

优秀论文:商品房出售转让问题思考 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_484480.htm

山东一诺律师事务所 张满秋 内容摘要：购房者完全可以不签订认购书，只要认准了商品房，可以直接与预售人签订正式合同。不签订认购书的不足之处是当楼市处于卖方市场时候，当购房者确实看中某套房屋时有可能因没交定金而被预售人出售给他人。但在目前楼市逐渐趋向供过于求过程中，房源的充足会使该不足逐渐减少直至消失。主题词：商品房、转让、买卖、合同

《城市房地产管理法》第四十五条：“商品房预售的，商品房预购人将购买的未竣工的预售商品房再行转让的问题，由国务院规定。”从此条的立法含义可以看出，预售商品房再行转让应该是允许的，否则，应直接明令禁止。其实，《城市房地产管理法》（草案）中曾明文规定禁止预售房再转让，但该法正式颁布时，却又改写为上述第45条规定，由此也可看出我国法律对预售房再转让予以认可的基本精神。但一些人为了合理解决上述实践问题，在坚持认为转让尚未登记领取权属证书之房屋的合同应为无效的基础上，认为《城市房地产管理法》第四十五条规定实际指预售合同债权或债务的转让。个人认为，预售房屋再转让与预售合同债权债务转让是不同的法律概念和法律事实，将“预售房屋再转让”理解为“债权债务转让说”实际是对现实生活的曲意回避和对当事人合意的严重违背。

一、认购书是一种双方在平等自愿的基础上签约的预约合同，具有法律效力，其存在也符合我国现有法律规定。关于合同债权债务的转让，合同法或民法

通则均有明确规定。1.合同成立的构成要件，我国合同法并没有作出明确的规定。外国合同法有规定合同成立构成要件的情形，比如《法国民法典》第1108条规定：“契约有效成立应具备四项根本条件：负担债务的当事人的同意；其订立契约的能力；构成权利义务客体的确定标的；债的合法原因。”从我国《合同法》第8条关于“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力”的规定来看，这里的“依法”是对“成立”的限定词，表明合同成立应当有其法定的构成要件。从《合同法》的篇章结构上来看，合同成立是该法第2章“合同的订立”中所规定的内容。合同订立的结果便是合同成立，即合同的订立是达成协议的过程，反映的是“线”；合同成立是达成协议的结果，反映的是“点”。（注：孔祥俊：《合同法教程》，中国人民公安大学出版社1999年版，第83页。）因而，该章关于合同订立的规定，包括合同主体的资格、合同的形式、合同的内容、合同的订立过程等内容，也应当适用于合同成立。概括地说，合同成立的要件一般包括：（1）合同的主体须有双方或多方当事人；（2）合同的内容须具备合同的必要条款；（3）合同的订立程序须经过要约、承诺两个阶段。2.合同生效的构成要件，我国合同法也没有作出明确的规定。从逻辑关系上来看，合同成立是合同生效的前提，只有合同成立以后，才能进一步谈合同生效的问题。因而，合同成立的构成要件，当然也应当是合同生效的构成要件。除此之外，从《合同法》第44条至第46条规定的内容来看，合同生效的要件还应当包括是否履行批准、登记等手续，以及约定的生效条件是否成就、期限是否界至。作为商品房预售合同债权与债务的转让，其并无特别例外之处

，无需在《城市房地产管理法》中另行规定。另外，合同债权债务的转让，属于特定的法律概念，如果该《城市房地产管理法》第四十五条规定包含此含义，应直接引用该法律概念，但该条款恰恰叙述的是“预售商品房的再行转让”，而非预售合同的转让。此外，债权的转让，应通知债务人，债权债务的转让，应取得合同另一方的同意，而实践中预购房屋再转让合同的当事人仅有二方，并无预售人，而且预购房屋再转让合同一般约定了出卖人尽快办理房产证然后逐步过户到买受人名下等内容。按照民法理论，合同可分为本约和预约。预约是指当事人双方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”，而约定订立本约的合同，称为“预约”。在预约中，本合同在预约成立时尚未成立，预约合同的成立和生效，仅仅只是使当事人负有将来要订立本合同的义务。两者之间具有不同的性质和法律效力，不能混淆。预约合同当事人的义务是订立本合同，所以，当事人一方只能请求对方订立合同，而不能依预约的本合同内容请求对方履行。认购书的成立与生效只是对当事人在可预见的期限内负有签约购房合同的义务，其“本认购书签约之日起十日内正式签约”，只是预售人向买受人发出了在十天内其有签订购房合同的义务，而不是向买受人发出签订购房合同的要约。约定在一定时期内有签约购房合同的义务，只是对一个今后签约行为来时要要有签约意图的约束，而不是对将来要签约的内容进行先期肯定。因此，笔者认为，认购书其实是一份预售人向买受人发出的订立本合同的预约，属于债权合同，适用一般合同法的规则。简单地说，某人签约了认购书，只要其在规定的期限内根据认购书的条款去和预售人洽

谈购买的具体事宜，即可认为买受人已经履行了义务，至于是否洽谈成功并签订合同则是另一新的合同事宜了。二、预购房屋再转让合同效力的现实意义 有观点认为，禁止转让尚未登记领取权属证书的预购房屋，可以预防房屋买卖投机，抑制炒楼花的蔓延。笔者认为不尽然，原因如下：1、事实上，现实生活中该种转让行为甚多，该种观点所体现的立法意图并未得以实现。3、在房地产市场发展初期，禁止转让尚未登记领取权属证书的预购房屋，可能起到一定的稳定经济秩序的作用，但当房地产市场发展到一定程度，对市场经济秩序的稳定可能更需要市场因素的自然调解，而且，如果一味坚持禁止转让尚未登记领取权属证书的预购房屋，则可能对市场的稳定和发展起到破坏和阻碍作用。4、禁止转让尚未登记领取权属证书的预购房屋，必然迫使当事人进而规避采取转让预售合同债权或债务的方式，其恰恰又助长了另一种“炒楼花”的行为，而且后者操作更为直接、经济、方便，发展商也常常乐意配合（多采取收取合同转让更名费用的配合方式），其发展势头甚猛，更不得不注意的是，它减少了一道产权过户程序，从而使国家丧失了大量的契税、营业税等各种税费。另外，如果说禁止转让尚未登记领取权属证书的预购房屋，其目的之一是为了抑制出卖人的转让行为，但事实却相反，它恰恰助长了出卖人在房价上涨后常常以合同无效为由进行反悔的行为，而最终受害的确是善意买受人。如果任由当事人以合同无效为由进行反悔，将更加不利于市场交易秩序的稳定和发展，而且给对方造成极大损失。我们知道，在合同无效情况下，只能追究对方的缔约过失责任，相反，在合同有效的基础上，将使守约方的救济手段更加

丰富，既可以选择请求继续履行合同，也可以选择解除合同并追究对方违约责任。违约责任的承担包括赔偿合同履行利益等，与合同无效缔约过失责任二者相比较，前者更加有利于保护善意交易一方的利益。此外，个人认为，如果预购人直接将其预购房屋作为自己的房屋，并未告知买受人尚未办理权属证书之事宜，并直接约定付款过户等，对买受人隐瞒了一定的交易风险（如开发商违约拒绝交付等），受让人也可考虑以欺诈为由申请撤销等，该问题应具体问题具体分析，本文不作论述。鉴于能否继续履行预购房屋转让合同还取决于开发商与预购人之间房屋购销合同关系的全部履行，如果因开发商违约等各种原因致使预购人不能顺利取得产权证书，则预购房屋再转让合同即使有效也无法继续履行，因此，当预购人以种种理由拒绝继续履行预购房屋再转让合同时，作为受让人最好选择追究预购人不能继续履行合同的违约责任。当然，如果预购人已经付清房款、实际入住且具备办理权属登记的条件或正在申请办理权属登记，受让人也可以根据实际情况选择请求继续履行预购房屋再转让合同。

三、认购书违约责任的界定。

对于购房过程中不履行认购书义务的违约责任，一种观点是：在双方不能订立购房合同时，一方可以将认购书的内容视为买卖合同的内容，可以请求对方履行，或诉请裁判机关裁决并以裁决书作为买卖的依据。如果违约方不能履行，则违约方要赔偿守约方的损失，损失包括守约方的期待利益损失。笔者认为，认购书只是一份预售人向买受人发出的订立本合同的预约，其法律效力仅仅只是使当事人负有将来要订立本合同的义务。购房者只要在一定期限内根据认购书约定的条款和日期有来和预售人签约购房

合同的意图且真实地履行了其意图，则其行为实际上是履行了认购书予其约定的义务。至于购房合同双方有分歧无法达成协议，则属于另一法律行为，和认购书无必然的关系。认购书约定的定金，如果属于购房者无意前来和预售人根据认购书约定的主要条款洽谈购房合同签约，则预售人有权不予以返还。除此之外，预售人没有扣押定金的法律依据。此时的定金性质应属于解约定金，本质上也就是违约方向守约方赔偿的信赖利益损失。这种定金最大的特点就在于通过定金的放弃和加倍返还而给予了当事人解除合同的权利和机会。我们显然不能认为因认购书中对将来签约的本合同主要条款包括价款、付款方式、房屋面积、结构等都有明确约定而视为将来签订购房合同是对其的细化、补充或变更。如果真是具有这种功能，则认购书就成了合同的一个重要组成部分，将来要签约的本合同其实只是对认购书的条款更详细的修改和协商而已。如真是这样，则岂不是将签约购房合同时间提前了么？预售人在提供购房合同同时标明购房合同签订后认购书即失效的条款又如何解释？比如说，某买受人与预售人约定了在10日后要向预售人购买5个商品房，价格每平方米3000元。10日买受人如期前往与预售人洽谈，双方对数量和价格都没异议，但对违约责任却无法达成协议。此种情况下，预售人如因此以买受人违约而没收定金，则显然是缺乏法律支持的。签约购房合同本身是一个独立的法律行为，当事人在合同的条款上当然可以反复磋商。如果由于合同的条款意见不一致，可视为无法达成一致而无法签约，约定的定金就应该退回，这并不影响购房书的法律效力。因为当事人已经履行了认购书约定的签约义务，只是因为双方就有关条

款存在争议而无法达成一致协议，根据当事人意思表示一致是合同成立的核心条件，当事人当然有权放弃签约的权利。

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