

我国商品房预售合同登记备案制度研究

姜鹏宇^{1,2}

(1. 西安建筑科技大学 管理学院, 陕西 西安 710055; 2. 湖北真武律师事务所, 湖北 襄阳 441100)

摘要:20 世纪 90 年代初我国建立了商品房预售合同登记备案制度,司法界主流观点认为商品房预售合同登记备案不具有物权公示作用,不产生准物权效力。在此观点下,商品房预售合同登记备案制度存在不能保护购房人权益的诸多问题。同时我国还存在商品房预告登记制度,经预告登记的商品房产生准物权的效力,在保护购房人权益方面有明显优势。综合比较商品房预告登记制度与商品房预售合同登记备案制度,发现这两个制度有明显的同质性和相似性。从保护购房人利益的角度考虑及理顺我国商品房预售登记管理法律体系的角度出发,笔者认为商品房预告登记制度应当吸收合并商品房预售合同登记备案制度。

关键词:预告登记;商品房预售合同登记备案;物权;准物权

中图分类号:D923.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-7192(2020)05-0030-09

2019 年 3 月西安市巴黎大厦小区 712 套房屋被温州市中级人民法院查封,业主惊呼不已。该批房屋业主已经入住 5 年,业主和开发商(西安华田实业有限公司)签订有《商品房预售合同》,该合同在房管局进行了登记备案^[1]。该批房屋被温州中级人民法院查封是因为该批房屋的开发商涉及 3 宗民事诉讼并被判决承担相应民事责任,案件在执行阶段温州中级人民法院依法查封了开发商的资产(该批房屋),原因是该批房屋到查封前并未办理房屋过户登记,该批房屋所有权人并不是已经入住的业主,而是开发商。面对法院的查封,该批房屋的业主能否保住已经入住 5 年的房屋,一时舆论哗然。由于该批房屋没有过户,法院的查封自有其法律依据,但也有观点认为该批房屋《商品房预售合同》已经进行了备案登记,该批房屋已经属于业主所有,过户登记只不过是程序而已。那么商品房预售合同登记备案能不能起到准物权的作用,已经进行了登记备案的房屋是否属于业主所有。

商品房期房交易即商品房预售起源于 20 世纪 50 年代的我国香港地区,当时霍英东成立了立信置

业有限公司,开始了期房交易的全新商业模式^{[2]101}。这种商品房预售模式很快成为房地产开发的热点模式,被称为中国人的第五大发明^[3]。20 世纪 90 年代我国进行住房制度改革,逐步取消福利分房,开始住房货币化进程,我国房地产业在改革中逐渐发展壮大^[4]。随着我国房地产业的发展,部分开发商的诚信出现了严重的问题,一房多卖频频发生,严重损害购房人的权益,也造成了相应的社会问题。

为了规范开发商商品房预售行为,1994 年第八届全国人大常委会第八次会议通过了《城市房地产管理法》,该法自 1995 年 1 月 1 日起施行,该法第 44 条第 2 款(《城市房地产管理法》2019 年修订后第 45 条第 2 款)确立了我国商品房预售合同登记备案制度。1994 年 11 月 15 日建设部颁布了《城市商品房预售管理办法》(以下简称《办法》),该《办法》自 1995 年 1 月 1 日起施行,该《办法》第 10 条进一步明确商品房预售合同应在签约后 30 天内由预售人向县级以上人民政府房地产管理部门和土地管理部门进行登记备案。1998 年国务院颁布的《城市房地产开发经营管理条例》第 27 条第 2 款(《城

收稿日期:2020-02-18

作者简介:姜鹏宇(1982-),男,西安建筑科技大学管理学院硕士研究生,湖北真武律师事务所律师,研究方向为工程法学。E-mail: dapingeng15012@126.com

市房地产开发经营管理条例》2019年修订后第26条第2款)对商品房预售合同登记备案的规定类似于《城市商品房预售管理办法》的规定。从以上商品房预售合同登记备案的法律、法规可以看出,我国商品房预售合同登记备案制度已经成为了一个法律、行政法规和部门规章相结合的系统而完整的制度。目前商品房预售合同登记备案由过去的纸质合同备案登记在向网上登记备案发展。2010年国务院印发《关于促进房地产市场健康发展的通知》,要求进一步建立健全新建商品房、存量房交易合同网上备案制度。2018年住房和城乡建设部印发《关于进一步规范和加强房屋网签备案工作的指导意见》(建房〔2018〕128号),要求在全国城市规划区国有土地范围内全面实行房屋交易合同网签备案。目前我国基本上在全国范围内实现了商品房预售合同网上登记备案。

目前司法实务中对商品房预售合同登记备案的性质存在两种观点:第一种观点是备案登记作为商品房预售阶段的唯一登记,应认定为准物权登记,具有排他性;第二种观点是备案登记属于行政管理,该登记不具有准物权的效力^[5]。从裁判文书网公开的裁判文书看到,对商品房预售合同登记备案两种观点的判决都有。第一种观点的理由是在一房多卖的情况下,如果认为多份合同的效力是同样的,那么根本就不需要进行登记备案,已登记备案的合同与未登记备案的合同效力是不一样的,同时只有已经登记备案的商品房预售合同才能办理房屋所有权证,所以未登记备案的商品房预售合同不能对抗已经备案的商品房预售合同^[6]。第二种观点在司法实践中也得到了支持,理由是商品房预售合同登记备案只是行政机关规范商品房预售的行政管理行为,登记备案只表明购房人正在为最终取得物权做准备,是取得物权的参考要素。在司法实践中对商品房预售合同登记备案性质认识的两种观点的判决都存在,最高人民法院的裁判观点是商品房预售合同登记备案作为一种行政管理方式,不是预告登记,不能产生物权效力^[7]。从审判层级及裁判文书的效力来看,最高人民法院的裁判观点有更强的效力和指引作用,也就是说现在司法界主流观点认为商品房预售合同登记备案是一种行政

管理方式,不具有物权公示作用^[8-9]。

由于司法界主流观点认为商品房预售合同登记备案不具有物权公示作用,商品房预售合同经登记备案后不能产生准物权的效力,因此在没有办理商品房过户的情况下商品房预售合同登记备案并不能很好的保护购房人的权益。对我国商品房管理制度进行梳理,我国还存在商品房预告登记制度,经预告登记的商品房产生准物权的效力,在保护购房人权益方面有明显优势,而且商品房预售合同登记备案制度与商品房预告登记制度存在一定的同质性,从保护购房人利益的角度考虑及理顺我国商品房预售登记管理法律体系的角度出发,笔者认为商品房预告登记制度应吸收、合并商品房预售合同登记备案制度。

一、主流观点下商品房预售合同登记备案制度存在的问题

对商品房预售合同登记备案的法律属性以最高人民法院为代表认为登记备案不具有物权公示的作用,不产生准物权的效力。如果商品房预售合同经登记备案后不产生准物权的效力,仅仅就是房屋预售合同的行政管理行为,那么对于普通购房人来说,购买房屋花费巨大,如果购房人在将来不能获得该房屋的所有权,将可能导致购房人无房可居,并产生相应的社会问题。法的价值在于维护社会的公平、正义,对法律的理解及解释更应该考虑到社会的公平、正义。

1. 商品房预售合同登记备案在先者不当然取得房屋所有权

根据《合同法司法解释三》的规定一套房屋存在多份买卖合同的情况下,占有的效力优先于债权效力。司法界主流观点认为商品房预售合同登记备案不产生准物权效力,购房人与开发商之间仍是合同关系,购房人基于预售合同对开发商产生债权。最高人民法院的公报案例表明一房多卖,先合同房屋已交付未进行备案登记,后合同如果进行了备案登记,也不是必然的取得房屋物权,要根据一房多卖的审判规则进行处理^[10]。也就是说,根据一房多卖的裁判规则占有的效力高于债权效力;如果开发商在已登记备案合同之前或之后出售该房屋,

未登记备案的购房人已经支付了购房款且开发商已经交付房屋,那么在现行的司法体系中已进行登记备案的购房人并不能当然取得物权;换言之,合同登记备案并不能保护购房人的权益,购房人在支付购房款并进行登记备案后只能对开发商产生债权,在开发商一房多卖的情况下,登记备案的购房人在取得该房屋所有权的顺位中并不具有优先性。从最高人民法院的裁判观点来看,我国商品房交易中对购房人利益保护存在漏洞。房屋交易属于大额交易,关系到社会的稳定,商品房交易的法律制度设计应当至少给购房人一个没有风险的交易模式和程序。

2. 已登记备案的商品房预售合同不能排除人民法院基于第三人对开发商的裁判文书对该登记备案商品房的强制执行

购房人与开发商签订房屋预售合同,购房人支付购房款,房屋预售合同已登记备案,开发商已经将房屋交付给了购房人或未交付。按照主流观点对商品房预售合同登记备案的认识,房屋的所有权仍然属于开发商所有。如果开发商因其债务被第三人申请人民法院强制执行,开发商名下已经出卖且预售合同已向有权行政机关进行了备案登记的房屋,人民法院能否强制执行该房屋?按照最高人民法院的观点是已经登记备案的预售合同不产生准物权的作用,房屋的所有权并没有转移,人民法院可以对该房屋采取强制执行措施。如果对此类房屋采取强制执行措施,将严重损害购房人的合法权益,违反了法律应有的公平正义。为了保护此类购房人的权益,《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(以下简称“《规定》”)第28、29条采用了德国法上物权期待权理论,对此类购房人权益进行特殊保护,但并不能完全实现对此类购房人权益的保护,如《规定》第28条规定的“合法占有”、第29条规定的“所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋”的条件都限制了《规定》对购房人权益的保护,如房屋还没有交付且购房人还有其他房产的情况下,购房人的权益在此类情况下都无法得到保护。因此,在实践中对商品房预售合同登记备案的法律属性的认识关系到诸多购房人的权益保护,当法律适用

出现争议的时候,法律的解释应当充分地考虑到社会的公平、正义;如果法律制度设计出现问题也应当及时进行修正。

3. 开发商破产时登记备案的购房人只能变成破产企业的债权人

购房人与开发商签订了商品房预售合同并进行了备案登记,购房人已经支付了购房款,开发商将房屋交付给购房人或未交付。按照主流观点对商品房预售合同登记备案的认识,如果开发商破产,那么该批房屋就属于开发商的破产资产,购房人只能或者被迫变成破产企业(开发商)的债权人,参与破产企业剩余资产的分配,购房人这种情况下就仅仅能得到一个法律上公平分配破产企业剩余资产的机会,一般的情况下购房人不可能完全得到补偿,权益得不到保障。正如武汉大学法学院副教授武亦文与华东政法大学房地产政策法律研究所所长杨勤法对话认为商品房五证齐全也有潜在风险^[11]。因此本文再次强调法律制度设计的重要性和法律解释的重要性,法律制度设计和法律解释要考虑到法追求社会公平、正义的内在价值。

4. 已登记备案的商品房预售合同不能对抗建设用地使用权抵押权人

开发商在开发房地产项目的时候,由于资本的短缺,往往会将建设用地使用权向银行进行抵押获取贷款,我国土地和建筑物适用房地一体原则,当开发商不能按时归还银行的贷款的时候,银行作为开发商的债权人会推动开发商的房地产项目进入司法程序。如果购房人购买了这样的房子,房屋预售合同已经登记备案并且已经支付购房款,房屋交付或未交付;按照商品房预售合同登记备案的主流观点,购房人只能成为开发商的债权人;根据我国法律的规定拥有抵押的债权优于一般的债权,在这样的情况下购房人受偿的顺位在银行之后,购房人的权利将可能得不到保障。

5. 商品房预售合同已登记备案的非自住型购房人不能对抗该建设工程承包人的工程价款法定优先受偿权

根据《合同法》第286条的规定建设工程承包人具有建设工程价款的优先受偿权,这是一种法

定优先权。法定优先权是指由法律直接规定的特种债权的债权人享有的优先受偿的权利^[12]。开发商不能按约定履行对承包人应当承担的债务,承包人对该工程价款具有法定优先受偿权。在承包人行使优先受偿权的情况下,如果购房人购买了此种房屋,按照商品房预售合同登记备案性质的主流观点,购房人不具有所购房屋的准物权,购房人仅是开发商的债权人;而承包人的债权具有法定的优先性;如果承包人行使优先受偿权,整个建设工程的购房人或业主将面临失去房屋的问题。最高人民法院也及时认识到这种社会风险,为防止广大购买房屋的“消费者”陷入失去房屋的风险中,2002年《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释[2002]16号)第2条规定:“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购房人”。这是最高人民法院对购房人利益的一个保护条款,是对我国商品房预售制度缺陷的重要补充,也是对商品房预售合同登记备案主流观点下消费者存在重大风险的保护性规定。根据《法释[2002]16号》工程价款优先受偿权优先于抵押权和其他债权,而根据对商品房预售合同登记备案的主流观点,商品房预售合同已经登记备案且支付了购房款的购房人也仅是取得了相应的债权。该解释的“不得对抗购房人”,是不能对抗购房人的准物权还是不能对抗购房人的债权;如果购房人获得是准物权,物权高于债权,物权天然的就有对抗债权的效果,那么这个司法解释是多余的;如果购房人仅仅是债权,那么这个解释就是必要的,因为承包人建设工程优先受偿权是法定的,法定的优先于其它他权,如果没有这个司法解释,消费者基于备案登记的合同对开发商的债权是落后于建设工程承包人优先受偿权的。通过以上分析,笔者认为最高人民法院作做有利于消费者利益的司法解释是基于消费者的居住权和生存权的考虑。《法释[2002]16号》规定承包人的法定优先权不能对抗消费者,那么购房人是不是消费者?一般认为消费者应当是指非以生产经营为目的而购买、使用商品或接受服务的人^{[13]66}。因此购房人就分为自住型购房人和生

产经营型购房人,从消费者的定义可知在我国只有自住型的购房人才可以理解为《法释[2002]16号》规定的消费者。《最高人民法院(2005)执他字第16号批复》认为《法释[2002]16号》第2条规定的消费者是“即购房应是直接用于满足其生活居住需要,而不是用于经营,不应作做大解释”。综上,可以看出《法释[2002]16号》第2条规定的消费者仅指自住型购房人,非自住型购房人不受《法释[2002]16号》的保护。

合法的房屋买卖应受法律保护,既保护开发商,也应保护购房人,重点是保护处于市场弱势地位的购房人。我国商品房预售合同登记备案制度目的也在于保护弱势的购房人,但由于制度的设计缺陷,弱势的购房人的权益并不能完全得到法律的保护。而房屋又属于生活必需品,弱势购房人的居住权得不到保护,必将引发相应的社会问题,因此我们看到在面对建设工程承包人法定优先受偿权时《法释[2002]16号》对自住型购房人的保护。但从《法释[2002]16号》我们也看到了最高人民法院的纠结,一方面坚持商品房预售合同登记备案不产生准物权的作用,另一方面又不得不从消费者居住权的角度出发突破建设工程承包人法定优先受偿权,导致法律体系纷乱。由于最高人民法院对商品房预售登记备案制度的认识差异,后又为维护自住型购房人的实际权益,导致法律制度混乱,也导致房屋权属不清,还不能真正实现对购房人权益的保护。因此,笔者认为我国有必要对商品房预售合同登记备案制度进行改革。

二、商品房预售合同登记备案具有物权公示作用

在商品房预售合同登记备案主流司法观点下产生的不能保护购房人权益的诸多问题,是因为主流观点认为商品房预售合同登记备案不能产生物权公示的作用。那么商品房预售合同登记备案是否有物权公示的作用。

有学者认为商品房预售合同登记备案有七方面的意义,分别是提高商品房市场信息透明度、规范商品房市场交易行为、有效降低金融机构风险、

有效控制商品房查封抵押后再销售的问题、可以杜绝炒作期房的投机行为发生、方便商品房权属登记、为房地产市场预警预报分析提供及时准确的商品房市场信息^[14]。以上七个方面很好地阐述了商品房预售合同登记备案制度的作用。除此之外笔者认为还有两大作用长期被理论界和实务界忽视,一是商品房预售合同登记备案对商品房交易行为的公示作用;二是商品房预售合同登记备案的政府保证作用。公示是物权发生变动的构成要件之一,动产以交付为公示要件,不动产以登记为公示要件。不动产作为一种商品,符合商品的一般特性,商品交易中如果进行了某种程度的公示,应当认定物权已经发生了转移。中国房地产业协会房地产产权交易和测量研究分会秘书长赵鑫明就敏锐的认识到商品房预售合同登记备案的公示作用,认为从实际效果上看,网签备案的合同具有了公示作用^[15]。而商品房预售合同登记备案由法定机关进行登记备案并全网公开,从实践来看是一种有效的公示方式,再进一步说也是一种向有权机关登记备案的有效公示方式,因此可以说登记备案后的商品房预售合同将产生准物权的作用。还有行政机关的登记备案是对购房人购买房屋交易唯一性的保证,正如对商品房预售合同登记备案第一种观点认为在一房多卖的情况下,如果认为多份合同的效力是同样的,那么根本就不需要进行登记备案?反证出商品房预售合同登记备案与不登记备案的买卖合同效力是不一样的,进一步明确了商品房预售合同登记备案中的政府保证作用。

但由于长期以来忽视登记备案对交易行为的公示作用,而相关的法律规定对预售登记备案的公示作用不甚明确^{[13]66},也未明确商品房预售合同登记备案后是否具有准物权的效力,导致房管局登记备案后的预售商品房物权是否转移到购房人手中长期存在争议。笔者认为对于涉及房产的行政机关的登记备案并不能简单地理解成一个纯粹的登记备案,也不能简单地理解成一个行政机关的管理职能,商品房预售合同向有权机关的登记备案就是一种物权公示的方式。如果能明确商品房预售合同登记备案的物权公示作用,将从根本上解决商品房预售合同登记备案后存在不能保护购房人权益

的问题。

三、商品房预售合同登记备案制度应与商品房预告登记制度合并

虽然商品房预售合同登记备案存在物权公示的实际作用,但以最高人民法院司法观点为代表的主流观点却确认为商品房预售合同登记备案后不产生物权公示的作用。针对商品房预售合同登记备案制度存在的问题,笔者对我国房地产管理领域的管理制度进行梳理,发现我国商品房预告登记制度与商品房预售合同登记备案制度具有同质性,商品房预告登记制度吸收、合并商品房预售合同登记备案制度有利于解决商品房管理法律体系的纷乱杂糅,有利于维护购房人的正当权益。

1. 从物权公示的角度考虑商品房预售合同登记备案制度与商品房预告登记制度具有同质性

我国《物权法》第20条确立了我国商品房预告登记制度。在商品房预售中,购房者可以就尚未建成的住房进行预告登记^[10]。也就是说预售商品房除了应进行商品房预售合同登记备案外,还可以进行预售商品房预告登记,经预告登记后产生准物权的效力。按照《房屋登记办法》的规定预购商品房可以进行预告登记,预购商品房进行预告登记的时候应当提交已经登记备案的商品房预售合同,或者说商品房预售合同登记备案是商品房预告登记的一个前置程序。

预告登记制度具有物权公示作用,经预告登记后产生准物权的作用。从学理进行解释,商品房预告登记与商品房预售合同登记备案的行为方式并无本质的区别,两者均具有公示的作用。有学者对登记备案进行研究认为预告登记与备案登记构造具有同质性^[16];也有学者认为商品房预售登记具有物权性,商品房预售登记应为预告登记^[17];还有学者认为商品房预售合同登记备案就属于预告登记^[18];或者说这两个制度实质就是一个制度。

笔者认为商品房预售合同登记备案起到了公示作用,登记备案后购房人取得了房屋的准物权,商品房预售合同登记备案制度与商品房预告登记制度之间存在交叉及功能的同质性。基于此笔者认为,商品房预售合同登记备案制度与商品房登记

预告制度合并势在必行,只有两个制度合并后,作为弱势的购房人才能规避在商业交易中存在的风险。同时商品房预售合同登记备案与商品房预告登记均是向房屋管理部门进行登记,向同一登记机关进行两次登记在实际工作中没有实际意义。因此商品房预售合同登记备案制度应当与商品房预告登记制度进行合并。

2. 赋予商品房预售合同登记备案后的准物权效力符合民众对法律的认知

我国古代房屋没有行政机关颁发的房产证,证明房屋所有权的文书是房契,房契是民间社会契约的一种,按照今天的标准房契应当属于房屋买卖合同。房契有白契和红契之分,白契只是一份房屋买卖的契约;红契是指这个白契(房屋买卖的契约)在官府登记备案,在契尾加盖官府的印,故称为红契^[19]。红契只有一份,出售房屋时要出示房契并需要在房契中再次注明出售的情况,也就说这唯一的房契保证了房产交易的唯一性,也保证了购房人的权益。从红契制度中可以看出官府的登记备案、加盖官府的印章的行为就相当于今天的商品房预售合同的登记备案。红契的出现是官府对交易唯一性的一个保证,正因为如此我国社会普遍认为商品房预售合同登记备案不仅仅是政府对商品房预售合同的一个普通管理行为。由于我国传统法律制度自民国起已经基本废止,但传统的法律思维方式的改变却需要更长的时间。从目前的实施效果来看我国商品房预售合同登记备案制度并不能完全有效的地止一房多卖,换言之我国现行的商品房预售合同登记备案制度并没有从法律上赋予本次登记备案房屋交易的唯一性。

任何法律制度的建立和施行都要考虑本国的实际情况,尤其内在要符合本国法的精神。孟德斯鸠认为^{[20]305}“人类受多种事物的支配,就是气候、宗教、法律、施政的准则、先例、习惯。结果在这里形成了一种一般精神,就是法的精神。”笔者认为法的精神其实就是根植于本民族行为中的认知和习惯,而传统社会总能体现出本民族的认知和习惯。笔者粗浅地认为,凡是符合本民族认知和习惯的法律制度就是好的法律制度,当然认知和习惯也随时代的变化而不断地发展。笔者认

为,改革商品房预售制度及商品房预售合同登记备案制度应当充分借鉴我国古代社会房屋买卖的红契制度,古代民众对红契的认可从法的精神出发就是对政府的认可,对这种简易而成本相对低的交易制度的认可。新时代我国不可避免地也继承了历史的中国及中国传统社会的认知和习惯,继往开来,商品房预售合同登记备案制度在政府强力的参与下,如果仅仅认为就是个备案不产生保证、优先性或准物权的效力,恐怕与民间的传统认知出现了比较大的差异,也是我国商品房预售合同登记备案制度存在问题的深层次根源。我国目前的商品房预售合同登记备案制度是我国传统政府管制型法律传统的延续,与我国传统法律文化具有内在的契合性。因此,赋予商品房预售合同登记后的准物权效力也符合民众对法律的认知,有利于保护购房人的权益。

3. 从商品房预售合同登记备案制度的主流观点出发,商品房预售合同登记备案制度应与商品房预告登记制度合并

(1)商品房交易应充分保护弱势交易方(购房人)的权益。虽然商品房预售合同登记备案具有物权公示的作用,但以最高人民法院为代表的司法界主流观点却认为商品房预售合同登记仅是“一种行政管理方式,不是预告登记,不能产生物权效力”。主流观点明确了三件事情:一是商品房预售合同登记备案不具有物权公示作用,不产生准物权的效力;二是商品房预售合同登记备案仅仅是政府的一个管理行为,忽略了政府机关登记备案的政府保证作用;三是否定了商品房预售合同登记备案制度与商品房预告登记制度的同质性。从学理解释商品房预售合同登记备案具有物权公示作用、具有政府保证作用,与商品房预告登记制度具有同质性。坚持最高人民法院的主流司法观点,就不可避免地会出现主流司法观点下出现的不能保护购房人权益的问题。从保护购房人角度出发,最好的方法是最高人民法院能在对商品房预售合同登记备案学理解释的基础上确认商品房预售合同登记备案的物权公示作用(司法实践中有不同主流观点的判决),但最高人民法院的司法观点更权威,在最高人民法院没有更改现行观点的情况下,在司法实务中

还大多坚持最高人民法院的司法观点;商品房交易属于老百姓一辈子的大额交易,其交易安全关系到购房人的生存问题及社会安全问题,在最高人民法院主流司法观点下,最高人民法院认为商品房预售合同登记备案制度不是商品房预告登记制度,也进一步反映出商品房预告登记制度在保护购房人权益的优越性。大陆法系国家在房产交易中采用强制公证制度,目的在于保护弱势交易方的利益。法国不动产转让必须经过公证,法国蒙佩利埃大学法学院教授皮埃尔·穆斯洪在其《合同自由与公证人的作用》中指出:“限制合同自由的传统目标在于保护推定的弱者,比如不动产购买人被推定没有卖方那样了解出卖物,法律因此向其提供保护。”^[21]因此强制公证虽然是国家干预微观经济活动的一种手段,但本质上是为了保护弱势的交易方,在法国或德国,房屋买卖合同经过公证后购房人的权利得到了充分保障。保护弱势的交易方(购房人)的权益应是法律的应有之意,因此在不能保护购房人权益的商品房预售合同登记备案制度和能保护购房人权益的商品房预告登记制度之间,法律应当理智的选择商品房预告登记制度,而不是让商品房预售合同登记备案制度冲在商品房预售的一线,因此商品房预售合同登记备案制度应与商品房预告登记制度进行合并。

(2)理顺我国商品房预售登记管理法律体系。在司法实务中对商品房预售合同登记备案性质认识的不同,产生了两种不同的观点,由于最高人民法院的主流观点并不能完全得到学理解释的支持,同时我国各级法院之间相互独立,因此在司法实务中对商品房预售合同登记备案两种不同观点的判决同时存在,造成了司法混乱。由于在最高人民法院的司法观点下会产生不能保护购房人正当权益的问题,为了部分保护购房人的权益,最高人民法院又不得不法外造法,以弥补可能造成的广泛的购房人权益不能得到保证的现实,造成这部分法律体系庞杂纷乱。

《合同法》第286条规定建设工程承包人具有建设工程价款的优先受偿权,建设工程的法定优先受偿权是法定优先权,2002年《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释

[2002]16号)第2条为了保护“消费者”权益又否定了建设工程的法定优先受偿权,如果有权利优先于建设工程的法定优先受偿权,那么建设工程的法定优先受偿权就不是法定优先权,最高人民法院司法解释导致司法术语的含义混乱;同时2002年《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释[2002]16号)第2条保护的是“消费者”权益而不是“购房人”权益,这也与立法保护弱势交易方的立法原则存在差异。同样的问题还表现在《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》中,如《规定》第28条规定的“合法占有”、第29条规定的“所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋”的条件都限制了《规定》对购房人权益的保护。

为了保护购房人的权益,最高人民法院创造性地创设了很多规定,但这些规定并不能完全保护购房人的权益,其中的漏洞仍然是一目了然。最高人民法院一方面坚持商品房预售合同登记备案不产生准物权的效力,另一方面又不得不作出大量保护性的规定。这些保护性的规定从理论上讲又是对商品房预售合同登记备案主流观点的否定,如德国法上物权期待权理论,事实上又在支持购房人的准物权主张。从以上司法解释可以看出,由于否定商品房预售合同登记备案具有物权公示作用,通过法外造法来弥补造成的问题,不但不能完全保护购房人的权益,反而造成我国房地产管理法律的纷乱庞杂。从维护我国法律体系的完整性、权威性及维护购房人正当权益的角度出发,应当赋予商品房预售合同登记备案的准物权效力。赋予商品房预售合同登记备案的准物权效力显然又与最高人民法院的司法观点相悖,因此在不否定最高人民法院司法观点的情况下,商品房预售合同登记备案制度与商品房预告登记制度进行合并可以有效地理顺现行的司法体系,保护购房人的正当权益,解决最高人民法院司法观点下诸多司法解释仍不能完全保护购房人正当权益的问题。

4. 商品房预告登记制度应合并吸收商品房预售合同登记备案制度

是商品房预告登记制度合并商品房预售合同

登记备案制度还是商品房预售登记备案制度合并商品房预告登记制度,可以说见仁见智。我国古代社会房屋交易红契制度其实是一种政府对民间房产交易的登记备案行为。契约是私法的范畴,登记备案是公法的范畴,契约的登记备案体现了公法对私法的干预,而公法介入私法领域应当本着规范交易的最低程度干预的原则。从法理学角度进行考虑,房屋属于物的一种,应当遵循物权变动的一般原理,房屋的购房人什么时候取得房屋的所有权,在排除掉特殊的合同约定外,应认为房屋交付后物权发生了转移,也就是说决定物权是否转移的关键因素是合同或契约,而政府登记备案并不是房屋所有权是否转移的因素。从这一点看我国古代的红契制度符合房屋物权转移的一般原理,更符合私法上的契约自由,更符合我国民众传统的认知和习惯。可以看出我国的商品房预售合同登记备案制度具有我国传统的红契制度的几分特点。因此有学者主张用登记备案制度取代预告登记制度,认为“《物权法》以及民法典物权编(草案)过于强调移植西方法学的预告登记制度,以实现准物权人利益的保护,其初衷并没有错,但却忽视了掩藏的民族特色的备案登记制度,导致制度的杂糅与混乱,也导致了‘南橘北枳’,值得反思。就此而论,在我国民法典物权编的立法中,应该考虑用备案登记制度取代预告登记制度,以本土化的方式改造预告登记而实现真正的重生”^[16]。虽然登记备案制度更符合我国传统的房屋交易方式及思路,但在我国《物权法》实施多年以来,房屋登记的概念也已经深入人心,在我国法律体系中实行“债权”与“物权”区分的情况下,笔者认为从我国法律体系的稳定性考虑,从维护弱势购房人的权益角度考虑,我国商品房预告登记制度应当合并、吸收商品房预售合同登记备案制度,房屋买卖交易双方在签订合同及付款的情况下及时进行预告登记,保护购房人的合法权益。同时两个制度合并减少了购房人不必要的麻烦,也减少了行政机关不必要的工作量,整体提高工作效率。商品房预告登记制度合并、吸收商品房预售合同登记备案制度后,商品房预售合同登记备案主流观点下产生的不能保护购房人利益的诸多问题将得到解

决,我国法律体系的纷乱杂糅也将得到解决。

四、结 语

房屋买卖属于大额交易,房屋一次交易中具有唯一性,购房人的正当权益基于市场规则及法律规则应当是能得到保障的,如果出现一房多卖或购房人的正当权益得不到保障的情况,一定是市场规则或法律规则出现了问题。我国商品房预售合同登记备案制度法律定位模糊,存在不能完全保护合法购房人的正当权益的问题,也与我国传统的法律文化的认知之间存在差异。保护广大购房人的正当权益是法律的应有之义,如果法律制度出现漏洞就要及时的进行相应的修正。面对商品房预售合同登记备案主流观点下商品房交易中出现问题,为保护弱势购房人的正当权益,笔者认为该制度应当改革。从传统中国民众认知的角度出发,由政府主导房产交易是民众普遍接受及认可的一种方式。在目前商品房预售合同登记备案制度存在不能保护购房人正当权益的问题,商品房预告登记制度合并、吸收商品房预售合同登记备案制度符合购房人正当权益保护的法律本意,也符合我国民众传统法律文化认知,具有现实意义。

参 考 文 献

- [1] 西安一小区 712 套房被温州法院查封[EB/OL]. [2019-06-21] 人民网. <http://sn.people.com.cn/n2/2019/0621/c378288-33061945.html>.
- [2] 李延荣. 房地产法研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2004.
- [3] 曾昭旺. 商品房预售合同登记备案制度研究[D]. 成都:西南政法大学,2011.
- [4] 从“市场化”到“房住不炒”商品房回归之路[J]. 中国房地产业,2019(24):14-16.
- [5] 王强. 商品房预售合同备案登记不具有准物权的效力[N]. 人民法院报,2015-01-21(07).
- [6] 黄侃. 论商品房预售合同的登记备案[J]. 法治研究,2010(2):70-75.
- [7] 艾丽娜. 商品房买卖备案登记和预告登记区别及法律后果[EB/OL]. 中国法院网, <https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2019/12/id/4737990.shtml>, 2019-12-20.
- [8] 滕恩荣. 商品房预售合同登记备案不具有物权公示效

- 力[J]. 人民司法, 2013(10): 108-111.
- [9] 滕恩荣. 房屋预售登记备案不具备物权公示效力[N]. 中国国土资源报, 2016-02-05(05).
- [10] 遵义市红花岗区长征镇沙坝村纪念街村民组诉遵义明顺房地产开发有限责任公司等商品房预售合同纠纷案[EB/OL]. [2020-01-12] 中华人民共和国最高人民法院公报, <http://gongbao.court.gov.cn/Details/76c8045dd3e0c1b0a68fc4885389c.html>.
- [11] 武亦文, 杨勤法, 王阳. 商品房五证齐全也有潜在风险[N]. 法制日报, 2019-03-20(08).
- [12] 叶敏. 不动产受让人期待权保护问题研究[D]. 蚌埠: 安徽财经大学, 2018.
- [13] 杨承志. 楼花炒卖风险防范—商品方面预售管理制度探析[M]. 广州: 广东经济出版社, 2006.
- [14] 成琳. 开展商品房销售网上合同备案管理的七大意义[J]. 房地产市场, 2005(7): 23-24.
- [15] 赵鑫明. 对房屋交易合同网签备案若干问题的思考[J]. 中国房地产, 2019(23): 19-24.
- [16] 夏沁. 论备案登记制度的民法规范实现[J]. 东方法学, 2019(2): 138-150.
- [17] 曾言. 论商品房预售登记的法律属性[J]. 湖南文理学院学报(社会科学版) 2009, 34(3): 51-56.
- [18] 张学文. 建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨[J]. 法商研究(中南政法学院学报), 2000(3): 101-105.
- [19] 杨晓青. 明清红契与白契之考察——以明清田宅买卖为中心[D]. 烟台: 烟台大学, 2012.
- [20] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上册[M]. 张雁深, 译. 商务印书馆, 1961.
- [21] 郭岳萍. 强制公证进入物权变动领域辨析[J]. 中国司法, 2012(8): 69-72.

A Study on the Registration and Filing System of Commercial Housing Pre-sale Contract in China

JIANG Peng-yu^{1,2}

(1. School of management, Xi'an Univ. of Arch. & Tech., Xi'an 710055, China;

2. Hubei Zhenwu Law Firm, Xiangyang 441000, China)

Abstract: In 1990s, China established the registration and filing system of commercial housing pre-sale contract. The mainstream view in the judiciary is that without the function of real right publicity the registration and filing of the pre-sale contract of commercial housing has no effect of quasi real right. In this case there are many problems where the registration and filing system of the pre-sale contract of commercial housing can not protect the rights of the buyer. There is also an advance notice registration system of commercial housing in China, which can produce the effect of quasi real right and has obvious advantage in protecting the rights of buyers. Comparing comprehensively between the two contract systems above, the paper finds that both of them are of obvious homogeneity and similarity. From the perspective of protecting the rights of buyers and rationalizing the China's legal system of pre-sale registration of commercial housing, the author believes that the commercial housing advance notice registration system should consolidate the registration and filing system of commercial housing pre-sale contract.

Key words: advance notice registration; registration and filing of commercial housing pre-sale contract; real right; quasi real right

【编辑 王思齐】