

麦读 MyRead

The Essence of
Civil and Commercial
Law Practice

高杉 Legal

民商法实务精要 ⑤

高杉峻 主编

中国法制出版社

CHINA LEGAL SYSTEM PRESS

高杉 Legal

民商法实务精要 5

高杉峻 主编

撰稿人名单

程 啸	陈诣文	崔 琦	冯 兢	傅莲芳
韩 蛟	华轶琳	敬 玲	李 泉	李春香
刘忠民	任立华	史智军	田嘉龙	许建添
闫飞翔	万 亿	王亚新	王业坤	王 静
王 忠	吴香香	张少东	周 杰	

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

民商法实务精要. 5/ 高杉峻主编. —北京: 中国法制出版社, 2017. 10

ISBN 978-7-5093-8896-9

I. ①民… II. ①高… III. ①民法-中国-文集
②商法-中国-文集 IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 258108 号

策划人 曾 健 肖瑾璟

责任编辑 靳晓婷

封面设计 乔智炜

民商法实务精要(5)

MINSHANGFA SHIWU JINGYAO (5)

主编/高杉峻

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787毫米×960毫米 16开

版次/2017年11月第1版

印张/18.25 字数/273千

2017年11月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8896-9

定价:59.00元

北京西单横二条2号

值班电话:66026508

邮政编码:100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66034242

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010-66032926)

评审团成员

柏钦涛	曹会杰	陈 淦	陈 汉	陈现安
崔 琦	董 庶	方向东	冯 兢	冯明辉
高杉峻	高 翔	葛黄斌	关 倩	韩 冰
黄琳娜	黄 胜	李迎春	刘乃进	梅丽鹏
乔 茜	秦悦民	屈子建	沈 诚	田朗亮
田 璐	王 静	王 军	王 潇	王新锐
王雅琼	韦 剑	熊定中	许海波	杨静安
杨元庆	姚明斌	袁晶晶	曾大鹏	张 健
张 敏	赵国庆	赵俊杰	郑 睿	

自序

《民商法实务精要》系「高杉 LEGAL」微信公众号所发布文章的系列定期精选辑。2015 年 4 月推出了《民商法实务精要》第 1 辑,到本辑已是第 5 辑。读者的厚爱和支持,是对高杉 LEGAL 评审团每位成员和《民商法实务精要》每一辑全体作者以及我个人的莫大肯定。

关于为什么要做「高杉 LEGAL」这样一个民商法实务文章原创分享的平台、对「高杉 LEGAL」的定位有何主要考虑、LEGAL 微信群如何建立、LEGAL 评审团的双向匿名评审机制如何运作、「高杉 LEGAL」对法律实务文章写作原则的理解等问题,前 1—4 辑的序言均已一一向读者做了说明。借本辑写序的机会,我想和读者谈一下「高杉 LEGAL」关于法律实务文章中法条引用的规范。

法条是一切法律工作的基础,但在实务文章(以及起诉状、代理词等法律文件)中,往往存在各种不规范之处,影响了法律行业内信息传递的准确和效率。以下是「高杉 LEGAL」目前关于法律实务文章中法条引用的规范要点,谨供参考:

1. 正文中援引全国人大及其常委会制定的法律时,应使用全称,如《中华人民共和国民事诉讼法》;亦可使用通用简称,如《民事诉讼法》。

2. 正文中援引最高人民法院的司法解释时,应使用全称,如《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》,注意“最高人民法院”应在书名号内;亦可使用通用简称,如《买卖合同解释》,但需于

首次使用简称时对全称和简称的对应关系予以说明,如“《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》(以下简称《买卖合同解释》)……”;正文中不应使用“法释[2016]21号”等文号来代称相应司法解释。

3. 文章中指称法条的条款项时,一是不要使用括号,二是所有序号一律使用阿拉伯数字,如“根据《合同法》第12条第1款第2项的规定……”。条内不分款但有多项的条文,指称时切勿使用“第1款”,如“根据《合同法》第52条第1款第2项的规定……”即属错误用法,正确用法应为“根据《合同法》第52条第2项的规定……”。

4. 如所引法条内容在文章中未单独成段,那么应该用“……”明确标出引用内容的起止,以将法条内容和作者论述内容严格区分。行文时应尽量避免不引用法条原文而仅转述法条内容。

5. 文章中引用的任何法条,均需至少通过如下渠道之一进行核实:(1)《全国人民代表大会常务委员会公报》《最高人民法院公报》等政府机关公报;(2)法律出版社、中国法制出版社或人民法院出版社的法规汇编;(3)北大法宝或威科先行法律数据库的法规库。

如读者对「高杉LEGAL」有任何建议,或发现本书的错漏之处,请添加我的个人微信号:legalgaoshan,即可交流讨论。

高杉峻

2017年11月

目 录

实务技能	3	房地产项目尽职调查清单实务分析 冯 兢
	21	请求权基础方法案例研习 ——以“玻璃娃娃案”中未成年人的责任能力为考察重点 吴香香
	38	保留所有权买卖合同纠纷中出卖人的诉讼请求设计 周 杰
	49	举证责任如何分配 王亚新

侵权法	65	侵权责任与违约责任的关系问题 程 啸
	74	《人身损害赔偿解释》赔偿项目逐项解析 王业坤
	90	共饮者责任的请求权基础及裁判思路探析 韩 蛟

担保法	107	事业单位对外提供担保的效力 李 泉
	117	保证期间与诉讼时效 敬 玲
	125	抵押房屋之租赁关系去除及租金收取的时点考量 刘忠民

-
- 136 不动产抵押权与租赁权在执行程序中的冲突简析
冯 兢

-
- 公 司 法** 149 公司解散诉讼指引
华轶琳
- 164 隐名出资结构对债权人的对抗效力分析
田嘉龙
- 177 上市公司章程反恶意收购条款之合法性分析
闫飞翔

-
- 金 融 法** 189 场外配资纠纷诉讼问题分析
崔 琦
- 209 场外金融衍生品交易的成立与生效
许建添
- 219 保险法上“故意犯罪不赔”问题分析
王 静
- 229 融资租赁公司的诉讼类型、常见问题及解决建议
任立华

-
- 程序法及其他** 247 重复诉讼的实务判断
万 亿
- 255 执行案件移送破产审查制度的解读与焦点问题分析
张少东 傅莲芳
- 268 买卖不破租赁若干实务问题探析
陈诣文
- 276 夫妻一方侵害共同财产的认定时间
——以最高人民法院第66号指导案例雷某某诉
宋某某离婚纠纷案为例
王 忠 李春香 史智军

实 务 技 能

房地产项目尽职调查清单实务分析

冯 兢*

随着我国房地产行业的蓬勃发展,房地产项目并购因其交易量多和交易金额大已成为律师业务的重要组成部分。而近年来,与房地产相关的金融业务异军突起,券商资管计划、信托公司的信托计划乃至资产支持证券等业务均大量涉及房地产领域的项目并购。熟悉和掌握房地产项目的尽职调查也已成为律师日常工作中的一项重要技能。

从交易模式上看,无论是股权并购还是资产并购,抑或是单纯的债权债务关系,均不可避免地需要对房地产项目本身进行尽职调查。一般尽职调查分为三个部分,包括财务调查、法律调查和工程调查。这三项内容互相分离又相互影响。尽职调查的结果很大程度上会对后续的谈判、交易对价及付款方式等问题产生影响。而若尽职调查不慎,甚至可能导致律师承担赔偿责任的严重后果。

对于房地产项目的尽职调查的启动,一般均会从尽职调查清单开始。清单的完备性以及准确性,实际上也反映了律师对于项目的准备和重视程度,甚至可以反映出律师对房地产行业的熟悉程度。

为此,笔者拟通过对尽职调查清单内容的逐项分析,引申出相关法律问题的讨论,结合诉讼实务,以作实务参考。因篇幅限制,本文仅讨论对房地产项目资产的尽职调查清单,而对项目公司股权的尽职调查不在其中。房地产项目部分分为土地使用权相关内容和建设工程相关内容两部分。因仓促起草,故难免挂一漏万。若有不足之处,欢迎批评探讨,以采

* 上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人。

各家之长。

一、土地使用权相关材料

(一) 土地使用权的取得

通常而言,律师在查询房地产项目的所有权权属时应当取得下列文件。

1. 土地使用权出让合同

如项目公司直接从政府取得土地使用权,那么收购方的律师,必须核验土地使用权出让合同。在核查出让合同的过程中需要注意以下要点。

(1) 出让主体

根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(以下简称《出让和转让条例》)的规定,土地使用权出让合同应当由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。因此,出让合同中出让方应当是市、县级政府的土地管理部门。

实践中,因各地如雨后春笋般冒出各种开发区等行政设置,曾经出现过以开发区或者新区管委会名义与受让人签订的出让合同。针对此类行为,《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》规定:“开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同,应当认定无效。本解释实施前,开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同,起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的,可以认定合同有效。”

《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》也规定,国有土地使用权出让合同的出让方,应当是市、县人民政府土地管理部门。出让合同应由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订,其他部门、组织和个人为出让方与他人签订的出让合同,应当认定为无效。

从最高院的上述两个文件可见,除市、县级土地管理部门以外的主体签订的出让合同,均应当认定为无效。在尽职调查中,如发现开发区管委会等非法定主体签订的出让合同,应予以重视并要求提供土地管理部门对出让合同予以追认的相关证明材料。

(2) 未依法招拍挂的出让行为效力

《出让和转让条例》明确了土地使用权出让可以采取协议、招标、拍卖的方式进行。依照前述方式出让土地使用权的具体程序和步骤,由省、自治区、直辖市人民政府规定。而《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》(以下简称《招拍挂规定》)进一步明确了工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的,应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让。《物权法》实施后,更是将上述规定上升到了法律层面。

在尽职调查过程中,如发现出让合同已经签订,但未进行公开招标或拍卖的应如何认定?对此,有观点认为,土地出让中的招拍挂活动不同于一般民事主体之间进行的拍卖、招标投标等活动。其是以政府机关作为招拍挂活动的组织实施者,故不适用《拍卖法》《招标投标法》等规定。例如《拍卖法》规定,本法适用于中华人民共和国境内拍卖企业进行的拍卖活动。因此,《拍卖法》不应当适用于政府机关组织的拍卖活动。《招拍挂规定》中明确,招标出让国有建设用地使用权,是指市、县人民政府国土资源行政主管部门发布招标公告,邀请特定或者不特定的自然人、法人和其他组织参加国有建设用地使用权投标,根据投标结果确定国有建设用地使用权人的行为。

对于该问题,并无明确的法律规定。笔者认为,应当招拍挂而以协议方式出让土地使用权的,土地使用权出让合同存在极大的无效风险。理由如下:首先,招拍挂的规定已经通过《物权法》上升至法律高度,通过民事基本法的规定来明确经营性土地的招拍挂要求,虽然《物权法》的条文并未明确规定无效的法律后果,难以判断其是否属于效力性强制性规范。其次,法院存在以违反公序良俗为理由作出无效认定的可能。原本应当通过公开渠道进行出让的土地使用权被出让人和受让人私下协议转让,损害了其他潜在受让人的利益,违背了土地利用的政策。此外也可能导致土地出让金约定过低,从而违背公序良俗。

因此,依法应进行招拍挂但通过协议出让方式取得土地使用权的,认定该行为无效的可能性较大。故应当在尽职调查中对经营性土地是否通过招拍挂方式取得予以充分重视。

2. 土地出让金和土地契税纳税

(1) 出让金缴费凭证

土地出让金付款凭证的核查重点主要是对比出让金支付时间与出让合同约定的付款期限是否一致,是否缴纳了迟延支付的滞纳金以及土地契税是否缴纳并取得发票。

实践中,存在政府部门以开具各种形式收据的方式作为土地出让金支付凭证的情形。对此问题,在尽职调查过程中应当予以充分的重视。

土地出让金由地方与中央进行分账核算。依照财政部《国有土地使用权出让收支管理办法》的规定,土地出让收入征收部门为市、县国土资源管理部门,其应开具缴款通知书,并按照财政部统一规定的政府收支分类科目填写“一般缴款书”,由受让人缴纳。土地使用权受让人应在规定的时间内缴纳应缴地方国库的土地出让收入。

实际操作中应核查由国土资源管理部门作为征收单位的《非税收入一般缴款书(收据)》并加盖收费专用章作为依法缴纳土地出让金的凭证。此外,还应核查该笔出让金的契税《税收缴款书》。

因此,如出现其他部门开具的收据或直接将出让金用于动迁安置补偿等做法均存在合规上的问题。需注意的是,取得前述有效的出让金缴款凭证是申领国有土地使用权证的前提。

(2) 出让金支付期限

《出让和转让条例》规定:“土地使用者应当在签订土地使用权出让合同后六十日内,支付全部土地使用权出让金。逾期未全部支付的,出让方有权解除合同,并可请求违约赔偿。”因该规定的层级较高,属于行政法规,不少律师在核查项目公司签订的使用权出让合同以及核查出让金支付期限过程中产生了相当的困惑。

《出让和转让条例》颁布实施于1990年,而1995年起实施的《城市房地产管理法》已将该规定调整为“土地使用者必须按照出让合同约定,支付土地使用权出让金;未按照出让合同约定支付土地使用权出让金的,土地管理部门有权解除合同,并可以请求违约赔偿。”此条在该法2007年和2009年修订时也得到了保留。

笔者认为,无论从法律效力层级还是制定时间的先后来看,原《出让

和转让条例》中有关六十日内付清出让金的规定应不再继续适用。

值得注意的是,财政部、国土资源部、中国人民银行、监察部、审计署于2009年发文《关于进一步加强土地出让收支管理的通知》(财综[2009]74号),其中规定:“市县国土资源管理部门与土地受让人在土地出让合同中依法约定的分期缴纳全部土地出让价款的期限原则上不超过一年。经当地土地出让协调决策机构集体认定,特殊项目可以约定在两年内全部缴清。首次缴纳比例不得低于全部土地出让价款的50%。”该规定可作为尽职调查的参考之用。但因此规定的层级较低,如土地使用权出让合同中的付款约定与上述规定不一致的,并不能否认出让合同中付款条款的效力。

3. 土地使用权证(不动产权证书)

国有建设用地使用权属于《物权法》规定的用益物权的一种,其设立需以办理不动产登记为要件。因此,核查项目公司取得其所开发项目的土地使用权证就成为尽职调查中至关重要的一环。

国土资源部于2015年3月1日起全面启用统一的不动产登记簿证样式。原土地使用权证已更改为不动产权证书,对于原土地使用权证,按照“不变不换”的原则,在依法办理变更登记、转移登记等登记时,逐步更换为新的不动产登记簿证。本文因区分土地使用权登记和房屋所有权登记的需要,仍然沿用土地使用权证的称谓。

通过招拍挂方式取得国有土地使用权的流程主要为:(1)制订出让方案;(2)编制招标采购挂牌出让文件;(3)发布出让公告;(4)评标、竞价、挂牌;(5)中标、竞得;(6)签订出让合同;(7)公告结果;(8)核发《建设用地批准书》,交付土地;(9)支付出让金;(10)领取土地使用权证。

前述多项法律规定均规定了土地的受让人在签订土地使用权出让合同并且依法缴纳了土地出让金后方可申领土地使用权证。然而,实践中亦不乏未缴足出让金而实际取得了土地使用权证的案例。

因此,律师在尽职调查中,不应当仅凭借项目公司取得了土地使用权证的事实来推定土地出让金已经缴足,而仍然应当核查土地出让金的缴纳凭证,否则将存在收购完成后被要求支付土地出让金的风险。

4. 土地交付确认书

另一个值得关注但也容易被忽视的环节是土地交付。土地使用权出让合同中一般均会约定土地的交付标准。而反映是否达到交付标准的一项指标便是土地交付确认书。故尽职调查过程中应当在有条件的情况下核查土地交付确认书中所列的交付状况与土地使用权出让合同中约定的交付标准是否一致。

而在土地使用权转让领域,土地交付的相关文件便更加重要了。《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》明确规定了一地数卖情况下各受让方的权利先后问题。土地交付与否作为仅次于土地使用权登记的认定标准,就显得十分重要。笔者在尽职调查过程中也发现过一地数卖的案例,法院最终就是引用了上述司法解释的这条规定(第10条)来认定各受让人的权利先后顺序。

5. 特殊约定

随着我国各地房地产调控的不断深入,各地政府也出台了各类措施对房地产开发企业提出了诸多的要求和限制。而这些限制除了可以在当地政府颁布的规定中查阅外,一个主要的途径便是通过核查土地出让合同中的约定以及不动产登记簿的相关约定来实现。

举例而言,上海市出台的《关于加强本市经营性用地出让管理的若干规定》就规定要通过出让合同约定的方式限制酒店式公寓建设、商办物业的持有比例和持有年限等,还规定了未达到房屋建设工程转让条件的,土地使用权及地上建筑物等不得整体或分割转让,受让人的出资比例、股权结构、实际控制人等均不得改变等硬性规定。

尽职调查过程中应当注意对这类地方性规定的核查并相应设计交易模式,以免触碰当地的限制性规定而导致交易无法进行。

(二) 土地使用权的抵押

《物权法》规定:“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押:(一)建筑物和其他土地附着物;(二)建设用地使用权;……(五)正在建造的建筑物……”土地使用权可以作为抵押财产应无争议。实践中,绝大部分的房地产项目公司也会将土地抵押给银行或其他非银行金融机构等用于融资开发的担保。

有关抵押权的设立行使等一般性规定因内容过于纷繁,且相关论述已汗牛充栋,故不在本文中过多论述。尽职调查过程中可能会发现的比较有意思的问题有下列几个。

1. 土地使用权与房屋所有权被分别抵押

《物权法》中有一条关于房地一体化的规定:“以建筑物抵押的,该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的,该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的,未抵押的财产视为一并抵押。”粗看起来,该规定并无难以理解之处。但因各地实践的不同就普遍产生了一个争议较大的问题。

实践中,有些地区存在土地使用权抵押登记和房屋及在建工程抵押登记分别属于两个不同部门管理的情况。那么便可能产生土地使用权抵押登记在先,房屋或在建工程抵押登记在后,但两个抵押权分别属于不同主体时如何行使抵押权的问题。

由于前述房地一体化条文的存在,有很大一部分人认为设立在前的土地使用权抵押虽然未对房屋或在建工程进行登记,但应视为一并抵押。故该债权人对土地和房屋均享有优先受偿权。笔者认为,该观点实际上只是从静态的角度看待问题而忽略了房地产开发的动态流程。在开发的过程中,土地使用权办理抵押登记时项目可能还未开始建设,也即房屋或在建工程尚不存在。此时认为房地一并抵押似乎与上述规定的理解不符。

此外,对此问题,最高人民法院的王闯法官和国家法官学院的曹士兵副院长均专门著文阐述,两位虽然说理路径不一,但殊途同归,均认为此种抵押物应当统一处置后按照房屋和土地的不同评估价值,由抵押权人在各自的范围内优先受偿。未免班门弄斧,笔者在此直接列出两人的观点出处。(曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2015年版,第225页以下;王闯:《规则冲突与制度创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》一文中的第六大点。)

言归正传,笔者认为若尽职调查的项目公司所在地仍然采用分别登记管理方式的,应当分别在国土资源部门和房屋建设管理部门进行抵押登记核查,以免遗漏。如代表项目公司的债权人进行尽职调查的,更应明