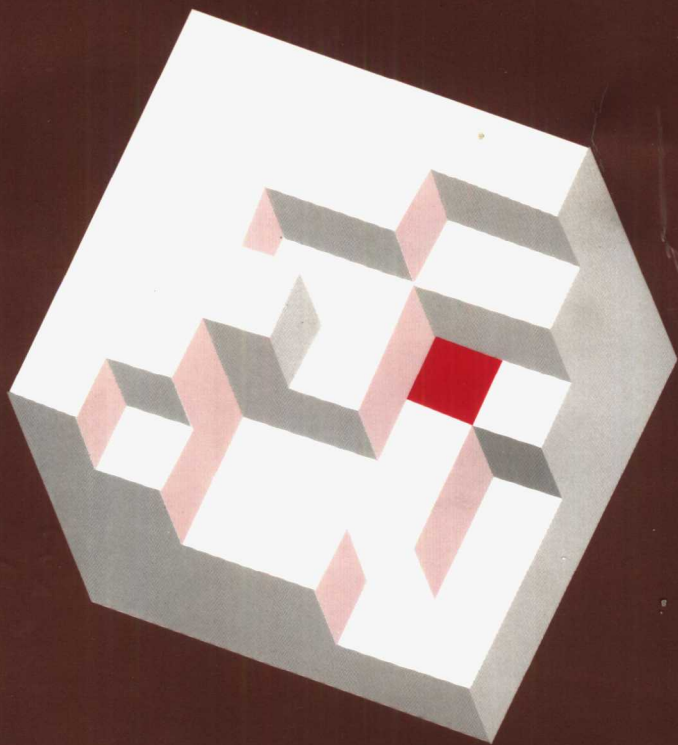




商品房^买^卖 法律问题专论

陈耀东 著



4



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D922.181.4
C610



商品房买卖法律问题专论

陈耀东 著

3/A98



法律出版社
LAW PRESS CHINA

SB 42/09

图书在版编目(CIP)数据

商品房买卖法律问题专论/陈耀东著. —北京:法律出版社, 2003. 9

ISBN 7-5036-4361-7

I. 商… II. 陈… III. 住宅-商品交易-法律-研究-中国 IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 062788 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/于佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑/法学学术出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2003年10月第1版

印张/12 字数/317千
印次/2003年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4361-7/D·4079

定价:18.00元

目 录

第一章 商品房买卖的基本理论问题	1
一、商品房与买卖的词义解释	1
(一)商品房的经济学与法学释义	1
(二)买卖的经济学与法学释义.....	15
二、商品房买卖特殊性研究.....	21
(一)商品房现售与一般买卖之比较.....	21
(二)商品房预售与商品房现售之比较.....	24
三、房地关系的比较法考察.....	26
(一)两种模式:结合主义与分别主义	26
(二)我国做法:分别主义	30
四、结合主义还是分别主义:交易规则的确立与选择	31
(一)“地随房走”与“房随地走”.....	31
(二)分析与建议.....	37
五、商品房买卖与土地使用权出让的关系.....	47
第二章 商品房预售研究	53
一、商品房预售性质争论与解说.....	53

二、商品房预售个性分析	58
(一)商品房预售具有较强的国家干预性	58
(二)商品房预售是法律关系比较复杂的一种交易行为	61
(三)商品房预售是履行周期长、市场风险大的一种交易行为	62
三、商品房预售转让探讨	62
(一)我国应肯定商品房预售的转让	62
(二)商品房预售转让的类型:债权转让与概括转移	66
(三)商品房预售转让要件分析	71
(四)结语	74
四、情事变更原则在商品房预售中的适用	74
(一)我国有无和是否应规定情事变更原则之争论	74
(二)商品房预售适用情事变更原则的要件	79
(三)商品房预售中的情事变更与相关问题的界限	83
五、预购方享有的基本权利探析	86
(一)真情知悉权	87
(二)公平交易权	89
第三章 商品房现售研究	93
一、论商品房销售广告	93
(一)商品房销售广告的主要类型及存在的问题	94
(二)法律性质之界定与法律责任之探究	97
二、论商品房包销	108
(一)商品房包销概念争论及作者的观点	109
(二)商品房包销性质争论及作者的观点	113
(三)规范商品房包销的必要性与措施	117
(四)需进一步探讨的几个问题	121
三、论购房者的法律地位及适用《消法》“双倍赔偿”的探讨	124

(一)关于购房者的消费者地位	125
(二)关于“双倍赔偿”的适用	129
(三)对《解释》的几点质疑	134
(四)立法建议	142
四、论商品房分期付款买卖	143
(一)分期付款买卖基本理论	143
(二)所有权保留应适用于商品房分期付款买卖	145
(三)商品房所有权保留买卖的法律效力	150
五、论商品房的样板房买卖	157
(一)我国商品房买卖市场中的样板房及存在的问题	157
(二)用《合同法》规定解读样板房买卖	161
第四章 商品房买卖按揭研究	166
一、按揭含义考:英美法与我国	166
(一)英美法的按揭	166
(二)中国香港法的按揭	171
(三)中国内陆的按揭	173
(四)英美法、中国香港法、中国内陆法按揭之比较	176
二、商品房按揭法律关系的构成	178
三、商品房按揭法律性质定位探究	182
四、商品房按揭若干法律问题的探讨	191
(一)关于房地产开发商和银行的诉讼地位	191
(二)关于商品房按揭中的保险	201
(三)关于提前还贷	211
(四)关于混合共同担保	216
第五章 商品房买卖合同研究	222
一、关于商品房买卖合同的基本内容与完善其内容的设想	222
(一)价格条款	224
(二)质量条款	226

(三)面积条款	227
(四)购房者的知情条款	228
(五)退房条款	229
(六)购房者的损失赔偿条款	231
二、关于商品房买卖中的认购书	234
(一)用预约、本约之法理解读认购书的基本法律问题	234
(二)认购书中的定金和其他法律责任	239
(三)对认购书的再思考	245
三、关于商品房的交付	250
(一)对交付的基本认识	250
(二)对商品房交付的理解	252
(三)应规定商品房交付的要件	255
(四)风险责任	258
四、关于商品房买卖合同中出卖人的瑕疵担保责任	262
(一)瑕疵担保责任基本理论述要	262
(二)商品房瑕疵担保责任之探讨	265
第六章 商品房买卖登记研究	279
一、房地产登记一般理论	280
(一)房地产登记:物权公示方法	280
(二)房地产登记:三大功能	281
(三)房地产登记:性质与机关	283
(四)房地产登记:模式的比较法考察	289
(五)房地产登记:种类之划分与解说	293
二、商品房买卖与登记关系研究	296
(一)不动产物权变动模式	296
(二)我国的规定、做法与选择	299
三、商品房预售登记备案制度的反思与构建预告登记制度的探讨	309

(一)对现行法律规定的反思	309
(二)预告登记制度的比较法观察	312
(三)我国建立预告登记制度几个具体问题的探讨	317
四、关于登记机关的法律责任	324
(一)我国房地产登记机关赔偿制度的检讨	325
(二)房地产登记机关承担责任的制度设计与立法 建议	328
第七章 商品房买卖中权益冲突与规制研究	332
一、建设工程价款优先受偿权的法律定位与权利冲突	332
(一)问题的提出	332
(二)建立先取特权制度的思考	333
(三)商品房买卖中先取特权与其他权益的冲突和 协调	338
二、商品房买卖权利瑕疵担保责任中的权利冲突与现 行法的规制	343
(一)出卖人无权处分商品房	343
(二)出卖人出售设定抵押权的商品房	345
(三)出卖人出售设定承租权的商品房——兼论房屋 租赁权的物权化	349
三、土地使用权与商品房等地上物所有权的权利冲突 与解决	355
(一)问题的提出	355
(二)不同观点的争论	358
(三)作者的观点和修正思路	360
主要参考文献	368
后记	375

第一章 商品房买卖的基本理论问题

一、商品房与买卖的词义解释

(一)商品房的经济学与法学释义

1. 商品房的经济学释义

从经济学的角度来说,任何能带来效用并具有稀缺性的资源都应该成为商品,都可以通过市场流通,实现有效的配置。房屋也不例外。作为商品的房屋应该在市场的调节下,以货币为媒介,经过生产、分配、流通、消费四个环节,实现其商品属性。离开货币的良性循环,房屋商品化市场的培育只是一句空话。近年来我国推行的房屋制度改革,从本质上讲就是要恢复房屋的商品属性,使其由国家计划产品变为可自由交易的商品,由单位所有的固定资产变为主体能自由支配的享有完整所有权的私人资产。

按照不同标准,房屋可以划分诸多类型,其中一种分类就是商品房与非商品房。“商品房,是指由开发公司进行综合开发建设后用于出售的住宅房、商业用房,以及其他用房的建筑物。非商品房,是指自建或者委托施工单位建设或者参加统建,由自己使用的住宅和其

他房屋建筑。”^① 笔者无意分析此处对商品房与非商品房词义解释的准确与否,只是试图说明该定义比较清楚地表明商品房作为一种产品,在建成之后,商品房的分配是以货币为流通媒介的;而非商品房的分配则不以货币为媒介。商品房是商品;非商品房不是完整意义上的商品。“商品,是为交换而生产的产品。具有使用价值和价值。为自己消费、不是为交换而生产的劳动产品,不是商品。为他人生产,但不经过交换的劳动产品,如农民向地主交纳地租的一部分产品,也不是商品。”^② 可见,商品房作为日常生活中使用频率很高的一词,其根本特征在于:第一,商品房是一种商品。第二,商品房的生、分配、流通与消费是以货币为媒介的商品。第三,商品房是以交换为手段,具有价值和使用价值的商品。

所以,商品房具有一般商品所应具有的一切属性,它是完整意义上的商品。既然是商品,它必然要参加经济活动。作为经济活动的物质载体,商品房又具有以下的经济属性:

(1) 内涵统一性

商品房不仅包括人们通常所看见的房屋实体,而且还包括房屋占地范围内的土地,商品房的内涵原则上包括房屋和土地两部分,二者都属于不动产,而且通常连为一体。实践中,房产问题一般都涉及地产问题,无土地的房屋即空中楼阁一般是不存在的,这便是人们俗称的“房依地建”。而任何地产一旦作为房地产开发的对象,也必然包括房产在内,即使现在土地上没有地上物,然而在开发过程中、经济运作过程中终究都会与房产相联系。

(2) 价值双源性

商品房价值的双源性不是源于房屋,而是来源于土地。现实经济生活中,房屋建造就其价值形成来看和一般商品没有什么根本区

① 习龙生、王肯堂主编《最新中国房地产法实务全书》,今日中国出版社 1994 年版,第 37 页。

② 《辞海》,上海辞书出版社 1980 年版,第 357 页。

别,只是由于土地价值具有双源性才使其具有这一特性。土地价值的双源性是由土地本身的双重属性造成的:一方面,土地是一种自然物;另一方面,土地又是社会产物。作为自然物的土地没有价值,但是具有使用价值,即有一定的生产能力和有用性,这是土地的自然属性。而作为自然物的土地一旦投入了资本和劳动,经过加工开发,使其满足人类需要,则其不但具有了经济价值,而且具有了社会价值,便产生了双源价值。

(3)空间固定性

作为空间的土地,固定在地球特定的经纬度上;房屋又固定在土地上,使整个商品房具有空间的固定性,也使房屋实体不可能在空间上进行流动。这就决定了任何一块土地只能就地开发、利用,受制于其所在的空间环境条件,不能被移交到更有使用价值和利用价值的市场加以开发、销售。这便限制了商品房供求相互适应的速度和范围,结果造成商品房市场只能是地区性或者区域性市场,而不存在像工业产品或农产品那样的国际市场。

(4)异质性

土地和商品房是不可移动的,每个商品房都具有特定性、惟一性和不能复制性,从而形成商品房的异质性,即商品房因其微观区位不同而具有不同的经济价值和品质,每个商品房都是惟一的、独特的,不存在如动产那样的替代商品,这就使房地产经济运动产生了区域性特点。异质性意味着使商品房这种资源得到有效配置的完全竞争市场难以形成,导致一定时期内各个分割市场的小量交易信息不畅通、不对称。

(5)需求普遍性

商品房具有生产资料和生活资料的双重性质。从生活资料方面看,衣、食、住、行是人类需求的最基本层次。住既是人们最基本的生存需要,同时也兼有满足人们其他层次需要的特性。从生产资料方面看,房屋和土地又是人类进行生产和再生产的必要场所和工作条件。商品房作为一种要素的投入,是人类生活以及人类社会任何生

产经营活动不可缺少的,因此,对商品房的需求具有普遍性,也使得房地产业在国民经济中发挥着重要作用,起到了其他产业或者行业所不能替代的作用。

(6)生产周期和效用长期性

与其他商品不同,商品房这种商品的形成,从土地开发到工程竣工,少则一、两年,多则数年,表现出生产周期长的特殊属性。此外,商品房还具有耐久适用的特性。正常情况下,一栋房屋的使用年限少则数十年,多则上百年。至于土地,只要处理得当,其效用可通过开发和再开发得到几乎无限期延长,其利用价值是恒久的。也正是由于商品房效用的长期性,使其又具有保值性和增值性,成为财富的象征。

2. 商品房的法学释义

按照形式逻辑,商品房最高的“种概念”或者“上位概念”是物,下面的“属概念”或者“下位概念”依次是:不动产、房地产、物业、定着物、房屋、商品房,从物到商品房皆可从法学上探究其基本含义。^①

(1)物

在法律上,商品房首先是作为一种物存在的。物有广狭二义,广义之物泛指物理意义上一切所称之物,如动物、植物、矿物、固体、气体、液体等。狭义之物即法律上所称之物,能够成为权利客体者。^②经济学上,与物相近的概念是公共物品(public goods)与私人物品(private goods)。

自罗马法以来,物在法律上就有广狭之别。狭义上的物,仅指有体物,如德国法。广义上的物,除了有体物,还包括财产权利和无形财产等,如罗马法、法国法。从我国《民法通则》、《担保法》等法律文件来看,我国采纳了物的广义概念,除了有体物,还包括知识产权、质

① 此处对这些词义的探究主要沿用大陆法系和我国长期以来的提法,而英美法系则与大陆法系和我国对这些词语的表述是不同的。

② 梁慧星、陈华彬编著:《物权法》,法律出版社1997年版,第27页。

权等。在当今知识经济时代,物的概念已经发生本质变化,物不应再局限于有体物,也表现为无体物,如电力、热能、知识产权,以及其他权利和利益。如果将物再限于有体物,法律将不能反映社会的需要和社会变化的需要。因此,物作为一个开放的概念,我国未来的民法典物权法编在定义物时应应对有体物以外的无体物和其他财产权益有所反映。

还应提及的是,我国的立法也经常使用“财产”一词,如《担保法》第34条规定的“财产”;《继承法》第3条规定的“个人财产”。如果单从两者的词义考察,“物”主要是设有物权法的大陆法系国家所特有的概念;财产则是各国法律共有的概念,但英美法系诸国普遍使用“财产”或“财产权”。从概念范围而言,“财产”的范围要大于“物”,但很多场合两者的范围是一致的,如《民法通则》使用的“财产所有权”概念,此处的“财产”指的就是“物”。^①再如,《继承法》规定的“财产”则包括物、财产权利和财产义务。随着物的适用范围扩大到也包括无体物和权利在内,二者的区别意义已经不大。而且,社会发展到今天,大陆法系物权法和英美法系财产法的调整范围应该说是非常相似的。

(2) 不动产

民法上进一步从不同的角度对物进行划分,其中最重要的分类是动产与不动产。其分类方法是先规定不动产,以外的物为动产。现在,几乎所有的国家都承认这种划分,而且,各国民法长期以来也都存在以这种划分为基础的法律规则。在程序法和国际私法上,不动产与动产的区分也是确定诉讼管辖与冲突规则的基础之一。

传统民法从物的物理属性出发,认为能在空间上进行移动,且移

^① 梁慧星主编:《中国物权法研究》(上),法律出版社1998年版,第34页。江平教授在《西方国家民商法概要》中总结了“财产”的三种不同含义,其中第一种含义就是“财产”仅指物而言(参见江平编著:《西方国家民商法概要》,法律出版社1984年版,第54页。)。但法学与经济学中使用“财产”一词,经常是和“财产权”等同或换用的。

动后不损害其经济价值的物为动产;在空间上占有固定位置,不能移动或移动后会损害其经济价值的物为不动产。不动产于法律上是一个非常古老的术语。早在古罗马帝政后期,优帝一世便根据物可否移动这一物理特征为标准把物分为动产和不动产。现在,无论大陆法系,还是英美法系,将物或财产分为动产和不动产的做法一直延续至今,这种分类的意义是巨大的,它对各国物权法或者财产法理论和立法产生了深远影响。

历史上各国对动产和不动产概念的界定和范围的框定在不同时期是不同的,两者的内涵和外延在各国也不完全一致,经常伴随社会需求和经济的发展而产生变化,并不单纯从能否移动的角度对物或财产是动产还是不动产进行判别。动产和不动产的划分主要考虑两种标准:一是物理标准。例如,具有不可移动性的物为不动产,即土地及其定着物;从属于或者附着于自然不动产的动产也是不动产,如农具、耕畜等。二是经济标准,即不动产是重要的、价值较大的,且能长期存在并能够产生收益的物。目前,很多国家对不动产的法律规定已不再单纯限于从物的自然属性入手确定不动产的类型,而是更加关注该财产的使用目的、经济价值、社会意义等,综合考虑这些因素来划定不动产的类型。例如,1994年俄罗斯颁布的新《民法典》非常明确地将不动产划分为三种类型:第一,土地地下资源的地段、独立的水体和所有与土地牢固地吸附在一起的物,其中包括森林、多年生植物、建筑物和构筑物。这些不动产是传统意义上对不动产的规定。第二,应进行登记的航空器、海洋船舶、内河航运船舶、航空器也属于不动产。如果从自然属性考察,这些物应属于动产,但俄罗斯民法典将这些经登记的在自然意义上能移动的物列入不动产的范畴,说明不动产类型的确定不仅仅根据其自然特征,还要考虑这些物所具有的巨大经济价值,在经济生活中所起的重大作用。第三,财产的综合体也是不动产。所谓财产的综合体,是指相互有联系的为了统一的目的而使用的动产与不动产的集合物,如企业和不动产综合体。根据俄罗斯1996年5月颁布的《关于住宅所有权人团体法》的规定,

不动产综合体是由划定区域的土地和坐落于该土地上的建筑物和其他为了居住目的而设的各独立客体组成。^①

动产与不动产的划分方法,在我国长期以来没有得到应有的重视。自1922年前《苏俄民法典》废弃动产与不动产的区分以后,我国曾长期仿效。但近些年来,这种划分愈来愈受到重视,比如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第186条将不动产规定为,“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产”。1995年的《担保法》第92条界定了不动产的范围,“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物”。《中华人民共和国物权法(征求意见稿)》第2条规定的不动产包括“土地、建筑物等土地附着物”。王利明教授主编的《中国物权法草案建议稿》第9条对不动产的规定是“依自然性质或者法律规定不可移动的物,包括土地、土地附着物、与土地尚未脱离的土地生成物、因自然或者人力添附于土地并且不能分离的其他物。”可见,从上述有关规定以及学者的建议来看,我国对不动产类型的划定,主要还是考虑物的自然属性、物理属性,而没有更多关注物的社会属性、经济和政治意义。但是,我国法律对某些特殊的、经济价值和社会意义较大的动产也采用与不动产相同的调整方法,如船舶、车辆、航空器等。

我国的民法典正在起草当中,动产与不动产必然是最重要的关于物的分类。对不动产的界定,笔者认为:第一,不动产概念的表述应采用列举式与概括式的结合与统一,使不动产处于一种开放的状态。这样,使富有弹性的不动产概念可以更好的适应社会经济生活的变化。第二,突破不动产物理标准的封闭性,充分关注物的社会经济价值,将须以登记为物权变动公示方法的某些动产也纳入到不动产之中。对此,孟勤国教授在《物权二元结构论》谈到,人们“在接受

① 鄺一美:《俄罗斯不动产物权变动及其登记制度的特点》,《政法论坛》2002年第4期,第137~139页。

动产登记的例外时,实际上已经树立了一个新的划分动产和不动产的标准,这就是登记。凡社会认为是重要财产需要登记的,必须经过登记,其他财产不需要登记。”“以登记区分动产与不动产,已经成为生活中的一个事实,我们所要做的仅仅是揭示和说明这一客观存在。”^① 第三,在注重物的物理标准、经济标准的同时,还要考虑法律技术标准,从而更好的界定不动产的法律范围。

(3) 房地产

房地产是不动产最主要和最重要的部分。严格意义上讲,无论大陆法系,还是英美法系都没有房地产这一不动产的法律意义称谓。房地产一词本为经济学上的概念,后被广泛用于我国内地和我国香港、澳门两地。我国现行许多法律法规出现了“房地产”一词,但并没有明确其概念。虽然我国民法在很多制度领域接近大陆法系,至于为何没有采用大陆法系通用的“不动产”一词,是考虑到房地产这一概念在我国沿用已久,易于接受,因此立法机关和行政机关在制定不动产领域的法律法规和部门规章时,常使用房地产一词。此外,这一称谓也与我国人民法院以往设置的“房地产审判庭”相呼应。

作为一个复合术语,单纯的土地和房屋不能被称作房地产,所以,房地产是土地和房屋财产的总称。房地产有广义与狭义之分。广义的房地产包括一切作为物的土地、房屋等建筑物、构筑物,其他与土地、房屋不可分离的部分,以及水面、矿藏、森林等自然资源。其中,土地是一个自然综合体,指具有四至范围的地球表面以及地面上空及地下,包括各种类型的土地,如建设用地、耕地、自留地、自留山、林地、坡地等,以及水域、滩涂、岛屿等。如美国《加利福尼亚州民法典》第 659 条规定:土地为混土以及含有沙土、石头或其他成分而组成的物质,它包括地面以上和地面以下一定距离的开放或有建筑物的空间,其高度和深度由法律规定的空间决定,或由法律允许行使的

^① 孟勤国著:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社 2002 年版,第 126 页。

空间权利决定。所以,土地的范围既包括地表,也包括地表上下一定范围之空间,可称为土地的横向范围和纵向范围。土地按照不同标准,可以进行多种划分,比如,按照所有制不同分为国有土地和集体土地;按照经济用途的不同分为承载用地(如建设用地)、养力用地(如种植、养殖用地)、富源地(如矿藏);按照对土地开发和开发利用的程度分为过生地、生地、熟地、过熟地;按照与城市经济连接的紧密程度分为农村土地和城市土地。我国的《土地管理法》根据土地的用途将土地分为农用地(是指直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等)、建设用地(是指建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等)和未利用地(是指农用地和建设用地以外的土地)。本书所探讨的商品房所依附的土地指的是其中的建设用地,所言的土地使用权指的是建设用地的土地使用权。

对于建筑物的理解,我国台湾学者谢在全教授认为,凡具有覆盖墙垣,足以蔽风雨,供出入而可达经济上使用的,均是建筑物。即便屋顶没有完工;没有油漆粉刷;或者没有装妥门窗,均在所不问。^①梁慧星教授则认为,建筑物是指定着于土地上或地面以下,具有顶盖、梁柱、墙壁,供人居住或使用的构造物,房屋、仓库、地下室、空中走廊、立体停车场等均包括在内。^②日本法务省民事局所订《不动产登记事务取扱手续准则》第122条规定,建筑物系指具有屋顶及墙壁或其他相类之物,且定着于土地上,依其目的用途,已达可供使用状态者而言。工厂、仓库虽无地板、天花板,仍属建筑物,但住宅、旅馆、饮食店等,如未达居住或营业之充分构造时,则非建筑物。而构筑物一般是指不在该物之内进行生产和生活活动的物,如水塔、烟筒等。

广义上的房地产事实上与大陆法系的不动产在含义上是比较接

① 谢在全著:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社1999年版,第22页。

② 陈阮雄:《民法总则新编》,三民书局1982年版,第370页。