**晋城市人民政府**

**行 政 复 议 决 定 书**

申请人：殷某

被申请人：晋城市住房和城乡建设局

法定代表人：马阳光 职务：局长

申请人对被申请人作出的《关于〈查处申请书〉的答复》不服，于2024年7月13日向本机关申请行政复议。本机关依法受理后，向被申请人送达行政复议申请书副本及行政复议答复通知书，被申请人在法定期限内向本机关提交了书面答复及作出具体行政行为的证据。经书面审理，本案现已审结。

申请人称：晋城市某房地产开发有限公司（以下简称“某房地产”）在晋城市城区某办事处上东关X号某颂项目地块上，投资建造商品房，在预售期间某房地产发布广告，承诺购买其商铺后由某房地产组织代为出租所购商铺以赚取收益。2021年8月18日，申请人与某房地产签订了《商铺认购合同》，双方在该合同中约定由申请人购买某房地产预售的某颂项目商品房，（项目具体位置为：山西省晋城市城区某办事处上东关X号）3层55B号商铺，商铺面积为8.93平方米，房屋总价为155402元，双方约定于2022年9月1日前将该房屋交付给申请人。同时又让申请人与山西某商贸有限公司（以下简称“某商贸”）签订《委托经营管理合同》，约定某商贸对该商铺经营管理5年。申请人已按合同约定全额缴纳购房款，但直至今日该项目仍未建成，商品房建设处于停工状态，房屋所有权登记更未为申请人办理，根据合同约定某房地产和某商贸已构成严重违约；其次某房地产销售房屋并承诺售后包租，某商贸实施了包租行为，某房地产和某商贸此行为明显是售后包租或者变相售后包租行为。

根据《房地产广告发布暂行规定》第十六条：“房地产广告中不得出现融资或者变相融资的内容。”而售后包租的行为，本来就是房产商为了销售商铺回笼资金，同时又为了保证对整个商业有统一规划的权限，在商铺出售后的一定年限内由第三方运营商以代理出租的方式进行管理与运营，期间由运营方按照返租合同的约定回报定期支付给客户的一种商铺运营方式，也是一种变相融资的手段，某房地产销售时的承诺行为本身就违反了此规定，因此属于违法销售。

根据《商品房销售管理办法》第十一条：“房地产开发企业不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工商品房。”及《中华人民共和国广告法》中第二十六条：“房地产广告，房源信息应当真实，不得含有下列内容：（一）升值或者投资回报的承诺；（四）对规划或者建设中的交通、商业、文化教育设施以及其他市政条件作误导宣传。”之规定可知，也是明令禁止售后包租的，被申请人严重违反此项规定，实为虚假宣传，欺诈消费者，依法应当承担法律责任。

被申请人在作出的《关于〈查处申请书〉的答复》中以“《查处申请书》中认为晋城市某房地产开发有限公司（以下简称“某房地产”）采取售后包租的形式销售商品房，但根据你所提供的证据材料《商铺认购合同》仅能证明你与某房地产之间存在商铺买卖合同关系，但关于售后包租事宜，却未提供相应证据予以佐证，缺乏依据”答复申请人，申请人认为申请人在查处申请书中已明确有签署《委托经营管理合同》及发布相关广告行为，但被申请人在答复书中却未将详细的调查过程及调查文件答复申请人，而仅以上述内容回复申请人，该回复明显不符合法律相关规定，并未履行法律赋予的法定职责，实在令申请人难以信服。

综上所述，请求贵单位支持申请人的行政复议请求，对被申请人的行政不作为进行查处，并依据相关规定撤销被申请人作出的回复，要求其重新答复，维护申请人的合法权益。

被申请人称：《关于〈查处申请书〉的答复》并未侵犯申请人任何实体权益，申请人申请复议没有事实基础；且“答复”行为及内容均非具体行政行为，不属于行政复议的受案范围。应当驳回申请人的复议申请。

一、《关于〈查处申请书〉的答复》仅是对相关证据及调查结果的客观分析，未对申请人相关权利进行评价或者定性，更不存在否认申请人权益的情形，申请人申请复议毫无事实基础。

申请人向被申请人提交《查处申请书》，并附申请人与晋城市某房地产开发有限公司（以下简称“某房地产”）签署的《商铺认购合同》作为证据材料。另，申请人在《查处申请书》中提及“在预售期间被申请人1（某房地产）发布广告，承诺购买其商铺后由被申请人1组织代为出租所购商铺以赚取收益。”

《商铺认购合同》仅能反映申请人与某房地产之间存在商铺买卖合同关系，申请人所提交证据无法证实某房地产存在“售后包租”的行为。被申请人对此只是进行了客观分析并回复，没有侵害到申请人相关权益。为了保障申请人的维权渠道，被申请人同时还提出了建议申请人可以依据合同进行诉讼。也就是说，被申请人的回复不仅未侵害到申请人的合法权益，反而鼓励其通过合法途径维权，申请人现在申请复议的行为没有根据。

二、申请人相关陈述内容与被申请人调查结果不吻合，被申请人的《关于〈查处申请书〉的答复》内容更是在履行作为行政机关的审慎注意义务。

申请人在《查处申请书》中表示“某颂”的项目主体是某房地产，根据申请人提供线索，被申请人第一时间对案涉建设项目进行调查，结果显示该项目的建设单位及项目主体在册登记为晋城市城区某街道办事处某资产管理委员会（以下简称“某资产管委会”）。经进一步查证，某房地产与某资产管委会采取合作开发形式，但后因某房地产未实际投资，已退出开发。2021年，项目主体已变更为晋城市某2房地产开发有限公司。被申请人至今无法联系到某房地产的相关负责人和关联人以进一步查实是否存在“售后包租”的不法行为。因此，申请人申请查处的主体与案件事实情况存在偏差，被申请人无法更深入本案，《关于〈查处申请书〉的答复》内容进行客观陈述并建议，也是在履行作为行政机关该尽的审慎注意义务。

三、申请人诉请内容及相关案件属性已然超越行政机关职权范围，应当交由司法机关进行认定。

申请人在行政复议申请书中提及与山西某商贸有限公司（以下简称“某商贸”）签订《委托经营管理合同》，结合其与某房地产之间的《商铺认购合同》，两份合同构成两个独立的民事法律关系，一个是申请人与某房地产的买卖合同关系，一个是申请人与某商贸的委托经营关系。申请人如认为某房地产存在售后包租情形，除要证明某房地产项目主体身份外，还需要有充分证据证实某房地产与某商贸之间存在售后包租的串通，但其并未提供相关证据。为查明案件情况，被申请人为此也查阅了两公司的企业信用公示信息，但无论是法定代表人、住所还是股东等信息，两公司之间并不存在牵连关系，且某商贸现已注销。因此，现有证据下，想要认定民事主体之间是否存在真实有效的法律关系，民事活动中是否伴随损害消费者合法权益、甚至是违法犯罪的行为，已经超越了被申请人可行使的职权范围，被申请人关于申请人通过诉讼途径维权的建议应该是更为妥善合理的做法。

四、被申请人的答复行为不属于申请行政复议的范围，即本案不属于行政复议受案范围。

（一）被申请人的答复行为并非具体行政行为，不是《行政复议法》中涉及的行政行为。

本案中，被申请人根据申请人查处申请所作的“答复”，并非行政复议中规定的可复议的行政行为。根据《行政复议法》第二条“公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益，向行政复议机关提出行政复议申请，行政复议机关办理行政复议案件，适用本法。前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织的行政行为。”也就是说，行政复议所要处理的是行政相对人与行政机关之间发生的行政争议。行政复议所要审查的对象，主要是具体行政行为，如行政许可、行政处罚、行政强制等，因为这些具体的行政行为，直接关系到公民、法人以及其他组织即行政相对人的权益。如前所述，被申请人根本不存在确认或否认申请人权益的情形，甚至谈不上是一个具体行政行为。因此，申请人所要求复议的行为显然不属于《中华人民共和国行政复议法》中涉及的行政行为。

（二）申请人复议申请不属于法定受案范围。

根据《中华人民共和国行政复议法》第十一条“有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议：（一）对行政机关作出的行政处罚决定不服；（二）对行政机关作出的行政强制措施、行政强制执行决定不服；（三）申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服；（四）对行政机关作出的确认自然资源的所有权或者使用权的决定不服；（五）对行政机关作出的征收征用决定及其补偿决定不服；（六）对行政机关作出的赔偿决定或者不予赔偿决定不服；（七）对行政机关作出的不予受理工伤认定申请的决定或者工伤认定结论不服；（八）认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权；（九）认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争；（十）认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务；（十一）申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行、未依法履行或者不予答复；（十二）申请行政机关依法给付抚恤金、社会保险待遇或者最低生活保障等社会保障，行政机关没有依法给付；（十三）认为行政机关不依法订立、不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等行政协议；（十四）认为行政机关在政府信息公开工作中侵犯其合法权益；（十五）认为行政机关的其他行政行为侵犯其合法权益。”对比来看，法定的可申请行政复议的情形必然是涉及到行政机关可能存在侵权，但被申请人的答复行为和内容显然与侵权不相干，也就不属于《行政复议法》第十一条规定的申请行政复议范围，申请人的复议申请自然不应当受理。

综上，申请人申请行政复议没有事实和法律依据，根据《中华人民共和国行政复议法》第三十三条应当驳回申请人的复议申请。

经审理查明：申请人于2024年5月20日通过EMS邮寄《查处申请书》，认为晋城市某房地产开发有限公司在某颂项目商铺预售过程中存在售后包租的违法行为，要求被申请人予以查处。被申请人于5月22日收到上述申请；于7月1日作出《关于〈查处申请书〉的答复》，并送达申请人。

2021年7月6日，申请人与晋城市某房地产开发有限公司签订《商铺认购合同》，合同就商铺基本情况、价款及付款方式期限、违约责任、交付与产权登记、争议解决等内容进行了详细约定；同日，与山西某商贸有限公司签订《委托经营管理合同》，就商铺的委托经营相关事项进行了约定。

申请人所称“某颂”项目与新建某商业大厦项目是同一项目。该项目的建设单位及项目主体在册登记为晋城市城区某街道办事处某资产管理委员会。晋城市某房地产开发有限公司与某资产管委会拟采取合作开发形式，但因某房地产未实际投资，已退出开发。2021年，项目主体已变更为晋城市某2房地产开发有限公司。

晋城市某房地产开发有限公司成立于2015年7月23日，法定代表人张某，股东叶某、张某。登记机关：晋城市市场监督管理局。登记状态：存续。

山西某商贸有限公司，成立于2021年6月30日，法定代表人赵某，股东赵某1、赵某。登记机关：晋城市城区市场监督管理局。登记状态：注销。

本机关认为：《商品房销售管理办法》第四十二条第四项规定，房地产开发企业在销售商品房中采取售后包租或者变相售后包租方式销售未竣工商品房的，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。该办法第四十五条第二款规定，本办法所称售后包租，是指房地产开发企业以在一定期限内承租或者代为出租买受人所购该企业商品房的方式销售商品房的行为。禁止售后包租的规范性目的主要是维护房地产市场的健康有序，打击不具有真实销售内容和目的的非法集资行为。本案中，申请人与晋城市某房地产开发有限公司签订《商铺认购合同》，就购买涉案商铺进行了约定，合同条款不涉及售后包租，也无租金抵扣房款等涉嫌变相售后包租的约定。而与申请人签订《委托经营管理合同》的相对方是山西某商贸有限公司，该合同中没有租金抵房款等约定。根据本机关已查明事实，山西某商贸有限公司与晋城市某房地产开发有限公司成立时间、股东、登记机关均不相同，二者应系各自独自运营的不同法人主体，因此不能认定晋城市某房地产开发有限公司在销售涉案商铺过程中存在售后包租或变相售后包租的违法行为。被申请人在《关于〈查处申请书〉的答复》第一项中表明无法认定晋城市某房地产开发有限公司存在售后包租形式销售商铺行为，与基本事实相符，根据申请人提供的线索进行调查后不予立案查处亦不违反法律法规规定；但其表述不够严谨、存在异议，在此予以指出。

综上，被申请人作出的《关于〈查处申请书〉的答复》符合规定。根据《中华人民共和国行政复议法》第六十八条的规定，本复议机关作出如下决定：

维持被申请人作出的《关于〈查处申请书〉的答复》。

如对本复议决定不服，申请人可在收到复议决定书后十五日内向阳城县人民法院提起行政诉讼。

二〇二四年九月十八日