

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

2014年
5月号
金融证券专刊

01 天衡动态

03 法规快讯

06 律师专栏

06 《外商投资项目核准和备案管理办法》解读

08 预告登记制度对按揭贷款的影响——开发商、购房人、银行三角关系的重构

15 谨防融资骗局

18 金融业务法律服务方案

顾问：白劭翔
主编：庄小帅
林巧财
责任编辑：龚晓敏

邮箱：public@tenetlaw.com



扫一扫
了解最新法律资讯

天衡动态

一、天衡所被《亚洲法律杂志》评为2013年度“中国十佳成长律所”

中国发展最快的律师事务所				
事务所名称	人员增长 (%)	新开办事处数量	收入增长 (%)	新业务领域
恒都律师事务所	61.5	5	47	0
广东广悦鸿鼎律师事务所	23.1	0	101	3
融孚律师事务所	4.9	0	52.8	0
盈科律师事务所	13.3	8	40	0
上海原本律师事务所	18.2	0	40	2
福建天衡联合律师事务所	6.5	1	19.6	1
国枫凯文律师事务所	49	0	20	0
邦信阳中建中汇律师事务所	36.4	合并	不适用	3
大成律师事务所	28.9	3	不适用	0
中银律师事务所	16.7	5	不适用	0

国际法律界著名杂志《亚洲法律杂志》(ALB)于2014年四月刊公布了2013年度“中国十佳成长律所”名单，天衡所凭借新开一家分所、6.5%的人员增长率、19.6%的收入增长率的迅猛发展成果成功上榜。

在规模扩张方面，本所在福州市开设了省内第三家、全国第四家分所。新所位于省会城市的地标性建筑，重点引入了专注于证券业务的优秀律师团队，进一步增强了本所律师的专业力量；

在收入增长方面，本所收入占厦门全市法律行业总产值的五分之一，巩固了在本土的领先地位。厦门排名前五名的公司中有四家、排名前100名的公司中有30家是本所的客户；

在业务开发方面，本所在原有全面务实的法律业务基础上新增了智能手机游戏产业法律服务。

《亚洲法律杂志》(Asia Legal Business 简称ALB中国版)是亚太地区面向法律从业人员的专业媒体，此次评选是收集和分析了中国主要城市的律师事务所提交的有关其在2013年3月至2014年3月期间收入增长、人员聘用与离职、新开分所、新增业务领域以及与事务所发展有关的其他信息资料，进行了量化分析，将规模扩张与收入增长之间的有机平衡作为最高评价指标。由于适中体现出那些发展最快的中国律所令人羡慕的增长速度和势头，《亚洲法律杂志》(ALB)十佳成长律所评选一直以来是大家最受欢迎的传统榜单之一。2013年，全国连锁性律所继续保持其优势，区域性领先者也加快脚步，迎头赶上。

感谢《亚洲法律杂志》对本所过去一年发展成果的肯定，天衡全体人员将一如既往地秉承“顺以天道，衡平万物”的治所理念，铸就优质法律服务品质，为中国法制进步、实现社会公平、正义和公共福祉而不懈努力。

二、天衡律师顺利承办厦门建发股份有限公司配股项目

天衡联合律师事务所金融证券部律师承办的厦门建发股份有限公司（股票简称“建发股份”，股票代码“600153”）配股项目，于2014年4月29日完成配股发行。建发股份经中国证监会证监许可[2014]388号文核准，以股权登记日2014年4月18日收市后公司总股本 2,237,750,741 股为基数，按每10股配售2.768股的比例向全体股东配售，共计可配售股份619,409,405股，配股价格为5.13元/股，截至认购缴款结束日（2014年4月25日）有效认购数量为597,449,789股，占本次可配股份总数619,409,405 股的96.45%，募集资金30.6亿元。

三、厦门城市职业学院到天衡所参观交流

2014年5月9日下午，厦门城市职业学院党委书记蒋先立、人文社科与艺术系副主任吴开龙、法律教研室主任张颖颖及法律教研室教师于巧玲、林冬云到天衡所参观交流。本所执行主任白劭翔、市场部人员、法律秘书等人热情接待蒋书记一行。

在本所鼓浪厅的会谈中，双方就律师助理的课程设置及素质技能展开深入探讨。蒋先立书记介绍了城市职业学院文秘专业（法律助理方向）专业的培养目标、就业方向、主干课程及师资配备情况。白劭翔主任分析本所法律秘书岗位的设置目的和招聘情况，提出法律秘书必须具备的核心技能包括：一、办公自动化的应用能力；二、档案管理能力；三、法律检索能力。本所法律秘书及市场部人员也就自身工作内容和心得谈律师助理的课程设置及专业技能。

社会责任目标是天衡所十年发展规划里的首要发展目标，为法律界培养优秀的法律人才也是本所义不容辞的责任。双方达成一致，日后将继续深入交流，加强合作，致力于法律人才的培养。

四、加拿大法铭德律师事务所律师到天衡所参观交流

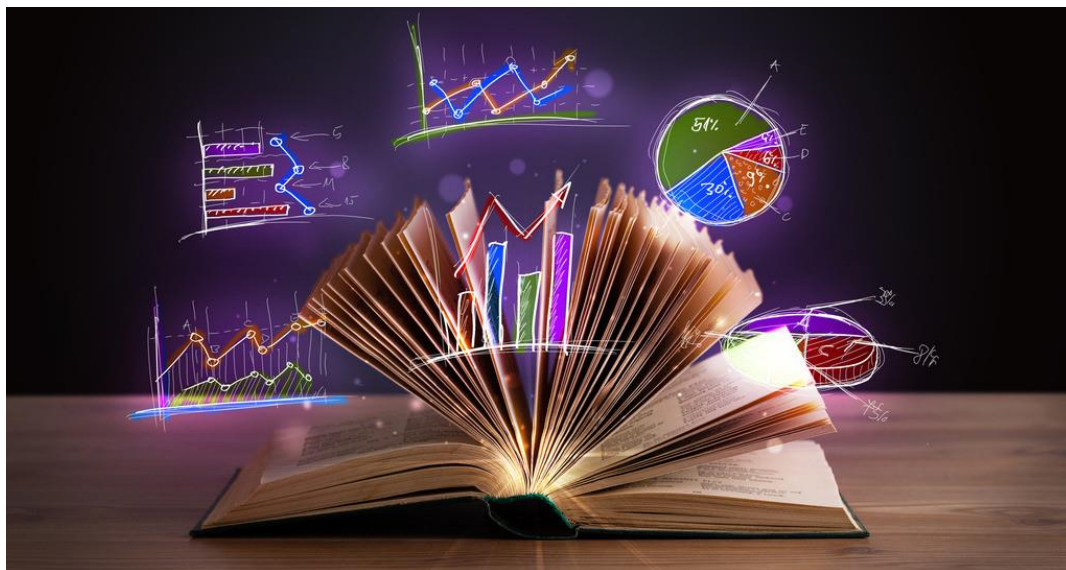
2014年5月16日，加拿大法铭德律师事务所高级顾问博迈、顾问黄磊到本所参观交流。本所执行主任白劭翔、合伙人陈川律师、合伙人庄华阳律师热情接待远道而来的加拿大律师。

会谈中，博迈高级顾问详细介绍法铭德律所情况、代表性业绩、奖项与排名以及亚太业务。白劭翔执行主任阐述本所简要概况以及十年发展规划的战略目标。双方并就多项具体业务的合作可能性及合作方式展开深入探讨。双方在此次会谈中建立了友好关系，在日后的律所发展和业务拓展中将加强交流，紧密合作，为客户提供更全面的法律保障。

五、本所执行主任白劭翔律师当选为闽灿坤B（200512）独立董事

本所合伙人、执行主任白劭翔律师于2014年5月20日下午召开的厦门灿坤实业股份有限公司2013年年度股东大会上被选举为公司新一届董事会独立董事，并在之后召开的董事会上被推举为公司提名、薪酬与考核委员会召集人。白劭翔律师已有十余年独立董事工作经验，目前还同时担任另一家上市公司厦门盛屯矿业集团股份有限公司的独立董事，此前，他还担任过厦门金龙汽车集团股份有限公司和上海兴业房产股份有限公司的独立董事。

法规新讯



综合

1、国务院发布《国务院关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》

2014年5月9日，国务院发布《国务院关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》【国发〔2014〕17号，下称《意见》】。

《意见》提出，加快建设多渠道、广覆盖、严监管、高效率的股权市场，规范发展债券市场，拓展期货市场，着力优化市场体系结构、运行机制、基础设施和外部环境，实现发行交易方式多样、投融资工具丰富、风险管理功能完备、场内场外和公募私募协调发展。到2020年，基本形成结构合理、功能完善、规范透明、稳健高效、开放包容的多层次资本市场体系。

2、国务院发布《事业单位人事管理条例》

2014年5月15日，国务院发布《事业单位人事管理条例》【国务院令第652号，下称《条例》】。《条例》是我国第一部系统规范事业单位人事管理的行政法规，自2014年7月1日起施行。

《条例》适应事业单位改革发展的新形势新要求，将岗位设置、公开招聘、竞聘上岗、聘用合同、考核培训、奖励处分、工资福利、社会保险、人事争议处理，以及法律责任作为基本内容，确立了事业单位人事管理的基本制度。《条例》的颁布和实施，对于建立权责清晰、分类科学、机制灵活、监管有力、符

合事业单位特点和人才成长规律的人事管理制度，建设高素质的事业单位工作人员队伍，促进公共服务发展，具有十分重要的意义。

3、国务院办公厅发布《国务院办公厅关于支持外贸稳定增长的若干意见》

2014年5月15日，国务院办公厅发布《事业单位人事管理条例》【国办发（2014）19号，下称《意见》】。

《意见》强调，外贸发展不仅对稳增长、保就业至关重要，也有利于促进中国经济与世界经济深度融合。目前我国外贸形势复杂严峻，实现全年预期目标需要付出艰苦努力，必须兼顾当前和长远，采取果断有力措施，支持外贸稳定增长。

《意见》提出了四个方面的政策措施。一是着力优化外贸结构。支持进口先进技术设备、关键零部件，合理增加与群众生活密切相关、必要的一般消费品进口二是进一步改善贸易环境。提高贸易便利化水平，进一步减少出口商检商品种类，优化监管方式方法，全面推进“一次申报、一次查验、一次放行”。三是强化政策保障。进一步完善人民币汇率市场化形成机制，推进跨境贸易人民币结算。改善融资服务，拓宽进出口企业融资渠道。四是增强外贸企业竞争力。支持包括民营、中小等各类外贸企业发展，引导外贸企业结构调整、兼并重组、提质增效。

《意见》强调，各地区各部门要进一步提高认识，全面准确把握外贸形势，激发市场主体活力，提振外贸企业信心。要高度重视外贸工作，顾全大局、积极作为。坚持深化改革、扩大开放，进一步转变职能，简政放权，强化服务意识，提高对外贸企业特别是小微企业的服务水平。地方各级人民政府要出台有针对性的配套措施，形成政策合力。各相关部门要抓紧制定工作方案，明确时限要求，加强督促检查，确保政策措施尽快落实到位。

房地产相关

国土资源部发布《节约集约利用土地规定》

2014年5月22日，国土资源部发布《节约集约利用土地规定》【第61号令，下称《规定》】。《规定》为我国首部专门就土地节约集约利用进行规范和引导的部门规章，共九章38条，自2014年9月1日起实施。

《规定》针对当前土地管理面临的新形势，充分借鉴和吸收地方成功经验，对土地节约集约利用的制度进行了归纳和提升。《规定》强调国家通过土地利用总体规划，对建设用地实行总量控制，确定建设用地的规模、布局、结构和时序安排。



投资与税收

1、国家税务总局发布《关于企业所得税应纳税所得额若干问题的公告》

2014年5月23日，国家税务总局发布《关于个体工商户、个人独资企业和合伙企业个人所得税问题的公告》【公告2014年第29号，下称《公告》】。公告适用于2013年度及以后年度企业所得税汇算清缴。

《公告》明确了纳税人接收政府或股东划入资产、保险企业准备金支出、核电厂操纵员培养费、固定资产折旧的所得税处理。

2、国家发展和改革委员会发布《外商投资项目核准和备案管理办法》

2014年5月17日，国家发展和改革委员会发布《外商投资项目核准和备案管理办法》【第12号，下称《管理办法》】。《管理办法》自2014年6月17日起施行。

《管理办法》废止了原《外商投资项目核准暂行管理办法》。

根据《管理办法》，外商投资项目由全面核准改变为有限核准和普遍备案相结合的管理方式，在准入管理上对外商投资探索试行国民待遇，外商投资项目管理内容和程序进一步简化，突出企业主体地位。

此外，《管理办法》还就政府规范自身、服务企业，进一步体现转变职能、转变作风，加强事中事后监管和服务，强化国家安全审查，坚持依法行政，明确管理责任等方面提出了具体要求。

知识产权

国家工商行政管理总局公布《商标评审规则》（2014修订）

2014年5月28日，国家工商行政管理总局公布《商标评审规则》（2014修订）（总局令 第65号）。《商标评审规则》（2014修订）自2014年6月1日起施行。

《商标评审规则》（2014修订）共6章60条，与2005年评审规则共6章62条相比，共计删除12条，增加10条，修改43条。本次修订主要包括三个方面的内容：一是根据新法和实施条例修改的情况，制订相应的细化和补充规定；二是结合评审工作实际需要，对原评审规则在实施过程中不适应评审工作需要的规定作了删减、修改，对评审工作亟需规范的，作了增补规定，并增加了商标评审工作人员责任追究的规定；三是对原评审规则中有关用语进行了修改，并对有关条款内容及顺序进行了调整、理顺。

司法动态

最高人民法院公布《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》

2014年5月16日，最高人民法院公布《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》【法释（2014）6号，下称《规定》】。《规定》自2014年6月6日起施行。《规定》共七条，重点内容包括：一是明确了公证损害责任纠纷的被告以及性质；二是明确规定当事人、公证事项的利害关系人起诉请求变更、撤销公证书或者确认公证书无效的，人民法院不予受理，告知其向出具公证书的公证机构提出复查；三是明确了公证书作出以后，当事人、公证事项的利害关系人就公证书所公证的民事权利义务有争议的，可以向人民法院提起诉讼；四是明确了公证损害责任纠纷中对公证机构的过错认定标准；五是明确了当事人提供虚假证明材料申请公证致使公证书错误造成他人损失的，公证机构应如何承担责任的问题。

律师专栏

作者简介

黄臻臻律师2004年7月毕业于西北政法学院，获得法学学士学位；2007年7月毕业于厦门大学，获得法学硕士学位。自2006年5月进入福建天衡联合律师事务所。从事律师执业以来，积极参与多种类型的诉讼和非诉讼法律实务，特别是在公司、金融证券方面积累了丰富的办案经验
联系电话：0592-6304578、13606939325

黄臻臻

天衡联合律师事务所
合伙人、律师



黄其阳

天衡联合律师事务所
律师

作者简介

黄其阳律师2009年7月毕业于华东政法大学，获得法学学士学位。2012年执业以来，主要从事民商事方面的诉讼与非诉讼法律服务，在公司、合同、房地产等业务领域积累了丰富经验。2014年4月加入福建天衡联合律师事务所，目前正在为厦门航空有限公司、厦门建发股份有限公司等多家大型、知名公司提供法律服务。

联系电话：0592-6304531、13003938555

《外商投资项目核准和备案管理办法》解读

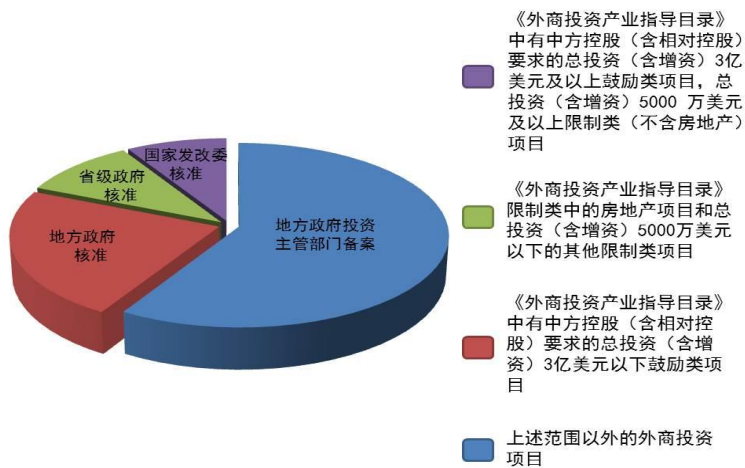
为推进中央机构改革和职能转变，进一步深化外商投资管理体制改革的，落实企业投资自主权，国家发展和改革委员会近日出台《外商投资项目核准和备案管理办法》（下称“《办法》”），

自2014年6月17日起施行，适用于中外合资、中外合作、外商独资、外商投资合伙、外商并购境内企业、外商投资企业增资及再投资项目等各类外商投资项目。2004年10月9日发布的《外商投资项

目核准暂行管理办法》（下称“《暂行办法》”）同时废止。

《办法》对外商投资项目的核准、备案、变更、监管等方面作了明确规定，与《暂行办法》相比，最大亮点是外商投资项目由全面核准制度，简化为有限核准和普遍备案相结合的管理模式，在准入管理上对外商投资探索试行国民待遇，简化外商投资项目管理内容和程序。

《办法》关于核准与备案的具体规定为：



（一）《外商投资产业指导目录》中有中方控股（含相对控股）要求的总投资（含增资）3亿美元及以上鼓励类项目，总投资（含增资）5000万美元及以上限制类（不含房地产）项目，由国家发展和改革委员会核准；

（二）《外商投资产业指导目录》限制类中的房地产项目和总投资（含增资）5000万美元以下的其他限制类项目，由省级政府核准。《外商投资产业指导目录》中有中方控股（含相对控股）要求的总投资（含增资）3亿美元以下鼓励类项目，由地方政府核准；

（三）前两项规定之外的属于《核准目录》

第一至十一项所列的外商投资项目，按照《核准目录》第一至十一项的规定核准；

（四）除上述范围以外的外商投资项目，由地方政府投资主管部门备案。

《办法》规定的外商投资项目管理模式，与《暂行办法》相比，主要变化有：（1）国家发改委核准的项目，鼓励类项目总投资标准由1亿美元以上提高至3亿美元以上；（2）取消部分项目需由国务院核准的规定；（3）房地产项目，一律由省级政府核准；（4）地方政府核准的项目，鼓励类项目总投资（含增值）标准由1亿美元以下提高至3亿美元以下；（5）核准机关由省级、地方发展改革部门改为省级政府、地方政府；（6）新增备案制度。

可以看出，《办法》规定所有需要备案的外商投资项目均由地方政府投资主管部门负责，而部分原由国家发改委核准的项目改由地方政府负责，实现大多数外商投资项目的属地化管理。

除上述核心变化以外，《办法》对外商投资项目核准、备案的条件进行了简化，调整申报材料要求，不再审查项目的市场前景、经济效益、产品技术方案等企业自主决策内容。同时，《办法》要求相关核准和备案机关切实履行职责、提高效率、信息公开、建立电子信息系统、会同各部门提升事中事后监管水平、强化国家安全审查。最后，《办法》还特别强调了审核、备案机关及申报单位的法律责任。

结语：

新出台的《办法》，针对外商投资项目，调整审核标准、增加备案制度、简化审核程序，转变政府职能、作风，为外商投资提供了便利，赋予企业投资自主权，注重市场资源配置作用，积极推进了开放型经济新体制的构建。



作者简介

吴欣轩律师于厦门大学法律系获得国际经济法专业法学学士学位，现为福建天衡联合律师事务所合伙人。吴律师自1999年本科毕业即从事律师工作，为诸多房地产开发企业、银行、工贸企业、理财公司提供法律服务，代理了大量民事诉讼案件，特别在房地产诉讼领域（土地使用权转让合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、商品房销售代理合同纠纷、商品房买卖合同纠纷、二手房买卖合同纠纷、房屋租赁合同纠纷）有丰富的执业经验。此外，吴律师还擅长为重大疑难诉讼案件、房地产项目、银团贷款项目提供专项法律服务。

联系电话：0592-6304535、18606099797

吴欣轩

天衡联合律师事务所
合伙人、律师



预告登记制度对按揭贷款的影响

——开发商、购房人、银行三角关系的重构

题要：预告登记制度的实施，使原先不明确的预购商品房抵押问题得以明晰，但法律的明晰导致银行不再当然地享有购房人所购商品房的抵押权，由于先物抗辩权的存在，开发商原本实际上承担的补充保证责任可能扩大至全额保证责任，这必将影响银行的信贷资金安全和开发商的风险承担。

一、按揭贷款在原有法律框架之下的结构

按揭贷款又称“个人住房贷款”，是指在商品房开发、销售过程中，基于购房人、开发商为银行提供的相应担保，银行为购房人购买商品房

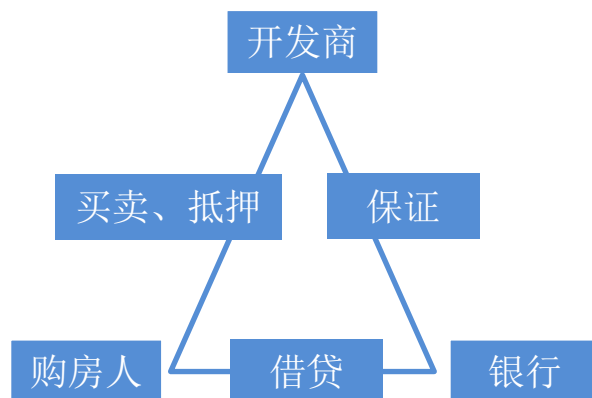
提供贷款的一种信贷方式。这种信贷方式，促进了开发商的商品房销售，为购房人提供信贷支持，银行也有较为充分的担保措施保障和稳定的收益。因此，由于内在的共赢关系，按揭贷款的推广和实施，为中国房地产业的蓬勃发展，起到了极为重要的作用。

与按揭贷款密切相关的，是商品房预售制度。1994年颁布的《城市房地产管理法》首次对商品房预售制度作出规定，在满足一定的条件之下，开发商可对商品房进行预售。当时，房地产行业刚刚兴起，法律允许开发商以预售的方式销售尚

在建而未取得产权证书的房屋，意图是为了激励和扶持当时亟待成长的房地产行业，降低该行业的准入门槛。但是，《担保法》对于可以设定抵押权的财产范围规定中并未包括正在开发尚未取得权属证书的预售商品房。因此，1997 年建设部制定的《城市房地产抵押管理办法》规定，购房人对从开发商处购买的尚未取得产权证书的预售房屋，在支付首期房价款后，可以将其抵押给银行作为偿还贷款的担保。中国人民银行随即颁布《个人住房贷款管理办法》，规定购房人将所购的自用住房作为贷款抵押物的，必须将住房价值的全额用于贷款抵押。

从渊源上，我国的按揭贷款和商品房预售制度，源于香港。在香港，对于尚在建设过程中的房屋，俗称“楼花”，购房人为购买“楼花”，向银行贷款。为此，将“楼花”的全部权利转移给银行，同时保留赎回权，如发生违约，购房人将丧失赎回权，此所谓“让与担保”。而中国法律制度下，却将其纳入抵押范畴，不承认“让与担保”，《中华人民共和国担保法》第四十条规定：“订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。”此所谓“流押禁止”。

因此，我国的按揭贷款制度的法律框架，是在抵押物权上建立的，与英美法系实施的“让与担保”存在区别。在此制度之下，开发商、购房人、银行之间构建的法律关系为：开发商与购房人之间订立《商品房买卖合同》，是买卖合同关系；购房人向银行贷款，用于向开发商支付购房款，购房人与银行之间是借款合同关系，为保障银行的债权，购房人还将预购的商品房抵押给银行，与银行之间还存在抵押合同关系；开发商作



作为收受购房贷款的主体，有义务将购房人所购买的房屋建成并完成所有权初始登记，故一般作为阶段性连带保证人，对银行的前述贷款的清偿承担保证责任。

对于一般的个人住房贷款，若涉及的商品房已竣工验收，即现房，在完成权属的不动产初始登记后，开发商即享有该商品房完整的所有权，其将商品房出售给购房人，买卖合同的标的物是商品房的所有权，以此所有权设定抵押，银行取得的是抵押权；而对于尚在建设过程中的商品房，即期房，在买卖合同订立时，交易的标的物之所有权尚未形成，抵押权亦无法设立。

《城市房地产抵押管理办法》第三十四条规定：“以依法取得的房屋所有权证书的房地产抵押的，登记机关应当在原《房屋所有权证》上作他项权利记载后，由抵押人收执。并向抵押权人颁发《房屋他项权证》。”

以预售商品房或者在建工程抵押的，登记机关应当在抵押合同上作记载。抵押的房地产在抵押期间竣工的，当事人应当在抵押人领取房地产权属证书后，重新办理房地产抵押登记。”

从《城市房地产抵押管理办法》的前述行文来看，“以预售商品房或者在建工程抵押的，登记机关应当在抵押合同上作记载。”那么究竟作什么记载？产生的又是什么样的法律效力？办法



没有说清楚。

而最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四十七条规定：“以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。”那么何为“抵押物登记”呢？包括前述“登记机关应当在抵押合同上作记载”么？各项规定语焉不详。

但基于前述规定，在司法实践中，以预售商品房抵押的，登记机关在抵押合同上加盖印章的，一般即认定完成抵押登记，银行作为债权人直接享有抵押物权。其在债务人出现违约时，主张对抵押的房屋(不论在起诉之时是否竣工，是否取得权属证书，银行是否持有他项权证)享有拍卖、变卖价款的优先受偿权，一般均得到法院的支持。

但实际上，前述规定均回避了一个关键性的问题。购房人与开发商签署了一份《商品房买卖合同》，购房人取得的是什么权利？他已取得所购商品房的物权么？还是仅有在《商品房买卖合同》项下的债权？

按一般理解，基于所签署的合同，当事人所享有的是要求相对方继续履行合同、在违约情况下承担违约责任的请求权，属典型的债权。那么，在债权之上，能设定物权么？换言之，在购房人仅享有《商品房买卖合同》项下的相应请求权的基础上，能设定抵押物权么？显然不能。



但司法实践操作多年，似乎也没有出现什么大的问题。原因有二：

一是购房人签署了合同，尽管还未取得物权，但当时商品房的物权人为开发商(以在建工程形式存在)，开发商实际上参与了《商品房买卖合同》的履行，如果开发商作为物权人才是真正有权利对商品房(或在建工程)设定抵押的权利人，那么其对购房人与银行之间的抵押合同的认可，亦可视为真正权利人对抵押进行了追认。此外，一般情况下，开发商会为银行提供保证担保，其对抵押的效力不会提出异议，否则反而易使自己承担过重的保证责任。

二是购房人与开发商所签署的《商品房买卖合同》，已以一定的形式产生了类似物权公示效力的准物权，且购房人通过支付首期款和按揭贷款，一般均向开发商付清了全部价款，取得了商品房的实质权利或处分权。所谓的类似物权公示效力的准物权，即指《商品房买卖合同》的备案登记制度。

《城市房地产管理法》第四十四条“商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。”《城市房地产开发经营管理条例》第二十七条“房地产开发企业应当自商品房预售合同签订之日起30日内，到商品房所在地的县级以上人民政府房地产开发主管部门和负责土地管理工作的部门备案。”

另一方面，除了抵押之外，银行与开发商之间一般还存在保证合同关系。银行之所以要求开发商承担连带保证责任，是因为担心正在建设的商品房烂尾或因其他原因导致其难以通过行使抵押权保障其债权；而开发商之所以愿意承担保证责任，是因为购房人所贷款项是用于支付购房款的，开发商通过此方式一方面利于销售，另一方

面加快资金回笼。当然，这一保证责任也不是没有限制的，由于购房人的按揭贷款偿还期可能长达数十年，要求开发商对购房人的债务从始至终承担连带保证责任，既不合理，也不现实。妥协的结果，开发商一般承担阶段性连带保证责任，即在按揭贷款合同签署后承担保证责任，但一旦商品房竣工验收，完成初始登记，且银行取得房屋的他项权证，则开发商的保证期限届满，不必再承担保证责任。

《担保法》第二十八条规定：“同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”

此所谓保证人的“先物抗辩权”。

因此，发生购房人违约的情形，银行应先行处分抵押物，开发商作为保证人仅对物的担保以外的债权承担保证责任。尽管银行在按揭贷款合同或者保证合同中，往往要求开发商放弃先物抗辩权，赋予银行在发生购房人违约时，有权要求开发商直接承担保证责任而不需先行处分抵押物的条款。但是，由于现实中银行与开发商的密切关系，一般情况下，银行仍会优先处置抵押物，避免开发商作为保证人直接承担保证责任后，对购房人的追偿权沦落为一般债务，发生较大的风险。

由于近十几年来，我国房地产的价格处于单边上升的态势，故通过抵押权的设立，银行已基本能确保信贷安全；但是，如果房价出现显著下跌，购房人可能被迫断供，银行行使抵押权亦可能无法完全实现债权清偿，银行的信贷资金安全将受到威胁，开发商此时若仍承担保证责任，经营风险无疑会显著增加。

二、预告登记制度的法律涵义

2007年10月1日实施的《物权法》，出现了一项新的制度，预告登记制度。所谓预告登记，其对应的另一个法律概念是本登记。

《物权法》第二十条规定：“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”“预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。”



基于以上法律规定，我们可以清楚地看出，本登记与预告登记是完全不同的两个概念。以下特以抵押权设立登记与抵押权设立预告登记为例进行分析：

从所登记的权利性质看，抵押权设立登记所现实的是抵押权，从民事权利类别上划分，其属于物权、支配权、既得权；而预告登记所登记的不是现实的不动产物权，而是将来发生不动产物权变动的请求权，它是在确定的财产权登记条件还不具备时，为了保全将来财产权变动能够顺利进行，而就相关的请求权进行的登记。因此，预告登记所现实的权利，在性质上属于债权、请求权、期待权。

从法律效力看，物权法第十四条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。”因此，抵押权设立登记将直接发生物权——即抵押权设立的法律效力；而抵押权设立预告登记不直接发生抵押权设立的法律效力，其仅仅是为了保障权利人将来实现抵押权。

从法律后果看，房屋办理抵押权设立登记后，抵押权人将直接抵押权，一旦具备行使抵押权的条件，抵押权人可以请求以拍卖、变卖抵押物所

得价款优先清偿其债权；而办理抵押权设立的预告登记后，权利人并未享有抵押权，其真正享有的只不过是限制现实登记的权利人对房屋的处分权，即其有权主张现实登记的权利人对房屋的处分行为不发生物权效力。

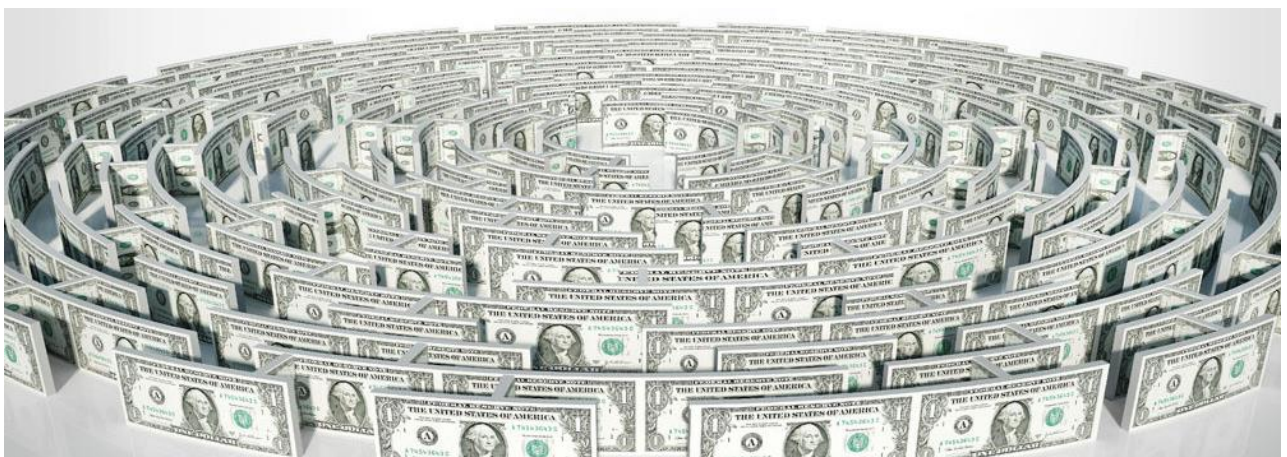
从权利人持有的凭证看，房屋办理抵押权设立登记后，抵押权人将取得房屋他项权证；房屋办理抵押权设立预告登记后，权利人仅仅取得登记证明。

从权利的行使时间来看，抵押设立登记后，权利人即直接享有抵押权，其行使抵押权的期限至主债权诉讼时效期间届满时止；而抵押设立预告登记后，抵押权人应当自能够进行不动产登记之日起三个月内申请登记，逾期预告登记失效。

基于《物权法》的规定，《房屋登记办法》设专章对预告登记进行了具体的规定。该办法第六十七条规定：“有下列情形之一的，当事人可以申请预告登记：

- （一）预购商品房；
- （二）以预购商品房设定抵押；
- （三）房屋所有权转让、抵押；
- （四）法律、法规规定的其他情形。”

可见，对于能够直接进行本登记的情形，法



法律亦允许进行预告登记，如房屋所有权转让、抵押，只不过该项预告登记只有三个月的有效期限；而设立预告登记制度的更主要目的，是针对暂不具备本登记条件的情形，如预购商品房、以预购的商品房设定抵押。

预购的商品房尚未完成房屋的初始登记，预告登记可以保障购房人在该预购商品房完成初始登记后能通过办理房屋所有权转让登记手续最终取得房屋所有权(该项权利可视为预告登记权利人的“积极权利”)，但这一“积极权利”保障措施是有行使条件的，例如该商品房最终必须完成所有权初始登记；若该商品房根本没有建成，其当然无法最终取得房屋的所有权，尽管其仍享有预告登记制度下的“消极权利”——即主张开发商擅自处分不动产的行为不生物权效力的权利。

三、预告登记对按揭贷款的影响

《物权法》和《房屋登记办法》实施后，解决了此前《担保法》、《城市房地产抵押管理办法》有关开发商与购房人所签署的抵押合同的登记究竟是什么性质的登记等不清晰的问题。

现有制度下，购房人与开发商签署《商品房买卖合同》，办理合同的登记备案手续，并办理预购商品房预告登记，购房人据此取得相应的预告登记证明；凭此预告登记证明，购房人与银行办理预购商品房抵押权预告登记，使得开发商成为该项预告登记项下的权利人。

如购房人顺利取得商品房的所有权，银行依据预购商品房抵押权预告登记，有权要求办理抵押登记，从而最终取得抵押权。但是，如果购房人因故无法取得商品房的所有权，则银行无法凭借预告登记取得抵押权。

笔者曾代理过一个案例，开发商将一商品房出售给购房人，购房人未支付价款，但双方办理

了《商品房买卖合同》的备案登记手续，亦办理了预购商品房的预告登记手续；但之后，购房人未经开发商同意，将此商品房为他人债务提供抵押担保，抵押合同办理了登记手续，银行办理了预购商品房抵押权预告登记手续。最终，由于购房人未支付价款，开发商解除《商品房买卖合同》，购房人最终实际无法获得该商品房的所有权，而银行原先设定的抵押权预告登记也因此无法转化为抵押权，银行起诉要求确认其对该商品房享有抵押权的诉求最终未获法院支持。

尽管前述案例有一定特殊性，但在《物权法》和《房屋登记办法》实施后，如果银行是依据相





关规定办理的预购商品房抵押权预告登记，在该预告登记转化为抵押登记前，其不能再如《物权法》实施前一样，在向购房人主张清偿贷款本息时，要求确认其对购房人所购商品房享有拍卖、变卖价款的优先受偿权。

四、开发商、购房人、银行三角关系的重构

基于前述法律规定的变化，开发商、购房人、银行针对按揭贷款制度的三角关系发生了重大变化。

就银行而言，如果最终无法取得抵押登记，其已办理的预购商品房抵押权预告登记的目的将落空，即其无法主张抵押权；那么，其除了向购

房人主张债权外，只能要求开发商承担连带保证责任，一旦开发商倒闭，银行的信贷风险将面临重大的风险。

就开发商而言，如果抵押登记无法早日办理，其阶段性的保证责任不能免除，在银行没有抵押权的情况下，开发商的“先物抗辩权”亦成为无本之木，开发商原本实际承担的补充保证责任，将扩大为全部债务的保证责任。

就购房人而言，在其所购商品房已具备办理权属登记的情况下，是否尽快办理所有权登记和抵押登记，将直接影响到银行与开发商风险的承担。

基于此，笔者曾多次建议银行客户，开发商的资信情况将比以往更为重要，督促开发商与购房人尽快办理所有权登记和抵押登记，对于确认其是否享有抵押权至关重要；对于开发商客户，笔者亦提示其务必重视督促购房人尽快办理所有权登记和抵押登记，以早日免除保证责任。

若干年前，由于开发商运作不规范，常有商品房项目多年未能办理出产权证的情况，导致购房人对开发商提起了大量诉讼；现在，开发商也许早将办理权属登记需由其提交的资料送登记机关备案，但购房人由于各种原因，反而没有急于办理产权证。

为此，笔者特建议开发商，改变原本放任购房人自行办理产权证的作法，在签署《商品房买卖合同》后的合理时间，至少在交房时，要求购房人将办理权属登记手续所需提交的资料和税费交付给开发商，由开发商统一、尽快办理所有权登记和抵押登记，以尽早免除保证责任。在《商品房买卖合同》中，除了明确购房人的上述义务，还明确购房人不履行该项义务的违约责任，从而督促购房人妥为履行该项义务。



作者简介

王智祥，2010年7月硕士毕业于北京大学法学院。王智祥曾就职于北京某知名律所，嗣后在厦门某银行工作数年。王智祥2013年7月加入本所，目前担任杨艳律师团队的助理。

联系电话：0592-2956457、18030285180

王智祥

天衡联合律师事务所

律师助理



谨防融资骗局

囿于银企信息不对称、中小企业资信能力不足等诸多原因，中小企业在金融机构的融资十分困难。金融机构提供给中小企业的资金十分有限，为解决资金短缺问题，中小企业只能通过其他民间融资方式筹措资金。虽然融资手段很多，但中小企业的融资需求还是远远得不到满足。资金短缺带来的经营困局，使得部分中小企业在筹措资金的过程中“病急乱投医”，容易陷入他人精心设计的融资骗局。

民间融资乱象丛生，严重阻碍了各种合法有效的新型融资方式的发展。为增强企业对各种欺诈行为的防范意识，提高企业识别各种欺诈手法的能力，防止企业陷入他人布置的融资骗局之中，

本文就目前民间融资市场上具有一定隐蔽性、类型相对新颖的融资欺诈手段作简单的介绍，以期在某种程度上降低企业陷入此类融资骗局的概率。

一、融资骗局

（一）“借鸡生蛋”，骗取利息收益

骗局：“投资方”通过某投资公司对外发布信息，称有大笔资金正在寻求投资机会，投资范围广泛。该投资公司本身是合法注册成立的，有固定的办公场所并配备一定的工作人员，投资公司甚至还会有一些成功投资的经验和案例。此外，投资公司会要求加盟的项目公司需具备一定的资金实力，有真实运作的项目。双方合作的方式为

固定回报式投资，即所谓明投暗贷。项目公司被要求准备一定的资金存放于双方或多方在银行开立的“共管”账户之中，资金的安全性可以得到充分保障。投资公司会与项目公司就项目运作和资金利用等事项达成协议，协议中会有关于“共管”资金账户的条款，条款中会包含大意为“在资金共管期间，投资公司有权不向项目公司支付利息”的内容。

简要分析：

“项庄舞剑，意在沛公。”“投资方”通过对“投资公司”及其相关项目运作进行简单的包装，并对项目公司的加入条件设定门槛，使得明投暗贷的投资模式看起来似乎十分的真实可信，“投资方”某种程度上的欲擒故纵，也使资金匮乏的企业更容易受骗。事实上，“投资方”自始至终都不准备以任何形式将资金“贷”给融资方。“投资方”主导下的投资公司运作的真正目的在于获得银行“共管”账户中的资金在共管期间产生的巨额利息。银行等金融机构为了吸收存款，其为大额存款提供的利息收益往往是相当可观的。众多项目公司根据投资公司要求存入“共管”账户的巨额资金在账户的“共管”期间会产生不少的利息收益。当共管期满，“投资方”自然很容易找个理由声称合作失败，将项目公司的合作本金按照“协议”约定分别归还各个项目公司，而自己则独享“共管”账户内资金业已产生的利息收益。

（二）在融资“合作”各环节，骗取各种费用

当融资方相信了投资公司的“实力”，“投资方”还可能利用投资公司与融资方的各个“合作”环节骗取各种费用。简单介绍如下：

1. 以考察项目为名，骗取各种费用

“投资方”向项目公司提出对项目进行考察的要求在某种程度上显得十分“合乎情理”。在考察过程中，“投资方”除了要求融资方承担有关人员考察过程产生的差旅费外，还会要求融资方承担专家考察费、律师调查费等各种费用，甚至还会暗示融资方给予私下的好处费等等。

2. 骗取《商业计划书》制作费

考察结束后，“投资方”会与融资方签订《合作协议书》并要求融资方制作符合国际惯例的中英文版《商业计划书》，这份《商业计划书》的作价不菲，一般都要人民币几万元，甚至十几万元，费用都由融资方承担。而实际上，相应的《商业计划书》的实际费用要远低于“投资方”的报价。

3. 骗取《资产评估报告》制作费

骗取《商业计划书》制作费后，“投资方”会告诉融资人，因为这是第一次合作，所以需要企业对企业的有关资产进行评估并将以后的项目本身作为抵押。这样的要求在融资人看来多少也是“合情合理”，不然投资人凭什么借钱给融资人呢？于是融资人不得不到“投资方”指定的机构制作《资产评估报告》并缴纳高昂的评估费用。

此外，“投资方”还会通过各种方式骗取担保费、《企业资信调查报告》制作费、《项目投资安全分析报告》制作费等等。

上述“投资方”的种种骗术行为，如果有一条得不到满足，“投资方”自然会以已经发生费用属正常开销为由，不予退回；即使交完了所有费用，最后“投资方”肯定还是会以融资方达不到“投资方”的要求等原因，宣布合作失败，融资方因此而支出的各种费用和成本有去无回，融资计划也只能落空。

社会上关于融资的骗局形形色色，肯定远非

上述几种，但很多都大同小异。

二、如何识破融资骗局

以融资为噱头的“投资方”往往兼具金融和法律方面知识，熟知各种项目融资操作方式，在整个行骗过程中，“投资方”往往准备充分，并深深了解融资人的融资心理。“投资方”充分抓住融资人心理，利用法律监管漏洞，规避法律，设置条款陷阱，以合法的手段达到非法的目的。种种相对“技术含量高”的手法，也使得“投资方”屡屡得逞。

融资方要谨防在融资活动中陷入“骗局”，以致浪费时间和精力，甚至是造成直接财产损失，应注意：

1、注意观察

观察“投资方”的实际办公环境和员工素质，优秀的“投资方”会有不错的办公环境和高素质的人员；注意“投资方”的考察内容和重点，“投资方”是真的在意项目价值还是只是走走过场，随便答应融资方要求，敷衍融资方提出的各种问题；相关《商业计划书》、评估等费用是否共担；项目所涉第三方机构是否共同指定；如果项目报告存疑，“投资方”是否会要求补充材料甚至亲自做尽职调查；相关合同、协议、商业往来函件等书面材料是否规范等等。

2、向会计师、律师等专业人士咨询

通过向“投资方”以外的会计师、律师等专业人士请教，专业人士对于业内一些欺诈伎俩，往往更易识破。

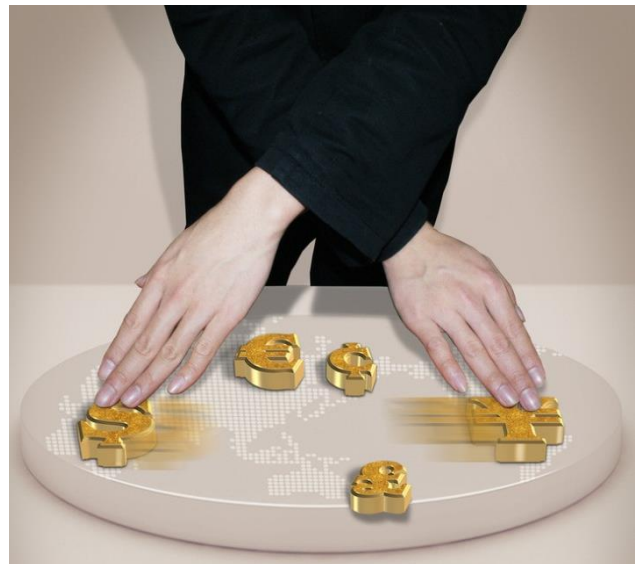
三、分析与建议

在融资活动中，各方往往要经历一个相互考察、反复权衡、讨价还价的漫长过程，最终结果可能是签订了融资协议，各方皆大欢喜；也有可能是谈判破裂，各方白忙一场。在后一种情况下，

为融资活动而支出的各种费用（包括考察费、评估费及其他为准备缔约而产生的费用）应当由哪一方承担一直是一个有争议的问题。从公平的角度看，融资活动的结果既有可能“共赢”，也有可能“同输”，对双方而言都存在风险。

这样双方都存在一个风险成本的支出问题。只要产生的原因是合理的而非恶意的，这样的风险成本就是企业从事商业活动所必须承担的。如此产生的各种费用支出是一种风险成本，应当按照公平原则由双方分担。至于分担的比例，双方可签订书面协议进行事先约定。此外，对于可能产生的利息等收益，也应事先对分配方案进行约定。

如遇本文列举的各种假借投资名义，骗取融资方的利息收益、考察费，甚至与中介机构合谋或者利用自设的中介机构骗取融资方评估费、鉴定费、法律服务费等恶意行为而产生的费用支出，以及其他因“投资方”的过错而造成的损失的情况，受骗的融资方应及时向公安机关等部门进行报案，并可通过民事诉讼等途径维护自身的合法权益。



本期主题： 金融业务法律服务方案

为您量身定做 的法律服务

本所金融业务律师团队拟提供的法律服务主要由以下工作内容组成：

- 担任银行、非银行金融机构（保险公司、信托公司、信用社）常年法律顾问；
- 为外资金融机构的设立提供法律咨询意见；
- 为信托公司发行集合信托计划提供法律服务，出具法律意见书；
- 担任银行、非银行金融机构专项法律事务（如消费信贷律师见证法律业务、重大贷款项目）顾问，提供法律咨询意见，出具律师见证书、法律意见书等；
- 担任项目融资（BOT等）、银团贷款、融资租赁专项法律顾问，提供法律咨询意见，出具律师见证书、法律意见书等；
- 外汇法律事务；
- 接受委托代理借款、担保、票据、保险纠纷诉讼、仲裁案件。

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：

王 哲 律师：0592-6304589

13906003053

吴欣轩 律师：0592-6304535

18606099797





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，一直参与厦门劳动立法、教育和推广工作；担任数十家大中型企业的劳动法律顾问，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。

厦门办公室

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 传真：0592-5881668

上海办公室

地址：上海市浦东新区浙桥路277号3幢1519-1520室(200122) 电话：021-58305510 传真：021-58305519

福州办公室

地址：福州市台江区广达路108号世茂国际中心10楼(350000) 电话：0591-83810300 传真：0591-83810301

泉州办公室

地址：泉州市丰泽街建行大厦9楼(362000) 电话：0595-22182603 传真：0595-22189083

龙岩办公室

地址：龙岩市新罗区南城溪畔路5-1号四楼(364000) 电话：0597-2297688 传真：0597-2230266