

作者：卜祥瑞，系南方财经法律研究院学术委员会主任兼首席研究员、中国仲裁法学研究会金融仲裁专业委员会主任

一个时期以来，国内大型房地产企业出现了资金链紧张、债务违约事件，引发市场震动，部分购房人因所购房地产项目出现停工乃至烂尾，在多种因素作用下，出现群体性“断供”现象，加之疫情等因素作用，影响了房地产信贷稳健运行，也深刻影响了房地产企业展业。

近日人民银行和银保监会联合发布《关于做好当前金融支持房地产市场平稳健康发展工作的通知》，提出六大项16条措施支持房地产市场平稳健康发展。明确阶段性调整房地产金融政策，并给予符合条件的房地产企业必要金融信用支持，及时开展商业银行出具保函置换预售监管资金有关工作，上述要求是金融支持房地产企业流动性，防范信用风险的一项重要举措。2022年11月14日，中国银保监会办公厅、住房和城乡建设部办公厅、人民银行办公厅联合印发了《关于商业银行出具保函置换预售监管资金有关工作的通知》（银保监办发[2022]104号）（以下简称《通知》），引发业界广泛关注。

## 一、保函置换预售监管资金业务的本质是商业银行对房地产企业提供信用支持

近年来，商品房预售资金监管问题突出，部分购房人因无法实现交易预期，往往投诉商业银行未履行监管职责。2022年1月底住房和城乡建设部、人民银行和银保监会三部委联合印发的《关于规范商品房预售资金监管的意见》（建房〔2022〕16号），就预售资金如何确定商业银行、监管账户的设立、如何确定监管额度、资金如何使用、企业违规挪用责任、厘清三方监管部门各自权责等9个方面内容予以明确。至此，长期以来形成的商品房预售资金由商业银行与住房建设部门多头监管的局面得以统一。因商品房预售资金监管问题投诉商业银行的现象乃至诉讼亦得以改观。但是监管额度内的资金必须专款专用、必须用于有关的工程建设（项目建设必需的建筑材料、设备和施工进度款等支出）等“两个必须”以及“集团公司不得抽调子公司监管资金”的要求，也影响了全国性房地产企业资金的合理调度和使用，房地产企业也可能因此产生流动性风险。在现阶段落实“两个必须”，并给予优质房地产企业信用支持，确保“保交楼”“稳民生”的有序实施，在一定意义上说是迫在眉睫。在此背景下，以商业银行保函置换预售监管资金新举措则应运而生。

所谓保函是指金融机构（银行、保险公司、担保公司等）应特定客户的请求，向第三方开立的一种书面信用担保凭证。一旦特定客户未能按约定协议履行其责任或义务时，则金融机构代其履行一定金额、一定期限范围内的某种支付或赔偿责任。在特定情形下，保函本质和保证金具有相同属性，保函不仅起到信用担保作用，而且能够有效解决客户资金占压的问题。

金融机构常常应客户要求出具多种形式的保函，有融资类的保函，也有非融资类的保函，如借款保函、保付保函、投标保函、履约保函、预付款保函、质量保函等等。保函置换预售监管资金业务本质上是商业银行为房地产开发企业提供保证金的信用保证的授信行为，以便房地产开发企业更加有效运用自有资金，解决其短期流动性不足问题。

## 二、商业银行应择优选择房地产企业规范开展保函置换预售监管资金业务

保函业务是商业银行不占用经济资本的传统业务，也是商业银行的经常性业务。商业银行开展保函置换预售监管资金业务与一般性保函业务存在一定不同，《通知》一方面强调坚持市场化、法治化原则，由商业银行自主决策是否开展该项业务。另一方面也明确了开展保函置换预售监管资金的基本条件。

第一，并非所有商业银行均可开展保函置换预售监管资金业务。

《通知》要求开展保函置换预售监管资金业务需要满足监管评级标准或者资产规模条件。一是监管评级4级以上的商业银行方可开展该项业务。依据银保监会《商业银行监管评级办法》规定，监管评级要素包括资本充足、资产质量、公司治理与管理质量、盈利状况、流动性风险、市场风险、数据治理、信息科技风险、机构差异化要素等多个方面，监管评级结果应当作为衡量商业银行经营状况、风险管理能力和风险程度的主要依据。商业银行监管评级结果分为1-6级和S级（正处于重组、被接管、实施市场退出等情况的商业银行），而综合评级结果为5级和6级，表明该类商业银行是存在非常严重的问题，或者可能发生严重的信用风险的高风险机构。高风险类金融机构不能作保函业务，实际上，其他业务也会有严格的限制。二是资产规模低于5000亿元的商业银行不得开展保函置换预售监管资金业务。目前政策性银行、大型国有银行、12家股份制银行资产规模早已超过5000亿元，如工商银行总资产规模已经达到35万亿元。125家城商行中，资产规模达到1万亿以上城商行有北京银行、江苏银行等10家，资产规模在5000亿以上有20多家。而农商行资产规模超过5000亿元以上的有重庆农商行、北京农商行、上海农商行、广州农商行、成都农商行、东莞农商行等多家。《通知》中对商业银行监管评级等级或资产规模设置的门槛其实并不高，核心在于要求金融机构具有与保函置换预售监管资金业务相匹配的自身风险管理状况、信用状况以及偿付能力。

第二，在房地产企业选择上，必须是优质房地产企业。

何为优质房地产企业？并非所有房地产领域的央企、国企均为优质企业。也不能简单易房地产领域的各种单项排名榜作为评判依据，只有那些信用风险小、财务状况

良好、无重大声誉风险、综合实力突出的房地产开发企业方可列为优质范畴。

### 第三，保函置换预

售监管资金范围、额度条件、期限明确限定。

在置换范围上，保函仅可用于置换依法合规设立的预售资金监管账户的监管额度内资金，包括购房人缴纳的定金和首付款、商业银行发放的按揭贷款以及其他形式的购房款等商品房预售资金。在置换额度和比例上，一是额度条件：监管账户内资金达到住房和城乡建设部门规定的监管额度后，房地产企业才可向商业银行申请出具保函置换监管额度内资金。二是比例条件“两个不得”，即保函置换金额不得超过监管账户中确保项目竣工交付所需的资金额度的30%，置换后的监管资金不得低于监管账户中确保项目竣工交付所需的资金额度的70%。在期限上，商业银行要合理确定保函期限，确保与项目建设周期相匹配。项目竣工交付或商品房项目完成房屋所有权首次登记预售资金协议解除后，保函相应失效。

### 第四，商业

银行开展保函置换预售

监管资金业务应统一纳入授信管理。

一是坚持统一授信。保函额度全额计入对房地产企业及其所属集团的统一授信额度。二是严格授信标准。商业银行在出具保函置换预售监管资金时，要参照开发贷款授信标准，充分评估房地产企业信用风险、财务状况、声誉风险、项目销售前景和剩余货值等，与经营稳健、财务状况良好的优质房地产企业开展保函置换预售监管资金业务。三是坚持审慎出具。对债权债务关系复杂、涉案涉诉纠纷较多、对外担保额度过大、施工进度明显低于预期的项目，应审慎出具保函。对于项目主体与总承包方存在关联关系的，要充分评估项目风险。

### 第五，明确商业银行通知

、督促义务以及垫付风险管控。

要求在监管额度内资金拨付使用时，预售资金监管账户开立行应在3个工作日内将相关信息通知出具保函的银行，出函银行要督促房地产企业向监管账户内补足差额资金（拨付资金×保函置换预售监管资金的比例），避免银行间涉函业务信息不对称引发其他风险。

《通知》还要求商业银行要通过保证金、房地产企业反担保以及其他增信措施，防范保函业务风险，按要求计提风险资本，提取风险准备金。在保函有效期内，如监管账户内剩余资金不足以支付项目工程款，出函银行应立即履约垫付，在保函额度内支付扣除账户内剩余资金后的差额部分。一旦出现垫付，出函银行要及时向房地产企业采取追索措施，保全债权安全。垫付资金应足额计提拨备、真实分类，不得隐藏风险。

### 三、开展保函置换预售监管资金业务仍要坚持依法合规原则

开展保函置换预售监管资金业务还涉及很多具体业务问题，如房地产企业需要按规定提供申请保函背景资料、财务报表以及必要担保证明文件等，银行仍然需要按照金融监管机构要求和内部制度等就申请企业的资信状况、履约能力、项目可行性、保函条款及担保进行必要审核。《通知》并未豁免也不可能豁免商业银行合规义务，商业银行仍然需要坚持依法合规原则办理相关保函业务。

一是强调了相关部门和商业银行的审核与配合义务。

房地产企业提供商业银行出具的保函，向住房和城乡建设部门请求释放预售资金监管账户相应额度资金时，监管账户行应配合住房和城乡建设部门做好必要的审核工作。住房和城乡建设部门研究同意后向监管账户行发出拨付指令。监管账户行根据住房和城乡建设部门拨付指令做好资金拨付，并等额减少账户管理额度。

二是对商业银行出具

保函置换预售监管资金提出限制性规定。

符合条件的商业银行可以作保函置换，但不得向作为本银行主要股东、控股股东或关联方的房地产企业出具保函置换预售监管资金。而企业集团财务公司等非银行金融机构不得出具保函置换预售监管资金。

三是对房地产企

业使用保函置换预售监管资金提出了限制性要求。

房地产企业要按规定使用保函置换的预售监管资金，优先用于项目工程建设、偿还项目到期债务等，不得用于购置土地、新增其他投资、偿还股东借款等。房地产企业要按约定承担监管账户内的资金补足义务，确保项目建设资金充足。

四是对相关部门提出了合规要求。

各地不得强制商业银行出具保函，不得将出具保函与当地预售资金监管资格挂钩。住房和城乡建设部门、金融管理部门应为商业银行开展保函置换预售监管资金业务提供必要支持。要求各地要加强房地产企业管理，对房地产企业违规使用资金的行为进行严肃查处。监管账户行、出函银行发现房地产企业违规使用资金，或在预售资金拨付后未及时补足差额资金，应及时报告有关部门。同时明确了住房和城乡建设部门、金融管理部门对于违反《通知》要求可以采取联合约谈、行政处罚等措施，督促房地产企业纠正违规行为。

### 四、商业银行开展保函置换预售监管资金业务应关注的特定风险

在《通知》下发之前，全国部分地方商业银行已经尝试开展保函置换预售监管资金业务，积累了一定的经验。《通知》下发后，符合条件的商业银行将更多开展该项业务。为此，商业银行在注意合规经营、防范行政处罚风险外，还需要特别关注以下风险：

### 一是违约划付监管资金的诉讼风险。

近年来，媒体以及司法裁判文书网均披露多宗商业银行未按照《个人购房借款及担保合同》约定，将贷款划付商品房预售款专用账户，而是支付至有关房地产开发公司开立的其他银行账户。有的地方住房和城乡建设部门还向商业银行发出对预售房按揭贷款发放进行整改的函件，要求商业银行必须将商品房按揭贷款划转到贷款商品房对应的预售资金监管账户，由房管部门监管使用，明示违规可能引发不良后果。个别商业银行分支机构虽然承诺将买受人所购商品房的后续房款（按揭款）全部存入预收款专用账户，但并未履行承诺。在相关诉讼中，被人民法院认定作为专业金融机构在签订和履行合同过程中存在过错，据此免除相关当事人《个人购房借款及担保合同》中约定的部分偿还本金及利息的义务，教训十分深刻。

### 二是违法协助冻结监管资金的风险。

随着人民法院关于网络查询、冻结、扣划金融机构当事人存款系统的推广，金融机构及其工作人员妨碍人民法院协助事件大幅度降低。但因涉及保函置换预售监管资金具体操作问题，商业银行在协助人民法院查询、冻结、扣划特定账户资金时，仍然存在合同约定权益的冲突，应当引起商业银行的高度重视，并充分注意有关司法政策规定。2022年1月份，《最高人民法院关于充分发挥司法职能作用助力中小微企业发展的指导意见》（法发〔2022〕2号）明确，为了维护购房者合法权益，防范房地产项目逾期交付风险，对商品房预售资金监管账户内的资金，依法审慎采取保全、执行措施。按照该指导意见要求，除当事人申请执行因建设该商品房项目而产生的工程建设进度款、材料款、设备款等债权案件外，在商品房项目完成房屋所有权首次登记前，对于监管账户中监管额度内的款项，不得采取扣划措施，不得影响账户内资金依法依规使用。该意见有利于进一步改善房地产市场环境，有利于减少房地产项目逾期交付的风险，也有利于维护购房者的合法权益。商业银行为此必须关注法律、司法解释以及司法政策对预售监管账户资金的查询、冻结、扣划的或有风险，依法履行协助义务。

### 三是违规出具保函业务的刑事风险。

商业银行及其工作人员违规出具保函，不仅会被金融监管机构予以行政处罚，还可能引发民事赔偿诉讼，情节严重的还会被追究违规出具金融票证罪等刑事责任。我国《刑法》第一百八十八条规定，银行或者其他金融机构的工作人员违反规定，为他人出具信用证或者其他保函、资信证明，造成直接经济损失10万元以上损失的，将处五年以下有期徒刑或者拘役。造成重大损失的，处五年以上有期徒刑。值得注意的是，商业银行也是违规出具金融票证罪的单位犯罪主体。依据《刑法》第

一百八十八条第二款规定，单位犯违规出具保函等金融票证罪的，造成直接经济损失30万元以上的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。需要注意的是，违规出具金融票证罪客观表现上是违反规定，包括国家法律、法规、监管规制、行业自律以及内部制度的规定，《通知》显然属于上述规定的范畴。

商业银行开展保函业务还会涉及其他刑事责任风险问题，同样需要落实好金融监管机构要求，采取有效措施予以防范。

需要指出的是，《通知》相关内容有可能对未来一个时期涉及房地产领域预售资金监管责任司法或仲裁的界定起到特定的作用。

更多内容请下载21财经APP