

## 商品房预售许可对商品房预售合同效力的影响(中国法)

### How does Commodity Houses Advance Sale Permit Affect the Validity of Commodity Houses Advance Sale Contract (Chinese Law)

金世盛\*  
Jin, Shi-Sheng

#### 目 录

- I. 中国商品房预售制度概况
- II. 商品房预售许可的法律性质
- III. 商品房预售许可对商品房预售合同效力的影响
- IV. 结论

#### 국문초록

1994년 7월 5일 [중화인민공화국도시부동산관리법]의 공포는 중국의 부동산 매매제도가 법률측면에서 확립된 것을 의미한다. 그로부터 중국전국범위 내에서 부동산예매를 하기 시작했다. 1994년 7월부터 2017년 5월까지 중국부동산예매 시장은 가장 번창한 23년을 경험했다. 부동산예매허가규정은 중국부동산예매제도의 중요한 일환으로서 일정한 정도로 중국부동산시장의 수급 불균형난제를 해결하면서 선분양부동산거래의 안정성을 보장해왔다. 2003년 6월 1일부터 시행한 [최고인민법원 부동산매매계약분쟁사건 심리 관련 약간문제에 대한 해석] 제2조에 따르면 “매도인이 부동산예매허가증명을 취득하지 못한 경우, 매수인과

논문접수일 : 2018. 09. 30.

심사완료일 : 2018. 11. 01.

게재확정일 : 2018. 11. 01.

\* 중국북경시경사법률사무소(中国北京市京师律师事务所), 파트너변호사

체결한 부동산매매계약은 무효로 인정해야한다. 단, 소송을 제기하기 전까지 부동산예매허가증명을 취득한 경우 유효로 인정할 수 있다.” 최근 몇 년 동안 중국법원사례로 알 수 있는 것은 과실이 없는 부동산매수인이든 과실이 있는 부동산개발기업이든 상관없이, 부동산예매계약무효 확인의 소를 제기한 경우 법원은 “해석” 제2조에 따라 계약무효로 판시하였다. 이것은 관련 법령의 입법취지와 현저히 어긋난다. 따라서 본문에서 중국부동산예매허가규정이 부동산예매계약효력에 미친 영향을 분석할 것이며 개선방안을 제기할 것이다.

**주제어** : 부동산예매제도, 부동산예매허가, 예매계약의 효력, 무효확인 소

#### 【中文摘要】

1994年7月5日《中华人民共和国城市房地产管理法》的公布标志着中国的商品房预售制度在法律层面的正式确立，从此在全国范围内拉开了商品房预售的序幕，1994年7月至2017年5月，中国房地产预售市场经历了最为繁荣的23年。商品房预售许可规定作为中国商品房预售制度的重要一环，在一定程度上解决了中国房地产市场供需失衡难题的同时，保障了期房交易的稳定性。2003年6月1日起施行的《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，但在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。”根据近几年的中国法院案例可知，无论是非过错方房屋承购人还是过错方房地产开发企业提起诉讼要求认定商品房预售合同无效的，法院均依据解释第2条予以支持。这显然与相关法规的立法目的背道而驰。因此本文将重点讨论中国商品房预售许可规定对商品房预售合同效力的影响，并提出改善建议。

**关键词** : 商品房预售制度、商品房预售许可、预售合同效力、无效确认之诉

## I. 中国商品房预售制度概况

### 1. 历史渊源

商品房预售是指房地产开发企业将正在建设中的房屋预先出售给承购人，由承购人预先支付定金或房款的行为。<sup>1)</sup>商品房预售制度起源于上个世纪五、六十年代的香港，当时香港人对住房的需求庞大，但因为存量房严重不足导致供需失衡。香港房地产开发企业立信置业有限公司一改当时的现房销售政策提出“预售楼花”，并提倡分期付款。随后其他地产商纷纷效仿，成为香港房地产市场的一大经营特色。从1955年到1965年十年间，香港地产业蓬勃发展。炒楼花也因此被国外部分媒体称为“中国人的第五大发明”，并波及东南亚地区。<sup>2)</sup>中国大陆的商品房预售制度深受香港影响，最早出现于上世纪80年代中叶的中国东南沿海地区，1986年上海市房管局公布了《关于商品房预售的几点通知》之后，深圳市政府于1989年7月13日公布了《关于加强深圳经济特区房地产市场管理的试行规定》，该规定第17条明确规定房地产经营者须向市房地产登记处申请，获准后方可预售房地产。未经批准的，所签订的《房地产预售合同》一律无效。该规定第三章其他条款对商品房预售的程序和申报资料也做出了明确的规定。该规定虽然因为1993年11月9日《深圳市房地产管理若干规定》的出台而被废止，但笔者认为该制度无疑是新中国商品房预售制度的开端，具有历史性意义。1994年7月5日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过了《中华人民共和国城市房地产管理法》，该法第45条第1款明确规定了商品房预售的条件包括：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；3.按提供预售的商品房计算，投入开发建设的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.向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明等。<sup>3)</sup>同法第68条还规定了房地

1) 中国建设部：《城市商品房预售管理办法》（1994.11.15发布，2004.7.20修正）第2条。

2) 雷兴虎、蔡科云：“中国商品房预售制度的存与废”，载《法学评论》2008年第1期，第54页。

3) 中国人大常委会：《中华人民共和国城市房地产管理法》（1994.7.5.发布，2007.8.30., 2009.8.27

产开发企业（以下简称开发商）违反上述第45条第1款的情况下预售商品房的法律后果为由县级以上人民政府房产管理部门责令停止预售活动，没收违法所得，还可以并处罚款。<sup>4)</sup>此后，1994.11.15日中国建设部第40号令发布了《城市商品房预售管理办法》，并于2001.3.14日中国建设部第88号令发布了《商品房销售管理办法》。《中华人民共和国城市房地产管理法》及其管理办法的公布标志着中国商品房预售制度在法律层面的正式确立，也在全国范围内拉开了商品房预售的序幕，可以说1994.7月至2017年5月是中国房地产预售市场最为繁荣的23年。各主要城市的商品房预售比例在80%以上，一些城市甚至达到了90%。<sup>5)</sup>在过去的23年里，商品房预售制度在促进了中国经济飞速发展的同时，也在一定程度上导致了期房价格 and 价值的严重背离。中国人民银行也曾发布报告称市场风险和交易问题大都起源于商品房的预售制度。<sup>6)</sup>近10年来，在包括法律界在内的社会各界虽有过废除商品房预售制度的呼声，但商品房预售制度施行二十多年来总的来说应该还是利大于弊的。尽管在制度实施过程中出现了一些问题，但笔者仍然认为取消商品房预售制度不是解决问题的必然选择和唯一途径，通过调整完善商品房预售制度，同样可以达到维护购房人权益的目标，如健全监管制度、建立保险机制等。

## 2. 制度概况

中国大陆现行的商品房预售制度主要包含如下六个规则，这六项具体规则共同构成了中国现行商品房预售的法律规则和行为模式。

### 2.1 商品房预售归口管理规定

《城市商品房预售管理办法》第4条规定：国务院建设行政主管部门归口管理全国城市商品房预售管理；省、自治区建设行政主管部门归口管理本行政区域内

---

修正) 第45条。

4) 中国人大常委会：《中华人民共和国城市房地产管理法》（1994.7.5. 发布，2007.8.30, 2009.8.27 修正) 第68条。

5) 王超、芦静：“浅论我国商品房预售制度之完善”，载《时代金融》2011年第7期。

6) 中国人民银行：《2004中国房地产金融报告》，2005.8.15.

城市商品房预售管理；市、县人民政府建设行政主管部门或房地产管理部门负责本行政区域内城市商品房预售管理。

## 2.2 商品房预售许可规定

《城市商品房预售管理办法》第5条规定商品房预售应当符合下列条件：一是已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；二是持有建设工程规划许可证和施工许可证；三是按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期。而根据同法第6条可知开发商要进行商品房预售，应当向房地产管理部门申请预售许可，取得《商品房预售许可证》。未取得《商品房预售许可证》的，不得进行商品房预售。<sup>7)</sup>开发商申请办理商品房预售登记，应当提交土地使用权证书、建设工程规划许可证、施工许可证、营业执照和资质等级证书、工程施工合同、预售商品房分层平面图、商品房预售方案。房地产开发主管部门应当自收到商品房预售申请之日起10日内，做出同意预售或者不同意预售的答复。同意预售的，应当核发商品房预售许可证明；不同意预售的，应当说明理由。<sup>8)</sup>

## 2.3 商品房预售法规、合同范本公示规定

《城市商品房销售管理办法》第23、42条规定开发商应当在订立商品房买卖合同之前向买受人明示《城市商品房预售管理办法》和《商品房买卖合同示范文本》。否则处以警告，责令限期改正，并可处以1万元以上3万元以下罚款。

## 2.4 商品房预售合同登记备案规定

《城市商品房预售管理办法》第10条规定：商品房预售，开发商应当与承购人签订商品房预售合同。开发商应当自签约之日起30日内，向房地产管理部门和

7) 中国建设部：《城市商品房预售管理办法》（1994.11.15发布，2004.7.20修正）第5、6条。

8) 中国建设部：《城市商品房预售管理办法》（1994.11.15发布，2004.7.20修正）第7、8条。

市、县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。房地产管理部门应当积极应用网络信息技术，逐步推行商品房预售合同网上登记备案。商品房预售合同登记备案手续可以委托代理人办理。委托代理人办理的，应当有书面委托书。

## 2.5 预售商品房权属登记规定

《城市商品房预售管理办法》第12条规定：预售的商品房交付使用之日起90日内，承购人应当依法到房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理权属登记手续。开发商应当予以协助，并提供必要的证明文件。由于开发商的原因，承购人未能在房屋交付使用之日起90日内取得房屋权属证书的，除开发商和承购人有特殊约定外，开发商应当承担违约责任。

## 2.6 商品房预售专款专用规定

《城市房地产管理法》第45条第3款规定：商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设。《城市商品房预售管理办法》第11条规定：商品房预售款监管的具体办法，由房地产管理部门制定。也就是说在工程竣工前，预售款必须用于相应楼盘的工程建设。

# II. 商品房预售许可的法律性质

上述商品房预售许可规定作为中国商品房预售制度的重要一环，对于开发商和承购人具有举足轻重的意义。为了准确理解商品房预售许可规定相关法规，笔者将在下文具体分析其法律性质和意义。根据《城市房地产管理法》第45条第1款、《城市商品房预售管理办法》第6条规定可知开发商未取得《商品房预售许可证》的，不得进行商品房预售。而根据《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2条开发商在起诉前未取得商品房预售

许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效。<sup>9)</sup> 最高法院《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2条，应理解为是针对《城市房地产管理法》第45条第1款、《城市商品房预售管理办法》第6条进行的司法解释，因为适用该解释规定可直接导致开发商和承购人之间签订的商品房预售合同无效，因此，以上一系列规定应属于典型的效力性强制性规定。<sup>10)</sup> 进一步说，要求商品房预售许可证的法律规范，与禁止无许可证的商品房预售行为一致，都是行政法上对商品房预售行为有保留的禁止规定。该禁止规定属于《合同法》第52条第5项及《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第14条所称的效力性强制性规定。这里的保留，表现为行政主管部门通过发放许可证来解除禁止。对商品房预售发放许可证行为属于行政法上的权利形成性的具体行政行为。<sup>11)</sup> 而根据《城市房地产管理法》第68条，对开发商违反《城市房地产管理法》第45条第1款的情况下预售商品房的法律后果为由县级以上人民政府房产管理部门责令停止预售活动，没收违法所得，或并处罚款的行为属于典型的行政处罚行为。

### III. 商品房预售许可对商品房预售合同效力的影响

从上述法规可知，开发商是否取得商品房预售许可，何时取得商品房预售许可，商品房建设程度以及已经取得的商品预售许可的存续状态都会对开发商与商品房承购人之间订立的商品房预售合同效力产生不同的影响。那么具体是什么影响呢？笔者将在下文区分不同情形以案例的形式详细论述。

9) 中国最高人民法院：《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》（2003.6.1日施行）第2条。

10) 中国最高人民法院：《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（2009.5.13. 施行）第14条。全国人民代表大会：《中华人民共和国合同法》（1999.10.1施行）第52条。

11) Gebote, etwas zu unterlassen, sind gleichbedeutend mit Verboten (etwas zu tun). Vgl. Sehe Joern Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., K?ln: Carl Heymanns, 2005, S.387.

## 1. 承购人起诉开发商要求确认商品房预售合同无效

### 1.1 案件主要事实

2016年6月初，原告赵某与被告大厂华夏幸福基业房地产开发有限公司（以下简称华夏公司）销售人员以微信方式联系购房事宜。2016年9月30日，原告向被告支付942986元，用于购买被告开发的河北大厂孔雀城十里澜湾房屋。房贷870000元，车位贷500000元。被告向原告出具收款收据三张。另外，原告于2016年10月8日通过微信聊天方式与被告公司销售人员就所购房屋装修款、何时签订商品房预售合同、被告是否取得商品房预售许可证明等事宜进行过沟通。截止原告起诉时（2017年3月16日），被告尚未取得标的楼盘的房屋预售许可证明。原告起诉至法院的诉讼请求有如下三项：①确认原、被告之间的商品房预售合同无效；②返还已付购房款942986元及利息；③赔偿相当于已付购房款一倍的经济损失人民币942986元。

### 1.2 一审判决（2017冀1028民初658号）

一审法院认为，通过原告与被告销售人员微信聊天记录可以表明，原、被告双方已就房屋的项目名称、房号、面积、价格、付款方式、装修等进行了约定，并在达成一致意见后，原告向被告支付了包括房屋首付款、部分车位费用及精装修费用，共计942986元，被告向原告出具收款收据，由此可认定原、被告双方已经形成商品房买卖合同关系；被告向原告出具的收款收据载明所售商品房项目名称、房号、金额等内容，并经原、被告签字盖章确认，具备商品房预售合同的主要内容，故对被告主张原告所交的只是认购款，其与原告之间没有签订商品房预售合同的抗辩理由，一审法院不予采信。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2条“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。”的规定，在原告起诉前，被告并未取得商品房预售许可证明，故对原告主张确认原、被告之间的



商品房预售合同无效的诉讼请求，一审法院予以支持。根据《中华人民共和国合同法》第58条“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。”的规定，因被告在原告起诉前尚未取得商品房预售许可证明，对于合同无效存在过错，故原告请求被告返还已付购房款942986元及利息的诉讼请求，于法有据，一审法院予以支持。对于原告依据《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9条第1款第1项“出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、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：（一）故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；……”的规定，主张赔偿原告相当于已付购房款一倍的经济损失人民币942986元的诉讼请求。一审法院认为，《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》第九条的规定主要是为了制裁、遏制出卖人的欺诈行为，对其加以惩罚性赔偿责任。而存在“故意隐瞒”行为是承担惩罚性赔偿责任的前提，本案中，从2016年10月8日以后原告与被告销售人员的多次微信聊天记录可以反映出原告对于购买被告所售房屋表现是比较积极的，且对被告没有取得商品房预售许可证明是知情的，故对原告此项诉讼请求，一审法院不予支持。

### 1.3 二审判决（2017冀10民终3455号）

二审法院认为，赵某通过中介销售购买华夏公司开发的商品房，双方未签订书面的商品房买卖合同，赵某与中介销售的微信聊天记录以及华夏公司出具的收款凭证对房屋的部分基本状况、交付使用条件、付款时间、面积差异处理、违约责任等《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未作约定，微信聊天记录亦显示双方还需签订商品房预售合同，故赵某与华夏公司之间成立的是商品房认购合同，而非商品房预售合同。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2条的规定，商品房预售

许可证系商品房预售合同有效的条件而非认购合同的有效条件，华夏公司是否取得商品房预售许可证不影响认购合同效力的认定。华夏公司与赵某之间的商品房认购合同合法有效。赵某所提其与华夏公司的商品房预售合同无效及一倍已付房款经济赔偿的主张不能成立，二审法院不予支持。因双方未约定签订商品房预售合同的时间，至一审起诉时，华夏公司尚未取得商品房预售许可证，不具备订立商品房预售合同的条件，赵某要求华夏公司退还已付款项并支付利息，二审法院予以支持。

#### 1.4 案例评析

尽管一审和二审的判决都支持了赵某的第二项诉讼请求即返还已付购房款942986元及利息，并驳回了赵某的第三项诉讼请求（赔偿相当于已付购房款一倍的经济损失人民币942986元）。但两份判决所适用的基础法律规范和事实要件归入的逻辑却是截然不同的。一审法院认为因为承购人赵某与开发商华夏公司之间就房屋买卖事宜存在完整的要约与承诺，双方已经形成商品房买卖合同关系。但依据《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2条认定双方签订的商品房买卖合同无效。又因为华夏公司起诉前未能取得商品房预售许可证明，对于合同无效存在过错，故而支持了原告要求被告返还已付购房款本金及利息的诉讼请求。而二审法院认为因为赵某与华夏公司之间的合同文件未展现《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，赵某与华夏公司之间成立的是商品房认购合同，而非商品房预售合同。从裁判文书要件归入的逻辑上看，在双方并不存在商品房预售合同关系的情况下，商品房预售合同是否有效则不能够再成为案件争议的焦点了。那么二审法院判决支持赵某的第二项诉讼请求，判令华夏公司返还赵某已付购房款942986元及利息的法律依据是什么呢？二审法院提示的理由仅仅是双方未约定签订商品房预售合同的时间，至一审起诉时，华夏公司尚未取得商品房预售许可证，不具备订立商品房预售合同的条件。就适用的实体法规定并未做明确说明。笔者认为，二审判决虽未明示所适用的具体法律规范，但与前述要件事实能够一一对应并进行要件归入的基础规范应该是《合同法》第94条第4项

当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的，（另一方）当事人可以解除合同。<sup>12)</sup>商品房认购合同存在的意义应当是确保日后具备条件时签订商品房预售合同或商品房买卖合同。就商品房认购合同而言，承购人的合同义务是按时足额支付认购款，而开发商的合同义务是履行签订商品房预售合同义务，为日后签订合同创造条件。在承购人赵某尚未提起诉讼之时，因为开发商华夏公司仍具有日后取得商品房预售证并与赵某签订商品房预售合同，或在项目完工之时，与赵某签订商品房买卖合同的可能性。然而赵某提起诉讼的事实，致使《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2条所规定的起诉时未取得商品房预售许可证明的法规行为模式要件得以实现，进而得出负面的法律后果，就是即使双方当庭签订了商品房预售合同，该合同也应当认定无效。因此，便可以顺理成章地将要件事实归入《合同法》第94条认定当事人一方存在违约行为致使合同目的不能实现，而判令解除商品房认购合同。<sup>13)</sup>

也就是说承购人以开发商未取得商品房预售许可证明为由，起诉开发商要求确认商品房预售合同无效的情形，在中国现阶段的司法实践中，通行的裁判方法是认定合同无效或解除。如果法院认定的要件事实中，承购人与开发商之间的商品房预售合同成立，双方之间存在商品房买卖合同关系，但截止承购人起诉前，开发商仍未取得商品房预售许可证明的，则依据《合同法》第52条和《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2条认定商品房预售合同无效。如果法院认定的要件事实中，承购人与开发商之间的商品房预售合同因为未能满足《商品房销售管理办法》第16条规定的商品房买卖合同构成要件，导致合同未能成立，双方之间不存在商品房买卖合同关系，截止承购人起诉前，开发商仍未取得商品房预售许可证明的，则法院可以依据《合同法》第94条和《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2条判令解除商品房预售合同。以上两种情形虽然存在要件事实上的差异，但就结果而言可谓殊途同归。

12) 中国人民代表大会：《中华人民共和国合同法》（1999.10.1施行）第94条。

13) 邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社，2010年出版，第150-152页。

## 2. 开发商起诉承购人要求确认商品房预售合同无效

### 2.1 案件主要事实

2016年4月25日，原告闻天公司与被告李某签订《紫杉庄园内部认购合同》一份，由被告李某认购原告闻天公司开发建设的位于西安市长安区的紫杉庄园项目商品房，合同下方加盖有原告闻天公司的公章，并有被告李某签名。合同签订当日，被告李某即向原告闻天公司缴纳了1204000元购房款，原告闻天公司向被告李某出具收据。2016年8月3日，西安市长安区住房保障和房屋管理局对涉案项目进行检查，发现该项目未办理销售手续，涉嫌无证销售，遂于同年8月9日作出处理决定，责令原告闻天公司停止一切销售行为及和房屋销售相关的广告宣传活；立即进行企业经营整改，并对违规销售的房屋逐一清退；尽快办理相关审批手续。后，原告闻天公司仍以各种理由未办理商品房预售许可证。2018年2月12日，因为房价大幅上涨（由8000元/平米涨至24000元/平米），原告闻天公司以涉案房屋未取得商品房预售许可证为由将被告李某起诉至法院，请求法院确认双方签订的《紫杉庄园内部认购合同》无效。被告李某认可本案双方当事人所签订的《紫杉庄园内部认购合同》系事实上的房屋买卖合同。庭审中，法院向被告方释明合同无效之后果，被告方则坚持合同有效，要求原告交房。

### 2.2 一审判决（2018陕0116民初2519号）

一审法院认为，依法成立的合同，受法律保护。《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，但在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。”第5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，该协议应当认定为商品房买卖合同”。本案争议焦点应为原、被告双方所签订的《紫杉庄园内部认购合同》的性质。如涉案合同系商品房预售合同，则应适用《最高人民法院关于审理商品房买

合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条之规定确认该合同为无效合同，如涉案合同非商品房预售合同，则反之。本案中，原、被告双方签订的《紫杉庄园内部认购合同》中约定了双方的名称、住所、房屋的基本情况、单价、总价款、付款方式、付款时间，未对交付使用条件及日期等项目予以约定，现原告认为在签订合同当时已经告知被告，被告在庭审中亦认可该合同系事实上的商品房买卖合同，因此，法院认为涉案合同应为商品房买卖合同。因原告闻天公司在本案起诉前仍未取得商品房预售许可证，故原、被告双方签订的该合同应为无效合同。

### 2.3 案例评析

本案于2018年6月8日宣判后，李某不服遂提起上诉。截止笔者发文之日本案二审还在审理过程中，尚未宣判。本案与前述赵某诉华夏公司案例相比最大的差别是开发商闻天公司作为过错方，因为签约后房价大幅上涨，为了追求利益的最大化，试图利用依据《合同法》第52条和《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2条认定商品房预售合同无效。尽管开发商闻天公司违背诚实信用原则恶意毁约的行为，看上去有失公允。但因为本案的要件事实与原告闻天公司的权利请求基础规范构成要件高度匹配，<sup>14)</sup>法院遂支持了原告的诉讼请求。笔者认为本案比前一个案例更具有代表性主要是因为这个案例集中展现了崇尚“恶法亦法”，强调法的稳定性优先的实证法学思想与崇尚“恶法非法”，强调法的实体正义优先的自然法学思想在中国现代审判实务中的一次碰撞。而焦点正是《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2条应该如何适用的问题，该条款全文为“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，但在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。”对该条款进行单纯的文理解释便可知，本条款并未明确规定拥有诉权的主体为买受人而不包括出卖人。因此尽管在司法实践中，开发商冒着损害赔偿的风险起诉承购人要求认定商品房预售合同的

14) 邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社，2010年出版，第92-108页。

案例极其罕见，但不能排斥此种情形适用该条款。但该解释第2条作为与《中华人民共和国城市房地产管理法》第45条第1款及《城市商品房预售管理办法》第6条相匹配的司法解释，其立法目的应与《中华人民共和国城市房地产管理法》第1条一致，应为“加强对城市房地产的管理，维护房地产市场秩序，保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展。”那么很显然前述2018陕0116民初2519号判决与《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》的立法目的相违背，不仅不能保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展，还会适得其反，纵容开发商故意失信扰乱商品房预售市场的行为。

《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》于2003年3月24日由最高人民法院审判委员会第1267次会议通过。2003年6月1日起开始施行。很显然15年前的最高人民法院审判委员会并未能预见到15年后会出现因为房价飙涨而导致开发商为了达到合法毁约的目的主动起诉承购人要求依据解释第2条确认商品房预售合同无效的情形。因此，笔者建议依据“保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展”的立法目的将解释第2条前半句修改为“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立商品房预售合同后，买受人提起确权诉讼的，应当认定合同无效。”这样本条款在保障承购人合同利益的同时又能更好地实现其立法目的，这与现在的中国商品房预售市场环境更为匹配。

### 3. 商品房竣工后起诉开发商要求确认商品房预售合同无效

开发商虽未办理商品预售许可证，但在一方当事人提起诉讼之时或在诉讼的过程中，已经竣工成为现房时，如果按无效来处理，则开发企业获得了建设融资而无须承担房屋交付义务，显然与前述立法目的不符。在开发商诉杨某房屋买卖合同纠纷一案中，涉案商品房预售合同签订时，该房屋所在建筑物已经完工，且开发商在一审法院审理涉案纠纷之前已办理了涉案房屋的房地产证。广州市中级人民法院（2013）穗中法民五终字第2696号民事判决书认为，涉案房屋已属于现房销售，故原审原告（二审上诉人）开发商以涉案房屋所在楼盘未取得预售许可证为由，认为涉案商品房预售合同无效的上诉理由不能成立。法院审理过程中，虽涉及对违反效

力性强制性规定合同在履行过程中的结果考量，但其所秉承的保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展的思想并未改变，值得提倡。<sup>15)</sup>

#### 4. 商品房预售许可被撤销、确认无效、认定违法后商品房预售合同效力

开发商在与承购人签订商品房预售合同之时，虽已取得商品房预售许可证，但后来因为商品房预售许可证相关的具体行政行为不符合《城市商品房预售管理办法》第5条规定，<sup>16)</sup>被撤销、确认无效或认定违法。此时，先前签订的商品房预售合同效力如何便会成为开发商与承购人之间的争议焦点。根据《合同法》第56条规定无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。笔者认为该原理普遍适用于行政法领域，也就是说商品房预售许可被撤销或认定无效的，该具体行政行为自始没有法律约束力。承购人依据《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2条起诉要求确认先前签订的商品房预售合同无效的，应予支持。但如果仅仅是认定商品房预售许可这个具体行政行为为违法但不撤销也不认定无效的，应认定商品房预售合同继续有效。如果利害关系人因为行政机关违规审批商品房预售证而遭受损失，则应依据行政赔偿程序进行救济。

## IV. 结论

在上文中，笔者介绍了中国商品房预售制度的历史渊源及制度概况，提到中国现行的商品房预售制度主要包含六个规则，即商品房预售归口管理规定，商品房预售许可规定，商品房预售法规、合同范本公示规定，商品房预售合同登记备案规定，预售商品房权属登记规定，商品房预售专款专用规定等。进而由面到点地分析了商品房预售制度的重要一环商品房预售许可规定的法律性质，并通过

15) 耿林：“论商品房预售合同的效力”，《法学家》2017年版，第123页。

16) 《城市商品房预售管理办法》第五条 商品房预售应当符合下列条件：（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（二）持有建设工程规划许可证和施工许可证；（三）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期。

最新案例阐述了无论是非过错方房屋承购人还是过错方房地产开发企业依据《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2条规定，以出卖人未取得商品房预售许可证明为由，提起诉讼要求认定商品房预售合同无效的，中国法院均予以支持的现状。但考虑到《中华人民共和国城市房地产管理法》的立法目的为“加强对城市房地产的管理，维护房地产市场秩序，保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展。”而《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》作为《中华人民共和国城市房地产管理法》的司法解释，不应与法律的立法目的相违背。《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》于2003年3月24日由最高人民法院审判委员会第1267次会议通过，2003年6月1日起开始施行。很显然15年前的最高人民法院审判委员会并未能预见到15年后会出现因为房价飙涨而导致开发商为了达到合法毁约的目的主动起诉承购人要求依据解释第2条确认商品房预售合同无效的情形。因此，笔者建议依据“保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展”的立法目的将解释第2条前半句修改为“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立商品房预售合同后，买受人提起确权诉讼的，应当认定合同无效。”这样本条款在保障承购人合同利益的同时又能更好地实现其立法目的，这与现在的中国商品房预售市场环境更为匹配。

## 参考文献

- 雷兴虎、蔡科云：“中国商品房预售制度的存与废”，载《法学评论》2008年第1期  
王超、芦静：“浅论我国商品房预售制度之完善”，载《时代金融》2011年第7期  
耿林：“论商品房预售合同的效力”，载《法学家》，2017年出版  
肖璐：“论商品房预售合同备案制度”，载《中财法律评论》，2014年出版  
王利明：《我国民法典重大疑难问题之研究》，法律出版社2005年版  
陈甦：“司法解释的建构理念分析”，《法学研究》2012年第2期
- 邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社，2010年出版



王利明：《民法》，中国人民大学出版社，2005年版

王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，人民法院出版社，2007年版

Sehe Joem Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Köln: Carl Heymanns, 2005.

[Abstract]

## How does Commodity Houses Advance Sale Permit Affect the Validity of Commodity Houses Advance Sale Contract (Chinese Law)

Jin, Shi-Sheng

*Jingsh Law Firm of China, partnelawyer*

The “Urban real estate administration law of the people’s republic of China” was promulgated on July 5, 1994. It marks the formal establishment of China’s Commodity houses advance sale system on the legal level. Since then, the advance sale of Commodity houses has been opened nationwide. From July 1994 to May 2017, China’s real estate advance sale market has experienced the most prosperous 23 years. As an important part of China’s Commodity houses advance sale system, the Commodity houses advance sale licensing regulations solve the problem of unbalanced supply and demand in China’s real estate market to a certain extent, and ensuring the stability of Commodity houses advance sale. “Interpretation of the supreme people’s court on the relevant issues concerning the application of law for trying cases on dispute over contract for the sale of commodity houses”

was promulgated and entered into force on June 1, 2003. Article 2 of this judicial Interpretation provides that “A contract for advance sale of commodity houses which is concluded between a seller who has not obtained the certificate on permit of advance sale of commodity houses and a buyer shall be ascertained to be invalid, however, if the seller has obtained the certificate on permit of advance sale of commodity houses before litigation, the contract may be ascertained to be valid.” Chinese court cases in recent years show that, whether it is a non-fault party (buyer) or a fault party(real estate development enterprise) to file a lawsuit for determining that the contract for advance sale of commodity houses is invalid, Therefore, this paper will focus on how China’s commodity houses advance sale permit regulations affect the validity of commodity houses advance sale contract, and put forward suggestions for improvement.

**Key words** : commodity houses advance sale system, commodity houses advance sale permit, validity of advance sale contract, invalid lawsuit