

房 地 产 热 点 问 题 丛 书



炒卖

风险防范

——商品房预售管理制度探析

杨承志 著

广东省出版集团
广东经济出版社

房 地 产 热 点 问 题 丛 书

“楼花”炒卖 风险防范

——商品房预售管理制度探析

杨承志 著

广东省出版集团
广东经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

“楼花”炒卖风险防范: 商品房预售管理制度探析 / 杨承志著. —广州: 广东经济出版社, 2006.9

(房地产热点问题丛书)

ISBN 7-80728-372-6

I. 楼… II. 杨… III. 住宅-商品交易-管理-法规-研究-中国 IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 091859 号

出版发行	广东经济出版社 (广州市环市东路水荫路 11 号 5 楼)
经销	广东新华发行集团
印刷	广东信源彩色印务有限公司 (原广东邮电南方彩色印务有限公司) (广州市天河高新技术产业开发区工业园建工路 17 号)
开本	730 毫米×1020 毫米 1/16
印张	13.25 2 插页
字数	201 000 字
版次	2006 年 9 月第 1 版
印次	2006 年 9 月第 1 次
印数	1~3 000 册
书号	ISBN 7-80728-372-6 / D·109
定价	30.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与承印厂联系调换。

发行部地址: 广州市合群一马路 111 号省图批 107 号

电话: (020) 83780718 83790316 邮政编码: 510100

邮购地址: 广州市东湖西路永胜中沙 4~5 号 6 楼 邮政编码: 510100

(广东经世图书发行中心) 电话: (020) 83781210

营销网址: <http://www.gebook.com>

广东经济出版社常年法律顾问: 屠朝锋律师、刘红丽律师

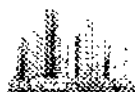
·版权所有 翻印必究·



自序

商品房预售制度首创于香港，随着内地房地产市场的发展，商品房预售作为一种重要的房地产开发、融资、买卖手段，为内地所借鉴，并成为商品房销售的主要方式。据统计，广州 2003 年商品房年预售量占整个商品房销售的 85%。商品房预售制度对我国房地产行业发展起到了积极的推动作用，促进了房地产市场的发育和完善，尤其是在房地产行业发展的开始阶段，房地产开发企业普遍缺乏建设资金的情况下，商品房预售制度的作用尤为突出。在内地十多年的商品房预售实践中，商品房预售管理的一些主要法律制度也在逐步地建立、发展及至完善，包括商品房预售许可制度、预售监督制度和合同法制度等主要制度，对于繁荣我国房地产市场，满足广大人民群众日益增长的居住需求，保护当事人权益方面起了积极作用。但是，随着商品房预售制度在实践中的广泛推广和应用，我国预售管理法律制度中的一些薄弱和欠缺之处逐渐暴露，并且越来越不能适应商品房预售实践及发展的需要，特别是政府部门在如何依法发挥监督管理作用，加强对商品房预售人的监管、帮助、引导处于弱势地位的预购人保护自己的合法权益，规范商品房预售行为等方面需要认真思考的问题很多。例如预售人一房多售、质量低劣、面积缩水、项目“烂尾”、货不对板等问题，严重损害了预购消费者的利益，围绕住房消费的各类投诉急剧增多。以广州市为例，2000—2003 年连续四年里，涉及住房的消费投诉和来信来访都名列前三名。全国其他房地产发展较快的城市，例如上海、北京、南京的情况也基本类似。关于商品房预售制度的存废也引起广泛的思考，一些地方的人大代表纷纷建议取消商品房预售制度，全部实行现房销售。

《中华人民共和国城市房地产管理法》等法律法规确定了商品房预售



法律制度，确立了商品房预售制度在经济生活中的地位，也同时明确了预售当事人双方的权利和义务，为商品房预售的健康发展奠定了良好的基础。在此基础上，研究、解决房地产市场中产生纠纷最多的环节——商品房预售中的问题，充分发挥商品房预售制度的积极作用，抑制、消除其负面和消极影响，对于繁荣房地产市场的发展，满足广大人民群众日益增长的居住需求，保护当事人权益具有重要意义。一直以来，各地学者、法律界人士和政府有关部门对商品房预售法律制度都进行深入的探索。笔者曾长时间工作于房地产管理的实务部门，致力于房地产管理的法律问题研究。在本书中，笔者对商品房预售的现行法律制度进行了研究和分析，将法学理论与房地产实践相结合，通过分析商品房预售合同法律制度中存在的不足和立法缺陷，特别是商品房预售合同登记备案制度的缺陷，以及商品房预售合同签订以后产生的新的法律关系。例如：预售商品房的转让、预售商品房的按揭等涉及当事人重要权利和义务改变的一些重大问题中，法律法规没有明确性质，没有作出具体的规定或没有制定出实际的操作程序等等问题。本书从实践的角度出发，结合法理分析论述了商品房预售合同备案的法律性质、预售商品房再转让的法律性质、商品房预售按揭的法律性质，并希望通过立法：一是完善现行的预售合同登记制度，通过预告登记赋予预售商品房登记准物权的效力，保障预购人的权利免受后来人的侵害，从而真正保护预购人的利益；二是在法律上确定预售商品房转让的合法性，并制定再转让的统一规则，规范商品房预售转让的种类、条件、程序等；三是从法律上将商品房预售按揭与抵押严格区分，按照让与担保的特征，规定商品房预售按揭的性质，并明确按揭的登记机关、登记办法、登记程序、登记效力等内容，同时制定按揭标准格式合同，平衡双方利益，保护按揭当事人的合法权益。

总之，笔者探索如何通过合理的制度安排和引导，规范房地产预售管理，解决房地产预售中出现的问题无疑具有现实意义。

广州市国土资源和房屋管理局

政策法规处处长 杨承志

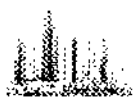
2005年12月



目 录

上篇：商品房预售管理制度综述

第一章 商品房预售概述	(3)
第一节 商品房预售的起源和在我国的发展	(3)
一、商品房预售的起源	(3)
二、我国商品房预售制度的发展过程	(5)
三、我国商品房预售制度产生和发展的内在原因	(6)
第二节 商品房预售的概念和特征	(9)
一、商品房预售的概念	(9)
二、商品房预售的特征	(9)
第三节 商品房预售的作用	(11)
一、商品房预售是控制产品结构性风险的重要条件	(11)
二、商品房预售是控制投资和产量风险的重要条件	(11)
三、商品房预售是控制现金流风险的重要条件	(12)
四、商品房预售会提高资金的使用效率	(12)
五、商品房预售会降低消费者的风险	(12)
六、商品房预售降低了银行的开发信贷风险	(13)
七、商品房预售可以减少市场的风险	(13)
八、商品房预售可以降低政府的风险	(13)
第二章 商品房预售管理的现行法律制度	(14)
第一节 商品房预售法律关系的特点	(15)

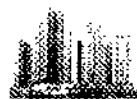


一、商品房预售法律关系的产生、变更、消灭具有要式性特征	(15)
二、商品房预售法律关系体现了对商品房预售当事人利益的平衡保护	(15)
第一节 商品房预售管理的主要法律制度	(16)
一、商品房预售许可制度	(16)
二、商品房预售监督制度	(21)
三、商品房预售合同法制度	(35)
第三章 商品房预售管理制度的主要问题	(44)
第一节 商品房预售存在的主要风险	(44)
一、商品房预售行为自身蕴涵的风险	(44)
二、商品房预售行为中的欺诈风险	(47)
三、商品房预售的相关制度可能带来的风险	(49)
第二节 商品房预售制度存废的争议	(50)
一、取消商品房预售制度的利弊分析	(51)
二、商品房预售制度存废的评价	(53)
第三节 商品房预售管理制度中的问题分析	(60)

下篇：商品房预售法律制度的完善

第四章 商品房预售合同的管理	(66)
第一节 建立商品房预售合同的预告登记制度	(66)
一、现行商品房预售合同登记制度的缺陷	(66)
二、预告登记制度	(71)
三、建立商品房预售合同预告登记制度的合法性和必要性分析	(75)
四、建立商品房预售合同预告登记制度的作用	(77)
五、建立商品房预售合同预告登记制度的立法建议	(78)

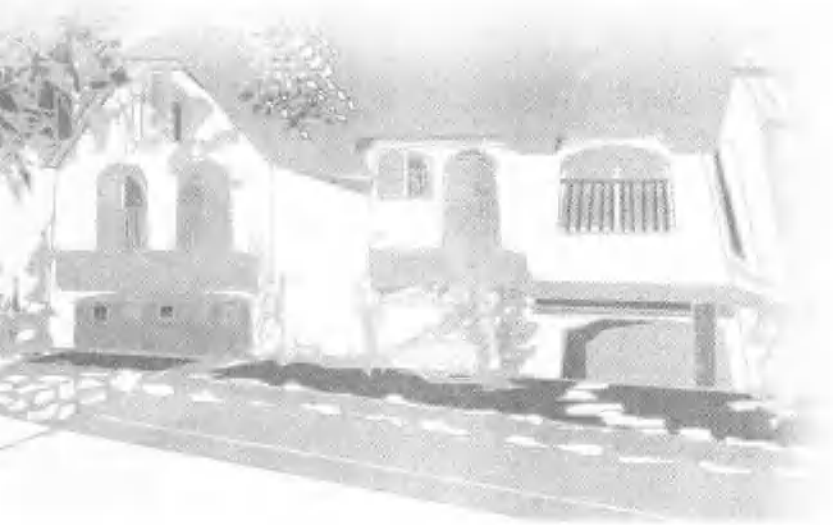
第二节 加强商品房预售合同的风险管理	(81)
一、情势变更原则	(82)
二、不安抗辩权在商品房预售合同中的运用	(92)
第五章 建立预售商品房(楼花)转让制度	(97)
第一节 预售商品房(楼花)转让的概念和相关规定	(97)
一、预售商品房转让的概念	(97)
二、预售商品房转让的相关法律法规	(98)
第二节 预售商品房(楼花)转让的合法性	(102)
一、允许预售商品房转让的意义	(102)
二、应当允许预售商品房依法转让的法律分析	(104)
三、完善预售商品房转让管理制度的法律设想	(106)
第六章 建立预售商品房(楼花)按揭管理制度	(115)
第一节 商品房预售(楼花)按揭制度简介	(115)
一、商品房预售按揭制度的发展	(115)
二、我国预售商品房按揭的特点	(118)
第二节 商品房预售(楼花)按揭的法律性质分析	(120)
一、各国对预售商品房按揭的法律规定	(120)
二、商品房预售按揭的法律关系	(124)
三、商品房预售按揭的法律定位	(125)
四、完善我国商品房预售按揭管理法律制度的设想	(129)
第三节 商品房预售(楼花)按揭的发展趋势	(130)
一、按揭权人风险防范分析	(130)
二、预售商品房按揭贷款保险	(131)
三、预售商品房按揭贷款的证券化	(134)
第四节 商品房预售(楼花)按揭中的实务问题	(136)
一、商品房预售按揭中的重复抵押	(136)
二、在建工程抵押后又进行商品房预售按揭	(137)
三、商品房预售买卖合同和预售按揭合同关系的认定	(139)
第七章 商品房预售各方主体权益冲突的规制	(141)
第一节 优先权制度在我国法律中的体现	(141)

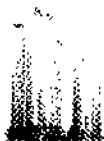


一、优先权制度的产生	(141)
二、优先权制度在我国法律中的体现	(142)
第二节 我国法律中建设工程承包人的优先受偿权	(143)
一、房地产开发中建设工程承包人优先受偿权的法律性质	(143)
二、最高人民法院对建设工程承包人优先受偿权的司法解释	(146)
第三节 商品房预售各方主体权益冲突的规制	(153)
一、施工企业优先受偿权与银行或其他债权人一般抵押权的冲突规制	(154)
二、预购人权益与银行或其他债权人的在建工程抵押权的冲突规制	(156)
三、预售商品房转让所引起各方主体权益的冲突规制	(157)
结束语	(158)
附录：相关管理条例	
城市商品房预售管理办法	(160)
商品房销售管理办法	(163)
广东省商品房预售管理条例	(171)
广州市商品房预售管理实施办法	(179)
关于做好稳定住房价格工作的意见	(184)
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	(188)
关于加强商品房销售管理的通知	(194)
国家税务总局、财政部、建设部关于加强房地产税收管理的通知	(197)
中华人民共和国合同法（节录）	(200)
参考文献	(203)

上
篇

商品房预售管理法律制度综述





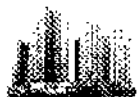
第一章 商品房预售概述

第一节 商品房预售的起源和在我国的发展

一、商品房预售的起源

商品房预售制度起源于香港，由香港立信置业公司于 1954 年首创。1953 年的香港进入一个人口剧增时期，住房严重不足，形成对土地和楼宇的庞大需求。年仅 30 岁的香港商人霍英东先生凭其精明独到的眼光和胆识审时度势，在这一年成立了立信置业有限公司。他观察到当时的房地产开发企业都是整幢房屋出售的，从买地、规划、建楼以至收租，资金周转期很长，若周转不过来，房地产商就只好自己“跳楼”。于是他一改当时的现楼销售政策，提出了“预售商品房”，并提倡分期付款，推出楼宇“分层售卖、分期付款”的销售方式。投资者在签订合同时，一般先支付房屋总价款的 10%~20% 作为首期，待建筑物建成一半时，投资者再支付价款的 30%~50%，到房屋建成时交付剩余的房款，便可以取得房屋的所有权。由于房屋是被分期分批预售给投资者的，就像飘落的花一样，因此，这种房屋销售方式形象地称为“卖楼花”。随后其他地产商纷纷效尤，成为香港房地产市场的一大经营特色。1955—1965 年的 10 年间，香港地产业蓬勃发展。炒“楼花”也因此被老外戏称为“中国人的第五大发明”，并迅速波及东南亚地区，之后很快传入中国内地。

在我国，随着住房制度改革的尝试和推广，广东等沿海先期开放城市开始从香港、澳门学习引进商品房预售制度。20 世纪 90 年代初，随着我国第一轮房地产开发热潮的掀起，这一新型交易方式开始流行全国。与此

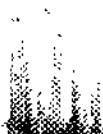


同时，内地部分地区房地产主管部门亦开始制定相应的政策规章，对商品房预售行为作相应的行政管理规定。全国人大为适应我国房地产形势快速发展的需要，在总结各地经验的基础上，于1994年7月5日全国人大常委会颁布了《中华人民共和国城市房地产管理法》。在该法律中，设立有关专门条款，明确规定了商品房预售制度，规定了房地产开发企业预售商品房的条件，并确立了商品房预售许可及预售合同备案登记制度。4个月后，建设部又出台了《城市房地产预售管理办法》，对商品房预售的条件、预售许可及预售合同备案登记手续的办理等多方面的行为作了相对具体的规定。至此，我国商品房预售制度正式确立。目前全国各主要城市的商品房预售比例普遍在80%以上，部分城市甚至达到90%以上。据测算，预售项目资金比现售项目资金的动态回收期约缩短10个月左右。目前，预售价格较现售价格约低10%~15%。预售已经成为房地产开发融资的重要手段。中国人民银行日前发布的《2004年中国房地产金融报告》中指出，房地产开发资金中使用银行贷款的比重在55%以上。第一大资金来源为“定金和预收款”，占房地产开发投资资金来源的43.1%。

商品房预售制度自发端于香港至今不到50年，却已为世界许多国家和地区接受，并且成为一些国家或地区房屋销售的主要方式。究其原因，一方面，对房地产开发企业来说，房地产开发所需资金数额巨大、开发周期长，而且还要承担市场变化的风险。采用预售的方法，不仅使房地产开发企业可以在施工过程中获得一部分建设资金，加快了资金的回笼，减轻了借贷压力，而且大大地推动了商品房的销售，将房产市场变化的风险部分转移出去；另一方面，对于预购人而言，从房地产开发企业开始销售“楼花”到商品房正式竣工交付使用之间尚有一段较长时间，房地产业的行情处于变动状态，买“楼花”时的房价与正式竣工时的房价之间可能形成差价，该差价也会促使人们乐于成为商品房预售合同的买方。

由此可见，商品房预售对买卖双方都具有一定积极作用。它是房地产开发企业常采用的销售和筹资策略，能有效减少资金筹集的环节，节约筹资的费用，降低销售风险。预购人通过预售可以得到稳定的房源和优惠的售房价格，特别是在开工之前付全款的客户，可以获得折扣优惠。此外，商品房预售也为预购人投资增辟了一条新的途径，许多预购人将房地产视





为一项投资，目的是为了期待房地产升值，从而获取升值后的收益。

二、我国商品房预售制度的发展过程

我国对商品房预售制度的引进始于改革开放后。商品房预售制度的确立，与我国房地产市场的发展进程是紧密联系的。房地产开发的前身是改革开放初期的城市房屋“统代建”，即需要建房的单位按国家批准的建房计划，委托由政府组织成立的“统建办公室”统一规划、统一建设、统一结算，建设资金来自各建房单位。随着房屋商品化、土地有偿使用等制度的推行，各地“统建办”逐步演变为房地产开发企业，其服务对象也逐渐通过市场进行选择，但其开发建设资金除获得贷款外，主要仍然是购房者预付的购房款。商品房预售也逐步成为主要的销售方式。

第一阶段：1978年邓小平提出加速住房建设之后，理论界开始提出住房商品化和土地产权性使用的观点。1978年我国城镇人均住房使用面积已下降到历史最低点，低于1949年建国初期水平，出现了全国性的房荒，不得不加速城镇住房的建设以缓解城镇的房荒矛盾。

计划经济时代住房的建设主要是由当地政府的建委组织建设工作，用代建制的方式，由各购房单位按批准的建设计划和资金到统建办预订购住宅。城市统建办用预收的订购资金和部分银行贷款安排土地开发与住宅建设的工作，形成最初的住房预订购制度。

第二阶段：1980年国家批准建设部主导成立了第一家城市开发公司——中国城市房屋开发总公司。该公司成为用市场化企业操作的试点，打开了住宅开发严重滞后的局面，同时北京的住房统建办公室挂牌改为北京市城市开发总公司，由政府行政代建制改为企业操作方式，但仍执行计划预订购方式。

第三阶段：1982年国务院批准在四个城市进行半商品化售房试点，拉开了住房市场化的序幕，试点销售仍以预先按计划订购为主。

第四阶段：1984年广东、重庆开始征收土地使用费，同时各城市下发了《城市土地房屋综合开发管理办法》，以及经批准允许住房困难的华侨可以用外汇购房，个人住房困难的经批准后允许购房。由于批准需要符合特定条件，所以购买对象仍受计划控制，计划成为了预订购的必要程序。



这种方式延续至邓小平南方谈话之后才全面开放，尽管 14 个沿海城市和一些开放城市有了商品房可以对个人销售的试点，但全国计划审批制仍占主导地位。

第五阶段：1991 年土地有偿使用制度出台；1992 年房改全面启动，住房公积金制度全面推广；1993 年“安居工程”开始启动，房地产市场化首先以外销房开始自由买卖向所有人可以自由买卖推广。虽然 1993 年进行了调控，但面向个人的住房商品化市场已经开放，结束了个人住房购买的审批制和价格的审批制。1994 年建设部第 40 号令《城市商品房预售管理办法》出台。

第六阶段：1995 年开始实施的《中华人民共和国城市房地产管理法》将商品房预售制度以法律的方式予以确定。2001 年建设部第 95 号令《城市商品房预售管理办法》明确了相应的细则，使商品房预售制度成为市场经营核心管理制度之一。

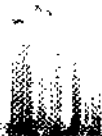
第七阶段：1998 年的房改货币化分配和人民银行房地产信贷政策的调整，包括个人住房贷款实行优惠利率等相关措施，进一步促进了城镇居民的预期消费欲望和能力，使商品房预售成为商品房销售的主要方式。2004 年建设部再次修改了《城市商品房预售管理办法》。

第八阶段：2005 年 8 月 15 日，中国人民银行发布了《2004 年中国房地产金融报告》，该报告称，很多市场风险和交易问题都源于商品房新房的预售制度，目前经营状况良好的房地产商已经积累了一定的实力，可以考虑取消现行的商品房预售制度，改期房销售为现房销售。此报告在房地产界和社会上产生了较大震动。8 月 24 日，建设部表示，国家近期不会取消商品房预售制度。

三、我国商品房预售制度产生和发展的内在原因

1. 住房供应不足，供求关系决定了预售行为的产生并使其成为主要的销售方式。从 1978 年的房荒开始严重的供不应求成为商品房预售制度建立的重要因素。任何产品市场在供不应求的情况下，都会产生预先订购的方式，尤其是价格较高的产品和资源稀缺的产品都会在供给不充分的条件下采用预先订购的方式。在住房供给严重不足的情况下，预售制度应运而生。





2. 房地产开发企业原始积累不足, 缺乏资金, 资金使用效率低, 预售款成为重要的开发资金来源, 并加速了资金流动。

(1) 改革开放初期, 企业缺少用于生产经营的最基本原始积累的资金。改革开放初期确立的代建制主要依靠计划批准购买方式的财政或购房企业的资金, 并且代建制时的价格是管制的, 利润率也是管制和审批的, 企业扣除税费之后的剩余利润不足全部利润的 8%, 使原始积累的速度极慢, 这就必然依赖预先订购的资金进行生产。

(2) 房地产开发企业资金不足, 金融融资渠道不畅顺。1992 年建立资本市场之前, 国内除银行信贷外没有用股权融资的渠道, 只有向银行借贷这唯一的债权融资渠道。1992 年刚开始的股份制办法和企业债券发行办法随着 1993 年 6 月的调控而中止。1998 年之后增加了个人购房消费信贷的支持, 但并没有开放整个金融管制。虽然恢复了资本市场股权融资的渠道, 但审批制及股权分置使中国的资本市场基本失去了信任和融资功能, 到目前, 境内外上市公开融资的房地产公司不足 130 家 (含非主业房地产公司), 仅为全部房地产公司的 0.3%。利用信托方式融资的全部资金累计不足 150 亿元, 约为当年房地产开发完成投资额的 0.1%。私募的股权融资没有相应的股权交易退出的场所和方式, 这些基本限制了灵活的用股权和债权与资本市场相结合的条件。房地产开发企业的资本扩张和规模性成长受到融资条件的限制, 只能依赖预售获得必要的开发建设资金。

(3) 税费支出较高。土地招拍挂制度使出让金和土地的开发成本一次性支付加大了前期费用。70 年土地出让金一次性支付使房地产开发的前期费用支出极大增加。许多本应在使用过程中的费用转换成了房价, 使房价提高的同时增加了税费。出让金、税费、成本、利息, 累计成为纳税基数而重复征税。现房价格由于成本累计而提高, 使营业税和契税变相提高而增加消费成本。由于税费制度的极不合理性必然会使现房的交易优越性大大低于预售商品房销售。

(4) 资金使用效率低。解决市场供不应求的唯一出路是增加和扩大生产量, 而预售制度是让有限的资金可以提高使用效率的唯一途径。如前所述融资和资本积累受到限制, 房地产开发企业的资金要提高使用效率, 增加流动性, 除依赖于银行的开发贷款之外, 则更多的依赖于预售。预售的



定金和预收款可以使项目前期以房地产开发企业的自有资金投入为主，开发中依赖于预售资金，开发后期可以将已收回的自有资金量投入于新的项目形成土地储备、土地开发、设计规划、生产建设、预售、回笼资金、再储备开发的循环。而现房销售将资金沉淀的平均周期至少延长一年时间。商品房预售制度是使资金使用效率提高与扩大生产供给的重要方式。

(5) 房地产市场有诸多的门槛限制。按市场经济的原则本应尽可能地降低准入门槛，这样才能充分发挥市场的竞争作用，吸引更多的投资进入并解决供给不足的矛盾。相反，如果门槛高，必然会使投资能力不能满足提高门槛后要求的投资而减少进入。当投资减少，生产量不足时，则一定会加大供求关系的矛盾，进一步刺激价格的上涨和增加消费者的负担。我国对房地产开发企业工商注册资金的数额规定，实际就是一个企业进入市场的门槛，到目前为止，我国房地产开发资质审定与工商注册登记门槛虽为百万元级至千万元级。但实际执行中却用行政或法规或相关管理（如信贷条件等）变相提高市场准入的门槛。如按传统的计划经济的管理方式而形成的项目资本金制度，并要求将项目资本金提高到 30%~35%。如银行限制四证齐全才发放贷款，而四证齐全的费用早就超过了《中华人民共和国城市房地产法》中规定的完成投资额 25% 就可以销售的法律规定。如土地招标、拍卖和公开挂牌等制度要求先付清土地的全部费用，大量的土地开发费用也许已占到了项目全部成本的 40%~50%，这些都是提高市场准入门槛的政策。尽管房地产开发的门槛不断提高，但商品房预售仍能维持一定的生产量。商品房预售是降低门槛、降低投资风险的前提条件之一，保证了当购房需求量增加时会增加供给。

3. 住房制度改革使住房逐步走向市场化和商品化，但由于城镇居民的收入普遍较低，购买能力较差，价格低的房屋商品成为消费者重要的选择条件。房地产开发企业预售项目开盘通常由于投入的资金量和完成的工作量较低，会采用较低的价格开盘，而由购房者承担了部分建设期的资金成本。随着投入资金量和完成工作量的增加，房地产开发企业会随着成本与进度而逐步提高销售的价格，到现房时则相对价格最高。虽然先期购房者多承担了部分建设期的利息，但由于价格与房屋后期的升值相比是有利的，同时由于价格较低其交易的税费成本大大降低，甚至建设期所支付的

