

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
6月号
房地产专刊

01 天衡动态

03 法规快讯

06 律师专栏

06 商品房预售合同登记
备案的私法效力探究

11 房地产项目转让（股
权并购）的法律风险
和防范措施

15 商品房买卖预约合同
与商品房买卖合同的
辨别

18 房地产及建筑法
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、本所孙卫星主任参加中世律所联盟成员所代表赴台考察活动

2014年5月24日，中世律所联盟(SGLA)赴台考察团一行抵达宝岛台湾，开始了为期一周的考察访问，此次访问主要针对台湾律师行业的发展现状及合作前景探讨。此次考察活动由天衡所参与策划及组织联络工作，本所主任孙卫星也作为联盟管委会代表，与联盟成员所代表组成考察队伍，访问了三家台湾知名律师事务所：理律律师事务所(Lee and Li)、国际通商法律事务所(Baker & McKenzie)和常在国际法律事务所(Tsar & Tsai)。

访问中，双方代表以座谈的形式就两岸法律服务市场的发展趋势、律所管理经验交流、两岸律师如何开展业务交流合作、互设办事处以及中世联盟台湾律所发展等事宜进行了充分的探讨和交流。

会后，成员所代表们纷纷表示这样一次跨越海峡的行业交流实属难得，收获颇多。过程中，不但分享了台湾同行的优秀成果，也增进了联盟成员之间的交流。



二、张照东律师参加全国律协专家律师巡回讲师团授课

受中华全国律师协会邀请，本所张照东律师参加全国律协专家律师巡回讲师团，并接受指派于2014年5月27日参加西部培训项目桂林站授课任务，为广西二百余名律师讲授《合同审查实务》课程。课程内容实务性强，课堂纪律严明，课后交流热烈，受到参训律师的一致好评。

三、本所叶勇等律师担任省律协诉讼与仲裁法律专业委员会职务

为了加强行业对律师从事诉讼与仲裁工作的研究和指导，省律协本届伊始即开始筹备酝酿将该项研究与指导工作从相关专业委员会分离出，组建新的专业委员会。2014年6月7日，省律协诉讼与仲裁法律专业委员会成立仪式在福州龙峰宾馆举行。该次会议标志着省律协诉讼与仲裁法律专业委员会正式成立。经过全省律师踊跃报名，省律协教育委员会研究决定，任命本所合伙人叶勇律师、合伙人杜国长律师担任福建省律师协会新成立的诉讼与仲裁法律专业委员会副主任，选聘本所合伙人孙扬锋律师、郭海天律师为诉讼与仲裁法律专业委员会委员。

各位与会律师委员认为：诉讼业务是律师的一项传统的业务，也是我们最具有优势的重要业务之一。组建诉讼与仲裁法律专业委员会，就是为了加强行业对律师从事诉讼与仲裁工作的研究和指导，着力提高律师从事诉讼与仲裁工作的水平，不断提高律师在本领域的影响力。能当选成为省律协诉讼与仲裁法律专业委员会的委员是一种荣誉，更是一份责任。全体委员都将遵守《福建省律师协会专业委员会工作规则》的规定，认真履行工作职责，推进我省律师诉讼与仲裁法律专业领域的业务研究与拓展。

四、当事人向天衡所泉州办公室刘宗伟律师献锦旗

2014年6月19日上午，满怀感激之情的杨某带着锦旗来到了天衡所泉州办公室，郑重地将锦旗送给我所刘宗伟律师，盛赞刘律师“优质服务，为民解忧”。

当事人杨某于5月31日因涉嫌强奸罪被公安局刑拘，家属想尽各种办法，却被告知此案已涉嫌犯罪，将提请检察机关批捕。万般无奈下，杨某家属想到寻求律师的帮助，并通过泉州某建筑公司老总联系上我所刘宗伟律师。刘律师在接受委托后，第一时间同助理前往看守所会见杨某，在详细了解涉案经过后，结合自己多年经验，认定此案件并不构成犯罪。刘律师依法向检察机关提交了不构成犯罪的书面辩护意见，对此检察机关亦非常重视，经认真研究讨论后采纳该辩护意见，作出了不予批捕的决定，当事人杨某得以释放。

面对杨某声声感谢，刘律师表示自己只是尽了身为律师的本分，杨某能得到释放是司法机关依法办案的结果。律师，作为老百姓权利代言人，走在司法第一线，能在办案过程中亲身感受到司法的巨变，也是自己的荣幸。法治兴，中国兴。



法规快讯



投资与税收

1、国家税务总局发布《国家税务总局关于居民企业报告境外投资和所得信息有关问题的公告》

2014年6月30日，国家税务总局发布《国家税务总局关于居民企业报告境外投资和所得信息有关问题的公告》【公告2014年第38号，下称《公告》】。《公告》自2014年9月1日起施行。

《公告》适用于居民企业发生规定的境外投资或取得境外所得和非居民企业在中国境内设立机构、场所取得发生在境外，但与其所设机构、场所有实际联系的所得。

《公告》明确，居民企业成立或参股外国企业，或者处置已持有的外国企业股份或有表决权股份达到一定比例的，须向税务机关报告参股外国企业信息和相关资料，税务机关在开展税务检查时，可视情况要求居民企业限期报告与其境外所得相关的必要信息。未按规定报告的将责令限期改正，不改正的税务机关可按规定核定其应纳税款，纳税人遇到特殊情况可以延期报告境外投资和所得信息。

2、财政部、国家税务总局与中国证券监督管理委员会共同发布《关于实施全国中小企业股份转让系统挂牌公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》

2014年6月27日，财政部、国家税务总局与中国证券监督管理委员会共同发布《关于实施全国中小企业

股份转让系统挂牌公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》【财税[2014]48号，下称《通知》】。

《通知》称将实施全国中小企业股份转让系统挂牌公司股息红利差别化个人所得税政策，通知自2014年7月1日起至2019年6月30日止执行。《通知》规定，个人持有全国中小企业股份转让系统挂牌公司的股票，持股期限在1个月以内（含1个月）的，其股息红利所得全额计入应纳税所得额；持股期限在1个月以上至1年（含1年）的，暂减按50%计入应纳税所得额；持股期限超过1年的，暂减按25%计入应纳税所得额。上述所得统一适用20%的税率计征个人所得税。

3、国家税务总局发布《国家税务总局关于简并增值税征收率有关问题的公告》

2014年6月27日，国家税务总局发布《国家税务总局关于简并增值税征收率有关问题的公告》【公告2014年第36号，下称《公告》】。《公告》自2014年7月1日起施行。

《公告》将现行有效的税收文件中涉及6%和4%的增值税征收率的规定，统一调整为3%；明确了简易办法依3%征收率减按2%征收增值税政策中，纳税人销售额和应纳税额计算问题。《公告》明确，纳税人适用按照简易办法依3%征收率减按2%征收增值税政策的，确定销售额和应纳税额的公式为：

销售额=含税销售额/（1+3%）

应纳税额=销售额×2%

4、国家税务总局发布《关于简并增值税征收率政策的通知》

2014年6月30日，国家税务总局发布《关于简并增值税征收率政策的通知》【财税[2014]57号，下称《通知》】。《通知》自2014年7月1日起施行。

为进一步规范税制、公平税负，《通知》决定简并和统一增值税征收率，将6%和4%的增值税征收率统一调整为3%。

公司商事

1、证监会发布《非上市公众公司收购管理办法》

2014年6月23日，证监会发布《非上市公众公司收购管理办法》【第102号，下称《收购办法》】。《收购办法》自2014年7月23日起施行。

《收购办法》共6章，47条，分为总则、权益披露、控制权变动披露、要约收购、监管措施与法律责任和附则。

《收购办法》修改的监管制度包括：不设行政许可，以信息披露为核心，强化自律监管；调整权益变动的披露要求和触发比例；自主约定是否实行强制全面要约收购制度；调整自愿要约收购制度；简化披露内容；加强责任主体的自我约束和市场自律监管；管理层收购暂不做明确规定。



2、证监会发布《非上市公司重大资产重组管理办法》

2014年6月23日，证监会发布《非上市公司重大资产重组管理办法》【第103号，下称《管理办法》】。《管理办法》自2014年7月23日起施行。

《重组办法》共5章41条，对公众公司重大资产重组的原则和标准、信息管理、程序、监督管理与法律责任做出了相应规定。《重组办法》进行调整和创新的重大资产重组监管制度包括：实行分类监管，提高效率；从公众公司特点出发，调整重大资产重组的判断指标；充分发挥公司自治，允许支付手段自主定价；实施中小投资者单独计票机制；丰富支付手段，给予公司创新空间；简化申报文件和披露内容；加强退市公司重组的监管要求。

司法动态

1、最高人民法院关于发布第七批指导性案例的通知

2014年6月26日，最高人民法院公布《最高人民法院关于发布第七批指导性案例的通知》【法〔2014〕161号，下称《通知》】。

根据《通知》，这次共发布五个指导性案例，刑事案例两个，民事案例三个。两个刑事案例分别涉及利用信息网络进行盗窃、诈骗和拒不支付农民工工资构成犯罪的案件；三个民事案例主要涉及企业名称权、反不正当竞争、船舶碰撞损害赔偿等问题。

指导案例27号臧x泉等盗窃、诈骗案，旨在明确划分利用网络进行盗窃与诈骗的界限，对于审理网络钓鱼类案件具有指导意义。

指导案例28号胡x金拒不支付劳动报酬案，对于维护农民工的合法权益具有明显的价值和意义。

指导案例29号天津中x青年旅行社诉天津x青国际旅行社擅自使用他人企业名称纠纷案，有利于加强网络环境下企业名称权的保护，依法制止利用他人的知名度和商誉的不正当竞争行为，维护公平竞争的市场秩序。

指导案例30号兰x军、杭州小x指汽车维修科技股份有限公司诉天津市小x指汽车维修服务有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案，对于厘清实践中的困惑和疑问，正确把握反不正当竞争法所调整的竞争关系具有较强的指导意义。

指导案例31号江苏炜x航运股份有限公司诉米拉x玫瑰公司船舶碰撞损害赔偿纠纷案，有利于引导船舶自觉遵守正确的航行规则，保障海上航行的安全有序。

2、最高人民法院发布《最高人民法院关于人民法院为企业兼并重组提供司法保障的指导意见》

2014年06月11日，最高人民法院发布《关于人民法院为企业兼并重组提供司法保障的指导意见》【法发〔2014〕7号，下称《意见》】。《意见》分6个方面，共21条。

《意见》指出，各级人民法院要高度重视企业兼并重组工作，依法保障企业兼并重组政策的顺利实施。各级法院要依法及时受理审理兼并重组相关案件，无法定理由不得拒绝受理，不得拖延审理。要按照利益衡平原则，依法妥善处理各种利益冲突。



作者简介

梁敏律师2004年~2008年就读于武汉大学法学院法学专业，2010年~2011年担任厦门市思明区人民法院法官助理；2012年6月获厦门大学商法学硕士学位。2011年12月至今，在福建天衡联合律师事务所工作。经过7年系统化、专业化的法律学习以及丰富的实习经历，梁敏律师具有扎实的专业基础和出色的工作能力。尤其擅长公司法、房地产法、合同法、金融法等领域。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，积累了较为丰富的工作经验。

联系电话：0592-2956480、15160059106

梁 敏

天衡联合律师事务所

律师



商品房预售合同 登记备案的私法效力探究

摘要：自1994年颁布的《城市房地产管理法》规定了商品房预售合同登记备案制度以来，这一制度已经实施了20年。即便于此，由于我国法律一直以来并未对该登记备案制度的法律效力作出明确的规定，并且随着我国民商事法律体系的日渐完善，以及房地产市场近10年来如日中天的发展势头，无论是法学理论还是司法实践都对商品房预售合同登记备案制度的法律效力产生了重大的分歧。因此，对这一法律制度进行探讨不仅是理论的需要，更是实践的需求。

一、商品房预售合同登记备案的法律依据

《城市房地产管理法》（2007年修订）第四十五条第二款规定：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。

国务院1998年发布实施的《城市房地产开发经营管理条例》第二十七条规定：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。

原建设部发布的《城市商品房预售管理办法》（2004年修订）第十条第一款规定：商品房预售，开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。开发企业应当自签约之日起30日内，向房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。

厦门市人民政府2013年12月1日发布的《厦门市商品房预售管理规定》第十九条第二款规定：预售人应当在商品房买卖合同签订之日起10日内到登记机构办理登记备案手续。预购人也可以向登记机构办理登记备案手续。

因此，我国法律、行政法规、部门规章、地方政府规章等均对商品房预售合同登记备案（以下简称“登记备案”）进行了规定，但并无任何规范性文件对该登记备案制度的法律效力作出明确的规定。由此导致了一系列的不明确之处：

（一）登记备案仅是开发商应向行政管理部门承担的行政义务，是否还具备开放商应向购房人承担的民事义务的性质？（二）登记备案是否具备物权公示的效力，登记备案后购房人是否取得了所预购商品房的准物权？（三）登记备案与预告登记的关系如何？（四）在“一房多卖”的情况下，已经登记备案的预售合同是否应得到法律的优先保护？本文将对这些问题一一展开论述。

二、登记备案义务的法律属性

登记备案在私法上产生何种法律效果，首先应探讨登记备案所属的义务性质。主流观点认为，登记备案是开发商作为行政相对人依《城市房地产管理法》等法律、行政法规的规定应履行的义务，是政府部门对开发商的商品房预售行为依法进行的行政管理，登记备案属于政府部门与开发商之间的行政管理法律关系。司法实践中也多持这种观点^①。

除了追溯登记备案行为的法律渊源，还可以从另外一个视角探寻登记备案义务的法律性质——民事可诉性。但目前的司法实践对此问题涉及甚少，一个重要原因是住建部于2000年和2014年发布的《商品房买卖合同示范文本》中均对开发商办理备案登记进行了明确的合同约定，即使没有法律规定，开发商根据合同约定仍然要办理登记备案，购房人提起民事诉讼具有合同依据。

那么，当开发商不履行登记备案义务，且预售合同亦无约定的时候，购房人是否享有私法上的登记备案请求权？否定的可能性极大。理由如下：

首先，实体法或相关司法解释并未规定购房人享有要求开发商将预售合同登记备案的请求权。虽然《厦门市商品房预售管理规定》规定了购房人可以向登记机构办理登记备案手续，但这并未赋予其私法上的请求权，只是赋予其可以单方向行政管理机构办理登记备案的资格。

其次，登记备案与否不影响预售合同的效力。《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》第六条第一款规定：当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，不予支持。以此为依据，法院可能以购房人对此不享有“诉的利益”为由拒绝立案。

最后，最高人民法院发布的《民事案件案由规定》（2011年修订）也没有关于登记备案的民事案由的规定。

尽管在目前的法律框架下，从“实然”的角度而言，登记备案属于开发商应履行的行政管理上的义务。但从“应然”的角度而言，单纯的行政管理需要并不是登记备案制度存在的唯一目的。从法律渊源的角度而言，无论是《城市房地产管

理法》或是《城市房地产开发经营管理条例》，不仅仅规定了大量行政管理的内容，同时也夹杂着大量私法规范性条文，这种法律、行政法规实际上是行政法、民商法的杂糅体。因此在法律解释上，从保护购房人利益的角度而言，登记备案制度可以被认为是赋予购房人的一种私法上的请求权。从行政管理的目的而言，登记备案的行政管理目的自应包括防止开发商“一房多卖”而造成市场秩序紊乱，保障购房人取得房屋所有权的合理预期。因登记备案制度的“公示性”与“唯一性”，赋予其一定的私法效果将更容易达到“定纷止争”的目的。

三、登记备案的物权效力

对登记备案法律性质的认识不同，对其产生私法上的效果的认识也不同。

主流观点认为登记备案属于政府部门与开发

商之间的行政管理法律关系。登记备案客观上虽产生了一种公示效果，但这种公示只是特定的债权债务关系的公示，不发生任何物权公示的效力。

另一种观点认为，登记备案具有类似准物权的法律效果。本所吴欣轩律师在《预告登记制度对按揭贷款的影响》【见《天衡法律通讯》2014年5月刊（金融证券专刊）】一文中认为，“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……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。”

笔者认为，吴欣轩律师的上述观点似有值得商榷之处。笔者认为，无论是从“实然”或“应然”的角度而言，登记备案并不发生任何物权或准物权的法律效果，主要理由有二：

（一）根据物权法定原则，登记备案产生物



权公示效力并无法律上的依据。《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。可见，《物权法》规定的法定公示载体是“不动产登记簿”，《物权法》并未对登记备案作出任何规定。

（二）登记备案是商品房预告登记的前置条件，但预告登记本身并未发生物权变动的效力。根据住建部2008年颁布的《房屋登记办法》第七十条的规定：“申请预购商品房预告登记，应当提交下列材料：（一）登记申请书；（二）申请人的身份证明；（三）**已登记备案的商品房预售合同**；（四）当事人关于预告登记的约定；（五）其他必要材料。”由此可见，登记备案只是申请预告登记的条件之一。诚如吴欣轩律师在《预告登记制度对按揭贷款的影响》一文中所论述的，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，为了保证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，预告登记所显示的权利，在性质上属于债权、请求权、期待权。“举重以明轻”，既然预告登记都不发生物权变动的法律效果，作为预告登记的前置条件的登记备案，当然无法发生物权或准物权的效力。

四、登记备案与预告登记的区分

吴欣轩律师在《预告登记制度对按揭贷款的影响》一文中对预告登记制度的法律涵义分析已经相当准确和完整，并且很清楚地区分了预告登记与本登记。本文所要解决的是登记备案与预告登记的差异。除上文提到，登记备案是预告登记的前置条件之外，二者仍存在其他显著的差异，笔者主要区分如下：

首先，性质上的差异。登记备案虽然起到一种债权债务关系公示的作用，但毕竟其最初的立法目的仍然是行政管理，登记备案作为开发商的义务，公法属性比较明显；预告登记则完全是一种私法上的行为，依当事人的合意产生，并不产生公法上的效果。

其次，法律效力的差异。预告登记的效力为《物权法》所明确确认，未经权利人同意，处分不动产的，不发生物权效力。而登记备案，如本文上述分析，不发生物权效力。

再次，适用范围的差异。预告登记的范围包括预购商品房、以预购商品房设定抵押以及房屋所有权转让、抵押三种，要大于登记备案的范围。

最后，时效性的差异。即便开发商超过法定的时间未进行备案登记，仍不免除其登记备案的法定义务，亦不影响预售合同的法律效力。但预告登记若超过3个月的法定期限，则失去法律效力。

五、登记备案的债权优先性

登记备案虽然不发生物权效力，但这是否意味着登记备案也不产生任何债权的优先性呢？尤其是在“一房多卖”的情况下，购房人均要求履行的情况下，已登记备案的预售合同与未经过登记备案的预售合同相比，是否应受到法律的优先保护？法律对此并无明确规定，司法实践中对此问题的处理，也不尽相同。就笔者所检索到的案例，有的法院坚持认为登记备案属于具体行政行为，不产生任何私法上的对抗效力。有的地方法院则支持登记备案的债权优先性。笔者赞同后者的观点。理由如下：

首先，可以类推适用《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》的相关规定。《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若

若干问题的解释》第六条规定：“出租人就同一房屋订立数份租赁合同，在合同均有效的情况下，承租人均主张履行合同的，人民法院按照下列顺序确定履行合同的承租人：（一）已经合法占有租赁房屋的；（二）已经办理登记备案手续的；（三）合同成立在前的。”那种坚持认为登记备案纯属行政管理行为的观点无法解释为何已登记备案的租赁合同具有债权优先性。最高人民法院的观点认为，“租赁合同的登记备案不仅仅是一种行政管理行为，在一定程度上体现了不动产占有和使用权转移的公示功能，第三人能够清楚了解该租赁合同的存在及具体内容，从而达到保护承租人和善意第三人合法权益的目的，确保房地产交易市场的安全^②。”

其次，可以借鉴浙江省高级人民法院的指导意见。浙江省高级人民法院《关于审理涉及房地产登记民事案件若干问题的意见（试行）》第八条规定：“商品房开发企业就同一商品房订立数个预售合同，在预售合同有效的情况下，买受人均要求履行合同的，按照以下情形分别处理：

（一）已经办理过商品房预售合同登记备案的买受人，请求履行合同的，应予支持；（二）均已或均未办理商品房预售合同登记备案，已先行合法占有房屋的买受人，请求履行合同的，应予支持；

（三）均已或均未办理商品房预售合同登记备案，亦未合法占有房屋，先行支付购房款的买受人，请求履行合同的，应予支持；（四）均已或均未办理商品房预售合同登记备案，合同均未履行，合同登记备案在先或成立在前的买受人，请求履行合同的，应予支持。”同最高人民法院相比，浙江省高级人民法院将登记备案的对抗效力放在更加突出的位置，是否妥当，值得商榷，

但浙江省高级人民法院支持登记备案的债权优先性则是显而易见的。

六、结语

通过本文的分析，笔者认为，登记备案制度的主要缺陷仍在于立法目的和法律效力不彰，导致司法实践和学界对登记备案的功能产生分歧。随着《物权法》的实施以及房地产市场的迅猛发展，登记备案这一实施了20年的法律制度也应当进行修正，应当赋予其更新的价值内涵和更重要的法律作用。

①参见广西壮族自治区高级人民法院作出的(2009)桂民一终字第130号《民事判决书》；北京市第二中级人民法院作出的(2013)二中民终字第8608号《民事判决书》；《人民司法》2013年第10期案例研究：《商品房预售合同登记备案不具有物权公示效力》。

②奚晓明主编：《最高人民法院〈关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，2009年版，第85—87页。



作者简介

林云焄，2011年7月毕业于华东政法大学国际法学院，获得法学学士学位并辅修获得经济学学士学位。2010年通过国家司法考试，2011年获取法律职业资格。毕业后即加入福建天衡联合律师事务所。作为律师界新人，林云焄保持着谦逊的姿态，勤于学习，乐于思考，踏实肯干，努力提升自己的法律执业技能，快速地成长为一名成熟干练的专职律师。

联系电话：0592-2956463、15160028734

林云焄

天衡联合律师事务所

律师助理



房地产项目转让（股权并购）的法律风险和防范措施

房地产项目转让的方式主要为两种：一、直接转让，即土地使用权人将符合转让条件的国有土地使用权（含地上建筑物及其他附着物）转让给他人，并办理土地使用权变更登记手续，从而由受让方取得房地产项目的全部收益；二是间接转让，即拥有土地使用权的企业股东将其持有的目标公司的股权转让给他人，从而由受让方间接取得房地产项目的全部收益。此外，在房地产项目开发的不同阶段，结合项目的具体情况，也可灵活选择承包经营、委托包销等形式达到房地

产项目转让的目的。实践中，股权转让方式因手续便捷、税费较低，已成房地产项目转让最普遍的方式，但其中也蕴含着巨大的法律风险，笔者从实务层面对房地产项目股权转让方式可能存在法律风险及防范措施提出自己的一些见解，以期对规制以股权转让方式转让房地产项目有所裨益。

一、主要风险

1、被收购股权的合法性及有效性，主要包括股转主体（转让方和受让方）和股权转让的合法



性两个方面。

2、明确股权性质，如果是国有股权出让，则必须按法定程序进行交易，否则转让合同视为无效。收购国有股权须经国有资产部门审批办理产权界定、登记，并在产权交易所进行“招拍挂”才能签订产权转让合同，由产权交易中心出具产权交割单后，才能正式办理股权和工商变更登记手续，否则将导致交易无效。

3、目标公司可能存在未披露的对外担保、潜在合同违约、潜在的未支付款项等可能导致受让方股东利益减损的情形。对于受让方而言，收购股权后，虽仅以出资额为限对公司承担有限责任，但由于受让方支付给出让方股权转让价款多以公司净资产价值来衡量，若公司资产存在大量或有债务或潜在风险，将可能导致收购股权后公司资产减损，从而影响受让方的股东利益，即使在股转协议中明确对新老债务承担的节点作出划分，但该条款并不能对抗善意第三人，受让方只能在对外承担了债务后再对原股东进行追偿，但此时原股东的偿债能力已经要打一个问号了。

4、股权转让涉及的土地、房地产、在建工程等财产有可能并未登记在目标公司名下，也有可能被原股东多次抵押，也有可能被原股东的债权人查封。

5、房地产项目规划、建设的合法性也存在较大的法律风险，包括建设方案对周边居民的日照影响、场地是否有利组织施工、地下条件、用地性质、土地使用年限、原来的设计结构等因素。

6、收购项目公司股权后，收购方须及时到工商企业登记机关办理变更登记，否则，可能导致合同无效。

7、项目的审批手续是否完备、审批手续是否有违法之处，这都涉及到项目本身的合法性。

在笔者接触的实务案例中，最为多发的应属上述第3、7两项风险，即项目自身潜在风险及目标公司或有债务这两大风险。其常见的表现形成

1、国有建设用地使用权权利瑕疵

(1) 国有建设用地使用权征收、出让审批手续不全或出让主体不适格；

(2) 国有建设用地使用权出让违反其他相关法律法规规定导致项目开发进程受阻。除了《土地管理法》及其配套的法规、规章外，还要考虑其他法律法规是否对相应宗地的出让做出限制规定，如《城乡规划法》、《风景名胜区管理暂行条例》、以及本省、市的行政法规等；

(3) 国有建设用地使用权用途、可建建筑面积等重要规划指标受到限制。第一、用途限制。第二、容积率不能完全实现。

(4) 国有建设用地使用权被查封、抵押或存在其他权利瑕疵。

2、目标项目公司的资产负债表不真实

(1) 虚列资产

① 应付工程款未开发票，挂预付款。

② 长期投资权益虚增。

③ 少提或不提坏账准备，高估固定资产或少提折旧，高估存货价值。

④ 虚列无形资产或递延资产摊销期延长。

(2) 隐瞒债务

① 应付工程款、应付利息、滞纳金不体现在账户中；

② 延迟纳税时间、拖欠税款；

③ 隐瞒行政处罚；

④ 隐瞒担保债务。

二、防范对策

1、做好尽职调查，防患于未然

签订框架协议或意向书后，聘请会计师事务所对目标公司进行财务尽职调查，出具审计报告和资产评估报告，对目标公司的债券债务、税收缴纳、预期效益分析等进行全部梳理。同时，聘请律师事务所对目标公司开展法律尽职调查并出具法律意见书。首先，尽职调查内容包括但不限于：(1) 房地产项目立项的一系列文件；(2) 转让方取得项目土地使用权的一系列文件；(3) 转让方取得用地的一系列文件；(4) 工程规划许可证的一系列文件，据此明确规划实用性质、规划参数，告知客户必须在签订转让合同时预计：建筑密度、绿化比率、容积率等；(5) 施工许可证的一系列文件；(6) 项目勘察、设计、施工合同；(7) 项目融资的一系列文件；(8) 房地产项目预售的一系列文件；(9) 其他涉诉案件材料，调查房屋建设工程的限制、抵押情况；(10) 转受让双方的资信状况；(11) 转受让双方开发资质情况。根据尽调结果，从财务、法律、市场预期等多个角度对目标公司进行可行性分析，最终确定投资决策。

2、陈述申明与保证

转让方应当对受让方做出如下申明与保证：1、转让方所提供的文件、资料、数据是完整和准确的，除已经披露的事项外，转让方无其他负债或可能导致公司承担法律责任的事项；2、转让方已经依法缴纳全部注册资本，该出资不存在法律瑕疵；3、转让方合法持有本公司的股权，该股权不存在被冻结、查封、质押等可能影响受让方权利性质的其他限制；4、转让方不存在未披露的对外担保事项；5、转让方不存在拖欠税费和行政处罚事项；6、转让方对其土地使用权、在建工程和其他资产均享有合法权益并已经全额缴纳土地出让金，不存在抵押或其他任何权利限制，没有任何第三方对此主张权利。转让方应承诺一旦目标公

司的保证和陈述有虚构、误导或瑕疵，转让方股东应该承担相应的违约责任。

3、采取合理担保制度

如前所述，针对或有债务问题，应设定必要的担保条款。实务中采用的担保方式主要有保证金制度和其他担保。

保证金担保，指在股权转让合同中，采取分期付款方式，留下一部分尾款作为项目转让潜在风险和潜在债务的保证金，如果在协议签订后一定时期内，因转让方或项目公司的原因，致使受让方承担了额外的债务和损失，受让方有权直接使用该笔保证金予以支付。如果在该期限届满后，没有额外的债务和风险出现，该款项将支付给转让方。具体操作可以分为以下两种方式：一是直接以尾款的形式规定在合同中，约定尾款的支付条件，此支付条件就是在一定的期限内，不发生未包含在协议内或通过协议无法预见的风险和债务；二是将尾款直接列为保证金。由公证机构提存，如果发生协议之外或通过协议无法预见的额外债务和损失，该款将由公证机构直接支付给债权人，转让方将无权再要求获得该笔款项。如果期限届满，没有发生额外的债务和损失，提存机关将直接把该笔保证金划至转让方账下。

保证金以外的其它担保方式主要有公司担保制度、股东担保制度和银行信用的引入等。





作者简介

吕良怡，2009年毕业于厦门大学法学院，取得法学学士和经济学学士学位。2012年毕业于香港中文大学商事法专业，取得法学硕士学位并获得该年度“优秀奖学金”。曾在外资企业、政府部门、厦门市中级人民法院实习，积攒了一定的实践经验。2013年加入福建天衡联合律师事务所。

联系电话：0592-2956469、18559298933

吕良怡

天衡联合律师事务所

律师助理



商品房买卖预约合同 与商品房买卖合同的辨别

【前言】

随着我国房地产市场的迅速发展，人们对住房需求的不断增加，市场上商品房出现供不应求的情况十分普遍；加上在商品房买卖过程中，由于开发商在销售过程中的特定需求，加之事实上和法律上的障碍，买卖双方多数情况下并不立即缔结正式的商品房买卖合同。此时，人们与开发商之间就需要通过某种形式，在正式签订商品房买卖合同之前将交易机会固定下来，避免市场上或政策上的一些风险。自然而然地，各式各样的认购协议、位置确认协议、认购书、订购书、

预订书、意向书和允诺书等协议或协议性质的文件也就应运而生。

本文希望以认购协议等协议或协议性质的文件（以下以“认购协议”为代表进行分析）为出发点，结合预约和本约的概念对实践中如何辨别商品房买卖合同与商品房买卖预约合同进行讨论。

一、认购协议的性质

认购协议是商品房买卖双方在签订正式合同存在障碍时，为了固定交易机会而签订的协议。在认购协议中一般会载明拟买卖房屋的基本信息，房屋价格，双方将在将来进一步签订正式买卖合

同的约定及定金条款等。笔者认为认购协议是独立的合同。

我国《合同法》第2条规定：“本法所称的合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”商品房交易当事人之间对拟买卖房屋的大致情况、价款、签订正式合同的时间等等进行了平等地协商，并愿意接受认购协议的效力的拘束，应当说认购协议属于我国法律规定的合同的一种。只要认购协议符合我国《合同法》规定的合同成立及生效的要件，认购协议的效力就应当得到双方当事人及其他主体的承认。

但由于签订认购协议的根本目的在于对将来签订正式合同的事项进行一个预先的约定，认购协议是完全不同于商品房买卖合同的一种协议，具有其独立性，不应与商品房买卖合同混为一谈。

那么，认购协议具体又是何种性质的合同呢？笔者认为认购协议应当属于预约合同。

从理论的角度出发，预约是与本约相对应的概念，二者都归属于合同的范畴。国内外民法学者对预约的概念有着相近的表述。王利明教授认为预约是为当事人之间约定将来订立一定合同的合同^①。王泽鉴教授将预约定义为约定将来订立一定契约的契约^②。我妻荣认为预约是相对于正式契约的概念，是使当事人间产生将来订立正式契约的约束（债务）的契约^③。根据前述定义的内容，认购协议正是对将来签订正式合同等事项进行的预先约定，应当属于预约合同。

从立法实践的角度看，2012年7月1日起实施的《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2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。”我国立法首次正式出现“预约合同”字样，并列举其通常的表现形式，明确其内涵及法律效果。

当然，预约和本约的界定目前在立法上并不十分的清晰明确，我们不应拘泥于协议的名称，还应当根据当事人约定的具体情形进行判断。

二、商品房买卖预约合同与商品房买卖合同的辨别

《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》第五条对二者的区分已经作出规定：“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。”显然，立法者认为认购协议只要满足两个条件即可认定为正式的商品房买卖合同：1、具备商品房买卖合同的主要内容；2、出卖人已经按照约定收受购房款。但该条款对哪些内容属于商品房买卖合同的主要内容，收受房款指收受全部房款亦或部分房款等问题并未作出说明，我国其他法律对此也没有进一步地规定，这就导致在司法实践中存在认定尺度不一的现象。

综合近几年我国法院对审理商品房预约合同纠纷的主流观点，笔者认为辨别商品房买卖预约合同和本合同时应当着重考虑以下三个方面：

（一）合同内容方面

笔者认为双方如果对交易主体、房屋的具体位置、面积及面积差异处理方式、房价款、付款方式及时间、交房条件及时间等内容在合同中作出了明确的约定，应当认为该合同具备了商品房买卖合同的主要内容。

根据合同法基本理论，约定交易主体的信息是对合同主体进行了明确；约定标的房屋的具体信息，面积、单价及总价是对合同标的进行了明确；对付款方式及期限、交房方式及期限等进行约定是对合同的履行进行明确，这样认购协议就满足了商品房买卖合同的必要条件。至于《商品房销售管理办法》第十六条中规定的其他内容，如装饰、设备标准承诺；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；以及公共配套建筑的产权归属等，即使双方在协议中没有进行明确约定，并不影响商品房的实际交易，双方仍可以依照我国其他法律的明文规定或通过交易习惯予以确定。这些内容不应当认为是商品房买卖合同的主要内容。

南宁市中级人民法院在其二审判决【(2011)南市民一终字第1216号】中也表明了这样的观点：虽然认购协议中载明了房屋位置、面积、价款等房屋基本情况，但对于“交付使用条件及日期”、“面积差异的处理方式”等商品房买卖合同的必备条款未作约定，不具备《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。反之，如果认购协议未对上述事项进行约定，或虽有约定但未加以明确，或明确约定这些条件日后协商的，这样的认购协议一般只能认定为是商品房预约合同。

（二）款项支付方面

《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》第五条中所称的“出卖人已经按照约定收受购房款的”应当既包括收受了全款的情形以及收取部分购房款的情形。

一般来说，购房者有三种付款方式：一次性

全款支付、分期付款和按揭贷款。不论双方约定以何种方式进行付款、全额支付或者部分支付，只要购房者支付了合同约定的相应价款，则应当认为此时的认购协议具备了合同实际履行的条件。本文一开始提到，双方签订预约合同而非本合同的主要原因在于双方此时签订或履行本合同存在事实上或法律上的障碍，因此若认购协议在具备了商品房买卖合同主要内容的前提下，又具备实际履行的条件，则表明此时不存在法律上或事实上的障碍，应当认为认购协议是正式的商品房买卖合同。

福建省高级人民法院在(2010)闽民终字第317号民事判决书中正是持这样的观点，认为出卖方只依约收取认购定金而未收取购房款的，认购协议书及其补充协议不具备认定为商品房买卖合同的条件。厦门市中级人民法院在(2007)厦民再终字第4号再审案件判决书中认为，购房者按照订购书的约定支付了首期购房款，也按照约定向银行办理了按揭贷款，双方签订的订购书具备认定为商品房买卖合同的条件。

以上可以看出，出卖人按照认购协议约定收取全部或部分购房款的，该认购协议即具备认定为商品房买卖合同的条件。反之，若出卖人未取得购房款，或取得的款项不是合同中约定的购房款，则不应当将双方签订的认购协议认定为商品房买卖合同，应当认定为是商品房买卖预约合同。

（三）当事人的意思表示

尽管《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》第五条认为认购协议等协议符合前述两个要件就可以将其认定为商品房买卖合同，但认购协议终究还是双方当事人充分表达意思表示并取得合意的结果，当事人之间的真实意思表示应当得到最大程度的

尊重，这才符合我国《合同法》的立法精神。

笔者认为双方当事人在认购协议中明确约定在将来签订正式的商品房买卖合同，或是作出“认购协议是将来《商品房买卖合同》的附件”的表述的，即表明双方签订认购协议仅是对商品房买卖事宜作出初步的、预先的约定，并非正式签订商品房买卖合同，认购协议中未决事项应当在日后正式签订商品房买卖合同时进行约定。此时，即使该认购协议具备了前述两个可以认定为商品房买卖合同的条件，也不宜认定为商品房买卖合同。

湖南省岳阳市中级人民法院(2013)岳中民一终字第400号民事判决书载明：“上诉人与被上诉人签订的《商品房认购协议书》虽然对于所售房屋的基本状况、房号、面积、价格、付款方式、交房的条件、交房时间、违约责任、供水、供电、以及办理产权证的费用等一系列事项进行了约定，但是双方在《商品房认购协议书》第十六条明确约定本协议书为双方签订《商品房买卖合同》的有效附件……说明双方应另行签订《商品房买卖合同》，可见上诉人与被上诉人在协议已经明确约定在被上诉人具备商品房预售条件时双方还需重新签订商品房买卖合同，原审法院认定《商品房认购协议书》的性质为预约合同是正确的。”

因此，从意思自治的角度来看，《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》第五条的适用有一个隐性的前提：即双方对将来是否签订正式的商品房买卖合同没有作出明确约定时，法院才能根据认购协议的内容及购房款的支付情况对认购协议的性质作出自由裁量。若双方对签订正式合同另有明确的约定，法院应当充分尊重当事人的意思表示，宜将认购协议等协议认定为商品房买卖预约合同。

三、总结

商品房买卖预约合同是先于商品房买卖合同订立的、约定合同双方将来进行正式商品房买卖交易时签订商品房买卖合同的独立合同，其表现形式一般为认购书、位置确认协议、认购协议、订购书、预订书、意向书和允诺书等协议或协议性质的文件。认定上述协议或协议性文件为商品房买卖预约合同主要考虑三个要件：1、主要内容是否具备商品房买卖合同的主要内容；所谓主要内容指的是交易主体、房屋的具体位置、面积及面积差异处理方式、房价款、付款方式及时间、交房条件及时间等内容。2、购房者是否向出卖人支付合同约定的全部或者部分购房款以及支付的款项是否系购房款。若认购协议不具备上述二者要件之一，则可将该协议或协议性文件认定为是商品房买卖预约合同。若认购协议同时具备上述两个要件，尚应进一步判断第三要件：3、双方当事人是否对将来继续签订正式的商品房买卖合同作出了明确的真实意思表示。若当事人作出了明确表示，即使该协议或协议性文件同时具备上述两个要件，也应当尊重双方当事人的意思表示认定为商品房买卖预约合同。

①参见广西壮族自治区高级人民法院作出的(2009)桂民一终字第130号《民事判决书》；北京市第二中级人民法院作出的(2013)二中民终字第8608号《民事判决书》；《人民司法》2013年第10期案例研究：《商品房预售合同登记备案不具有物权公示效力》。

②奚晓明主编：《最高人民法院〈关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，2009年版，第85—87页。

本期主题：房地产及建筑工程法律服务方案

为您量身定做 的法律服务

本所房地产律师团队拟提供的法律服务主要由以下工作内容组成：

- 为房地产开发公司的设立提供法律服务。
- 为土地一级开发提供法律服务。
- 为一级市场中土地取得（招拍挂）提供法律服务；
- 为二级市场中土地取得提供法律服务；
- 为BT、BOT、TOT、EPC、PPP等特殊建筑工程承发包模式提供法律服务；
- 为建筑工程项目管理提供全程法律服务；
- 为房地产开发融资提供法律服务；
- 为房地产销售提供法律服务；
- 提供房地产及建筑工程争端解决法律服



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：

林巧财 律师：0592-2956392 13906016128



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