

商业房地产预租法律问题研究 PDF转换可能丢失图片或格式
， 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_95_86_E4_B8_9A_E6_88_BF_E5_c122_480281.htm

一、商业房地产预租的现状

(一) 商业房地产预租的经济现状

1 商业房地产的调查结论 商务部的一项权威性调查显示：近两年大型商业设施投资来势很猛，2003年全国商业设施建设投资超过1千亿，竣工面积超过2000万平方米，北京、上海每年的商业设施面积都在100万平方米以上，2004年1月-11月份，全国商业营业用房完成投资同比增长33.2%，高于房地产开发投资增幅4个百分点；全国商业营业用房竣工面积增幅达21.9%，高于房屋竣工面积增近10个百分点。2004年12月11日，我国的零售业全面对外放开。商业地产需求量进一步加大，地理位置较好的商业房地产项目的争夺日益激烈。2006年家乐福计划新开15家至20家门店，沃尔玛计划今年之内在中国再开设10至15家门店。如此大量的需求促成了商业房地产预租开发模式的风靡；风险小、收益高使该模式成为商业房地产开发的主要模式。笔者认为商业房地产预租存在经济的土壤，是市场经济发展的内在需要，符合市场经济的价值规律。

2 商业房地产预租的主要模式 业界采用的主要预租模式称为--订单式商业地产，是大连万达集团首创，即商业地产商与零售商（例如沃尔玛、欧倍德等）约定，在指定区域内，房地产商完全按照商家的设计、使用功能、建设标准、配套设备等等特定的要求，建造特定的商业地产，商业地产建成之前，双方就已签订长期的预租协议，并由商家预先支付一定资金。一般而言，订单式商业地产预租合同的租期都是15年（如

沃尔玛预租赁合同)至20年(如东方家园预租赁合同),有的甚至在合同中直接约定20年期满后再续租20年(如东方家园、北京华联预租赁合同)。3 商业房地产预租的主要特点 首先,商业房地产预租的合同十分繁琐,内容冗长细致,尽量保证一切将来的事项都在双方的协商合同之内,以防止将来出现争议。的确,合同标的物的房地产正在开发建设之中,较其他的合同而言,预租模式的履行期限长,双方都不可避免地承担着一定的风险。从沃尔玛、麦当劳的预租赁合同文本一般都是70多页。因此第二个特点是:处于买方市场的商业房地产预租的合同往往是由商业零售业的巨头事先起草,在几十年的实践中逐步完善而成的格式合同。合同的双方当事人都十分讲究合同条款的措词,虽然内容涉及烦杂但却有很强的操作性。第三个特点是合同部分的内容固定,大都包括土地的取得、房屋的设计规划、开工、建设、竣工验收、房屋所有权的取得、交房建筑标准、交房手续、交房日期、预付款等条款。第四,笔者认为商业房地产预租模式与融资租赁合同十分类似。依据《合同法》第237条的规定:“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择,向出卖人购买租赁物,提供给承租人使用,承租人支付租金的合同”。商业房地产预租赁合同有融资租赁合同的相似特征,开发商先根据商家的特定要求向政府购买土地开发建设商业房地产;商业房地产预租模式可以从预租方融到部分周转资金,解决开发商前期资金链的缺口的问题,保证房地产开发正常、顺利地进行,节约了预租双方的成本和资金;长期的使用合作关系也类似融资租赁合同。(二)房地产预租的法律状况 经济的发展创造了日新月异的衍生模式,从预售到今天的预

租，实务界对法律的需求不断地增加，而法律规范的滞后性此时更明显是一览无余。目前我国有关房屋预租的法律法规少之又少，《上海市商品房预租试行办法》的第1条规定：“商品房预租是指房地产开发经营企业在新建商品房未办理房地产初始登记、取得房地产权证前，与承租人签订商品房租赁预约协议，并向承租人收取一定数额的预收款的行为”。第4条规定：“房地产开发经营企业申请预租商品房，应当具备四个条件：第一已按规定支付全部的土地使用权出让金，土地使用权已经依法登记并取得房地产权证书；第二取得商品房的建设工程规划许可证和建设工程施工许可证；第三预租的商品房主体结构完工，已经市或区、县的建设工程质量监督部门验收合格；第四已落实市政、公用和公共建筑设施的配套建设计划并已确定该预租商品房一年内能竣工交付使用”。《关于废止商品房预租等房屋租赁规范性文件的通知》规定“房地产开发企业开展商品房预租，应当按照《上海市房屋租赁条例》及其实施意见（一）的规定办理”。《上海市房屋租赁条例》第9条规定“房地产开发企业预租商品房，应当符合商品房预售的条件，并依法取得市或者区、县房地产管理部门核发的商品房预售许可证明”。《关于贯彻实施意见（一）》第16条规定：“符合商品房预售的条件并依法取得房地产管理部门核发的商品房预售许可证的商品房，房地产开发企业可以进行商品房预租”。2005年9月10日生效的《哈尔滨市城市房屋租赁管理办法》第7条规定：“房地产开发企业预租商品房，应当取得商品房预售许可证后方可进行。已经办理预售的商品房不得再行预租。本条前款所称商品房预租，是指房地产开发企业依法投资开发的商品房未

竣工前，向承租人约定预出租商品房并收取一定金额预收款的行为”。当然预租与租赁对比而言，其创新在于合同签订时租赁物尚未建成，但建筑物按约竣工后，合同其他部分的履行与租赁合同相似，因此在尚没有法律规定的现状下，预租可以概括适用租赁的相关规定，所以可以适用1988年最高人民法院发布并施行的《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见（试行）》第118条和119条、1995年1月1日的《中华人民共和国城市房地产管理办法》第52条 - 55条、1995年6月1日建设部颁布的《城市房屋租赁管理办法》、1999年10月1日的《中华人民共和国合同法》第13章关于租赁合同的规定。

二、房地产预租市场中存在的法律问题

（一）概念范围不清

“商业房地产”在房地产业界还没有一个十分准确的概念。中国房地产协会副会长、万达集团董事长王健林先生认为商业房地产这个概念不够准确，容易引起歧义。他认为国内一提到商业地产，人们往往想到的就是普遍存在的“建商铺、卖商铺”的房地产开发，而国外通行的称谓是“零售业房地产”，是指专门从事以收取零售物业的租金为目的长期房地产投资行业。在《2004年中国商业地产年度报告及2005年市场展望》报告中指出，从广义概念上讲，商业地产是指各种非生产性、非居住性物业，包括写字楼、公寓、会议中心以及商业服务业经营场所等；而狭义的商业地产概念是专指用于商业服务业经营用途的物业形式，包括零售、餐饮、娱乐、健身服务、休闲设施等，其开发模式、融资模式、经营模式以及功能用途都有别于住宅、公寓、写字楼等房地产形式。”荀培路先生认为“商业地产的形式多样，规模大小差别很大，大的商业地产如大

型SHOPPING MALL项目，规模可以达到几十万平方米，规模小的如小商铺，规模仅几百平方米甚至更小，商业地产的主要特征表现在：开发模式是先招商后开发，融资模式是以非银行贷款为主，运营模式是以出租为主。”（二）商业房地产的预租法律之间的冲突 本文上述所列的法律法规文件中都没有关于商业房地产预租的具体规定，在以下的各个法律法规中零星地指出了商业房地产预租的条件。例如：《中华人民共和国城市房地产管理办法》第52条规定房屋所有权人作为出租人，第53条规定租赁合同应当向房产管理部门登记备案；《城市房屋租赁管理办法》第6条规定未依法取得房屋所有权证书的不得出租，第13条规定签订、变更、终止租赁合同的应当向房产管理部门登记备案；《上海市房屋租赁条例》第9条和《哈尔滨市城市房屋租赁管理办法》第7条都规定商品房预租应当符合商品房预售的条件。业界对于“不得出租--登记备案--符合房屋预售”的条件看法不一，从我国的民事基本法律的原则性规定而言，《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见（试行）》和《中华人民共和国合同法》的相关规定中，民事法律行为包含三个条件：“行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律或者社会公共利益”；不违反《合同法》第52条关于合同无效的强制性规定，则租赁合同自成立时便生效。因此目前我国在预租方面的法律之间的冲突还有待解决。（三）商业房地产预租合同的法律效力 《城市房屋租赁管理法》（以下简称《租管法》）第52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。”因此房屋的出租人必须是

房屋的所有权人，对于预租过程中的在建房屋还不存在所有权的归属，预租合同在实践中一旦出现纠纷将可能被法院、仲裁机构认为合同效力待定甚至无效。这对于蓬勃发展的房地产预租业务，无疑是致命的打击。笔者认为：新型的房地产预租合同中房地产是在建过程中，预租可以分解为房地产的前期预期的租赁阶段和后期的租赁阶段。作为无名合同的一种，预租按照《合同法》第124条的规定“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或其他法律最相类似的规定。”因此商业房地产预租虽不符合此“有名合同”的构成要件，但并不因此而告无效，只是不适用《租管法》的上述规定而已。由此我们不难得出以下三个结论：“第一，《租管法》第5条并不适用于预租；第二，既然预租不是《租管法》第52条意义上的租赁，那就只能是一种房地产交易的特殊形式；第三，现行立法、政策对预租均未禁止，预租并不构成违法”。当然从法学理论的角度分析，商业房地产预租合同不应被认为是无效的。但是实践中商业房地产预租的尴尬处境仍有赖于法律名正言顺的正名规定。

三、房地产预租的法律的完善

（一）商业房地产的范围 笔者认为鉴于商业房地产发展的迅速走势，法律对于商业房地产的客体应保持宽泛的界定，无论从商业房地产运营和投资收益角度或者从商业房地产的开发、融资、运营等角度总结商业房地产的概念都是可以的。笔者认为商业房地产的概念应为：从事商业、服务业经营的土地和房产。

（二）商业房地产预租的法律条件 《哈尔滨市城市房屋租赁管理办法》和《上海市房屋租赁条例》及其实施意见（一）均规定了“房地产开发企业预租商品房，应当符合商

品房预售的条件。” 预售的具体条件是：开发商取得预售许可证；房地产业是国民经济发展的基础产业，房地产业能否健康稳定的发展，关系到整个国民经济的能否稳定发展。商业房地产预租应该由国家给予必要的引导和管制，但过于严格的要求将影响商业房地产市场的正常发展，所以笔者建议将商业房地产预租的条件为：预租人已按规定支付全部的土地使用权出让金，取得土地使用权证书，并将出租的合同在有关的政府部门登记。上述条件笔者主要考虑如下：首先，商业房地产开发商必须取得土地使用证，土地这个首要的基础条件必须无可置疑地首先获得，对于地上物的要求可以降低，工程规划设计应保持充分地自由度，这样有利于开发商和零售商对建筑物的特定设计要求的随时调整。其次，为了防止开发商打着招商引资的旗号签订虚假合同欺骗政府，获取土地再转手出售，应确定预租合同当事人在有关政府部门备案登记，确定开发商建设开发的周期、用地面积、后期的管理等等相关内容，事先保证国家能够充分地调控土地发展速度，宏观监督和管理市场中的商业房地产的整体情况。（三）商业房地产预租法律的效力 笔者认为商业房地产预租合同的法律效力问题还是应以登记备案的对抗制度的设计为宜。主要的原因笔者认为如下：（1）目前我国“订单式”商业房地产预租模式是房地产市场中主要的预租行为。此种模式与房屋租赁相对比，其出租的房地产有“三大的特点：面积大、价值大、影响大。而且在签订预期租赁合同时，商业房地产还在建设甚至申请审批阶段，标的物不确定性的特点，导致合同双方对于风险控制措施都不得不强化。不易控制性通过对登记备案制度可以在一定程度上给予双方当事人

一定的安全保障。（2）登记备案制度可能使政府主管部门及时而且准确地宏观调控整个商业房地产市场的发展。政府通过登记备案的过程全面地监督，事先防止双方当事人采用欺诈的手段倒卖土地等事项的发生。事先登记后，双方当事人了解预租的游戏规则，清楚法律对于预租欺诈行为的法律后果。（3）有利于政府的宏观调控，使得供求关系可以通过登记备案及时反应。政府可以防止大量的商业房地产盲目开发，解决市场经济过程中无序发展的灾难后果，适时地采取政策性的松紧调节，确保土地的供给和商业规划的顺利进行，也防止了重复开发，责任逐层分解落实。登记备案制度是政府对商业房地产市场进行必要监管规制的有效工具。

（4）登记备案制有效地打击了商业房地产商的不诚信做法，控制“一房多租”情况。加强了5%的房产租赁税有效地落实，保证国家税收管理的正常运转。（5）登记备案制度可以有效地保证第三人对抗效力和权利之公示作用，房地产预租与租赁制度一脉相承，“买卖不破租赁”原则自然适用无疑，登记备案制度是对预租方和房地产购买方的保证，防止在出卖人隐瞒与他人签订预租合同的情况下，再次将房地产卖予买受人，买受人付清了价款后仍然很难获得房地产的尴尬情况出现。结论：房地产业在我国蓬勃发展，其间必然衍生出许多不同的经营模式，如何在法律层面对其进行调整和规范是一个比较紧迫的问题。希望本文的探讨能有所帮助。

参考文献：1、《2005年中国商业地产四大发展趋势》，《地产互动》，2005年4月刊

<http://www.ir188.com/dzzz/200436/200510.htm> 2、王健林：《商业地产的八点心得》，《中国购物中心》，2005年7月第4期

第22页 3、同上 4、金可可、鲁立全，《商品房预租合同的法律思考》，《上海政法管理干部学院学报》第14卷第6期 5、符启林，《房地产法学》，法律出版社，2002年7月第2版第4 - 5页（作者：王英民，中国国际经济贸易仲裁委员会）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com