

2014年  
12月号

新春专刊

01 天衡动态

05 法规快讯

09 律师专栏

09 商品房买卖合同  
的效力、违约责任及  
救济措施

13 民间借贷案件评析  
——以福建省高院审判  
实务为例

17 浅议土地房屋征收中的  
城市住宅小区空地  
补偿程序

22 银团贷款专项法  
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

# 天衡法律通讯

■ 顺以天道 衡平万物

 天衡联合律师事务所  
TENET & PARTNERS



贺 羊 年

# 天衡动态

## 一、天衡所入选《亚洲法律杂志》2014年中国最大律所第22名

《亚洲法律杂志》(Asia Legal Business简称ALB) 2014年11月刊公布了2014年中国最大律所前25强的排名情况, 天衡位列第22位。ALB是亚太地区面向法律从业人员的专业媒体, 其每年的年度颁奖被视为亚太地区律师界的奥斯卡。该杂志于2014年9月份调研了全国各大律师事务所, 通过对收集到的信息和律所提供的数据进行详尽对比, 综合考评律所收费执业者总人数(合伙人、律师、法律顾问、外国法律顾问和咨询顾问)情况, 最终通过排行榜的形式公布研究成果。

天衡建所21年来, 一直致力于律所的规模化、专业化和现代化建设, 正在逐步跻身于全国一流律师事务所行列。天衡人不懈的努力与创新, 也使天衡荣膺中国律所的两项最高荣誉——中国司法部授予的“部级文明律师事务所”称号和中华全国律师协会授予的“全国优秀律师事务所”称号。

在专业领域方面, 天衡能够为客户提供务实、综合的法律解决方案。天衡在公司并购重组、房地产与建设工程、金融证券、互联网、家族财富传承、海外投资、劳动人事、知识产权等领域的法律服务水平长期处于地区领先地位。天衡赢得大型企业集团的青睐, 长期为高端客户提供全方位法律服务; 在人员规模方面, 天衡现有合伙人38名, 收费专业人员230名; 在业务规模方面, 天衡的业绩自2001年起在业内一直稳居福建省首位, 2014年度天衡分布于五个城市的办公室合计业务收入已经超过一亿元人民币, 成为福建首家业务收入过亿的律师事务所, 带领福建律师行业进入亿元时代。

专业方能承载重托, 天衡律师作为为社会提供法律服务的社会主义建设者, 承担着逐步推动法治发展进步及推进社会公平正义的重任。天衡对专业与实力的不懈追求, 成就的是对客户利益的保护, 入选中国最大律所第22名、成为亿元所, 都只是天衡追梦路上的一个节点, 天衡人将继续沿着2013年《十年发展规划》制订的既定目标不断超越, 只为追求卓越, 承受重托, 成为受人尊敬的律师事务所。

下一个目标, 天衡人, 再出发!

### CHINA DOMESTIC 中国国内

| 2014 RANK<br>2014排名 | CHANGE FROM 2013<br>从2013年改变 | FIRM<br>事务所                         | PARTNERS<br>合伙人 | ASSOCIATES<br>律师人数 | TOTAL FEE-EARNERS<br>收费专业人员总数 |
|---------------------|------------------------------|-------------------------------------|-----------------|--------------------|-------------------------------|
| 1                   | +1                           | Beijing Yingke Law Firm 北京盈科律师事务所   | 841             | 1759               | 3976                          |
| 2                   | -1                           | Dacheng Law Offices 大成律师事务所         | 878             | 2016               | 3410                          |
| 3                   | =                            | Zhong Yin Law Firm 中银律师事务所          | 173             | 941                | 1458                          |
| 4                   | =                            | Grandall Law Firm 国浩律师事务所           | 235             | 660                | 1210                          |
| 5                   | +1                           | DeHeng Law Offices 德恒律师事务所          | 187             | 763                | 1106                          |
| 6                   | -1                           | King & Wood Mallesons 金杜律师事务所       | 205             | 600                | 1091                          |
| 7                   | +1                           | Zhong Lun Law Firm 中伦律师事务所          | 280             | 686                | 966                           |
| 8                   | -1                           | AltBright Law Offices 锦天城律师事务所      | 265             | 690                | 959                           |
| 9                   | =                            | Long An Law Firm 隆安律师事务所            | 189             | 400                | 602                           |
| 10                  | =                            | Jun He Law Offices 君合律师事务所          | 161             | 357                | 531                           |
| 11                  | =                            | Zhong Lun W&D Law Firm 中伦文德律师事务所    | 212             | 283                | 495                           |
| 12                  | NEW                          | Tahota Law Firm 泰和泰律师事务所            | 52              | 415                | 467                           |
| 13                  | -1                           | Guanghe Law Firm 广东广和律师事务所          | 112             | 348                | 460                           |
| 14                  | +4                           | Deheng Law Firm 德和衡律师事务所            | 37              | 396                | 433                           |
| 15                  | +1                           | Guantao Law Firm 观韬律师事务所            | 75              | 182                | 334                           |
| 16                  | -2                           | Grandway Law Offices 国枫凯文律师事务所      | 64              | N/A                | 328                           |
| 17                  | -2                           | Zhongcheng Renhe Law Firm 众成仁和律师事务所 | 78              | 275                | 307                           |
| 18                  | -1                           | Jingtian & Gongcheng 竞天公诚律师事务所      | 67              | 204                | 272                           |
| 19                  | NEW                          | Fangda Partners 方达律师事务所             | 51              | 157                | 242                           |
| 20                  | NEW                          | Global Law Office 环球律师事务所           | 60              | 175                | 240                           |
| 21                  | -1                           | Hylands Law Firm 浩天信和律师事务所          | 43              | 150                | 235                           |
| 22                  | NEW                          | Tenet & Partners 福建天衡联合律师事务所        | 38              | N/A                | 230                           |
| 23                  | -4                           | Jincheng Tongda & Neal 金诚同达律师事务所    | 106             | 60                 | 226                           |
| 24                  | NEW                          | Lantai Partners 兰台律师事务所             | 28              | 20                 | 160                           |
| 25                  | NEW                          | Boss & Young 邦信阳律师事务所               | 51              | 104                | 156                           |



## 二、天衡所荣获律创“2014年境内IPO律所排名”第27名

2013年11月30日，中国证监会发布《中国证监会关于进一步推进新股发行体制改革的意见》标志着境内IPO开闸。2014年IPO开闸以来，1-12月共有123家中国企业在境内上市，合计融资人民币668.78亿元（尚未完成发行的以披露数计算），平均融资人民币5.44亿元，去年同期境内无上市企业。我所凭借对南威软件股份有限公司IPO首发项目的成功承办，荣登律创“2014年境内IPO律所排名”榜单，位列27名。

天衡律师承办的南威软件股份有限公司IPO首发项目，于2014年11月5日经中国证监会发审会2014年第189次会议审议，获无条件通过。南威软件是一家以软件产业链垂直整合商、重点行业智能化整体解决方案提供商为定位的优秀软件企业，致力于政务、党务、军队、公安、交通、智慧城市等领域的软件开发、系统集成和技术服务。

南威软件IPO项目由林晖律师、林啸律师和李秋云律师具体承办，同时证券团队成员黄闻、陈韵、刘诗颖、李孔焰也对该项目给予极大的支持和协助。天衡律师立足于公司所处的行业特点，结合公司未来的发展战略，为公司提供专业的法律意见及建议。此次无条件通过发审会审核，是对天衡证券律师团队在金融证券领域深厚的专业素质和丰富的执业经验最好肯定。

顺以天道，衡平万物，源于卓越，故此非凡。天衡律师将继续努力，以勤勉、尽责的精神和优秀的专业素养，为客户提供优质、高效的法律服务！

## 三、天衡联合律师事务所顺利完成第二届党总支换届选举

2014年11月29日上午，我所在鼓浪厅成功召开“中共天衡联合律师事务所第二届党总支换届选举大会”。全体党员出席了会议，市相关部门领导到会讲话。

会议主要有三项议题：

一、上届党总支书记王哲代表党总支作了题为《以党建促所建，提升法律服务水平》的工作报告。报告分为工作回顾、存在的问题和不足、下一步主要的工作三个部分；

二、选举产生新一届总支委员会，选举严格按照相关程序和规范，组织全体党员进行选举，最终在8位候选人中经差额选举产生7位总支委员会委员：王哲、胡东林、张东平、林楚雄、邱春晖、陈力舟、尤志。选举全程透明公开，庄严有序；

三、市司法局副局长、市律师协会党委书记贺菊英发表讲话，她对新当选的总支委员会委员表示了祝贺，并对王哲书记所作的总结报告给予肯定，她认可天衡党建工作在党总支领导下，由全体党员共同努力取得的卓越成绩，并指出天衡所的党建工作始终在全市律师行业中位列前茅，起到了示范引领作用。同时，贺菊英书记对进一步做好党建工作提出了四点建议：一是明确新形势下做好律师工作的意义；二是深入学习十八届四中全会精神；三是加强班子建设，树立诚信文明的形象；四是发挥党员律师在服务民生和促进经济建设中的作用。市直机关党工委委员陈琳也十分认可天衡所的党建工作，他认为天衡所发展壮大为今天的规模，这与天衡所领导长期重视党建工作是分不开的，与党总支书记的示范和表率作用是分不开的。他希望全体党员律师，要把自己融入天衡的发展中去，努力工作，把党员培养成业务尖子，为天衡不断壮大发展做出努力，为厦门经济建设发挥应有的作用。

#### 四、天衡联合律师事务所顺利完成2015-2017年管理机构换届选举工作

由于我所第二届管理机构任期届满，我所于2014年12月20日召开第六次临时合伙人会议无记名投票选举天衡第三届管理机构。全体合伙人提前一周推荐产生了候选人，候选人们在现场发表了各种的竞选演讲，经全体合伙人民主投票选举，产生了新一届管理机构，换届工作顺利完成。

天衡联合律师事务所第三届管理机构名单如下：

合伙人会议主席：孙卫星

管理委员会：

召集人：孙卫星，委员：孙卫星、张东平、何锐、汪卫东、林楚雄、叶勇、陈川

监督委员会：

召集人：曾招文，委员：曾招文、陈庆勇、邱春晖

执行主任：白劭翔

#### 五、本所孙卫星主任参加首届政府法律服务高峰论坛并发表演讲

2014年12月28日，由有“网上律师学院”之称的“点睛网”举办的首届政府法律服务高峰论坛在北京隆重举行。本次论坛汇集数十位资深律师，共同探讨在十八届四中全会“依法治国”的背景下，如何提升律师在法治政府建设中的作用，以及提高律师为政府提供法律服务的能力。

作为“点睛网”的高级讲师，本所主任孙卫星律师应邀参加了此次论坛，并作了题为“担任市规划局常年法律顾问的几点感悟”的专题演讲。会上，孙主任结合我所担任厦门市规划局法律顾问数年的成熟经验，综合分析了律师为政府职能部门提供法律服务的优秀服务模式，以及针对职能各异的政府部门提供不同的法律产品等成功经验。会场学习气氛浓烈，与会律师充分肯定了我所作律师的先进法律服务水平，以及积极拓宽业务模式的进取精神。

为期三天的高峰论坛应时而运，群策群力，定能为国内律师担任政府法律顾问这一重要的业务模式领航前行。

#### 六、天衡律师助力全国首家新三板挂牌微电影公司

天衡律师承办的福建省皇品文化传播股份有限公司新三板项目于日前正式挂牌成功，股份代码831454。本项目由天衡律师林晖、林啸和陈韵具体承办，证券团队成员刘诗颖和李孔焰协办。

皇品文化致力于微电影全产业链一体化运营，包括微电影、宣传片、专题片、广告片等影视作品的拍摄制作、推广服务以及版权管理、品牌授权等相关衍生业务。天衡律师立足行业特点，为公司提供专业的法律服务，助力皇品文化成为全国首家成功在新三板挂牌的微电影公司。





## 七、天衡下午茶·动漫游戏企业专场——“法说游戏企业那些事”成功举办

动漫游戏产业是朝阳产业，随着智能终端的不断普及，动漫产业及随之而来的游戏产业一跃成了“香饽饽”，由此产生的法律风险，也日益得到了企业股东、公司高管和法务人员的重视。鉴于此，2014年12月10日，天衡特携手厦门市动漫游戏产业协会、爱特咖啡馆共同举办“天衡下午茶·动漫游戏企业专场”。来自动漫游戏行业相关企业共六十余名负责人齐聚爱特咖啡馆，同品香醇咖啡，共话游戏产业。天衡互联网法律服务团队整体到场支持。

厦门市动漫游戏产业协会副秘书长牟静为本场活动主持开场，主讲人为我所互联网律师李金招。李金招律师专注于研究动漫游戏产业法律服务，已先后为飞鱼科技、厦门梦加网络、厦门真有趣等动漫游戏企业提供法律服务。李金招律师以深入浅出的方式生动活泼地为全场嘉宾剖析互联网产业市场、解析动漫游戏产业行业特征、分析动漫游戏产业主要法律服务需求、阐述动漫游戏产业政策，讲解游戏产品的发行程序、引进投资人的风险等内容。李金招律师现场共享的干货获得了听众的共鸣，企业代表们认真的做了记录，并积极提问，天衡互联网法律服务团队从企业发展的各个角度给予了全方位的解答。

## 八、众筹法律业务沙龙在本所举办

众筹发展到今天，项目模式早已百花齐放，众筹的未来是否光明？如何设计众筹产品？如何设计P2P网贷产品？如何把控法律风险？这些都是客户最关心的问题，为此，“众筹法律业务沙龙”在本所顺势而生，天衡互联网法律业务团队与与会者分享了法律服务经验及相关法律法规的运用。李金招、黄倩颖、庄华阳三位律师共同揭开了“众筹”的神秘面纱，黄倩颖律师首先对众筹模式进行了深入的分析，详细介绍和对比了实物众筹、债权众筹、金融众筹、股权众筹这四种众筹模式各自的优势和作用。李金招律师依托丰富的实战经验，分析了其承办的多个成功案例，与大家分享债权众筹之P2P的实务操作流程和注意事项。庄华阳律师立足专业视角，分析股权众筹的法律风险，包括非法集资、非法证券、民事责任、行政限制等各个方面，并提出应对风险的法律方案。

## 九、游艇全产业链法律服务沙龙在本所举办

得益于厦门得天独厚的水文条件和海洋文化，天衡自2006年起承办各类涉及游艇企业及游艇港的案件，至今已有接近十年的游艇全产业链法律服务经验。出于分享与交流的目的，本所海事海商部及市场部联合发起了“游艇全产业链法律服务沙龙”，此次沙龙由来自不同部门及团队的合伙人主讲，从不同的角度分享了服务经验。陈川律师作为本所海事海商部的主任，以《海商法》相关规定作为切入点，从“游艇是否属于船舶？”说起，探讨了游艇的法律适用及司法管辖，游艇的所有权、担保物权的取得及登记，游艇的融资、租赁及融资租赁还有游艇的运营、海事事故处理及风险防范。陈力舟律师所在的团队长期服务于游艇港，陈力舟律师从游艇企业间并购的案例展开，分享了股权架构设计、与行政部门沟通的过程及技巧、税务架构设计等方面对并购的影响，并且对游艇港常见的法律问题进行了详尽的分析。陈珂律师所在的团队在服务游艇企业方面有着丰富的服务经验，陈珂律师从游艇行业发展前景开始剖析，并对游艇企业的生产、销售、运营、保险、产业投融资等方面可能遇到的法律问题以及综合解决方案进行了详细的阐述。

# 法规新讯



## 综合

### 1、国务院办公厅印发《关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》

2015年01月22日，国务院办公厅发布《关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》【国办发〔2014〕71号，下称《意见》】。

《意见》指出，引导农村产权流转交易市场健康发展，事关农村改革发展稳定大局，有利于保障农民和农村集体经济组织的财产权益，有利于提高农村要素资源配置和利用效率，有利于加快推进农业现代化。

《意见》明确，农村产权流转交易市场是为各类农村产权依法流转交易提供服务的平台，具有明显的资产使用权租赁市场特征、显著的农业农村特色、鲜明的地域特点，既要发挥其信息传递、价格发现、交易中介的基本功能，又要发挥其为农户、农民合作社、农村集体经济组织等提供服务的特殊功能。农村产权流转交易市场是政府主导、服务“三农”的非盈利性机构，其设立要经过科学论证，由当地政府审批。

## 2、国务院印发《关于促进服务外包产业加快发展的意见》

2014年12月24日，国务院印发《关于促进服务外包产业加快发展的意见》【国发〔2014〕67号，下称《意见》】。

《意见》意见提出，到2020年，服务外包产业国际国内市场协调发展，规模显著扩大，结构显著优化，企业国际竞争力显著提高，成为我国参与全球产业分工、提升产业价值链的重要途径。

## 3、国务院公布《不动产登记暂行条例》

2014年12月22日，国务院发布《不动产登记暂行条例》【国务院令第656号，下称《条例》】。《条例》自2015年3月1日起施行。

《条例》共六章三十五条，对不动产登记机构、登记簿、登记程序、登记信息共享与保护等作出规定。内容包括不动产登记适用对象、执行部门以及登记程序、信息共享和法律责任。条例规定，集体土地所有权、房屋等建筑物、构筑物所有权，森林、林木所有权，耕地、林地、草地等土地承包经营权，建设用地使用权，宅基地使用权，海域使用权，地役权，抵押权 and 法律规定需要登记的其他不动产权利等均为不动产登记适用对象。

《条例》明确由国土资源部负责指导、监督全国不动产登记工作，同时要求县级以上地方人民政府确定一个部门负责本行政区域不动产登记工作，并接受上级不动产登记主管部门的指导和监督。

## 投资与税收

### 1、财政部、国家税务总局近日联合下发《关于支持文化服务出口等营业税政策的通知》

2014年12月30日，财政部、国家税务总局近日联合下发《关于支持文化服务出口等营业税政策的通知》【财税〔2014〕118号，下称《通知》】。《通知》自2015年1月1日起，对中国金融期货交易所代收的期货市场监管费准许从其营业税计税营业额中扣除。此外，对在境外提供文物、遗址等的修复保护服务，以及纳入国家级非物质文化遗产名录的传统医药诊疗保健服务的，且纳税人为境外单位或个人的，免征营业税。

### 2、财政部印发《关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》

2014年12月30日，财政部印发《关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》【财金〔2014〕156号，下称《通知》】。

《通知》明确，PPP项目合同中除应规定社会资本方的绩效监测和质量控制等义务外，还应保证政府方合理的监督权和介入权，以加强对社会资本的履约管理。

《通知》要求，合同要在风险分担和利益分配方面兼顾公平与效率：统筹考虑社会资本方的合理收益预期、政府方的财政承受能力以及使用者的支付能力，防止任何一方因此过分受损或超额获益。

此外，鉴于PPP项目的生命周期通常较长，在合同订立时既要充分考虑项目全生命周期内的实际需求，也要合理设置一些关于期限变更（展期和提前终止）、内容变更（产出标准调整、价格调整等）、主体变更（合同转让）的灵活调整机制，为未来可能长达20-30年的合同执行期预留调整和变更空间。

### 3、国家发展改革委印发《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》

2014年12月2日，国家发展改革委印发了《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》【发改投资[2014]2724号，下称《意见》】。

《意见》从项目适用范围、部门联审机制、合作伙伴选择、规范价格管理、开展绩效评价、做好示范推进等方面，对开展政府和社会资本合作（PPP）提出具体要求。

## 劳动 & HR

### 人社部与最高人民法院、最高人民检察院、公安部近日联合下发《关于加强涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件查处衔接工作的通知》

2014年12月23日，人社部与最高人民法院、最高人民检察院、公安部近日联合下发《关于加强涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件查处衔接工作的通知》【人社部发〔2014〕100号，下称《通知》】。

《通知》针对执法实践中遇到的突出问题作出了明确具体的规定，对行为人逃匿后相关证据无法获得的问题，行为人拖欠劳动者劳动报酬后“逃而不匿”的问题，以及企业将工程或业务分包、转包给不具备用工主体资格的单位或个人，该单位或个人违法招用劳动者不支付劳动报酬等问题做出了具体规定。

## 司法动态

### 1、最高人民法院公布《最高人民法院关于废止部分司法解释和司法解释性质文件（第十一批）的决定》

2015年1月12日，最高人民法院公布《最高人民法院关于废止部分司法解释和司法解释性质文件（第十一批）的决定》【法释（2015）2号，下称《决定》】。《决定》自2015年1月19日起施行。

根据《决定》，11件司法解释和司法解释性质文件被废止。被废止的司法解释和文件包括《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》、《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》、《最高人民法院关于财产刑执行问题的若干规定》等，这些司法解释和文件已被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》等司法解释、相关规定修改或代替。被废止的司法解释和司法解释性质文件从决定施行之日起不再适用，但过去依据或参照这些司法解释和司法解释性质文件对有关案件作出的判决、裁定仍然有效。

### 2、最高人民法院发布《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》

2014年12月26日，最高人民法院发布《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》【法释（2015）1号，下称《解释》】。《解释》自2015年1月7日起施行

《解释》共35个条文，主要对社会组织可提起环境民事公益诉讼、环境民事公益诉讼案件可跨行政区划管辖、同一污染环境行为的私益诉讼可搭公益诉讼“便车”、减轻原告诉讼费用负担等四方面内容作出了规定。

### 3、最高人民法院、民政部、环境保护部联合发布《最高人民法院、民政部、环境保护部关于贯彻实施环境民事公益诉讼制度的通知》

2014年12月26日，最高人民法院、民政部、环境保护部联合发布《最高人民法院、民政部、环境保护部关于贯彻实施环境民事公益诉讼制度的通知》【以下简称《通知》】。

《通知》强调，人民法院受理和审理社会组织提起的环境民事公益诉讼，可以根据案件需要向民政部门查询或核实社会组织的基本信息，发现社会组织存在通过诉讼牟取经济利益情形的，还应向民政部门发送司法建议，民政部门应及时反馈或通报处理结果。人民法院应向环境保护主管部门告知案件受理情况以及调解协议、和解协议的内容，相关部门应及时向人民法院通报处理结果或提出意见、建议。人民法院向环境保护主管部门调取环境影响评价文件等证据材料的，相关部门应及时提交。人民法院还可以商请环境保护主管部门共同组织修复生态环境或对修复结果进行审查。

### 4、最高人民法院发布《最高人民法院关于海上保险合同的保险人行使代位请求赔偿权利的诉讼时效期间起算日的批复》

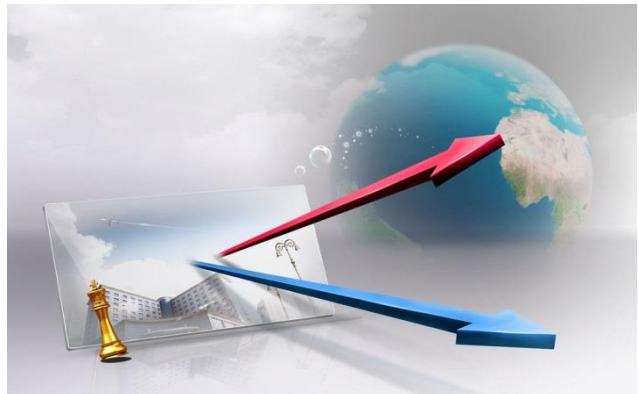
2014年12月25日，最高人民法院发布《最高人民法院关于海上保险合同的保险人行使代位请求赔偿权利的诉讼时效期间起算日的批复》【法释（2014）15号，下称《批复》】。《批复》自2014年12月26日起施行。

根据《批复》，海上保险合同的保险人行使代位请求赔偿权利的诉讼时效期间起算日，应按照《中华人民共和国海商法》第十三章规定的相关请求权之诉讼时效起算时间确定。

### 5、最高人民法院关于发布第九批指导性案例的通知

2014年12月26日，最高人民法院发布《最高人民法院关于发布第九批指导性案例的通知》【法（2014）337号，下称《通知》】。

《通知》发布田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案等七个案例（指导案例38-44号）；其中，行政案例四个，国家赔偿案例三个。行政案例主要涉及教育行政案件的受理、高等学校学术自治、受教育者基本权利、工伤认定标准等方面的问题；国家赔偿案例主要涉及精神损害赔偿、国家赔偿范围等方面的问题。



#### 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“优异成绩奖学金”。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，师从何锐律师。

联系电话：0592-2956469、13799769299

吕良怡

天衡联合律师事务所

律师



## 商品房买卖预约合同的效力、违约责任及救济措施

### 一、商品房买卖预约合同的效力

由于我国现行法律对商品房买卖预约合同的立法尚不全面，理论界及实务界对于如何理解商品房买卖预约合同的法律效力存在不同的看法，成为大家争论的焦点。理解商品房买卖预约合同的法律效力首先要从预约的效力基础入手，进而了解关于预约合同的效力的实现途径的学说，从中选择更加符合我国国情的理论观点指导司法实践活动。

#### （一）预约合同的效力基础

首先，商品房买卖预约合同的首要效力基础是契约自由和诚实信用原则。

我国《合同法》赋予当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。合同自由使得当事人的合意具有法律效力（法律有特别规定的限制除外），也赋予当事人订立合同和确定合同内容方面的极大自主权，使得依照当事人的自由意志订立各类合同成为了可能，这也是民事法律关系最显著的特点之一。而预约合同对当事人的约束力正是来自于当事人之间的合意，当事人可以在预约合同中自由地预先安排合同的内容、双方需分担的风险等，其中所蕴含的自由意志理应得到法律最大程度的尊重。

我国《合同法》还规定，当事人行使权力、

履行义务应当遵循诚实信用原则。预约合同的“预约”特性表现在双方当事人往往有意地将一些条款留待进一步的协商和谈判。这样的特性正是基于当事人之间产生的信赖关系而产生，各方对对方将以诚实、善良的心态进行磋商抱有合理的期待。诚实信用原则能够平衡当事人之间的权利，既能达到巩固交易的目的，又能通过救济手段使当事人的利益实现公平。诚实信用原则是预约合同关系中不可或缺的效力基础。

其次，从契约自由和诚实信用原则中延伸出的允诺禁反言原则，对预约合同的效力基础做了重要补充。

允诺禁反言理论基于信赖而产生，它成为合同得到强制履行或给予损害赔偿的基本原则，而信赖也已经代替对价成为使合同得到有效履行或是当事人得到赔偿的充足原因<sup>①</sup>。当事人双方因意思自由而在磋商、谈判过程中建立起某种信赖关系，使得当事人基于该信赖产生的诚实信用谈判义务，是允诺禁反言原则的来源和基础；同样允诺禁反言原则也成为预约合同产生效力搭建了桥梁。

最后，法律规范对于法律行为的效力具有本源性，需要将前述原则与具体的法律规范结合在一起，才能更好地理解预约合同的效力。

## （二）预约合同效力的实现途径

在实践工作中，当事人未对预约合同将产生何种效力作出明确约定时，理论界对于预约合同的效力的实现途径主要有“必须磋商说”和“必须缔约说”两种观点。

“必须磋商说”指当事人缔结预约合同后，就负有将来对缔结本约进行磋商的义务<sup>②</sup>。但当事人负有的仅是磋商义务，若经双方当事人善意、诚实地磋商，就认为履行了预约合同的义务，至

于最终是否缔结本约则不在考虑范围内。

“必须缔约说”则认为当事人不仅负有在将来为达成本约进行磋商的义务，还必须达成本约合同，否则预约合同毫无存在的必要<sup>③</sup>。

这两种观点各有优劣。“必须磋商说”的最大优势在于能够充分保证合同的意思自治，但是却也很容易导致磋商流于形式化，并可能导致恶意磋商的道德风险，使得预约合同不能真正发挥作用。“必须缔约说”则与“必须磋商说”相反，好处在于能够使当事人在签订预约合同时更加慎重，也更有动力达成本约，最终稳定市场的交易安全；劣势在于该观点忽略了当事人在缔结本约过程当中的意志自由。

笔者认为，“必须磋商说”更符合前述预约合同效力基础的要求。“必须磋商说”对当事人需且仅需尽到磋商义务的要求，一方面充分尊重当事人在订立预约合同后至订立本约合同前的自由意志，同时还对当事人的诚实信用和禁止反言提出了要求；另一方面还需要结合具体的法律规范如关于损害赔偿责任的规定、或者结合当事人订立的违约金条款或定金条款，对“必须磋商说”加以补充，方能解决“必须磋商说”流于形式化的问题。相比起来，“必须缔约说”就显得有些矫枉过正，不利于保护当事人的自由意志。预约合同本是为了固定交易机会而存在，而采用“必须缔约说”则是在变相固定“交易”而非固定“交易机会”。因此，在探求商品房预约合同的法律效力时，宜采用“必须磋商说”的观点并结合法律规范对合同效力作进一步的补充。

但应当强调的是，并不是所有的预约合同条款在向本约合同转化时都需要进行磋商。双方当事人在预约合同中经协商一致并确定的条款无需再行磋商，应当直接固定下来成为本约合同的一

部分。至于尚未明确具体内容的条款，双方当事人负有本着诚实、善良的心态进行磋商的义务。

## 二、预约合同之违约责任及救济措施

### （一）预约合同之违约责任

违反预约合同的责任的性质在学术界有两种观点：一种认为是违约责任；另一种认为是缔约过失责任。

笔者认为违反预约合同的法律责任是违约责任。违约责任是因违反有效合同而产生的责任，以合同关系的存在为前提条件；而缔约过失责任产生的宗旨就是为了解决合同未成立情况下因一方过失而造成另一方信赖利益的损失问题<sup>④</sup>。预约合同的订立虽然是在订立本约的过程中形成，时间上貌似与产生缔约过失责任的时间重合，但是如笔者在《商品房买卖预约合同与商品房买卖合同的辨别》中所述，预约合同是独立的合同，符合了合同成立的基本要件且在合同生效后应当具有独立的法律效力。因此，违反预约合同所应当承担的责任就是生效合同所确定的责任，即违约责任。

### （二）违反预约合同之救济措施

当事人违反预约合同后，可以行使法律上赋予当事人的或当事人在合同中约定的救济权利。我国《合同法》第107条规定“当事人一方不履行合同或履行合同不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”不仅如此，当事人还可以在预约合同中对定金或违约金进行约定，保障自己的合法权益。

但结合预约合同的性质及前文所述预约合同的效力基础，法律规定的救济措施及当事人意定的责任承担方式在社会生活中能否实际应用，还需进一步的区分讨论。

#### 1、强制履行

如前文所述，在当事人未明确约定预约合同的效力时，预约合同的效力仅包括履行磋商义务。磋商义务即为当事人双方就购房事宜进行诚实、善意的洽谈，此时预约合同的标的为进行洽谈磋商的行为，该行为实质上是一种人身性义务。而人身性的义务属于不适宜强制履行的标的的范畴，因此，违反预约合同不适宜采用强制履行的方式追究违约责任。

南宁市中级人民法院支持了这样的观点，其在(2012)南市民一终字第646号民事判决书中认为，购房者要与开发商签订正式的《商品房买卖合同》，需自行与开发商对合同的主要条款进行充分协商并达成一致意见，法院不能强制干涉。

但是，我们应当注意的是，当当事人签订的商品房买卖预约合同符合我国法律规定的“具备认定为商品房买卖合同的要件”时，应当被认为是商品房买卖合同，即具有本约合同属性的合同。此时，法院支持当事人强制履行的请求并不是对当事人的意思表示进行强制，而是对本约义务的强制履行。

#### 2、损害赔偿

损害赔偿在合同法中应用十分广泛，既可以作为独立的救济措施，也可以作为辅助性的救济措施。我国法律对违反商品房预约合同的约定所应承担损害赔偿责任作了明确的规定，《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。”

而在面对商品房买卖预约合同这一特殊类型



的预约合同，当强制履行不能适用于预约合同时，损害赔偿则成为了最常用的救济手段。但对损害赔偿的范围应当如何确定，是否包含期待利益损失等等却没有统一的司法意见。

笔者认为，违反商品房买卖预约合同而承担损害赔偿时，范围包括信赖利益损失但不包括期待利益损失。虽然违反预约合同的责任性质是违约责任，但相对于本约而言，违反预约合同的行为也可以视为是订立本约的缔约过失行为，预约合同的违约责任范围应当相当于本约的缔约过失责任范围，这才符合法律公平、平等的基本原则。因此，预约合同的损害赔偿范围包括信赖利益损失。

而商品房买卖预约合同的履行并不必然导致房屋交易的结果，预约合同的履行并不直接产生任何经济利益，因此，预约合同损害赔偿的范围不应当包含期待利益的损失。

北京第三中院在（2013）三中民终第00693判决书中持上述观点，支持了购房者提出的信赖利益部分的损害赔偿请求，驳回购房者的期待利益部分的请求。

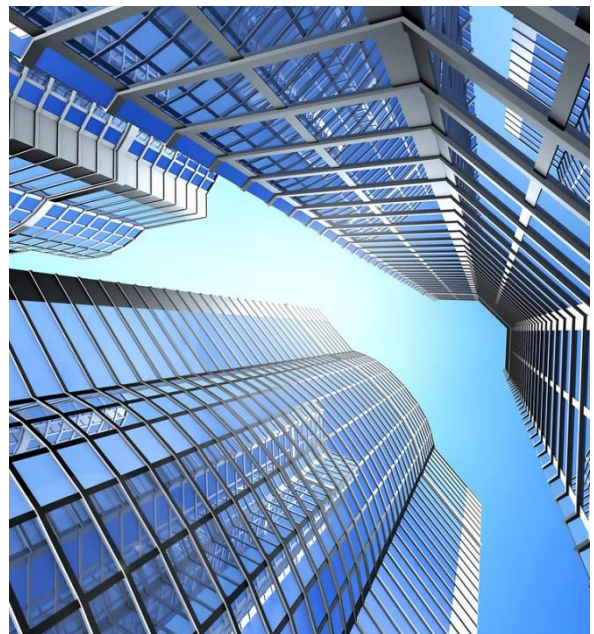
### 3、违约金、定金

预约合同中，定金与违约金的适用与其他合同并无太大区别，都是当事人经合意后确定的救济方式。定金与违约金二者不能同时适用，但定金或违约金可以与损害赔偿同时适用，如果定金或违约金无法弥补守约方的损失，守约方依然可以继续向法院主张要求违约方承担损害赔偿责任。

### 三、总结

商品房买卖预约合同是独立的一类合同，与商品房买卖合同有着众多不同之处。契约自由和诚实信用原则、允诺禁反言原则以及我国相关法律法规是商品房预约合同的几个重要的效力基础。

在理解前述效力基础之后，笔者认为结合“必须磋商说”和具体的法律规范如关于损害赔偿的规定、或者结合当事人订立的违约金条款或定金条款，对“必须磋商说”加以补充，方能解决“必须磋商说”流于形式化的问题。虽然违反商品房预约合同之后，不宜采用强制履行的手段，但仍然可以通过损害赔偿请求、订立违约金条款或定金条款的方式让违约方承担违约责任。守约方请求违约方承担损害赔偿责任的，赔偿范围包括信赖利益损失但不包括期待利益损失。



①傅静坤. 二十世纪约法 [M]. 北京：法律出版社，1997：89

②李竞雄. 预约合同法律效力研究 [D]. 上海：复旦大学，2010：25

③韩强. 论预约的效力与形态 [J]. 华东政法学院学报，2003，1：47

④王利明. 合同法研究（第一卷） [M]. 北京：中国人民大学出版社，2002：250

#### 作者简介

吴承伟，中共党员，2013年7月毕业于上海海事大学国际法学专业，获得法学硕士学位。2010年以419分的成绩通过国家司法考试并于2011年取得国家法律职业资格，研究生毕业后即加盟福建天衡联合律师事务所。学习成绩优异，本科和研究生学习期间曾分别获得2009年度国家奖学金以及2012年度研究生国家奖学金，经过系统、专业的法律学习，掌握了扎实的法学专业知识，对海商海事、国际贸易、公司等商事及涉外法律有较深入的学习和研究。为人热情，善于沟通，做事认真严谨，逻辑思维强，具备出色的工作能力。

联系电话：0592-6304586、13774665676

吴承伟

天衡联合律师事务所

律师



## 民间借贷案件评析 ——以福建省高院审判实务为例

民间借贷主要指公民之间、公民与非金融机构、企业之间的借款行为，是司法实践中一类极为普遍的案件，也是当事人日常生活中极易碰到的一种诉讼纠纷。笔者经对福建省高级人民法院（下称“福建省高院”）在中国裁判文书网上发布的民间借贷纠纷民事裁判文书进行梳理，进而对民间借贷的相关司法倾向意见进行总结，以期对处理此类案件有所裨益。

### 一、关于管辖权问题

（一）款项出借地法院有管辖权。

在（2014）闽民终字180号民事裁定书中，当

事人不服管辖权异议裁定提起上诉，福建省高院裁定：案件的出借款项划出地福州市鼓楼区为合同履行地，结合本案的诉讼标的及级别管辖的相关规定，福州中院对本案具有管辖权。

案件评析：

1、根据《中华人民共和国民事诉讼法》（2012年修订）【以下简称《民诉法》】第二十三条的规定，被告所在地或合同履行地，当事人任选其一，两者不存在优先的问题。

2、根据《最高人民法院关于如何确定借款合同履行地问题的批复》规定，除当事人另有约定

外，应确定贷款方所在地为合同履行地；即款项借出地为合同履行地。本案即采用此观点。而《中华人民共和国合同法》第六十二条第三项规定：“履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行……”此与上述批复规定不同，由于上述批复并未被废止，且系针对借款合同的专门规定，故在司法实践中仍被适用。

（二）涉外民间借贷中可供扣押的财产所在地法院有管辖权。

在（2014）闽民终字第8号民事裁定书中，上诉人许某及被上诉人陈某均已取得香港特别行政区居民身份，二者间的民间借贷纠纷，陈某在向工商部门查明许某为某一在泉州注册且合法存续的外资公司的股东后，以许某在该公司住所地福建省晋江市有可供扣押的财产为由向泉州中院起诉。一二审法院均支持了许某的主张。

案件评析：

根据《民事诉讼法》第二百六十五条之规定，因合同纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，可以由可供扣押财产所在地人民法院管辖。本案即认定在外资公司合法存续的情况下，其股东在公司住所地具有可供扣押的财产，从而公司住所地法院具有双方当事人之间民间借贷纠纷的管辖权。

## 二、关于真实借贷关系的证明问题

（一）大额借贷由原告证明存在真实的借贷关系

在（2014）闽民终字第67号民事判决书中，叶某、罗某（系夫妻关系）向陈某出具《借条》一张，写明借款金额为1470万元。陈某委托其子通过银行账户向罗某银行账户汇款1000万元。陈某主张叶某及罗某向其借款1131万元，另有131万

元系通过现金形式交付。一、二审法院均认为，《借条》虽写明借款1470万元，但陈某主张实际出借金额为1131万元，其起诉称131万元通过现金形式支付，但未提供充分证据证明，故通过汇款方式出借的1000万元叶某、罗某应予偿还，对于陈某131万元借款偿还的主张不予支持。

而在（2012）厦民初字第218号民事判决书中，被告骆某分别向原告李某借款10万元，并出具两份《借条》，分别写明借款金额五万元。借款期限届满后，骆某未如期归还借款，遂成讼。法院认定，由于被告无理由不到庭，且原告持有讼争《借条》原件，可认定原告已交付讼争借款。遂判令被告骆某返还借款。

案件评析：

在在大额民间借贷中，仅凭借条不足以证明真实借贷关系的存在，根据“谁主张，谁举证”的诉讼规则，原告必须举证其已交款借款合同约定的借款数额。而在小额民间借贷案件中，真实借款关系的举证责任发生倒置，在原告举证借条原件的情况下，要由被告举证借款反映的借款关系不真实；如被告不出庭应诉或举证不能，则可直接支持原告的主张。

（二）存在两份以上内容相似的《借款合同》，后一份可变更前一份借款合同关系，构成事实上的债务转让。



在（2014）闽民终字第50号民事判决书中存在两份《借款合同》。2012年8月甲与A公司签订《借款协议》，约定A公司向甲借款500万元，乙和B公司对该借款承担连带保证责任。后甲依约付款。2012年9月甲乙签订一份《借款协议》，约定乙向甲借款500万元，丙、A公司和B公司对该借款承担保证责任。甲并未向乙再付款。福建省高院认为后一份借款合同是对前一份合同的变更，二者指向同一笔500万元的借款。

案件评析：

认定存在一个真实的借款关系还是两个借款关系是本案的关键问题。而根据本判决，法院认为两份合同主体基本相同，仅是主体地位略有不同，各方当事人对两份协议上各自签名的真实性均无异议，表明乙自愿承担A公司的意思表示是明确的，故构成了合同变更。

### 三、关于借款利息问题

（一）已经支付的超四倍利息的处理。

在（2014）闽民终字第45号民事判决书中，林某向吴某借款500万元，约定借款期限为1个月，月利率为4%。后经双方同意，合同展期。林某依约按月向吴某付息7个半月共计150万后不再付息，吴某在第12个月后起诉，要求还款付息。在已支付的7个半月的超银行贷款利率4倍标准的利息的问题上，法院认为超过部分不予支持，应予调整，林某已经支付的150万利息应予以扣除。最终判定林某应向吴某返还借款本金500万元并按银行同期贷款利率四倍标准支付出借日至还款日的利息，但应扣除已支付的150万利息。

案件评析：

笔者查询了省高院的其他判决，在已经支付的超四倍利息的扣减上，福建省高院均按上述算法扣减。但笔者以为该算法有悖于相关法律规定，

林某已经支付的150万款项并非全部属于借款利息，还包含已归还的部分借款本金。如判决中所引的《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）》第二十一条之规定，“债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，人民法院应当按照下列顺序抵充：

（一）实现债权的有关费用；（二）利息；（三）主债务。”林某每个月向吴某支付的20万款项中除根据银行同期贷款利率的4倍标准支付利息外，余下部分应为偿还本金。具体为：2012年5月18日支付当月利息10万=500万\*2%，并偿还本金10万，当月余本金490万；6月18日支付当月利息9.8万=490万\*2%，并偿还本金10.2万，当月余本金479.8万；7月19日支付当月利息9.596万=479.8万\*2%，并偿还本金10.404万，当月余本金469.396万；如此类推计算，至林某支付150万时，其以支付完7个月半的利息，并偿还了本金75.43万元，剩余本金424.57万。而如果按此算法，则显然对借款人更为有利。司法实践中也有部分基层法院及中级人民法院采用此种算法。

（二）劳务费、管理费及违约金等问题的处理

在2014闽民终字第169号民事判决书中，双方签订的《借款协议书》中约定了违约金。出借人据此诉请判令借款人依照协议约定承担违约金，但法院认定此属于变相高利贷，且法院已支持出借人酌定按月利率2%（银行同期贷款利率四倍标准）收取利息，故对此项违约金请求不再支持。

案件评析：

在其他的一些案件中均有类似的判决，福建省高院对此的态度是明朗的，即为了防止变相高利贷，无论当事人约定的款项名目为何，有无约

定违约金，除本金外，法院能够支持的出借人的其他利益诉求不超过银行同期贷款的四倍利率标准。

#### 四、借款人的主体问题

（一）法定代表人以公司名义出具的借条并加盖公章的情况下可认定公司为借款人。

在2014 闽民终字第169号民事判决书中，谢某建与A公司签订《借款协议书》，约定A公司向谢某建借款1300万元，该公司的法定代表人谢某干作为保证人在借款协议书上签字。后谢某建通过他人分两笔付清出借款项。A公司随即向谢某建出具收据，确认收到借款1300万元。谢某干向谢某建分三次还款500万元后即不再还款。谢某建遂起诉要求A公司还款付息，并由谢某干承担连带责任。A公司辩称，谢某建未向其支付出借款项，借款协议书并未履行，讼争借款系与公司无关。二审法院认为，结合以A公司名义签订的《借款协议书》、A公司出具的收款收据等证据能够证明本案借款关系成立。收款收据的记载能够证实谢某干代表A公司收取了谢某建1300万元借款。



案件评析：

本案谢某建的款项并未汇入A公司账户，而是由其法定代表人谢某干收取，A公司却被判令承担还款责任。主要原因在于，借款协议书及收款收据是以A公司名义出具的，并加盖了A公司公章。在此情况下，出借款项虽然是由谢某干收取，但因其为法定代表人，具有法定的代表公司从事相关行为之职权，在法律上其行为即被视为A公司的行为。

（二）应从款项出借的合意、支付形式、款项使用等情况加以综合判定借款人。

在2013 闽民终字第1207号民事判决书中，A公司法定代表人何某向江某借款10笔共计59万元，并由双方签订了7份格式一致的借款协议书。收到款项后由A公司出纳罗某在公司向江某出具收款收据。后由于何某没有再向江某支付资金占用费，江某诉至法院要求A公司还本付息。A公司辩称江某提供的借款协议收款收据的记载均是何某，该借款与其无关。法院认定，从款项出借的合意上看，案涉所有书面材料均无何某本人签字而仅加盖其私章；收款收据上公司出纳罗某的签名。对此，江某关于A公司为规避公司融资之嫌而以法定代表人江某出面借款之说法的可信度较高。从款项交付上看，每笔款项均在A公司交付公司财务人员罗某，由其以何某名义签订借款协议并开具收款收据，罗某履行的是职务行为。从款项用途上看，所借款项均由罗某入账处理，此表明借到的款项并非由何某个人支配，而是由A公司使用。福建省高院综合分析判定借款人为A公司。

案件评析：

借款协议书等的记载不是判断借款人的唯一依据，司法实践中还会综合款项出借的合意、支付形式、款项使用等情况加以判定。

#### 作者简介

2001年毕业于厦门大学材料科学与工程系，毕业后在科研单位从业2年、在企业任职高管10年。广泛的涉猎和持续的自我学习赋予其多种资质，精通英语，持人事部翻译资格证，能以英语做工作语言并为客户提供口笔译服务，亦熟练掌握日语交流；业余时间酷爱自助旅行，曾独自出游十余国。2010年一次性通过司法考试，获得法律职业资格证并兼任公司法务。理工出身之背景及长年跨专业、跨领域、跨文化的个人经历，使其在独特而丰富的工作经验之外，更在敬业爱岗、高效务实、客户需求、终身学习与沟通交流方面有着深刻的理解。现师从孙卫星主任律师，为厦门市轨道交通一号线征迁项目提供全程、全面的法律服务。

联系电话：0592-2956450、13950139039

江晟

天衡联合律师事务所

律师助理



## 浅议土地房屋征收中的城市住宅小区空地 补偿程序

### 【前言】

自《物权法》于2007年实施以来，公益征收的原则得到明确。随着《国有土地上房屋征收与补偿条例》的实施，及各地制订实施该条例的地方法规，公益征收法律体系已经得到确立和进一步的完善。但作为一项综合行政行为，土地房屋行政征收领域中，不可避免的会遭遇法律没有明确规定或规定存在冲突的情况，征收范围内的城市住宅小区空地处理问题即是其中一例。本文结合某地案例介绍实践当中对这一问题的解决方式，并尝试从行为定性、职权依据、社会效果等方面，讨论此种情况下何种补偿程序更为适用。

### 一、问题的引入

某地开建一项重点交通公益工程，建设范围内的土地房屋由行政区划的人民政府作出房屋征收决定、进行征收。其中一处征收范围，包含了某成熟商品房住宅小区宗地范围内的部分空地。由于该小区一直未成立业主大会，众多业主难以共同决定就这块共有的空地与征收方达成征收补偿协议。项目业主也无法通过转让方式取得该空地。为了公共利益的需要，最终只能由行政机关行使职权，作出行政决定取得该空地的权属。

### 二、两种补偿程序的适用

由于不涉及房屋搬迁，如何实施这一行政行



为，在法律适用等方面存在诸多讨论。

#### （一）适用国有土地使用权收回程序

一种观点认为，对于不涉及房屋搬迁、仅改变城市住宅小区宗地范围内空地权属的行政行为，系国有土地使用权的收回，依法应由土地行政主管部门行使职权，经人民政府批准后，遵循“收回并给予补偿”的原则实施这一行为。

首先，从行为的客体来看，土地的“征收”系指国家依法征收集体所有土地，使之转变为全民所有即国家所有的行为。而该小区空地已经系国有土地，因此并不适用“土地征收”的概念。立法实践中，《中华人民共和国土地管理法》第二条、第二十条、第二十三条、第二十五条、第二十六条等规定之征收条件和程序也可看出，“土地征收”的前提是土地为集体所有。其中土地管理法第二十三条第（二）项还规定：“由市、县人民政府土地行政主管部门审查，拟订农用地转用方案、补充耕地方案、征收土地方案……涉



及国有农用地的，不拟订征收土地方案……”这一条文可以解读为，从补偿的角度明确了国有土地不适用“征收”的概念。

其次，从行为的结果来看，该小区空地的土地所有权并未发生变动，发生变动的是土地使用权。而这一变动并非土地使用权人的出让所致，故为国有土地使用权收回的行政行为，应当适用《中华人民共和国土地管理法》第五十八条、《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十条、《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让暂行条例》第四十二条关于因公共利益需要可以依法收回并给予补偿的规定。其中，《中华人民共和国土地管理法》第五十八条以列举方式明确了实施这一行为的法定情形，并明确了职权与程序。根据这一条文，实施国有土地使用权收回的行政机关是土地行政主管部门，程序主要是报原批地政府或有批准权的政府批准，收回国有土地使用权，并给予补偿。实践中，一些地方即遵循上述程序，对已出让、未开发的土地进行处置，如天津市海新区规划和国土资源管理局作出的一份《土地使用权收回决定》载明：“……根据土地管理法第五十八条第一款第（一）项的规定，报经滨海新区人民政府批准，决定依法收回某公司受让的津轻纺（挂）2010-2号宗地土地使用权”；为此给予的补偿，系将涉及的土地出让金退还某公司。

#### （二）适用国有土地上房屋补偿程序

另一种观点则认为，该行为导致相对人的土地房屋综合价格受到了影响，仍属于房屋征收补偿的范畴。应按照国有土地上房屋征收与补偿的规范，由区级人民政府行使职权，遵循“先补偿后搬迁”的原则实施这一行为。

首先，公益征收不仅指房屋征收，还包含了

不动产征收。由《物权法》第42条关于“征收单位、个人的房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益”的规定可以清楚的看出这一点。而作为我国法定的四种用益物权之一,建设用地使用权属于不动产物权的范畴。因此,空地未必不适用“征收”的概念。

其次,从补偿的角度来看,城市住宅小区宗地范围内的空地未必能简单等同于“纯粹”的国有土地使用权。相对人受到的影响包含了土地和房屋两部分,而不仅限于空地的国有土地使用权。城市住宅小区经过成熟的开发,容积率普遍大于一,小区业主购买房屋时,实际是支付了包含土地、房屋在内的综合价格方才取得了小区空地的共有权。若不考虑其他因素的影响,减少小区空地使容积率上升、生活品质下降,导致的价格变动直接用于房屋的价值。而这一价格变动往往并不等同于纯粹的土地使用权收回价值,也就是往往不等于按照土地出让金结合土地有偿使用合同期限余期计算而得的残值。根据房屋征收补偿评估的相关规范,房屋的价格,与区位、用途、面积、成新、权益状况、结构形式、使用率、楼层、朝向、容积率、院落、空地等因素相关。可见,通过房屋征收补偿程序,完全能够评价宗地减少而致房屋价值产生的损贬。

### 三、总结

笔者认为,由于空地已直接形成净地,并不涉及“搬迁”,相较于典型的房屋征收而言,相对人受到的影响较为微小。两种程序在达到取得建设用地使用权方面可谓殊途同归。在综合考虑实施主体是否具备职权、程序是否正当、相对人利益保护、或有诉讼的审级等问题的基础上,笔者认为,相对人众多的情况下,实施房屋补偿程序更为稳妥。



从价值取向上来看，若实施土地收回程序，由于法律没有规定土地收回决定需要进行方案征求意见、收回商谈等前置程序，而是国家作为土地所有权人，根据公共利益的需求，直接收回土地使用权，并因而给予相对人适当补偿。可以说，这一模式具有明显的效率上的价值取向。若实施房屋征收补偿程序，按照房屋征收历经多年沿革形成的严密机制，行政机关需要实施一系列行政行为、民事行为，才能最终通过有效的征收决定和补偿协议或补偿决定，完成物权变动。因此可以说，这一模式更具有公平上的价值取向，更适合在业主众多的情况下实施。

房屋征收是否包括单纯征收房屋宗地范围内的空地，从而使市、县（区）级人民政府具备相应职权，能够适用房屋征收补偿程序对土地进行补偿？从房屋征收的目的来看，除去因文物保护、防灾减灾等非为了拆除而实施之征收以外，其他公益征收的目的，多是为了取得土地使用权，而对房屋给予征收补偿。甚至可以说，以拆除为后续结果而实施的房屋征收，本身即是国有土地使用权收回程序的一部分。这一性质清楚的反映于《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十三条第三款关于“房屋被依法征收的，国有土地使用权同时收回”的规定。相应的，土地使用权收回的制度也包含了对地上房屋的处置，如《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让暂行条例》第四十二条规定的：“国家对土地使用者依法取得的土地使用权不提前收回。在特殊情况下……国家依照法律程序提前收回，并根据……已使用的年限和开发、利用土地的实际情况给予相应的补偿。”该条文所表述的“开发、利用土地的实际情况”，即涵盖了存在需要给予房屋征收补偿的情形。

同时，房屋征收的前置程序往往也“内嵌”

了土地收回所需的批准步骤。房屋征收往往援引建设项目审批的诸多程序，其中经常含有土地行政主管部门审查用地范围、并报人民政府核定用地红线的步骤。此种情况下，应当可以认为原批地政府或有权批准的政府，以批准红线的方式，准予有权机关对红线内的不动产依法开展征收补偿。此后，有权机关援用地红线明确征收范围，并经法定程序发布征收决定，对征收范围内的房屋所有权及国有土地使用权一并开展征收补偿，未尝不是一种节约资源、提高效能的合理做法。若僵硬的执行房屋与土地两分的做法，反而可能产生同一征收范围内，房屋由市、县政府实施征收，与房屋相接的空地却由土地行政主管部门实施收回的情形。而这两种程序在是否需要征求意见、是否必须先行商谈等方面存在显著差异，可能使相对人对两个行政主体的工作都难以理解，徒增两个行政行为在合理性、互动性方面的障碍。社会效果上来看，由于该地实行“地房一体”的权属登记办法，相对人普遍持“空地之上均附有房屋产权”的概念，因此也更能够理解房屋征收补偿模式的合理性。

最终，在房屋征收补偿的框架下，历经入户调查、征求意见、意见反馈、征收决定、通知组建业主大会、公告商谈通知、公告评估结果等一系列步骤，相对人已普遍认识到最终必须作出的补偿决定，确非归责于征收方的原因所致。一系列行政行为得以在法定最短的时限内平稳实施。可见，类似于交易架构的设计，行政机关也可在充分理解法律规范要求、行为后果影响的基础上，设计行政行为的实施架构，以达公平与效率兼顾、职责履行与社会效果双赢的结果。而这，也是专业服务对于土地房屋征收这一综合行政行为的重要价值之一。

謹賀新年

HAPPY  
NEW YEAR



天衡联合律师事务所

恭贺

## 本期主题：银团贷款专项法律服务方案

# 为您量身定做 的法律服务

本所公司商事律师团队拟提供的银团贷款专项法律服务主要由以下工作内容组成：

- 对借款人及贷款项目进行尽职调查，进行法律风险提示，并制定具有可行性的解决方案；
- 参与贷款方案（包括融资交易结构、担保安排等）的设计，协助委托人审核和完善贷款方案，并提供相关法律咨询意见；
- 参与贷款银团的组建，协助牵头银行落实银团组团前期工作，草拟前端文件；
- 起草、修改、审阅全部融资文件（银团贷款合同、银行间协议、银团贷款担保合同、帐户监管合同等）；
- 参加银企之间、银行之间的重要会议和谈判，出具法律意见书；
- 对银团贷款协议履行过程中所发生的问题提供法律咨询意见，协助处理贷款后期管理和风险控制中的各项法律事务；
- 为银团内部的份额转让、银团贷款展期、担保手续的办理等事项提供法律服务。

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：吴欣轩 合伙人、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业务部，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