

学校编码: 10384
学号: X2005120124

分类号_____密级_____
UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

商品房包销若干法律问题研究

Research on some legal problems about
The exclusive selling of commercial housing

刘 益 群

指导教师姓名: 黄健雄 副教授

专业名称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2008 年 12 月

论文答辩时间: 2008 年 月

学位授予日期: 2008 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2008 年 12 月

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

商品房包销，是指包销人以开发商的名义，在约定的期限内承包销售开发商开发的商品房，按照约定支付包销价款并获取超过包销基价的溢价，包销期限届满后，由包销人将未售完的商品房自行购入的一种承包销售商品房的行为。

本文从商品房包销的基本概念和特征入手，在对商品房包销的法律性质进行研究的基础上，分析了目前商品房包销的立法现状及存在的问题，并针对某些具体法律问题提出了实践中的处理建议和立法建议。本文除引言和结语外，共分为四章。

第一章 商品房包销概述。本章首先对商品房包销的含义进行解析，其次论述了商品房包销兴起的必然性，最后分析了商品房包销的四个方面的特征。

第二章 商品房包销的法律性质。本章首先介绍了关于其性质的四种不同的观点；其次经过对四种观点的比较分析，认为无名合同说最具合理性；最后，进一步阐述了无名合同说合理性的法理基础，认为该说解决了原有理论涵盖面不足的困境，符合合同法精神，明确了法律适用。

第三章 我国关于商品房包销立法及存在的问题。本章基于第二章对包销合同作出的无名合同的认定，分析了目前我国立法的现状，并进一步提出了立法中存在的问题。

第四章 商品房包销实践中若干问题探析。在第三章对目前立法存在问题分析的基础上，本章选取了三个方面的具体法律问题进行解析，即包销人的主体资格问题、开发商自行销售包销的商品房及包销合同的解除。其中重点分析了包销人的主体资格问题，并进一步提出了立法建议。

关键词：商品房包销；法律性质；实践问题

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

The exclusive selling of commercial housing is the action of contracting and selling commercial housing, in which the underwriter, in the name of the real estate developer, contracts and sells commercial housing developed by the developer during the agreed contract period, pays the fund to the developer in accordance with the appointment and get the fund which exceeds the appointment. After the time limit of exclusive selling, the underwriter will purchase the commercial housing that has not been sold.

This dissertation takes off from the concept and legal characteristics of the exclusive selling of commercial housing, analyzes its current situation of legislation and legal problems, based on the study of its legal nature. Moreover, the dissertation brings forward disposal advice and legislative proposals about some specific legal issues. In addition to the preface and conclusion, this paper is divided into four chapters.

Chapter 1: The overview of the exclusive selling of commercial housing. Firstly, this chapter parses the definition of the exclusive selling of commercial housing, secondly discusses the inevitability of the rise of it, and thirdly, analyzes its four characteristics.

Chapter 2: The legal nature of the exclusive selling of commercial housing. Firstly, in this chapter the writer introduces the four different viewpoints on the nature. Secondly considers that the theory of unnamed contract is the most reasonable viewpoint through comparing and analyzing those four perspectives. Thirdly, the writer further elaborates the legal basis of the reasonableness of the theory of unnamed contract and thinks that this theory solves the plight of the shortage of coverage of the original theory and in line with the spirit of the contract law, clears the application of the law.

Chapter 3: Related legislation about the exclusive selling of commercial housing in China and existing problems. Based on the cognizance of the unnamed contract in chapter 2, the writer gives an analysis of the current situation of legislation in China and furthermore puts forward the problems in the legislation.

Chapter 4: Several practical issues of the exclusive selling of commercial housing. Based on the analysis of current legislative problems in chapter 3, this chapter selects specific legal issues at three aspects to parse: the problem of underwriter's qualification as subject; developer sells the commercial housing that would be soled by the underwriter; terminating the contract of the exclusive selling. Among those, the chapter focuses on analyzing the problems of underwriter's qualification as subject and furthermore puts forward legislative proposals.

Keywords: Exclusive selling of commercial housing; Legal nature;
Practical issues

目 录

引 言	1
第一章 商品房包销概述	2
第一节 商品房包销的含义	2
第二节 商品房包销在中国大陆的兴起	3
一、商品房包销是商品房销售渠道的形式之一	3
二、商品房包销兴起的必然性	4
第三节 商品房包销的特征	5
一、合作性与分工性	5
二、风险性	6
三、排他性	7
四、包销人权限的广泛性	7
第二章 商品房包销的法律性质	9
第一节 几种主要观点	9
一、特殊代理行为说	9
二、买卖行为说	10
三、两合行为说	11
四、无名合同说	12
第二节 无名合同说的合理性	13
一、四种学说的比较分析	13
二、无名合同说的法理基础	15
第三章 我国关于商品房包销立法及存在的问题	18
第一节 我国商品房包销立法现状	18
第二节 我国商品房包销立法存在的问题	19
一、有关商品房包销主体资格的规定	20
二、有关商品房包销行为的规定	20

第四章 商品房包销实践中若干问题探析	21
第一节 商品房包销人主体资格问题	21
一、现行立法没有限制包销人资格	21
二、对包销人主体资格限制的必要性	22
三、目前实践中的对策研究	23
四、规制包销人主体资格的立法建议	24
第二节 开发商自行销售包销的商品房	26
一、应当由开发商赔偿损失的情况	26
二、如何确定损失的内容	27
三、对当事人另有约定的理解	28
第三节 商品房包销合同的解除	29
一、当事人是否可以任意解除合同	29
二、包销合同的解除情形	31
结 语	33
参考文献	34

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Overview of the exclusive selling of commercial housing	2
Subchapter 1 Concept of the exclusive selling of commercial housing	2
Subchapter 2 Rise of the exclusive selling of commercial housing in China ...	3
Section 1 The exclusive selling of commercial housing is one of the way to sell commercial housing	3
Section 2 Inevitability of the rise of the exclusive selling of commercial housing	4
Subchapter 3 Characteristics of the exclusive selling of commercial housing	5
Section 1 Cooperation and work-dividing	5
Section 2 Risk	6
Section 3 Exclusive sale	7
Section 4 Broad rights of the underwriter.....	7
Chapter 2 Legal nature of the exclusive selling of commercial housing	9
Subchapter 1 Several viewpoint	9
Section 1 Viewpoint of special acts of agency	9
Section 2 Viewpoint of acts of transaction.....	10
Section 3 Viewpoint of acts of combination	11
Section 4 Viewpoint of unnamed contract	12
Subchapter 2 Reasonableness of the theory of unnamed contract	13
Section 1 Comparing and analyzing of the four viewpoints	13
Section 2 Theory basis of the viewpoint of unnamed contract.....	15
Chapter 3 Related legislation about the exclusive selling of commercial housing in China and existing problems	18
Subchapter 1 The current situation of legislation about	

	the exclusive selling of commercial housing	18
Subchapter 2	The problems in the legislation of the exclusive selling of commercial housing	19
Section 1	About the underwriter's qualification as subject.....	20
Section 2	About the acts of the exclusive selling of commercial housing.....	20
Chapter 4	Several practical issues of the exclusive selling of commercial housing	21
Subchapter 1	The problem of underwriter's qualification as subject	21
Section 1	The underwriter's qualification as subject is not limited in current law.....	21
Section 2	The necessary to limit the underwriter's qualification as subject...	22
Section 3	Disposal advice in practice	23
Section 4	Legislative proposal to limit the underwriter's qualification as subject.....	24
Subchapter 2	The developer sells the commercial housing that would be soled by the underwriter	26
Section 1	Situations that the underwriter would be compensated by the developer	26
Section 2	How to ascertain the loss	27
Section 3	Understanding of the parties' agreements	28
Subchapter 3	Terminating the contract of the exclusive selling of commercial housing	29
Section 1	Whether the two parties can terminate the contract at will.....	29
Section 2	Situations that the contract could be terminated.....	31
	Conclusion	33
	Bibliography	34

引 言

商品房包销是社会分工细化的产物。随着房地产业的蓬勃发展,房地产行业的竞争也越来越激烈,充分有效的利用资金就成为房地产商脱颖而出、占据竞争优势的关键环节之一。于是,房地产商为了尽快筹集建房资金、收回投资成本和利润,采用了与包销人联手销售商品房的促销新方式——商品房包销。通过这种方式,开发商可以集中精力开发建设,有利于促进商品房的销售。

必须承认的是,我国房地产市场的发展还并不成熟,有关房地产的法律法规还不健全。商品房包销这一新的销售形式的出现,一方面促进了商品房的销售,另一方面也给房地产市场带来了诸多纠纷。这种在国外以及我国香港、台湾地区已经颇为盛行的销售方式,在我国大陆却纠纷不断,一个很重要的原因就是,相应的法律规制不健全。目前,我国法律、行政法规中,还没有关于商品房包销的任何规定,仅有的法律文件为《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》(以下简称《解释》),并且只有短短三条,内容相当简略。我国商品房包销发展的现实和法律规制之间明显脱节,这就是纠纷的根源所在。相应的,学术界关于商品房包销研究得也很少,^①并且在许多问题上存在着不同意见。

商品房包销是房地产市场发展到一定阶段的产物,它所涉及到的法律关系要比一般的民事法律关系更为复杂,其中有开发商和包销人之间的包销关系、开发商和购房人之间的法律关系以及包销人和购房者之间的法律关系,另外开发商和包销人的包销关系在不同的阶段也会表现出不同的特征,这种法律关系的复杂性是法律研究和立法的困难所在,也是产生分歧的原因所在。从学术上理清商品房包销的基本问题,并健全现行立法,是使商品房包销行业健康发展的当务之急。

^① 就笔者阅读范围,直接或间接涉及房地产包销的书目主要有如下几本:最高人民法院民事审判第一庭.商品房买卖合同司法解释问答[M].北京:法律出版社,2003;陈耀东.商品房买卖法律问题专论[M].北京:法律出版社,2003;高富平,黄武双.房地产法学[M].北京:高等教育出版社,2003;莫桂莉,陈玉洁.房地产行业法律法规条文释义与纠纷应对方法及案例分析实务全书[M].北京:企业管理出版社,2007.;揭明,张勇敏.房地产法[M].杭州:浙江大学出版社,2004;黄武双,朱平.房屋交易法律原理与案例精点[M].上海:上海交通大学出版社,2006;黄松有,主编.房地产司法解释实例释解[M].北京:人民法院出版社,2006;武家国.房地产法教程[M].上海:同济大学出版社,2005;等。从中国期刊网上,以“商品房包销”或“房地产包销”为关键词进行搜索,所能够搜到的论文总共不上十篇。这些论文详见参考文献。

第一章 商品房包销概述

第一节 商品房包销的含义

包销行为向来有之。作为一种销售方式,包销已经被我国引入证券的销售中,即证券包销,即由证券承销商认购发行公司的全部证券或部分证券,然后再向社会推销,承销商获取包销中的差价利益,同时承担推销不出去的风险。就实质而言,商品房包销实际上是将上述经营方式移植于房地产市场之中,只是由于房地产本身的一些特性,使之与证券包销表现出不同的特征。

《解释》第一次对商品房包销行为作出了法律规定,该解释虽然没有对商品房包销直接给出定义,但我们可以从法律条文中看出一些端倪。^①根据该解释第20条“出卖人与包销人订立商品房包销合同,约定出卖人将其开发建设的房屋交由包销人以出卖人的名义销售的,包销期满未销售的房屋,由包销人按照合同约定的包销价格购买,但当事人另有约定的除外。”根据该条司法解释,笔者认为商品房包销可以作如下定义:商品房包销,是指包销人以开发商的名义,在约定的期限内承包销售开发商开发的商品房,按照约定支付包销价款并获取超过包销基价的溢价,包销期限届满后,由包销人将未售完的商品房自行购入的一种承包销售商品房的行为。“也就是说,当开发商投资建设的商品房项目符合国家规定的销售条件时,开发商与包销人之间以书面合同的方式确立双方间的房屋包销法律关系,确定包销人包销的价格、付款方式及房屋交付期限等,从而使包销人取得对包销房屋自主定价、独家销售的权利,包销人以开发商的名义进行销售,同时承担在约定期限届满时买入剩余房屋的权利。”^②根据上述定义,商品房包销可以从以下几个方面加以阐述:

一、商品房包销是一种特殊的包销行为。上文已述,在证券销售上也存在包

^① 《解释》出台之前,关于商品房包销的定义总共有四种不同观点,这些观点或将商品房包销界定为包销人以一定的价格条件和付款条件,在规定期限内向开发商买入全部商品房的买入行为,将包销行为认定为附条件、附期限的买卖行为,没有揭示出包销行为和买卖行为的区别;或将之定义为委托代理销售行为,没有区分包销行为和委托代理的区别;也有的观点相对更为合理,但也没有准确表述实践中商品房包销行为的本质,并不十分准确。随着实践和理论的发展,这些观点的弊端日益显露。具体参见陈耀东.商品房买卖法律问题专论[M].北京:法律出版社,2003.109.

^② 最高人民法院民事审判第一庭.商品房买卖合同司法解释问答[M].北京:法律出版社,2003.148.

销行为, 不仅如此, 在其他行业也存在。但由于房地产市场的特殊性, 使得商品房包销和其他类型的包销存在着一定的区别。房地产市场的特殊性主要表现在: 商品房的取得和转让实行登记主义; 开发商有权预售或者出售所建的商品房; 在包销期内, 包销人必须以开发商的名义进行包销行为; 等等。

二、在包销期限内, 包销人拥有比一般代理更为广泛的权利。包销人根据包销合同对商品房享有独占销售权、自由确定卖价的权利以及获取包销基价与实际销售价之间差价的权利。即在包销期限内开发商将自己一定数量的商品房的出售权转让给包销人专营, 取得包销基价, 包销人获得销售价与包销价的差价利益并同时承担销售风险。

三、包销期限届满, 包销人的强制购买义务。在包销期限内, 如果包销人未将包销的商品房全部售出, 则必须按合同的约定付清全部的包销款, 强制购入剩余的商品房。对于这部分剩余的包销商品房, 包销人与开发商之间则由原来的包销关系转为买卖关系。

按照不同的标准, 商品房包销可以分成不同的种类。按照包销商品房的状况来划分, 可以分为现房包销和期房包销; 按照包销的范围来划分, 可以分为全部包销和部分包销; 按照包销的基价为标准来划分, 可以分为确定基价包销和比例基价包销。

第二节 商品房包销在中国大陆的兴起

一、商品房包销是商品房销售渠道之一

市场销售渠道是指产品从生产领域进入消费领域的途径以及相应的组织机构。正确选择销售渠道有助于尽快将商品房传送到最终用户手中, 达到扩大销售量, 加速资金周转, 满足人民生活需要的目的。

房地产市场销售渠道就是房地产商品的流通途径。具体而言, 房地产销售渠道应包括三层涵义。首先, 房地产销售渠道的起点是房地产商品的所有者, 终点是消费者(可以是购买者, 也可以是使用者)。其次, 房地产销售渠道的积极参与者, 是房地产商品流通过程中各种类型的中间商, 即房地产中介代理机构。第三, 在房地产销售渠道中, 房地产的所有者向消费者转移房地产商品时, 既可转移房地产的

所有权,又可转移房地产的使用权。^①按照市场发展的成熟度不同以及包销形式出现的先后顺序,商品房包销可以分为三种模式,即直销模式、间接销售模式以及网络营销模式。

直接销售渠道又称零级渠道。这种销售方式没有中间商介入,由房地产所有者把房地产商品直接租售给消费者。直接销售是最短的销售渠道。

间接销售渠道也称代理销售模式,是指房地产商品从所有者转移到消费者需要经过中间商环节。根据经过中间商的多少划分为一级,二级,三级等不同层次的间接销售渠道。这一模式充分利用了委托代理机构的信息优势、专业优势、客户优势,有时甚至可充分利用其作为房地产代理机构的品牌优势而达到交易各方多赢的结果。商品房包销就是间接销售渠道的一种典型。

网络营销作为一种新型的销售模式,是以网络技术的不断完善和发展为依托的,现在的作用在不断扩大,但从严格意义上讲它并不是一种独立的销售渠道。

在实践中商品房销售还有一种做法,就是融合上述三种渠道,全方位、立体式的营销,我们把这称为多渠道销售模式。具体地说就是房地产开发商同时通过开发商直销、中间商代理(可以包销)、网络营销多种销售渠道将房地产商品出售给消费者,这种情况在目前的房地产销售中是比较常见的。这不是一种独立的销售模式,是对上述三种模式的综合运用。

二、商品房包销兴起的必然性

包销模式起源并兴盛于台湾,后在香港也取得了不错的发展。这种模式传入大陆后,在大家都在热衷于谈论众多知名的房地产开发公司的时候,并没有人对包销这一沉潜的利润猛兽进行关注和研究,而包销企业却在镁光灯之外得到了长足的发展,市场上逐渐出现了几个年净利润过亿的包销企业,且大都保持着百分之几百的增长率,而他们的高利润率更是让人咋舌。^②笔者认为,商品房包销这种销售渠道在大陆兴起是必然趋势,是商人理性选择的结果,有其经济学上的原因:

首先,商品房包销符合社会分工细化的趋势和企业效率的要求。200多年前

^① 王小华. 浅谈房地产销售渠道的选择[J]. 科技资讯, 2007, (31): 209.

^② 马雨欣. 房地产包销企业战略研究——以 A 包销企业为例的分析(硕士学位论文)[D]. 北京: 北京交通大学, 2008.

英国经济学家亚当·斯密在《国富论》中提出了劳动分工理论，论证了分工可以降低成本，提高劳动效率。在房地产市场上，如果开发商既开发又销售，必然要求开发企业要熟悉开发和销售两个渠道，搜集两个市场的信息，作两个市场的分析和决策，这对企业的决策者要求较高，而且会造成企业分散精力，机构庞大，管理费用上升，从而降低资本利润率。如果将开发和销售分离，开发商负责开发，包销人负责销售，双方就可以在各自的领域专心经营，掌握更多的信息，做到决策的专业化、专家化，还可减少不必要的管理成本，也有利于降低风险。^①

其次，采用包销模式有利于提高资金周转率，从而提高企业盈利。根据马克思政治经济学原理，在资金利润率一定的情况下，一定数量的资金，其周转速度越快，资金的年利润率就越高，年利润量也越多。加快企业资金周转速度，是提高企业经济效益的重要环节。在商品房包销中，开发商通过包销的形式，由包销人负责对外销售包销的商品房，并在包销期限届满，包销人必须购入剩余商品房。通过这种形式，开发商能够保证及时回笼资金，收回投资，从而可以把资金再次投入新的商品房开发中去。这样，在单位时间内，资金利用率更高，开发商所开发的商品房数量比单独采用直销模式要多，从而有可能实现更多利润。

综上所述，商品房包销在中国虽然是一种新兴的事物，但却有着广阔的发展前景，它必将成为商品房销售的重要渠道，也会随之涌现出一些有实力的包销企业。在法律框架内考虑，商品房包销是一种重要的民商事行为，同时因为涉及的金额巨大，极易产生纠纷，所以法律有规制的必要性。我国直接规制商品房包销的法律规范只有《解释》，并且只有短短的四条，只规定了些原则性的问题。从商品房包销发展的实践来看，这三条已不足以应付实践中产生的诸多纠纷，具体规制商品房包销行为成为日益重要的法律问题。

第三节 商品房包销的特征

一、合作性与分工性

商品房包销是房地产市场发展到一定阶段的产物，是开发商为了最大化实现经济利益、及时回收资金、规避风险而与包销人之间进行的一种特殊的承包销售

^① 陈耀东.商品房买卖法律问题专论[M].北京：法律出版社，2003.118.

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