

商品房预租合同法律问题研究

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13620081150679

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

商品房预租合同法律问题研究

Study on Legal System of Pre-rent Contract with Commercial
Housing

黄 剑 平

指导教师姓名: 黄健雄 教授

专业名称: 民商法学

论文提交日期: 2011 年 4 月

论文答辩时间: 2011 年 月

学位授予日期: 2011 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2011 年 4 月

黄剑平

指导教师: 黄健雄 教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

商品房预租合同是房地产交易的特殊方式，区别于商品房预售合同，商品房预租合同实质是以缔结正式租赁合同为目的的预约合同。由于全国性立法的缺失，理论和实务上存在诸多争议，因此有必要对商品房预租合同的性质及相关理论进行研究。本文以理论、实务和立法等多方位为视角，结合预约理论对商品房预租合同的相关法律问题进行了研究，并对商品房预租制度进行了设想。

除引言外，本文分为四章，各章的内容如下：

第一章是商品房预租合同的基本理论分析；该部分明确了商品房预租合同的概念，对其基本特征进行了说明，并对商品房预租合同的有效性进行了论证。

第二章界定了商品房预租合同的性质；首先对预约的成立生效要件及预约与本约的关系进行了辨析，在此基础上对商品房预租合同的性质和商品房预租合同的转化进行了阐述。

第三章的主要内容是商品房预租合同的法律效力及其违约责任；该部分首先对预约的分类及效力相关理论进行了分析，以此为基础对不同类型下商品房预租合同的法律效力进行了区分，并对违反商品房预租合同的责任及商品房预租合同订立后可能发生的权益冲突及规制进行了研究。

第四章回归到商品房预租合同的立法规定。先对商品房预租合同的相关规定做了总结分析，而后对商品房预租合同的相关制度进行了设想，包括预租的主体、预租的条件及预租合同的登记备案制度等等。

关键词：房屋租赁；商品房预租；预约与本约

ABSTRACT

The advance rent of commercial housing is a special way of real estate transactions. Different from pre-sale contract with commercial housing, the pre-rent contract is a pre-contract with the purpose of entering into a lease contract essentially. Due to the lack of national legislation, there is controversy both in theory and practice. So it's necessary to study on the nature and correlation theories of pre-rent contract. With the theory of pre-contract, this article is studying on the pre-rent contract in theory, practice and legislation. Then it provides some advice with legal rules of the pre-rent contract.

Except the introduction, this article is divided into four chapters. The summary of each chapter as followed:

Chapter I: studying on the pre-rent contract in basic theory. This chapter ascertains the definition and the characters of the pre-rent contract. Then this part also proves that the pre-rent contract is lawful and valid.

Chapter II: making clear about the nature of the pre-rent contract. Firstly this chapter analyzes the establishment and valid factors about pre-contract, and also differentiates the pre-contract and the formal contract. According to that theory, this part describes the nature of the pre-rent contract and the transforming of the pre-rent contract.

Chapter III: primarily elaborating the legal forces and default responsibilities of the pre-rent contract. Firstly, this chapter describes the classification and legal forces of pre-contract. On this condition, it differentiates the legal forces of the pre-rent contract in different situations. Besides, this part also discusses the liability for breaching contract and the resolution while there is conflict in rights.

Chapter IV: tracing back to the legislation of pre-rent contract. On one hand, this chapter summarizes and analyzes the legislation of pre-rent contract.

On the basis of the analysis, this chapter envisages the rules of pre-rent contract, such as the pre-rent contract's subjects, conditions about advance-rent of commercial housing, the registration and recording of pre-rent contract.

Keywords: Rent of House; Advance Rent of Commercial Housing; Pre-contract and Formal Contract

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

| | |
|----------------------------------|-----------|
| 引 言 | 1 |
| 第一章 商品房预租赁合同基本理论分析..... | 2 |
| 第一节 商品房预租赁合同概念辨析 | 2 |
| 一、预约的定义..... | 3 |
| 二、“商品房”的界定..... | 5 |
| 二、商品房预租合同的定义..... | 5 |
| 第二节 商品房预租赁合同的基本特征 | 6 |
| 一、商品房预租合同的特征..... | 6 |
| 二、商品房预租赁合同与相关合同辨析..... | 7 |
| 第三节 商品房预租合同的合法性证成 | 9 |
| 一、从物权和债权的区别看商品房预租赁合同的有效性..... | 10 |
| 二、商品房预租赁合同并不违反法律、行政法规的强制性规定..... | 11 |
| 三、商品房预租是房地产交易的特殊形式..... | 12 |
| 第二章 商品房预租赁合同之性质 | 13 |
| 第一节 预约的认定 | 14 |
| 一、预约成立的一般要件与特殊要件..... | 14 |
| 二、预约与本约的辨析..... | 15 |
| 第二节 商品房预租合同的认定 | 18 |
| 一、商品房预租赁合同一般为预约合同..... | 18 |
| 二、商品房预租合同的特殊认定..... | 19 |
| 第三章 商品房预租合同的效力及违约责任 | 22 |
| 第一节 预约的分类及法律效力 | 22 |
| 一、预约的分类..... | 22 |

| | |
|-----------------------------------|-----------|
| 二、预约的法律效力..... | 23 |
| 三、“带未决条款的预约”和“将进行谈判的预约”之再区分..... | 25 |
| 第二节 商品房预租合同的法律效力 | 28 |
| 一、房屋租赁合同的主要条款..... | 28 |
| 二、“必须磋商说” | 28 |
| 三、“必须缔约说” | 28 |
| 四、“本约说” | 29 |
| 第三节 商品房预租合同的违约责任 | 29 |
| 一、商品房预租合同定金罚则的适用..... | 30 |
| 二、商品房预租合同能否强制履行..... | 31 |
| 三、违反商品房预租合同的损害赔偿范围..... | 34 |
| 第四节 商品房预租之权益冲突与规制 | 37 |
| 一、预租商品房的预售问题..... | 37 |
| 二、预售商品房的预租问题..... | 40 |
| 第四章 商品房预租合同的立法完善..... | 41 |
| 第一节 关于我国商品房预租合同的立法分析 | 41 |
| 一、我国商品房预租合同的立法..... | 41 |
| 二、现有商品房预租法律规范分析..... | 42 |
| 第二节 商品房预租制度的法律规范设定 | 45 |
| 一、商品房预租合同在立法上的定位..... | 46 |
| 二、商品房预租的条件..... | 47 |
| 三、商品房预租合同的主体..... | 48 |
| 四、商品房预租合同的登记制度..... | 49 |
| 结 语 | 51 |
| 参考文献..... | 52 |

CONTENTS

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Preface..... | 1 |
| Chapter 1 The Basic Theory for the Pre-rent Contract with Commerical Housing | 2 |
| Subchapter 1 The Concept of Pre-rent Contract..... | 2 |
| Section 1 Definition of Pre-contract | 3 |
| Section 2 Definition of Commercial Housing | 5 |
| Section 3 Definition of the Pre-rent Contract | 5 |
| Subchapter 2 Characters of Pre-rent Contract..... | 6 |
| Section 1 The Characters of the Pre-rent Contract | 6 |
| Section 2 Differences between Pre-rent Contract and Relevent Contracts..... | 7 |
| Subchapter 3 The Pre-rent Contract is Lawful and Valid..... | 9 |
| Section 1 The Property Rights and Creditor's Rights are different..... | 10 |
| Section 2 Pre-rent Contract isn't in Mandatory Violation of any Law or Administrative Regulations | 11 |
| Section 3 Pre-rent Contract is a Special Way of the Real Estate Deals..... | 12 |
| Chapter 2 Nature of the Pre-rent Contract with Commerical Housing | 13 |
| Subchapter 1 Identification of Pre-contract | 14 |
| Section 1 General Requirements and Special Conditions for the Establishment of Pre-contract..... | 14 |
| Section 2 The Pre-contact and Formal Contract | 15 |
| Subchapter 2 Identification of Pre-rent Contract..... | 18 |
| Section 1 The Pre-rent Contract is Pre-contract Popularly | 18 |
| Section 2 Pre-rent Contract's Particular Transforming | 19 |

| | | |
|---------------------|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Chapter 3 | Legal Forces and Default Responsibilities of Pre-rent Contract..... | 22 |
| Subchapter 1 | Classification and Legal Forces of Pre-contract | 22 |
| Section 1 | Classification of Pre-contract..... | 22 |
| Section 2 | Legal Forces of Pre-contract..... | 23 |
| Section 3 | Preliminary Agreement with Open Terms and Preliminary Agreement to Negotiate | 25 |
| Subchapter 2 | Legal Forces of Pre-rent Contract..... | 28 |
| Section 1 | Lease Contract's Main Clauses..... | 28 |
| Section 2 | Theories with Must Consultations | 28 |
| Section 3 | Theories with Must Contracting | 28 |
| Section 4 | Theories with the Formal Contract | 29 |
| Subchapter 3 | Default Responsibilities of Pre-rent Contract | 29 |
| Section 1 | Earnest..... | 30 |
| Section 2 | Continual Implementation | 31 |
| Section 3 | Indemnification for Loss | 34 |
| Subchapter 4 | Resolutions for the Conflicts in Pre-rent Contract | 37 |
| Section 1 | The Pre-rent Commerical Housing's Pre-sell..... | 37 |
| Section 1 | The Pre-sell Commerical Housing's Pre-rent | 40 |
| Chapter 4 | The Legislative Improvement of Pre-rent Contract..... | 41 |
| Subchapter 1 | Analyzation for the Legal Rules of Pre-rent Contract | 41 |
| Section 1 | Legislation of Pre-rent Contract..... | 41 |
| Section 2 | Summary and Analyzation for the Legal Rules of Pre-rent Contract | 42 |
| Subchapter 2 | Institutional Arrangement for the Pre-rent System | 45 |
| Section 1 | Location of the Pre-rent Contract | 46 |
| Section 2 | Conditions with the Pre-rent Contract | 47 |

| | | |
|---------------------------|-----------------------------------------------------|-----------|
| Section 3 | Subjects with the Pre-rent Contract | 48 |
| Section 4 | Registration System with the Pre-rent Contract..... | 49 |
| Conclusion | | 51 |
| Bibliography | | 52 |

厦门大学博硕士论文摘要库

引 言

随着经济社会的发展，房地产市场在一定时期内可能出现供不应求的局面，房地产开发企业也可能面临着自有开发建设资金不足的压力，为此，我国城市房地产管理法建立了商品房预售制度。与此同理，房地产市场中也出现了商品房预租制度，即允许房地产开发企业在商品房的建设工程尚未竣工之前，将正在施工的商品房预先出租给承租人。商品房预租是经济发展过程中的新生事物，它在促进房地产市场发展、平衡交易双方利益及提高经济效率等方面显示出了巨大的优势。目前，我国除了上海、哈尔滨等地在其地方性文件中对此有所规制之外，全国性立法对此问题一直未作回应，商品房预租市场处于法律真空地带，而理论上对该问题的探讨仍较匮乏，学者之间对商品房预租合同的性质界定仍存在差异，进而其对预租合同的效力及违约责任的处理也大相径庭。

实际上，区别于商品房预售合同的本约性质，商品房预租合同以缔结正式的房屋租赁合同为标的，乃为对应于房屋租赁合同的预约。同时，商品房预租合同具有不同于商品房屋租赁合同的特性，不能简单地以房屋租赁合同的法律规定予以理解和适用。解决商品房预租合同纠纷，应以预约的理论对商品房预租合同进行分析，并根据预租合同的不同类型，对其法律效力、违约责任及权益冲突进行分析并制定相应法律规范，以填补商品房预租制度在全国性立法中的空白，从而规范和促进房地产市场的健康发展。

第一章 商品房预租赁合同基本理论分析

第一节 商品房预租赁合同概念辨析

商品房预租赁合同，也就是本约为房屋租赁合同的预约，是伴随着我国房地产市场的繁荣发展，特别是为了满足房屋租赁消费应运而生的新生事物。商品房预租赁合同产生和运用主要基于以下几点原因：

一是房屋是人们生产、生活的必需品，具有不可或缺性，而高房价令消费者望洋兴叹，“以租代购”的消费模式迫切需要房屋租赁制度的不断完善。传统的“重购轻租”观念一定程度上促成了近些年来房价的飙升，这既是一种消费倾向，也与我国住房租赁市场的不规范和相关法律规定的不完善有关。房价的飙升却又潜移默化地影响着一部分人的置地观念，^①“以租代购”的新生活有利于满足居民的住房需求，对于居高不下的房价或许也将是一剂良方。^②因此，实践的呼唤需要得到理论和立法的回应，为了促进房屋租赁市场的健康发展，有必要对我国现行房租租赁制度进行重新审视，弥补立法和司法实践的不足。

二是国家对房屋租赁市场的严格管制。我国 2007 年修订的《城市房地产管理法》第 53 条规定：“房屋租赁，是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为。”因此，在一般的情形下，只有取得了房屋所有权证，才能合法出租。但是，随着经济社会的发展，房地产市场在一定时期内可能出现供不应求的局面，然碍于法律上的障碍，交易双方只能寻求其他方式来实现交易，为此，商品房预租便应运而生，即房地产开发企业将在建房屋预先出租给预承租人，待租赁的房屋具备合法使用条件以后，双方签订并履行正式的房屋租赁合同。商品房预租赁合同既满足了交易双方提前出租房屋的需求，同时也有利于稳

^① 汪学香. 房价坚挺房租渐涨, 新政催热银川房屋租赁市场[EB/OL]. <http://www.chinanews.com/estate/2010/07-08/2390381.shtml>, 2011-02-08.

^② 项银涛. 国金时评: 撼动高房价需从租赁入手[EB/OL]. <http://finance.people.com.cn/GB/13687285.html>, 2011-02-10.

固交易机会。

三是商业地产的发展促进了商品房预租市场的繁荣。商品房预租常见于商业及其他经营性用房，在商品房订单式建造并出租的情况下，商品房预租更属于普遍现象。随着商业地产市场竞争空前激烈，开发商们越发重视引进大型知名零售商作为吸引消费者的主力店，更有开发商针对大型零售商对物业硬件的苛刻要求提出了一种订单式合作方式——在进行项目产品设计时根据意向承租人的特殊需求量身定制产品硬件。^①商品房预租较好地解决了商品房建成后的出租问题，有助于开发商防范经营风险。同时，此类出租模式在商品房建造阶段较好地考虑到了预承租人对商品房平面布置、建筑结构及建筑、装饰、设备、配套设施标准等的特殊要求，受到预承租人的欢迎。

此外，房屋租赁合同内容相对较为复杂，承租人在决定租房但又对合同条款考虑不成熟的情况下，往往更愿意签订内容相对简单的预约，以固定交易机会，故商品房预租合同便被应用到不动产交易上。

一、预约的定义

在民法理论中，依当事人之意思而分，可将契约分为本约与预约。^②预约，也可以称预约合同、预备合同、预备性合同等。在实践中，常常会遇到这种情况，当事人双方订立合同的条件尚未成熟，但又不愿意失去交易机会，此时往往会进行预约。

在大陆法系国家，“预约通常被认为是将来订立一定契约之契约。换言之，预约是与本约相对的，履行预约于将来订立的契约是本约，缔约人因预约而负有缔结本约的义务。”^③值得一提的是，大陆法国家对预约制度的规定有不同的路径模式，主要有两种立法例：一是对预约的一般问题不作规定，而只对一些具体类型合同的预约问题作出规定；如《法国民法典》第 1589 条规定了买卖预约。^④《日本民法典》第 556 条和第 589 条分别规

^① 冯青. 商业地产若干法律问题研究——浅谈商业房地产预租的现状与完善[EB/OL]. http://www.zjlwyer.com/book_view.asp?tid=197&id=294, 2011-02-15.

^② 林诚二. 民法债编各论(上)[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2007. 31.

^③ 史尚宽. 债法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000. 12.

^④ 罗结珍译. 法国民法典(下)[Z]. 北京:法律出版社, 2005. 1199.

定了买卖预约和消费借贷预约，^①在采纳该立法例的国家中既无对预约定义的专门描述，也很少对这些具体类型的预约定义进行定义。二是对预约合同的一般属性进行规定；《葡萄牙民法典》将预约合同规定于第二卷第一编的“债之通则”部分。^②《澳门民法典》也采纳了类似的立法例，其第404条对预约进行了比较简洁的描述，预约即“某人基于一协议而有义务订立特定合同”。^③再如《秘鲁民法典》第1414条~1425条共有12个条文就预约合同的一般制度进行了详尽的规定，承认了预约合同的一般合同属性。此外，《葡萄牙民法典》、《墨西哥民法典》等大陆法系的民法典也存在类似的立法例。^④

英美法上对预约有多种表达方式，主要有“preliminary agreement”和“pre-contract”。在美国，最早提出预约应当得到遵守的学者是范斯沃斯（E. Allan Farnsworth）。“我将使用预约（preliminary agreement）一词，去指这样的协议：它订立于谈判期间，并期待着稍后作为谈判终极点的协议，而不论它在法律上是否可以强制执行。”^⑤然而，英美法中没有一个完全对应大陆法系的预约的传统概念。英美法认为，根据合同自由原则，纵使当事人已经展开谈判，可是仍可在最后选择不缔结合同，合同缔结之前的谈判或磋商不会在当事人之间构成约束关系。^⑥一般而言，双方当事人在正式签署合同前所签不受拘束承诺性书面（noncommittal statement）文件仅属于双方间对契约标的谈判之立场表示；然而若意愿书中将双方谈判之过程或条件叙述太明确时，法院则会将其视为有拘束力之约定。^⑦可见，英美法系中的预约包含了一些大陆法系所阐述的预约类型。

析之，大陆法系国家和英美法系国家都强调预约的未来规划性，但是二者对预约的性质认识存在差异，大陆法系国家认为预约对当事人双方均有约束力，英美法系国家则认为不管对当事人双方有无约束力，在签订后

^① 王书江译. 日本民法典[Z]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999. 102, 108.

^② 唐晓晴等译. 葡萄牙民法典[Z]. 北京: 北京大学出版社, 2009. 74-75.

^③ 赵秉志, 主编. 澳门民法典[Z]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999. 113.

^④ 钱玉林. 预约合同初论[J]. 甘肃政法学院学报, 2003, (4): 8.

^⑤ FARNSWORTH, E. ALLAN. Precontractual Liability and Preliminary Agreement: Fair Dealing and Failed Negotiations[J]. Columbia Law Review, 1987, 87: 249.

^⑥ 唐晓晴. 预约合同法律制度研究[M]. 澳门: 澳门大学法学院出版, 2005. 66.

^⑦ 杨楨英. 英美契约法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003. 21.

契约之前所达成的协议均为预约。

目前，我国尚无对预约的立法规定，但关于预约和本约的含义，学者之间基本上达成了共识，其关于预约和本约定义的表述基本一致。如王利明先生认为，“所谓预约，是指当事人之间约定将来订立一定合同的合同；将来应当订立的合同，称为本约。”^①史尚宽先生认为，“预约，谓将来订立一定契约之契约。其将来应订立之契约称为本契约。”^②

二、“商品房”的界定

所谓商品房是城镇居民住房制度改革的产物；“商品房”是房屋概念中与“非商品房”相对应的一种类型划分，意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。^③称为商品房的物应该具有如下特征：第一，开发建设主体为开发商；第二，具有商品的全部属性；第三，能于市场上面向社会自由流通交易；第四，具有完整的所有权。^④

建设部 2003 年 6 月 1 日起实施的《房地产业基本术语标准》第 6.0.1 条规定，商品房是指由房地产开发企业综合开发，以建成后出售或出租为目的建设的住宅、商业用房以及其他建筑物。

上述对商品房的定义较为准确地将商品房同其他类型的房屋区别开来，诸如农村的自建房和经济适用房等具有福利性质的房屋就不属于上述商品房的范畴，如无其他特别说明，本文所论述的用于预租的商品房也作此规定。

二、商品房预租合同的定义

传统的房屋租赁都是采取“先建后租”的方式进行的，即房地产开发商先取得土地使用权，再于其上兴建房屋，房屋建成后再行出租。此种方式对于租房人的交易安全较为保障。与之相反，商品房预租则是“先租后

^① 王利明. 民法[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2005. 464.

^② 史尚宽. 债法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000. 13.

^③ 符启林. 商品房预售法律制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002. 6.

^④ 陈耀东. 商品房买卖法律问题专论[M]. 北京:法律出版社, 2003. 13.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库