

反思商品房预售许可制度和弱势购房者保护

张 卿

(中国政法大学, 北京 100086)

[摘要] 商品房预售许可制度是我国政府监管房地产市场的一项重要制度。传统法学一般认为,对商品房预售行为设立行政许可是为了保护弱势购房者的利益,但商品房预售许可制度无法真正达到保护弱势购房者的目的,对商品房预售行为的终极控制——“取消预售行为、实现现房销售”也将给弱势购房者带来较大的不利影响。本文认为从保护弱势购房者的利益出发,应该允许商品房预售行为,取消现行的商品房预售许可制度。

[关键词] 商品房预售; 行政许可; 弱势群体保护

[中图分类号] D922.181 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-9314(2010)06-0094-05

商品房预售许可制度源起于保护弱势购房者。为了减少和控制购房方的风险程度,保障处于弱势地位的购房方的合法权益,规范房地产预售交易行为,法律法规普遍设立了房地产预售行政许可制度。^[1]对预售行为实行许可证控制,可以保证预售方资金雄厚、信誉良好,以确保房地产开发秩序的稳定,避免一些滥竿充数、资信不良者随意进行房地产预售,避免给利用开发搞诈骗之行为滋生基础。^[2]

那么,实践中商品房预售许可制度是否真正实现了保护弱势购房者的目的呢?

一、一个案例的启示:^[3] 商品房预售许可制度真能保护弱势购房者吗?

2004年8月,孙某与天涯房地产开发有限公司(以下简称天涯公司)签订了《商品房认购协议书》(以下简称“《认购书》”)。《认购书》约定孙某购买天涯公司开发的一套商品房,应于同年9月15日以前

付清全部房价款;天涯公司应在10月15日前与孙某换签正式《商品房买卖合同》并于正式合同签订之日起六个月内将房屋交付给孙某。天涯公司曾告知孙某商品房预售许可证明正在办理过程中。《认购书》签订翌日,孙某分两次向天涯公司付清了全部房款。此后的六个月里,天涯公司所开发的该处房产价格上涨了30%。直至2005年6月,天涯公司未与孙某换签正式的商品房买卖合同,亦未向孙某交付房屋,孙某为此向法院起诉天涯公司。

庭审中,原告孙某认为根据《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5条之规定:“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16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《认购书》应当认定为商品房买卖合同。”据此,原告认为其与被告天涯公司所签订的《认购书》合法有效,被告因同地段房价上涨而欲恶

[收稿日期] 2010-09-26

[基金项目] 国家社科基金项目(10CFX023)

[作者简介] 张卿(1973-),男,中国政法大学法和经济学研究中心副教授、英国曼彻斯特大学法学博士。

意违约，请求法院判令天涯公司继续履行合同义务，交付房屋并按约定承担相应违约金。

被告天涯公司则辩称，由于一些原因我公司至今未取得商品房预售许可证明，故我公司与孙某所签《认购书》应为无效。天涯公司拒绝继续履行合同，只同意返还孙某购房款并加算同期银行存款利息。

法院经审理认为：双方当事人所签《认购书》具备了《商品房销售管理办法》第16条所规定商品房买卖合同的主要内容。因此应认定为双方所签《认购书》为商品房买卖合同。天涯公司签订《认购书》的行为实际上是预售行为。目前国家已颁布法律对商品房预售行为进行许可证控制。由于天涯公司直至法院庭审结束都未取得商品房预售许可证明，根据《城市房地产管理法》第44条和《中华人民共和国合同法》之规定，该《认购书》为无效合同。故法院判决天涯公司返还孙某购房款并加算银行同期存款利息，驳回孙某的其它诉讼请求。

在本案中，处于弱势地位的购房人孙某本着对开发商的信任，却承担了巨大的损失。由于房价的上涨，孙某现在必须以比原先《认购书》约定价格高出很多的金额来购买同样的房子。原本旨在保护弱势购房者的商品房预售许可制度不仅没有保护到购房者，却反而保护一些不良开发商的利益。由于商品房预售许可制度使得那些未取得许可的开发商签订的《认购书》无效，这些开发商就能利用该制度逃避本应履行的合同义务，从而大量取得房价上涨的好处。在司法实践中，类似的民事案件还时常发生，弱势购房者常常得不到保护。^①

二、商品房预售许可制度的替代性制度选择

不难发现，在上述案例中，对处于弱势地位的购房人而言，理想的法律规定应是能够支持预售行为，并取消对预售行为的许可限制。但在另一方面，一些有影响力的组织和个人、甚至官方机构反对现行的商品房预售制度，主张现房销售。这实际上也就是对现行的商品房预售许可制度表示不满，因为现行的商品房预售制度已是许可控制下的预售制度，且由于该许可制度是针对预售行为而言的，取消了商品房预售制度也就意味着取消了商品房预售许可制度。2005年8

月，中国人民银行在其公布的《2004年中国房地产金融报告》中称“很多市场风险和交易问题都源于商品房新房的预售制度，目前经营良好的房地产商已经积累了一定的实力，可以考虑取消现行的房屋预售制度，改期房销售为现房销售”。^[4]这实际上是建议禁止商品房预售行为，实行商品房现房销售。在2009年3月召开的全国两会上，一份代表提案中指出，^[5]房地产预售制度已成为房地产市场不规范的主要根源之一。它不仅导致房屋面积缩水、建筑设计变更、房屋质量缺陷等问题，更为严重的是，它诱发了延期交房、抵押房再预售、预售房再抵押甚至“携款潜逃”等问题。此外，2010年1月23日，广西住房和城乡建设工作会议决定：南宁市2010年将进行取消商品房预售制度，开展现房销售试点。上述这些意见和作法，可以在一定程度上反映现行的商品房预售许可制度未能成功地达到购房者防范预售中存在的风险。

上文已经提出了以保护弱势购房者为目的，针对商品房预售许可制度的两种替代性制度选择。为了方便理解，表1按政府干预程度的高低来比较这些制度选择。

表 1

政府干预程度		
低 ←		高 →
允许预售、非许可控制	允许预售，许可控制	禁止预售、现房销售

在表1中，从左到右代表着更强的国家干预。表一中所指的“非许可控制”的监管方式包括信息监管和事后标准等。^[6]信息监管通常是指消除信息障碍、控制虚假或误导性信息并增加消费者正确信息的监管方法。典型的例子是商品房预售和抵押登记备案制度。而事后标准是指政府对行为人从事商业或行为的过程施加实质性要求。虽然事后标准不要求行为人获得主管机关事前的行政许可，但是行为人一旦没有达到这些条件，通常会受到经济制裁或行政制裁。如下文将

① 类似的案例如“李长风诉新乡建业住宅建设有限公司商品房买卖合同纠纷案（2003）新郊民初字第448号”及“钟伟斌与广州君茗投资有限公司商品房预售合同纠纷上诉案（2007）穗中法民五终字第3728号”，来源于北大法宝案例库。

讨论的预售款监管制度即为事后标准。与这些“非许可控制”相比，许可通常代表了更强的国家干预。^[7]而禁止预售又比许可控制时的国家干预程度更强。当然，越强的国家干预也意味着给社会施加更多的成本。^[8]因此，在原则上，如果两种制度选择都同样能实现立法目的时，我们应当尽量选择成本更低的控制方式。下文将进一步比较这些制度选择，分析商品房预售许可制度是否是保护弱势购房者的最优选择。

三、保护弱势购房者必须要全面禁止预售行为吗？

商品房预售行为本质上是房屋买卖双方的一种自主决定的市场交易行为。由于房屋建设需要较大的资金量和一个相当长的周期，如果开发企业能够将建设中的房屋或尚未开始建设的房屋出售，即无需等到房屋建设完毕之时就能取得销售收入。这些销售收入相当于购房者向开发商提供“无息贷款”，开发商将来以建成的商品房予以还款。在此情况下，开发商能省去那部分向银行借贷开发资金（数额等于上述销售收入）的成本，以较少的资金完成房屋的开发和销售，从而在总体上降低其成本。相应地，为了鼓励购房者尽快地提供这笔“无息贷款”，开发商就会以低于现房的价格让利出售那些建设中的房屋或尚未开始建设的房屋。在理论上，这部分让利至少应该是大于购房者将该笔购房款存在银行直到房屋交付时所取得存款利息，否则购房者就会购买现房。一些研究表明：预售房价格一般会比现房出售的价格低 10% - 15%。^[9]所以，在假设其它条件不变的基础上，允许开发企业能够将建设中的房屋或尚未开始建设的房屋出售可以使开发企业和购房者都取得比只允许现房销售时更多的收益（利润）。从另一方面而言，取消商品房预售将减少市场供应量，导致房价上升，从而影响到房价稳定和购房者的利益。^[10]

从经济学理论上说，除非一些特定的理由，政府对市场交易行为的禁止是没有合理依据的。^[11]这些特别理由包括：第一、禁止交易行为是为了更有效地解决负的外部性问题。这里的负的外部性是指市场上的特定交易行为给交易双方外的第三人或社会大众施加了外部成本。如我国对枪支和毒品交易的原则禁止是为了避免购得人使用枪支和毒品来威胁和损害广大无

辜群众的生命和财产安全，即避免这类交易给交易双方外的广大人民群众施加外部成本。^[12]第二、禁止交易行为是为了解决公共资源过度开采的问题。如法律禁止买卖野生动物的规定是为了使狩猎者打消大量捕杀野生动物资源的念头。^[13]第三、出于父母式关爱主义而禁止某项交易行为。这里的父母式关爱主义是指政府出于为某些人的真正福利、幸福、快乐、需要或利益考虑而干预他们的行动自由。^[14]政府可能担心未成年人、老人或是智力残疾的人从事某项特定的交易行为会损害他们的利益，就会禁止该项交易行为。^[15]如许多西方国家禁止商家向低于 18 岁的未成年人出售酒精饮料。必须注意，只有在上述弱势群体真正因缺乏判断能力而决定从事某种对自身有害的行为时，基于“父母式关爱主义”而禁止该种行为的政府监管才具有合理性。这可以解释为何上述禁售酒精饮料的对象通常不包括有较强判断能力的成年人。

如前所述，本文讨论的“禁止商品房预售”的理由是“预售不仅导致房屋面积缩水、建筑设计变更、房屋质量缺陷等问题，更为严重的是，它诱发了延期交房、抵押房产再预售、预售房再抵押甚至‘携款潜逃’”等问题。这些问题本质上是开发商违反预售合同约定的问题，并不是上述的“外部性”和“公共资源过度开采”问题。更重要的是，政府基于“父母式关爱主义”而决定禁止预售房屋的理由也不充分。原因在于，预售房屋的购买方通常都是具有较强判断能力的成年人，他们有能力权衡和判断购买预售商品房带来的成本、风险和收益。并且，从近几年的现实情况来看，绝大部分预售房的购买方后来都成功地收到了建成的商品房，取得比购买现房更多的好处（特别是全国房价整体上涨的巨额价差）。因此，我国政府不应轻易地禁止预售房屋的行为，而应该把购买预售商品房的机会留给购房人，让他们权衡利弊、自主决定。当然，如下文分析，政府也可以通过其它监管手段来干预市场，减少或者解决商品房预售带来的上述问题。

四、预售许可制还是其它非许可的监管方式？

尽管商品房预售许可制度被认为能减少和控制购房方的风险程度，保证预售方资质雄厚、信誉良好，

从而保障弱势购房方的合法权益,规范房地产预售交易行为,^[16]但是本文前述案例已经表明,该许可制度并不总是保护弱势购房方。因此,进一步的问题是,我们是否可以使用其它非许可的政府监管方式来更好地实现保护弱势购房者的目的?

根据《中华人民共和国行政许可法》第13条,如果上述预售房的购房者风险能通过市场竞争机制进行调节及通过行政机关采用事后监督等其他行政管理方式加以解决的,可以不设行政许可。的确,在商品房预售市场上,因房屋尚未建成,购房者既无法直接查看房屋实际物理情况,也比购买现房时更难确定房屋的权属状况,因而只能依据较少的信息来作出是否购买的决定。但商品房预售市场的竞争机制仍然有效,降价打折等促销手段也常被使用。购房者往往可以通过比较开发商的信誉、信用等因素进行判断,做出购买预售房的决定并签订合同。而大部分开发商往往会从其自身的长远信誉考虑,不会轻易做出违约行为,故而不会轻易导致“房屋面积缩水、建筑设计变更、房屋质量缺陷等问题”以及“发生延期交房、抵押房再预售、预售房再抵押甚至‘携款潜逃’”等问题。更重要的是,在没有商品房预售许可制度的情况下,我国目前的建筑物验收、预售和抵押登记备案制度、预售款监管制度^[17]和民事诉讼制度如果得到良好的实施,应该能足以防范上述开发商违约带来的风险,具体分析如下:

首先,对于“房屋面积缩水、建筑设计变更、房屋质量缺陷和延期交房”等问题,一个良好实施的建筑物验收制度将使购房者获得开发商在上述方面违约的信息和证据,甚至使开发商的整个项目无法通过验收。这可以打消相当一部分开发商从事上述违约行为的不良企图。即使仍有一部分开发商利欲熏心而实际违约,购房者也可以进一步通过民事诉讼,使开发商承担违约责任并赔偿购房者损失。

其次,商品房预售和抵押登记备案制度、预售款监管制度如果得到良好实施,将能有效预防“抵押房再预售、预售房再抵押甚至‘携款潜逃’”的问题。商品房预售和抵押登记备案制度要求预售合同和抵押文件必须提交给政府主管部门进行备案并进行公示。政府通过此种方式将相关预售房的出售和抵押信息公开化、透明化,能有效地减少预售市场上信息较为不

足的问题,防止“抵押房再预售、预售房再抵押”及其它欺诈行为的出现。与此同时,完善的预售款监管制度既能防止开发商随意挪用预售专项资金,也可以防止假按揭等违法行为。^[18]根据目前建设部的要求,商品住房预售资金要全部纳入监管账户,由监管机构(银行)负责监管,确保预售资金用于商品住房项目工程建设;预售资金可按建设进度进行核拨,但必须留有足够的资金保证建设工程竣工交付。^[19]这样,预售房的购房者就不必当心开发商“携款潜逃”的问题。

第三,商品房预售和抵押登记备案制度、预售款监管制度还可以在相当程度上保证民事诉讼等事后救济机制的有效性。当开发商无法“携款潜逃”而预售款又全部纳入监管账户后,法院要求开发商承担违约责任的判决就较容易得到执行。这相应也会减少或者打消开发商通过违约来获利的想法。

相比较于事前预防的行政许可制度而言,事后的司法救济(民事诉讼)制度、信息监管和事后标准等监管方式给社会带来的成本较少。^[20]至少开发商无须花费时间和成本等待预售房许可证的取得,能较快地从购房者那里取得成本较低的资金。当市场竞争机制有效和购房需求有弹性时,开发商节省的成本将导致更低的房价。在另一方面,取消了事前预防的行政许可,施加给政府的行政成本将降低,相应这部分本应转移给供应商后再转移给购房者的成本就会降低。此外,因商品房预售许可制度本身会提高市场准入成本和限制竞争而给购房者带来间接成本,取消商品房预售许可制度也将减少购房者的这部分成本。总体而言,在其它条件不变的情况下,取消目前的商品房预售许可制度,将导致房价降低,使购房者得到好处。

最后,值得注意的是,预售许可制度的实施会影响到相关登记备案制度和预售款监管制度在保护弱势购房者方面的有效性。如前所述,商品房预售和抵押登记备案制度要求预售合同和抵押文件必须提交给政府主管部门进行备案并公示,从而有利于解决商品房预售市场中消费者信息不充分的问题。但在目前实践中,由于预售许可制度的实施,登记备案的前提是开发商已经取得预售房许可证。因此,在开发商取得预售许可之前,那些弱势购房者的购房行为及相关的抵押行为是无法通过登记备案来公示。故上述制度针对

消费者信息问题的救济功能就无法充分发挥,也就有可能出现“抵押房再预售、预售房再抵押”情形。同理,在目前情况下,购房者支付给开发商的购房款能进入监管账户受保护的前提是开发商已取得预售房许可证。而在此之前,购房者支付给开发商的款项是无法得到监管账户的保护,开发商就有机会“携款潜逃”。因此,取消预售房许可制度将有利于登记备案制度和预售款监管制度充分发挥其保护弱势购房者的功能。

结语

作为旨在保护弱势购房者的政府监管制度,商品房预售许可制度似乎并没有实现其立法目的。当我们通过比较商品房预售许可制度和其它两项替代制度时,我们发现:第一、允许商品房预售行为将使开发商和弱势购房者取得更多的收益,同时在理论上也确实很难找到充分的理由来禁止预售行为。第二、我国目前已有的非许可的政府监管制度(包括建筑物验收、预售和抵押登记备案制度、预售款监管制度)和民事诉讼制度如果得到良好的实施,应该能足以实现商品房预售许可制度的目标,即防范上述开发商违约带来的风险,保护弱势购房者的利益。但实施上述制度还同时使用商品房预售许可制度,则不仅会给社会带来更多的成本(特别是购房者承担更高的房价),而且会削弱相关登记备案制度和预售款监管制度在保护弱势购房者利益方面的有效性。

[参 考 文 献]

[1] 郭锐,武小平.论房地产预售方式及其行政许可[J].中外房地产导报,1998(6):37-38.
 [2] 钱明星,江晓春.房屋预售制度若干理论问题研究[J].中外法学,1996(5):25.
 [3] 从本案谈商品房认购书的法律效力[EB/OL].http://blog.newssc.org/tu/5189/archives/2009/78797.html.
 [4] 中国人民银行房地产金融分析小组.2004年中国房地产金融报告[EB/OL].http://www.pbc.gov.cn/detail.asp?col=100&ID=157&keyword=《2004年中国房地产金融报告》.

[5] 全国政协十一届二次会议中国国民党革命委员会中央委员会提案.加快修订《中华人民共和国城市房地产管理法》[EB/OL].http://finance.ifeng.com/topic/lianghuiz2009/news/20090303/415457.shtml.
 [6] 张卿.论行政许可的优化使用——从法经济学角度进行分析[J].行政法学研究,2008(4):101-109.
 [7] A. Ogus. Regulation. Legal Form and Economic Theory (2004), p. 151.
 [8] A. Ogus. Regulation. Legal Form and Economic Theory (2004), p. 151.
 [9] 杨丽嫻.商品房预售制度:取消还是保留[J].中国房地信息,2005(10):11. 包宗华.是否取消商品房预售制度的争论和总结[J].中国房地产,2010(4):8.
 [10] 刘淑华.浅论我国商品房预售制度的完善[J].中国经贸导刊,2010(13):84.
 [11] 张卿.论行政法对物自由流通的限制——从法律经济学视角分析原因[J].行政法学研究,2007(4):47-54. Richard Epstein. 'Why Restrain Alienation?' (1985), 85 Columbia Law Review, p. 972.
 [12] 张卿.论行政法对物自由流通的限制——从法律经济学视角分析原因[J].行政法学研究,2007(4):49.
 [13] Susan Rose-Ackerman. 'Inalienability and The Theory of Property Rights' (1985), 85 Columbia Law Review, p. 943.
 [14] Gerald Dworkin. 'Paternalism', in Richard Wasserstrom (ed.), Morality and Law (1971), p. 1108.
 [15] Susan Rose-Ackerman. 'Social Services and the Market' (1983), 83 Columbia Law Review, p. 1141.
 [16] 郭锐,武小平.论房地产预售方式及其行政许可[J].中外房地产导报,1998(6):37-38.
 [17] 关于相关登记备案和其它监管制度的介绍和评析,可参见管建平.完善商品房预售制度之探讨[J].中国房地产,2010(3):8-9. 陈明辉.对商品房预售规范管理的思考[J].中国房地产,2001(5):42-43.
 [18] 管建平.完善商品房预售制度之探讨[J].中国房地产,2010(3):9.
 [19] 参见建设部《关于进一步加强房地产市场监管完善商品住房预售制度有关问题的通知》(建房[2010]53号)第九项。
 [20] A. Ogus and Q. Zhang. 'Licensing Regimes East and West' (2005), 25 International Review of Law and Economics, p. 125. S. Svorny. 'Licensing Market Entry Regulation', in B. Bouckaert and G. De Geest (eds.), Encyclopedia of Law and Economics Vol. III (Edward Elgar, 2000), p. 316.

责任编辑 刘锐