

# 行政许可与合同效力

## ——以商品房预售为对象的分析

常鹏翱

**摘要** 以商品房预售为分析对象,可以看出行政许可对合同效力的影响。预售许可的作用在于引发后续的预售合同网签备案等管制机制,它决定了预售合同能否适当履行。预售许可可能有效遏制违规预售,无须否定预售合同效力。预售许可旨在控制预售合同的履行,预售合同的效力不是其管制目标。预售会转化为现售,预售许可的申请由出卖人决定等要素综合在一起,使预售许可无法影响预售合同的效力。与预售许可同类的许可不能影响合同效力。

**关键词** 商品房预售;行政许可;管制机制;合同效力;公私法衔接;《民法典》

**中图分类号** D913 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2020)04-0116-08

**基金项目** 国家社会科学基金重大项目(18ZDA141)

根据《行政许可法》第 2 条,行政许可是行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。《城市房地产管理法》第 45 条第 1 款第 4 项规定的商品房预售许可(以下简称“预售许可”)是房屋行政主管部门根据房地产开发企业的申请,经依法审查,准予其预售商品房的行为,属于典型的行政许可。

预售许可捆绑了对商品房预售(以下简称“预售”)的禁止,其看上去与预售合同关系紧密,但预售许可的公法规范(《城市房地产管理法》第 45 条第 1 款第 4 项、《城市房地产开发经营管理条例》第 22 条第 4 项、建设部《城市商品房预售管理办法》第 6 条、建设部《商品房销售管理办法》第 6 条)并未规定预售许可对预售合同有何直接影响。《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“商品房买卖合同司法解释”)第 2 条填补了这个空白,它规定出卖人如果未取得预售许可证明,与买受人订立的商品房预售合同应当认定无效,但是在起诉前取得预售许可证明的,可以认定有效<sup>①</sup>。不过,正如下文所见,不少法院在审理个案时未适用该规定,致使预售许可证明在许多情形下都不能影响预售合同的效力,而在民法理论界看来,预售许可与预售合同效力脱钩,才是正解<sup>[1]</sup>(P55-63)<sup>[2]</sup>(P123-133)。

商品房预售是我国房产交易的重要形态,预售许可究竟应否影响预售合同的效力,事关万千买受人的切身利益,兹事重大,无疑应予探讨。而且,由于预售许可是典型的行政许可,它切入的是商品房交易领域,与预售合同的效力直接相关。在此背景下,深入探讨它与预售合同效力的关系,在很大程度上能代表行政许可与合同效力关系,所论所得具有一般性。

<sup>①</sup> 最高人民法院对该条的适用可参见最高人民法院(2013)民申字第 842 号民事裁定书、最高人民法院(2016)最高法民申 551 号民事裁定书和最高人民法院(2016)最高法民再 3 号民事判决书。

## 一、厘清行政许可与合同效力关系的现实困境

《行政许可法》第 2 条并未揭示行政许可的本质,只是描述了行政许可事实形成的基本过程:申请—审查—准予<sup>[3]</sup>(P25)。这种界定下的行政许可的内涵和外延很宽泛,它既包括私法形成的行政处分,即用以设立、变更或废弃私法法律关系的行政行为,也称为认可;它还包括许可,即行政机关就个别事件,废弃原有的法律上“禁止”,容许相对人从事特定行为的形成处分<sup>[4]</sup>(P335-336,341-343)。

《民法典》第 502 条第 2 款、《合同法》第 44 条第 2 款规定的影响合同生效的“批准”,属于典型的私法形成的行政处分,它直接决定合同的效力——未经批准的合同未生效。与此不同,诸如预售许可、《城乡规划法》第 40 条规定的建筑工程规划许可,未直接影响私法法律关系,而是松绑了预售、建造房屋的禁止,应属于前述的许可。与预售许可一样,《城乡规划法》也未规定建筑工程规划许可对以建筑物为标的物的合同效力的影响,《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条提供了补充,它规定出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋,与承租人订立的租赁合同无效,但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的,法院应当认定有效<sup>①</sup>[5](P82-85)。以前述的司法解释规定为依据,在我国,无论是私法形成的行政处分还是许可,都会影响合同效力。

需要强调的是,德国行政法知识传统之所以区分私法形成的行政处分和许可,重要原因之一在于,没有前者的行为不发生私法上的效力,原则上也不发生行政制裁,而缺失后者的行为违反了法律禁止,可能发生行政制裁,但不影响行为的私法效力<sup>[4]</sup>(P343)。照此来看,前述的司法解释规定不仅在我国存在重大的理解分歧,还与对我们影响甚远的德国行政法知识传统有根本差异。

建筑工程规划许可事关建设行为的合法性,与此直接相关的问题是:违法建设行为所建成的违法建筑,在私法上无或有何应受保护的利益。至于以违法建筑为标的物的租赁合同、买卖合同等合同效力,是间接相关的私法问题。要想把这些间接相关的问题讨论清楚,非本文篇幅所能承受,容另撰专文探讨。为了凝聚主题,本文将以商品房预售为对象,分析许可能否影响合同效力。

必须强调的是,预售许可所代表的行政许可属于德国行政法知识传统中的许可,与私法形成的行政处分无关。还要说明的是,预售许可的公法规范只涉及预售条件,至于它与预售合同效力之间有无关联或有何关联,完全源自解释者的不同理解。本文的结论与前述民法学理的见解相同,但展开的思路不同,本文将着眼于预售许可的行政管制特质,分析它为何不应影响合同效力。

## 二、以许可的管制作用为标准的分析

行政许可是国家对市场和社会进行管制的重要手段,发挥着重要的管制作用。作为行政许可的一种,预售许可是管制预售的重要手段,对预售发挥着重要的管制作用。

根据《城市商品房预售管理办法》第 2 条、《商品房销售管理办法》第 3 条第 3 款,预售是以正在建设中的商品房为标的物的买卖行为。由于标的物是将来才能建成的商品房,预售是典型的将来物买卖。商品房能否如期建成,买受人能否如愿实现买卖目的,是高度不确定的,故对买受人而言,预售是高风险的交易。既然有这样的缺陷,为何要有预售并通过法律赋予其正统地位,原因无他,是巨大的市场需求决定了预售的正当性。具体而言,自我国住房商品化改革开始,房地产开发企业成为商品房的主要供给方,而房地产开发从立项、拿地、开发到建成的周期长、资金大,若作为出卖人的房地产开发企业只有在房屋建成后才能投放市场销售,不仅资金压力很大,还会影响开发建设的进度,造成能上市销售的房屋数量有限,买受人无法提前安排购房计划和资金;反之,通过预售,出卖人能提前回笼资金,缓解资金压力,更迅速地向市场提供商品房,买受人也能提前安排购房事宜。正因此,尽管预售的交易风险很

① 不过,这在司法实务界并未成为共识,如有观点认为建筑工程规划许可证不影响建筑物租赁合同的效力。

大,但市场需求又使它成为必需。

面对预售带来的交易风险,政府显然不能无动于衷,必须采用积极的应对策略进行干预,预售管制由此产生。《城市房地产管理法》第45条提供的管制机制包括预售许可、预售合同的登记备案和预售款专用于工程建设,它们在实践发展中逐步丰富,形成了由预售许可、购房资格审核和房源信息核验、预售合同网签备案、预售资金监管等机制组成的预售管制体系,住房和城乡建设部《房屋交易与产权管理工作导则》第1.3条第2项对此有明文规定。这些管制机制塑造出公开透明的交易流程,消弭了买受人的信息弱势地位,使其能获得标的物能否预售等信息,以决定是否和如何进行交易,并通过资金监管来使预售款专款专用等机制,抵御了买受人先付款的交易风险,以确保其能如约实现交易目的。

在这些管制机制中,与本文主题紧密相关的是预售许可和预售合同网签备案,二者在实践中环环相扣。根据住房和城乡建设部《房屋交易合同网签备案业务规范(试行)》第5条第2项,没有预售许可证明就不能办理预售合同的网签备案。根据住房和城乡建设部《关于进一步规范和加强房屋网签备案工作的指导意见》,网签备案的预售合同是当事人办理银行贷款、住房公积金提取、涉税业务等的依据。也就是说,预售合同未网签备案,买受人就无法办理贷款及提取公积金,出卖人也无法回笼资金。此外,根据国土资源部《不动产登记暂行条例实施细则》第38条第2款、第86条,买受人意欲通过转移登记取得房屋所有权,或办理预告登记,网签备案的预售合同是不可或缺的材料。这意味着,预售合同未网签备案,买受人既无法取得房屋所有权,也无法受预告登记的保护。

由此可见,预售许可是预售管制的第一步,是预售合同网签备案的前提,而网签备案是预售合同实际履行的必备,预售许可因此对预售合同目的的实现起着决定作用。反言之,没有预售许可,预售合同不能网签备案,买受人无法办理借款和提取公积金,无法向出卖人支付价款,出卖人不能提前获得资金,预售就失去其意义,而买受人也不能通过预告登记来保障债权,不能通过转移登记取得房屋所有权。

显然,预售合同从签订到履行的全生命周期都受到管制,且管制通道是唯一的、连贯的,没有预售许可,即便当事人签订了预售合同,也无法实际履行。可以说,预售管制是官方的预售机制,它虽然未限制意思自治,是否签订以及签订什么内容的预售合同取决于当事人,但要想实现合同目的,就必须把预售合同纳入管制。正是通过管制,保护买受人利益的预售秩序得以确立。

正如前述,预售许可的公法规范并未涉及预售合同的效力评价,该评价任务需要由私法来完成,而该任务是由公法规范引起的,私法只起到配合和衔接作用,以确保法律评价无矛盾、法秩序一致。在公法管制自身能完全消除交易行为副作用的情况下,私法当然无需对行为效力进行消极评价。从预售许可的管制作用来看,其直接影响的是预售合同能否网签备案。没有预售许可,即便有效的预售合同能使预售落地生根,也无法实现目的,预售行为因此无法开花结果。而且,在没有预售许可情况下签订预售合同的,根据《城市房地产管理法》第68条,主管部门要责令出卖人停止预售活动,没收违法所得,且可以并处罚款。这些机制叠加起来,结果使未取得预售许可证明的出卖人在预售中颗粒无收,买受人最终也无法取得房屋所有权。这一两败俱伤的结果足以达到预售许可的管制目的,若还要让私法配合来否定预售合同的效力,则力度过猛,有违比例原则,实无必要。

易言之,对于违背预售许可的公法规范的行为,该规范的法律效果足以实现管制目的。放在私法框架内衡量,这样的规范并非效力强制性规范,不会导致预售合同产生效力瑕疵。与此道理相似,最高人民法院也有法官指出,预售许可证是行政管理手段,没有预售许可证,出卖人应当受到行政处罚,但不影响民事合同效力<sup>[6]</sup>(P637)。这实际意味着,只要主管部门按照预售许可的公法规范严格执法,就能实现监管目的,至于预售合同是否无效,对监管目的的实现并无助力。

进一步分析,预售许可只是预售管制的开端,管制的核心机制是预售合同的网签备案。网签备案实际运作如何,直接影响着管制所欲确立的秩序能否实现。基于“举轻以明重”的道理,根据“商品房买卖

合同司法解释”第 2 条,管制作用相对较小的预售许可尚且能影响预售合同的效力,管制作用更大的网签备案更应影响预售合同的效力。但该司法解释显然没有准确认识到这一点,其第 6 条反而规定,只要当事人未特别约定,是否网签备案不影响预售合同的法律效力。反差如此大的原因是,网签备案通常被认为是行政管理措施,不是确认预售合同效力的必要条件,而预售许可被认为能影响预售合同效力<sup>[7]</sup>(P3)。在预售许可和网签备案同属预售管制机制、且后者的管制作用比前者更大的现实面前,该理由显然无法成立。既然如此,在“商品房买卖合同司法解释”第 6 条具有正当性的前提下<sup>[8]</sup>(P56-67),预售许可也不应对预售合同的法律效力产生影响,“商品房买卖合同司法解释”第 2 条的正当性因此存疑。

概括而言,预售许可是预售管制的一个环节,其作用在于引发后续的管制机制。没有预售许可,就没有后续的管制,预售合同也就不能通过适当履行来实现目的,同时还会导致行政处罚。这样的管制作用能有效遏制违规预售行为,无须私法介入进行配合。故而,预售合同并不因没有预售许可证明而无效。

### 三、以许可的靶向目标为标准的分析

借用医学上靶向治疗的称谓,所谓靶向目标,是指许可发挥管制作用的着力点和目的区。预售许可管制的是预售,在私法层面上,预售分为预售合同的成立、生效和履行。预售管制的规范和实践表明,预售许可的靶向目标是预售合同的履行,预售合同不会因欠缺预售许可证明而产生效力瑕疵。

《城市房地产管理法》第 45 条第 1 款和《城市房地产开发经营管理条例》第 22 条把取得预售许可证明作为预售的条件之一,与此并列的还有三个条件:(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;(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 25% 以上,并已经确定施工进度和竣工交付日期。根据《城市商品房预售管理办法》第 7 条,这三个条件是预售许可的实质要件,没有它们就不可能取得预售许可证明,而它们都与预售合同的实际履行有关,以确保作为预售标的物的正在建设的商品房不是“水中月、镜中花”。

具体说来,出卖人取得土地使用权证书,说明其取得了建设用地使用权,正在建设的商品房的基础权利并非空穴来风;出卖人持有建设工程规划许可证,说明其建设行为符合规划要求,建筑物并非违法建筑;投资比例达标,施工进度和竣工交付日期确定,说明标的物正在建设,成型时间明确可待。根据《不动产登记暂行条例实施细则》第 35 条,土地使用权证书和建设工程规划许可证是出卖人在商品房竣工后办理所有权首次登记的必备材料,没有这些材料,出卖人不能登记为所有权人,无法把所有权转移登记给买受人。有关投资比例达标、施工进度和竣工交付日期确定的要求,是针对商品房的建设而有的,它为房屋交付奠定了基础。在这些条件的支撑下,预售许可的靶向目标无疑指向了预售合同的履行。

住房和城乡建设部对预售许可证明的作用界定,能印证前述对预售许可靶向目标的分析。根据《房屋交易合同网签备案业务规范(试行)》第 5 条第 2 项,预售许可的公法规范并未限制交易主体的资格,不是说没有预售许可证明,出卖人就缺乏预售资格,而是说没有预售许可证明,标的物就不具备交易条件,无法办理预售合同网签备案。换言之,预售许可证明与出卖人的交易能力或预售资质无关。因此,不宜从行为能力的角度入手,把没有取得预售许可证明的出卖人当作非完全行为能力人,从而把预售合同的效力评价为效力待定;也不宜从强制规范的角度入手,认为没有预售许可证明的预售合同违背了主体资质规定,从而以违背效力性强制规范为由把预售合同界定为无效合同。法律允许预售,正在建设的商品房是流通物,这一确定性与有无预售许可无关,预售许可的公法规范只是限定了预售合同实际履行的轨道。正如前文所述,没有预售许可,预售合同不能网签备案,进而不能完成后续的履行,最终购房人无法通过登记取得房屋所有权。

再与商品房现售备案进行对比,也能印证前述见解。根据《商品房销售管理办法》第 3 条第 2 款、第 7 条和第 8 条,现售是以竣工验收合格的商品房为标的物的买卖行为,其要具备以下主要条件,并提交相应证明文件给主管部门备案:(1) 土地使用权证书或者使用土地的批准文件;(2) 建设工程规划许

可证和施工许可证;(3)通过竣工验收;(4)拆迁安置已经落实;(5)供水、供电、供热、燃气、通信等配套设施具备交付使用条件,其他配套设施和公共设施具备交付使用条件或者已确定施工进度和交付日期;(6)物业管理方案已经落实。与预售许可相比,现售备案虽然不是许可,主管部门没有审查的职责,但其功能与预售许可完全一样。从条件要求来看,现售备案旨在实现买卖合同的目的,使买受人能如约依法取得房屋所有权和占有使用房屋;从管制作用来看,根据《房屋交易合同网签备案业务规范(试行)》第5条第2项,现售备案是商品房现售合同网签备案的前提。无论在规范性法律文件,还是在司法实践,是否现售备案,并非判断现售合同效力的要件<sup>①</sup>。基于“同等事物同等对待,相似事物相似对待”的道理,与现售备案的靶向目标一样,预售许可也指向合同履行,与合同效力无关。

如果不采用这种理解,把预售合同的效力当作预售许可的靶向目标,进而以没有预售许可来否定预售合同的效力,就存在问题。在实践中存在这种现象:出卖人一直没有取得预售许可证明,但在房屋建成后交付给买受人,且出卖人通过补办相关手续,使买受人通过登记取得了房屋所有权。这正体现了包括预售许可在内的预售管制所欲达到的结果,即确保预售合同适当履行,以实现交易目的。在处理由此产生的纠纷时,严格适用“商品房买卖合同司法解释”第2条,以没有预售许可证明为由认定预售合同无效,除了浪费交易成本,并无任何益处。然而,相关规定摆在面前,法院又不能罔视不顾,于是,我们看到了颇费心思的周折处理方式:鉴于涉案房屋经出卖人补办手续现已属于买受人的合法财产,双方合同的目的已实现,预售合同可作有效处理,自签订之日起即生效<sup>②</sup>。把无效合同作有效处理,与无效合同是确定无效的法理明显相悖,但为了追求个案实质正义,法院不得不违法操作,这都是“商品房买卖合同司法解释”第2条惹的祸。归根结底,其症结就是错把预售合同的效力当成了预售许可的靶向目标。

此外,预售许可的公法规范针对的是出卖人,要求其必须满足法定条件,以保障预售合同适当履行,保护买受人获得合同履行利益的目的相当明显。若出卖人虽然一直没有取得预售许可证明,但完全具备取得预售许可证明的法定要件,说明具备履行预售合同的基础,实际上达到了预售许可的公法规范的要求。在此基础上,若出卖人还把建成的房屋交付给买受人,说明已经实际履行预售合同,买受人至少获得了取得房屋占有的这一履行利益,这与预售许可的公法规范目的若合符节。对此情形,如果仍认为预售许可的靶向目标是合同效力,并以没有预售许可证明为由确认预售合同无效,显然背离了规范目的,反而对买受人十分不利。这一见解能得到司法实践的支持。对于出卖人没有取得预售许可证明,但取得土地使用权证书和建设用地规划许可证,且房屋已交付买受人使用多年,买受人有继续履行合同的愿望和基础的情形,法院认为:为维护商品房交易秩序的稳定和保护交易现状,预售合同应当认定有效并继续履行。至于“商品房买卖合同司法解释”第2条,其规范的是出卖人在预售阶段的行为,不是为买受人设定的义务,不能据此认定合同无效<sup>③</sup>。需要附带提及的是,在预售管制中,没有预售许可,无法办理预售合同网签备案,也无法办理所有权登记。因此,法院在前述案件中所称的预售合同应继续履行,只能表现为买受人请求出卖人办理预售许可证明、预售合同网签备案和房屋所有权首次登记后,再请求出卖人转移房屋所有权,而无法一步到位直接请求出卖人办理房屋所有权转移登记。

综上所述,预售许可所要求的各种条件均涉及预售合同的履行。预售许可限制了正在建设的商品房交易条件,并未限制出卖人的交易资格,故预售许可的靶向目标是预售合同的履行。像“商品房买卖合同司法解释”第2条那样用预售合同的效力来置换该目标,在虽然没有预售许可证明,但出卖人具备各项实质要件,且买受人已取得房屋所有权或取得房屋占有的情况下,会陷入无法适用的法律困局。

<sup>①</sup> 需要注意的是,建设工程规划许可证是现售备案的条件之一,没有建设工程规划许可证进行建设,会产生违法建筑,同时也不符合现售条件,法院会以标的物不合法为由认定合同无效。参见贵州省贵阳市中级人民法院(2016)黔01民终4405号民事判决书。不过,违法建筑买卖合同是否无效有很大的再议空间,容另撰文予以探讨。

<sup>②</sup> 参见广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民五终字第1235号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见北京市高级人民法院(2014)高民提字第130号民事判决书、北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第04029号民事判决书。

#### 四、以许可的约束要素为标准的分析

任何一种法律制度都有特定的适用范围和运行规律,这是其内在的约束要素。无视这些约束,使法律制度超范围适用,或逆规律运行,必将出现错误。预售许可也不例外,其适用于预售,由出卖人申请,主管部门审核,这是其约束要素。“商品房买卖合同司法解释”第2条是嫁接到预售许可的私法规范,它要具有正当性,就应符合预售许可的约束要素,否则难言合理。

先看适用范围。预售许可适用于预售。预售的标的物是正在建设、尚未竣工的商品房,属于将来物,与此相对,现售的标的物是竣工验收合格的商品房,属于既有物。作为新建商品房销售的两种方式,预售和现售是为了不同管制通道的需要而进行的区分,它们的内涵是刚性的。职是之故,在商品房竣工验收合格后,当事人虽然约定预售合同,但只能作为现售对待<sup>①</sup>,预售许可对此就无适用余地;反之,即便当事人约定为现售,但标的物仍在建设当中,就属于预售,应适用预售许可的公法规范。

虽然预售和现售因标的物不同而有异,分属预售许可和现售备案的管制范围,但它们均是商品房买卖,合同的主给付义务没有任何差异,这是它们的共性所在。而且,预售的标的物终会建成,在其竣工验收合格时,就成为现售的标的物形态,这是以买卖将来物为内容的合同的共同点,即随着时间的推移,将来物终究会成为既有物。就此而言,预售合同无非是现售合同的提前版,或者说,预售合同随着标的物的建成而成为现售合同。这样一来,虽然预售合同签订时没有预售许可证明,但之后房屋建成竣工验收合格,此时预售合同蕴含的现售合同内容成为现实,合同履行没有障碍,无论是房屋交付,还是出卖人在办理现售备案、网签备案、房屋所有权首次登记后向买受人转移所有权,均有可行性,因此不能也无须再用预售许可进行管制<sup>②</sup>。也就是说,虽然预售和现售看上去截然不同,但预售合同具有发展的特性,会因标的物的建设形态改变而凸显现售合同的内容。此时与其说它是预售合同,倒不如归入现售合同,因为其实际已经溢出预售许可的适用范围,不能再适用“商品房买卖合同司法解释”第2条。从理论上讲,商品房建成竣工验收合格之时,预售合同都要蝶变成现售合同,故前述结论具有普遍适用性。

再看运行规律。办理预售许可,只能由出卖人向主管部门提出申请,主管部门不能依职权主动许可。由此可知,预售许可的相对人被限定为出卖人。既然是否申请取决于出卖人,谁都不能替代,那就不可避免会出现出卖人具备取得预售许可证明的实质条件,但不申请预售许可的情形。当买受人已取得房屋所有权或取得房屋占有时,前文已说明预售合同的效力不受影响。在此情形下,出卖人在房屋建成后办理了房屋所有权首次登记,但不履行合同,既不向买受人交付房屋,也不办理房屋所有权转移登记,同样不能影响预售合同的效力<sup>③</sup>。而且,何时申请预售许可,同样完全取决于出卖人的意愿,其可能在签订预售合同之前或之后申请,而主管部门审查核准也需要时间,这就就会使出卖人取得预售许可证明的时间晚于“商品房买卖合同司法解释”第2条规定的“起诉前”。说到底,是否或何时申请预售许可,由出卖人自行决定,买受人没有话语权。在出卖人具备取得预售许可证明的条件,并能实际履行合同时,仅因没有取得预售许可证明就认定预售合同无效,会损害买受人的利益,与预售许可的公法规范目的严重不符。

实践中,在经济动因的刺激下,出卖人在申请预售许可时会提供不合格的材料,主管部门未必能审查出来,从而颁发预售许可证明;或者存在道德风险,比如主管部门寻租,为不符合条件的出卖人颁发预售许可证明。这些情形下的预售许可违法,但买受人对由国家公权力背书的预售许可证明产生的信赖应

<sup>①</sup> 参见重庆市高级人民法院(2015)渝高法民申字第01838号民事裁定书。

<sup>②</sup> 参见北京市高级人民法院(2014)高民申字第04462号民事裁定书、广东省东莞市中级人民法院(2015)东中法民一初字第8号民事判决书。《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》第1条、《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》第6条均规定,出卖人未取得预售许可证明即签订预售合同,在一审法庭辩论终结前房屋竣工验收合格的,可以认定为商品房现售,当事人以出卖人未取得预售许可证明为由主张合同无效的,不予支持。

<sup>③</sup> 参见湖北省孝感市中级人民法院(2019)鄂09民终293号民事判决书、湖北省高级人民法院(2019)鄂民申3306号民事裁定书。

受法律保护,结果就是预售合同签订时的预售许可证明事后被撤销,但预售合同的效力不受影响<sup>①</sup>。这实际上表明,即便预售许可违法,不能产生法律效力,出卖人实质上不具备法定的预售条件,预售合同也不会因此无效。其实,从管制作用和靶向目标可知,预售许可只引发后续的预售合同网签备案,在此基础上适用信赖保护原理来保护买受人,结果应是预售许可证明被撤销,不影响预售合同继续网签备案。预售合同的效力与预售许可证明无关,该证明是否被撤销,对预售合同的效力没有任何影响。

还要注意,有些地方的预售许可证明存在有效期,根据《行政许可法》第50和70条,在有效期届满后,出卖人不申请续期则预售许可证明失效,主管部门应予注销。照此看来,预售合同签订时预售许可证明超过有效期的,无异于没有预售许可。不过,出卖人取得预售许可证明,表明其已具备预售条件,这些条件不因该证明超过有效期而灭失,故预售许可证明失效后签订的预售合同仍有效<sup>②[9]</sup>(P121)。

总而言之,由于预售许可是针对预售的管制机制,而预售会发展成现售,一旦如此,即便在预售合同签订时,出卖人没有取得预售许可证明,但因预售已然成为现售,预售许可就无法再用。同时,预售许可的申请由出卖人主导,审核也会出现纰漏,有的还存在有效期,这些因素糅合在一起,也使预售许可不能决定预售合同的效力。

## 五、结语

作为政府管控和调节房地产交易市场的工具,预售许可除了能调控可上市交易的房屋数量和价格<sup>[10]</sup>(P34-37),实现土地资源的合理配置和总量控制,抑制和避免房地产投资过热和过度投机<sup>[11]</sup>(P38),还是政府依法对正在建设的商品房的可买卖性提供的“背书”,以使得预售能顺利开展,更是最大程度减少预售的副作用、增加交易的安全性、使预售合同按照管制轨道履行,进而实现交易目的的助推器。对预售许可的这些功能定位,是我们认识其公法规范目的的出发点,也是我们认识私法如何配合公法管制的出发点。基于这样的出发点,我们知道,从预售许可的管制作用、靶向目标和约束要素来看,它都不应影响预售合同的效力。预售合同不因出卖人没有取得预售许可证明而无效。

由预售许可开启的预售管制建立了官方的交易管道,它不限制意思自治,当事人可以不在该管道内成立和履行合同,但买受人无法通过登记取得房屋所有权。这样一来,在市场就有两种预售模式,一种是按照预售管制进行的交易,另一种则相反。在这种制度竞争中何去何从,由当事人在信息对称的基础上自行选择。根据《城市商品房预售管理办法》第8条第4项和第9条,主管部门要公示预售许可证明,出卖人在预售时也要出示预售许可证明,售楼广告和说明书还应载明该证明的批准文号。因此,买受人完全能了解有无预售许可的信息,其基于急需用房、财力有限等实际情况,选择无预售许可的预售交易,并承担不能通过登记取得房屋所有权的风险。倘若一概认定这种交易无效,会在出卖人取得预售许可证明或办理现售备案后,堵死该交易进入官方通道的“转正”机会。这既不符合当事人的意愿,对买受人不利,也不符合预售管制的目的,还会破坏业已形成的交易秩序,产生新的社会问题。

从司法实践来看,买受人要求出卖人交付房屋或移转房屋所有权,后者以起诉前未取得预售许可证明为由,主张预售合同无效的情形不少,而在这些情形,出卖人往往能实际履行,如具备取得预售许可证明的实质条件、房屋已竣工验收备案或办理了房屋所有权首次登记。法院若径直适用“商品房买卖合同司法解释”第2条,认定预售合同无效,无异于鼓励出卖人的不诚信行为,损害买受人的利益。为了避免出现这种结果,最高人民法院在一起案例中指出,出卖人以自己的违约行为来否定预售合同的效力,违反了《民事诉讼法》第13条关于“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”的规定,故对其申请再审主张(要求认定预售合同无效)不予支持<sup>③</sup>。其实,仔细分析前述的否定预售许可与预售合同关联的法院文书就

① 参见山东省高级人民法院(2016)鲁民终168号民事判决书、最高人民法院(2017)最高法民申57号民事裁定书。

② 参见广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法房终字第1136号民事判决书。

③ 参见最高人民法院(2013)民申字第1012号民事裁定书。

能看出,它们都在努力防止“商品房买卖合同司法解释”第2条成为出卖人规避责任的温床。

在私法形成的行政处分与许可的区分下,预售许可属于后者,即便出卖人未取得预售许可证就签订了预售合同,预售合同也不因此无效,“商品房买卖合同司法解释”第2条应予废止。将本文的分析视角和过程放大,就意味着在判断许可对合同效力有无影响时,必须持非常审慎的态度,必须从许可的公法规范出发,综合考虑其管制作用、靶向目标和约束要素。只有这样,才能真正在公法和私法之间搭建起通行无阻的沟通桥梁。因此,在反例及坚强的反证出现之前,本文谨慎地认为,许可与合同效力无关。

一言以蔽之,作为私法形成的行政处分的行政许可,属于合同的特别生效要件,没有该许可,合同未生效。至于作为许可的行政许可,与合同效力没有关联,没有该许可,合同不因此不生效或无效。

### 参考文献

- [1] 王轶. 论商品房预售许可证明对合同效力的影响. 比较法研究, 2018, (6).
- [2] 耿林. 论商品房预售合同的效力. 法学家, 2017, (1).
- [3] 陈端洪. 行政许可与个人自由. 法学研究, 2004, (5).
- [4] 陈敏. 行政法总论. 台北: 自出版, 2011.
- [5] 张英周. 违章建筑的物权效力——以违章建筑的物权效力对租赁合同影响为视角. 法律适用, 2011, (2).
- [6] 最高人民法院民事审判第二庭. 《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用. 北京: 人民法院出版社, 2019.
- [7] 韩延斌. 《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》的理解与适用. 法律适用, 2003, (6).
- [8] 常鹏翱. 存量房网签的法律效力. 当代法学, 2017, (1).
- [9] 王永起. 关于房地产合同效力认定的若干问题. 山东法官培训学院学报, 2018, (4).
- [10] 任晨莹. 预售许可证管控. 上海房地, 2018, (3).
- [11] 郭锐, 武小平. 论房地产预售方式及其行政许可. 中外房地产导报, 1998, (6).

## Administrative License and Validity of Contracts

### An Analysis of the Presale of Commodity Houses

Chang Pengao (Peking University)

**Abstract** Taking the presale of commodity houses as the object of analysis can enable us to tell whether an administrative license affects the validity of a contract. The role of a presale license is to trigger subsequent regulatory mechanisms, such as signing and recording presale contracts online. The license determines whether presale contracts can be properly performed and illegal presales effectively prevented, without denying the validity of the presale contract. It is designed to control the execution of a presale contract instead of regulating its validity. Comprehensive factors, such as conversion of the presale of houses into the sale of completed houses and application of the presale license by the seller, make the presale license unable to affect the validity of presale contracts. Licenses of the same category as presale licenses would not affect the validity of the contract.

**Key words** presale of commodity houses; administrative license; regulation; validity of the contract; integration of public law and private law; *the Civil Code*

---

■ 收稿日期 2020-02-29

■ 作者简介 常鹏翱, 法学博士, 北京大学法学院教授、博士生导师; 北京 100871。

■ 责任编辑 李 媛