

《泰和泰律师》：谈商品房买卖合同 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E3_80_8A_E6_B3_B0_E5_92_8C_E6_c122_483432.htm 一、房地产开发1、近一段时间来，在商品房买卖的合同文本中，先后出现了北京一律师推出的204条，我们成都的律师随后又祭出了82条，业界人士普遍疑问，商品房买卖合同，有必要作那么多的无谓的约定吗？(请大家从合同条款本身的必要性、行业诚信、格式条款、房屋交易市场信用介入等方面发表观点) 邓国林：我认为，商品房买卖合同条款所谓的204条也好，82条也好，提法本身就不科学。原因在于，市场上交易的商品房按标的物的产权情况分为现房和预售房，按标的物的使用状况可分为新建房和旧房，按标的物的销售对象可分为内销房和外销房，另外还存在普通商品房和经济适用房；从购房人付款的方式上看，又可以分为一次性付款购买的商品房、分期付款购买的商品房、按揭付款方式购买的商品房。标的物的状况不同、购房人的付款方式不同，双方所签订的合同条款肯定迥异。抛开该204条或82条的条款本身尚有的欠科学性、欠合理性上不谈，我认为，媒体不分青红皂白地把律师祭出的204条、82条视为消费者权益保护的“尚方宝剑”而进行的过分宣传于房地产行业的健康发展是不利的。购房人对自己的合同权利义务有尽善良管理的义务，不能因为自己缺乏买房的专业知识和害怕白欺诈就拿着所谓的204条、82条去要求商品房的出卖人接受，这样有违订立合同的公平原则，并显然导致对合同另一方当事人的不公平和损害房地产行业的健康发展。最好的商品房买卖合同文本应该是根据标的物及付款方

式的具体情况，由房地产专业律师在考虑商品房买卖合同应有的主要条款及双方当事人的一些特别约定的情形下，本着公平和诚实信用来进行拟订的。在对市场经济高度发达国家商品房买卖合同文本拟订及签署情况的比较研究来看，这些国家在房屋交易市场上都引入了法律、经济等中介机构的信用介入。例如，商品房买卖合同的文本由律师拟订，签约时双方在具有社会公信力的律师楼进行。这种中介机构的信用介入，既减轻了开发商售房时的签约压力，又能从避免欺诈等纠纷上保护购房户利益。许正平：不论是204条还是82条，它都仅能代表部分律师、部分购房人的观点，也不一定能反映出所有购房合同的共同特点。但是，它毕竟在原来的合同文本的基础上前进了一步，这是值得肯定的：而且，不论是购房者还是开发商，都越来越重视合同文本的作用，这无疑是法律意识的提高。合同是双方合意的结果。不管是82条还是204条，只要双方达成一致，就应严格遵守：如果开发商不愿接受这个条款，他可以不卖，这是他的权利。如果全社会都普遍接受了这种合同文本，而开发商不能接受，问题就不是出在合同文本身上，而是开发商自己身上了。真正诚信为本、质量上乘的开发商是不怕合同的严密的。杨直甲：商品房买卖合同签订之前，在开发商和购房者这二者之间，权益保护的天平更应向购房者身上倾斜，这是维护公平的需要。因为：不论是现房销售还是预售，购房者是在接受一项“据称”是合格的产品和服务，实际情况会是怎么样的，他无从知道；而开发商在与购房者签订了合同之后，他面临的风险仅是能否如期回笼资金，而这一点在按揭中是解决了的（开发过程中的风险因与购房者无关不谈）。因此，在开发商与购房者

之间，他们的风险大小是不一样的，购房者的风险更大一些。因此，购房者会比开发商提出的要求更多一些，这是完全可以理解的。赵鑫：(1)无论是204条还是82条，只要当事人在自愿的基础上达成了共识，就对双方当事人具有法律约束力。根据1999年10月1日施行的《中华人民共和国合同法》的规定，法律赋予了合同双方当事人最大的合意权，只要合同是双方真实意思且不违背国家强制性法律规定，即对双方具有法律约束力，商品房买卖应属特殊标的物(不动产)转移所有权的买卖合同，只要买卖双方接受204条或82条，合同即告有效，这说明204条(或82条)有合法性的前提。(2)《中华人民共和国合同法》将原来的三部合同法律汇总而且多达428条，并在合同法第61条和第62条中明确规定了“补充协议”或“约定不明”的处理。回想到90年代初签订合同只有可怜的几行字，结合着外国企业提供合同文本的数十页甚至于上百页：充分考虑诉讼中双方对合同本身条款的各执己见，我认为合同内容细化很有必要，只有明晰了双方的权利义务，才便于合同的更好履行。这也许就是204条(或82条)存在的必要性。(3)按照《合同法》规定并结合交易惯例。在买卖合同中买方的义务本身就是按时足额付款而卖方则要将没有权利瑕疵和质量瑕疵的标的物及时交付给买方，并应承担相应的附随义务，(如修缮、维护、保养等)。对于商品房(包括二手房)的买卖，我国相关法律、法规均明确的规定了开发商应尽的义务，如果一个合同把散见于各个法律法规中的内容以明晰或将不够明晰的权利义务关系以合同形式固定下来，对房地产开发的规范发展可以说有利无害，这也许可算作204条(或82条)存在的可行性。总之，我个人认为制定一个统一的、

内容十分明确的、明晰了各种条件下双方权利义务关系的合同文本是必要的、可行的。周敏：房地产是人类社会中最为重要的财产，当今世界，房地产业已成为国民经济的三大支柱产业之一。房屋、土地与人类的关系可谓密切。房地产在国计民生、经济发展中的作用可见一斑。在我国，自改革开放以来，房地产业迅猛发展，伴随着土地使用制度、住房制度及房地产管理体制等方面改革的步步深入，房地产业在国民经济中的基础性、先导性、支柱性地位越来越为人们所认同。首先，我认为商品房买卖合同是明确双方当事人权利义务的主要依据，204条和82条只要合同双方进行了约定就合法。其原因在于，商品房按照不同的标准可以分成多种类型。从购房人付款的方式上看也是多样的，他可以进行一次性付款的购买、分期付款的购买、按揭付款的购买等等。所以，由于标的物的状况不同、购房人的付款方式不同，商品房买卖的双方所签定的购房合同条款的内容肯定不一样的。尽管如此，双方只要进行了约定就应该合法。最好的商品房买卖合同文本应该是根据标的物以及付款方式的具体情况，由专业的房地产律师在周洋考虑商品房买卖合同应有的主要条款以及双方当事人的一些特别约定下的情形下，本着诚实信用和公平的原则来进行拟订的。在一些市场经济高度发达的国家和地区商品房的买卖合同文本拟订以及签署情况的比较研究来看，这些国家和地区在房屋交易市场上都引入了法律、经济等中介机构的信用介入来规范。特别是律师的介入使得这种文本的规范性和合法性得到了更进一步的确认，既减轻了开发商售房时的签约压力，又能从避免欺诈等纠纷上保护购房者的利益，可谓一举两得。综上所述，我认为在商品

房买卖合同文本中引入204条和82条并无太大问题。廖静：我国目前的商品房买卖合同由建设部提供《商品房买卖合同示范文本》，并在《商品房销售管理办法》中明确要求房地产开发企业应在订立买卖合同前向买受明示该示范合同文本，成都市房管局也制作了统一的商品房买卖(预售)合同文本，并通过行政手段在市区范围内统一使用。但是随着商品房买卖市场的日趋成熟，这种条款简单的合同逐渐暴露了它们的缺陷性，而由开发商自行制作的补充协议，往往有失公允且不十分科学。在这样的情况下，由部分律师率先推出了各种各样的合同文本，它们的共同特点是尽可能为买受人在购房细节上考虑周到，由此而来掀起了一场有关商品房买卖合同文本的激烈讨论，并吸引了媒体、广大购房户以及开发商甚至行政主管部门的注意。我认为，结合目前的实际情况，对商品房买卖合同文本做细化修改是势在必行，但是必须考虑到合同文本设计的科学性和使用的可行性：如果合同条款过于繁琐苛刻不利于实际运用。要保护购房者的合法权益，同时也应保护开发商的合法权益。

2、商品房预售登记的法律效力。

邓国林：商品房预售登记不同于房屋权属登记。房屋权属登记是指的房地产行政主管部门代表政府对房屋的所有权以及由所有权派生的抵押权、典权等权利归属进行的登记行为，他体现的是房屋的产权及产权派生权利的属性。而商品房预售登记则是指房地产开发企业在未取得所开发的房屋产权初始登记前，根据《中华人民共和国房地产管理法》第44条第2款进行的预售合同备案登记，他属于不动产合同权利的预告登记性质，目的在于将不动产的债权物权化，并保证房地产行政主管部门对房地产开发企业预售行为的合法性进行监

管。我国没有以立法形式确立未经过登记的预售合同是否无效，还是仅仅无法对抗第三人；更没有明确的是，作为一种债的法律关系，经过登记的预售合同，预购人是否对合同债权具有对抗力，是否可以对抗随后成立的物权变动或有损于登记债权的行为。因此，普遍认为，我国实行的商品房预售登记仅仅是预售行政管理的一种预售资格审查手段，不具备债权保全的对抗效力。倪弘：有的学者认为：商品房预售登记是不动产登记的一种性质上属于预告登记，或称预登记。所谓预告登记或预登记是为保全一项以将来发生不动产物权变动为目的的请求权而为的登记。本人也赞同这种观点。预告登记是一种特殊的不动产登记，与一般的不动产登记不同的是，一般不动产登记的权利是不动产物权，例如所有权、抵押权等。而预告登记所登记的权利是一种请求权，其具体内容是将来请求发生物权变动。房屋买受人在商品房预售合同中的权利本是一种债权，经过登记后便获得了对抗第三人的效力，如果房地产开发企业将经过预告登记的房屋售予第三人，该第三人不能通过登记获得所有权；如果房地产开发企业将经过预告登记的房屋设定抵押，该抵押权不能对抗预告登记的买受人。预告登记使合同债权应当具有物权性质，是一种典型的债权物权化。预告登记有下列三种效力：(1)保全效力。即保障旨在发生不动产物权变动的合同债权等请求权届时能实际发生物权变动的效果。(2)顺位保护效力。即登记在先的权利优先于登记在后的权利。(3)破产保护效力。即在相对人破产时，经预告登记的请求权排斥他人而保障其实现。需要说明的是，预告登记所保全的请求权不仅包括合同债权，还适用于根据法律产生的请求权，根据法院的判决、裁

定产生的请求权以及根据政府的行政指令产生的请求权。预告登记使请求权具有对抗第三人的效力，但并不改变请求权本身的法律关系，登记的请求权的义务人不因为预告登记而丧失其对请求权人的抗辩权。许正平：这个问题法律上没有明确规定。我们讨论的目的在于：从理论上论证它究竟应具有什么样的法律效力。我个人认为，仅仅把它定位于一种预售行行政管理的一种手段是不够的。我们的任何一种行政管理手段都是为了一种目的而存在的，否则就没有管理的必要。从政府的角度看，商品预售管理的目的在于最大化地维护交易安全和房地产业的有序发展。从这一目的出发，应当赋予商品房预售登记以优先权效力，即经过登记的预售行为得对抗第三人。杨直甲：现在谈论商品房预售登记具有优先权效力尚为时过早。在现有法律、法规的条款下，商品房预售登记与否，只与开发商是否遵从房地产行政管理机关的行政管理相联系，不与购房者的权益保护、第三人利益保护相联系。这当然是我国房地产法律现状的不足，但它是现实。赵鑫：(1)为了减少或杜绝开发商将房屋一屋多卖的现象，我国相继出台了关于商品房预售合同备案登记的相关法律法规，只要开发商严格按照这些规定办理合同备案登记，一房多卖的现象基本上可以杜绝，这对于房地产市场的规范和购房者利益的保护应该说个分有利，应进一步加强这方面的管理。(2)商品房预售登记的效力的确很低，其只是房地产管理部门对于房屋买卖行为的一个确认，作为购房者并没有取得合同标的物的所有权，并且我国目前普遍认为预售登记不具备债权保全的对抗效力，这也许是我国法律冲突下出现的一个空白，对此我个人认为只有进一步强化管理，强化合同登记备

案的效力，才能进一步规范市场，进一步保障广大购房者(往往是无辜者)的合法权益，比如规定合同经备案才生效，已备案合同的标的物设立其他权利时需经购房者书面同意，已设立了权利的标的物在转让时需经权利人同意并如实告知购房者且经购房者认可等。

廖静：根据《城市房地产管理法》的规定，商品房预售必须办理登记手续，但未规定登记后生效，则根据《合同法》的规定，是否办理预售登记手续不影响合同效力。我认为，只要是符合相关法律法规签定的商品房预售合同无论是否登记均应有效，商品房预售登记更多的是一种行政管理手段，但合同涉及的房地产权属在办理完毕房屋所有权证及土地使用证以前都不发生转移。如果发生重复签定合同的情况，依法由建设行政主管部门予以罚款处理并责令改正，构成犯罪的依法追究刑事责任。

刘俊：到目前为止，国内尚没有充分地发挥律师在市场经济运行过程中的作用，仍习惯于按自然人协商或公司协商的方式来处理应严格按法律程序解决的问题。商品房销售，特别是个人的商品房购买过程是一个非常复杂的法律过程，如果单靠购买者个人去独立保护自己的利益是一件非常困难的事情，因此必须靠中介的、公正的律师承担起相关的法律责任。

其一、房地产销售的交易活动必须有律师参与应成为一项法律的明确规定，凡未经过律师办理的不应是有效的合同。

其二、在无利益冲突时同一律师可以同时代表一方、二方或三方的权利，但有利益冲突时同一律师不能同时代表一方以上的权利。律师在交易活动中的责任是应该非常明确和非常专业化的。要能确实有承担责任的能力。必要时应经过专业管理部门的培训考核和审批认可。如证监会承担着对会计师、律师能否承担

公司上市工作的审批和认可的责任与权力。律师的责任有许许多多，主要有：A．律师要首先保证开发商的建设行为的合法性。如用地的出让合法性、规划批准的合法性、设计的可靠性和合法性、建设施工的合法性、建设委托合约的合法性、权属的合法性、经批准销售的合法性以及这些合法性背后的实际拥有其他的合法性等等，如土地证被抵押贷款时其合法性的存疑等。律师确认的合法性是对开发商的一种审查，同时是对买家的一种法律的保证。律师要对其中的任何合法性承担法律的责任和赔偿的经济责任以及刑事上的法律责任。在这一系列的合法性中律师必须保证其的公正、公平和公开。B．律师要与建筑设计师和开发商共同确认每套住房的实用面积(套内面积)、建筑面积(加分摊之后的面积)和小区的所有可销售面积与不可销售面积享有共同产权的面积基数，并计算出每套(单元)实用面积(或建筑面积)在整个小区之中的所占比例(即缴纳管理费的分摊比例)以及按最初的管理费预算分摊或核算为每M(实用或建筑面积)上的管理费标准。这一程序是确保发展商利益和买家(小业主)利益的重要环节，同时是销售中律师要向买家解释和保证的内容。这种测量和计算带有专业的性质，律师可要求公正的有经验的测量师(或测量单位)参加这种计算。C．律师要对所有的宣传材料(广告、楼书)负审查和公告的责任。楼书已成为合同的附件一部分，也可以做为法庭上的证据，防止了开发商在广告、宣传中的欺骗行为、夸大行为。包括所使用的建筑合约中的材料、设备等都必须得到保证(发展商可在楼书中注明部分拟选用的材料为参考材料可以变更，但不能降低标准)，在律师的监督下最起码买家不用再去担心买了假货或合同没有质量保

证的问题，这使政府就真正做到只当裁判而不当运动员了，如果没有纠纷，也就不去裁判了。D. 律师要承担保证该买卖合同完成的责任。即律师必须保证该商品(房屋)合约如期建成直至交付到客户手中，完成合约中各方的责任为止(包括纠纷的处理)。也就是说如果开发商不能保证楼按质按期的交付，律师会要求开发商对客户进行赔偿(按合约的规定)。由此所产生的约束机制就是所有客户(买家)的付款，包括银行的按揭款都支付给律师(律师行)而不是支付给开发商。律师在扣除保证建筑合约和完工所应支付的所有费用的情况下，才会将余额(包括土地的费用和管理费、利润等)转给开发商。当开发商将在律师手中的钱直接向建筑商、材料供应商支付时要凭合约申请，律师给以支付，或自行支付之后再凭收据到律师处领钱。E. 除了保证合约的执行之外，甚至连扣建筑商的尾款和保修的费用都可以用上述方式在律师参与的情况下进行。可以防止开发商与建筑商之间的纠纷，从而由律师做公正的裁定，以及时有效的解决买家在保修中的问题。不管是建筑商或开发商来承担了保修的及时性工作，都必须在律师的认可下支付上述费用，减少了各自扯皮的环节。能更有效的保护消费者的权利。F. 律师同样可以承担买方的各种后期费用交纳的责任，如要先在律师处存放相当于管理费数月金额的保证金或信用，部分能源费用支付的保证金等，同样包括按月应向银行支付的按揭款等等(该责任会在交楼时部分转给物业管理公司)。律师在这些销售过程中的作用会延伸到后期的产品保证及管理过程。G. 律师在未还完按揭贷款而遇到买家二次转让时，有权从银行借出被抵押的契约和产权证明，协助办理买家买入新房时的贷款(包括未卖出

旧房之前买新房的首付款)并负责收回新买家的付款及银行按揭等事宜，在我国，最初公众对律师的认识只是发生纠纷时律师要去代客户打官司要求索赔。但如果目前中国的法律和律师仅仅对被分割之后的局部负责，而不对全过程负责，是在不明确产权概念的情况下一种被缩小了的对客户权利的保护，而并非对销售生产的全过程的一种保护。如果我国的法律完整的规定和解释了律师在整个交易过程中的作用、权利与义务时，各级政府和客户都将不得不尊重这一职业和不得不承认律师的重要。同时也会不管是否情愿都会支付上述费用的，这种费用的支付将不再是一种负担而是责任。

3.香港房地产业律师的作用。赵鑫：我个人认为律师楼签约，律师的作用用形象的语言来描述即是对双方买卖行为所作的律师见证。

4、在采用按揭方式购房中，按揭贷款人在不能履行与银行的贷款合同时，根据银行与开发企业之间的相关协议，开发企业往往不得不对以按揭方式购买的该按揭房的回购，按揭贷款合同与商品房买卖合同具有主从合同法律关系吗？开发企业是否承担了不合理责任？张黎明：主合同是指不依赖于其它合同而能独立存在的合同，而从合同的特点却在于它不能独立存在，必须以主合同的存在并有效为前提。按揭贷款合同与商品房买卖合同分属不同的法律关系，二者之间虽然有一定程度的联系，但均能独立存在，彼此之间也无依附关系，故并不具有主从合同法律关系。在采用按揭方式购房的实施过程中，由于银行是否提供按揭贷款以及贷款的条件和方式直接关系到开发商的投资能否及时收回，所以银行往往处于有利地位，开发商不得不承诺在一定条件下回购按揭房或接受其它不平等的条件，我认为这种约定属于显失公平。

同时，在按揭贷款合同中一般都设定了信用保证{含首付款)、不动产抵押、保险等条款，银行信贷资金在事实上并无风险可言，开发商可根据《合同法》的规定行使撤销权，以避免承担不合理责任。赵鑫：我个人认为按揭贷款合同与商品房买卖合同虽然存在着一定的关联性，但就法律关系上讲是不同的两个法律关系，二者相互独立又相互联系，从交易惯例上讲先有买卖后有借贷，二者不属于主从合同。至于开发商回购问题不应该片面的认识这个问题，仅从商品房买卖合同中开发商的确不存在回购的义务，但在按揭贷款合同中，开发商是借款人(购房者)的保证人，银行要求开发商以回购的形式来履行保证责任，开发商也自愿接受，从法律关系上讲开发商应该没有承担不合理责任。

5、地面花园、屋顶花园能买卖或赠与吗?许正平：这属于建筑物区分所有权问题，应当在物权法中解决。在目前的情况下，区分所有权人对公有部分的权利意识尚不强烈，因此一般情况下，律师对这部分公有财产的处理意见是约定排除，这也为大多数开发商所接受，也基本符合现有的法律规定。所谓约定排除，即由开发商在购房合同中明确约定，区分所有权人放弃对地面花园和屋顶花园的权利，由开发商另行出售。物权法颁布后，这个问题可能得重新考虑。“约定排除”将不得作为一种“行规”而普遍存在。开发商要权利人放弃这一财产权利必须反映出相应的对价，即从成本核算上必须体现出不带屋顶花园和地面花园的房屋的价格优势，再交由购房者选择，而不能搞现在的暗箱操作。而且，必须由所有区分所有权人接受才可行。廖静：该问题的实质是这三样的所有权是否属于开发商。我认为不能一概而论，应视情况分别对待：(1)地面花园：

涉及土地使用权问题，如果其占用的土地未纳入土地公摊，应可以出售，并且可以在购买后办理土地使用证，但其使用应符合规划要求。如果其占有的土地纳入了土地公摊，则属于该住宅小区全体共有人共同共有。(2)屋顶花园：涉及共用部位的权属问题。根据建设部规章，屋顶部位属于房屋共用部位，由公共维修金对之进行维修保养，因此我认为，建筑物屋顶应属于该建筑物的全体产权人共同共有，其使用权及收益权等均应归该建筑物的全体共有人。开发商对屋顶进行销售或赠与等处理不符合我国现行法律法规。

6、地面停车库可以进行交易吗？

刘俊：我们经常遇到的地下停车场、小区值班室、地面花园能否计入公摊，进入购房价格等一系列的问题。这些问题的解决就涉及到建筑物区分所有权、共有权范围的界定问题。换言之，如果上述财产范围属于专有权，则小区开发商就有权单独处分，包括买卖、赠与等。反之，如果上述财产范围属于共有权，开发商就不能随意处分。区分所有权的共有权只能依附于专有权。界定专有权与共有权的界限是：凡是不属于小区公共配套设施的建筑，都属于区分所有权的专有权；但并不能反过来说，凡是属于小区公共配套设施的建筑，都属于区分所有权的共有权。区分二者界限，至少应具备下列两个条件：1.小区的公共配套设施。2.具有非经营性、非赢利性。对于地下停车场、小区超市等属于经营性的建筑，其可以作为区分所有权的专有权。是否进入购房价格，依据建设部颁发的有关房地产价格管理规定，小区的非赢利性、非经营性公共配套设施(如小区值班室)可进入购房价格；反而言之，小区地下停车场、地面停车场、超市、地面花园、屋顶花园不进入购房价格，换言之，是可以

单独出售的。廖静：小区地面停车位属于小区的公共配套设施，根据财政部的有关规定，“采取预提办法建筑的公共配套设施，房地产开发企业不得有偿转让”，“单独立项且已落实投资来源、能够有偿转让的公共配套设施，不得从开发成本中预提公共配套设施费”。我认为，地面停车位能否由开发商处理要看两个方面，一是该停车位占用的土地是否纳入土地公摊；二是该停车位的建设资金是否纳入开发成本。至于物管公司对停车位的权利。只应该是基于业主对其的授权而确定，开发商拥有完整的所有权的由开发商对其授权，否则由全体业主(包括未清盘的开发商)对其授权。小区会所也应与此相同。

7、房地产广告的法律性质

罗军：我认为，符合《合同法》规定的要约条件的广告是合同的一部分在过去，无论是发展商还是购房者，都有一种看法就是：只有写进购房合同的，才具有法律效力。不过，如果广告承诺构成一个要约，即具有不可撤回性，一旦业主承诺买房，即构成合同内容的一部分，具有法律约束力。如发展商在广告中注明的价格优惠、赠送的礼品、装修标准、配套设施等都属于构成要约的广告承诺，即使未写入合同，发展商亦一样要按承诺执行。如发展商不承担责任，购房者则可通过法院追究其违约责任。广告内容能否构成要约，判断的关键是看广告宣传 and 承诺有没有明确、具体的指标。如一些售楼广告宣称的“都市人的理想居所”、“世外桃源”、“升值潜力不可限量”等类似的广告，因没有一个明确的指标评定，所以都属于不构成要约的广告内容。对于不构成要约的广告内容，不是合同的一部分。我认为有5种广告许诺具有法律约束力：(1)向购房者提供优惠条件或赠送礼品的许诺；(2)对商

品房外墙或共享部分装饰标准的告示；(3)对商品房各组成部分或共享部分使用功能的陈述；(4)对商品房周围环境质量做出的具有明确的公建指标的说明；(5)其它载有明确指标的说明。

赵鑫：开发商为了促销，最主要的手段即是打出各种类型的广告，目的只是一个用宣传吸引客户签约，广告宣传究竟是要约还是要约邀请，我个人认为广告更符合要约邀请的范畴。如无特别约定开发商最多承担的是虚假广告的责任而非合同责任，建议购房者将广告宣传作为合同附件，将广告宣传的内容作为开发商的合同义务，即可保障购房者的权益。

周敏：在市场经济条件下，各种行业的竞争日趋激烈，商品房买卖大战同样不可避免，甚至愈演愈烈。如今，房地产开发商为了推销自己的商品房，抢占市场先机，会利用各种宣传媒介做商品预售房的广告。在如今铺天盖地的商品房预售广告中包罗万象，它可能涉及到商品房的质量、购房优惠条件、商品房所在区域的环境等承诺。但是，问题往往出现在当购房人带着广告中所承诺的美好憧憬进住之后，才发现原先广告中的许诺都成为了泡影，因此现在有关房子问题的投诉已经占到了各类投诉的首位。我在平日的工作中也接触到不少这样的问题。那么，购房人因为房地产广告而上当受骗可否基于房地产开发商在广告中的许诺而要求开发商赔偿、或者要求退房、承担违约责任呢？答案是肯定的。依据我国法律的规定，房地产广告同样受《合同法》和《广告法》的调整。象其他商业广告一样，房地产广告除了纳入合同而成为合同的内容之外，都属于要约邀请(或称邀约引诱)。而邀约邀请在法律上是没有约束力的。因此，我认为，如果购房人想得到房地产广告中的种种许诺条件，则应在签约时将广

告的内容纳入到商品房预售买卖合同中去，使其成为合同的条款，这样购房人才能保护自己的利益，以免上当受骗。但是这样并不意味着在任何条件下房地产广告都没有约束力。我认为，如果房地产开发商所做的商品房广告中的承诺是根本就无法实现的，则构成虚假宣传，属于缔约过程中的民事欺诈行为。如，在商品预售广告中，房地产开发商宣传许诺了是经建设(规划)主管部门审定的建筑设计方案，有关批准文件中不存在的配套设施等：或作出了无法实现的解决迁入户口指标、提供银行按揭等许诺。房地产开发商应对该些广告承诺承担法律责任。房地产开发商的这种行为，违背了前合同义务，应承担违约过失责任。综上所述，我认为关于规范房地产广告目前是一个亟待解决的问题，广大的购房者在选择商品房的同时一定要严格地审查房地产广告中的相关承诺，尽量在合同中表现出来，让自己的合法权益得到法律的保护。

廖静：根据《合同法》的规定，商业广告属于要约邀请，但其内容符合要约规定的，应视为要约。即如果广告内容明确具体，且表明一经受要约承诺，要约人即受该要约约束。基于此，我认为，随处可见的“购房送天然气入户费”、“购房送大功率热水器”等广告内容符合要约邀请的条件，应对开发商具有约束力。反之，有关绿化面积、公共配套等约定往往含糊其词，约定不明，则不具备要约的条件一对开发商不具有约束力。(但可能涉嫌虚假广告，其应承担的责任则是由工商行政管理部门予以相应处罚。)

程守太：某房地产公司在当地的《A市日报》上刊登一则售楼广告，广告宣称：“本公司首次独家举办销售让利活动。本公司提供的楼房符合现代住宅的要求，将为您提供的设施有：预留煤气管

道、空调洞、分户电表、地下车库……”。后王某认为某房地产公司提供的房屋与广告上承诺的不符，要求赔偿其损失。我认为：售楼广告只能是要约邀请，而不具备要约的特征。首先，从广告发布的目的看，是为了宣传公司的地产促销活动，美化产品形象，引起公众的兴趣，其本身不是以订立售房合同为直接目的。其次，从广告的内容上看，只是宣传了自己的房地产项目的优势，远远不具备房地产买卖合同的基本条款。广告发布人并未表明一旦有人承诺即受其意思表示拘束，成立买卖合同。因此广告的内容不能直接成为合同的内容。如购房协议中没有要求公司遵守广告中内容的约定，广告的承诺亦没有通过双方的约定体现为合同的内容，则王某不能以公司违约要求其赔偿自己的损失。那么，王某对该公司是否无法主张任何权利了呢？不是。事实上，王某可以对该公司实施民事欺诈行为起诉该公司。所谓民事欺诈，是指一方当事人以虚构事实或隐瞒事实真相的办法，使对方与自己订立合同，成立民事法律关系。具体而言，民事欺诈有如下要件：(1) 欺诈人故意地隐瞒事实真相或陈述虚假事实；(2) 行为人的目的是使对方因陷入错误认识与自己订立了欺诈人所希望的合同；(3) 被欺诈人与欺诈人订立了欺诈人所希望的合同；(4) 被欺诈人从事该民事行为与对方的假陈述或隐瞒真相存在因果关系，即被欺人由于欺诈人的欺诈行为而陷入错误认识。这里需确定的是：第一，欺诈人提供的虚假情况应与合同内容有密切关系。第二，被欺诈人基于虚拟的情况而对合同内容发生了错误认识，从而作出了意思表示。本案中，某公司在报纸上刊登的售楼广告的内容与其楼房的真实状况不相符，某公司对此是明知的，其行为的目的在于吸

引客户与自己签订购房协议。而王某正是由于相信了该公司广告上的陈述，才与该公司签约购房的。如果王某知悉了事实真相，可能不会与该公司签约或者会谈判以不同的价钱成交。由于该公司的欺诈行为，使王某对这份购房协议的内容发生了错误认识而与该公司签约。我国《合同法》第54条规定：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”因此，王某人作为合同受欺诈方，可以行使撤销或变更权，倘若王某在一年的除斥期间内行使了撤销权，则王某与某公司的购房协议自始无效。某公司要返还王某的全部房价款，王某则将已入住的房屋交还某公司。倘若王某还想继续维持双方的合同关系，可以向法院申请变更合同的内容。现实生活中，由于轻信房地产公司的不实广告而与之签约的案例很多。对于买方，可以在签约时要求卖方将广告承诺的内容写入双方的协议使其成为合同内容的一部分，以便在名不副实时告卖方违约。万一在签约时疏漏，可以在发现受欺诈后的法定期间行使撤销权或变更权，以弥补损失。

8、房地产开发企业退出市场的保护与限制

倪弘：本人认为，房地产开发企业依法退出市场是其商品性的必然要求：在允许房地产开发企业退出市场的同时，应当通过适当的方式对房地产开发企业退出市场的方式、程序及所涉及的各方利益冲突进行适当的规范。应当建立一条房地产开发企业退出市场行之有效的路径，这样才能既保护房地产开发企业的利益，又保护其它利益主体的合法利益。本人认为，应当从以下几个方面构建一种平衡的房地产开发企业退出市场机制：（1）通过对相关法律、法规的修改、补

充，建立一套规范房地产开发企业退出市场的制度，弥补我国现行法律、法规的不完善之处。首先，应当在《城市房地产管理法中》增加专章，专门规定房地产开发企业退出市场的程序、方式，以特别法的形式，就房地产开发企业退出市场问题作出与公司法不同的规定。本人认为，在修改《公司法》中关于解散、撤消和吊销的有关规定条件尚不具备的情况下。可以结合房地产开发企业的具体情况，就房地产开发企业退出市场作出与符合目前中国实际情况的与公司法不同的规定。其中包括：(1)房地产开发企业解散、被撤消后5年内继续存续，其间只能从事和结束营业及清算有关的业务和事务。债权人可以以该房地产开发企业为被告提起诉讼。(2)明文规定在房地产开发企业退出市场时，应当将其开发的所有房屋涉及办理房屋转移登记手续所需要由房地产开发企业提供的有关资料存放于房地产主管部门，当房屋买受人能够提供令人满意的证明，证明其享有所购买的该房地产开发企业房屋所有权，并应当办理房屋转移登记手续时，则房地产主管部门应当为其办理登记手续；明文规定在房地产开发企业退出市场时应当向全体业主办理移交共享部位、共享设施设备的手续，包括移交能够证明共享部位、共享设施设备的权属的全部资料。(3)明文规定房地产开发企业因不按规定办理年检注册手续被吊销营业执照并不导致房地产开发企业主体资格消亡的后果，与解散、被撤消的房地产开发企业一样，被吊销营业执照的房地产开发企业5年内继续存续；同时规定被工商行政部门吊销营业执照的房地产开发企业的法定代表人、股东、董事在5年内不得再行担任房地产开发企业的法定代表人、股东、董事，并将该信息随同其它房地产开发信

息一同公开。(4)设立小规模房地产开发企业的简易清算程序，规定凡资质等级为4级的房地产开发项目公司，在向房地产主管部门提供了其开发的所有房屋涉及办理房屋转移登记手续所需要的资料，及已经履行完毕《建设工程承包合同》、《借款合同》项下的全部义务的说明，并就未说明的债务提供股东承担连带担保责任后，可以以简易程序快速办理房地产开发企业的注销手续。其次，修改现行《房地产开发企业资质管理规定》中关于一级、二级资质应当具备的条件，将一级资质所要求的具备上一年房屋建筑施工面积15万平方米以上或者完成与此相当房地产开发投资额的条件，二级资质所要求具备的上一年房屋建筑施工面积10万平方米以上或者完成与此相当房地产开发投资额条件删去，以更符合房地产开发的现状，引导房地产开发企业根据自己的抉择和市场状况决定是否进入或者退出市场。(2)设立一些新的制度，公平地解决房地产开发企业退出市场时所涉及的部分配套设施的权属问题可能产生争议和阻碍，房地产开发企业顺利退出市场的主要是房地产开发企业通过其与全体业主共同签署的业主公约(或称公契)明文保留其所开发的项目中部分配套设施的所有权的建筑物、构筑物的权属归房地产开发企业所有(例如未进入公摊的地下车库、学校校舍等)，对这部分财产权属的确认和处分直接关系到业主的切身利益。本人认为，对这部分财产的权属可以根据其具体情况，在房地产开发企业退出市场时，由房地产开发企业对此部分财产权予以放弃，转归全体业主所有。也可以确定有条件地转让，即房地产开发企业在退出市场时，可以转让该部分财产，由于其作为与销售房屋配套的财产特殊用途，故对其处分权进行适当

地限制，只能转让给全体业主，全体业主可以委托物业管理公司进行物业管理。（3）建立更为完善的房地产保险制度因房地产保险市场在我国尚不成熟。本人认为，要建立房地产开发企业公平的退出机制，需要在以下方面完善房地产保险：（1）适当调整房屋财产保险。（2）完善房屋利益保险。（3）进一步规范责任保险。（4）完善信用保险。（5）简化手续，推行房屋综合保险。（6）完善建筑工程保险。（4）为项目转让设立可操作的规则

9、房地产开发企业应当进行资质管理吗？

邓国林：不应当，原因有三。根据《中华人民共和国房地产管理法》第29条规定：“房地产开发企业一般是指以营利为目的从事房地产开发和经营的企业。”虽然，我国的《城市房地产开发管理暂行办法》等法律法规及部门规章对这类企业的设立规定了相对严格的条件，但这始终不能改变房地产开发企业是赚取投资利润的投资商的客观属性。对投资商进行资质管理是不现实的。根据《房地产开发企业资质管理规定》，我国将房地产开发企业按照企业条件分为一二三四四个资质等级，每个等级的条件也作了严格的规定，同时实行严格的资质等级年检制度。该规定中关于近三年房屋建筑面积累计竣工数额和上一年房屋建筑面积竣工数额的规定与市场规律不相符合。举个例子，有一个资质等级为一级的房地产品牌公司，经过开发周期长达五年的准备。一举推出了一个建筑面积达100万平方米的超大型项目后，他可能要经过25年的或更长的时间来进行楼盘的销售、资金回笼及办理权属转移等工作，如果他不连续开发，在其销售期间，他因没有上一年度开发的建筑面积和近三年累计完成开发的建筑面积这一硬性指标，连资质都要被注销。资质这种作为房地产开

发企业开发、经营能力优劣的评判标准，在此种情形下，有何意义呢？赵鑫：我个人认为对于房地产开发市场实施“市场准入”设定一定的限制是合法且必要的，尤其是在目前的形式下，房屋消费很大程度上是消费者最大的消费支出并且房屋开发不同于一般的商品买卖，施行资质管理在一定程度上可规范房地产开发市场。

10、商品房质量缺陷损害赔偿诉讼的混合过错责任分析 程守太：近几年，随着城市新区建设和旧城改造速度的加快，大量商品房竣工投入使用。这些房屋在使用功能和质量上比前几年有一定提高，为城市建设和人民群众居住水平的提高作出了贡献。但是，随着开发企业的迅猛增加和开发规模的急剧扩大，一些房地产企业管理较差、片面追求经济利益、忽视工程质量的问题严重。因商品房质量低劣造成的工程事故，严重危及经济建设和人民群众生命财产安全，成为群众反映强烈的问题之一，而因商品房质量缺陷所引发的损害赔偿诉讼也日益增多。商品房质量缺陷损害赔偿诉讼主要是指因商品房质量有缺陷，导致业主人身和财产损失而引起的侵权赔偿诉讼。商品房质量缺陷，可能是由开发商、勘察设计单位、承包商、建材供应商、监理单位、质量监督站的原因引起的，也可能是由于业主本身的过错行为导致的，即混合过错。这里指的混合过错，主要是业主与开发商对于损害的发生都有过错。例如，开发商出售的商品房本身有质量缺陷，加上业主对其购买的商品房的主体结构进行过错误的开挖、改建等。对于混合过错而导致的业主的损失，开发商有责任赔偿，但要根据过失相抵的原则，业主也要对其自身的过错承担责任。所以，对于业主的损失，应依据业主与开发商的责任比例进行分摊，各自承担相应

的份额。这里，就必然要涉及到业主与开发商的举证责任问题。因开发商造成的商品房本身的质量缺陷，应由业主举证。业主可通过委托相关的鉴定机构，对勘察设计文件、承包商的施工质量状况、建材的合格性等进行鉴定，证明开发商出售给自己的商品房有质量问题。至于开发商与勘察设计单位、承包商、建材供应商、监理单位、质量监督站的纠纷或者承包商与建材供应商的纠纷，业主可不予过问。同样，开发商也有责任证明业主对其自身所遭受的损失有过错行为，包括对购买的商品房的主体结构进行过错误的开挖、改建等。据了解，四川省将通过实行房屋质量索赔制度来引导房地产市场的健康发展。购房消费者在房屋使用过程中若发现房屋的墙面开裂、屋面渗漏水及下水道堵塞等有关质量问题，可以向建筑商、房地产开发商提出索赔：索赔的金额将因房屋出现质量问题的具体情况而定。房屋质量相关问题将由房屋质量检测部门出具相关检测报告来认定。

11、商品房销售纠纷中合同欺诈的证据收集和确定

程守太：欺诈与违约，是截然不一致的。欺诈，这里是指商品房开发商故意把不真实的情况当作真实情况来表示，旨在使购房者发生错误，并迎合开发商作出意思表示的行为。开发商的欺诈行为，严重地损害了购房者的利益，此时，购房者惟有依据《民法通则》第58条、《合同法》第54条、55条和《消费者权益保护法》第49条等，据实找开发商协商，或者向裁决机构请求变更、撤销合同，并要求赔偿损失。但是，购房者是弱势群体，往往是在签定购房合同以后，才发现上当受骗了。购房者一旦怀疑或者发现自己被骗，应亡羊补牢，立即咨询专家，收集证据，固定证据，为挽回损失奠定坚实的基础。针对销售商

可能的欺诈伎俩，我们根据办案经验，提出一些收集、固定证据的方法，供大家参考、运用。(1)、若销售商无权处分该房，可查询相应地块的土地使用权人、该房的所有权人或者相应建筑物的建设方。(2)、若开发商在土地已经抵押出去的情况下销售商品房，则到土地管理部门提取土地已办理抵押登记的材料即可。(3)、若开发商无预售许可证，则可到房屋预售管理部门查询并出具证明。(4)、若开发商一房多卖，可查询该房销售的备案资料，或者收集其它以该房为标的的销售合同。(5)、若开发商有配套环境、配套设施等方面的虚假宣传，可收集其宣传资料、提取证人证言、录取开发商相关负责人再次对其虚假宣传进行确认的音像资料等。(6)、对于建筑结构的欺诈，可查询其《建设工程规划许可证》等。(7)、对于公摊面积的欺诈，可根据其设计图纸、建设部相关的分摊规则进行计算。(8)、交房日期的欺诈，主要是指开发商与施工方约定的交房日远远迟与销售合同，约定的交房日，且事实上开发商不可能在约定的日期交房。此时，可查阅开发商与施工方的建设工程承包合同和听取权威人士的经验估算、判断。

二、物业管理

1、大家对我国物业管理的法制现状发表看法

刘俊：总体评价是相关的法制建设大大落后于行业发展，而且混乱无序。具体表现在：物业管理所涉及的各方权利义务不明确，部门规章、地方性立法相互矛盾；业主管理委员会的对物业进行的托管和代表广大业主进行行权的法律地位没有以大法的形式进行确立；没有以法律的形式确立物业管理的市场机制，行政干预过多，特别是物价行政管理部门对物业管理费的收取干预太多；没有以法律或行政法规的形式确立科学的物业共享维修基金的收取、使用、监管机

制。2、小区内针对业主的财产盗窃、抢劫案件，物管公司应当承担何责？许正平：这个问题比较复杂，也比较普遍，司法实践中的判例也不统一。从大的方面讲，这个问题需要物权法对建筑物区分所有权的权利类型、权利来源、权利保护方式作出明确规定后，再明确业主委员会的法律地位，再进一步延伸到物管公司与业主之间的委托合同中应当明确规定的內容。物管公司应当承担的责任最终是根据物管合同来确定的。从具体的案件来讲，小区内针对业主的盗窃、抢劫案件应当根据被盗、抢财产的管理职责来作一具体分类。第一类：被盗、抢财产属业主管理、控制之下的财产，如业主室内财产被盗、抢。这种情况下，物管公司仅负责公共区域的管理，该财产的管理权更多地处于业主的控制之下。公共区域的管理虽说与业主室内管理的大环境有关系，但在确定物管公司的责任时，仍然应当首先从物管公司是否有过错上面考虑。物管公司的过错是其承担责任的前提条件。这种过错应当在法律上明确规定为故意或重大过失，一般过失不应当作为物管公司承担赔偿责任的条件。这里尤其需要界定的是“重大过失”的含义，理论上一般理解为“明知自己的行为可能发生损害后果而轻率地作为或不作为”，但这在实践中仍然缺乏可操作性，我的建议是在物管合同中明确约定物管公司必须尽的义务，如违反明确约定的义务，应视为重大过失。从这个角度上讲，物管公司承担的责任虽有合同，但不适用合同法的严格责任，而应从损害赔偿责任的构成要件来考虑，属合同法严格责任的例外。证明物管公司应当承担责任的举证责任在业主。第二类：被盗抢的财产属公共区域的财产，该财产的管理职责更多地处于物管公司的控制之下，物

管公司应当对该财产被盗抢承担责任。该责任来源于物管公司对处于公共区域的财产的保管关系，因而它是一种合同责任，适用合同法规定的严格责任，除非物管公司证明该损失因于业主的故意或重大过失。

杨直甲：对小区内机动车被盗、抢问题，我认为物管公司不应当承担责任，理由：(1)物管公司与车辆所有人之间形成的是一种场地租赁关系，而非保管合同关系，车辆所有人租赁场地后，其财产的管理责任仍然在车辆所有人，而没有转移给物管公司；(2)物管公司承担赔偿责任有违公平原则，因为物管公司因机动车辆看管而收取的费用与车辆损失的赔偿责任之间不构成对价；(3)物管公司不是保安公司，不具有防暴能力，社会治安问题引发的损失不应当转嫁给物管公司。某些物管公司的保安被杀死、杀伤，证明物管公司已经充分尽到了自己的管理职责，还要由物管公司承担赔偿责任于情于理于法都不通。

许正平：对小区内机动车被盗抢问题，我认为物管公司应当承担责任，理由：(1)物管公司与业主之间对公共区域的财产形成的是保管合同关系，而不是场地租赁关系。对公共区域的管理主体不是某个区分所有权人个人，而是物管公司(这当然由物管合同来明确)，物管公司本身不具有场地租赁的权利。(2)物管公司承担责任不违反公平原则，反倒符合权利义务相一致的原则。物管公司所收取的费用虽与车辆价值不等价，但是对价。物管公司应当承担的责任应当与其给车辆所有人造成的损失大小相联系，而不与其所收取的费用多少相联系。

3、《前期物业管理协议》有没有必要签订。

邓国林：没有必要。物业管理是指物业经理人接受业主的委托，对物业及物业相关使用人进行的安保、清洁、消防、绿化、设施设备管理等管理活

动。前期物业管理则是指房地产开发企业完成商品房的开发后，在销售及所有权转移阶段，因销售率、所有权尚未转移等原因，在业主委员会尚未成立之前，自己以大业主的身份委托物业管理公司对物业进行的管理。在前期物业管理阶段，对于物业管理公司而言，他不是也不可能根据单户的购房人的委托对物业进行管理。因此，建设部要求房屋买受人在与房地产开发企业签订商品房买卖合同的同时，要再行与房地产开发企业选聘的物业管理公司签订《前期物业管理协议》是不合理的。更何况，如果部分买受人不按照选聘的物业管理公司拟订的格式条款签订《前期物业管理协议》，必然会导致不同的买受人，其签订的《前期物业管理协议》所确定的合同权利义务不同(甚至出现部分买受人拒绝与物业管理公司签订合同，但并不影响其与房地产开发企业签订的商品房买卖合同的合法有效的尴尬局面)，这显然会妨害物业管理的公平性、统一性，并最终导致房地产开发企业的销售困惑、物业管理公司管理困难、大多数房屋买受人的利益更无法保障这种几方利益均受损的多重不利局面。因此，我个人赞成在前期物业管理阶段房屋买受人对物业管理没有选择权的观点。另外，我个人还有一个观点，那就是物业管理不应当人为地把它分为前期物业管理和业主委员会成立后的管理两个阶段，这种分法是很不科学的。对物业管理公司的选聘及对委托管理内容的确定，应当体现的是大多数物业业主(物权所有人)意志。在房地产开发企业开发的房屋整体销售面积或产权转移没有超过50%时，大多数物业的业主是房地产开发企业，在此阶段，他显然有权选聘物业的管理公司并确定委托管理的内容：在房地产开发企业开发的房屋整体销售面积

或产权转移超过50%以后，大多数的物业业主显然是房屋的买受人，在此情形下，物业的管理委员会本着体现大多数业主意志的原则，可以按大多数物业业主的意志选聘物业管理公司并确定物业管理的内容。

4、以部门规章的形式确定房地产开发企业承担物业维修基金的缴纳义务合理吗？邓国林：我认为，这是不合理的责任承担，有违权利义务对等的公平原则。物业管理有一个基本的原则，那就是统一化、专业化、市场化。住宅共享设施、共享设备的维修基金制度的建立。主要是本着对物业的统一化管理，保障大多数物业使用人的利益，促进物业的保值、增值，该基金是针对物业在使用和管理中的正常损耗而提取的专用基金。该基金的缴纳义务人毫无争议应当是物业的业主(所有权人)。房地产开发企业作为赚取投资利润的投资商，在将商品房销售以后，他已经不是房屋的业主。从权利义务必须对等的角度上讲，他根本不对已经销售后的房屋享受使用或收益的权利，显然也就不可能承担这方面的法律义务，他应当承担的只是所销售房屋质量方面的保修责任。因此，我国应向发达的市场经济国家一样，不要把房地产开发企业确立为法律上物业维修基金的缴纳义务人。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com