

# 浅析商品房预售中开发商的信息披露义务

彭 华<sup>①</sup>

(湖南工业大学 科技学院, 湖南 株洲 412008)

**摘 要:**从法理学的角度分析,要解决商品房预售市场存在市场失灵的问题,离不开国家干预。开发商作为“经济人”,需要“诚实信用”制约其人性的异化。从法经济学的角度,无偿的信息披露将会阻碍信息的生产,从而不利于社会总体效益。这也意味着一项信息披露制度必须考虑“信息回报”机制,合理界定开发商信息披露义务,在具有伦理意义的公平正义与经济利益最大化之间进行合理的价值平衡。

**关键词:**商品房预售;信息披露义务;信息回报机制;价值平衡

商品房预售存在一些制度性的弊端,尤其是开发商利用预售引发的交易信息在时间上的不对称带来的信息优势,与预购房方进行不平等的博弈,导致商品房预售市场欺诈、误导层出不穷。开发商不尽信息披露义务行为在追求程序正义的抽象人格平等法律中呈现了严重的实质不公,这是一个值得思考的问题。目前对开发商的信息披露行为从理论上进行研究与探讨往往不被人们所重视。笔者将从法经济学与法理学的角度对开发商的信息披露义务做一些分析。

## 一 从法经济学角度看开发商信息披露义务的配置

自 20 世纪 60~70 年代以来,兴起了法经济学的思潮,它应用微观经济学的分析方法评价法律的经济效益,<sup>[1]</sup>其应用范围目前已经扩大到社会规范的分析。法经济学方法论上的个人主义是其一大理论特色。法经济学有三大命题:斯密定理、科斯定理、波斯纳定理。斯密定理指出,自愿交换对个人是互利的;虽然人们对科斯定理有不同的理解,学界通常认为:在一个零交易成本世界里,不论如何选择法规配置资源,只要交易自由,总会产生高效率的结果。<sup>[2]</sup>在现实交易成本存在的情况下,能使交易成本影响最小化的法律是最适当的法律之一;波斯纳定理指出,如果市场交易成本过高而抑制交易,那么,权利应赋予那些最珍视他们的人。<sup>[3]</sup>法经济学将经济学的最优化原则与法学进行联姻的方法,为

分析开发商的信息披露义务提供了清新的视野。

由于常人皆有利己动机,一般情况下自愿交换对个人是互利的。斯密定理有其适用前提:自愿交换必须是拥有一定信息的人在没有胁迫和欺诈、误导的条件下进行交易。即需要信息帮助决策,而信息生产需要成本,信息一旦披露就具共享性无法弥补成本。经济学常识还告诉我们,只要生产信息的成本不超过所期待的利益,信息就值得生产。“一个人在获得信息之前,不可能了解某类信息的预期成本和效益,所以他们不可能在尚未到手的知识中获得最大化的净收益”。<sup>[4]</sup>不知道信息也就不知道是否要进行信息生产,也就是说信息与信息生产之间存在信息悖论。现实中的信息不全是有目的生产的产物,它们可以分成偶然获得的和通过加工成本获得的两类。<sup>[5]</sup>对偶然获得的信息,强制信息生产方免费向他方提供不会影响信息的生产。通过有目的加工获得的信息,若无价值回报途径,强制信息生产方免费向他方提供则可能会使信息生产活动失去生产动机。对社会而言,降低交易成本须有效降低信息成本。将社会作为一个整体,若提供信息的义务由以最低成本获取信息一方来承担会带来社会信息成本最低。另一方面信息具有共享性,信息从使用价值的角度看,无需重复生产,赋予信息消费方以信息知情权会减少社会信息重复生产的成本;可从价值的角度看,若信息生产者无法得到信息生产成本的补偿,会失去生产信息的动力。因此,信息披露

① 收稿日期: 2008-11-25

作者简介: 彭 华,男,湖南双峰人,湖南工业大学科技学院副教授,硕士,律师,主要研究民商法与经济法。

义务必须符合信息生产原理,其配置应当既使社会总成本最低,又不损害信息生产的动力,还能推进社会自愿交易促进信息生产。要保持有目的加工生产信息者的动力,就要建立信息生产的价值补偿机制。根据波斯纳定理,权利应赋予那些最珍视他们的人,即有必要建立排他性信息财产所有权法律制度,一定程度上赋予信息生产者信息财产权。

从上述原理可见,对偶然获取的信息强制开发商进行披露,不会对其未来的行为产生严重影响。对这些信息的获得他们一般没投入专门的成本,不会因此受到负激励而减少社会上的有用信息生产总量,赋予开发商信息披露义务有助于交易成本“最少化”。对开发商通过努力有目的生产得到的信息,却不能这样简单的定论。要使信息生产者从信息中获得益处,激励信息的生产,就得确立一定程度的排他性信息财产权,排除他人“免费搭车”,不得随意强制开发商免费披露信息。当然这样将可能使交易中的买方因不具有相关信息而可能产生错误,开发商有机会可利用他人的错误从中得到好处,从道德的观念看似似乎不适宜。这个两难问题进一步印证了“有法的价值就有法的价值冲突,而‘价值冲突是价值整合的前提,没有价值要素之间的对立与矛盾,价值整合就没有必要’,因此法的价值冲突与整合……就成为法制社会一个必须解决的问题”。<sup>[6]</sup>但是价值之间的冲突不是绝对的,是可以整合的。“他们往往会在一个较高的层面上紧密相联、融洽一致”,<sup>[7]</sup>形成达成价值共存的局面。价值平衡的标准在我国来说与生产力标准、人道主义标准和中国特色社会主义理论结合在一起。<sup>[8]</sup>在商品房预售中,需要经济与道德两种价值之间进行平衡,坚持效益优先兼顾公平,与我国社会主义初级阶段的国情相符。

为了经济效益我们应当容许一定程度的灵活性,但又要针对预售商品房信息披露的独特性规定开发商必要的义务,在一方的信息知情权与另一方的信息披露义务之间进行价值平衡。在商品房预售中,许多对交易达成至关重要的信息,虽然开发商是通过支付成本而获得的,而购买人在预售阶段只能听信开发商的一面之词,但这些信息若到现房阶段大多成为购买人可以极低成本获得的信息,开发商也很难凭这些信息再赚取额外的利益,再加上预售本来已使开发商因交易提前而受益,其价值已得到弥补,强制开发商披露此类信息,并不会损害开发商的信息权益。对社会方面而言,这会更好保障消费

者知情权而促进交易,有利于房地产市场的繁荣,节约社会成本,提高经济效益。

法经济学也日益重视博弈论的应用。<sup>[9]</sup>合同的订立过程就是一个博弈的过程,双方根据对标的物价值等因素的判断与认识,相互讨价还价。埃维纲什·迪克西曾说过,了解对手在做与你相同的事,战略性思维就成为战胜对手的一门艺术。博弈论就是这样的一门艺术,<sup>[10]</sup>它主要研究理性人的互动行为。在博弈的结构中,任何局中人所得的支付,不仅与自己选择何种战略有关,而且还是其他局中人所选战略的影响因素,任何局中人改变自己的战略,都会改变其他局中人的所得。博弈论有多种均衡,其中纳西均衡是最基本最重要的均衡,它描述的是在选择战略时都没有共谋的情形下,只选择对自己最有利的战略,而不考虑社会福利或任何其他对手的利益。在商品房预售市场中,开发商的信息披露行为与购买者之间的购买互动行为就是一系列的博弈过程。没有信息披露法律的干预,开发商在单个博弈中将是获益者。但在连续博弈中,会付出长远的代价。因为有句俗话叫惹不起躲得起,单轮博弈中的失败者可能会退出博弈,其他博弈中的旁观者也会从潜在的博弈者中放弃。故预售市场要实现长期的互利多赢,离不开开发商的信息披露与交易双方的信息共享。

现实中信息不对称是信息分布的普遍特征,预售商品房市场交易的有关信息在绝大多数情况下偏向于开发商一方,预售制度更凸显了信息分布在时间上的不对称。信息不对称对市场功能正常发挥带来严重的障碍,由于信息不对称导致不能发现合理的价格,造成商品房预售市场资源配置功能扭曲,严重伤害预购人的利益,使具有信息优势的买方可以利用信息剥削卖方。当然影响不止于此,不对称信息还会影响市场交易契约的完备性,引起道德风险、逆向选择、交易成本高昂、决策风险、诈骗横生等等弊端。在信息分布不对称条件下的博弈,购房者购买积极性在一定程度取决于开发商的信息披露。假若开发商披露预购人所需的信息,预购人将有能力通过理性来进行投资判断。如果得不到相关信息,预购人会倾向于不购买。一旦购买者选择了购买,开发商会倾向于尽可能少披露信息或不披露信息,这就必须依靠外力才有可能实现预售房市场的正常运转,防止潜在的买房人为此心寒而退出交易。故要互利双赢就必须打破不合作的纳西均衡,趋向合作型博弈,使市场得到长期稳定发展。正是个体的

最优战略与总体的最优选择无法靠市场“那看得见的手”而自动形成。正当外力的介入,开发商信息披露义务的配置就成为打破博弈僵局,促使市场健康运转的关键。

## 二 从法理学角度看开发商信息披露行为

市场失灵与需要国家干预和“经济人”与“诚实信用”两对关系是法理学经常思考的问题。亚当·斯密在他的《国富论》中有一个被后人反复提到的基本论点:“所有的个人都以利己心为动机从事经济行为,在公正率的支配下,经由看不见的手引导走向私利和公益的和谐一致”。即从利己出发,实现利他,该思想在西方社会有着深远的影响。由于有看不见的手管理经济,许多人认为管得最少的政府是最好的政府。实践告诉人们,这一学说有它的适应范围和局限性。市场由于内在功能的缺陷和外部条件的缺陷,存在着“市场失灵”,引起它在资源配置中并不总是产生最有效率的后果。市场失灵主要表现在外部经济效果、不完全竞争、信息不对称情况下的交易、公共品的生产等方面。在市场失灵的状态下那只看不见的手作用在大大减少,甚至无能为力。房地产预售市场也同样存在着严重的市场失灵现象。首先,从生产与消费的角度看,房地产产品受周边环境规划、功能分区影响大,而外部环境中的基础性设施往往投资大,投资者很难收回投资,由此而导致生产上的市场失灵;在消费中住宅消费示范效应很强,低收入人群往往效仿高收入人群的行为,开发商为追逐超额利润,大量投资高档商品房,会造成不合理的住宅供给结构。高档住宅造成虚幻的市场繁荣,导致低档住宅尾随其价格上升形成消费上的市场失灵,呈现出房地产大量空置与价格猛涨同时并存的奇怪现象。这些外部经济效果的存在带来市场失灵。其次,从不完全竞争性看,土地有限、房地产不可移动,削弱了市场机制的正常发挥。再次,从公共品的生产角度看,商品化的住宅会带有社会性的属性。商品的私人生产属性与公共品的社会性常常存在矛盾,导致了房地产市场失灵。最后但也最根本的是,房地产市场信息不对称更加激化了市场失灵。预售商品房市场的失灵,使市场缺乏效率,并且市场本身对这种失灵是无能为力的。

西方的政治哲学曾认为“市民社会与政治国家”存在着根本的对立。从孟德斯鸠的“三权分立”到洛克的“政府论”,都对国家权利保持极大的警惕,他们认为国家干预是对自由的一大威胁。需要国家干预学说则认为“干预是一股可善可恶的力

量,通过经济法治,国家对市场实行适度干预”,“通过经济法治,国家对市场实行适度干预”<sup>[11]</sup>引入国家这只看得见的手,来弥补市场的不足。抓住开发商信息披露进行法律规制,就抓住了问题的关键。在民事法律中,各国多把民事关系的参与各方,抽象为平等的主体。现代市场经济的发展,冲击着人们之间的平等观,需要国家干预就是以实质平等作为价值取向,使开发商与购买人之间的博弈立足于双方事实上的不平等之上。开发商通常有很强的经济实力,赋予他们以信息披露义务,就是为了购买人能够在信息平等的基础上同预售人进行交易。通过法律规制的手段将开发商的信息披露行为纳入正确的轨道,不至于使市场上出现一种“专断的他人意志”,既防范房地产市场失灵,又避免政府之恶。这也正好暗合了法律发展从身份到契约再到具体人格的回归。

市场经济是一种竞争经济。正如亚当·斯密所指出的每个人行为的动机主要在于利己,求得自己的利益。利己是人类一切经济行为的推动力,利己心并不非得反对或摒弃,个人自私可以有助于社会福利。我们通常把交易主体看作为“经济人”。对房地产开发商而言,商品房预售是一项经济行为,他会利用一切对自己有利的各种资源以求得自己的最大利润。就拿商品房预售信息这一领域而言,一方信息的优势可能成为欺诈。因为积极地向对方提供不正确的信息或妨碍正确情报的获取,本身就是一种欺诈行为。退一步说,就是没有上述表现,不提供更正对方的错误认识所必需的信息,而趁机在双方进行的交易中获取利益,这种行为在伦理上讲仍是值得拷问的。所以市场经济除了需要“经济人”的利己外,还存在它特定的伦理原则,诚实信用就是这样一个原则,它是伦理原则的法律化。自罗马法以来,诚信原则就一直存在并被人们沿用发展。在我国诚实信用原则写进了《民法通则》第4条,“民事活动应当遵循诚实信用原则。”并且,我国法律还确立了缔约过失责任制度,可知诚信这一含义已贯穿整个民法体系。缔约交涉中信息优势方信息披露体现了诚实信用这一原则,否则,商品房预售市场难以稳定发展。因此,在商品房预售市场缔约的过程中,立法者有必要引导交易主体在“经济人”与“诚实信用”之间协调。

法律发展的重心在于社会本身,法律问题必须与社会的现实相结合。商品房预售制度放大了交易信息分布在时间上的不对称性,引发商品房预售市

场失灵。开发商作为“经济人”的极端利己行为不能自发产生自由市场理论上的利他效果,反而横生欺诈、误导等不道德现象。立法者有必要深入研究预售商品房的特性,在认识和把握客观规律的基础上,更好地尊重和反映规律,构建开发商信息披露法律制度,强化开发商的信息披露义务,对开发商非专门生产的信息确立预购人信息知情权,开发商专门生产的但可从预售机制得到一定价值弥补的信息赋予其一定程度的信息披露义务。社会需要以国家干预为手段,对信息知情权与信息披露义务进行价值平衡,让开发商的欺诈、误导和其它不尽信息披露义务的行为相对应承担欺诈、误导和缔约过失的责任。国家通过对开发商(信息优势方)信息披露行为进行法律规制,引导市场逐步实现合作型博弈,促进自愿交易。当然,信息披露法律制度的确立并不会因加大开发商义务而带来生产成本的明显提高,相反,这些制度的建立还将因制约欺诈、节约交易成本、引导资源正确配置,促成公平、公正的交易而保护购买者的利益,从而促进商品房市场的良性运行,为整个行业带来活力。

参考文献:

[1] Thomass Ulen. *law and Economics settled Issues and open*

*Question* [M]. Nicholas M arcum ed. Kluwer Academic Publishers 1989: 201

[2] Elizabeth Hoffman, Mathew L. Spitzer. *The Coase Theorem, Some Experimental Test* [J]. *Journal of law and Economics* 1982, 25(4): 73

[3] [美]理查德·A·波斯纳. 法律的经济分析(上) [M]. 1版. 蒋兆康, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 20

[4] [德]柯武刚, 史漫飞. 制度经济学——社会秩序与公共政策 [M]. 韩朝华, 译. 北京: 商务印书馆, 2004: 64

[5] Anthony T Kronman. *Mistake disclosure information, the law of contracts* [J]. *J. Legal study* 2005 60(3): 607-611

[6] 李 龙. 法理学 [M]. 北京: 人民法院出版社, 中国社会科学出版社, 2003: 139

[7] [美]E·博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法 [M]. 修订版. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 330

[8] 张文显. 法理学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 北京大学出版社, 1999: 212

[9] [美]拜尔·格特纳·皮克. 法律的博弈分析 [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 37

[10] 曲振涛. 法经济学 [M]. 北京: 中国发展出版社, 2005: 88

(责任编辑: 徐 蓓)

## 本刊声明

据作者反映并经查证,有人在互联网上用《湖南工业大学学报》的名义发布约稿信息并作出稿件处理承诺,这是一种严重的欺骗行为。湖南工业大学期刊社郑重声明:本社三个学报(《湖南工业大学学报》《湖南工业大学学报(社会科学版)》《湖南冶金职业技术学院学报》)目前尚未在互联网上发布约稿信息和作出稿件处理承诺,作者据此投稿后果自负。征稿信息以正式刊登在我校上述三个学报上的征稿信息为准。(湖南工业大学期刊社网址: <http://www.hnui.edu.cn/xb/>)

特此声明。

湖南工业大学期刊社  
2009年 01月 05日