厦门大学法律硕士研究生。胡小媛律师具备扎实的法学理论和文字功底。胡小媛律师自2006年起加入福建天衡联合律师事务所，办理多起诉讼及非诉讼法律事务，担任多家事业单位、企业的常年法律顾问，接触案件类型全面，积累了丰富的律师实务经验，注重专业化发展方向。胡小媛律师擅长于从事公司投资、贸易、并购、股权转让项目等诉讼及非诉讼法律事务，以及婚约财产协议、继承、涉外婚姻法律实务等新型婚姻家庭法律事务。

联系电话：0592-6304591、13696973168



胡小媛

天衡联合律师事务所
律师

股票期权：激励与争讼

作者：胡小媛（天衡联合律师事务所 律师）

【导读】

股票期权激励机制，堪称上市公司高管的“金手铐”，它能有效解决上市公司经营者（高管）和投资者（股东）之间的代理风险，提升公司治理水平和经营业绩。但是，投资者往往忽视运行股权激励机制将引发新的代理人道德风险，例如经营者利用实际控制人地位，人为制造财务会计信息、故意泄露公告消息等。本文以国内相关立法为背景，分析目前上市公司实施股票期权激励机制的现实困境；并从实践角度，探讨劳动纠纷、离婚诉讼中的股权激励之债的司法界定。

【正文】

根据证监会于2005年12月发布的关于《上市公司股权激励管理办法（试行）》（以下简称“管理办法”）之规定，股票期权激励，是指上市公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的价格和条件购买本公司一定数量股份的权利。

自证监会《管理办法》实施以来，目前我国已有300多家上市公司实行了股权激励，其中，有三分之二的上市公司选择实施股票期权模式，可见股票期权模式是我国上市公司股权激励的主要模式。

目前，通过对国内涉及股票期权类型的案件检索中发现，在各地法院受理该类型的案件过程中，主要存在以下两大争议：公司与高管的劳动报酬之争、离婚诉讼中的夫妻共同财产之争。基于上述情况，本文将对股票期权激励之债的司法界定，及相关实践问题展开探讨。

争议一：公司与高管的劳动报酬之争

司法实践中，上市公司与高管之间“因除名、辞退和辞职、离职”引发的争议，往往涉及股票期权激励的履行问题。上市公司高管的劳动合同及股权激励协议的法律效力认定、股权激励奖励是否属于劳动报酬、公司未兑现股票期权激励奖励引起的争议是否属于劳动争议的受案范围等问

题，目前尚无立法予以明确规定。

关于劳动合同与激励协议效力的认定

现代公司治理结构中，由于所有权与经营权相分离，股东（大）会、董事会手中的公司事务决策和执行权力，往往由公司高管进行实际操纵。

实践中，由董事会聘任的高管“代表”公司，自己与自己签订劳动合同的情况时有发生。此外，由于作为激励对象的高管们，往往对于激励方案的制定、决策与实施均有操纵优势，使得股权激励不但不能制止高管的短期行为，反而制造了新的道德风险，例如人为制造财务会计信息、故意泄露公告消息，并进行关联交易、挪用侵占公司财产、自我激励、控制选举等行为，严重损害公司股东的利益。而目前国内的上市公司，一般是以传统的业绩评价标准即财务评价为主，价值标准单一，影响股票期权激励的业绩评定。部分企业出现了“59岁现象”，更是引发了业界关于股权激励究竟是“过去的福利”或是“未来的激励”之争议，致使上市公司高管的劳动合同与股票期权激励协议的合理性及其效力屡遭质疑。

基于法律规定的考量，根据合同相对性原则，当事人达成一致的合同，对当事人各方将具有约束力。在公司与高管之间的劳动合同与激励协议效力认定的问题上，在公司股东于决策程序未提出异议时，若否认其效力，则明显违背合同双方的真实意思表示，这亦有悖于股权激励机制的长期激励目的。故建议，除双方当事人恶意串通损害第三人利益外（例如在并购事务发生前，签订高额的经济补偿金条款，意图掏空公司资产），其劳动合同及激励协议对公司与高管均具有法律效力。

关于股票期权激励是否属于高管劳动报酬

根据我国《劳动法》第五十条之规定，工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。此外，根据国务院《工资组成规定》的相关规定，股票类收益并不属于工资报酬之列。根据我国《劳动争议调解仲裁法》第二条之规定，劳动争议的六种类型中不包含股权激励纠纷。由此可见，对于

股票期权是否属于劳动报酬问题，尚无明确的法律依据。

为了实现利益双赢的局面，现代大多数的上市公司选择实行股票期权激励计划，将高管的薪资收入与公司的利益紧密联系在一起，这实际上是一种新型薪酬模式。因而，如今上市公司高管报酬的形式，可以是薪金、奖金或其他形式，例如股票期权。基于此种趋势，从经营者劳动权利保护角度出发，结合我国税法的相关规定，即股票期权所得应当按照“工资、薪金所得”的计税标准缴纳个人所得税，建议相关立法应当明确将股权激励奖励纳入上市公司高管的劳动报酬之列。

关于行权救济途径的困境

事实上，股票期权的行权倍受挑战。加之我国劳动争议处理实行“先裁后审”制度，实践中，劳动者于申请劳动争议仲裁时，往往由于行权条件不成就，并未提出涉及股票期权激励的劳动报酬之请求。因此，于诉讼阶段，若劳动者寻得行权依据，提出相关请求，很可能因为其未经劳动仲裁前置程序，不属于诉讼案件的受理范围，而被驳回诉求。目前，相关立法对此问题并未明确规定，极大打击了劳动者寻求司法救济的信心。

不可否认，上市公司与高管之间，存在一种雇佣与被雇佣的法律关系，即存在劳动合同关系。因此，若未将股权激励奖励作为劳动报酬之列，并将此类纠纷纳入劳动争议范畴，则明显增加了当事人的诉讼成本。为此，建议将股权激励纠纷列入劳动争议受案范围，并确认股权激励报酬属于劳动报酬，同时，相关立法应就股权激励纠纷的解决办法作出补充规定。

争议二：离婚诉讼中的夫妻共同财产之争

由于公司股东、高管离婚，将使得离婚诉讼当事人所在公司的股权结构发生剧变。近年来，离婚案例不断催生出新的法律问题，其中不乏涉及股权分割、激励股票分割的法律问题。但是，夫妻共同财产是否包括股票期权、股票期权作为夫妻共同财产时的分割与处理、离婚案件中如何处理夫妻共同财产分割请求权与公司法人财产权

的冲突等问题，相关立法尚待完善。

关于夫妻共同财产的认定

根据我国《婚姻法》第十七条之规定，夫妻共同财产的范围包括：（1）工资、奖金；（2）生产、经营的收益；（3）知识产权的收益；（4）继承或赠与所得的财产；（5）其他应当归共同共有的财产。

现代婚姻家庭财产，呈现出财产构成多元化的趋势。除了传统意义上的存款、房屋、车辆等外，还包括夫妻一方或双方在投资经营过程中的财产性收益，例如股权、股票期权收益等。然而实践中，对投资经营收益的处理时，可能会涉及到夫妻以外其他利害关系人的权益问题，因此引发诸多困扰。值得注意的是，处理好夫妻财产的分割问题，认定夫妻共同财产是关键。

从法理上而言，除了夫妻双方通过“婚前协议”或“婚内协议”明确约定排除适用法定夫妻共同财产制，股票期权权益，应当纳入夫妻共同财产之列，并允许予以分割。

关于股票期权权益作为夫妻共同财产的分割与处理

如前所述，我国目前立法将夫妻共同财产权的取得时间限定在婚姻关系存续期间内。然而，股票期权权益相较于一般财产性权益具有其特殊之处，即股票期权权益的实现是有条件并附期限的。基于股票期权的法律特征，激励对象获得股权时不必支付对价，若激励对象符合条件并选择行权，则需支付一定的对价购买公司股票，即在股票期权模式下，激励对象的行权行为是有偿的民事法律行为，这也将直接产生夫妻共同财产投资经营收益的分割及相关负债的承担问题。

司法实践中，对于此类难以确定其实际价值的可期待性权利，法院往往通知当事人等待其权利价值得以确定之际再提起诉讼。目前我国立法尚未就离婚诉讼中的股票期权行权问题出台详细的规定。司法实践中，如何认定作为夫妻共同财产分割后的股票期权行权问题成为一个难题。

从期待权的法理入手，建议对于离婚之前，

已选择行权并可按照市场行情确定其价值的股票期权，应视为夫妻共同财产并均等分配；而对于离婚之后尚未行权的股票期权，不应采取共同共有及均等分配的方式进行分割，而应根据婚姻关系持续期间与股票期权持有期间的比例，并依照按份共有的原则，确定属于夫妻共同财产的股票期权的数额，及因支付行权对价而产生的夫妻共同债务的比例，进行相应的风险分担和利益分配。

关于夫妻共同财产分割请求权与公司法人财产权的冲突

通说认为，法人财产权概念的理论基础，仍然是现代公司法理论中关于所有权与经营权的分离理论，这与股权激励的理论依据相同。根据我国新《公司法》第三条、第四条之规定，公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。上述条款是法人财产权的法律依据。需要注意的是，该条款对离婚诉讼中激励股权的分割形成制度障碍，即其不能反映股权作为财产所有权的动态流通过程，并实际否认经营者作为激励股权持有者行权时的投资收益的归入权。

且不论有限责任公司与股份有限公司之间“人合性”与“资合性”的区别。根据最高人民法院颁布的《婚姻法司法解释（二）》第十六条关于“有限责任公司股权出资分割”条款之规定，离婚案件涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，应当按照不同情况分别处理。可见，婚姻法立法中规定的共同财产分割原则，与公司立法中规定的股权原则存在明显冲突。

司法实践中，分割到离婚诉讼一方当事人名下的，仅是激励对象作为股权所有者的收益，不应包括股东资格。在未来立法修改中，建议在夫妻共同财产的认定范围上，增加股票期权权益作为夫妻共同财产的规定，并就股票期权权益作为夫妻共同财产的条件、权利行使原则和离婚时的分割方式等问题作出相应规定，这是适应当代夫妻共同财产制度的必然要求。

梁敏律师简介

梁敏于2008年6月毕业于武汉大学法学院，获法学学士学位。2009年通过全国统一司法考试，取得法律职业资格。2010年6月至2011年6月，担任厦门市思明区人民法院法官助理。2012年6月毕业于厦门大学法学院，获得硕士学位。本科和硕士期间主要研究领域为房地产法、公司法、合同法、侵权法及刑法。现任王哲律师助理。经过7年系统化、专业化的法律学习以及丰富的实习经历，梁敏具有了扎实的专业基础和出色的工作能力。加入福建天衡联合律师事务所后，参与多家大型、知名公司的法律服务。

联系电话：0592-2956480、15160059106

梁敏

天衡联合律师事务所

律师



试论合同未生效时当事人利益的保护 ——以未经批准的股权转让合同为视角

作者：梁敏（天衡联合律师事务所 律师）

合同的效力问题并不是一种非黑即白的关系，合同的效力体系也并非一成不变的。自《物权法》颁布实施以来，虽然我国学者们对我国法上是否存在债权行为和物权行为的区分仍有争议，但法院在判断合同效力的问题时却更加谨慎，且更不轻易否定合同的效力，对物权变动与物权变动的原因进行区分的原则得到了更有力的贯彻，而股权转让这种准物权的变动也受到这一潮流的影响。司法实践中，存在不少股权转让合同成立但未生效的情况，那么在此情况下应如何保障当事人的利益呢？对此，最高人民法院有过类似裁判，可供参考。

一、案情简介

2007年4月28日，中鑫公司为股权出让方（甲方），仙源公司为股权受让方（乙方），理财公司为项目合作方（丙方）共同签订《股权转让及项目合作合同》，称甲方和丙方经产交所在公开市场合法竞拍获得远兴公司（远兴公司系中外合作经营企业）100%的股权，甲方占40%股权，丙

方占60%股权。经三方协商一致同意实行股权转让，乙方受让甲方所占28.5%的远兴公司股份并向甲方支付股权转让款4300万元。转让完成后，形成新的远兴公司股权结构，即乙方占远兴公司28.5%股权，甲方占11.5%股权，丙方占60%股权；甲、丙方应在《股权转让及项目合作合同》签订后20日内完成远兴公司的整体股权变更手续，将甲方所占的28.5%股权转让给乙方，若甲、丙方不能按约定完成乙方办理股权转让的全部法律手续，视为甲、丙方违约，甲方无条件退还乙方投资款并承担乙方出资总额每天1%的违约金。仙源公司向中鑫公司支付4300万元股权转让款后，中鑫公司和理财公司并未按约定履行股权变更登记手续。

仙源公司遂向广州市第一中级人民法院起诉，要求中鑫公司和理财公司向工商行政管理部门办理股权变更登记手续并按照股权转让合同的约定支付违约金。

二、判决概况

一审法院认为：中鑫公司、仙源公司、理财公司关于股权转让的条款并未违反内地法律、行政法规的强制性规定，依法不应认定为无效。尽管《中外合作经营企业法》第十条规定：“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准。”但这只是对股权转让的程序予以规范，并未直接规定未经审批的涉外股权转让合同无效，并且现在也没有任何迹象和证据显示，若使本案合同有效将损害国家利益和社会公共利益，鉴此亦不宜以上述法律规定为据否定《股权转让及项目合作合同》在民商法上的效力。办理股权转让的审批手续在此并非合同的生效要件，而是缔约一方应当履行的合同义务。况且，本案的股权转让只是在中方之间进行，通常不存在审批上的法律障碍。综上，中鑫公司关于合同无效的抗辩没有法律依据，该院不予采纳。一审法院全部支持了仙源公司的诉讼请求。

中鑫公司不服一审法院的判决，向广东省高级人民法院提起上诉。

二审法院认为：根据《中华人民共和国中外合作经营企业法》第十条关于“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准”的规定，远兴公司的再次股权变更应报国内外资主管部门审查批准。根据《合同法》第四十四条第一款关于“依法成立的合同，自成立时生效”的规定，以及第二款关于“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”的规定，《股权转让及项目合作合同》因未按法律规定办理批准手续而未生效。但本案事实表明，造成《股权转让及项目合作合同》因未报批而未生效的原因，是在仙源公司、理财公司、远兴公司都愿意履行报批手续以促成合同生效的情形下，中鑫公司明确拒绝配合其他各方完成报批手续以促成合同生效，中鑫公司故意促成合同

不生效的行为客观上使得《股权转让及项目合作合同》产生了视为生效的类似法律效果。因此，就《股权转让及项目合作合同》效力而言，依法成立未生效，但具有类似生效的法律约束力。二审法院驳回上诉，维持原判。

中鑫公司不服二审法院的判决，向最高人民法院申请再审。

再审法院认为：《中外合作经营企业法》第十条规定：“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准。”对于未经批准的，效力如何，该法没有明确规定。但《中华人民共和国合同法》第四十四条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”依照合同法该条规定，此类合同虽已成立，但不像普通合同那样在成立时就生效，而是成立但未生效。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）》第九条对此类合同的效力则有更明确的解释，即：“依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效”。由于该合同未生效的原因是未经批准，而批准的前提是当事人报批，促成合同生效的报批义务在合同成立时即应产生，否则，当事人可肆意通过不办理或不协助办理报批手续而恶意阻止合同生效，显然违背诚实信用原则。因此，二审判决认定《股权转让及项目合作合同》成立未生效是正确的。最高人民法院驳回了中鑫公司的再审申请。

三、评析

（一）案件点评

本案经三级人民法院裁判，虽然裁判结果一致，但是裁判理由却各有不同，值得深思。

一审法院认为，办理股权转让的审批手续在此并非合同的生效要件，未办理审批登记不影响股权转让合同的效力，因此股权转让合同是有效的。但是，一审法院认为股权转让合同生效的理由也许在法理上可以进行探讨，一审法院将股权变动与股权变动的原因进行区分，其裁判旨意可堪赞同。但是，站在立法论的角度，这种见解并不符合《中外合作企业法》以及《合同法》关于合同生效时间的规定。

二审法院认为，股权转让合同因未按法律规定办理批准手续而未生效，但由于未办理批准手续的原因是中鑫公司造成的，因此该未生效的股权转让合同具有视为生效的类似法律效果，但二审法院却并未对此进行充分、合理的论证，也未明确指出裁判依据，似嫌说理不足。依笔者之见，二审法院既然想要论证违反报批义务的后果，不妨类推适用《合同法》第四十五条第二款的规定：当事人为自己的利益不正当的阻止条件成就的，视为条件不成就；不正当的促成条件成就的，视为条件不成就。但需要说明的是，二审法院不能直接适用该规定。最高人民法院在（2004）民一终字第106号《民事判决书》中认为，“合同所附条件，必须是将来发生的、不确定的事实，是当事人约定的而不是法定的……在我国，政府对有关事项或者合同审批或者批准的权限和职责，源于法律和行政法规的规定，而不属于当事人约定的范围……”。

最高人民法院则对未经报批的股权转让合同的法律后果予以回避，只是认定该合同未生效，但并未指明未生效的法律后果。按照通说的观点，合同未生效自不应具有履行效力，那么合同的违约责任条款不应当适用，本案中，最高人民法院既然维持了二审法院关于的判决，自应阐明为什么违约责任条款可以在未生效合同中适用，是否最高人民法院承认违约金条款属于《合同法》第九十八条规定的结算和清理条款？还有，最高人

民法院认为，为什么合同成立时，合同的报批义务即应产生，法律或法理依据何在？

（二）法理探析

关于合同的效力体系问题，我国传统民法一直采取二分法即有效和无效。随着《合同法》的颁布实施，合同的效力体系随即扩张为有效、无效、可撤销可变更、效力待定四类。但是从最高人民法院最近两年的司法裁判以及颁布的司法解释来看，似另行确定了未生效合同这一新的合同效力类型。最高人民法院在《审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第一条即明确规定，法律、行政法规规定应当批准而未经批准的合同，人民法院应当认定为未生效合同，当事人请求确认合同无效的，人民法院不予支持。笔者认为，最高人民法院的该条解释以及相关的司法裁判对重塑合同法的效力体系具有里程碑的意义。既然未生效合同作为一种新的合同效力类型，那么几个理论上的问题必须予以厘清：

1、未生效合同与无效合同的区别。

笔者认为，二者的根本区别在于：合同无效是因合同具有法律规定的无效事由而确定的自始不具有拘束力，不具有可履行性和可补救性，即使已经履行的也要恢复到原来的状态，无效合同的根本原因在于违法性。合同无效的法律后果是合同自始无效、绝对无效、确定无效、当然无效。而未生效合同是可以通过补救而成为有效合同的。因此，可以认为，合同无效属于先天的病态且不可治愈，合同未生效属于后天因素造成的且可以治愈。

2、未生效合同与效力待定合同的区别。

从广义上讲，未生效合同也可以归入效力待定合同的序列，但是效力待定合同在我国《合同法》上已经有了类型化的区分，它们是：限制民事行为能力人订立的合同、无权代理人订立的合同、无权处分人订立的合同。如果将未生效合同与《合同法》上类型化的效力待定的合同相比较，

二者之间还是存在明显差别的。

法律行为的生效要件包括一般生效要件和特别生效要件。一般生效要件包括当事人适格、意思表示真实、标的可能合法、不违反法律或社会公共利益。法律规定或当事人约定的特别生效要件包括：经批准、附条件或附期限等等。效力待定的合同欠缺的是一般生效要件，而未生效合同欠缺的则是特别生效要件。二者的区别是法律对效力待定合同和未生效合同的保护力度不同。

《合同法》第四十五条第二款明确规定：当事人为自己的利益不正当的阻止条件成就的，视为条件不成就；不正当的促成条件成就的，视为条件不成就。但《合同法》对效力待定合同并无特别保护之规定。在学理上，二者的区分还体现在合同的拘束力上，合同成立未生效时虽然不发生履行的效力，但促成合同生效的义务却是存在的。正因为如此，《审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第一条第二款规定：前款所述合同因未经批准而被认定未生效的，不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款的效力。关于合同的拘束力和合同的效力，学理上探讨得比较深入，本文限于篇幅，不予详述。

3、报批义务的性质

通说认为，合同生效后，合同的履行效力才实际发生，当事人才实际享有合同的权利并应履行合同义务。按照通说的观点，在未经批准而致使股权转让合同未生效的情况下，当事人自不应履行报批义务。这就产生了一种悖论：合同生效后当事人才应履行报批义务，而当事人不先履行报批义务，则合同始终无法生效。那么，问题的症结出在哪里？报批义务的性质。报批义务究属合同约定的义务还是法律规定的义务？

有人认为，合同在生效前自不产生履行效力，报批义务并未产生，但是如果当事人不事先履行报批义务，那么合同便无法生效，因此，报批义

务属于依诚实信用原则产生的法定义务，法律依据为《合同法》第六十条第二款。

另有人认为，就合同的条款内容而言，有两类条款应独立于合同的效力之外，一是促成合同生效的条款，另一种是合同在无效、撤销或被解除时，有关争议解决的条款。通俗的将，一个针对合同的“生前”，一个针对合同的“死后”。至于报批条款，应当认为此种条款具有独立性，不受未生效合同的影响。

站在法解释学的立场，笔者倾向于第二种见解，这种解释更具有逻辑性且符合《合同法》的体系。但站在立法论的角度，报批义务独立于合同效力之外毕竟缺乏法律支撑，毕竟我国《合同法》只承认争议解决的条款和清理结算条款独立于合同效力之外，因此，站在立法论的角度，在合同不生效的情况下，合同尚不具有履行的效力，报批义务可以理解为法律规定的促使合同生效的法定义务。



4、违反报批义务应承担的责任。

违反报批义务究竟应当承担何种民事责任？大致有两种观点，缔约过失责任说和违约责任说。

缔约过失责任说认为，履行合同义务以合同生效为前提，合同未生效，当事人有权不履行合同，故而不存在违约责任，当事人的责任应当是缔约过失责任。未生效合同在生效前没有合同效力，在效果上等同于合同未成立，因此可按缔约过失责任对待。

笔者不认同这种观点。缔约过失责任，是指在合同缔结过程中，当事人一方或双方因自己的过失而致合同不成立、无效或被撤销，应对信赖其合同为有效成立的相对人赔偿基于此项信赖而发生的损害。

首先，合同未生效，并不属于缔约过失责任的归责范畴。合同未生效绝不能与合同未成立同等对待，未生效合同并非不产生任何合同效力，只是不产生履行的效力，但仍然存在合同拘束力，对此，我国《合同法》第八条进行了明确规定。而未成立合同则当然不产生合同拘束力和合同履行力。

其次，就解释论而言，因一方当事人违反报批义务，可视为恶意阻挠合同生效条件的成就，可以类推适用《合同法》第四十五条第二款的规定，要求未履行报批义务的一方承担违约责任。

最后，如果适用缔约过失责任，则将造成严重不公的结果。缔约过失责任的后果只是赔偿信赖利益的损失，这样的话，负有报批义务的一方便可以见风使舵，视具体情况来决定是否履行报批义务，这样不利于保护另一方当事人的利益，且明显有悖于法律的公平、公正的精神。

（三）小结

未生效合同成为一种独立的合同效力类型，已由最高人民法院的相关司法解释和司法裁判予以确立，但未生效合同究竟具有什么样的法律后果，可能仅凭个案尚无法确定，需要立法、司法、和学理上作进一步的考量，希望本文的分析能有所助益。



轻松一刻

1、看守安慰死刑犯：别怕，电流很强很快，没有痛苦的。这时从刑场传来惨叫声。

死刑犯战战兢兢：什么声音？

看守：停电了，他们换成蜡烛了

2、两个久未见面的老朋友在街上碰到了，其中一个拄着拐杖。

“你怎么了？”另一个关切地问。

“我六个月前遇到了车祸。”

“这么严重，现在还用拐杖！”

“医生认为可以丢掉了，但我的律师认为还不行。”

3、“他被判了坐电椅，幸亏请到一位能干的律师……”

“替他脱罪了吗？”

“不，律师替他争取到降低一些电压。”

4、“你为什么要偷东西？”法官审问着。

“我没有办法，因为贫穷找上门来了，”被告可怜兮兮地答。

“这难道是理由吗？你完全可以不开门嘛！”法官教训着。

5、警察抓到一个正在作案的罪犯。

罪犯：“我没有罪，因为我只不过是被人利用的工具而已，而工具是没有罪的！比如说一个人用刀杀死人，罪过在人而不在刀！”

警察：“你是说你是被人利用的工具是吗？”

罪犯：“是的！”

警察：“那好，请你跟我走一趟！”

罪犯：“为什么？我没有罪！”

警察：“你别激动，按照我们的法律，作案工具是要被没收的！”

黄丽端律师简介

黄丽端，中共党员，2011年7月毕业于集美大学政法学院，获法学学士学位。毕业后放弃法院选调生于2012年3月加入天衡，现为薛明波团队律师。在校期间担任主要学生干部，多次获评国家级、省级奖项，并独立或协助完成四个省市课题。工作一年期间，承办或协办66起诉讼案件，起草或审查400余份合同，为包括福建省永榕电力（集团）有限公司、福建明龙制药有限公司、厦门鑫舜集团有限公司、厦门源生置业有限公司、厦门音乐厨房餐饮有限公司等多家公司的常年法律顾问，并为“厦门国际中心”（海西第一高楼）地产项目提供全程专项法律服务。黄丽端具备扎实的法学理论功底和严谨的逻辑思维，工作认真负责，有较强的业务实践能力，深得客户的信赖与好评。

联系电话：0592-6304502、13559212352



黄丽端

天衡联合律师事务所
律师

未取得《商品房预售许可证》的情况下 所签订的认购书的效力探讨

作者：黄丽端（天衡联合律师事务所 律师）

当前，许多城市房地产开发商在未取得《商品房预售许可证》的情况下，就开始与购房者签订认购书预售房产。依据《城市商品房预售管理办法》第六条第二款规定，“未取得《商品房预售许可证》的，不得进行商品房预售”，然而实践中，对于签订预售买卖合同前没有取得《商品房预售许可证》的认购书，其法律效力是有效还是无效，仍存在一定争议，各地法院的判决也不尽一致。对此，我们可以先来参考如下所举之案例。

一、案情概况

徐高与中鸿天房地产公司签订一份《SOHO现代城认购书》。在该认购书中，双方就房屋户型、座落、价款及认购条件作了约定，徐高并已实际支付了认购房屋的定金。但签订认购书时开发商并未告知徐高其尚未取得预售许可证的事实。

其后，徐高前往现代城销售中心欲与开发商

签约，同时要求开发商出示预售许可证，当其得知开发商没有预售许可证后提出待开发商取得预售许可证后再签订预售合同并付首期款，此要求被拒绝。这种情况下，徐高将中鸿天房地产公司诉至朝阳法院，要求双倍返还定金。

朝阳法院以商品房预售必须具有预售许可证，而中鸿天房地产公司未取得商品房预售许可证，违反了法律强制性规定，认定认购书无效。认购书被确认无效后，定金即失去担保的效力，判决中鸿天房地产有限公司退还徐高所交纳的定金，驳回徐高双倍返还定金的诉讼请求。

徐高对一审判决不服，向北京市第二中级人民法院提起上诉，二中院经审理认为：双方当事人签订的认购书约定了定金条款，符合以交付定金作为订立主合同担保的法律特征，应视为有效。该认购书中约定的立约定金的生效是独立的，在主合同之前就已成立。徐高已按认购书的约定交

纳了定金，故该认购书的效力自其交付定金后即已存在，且对双方均有约束力。在执行认购书的过程中，徐高并无违约行为，导致双方未能签订主合同系因中鸿天房地产公司未取得商品房预售许可证，无权预售商品房。该责任应全部由中鸿天房地产公司承担。据此，中院支持徐高的诉讼请求，判决中鸿天房地产公司双倍返还定金。同时对于被告辩称的没有预售许可证，认购书无效，中院认为，因该认购书系为订立主合同进行担保，在主合同签订前就已独立存在并生效。该定金条款只在认购书中约定的条件、范围内对是否签订主合同发生担保效力，对该认购书以外的情况并无约束力，故中鸿天房地产公司的辩称理由不能成立，其只同意退还定金的主张，本院不能支持。

二、对本案例的解读

本案例涉及的争议焦点在于，在未取得《商品房预售许可证》的情况下所签订的认购书是否有效？对此，我们可以先就两方面的观点均展开分析：

观点一、房地产开发公司未取得《商品房预售许可证》而进行商品房预售，该行为违反法律、行政法规的强制性规定，则所签订的认购书当然无效。

首先，从行为性质上看，房地产开发公司与购房者签订认购书的行为属于商品房预售行为。依据《城市商品房预售管理办法》第九条“开发企业进行商品房预售，应当向承购人出示《商品房预售许可证》。售楼广告和说明书应当载明《商品房预售许可证》的批准文号”的规定，开发企业的要约邀请或要约行为均属于预售活动的范畴，而要约邀请或要约行为中当然包括与购房者签订认购书的行为。所以，前述行为均应以事先取得《商品房预售许可证》为条件。

其次，从法律规范上看，双方的行为因违反法律、行政法规的强制性规定而无效。依据《城市房地产管理法》第四十五条“商品房预售，应

当符合下列条件：四）向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明”以及《城市房地产开发经营管理条例》第二十三条“房地产开发企业预售商品房，应当符合下列条件：（四）已办理预售登记，取得商品房预售许可证明”的规定，可以证明未取得《商品房预售许可证》的房地产开发公司不具备从事商品房预售活动、签订认购书的资质，并且已违反法律、行政法规的强制性规定。此外，进一步参照《城市商品房预售管理办法》第六条第二款“未取得《商品房预售许可证》的，不得进行商品房预售”的规定可知，认购书应被认定为无效。笔者认为，此前多数法院的判决（包括本案例中朝阳法院的一审判决）亦是基于上述理由从而认定认购书无效的。

观点二、认购书属于预约合同，严格区别于商品房预售合同，其效力在商品房预售合同签订前是独立存在并生效的。

首先，从合同性质上看，认购书属于预约合同，具备独立的法律效力。预约合同是约定将来订立一定契约的合同，而合同当事人在预约合同中约定将来要订立的契约为本约。故订立预约合同仅是双方当事人承诺在约定的期限内订立本约的预备行为，与本约目的不同——具体到本案例，本约在于订立正式的商品房买卖合同，参照《城市商品房预售管理办法》第二条“本办法所称商品房预售是指房地产开发企业（以下简称开发企业）将正在建设中的房屋预先出售给承购人，由承购人支付定金或房价款的行为”的规定，预售行为严格限定为本约，即买卖行为。所以，认购书作为预约合同，是严格区别于本约商品房预售合同的，不应当以缔结本约的法律要件来制约预约行为，更不得据此认定认购书无效。

其次，从法律规范上看，双方所订立的认购书不属于强制性法律法规所禁止的范畴。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（下称“《解释》”）第

二条规定“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效”——依据该条规定，未取得商品房预售许可证而签订的预售合同无效，但认购书不在该条款调整的范畴，说明取得商品房预售许可证不是签订认购书的前置条件。而且，依据《解释》第四条“出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人”的规定可知，司法解释对于认购行为与商品房买卖行为是严格区分的，认购书作为特殊的担保合同，其成立和法律效力均不因预售合同的存在和效力而受影响，不应将二者的法律性质与后果混淆。对此，笔者认为，北京市第二中级人民法院的判决亦有相应的依据。

三、小结

综上不同角度的观点，笔者认为，对认购书效力的认定应当建立在正确判断所谓“认购书”的性质之上。

依据《解释》第五条“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同”的规定，并结合《商品房销售管理办法》第十六条的相应条件可知，倘若认购合同全部具备或大部分具备“（一）当事人名称或者姓名和住所；（二）商品房基本状况；（三）商品房的销售方式；（四）商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间；（五）交付使用条件及日期；（六）装饰、设备标准承诺；（七）供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任；（八）公共配套建筑的产权

归属；（九）面积差异的处理方式；（十）办理产权登记有关事宜；（十一）解决争议的方法；（十二）违约责任；（十三）双方约定的其他事项”等内容的，即可认定该认购书实际性质上与正式的商品房买卖合同无异，属于“名为认购，实为买卖”的情形。结合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（二）第十四条的规定，则认购书应当认定无效。

但是，倘若认购书仅具备小部分或基本不符合前述内容的，则应当将其作为预约合同进行认定。因预约合同不涉及买卖房屋实体权利义务的处分，所以，《城市房地产管理法》第四十五条以及《城市房地产开发经营管理条例》第二十三条不能适用于该类型的认购书。对于该类型的认购书，应当认定其有效。

此外，结合2012年7月1日起施行的最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持”之规定，已经明确承认认购书作为预约合同具备独立契约的法律效力。预约为独立的合同，其既有预设的本约合同中的民事权利义务关系，同时也有预约合同本身的标的即双方负有订立本约合同的权利义务。其于《合同法》虽系无名合同，但完全符合《合同法》的规范并受其调整，故预约合同和本约合同均为各具效力之独立契约。笔者同时援引福建省高院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件疑难问题的解答》第2点的回答，可以看出，司法实践同样倾向于将出卖方取得《商品房预售许可证》之前签订认购书（含收取定金）的行为与正式的商品房买卖行为进行区分，并不适用《解释》第九条简单地认定认购书无效。

本期主题： 企业集团法律顾问服务方案

为您量身定做 的法律服务



本所凭借在企业日常经营、公司股权（股份）并购重组、公司上市战略规划、对外投资、劳动与人力资源管理、国内外贸易等法律服务方面的丰富经验，有信心通过我们的专业服务，协助您理顺企业集团股权架构、推动企业上市及日常风险管理工作。

法律顾问服务简介

法律顾问客户将与我们建立长期的友好的业务合作关系，我们将及时提供各类法律服务，可以免去事先个别协商收费等复杂交涉与确认过程，提高工作效率。

虽然，我们仅指派1-3名律师作为客户的日常法律顾问，但我们的后台服务团队将长期全方位的为我们建立常年法律顾问关系的每一个客户提供专业法律咨询服务，不存在业务质量、语言、联络等方面的障碍；对于复杂的法律事务，我们可以由负责服务团队的资深合伙律师综合调动本所的力量提供法律服务，全方位满足客户的需求。

除了普通的法律咨询事务以外，对于诉讼、仲裁、非诉讼等复杂的法律事务，与我们建立常年法律顾问关系的客户可以按照非常优惠的费率支付相关法律服务费用；

在业务繁忙时，我们将集中精力优先处理与我们建立法律顾问关系的客户的法律事务；

一般情况下，与我们建立法律顾问关系的客户可以对内部和外部陈述我们是其法律顾问，要求其他主体就相关法律事务直接与我们进行联络，我们将以客户的法律顾问律师的身份尽力维护客户的各类合法权益。

服务内容

1、日常法律顾问服务

- 包括：口头咨询服务、审查法律文书、合同管理、规章制度建设、出具律师函、出具法律意见、通报法律动态等日常法律服务。

2、协助公司重组上市

- 提供集团重组方案的法律问题意见书，会同管理层和其他中介机构商定集团重组方案；
- 对公司可能存在的历史遗留问题进行清理，就可能对上市构成障碍的法律问题提出处理方案并协助公司消除上述问题；
- 起草、修订有关集团重组的合同，如资产收购协议、股权转让协议、合并协议等；
- 就集团重组过程中涉及的境外公司设立、分公司设立、公司清算、资产转让、股权转让、员工安置等事项提供法律咨询并协助公司妥善处理上述事项；
- 审查集团重组各阶段工作，包括公司组织结构设立、工商变更登记、资产权属确认及资产评估程序的合法合规性；
- 协助公司聘请境外券商、境内外律师事务所等中介机构，审查、修订公司与上述中介机构签订的上市服务合同；
- 配合券商、律师事务所等中介机构，协助公司准备上市的各项法律文件；

3、公司法人治理方面

- 完善公司股东大会的运行规则；
- 完善董事会的组成和行为规范；
- 完善监事会的监督职能和行使职权的保障措施；
- 提出股权安排意见（若有需要）；
- 提出公司控制权方面的意见（若有需要）；
- 修改和完善公司章程；
- 建立和完善独立董事的职权及监督机制（如有）；
- 协助起草股东会、董事会的通知、会议文件。

4、生产、经营管理方面

- 根据客户的要求，协助或代表客户参与各类民事或商务谈判，并起草、拟定各类合同文本；
- 审查、制定公司的各项规章制度，特别是合同管理制度，包括帮助建立健全合同管理制度；
- 协助设置合同管理机构及其管理职责，建立合同基础

资料管理，合同模版、合同签订，合同履行管理制度；

- 协助客户建立公司职员在合同范本使用、授权委托、公章（合同专用章、财务专用章）的使用等方面的制度，规范公司在合同纠纷预警、合同纠纷处理、合同管理统计和合同监督检查等方面的管理工作；

- 协助客户对就合同涉及法律方面的风险因素进行分析识别和评估，制定风险管理策略及风险应对计划，必要时出具专项法律意见；
- 根据客户要求，为客户生产、经营、管理方面重大决策的合法性、可行性、风险预测及对策提供法律住所和法律意见；
- 代表客户对外发表律师声明；
- 协助客户处理经营过程中所遇到的纠纷，提供专业法律意见和建议。

5、劳动与人力资源管理方面

- 参与或代为起草、审查和修订公司劳动人事管理规章制度；
- 参与或代为起草、修订公司关于聘用人员的劳动合同；
- 根据客户实际提供涉及养老、医疗、工伤、失业等保险方面的法律意见或有关制度的建立；
- 制定有关客户商业秘密的保密制度，拟订员工保密合同及竞业禁止合同。

6、公司财务方面

- 为客户提供财务法律、法规及政策的咨询；
- 为固定资产的处置提供法律意见；
- 参与融资业务的活动并起草有关法律文件，进行合伙、合资、信托、非公司型合资等项目投资结构法律策划；
- 为客户向商业银行贷款、银团贷款、发行债券、杠杆租赁等融资方式提供法律服务，包括组织协调债权人之间的利益关系；
- 参与涉及抵押、质押等担保法律事务，审查、制作相关法律文件；
- 为客户提供税务体检并提供涉及税收的法律意见。

7、诉讼仲裁方面

- 为客户利益，代理各类诉讼、仲裁、行政复议案件；
- 为客户利益，代理客户涉及经济、民事、知识产权、劳动、行政、刑事等必须进入诉讼或仲裁法律程序的专案事务代理。

若有进一步了解需求，欢迎向联系人提出咨询并索要相关材料。

联系人：李金招律师 0592-6304575/13616052142



福建天衡联合律师事务所

TENET & PARTNERS

房地产及建筑业务部

本部拥有一批擅长房地产、建筑工程、项目投资等法律业务的专业律师，率先在厦门等地成功推出商品房项目开发、土地一级开发项目、房地产项目转让、购房置业投资法律顾问等诉讼与非诉讼法律服务。

金融证券部

金融领域：本部配备了具有专业外语水平的执业律师，能熟练运用英语为中外客户提供中、英文法律服务。在厦门率先开展汽车消费贷款、二手房按揭贷款、银行不良资产的清理等新型金融法律服务项目。

证券领域：本所系目前厦门市律师事务所中证券执业律师和从事证券法律业务较多的律师事务所，具有证券从业律师事务所资格。本部律师业已经办多家股份公司的首发新股、配股、增发新股、股改等A股项目。

公司商事业务部

本部以常年法律顾问及专项法律顾问作为主要的运作模式，以多

名精通公司法和公司经营管理，并拥有良好的职业素养和丰富的执业经验的资深律师为核心组成公司事务部，深得国内外客户所认可。

知识产权部

拥有多位知识产权法律专家，在专利、商标、商业秘密以及著作权等知识产权事务中，曾为国内外当事人提供各种法律服务。2005年天衡律所应邀参与了知识产权网络维权活动，并担任福建省知识产权维权网的牵头单位。

海商海事部

本部有多名专业律师拥有国际贸易、航运、物流、保险行业工作经验，注重业务实践与办案经验的结合。长期为海运、船舶管理、外贸、物流及保险行业的客户提供深入全面的诉讼及非诉讼法律服务。

家庭法律服务中心

本部律师接受国内外当事人的委托，起草各类婚前、婚内、离婚协议以及遗嘱等相关文件，办理离婚、继承、分家析产等各类婚姻继承案件。

劳动&HR法律事务部

本部律师精通劳动相关法律，一直参与厦门劳工立法、教育和推广工作；担任数十家大中型企业的劳工法律顾问，熟悉企业的人事管理以及相关规章制度；担任劳动争议仲裁委员会兼职仲裁员。

争议解决部

本部配备了熟悉综合法律业务的律师，能够为当事人提供全面的法律服务。诸多诉讼、非诉讼案件均由本部门承担办理。

海外事务部

本部可为客户在海外置业、多国移民、海外投资等方面的法律疑问进行专业解答和规整，拥有专业服务平台和多家配套执行机构。

刑事业务部

本部是以犯罪预防培训与刑事辩护为主，刑事代理为辅，专业提供刑事法律服务的部门。重点从事犯罪预防培训及咨询，刑事辩护业务——为涉嫌犯罪案件当事人提供专业的全程服务。

厦门（总部）

地址：厦门市思明区厦禾路666号海翼大厦A栋16-17层(361004)
电话：0592-5883666 5899701 传真：0592-5881668 5899702
邮箱：public@tenetlaw.com

上海（分所）

地址：上海市浦东新区崂山路526号江苏大厦23楼B1室(200122)
电话：021-58305510 传真：021-58305519
邮箱：public@tenetlaw.com

龙岩（分所）

地址：龙岩市九一南路48号龙兴大厦5楼(364000)
电话：0597-2288336 传真：0597-2230266
邮箱：public@tenetlaw.com

泉州（分所）

地址：泉州市丰泽街建行大厦9楼(362000)
电话：0595-22182603 传真：0595-22189083
邮箱：public@tenetlaw.com