

# 商品房预售中购房人的风险及其防范\*

谢甫成, 牛建平

(重庆大学 法学院, 重庆 400045)

**摘要:**随着我国经济体制改革的不断深入,近年来我国的房地产交易日趋活跃,为适应住房制度的改革,商品房预售应运而生。但由于商品房预售在我国尚处于起步阶段,而且这种交易行为涉及的法律关系比较复杂,相关法律不尽完善,导致预售中出现一些新的问题。为此,本文将对商品房预售中购房人的风险及其防范进行初步探析。

**关键词:**商品房; 预售; 购房人; 风险; 防范

**中图分类号:**DF521 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-7329(2005)05-0115-05

## The Purchasers' Risks and Its Precautions in the Pre - Selling of Commercial Houses

XIE Fu - cheng, NIU Jian - ping

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400045, P. R. China)

**Abstract:** With the development of innovation in economic system, the real estate business became more and more active in recent years. In order to fit the innovation in housing system, the commercial housing pre - selling emerged, as the times require. Because the commercial housing pre - selling is still in the first phase in China, and the legal relations of the business are comparatively complicated, the legislation is not perfect correspondingly. So there are some new problems in the pre - selling of commercial houses. Hence the purchasers' risks and the precautions in the pre - selling of commercial houses are discussed in this paper.

**Keywords:** commercial houses; pre - selling; purchaser; risk; precaution

商品房预售和商品房的现房买卖是我国房地产交易中两种主要的商品房销售形式。商品房预售即期房销售,是指将尚处于建设期、不能立即交付使用的商品房预先出售给承购人,由承购人支付定金或房价款的行为<sup>[1]</sup>。作为一种房屋销售方式,商品房预售一般被认为是由香港立信置业公司于1954年所首创。由于商品房预售方式可以为房地产开发企业在工程建设过程中及时筹集资金,有效解决了房地产开发需大量资金投入以及商品房销售需较长时间的问题;同时也解决了购房人一次性付款的承受限度问题。因此,商品房预售形式越来越受到市场的普遍认同,为活跃房地产市场,促进居民的住房消费发挥着巨大的作用。但由于交易方式的特殊性和交易标的不确定性,商品房预售中产生的纠纷也不断增多。据国家消费者权益保护协会统计,目前我国因预售商品房的质量、面积、交付日期以及因设计变更、房屋周围环境变更所引起的投诉,已成为广大购房者关注的焦点。

商品房预售具有一定的“期货交易”性质,由于投资大,合同履行期间长等因素的存在,预售商品房合同可能会受到各种不确定因素的影响,相关各方当事人都可能面临合同不能履行或不能完全履行的风险。预售商品房的风险是指一种不确定性,即在目标与实际结果之间可能出现的差异。为有效避免可能出现的风险,进而提出相应的防范措施,有必要对常见的风险及其成因进行认真的归纳和分析。预售商品房通常会涉及开发企业、购房人等多方,由于开发企业处于相对强势地位,因此,本文仅对商品房

\* 收稿日期:2005-03-26

作者简介:谢甫成(1963-),男,重庆人,讲师,主要从事经济法教学与研究。

预售中购房人可能遇到的风险进行探析,以寻求相应的防范措施,降低购房人可能遭受的风险损失。

## 1 购房人的风险

### 1.1 商品房预售认购书的风险

商品房预售的基本形式是:出卖人与买受人在签订正式合同前,先行签订认购书,对房屋买卖的有关事宜进行初步确认,并收取一定数量的认购金(或称诚信金,通常为5 000元或1 0000元)作为订立商品房买卖合同的预约或担保。按照最高人民法院于2003年6月1日起施行的《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》)第四条规定:“出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的,如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同,应当按照法律关于定金的规定处理;因不可归责于当事人双方的事由,导致商品房买卖合同未能订立的,出卖人应当将定金返还买受人”。该《解释》第五条规定:“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容,并且出卖人已经按照约定收受购房款的,该协议应当认定为商品房买卖合同”。国家仅规定开发商不得利用认购书来约束购房人,但对开发企业的义务没有进行实质性规定,从而导致认购书实际上只对认购方产生约束,认购书中存在大量不利于认购人的风险。认购书中的风险较为普遍的有:(1)认购书定金条款的陷阱,即认购方签订认购书后,要么是未能在约定期限内与开发商签约,要么是与开发商未能就买卖合同条款达成一致,一旦逾期,开发企业单方适用定金罚则扣除定金;(2)认购书内容是否符合商品房买卖合同的主要内容,如果符合而又误认为是认购书而签订,则认购方要么履行协议买下房屋,要么交付高额预售商品房合同违约金;(3)若认购人改变初衷不再购买房屋,开发企业往往以各种借口拒绝返还认购金,还可能要求认购人承担违约责任;(4)如果开发企业没有取得预售许可证而预售商品房,则认购人在签订认购书并交纳相关款项后,其合法权益的实现会面临更多风险。

### 1.2 购房人可能面临的广告风险

预售商品房交易行为中,购房人通常是依据开发企业的广告做出预购判断。据统计,商品房买卖中,90%以上是以广告形式向社会公开发售的。相关的法律、法规对商品房的广告发布有专门规定,《商品房销售管理办法》第14条规定:房地产开发企业、房地产中介服务机构发布商品房销售宣传广告,应当执行《中华人民共和国广告法》、《房地产广告发布暂行规定》等有关规定,广告内容必须真实、合法、科学、准确。该法第15条规定:“房地产开发企业,房地产中介服务机构发布的商品房销售广告和宣传资料所明示的事项,当事人应当在商品房买卖合同中约定”。我国的相关法律法规还规定了商品房广告中不能涉及的内容,如利用其他项目的形象、环境作为本项目的效果;升值或投资回报的承诺;办理户口、就业、升学等事项的承诺。有误导性质或表达模糊的广告,容易导致购房人因信息传达的失误引发不必要的风险,虽然知道房地产广告“水分”足,但大部分购房者买房前所获取的第一手资料还是铺天盖地的广告。一些房地产商经常利用虚假的广告来欺骗误导消费者,有的住宅小区在广告中说是智能化管理,而实际上所谓的智能化管理只不过是小区大门口安装了一个监视器而已。广告与实际交楼不符大都体现在社区规划、建筑面积、建材标准、配套设施等方面<sup>[2]</sup>。商品房预售广告是购房人的主要信息来源,而普通市民对相关法律、法规以及房地产业的某些专业知识了解有限,即使开发企业的广告或资料宣传有不实之处,甚至是误导性质的违法广告宣传,但购房人也难以分辨,现实的广告风险有可能转化为购房人无法在未来实现其预期利益的实际风险。

### 1.3 开发商逾期交房形成的风险

逾期交房通常有两类情况:一是因施工或配套设施进度等原因引起的逾期交房。商品房预售合同中的交房时间一般是以开发企业的工程进度表为依据确定的,但在施工过程中可能会因不可抗力或工程异常困难等原因而拖延工期,造成逾期交房。目前,拖延时间较长的逾期交房,往往是因为配套设施原因引起的,如房屋竣工验收以后,因水、电、气、电视、电信等配套设施无法按时安装到户,从而造成逾期交房,使购房者承受一定的期待利益风险。二是因开发商资金不足或预售不成功造成的逾期交房。

由于某些房地产开发企业盲目开发,甚至为扩大规模,几个项目同时开工,本来期望通过预售收回一部分资金再投入建设中,加快资金运转,但由于过高估计市场的需求,根本无法通过预售来筹集资金。如受宏观调控的影响,向银行贷款困难时,可能直接影响工程进度,甚至因资金匮乏导致中途停工,形成严重的逾期交房或无法交房的风险。面对这样的风险,购房者即使向法院起诉要求终止合同,但开发商却无力退款,也无力承担违约责任;即使通过执行程序将“半成品”房屋转让后去拿到退款,也未必是“全额退款”,违约责任无法兑现、等待中失去的其他购房机会,都可能成为购房人面临的逾期交房风险。

#### 1.4 炒卖“楼花”行为形成的风险

商品房预售是商品房销售的形式之一。它是房地产开发商将正在建设之中的房屋,按建筑设计图出示出售给购房人的一种房屋买卖形式。我国香港地区将这一建设阶段的房屋形象地称为“楼花”<sup>[3]</sup>,由于交易标的尚不确定,“楼花”预售实际上是购房人从开发企业得到的单元所有权的承诺,属于一种房屋期货交易。从购到“楼花”到取得房屋所有权要经过一定时期的工程施工过程,而在这段时间内,市场上可能因房屋供求关系的变化引起“楼花”价格的波动,如果“楼花”价格上涨,就可能使炒卖“楼花”行为牟取利益成为可能。开发企业以炒卖“楼花”方式预售所谓商品房,购房人之间亦可自由转让“楼花”,即商品房预售合同签订之后,承购人将尚未竣工的预售房屋再行转让给他人,这种行为就是通常意义上的预售商品房再转让行为,又称“炒楼花”<sup>[4]</sup>。“炒楼花”可以使开发商更快的回笼资金、降低开发成本、减少投资风险,因此具有活跃市场的积极作用。但同时,还应当关注其给购房人带来的风险。一方面,由于商品房尚未竣工,楼花出卖者所出卖的并非真正的房屋所有权,其转手的只是商品房预售合同中请求开发商交付房屋的债权;另一方面,楼花出卖者在取得楼花时,往往只向开发商支付了部分房款,因此,在出卖楼花的同时必然将支付剩余房款的债务一并转让给购房者。由此导致了问题的出现:根据我国《合同法》的规定,合同的债权债务一并转让给第三人的,应当经对方同意。也就是说买卖楼花必须经开发商同意,否则将对开发商不产生约束力,无形中购房者陷于被动地位,即使已向卖楼花者支付了部分房款,但是其购房者地位能否确立却仍掌握在房产开发商手中<sup>[5]</sup>。由于众多购房人的先后参与,交易行为的非规范性以及“楼花”变现房的不确定性,导致交易关系复杂化,使购房人面临巨大的风险。

#### 1.5 预售商品房的质量风险

预售商品房的标的物是在建房屋,购房人对这种房屋只能是一种基于合同约定的预期,对房屋的质量也是一种预期,因此购房人面临一定的质量风险不言而喻。首先,开发企业的违规可造成相关的质量风险。开发企业受利润的驱动,可能对房屋设计做出单方面调整,目的是节省原材料,降低成本,牟取更多利益,如针对建筑材料采取偷梁换柱的做法,降低混凝土标号、钢材的型号;或不按设计要求擅自对房屋进行结构上的改变,如将约定的混凝土结构改为砖混结构;或擅自改动装修标准,把初装修和再装修的范围相混淆等。其次,开发企业的违约也可造成一定的质量风险。商品房除了相关强制适用的质量标准外,预售商品房合同双方还有涉及房屋质量内容的具体约定,但是开发企业可能基于自身利益的考虑,不按约定去实施开发计划,导致购房人无法得到约定质量的房屋,如约定一套房屋内各单间的门窗位置及数量,约定厨房或卫生间的相关设施及质量等。从实践中交付的一些房屋来看,确实存在质量问题,有些房屋交付没多久就出现裂缝、漏水、下水道因施工丢弃的垃圾造成堵塞等。预售商品房质量风险的存在,也是其后投诉或诉讼不断增加的原因之一。

商品房预售中购房人面临的风险是多种多样的,该文只是对其中较为普遍的一些风险进行了初步分析和归纳,以期通过必要的探讨,引发对相关遏制措施的关注。

## 2 预售商品房的风险防范

预售商品房存在较多风险,究其原因是多方面的,除了预售商品房法律法规不成熟、不完善外,相关制度对商品房预售的细节界定和操作存在问题也是导致风险的主要原因。因此,为进一步规范商品房预售,国家除了以积极的态度建立一个比较成熟的商品房预售法律、法规体系外,还应规范地方性法规制定,完善商品房预售的相关配套措施并严格执法,尽量降低购房人可能面临的种种风险。

## 2.1 设立商品房预售预告登记制度

基于购房者和开发企业的实力,明确购房者的相对弱势地位,吸收其他国家类似立法的先进经验,尽快设立具有良好防风险作用的商品房预售预告登记制度,以保护购房人的合法权益。预告登记是指为保全一项以将来发生不动产物权变动为目的的请求权而进行的提前登记。此项制度为德国民法所创立,在国外已经很成熟,属于不动产物权法的重要内容,但我国目前相关立法尚未涉及这一制度。预告登记是为保护尚未形成物权的权利而将其公示,使得债权人对特定债务人的请求权转化为物权上的对世权,使该请求权具有对抗第三人物权的特有效力。这一制度对于保护处于弱势地位的购房人作用明显。因为按现有法律规定,购房者与开发企业订立合同后,只享有合同法上的请求权,这种权利不具有排他效力,如果开发商将已预售之房以更高价格卖与他人,原购房人只能依合同要求开发商承担违约责任,而无法得到所预购之房。如通过立法完善,在房地产法律法规或未来的物权法中明确设立预告登记制度,那么购房者将房屋进行预告登记后,就对其拥有了物权而不仅是债权,基于物权的排他效力,任何人以任何方式对预售房屋的处分都属无效,这就确保购房者能够获得合同项下的房屋。

## 2.2 规范预售商品房合同的内容和形式

通过立法对预售商品房合同的必备条款、不应有的条款都做出明确规定,对合同中涉及质量、价格等可以用数字、图形或技术性专业术语表达的条款必须采用统一规定的方式表达,严禁使用诸如“价格待定”、“质量以检验合格的质量为准”等模糊表达。香港的做法值得借鉴,香港在商品房买卖合同上的一大特征,就是以立法的形式规定了标准合同的格式及双方必须遵守的“约言”(covenant),统一了商品房买卖的一般条款,杜绝了当事人一方提出无理条款,或者一方精心设计的条款“陷阱”以引诱另一方上当,比较有效地避免了欺诈现象的发生。通过对预售商品房合同的规范,尽可能堵塞因合同陷阱可能给购房人带来的认购书不规范、价格、质量、逾期交房、“炒楼花”、甚至广告等风险。

## 2.3 明确界定预售许可的工程形象进度标准

法律界定的商品房预售许可条件之一,即已投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上,然而审查确认资金投入量是否已经达到25%以上是十分困难的。无法确定法定投入的基本比例,则无法判断在建工程是否隐藏不能定期交付、甚至因投资不到位导致交付不能的危机。此外,不同的工程项目,即使达到预售规定的相同投资比例,由于地基条件,楼盘设计的差异等因素,都可能影响工程进度的外在表现,这必然导致审查核发预售许可证时较难把握,难免渗入主观因素。对于缺乏房地产法律知识的一般消费者而言,根本无法直观判断某一在建楼盘是否已具备预售条件,因此,应通过修改法律方式,在适当提高预售商品房的资金投入量标准的基础上,明确界定预售许可的工程形象进度标准,并强制要求开发商充分履行告知义务,将上述已投入资金比例结合具体工程形象进度标准的文字或图形(或通过楼盘模型)公示在预售所在地的醒目位置,让购房人能通过这种公示来判断是否预购。

## 2.4 严格房地产开发企业的市场准入

预售商品房的风险多数是由具有相对优势的开发企业造成,因此,严把市场准入关尤其重要。首先是依法严厉打击抽逃注册资金、项目资本金、无证或超越经营范围从事房地产开发经营等行为,确保资质优秀、具备相应财力、信誉良好的企业依法从事符合自身能力的开发经营,把不具备相关资质和资金实力的企业坚决清退出房地产开发经营市场。第二,严格对预售商品房许可证的发放程序,对开发企业的无证销售行为给予相应处罚;开发企业在预售商品房合同签订后应对合同登记备案,不按规定进行登记的应承担行政责任。第三,规范开发企业的广告和其他宣传行为,禁止发布不合法或有误导性质的广告、宣传资料,并对类似违规行为建立责任追究体系。第四,质量技术监督部门应加大对开发企业在建项目的质量、技术等指标监控;职能部门应严格贯彻执行开发企业的资本金制度和跟踪监督资本金制度,严厉查处抽逃资金的行为。以此为基础,对开发企业建立详细的资信档案,对部分资信度极差的企业予以强制整改,整改不达标的应清理出市场,从而降低不合格开发企业可能带来的各种风险。

## 2.5 加快房地产中介机构的建设

房地产交易标的额较大,且涉及较多复杂的专业问题,如产权的登记、价格评估等<sup>[6]</sup>,加之程序也

比较繁杂。因此,在房地产交易中,非常需要房地产的中介服务。房地产中介服务是指为辅助房地产市场交易的实现而从事房地产咨询、经纪和评估等项有偿服务的活动。从广义上讲,一切辅助房地产市场实现的服务活动,都属于房地产市场中介服务,既包括房地产咨询服务、房地产价格评估服务、房地产经纪服务,也包括房地产律师、公证等中介服务活动。而从狭义上讲,房地产市场中介服务主要特指房地产咨询服务、房地产价格评估服务、房地产经纪服务等三种类型<sup>[7]</sup>。规范房地产中介服务行业的建设,加快实施房地产经纪人执业资格制度,以此促进房地产中介服务人员持证上岗制度;中介服务的范围可通过探索进行必要的拓展,从对预售开发商的资质咨询,到对预售商品房的比较价格优势评估,直至预售过程中各种代理业务,都能有专业的中介机构介入。职能管理部门要加强对房地产中介服务机构的监管,依法查处未取得执业证书、未履行备案手续、超范围从事中介业务以及从事不规范房地产中介服务的机构,确保房地产中介机构以遵守法律和职业道德为导向,以诚信为行为准则,既为社会提供优质的中介服务,又可尽量引导购房人避免可能的风险。

## 2.6 利用商业保险分担分散风险

分担分散风险是保险的一项重要功能,目前在房地产业,保险仅在涉及银行按揭的某些业务中有所介入。但购房人对预售商品房中相关的不同环节是否可以用商业保险方式来化解可能的风险,有着现实的期待。尽管目前涉及预售商品房的不同法律关系和每一个环节是否都可以保险,以及怎样保险,尚无明确的法律规定,但作为保险行业而言,应通过必要的实证调研和可行性研究,提出具体措施,通过法定方式开发出涉及预售商品房的不同险种,如逾期交房险、预售商品房质量险,甚至在不能得到合同约定的房屋时所能得以补偿的财产损失险。保险公司的介入有利于房地产业的健康发展,保险公司不仅可收取不特定投保人的相关险种保险费,而且一旦约定的赔付发生,又可以法定身份获得代位求偿权。这既拓展了保险业的业务范围,又为广大购房人防范预购风险或分担分散风险提供了有力的保证。

## 2.7 加强对预售款的监管力度

按照《房地产管理法》的规定,商品房预售款必须用于有关的工程建设,但这一规定在实践中由于缺乏操作规范和相应管理职能不到位,难以有效实施。由于预售款的性质有别于开发商的其他自有资金,这种款项实质上等于是开发商向购房人借入并专门用于预售房建设的专用资金。因此,应尽快建立具有操作性的预售款专款专用的监管机制,可考虑由金融机构和工程监理单位共同负责对预售款实施监管,即当开发商在申请办理预售许可证时,应选定一家监管银行,在该行开立一个专门用于收存预售款的监管账户,预售款(包括其他银行为购房人提供的购房抵押贷款)应存入专门的监管账户,监管行则根据工程监理单位出具的工程进度核定意见书拨付该笔款项。开发商应严格按照施工计划组织施工,当实际工程进度与施工计划进度一致时,则允许开发商根据相应预算方案使用预售款;当实际工程进度落后于施工计划进度时,应禁止其使用预售款。

为让这一预防措施收到实效,应建立相关的配套制度:其一,明确规范制裁措施,当监管银行不按规定程序拨付预售款,或工程监理单位违规同意使用预售款,应负责追回款项;如果因此导致购房人权益受损的,违规方应承担连带责任;其二,开发商虚构事实、隐瞒真相,将预售款挪作他用,或不按规定将预售款存入监管账户的,可由职能部门根据情节轻重,选择适用罚款、责令暂停预售或收回预售许可证停止预售等处罚。在全国性的立法还不完善之时,可考虑通过地方立法的形式对预售款的收存、使用、监管及对当事人违规的处罚做出较详细的规定,在保证预售款专款专用的同时,防范购房人的预购风险。

## 参考文献:

- [1] 谭启平,赵勇山. 房地产法精要与依据指引[M]. 北京:人民出版社,2005.
- [2] 范修初,王明星. 购房陷阱[M]. 济南:济南出版社,2004.
- [3] 华伟. 房地产经济学[M]. 上海:复旦大学出版社,2004.
- [4] 符启林. 房地产法学[M]. 北京:法律出版社,2002.
- [5] 晓平. “警惕‘炒楼花’的法律风险”[N]. 深圳侨报,2004-05-27.
- [6] 高旭军,沈晖. 房地产法[M]. 上海:上海财经大学出版社,2004.
- [7] 赵勇山. 房地产法论[M]. 北京:法律出版社,2002.