



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

土地与房产卷

Land and Real Estate Law



中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

土地与房产卷
Land and Real Estate Law

《全国专家型法官司法意见精粹系列》

编审人员（按姓氏笔画）：

边疆戈 关毅 刘畅 苏烽

胡田野 曹士兵 温培英

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

全国专家型法官司法意见精粹·土地与房产卷/国家法官学院编.
—北京:中国法制出版社,2012.10
ISBN 978-7-5093-4031-8

I. ①全… II. ①国… III. ①房地产法-研究-中国
IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 231716 号

责任编辑 周琼妮 (zqn-zqn@126.com)

封面设计 李宁

全国专家型法官司法意见精粹·土地与房产卷

QUANGUO ZHUANJIA XING FAGUAN SIFAYIJIANJINGCUI · TUDI YU FANGCHANJUAN

编者/国家法官学院

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/720×1030 毫米 16.

版次/2013 年 2 月第 1 版

印张/16.25 字数/233 千

2013 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-4031-8

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66067023

邮购部电话: 66033288

序 言

展现在读者眼前的这套书是国家法官学院近年来加强司法实证研究，将更多的理论研究成果转化为指导审判实践活动的一项有益的尝试。国家法官学院作为最高人民法院教育培训与科研基地，一直将培养、培训高级法官和加强司法实证研究作为自己的历史使命和工作目标，她不仅是培养、培训中国法官的摇篮，也是中国司法实务研究的一个重要场所和平台。

改革开放以来，中国经济的发展可谓飞速和迅猛，这样的增长和变革，对法制环境和法院的审判工作提出了新的、更高的要求。为加强法院系统的学术研究氛围，提高法官业务素质，最高人民法院于1989年举办了全国法院系统第一届学术讨论会，在全国法院系统组织论文撰写，并进行优秀论文评选。自此，在全国法院系统内，逐渐兴起了注重司法实务问题研究、注重法学理论与审判实践相结合的实证研究之风，涌现出越来越多的学者型法官。经过二十多年的耕耘，全国法官的业务水平在整体上已经有了显著的提高，全国法院学术讨论会的影响和规模也日渐兴盛，成为中国司法领域中的一个品牌项目。

作为法院系统内每年最重要的一次学术实力的评比，各级法院都十分重视，论文从选题、调研，收集资料、分析，到最后写作、修改，都是举全省、市、自治区之力，经过逐级评比和推荐选送。在此展现给大家的成果都是经过层层筛选后脱颖而出的，其中不乏获得一、二等奖的佳作。这些论文要么在司法理论上有着独到的见解，要么在审判实务中具有指导意义和实践价值。

每年在全国法院系统选送的1600余篇论文中，能够获得一、二等奖并被收入论文集正式出版的，只占其中的十分之一，还有很多优秀论文，由于篇幅限制或主题相近等原因未能入选，但是同样具有相当高的理论水平和实际应用价值。

作为全国法院学术讨论会的承办单位之一，国家法官学院有责任和义务在加强法官教育培训和审判实务研究的同时，为全国的学者型法官搭建一个展示自己的平

台，将他们的科研成果转化为指导法官办案的理论工具和经验参考，转化为法律教学的教材和资料，真正体现科研就是生产力的宗旨。

为促进全国法院学术讨论会论文成果的转化和应用，进一步推动全国法院司法实务和审判实证研究工作的新发展，全国法院学术讨论组织委员会办公室决定将全国法院第23届学术讨论会征集到的部分优秀论文分专题结集出版，丛书定名为《全国专家型法官司法意见精粹》。出版本丛书的宗旨和定位是进一步展现全国法院系统法官的学术研究新成果，力求从实务的角度向司法人员提供更多更有效的裁判思路和法律适用方法，向从事法律教学的人员提供更丰富更有益的实证材料。

本丛书共五本，分别为：《侵权赔偿卷》、《婚姻家庭卷》、《合同与担保卷》、《公司与金融卷》、《土地与房产卷》。

司法作为一门实践的艺术，需要更多从实践中产生、并能指导实践的具有可操作性的理论工具，仅仅就理论而论理不能体现法院系统学术研究的特点和价值。可以说，本丛书辑录的论文的最大特点就是理论联系实践。相信本丛书的出版会满足广大司法研修者对法官如何办案、法学理论是如何运用到审判实践中的好奇，让更多的人了解法院和法官的工作，让司法公开、司法为民得到更具体的体现。同时，本丛书作为全国法院系统学术讨论会成果转化的初次尝试，难免有不足与遗憾，真诚希望得到广大读者的指正，我们将不懈努力，不断为大家贡献新的成果。

目 录

Contents

一、房屋买卖

商品房预售合同的性质和效力认定	1
商品房预购人的权利保护	11
未取得预售许可证而订立的商品房预售合同的效力	21
商品房购销合同纠纷审理	32
商品房综合验收合格的认定	41
楼市新政背景下房屋买卖纠纷的司法解决	52
规避限购令之借名购房行为的性质与效力	63
行政划拨土地上房屋买卖合同的效力认定	70
政策保障房二次买卖的合同效力	80
委托人规避中介订立房地产交易合同的责任	90
“凶宅”交易纠纷的法律适用	99

二、农村房屋

农村房屋买卖合同案件的难点和处理原则	111
农村房屋买卖合同无效情形下的赔偿	120
宅基地及房屋流转纠纷的司法应对	131
“房地一体”原则在农村房屋权属纠纷中的适用	141
小产权房的法律问题	149
城镇居民购买农村房屋的合同效力	158

三、土地承包

农村土地承包纠纷的审理 169

农村土地承包经营权流转纠纷审理 179

四、建设工程

建设工程施工合同纠纷审理 189

“实际施工人”制度的适用 198

五、其他

商业地产租赁合同的效力 210

违法建筑引起的物权纠纷审理 218

城市房屋拆迁补偿安置合同纠纷审理 228

农村坟地征迁补偿费用分配纠纷审理 235

集体林权流转纠纷的审理 246

一、房屋买卖

商品房预售合同的性质和效力认定

【提要】

当前，商品房买卖市场中预售方式普遍存在，并产生大量的合同纠纷，为法院审判工作带来诸多难题。本文从对审判实践案例的介绍、分析入手，主要针对涉及商品房预售合同性质和效力认定方面的争议问题，立足于解决审判实践难题，归纳审判操作规则的目的，综合运用实证分析和理论分析研究方法，提出相关意见和建议。在性质认定方面，主要是将商品房预售合同与商品房买卖认购书比较区别，确立具体的认定标准；在效力认定问题上，主要是针对未取得商品房预售许可证而签订的预售合同是否有效这一具体问题，归纳解决此类案件的理论基础、处理方式和准则。最后，对相关司法解释规定进行分析探讨，提出相关的修改建议。

当前，随着商品房市场日益繁荣，房屋在人们思想观念和现实生活中的影响力日趋重要。然而，由于我国市场经济的不成熟、制度规范的不健全、商品房交易的复杂性以及人们法律意识的转变等因素，近年来商品房买卖合同纠纷案件大量出现，涉及的法律问题异样纷呈，为审判实务带来诸多难题，为理论研究留下较大空间。本文无法面面俱到，只能立足于冰山一角，结合审判实践案例，从商品房预售合同的性质和效力认定方面，尝试分析和解决案例中反映出的问题，探索建立有效的审判规则，并提出一些相关建议。

一、问题引出：理论和实践的双重价值需求

（一）理论价值需求：从两个角度进行分析

1. 从商品房预售合同的特征分析。商品房买卖有多种分类方式。根据商品房的开发建设过程并结合合同的成立时间，可将其分为商品房现售和商品房预售两种。商品房现售是指“房地产开发企业将竣工验收合格的商品房出售给买受人，并由买受人支付房价款的行为”；商品房预售是指“房地产开发企业将正在建设中的商品房预先出售给买受人，并由买受人支付定金或者房价款的行为”。^① 近几年，由于人们对房屋的需求程度和购买热度持续提升，大部分商品房在建设过程中就已预售完毕，且常出现“抢购”现象，也就必然催生了大量的商品房预售合同。相比于现售合同，预售合同有两个特征：（1）法律纠纷发生率更高。因预售合同履行期间较长，不确定性较强，涉及的权利义务较多，故更易产生法律纠纷，且此类案件往往会涉及合同效力的争议；（2）群体关联性更强。不同买受人之间购房情况同步性更强、相似度更高，一旦发生纠纷，更容易引发群体性案件，造成群体性信访或上访，社会影响力较大。

2. 从合同性质和效力认定的重要性分析。首先，商品房预售合同纠纷案件中，合同性质和效力的认定对审判结果具有重要影响，是案件裁判成败的关键所在。如能认定准确，其他问题更易顺理成章，否则将与公正完全背道而驰；其次，关于商品房预售合同的效力问题，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中有一些明确规定，这看似更易操作，也确实可以有效地解决一些问题，但同时也在审判实践中暴露其局限性，法官在面对一些新型案件时往往会陷入理论困境。

（二）实践价值需求：从一批真实案例谈起

1. 基本案情。笔者收集了一批六十多起的商品房买卖合同纠纷案件，在此仅取一案为代表，主要陈述与本文所研究问题相关的内容。2006年2月，吴某与甲公司签订一份《售房协议》，约定了房屋价格和付款方式的主要内容，并明确甲公司负责为吴某办理房产证和土地使用权证，吴某负责办证费用。《售房协议》签订后，

^① 根据建设部制定的《商品房销售管理办法》第三条的规定定义。

2006年6月吴某与甲公司又签订一份《房地产买卖契约》，约定更详细的内容。后吴某依约向甲公司共交纳13万元房款，并于2007年6月收到房屋钥匙，但甲公司一直未依约将水、电、气、暖房屋配套设施接通，未为吴某办理房产证和土地使用权证。因此，吴某起诉要求甲公司依约将房屋水、电、气、暖接通，办理房产证和土地使用权证，并承担逾期交付房屋违约金1万元。甲公司则反诉要求确认合同无效。

需要说明的是，由于交易过程的不规范，在全部购房户中，有的和甲公司签订了《售房协议》、《房地产买卖契约》两份合约，有的则只有其中一份，还有的另签订一份《商品房买卖合同》，即先后共出现三类形式的合同。甲公司要求确认合同无效的理由之一是自己未取得商品房预售许可证。

2. 问题分析。笔者在调研中发现很多法院存在类似案件，法官对其感受颇同，即此类案件反映了一种“非典型”现象。

(1) 出卖人“不愿打”。出卖人已将房屋预售，已收受全部或部分房款，房屋钥匙亦已交付买方，即双方已依约部分履行合同；但出卖人后又以未取得商品房预售许可证这一“己方之错”请求确认合同无效，即出卖人主动请求法院对自己的行为进行法律否定，甚至甘愿对买受人承担一定的赔偿责任。这看似为一种高层次的“守法”，实质却是一种不正常现象。

(2) 买受人“偏愿挨”。此类房屋交易存在很多不规范之处，买受人虽明知所购房屋存在法律瑕疵，甚至可能影响到产权证的办理和房屋的正常使用，但仍坚决要求出卖人继续履行合同，要求法院保护合同后续的一切权利。

为何会出现这类“非典型”案件？一是由于当前商品房开发和销售市场不规范、制度不健全、购房者的法律意识淡薄等综合原因所致，纠纷产生的过程复杂，呈现的形式复杂，最终的处理也就相当困难。二是由于商品房价格高幅上涨所带来的利益驱动所致。合同被确认无效后，出卖人可再将房屋卖于他人，以获取更大的经济利益，而买受人则会遭受再度买房造成的利益损失，此损失并非出卖人赔偿所能弥补，买受人必然会坚持要求继续履行合同。三是由于当前的法律存在这样一个“空子”，出卖人这种“以退为进”的投机取利方式可能得到法律的支持，这虽非立法的原意，但客观上却为该现象提供了滋生的空间。

本文主要解决的就是案例中反映出的两个问题：(1) 各类型的合同性质应如

何认定，尤其是该份《售房协议》应属认购书还是商品房预售合同。（2）出卖人未取得商品房预售许可证而与买受人签订的商品房预售合同，其效力应如何认定。

二、合同性质：是认购书还是商品房预售合同

案例中的三类合同文本，其性质应如何认定？这需要弄清两点：一是预售合同与现售合同的区分，二是预售合同与认购书的区分。关于第一点，从上文定义中可明确判定。现主要讨论第二点，这对下面合同效力的认定具有决定作用，因为商品房预售合同是买卖合同，而认购书的性质却较为复杂，即使可以认定其有效，也未必能达到买受人所期望的结果。案例中《房地产买卖契约》和《商品房买卖合同》的性质争议不大，无论从签约时间还是内容上均能说明其为预售合同。但《售房协议》究竟是认购书，还是商品房预售合同？这是问题的难点。

通常认为，商品房买卖认购书是商品房买卖合同双方当事人签署商品房预售合同或商品房现售合同前所签订的文书，是对双方交易房屋有关事宜的初步确认。实践中，开发商使用的“认购书”名称各式各样，其中就包括“协议书”。因此，究竟是认购书，还是商品房预售合同，不能仅从名字上判断，关键是看两者的性质以及协议的实质内容。这要先从认购书的法律性质谈起。

（一）认购书是独立有效的预约合同

理论和实务中对认购书的定性有不同的观点，目前倾向于认为其为独立有效的合同，是预约合同。

1. 认购书具备合同的要素，是独立的合同。合同的关键在于合意。当事人的意思表示一致合同即告成立，只是因合意的不同，合同形成的法律类型也就不同。商品房买卖认购书中，双方当事人对交易房屋的事宜初步协商一致，并自愿接受其约束。因此，它是双方合意的产物，具备我国合同法规定的成立生效要件，是一种独立的合同。虽然商品房买卖合同会涉及认购书中的一些内容，但双方签订认购书的目的是为其后签订买卖合同所做的预约，在本质上区别于商品房买卖合同。两者的关联性并不能否认认购书的独立性，它并非依附于主合同存在的从合同。

2. 认购书是预约合同。契约在民法理论中可以分为预约与本约，两者是相对而言的。预约是约定将来订立一定契约的契约，而在预约中约定将来要订立的契约

即为本约。预约合同本身就是一种契约，只不过它是以“订立契约的行为”为特殊标的，目的是确保双方在将来订立特定的合同。在理论上，预约合同与本约合同可以明确区分，如认购书是预约合同，商品房预售合同则是本约合同。但在审判实践中，有时很难辨别，本文案例就是如此。

（二）认购书的类型与主要义务

关于认购书的类型，理论界将其分为两类。

1. 将进行谈判的预约。该类型预约也可能规定将来交易（本约）的实质性具体条款，但当事人不同意受其约束，而只承担继续谈判、直接达成最后本约的义务。也就是说，当事人之间一旦缔结预约，双方也仅负有磋商的义务，而不管是否最终缔结本约，即仅“必须磋商”而非“必须缔约”。

2. 带未决条款的预约。该类型预约中已约定了交易的大部分条款，并且当事人均同意受其约束，但当事人有义务就未决条款继续谈判，先达成“关于未决条款的协议”，再整合成最后本约。当事人负有诚信谈判的义务，若不能达成“关于未决条款的协议”，则法院可以根据一定规则补充该缺失条款。该类型的预约，不仅针对未决条款的谈判强加了诚信谈判的一般义务，而且针对本约强加了实现交易的义务，即使当事人不能商定未决条款时也是如此，即不仅“必须磋商”，还“必须缔约”。^①

（三）该《售房协议》应认定为商品房预售合同

根据上述对认购书类型的分类，无论是“必须磋商”还是“必须缔约”，都暗含一个事实：这种协议只是商品房买卖认购书，是预约，还必须要是为本约而“磋商”或“缔约”，即仅有此预约合同是不行的。这在理论上是合理的，但在实务中，由于该分类缺少较具体的标准，往往很难操作。而且，法院若让已对簿公堂的双方当事人再继续履行“磋商”、“缔约”的行为，要比让当事人继续履行已确定的合同内容更加困难，即使判决也难以执行。案例中，部分买受人虽只有《售房协议》，但均已按约缴纳房款，收到房屋钥匙，未另行签订合同是因开发商责任所致。如果将该《售房协议》定性为认购书，即使是“带未决条款的预约”，那么虽从理论上能保护买受人利益，但在实践中却相当困难，会导致久拖不决，而且这部分购

^① 邓基联：《房屋买卖合同纠纷》，法律出版社2010年版，第32页。

房户也难以接受与其他购房户的区别对待。如此，案件无论是法律效果还是社会效果都难以理想。

幸而对此问题，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条规定：“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。”理论界有观点认为，这是将部分“带未决条款的预约”法定化为商品房买卖合同。对此，笔者并不赞同，因为这种观点的前提还是承认该类“协议”为预约合同。笔者认为，认购书与商品房买卖合同（即预约合同与本约合同）两者应是明确区分的，而不存在转化关系。关键是在认定合同性质时，不能只看合同名称这一表象，而应该看其实质内容，具体是看其是否具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，以此来判断其究竟属于认购书还是商品房买卖合同。本文案例中的《售房协议》内容具体明确，已具备商品房买卖合同主要内容，合同也已实际履行，故应直接认定为商品房预售合同。

三、合同效力：未取得商品房预售许可证而签订的商品房预售合同是否有效

（一）司法解释规定在审判实践适用中面临的困境

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。”第九条规定：“出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；……”从这两条司法解释来看，未取得商品房许可证而签订的商品房预售合同应被认定为无效似无争议。但在当前审判实务中却并非这么简单，该司法解释的规定暴露出局限性，法官面临如下困惑：

1. 该司法解释规定更适用于一种理想案情：出卖人未取得商品房预售许可证

而与买受人签订预售合同，买受人知情后，不愿再购买此房屋，故以此为由请求法院确认合同无效。此类情形中，出卖人存在过错，买受人不主张房屋，愿意接受赔偿，合同无效不会使买受人遭受利益损失，故适用此司法解释应无争议。但如换成本文案例所述的“非典型”现象，法院是否能简单地认定合同无效？

2. 出卖人未取得商品房预售许可证而与买受人签订合同，其主要过错应在出卖人一方。在此情形下，买受人是否应当承担商品房预售合同无效而遭受损失的责任后果？在房价相对平稳时，认定合同无效对买受人通常要利大于弊，能更好地保护其法律权利；但在当前房价飞涨的市场条件下，认定合同无效会让买受人遭受预期利益的损失，意味着要让买受人为出卖人的过错买单，而出卖人却还能投机获取更大利益，这显然不合理。

3. 出卖人未取得商品房预售许可证的原因是什么？是根本无法取得，还是因开发商未申请而未取得？这又会对已现实存在的房屋产生何种影响？如果仅是因为它违反了“商品房预售应取得商品房预售许可证明”这一法律规定而被确认无效，那么后续应如何处理？若因房屋是违章建筑被依法拆除或被其他公权方式处理，不可能再在市场上销售，那么合同无疑应被认定无效；但若是此合同被认定无效，其后出卖人取得了商品房预售许可证，又将房屋卖于他人，那么先前确认合同无效就无必要性和合理性，对于原买受人来说，自然有失公正。

4. 如果法院对此类案件认定合同无效，就可能导致以下后果：一是出卖人可以通过这种“以退为进”的方式获取更大的经济利益，且能得到法律的“明责实保”。案件判决后，可能很多开发商会效仿，形成一种畸形现象，导致恶性延续、扩大。二是容易造成老百姓对法律的误解，认为自己正常的购房行为得不到法律有效的保障，开发商这种投机的行为却得到法律的支持，从而影响司法公信力。

（二）此法律问题的解决途径

对此法律问题，在审判实践中，笔者认为应基于一定的理论基础，确立合理的处理方式和准则。

1. 理论基础。裁判时应综合考虑以下理论基础。

（1）保护合同交易的稳定性。在市场经济环境下，合同对人们的生产生活安全、社会的和谐稳定具有重要的作用。合同尊重双方当事人的意思自治，而不应被公权力过多干涉。合同是人们内心诚信的载体，是沟通社会经济关系的纽带，它一

经成立生效，表明当事人之间决意遵守约定而不能轻易更改，不能轻易被认定无效，尤其是商品房买卖合同这类关乎重大民生的合同。否则，将对社会秩序、社会诚信产生重大影响。

(2) 违反法律、行政法规强制性规定并非必然导致合同无效。法理上将法律、行政法规的强制性规定进一步区分为效力性规定和管理性规定。王利明教授提出三分法：第一，法律、行政法规规定违反该规定，将导致合同无效或不成立的，为当然的效力性规定；第二，法律、行政法规虽然未规定违反其规定将导致合同无效或不成立，但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益，也属于效力性规定；第三，法律、行政法规没有规定违反其规定将导致合同无效或不成立，虽违反该规定，但若使合同继续有效并不损害国家利益和社会公共利益，而只是损害当事人利益的，属于管理性规定。违反管理性强制性规定并非必然导致合同无效。

(3) 司法解释的效力和适用问题。在《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》已规定此类合同应当认定无效的情况下，法官是否能将其再认定为有效？这就涉及到司法解释的效力和适用问题。司法解释具有法律效力，可以在裁判文书中援引，这点毋庸置疑。然而，首先，该司法解释于2003年出台，难以完全满足当前的司法实践需要，不应机械地适用。其次，司法解释作为对法律的补充，在司法实践中是参照适用，而非必然适用。因此，是否援用该司法解释，应结合具体实践，看其是否有利于解决问题，是否同法律规定、精神和原则冲突，是否能实现公平正义，而不是盲目地适用。

2. 处理方式。笔者认为，对此类案件，不应简单适用上述司法解释，而应具体问题具体分析。对于本文案例来说，应认定合同有效。具体处理方式：一是确立一个总体思想，即合同应认定有效，以保护交易秩序和买受人的权利；二是立足于商品房买卖合同这一大的概念范围，而非商品房预售合同这一更具体的概念，以避免过多地纠结于商品房预售许可证的问题；三是主要采用驳论方法，即首先确认买卖双方合意的真实有效性，房屋业已存在及双方已部分履行合同的事实，继而驳斥出卖人请求确认合同无效的理由不充分，不予支持；四是通过适用合同生效要件以及关于合同无效情形的规定，对这些相对笼统的规定进行分析，找出相应的法律依据，以及运用民法精神和原理分析；五是充分利用裁判外方式配合化解矛盾。如本文案例中，办案法官经过艰难的调解，最终使买受人自愿放弃对赔偿金的请求，另

外通过行政权力的介入帮助购房户实现后续权利问题，以更有利于裁判的社会效果，真正做到案结事了。

3. 处理准则。上述处理方式主要坚持以下几点准则。

(1) “任何人都不能从自己的违法行为中获益”。这是一句古老的法谚，是自然法的原理。出卖人未取得商品房预售许可证而预售房屋是违法行为，以此请求确认合同无效是投机行为，违背公序良俗，法律只应对其进行更有效的惩罚，而不应使其再从自己的违法行为中获益。

(2) 综合权衡案件的裁判结果及案件后续处理结果。在无法准确判断哪种裁判结果合法、合理时，应更深入地考虑案件按不同方式处理后，可能导致的结果，从而综合权衡如何能真正实现案件的公平正义。

(3) 坚持民法的基本精神和原则。单一的法律规范可能是机械的、有局限性的，不同的法律规范之间还可能存在冲突，但只要坚持不违背民法基本的精神和原则，就可以正确把握案件的审判过程和结果。

(4) 实现案件法律效果和社会效果的统一。案件涉及的不仅是法律问题，更是社会问题。因此，在实现法律效果的同时，务必要注重其社会效果，尽力达到两者的有效统一。

(三) 关于修改相关司法解释的分析和建议

综上，笔者认为，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条将“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同”一概认定无效有欠合理，需加以修改。该规定未虑及当前商品房市场的发展状况和出现的新型法律问题。另外，该条规定“在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效”，但事实是如果出卖人自己请求确认合同无效，就不可能在起诉前再去取得商品房预售许可证，那么这样的规定也就失去意义。因此，笔者对此做出以下分析和建议。

该条司法解释如果是依据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第五十二条关于合同“违反法律、行政法规的强制性规定”而无效的规定，那么我们可以分析：《商品房买卖管理法》第四十五条规定“商品房预售，应当符合下列条件：……（四）向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明”，这是法律条文中的规定，但是否属于强制性规定在理论上值得商榷。

即使它属于强制性规定，也属管理性规定，如果买受人不认为合同无效，就不宜认定无效。另外，建设部《城市商品房预售管理办法》第六条虽有明确规定^①，也更具强制性，但因其属于部门规章，不属于《合同法》第五十二条限定的“法律、行政法规”范围。因此，不宜依此为依据将该类合同解释为无效合同。

因此，笔者认为如将未取得商品房预售许可证而签订的房屋预售合同定性为“一方以欺诈手段订立的合同”，从而对其效力进行认定，应更为适宜。具体来说，若该欺诈行为是“损害国家利益”，如商品房是违法建筑需要拆除等情形，那么因为国家公权力的强制性干涉，私权利的合同不具有存在的依据和实现的可能，商品房预售合同无疑应被认定为无效；如果只是因主观原因或客观原因暂时未能取得商品房预售许可证，其后可以通过努力取得，该房屋仍需以商品房形式存在并销售，那么就应认定为有效合同，或认定为可变更、可撤销的合同，由买受人决定是否行使撤销、变更权，出卖人则无权行使。如果合同最终确定有效，就应由双方继续履行权利义务，包括“要求出卖人必须取得商品房预售许可证”。如此，上述难题就较易解决。

当然，这是立足于建议修改司法解释的角度上去探讨，仅属个人观点，可能有失偏颇，有待深入研究。

结语

商品房买卖合同纠纷案件中的法律问题比较复杂，各方面的研究成果也比较多，有的已经很成熟，但笔者通过审判实践，认为仍有必要涉足此领域，在视角和观点上力求创新，避免老调重弹。但由于笔者能力所限，文中难免有浅显、疏漏和错误之处，还望各位老师和读者批评、指点，并希望能抛砖引玉，引发更有价值的理论探索，为我国商品房交易市场的规范献力献策。

（张志强 河南省濮阳市中级人民法院）

^① 《城市商品房预售管理办法》第六条规定：“商品房预售实行许可制度。开发企业进行商品房预售，应当向房地产管理部门申请预售许可，取得《商品房预售许可证》。未取得《商品房预售许可证》的，不得进行商品房预售。”