

论商品房预购人利益的法律保护

周大仓

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

[摘要] 文章首先分析了现行法律规定, 然后论证了预售条件对合同的效力及预购人利益的影响, 主张预售条件不是商品房预售合同的有效要件, 在预售人不具备预售条件时, 预售合同不必然无效, 预售人承担相应的行政责任, 预购人可以行使对合同的撤销权。

[关键词] 商品房预售条件; 预购人利益; 利益保护

[中图分类号] D922.181 [文献标识码] A [文章编号] 1672-2728(2005)07-0106-04

商品房预售是房地产交易的基本形式, 在商品房预售交易中, 由于预购人缺乏相应的法律和房地产方面的专业知识, 处于弱势地位。实践证明, 不加以任何法律约束的商品房预售交易将诱发出房地产交易中的许多投机欺诈等违法行为, 直接受到损害的是预购人的利益。因此, 为保护预购人利益, 稳定房地产市场发展, 国家应对商品房预售合同施以必要的干预。

一、商品房预售条件法律分析

对商品房预售条件的规定, 是城市房地产管理部门对商品房预售加以行政监督与管理的有效手段, 对不符合预售条件的商品房预售, 预售人应承担一定的行政责任。

(一) 预售条件的有关规定

根据《城市房地产管理法》(以下简称《房地产法》)第44条第1款和《城市商品房预售管理办法》(以下简称《办法》)第5条规定, 商品房预售应当符合下列条件: (1) 已交付全部土地使用权出让金, 取得土地使用权证书; (2) 持有建设工程规划许可证和施工许可证; (3) 按提供预售的商品房计算, 投入开发建设资金达到工程建设总投资的百分之二十五以上, 并已经确定施工进度和竣工交付日

期; (4) 向县级以上房地产管理部门办理预售登记, 取得商品房预售许可证明。

另外, 《办法》第7条又同时规定: “开发企业申请办理《商品房预售许可证》应当提交下列证件(复印件)及资料: (一) 本办法第五条第(一)项到第(三)项规定的证明材料; (二) 开发企业的《营业执照》和《资质等级证书》; (三) 工程施工合同; (四) 商品房预售方案。预售方案应当说明商品房位置、装修标准、竣工交付日期、预售总面积、交付使用后的物业管理等内容, 并应当附商品房预售平面图和分层平面图。”

由以上规定我们可以看出, 商品房预售的实质条件应是《办法》第7条规定的条件, 取得预售许可证条件是开发商获得预售条件关键, 也是房地产管理部门对商品房预售条件的最后审核。取得预售许可证所需的相关文件资料完全吸收《房地产法》所规定的前述三个条件和《办法》第5条规定的条件^{[1](P149)}, 并进一步补充其他条件, 亦即前三个条件是取得预售许可证的必要条件。《办法》第8条规定: “房地产管理部门在接到开发企业申请后, 应当详细查验各项证件和资料, 并在现场进行查勘, 经审查合格的, 应当在接到申请后10日内核发《商品房预售许可证》。”可见, 第7条所规定的文件和资料应是商品房预售的必要条件。一言以

[收稿日期] 2005-06-10

[作者简介] 周大仓(1972—), 男, 安徽明光人, 厦门大学法学院2002级法律硕士研究生, 研究方向: 民商法。

蔽之,商品房预售条件就是取得《商品房预售许可证》。对其他预售条件的审查应是主管部门的管理职责,作为预购人不负有审查的义务^{[2](P41)}。但从保护自身利益角度出发,预购人在订立合同时也应严格审查预售人的其他证件是否齐全,即审查他们的《土地使用权证》《建设工程规划许可证》《建设工程施工许可证》和《商品房预售许可证》是否齐全,明确预购人所购买的房屋是否为有关部门审核的合法项目,预售许可证上的预售方名称与预售合同上的是否一致,以防日后无法办理产权^{[3](P21)},消除产生纠纷的隐患,维护自己的合法权益。

(二)商品房预售条件的法律分析

1. 交付土地出让金取得土地使用权证书。该条件之规定重在保护国家的经济利益,因为我国的土地为国家所有和农村集体所有,而能进入房地产市场中的土地只能是国家所有的城市土地。《土地管理法》第2条第5款规定:“国家依法实行国有土地有偿使用制度”;第55条又规定:“以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的单位按照国务院规定的标准和办法,缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后,方可使用。”《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第11条、第14条也都作了具体规定。在我国虽然实行房地分别主义,但是作为不动产的房屋所有权必须以土地使用权为依托,土地使用权是房屋所有权的权源。根据不动产物权公示原则,要取得土地使用权则必须到国家土地管理部门登记公示,即取得土地使用权证。取得土地使用权证则必须已交付全部土地使用权出让金,这二者是相辅相承的。如果开发商不具备该条件,结果首先损害的是国家利益,土地使用金无法收回,国有土地被非法占用。如果有关部门事后发现这些情况而主张国家土地所有权,将使预购人合同利益难以实现。

2. 持有建设工程规划许可证和施工许可证。持有建设工程规划许可证和施工许可证是城市规划部门和建设部门对开发商符合城市规划和建设工程质量要求进行监管的有效手段。如果不具备这两证,日后开发商开发出的商品房极可能成为违章建筑或因施工单位资质等级达不到要求而影响工程的质量,并可能造成商品房产权无法办理、质量不符合要求、无法交付使用等情况,甚至开发建成的商品房面临强制拆迁的危险,预购人无法实现其合同目的,最终利益将会受到损害。

3. 投资比例和施工进度的确定。对投资比例

和施工进度确定主要是为保护预购人利益,抑制开发商的投机行为。商品房预售期限较长,交易风险极大。在商品房预售中如果允许开发商在没有任何投资情况下就对商品房进行预售,开发商可能会借此非法集资,倒卖地皮,以预售行为的合法形式掩盖其非法集资目的。在此情形下,开发商也难以确定竣工交付日期,预购人利益也难以得到保障。规定了该条件,开发商为收回其投资,就不得不将项目开发到底,消除其投机心理。另外,依据最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定:“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”开发商的前期投资可以成为预购人所交付购房款的法定担保,开发商在违约时,预购人受到损失能得到优先受偿。对施工进度和竣工交付日期的确定,一方面可以强制开发商如期开发商品房,依约履行合同,使预购人利益得以实现;另一方面,当预购人在预售合同中没有与开发商约定商品房交付日期,或者约定的日期后于开发商在取得预售许可证时确定的日期时,该条款之规定可以直接成为预售合同条款,在预售人不能按期交付房屋时,预购人可依此主张预售人违约。建设部门可以把该条件的规定列入预售合同示范文本之中作为示范条款,以明确双方的权利义务。

二、商品房预售条件对预购人利益的影响

《房地产法》和《办法》都规定了商品房预售的条件,这些条款在法理上属义务性条款,具有法律强制力。如果开发商不具备这些条件,就不得进行商品房预售,否则其预售行为违法。然而,实践中仍然有不少房地产开发商在商品房预售时并不满足以上条件,在预购人与其签订预售合同时,却采用广告宣传或其他方式谎称其具备预售条件。这种情况下合同的效力如何呢?

《办法》第9条第2款规定:“未取得《商品房预售许可证》的不得进行商品房预售。因此在预售人取得预售许可证之前进行商品房预售,则违反了该条规定。依据《合同法》第52条第5款规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。所以在取得《预售许可证》之前订立的商品房预售合同无效。但《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》(以下简称

《解释》第2条规定：“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。因此，在司法实践中，法院并不是一概主张合同无效，而是给预售人一个使合同有效的补救机会。从保护预购人利益的角度出发，以上司法解释可能存在一些问题，详述如下：

（一）开发商不具备预售条件对预购人利益的影响

根据《办法》第9条、《合同法》第52条规定，开发商不具备预售条件的预售合同应属无效。《合同法》第56条、第58条规定，无效合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力；合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，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。

根据以上法律规定，在某些情况下认定合同无效对预购人并无不利，其购房款和利息可以得到返还，受到的损失也可获得一定的赔偿。但如果遇到商品房价格上涨或开发商提前完成商品房开发而欲以此主张合同无效，此时预购人利益可能得不到充分的保护。首先，认定合同无效对预售人的利益并未造成损害，只有预购人因此丧失合同的期待权，并可能损失因房价上涨给其带来的利益。而预售人在合同解除后可以向有关部门补办相关手续，取得预售许可证明，其开发的商品房即有可能以高价预售或现售。因而，在这种情况下，认定合同无效后预购人利益很难得到充分保护，同时给预售人造成可乘之机——利用订立“无效合同”实现其融资目的，转移市场风险，预购人的利益难免会受到损害。考虑到以上情况，《解释》第9条规定，如果出卖人不具备预售条件而采取欺诈或者隐瞒手段订立合同，导致合同无效或者被撤销解除的，买受人可以向出卖人请求返还已支付的购房款及利息，赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已支付购房款一倍的赔偿责任。该条引入了惩罚性赔偿责任，较之《合同法》的规定，对预购人利益的保护力度有所加大。但是随着我国房地产市场的迅猛发展，商品房价格有可能呈暴涨趋势，出现房价上涨产生的差价大于预售人因合同无效向预购人承担的责任，此时预售人毫无疑问会选择主张合同无效，预购人的利益依然得不到有效的保护。

现代合同法的基本理论认为，合同法是以促进市场经济的发展，保护交易安全，维护和平衡交易

主体的利益为宗旨，体现在对合同效力的认定上主张“与其使之无效，不如使之有效”。这一点可以从立法动态中得到支持。只要是符合《民法通则》第55条规定，在不违反《合同法》第52条规定的情形下，即可认定合同依法成立有效。《合同法》对合同无效情形的规定较之《民法通则》的规定已大大缩小了范围。如对一方以欺诈胁迫手段订立的合同规定为可变更可撤销合同，只有在损害国家利益的情形下才无效。这主要是考虑到我国市场经济的发展，交易的增多，如果使大量合同无效，无疑在交易中会产生更多的纠纷，不利于纠纷的解决和当事人利益的保护，也不利于市场经济的发展和经济的繁荣，这也是由《合同法》合同自由原则决定的。长期以来，民法界和实务界一直存在着一种不恰当的认识，即认为凡是不符合法定生效要件合同都应当作为无效合同处理。这种观点并不妥当，《合同法》第52条第5款规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”应解释为合同的内容违反法律、行政法规的强制性规定。如果只是订立合同时违反法律、行政法规规定应具备的条件而认定合同无效，实在有违《合同法》的立法精神，是以订立合同的形式要件取代合同有效成立的实质要件。在民事法律范畴内，每个人都应被视作理性人，是自己利益的最佳维护者。交易双方既然订立了合同，就各自在追求自己的最佳利益，法律只应对交易秩序进行规范，而不应轻易使合同无效。

有的学者主张不能将商品房预售条件视为合同生效要件，而只能作为有关部门对开发商预售行为监管的法律依据，对违反预售条件规定的行为科以行政处罚，而不是必然消灭交易合同^{[1] (P151)}。笔者赞成这种看法，在商品房预售中，开发商不具备预售条件即与预购方订立预售合同，作为具备一定资质等级要求的公司法人，其主观上的故意是十分明显的，其动机或者是为融资需要，或者是为抓住市场机遇，最终目的是为追求其项目开发的利润，甚至有的直接目的就在于投机炒卖地皮，欺骗消费者。在此种情况下，虽然预购人在订立合同时对预售人的预售条件没有尽到谨慎的审查义务，存在一定过失，但对预售人预售资格的审查更多的应是行政管理的职责，且他们大多处于被欺骗的被动地位，所以法律应对他们的利益给予更多的保护，以实现法律实质意义上的公平。在实践中，如果单纯认定合同有效或是无效，都不利于对预购人利益的保护。因此笔者主张，应通过立法或司法解释，将这类合同在效力上定性为可变更、可撤销合同，赋

予预购人选择合同效力的权利。这样预购人可以主张撤销合同,使之无效,从而适用《解释》第9条、第18条规定,请求预售人赔偿损失;也可以主张合同继续有效,让开发商继续履行合同,在开发商不能履行合同时追究其违约责任。无效制度旨在保护公共利益,体现国家意志的干预,而可变更可撤销制度旨在维护当事人之间利益平衡和意志自由^[41](P334)。无效制度对受害人提供的救济和保护,后者是完全可以达到的,因为宣告无效和撤销的后果是完全一样的。无效制度缺乏撤销制度应有的弹性,对当事人的意志自由产生了限制。

预售人在不符合条件情况下预售商品房,无论预购人是主张合同有效,还是主张撤销合同,根据《房地产法》第67条规定:“违反本法第44条第1款的规定,预售商品房的,由县级以上人民政府房地产管理部门责令停止预售活动,没收违法所得,可以并处罚款。”预售人都应该对其预售行为承担相应的行政责任,由有关部门对其处以行政处罚。这样可以遏制开发商的投机行为和欺诈行为,有效保护预购人利益,使商品房预售交易健康有序发展。

(二) 起诉前取得预售许可证明的预售合同的效力

实践中许多预售人在订立合同之初并不具备预售条件,但在开发过程中其取得了预售许可证明。此种情况下,可依《解释》第2条规定,预售人在起诉前取得预售许可证明的,可以认定合同有效。对《解释》可以理解为法院对此种情况可以认定合同有效,当然也可以认定其无效。正如前述,在起诉前即使未取得预售许可证明,合同在效力上应认定为是可变更、可撤销合同,而不是必然无效合同。在起诉前取得预售许可证明的,法院更不能

直接认定合同无效。因此笔者认为,在此种情况下合同应是有效的,这符合双方在订立合同时的意思表示,对预购人利益的保护也很有利。

三、结 语

预售人在不具备商品房预售条件情况下预售商品房,预购人对预售合同的效力享有变更、撤销权,但如在起诉前预售人取得预售资格,应当认定合同有效。最高人民法院的司法解释的规定符合合同法的立法精神,对保护交易解决合同纠纷起到一定的作用。但该《解释》以预售人不符合商品房预售条件的预售行为违反《合同法》第52条的规定为由主张合同无效,理由并不充分,结论有点武断,也很难得到法理支持,实践中既不利于实现对预购人利益的合理保护,也不利于预售交易的发展和法律公平价值的实现。因此,笔者建议最高人民法院应根据预售交易实践,从保护预购人利益的角度出发,对该问题重新作出合理解释。

[参考文献]

- [1] 刘武元. 房地产交易法律问题研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [2] 商品房买卖合同纠纷案件司法解释关联精析 [Z]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [3] 商品房买卖合同纠纷法律解释与案例 [Z]. 北京: 中国物价出版社, 2003.
- [4] 王利明. 合同法新问题研究 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2003.

[责任编辑: 楚 人]

本 刊 声 明

为适应我国信息化建设需要,扩大作者学术交流渠道,本刊已加入《中国学术期刊(光盘版)》和“中国期刊网”。如作者不同意将文章编入该数据库,请在来稿时声明,本刊将作适当处理。