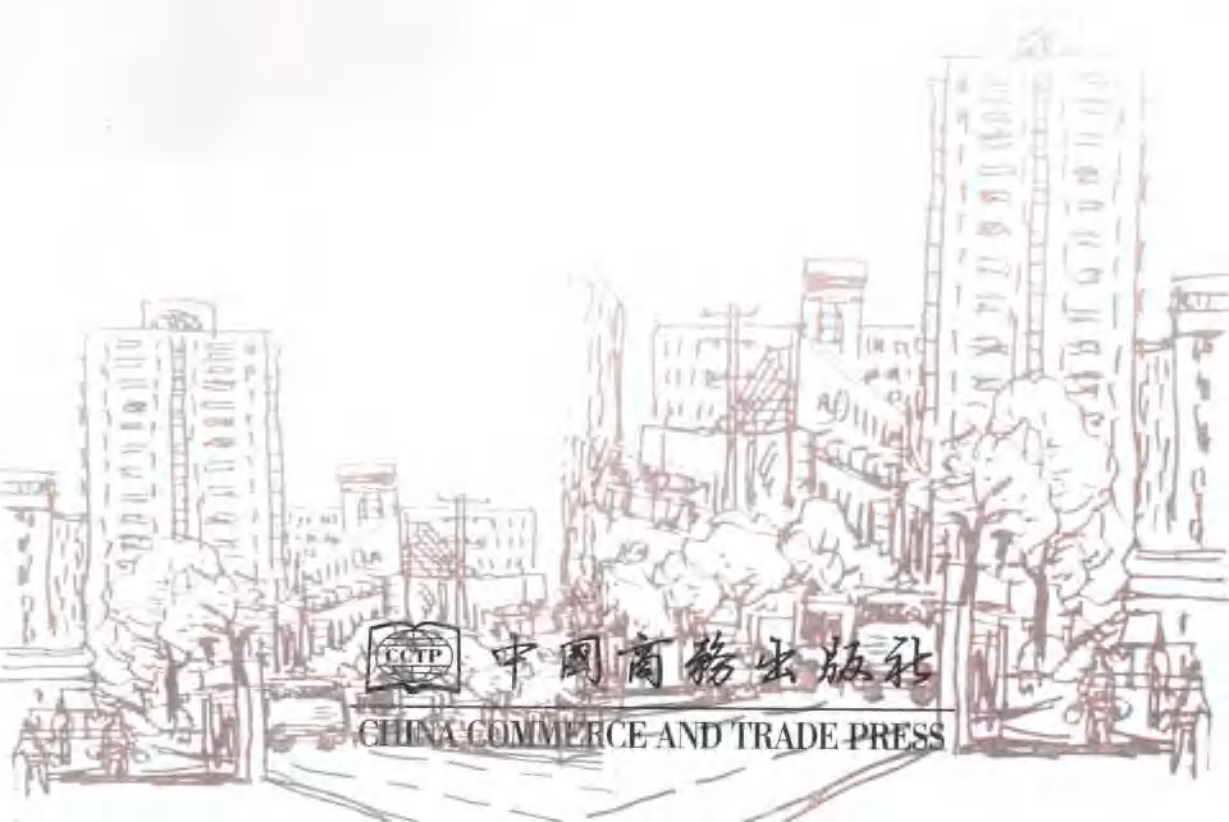


商品房买卖 的法律问题研究

李 鵬 著

SHANGPINFANGMAIMAIDEFALVWENTIYANJIU



中國商務出版社

CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS



ISBN 978-7-80181-794-5



9 787801 817945 >

ISBN 978-7-80181-794-5/D • 116

定价：26.50元

作者简介:



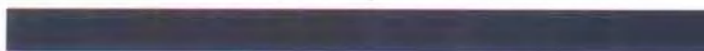
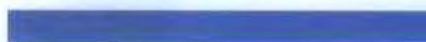
李鹏，女，汉族，山西平遥人，法学硕士，中国法学会婚姻家庭法学研究会理事，山西省法学会民法学研究会理事、婚姻家庭法学研究会理事；曾于2004年9月至2005年7月在中国人民大学法学院访学；研究方向为民商法；现任职于山西警官高等专科学校。先后在《生产力研究》、

《山西大学学报》、《政法学刊》、《河北法学》、《云南大理学院学报》、《山西高等学校社会科学学报》、《山西警官高等专科学校学报》、《青海警官职业学院学报》、《山西法制报》、《太原审判》等刊物上发表论文近三十篇。代表作有：

《简述知识产权在知识经济中的作用》、《论无权处分合同的效力》、《论我国商品房买卖中的惩罚性赔偿》等。

责任编辑 林志军

封面设计 王建军



商品房买卖的法律问题研究

李 鵬 著

中国商务出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商品房买卖的法律问题研究 / 李鹏著. —北京: 中国商

务出版社, 2007.10

ISBN 978-7-80181-794-5

I. 商… II. 李… III. 住宅—商品交易—法规—研究—
中国 IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 156712 号

商品房买卖的法律问题研究

李 鹏 著

中国商务出版社出版

(北京市东城区安定门外大街东后巷 28 号)

邮政编码: 100710

电话: 010-64269744 (编辑室)

010-64245984 (发行部)

零售、邮购: 010-64263201

网址: www.cctpress.com

E-mail: cctp@cctpress.com

北京中商图出版物发行有限责任
公司发行

北京盛兰兄弟印刷装订有限公司

787×980 毫米 1/16

12.5 印张 300 千字

2007 年 10 月 第 1 版

2007 年 10 月 第 1 次印刷

ISBN 978-7-80181-794-5

D · 116

定价: 26.50 元

导 论

随着房地产业的迅猛发展和我国住房制度改革的深化，人们对于居住条件的要求日益提高，商品房市场因之而繁荣。对于商品房买卖，1995年颁布的《城市房地产管理法》有专门规定，但其规范的重点在于房地产开发和交易的管理，对于交易关系本身则关注不够；建设部发布的行政法规，如《商品房销售管理办法》、《城市商品房预售管理办法》、《城市房地产抵押管理办法》对商品房交易的规定则侧重于行政管理。由于我国的不动产立法还不完善，市场机制也不健全，商品房交易行为很不规范，致使在商品房买卖中存在许多问题，严重侵害了购房人的合法权益。而商品房买卖，其主要目的在于解决市民的住房问题，涉及公民个人的切身利益，所以，从这一点讲，社会应更加关注购房人在买卖活动中的权益，解决商品房买卖中的纠纷。2003年最高人民法院发布的《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》（以下简称《解释》），对于解决商品房买卖的纠纷提供了可具操作性的规范。笔者以该《解释》的内容为主线，展开讨论，撰写了这本书。该书主要运用民法、合同法、担保法、物权法的原理，从私法角度，分析和考察了商品房买卖中的各项制度，梳理购房人应享有的权利，对《解释》中存在的疏漏提出自己的建议，以期在立法和实践中有所裨益。

商品房买卖在实践中分为商品房预售和商品房现售，因而即产生了商品房预售合同和商品房现售合同。尽管此种买卖的标的物较为特殊——不动产，但因其是一种买卖行为，所以亦适用合同法上关于买卖合同的规定。然而，商品房这种特殊商品的形成过程远比一般商品复杂得多，通常要经历项目的可行性研究、开发选址和审批、筹措资金等前期准备阶段，以及项目的规划设计、工程勘察、征地拆迁、建设施工、工程竣工验收等开发建设阶段，另外还有竣工验收后的营销阶段。这一系列的过程决定了商品房在不同阶段会有不同的法律关系。无论是期房买卖还是现房买卖，在法律上不仅涉及合同法的规定，还涉及物权法的规定，如果有贷款的还涉及担保法的规定，甚至与行政法的规定也有密切关系。商品房买卖涉及不同的法律，而商品房的建设极富专业性和技术性，这就决定了商品房买卖具有较强的法律性、专业性和技术性。古往今来，房屋是人们最重要的财富之一；今天，住房仍是人们

几乎是一生奋斗的目标。购买的商品房之优劣,无疑会影响人们生活的质量。因此,笔者依托最高人民法院的司法解释,着重从私法角度探讨法律对商品房买卖行为的规定,期望对解决商品房买卖市场中存在的诸多法律问题有所帮助。

商品房买卖市场中存在许多法律纠纷,主要集中在开发商违反从事商品房建设与销售、销售商品房的虚假广告过多、房屋质量差、购房面积“缩水”严重、开发商违约现象多、交付难以符合约定、房产证无法办理等方面,这些问题已成为社会关注的焦点。因此,如何切实维护广大购房人的合法权益,规范房地产交易市场,使商品房买卖行为能够有序地运行,毋庸置疑需要从法律上对商品房买卖行为加以规范,如不动产所有权转移的登记制度、商品房预售涉及的预告登记制度、商品房买卖中的担保贷款制度(即楼花按揭)及当事人的诉讼地位、不动产的善意取得制度、销售广告的性质认定和包销方式设计的法律关系等。在商品房交易中,由于开发商和购房人之间的实力地位不同,购房人总是处于弱势地位,为此,除法律应对购房人利益予以特别关注外,购房人自己也应加强自我保护,提高法律意识,因而本书特别对购房人权益的法律保护予以深入探讨。

在商品房预售合同中,预购人为了获得约定的房屋须向预售人支付相应的价金,预售人收取价金后应向预购人交付约定的房屋并移转所有权。因此,商品房预售是买卖行为。又由于在商品房预售中,从土地的取得、房屋的设计与施工、竣工验收直至交付使用,需要较长时间,并且约定的给付期限较长,即谓之远期买卖。在商品房买卖中,开发商或销售商为了加速商品房的销售,往往在与购房人签订正式购房合同前先签订一份认购书,就商品房买卖相关事宜进行初步协商和确认,并收取一定数量的金额作为订立商品房买卖合同的担保。从当前实践看,认购书是广泛存在于商品房销售,尤其是商品房预售中的一种法律文书。认购书是对将来订立商品房买卖合同的约定,其与正式商品房买卖合同的关系为预约合同与本合同的关系。而在签订认购书时,房地产商往往收取购房人一定费用,该费用在名称各地不一,主要被称作“定金”、“订金”、“押金”、“保证金”、“预付款”、“预购金”等。不管当事人的约定中是否冠以“定金”字样,只要明确约定将交付金钱作为合同履行的担保,或约定不履行时适用丧失或双倍返还的罚则,则应按照定金对待。那么,预售的商品房能否转让?尽管法律法规对此并无明确规定,但实践中存在预售的商品房再转让的行为。从合同法原理分析,预售的商品房是可以转让的。

鉴于房地产经营者的欺诈等不法行为,为了切实维护购房人的合法权益,最高人民法院发布的《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》首次在商品房买卖中确立了惩罚性赔偿制度及其适用范围,成为人民法院审理该类案件的重要法律文件。该司法解释在某些方面填补了房地产法律的空白,对于有效制裁和遏制房地产交易的安全、保护购房人的权益、促进社会诚信经营,都有着重要的意义。但该《解释》对于惩罚性赔偿的范围过于狭窄,笔者认为应当采取列举和概括相结合的方式规定惩罚性赔偿的范围,以避免同种类行为遭受不同的处罚结果。商品房买卖合同是商品房买卖行为的合同依据,由于商品房交易具有标的额大、涉及的法律关系复杂、专业性强等特点,实践中所使用的合同绝大部分是格式合同。这种格式合同的有关条款全部或部分由当事人一方(往往是开发商)预先拟订,具有单方决定性,这使相对人的合同自由受到极大的限制,购房人的利益难以得到切实体现。为此,购房人应当根据具体情况对购房的各个环节予以仔细磋商,并制定较详尽的补充协议,以维护自己的合法权益。商品房买卖合同的履行最终都要落脚于商品房的交付,而因交付引发的纠纷在商品房纠纷中占据相当的比重。笔者认为商品房的交付应符合法律规定的条件和合同当事人自行约定的条件,只有同时齐备这两项条件的交付才是商品房的恰当交付,也是合同的完全履行。

在商品房销售中,包销是受房地产商青睐的一种营销方式。在包销行为中,存在三方主体,即开发商(本人)、包销商(代理人)和购房人(相对人);涉及三方法律关系,即:开发商与包销商之间的授权关系、包销商和相对人之间的关系(代理行为表示关系)、效果承担关系(包销商在包销期限内,以开发商的名义同购房人所实施的行为,其法律效果由开发商完全承担)。因其在法律关系中的身份不同,所以他们在诉讼中的地位各异,从而承担不同的法律责任。在商品房销售中,销售广告作为一种行之有效的促销手段,被房地产企业广泛应用,部分房地产商使用虚假、不实的广告用语,意思表示游走于要约和要约邀请之间,开发商的行为是欺诈、违约抑或其他,难以判断。也难以保护相对人尤其是购买人的利益。

弹性的房价飙升和刚性的收入增加使一次性付清全部购房款成为普通百姓的幻想,而“衣食住行”之“住”是人类生存的必要条件,因而担保贷款成为买房的方式,这就是所谓的商品房按揭。在商品房按揭中,涉及的主体包括按揭人(购房人)、按揭权人(授权开展按揭业务的银行)和房地产开发商。三方当事人之间可能产生七种法律关系,包含七种合同,即:购房人与开发商的买卖合同关系、购房人与银行的借款合同关系、购房人与银行的担保合同、开发商与银行的保证合同、购房人与银行的委托合同、开发商与购房人的房屋回购合同、购房人与银行指定的保险公司之间的保险合同。其中,商品房买卖合同是核心和基础,其余皆因其而发生。因三方当事人的地位和作用不同,所以,

他们在诉讼中的地位有别，这也决定了他们的责、权、利各自不同。

在房地产交易市场中，开发商的开发、建设和销售等一系列行为需要行政法予以调整，而在与购房人交易中的行为，除行政法外，还需要民法、合同法、物权法、担保法等私法来规范。纵观本书十一个专题所阐述的内容，无疑都与民事法律紧密相关。鉴于上述思考，本书以商品房买卖中出现的法律问题为核心，试图从法律的视角去分析和研究。

目 录

专题一：论商品房预售合同	1
一、商品房预售的法律性质.....	1
（一）商品房预售是一种预约买卖行为.....	2
（二）商品房预售是房屋的期货交易.....	2
（三）商品房预售是附期限的远期交易行为.....	2
（四）商品房预售是分期付款的买卖行为.....	2
二、商品房预售合同的效力.....	6
（一）商品房预售合同的特点.....	6
（二）商品房预售合同的有效条件.....	9
三、经预告登记的商品房预售合同的效力.....	13
专题二：论商品房买卖之认购书	16
一、认购书的含义.....	16
二、认购书的性质.....	17
（一）认购书是对将来订立商品房买卖合同的约定.....	18
（二）认购书已具备合同的要素，是独立的合同.....	18
（三）违反认购书的约定需承担违约责任.....	19
三、认购书的效力认定.....	19
（一）尚不具备认购条件而签订的认购书的效力.....	19
（二）未取得预售许可证的认购书的效力.....	20
（三）外部认购书的效力.....	20
四、认购书的法律效力.....	21
五、对《解释》第5条的评析.....	24
专题三：论商品房预售之定金	26
一、关于定金的含义、种类和性质.....	26

(一) 定金的概念·····	26
(二) 定金的种类·····	27
(三) 定金的性质·····	28
二、定金与订金、预付款、押金·····	29
(一) 是否为预付款·····	30
(二) 是否为押金·····	31
三、商品房认购书中定金的性质·····	31
四、适用定金的法律责任·····	33
(一) 在取得商品房预售许可证后进行商品房预售, 在认购书中约定定金·····	33
(二) 没有取得商品房预售许可证就进行商品房预售, 在认购书中约定定金·····	35
五、对《解释》第4条的反思·····	35
专题四: 论预售商品房的转让 ·····	37
一、预售商品房能否转让·····	37
二、预售商品房转让的法律性质·····	39
(一) 对于商品房合同债权的转让, 无须征得预售人的同意, 但应当通知预售人·····	39
(二) 对于商品房预购合同的权利义务的概括转让, 事先应征得预售人同意, 可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人·····	40
三、预售商品房转让的条件·····	41
四、预售商品房转让的程序·····	44
五、预售商品房转让的法律思考·····	45
(一) 对预售商品房转让应有统一立法·····	45
(二) 对于预售商品房转让应当设立登记备案和变更登记制度·····	45
(三) 完善预售商品房转让的具体操作规则, 限制滥炒楼花的行为·····	46
专题五: 论商品房买卖中的惩罚性赔偿 ·····	47
一、关于惩罚性赔偿责任·····	47
二、《解释》中存在的问题·····	49
(一) 关于“买受人”的法律地位·····	49

(二) 关于《解释》中对出卖人适用惩罚性赔偿责任的法律依据	50
(三) 超出《解释》的五种情形, 能否适用惩罚性赔偿责任	51
(四) 关于惩罚性赔偿的数额	52
三、对《解释》中惩罚性赔偿适用情形的评析	53
(一) 商品房买卖合同订立后, 出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人, 导致商品房买卖合同目的不能实现的	53
(二) 商品房买卖合同订立后, 出卖人又将该房屋出卖给第三人, 导致商品房买卖合同目的不能实现的	54
(三) 出卖人订立商品房买卖合同时, 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, 而导致合同无效或者被撤销、被解除的	54
(四) 出卖人订立商品房买卖合同时, 故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实, 而导致合同无效或者被撤销、解除的	55
(五) 出卖人订立商品房买卖合同时, 故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实, 导致合同无效或者被撤销、解除的	56
四、对《解释》确立惩罚性赔偿的反思	56
专题六: 论商品房买卖合同	59
一、商品房买卖合同的含义	59
(一) 商品房的含义	59
(二) 商品房买卖合同的含义	61
二、商品房买卖合同的内容	61
(一) 商品房买卖合同的基本内容	61
(二) 《商品房买卖合同示范文本》的不足与完善	62
三、商品房买卖合同的成立、生效及解除	67
(一) 商品房买卖合同的成立及生效时间	67
(二) 商品房买卖合同的解除	68
四、商品房买卖合同之补充协议	72
(一) 关于格式合同	72
(二) 商品房买卖合同的补充协议的内容	74
专题七: 论商品房的交付	77
一、关于交付的基本理论	77

(一) 交付方式·····	77
(二) 所有权的转移·····	79
二、关于商品房交付·····	80
(一) 商品房交付的含义·····	80
(二) 商品房交付的条件·····	82
三、商品房的风险负担·····	84
四、开发商的交付义务·····	86
(一) 将符合交付使用条件的商品房按期交付给购房人·····	87
(二) 向购房人出示商品房竣工验收合格的文件和房屋实测面积数据 ·····	87
(三) 向购房人提供《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》·····	88
(四) 通知购房人办理入住手续并配合购房人查验、接收房屋·····	88
五、商品房的迟延交付·····	88
(一) 以自然现象形式表现的抗辩事由·····	89
(二) 以政府的某些行政行为为抗辩事由·····	90
(三) 以社会异常事件为抗辩事由·····	90
专题八：论商品房包销·····	93
一、商品房包销的成因·····	93
二、商品房包销的概念·····	94
三、商品房包销的特征及性质·····	96
(一) 包销行为具有高风险性·····	96
(二) 包销商具有较大的代理权限·····	96
(三) 包销行为具有排他性·····	96
(四) 包销行为具有时间性·····	97
四、商品房包销的法律关系·····	99
(一) 开发商与包销商之间的关系·····	100
(二) 开发商与购房人之间的买卖关系·····	102
(三) 包销商与购房人之间的关系·····	103
五、商品房包销的相关问题·····	103
(一) 包销主体资格的认定·····	103
(二) 包销商在开发商与购房人的买卖合同中的责任·····	103
(三) 虚假售房广告的责任承担·····	104
(四) 包销商不按照合同约定的价格销售的, 是否应承担违约责任·····	105

(五) 开发商擅自出售包销期之内的商品房的责任·····	105
(六) 税金的承担·····	106
六、对商品房包销的法律思考·····	106
(一) 包销商的市场准入资格·····	107
(二) 包销商的责任·····	107
(三) 包销的法律性质·····	107
(四) 尽快立法规范商品房包销行为, 使之纳入法制化轨道·····	107
(五) 加强包销程序管理, 以免国家税收流失·····	108
专题九: 论商品房销售广告 ·····	109
一、商品房销售广告的基本问题·····	110
(一) 商品房销售广告的概念·····	110
(二) 商品房销售广告的内容·····	110
(三) 存在的问题·····	111
(四) 商品房销售广告存在问题的成因分析·····	113
二、商品房销售广告的法律性质·····	114
(一) 根据我国《合同法》的规定分析商品房销售广告的法律性质 ·····	114
(二) 根据我国《消费者权益保护法》第 22 条的规定分析商品房销售 广告的法律性质·····	116
(三) 根据《中华人民共和国广告法》分析商品房广告的法律性质 ·····	117
(四) 最高人民法院的《关于审理商品房买卖纠纷案件适用法律若干 问题的解释》对商品房销售法律性质认定做出了明确规定 ·····	117
三、商品房广告涉及的法律 responsibility·····	121
(一) 商品房销售广告涉及的民事责任承担·····	121
(二) 商品房虚假销售广告的法律 responsibility·····	124
四、对《解释》第 3 条的评析·····	126
(一) 《解释》将“开发商规划范围内的服务及相关设施”的具体说明认 定为要约, 而规划外的允诺则无从约束开发商·····	126
(二) 司法解释对广告中的“说明和允诺”要求必须对“合同订立以及房 屋价格的确定由重大影响”才能构成要约, 这样的认定条件比较 苛刻, 也欠缺合理性·····	126

专题十：论商品房按揭	128
一、商品房按揭制度概述.....	128
(一)按揭的含义.....	128
(二)我国内地商品房按揭的含义.....	130
(三)我国内地与香港按揭制度的区别.....	131
二、商品房按揭的法律性质.....	132
(一)楼花按揭的法律性质.....	132
(二)现楼按揭的法律性质.....	137
三、商品房按揭的法律关系.....	138
四、按揭主体的诉讼地位.....	140
(一)关于按揭银行的诉讼地位.....	140
(二)开发商的诉讼地位.....	143
五、商品房按揭合同与商品房买卖合同的关系.....	147
(一)关于主合同与从合同的理论.....	147
(二)对商品房买卖合同与商品房按揭合同关系的考察.....	149
专题十一：论购房人权益的法律保护	151
一、商品房买卖合同中购房人应享有的权益.....	152
(一)商品房现售中购房人的权益.....	152
(二)商品房预售中购房人(预购人)的权益.....	153
二、购房人权益遭受侵害的主要表现及防范措施.....	156
(一)侵害购房人权益的主要表现.....	156
(二)购房人应采取的防范措施.....	158
三、购房人权益的法律保护.....	163
(一)《中华人民共和国消费者权益保护法》对购房人权益的保护.....	163
(二)《中华人民共和国合同法》对购房人权益的保护.....	165
(三)《中华人民共和国物权法》对购房人权益的保护.....	168
主要参考文献	175
后记	181

专题一：论商品房预售合同

商品房预售作为房屋销售的一种方式，源于香港。1954年香港立信置业公司首先推出预售“楼花”的房地产经销策略，之后这种经销方式风靡各地，并成为香港房地产市场的一个经营特色。商品房预售，一方面使买受人避免一次性支出巨额购房款的经济压力；另一方面为房地产开发商筹措了工程建设款，增加了有效的融资渠道，促进了房地产市场的发展。两者相得益彰，不仅解决了房地产开发商的资金问题，而且改善了居民的生活条件，使买房人与卖房人都从中获益。正因为如此，商品房预售成为与商品房现售并存的房屋销售方式，并被我国内地所接受。

1994年11月15日建设部发布《城市商品房预售管理办法》以行政法规的形式规范了商品房预售的相关问题。2003年6月1日起施行的最高人民法院《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》（以下简称《解释》）中肯定了商品房预售的存在形式。该《解释》第1条规定：“本解释所称的商品房买卖合同，是指房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人，买受人支付价款的合同。”这说明，商品房预售的形式得到了司法解释的认可，并成为与商品房现售相对的一种销售方式。本文欲对商品房预售的性质、效力和经登记的预售合同之性质等问题作一探讨，以作引玉之砖。

一、商品房预售的法律性质

根据《城市商品房预售管理办法》第2条规定，商品房预售是指房地产开发企业将符合国家规定条件的正在建设中的房屋预先出售给承购人，由承购人支付定金或房价款，并在合同确定的未来日期预售方交付房屋给承购人，承购人取得预订的商品房产权的一种法律行为。可见，商品房预售是一种特殊的买卖行为，其特殊性表现为：1. 合同成立时标的物（商品房）尚未竣工或尚不存在；2. 标的物是在买卖合同约定的将来某个日期交付使用；3. 商品房的所有权在约定或规定期限内办理房屋所有权转移登记手续；4. 普通商品的买卖主要取