

房地产开发 法律操作实务

上海市建纬律师事务所◇主编

FANGDICHAN KAIFA FALV CAOZUO SHIWU

◆ 收购转让篇 ◆ 融资探索篇 ◆ 房屋交易篇
◆ 风险防范篇 ◆ 商业地产篇 ◆ 开发区建设篇 ◆ 征收补偿篇



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

.. 013039550

D922.181.4
54

房地产开发 法律操作实务

上海市建纬律师事务所◇主编

FANGDICHAN KAIFA FALV CAOZUO SHIWU



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



北航

C1647867

D922.181.4
54

图书在版编目(CIP)数据

房地产开发法律操作实务 / 上海市建纬律师事务所
主编. —北京:法律出版社,2012.12
ISBN 978-7-5118-4262-6

I. ①房… II. ①上… III. ①房地产法—基本知识—
中国 IV. ①D922.181

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 273756 号

房地产开发法律操作实务
主编 上海市建纬律师事务所

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社	开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
总发行 中国法律图书有限公司	印张 35.5
经销 新华书店	字数 889 千
印刷 北京北苑印刷有限责任公司	版本 2013 年 1 月第 1 版
责任印制 陶 松	印次 2013 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4262-6

定价:86.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

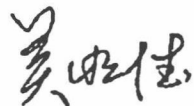
12年前,当时我正担任司法部律师公证司副司长、全国律协秘书长,在北京京西宾馆召开的中国律师2000年大会期间,我和时任《中国律师》杂志社主编的刘桂明碰到上海建纬所的主任朱树英。我们都认为:作为一家已取得实际成效且注重实务研究的专业律师事务所,应该有一本属于事务所自己的刊物,这也是律师事务所文化建设的重要组成部分。朱树英主任接受了我们的建议,当年8月1日,建纬所的双月所刊《建纬律师》正式刊出。一晃已12年,建纬所能够长期坚持办好律所的专业所刊并且越办越好,这是十分难能可贵的。

建纬所从1992年建所至今已20年了。建纬所在建设工程和房地产领域专业法律服务的20年发展正逢其时。我国改革开放已逾30年,今年又是邓小平同志著名的南方讲话发表20周年。20年来,中国经济高速发展,取得了举世瞩目的成就。在这期间,房地产及各种建设工程快速发展成为中国经济发展的典型代表和缩影。我国的改革发展和城市化进程的加快,城市大规模的房地产开发和工程建设的规模从小到大、由弱变强,其管理从杂乱无章到渐次有序,政府主管部门、开发商、承包商等相关从业者功不可没,其中也包含了法律工作者的努力,尤其是专业律师为之提供专业法律服务的心血和贡献。

20年来,作为中国内地首家以建筑、房地产、城市基础设施建设领域法律服务为特色的专业律师事务所,建纬所始终秉持“超前、务实、至诚、优质”的服务理念,不断深化和拓展法律服务的领域和地域,现已形成上海总所与北京、深圳、苏州、昆明、武汉、长沙、杭州7个分所以及数家联盟所资源共享的规模化法律服务格局。在以优质服务于客户的同时,建纬所始终着眼于行业前沿,开展了许多前瞻性专业课题研究;与此同时,建纬所始终不忘其所肩负的社会责任,利用各种形式,通过各种渠道,为中国房地产和工程建设规范化、法治化积极建言献策、身体力行。建纬所的努力得到了良好回报,越来越多客户的信任,以及数不清的各种荣誉都证明了建纬20年的辉煌。

建纬所在律师界专业地位和良好声誉来之不易,是20年来许许多多建纬所同人不断努力和坚持付出的成果。为庆祝建纬建所20周年,建纬所从《建纬律师》过往各刊中挑选有关房地产的专业论文汇集成册正式出版非常有意义,对律师同行的专业进步有借鉴作用。我诚挚地对20年来所有建纬同人表达崇高敬意和由衷谢意!

往昔的辉煌只是鞭策我们继续前进的动力。希望今日之建纬人更加奋发努力,再铸明日建纬所新的辉煌。



2012年8月1日

■ 收购转让篇

认真对待物权法:房地产项目转让须谨慎	(3)
房地产项目转让中“一地数转”的法律问题与建议	(10)
以兼并方式获得企业产权的法律问题	(15)
新公司法关于房地产项目股权并购的创新性适用	(20)
以股权转让方式转让开发项目操作中涉及国有股权转让的法律问题	(24)
房地产开发项目转让的税务法律问题	(28)
房地产项目收购法律尽职调查实务简析	(34)
收购房地产开发公司应注意的法律问题	(37)
房地产项目转让债务风险分析和对策	(42)
不动产物权变动原理与房地产公司股权转让的法律风险及其控制	(46)
房地产项目转让中受让方的尽职调查	(52)
房地产项目转让时应充分考虑清算土地增值税因素	(58)
房地产项目转让受让方律师合同谈判与合同拟制之道	(60)
项目转让过程中处理员工劳动关系应当注意的问题和对策	(64)
抓住项目开发问题症结确定股权收购具体方式	(68)
以股权方式转让建设工程项目风险与应对	(72)
外资并购境内企业相关的法律实务问题	(77)
企业购并中的若干税法问题	(86)
针对土地使用权的不同情况实施公司股权转让中的土地使用权并购的不同对策	(92)
股权转让合同效力的实务探讨	(100)
以股权重组方式实现房地产项目转让应注意的法律问题	(105)
以股权转让方式转让土地使用权的效力、生效以及法律风险防范	(109)
房地产企业股权激励机制法律问题探析	(114)
房地产开发企业股权重组中的税务筹划与规避	(120)
瑕疵出资股权转让合同效力与民事责任承担	(124)
建筑类有限责任公司股权对外转让相关法律问题	(130)
律师在房地产及建筑企业股权转让中提供尽职调查法律服务的内容及要点	(136)

■ 融资探索篇

房地产民间借贷融资模式评析兼论对债权人利益的保护	(143)
房地产宏观调控投融资及贯彻税收政策应注意的问题	(146)
外商投资深圳房地产业相关法律问题分析	(161)
REITs 的域外法律介绍以及在我国存在的法律障碍	(179)
我国房地产企业在目前形势下可供选择的融资模式分析	(184)
中小房地产企业利用受限股权融资的法律思考	(189)
“烂尾楼”信托处置法律设计和风险控制探析	(191)

■ 房屋交易篇

二手房买卖信息披露问题探析	(199)
二手房买卖居间合同存在的法律问题	(203)
二手房专项维修资金由谁埋单	(206)
住宅底商租赁法律风险分析及防范	(209)
对湖南“住改商第一案”的法律思考	(213)
买卖不破租赁原则的适用	(217)
租赁合同纠纷疑难问题	(221)
次承租人租金代偿请求权和合同解除抗辩权	(224)
我国承租人之优先购买权	(227)
我国廉租房问题探析	(230)
房屋经纪公司客户跳单的法律困境与建议	(233)
徘徊在“对价”与“会费”之间 ——关于物业服务费的法律属性的讨论	(236)

■ 风险防范篇

房地产开发企业法律风险防御体系的构建	(243)
当前商品住宅典型交房纠纷及其应对技巧	(248)
房地产开发商与购房业主之间常见的几种纠纷类型及应对措施	(256)
开发商交房程序的合理设计及风险防范	(260)
楼市危机中的退房风险与应对建议	(265)
楼市危机中的退房与反退房攻略	(269)
无理由退房是毒品也是良药	(274)
开发商要求退地或延建是否可行? ——以《国有建设用地使用权出让合同》示范文本为例	(277)
以股权质押方式实现房地产项目转让的现状与风险分析	(281)

房地产冬天里的“一把火”

——房地产融资现存问题及对策	(285)
“烂尾楼”及其贸然接盘的相关法律问题	(287)
因防雷工程未验收导致的退房纠纷分析	(291)
因首付提高导致退房纠纷分析	(294)
正确理解免责条款,避免逾期交房风险	(297)
施工企业应审慎面对房地产企业因金融危机而导致拖欠工程款现状	(300)

■ 商业地产篇

商业地产租赁法律风险流程化解析	(309)
住宅底商涉及法律问题初探	(317)
酒店式公寓法律问题	(320)
商业地产投资模式选择与法律风险控制	(326)
商铺招商阶段、租赁阶段法律风险控制	(331)
商业地产收购并购中的尽职调查	(337)
商业地产售后返租的法律风险和防范	(341)
售后包租的法律规制及风险防范	(344)
商业地产的法律风险分析	(348)
商业地产的保险与规避风险	(354)
开发商自持商业物业法律问题探析	(360)
房地产开发企业在假按揭中的风险	(364)
揭开“预租”的神秘面纱	
——关于商业地产预租法律问题的反思	(369)
商铺租赁合同纠纷常见法律问题探析	
——以一起典型案例为视角	(374)
商业地产物业电梯管理的安全保障风险及其控制	(377)
商业租赁典型纠纷案例解析	
——以最高人民法院审理的三个案例为据	(381)
以案论法	
——出租人强行收铺有何法律风险?	(384)
从一起案例浅析产权式商铺之“伤”	(388)

■ 开发区建设篇

开发区管理模式设计的相关法律问题	(393)
开发区基础设施建设法律风险与防范	(399)
开发区设立国有投资公司组织架构和管理模式实务	(407)
以 BT 模式进行开发区基础设施建设的法律问题	(411)

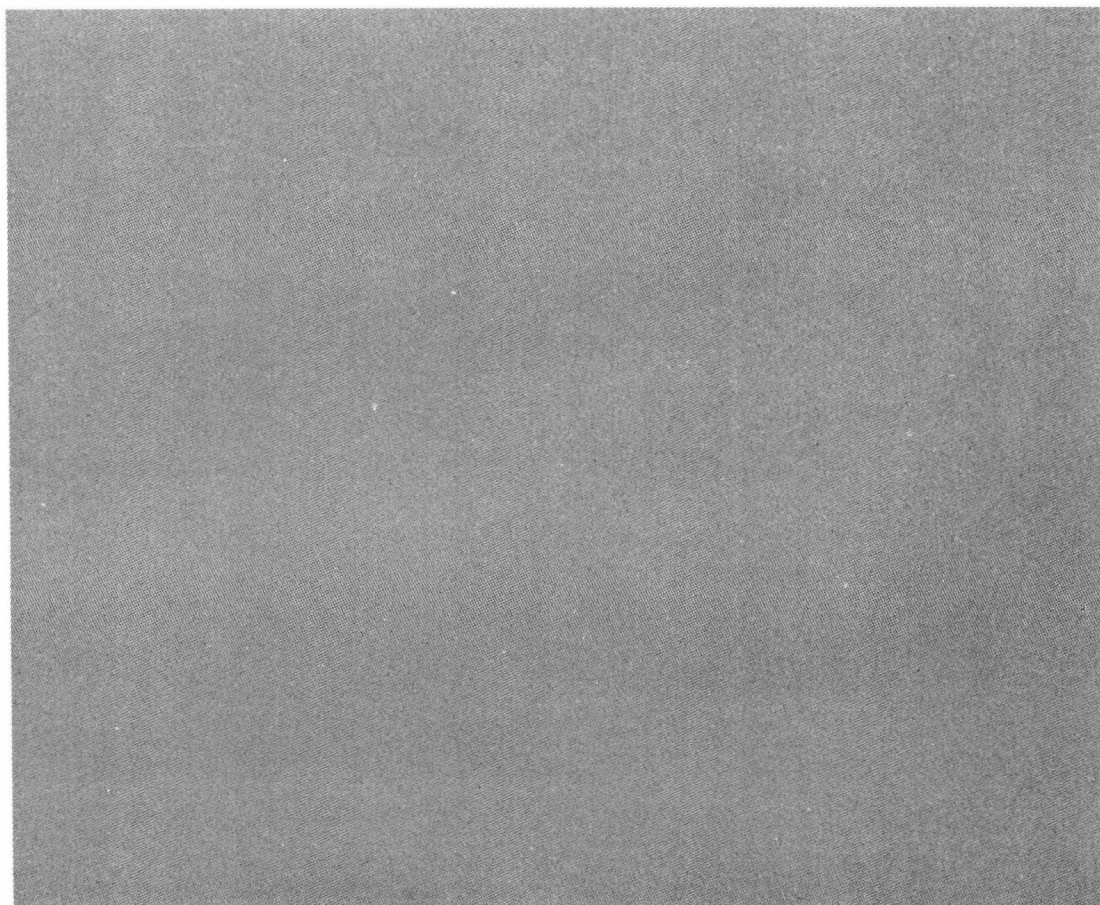
如何在开发区(工业园区)开展法律服务

——建纬所在苏州工业园区法律服务中的经验	(417)
签署厂房定建租赁合同应注意的主要法律风险及应对措施	(420)
工业园区工业厂房定向建造的模式及法律问题	(424)
沿海开发“飞地经济”模式和实现方式及应注意的法律问题	(426)
境外投资人投资中国开发区应当关注的若干行政法律风险	(431)
直接银团贷款的若干法律问题分析	(437)
沿海经济带建设中滩涂和海域所有权、使用权的征收补偿法律制度	(446)
开发区土地一级开发融资实务	(454)
政府在招商引资过程中的法律风险及其防范	(457)
政府在招商过程中应注意的法律问题及法律风险	(460)
企业在开发区有偿使用、取得土地使用权探析	(463)
沿海风电项目开发运营活动中的特殊法律问题	(467)
港口建设可利用的几种项目融资形式分析及法律服务	(474)
港口建设中 BOT 模式应用的研究	(480)
我国港口建设与 PPP 模式	(485)
关于开发区设立创业投资引导基金的几点分析	(491)
REITs: 开发区引入房地产融资新模式	(495)
工业地产开发模式及相关法律问题	(504)
开发区过渡期规划的法律问题	(512)
开发区发展与环境保护	(517)
以股权转让方式收购开发区工业用地中的法律问题	
——基于一起土地收购办案实录的整理	(519)
从一起补交巨额土地出让金事件谈建设单位变更规划设计条件的法律责任	(523)

征收补偿篇

属于无偿划拨范围的项目才属于公共利益的范围	(531)
国家征收中“为公共利益需要”的界定和判别	(533)
征收拆迁制度中公共利益的界定	(537)
集体土地上房屋拆迁立法的思考	(541)
房屋拆迁补偿权益在离婚及继承案件中的法律问题探讨	(547)
国有土地上房屋征收抵押权人优先受偿权的保护	(550)
城中村改造中的公共利益何在	(554)

收购转让篇



认真对待物权法： 房地产项目转让须谨慎

■上海市建纬律师事务所 朱树英
江苏金鼎英杰律师事务所 车捷

2007年3月16日,十届全国人大五次会议经过认真审议,郑重地通过了《物权法》,自2007年10月1日起施行。作为规范财产关系的民事基本法律,物权法必将对我国社会的各行各业产生不同程度的影响,其中房地产行业受到的法律影响应尤为显著。物权,是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。这里的物,主要是指有形财产,包括不动产和动产。不动产是指不可移动的有形财产,如土地及房屋、林木等地上附着物。动产是指不动产以外的物。房地产行业几乎涉及了物权法的所有调整对象,如土地、房屋等。因篇幅所限,本文重点分析我国《物权法》相关规定对房地产项目转让的法律影响,并对房地产项目转让过程中不同阶段的风险控制提出意见和建议,以期对我国物权法施行后如何运作房地产项目转让提供借鉴与参考。

一、房地产项目转让的界定

房地产项目转让是指房地产开发企业在开发过程中,将具备一定条件的整个房地产项目转让给他人的行为。这里的项目,是指已经具备开工条件或已经开工但尚未开始预售的建设工程。所谓具备开工条件是指建设工程已经立项,取得土地使用权证,土地已经完成“三通一平”和勘探、设计工作,设计方案已获得规划部门批准并已经取得施工许可证。所谓已经开工但尚未开始房屋预售,是指建设工程已经开始基础施工,但尚不具备法律规定的预售条件,未领取《商品房预售许可证》。由于房地产开发往往投资额巨大(数千万甚至上亿元)、开发周期较长(少则两三年,多则十多年),房地产市场变化不定,为及时规避、转移经营风险,投资者会通过转让房地产项目来实现项目收益。

实践中,房地产项目转让主要存在两种方式。

(一)房地产开发项目转让

房地产开发项目转让,是指权利人将其拥有的建设工程项目出卖给受让人,双方就转受让该项目确立权利义务关系的民事行为。我国《城市房地产管理法》第39条、第40条对房地产开发项目转让作出了明确规范,“以出让方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当符合下列条件:(一)按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金,并取得土地使用权证书;(二)按照出让合同约定进行投资开发,属于房屋建设工程的,完成开发投资总额的百分之二十五以上,属于成片开发土地的,形成工业用地或者其他建设用地条件。转让房地产时房屋已经建成的,还应当持有房屋所有权证书。”“以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的,应当由受让方办理土地使

用权出让手续,并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产报批时,有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的,转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。”我国《城市房地产开发经营管理条例》第21条对房地产开发项目的转让手续作了进一步的详细规定,“转让房地产开发项目,转让人和受让人应当自土地使用权变更登记手续办理完毕之日起30日内,持房地产开发项目转让合同到房地产开发主管部门备案”。由此我们也可以看出,房地产开发项目的转让实质上仍是土地使用权的转让。

（二）房地产项目公司转让

目前,无论中央还是地方政府,对房地产项目公司均无系统或专项规定,但实际上注册登记的房地产项目公司在我国早已大量存在。随着房地产市场的发展,投资者发现设立房地产项目公司可以合理地规避市场及法律上的诸多风险,因此投资者每开发一个房地产项目即成立一个公司,各个房地产项目彼此互不影响。据此,本文所称的“房地产项目公司”是指投资者专为开发特定的房地产项目而成立的房地产开发有限公司。房地产项目公司转让就是指投资者注册成立房地产开发有限公司,然后将其持有的公司股权转让给第三人。这种转让是以公司股权转让方式实现房地产项目转让以达到房地产项目投资主体更替的目的。

从我国法律相关规定可以看出,房地产开发项目转让具有审批手续过繁、耗时过久、交易成本过高等缺点。因此,在实践操作中,投资者往往避开直接的房地产项目转让形式,而以转让房地产项目公司股权的方式实现房地产项目转让,即投资者将其持有的目标房地产项目公司的股权转让给第三人,从而由受让方间接取得房地产项目。在公司股权转让的形式下,转让标的是房地产项目公司的股权而不是房地产项目,房地产项目权益作为房地产项目公司的资产随公司投资主体变化而自然转移,因此不需办理房地产项目权属变更登记等手续,从而可以高效、简便、低成本地实现房地产项目的转让。目前,我国法律对以股权转让方式转让房地产项目并没有禁止性规定,这种转让方式在实践操作中被广泛采用,但实践中纠纷不断,如何防范和控制房地产项目转让过程中的法律风险不可小觑。在房地产项目转让中,法律风险主要集中于目标房地产项目公司股权受让方,本文将结合我国《物权法》的最新规定,从维护股权受让方的利益出发,对以股权转让的方式实现房地产项目转让的法律风险及其控制提出建议。

二、我国《物权法》对房地产项目的法律影响

房地产项目公司的股权转让不同于一般公司的股权转让,其主要目的是取得房地产项目的实际控制权并获取收益。因此,在房地产项目公司股权转让过程中,除了防范一般股权转让的法律风险之外,更重要的是,防范转让的房地产项目本身存在的各种法律风险,如果房地产项目无法正常开发,那么股权转让也就失去了意义。新颁布并即将施行的《物权法》中的诸多规定对我国房地产项目有较大的法律影响,应当予以特别重视。

（一）《物权法》的物权变动制度与房地产项目的合法性

房地产项目本身是否合法是房地产项目转让的前提条件。审查房地产项目的合法性的关键在于:目标房地产项目是否权属清晰、有没有瑕疵或其他隐患。即目标房地产项目合法取得了国有土地使用权,这是房地产项目转让的基础。

首先,根据我国《物权法》第9条之规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外”,房地产项目公司不仅要签订《国有土地出让合同》,还必须依法办理土地使用权的登记手续,非经依法登记,则房地产项目公司

尚未取得土地使用权。

其次,根据我国《物权法》第14条、第17条之规定:“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。”“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项,应当与不动产登记簿一致;记载不一致的,除有证据证明不动产登记簿确有错误外,以不动产登记簿为准。”审查房地产项目公司是否取得土地使用权,不仅要查验《国有土地使用证》是否合法有效,还应当核实其国有土地使用证上记载的事项与不动产登记簿是否一致,如不一致,应当以不动产登记簿为准。

最后,房地产项目开发还必须符合我国《城市房地产管理法》和《城市房地产开发经营管理条例》的相关规定,如,房地产开发是否按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地,是否超过出让合同约定的动工开发日期尚未开发,是否会被行政处罚或者无偿收回土地使用权;房地产项目是否符合有关法律、法规的规定和建筑工程质量、安全标准、建筑工程勘察、设计、施工的技术规范以及合同的约定,即处于开发不同阶段的地上建筑物(包括在建、停建、缓建、已建成但尚未销售的、已销售的房地产项目)已经办理了合法的批准手续,即已获得土地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、预售许可证等。

(二)《物权法》的拆迁补偿制度对房地产项目的影

房地产开发往往离不开房屋拆迁。根据我国《城市房地产开发经营管理条例》第22条之规定:“房地产开发企业转让房地产开发项目时,尚未完成拆迁补偿安置的,原拆迁补偿安置合同中有关的权利、义务随之转移给受让人。项目转让人应当书面通知被拆迁人。”因此,房地产项目转让后,房地产项目公司仍可能面临拆迁补偿的问题。目前在房地产市场,“拆迁难”成为普遍问题。随着《物权法》的正式实施,房地产项目公司股权受让人对房地产项目转让应该更为谨慎,对其法律风险应有更为充分的评估。

我国《物权法》第42条、第148条规定,“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益。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;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件”,“建设用地使用权期间届满前,因公共利益需要提前收回该土地的,应当依照本法第四十二条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿,并退还相应的出让金”。由此可见,我国物权法更加严格地限制了征收条件,细化了补偿标准,这必将使我国现行的征收拆迁补偿制度发生颠覆性的变化,无疑会增加房地产开发的成本,同时有可能延缓拆迁的进度进而影响房地产开发的速度。

(三)《物权法》的相邻关系制度对房地产项目的影

随着城市化的发展,在现代都市,建筑物的通风、采光和日照问题日益成为社会关注的问题之一。由于城市土地价值的提升,导致建筑物之间的距离比过去缩小,高层建筑进一步普及,这些变化使建筑物相邻关系的纠纷日益增多,尤其是在通风、采光和日照等方面的矛盾越来越多。因此,我国《物权法》在《民法通则》的基础上专设一章规定了相邻关系制度,并对通风、采光和日照的问题作了明文规定,其第89条规定:“建造建筑物,不得违反国家有关工程建设标准,妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。”

根据上述法律规定,新建的建筑物不得妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照,即使取得了建设工程规划许可证,证明建筑行为是合法的,但只要导致邻近建筑物的通风、采光和日照没有达

到规定的最低标准,也应当认为给邻近住户造成了生活上的妨碍,应当承担相应的责任。这要求投资者在审查房地产项目时,应当注意房地产项目是否符合国家有关工程建设标准,与邻近的建筑保持一定的距离和适当的高度,以免妨碍相邻建筑的通风、采光和日照,为日后发生不必要的纠纷与经济损失埋下隐患。因此,如果一个房地产项目在建设过程中已经与周边的单位和居民产生十分紧张的矛盾时,房地产项目公司股权受让人就需要慎重考虑,因为这些矛盾的存在可能会造成工期大大延期,也会对房地产项目产生较大的负面影响。

(四)《物权法》的建设用地使用权制度对房地产项目的影

随着经济与社会的发展,对土地的需求量越来越大,土地分层次利用的问题也日益突出。但是,在《物权法》出台之前,我国还没有专门对土地分层次利用进行规范的法律、法规,同一宗土地上只能存在一个土地使用权,这使现实中一些专门利用地下或者地上空间的权利性质变得不明确,相关设施的权利人的权利也得不到确认与保护。

我国《物权法》第136条专门就土地分层次利用加以规范,“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权,不得损害已设立的用益物权”。这就要求,设立建设用地使用权必须界定每一建设用地使用权具体占用的空间,即标明建设用地占用的面积和四至,建筑物、构筑物以及附属设施的高度和深度,使建设用地使用权人行使权利的范围得以确定。比如,同一块土地地下10米至地上70米的建设用地使用权出让给甲公司建写字楼;地下20米至40米的建设用地使用权出让给乙公司建一地下商场。在分层出让建设用地使用权时,不同层次的权利人是按照同样的规定取得土地使用权的,在法律上他们的权利和义务是相同的,只不过其使用权所占用的空间范围有所区别。

因此,房地产项目公司股权受让人在进行房地产项目转让时必须特别注意房地产项目的建设用地使用权出让合同中建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间是否符合其房地产开发的需要,建设用地使用权受让后是不能随意改变的,以免无法满足投资需求而产生不必要的损失。

(五)《物权法》的担保物权制度对房地产项目的影

我国《物权法》在《担保法》的基础上,根据实践中出现的一些新情况、新问题,充分吸收国外担保物权立法的先进经验,对担保物权制度作了补充、修改和完善,扩大了可担保财产的范围,实现了从“依法可以抵押的其他财产”到“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产均可设定抵押”的转变并增加了浮动抵押、股权质押、基金份额质押、应收账款质押、最高额质押等规定。

上述法律规定一方面大大拓宽了企业的融资渠道,另一方面也为企业并购中正确判断目标企业的资产增添了较大障碍。在房地产项目公司股权转让中,为了清楚地判断股权的价值,股权受让方必须对房地产项目公司的资产有十分充分的了解。除了了解目标房地产公司的有形资产和负债,还必须判断目标公司是否存在或有债务,即是否存在对外担保。因担保物权如欲发生法律效力或者对抗第三人的效力,必须办理登记,这就要求股权受让人应当及时到相关登记主管部门查询核实,如目标房地产公司所在地的房地产管理部门、国有土地管理部门、工商行政管理部门、交通运输工具管理部门、证券登记结算机构、信贷征信机构,等等。只有在上述部门仔细核实相关真实情况,才可能最大限度地降低投资风险。

三、房地产项目转让过程中不同阶段的风险控制

房地产项目转让涉及金额巨大、法律规范众多、程序繁杂,其顺利运作绝对离不开法律专业人士的指导与参与。法律专业人士接受股权受让方的委托后,应当从以下几个阶段对房地产项目转让的法律风险予以预防和控制。

（一）前期尽职调查阶段

前期尽职调查阶段是房地产项目转让过程中最基础、最重要、最核心、最关键的阶段,该阶段对确定房地产项目转让的可行性、股权的对价、风险防范等重要因素起着决定性的作用。此阶段尽职调查工作能否有效开展将直接决定房地产项目转让的成败。总的来说,尽职调查的基本原则就是调查一切可能影响股权受让方利益的因素。具体来说,应当主要从以下几个方面考察:

1. 目标公司的合法性与经营情况。

这部分尽职调查工作与一般公司股权转让的调查工作差别不大,就是对目标房地产公司的整体情况进行审慎的调查与评估,包括:

(1)公司的基本资料,如公司是否正常经营(营业执照是否正常年检,有无停业),公司股东是否主体适格(实际出资人与登记股东是否一致,出资是否按时足额缴纳),转让标的是否适格(股权有无抵押登记或被查封),对外转让是否合法(是否符合法律及公司章程的程序和实体规定)。这类信息可以到公司住所地公司登记机关查询工商登记详档,并到目标公司核实与工商登记是否一致。

(2)公司的资质等级及年检情况。根据我国法律规定,房地产开发企业应当依法申请核定企业资质等级。未取得房地产开发资质等级证书的企业,不得从事房地产开发经营业务。房地产开发企业的资质实行年检制度。各资质等级企业应当在规定的业务范围内从事房地产开发经营业务,不得越级承担任务。因此,目标公司的资质等级是房地产项目开发能否顺利进行的前提,应当到建设行政主管部门核实目标公司的资质等级及年检情况,并确定目标公司具备承担目标房地产项目开发的资质。这有别于一般公司的股权转让要求,应特别注意。

(3)公司的经营情况,如年检报告,财务、税收情况等。法律专业人士主要审查公司对外签署的合同及其履行情况。特别是公司的对外担保情况应重点审查。如前所述,新颁布并即将实施的《物权法》大大拓宽了公司担保财产的范围,这无疑增加了核实公司对外担保真实情况的难度。法律专业人士应当根据我国《物权法》以及《担保法》的相关规定,逐一到相关登记机关核实,以期最大限度地反映公司的现实状况。

2. 目标房地产项目的合法性与开发情况。

目标房地产项目是否合法以及能否顺利开发以获取投资回报才是房地产项目公司股权转让的最终目的。因此,这部分尽职调查工作至关重要。结合前述物权法对房地产项目的法律影响的分析,应当重点从以下几个方面考虑:

(1)审查房地产项目的合法性。即审查与房地产项目有关的各类合同和审批文件,并充分考虑可能存在的风险。房地产项目资产权属是否明确、清晰、无瑕疵(如有无抵押登记、是否被查封等),土地使用权是否依法取得、取得方式、土地用途、使用年限及建筑物的占用空间、项目的设计用途等是否符合受让方的投资需求(若不符合需求可否依法变更),相关审批手续是否已经依法办好,如有无建设用地规划许可、建设工程规划许可证、施工许可证等。

(2)项目开发情况。是否存在尚未拆迁完毕、需受让方承担拆迁补偿责任的风险;项目规划是否合理、有无超规划的情况;项目的相邻关系是否存在纠纷或者潜在危机(如因采光、日照、通风、建设工地噪声等原因引发纠纷或者诉讼,导致工期拖延和经济赔偿双重损失)等。

（二）合同签订阶段

通过前述的尽职调查工作,股权受让方应当已经对目标房地产项目转让存在的各类法律风险有了比较清楚的认识。既然是法律风险,就意味着并不必然会发生。只要采取恰当的措施,

大部分法律风险是可以事前预防或得到有效控制的。当然,这离不开严谨、规范、规范的合同文本(这里的合同仅指“股权转让合同”而非“房地产项目转让合同”),将房地产项目转让各方的权利义务、违约责任等予以明确固定。如果将房地产项目转让比作“炒菜”的话,那么,尽职调查工作只是提供了“做菜”(起草合同)的丰富“原料”,能够得到“美味可口的佳肴”(有效防范法律风险的合同)则依赖于成熟精湛、规范、规范的合同条款设计的法律技术。

对于房地产项目公司股权转让来说,区别于一般公司股权转让合同的特别条款有:

1. 鉴于条款。

该条款主要表述目标公司的情况;股权转让方的主体资格、持有目标公司的股权和转让该股权的意愿;股权受让方的主体资格、受让该股权的意愿;目标房地产项目的情况,包括项目概况:坐落地点、项目性质、四至、占地面积、有关规划指标等;土地现状:项目转让时土地使用权性质、取得方式及使用期限;项目现状:项目报批现状包括规划参数并列举取得的批文、项目动拆迁、开发现状(如停建、缓建),项目涉及的土地或工程的权利限制情况等,以便为下一步合同内容的阐述奠定一个事实基础。

2. 声明与保证条款。

该条款目的是防范风险、救济违约和处理法律纠纷。该条款主要表述和保证当事人双方主体适格、诚信履约以及意思表示真实。尤其是有关价格的条款包括股权转让的价格与转让方出资额、目标公司的净资产等与房地产项目的开发有重大关系。转让股权的价格包括转让股权所包含的各种股东权利和义务,但不包括出让方隐瞒的债务或者应当披露的事实。这是判断当事人是否诚信履行披露义务的基础。

3. 过渡期条款。

股权转让合同签订后,从签订之日到股权交割日之间有一段过渡期。过渡期条款主要规定当事人双方在过渡期间的权利义务,如转让方妥善经营和管理目标公司,不得有减损目标公司资产或其他利益的行为,转让方签订新的重大合同或有重大投资应征求受让方同意,受让方先期进入目标公司参加公司经营管理等事项。该条款的主要目的是促进股权交付工作的顺利进行,以及维护受让方在过渡期间的利益。

除了上述条款之外,房地产项目公司股权转让合同中还包括当事人条款、股权转让标的及交付条款、价格条款、保密条款、违约责任条款、不可抗力条款、争议解决方式条款等,因与一般股权转让合同相关条款共性较多,在此不再赘述。

(三)合同履行阶段

股权转让合同签订并生效后,并不会自然发生股权转让的法律效果。股权转让合同的生效与股权转让的生效是有区别的。股权转让合同的生效是指对合同当事人产生法律约束力的问题,股权转让的生效是指股权何时发生转移的问题,即受让方何时取得股东身份的问题,两者不能混为一谈。股权转让合同无效或不生效,股权转让也不生效。即使在股权转让合同生效后,也尚需当事人的适当履行,股权转让才能实现。

不过,在严格准备了前述的风险防范工作后,合同顺利履行自然就是水到渠成的了。在股权转让合同的履行方面,转让方的主要义务是向受让方转移股权,受让方的主要义务是按照约定向转让方支付转让款。股权转让合同的标的为股权,转让方的交付义务实际上只是体现为对公司的一种通知义务,即转让方将股权转让的事实及要求公司办理变更登记手续的意思正式以书面方式通知公司的行为。根据我国《公司法》的相关规定,将股权转让结果记载于股东名册是公司的义务。与股权转让有关的公司章程修改、变更工商登记等事项,也应由公司办理。公司

未及时履行义务的,受让人可以起诉公司,公司应承担相应的责任。股权转让合同生效,房地产项目公司将新股东记载于公司股东名册,并到公司登记机关办理变更登记后,股权转让生效,并具有对抗第三人的效力。

至此,房地产项目转让正式完成,但是股权受让方仍应当以房地产项目公司名义从事房地产开发经营行为。