

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2023.05.010

商品房预售资金监管制度的法经济学分析

陈林基

(华中师范大学 法学院,武汉 430079)

摘要:根据党的二十大“保障与改善民生”与“房住不炒”精神,政府部门积极做好保交楼、防烂尾、稳预期相关工作。但是,商品房预售的主要风险在于预售资金监管风险,而商品房预售资金监管立法阙如是造成这一风险的主要原因。基于政府规制理论,监管体制宜选择多元主体共同监管。基于监管成本分析,监管资金范围宜采取“工程建设费用+部分利润”。基于监管人工成本视角,监管程序与权责应如下:第一,工程建设进度及质量勘验环节,具体权责包括工程监理机构的实质勘验工程+行政机关的形式审查材料与现场检查工程;第二,预售资金支取环节,具体权责是监管银行形式审查材料与直接划拨资金;第三,预售资金使用监督与信息披露环节,具体权责是行政机关监控资金使用与披露信息+购房者的监督权。

关键词:商品房预售资金监管;政府规制;监管成本;监管收益

中图分类号:D922.29;F299.23

文献标志码:A

文章编号:1672-626X(2023)05-0106-11

商品房预售有利于房企快速融资,降低投资风险,也能使购房者以较为优惠的价格购买未来房屋的产权,故该模式迅速兴起并成为房地产销售的主要方式之一。但是,房地产行情下行的背景下,诸多房企陷入经营困境,导致在建楼盘烂尾,诸如恒大、龙湖地产、龙光地产、融创、富力、碧桂园、绿地、佳兆业等知名房企纷纷“爆雷”。住房问题关系民生福祉,2016年底,中央经济工作会议首次提出,坚持“房住不炒”的定位;2022年10月,党的二十大报告再次重申“我们要实现好、维护好、发展好最广大人民根本利益,紧紧抓住人民最关心最直接最现实的利益问题”,“坚持房子是用来住的、不是用来炒的定位,加快多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度”。国务院、央行与银保监会等强调学习贯彻党的二十大精神,采取多种金融支持手段帮助房企纾困,确保楼盘顺利交付,保障人民群众的购房权益。10月26日,国务院发布通知,“有关部门和各地区要认真做好保交楼、防烂尾、稳预期相关工作”;11月11日,央行与银保监会联合发布通知,“积极做好‘保交楼’金融服务,支持有关银行新增配套融资支持”。诚然,上述救市之举确实有助于完成“保交楼”工作,但属于“治标”的临时措施,唯有完善商品房预售资金监管制度,堵住当前资金监管漏洞,确保预售资金专款专用,才能从根本上解决楼盘烂尾问题,保障人民群众的购房权益。

一、问题根源:商品房预售资金监管立法阙如

(一)按揭贷款购买预售房的法律关系与风险

论证预售房资金监管之重要性与意义,必须深入分析按揭贷款购买预售房行为的运行现状、法律关系

收稿日期:2022-12-12

作者简介:陈林基(1995-),男,广东汕头人,华中师范大学法学院博士研究生,研究方向为经济法学、民商法学。

与责任。预售房按揭贷款,又称预售房贷款抵押,系指预售房买受人向房企支付首期规定的房价款后,由贷款银行代其支付剩余房价款,并以预售房权益抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为^[1-2]。预售房按揭贷款行为横跨债权法、担保法、物权法三大法域,主要涉及三方主体,即预售房买受人(按揭人、借款人、购房者)、房企(预售人)与贷款银行(按揭权人)等。预售房按揭贷款行为本质上是一种复合型、综合型法律关系,主要由预售房买卖法律关系、借贷法律关系与担保法律关系三类法律关系构成,三类法律关系虽有清晰的独立边界,但是三者息息相关,不可独立存在。其一,预售房买卖法律关系是预售房按揭贷款行为的基础合同,其系指预售房买受人与房企签订房屋买卖合同,在支付首期房价款后,剩余房价款以按揭支付方式达成合意。其二,借贷法律关系指的是预售房买受人在支付首期房价款后,凭借其信用向银行借款以一次性支付剩余房价款,并承诺分期偿还所借款项与利息。其三,担保法律关系主要表现为预售房买受人与贷款银行之间的不动产(权益)担保合同、房企与贷款银行之间的连带保证责任(或房屋回购担保)合同。简易法律关系见图1。

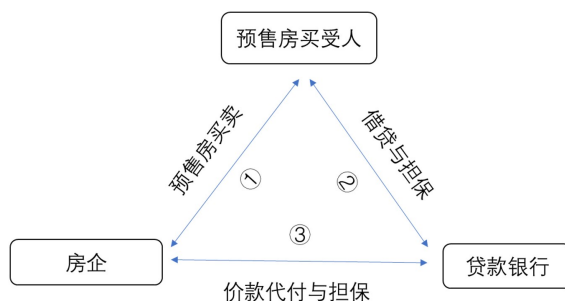


图1 法律关系

诚然,按揭贷款购买现房或预售房行为的基本法律关系相同,皆由房屋买卖合同、按揭贷款合同与抵押合同构成,但两种行为所指向客体(标的物)、履行期限与方式等方面存在差异。一是法律关系客体差异。按揭贷款购买现房的销售中基本法律关系皆以现实房产为权利客体;而预售房交易所指向的是房屋物权期待权,待工程最终完工才转为现实房产。二是履行期限与方式差异。现房交易是三方利益主体几乎在“同一时间”内完成按揭贷款、房产买卖、借贷抵押等一系列民事法律行为;预售房交易则是房款支付与房屋交付使用、抵押权与抵押标的物形成之间存在一定时间差,即各方利益主体的法律义务履行存在先后顺序。

标的物与履行期限和方式的差异必然引起各方利益主体交易风险的变化。风险与不确定性、损失相联系,风险系指主体从事经济交易活动遭受损失的不确定性。根据引起风险是否有法律因素,可分为法律风险与非法律风险,前者系指主体基于错误的法律理解或法律适用而实施的交易活动、法律的内在缺陷、监管机关监管不力导致各当事方遭受损失的可能性^[3-4];后者包括市场交易风险、主体操作失误风险、资产与负债风险等。

相较于现房交易而言,预售房买受人与贷款银行还承担着以下法律风险:预售资金监管风险、房屋买卖风险与房屋抵押风险。预售资金监管风险系指预售资金监管立法不完善、监管机构监管不力所造成的预售资金挪用的不确定性;房屋买卖风险与抵押风险系指买卖与抵押的标的物(房屋)最终是否存在的不确定性。就上述三种法律风险的关系而言,预售资金监管风险是前提与基础,其直接决定后两种法律风险的发生。具言之,首先,预售房本质是未来房屋,其经济价值之确定取决于房屋最终是否建成,而这直接决定预售房买受人的所有权与贷款银行抵押权能否实现及其保障的落实。其次,楼盘烂尾不仅意味着房屋价值丧失,更是房企破产所引致之结果。即一旦楼盘烂尾,房企亦难以赔偿预售房买受人与贷款银行的损失。最后,商品房预售资金的有效监管是房屋工程顺利完工的基础与前提。从法律关系分析,按揭贷款购买预售房的权利义务履行顺序中,房企属于后履行义务,其权利在合同达成与预售资金入账时便已行使完毕,即预

售房买受人与贷款银行需要承担房企工程建设时期的信用风险。因此,基于市场秩序之维护、市场主体权益之保障、市场主体地位之平衡,法律理应严格监管商品房预售资金,抑制房企挪用预售资金行为,确保资金专款专用,保证房屋工程顺利完工。由此观之,就商品房预售领域而言,房屋工程能否顺利完工、购房者与贷款银行的合法权益能否得到保障,取决于预售资金能否有效监管,而监管有效与否则取决于商品房预售资金监管法律制度的完备程度。

(二) 商品房预售资金监管立法阙如

中央立法层面。中央立法关于预售房资金监管领域仅作了原则性规定,并无统一的监管立法模式。法律层面,《中华人民共和国城市房地产管理法》第45条第4款规定,商品房预售资金必须专款专用。部门规章层面,《城市商品房预售管理办法》有18条规定,其中仅有第11、14条规定涉及资金监管。第11条规定,预售资金专款专用,并授权房地产管理部门制定具体办法;第14条规定,违规使用预售资金,房地产管理部门有权责令限期纠正,并处3万以下罚款。

地方立法层面。全国各地大多出台预售资金监管办法,意欲通过细化预售资金监管规则,明确与强化各监管主体的权责,实现预售资金的有效监管,以减少资金违规使用问题,避免楼盘烂尾等极端情况,但是地方立法仍存在较多差异与不足。其一,预售资金监管主体之选定仍有差异,大致分为行政机关监管、银行监管与中介机构监管三种类型^①;加之,部分地方立法未充分考虑主体的监管意愿、能力等因素,尚未构建合理的监管体制。其二,预售资金定义、预售资金监管范围及方式等方面亦有不同之处,当前关于预售资金定位可分为预售资金等于全部购房款、预售资金等于工程建设款等;而关于监管范围则有全部监管与部分监管两种类型。其三,预售资金监管程序及主体权责内容等方面仍有待完善,即部分地方立法并未细化预售资金支取使用程序规则,合理分配各监管主体的权责以及构建信息披露制度等。

综上所述,当前我国关于商品房预售资金监管已有相关立法,但立法多集中于地方政府规章或规范性文件,缺乏足够的法律权威与立法稳定性,且当前地方立法仍有较多不足,难以有效震慑与抑制预售资金挪用行为。法经济学分析范式是研究金融监管制度的“妙计”,故笔者将针对上述立法的差异与不足,以法经济学视角切入,分析商品房预售资金监管体制、客体范围之界定与监管权责之分配等问题,以期完善我国商品房预售资金监管法律制度,有效解决预售资金挪用问题,避免楼盘烂尾,保障购房者权益。

二、监管体制:多元主体共同监管

党的二十大强调提高保障和改善民生水平,而保障人民群众的购房权益,确保人民“住有所居”便是民生工作的重中之重。作为住房法律制度的重要组成部分,商品房预售资金监管制度是否行之有效,关键在于构建合理、完善的商品房预售资金监管体制。为此,本部分将以政府规制理论为基础,研究适合中国国情的商品房预售资金监管的组织体制。

(一) 政府规制改革:后规制论

如何高效配置市场资源?市场经济中,政府与市场之间如何协调,政府何时以及如何干预市场,才可促进社会经济结构与运行的协调、稳定与发展,维护与促进社会公平与稳定?上述问题始终是经济学界、法学的研究重点,而目前学界关于政府规制理论以“后规制论”(或称后设监管理论)最引人注目。后规制论源于对政府规制失灵问题的反思。20世纪70年代以来,西方经济发展陷入“滞涨”困境,原有的政府规制亦存在贪污腐败、效率低下等问题,打破了传统政府规制论的“政府慈善且全能”幻想,故而学界开始反思凯恩斯主义与政府规制理论,分析政府规制与市场竞争的边界,探求政府规制改革路径,进而产生后规制论^[5-6]。所谓后规制(后设监管),系指对监管者的监管,其要求构建双层监管体制,第一层为自我监管,第二层是对自

我监管的监管;就广义视角而言,第一层监管者包括政府、企业、社会组织,而第二层监管者主要以政府为主,但不排除其他主体^[7]。后规制论以可竞争市场理论与激励性规制方法为基础,强调政府规制与市场竞争均是增进社会福利的工具,不是非此即彼的价值目标^[8];要求将市场主体与政府均纳入规制,并以竞争机制、“成本-收益”分析方法评估、约束各主体规制行为;采取多元主体共同规制模式,以充分调动社会各方力量,促成政府善治的生成^[9]。

(二)后规制论与商品房预售资金监管体制的契合度分析

后规制论能否适用于商品房预售监管领域,取决于两者的契合度。为此,笔者将遵循“规制何以产生”“规制何以变迁”的论证逻辑,通过分析商品房预售资金监管领域是否存在市场失灵与公共利益,回答“政府规制的正当性”,再通过分析纯粹政府监管与多元主体监管,回答“后规制论的正当性”问题。

1. 政府规制的正当性:市场失灵与公共利益

政府规制理论的逻辑起点是现行社会经济运行出现“低效率”,即市场失灵,而政府针对市场失灵的原因对症下药,修正市场机制的结构性缺陷^[10];或是当公共价值失灵时,政府干预市场以引导、促进社会经济恢复“健康”^[11]。一方面,当前中国房地产行业的融资渠道单一,银行是房企最重要的债权人,其亦有足够监管能力约束违规使用预售资金行为。但是,房企亦是银行最重要的客户之一,且其在房地产工程建设信息与资源方面处于垄断地位,进而最终造成银行难以独立、公正、客观地监管预售资金的使用。至于中介机构亦存在类似市场失灵问题,加之其缺乏相应的风险承担能力,难以承担监管不足的法律风险,这便是国内绝大部分城市抛弃中介机构监管模式的原因。另一方面,商品房预售资金监管关乎社会公共利益与公共价值,属于政府公共管理职能范畴。预售资金监管决定了该款项能否专用于房屋工程建设,而工程建设能否顺利完成则直接影响人民群众的购房权益。综上,纯粹的市场主体模式难以有效监管商品房预售资金,难以实现商品房预售市场的健康、协调发展,故政府规制该市场领域具有正当性。

2. 后规制论的正当性:理论优势与监管需要

首先,单一政府监管模式存在“失灵”问题。政府规制市场的初心是弥补市场机制的不足,其正当性与合理性在于有效修正市场失灵问题^[12],但是,在商品房预售资金监管领域,单一的政府规制无法满足监管需要。具言之,一方面,单一政府监管模式的监管成本较高。相较于银行而言,政府的金融知识不足;相较于工程监理机构而言,其缺乏相应的工程建设与管理知识。换言之,政府直接监管存在较高的信息成本。另外,政府因缺乏上述专业知识与能力,必然聘请相关专业人士,导致“委托-代理”关系,进而产生较高的执行成本。另一方面,政府监管存在权力寻租风险。鉴于商品房预售资金监管牵涉巨额资金,作为政府规制的主体与对象,政府与企业皆是理性经济人,双方或将通过政策制定与实施以实现自身利益最大化,损害社会公共利益。其次,后规制论具有比较优势。相较于传统政府规制论,其具有以下优势:一是采取多元规制模式,即以政府为统筹协调主体,充分整合社会各方力量,形成的统筹有方、协调一致的监管体制^[13];二是推动传统的政府直接干预向经济主体自我监管的转变,即将市场竞争主体与监管机构纳入政府监管,进而突破以往监管机关的“权力寻租”风险,确保监管主体始终保持独立性与公正性;三是适用激励性规制,即通过引入市场机制,选择最佳的监管主体以追求最佳的监管效率。最后,商品房预售资金的监管需要多元规制模式。商品房预售资金监管横跨土木工程、金融、公共管理、政治、法律等多学科领域,单一监管主体如银行监管、行政机关监管、中介机构监管,皆不具备多元化的专业能力,难以发挥预期监管实效。因此,多元规制模式当为最优选,即政府协调各机构的监管利益,明确各机构的监管定位以形成相互制衡的组织体制,合理划分各机构的权利、义务与责任;政府并以独立第三方主体身份监管上述相关主体的行为,实现商品房预售资金的有效监管。

(三) 商品房预售资金监管体制的应然之选: 多元主体共同监管

如上所述,商品房预售资金监管需要政府规制,更应坚持多元主体共同监管的监管体制。商品房预售资金监管主体制度涵摄组织体制、组织内部主体权责与程序等内容,前者是基于宏观层面予以论证主体选定及权力制衡的静态形态,后者则是基于微观层面分析组织内部运行中的各主体权责与相应程序。关于该监管体制的具体内容应如下:首先,中介机构,即工程监理机构应定位为工程建设进度及质量的监管主体,其应积极、审慎、专业地履行监管职责,并对工程建设进度及质量证明材料真实性承担相应法律责任。其次,监管银行应定位为预售资金使用的监管主体,其应审慎地对预售资金使用材料进行形式审查,严格、实时监控预售资金流向,并及时上传相应信息至行政机关。再次,行政机关应定位为第三方监督主体与统筹协调主体,一方面,商品房预售资金监管需要政府住建部门、工程监理机构、银行等多部门的协调配合,而有能力实现部门协调的最优选便是行政机关;另一方面,行政机关应当监管工程监理机构与银行的监管行为,控制预售资金监管全过程,及时公开披露工程建设进度与预售资金使用等信息,接受、处理购房者与群众的检举线索。最后,购房者也应定位为第三方监督者,其有权要求行政机关公开上述重要信息,有权检举工程建设与预售资金违规使用情况。

三、监管资金: 工程建设费用+部分利润

党的二十大强调“房住不炒”的底线,防止房地产泡沫化,促进房地产行业健康发展。根据中央“管好不管死”原则,商品房预售资金监管范围的确定,既要遏制资金挪用行为以确保专款专用,又要避免房企资金流动性过度受限而陷入经营困难。

(一) “成本-收益”边际分析方法

在经济学的生产理论中,一般假设厂商在利润最大化产出决策时,都遵循边际收益递减与边际成本递增规律。若将该经济分析方法应用于商品房预售资金监管,可发现预售资金监管收益与成本规律,进而确定有效监管区域,探索资金监管收益最大化的“均衡点”。该分析的基础有监管收益与监管成本。前者包括完善预售资金的收存、支取与使用程序,抑制、惩戒违规使用预售资金行为,确保预售资金用于工程建设,避免楼盘烂尾。后者则包含监管立法成本、监管行为的实施成本、规则遵守成本等直接成本,以及监管的计划外成本,如潜在道德风险、经济福利损失、资金流动性损失以及监管阻碍创新所引致不确定损失等间接成本^[4]。其中,若以保交楼为主要监管收益的分析对象,则监管收益将呈现边际收益递减趋势;若假设上述直接成本为固定值,则监管成本规律线将是一定斜率的斜线,但是监管的间接成本则呈现边际递增趋势,故监管成本曲线亦呈现边际递增趋势。因此,预售资金监管的“成本-收益”呈现边际成本递增与边际收益递减的规律^②,如图2所示。

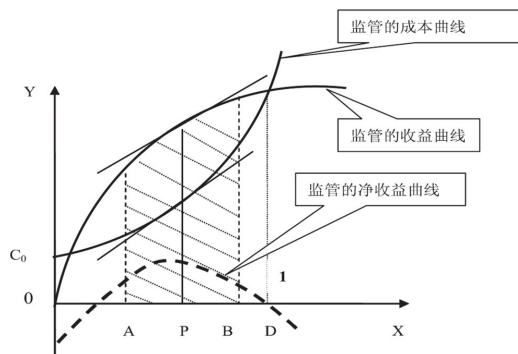


图2 监管成本-收益

图2中,假设X轴是监管的强度及资金监管范围,为自变量;Y轴是因监管差异所产生的监管收益与成本,为因变量^[15]。首先,关于政府监管的有效区域,可参考施莱佛等(Shleifer et al, 2003)的观点:任何社会均有控制无序与专制独裁两个极端,前者导致产权无保障、经济秩序混乱,即代表上述模型的原点O;后者则导致监管者权力寻租、被监管者权益受损、社会发展停滞等,即代表上述模型的极大值D点^[16]。其次,当监管边际收益与边际成本曲线与其切线相平行时,该点的监管收益与成本的净差额最大,达到监管成本-收益的最优值,即上述模型的P点。最后,因现实存在诸多不可预测、不可控因素,故现实中P点的最佳监管实际难以确定,金融监管制度达致AB区域即为“合理”,属于有效监管的范畴。

(二)预售资金监管范围的“成本-收益”分析

当前,全国各地关于预售资金监管范围之立法仍有较大差异,存在两种立法类型:一是预售资金全部监管类型^③,即全部预售资金皆纳入监管专用账户,并按照法定或约定的资金使用节点支取预售资金,专用于商品房开发项目所需的建设施工进度款、建筑设备与材料款、施工单位工人工资、法定税费以及其他工程建设费用。二是预售资金部分监管类型^④,即区分房屋工程建设费用额度与其他款项,前者纳入重点监管范围,按照法定或约定的资金使用节点支取,后者则纳入一般监管范围,房企可自行支取,但应优先用于工程建设。笔者认为,基于法经济学分析方法,预售资金部分监管模式更佳,属于有效监管区域。

商品房预售资金监管的关键在于监管房屋工程建设费用。首先,商品房预售资金指预购人预先支付给预售人的房价款,包括土地使用权费、房屋工程建设费、管理费用、法定税费与相关主体的利润,例如我国一二线城市的房屋工程建设费用约占房价款的10%~15%^⑤。其次,楼盘质量缺陷甚至烂尾,其根源在于预售人违规使用预售房资金所引致房屋工程建设费用不足,换言之,针对工程建设费用实施严格监管便可基本达到制度目标,即该监管模式处于图2的A点。再次,针对其他部分资金的监管呈现边际收益递减规律,而盲目监管全部预售资金则将明显超出图2的D点,盖因全部监管模式虽无监管收益增值,却有监管实施成本、监管主体权力寻租、被监管者资金流动性受限所引致生产经营风险等成本,而部分房企因全面监管面临财务成本高、流动资金少、破产困境便是例证^[17]。最后,房屋工程建设费用之于预售人,乃是房地产开发成本而非利润,而仅监管工程建设费用难以有效激励其高效、保质、保量完成工程建设,盖因工程完成与否并不增减预售人权益,其大可直接依法划转其他资金以获取已支出成本与预期利润。因此,预售资金监管范围应是“工程建设费用+部分利润”。其中,房屋工程建设费用按照工程建设进度节点依法划拨以避免工程建设资金不足的情形;而监管的房企利润则是在房屋交付时转给房企部分利润,部分利润用于房屋质量问题之赔偿责任,或是等到一定年限后全部转还给房企;至于其余预售资金则可在达到监管标准额度外,由预售人依法申请后转出,但优先用于工程建设之中。当然,若预售人陷入经营困难甚至面临破产风险,行政机关应当联合其他监管主体全面监管预售资金以确保房屋建设工程顺利完成^⑥。

预售资金部分监管模式是图2的有效监管区域,而确定最优值P点的关键在于利润监管范围。一方面,项目开发利润虽有所差异,但亦有平均值与中位数,可采用一般的利润比例作为判断基准,并根据现行监管实践与经济学分析共同确定合理的利润监管比例范围。具言之,预售资金监管上限应以房企守法成本等于收益为基准,盖因超过该基准的监管便无实际收益。房企守法成本大致包括资金流动性限制成本、企业福利损失、经营风险成本与机会成本,而其收益便是被监管的资金。至于监管下限则应以房企违法收益等于成本为基准,盖因某违法行为的收益超过成本便会泛滥。房企违法成本是被监管的资金、违法行为所产生的法律责任等,但其违法行为还应考虑该行为被发现并惩戒的概率,而其收益是工程“偷工减料”的收益、挪为己用的预售资金及其附带收益,例如资金流动性收益、企业福利收益以及经营、投资收益^⑦。另一方面,不同企业的信用存在差异,可针对高信用企业减少监管范围,引导、激励房企诚信经营,审慎使用预售资金以确保房屋建设工程顺利完成。

四、监管内容:预售资金监管程序与权责

党的二十大提出的“住有所居”目标能否实现,商品房预售资金监管是否切实有效,基础在于合理划分各监管主体的权责,激励各监管主体积极履行监管职责,规范商品房预售资金监管程序,遏制资金挪用行为。

(一)预售资金监管机制的“成本-收益”分析

监管运行机制,指通过对监管过程实施控制的一系列制度安排,对各种偏离预设监管方向及目标的干扰因素予以有效管理,促使监管运行结果与监管目标相契合,其主要由监管控制机制、权责分配机制、激励约束机制与反馈修正机制构成^[18]。就商品房预售资金监管机制而言,主要包括各监管环节的权责分配及衔接机制、监管主体的激励约束机制以及监管实效评估机制等制度安排,三大机制相互联系与协调,缺一不可。若以法律程序视角出发,预售资金监管包括预售资金监管账户申请开通、资金收存、资金支取与使用、信息披露等法律环节。其中,现行立法规定,预售许可申请前,预售人应申请开通监管账户。资金收存方式大致有二:一是预购人直接将房价款汇入专用账户,二是预售人收受房价款后代为汇入。预售资金支取与使用、信息披露环节是当前预售资金监管重点,包括工程建设进度及质量的监理、支取材料审核与资金划拨、资金使用监督、信息披露制度等。下文将以各监管环节为主线逻辑分段论述,运用“成本-收益”方法分析其中的监管运行机制。

美国法经济学家波斯纳(Posner, 2004)认为,交易成本指在一定社会关系中,人们通过资源交换而实施经济行为所支付的一切成本^[19],包括信息搜集成本、缔结契约成本、督促契约履行成本、风险预防成本与权利救济成本等^[20],而商品房预售资金监管法律制度完善与否与市场交易秩序健康程度和交易成本呈正相关关系。就监管人工成本而言,其主要考量监管主体的积极性与专业能力,前者决定监管主体是否主动积极与客观公正地履行监管职责,后者决定监管主体能否有效发现、阻止并震慑违规使用预售资金行为。

监管主体的意愿分析。首先,就当前国内外监管主体之选定而言,银行(贷款银行与其他银行)与预售房买受人的监管意愿最为强烈,盖因贷款银行与预售房买受人的权益实现、保障、救济皆取决于预售资金能否有效监管;而其他银行则因预售资金监管可为其取得巨额存款利益,故仅须制定严格的监管程序规则与责任追究制度。其次,预售房资金监管属于政府公共管理职能范畴,其理应适当干预该领域以维护公共利益,但因行政机关权力寻租之可能,故相关监管立法应着重于行政机关监管程序、具体工作人员的权责等方面内容。是故,上述类型的监管主体存在较强意愿,将其纳入监管制度将有效降低监管成本。最后,工程监理机构既非合同当事人,又非行政机关,更非公益组织,故其并无充足监管意愿,唯有制定有效的激励与惩戒机制,既给予其充足利益以激励积极监管,又明确其法律责任以确保严格监管。但是,现行立法与工程建设实践中,工程监理机构已有监督检查工程建设质量的权责,故其参与预售资金监管意愿较为强烈。

监管主体的能力辨析。首先,预售房资金监管主要涉及工程建设及造价、金融监管、法律等领域,故监管主体必须具备上述专业知识。就目前的监管主体而言,仅有工程监理机构具备工程建设及造价等专业知识;金融监管知识方面银行最具优势;而法律知识则是行政机关与金融机构更优;换言之,上述主体具备监管专业性,乃是必要的监管主体。其次,权责一致原则要求监管主体应当具备抗风险与责任承担能力,而其中当以民事责任为首,盖因监管主体能否承担因监管不力所引致资金违规使用的补充赔偿责任,将直接影响预售房工程能否完成与买受人权益能否救济等问题^[21]。就目前监管主体的抗风险与民事赔偿能力而言,金融机构最优,工程监理机构次之,而行政机关与其他主体最差。诚然,经济发达地区政府财政能力突出,然其公共管理事务繁杂决定了各领域的财政预算不高,住建部门并无充足能力承担民事赔偿责任,故对于行政机关之法律责任多为其设置严格的行政、刑事责任与党内法规执行责任,进而规范与激励其严格履行监管职责。最后,预售房资金监管业务与程序繁复,牵涉多部门的工作协调与配合,而能完成上述要求的监

管主体当属行政机关最优,盖因行政机关的权威性与强制性能有效指导与统筹各业务部门的工作衔接,实现预售房资金的全程、高效监管。

综上,预售资金支取与使用、信息披露环节的监管主体权限大致如下:第一,工程建设进度及质量的勘验环节,当商品房工程建设进度达到法定或约定的时间节点时,预售人申请工程建设进度及质量勘验,由工程监理机构与行政机关(部分法规的勘验主体)现场检查工程建设进度及质量,经勘验合格后,由工程监理机构与行政机关出具相应证明。第二,预售资金支取环节,预售人向贷款银行申请预售资金支取要求并提交相应材料,上述机构形式审查预售资金支取材料,经审查合格后,银行应及时划拨相应资金。第三,预售资金使用监督与信息披露环节,监管银行应定期将预售资金支取信息上传至政府相应信息管理平台或向行政机关备案,行政机关适时公开披露相关信息。

(二)商品房工程建设勘验环节的监管权责

法律层面,《中华人民共和国建筑法》第34条规定,工程监理机构应当客观、公正、严格执行监理任务;第35与69条规定,工程监理机构严格监督检查工程建设各项项目;其与承包单位、建设单位等串通谋取非法利益或降低工程质量的,处以罚款、降低资质等级或吊销资质证书等行政责任;有违法所得则没收;造成损失则承担连带赔偿责任;构成犯罪的则追究刑事责任。地方性法规层面,全国各地的监管办法大多规定,预售人支取预售资金必须持有工程监理机构与其他建设机构所出具之建设进度证明;工程监理机构提供虚假证明或用其他方式协助预售人违规支取预售资金的,依法追究其法律责任;部分地方立法规定,行政机关工作人员也必须到现场检查工程建设进度;若未严格履行职责的,追究其行政与刑事责任。但是,上述规定仍过于粗糙,存在较大的完善空间,现有立法仍未明晰工程监理机构的法律地位、具体权利义务与法律责任,仍未明确行政机关的现场检查是采取形式还是实质检查原则。

工程监理机构的权责。工程监理机构虽未直接参与预售资金监管工作,但其监理工作却决定资金监管工作,盖因工程建设进度及质量证明之真实性是实现预售资金优先监管的前提性与基础性条件。工程建设的全程监理证明了工程监理机构有能力与条件掌握工程建设进度及质量情况,加之,如实出具工程监理证明亦是其严格履行监理责任的应有内容^[2]。是故,在预售资金监管工作中,工程监理机构的权责应如下:当预售人申请预售资金支取时,其应根据现实之工程建设情况与预售资金监管协议的资金划拨时间节点出具工程建设进度证明,并保证证明的真实性;若工程监理机构与预售人串通而出具虚假证明,造成预售资金违规使用,其应当就被违规使用的资金数额承担民事赔偿连带责任。

主管行政机关的权责。行政机关因其专业能力与人力不足等因素而无法如工程监理机构一样全程参与工程建设,无法实质监督、发现工程建设质量等问题。是故,此环节下,主管行政机关权责应如下:首先,当预售人申请支取资金时,主管行政机关应当在工程监理机构的陪同下进行工程建设现场检查。当然,该现场检查仅限于简单的形式审查,即主管行政机关仅审查工程形象进度(通常以楼层层作为判断标准)是否达到监管协议的工程建设进度的预售资金划拨节点。其次,主管行政机关亦可采取不定期临时现场检查方式,及时了解与监督具体的工程建设进度。最后,若行政机关工作人员不积极履行法定职责,追究其行政责任;若行政机关工作人员与其他主体串通挪用资金,追究其民事赔偿连带责任、行政责任与刑事责任。

(三)预售资金支取环节的监管权责

当前全国各地的立法关于预售资金支取的材料审核范围大致存在两种类型:第一,工程建设及具体用款计划材料。审核材料范围包括勘察、设计、施工、监理(建设)等单位的工程建设进度证明材料;购买建筑材料与设备材料、支付工程建设等相关单位费用、法定税费等相关用款证明材料,例如北京市、桂林市、佛山市、中山市、合肥市、西安市、成都市、济南市等地的立法。第二,机关审核+工程建设证明材料。审核材料范围仅限于相关工程建设机构所出具的建设进度及质量情况等证明材料。例如天津市、长春市、乌鲁木齐市、

大连市、南京市等地的立法。对此,笔者倾向于审核工程建设及具体用款计划材料,理由如下:首先,本监管环节设置之目的在于增加对预售资金专款专用的监督,而增加预售资金使用计划材料的审核有利于监管银行对未来预售资金具体流向的掌握与管理。其次,基于法经济学视角出发,适当扩大证明材料审核范围虽增加成本,却可有效遏制预售资金违规使用行为。具言之,就预售人的成本而言,监管银行要求其提供具体的资金使用证明材料,此举必然增加其违规支取预售资金成本,但却不会提高守法主体的材料提供成本;此举亦可激励预售人与工程建设相关单位规范合同行为,保障各方主体利益。就监管银行的成本而言,预售资金使用证明材料的审核成本属于信息搜集成本类型,但银行的金融、会计等领域的专业优势决定此举并不会大幅增加其监管成本,且监管银行严格审核上述材料之真实性,可有效监管预售资金的流向,降低资金监管的风险成本。简言之,同时审核工程建设及具体用款计划材料属于收益大于成本的范畴。

综上,该环节的监管银行权责应如下:当工程监理机构与主管行政机关完成工程进度及质量的现场检查并出具证明后,预售人可持有工程建设进度证明与预售资金使用计划证明材料向监管银行申请支取预售房资金;监管银行应根据法定与约定的审核标准,严格审核上一阶段资金使用情况、本次资金支取计划的相关证明材料,如审查建筑材料与设备的购销合同是否符合工程建设计划内容、合同当事人是否真实,审查工程施工进度相关款项是否与工程建设计划内容一致等等;审查合格后,监管银行应及时将预售资金分别直接划拨至上述主体的账户中,而非全部支取资金直接转入预售人账户,再由其支付款项。若监管银行未履行上述形式审核责任,造成预售资金被违规支取,则由其负责追回相关款项,无法追回的由其承担民事补充责任;若监管银行与其他主体串通挪用资金,则其应当承担民事连带赔偿责任,并处行政罚款,追究其刑事责任。

(四)预售资金使用监督与信息披露环节的监管权责

当前部分地方性法规涉及预售房资金使用监管的规定大致如下:其一,主管行政机关构建统一的预售房资金监管平台,对预售资金监管的申请、收存、支取以及解除等实现全程网络化监管,并实施监管信息共享^⑧。其二,主管行政机关建立监管协调机制与不定期巡查机制,前者意在协调各环节监管主体的工作衔接机制,实现监管工作的高效运行;后者则通过核查工程建设进度以及预售资金使用情况,进一步监督建设单位^⑨。其三,构建信息披露制度,接受购房者与社会的监督^⑩。由此观之,全国各地开始完善预售资金事后监管的规定,但立法差异较大;且现行立法多是原则性规定,缺乏可操作性。对此,笔者认为,现行立法与监管实践应作如下完善措施:

首先,预售房资金的有效监管离不开物质、人力等现实基础,而监管平台便是有利凭借,其能有效降低资金监管的人力成本,有力监控预售资金的收存、支取情况,更能有效监督与约束资金监管主体行为。是故,全国各地的行政机关应根据自身财力状况适时构建统一的预售房资金监管平台,实现资金监管的网络化与自动化。其次,事后监管,系指预售房资金用于工程建设的具体情况的监管措施,包括定期的预售资金整理与审核、预售资金用途监控与追踪等,其在风险防范、用途监控与利益保障方面具有不可磨灭的作用,更是预售房资金监管的重要组成部分。由此,该环节的监管权责应是如下:监管银行完成预售房资金支取的证明材料之后,应当及时将相关信息上传至监管平台,并且定期向主管行政机关汇报预售资金监管情况;主管行政机关应当适时监管预售资金使用的具体情况,通过不定期与定期巡查工程建设项目以实现预售资金的事后监管。最后,在预售房资金监管领域中,信息不对称问题始终是制约预售房资金监管的主要障碍,确保预售房资金使用信息的公开性,保证对购房者的信息公开,以其直接利益主体身份而具有足够的监督意愿;加之,购房者的监督参与亦可有效监督工程建设进度,督促主管行政机关积极履行监管职责,确保预售资金的专款专用。因此,行政机关职责与购房者的权利应如下:行政机关应当及时将预售房资金监管平台中的非涉密信息共享给购房者,并且在接收到购房者所提供的预售资金违规使用线索后,及时采取

相关措施核查线索真实性,监控工程建设的实际进度,处理完毕及时回复与公示处理结果。

五、结语

当前我国房地产行情正处于下行区间,房企资金压力增加与商品房预售资金监管不力而导致商品房预售资金违规使用行为层出不穷,致使楼盘烂尾问题频出。党的二十大提出的“房住不炒”“住有所居”“保障与改善民生”等精神,要求法学界与实务界注重商品房预售制度研究以促进房地产行业健康发展。法律制度之构建应当充分考虑法律制度的经济效率与法律效果,确保商品房预售资金监管得以有效实现。为此,本文根据政府规制理论得出,监管体制宜采取多主体共同监管模式,针对资金使用与监管工作而分别选择工程监理机构、银行与行政机关;根据“成本-收益”边际分析方法得出,预售资金应解释为所有的购房款,而监管范围应是工程建设费用+部分利润;根据监管权责的成本分析,确定工程建设勘察环节、预售资金支取环节、预售资金使用监督与信息披露环节的具体监管权责。

注 释:

- ① 行政机关监管模式,系指行政机关负责预售资金的全部监管工作,包括制定预售资金监管规则、审核商品房预售许可、预售资金使用申请等一系列工作,而银行则是配合行政机关的“指示”划拨资金;银行监管模式,系指行政机关全权授予商业银行负责全部预售资金监管工作;中介机构监管模式,系指由工程监理机构、担保或保险机构参与商品房预售资金监管工作,由其负责审核预售资金使用请求,再通知银行或房企持有相应证明请求银行划拨相应资金。
- ② 政府资金监管的成本收益存在一定相似性,其监管边际收益规律亦基本一致。本“监管成本-收益”规律图转引自胡继晔.养老金监管的法经济学分析[J].政法论坛,2012(4):62-71,该图仅作分析使用。
- ③ 具体立法可参见《广东省商品房预售条例》第29条规定。
- ④ 此种类型属于多数现行地方立法的做法,例如北京市、天津市、重庆市、成都市、佛山市、中山市、珠海市、桂林市、济南市、大连市、西安市、合肥市等地。
- ⑤ 根据2022年7月安居客等房产中介公布的房价,其中珠海房价均价为23200元,而《珠海办法》规定的工程建设费用为3300元,占比约为14.2%;北京房价均价为59000元,《北京办法(意见稿)》规定的工程建设费用为5500元,占比为9.3%。
- ⑥ 此种做法可参考《北京办法(意见稿)》第22条规定。
- ⑦ 该具体比例的确定属于纯粹的经济学理论分析,更需要获取大量的经济数据,超出本文研究范畴,故笔者无法直接得出结论,仅能提出大致范围。法国的预售资金监管实践是分阶段支付预售资金,但在楼盘完工后一定期限内,监管主体会继续监管约5%的预售资金以用于房屋质量维护与赔偿等方面,具有较高的监管收益,而该资金约占开发利润的30%~50%。对此,笔者认为,当前我国房地产行业的利润率约为8%~15%,监管的利润范围约为预售资金的2.4%~7.5%。
- ⑧ 相关法规可参见《北京市商品房预售资金监督管理办法(征求意见稿)》(简称《北京办法(意见稿)》)第4条等规定;《天津市新建商品房预售资金监管办法》(简称《天津办法》)第6、12条规定;《佛山市商品房预售款监督管理实施办法》(简称《佛山办法》)第3、12条规定;《成都市商品房预售款监管办法》(简称《成都办法》)第6、8、17条规定;《乌鲁木齐市商品房预售资金监督管理办法》(简称《乌市办法》)第7条规定等。
- ⑨ 相关法规可参见《北京办法(意见稿)》第24~26条等规定;《成都办法》第20条规定;《佛山办法》第12、15条规定;《桂林市城市商品房预售资金监管办法》第16条规定;《乌市办法》第16~18条规定等。
- ⑩ 相关法规可参见《北京办法(意见稿)》第24~26条等规定;《成都办法》第20、22、23条规定等。

参考文献:

- [1] 肖德芳.中国式“按揭”之本质新论[J].法学杂志,2008(3):134-136.
- [2] 唐烈英.论出卖人在按揭贷款合同纠纷中的诉讼地位——兼评《商品房买卖合同问题解释》第26条、27条[J].河南财经政法大学学报,2013(6):138-143.
- [3] 刘颖.电子银行法律风险的几个问题[J].暨南学报(哲学社会科学版),2014(12):49-66.
- [4] 管斌.商业银行法律风险的产生及其规制——以英国北岩银行危机为分析蓝本[J].法商研究,2012(5):22-31.

- [5] 孙晋.规制变革理论视阈下公平竞争审查制度法治化进阶[J].清华法学,2022(4):43-57.
- [6] 苗红娜.治理时代西方国家的政府规制改革——兼论后规制政府的兴起[J].重庆大学学报(社会科学版),2010(2):43-57.
- [7] 杨炳霖.后设监管的中国探索:以落实生产经营单位安全生产主体责任为例[J].华中师范大学学报(人文社会科学版),2019(5):83-88.
- [8] 孙晋.公平竞争原则与政府规制变革[J].中国法学,2021(3):186-207.
- [9] 张波.政府规制理论的演进逻辑与善治政府之生成[J].求索,2010(8):62-64.
- [10] 韩中华,付金方.西方政府规制理论的发展及其对我国的启示[J].中国矿业大学学报(社会科学版),2010(1):38-40+52.
- [11] [美]保罗·萨缪尔森,威廉·诺德豪斯.经济学(第18版)[M].萧琛,蒋景媛,译.北京:人民邮电出版社,2011:25-44.
- [12] 漆多俊.经济法基础理论(第5版)[M].北京:法律出版社,2017:24.
- [13] 许健.论可持续发展与经济法的变革[J].中国法学,2003(6):96-97.
- [14] GOWLAND, DAVID. The Regulation of Financial Markets in the 1990S[M].Edward Elgar Pub, 1990:21.
- [15] 胡继晔.养老金监管的法经济学分析[J].政法论坛,2012(4):62-71.
- [16] ANDREI SHLEIFER, EDWARD GLAESER L, et al. The New Comparative Economics[J]. Social Science Electronic Publishing, 2003(2):595-619.
- [17] 中房网.楼市调控“管好不管死”:商品房预售资金监管全国纠偏[EB/OL]. [2022-11-20]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1724495110103221477&wfr=spider&for=pc>.
- [18] 王进诚.对监管运行机制重构的思考[J].金融研究,2005(10):64-73.
- [19] R·科斯,D·诺斯,等.社会成本问题[C]//财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集.胡庄君,陈剑波,等译.上海:三联书店,2004:51.
- [20] [美]波斯纳.法律的经济分析[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997:391.
- [21] 李卫刚,骆微.论商品房预购人权利保护的立法完善[J].宁夏社会科学,2012(3):23-29.
- [22] 王家远.监理责任的法律基础分析[J].建设监理,2001(2):41-45.

(责任编辑:何 飞)