

论以欺诈方式出售已抵押房屋的刑法适用

赵中星

(重庆大学 法学院, 重庆 400045)

摘要:房地产开发商隐瞒房屋已经抵押的事实、采取欺诈方式销售房屋的行为,侵犯了房屋买受人的合法权益,扰乱了诚实信用的市场秩序。把这种行为引入到刑法的调整范围,通过追究犯罪人的刑事责任,可以增加违法成本,规范开发商以欺诈手段销售已抵押房屋的行为。该种行为符合合同诈骗罪的构成要件,有必要在司法解释中予以明确。

关键词:房地产;抵押;欺诈;合同诈骗罪

中图分类号:D9

文献标志码:A

文章编号:1005-2909(2007)03-0054-04

房地产开发行为属于资金密集型经营行为。一些房产商由于自有资金的不足或者资金周转的困难,往往通过银行贷款和房屋预售取得资金。我国房地产立法起步较晚,法律规制相对不完善,一些房地产开发商就利用不法手段为自己牟取非法利益,侵害消费者权益,严重扰乱了房地产交易市场秩序。

一、开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的危害

开发商以欺诈方式出售已抵押房屋,是指房地产开发商将取得商品房预售许可证的房屋预先抵押给银行,在房地产交易管理部门办理抵押登记,后未经抵押权人同意,并对购买者隐瞒房屋已抵押的事实,将已抵押的房屋出售给购房者。这种现象已经屡见不鲜,成为当前商品房交易中的常见陷阱之一。

从法律上来讲,对于已抵押物的出售,并不绝对禁止,只要履行必要的法律义务后,就可以出售。但是,房产商在未告知购房者房屋已经抵押的情况下,隐瞒事实,将房屋出售给购房者,在法律上是不允许的。根据《担保法》第四十九条的规定,抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵押物的,应当通知抵押权人,并告知受让人转让物已经抵押的情况;抵押人未通知抵押权人或未告知受让人的,转让行为无效。开发商隐瞒房屋已经抵押的事实,以欺诈方式出售该房屋,会导致合同无效或者被撤销、解除。合同无效或者被撤销、解除的,其法律后果主要包括以下2个方面:一是返还财产。在合同被宣布无效时,如果一方或双方已经将财产交付对方,取得财产的一方应将已取得财产归还对方。二是赔偿损失。合同被宣告无效时,有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。

开发商在未履行告知买受人房屋已经抵押义务的情况下,出售房屋的,会带来以下社会危害:

收稿日期:2007-06-17

作者简介:赵中星(1980-),女,河南南阳人,重庆大学法学院硕士研究生,主要从事环境资源法研究。

(一)对购房者的危害

在房屋买卖关系中,购房者作为消费者,享有真情知悉权,开发商应当保障消费者的这项权利。所谓真情知悉权,是指购房者享有知悉其所购买的房屋及与该房屋相关的一切真实情况的权利。《消费者权益保护法》第8条规定:“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。”开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的行为,侵犯了购房者的真情知悉权。对于购买房屋者来说,开发商的这种欺诈行为会带来两种危害。第一种是现实利益受损。当买房者买到房屋后,由于该房屋已经被抵押,所以买房者难以办理房屋的产权登记手续。我国法律对于房产转移是以过户登记为公示原则,如果不能办理产权登记手续,也就意味着买房者不能取得房屋的所有权。并且,在银行严格监管的情况下,买房者难以办理房屋的按揭贷款手续。由于房屋已经抵押,买房者再次使用房屋作为抵押物向银行贷款时,银行出于自身放贷风险的考虑,可能会拒绝向买房者提供贷款。第二种危害是增加了潜在的风险。如果开发商到期不履行还款义务,银行作为抵押权人可就该房屋行使优先受偿的权利。在这种情况下,买房者已经向开发商全部或部分的支付了购房款,同时又无法对房屋行使所有权,买房者落了个“钱房两空”,只好走向找开发商寻求赔偿的困难道路。根据我国现有法律,对商品房买卖中的欺诈行为的赔偿标准实行“限额赔偿”,即房地产开发商以不超过购房者已付购房款一倍的赔偿额承担责任。这就是说,对超过限额部分的损失,法律是不予保护的。事实上,随着我国房地产市场行情的变化,房价不断上涨,买受人在依法解除买卖合同并退房后,按原购房价格根本无法买到相同区域、相同类型、相同大小的房屋。暂且不论寻求赔偿过程的困难,即使获得了赔偿,买房者仍然会因为房价的上涨和维权的成本受到经济上和精神上的损失^[1]。另外,开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的行为加大了房屋交易的风险,危害了房地产交易市场的健康发展。

(二)对银行的危害

房地产开发商由于缺乏资金,将房产抵押给银行,取得了贷款,同时将抵押房产卖与购房人。在银行监管存在漏洞的情况下,房屋的购买人,又可能会办理买房按揭贷款^[2]。这样一来,便出现了“一房两贷”的情况,即以同一房产作抵押,在同一家银行两次贷款,或者在两家银行分别贷款。房地产信贷一向被银行认为是优质客户,信贷风险较少,近年来银行对房地产的贷款额大幅上升。由于房地产信贷(开发、按揭等)业务中,银行处在一个比较有利的地

位,近几年房地产业的银行信贷偿还尚未出现明显的拖欠情况,呆坏账率也不高。因此,对于房地产信贷的风险,一些银行的警惕性不高。然而,近年来,一些房地产开发企业的真正自有资金过少,发展商“出地”、银行“出钱”的情况严重,这给我国的金融安全带来了巨大的潜在风险。再加上这种“一房两贷”情况的产生,无疑扩大了银行的风险。为了应付这种情况,银行加强自身监管是手段之一,但政府也要规范开发商的欺诈行为,避免“一房两贷”的情况的产生,减少金融风险。

二、对开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的法律规制及不足

为了避免开发商隐瞒房屋已经抵押的事实向购买方出售该房屋,我国有关法律已经从不同的角度做出了相应的规定。从民事责任角度来讲,此种行为的结果是导致合同无效或者被撤销、解除,开发商要承担返还财产和赔偿损失的责任。根据最高人民法院《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》第九条第(二)项规定:出卖人故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实,因此导致合同无效的,买受人可以请求返还购房款及利息,赔偿损失,并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。从行政程序的角度来讲,买受人可以通过行政机关查询其有购买意向房屋的权属状况。从2007年1月1日起,建设部制定的《房屋权属登记信息查询暂行办法》正式施行。根据这一办法,包括房屋自然状况、权利状况等在内的城市房屋权属登记机关对房屋的记载信息,个人也可以查询。

我国法律从民事责任的角度和行政程序的角度做出的保障措施是必要的,有助于降低开发商隐瞒房屋已经抵押事实的可能性。但是,这些措施不足以真正有效保障买房人的利益。因为,开发商违法的成本和获得的利益之间存在巨大落差。开发商隐瞒房屋已经抵押事实,向买受人出售住房,是一种违反担保法的行为。开发商违法的成本主要表现为一种承担民事责任的风险。如果资金能有效周转,开发商可以及时归还银行贷款,就可以顺利交房和办理过户手续,房屋买卖顺利进行。如果开发商资金不能有效地周转,出现资金链断裂,或者开发商将取得的购房款用作他途,就无法归还贷款,这导致买受人无法取得所购买房屋的完整权利,买受人会要求确认房屋买卖合同无效或者撤销、解除合同,并根据有关法律规定要求出卖人返还财产和赔偿不超过已付购房款一倍的赔偿责任。由于开发商和买房者双方力量悬殊,开发商往往处于强势地位,在资金、人脉、信息等方面都有绝对的优势,甚至有自己的律师团队,买受人一般是公民个体,在各方面往往明显处

于弱势。“因为建筑业长久以来,种种不实销售手段等陋习,早已使购房人沦为最弱势的一方,根本无法对抗建商的财力与强势。”^[3]因此,这就可能造成明明是因开发商的欺诈行为造成了买受人利益的巨大损失,但这些损失却难以得到补偿。即便是买受人拿回了购房款,但是要求的赔偿金额往往会在双方的博弈中让步。因而,开发商可能会面临的风险主要是承担民事责任的风险;这种民事责任是有限额的,即“不超过已付购房款一倍的赔偿责任”的限额;在现实中由于自身的优势地位,开发商有可能把这种赔偿金额抵制到最低的数量。在开发商面临资金困难的情况下,前述的较低违法成本就会在开发商获得资金的压力和冲动面前变得无足轻重。因此,为了获得更多的资金进行新的经营,或者为了弥补自有资金的不足,使现有房地产开发能继续,有些缺乏诚信的开发商就会想方设法采取欺诈手段,隐瞒房屋已经抵押的事实,骗取买房者购买。这种行为的结果是把房地产开发的风险转移给了买受人和银行。如果开发商资金上出现了问题,受害的首先是买受人和银行。现有的房屋权属登记信息查询制度在一定程度上为买房者提供便利,增加开发商隐瞒事实的难度。但我们不能不注意到,由于房产商可能采取变通手段,如在买房者购买后,利用办理房产证前的时间,将房屋抵押贷款,再加上许多公民的法律意识和风险防范意识的薄弱,一个可以“查询信息”的程序性的规定就不可能一劳永逸地解决所有问题。

三、对开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的刑法规制

解决开发商以欺诈方式出售已抵押房屋问题,其关键在于增加违法者的违法成本。如果开发商的违法成本过低,一些缺乏诚信的开发商就会采取种种手段,采用欺诈手段销售房屋。增加违法成本,主要表现为加大民事赔偿的力度,或者采取行政制裁的方法,或者采取追究刑事责任的方法。对于此种具有严重社会危害性的行为,应该采取综合的责任形式,特别是要追究开发商的刑事责任。

开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的行为具有严重的社会危害,它不仅会损害买受人的合法权益,而且会扰乱正常的房地产市场秩序、妨碍金融安全、造成社会矛盾。根据我国刑法的规定和刑法理论界的通说,行为的严重社会危害性是犯罪的本质特征。而刑法的功能包括规范功能、保护功能和保障功能,即刑法要指导和规范社会主体的行为;要保护社会不受犯罪侵害;保障无罪的人不受刑事以及犯罪的人不受法外制裁^[4]。从刑法的目的、功能以及立法本意来说,对于此种具有严重社会性的行为,理

应纳入刑法的调整范围。开发商隐瞒房屋已经抵押的事实,以欺诈方式把房屋出售给买受人的行为具有巨大的社会危害性,有必要通过追究刑事责任的方法来规制这种不法行为。《最高人民法院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》主要强调了出售方的民事责任,没有关于是否追究刑事责任的说明,这就造成人们对于此种行为是否应当追究刑事责任产生了认识上的差别,增加了在司法实践中追究刑事责任的困难。

开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的行为,从犯罪构成上进行分析,构成合同诈骗罪。根据我国刑法第二百二十四条的规定,对于合同诈骗罪,数额较大的,应当依照法律追究刑事责任。该行为不符合合同诈骗罪条文中规定的4种特定情形,但是,可以将其认定为合同诈骗罪中规定的“以其他方法骗取对方当事人财物”。关于开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的行为符合合同诈骗的构成要件,具体可以从以下方面分析:

其一,从犯罪主体来看,开发商可以成为合同诈骗罪的犯罪主体。犯罪主体一般是指实施危害行为,依法应当承担刑事责任的人。合同诈骗罪的主体是一般主体,单位和个人都可以成为该罪的主体。房地产开发企业和其法定代表人及有关责任人可以成为合同诈骗罪的主体,应对以欺诈方式出售已抵押房屋的行为承担刑事责任。

其二,从主观方面来看,对于开发商以欺诈方式出售已抵押房屋的行为,在主观上可以认定为间接故意的行为。在刑法上,间接故意是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且放任这种结果发生的心理状态。间接故意是消极地听任危害结果发生的“放任”心理,特定的危害结果并不是行为人的目的所在^[5]。开发商不管将来能否及时归还贷款,并给买受人办理房屋产权,也不管将来是否有经济能力返还买受人的购房款和赔偿经济损失,只要能采取欺诈的方法,隐瞒房屋已经抵押的事实,把房屋卖出并取得购房款,其目的已经达到。其结果是给房屋交易安全带来了巨大的风险,侵犯了房屋买受人的合法权益。因此,开发商实施的这种隐瞒事实欺诈销售已抵押房屋的行为在主观上是一种间接故意。另外,以“非法占有为目的”是构成合同诈骗罪的必要条件。房地产开发商故意隐瞒事实,采用欺诈手段,将已抵押房屋再出售给消费者,是故意的行为,并以非法占有消费者的钱财为目的。我国刑法分则中关于目的犯的目的,不仅是对犯罪人主观方面的描述,也是对犯罪人客观方面的描述,是一个主客观相统一的因素。犯罪目的并不是超出客观之外,而是对主客观因素的概括描述^[6]。因此,只要开

发商在合同确认无效后不能及时应购房者的要求返还购房款,在事实上已经构成了对购房款非法的占有。不管开发商的初衷是什么,客观的结果是开发商占有了购房款,房屋买受人丧失了对购房款的所有权,如果开发商不能返还购房款,房屋买受人的财产权利就受到了侵犯,在这种情况下,可以认为开发商的欺诈销售已抵押房屋行为是以“非法占有为目的”。

其三,从客体方面来看,房地产开发商隐瞒房屋已抵押的事实,将房屋再出售给消费者的行为,在不能返还财产的情况下,侵犯了房屋购买者的财产权利。同时,隐瞒事实的行为是一种违反诚实信用的行为。因此,这种行为既侵犯了他人的财产权利,又扰乱了诚实信用的市场秩序。

其四,从客观方面来看,房地产开发商在与房屋购买者签订房屋买卖合同的时候,故意隐瞒房屋已经抵押给银行的事实,采用欺诈的手段将房屋卖给购房者,非法占有购房者钱财。如果开发商能够及时地归还银行贷款并给予买受人办理过户登记,或者在房屋买卖合同被确认无效后,及时返还买受人的购房款,由于其导致的社会危害较小,可以不予追究刑事责任。但如果开发商在合同被确认无效后,故意拖延耍赖,拒绝及时地返还购房款,达到一定的数额的,就会给买受人带来利益的巨大损失,具有严重的社会危害性,应当承担刑事责任。

因此房地产开发商隐瞒房屋已抵押的事实,采取欺诈手段,将房屋再出售给消费者的行为,符合合同诈骗罪的构成要件。对这种行为进行刑法的规制,符合刑法的立法目的和功能,可以增加违法的成本,有效地制止房地产开发商的不法行为,维护消费者的合法权益,维护诚实信用的市场秩序。但是,由于人们对合同诈骗罪适用的认识上产生分歧,司法实践中对以欺诈方式出售已抵押房屋的行为较少追究刑事责任。因此,有必要对此做出专门的司法解释,完善法律的规定,明确地把这种行为纳入刑法的规制范围。

参考文献:

- [1] 商品房“先抵后卖”的罪与罚[N]. 中国房地产报,2006-11-29.
- [2] 孙蔚. 业主莫名其妙上了信用“黑名单”[N]. 楼市周刊, 2006-11-24.
- [3] 陈耀东. 商品房买卖法律问题专论[M]. 北京:法律出版社,2003:90.
- [4] 陈明华. 刑法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:11;86.
- [5] 陈明华. 刑法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:136.
- [6] 刘传华,文姬. 诈骗犯罪中“以非法占有为目的”的思考[J]. 甘肃政法学院学报,2003(3):137-142.

Study on Criminal Law's Regulation of Fraud in Sales of Hypothecated House Property

ZHAO Zhong-xing

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400045, China)

Abstract: Real estate enterprise conceals the fact that the house has been mortgaged, and sells the house to the buyer. The behavior infringes the property right of the buyer, and breaks the good faith of market order. This kind of behavior is concordant with the constitution of the crime of contractual fraud. It is necessary to stipulate this kind of case clearly in the judicial interpretations in our country. It can regulate the behavior of real estate enterprises through charging the criminal responsibility.

Key words: real estate; mortgage; fraud; the crime of contractual fraud