

定制型期房预租的司法规制

2023-07-17

引言

期房预租通常是指在工程建设过程中，建设单位就和承租人就在建工程的出租事宜达成一致，约定工程竣工验收后交付承租人使用的一种交易安排。它的好处显而易见：对建设单位，期房预租可以尽早实现工程的使用价值，未来一长段时间的预期收益也有保障，减少了房屋建成后到租赁关系确定时的空窗期；对承租人，期房预租可以帮助企业商业布局提前锁定“黄金码头”，或在轻资产模式下通过市场进行资源配置、减少对作为生产要素的重资产的投入，提高资金使用效率……这种合作共赢的机制驱动原本仅游走在商品房领域的期房预租模式走进工业和养殖业——工业园区在招商引资中为进园企业量身定制工业厂房，一些资金看好畜禽养殖行业对先进畜禽生产设施旺盛需求，按照养殖企业的标准、要求租地建场再租给养殖企业。

但国家立法层面并未专门予以规制。摸着石头过河的定制型期房预租也难免出现了一些问题，由此引发的司法诉讼，因其诉讼标的大、法律关系复杂而备受关注。

一、定制型期房预租的概念

商品房预租并不是新概念。

上世纪九十年代末，《上海市外销商品房预租试行办法》^[1]对商品房预租给出的定义是房地产开发经营企业在新建商品房未办理房地产权属初始登记、取得房地产权证前，与承租预约人签订商品房租赁预约协议，并向承租预约人收取一定数额的预收款的行为。该办法规定，商品房预租应取得预租许可，未经批准预租的，一律不得开展预租。

《黑龙江省城市房屋预租、先租后售、售后包租管理试行办法》^[2]设了专章规范商品房预租，对商品房预租的定义与上海办法不同，分两步走——先签租赁预约协议，后签房屋租赁合同。

市场活力激发出来的创造力往往超出预期，发展中的期房预租迅速突破地方规范性文件，在广度上，从商品房预租延伸到商业地产和工业厂房领域；在深度上，预租提前至项目的立项、规划、设计阶段。由此，期房预租有了广狭义之分，突破地方规范性文件定义的，即为广义期房预租。

在我国市场上的期房预租，按出租物所涉土地性质，可分为商品房预租和厂（场）房预租；按产业结构，厂（场）房预租又可分为工业厂房预租和养殖场房预租；按出租物建设标准，则可分为定制型期房预租和普通型期房预租。定制型期房预租形同我们熟知的西服定制——量体裁衣，出租物根据承租人的要求、标准而建设，建成后交由承租人租赁使用。

从预租的实践来看，定制型期房预租的特征有三：

一是标的物大多是“楼花”。在签订合同时，厂（场）房尚处于规划、设计环节或者建设初期，有的则更早——在投资阶段商定预租，标的物权属在较长一段时间里均处于待定状态，自然也不排除办理不动产权证不能的可能。

二是合同的商业风险更高。预租交易的履行不仅受到交易双方自身经营的影响，还受到许多客观因素的制约。在当前信用环境下，楼盘烂尾、逾期交付、规划不合规、质量问题、开发商跑路等时不时发生，另一方面是，承租人的经营状况也是处于

不断的波动之中，也无法排除建成弃租或中途退租的可能。因此，其商业风险较一般交易要高。

三是法律规制空白。众所周知，法律对社会生活中人们的行为具有指导和引领作用。就期房预租，现行可见的规范少且在法律位阶上多为规范性文件，缺乏法律层次上的全国性统一立法。而这些少得可怜的规范性文件又几乎全部拘束商品房预租，对非商品房范畴的厂（场）房预租几乎没有。

二、定制型期房预租与其他合同

定制型期房预租合同一般有两大块内容，一是建造方面，承租人参与选型规划，明确建设项目的要求和质量标准、工期和竣工验收标准，出租人按其要求建设；二是租赁方面，确定租期、租金、修缮、违约责任等。

从承租人参与建设环节看，貌似合作开发；从承租人确定选型标准角度，又有了点融资租赁的味道；从优势互补合作共赢角度，又似联营……凡此种种，正所谓：横看成岭侧成峰，远近高低各不同。

1、定制型期房预租与预约合同。不可否认，无论是定制型期房预租还是普通型期房预租，本身确含预约租赁之意，与预约合同有某些相似之处，因法律上并未对预租给出定义，容易将期房预租归入预约合同之列。

按照债法原理，合同有预约与本约之分，二者异其性质与效力。预约乃约定将来订立一定契约的契约，当事人订立预约的目的，则是为了在一定期间内订立本约。^[3]对预约合同这一概念，《民法典》之前，《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》以列举方式定义了“预约合同”，后被吸收进《民法典》，即第四百九十五条。期房预租合同并不是租赁意向，其合同主要条款齐备，对交付标准、租赁内容、租金、违约责任等均规定甚详，已无另行订立契约之必要。也即，期房预租本身就是一个本约，非预约合同。^[4]

2、定制型期房预租与委托代建。同样作为一个非典型合同，委托代建合同并未进入《民法典》，根据相关行政规章^[5]，委托代建合同是指委托人和受托人约定，由受托人完成代建事项的合同，其特点之一就是建设成果归属于委托方。而无论是定制型期房预租还是普通型期房预租的建设成果是归属于出租人，两者不可混同。

3、定制型期房预租与租赁合同。如前所述，无论是定制型期房预租还是普通型期房预租，合同的主要合同目的是取得租赁物的占有和使用权利，这与房屋租赁合同是一致的。上海、重庆、黑龙江在地方立法或规范性文件中把房地产开发的商品房预租纳入房屋租赁范畴一并规范，南昌市采取概括式立法技术——1996年颁布的《南昌市城市房屋租赁管理条例》^[6]第八条规定：“有下列情况之一的，视同房屋租赁：（一）房屋所有权人以提供房屋作为经营场所与他人合作经营但不参与管理、不承担经营风险而收取费用的……。”该立法例也被《天津市房屋租赁管理规定》（2004修订）、《广州市房屋租赁管理规定》（2020版）采用。但值得注意的是，这些均属于行政管理关系，它并不能替代民事法律关系，定制型期房预租与租赁合同所涉的出租物是不同的，定制型期房预租所涉的出租物是量身定制的，通常承租人单一，也即定制人，在争议解决中如果按照房屋租赁合同违约责任来处理，有可能导致当事人权利义务的严重失衡。

4、定制型期房预租与融资租赁合同。定制型期房预租的标的物是出租人与承租人约定在指定区域内，出租人完全按照承租人的设计标准、使用标准、建设标准等特定要求建造特定标准的厂房，建成之前，双方签订长期预租合同，承租人预先支付部分租金或者缴纳保证金。它与融资租赁中出租人根据承租人的选定，由出租人出资向供货商购买承租人选定的设备出租给承租人，并向承租人收取一定的租金，确有异曲同工之妙。因此，有专家认为，尽管定制型期房预租不存在买卖环节，但买卖不是融资租赁不是的必备要件，可类推适用融资租赁合同法律关系。

通过探求当事人的真实意思表示来确定基础法律关系，是基本的裁判逻辑。笔者认为，定制型期房预租的基础法律关系可以通过考察租金来判断是房屋租赁合同法律关系还是融资租赁合同法律关系：传统租赁以承租人租赁使用物件的时间计算租金，而融资租赁以承租人占用融资成本的时间计算租金。因此，如果定制型期房预租的租金是以出租人建设成本加上资金占用费和合理利润承租人确定的，则更接近于融资租赁合同法律关系；反之，如果租金是参考市场行情来确定的，则应该认定为租赁合同法律关系。

三、定制型期房预租的争议处理

（一）合同效力

合同效力问题，是□民法院在审理合同纠纷案件过程中的必要审查点。^[7]处理定制型期房预租争议，除了审查合同是否存在《民法典》第一编第六章规定的民法典规定的无效民事行为情形外，工业厂房和商业期房预租的合同效力考察点一般集中于土地性质、建设工程规划许可证、消防等。但，养殖业的期房预租的用地大多属于集体土地，不同于一般建设项目用地，一般按农用地进行管理。^[8]对设施农用地目前仅有根据《国土资源部、农业部关于进一步支持设施农业健康发展的通知》

（国土资发〔2014〕127号）及《自然资源部、农业农村部关于设施农业用地管理有关问题的通知》（自然资规〔2019〕4号）予以明确规范，并无专门的法律行政法规，就合同效力而言，用地方面重点是禁养区和耕地保护，环保方面养殖厂房建设是否符合“三同时”制度、环境影响评价报告是否获得核准等。

合同无效，按缔约过失责任制度处理。《民法典》第一百五十七条规定：“民事法律行为无效，被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”损失范围限定在信赖利益损失，不包括合同有效情形下通过履行可以获得的利益。最高人民法院在浙江银泰投资有限公司与包头市中冶置业有限责任公司房屋租赁合同纠纷案二审民事判决^[9]中是以承租人支付款项的数额为基数，参照民间借贷利率，计算损失数额。

（二）违约责任

合同无效可获得限于信赖利益的保护，那么在合同有效的情况下，预期利益损失能否得到支持呢？笔者在中国裁判文书网和威科先行·法律信息库相关案例，检索结果大致如下：

（1）出租方交付不能或逾期交付致合同解除，法院对于承租方的预期经营利润损失几乎都没有支持，而是象征性的支持部分违约金。

贵州湘海能源投资有限公司与曲靖市马龙区佳禾园艺有限公司租赁合同纠纷一审民事判决书（（2020）云03民初40号）的裁判理由是：鉴于原告湘海公司预付租金200万元却不能实现合同目的，客观上遭受到资金占用损失，本院以该实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等因素，遵循公平原则和诚实信用原则认定，本案起诉之前的资金占用损失，按照预付租金数额的30%计赔，应赔偿60万元。

河南华润万家生活超市有限公司、洛阳中迈置业有限公司租赁合同纠纷二审民事判决书（（2019）豫03民终4304号）的裁判理由是：关于河南华润公司上诉主张洛阳中迈公司应向其支付违约金1500万元的意见……因河南华润公司未提交相关证据证明其实际损失情况，一审法院综合考虑本案双方合同履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，酌定支付违约金200万元。

类似的案例有（（2019）湘民终283号）、（2020）云03民初40号、（2018）粤0205民初1040号、（2019）豫03民终4304号，均认为经营利润是不定项。

（2）承租者违约拒租或中途退租，法院更倾向于支持预期租金损失。

丹东华美房地产开发有限公司、辽宁华润万家生活超市有限公司租赁合同纠纷二审民事判决书（（2019）辽民终532号）的裁判理由是：因华美公司与华润公司签订《租赁合同》时案涉租赁物已经处于建设施工之中，租赁物的基础结构已经形成，华美公司同意按华润公司的要求改造租赁物并同意按照约定的租金将租赁物租与华润公司，说明华美公司已认可其改造的支出能够从租金中回收，故在依据租金认定华美公司损失的方式下，已经弥补了华美公司改造和增加租赁物设施和手续的损失。

类似的案例有（2019）鲁民终229号、（2017）辽03民终2759号、（2018）赣02民初15号。法院的理由是房产公司为预承租人量身定做的“租赁物业”，其预期可以获得的利益为出租该“租赁物业”的租金，承租人的单方面解除合同，造成可获得的租金丧失，故该租金可以作为预期可得利益的损失。

因承租人抗辩，江西高院在洪客隆百货投资（景德镇）有限公司、乐平华润置业有限公司租赁合同纠纷二审中（(2018)赣民终579号）、山东高院在东营长安房地产开发有限公司、东营银座商城有限公司房屋租赁合同纠纷二审民事判决书（(2020)鲁民终886号）适用公平原则对预期利益损失予以调减[10]。

（3）定制型期房预租裁判考量

从商业期房预租（含定制型）案例来看，但凡涉及定制的，司法裁判还重点考量是否有再利用价值、违约金是否能覆盖定制建设成本等因素，如：

——山东高院在东营长安房地产开发有限公司、东营银座商城有限公司房屋租赁合同纠纷一案（(2020)鲁民终886号）支持了扶梯装修装饰费用和改建费用，理由是长安地产所进行的改造完全是根据银座商城的经营需要而设计施工的，具有较强的专属性，能否增加长安地产对案涉房屋的利用价值难以确定，长安地产因此所支出的费用巨大，租赁合同中约定的违约金已难以涵盖。

——湖北高院在鄂州市永森房地产开发有限公司、华润苏果超市（湖北）有限公司房屋租赁合同纠纷一案（(2018)鄂民终631号）中改判华润苏果湖北公司赔偿鄂州永森房地产公司为实现合同目的变更规划而增加投入所致的损失[11]，理由是鄂州永森房地产公司按照《房屋租赁合同》的附件1《建筑工程基本要求》而投入的耐磨地坪等系根据华润苏果湖北公司的要求量身定做，鄂州永森房地产公司的变更和增建工程无利用价值，该部分的工程造价的损失应由华润苏果湖北公司承担，变更规划后的第四层转换层建筑，系为华润苏果湖北公司量身定做超市而产生的附属建筑，其本身没有价值且不能产生收益，该部分工程造价，华润苏果湖北公司应于赔偿。

——河南高院在中国铝业股份有限公司河南分公司、中铝矿业有限公司合同纠纷（(2017)豫民终756号）一案中支持了建设费用损失，理由是华电公司按中铝矿业公司、中铝矿业郑州分公司、中铝矿业渑池矿选址和委托要求，建成了湖滨矿区堆场，履行了约定义务，中铝矿业公司等根本性违约，导致华电公司建设湖滨堆场的投入无法收回，支持堆场建设费用损失和预期利益损失。

案号	诉讼请求 （索赔部分）	一审	二审
(2018)赣民终579号	索赔实际损失28549672元（指另租租金价差）……	承租人赔偿出租人经济损失25994115元。	承租人赔偿经济损失人民币500万元。
(2020)鲁民终886号	主张违约金3000万元；索赔租赁房屋闲置损失1000万元；索赔改建投入15096098.56元。	承租方支付违约金3000万元、支付扶梯装修装饰费用419062.4元、赔偿改建费用8623551.16元。	承租人支付违约金1300万元。
(2018)鄂民终631号	主张经济损失11460000元；索赔改建损失9226536元。	承租方赔偿损失15957162.75元。	承租人赔偿损失11406871.79元。

(2017)豫民终756号	主张拖欠破碎费等103万元及利息；主张违约金159万元及相应利息；赔偿堆场建设费评估为420多万元；赔偿可得利益损失2162万元。	承租方赔偿堆场建设费用损失4270100元，支付2008年碎矿欠产赔偿金1597823元及相应利息、支付破碎费1030208.46元及相应利息，赔偿可得利益损失12972000元。	承租方赔偿堆场建设费用损失4270100元，支付2008年碎矿欠产赔偿金1597823元及相应利息、支付破碎费853611.87元及相应利息，赔偿可得利益损失4324000元。
---------------	---	--	--

通过这些判例，我们不难发现，在定制型期房预租中，出租人违约成本较低，一般是象征性的支持部分违约金，但承租人拒租、退租等违约责任较重，裁判遵循损失填平原则，定制部分如无再次利用价值，通常会判赔建设费用损失。

四、结语

在市场供求规律的作用下，经济总是处于周期性波动中，工业生产和养殖业定制型期房预租通常在行业景气上升期预租，行业不景气则多选拒交、弃租，这样就给出租人或承租人带来较大的经济损失。处理定制型期房预租争议时，应着重探求当事人的真实意思表示，在违约责任处理上以损失填平为主，兼顾公平，这样才能更好地发挥司法裁判对市场主体行为的规范、引导和保障功能，护航市场经济发展。

[1] 上海市房屋土地资源管理局发布的《上海市商品房预租试行办法》（沪房地交〔1998〕536号）（2001年被废止）。

[2] 黑龙江省建设委员会发布的《黑龙江省城市房屋预租、先租后售、售后包租管理试行办法》（黑建房〔1999〕第29号）第四条“商品房（含经济适用住房，以下均称商品房）预租是指房地产开发企业在新建商品房未办理房地产初始登记，经当地房地产行政主管部门核准，与承租人签订商品房租赁预约协议，并向承租人收取一定数额的预收款的行为。”

[3] 王泽鉴《债法原理（第二版）》（北京大学出版社2009）第168页。

[4] 侯朝辉、张晨、张彦、李生婷：《商业租赁中有关预租合同的法律问题分析》，网址：
<https://page.om.qq.com/page/OLfppluPLjmAa26WRUIza3Lg0>，
访问日期：2022年6月30日。

[5] 2004年7月16日国务院发布的《关于投资体制改革的决定》（国发〔2004〕20号）、交通运输部发布的《公路建设项目代建管理办法》、水利部《水利工程建设项目建设制管理指导意见》、《浙江省政府投资项目实施代建制暂行规定》、《海南省政府投资项目代建制管理办法》。

[6] 1996年3月19日南昌市第十届人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过，1996年4月18日江西省第八届人民代表大会常务委员会第二十一次会议批准，2002年12月12日修正。

[7] 《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）“三、关于合同纠纷案件的审理”之“（□）关于合同效□”：□民法院在审理合同纠纷案件过程中，要依职权审查合同是否存在□效的情形，注意□效与可撤销、未□效、效□待定等合同效□形态之间的区别，准确认定合同效□，并根据效□的不同情形，结合当事□的诉讼请求，确定相应的民事责任。

[8] 《土地利用现状分类》（GB/T21010-2007），设施农用地是指设施农业项目区域内直接用于经营性养殖的畜禽舍、工厂化作物栽培或水产养殖的生产设施用地、附属设施用地和配套设施用地，农村宅基地以外的晾晒场等农业设施用地。

[9] 《浙江银泰投资有限公司、包头市中冶置业有限责任公司房屋租赁合同纠纷二审民事判决书》（(2017)最高法民终171号）：关于赔偿数额，《中华人民共和国合同法》第五十八条所称的“对方因此所受到的损失”应限于信赖利益，不包括在合同有效情形下通过履行可以获得的利益。

[10] （2018）赣民终579号：承租方无法预见会有2599万之巨的租金价差，可得利益的损失不得超过违反合同一方订立时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失，损失调整为500万元。（2020）鲁民终886号援引《合同法司法解释（二）》第二十九条适用公平原则予以调减，即从一审判决支持的违约金数额3000万元酌减为1300万元。

[11] 一审法院对鄂州永森房地产公司请求的增加的建安成本9155600元、消防处罚200000元，不予支持。

来源:

作者: 黄一峰 黄麟惠