



专家侵权责任丛书主编：项先权 杨光磊

房地产专业人员 侵权风险防范与救济

FANG DI CHAN ZHUAN YE REN YUAN QIN QIAN FENG XIAN FANG FAN YU JIU JI

吴春岐 康俊亮 主编

- 27个典型案例生动展现各类常见侵权事件
- 收录工程师、建筑师常用执业规范文件
- 助您依法规范执业合理有效避免风险

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

房地产专业人员 侵权风险防范与救济

FANG DI CHAN ZHUAN YE REN YUAN QIN QUAN FENG XIAN FANG FAN YU JIU JI

副主编：张绪平 张征宇 蒋昀真

撰稿人：（以姓氏拼音字母为序）

蒋昀真 康俊亮 刘海亮 庞洪祥 王 岩 魏小勋

吴春岐 徐文龙 袁晓晖 张绪平 张征宇

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

房地产专业人员侵权风险防范与救济/吴春岐主编.

—北京:中国法制出版社,2010.7

(专家侵权责任丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2032 - 7

I. ①房… II. ①吴… III. ①房地产业 - 侵权行为 - 研究 - 中国 IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 119956 号

策划编辑:戴蕊

封面设计:周黎明

房地产专业人员侵权风险防范与救济

FANGDICHAN ZHUANYERENYUAN QINQUAN FENGXIANFANGFAN YU JIJI

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2010 年 7 月第 1 版

印张/10.75 字数/264 千

2010 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2032 - 7

定价:30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66065921

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

前 言

《房地产专业人员侵权风险防范与救济》一书是基于房地产领域各类专业人员的职业特点，结合最新颁布实施的《中华人民共和国侵权责任法》的专家侵权理论和相关法律规定而撰写的一部实务性书籍。本书的首要目的旨在帮助房地产领域各类专业人员提前防范在执业活动中可能发生的各种侵权行为，即防患于未然；其次的目的在于使得房地产领域各类专业人员一旦在执业活动中发生了侵权行为，了解如何进行法律上的救济，即亡羊补牢，犹未晚矣！

《中华人民共和国侵权责任法》作为对各种侵权行为进行规制和救济的一部民事基本法，其出台无疑将会对各行各业的执业行为和活动产生不同的影响。其中，侵权责任法的专家侵权责任理论和我国《侵权责任法》的相关法律规定会对各类专业人员的执业活动有很大的影响。这也正是本书的理论基础和法律依据。^①

专家侵权责任理论源于专家责任之学说。专家责任产生于复杂社会的专业化分工，最初由契约法调整，因为专家从事执业活动普遍是基于当事人的委托。但后来随着社会经济的发展，社会关系日益复杂化，由此导致了专家责任超出契约法调整范围的情况出现，如专家从事执业活动时造成委托人之外的第三人损害的，由于此第三人超出了契约当事人范畴，首先契约的相对性原则就限制了契约法在调整专家责任时的适用；再后来，随着人们人身权利意识的增

^① 需要特别说明的是，根据侵权法的专家侵权责任理论和我国《侵权责任法》的相关法律规定，本书的研究对象为房地产领域的各类专家，即房地产领域专业人员。

强，精神损害赔偿逐渐成为侵权责任方式之一，这对于专家责任来讲同样已超出契约法调整范畴。至此，司法理论及实务界逐渐将专家责任由契约法调整转向由侵权法调整，专家责任法律意义上也演变为专家侵权责任。专家责任既已纳入侵权法调整，但在之前的我国，甚至绝大多数大陆法系国家都并无专门的侵权责任立法，专家侵权责任一般只能由民事基本法进行原则性调整。因此，在我国出台专门的侵权责任法后，其对于专家责任的理论研究及司法实践都具有异常重要的意义。基于此，我们《专家侵权责任丛书》编委会结合房地产领域各类专业人员的职业特点，撰写了《房地产专业人员侵权风险防范与救济》一书并在侵权法实施之际付梓，希冀其对房地产领域众多专业人员合法合规地进行执业活动能有所裨益。

本书初稿完成后，中国房地产研究会副会长兼秘书长、中国房地产业协会秘书长苗乐如先生和北京市住房和城乡建设委员会法制处田卫华处长在百忙中不吝赐教，对初稿内容提出了诸多富含真知灼见的修订建议，使书稿在理论结合实践方面更上一层楼，我们诸位作者特此致谢。

由于这一题材是侵权法的一个最新领域，可借鉴的资料和研究成果极其有限，加之水平和时间所限，本书难免会有诸多不足和错误，恳请读者批评指正！

编 者

2010年6月

目 录

CONTENTS

1 第一章 房地产专业人员专家侵权责任概述

- 一、房地产专业人员专家侵权责任概念 / 1
- 二、房地产专业人员专家侵权责任构成要件 / 5
- 三、房地产专业人员专家侵权责任形态与责任承担方式 / 8
- 四、房地产专业人员专家侵权责任的法律依据 / 14

17 第二章 房地产项目前期的专家侵权责任

- 一、注册咨询工程师侵权责任
 - 虚假可行性研究报告惹纠纷 / 17
- 二、环境影响评价工程师侵权责任
 - 环评“走过场”遗患无穷 / 25
- 三、注册勘察工程师侵权责任
 - 勘察失误造成事故 / 32
- 四、注册建筑师侵权责任
 - 建筑设计不合规，设计院责任不可推 / 41
- 五、注册结构工程师侵权责任
 - 弱不禁风的“楼脆脆” / 49

57 第三章 房屋拆迁过程中的专家侵权责任

- 一、注册房地产估价师侵权责任
 - 宁当“钉子”谁之过 / 57

二、公证员侵权责任

——强制拆迁中的“过场”公证谁担责 / 64

三、受托拆迁机构侵权责任

——胡乱拆迁引纠纷 / 70

78 第四章 房地产项目建设招投标阶段的专家侵权责任

一、注册造价工程师侵权责任

——工程量清单漏项铸大错 / 78

二、招标代理机构侵权责任

——恶意串标谁担责 / 86

三、评标专家侵权责任

——暗箱操作害人害己 / 92

101 第五章 房地产建设阶段的专家侵权责任

一、注册安全工程师侵权责任（一）

——管理疏忽难免事故 / 101

二、注册安全工程师侵权责任（二）

——技术不当难保质量 / 108

三、注册监理工程师侵权责任（一）

——违规操作酿大祸 / 115

四、注册监理工程师侵权责任（二）

——质量为监理之本 / 123

五、注册建造师侵权责任（一）

——盲目赶工期得不偿失 / 129

六、注册建造师侵权责任（二）

——百年大业质量须为先 / 136

143 第六章 房地产竣工验收阶段的专家侵权责任

一、注册监理工程师侵权责任

——谁该为“楼垮垮”负责 / 143

二、建设、勘察、设计、施工、监理单位侵权责任

——未验收就交房责任由谁负 / 152

163 第七章 房地产交易中的专家侵权责任

一、房地产广告人侵权责任

——违法房产广告惹祸端 / 163

二、房地产中介侵权责任

——提供虚假房源，房产中介须担责 / 169

三、房地产估价师侵权责任

——房产估价师玩忽职守误大事 / 177

四、房地产交易中律师侵权责任

——违规见证律师惹责任 / 183

190 第八章 房地产管理专家侵权责任

一、物业管理师侵权责任（一）

——谁动了我的维修基金 / 190

二、物业管理师侵权责任（二）

——小区公共收入与开支由谁说了算 / 198

三、物业管理师侵权责任（三）

——小区公有设施不容随意侵占 / 205

四、物业管理师侵权责任（四）

——楼房纱窗脱落伤路人谁之过 / 211

218 附 录

中华人民共和国侵权责任法（节录） / 218

（2009年12月26日）

注册咨询工程师（投资）执业资格制度暂行规定 / 221
（2001 年 12 月 12 日）

环境影响评价工程师职业资格制度暂行规定 / 226
（2004 年 2 月 16 日）

环境影响评价工程师职业资格登记管理暂行办法 / 229
（2005 年 2 月 23 日）

勘察设计注册工程师管理规定 / 234
（2005 年 2 月 4 日）

中华人民共和国注册建筑师条例 / 240
（1995 年 9 月 23 日）

中华人民共和国注册建筑师条例实施细则 / 246
（2008 年 1 月 29 日）

注册结构工程师执业资格制度暂行规定 / 255
（1997 年 9 月 1 日）

注册资产评估师执业资格制度暂行规定 / 259
（1995 年 5 月 10 日）

城市房屋拆迁单位管理规定 / 263
（1991 年 7 月 8 日）

注册造价工程师管理办法 / 265
（2006 年 12 月 25 日）

评标委员会和评标方法暂行规定 / 273
（2001 年 7 月 5 日）

注册安全工程师管理规定 / 281
（2007 年 1 月 11 日）

注册监理工程师管理规定 / 288
（2006 年 1 月 26 日）

建设工程质量管理条例 / 295
（2000 年 1 月 30 日）

- 注册建造师管理规定 / 306
(2006 年 12 月 28 日)
- 房地产广告发布暂行规定 / 314
(1998 年 12 月 3 日)
- 城市房地产中介服务管理规定 / 316
(2001 年 8 月 15 日)
- 注册房地产估价师管理办法 / 321
(2006 年 12 月 25 日)
- 物业管理师制度暂行规定 / 328
(2005 年 11 月 16 日)

第一章

房地产专业人员专家侵权责任概述

房地产专业人员，是一个范围广阔的概念。随着中国城市房地产业的发展 and 2009 年以来各个城市房价的飞速上涨，房地产行业似乎与我们每个人都密切相关，指点房地产领域的“专家”也大有人在。但是，能对房地产说三道四的“专家”并不都是“房地产专业人员”。本书对“房地产专业人员”有特殊的定义，是指在房地产领域具有特殊知识或技能，并依托该种知识或技能为他人提供智力性创造成果服务的人，其不仅包括直接参与房地产项目开发建设注册勘察工程师、注册设计工程师、注册建造师、注册监理工程师、注册安全工程师等专家，还包括在房地产开发建设及其他领域提供咨询或中介服务的注册咨询工程师、注册环境影响评价工程师、注册造价工程师、评标专家、招标代理人（机构）、物业管理师、律师等专家。这些专业人士在各自的领域中从事着专家的工作，共同构成了“房地产专业人员”，即所谓的“房地产领域专家”。

一、房地产专业人员专家侵权责任概念

1. 专家侵权责任概念及产生发展

专家侵权责任，根据我国法学界普遍认同的观点，其实际上就是我们通常所讲的专家责任。^① 就其定义，虽然法学界未曾统一，

^① 张新宝：“中国侵权行为法：专家责任”，载中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=12494>，2009 年 12 月 20 日访问。

但通说认为：专家侵权责任是指专家在从事执业活动过程中因故意或过失造成委托人或第三人损害时应当承担的民事责任。此处所指的“专家”，系在特定领域具有特殊知识或技能，并依托该种知识或技能为他人提供智力性创造成果服务的人，其通常具有以下四个特征：（1）工作性质具有高度的专门性，其核心为精神的、脑力的而非体力的工作；（2）与委托人之间因有专家的高度的职业道德而存在特殊的信赖关系；（3）具有从事专家服务的资格，并以专家职业团体所维持的相当业务水平开展业务；（4）具有较高的社会地位，与之相应而具有较高的收入水准。^①

专家侵权责任是随着社会分工的不断发展而逐渐产生的。在一个简单社会，由于不存在专业分工或分工简单，就不存在人们需依赖专家应对社会生活的必要，也就不存在专家责任或专家侵权责任。后来，随着科学技术的迅猛发展，经济越来越发达，社会分工也越来越精细，使得知识分类不断专门化和技能分工不断专业化，由此逐渐造成了人们普遍感觉“隔行如隔山”的社会困境。为应对复杂的社会经济生活，人们不得不求助于相关方面的专家，以弥补自身在该方面专业知识、能力与经验的欠缺。在此背景下，以提供专业的智力成果为终生职业的专家开始出现，并且分工越来越细，数量越来越多，而与此相对应的是，专家在提供专业服务的过程中，因为故意或过失所引发的民事责任也越来越多。正是在此种情况下，为适应社会发展之需要，专家责任及专家侵权责任应运而生。

专家侵权责任实际上是由专家责任逐渐演变而来。专家因执业过错产生的责任最初通称为专家责任，并在适用上仅限定在合同法领域，后随着侵权责任的逐步发展，专家责任逐渐进入侵权法领

^① [日] 能见善久：“论专家的民事责任”，载《民商法论丛》（第五卷），法律出版社1996年版，第504页。

域,并最终在意义上趋同于专家侵权责任。为此,在理论与实务界还引发了诸多争议,主要是就专家责任究竟应由合同法调整还是应由侵权法调整争论不休,后随着专家对第三人责任的不断扩张,争论与分歧才逐步减少,并在一定程度上趋向于达成共识。因为虽然一般来讲,专家的执业活动都系出于当事人的委托,若出现专家因执业过错造成委托人损害的情况,委托人根据相应的委托合同要求其承担违约责任即可获得法律救济,因此,专家责任由合同法调整已足够,且最初就是一直由合同法调整。但是一则,由于专家工作内容的高度专业化,其与委托人之间无论是在订立合同之初还是合同履行过程当中实际上都存在严重的信息不对称,其间所签订的合同也就并非完全意义上的平等合同,如此一来,专家义务与其说是来自于合同约定,还不如说是更多来自于其执业要求,如相关法律规定或其执业技术标准、技术规范的要求,即“专家责任的基础直接来源于职业地位而不是合同的约束”^①;二则,对于因专家侵权造成他人人身损害时的精神损害赔偿,已超出合同法调整的范围,除非法官超出合同法成规造法适用,否则将陷入法律适用困境,但法官造法在大陆法系显然是难以想像的,而若纳入侵权法调整则不存在以上问题;三则,对于受害人自身存在过错的情形,因合同法采用的是严格责任原则,所以此种情况下专家并不能因此请求减轻其专家责任,而侵权法因多采用过错责任原则,所以可通过适当减轻专家责任而体现社会的公平性;四则,若受害人为委托人或顾客等当事人之外的第三人时,其因与专家不存在合同关系,所以适用合同法调整也同样存在法律适用困境,除非法官突破合同法成规造法适用,但若由侵权法来调整则不存在如此问题。因此,将专家责任纳入侵权法调整显然更适合其在实践中的适用,即符合法律的

^① Michael Coester & Basil Markesinis, Liability of Financial Experts in German and American Law, An Exercise in Comparative Method, Vol 51 (2003) p. 288.

“好用”原则,^①当然,在此意义上,专家责任实际上也就可称之为专家侵权责任。

2. 房地产专业人员专家侵权责任概念

根据我国《侵权责任法》第二条的规定,“侵害民事权益,应当依法承担侵权责任”,比照以上我国法学界就专家侵权责任的通说,房地产专业人员专家侵权责任可定义为:房地产专业人员在执业活动过程中因故意或过失造成委托人或第三人民事权益损害时应当依法承担的民事责任。

此处所指的“房地产专业人员”,系指在房地产领域具有特殊知识或技能,并依托该种知识或技能为他人提供智力性创造成果服务的人。其不仅包括直接参与房地产项目开发建设的注册勘察工程师、注册设计工程师、注册建造师、注册监理工程师、注册安全工程师等专家,还包括在房地产开发建设及其他领域提供咨询或中介服务的注册咨询工程师、注册环境影响评价工程师、注册造价工程师、评标专家、招标代理人(机构)、物业管理师、律师等专家。而此处所指的“民事权益”,根据我国《侵权责任法》第二条第二款的规定,系指由我国民事法律调整或保护的有关人身性及财产性合法权益,具体包括生命权、健康权、名誉权、肖像权、隐私权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等。

需要说明的是,本书所讨论的“房地产专业人员”,与目前社会上一般意义上的“房地产专家”有着明确的区别和区分。在目前,随着中国城市房地产业的发展,尤其是2009年以来为应对“金融危机”、拉动经济复苏所放松银行信贷导致的各个大中城市房价的飞速上涨,房地产行业已经与我们每个人都密切相关。因此出

① 王胜明:“侵权责任的立法思考(一)”,载中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=47193>, 2009年12月21访问。

于各种观点、各种立场来评点房地产尤其是房价涨落而出现了大量的所谓“房地产专家”，但这些所谓“房地产专家”，有的是专业评论人士，有的是对社会房地产制度和房地产行业不满的代言人，其本身的工作主要与“房价”或“房地产”价格的涨跌趋势预判有关，与围绕“房地产项目”建设基本没有太大的联系。因此，这些人士虽然也与“房地产领域”有一定的关联，但并不属于本书所讨论的“房地产专业人员”。如前文所述，本书对“房地产专业人员”有严格的限定，是指在房地产领域具有特殊知识或技能，并依托该种知识或技能为他人提供智力性创造成果服务的人。

二、房地产专业人员专家侵权责任构成要件

目前国内，关于专家侵权的构成有众多说法，如三要件说、四要件说等。不同的法学专家也有不同的观点。但在有关过错的问题上，主流的观点趋于一致，如张新宝教授认为，所有的专家责任都是过错责任。^①而根据上述房地产专业人员专家侵权责任的定义：房地产专业人员专家侵权责任是指房地产领域专家在执业活动过程中因故意或过失造成委托人或第三人权益损害时应当依法承担的民事责任。可见，我国房地产专业人员专家侵权责任在责任认定上应适用过错责任原则，因此其责任构成需具备如下四个要件，即：侵害行为、损害、因果关系及专家过错。

1. 侵害行为

侵害行为是指专家执业行为在客观上有悖于法律或不加害于他人之一般原则所要求的行为模式，而致其委托人或相关第三人受到损害的加害行为。根据房地产专业人员专家义务的来源，其侵害行

^① 张新宝：“中国侵权行为法：专家责任”，载中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=12494>，2009年12月20日访问。

为一般有以下三种表现形式：一是违反法律法规规定的行为；二是违反专家职业及执业要求的行为；三是违当事人委托的行为。当然，在具体的行为方式上，既有积极的作为，也有不作为的情况，但只要符合以上表现形式，都可以判断为侵权责任法意义上的侵权行为。

2. 损害

损害是指因侵权责任人侵害行为导致的受害人财产或者人身方面的不利益，或称不利后果。根据我国《侵权责任法》第二条第二款就民事权益的规定，结合我国房地产领域所涉及的民事权益特点，房地产专业人员专家侵权造成的损害表现为所有与房地产开发建设、管理、交易有关的受害人在财产利益方面的减少或者丧失、身体方面的伤害或疾病、精神方面的痛苦以及名誉的毁损降低等各种损害。其中财产损害包括直接损害与间接损害。直接损害又称积极损害，是指专家过错行为导致的受害人现有财产利益的减少，包括但不限于现有财产价值的减少、财产的灭失及防止损害发生或扩大而支出的费用等。间接损害又称消极损害，是指可得利益的丧失，包括但不限于法定或自然孳息的丧失等。而人身损害、精神痛苦及名誉损害等最终也都以金钱方式表现为责任人应承担的不利后果。

3. 因果关系

因果关系是指专家的侵害行为与委托人或第三人的损害之间存在某种程度的关联性，即专家的侵害行为是他人损害的原因。虽然在因果关系的判断上，有各种各样的学说，并且都有其内在的合理性。但抛开这些学说的分歧，原则上，只要他人损害从逻辑上来讲是专家侵害行为的后果，因果关系即可成立；至于专家侵害行为是引起他人损害的直接原因还是间接原因、主要原因还是次要原因，并不影响因果关系的成立。

但是，需要说明的是，专家对他人损害应当承担的赔偿责任，

并不是无限责任，而应当仅以专家侵害行为导致的损害为限。虽然有损害的后果，但是这种损害并非由专家责任引起，损害与专家侵害行为无关的，如因其个人原因或专家执业活动以外的原因所发生的损害，则不属于专家责任范畴。

4. 专家过错

过错包括故意和过失，系针对专家执业过程中应负的“高度注意义务”或“合理注意义务”而言的。其中“高度注意义务”系源自日本学者能见善久先生之说，其基于专业人士工作的“高度的专门性”，以及委托人由于缺乏专业知识而对专业人士给予的“高度信赖”而赋予专家“高度注意义务”。^① 其实此“高度注意义务”在实际意义上应等同于我们通常所称的“合理注意义务”，因为能见善久先生对于专业人士工作性质诸如“高度的专门性”的描述主要是基于英国学者杰克逊和鲍威尔所著的《专业过失》一书，而该书对专业人士工作性质的描述使用的是“技术熟练的、专门化的”，并无任何“高度”字眼。况且，根据普通法的传统，对于专家违反注意义务的过失，其一以贯之的标准应该是“合理注意义务”，^②加之在民事责任的其他领域，并无“高度注意义务”的基本概念，因此，此处“高度注意义务”与“合理注意义务”都应理解为专家在执业过程中应负的相当注意义务。当然，对于“合理的注意”，虽然其已经被赋予了一定的量化标准，即指一个中等资质和能力的专业从业人员的标准，^③但在房地产领域，该标准在实际操作过程中仍存在诸多问题，特别是诉诸法院后，法官对于专家合理注意义务的认定仍主要依赖于其主观判断，为此，有人为便于实务操作，

① [日] 能见善久：“论专家的民事责任”，载《民商法论丛》（第五卷），法律出版社1996年版，第504-507页。

② 参见美国《侵权法重述》第552条评论b。

③ John L. Powell, Foreword of Professional Negligence and Insurance Law, London: Lloyd's of London Press Ltd, 1991.