

优秀论文：商品房预售合同若干问题研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484467.htm

在房地产交易中，经常出现开发商一房多卖，出售后又将房屋抵押等损害房屋买受人利益的案件，并且通常引发大型集团诉讼，这种情况在商品房预售阶段尤其特别严重。在多数情况下开发商只是违规操作，尚有偿债能力，房屋买受人的利益还可以有充分的保障，但是如果开发商将房款卷走不知所终或者以其他方式转移财产无力偿债，而由于在房屋上存在多项权利，众多当事人又针对同一标的物提出了不同的权利要求，在此种情况下，如何保护房屋买受人的合法权益将是本文所要讨论的问题。

一、商品房预售合同的性质

商品房预售合同的立法定义，在我国《城市房地产管理法》中并没有做出明确规定。只是在建设部颁布的《城市房地产管理办法》第二条规定：商品房预售是指房地产开发经营企业将正在建设中的房屋预先售给承购人，由承购人支付定金或房价款的行为。但是这个概念并没有涵盖预售方交付房屋的行为，买卖合同的买受人负有支付价款的义务，而出卖方负有交付标的物并移转所有权的义务，由于商品房预售合同并不是买卖合同的预约，所以比较完善的定义应该是指房地产开发经营企业在约定的时间内将建成的房屋交付给预购方并移转房屋的所有权，预购方向预售方支付定金或者房价款的协议。

1、商品房预售合同是否为预约合同

在合同法理论上，有本合同和预约合同的划分，它们是根据订立合同是否有事先约定的关系来区分的。预约合同是当事人约定在将来订立一定合同的合同，本合

同是为了履行预约合同而订立的合同，预约合同当事人的义务就是订立本合同。 预约合同的当事人只能请求对方订立本合同，而不能依据预约合同所要求的本合同的内容请求对方履行。商品房预售合同中，预售方和预购方关于房屋的坐落、面积、价款的支付方式和期限、房屋的质量以及违约责任都有明确的约定。在房屋建造完成之后，无需再订立一个房屋买卖合同而可以直接按照商品房预售合同履行，并办理房屋过户登记手续完成交易。因而有学者认为商品房预售合同是商品房交易预约合同是不正确的。 当然，在商品房交易过程中，并不是说不能订立商品房销售的预约，只是说商品房预售合同不是预约合同，在当事人违反商品房预售合同时，所承担的是不能实际履行合同的违约责任，而不是不订立本合同的责任。

2、商品房预售合同是否为分期付款买卖合同

在商品房预售合同中，预购方经常是分期支付房屋价款，这种做法非常类似于分期付款买卖，所以有学者认为，商品房预售合同是一种分期付款买卖合同。 分期付款买卖是指出卖方将标的物交付给买受方，买受方在一定期限内将其应支付的总价款分批支付给出卖方的买卖合同。在分期付款买卖中，首先标的物应该在合同生效时交付给买受方，而在商品房预售合同中，标的物尚在建造，无从交付；其次分期付款合同的价款支付是按期分批支付的，而在商品房预售合同中，价款的支付可以分期支付，也可以一次性支付；再次，从合同的目的来看，分期付款买卖合同实际上是一种卖方信用，即卖方先将标的物交给买方而不要求买方及时结清货款，是给予买方提前消费的信用，而商品房预售合同实际上是买方信用，即房屋买受人预先支付房屋价款给出卖方，使

得房地产开发企业有充分的货币资金完成房屋建造。从上可以看出，商品房预售合同是不同于分期付款买卖合同的，两者有着本质的区别。因而，商品房预售合同既不是商品房预售合同的预约合同，也不是分期付款买卖合同，而只是普通的买卖合同，只不过是以后来建造完成的房屋为标的的远期交货合同。

二、商品房预售合同的有效要件 商品房预售合同既然是一种普通的远期交货合同，其有效要件当然与其他买卖合同的要件相同，即当事人具有相应的行为能力、意思表示真实、合同的内容和形式合法。但是由于商品房本身是不动产的重要种类，鉴于国家在不动产管理上的要求，现行法律对于商品房预售的条件和资格以及商品房预售合同的形式都作了相对严格的规定。

1、商品房预售的条件。根据《城市房地产管理法》和住建部《城市商品房预售管理办法》（2001年8月15日修正）的相关规定，商品房预售合同的预售方必须是具有房地产开发经营资质的企业，不具有相应资质的企业签订的商品房预售合同是无效合同；其次，预售方必须是通过土地使用权出让的方式取得土地使用权，并交付全部的土地使用权出让金，取得土地使用权证书，如果没有取得土地使用权证书而签订的商品房预售合同是无效合同；再次，预售方必须取得建设工程规划许可证和施工许可证，投入的开发资金必须达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期。根据《城市商品房预售管理办法》，以上三项是预售方向县级以上人民政府房地产管理部门办理预售许可证所必须提交的证明，因此，我们可以认为，只要是取得了房地产预售许可证的房地产开发商在主体条件上是完全合格的。

2、商品房预售合同的登记 商品房预

售合同的内容很复杂，履行期限又比较长，因而法律规定：“当事人订立商品房预售合同后，预售方应当按照国家的有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。”“商品房预售，开发经营企业应当与承购人签订商品房预售合同。预售人应当在签约之日起30日内持商品房预售合同向县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门办理登记备案手续。”这里所要讨论的问题是商品房预售合同登记的性质和效力问题。合同登记究竟是合同的有效要件还是对抗要件，对此问题很多人见解不一。

2000年最高人民法院《关于适用 中华人民共和国 若干问题的解释（一）》第44条作出了明确规定，“法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物的所有权及其他物权不能转移。”，根据这个解释，合同生效是否以登记作为其生效要件，取决于法律或者行政法规是否明确规定“合同登记后生效”，而我国现行的所有关于房地产方面的法律法规都只是规定了商品房预售合同应该办理登记，但没有规定“登记后生效”，因此登记备案不是商品房预售合同的有效要件，而是对抗要件。

三、商品房预售的损害赔偿问题

最高人民法院在《关于建设工程价款优先受偿权的批复》第二条规定，“消费者交付购买商品房的全部或者大部分价款后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”，首次采用了购房“消费者”的概念，将商品房列入“商品”的范围，确认了审判实践中可以援引《消费者权益保护法》（以下简称《消法》）对购房消费者进行特殊保护。最高人民法院于2003年5月7日颁布的《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》），对房地产交易中发生纠纷较多的一些问题如何具体适用法律作了较为明确具体的规定。针对消费者的合法权益，人民法院应当如何保护已成为近年来日益关注的话题。《解释》第八条、第九条第一次明确适用惩罚性赔偿责任，但惩罚性赔偿并不是大陆法系的法律制度，而是英美法系的法律制度，我国作为大陆法系国家，在民事损害赔偿方面，并不承认惩罚性赔偿原则。《解释》中所规定的商品房预售的惩罚性赔偿的性质和法理依据，可以认为是来源于《消法》中关于商品欺诈和服务欺诈的赔偿性规定，但是它们也不是典型的产品欺诈和服务欺诈。从《解释》所规定的适用惩罚性赔偿的五种情况看，都不是真正的欺诈，而主要是由于出卖方故意违背诚实信用原则所导致的标的物无法交付或者标的物上具有某种瑕疵，或者故意隐瞒真相、欺骗消费者等。也就是说，《解释》所规定的商品房买卖中的惩罚性赔偿，适用的不是这种领域中的商品或者服务欺诈，而是卖方不遵守买卖规则或恶意违约行为，因此司法解释适用的惩罚性赔偿是对《消法》中惩罚性违约金的扩大解释。

四、情势变更原则在商品房预售中的适用 合同有效成立后，根据契约必须遵守的原则，当事人必须严格履行合同，但是法律也同时依据诚实信用原则，以情事变更原则作为例外和补充。所谓情事变更原则，是指法律行为成立以后至履行完毕前，为法律效力发生原因之法律要件之基础或环境变更，因不可归责当事人之事由，致发生非当事人所预期之效果，如仍使发生原有效力，显有背于诚实信用原则，应认其法律效力有相当变更之规范也。 我国合同法并没有确立情事变更

原则，但是从《民法通则》第153条和《涉外经济合同法》第24条第3款的立法解释来看，似乎将情事变更包括于不可抗力之中。从司法解释承认情事变更原则适用的情况看，也是将情事变更作为不可抗力的一种情况，实际上是将不可抗力作了扩大解释。情事变更原则是民法公平和诚实信用原则在债法中的具体体现，目的在于通过情事变更原则，重新设置当事人双方的权利义务，实现民法的实质公平。基于情事变更而请求变更或者解除合同是合同当事人的一项实体权利，是发生债不履行时合同当事人一项重要免责事由。在目前，能不能在解决商品房预售合同纠纷中适用这一原则，有没有法律上的依据？回答应当是肯定的。因为：第一，我国民法通则第四条规定公平、等价有偿、诚实信用原则，它是适用情事变更原则的法理基础，我国民事立法上对“不可抗力”的扩大解释，不应理解为排除情事变更原则的适用，而应当作为处理情事变更问题的直接法律依据。第二，最高人民法院审判委员会通过的《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》（以下简称“四十七条解答”）第31条规定：“预售商品房的价格，除国家规定‘微利房’‘解困房’等必须执行国家定价的以外，合同双方根据房地产市场行情约定的价格也应当予以保护。一方以政府调整于房地产有关的税费为由要求变更合同约定价格的，可予以支持”，从上可以看出，情事变更原则在法律适用上是有理论基础和实践支持的。在商品房预售合同履行过程中，往往发生各种复杂的情形和事由，使合同不能全部履行甚至全部不能履行，导致合同的变更或者解除，哪些情形和事由属于情事变更，哪些不属于，必须具体分析在商品房预售合同

中适用情事变更的各种必备条件。（一）必须有情事的变更。所谓“情事”，指订约时作为合同基础 and 环境的客观情况，所谓“变更”是指上述客观情况发生了异常的变动。从商品房预售合同来看，发生情事变更主要有以下几种情况和原因：1、国家政策性调整。例如国务院文件及其部委有关房地产的临时性规定对价格幅度的调整，以及阶段性的计划方向调整等。“四十七条解答”第31条规定：“一方以政府调整于房地产有关的税费为由要求变更合同约定价格的，可予以支持”的法律依据就是情事变更原则。2、地方政府的行政干预。例如甲公司在市西部开发区内建造商品房小区，并与预购方乙签订了商品房预售合同；但合同履行过程中，政府决定将开发区移至市区东部，预售方甲正在兴建的商品房所在地行政划归郊区，原定的小区内配套建设项目也相继下马，预购方乙提出降低售价或要求解除合同的，即可考虑情事变更原则的适用。行政干预必须依法进行，否则干预无效，不能适用情事变更的原则。（二）情事变更的发生不可归责于合同当事人。这里要区分情事变更与正常的商业风险之间的区别。情事变更适用于当事人对引起客观情况异常变动的原因不能预见，而商业风险发生则是当事人可以预见、应当预见的。其次正常的商业风险也是为交易习惯所认可的。（三）情事变更必须发生在商品房预售合同订立之后至履行完毕之前，才有可能。（四）情事变更与合同不能履行应当有直接的因果关系。只有当情事变更成为履行合同不可克服的障碍，直接导致合同不能履行时，当事人才可以请求变更或者解除合同。（五）情事变更的发生使原合同的继续履行显失公平。这是适用情事变更原则的实质性要件，情事变更原则

的宗旨在于实现社会公平。是否显失公平一般由司法机关进行评判，但是这种评判应当依照一般人的看法，它所体现的道德标准和法律标准应有客观的尺度，简言之，即有可操作性。从实践看，如果发生下列情形使商品房预售合同的履行明显的不公平，受不利益的一方可以主张情事变更：1、因情事变更使预售方和预购方之间的利益关系发生严重的失衡，一方由于另一方的受损而获取明显的利益；2、主张情事变更一方是为了避免不当损害，同时不使对方蒙受不当损害。另外，根据合同自由原则，商品房预售合同双方可以在合同中约定情事变更的免责条款。商品房预售合同虽然在本质上属于买卖合同的范畴，但是由于商品房本身的不动产性质，以及商品房的开发对我国经济的巨大影响，所以“政出多门”的现象非常普遍，导致了在适用法律时无所适从。因此，在具体的法律和司法实践中，就要在各种规章中挑选识别，排除那些和法律相冲突的行政规章，充分考虑现代社会保护弱者的基本生存权的基本法理，根据每个个案的具体情况作出适合基本法治精神的分析和判断。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