

212

2022.18.14
F-82

商品房预售法律制度研究

符启林 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商品房预售法律制度研究/符启林著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 10

ISBN 7-5620-2185-6

I. 商… II. 符… III. ①住宅 - 销售管理 - 法制 - 研究 - 中国 ②住宅 - 商品交易 - 法制 - 研究 - 中国
IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 077439 号

书 名 商品房预售法律制度研究

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 军事科学院印刷厂

开 本 850 × 1168mm 1/32

印 张 9.875

字 数 230 千字

版 本 2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷

印 数 0 001 - 3 000

书 号 ISBN 7-5620-2185-6/D·2145

定 价 18.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码: 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zt5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现印装质量问题, 请与出版社联系调换。

课题主持人

符启林 中国政法大学经济法系教授，法学博士

课题参与人

谢永江 中国政法大学博士研究生

张海冬 法学硕士，现在中国农业银行总行工作

张 贇 法学硕士，现在中国工商银行北京分行工作

张 沐 中国政法大学博士研究生，现在中国银行总行工作

目 录

第一章 房屋买卖的一般规定	(1)
第一节 房屋买卖概述	(1)
一、房屋买卖的概念和特征.....	(1)
二、房屋买卖的主体.....	(3)
三、房屋买卖的标的物——房屋.....	(5)
第二节 房屋买卖合同	(11)
一、房屋买卖合同的订立	(11)
二、房屋买卖合同的效力	(13)
三、房屋买卖的风险负担	(20)
第三节 房屋买卖管理	(21)
一、房屋买卖登记制度	(21)
二、房屋买卖价格管理	(23)
三、房屋买卖税费制度	(25)
第二章 我国商品房预售制度的确立	(30)
第一节 我国房地产业的发展历程	(30)
一、旧中国的房地产业	(31)
二、新中国的房地产业	(33)
第二节 商品房预售制度的确立与发展	(39)
一、商品房预售制度及其引进	(39)
二、商品房预售制度的作用	(40)

2 目 录

三、商品房预售的特征	(41)
四、商品房预售应遵循的原则	(42)
五、商品房预售的形式	(44)
第三节 我国商品房预售的管理	(45)
一、我国对商品房预售管理的立法现状	(45)
二、《商品房预售许可证》的申请和审核	(46)
三、商品房预售款的收取监管	(52)
第三章 商品房预售合同研究	(55)
第一节 商品房预售合同概述	(55)
一、商品房预售合同的概念、特征	(55)
二、商品房预售合同的主体	(58)
三、商品房预售合同的标的物	(60)
四、商品房预售合同的内容	(62)
第二节 商品房预售合同条款研究	(66)
一、商品房预售合同的主要条款	(66)
二、预售商品房广告的规制及其合同效力	(76)
第三节 商品房预售合同登记	(79)
一、不动产登记概说	(79)
二、预告登记	(81)
三、我国目前商品房预售合同登记 存在的问题及改进建议	(85)
第四节 预售合同权利和义务的转移	(89)
一、预售人的变更	(89)
二、预购人的变更	(91)
第五节 商品房预售认购书	(94)
一、商品房预售认购书的成立	(94)
二、预售商品房认购书的效力	(96)

三、实践中商品房预售认购书中存在的问题	(99)
第六节 预售合同中的情势变更	(100)
一、情势变更的概念、构成要件	(101)
二、情势变更的法律效果	(104)
三、商品房预售合同中的情势变更	(105)
第四章 商品房预售(按揭)贷款制度研究	(108)
第一节 香港商品房按揭制度概述	(108)
一、商品房按揭的概念与特征	(108)
二、按揭的种类	(111)
三、按揭当事人的权利和义务	(114)
四、按揭契约	(122)
五、对香港商品房按揭制度的评价	(123)
第二节 内地商品房预售贷款制度	(124)
一、我国个人住房贷款制度的发展状况	(124)
二、个人住房贷款的种类	(127)
三、个人住房借款合同	(128)
四、存在的问题	(145)
第三节 个人住房贷款保险和担保制度	(149)
一、建立个人住房贷款保险和担保制度的意义	(149)
二、美国个人住房抵押贷款风险保险和担保机制	(154)
三、对建立我国个人住房贷款保险和担保 机制的探讨	(158)
第四节 个人住房抵押贷款证券化问题	(163)
一、抵押贷款证券化含义解析	(165)
二、抵押贷款证券化的交易结构	(170)
三、抵押贷款证券的结构类型	(184)
四、抵押贷款证券化的经济分析	(188)

4 目 录

五、个人住房抵押贷款证券化在我国的推行·····	(193)
第五章 商品房预售各方权益保护研究 ·····	(209)
第一节 预售各方主体及其权益概述·····	(209)
一、商品房预售过程中的各方主体·····	(209)
二、商品房预售各方主体的权益概述·····	(210)
第二节 预售各方权益保护概述·····	(213)
一、预售各方权益保护的必要性分析·····	(213)
二、预售各方主体权益的行政保护·····	(215)
三、预售各方主体权益的司法保护·····	(218)
四、完善预售主体权益保护机制的主要设想·····	(222)
第三节 预购方权益及保护·····	(226)
一、预购方权益概念和内容·····	(226)
二、预购方权益的性质·····	(228)
三、预购方权益成立研究·····	(230)
四、预购方权益遭受侵害的形式·····	(232)
五、预购方权益保护研究·····	(237)
第四节 开发商权益及保护·····	(245)
一、开发商权益的概念和内容·····	(245)
二、开发商权益的性质·····	(247)
三、开发商权益的成立·····	(248)
四、开发商权益遭受侵害的形式·····	(249)
五、开发商权益保护研究·····	(251)
第五节 银行或其他债权人权益及保护·····	(256)
一、银行或其他债权人权益的概念及内容·····	(256)
二、银行或其他债权人权益的性质·····	(258)
三、银行或其他债权人权益的成立·····	(259)
四、银行或其他债权人权益遭受侵害的形式·····	(260)

五、银行或其他债权人权益保护研究	(263)
第六节 建筑商(建筑工程承包人)权益及保护	(273)
一、建筑商权益的概念及内容	(273)
二、建筑商权益的性质	(274)
三、建筑商权益的成立	(277)
四、建筑商权益遭受侵害的形式	(280)
五、建筑商权益保护机制研究	(282)
第七节 各方权益冲突的规制机制研究	(286)
一、建筑商的法定抵押权与预购方权益冲突的 规制	(287)
二、建筑商法定抵押权与银行或其他债权人的 一般抵押权的冲突规制	(288)
三、预购方权益与银行或其他债权人的在建工程 抵押权冲突的规制	(293)
四、预售商品房再转让所引起的各方主体权益 冲突的规制	(293)
五、保证权益冲突规制机制发挥作用的重要 环节——约束、监督开发商的行为	(295)
主要参考文献	(297)

第一章 房屋买卖的一般规定

第一节 房屋买卖概述

对于大多数中国人来讲，能过上安居乐业的生活应是人生中的一大美事，尤其是“安居之乐”应当是生活之乐的前提和基础。在以前计划经济时代，城市居民住房全部由国家提供，人们没有“无家可归”的后顾之忧。在当今市场经济时代，国家逐渐意识到自己无力为全部“子民”提供并分配住房，遂而断然取消福利性住房实物分配制度，代之以货币分配制度，并意图配上发达的房地产市场，借助“看不见的手”来贯彻国家的住房公共政策。在某一天，人们突然意识到房屋也像衣服和食品一样要到市场上购买，逐渐地，房屋买卖的观念就植入了人们的大脑。

一、房屋买卖的概念和特征

所谓房屋买卖，是指当事人双方约定，一方交付房屋并移转房屋所有权于他方，他方受领房屋并支付价金的合同。其中负移转房屋所有权义务的一方当事人称为房屋出卖人（以下简称出卖人），负给付价金义务的他方当事人称为房屋买受人（以下简称买受人）。房屋买卖具有以下特征：

1. 房屋买卖是有偿合同。出卖人将房屋所有权移转给买受

2 商品房预售法律制度研究

人，而买受人则向出卖人给付价金，两者互为对价，反映了以货币为媒介的商品交换关系，体现了等价有偿的市场交换规律。这一点与房屋赠与不同，房屋赠与是无偿的，不以取得价金为目的。

2. 房屋买卖是双务合同。出卖人有移转房屋所有权于买受人的义务，而买受人有向出卖人给付价金的义务，当事人双方互负给付义务。并且，这种给付义务是与他们各自的权利相关联的。出卖人负有移转房屋所有权于买受人的义务，同时享有请求买受人给付价金的权利；买受人负有向出卖人给付价金的义务，同时享有请求出卖人移转房屋所有权的权利。

3. 房屋买卖是诺成合同。当事人就房屋买卖内容达成一致，不必交付实物，合同即告成立。

4. 房屋买卖是要式合同。需要注意的是，这一点与一般的买卖不同。一般的买卖对形式没有特别要求，可以采用书面形式或口头形式，但房屋买卖需要采用书面形式。我国《城市房地产管理法》第40条规定，房地产转让，应当签订书面转让合同。《商品房销售管理办法》第16条规定，商品房销售时，房地产开发企业和买受人应当订立书面商品房买卖合同。当事人申请房屋权属转移登记时，权利人应当提交相关的合同、协议、证明等文件。^{〔1〕}因此，房屋买卖若不采用书面形式，则无法办理产权转移登记，而且出现纠纷后将发生不被法院认可的危险。

5. 房屋买卖的标的物不仅指房屋，还包括房屋占用范围内的土地使用权。因为房屋不是空中楼阁和海市蜃楼，出卖人在移转房屋所有权的同时还要移转土地使用权。我国实行房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权权利主体一致的原则。原则

〔1〕《城市房屋权属登记管理办法》第17条第2款。

上不允许将房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权的权利主体分离。

6. 房屋买卖受法律和行政干预较多。正因为房屋属于不动产,具有稀缺性,并且关系到国计民生,各国均对房屋买卖采取积极干预政策。例如,建立住房公积金制度,对经济适用住房价格加以限制,向某些收入较低的买受人提供优惠贷款、减免税等优惠政策,实行商品房预售登记制度,等等。

二、房屋买卖的主体

房屋买卖的主体包括房屋出卖人和房屋买受人。

(一) 房屋出卖人

有资格出卖房屋的人一般是房屋所有权人。房屋所有权人是最基本的出卖人。在我国现阶段,房屋出卖人有以下几种情况:

1. 既具有《房屋所有权证》又有房屋占用范围内的《土地使用权证》的出卖人。我国房屋权属登记遵循房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权权利主体一致的原则(《城市房屋权属登记管理办法》第6条),土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权分割转让的,应当经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准,并依照规定办理过户登记(《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第25条第2款)。因此,房屋所有权和土地使用权归同一人应为房屋产权的常态。同时拥有房屋所有权和土地使用权的人为房屋的完全产权人,其作为房屋的出卖人应是毫无疑问的。

2. 拥有房屋占用范围内的《土地使用权证》但没有《房屋所有权证》的出卖人。这主要是指房地产开发经营企业预售商品房的情形。对于房地产开发经营企业来讲,在房屋尚未建成前,只要符合法定条件,经批准可以预售商品房,因而不需要有房屋产权证书。对此问题详见本书第三章。

4 商品房预售法律制度研究

3. 拥有《房屋所有权证》但没有房屋占用范围内的《土地使用权证》的出卖人。例如,在承租的他人土地上建筑房屋,则建房人只拥有房屋所有权而不具有房屋占用范围内的《土地使用权证》,但他可以依法向土地管理部门申请颁发土地他项权利证明书(《土地登记规则》第30条)。这种房屋所有权人也有权出卖其房屋,但应当受到土地租赁合同中对土地权利的限制。

4. 部分产权人。对于职工以标准价^[2]购买的公房,只拥有部分产权,即占有权、使用权、有限的收益权和处分权,并可以继承。产权比例按售房当年标准价占成本价的比重确定。这种房屋一般住用5年后方可依法进入市场,但在同等条件下,原售房单位有优先购买权;原售房单位已撤销的,当地人民政府房产管理部门有优先购买权。卖房收入再补交土地使用权出让金或所含土地收益并按规定缴纳有关税费后,单位和个人按各自的产权比例进行分配。^[3]

另外,根据《民事诉讼法》第223条、第226条的规定,在民事诉讼执行程序中,被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务,人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。财产被查封、扣押后,执行人员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务。被执行人逾

[2] 根据国务院《关于深化住房制度改革的决定》(国发[1994]43号)第16条规定,标准价按负担价和抵交价之和测定,一套56平方米建筑面积标准新房的负担价,1994年为所在市(县)双职工年平均工资的3倍。经济发展水平较高的市(县)应高于3倍,具体倍数由省、自治区、直辖市人民政府确定。双职工年平均工资按当地统计部门公布的上年职工平均工资乘以2计算。抵交价按双职工65年(男职工35年,女职工30年)内积累的由单位资助的住房公积金贴现值的80%计算。

[3] 国务院《关于深化住房制度改革的决定》(国发[1994]43号)第21条。

期不履行的，人民法院可以按照规定交有关单位拍卖或者变卖被查封、扣押的财产。因此，人民法院在执行程序中可以作为房屋的出卖人。

（二）房屋买受人

在我国，房屋买受人有以下几种：

1. 中国公民。对于中国公民购买房屋，法律一般没有作出特别限制。无行为能力人和限制行为能力人也可以作为房屋的买受人，当然这需要其法定代理人代理。

2. 法人或其他组织。法人或其他组织可以购买房屋自用或作为福利分给本单位职工使用。但根据《城市私有房屋管理条例》第13条的规定，机关、团体、部队、企业事业单位不得购买或变相购买城市私有房屋。如果因特殊需要必须购买，则须经县级以上人民政府批准。不过这一计划经济时代下的立法现已过时。在社会主义市场经济条件下，团体、企业事业单位均是独立自主的平等主体，享有独立自主参与民事经济交往的权利能力和行为能力，因此，其购买住房（包括私有房屋）实无经人民政府审批的必要。至于机关、部队，因其是公法法人，其购买私房的行为需要审批尚可以理解。

3. 外国人。外国人（包括外国的自然人、法人和其他组织）也可以在我国购买房屋，但其受到一定的限制（如实行外销许可证制度）。目前我国即将加入WTO，给予外国人国民待遇是WTO的基本要求之一，因此，内、外销商品房并轨，实行统一的内、外销房地产市场势在必行。

三、房屋买卖的标的物——房屋

严格来讲，由于房产和地产不可分离，房屋买卖的标的物实际上包括房屋所占土地使用权。但在现时高层建筑时代，人们在买卖房屋时，一般不考虑土地使用权问题，而主要考虑房屋状

况,故此处只对房屋作一探讨。

(一) 房屋的分类

1. 商品房和非商品房。按房屋的价值属性可以将房屋分为商品房和非商品房。商品房是指房地产开发经营企业建造的用于出售的房屋(包括住宅用房和商业用房)。而自建或者委托施工单位建设或者参加统建,又是自己使用的住宅和其他房屋,则不属于商品房范畴。在我国,商品房的出现是在改革开放后。在实行房地产体制改革前,我国城镇居民住房制度一直实行“以低租金为主要特点的福利性实物供给制”,^{〔4〕}实行国家统一分配,这种福利性公房不能自由买卖,当然不属于商品房。随着我国市场取向的经济体制改革的稳步推进,房屋体制改革也向市场体制过渡。福利性分房逐步被取消,商品房开始大量出现。住房的商品化和社会化,有利于理顺住房分配关系,建立规范的房地产市场,逐步实现住房资金投入产出的良性循环,促进房地产业和相关产业的发展,满足城镇居民日益增长的住房需求。

2. 现房和期房。按房屋的存在状态可以将房屋分为现房和期房。现房是指已经建好并适合于居住的房屋。期房是指还未建好的房屋,房屋还处于期待状态。期房的销售属于预售,预售对房地产开发商极为有利。开发商可以在房屋建成之前收回开发资金,用于进一步开发,从而加速资金周转,降低开发成本。由于商品房预售时,其品质尚未确定,为了防止出现开发商欺诈客户的事情,国家对开发商预售商品房的条件都作了较严格的规定,并且对预售合同实行登记制度。^{〔5〕}

3. 内销房和外销房。按房屋的销售对象可以将房屋分为内

〔4〕 符启林:《房地产法学》,法律出版社1997年版,第212页。

〔5〕 详见本书第三章。

销房和外销房。内销房是指向中国公民、法人或其他组织出售的房屋。外销房是指向与中华人民共和国建立了外交关系或在中华人民共和国设立了商务代表处的国家或地区的企业、其他经济组织或者公民个人,以及华侨、港澳台同胞出售的房屋。外销房屋必须符合法定条件,并获得外销房屋许可。目前我国即将加入WTO,而这种内外有别的房屋销售制度与WTO所要求的国民待遇不相符。有鉴于此,建设部近日正在研究建立内外统一的房地产市场规则,考虑从土地供应、土地使用权转让价格、销售对象等方面归并内、外销商品房,实行内、外销房的统一市场。

4. 新建房和旧房。按房屋的使用状况可以将房屋分为新建房和旧房。新建房一般是指刚刚建成尚未投入使用的房屋。商品房一般都是新建房。旧房,即二手房,是指建成并已投入使用的房屋。非商品房多为旧房。这种区分的作用在于国家对新房和旧房的优惠政策不同。例如,对个人购买并居住超过1年的普通住宅,销售时免征营业税;个人购买并居住不足1年的普通住宅,销售时营业税按销售价减去购入原价后的差额计征。^{〔6〕}对个人转让自用5年以上,并且是家庭惟一生活用房取得的所得,免征个人所得税。^{〔7〕}

5. 公房和私房。按房屋的所有制可以将房屋分为公房和私房。公房系指国有房屋和集体所有的房屋。其中国有公房主要包括国家房产管理部门直接经营管理的房屋(直管公房)和由机关、团体及国有企业事业单位自行管理的房屋(自管公房);国

〔6〕 财政部、国家税务总局《关于调整房地产市场若干税收政策的通知》(财税字〔1999〕210号)第1条。

〔7〕 财政部、国家税务总局和建设部《关于个人出售住房所得征收个人所得税有关问题的通知》(财税字〔1999〕278号)第4条。

有房屋是我国城镇房屋的最主要的组成部分（约占 74.85%）。我国现在所进行的公房改革主要是针对国有房屋而言的。私有房屋是指个人所有、数人共有的自用或出租的住宅和非住宅用房。公房完全出售给职工后就成为私房，并依法可以上市交易。

6. 廉租住房、经济适用住房、普通商品房和豪华住宅。对房屋的这种划分并不一定完全符合逻辑要求，主要是为了便于考察房屋背后所体现的公共政策。国家对不同收入家庭实行不同的住房供应政策。最低收入家庭租赁由政府或单位提供的廉租住房；中低收入家庭购买经济适用住房；其他收入高的家庭购买、租赁市场价商品住房（包括普通商品房和豪华住宅）。

廉租住房是指由政府或单位提供给最低收入家庭租赁的低租金住房，属于政策性的保障性住房。廉租住房可以从腾退的旧公有住房中调剂解决，也可以由政府或单位出资兴建，其租金实行政府定价，承租实行申请、审批制度。

普通商品房及豪华住房是供高收入的家庭购买、租赁的住房，它实行完全的市场价格，由市场调控。其中普通商品房又较豪华住宅有较多的税费减免和贷款优惠。例如，对居民个人拥有的普通住宅，在其转让时暂免征收土地增值税；对个人购买并居住超过 1 年的普通住宅，销售时免征营业税；个人购买并居住不足 1 年的普通住宅，销售时营业税按销售价减去购入原价后的差额计征。^{〔8〕}

经济适用住房是由政府组织建设的适应中低收入家庭购买能

〔8〕 财政部、国家税务总局《关于调整房地产市场若干税收政策的通知》（财税字〔1999〕210号）第1条、第3条。

力的保障性住房。我国经济适用住房始于“国家安居工程”，〔9〕是我国计划住房体制向市场住房体制转轨时期出现的产物。由于实践尚不充分，目前对什么是经济适用住房有不同的认识。从字面上看，经济适用住房是指售价比较便宜且能满足基本居住需要（指有卧室、活动间、卫生间和厨房）的住房。但这只是事物的表面，没有准确地把握经济适用住房的本质。我国目前大力发展的经济适用住房，其原因是在计划住房体制向市场住房体制转轨过程中，新引进的市场力量不能解决中低收入居民的住房问题，并影响到社会的稳定；其目的是为了解决房地产管理体制改过程中出现的中低收入居民无购房支付能力的问题，以维护社会的稳定。因而，经济适用住房所体现的是国家扶持贫弱的公共政策，它带有社会保障性和社会福利性，负载着实现社会公平、正义的崇高目标。

经济适用住房是我国现阶段多层次的城镇住房供应体系的主
体，为加快解决城镇住房困难居民的住房问题，需要大力发展经济适用住房。经济适用住房出售价格实行政府指导价，按保本微利原则确定。经济适用住房的用地实行无偿划拨，其成本只包括征地和拆迁补偿费、勘察设施和前期工程费、建安工程费、住宅小区基础设施建设费（含小区非营业性配套公建费）、管理费、

〔9〕 国家为了贯彻落实《国务院关于深化住房制度改革的决定》（国发〔1994〕43号），加速住房商品化、社会化进程，加快经济适用住房建设，推进房改，促进住房小康目标的实现，国务院决定实施国家安居工程，为推进城镇住房制度改革提供示范。1995年1月20日，国务院住房制度改革领导小组制定并颁布了《国家安居工程实施方案》，规定国家安居工程住房直接以成本价向中低收入家庭出售。随着国家进一步深化城镇住房制度改革，国家安居工程逐步过渡到经济适用住房建设上来。1998年7月3日，国务院颁布了《关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》（国发〔1998〕23号），对经济适用住房实行微利销售，规定利润不得超过3%。