



民商事司法解释精释精解丛书

首届全国审判业务专家 何志◎总主编

最高人民法院 商品房买卖合同司法解释 精释精解

侯国跃◎主编

Understanding and Application
of Judicial Interpretations

— 增订本 —

· 核心提示 · 实务争点 · 理解适用 ·
· 案例指导 · 规范指引 ·

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

最高人民法院商品房买卖合同司法 解释精释精解

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

总序

在现代社会为数众多的社会调整机制中，法律属于较为精致、有效的一种。但法律是一个抽象化、概念化的行为规则体系。任何法律皆有漏洞，系今日判例学说公认之事实。[\[1\]](#)德国历史法学派创始人萨维尼（F. K. V. Savigny）指出，法律自制定公布之时起，即逐渐与时代脱节。[\[2\]](#)因此，在制定法律的时候，无论如何审慎周详，字斟句酌，也难免在文义和语境上产生疑义；无论如何总结社会矛盾的方方面面，在复杂多样的现实生活面前，也难免出现疏漏不周，挂一漏万；无论如何精雕细凿，科学圆满，也无法克服法律的稳定性和适用性的冲突倾向。因此，自法律诞生之日起，即诞生了与之形影相随的法律解释。

按照我国法律解释的基本框架，可将法律解释的内容区分为“法律条文本身”和“法律具体运用”两大类，前者由全国人大常委会解释（称为立法解释），后者由有关司法和行政机关分工解释。显然，最高人民法院的司法解释当属于后者。尽管司法解释的效力低于立法解释，但由于法律过于原则和抽象以及法律漏洞的存在，不仅给法官适用法律造成了困难，而且为法官留下了极大的自由裁量空间。因此，在法律存在着漏洞的情况下，司法解释

具有填补漏洞的作用。实际上，由于法律规则是对复杂的社会现象进行归纳、总结而作出的一般的、抽象的规定，因此人们对规则的含义常常从不同的角度进行理解。而每一个法官在将抽象的规则运用于具体案件的时候，都要对法律规则的内涵及适用的范围根据自身的理解作出判断，而此种判断实际上就是一种对法律的解释。更何况成文法本身不是完美无缺的，而总是存在着这样或那样的漏洞，因此，法律解释对任

何法律的适用都是必不可少的。尤其是在司法过程中，更需要对法律规范作出明确的解释，从而正确地适用法律和公正地裁判案件。

在我国法律制度中，司法解释颇具中国特色，不仅实行判例法的英美法系没有，即使是实行成文法的大陆法系也没有。在大多数西方国家，一般没有“司法解释”一词，“法律解释”就是“司法解释”的代名词，二者含义一样。大多数西方国家的“司法”就是指法院的审判活动，司法机关就是法院，司法解释（即“法律解释”）指的就是法院或法官对法律的解释。尤其是在普通法系国家，法官制作的判例不仅可以对成文法进行解释，还可以创制法律规则，对于法律的解释也只有法官才有这样的权力。在大陆法系国家，尽管曾经一度否认过法官对法律的解释，但二战后德国最高法院复审制度的确立，最终使法官的司法解释权得到了巩固。而我国建立的司法解释体制是“二元一级”的完全不同于西方国家的司法解释体制，在此体制之下，司法解释被分为审判解释和检察解释，前者主要是指最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题所作的解释，后者则指最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的解释。因此，司法解释是人民法院在审判案件时可以引用作为裁判依据的规范性文件，也是保障我国法律正确适用的重要手段，在我国解释体系中占据着十分重要的地位。

最高人民法院历来非常重视司法解释工作，早在1997年就制定发布了《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》，2007年3月制定了《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，废止了以前的规定。依据该规定，司法解释立项、审核、协调等工作由最高人民法院研究室统一负责。人民法院在审判工作中具体应用法律的问题，由最高人民法院作出司法解释。最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。司法解释的形式分为“解释”“规定”“批复”和“决定”四种。对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式；根据立法精神对审判工作中需

要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式；对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式；修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。这些司法解释特别是前两类司法解释的主要目的不是解决某一个具体案件中的法律适用问题，而是通过系统地、全面地解释一类法律而为审判实践提供更多可供适用的规则，或者完全不是针对某一法律进行解释，而是创设对某一类案件的裁判所应当适用的规则，使各级法院尽可能做到有章可循，这就使我国司法解释具有十分突出的抽象性和一般性的特点。[\[3\]](#)

近年来，最高人民法院陆续发布的系列司法解释均通过传统媒体和新媒体发布征求意见稿，倾听民声，广泛纳谏，确保了司法解释保障人民法院严格执法、公正裁判、实现法律公平正义的价值功能。为了使司法实务界和广大普通读者正确理解和适用司法解释，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，由中国法制出版社策划，由丛书总主编组织编写了《民商事司法解释精释精解丛书》，该套丛书具有如下显著特点：

第一，体例独特。每本书原则上以某一（类别）司法解释为主线，全面阐述该司法解释的内容和实务中适用法律解决问题的依据及应当注意的问题。每一专题均分为五个部分：

核心提示——简明扼要，突出重点，重在阐释司法解释条文的主旨；

实务争点——归纳审判实践中的不同观点，总结理解适用司法解释解决审判实务的难题；

理解适用——以制定司法解释具体条款的目的为视角，站位于丰富的审判实践之上作精深解读，以便全面、正确理解适用司法解释；

案例指导——选取最高人民法院发布的公报案例、指导案例、典型案例及最高人民法院所裁判的案例等，突出案例指导的权威性；

规范指引——链接相关法律、法规、司法解释，确保适用法律的正确性。

第二，内容丰富。丛书包含了民商法主要的司法解释，对司法解释进行了全方位的解读，形成了一个完整的理论体系，易于读者准确理解和适用。丛书以单行法的司法解释为主，本次修订设置了合同法、担保法、婚姻法、公司法、商品房买卖合同、道路交通事故、建设工程施工合同共7个分册。

第三，案例权威。这套丛书案例的选取，原则上选用具有典型性、代表性、真实性的案例，均注明了来源，取其精华部分，避免了案例资料的大量堆砌。案例的权威性，为社会大众的遵法和人民法院的司法提供了很好的参考和参照价值。把抽象的规则和具体的案例结合起来学习民商法的方法就是“案例研习法”，即依据法律论断具体案件当事人间的权利和义务关系。为发现可适用于案例事实的法律，一方面须本诸案例事实去探寻法律规范，另一方面须将法律规范具体化于案例事实。[\[4\]](#)正所谓，法律来源于现实生活，高于现实生活；案例则是法律适用的结果，是“看得见的法典，摸得着的规则”。

第四，解读权威。由于我国司法解释具有抽象性、规范性、普遍适用性的特点，因而常常与立法相类似。因此，即使在最高人民法院作出司法解释，对个案的审理提供了一定的指引之后，法官在裁判案件时也需要对较为抽象的司法解释进行再解释，以具体适用到个案之中。[\[5\]](#)为了使广大读者全面正确理解适用司法解释，丛书由全国著名法学教授、博士生导师以及全国首批审判业务专家和诸多资深法官组成的作者团队，在借鉴最高人民法院对司法解释的理解与适用的基础上，广泛吸收民商法研究领域的最新成果，博采众长，并结合审判实践对司法解释

进行解读，以期突出权威性和指导性。

美国大法官霍姆斯说过：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”党的十八届四中全会决定指出：公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用，司法不公对社会公正具有致命破坏作用。法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。人民权益要靠法律保障，法律权威要靠人民维护。

本套丛书的作者既为法律之人，又为经验之人；既具有高深的理论水平和丰硕的研究成果，又具有丰富的司法实践经验。因此，该套丛书既具有很高的理论水平，又有很强的实用价值；既能为法学理论研究提供重要参考，又能为司法实践裁判提供参考依据。

首届全国审判业务专家 何志

2019年6月

[1]. [王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第一册），中国政法大学出版社1998年版，第286页。](#)

[2]. [转引自梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2003年版，第247页。](#)

[3]. [王利明：《司法改革研究》（修订本），法律出版社2001年版，第253页。](#)

[4]. [王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，作者自序。](#)

[5]. [王利明：《法律解释学导论——以民法为视角》，法律出版社2009年版，第190页。](#)

修订说明

《最高人民法院商品房买卖合同司法解释精释精解》出版以来，深受广大读者的喜爱，为回报读者，现对本书内容进行全面更新。

这次修订着重突出了如下方面：一是法律法规的更新。2017年3月15日，第十二届全国人民代表大会第五次会议高票通过了《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》），并于2017年10月1日开始实施。《民法总则》确立了民法典的基本制度、框架，旨在保护民事主体的合法权益，正确调整民事关系，有效协调了民法与商法之间的关系，规范了社会生活的基本规则，维护了社会和经济秩序。作为合同法司法解释的适用，自然要涉及作为民法基本法的《民法总则》，所以有关《民法总则》的内容自然要进行更新。二是法学理论的更新。理论来源于实践，又指导实践。近些年来，商品房合同纠纷案件居高不下，且涌现出不少疑难复杂的案件，为法学理论的繁荣提供了丰富的实践基础。因此，这次修订时吸纳了最新的法学理论研究成果。三是司法案例的更新。一个个鲜活的案例，就是学习、理解、适用司法解释的典型样本。因此，这次修订时在理解适用和案例指导部分尽量替换了最近生效的裁判文书，体现出司法案例的时效性和应用性。

当然，书中仍有诸多不足，恳请广大读者多提宝贵意见，作者不胜感激。

侯国跃

2019年6月

[目录](#)

[封面](#)

[扉页](#)

[总序](#)

[修订说明](#)

[第一部分 商品房买卖合同的司法认定](#)

[专题一：《商品房买卖合同解释》的适用范围](#)

[专题二：未获商品房预售许可所签商品房预售合同的效力](#)

[专题三：商品房销售广告可否视为要约](#)

[专题四：商品房认购协议中定金纠纷的司法处理](#)

[专题五：商品房买卖中预约与本约的区分](#)

[专题六：登记备案手续对商品房预售合同效力的影响](#)

[专题七：被拆迁人有权优先取得房屋所有权](#)

[专题八：恶意串通订立商品房买卖合同的效力](#)

[专题九：商品房包销合同的法律问题](#)

[第二部分 商品房交付的司法处理](#)

[专题一：房屋的交付使用及风险承担](#)

[专题二：房屋存在质量问题时的法律责任](#)

[专题三：房屋面积误差的处理](#)

[专题四：商品房买卖合同的解除](#)

[第三部分 商品房买卖合同违约责任承担](#)

[专题一：惩罚性赔偿责任是否以恶意违约为前提](#)

[专题二：惩罚性赔偿责任的适用](#)

[专题三：违约金数额的调整](#)

[专题四：商品房买卖合同中违约金数额的确定](#)

[专题五：迟延办证的法律后果](#)

[第四部分 商品房按揭贷款的司法处理](#)

[专题一：“按揭障碍”对商品房买卖合同的影响](#)

[专题二：商品房买卖合同解除对担保贷款合同的影响](#)

[专题三：按揭银行在商品房买卖合同纠纷中的诉讼地位](#)

[专题四：出卖人在商品房担保贷款合同纠纷中的诉讼地位](#)
[版权信息](#)

第一部分 商品房买卖合同的司法认定

合同的定性是准确适用法律的前提，是司法实践中处理合同法律问题首先要解决的问题。《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》（以下简称《商品房买卖合同解释》）第一条至第七条、第十条、第二十条至第二十二条细化规定了商品房买卖合同的司法认定问题。上述条文对包括商品房买卖合同的定义、未取得商品房预售许可证预售合同的效力、销售广告的性质、认购协议中的定金条款的效力、本约与预约的区分、备案手续对合同效力的影响、被拆迁人优先购买权的适用条件、恶意串通的法律后果、包销合同的性质及责任认定等司法实践中常见的问题作出了具体规定。上述规定确定了商品房买卖合同的概念、成立与效力、责任主体、责任的性质和范围、被拆迁人优先购买权等具体问题的判断或适用规则，是《商品房买卖合同解释》适用前必须首先厘清的问题，因此，也是正确理解与适用《商品房买卖合同解释》的关键。

专题一：《商品房买卖合同解释》的适用范围

【核心提示】《商品房买卖合同解释》第一条界定了该司法解释的适用范围，即仅适用房地产开发企业与买受人之间的商品房买卖合同纠纷；将二手商品房买卖以及公有住房、经济适用住房、国家保障性住房、单位集资建房、房改房买卖合同纠纷排除在适用范围之外；未明确将房地产开发企业与买受人之间的车位买卖合同纠纷纳入其调整范围，但车位本身是房地产开发企业为配合商品房使用而一并出售的附属物，符合商品房的一般特征，故车位买卖合同原则上应受该司法解释调整。

实务争点

在具体实践操作中，对于何为商品房、商品房的特征与类型、哪些合同属于商品房买卖合同、当事人之间的哪些民事纠纷可以适用本解释的规定等问题曾存在不小的争议。同时，近几年新出现的“假买房真借贷”现象（具体见案例指导部分）也值得我们关注，司法工作者在实务中应注意到，不能仅根据合同名称来确定合同类型，还要具体分析合同条文和当事人之间的法律关系，以正确适用法律，定分止争。

对此问题，《商品房买卖合同解释》第一条规定：“本解释所称的商品房买卖合同，是指房地产开发企业（以下统称为出卖人）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。”

理解适用

《商品房买卖合同解释》第一条的理解与适用

本条是对“商品房买卖合同”概念的界定，同时明确了《商品房买

买卖合同解释》的适用范围。对“商品房买卖合同”这一概念的准确理解，需要建立在对商品房、商品房预售合同以及狭义的商品房买卖合同（不包括商品房预售合同的商品房买卖合同）等下位概念的内涵、外延、性质及特征的准确把握上。因此，下面我们主要从以下几个方面分别进行分析和说明。

一、商品房的内涵和特征

根据本条规定，该司法解释将所调整的买卖合同关系的标的物限定为商品房。但当下，由于我国房地产市场发展的历史以及政策原因，在房地产市场上交易的标的物除商品房外，尚存在集资房、经济适用房等类型，而司法解释仅将所调整买卖关系的标的物限定为商品房。为避免司法实践中理解上的分歧，故有必要厘清商品房的含义。

随着我国市场经济的发展和住房制度改革的进一步深化，商品房买卖已经成为重要的经济活动。在法律法规层面，我国《城市房地产管理法》《城市房地产开发经营管理条例》《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》《城市商品房预售管理办法》《商品房销售管理办法》等法律、法规、司法解释、规章中，均有商品房称谓，但均未对商品房子以明确定义。因此，我们目前广泛使用的商品房并非严格意义上的法律用语，这就极易造成认识上的混乱。^[1]一般来说，商品房有广义和狭义之分，广义上的商品房是指作为商品在市场上买卖的房屋，既包括房地产开发公司开发经营的住宅和商用房，也包括允许上市交易的二手房；而狭义的商品房专指由房地产开发企业开发并销售给社会大众的房屋。显然，《商品房买卖合同解释》采用的是商品房狭义的概念。

司法解释所指可以自由转让的商品房，一般而言具有以下特征：

（1）开发商已经依法有偿取得出让的国有土地使用权，依法向国家缴纳了相关税费，取得了五证（《国有土地使用证》《建设工程规划许可

证》《建设用地规划许可证》《建筑工程施工许可证》《商品房销售（预售）许可证》）并获得了商品房建造销售资格。（2）开发公司建设商品房是市场化行为，目的是建设销售房屋盈利，故商品房的建设、销售都是公开面向市场进行的，与国家保障性住房、单位集资建房、房改房等制度不同。（3）商品房销售是首次销售行为，即开发商将建造的房屋公开出售于买受人，不同于买受人购买开发商房屋再进行销售的二手房。

二、商品房预售合同的性质

根据出售时房屋的建造状况，商品房可以分为期房和现房，期房又称待建房屋、楼花，是指正在建设中，尚未竣工的房屋，而现房是指已经竣工并经法定的建筑质量监督检验机构验收合格的房屋。由此，商品房买卖合同可以分为商品房现售合同和商品房预售合同两类。

商品房现售合同的标的物是已经竣工的现存房屋，其作为买卖合同的性质是不证自明的。而商品房预售合同是指取得商品房预售资格的商品房预售人，在商品房尚未竣工、房屋并未现实存在的情形下，与预购人约定在一定期限后将竣工的房屋交付给预购人，预购人支付价金的合同。[\[2\]](#)由于其标的物在合同签订时仍处于不确定状态，因此理论界对于其买卖合同的性质的认识仍存分歧。

（一）商品房预售合同是否为附期限合同

附期限合同是指合同双方约定以一定期限到来作为合同生效或终止条件的合同。根据约定期限对合同作用的不同，可分为附延缓期限的合同（也为附开始期限的合同）和附解除期限的合同（也为附终止期限的合同）。如果约定期限到来则合同生效，合同双方当事人开始享有合同的相关权利，承担相应义务，受该合同约束，则该合同为附延缓期限的合同。如果约定期限的到来使合同双方免于再受合同约束，合同至此解除，则该合同为附解除期限的合同。基于此，有人认为商品房预售合同

为附延缓期限的合同，因为合同约定了在将来的一定期限内，开发商应当履行交付房屋的义务。[\[3\]](#)我们认为，该认识值得商榷。尽管商品房预售合同中约定了在将来一定期限届满时开发商（出卖人）交付房屋，但是这只是对开发商（出卖人）履行义务的时间作出的规定，并非系对合同生效所附期限。事实上，双方一旦签订商品房预售合同，如无其他约定买受人一般须先履行给付价款之义务。概之，商品房预售合同约定的期限，不是合同生效期限，而是合同另一方即出卖人履行义务的期限。因此，商品房预售合同性质上不是附延缓期限的合同。

（二）商品房预售合同是否为预约合同

预约合同是指合同双方约定将来于一定期限订立合同的合同。预约合同是相对于本合同而言的，本合同是履行预约合同的产物，预约合同以订立本合同为目的。其有以下几个要点：（1）预约合同目的是订立本约（即具体的合同）；（2）预约合同以约定合同双方当事人订立合同为内容，一方违反合同，另一方只能请求对方履行订立合同的义务。

（3）预约合同中约定的期限是双方约定订立合同的期限。因此，我们可以认为预约合同是围绕将来订立合同而生。而商品房预售合同，不是为订立合同而生，其本身就是一个本合同。它规定有具体的买卖合同标的物，相应的价款，合同双方的权利义务，具体的合同主体履行义务的期限以及违约责任等相关事项，违反了商品房预售合同，承担的是不能依约交付标的物的违约责任而非不依约订立合同的责任。当然，在商品房买卖过程中，并不排斥出卖人与买受人订立预约合同的权利自由，只是就商品房预售合同本身而言，其并非预约合同。

（三）商品房预售合同是否为承揽合同

虽预售合同的买卖性质较为明显，但在20世纪70年代的我国台湾地区，房屋预售制度发展历史中曾出现大量预售合同的变形——委建合同，原因在于如果购房者与开发商签订委建合同，那么委建人和开发商

可以不纳契税，开发商也可降低建筑营业额与所得额，但从台湾地区委建合同发展状况来看，委任预售之目的都是开发商出售房屋预购人购买房屋，所以在台湾司法实务上为简化法律关系探求当事人真意倾向于把委建合同认定为房屋预售。[\[4\]](#)

承揽合同是加工承揽人按照定作人的要求完成工作、交付工作成果，定作人给付报酬的合同。由于商品房预售合同在签订之时房屋尚未建成，由此双方约定一定期限交付房屋，这种情形就与承揽合同类似，买受人将建房任务交与开发商，由开发商承建并取得报酬。这种说法看似合理，却忽视了二者的区别。首先，承揽合同中承揽人以承揽定作人所制定任务并交付成果而获取报酬为目的，定作人通过支付对价以得到自己定作之物为目的。而商品房预售合同中，出卖人以销售商品房转移房屋所有权以获取利润为目的，买受人以支付价款以获取商品房所有权为目的。其次，承揽合同的成本材料一般由定作人提供，定作人还另需支付加工费，加工物的具体形态一般由定作人要求。商品房预售合同中，出卖人类似销售自己的产品，而买受人支付的是产品的对价。在这个过程中，买受人不能干预出卖人对房屋的建造。可以这么认为，标的物的状态在承揽合同中以定作人为主导，在商品房预售合同中以开发商（出卖人）为主导。再次，加工承揽合同中当定作人违约不支付合同约定的款项时，加工承揽人除了对定作人有要求其按约定履行合同的义务，对定作人的定作物还享有留置权（因为承揽人并没有取得该物的所有权），而商品房预售合同中开发商（出卖人）在买受人不依约支付房屋价款时，可以不转移该房屋的所有权，房屋所有权还是归开发商所有，因此也无留置权发挥作用的空间。最后，法律上对加工承揽人的要求与对开发商的要求也不一致。根据不同的事项，加工承揽人需要不同的资格资质，而开发商也需要有其特有的审批手续，二者在行政审批上所应取得的审批事项是不同的。因此，商品房预售合同是买卖合同不是加工承揽合同是显而易见的。

（四）商品房预售合同是否为分期付款买卖合同

分期付款买卖合同是指买受人在合同约定的期限内分批次支付给出卖人约定款项的合同。分期付款买卖合同是特殊的买卖合同，在分期付款买卖合同中，买受人支付合同价款的方式是分批次支付而非一次性结清。一般而言，在分期付款买卖合同中，标的物的所有权在买受人对合同价款向出卖人结清之前是不发生移转的，但出卖人一般在买受人第一次支付价款时要将标的物使用权交予买受人。有人认为商品房预售合同是分期付款买卖合同，因为商品房预售合同中买受人对预售房屋的价款是分期支付的。[\[5\]](#)该观点显然不能成立。分期付款买卖合同须具备两个要件：一是买受人价款的分批次支付；二是买受人首次履行义务时标的物使用权的转移。在商品房预售合同中，不排除存在购房者全款一次性支付房屋价款的情形，即便是采取由购房者支付部分价款，余款由银行按揭贷款支付，开发商实际上也是一次性收齐了房款。当然，在开发商资金充足的情况下，也存在部分商品房预售合同可能满足分期付款买卖合同的构成要件一即买受人价款的分批次支付，但却不能满足要件二，因为分期付款买卖合同构成的要件二隐含了一个条件：合同标的物现实存在，其使用权可转移。商品房预售合同由于其前提便是该商品房尚未建成，因此其使用权的转移便无从谈起。

（五）商品房预售合同是否为期货买卖合同

有学者认为商品房预售合同实质为期货买卖合同，房屋的预售是期货交易的一种。[\[6\]](#)在传统民法理论领域，期货交易合同“是指在合同订立后一定期限方交付实物的合同”。在这种认识之下，将商品房预售合同看作期货交易合同无可厚非。[\[7\]](#)只是现今的期货交易合同已不复其原有的意义。“它是指合同条款由期货交易所设计，由期货监管部门审批，在期货监管部门许可的地点以期货监管部门许可的方式签订的，绝大多数市场参与者的主要目的并不在于实物或金融债券的交割，而在于转移价格风险或赚取风险利润的一种高度标准化的合同。”[\[8\]](#)因

此，期货交易合同应当是由期货交易监管部门审批，期货交易属于广义上的金融领域中的融资行为，而开发商将尚未竣工的商品房向社会公开销售的目的，在于提前收取房款，减缓自己的资金压力，而购买方之所以愿意提前付款，原因大多是期房比现房的价格要便宜，其目的还是获得房屋所有权。而且期货合同的权利义务是可以由买方在交易所自由转让，而商品房预售合同的买方未经对方同意不得转让合同权利义务。所以商品房预售合同不是期货买卖合同。

综上，商品房预售合同不是附期限合同、预约合同、加工承揽合同、分期付款买卖合同，更不是现代意义上的期货买卖合同，或许将其视为是以正在生产建造中的未来物为标的的远期买卖合同更为适宜。

三、商品房买卖合同的特征

在实务中，要正确把握司法解释的适用范围，有必要准确把握商品房买卖合同的特征，以便在司法实务中作出正确的适用。

（一）合同一方当事人具有确定性和法定性

商品房买卖合同的一方当事人，即出卖人只能是房地产开发企业。根据《城市房地产管理法》第三十条的规定，房地产开发企业是指以营利为目的，从事房地产开发和经营的企业。同时，该条还规定了设立房地产开发企业应当具备的条件。具体包括：（1）有自己的名称和组织机构；（2）有固定的经营场所；（3）有符合国务院规定的注册资本；（4）有足够的专业技术人员；（5）法律、行政法规规定的其他条件。如果当事人不符合以上条件，其并不能成为商品房买卖合同的一方主体，也就不能适用商品房买卖合同司法解释的有关规定来解决其与其他民事主体之间的纠纷。那么，商品房的营销商是否具有商品房买卖合同的出卖人主体资格呢？应该注意的是，随着社会分工越来越细，越来越多的专业化程度高的房地产营销策划公司加入了商品房的销售中，房地产的营销由专业公司来操作已成为当今销售的流行模式，如代销、包销

等。不难发现，无论是代销还是包销，销售商均不可成为商品房的出卖人，因其在销售期间的销售行为均是以房地产开发商的名义作出。我们注意一下楼盘的宣传材料就会发现，楼盘的开发商（即房地产开发企业）和营销策划商是不同的，最终在商品房买卖合同出卖人处盖章的，是商品房的开发商，而非营销商。

（二）标的物可以是非现实的存在

一般的房屋买卖合同的标的物都是现实存在的房屋，商品房现售出卖的也是已竣工的房屋，而商品房预售则是典型的以非现存的、将来建造的房屋进行出卖的合同。[\[9\]](#)

（三）出售行为的社会化、公开化

虽说商品房是由房地产开发企业建造出售的房屋，但房地产开发企业建造出售的房屋并不全都是商品房。例如，由政府组织建设的经济适用住房，尽管也是由房地产开发企业建造并出售，但由经济适用住房自身性质决定，房屋的建设、出售价格、购买人资格等都受政府调控。经济适用房的用地一般实行无偿划拨，出售价格按保本微利原则确定，实行政府指导价，利润控制在3%以下，国家对购买经济适用住房实行申请、审批制度。可见，经济适用房作为社会保障性和社会福利性住房，不是公开向社会出售的。因此，不属于商品房范畴。房地产开发企业建造的房屋必须向社会公开出售，使房屋社会化，该房屋才属于商品化的房屋。[\[10\]](#)

值得一提的是，现实生活中政府为支持高校发展，改善教师的居住条件，有时以较低的价款将国有土地使用权出让给实质上由高校成立的房地产开发企业，再由该房地产企业委托其他专业房地产公司实施房地产开发，所建房屋以低于市场价格定向卖给本单位教职工。这类房屋是否应属于司法解释所指商品房范畴呢？我们认为，出售行为的社会化、公开化是相对的，虽然上述房屋的出售带有单位福利的性质，但是买方

是与房地产开发企业签订合同，而合同的标的物也是可以在市场上自由流转的商品房。出售方单方对交易对象所作出的特定限制，即便在一般的商品房交易中也可以存在，不影响其商品房之性质。因此，我们认为因上述交易行为而产生的纠纷，可以适用本司法解释处理。

（四）标的物具有多样性

在传统民法领域，不动产买卖主要以转移不动产所有权为目的，其标的物主要是不动产的所有权。但由于在我国，土地所有权属国家所有，因此，在商品房买卖合同中，其标的物主要是商品房及其所附着的国有土地使用权。随着我国居民生活水平不断提高，汽车在日常生活中扮演的角色越来越重要，加之一系列汽车消费优惠政策的出台，汽车消费市场近年来越来越繁荣。私家车保有量的不断攀升，导致对车库、车位的需求不断增大，紧俏的市场使得车库、车位的价格水涨船高，有关小区车库、车位权属的争议也越来越多，小区车库、车位买卖合同纠纷是否适用司法解释？无论是理论界还是实务界并未给予过多关注。

最高人民法院民事审判第一庭编著的《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的理解与适用》一书对此也语焉不详。该书观点认为，作为买卖合同标的物的房屋应为在土地上建设的供人们居住、生产或者进行其他活动的场所。[\[11\]](#)该定义虽未明确将车位买卖合同纠纷确定为本司法解释的调整对象，但车位本身也是由房地产开发企业以土地为基础而建设的配合商品房使用的附属物，可公开自由交易，符合商品房的一般特征，故车位买卖合同原则上应属于司法解释调整对象。在审判实践中，法院在审理车位买卖合同纠纷时直接适用《商品房买卖合同解释》作出裁判的案例也比比皆是。例如，上海凯托房地产发展有限公司（以下简称凯托公司）与上海求力国内劳务咨询服务有限公司（以下简称求力公司）商品房销售合同纠纷一案中，凯托公司在明知车位已经抵押他人的情形下，隐瞒该事实而与求力公司签订买卖车位合同，并收取了50%的车位款即85000元，二审法院认为，本案中，凯托公

司并未提供证据证明其在与求力公司签订商品房或车位订购合同时，告知了求力公司系争房屋已预告登记在他人名下及被抵押的事实。故凯托公司的行为可视为故意隐瞒所售房屋已抵押之事实的欺诈行为，求力公司依据双方的合同约定及法律规定，要求凯托公司承担已付车位款一倍的赔偿责任，原审法院引用《商品房买卖合同解释》第九条的规定，判决支持求力公司的该项诉讼请求，并无不当，故驳回上诉，维持原判。[\[12\]](#)值得注意的是，对于车位买卖合同纠纷适用《商品房买卖合同解释》的理由，该案终审判决没有阐述，而一审判决却有所涉及，一审判决认为地下停车库是商品房的附属建筑物，且双方签订的车位合同是转移所有权的买卖合同，该行为可适用商品房买卖合同的相关规定。实际上这是对《商品房买卖合同解释》第一条作出的扩充解释，我们认为这种解释既符合立法目的也满足现实需要，值得肯定。

但是，并非所有的车库、车位买卖合同纠纷均属于本司法解释的调整范围，实践中，开发商对人防车位的售卖以及由此产生的纠纷不属于本司法解释的调整范围。原因在于：根据本司法解释第一条的规定，该司法解释只调整商品房买卖合同纠纷，而人防性质的地下车位属于国家所有而不是开发商所有，应该排除约定归属之适用。具有人防性质的地下车位，并不属于商品房性质，故不属于本司法解释的调整范围。

（五）合同具有较强的行政干预性

所谓行政干预性，是指行政机关运用法规、经济、政策等手段，对有关国家事务的运行状态和关系进行强行的干预以进行调节，从而保证国家的政治、经济、文化等方面的持续、健康、协调发展。由于一般的商品房买卖合同涉及的标的物特殊，且涉及金额巨大，对国计民生和社会的稳定影响较大，因而世界上大多数国家和地区对于商品房的买卖这一领域都规定了较为严格的行政法律法规，如许可制度、登记制度、公示制度等。以确保交易的安全和社会的稳定，保障当事人双方的经济利益。

案例指导

杨伟鹏诉广西嘉美房地产开发有限责任公司商品房买卖合同纠纷案 [\[13\]](#)

原告：杨伟鹏。

被告：广西嘉美房地产开发有限责任公司（以下简称嘉美公司）。

2007年6月27日，嘉美公司与杨伟鹏签订《商品房买卖合同》。双方约定，嘉美公司将其开发的坐落于来宾市前卫路与东二路交叉口东南侧嘉美商业中心一层的53间商品房出售给杨伟鹏。其中套内建筑面积为982.28平方米，公共部分与公摊建筑面积为514.69平方米，总价为340万元，于合同签订当日付清。嘉美公司应当于同年8月30日前，交付验收合格的商品房。逾期交房超过180日，嘉美公司按交付房价款万分之一点五的日息，向杨伟鹏支付违约金等。合同签订当日，按照嘉美公司工作人员的指示，杨伟鹏将340万元存到了嘉美公司债权人严欣等人的账户上，用于归还嘉美公司欠他们的债务。次日，双方在来宾市房地产管理局办理了商品房买卖备案登记。嘉美公司未将《销售不动产统一发票》原件交付杨伟鹏。嘉美公司、来宾银座百货公司、罗皓及李星怡于2007年6月28日至2007年12月18日分九次向杨伟鹏三个不同的银行账户汇款共61.1万元。杨伟鹏以嘉美公司未按约定交付房屋为由提起诉讼，请求法院确认双方签订的《商品房买卖合同》有效，判令嘉美公司交付房屋并支付违约金372300元（计算到2009年9月1日），由嘉美公司承担诉讼费用。

嘉美公司答辩称：双方当事人之间不存在商品房买卖合同关系，双方之间实际上是民间借贷关系，商品房买卖合同只是民间借贷关系中的担保环节。

来宾中院一审认为，双方之间是商品房买卖关系，首先，从主体

看，嘉美公司是房地产开发企业，杨伟鹏是自然人；其次，从双方签订的《商品房买卖合同》中约定的内容看，嘉美公司将53间商品房出售给杨伟鹏，合同约定很明确，其中没有关于借款用商品房做抵押的内容；再次，从嘉美公司开出的《销售不动产统一发票》看，嘉美公司是向杨伟鹏出售53间商品房，而不是用53间商品房作为借款的担保；最后，从来宾市房产管理局出具的《商品房备案登记证明》看，双方明确的是商品房符合预售的条件，可以进行备案登记，并无用53间商品房作为借款抵押登记的内容。以上四个方面的证据都是直接证据，都证明了双方当事人之间的关系，符合《商品房买卖合同解释》第一条关于商品房买卖合同的特征，因而杨伟鹏起诉要求确认双方之间是属于商品房买卖合同关系，有事实和法律依据，应予支持。而嘉美公司并没有提供双方之间签订的《借款合同》，其提供的其他证据都为间接证据，都无法证明双方之间的关系符合《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第一百九十六条规定的借款合同的法律特征，所以嘉美公司的辩称，没有事实和法律依据，不予支持。一审作出判决：一、杨伟鹏与嘉美公司于2007年6月27日签订的《商品房买卖合同》有效。二、嘉美公司应于判决生效之日起十日内，将《商品房买卖合同》约定的53间商品房交付给杨伟鹏使用。三、驳回杨伟鹏的其他诉讼请求。一审案件受理费36978元，由嘉美公司负担。

嘉美公司不服一审判决，向广西高院上诉，广西高院根据当事人双方的意见，将二审争议焦点归纳为双方当事人之间的法律关系是商品房买卖关系还是民间借贷关系。该院认为，2007年6月27日，杨伟鹏与嘉美公司签订《商品房买卖合同》，缔约双方均具有相应的主体资格，合同内容没有违反法律、行政法规的强制性规定，并且已经办理了商品房备案登记，应当认定合法有效，当事人应当按照合同的约定履行。因此，广西高院维持了一审法院的判决，驳回了嘉美公司的上诉。

嘉美公司不服广西高院的判决，申请再审。最高人民法院于2013年

5月14日作出裁定，提审本案。

最高人民法院认为，当事人于再审期间的争议焦点仍然是：嘉美公司与杨伟鹏之间是借贷关系还是商品房买卖合同关系。嘉美公司主张双方为借贷关系，但缺少了关键性的证据《借款合同》。杨伟鹏主张其与嘉美公司之间为商品房买卖合同关系，而从未签订过借款合同。但与其主张相矛盾的是：第一，杨伟鹏未持有其所称交付340万元购房款后应当取得的《销售不动产统一发票》原件；第二，杨伟鹏否认先后分九次收到嘉美公司打入其不同账户的61.1万元是嘉美公司支付的借款利息，但却以商业秘密为由拒不说明该款项的性质。再审庭审中，虽经合议庭向其释明其有关商业秘密的说法不能成立，其有义务向法院说明上述款项性质，但杨伟鹏仍然未作出说明。因此，在双方证据均有缺陷的情况下，应当结合双方当事人提交的证据，探究合同签订时双方当事人的真实意思，进而对当事人之间的法律关系作出判断。

杨伟鹏向嘉美公司支付340万元并收取利息的行为，足以认定双方之间成立了债权债务关系。嘉美公司从杨伟鹏处取得340万元的真实意思是融资还债，其与杨伟鹏签订《商品房买卖合同》，则是为了担保债务的履行。鉴于双方未办理抵押登记，其约定也不符合《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）规定的担保方式，故双方签订《商品房买卖合同》并办理商品房备案登记的行为应认定为非典型的担保方式，即在嘉美公司不能按时归还340万元的情况下，杨伟鹏可以通过拍卖或者变卖案涉房屋的方式确保其能够实现债权。如果嘉美公司按时归还340万元，则杨伟鹏是不能就案涉的53间商铺主张权利的。嘉美公司对交易的控制体现在借款合同和其没有将《销售不动产统一发票》原件交付给杨伟鹏，而缺少了发票，杨伟鹏是无法实际取得商铺并办理产权登记手续的。《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第一百八十六条规定，抵押权人在债务履行期限届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。该规定主要是基于平

衡双方当事人利益的考虑，防止居于优势地位的债权人牟取不当暴利，损害债务人特别是其他债权人的利益。尽管本案中双方当事人签订《商品房买卖合同》并办理商品房备案登记的行为并不导致抵押权的成立，但足以在双方当事人之间成立一种非典型的担保关系。既然属于担保，就应遵循《物权法》有关禁止流质的原则，也就是说在债权人实现担保债权时，对设定的担保财产，应当以拍卖或者变卖的方式受偿。

据此，最高人民法院撤销了来宾中院和广西高院的民事判决，驳回了杨伟鹏的诉讼请求。

规范指引

《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》

第一条 本解释所称的商品房买卖合同，是指房地产开发企业（以下统称为出卖人）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。

《中华人民共和国合同法》

第一百三十条 买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

《中华人民共和国城市房地产管理法》

第二条 在中华人民共和国城市规划区国有土地（以下简称国有土地）范围内取得房地产开发用地的土地使用权，从事房地产开发、房地产交易，实施房地产管理，应当遵守本法。

本法所称房屋，是指土地上的房屋等建筑物及构筑物。

本法所称房地产开发，是指在依据本法取得国有土地使用权的土地

上进行基础设施、房屋建设的行为。

本法所称房地产交易，包括房地产转让、房地产抵押和房屋租赁。

第三十条 房地产开发企业是以营利为目的，从事房地产开发和经营的企业。设立房地产开发企业，应当具备下列条件：

- （一）有自己的名称和组织机构；
- （二）有固定的经营场所；
- （三）有符合国务院规定的注册资本；
- （四）有足够的专业技术人员；
- （五）法律、行政法规规定的其他条件。

设立房地产开发企业，应当向工商行政管理部门申请设立登记。工商行政管理部门对符合本法规定条件的，应当予以登记，发给营业执照；对不符合本法规定条件的，不予登记。

设立有限责任公司、股份有限公司，从事房地产开发经营的，还应当执行公司法的有关规定。

房地产开发企业在领取营业执照后的一个月内，应当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。

《城市房地产开发经营管理条例》

第二条 本条例所称房地产开发经营，是指房地产开发企业在城市规划区内国有土地上进行基础设施建设、房屋建设，并转让房地产开发项目或者销售、出租商品房的行为。

第五条 设立房地产开发企业，除应当符合有关法律、行政法规规

定的企业设立条件外，还应当具备下列条件：

（一）有100万元以上的注册资本；

（二）有4名以上持有资格证书的房地产专业、建筑工程专业的专业技术人员，2名以上持有资格证书的专职会计人员。

省、自治区、直辖市人民政府可以根据本地方的实际情况，对设立房地产开发企业的注册资本和专业技术人员的条件作出高于前款的规定。

第六条 外商投资设立房地产开发企业的，除应当符合本条例第五条的规定外，还应当依照外商投资企业法律、行政法规的规定，办理有关审批手续。《房地产开发企业资质管理规定》

第二条 本规定所称房地产开发企业是指依法设立、具有企业法人资格的经济实体。

第三条 房地产开发企业应当按照本规定申请核定企业资质等级。

未取得房地产开发资质等级证书（以下简称资质证书）的企业，不得从事房地产开发经营业务。

《商品房销售管理办法》

第三条 商品房销售包括商品房现售和商品房预售。

本办法所称商品房现售，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。

本办法所称商品房预售，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。

第四条 房地产开发企业可以自行销售商品房，也可以委托房地产

中介服务机构销售商品房。

《城市商品房预售管理办法》

第二条 本办法所称商品房预售是指房地产开发企业（以下简称开发企业）将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的行为。

专题二：未获商品房预售许可所签商品房预售合同的效力

【核心提示】未取得商品房预售许可证明，商品房预售合同名为“无效”实为“相对无效”或“经补正后有效”，但并非“未生效”。法院判定商品房预售合同的效力时，只需关注开发商是否已经取得预售许可证明，无须审查其他条件。若开发商在起诉前未取得商品房预售许可证明，而原告在法院作出判决前撤诉，双方就同一纠纷再次诉至法院时，开发商已取得了商品房预售许可证明，应认定该合同有效。

实务争点

合同“未生效”与“无效”的区分在审判实务中一直存有争议。有观点认为合同“未生效”产生缔约过失责任，合同条款不具拘束力。但也有观点认为，须审批或登记生效的合同在未办理审批或登记手续时仍具有拘束力，所确定的合同义务是按照义务一方应按照规定履行办理报批、登记手续。若一方违反该义务，尚应承担违约责任，而无效合同则是自始无效，不具拘束力。

如何理解《城市房地产管理法》第四十五条规定的预售条件和认定商品房预售合同效力之间的关系问题？实践中也有两种不同意见：一种意见认为，只要出卖人持有预售许可证明，无论是否满足第四十五条规定，都满足了法律规定的前提条件，其与买受人签订的预售合同应当被认定为有效；另一种意见认为，第四十五条规定的四个条件是商品房预售行为（民事行为）必须同时具备的法定要件，是并列的条件，缺一不可，否则应当认定预售合同无效。

对此问题，《商品房买卖合同解释》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。”

理解适用

《商品房买卖合同解释》第二条的理解与适用

本条是关于商品房预售许可证明对商品房预售合同效力影响的解释。人民法院审理商品房预售合同纠纷案件须解决的首要问题就是应正确认定合同的效力，这是正确作出判决的前提。[\[14\]](#)合同效力问题在法学理论与实践中都属十分重要的问题，在某些情况下，案件争议的焦点就集中于合同效力的认定。《民法通则》第五十四条至第六十二条和《合同法》第四十四条至第五十九条对合同效力作出一系列规定，上述法条所确定的合同效力状态分为有效合同、效力待定的合同、可变更可撤销的合同、须办理批准或登记等手续方生效的合同、附生效条件的合同、绝对无效的合同。但是，上述法条均未对无效合同的效力补正作出规定。在实践中，为遵循尽量认定合同有效之原则，最高人民法院先后多次以颁布司法解释或者个案裁判的形式，为我国合同法制度增加了合同效力补正制度，而本司法解释第二条便属其中。司法解释虽将未取得预售商品房许可证明而签订的合同效力状态确定为无效合同，但同时规定了补正的条件即只要在起诉前取得商品房预售许可证明，则可认定有效。传统民法理论中，无效合同与效力待定的合同、可变更可撤销的合同、附生效条件的合同的区别在于，自始无效，绝对无效，而本司法解释第二条所表述的无效形态似乎与传统无效有一定的区别，那就是该无效合同可以被救治为有效合同，而且一旦救治成功，其产生效力的时间要追溯至合同签订之时，而非补正条件成就之时。因此，可以将其称为相对无效。自此，无效合同的效力状态在实践中也可分为绝对无效与相对无效。

一、合同效力判断的合理进路

《民法通则》第五十五条规定了民事法律行为的实质要件：“（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律和社会公共利益。”第五十八条规定了无效的民事行为的类型：“（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）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所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）以合法形式掩盖非法目的的。”《合同法》第四十四条对合同生效的条件作出明确规定。该条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”而第五十二条则规定了合同无效的法定情形：“（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

在民事审判实践中，涉案合同的效力存在无效、有效、未生效、可变更、可撤销、效力待定等效力状态形式，基于法律未禁止即许可的原则，法院在审理合同纠纷案件时，所选择的切入点应有先后顺序，按照逻辑层层推进，而应避免随意。

首先，应分析涉案合同是否存在符合法定无效条件之情形。如果涉案合同符合法定无效条件，直接认定合同无效即可，而不必考虑合同是否生效或者其他效力状态。违法性是无效合同的典型特征。无效合同的违法性特点，表明此类合同从根本上不符合国家意志。因此，不具有法律效力，不受法律保护。例如，甲无建筑企业资质承建工程与乙签订建设工程承包合同，即使经查乙系因甲的欺诈而签订合同，但是，对于该事实所产生的合同效力状态即合同是否变更可撤销，法院可不予考虑，而应以甲无建筑企业资质承建工程为由直接判定合同无效。其次，应分析涉案合同是否存在效力待定或者可变更可撤销之法定情形。法院在确

定不存在合同无效情形后，则应将审查重点着眼于是否存在欺诈、是否属于无权处分等足以导致合同效力瑕疵之法定情形。对于附生效条件或者审批、登记生效的合同，法院一般应将合同是否满足生效条件即合同是否生效放在最后考虑。如果此类合同本身具备效力待定或者可变更可撤销的法定条件，那么一旦第三人不予追认或者合同一方当事人依法行使撤销权，将会导致合同自始无效，合同效力形态将不会保持于未生效状态，合同是否符合生效条件已经没有意义。最后，在查明合同不存在上述瑕疵的前提下，方考虑附生效条件或者审批、登记生效的合同之生效条件是否具备。因此，当事人在未取得商品房预售许可证明而签订的商品房预售合同，鉴于该销售行为违法，故首先应作合同无效推定。但是，如果在起诉前即法院司法介入前取得商品房预售许可证明的，可认定其有效，并追溯于合同成立时。

值得注意的是，合同有效与合同成立是具有明显区别的两个概念。合同成立，是指缔约当事人就合同的主要条款达成意思一致，属于当事人意思自治的范畴，只要当事人对合同的主要内容达成意思一致，足以认定当事人之间成立了某种合同法律关系的，就应当认定合同成立。合同有效则具有明显的不同，合同有效更多体现的是国家意志和价值评判，体现了国家对民事活动的干预。合同有效是以合同成立作为前提的，如果合同根本不成立，则根本无从谈起合同是否有效的问题。无效合同在合同成立之时该合同便不具备拘束力，但是如果合同效力得以补正，则自成立之时合同便具拘束力。而附生效条件以及审批登记生效的合同，在合同成立后生效之前的一段时期内，自成立时合同便具拘束力仍存在，但在生效之前合同的实质性条款尚不具备履行力。

二、未取得商品房预售许可证明，商品房预售合同名为“无效”实为“相对无效”，但并非“未生效”

本解释第二条是针对未取得商品房预售许可证明时，当事人双方所签订的商品房预售合同的效力作出规定，实质上是针对经济活动中合同

主体违反《城市房地产管理法》第四十五条的规定而签订商品房预售合同的效力所作出的解释。而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法解释（一）》）第九条则是根据《合同法》第四十四条第二款的规定对附审批生效条件合同的效力所作出的变通解释。上述两条司法解释虽均有合同效力补正之性质，即赋予补正后的合同具有法律效力。但在合同效力未补正之前，《合同法解释（一）》第九条所指的“未生效”与本解释第二条所规定的“无效”，仍存在较大差异。

（一）二者的法律根据不同

《合同法》第四十四条规定的审批，不是准入资格的审批，它更多针对的是合同履行行为的审批。因此，如果是违反了《合同法》第四十四条规定，或者说没有履行《合同法》第四十四条规定的批准程序，它所适用的法律法规是《合同法》第四十四条的规定，而不应适用《合同法》第五十二条规定。例如，采矿权转让合同属于《合同法》第四十四条所规定的须批准生效的合同，如果合同具备有效的条件，仅仅是尚未获得相关部门的审批，该合同要获得履行力，故须适用《合同法》第四十四条规定。如果没有经过审批便实际履行，那么该履行行为则因违反了《合同法》第四十四条规定，可适用《合同法》第五十二条规定确定其效力。

本解释第二条实际上是以《合同法》第五十二条为依据，将《城市房地产管理法》第四十五条规定视为法律强制性规定，认定开发商在没有取得商品房预售许可证明时就不能对外预售商品房，并签订预售合同，法律禁止销售行为的同时，自然也禁止签订商品房预售合同。因此，本解释第二条原则上对该类型合同的效力作出了否定性评价。

（二）二者的法律后果不同

很显然，合同被认定为未生效还是无效，这对于合同当事人的利益

而言可谓大相径庭。未生效合同与无效合同有何区别？无论是在理论界还是实务界一直存有争议。在过去很长一段时间，司法实践中人们似乎形成了一种思维定式，即合同不生效的法律后果实质上应按无效处理，即自始无拘束力，并不存在违约责任适用之前提。但是，近年来，随着司法理念的更新和构建诚信社会的需求，最高院对此的态度已逐渐改变。对于最高院正式发表的认识观点，按照先后顺序，我们归纳如下：

1. 未明确区分，但在赔偿损失时实质上均按缔约过失责任处理。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释（二）》）于2009年5月13日开始施行，该解释第八条规定：“依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的‘其他违背诚实信用原则的行为’，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。”最高法院法官对该条所作出的解读认为，该责任实质上属缔约过失责任，第八条之所以规定可判决相对人自己办理有关手续而不能判决义务人办理报批手续的原因在于，若判决义务人报批，则执行难且若执行不到，当事人因合同未生效仍不能追究对方违约责任，若重新起诉，可能陷于一事不再理的限制，司法变相地代替了行政许可。[\[15\]](#)从最高法院法官的理解来看，当事人因合同未生效是不能追究对方违约责任的，与无效合同之法律后果相近，因此实质上并没有将二者的法律后果作出明确的区分。

2. 明确作出区分，认定未生效合同仍具有约束力，当事人应履行自己的报批义务，否则承担违约责任，而无效合同效力没有补正前，合同自始不具拘束力。《合同法解释（二）》生效实施后，社会上出现一些援引该解释第八条而拒绝履行报批义务的不诚信的现象，为建立诚信社

会，因此最高法院的态度也逐渐发生改变。

(1) 审判实务中有所突破。广州市仙源房地产股份有限公司与广东中大中鑫投资策划有限公司等股权转让纠纷申诉一案中，最高法院认为：批准的前提是当事人报批，促成合同生效的报批义务在合同成立时即应产生，否则，当事人可肆意通过不办理或不协助办理报批手续而恶意阻止合同生效，显然违背诚实信用原则。判决负有报批义务的相对方进行报批（从民法的诚实信用原则出发）。[\[16\]](#)2011年6月召开的全国民事审判工作会议纪要也作出规定，探矿权、采矿权转让未经相关审判机关批准，但符合矿产资源法等法律、行政法规规定的条件，应认定探矿权、采矿权转让合同未生效，但不影响转让合同报批义务条款及因为履行该报批义务而设定的相关条款的生效以及效力。

(2) 司法解释明确规定。2010年8月16日起施行《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（以下简称《外商投资企业纠纷司法解释》）以法律规范性文件的形式率先突破《合同法解释（二）》第八条所确定的框架。《外商投资企业纠纷司法解释》第一条便明确规定：“当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的，自批准之日起生效；未经批准的，人民法院应当认定该合同未生效。当事人请求确认该合同无效的，人民法院不予支持。前款所述合同因未经批准而被认定未生效的，不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款的效力。”这种立法态度，在该解释第五条、第六条、第七条等条款中均有鲜明体现。值得一提的是，第七条将转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的期限履行报批义务的法律后果确定为受让方可以请求赔偿包括股权的差价损失、股权收益及其他合理损失的期待利益损失，完全赋予其有效合同的法律后果。

(3) 权威出版物上的明确阐述。最高人民法院民事审判第一庭在

其编著的《民事审判指导与参考》2011年第4辑上“民事审判信箱”一栏中，以较大篇幅阐述了未生效合同与无效合同的区别。其观点归纳如下 [17]：①认识前提不同。未生效的前提合同已经依法成立，且效力由于某种原因尚未发生。无效合同不存在已依法成立的前提，自签订之日起即因合同主体或者内容违反法律、行政法规的强制性规定而无效。②条款效力不同。探矿权、采矿权转让未经相关审判机关批准，但符合矿产资源法等法律、行政法规规定的条件，应认定探矿权、采矿权转让合同未生效，但不影响转让合同报批义务条款及因为履行该报批义务而设定的相关条款的生效以及效力。而合同被确认无效后，除解决争议的程序性条款有效外，其他条款自始无效，缔约双方的状态回复至缔约前。③适用条件不同。认定未生效适用条件为合同的签订时所尚缺的条件仅仅是尚未依法审批或者登记，但合同主体、主体意思表示、内容符合《合同法》第五十二条所规定的有效条件。而无效合同则是不符合《合同法》第五十二条所规定的有效要件，合同主体或者内容违反法律、法规效力性强制性规范。④法律后果不同。合同未生效，客观上已无继续履行的条件，而且不能归责于双方，则合同不生效力，原合同所确定的报批或登记义务条款应予以解除，双方均不承担违约责任。合同未生效，但客观上仍可完成审批或登记手续的，只因赋予报批义务一方当事人主观上不作为导致仍未完成审批或登记手续的，法院可判决有合同报批义务的一方当事人履行报批义务，促使合同生效。按照合同条款，违约方承担违反合同报批条款的责任。

仔细分析最高人民法院的上述观点，不难发现其明确的倾向。即近年来，普遍认定未生效时的合同具有拘束力，其义务是按照合同约定办理报批、登记手续，违反该义务，有过错方尚应承担违约责任。我们对此表示赞同。

未取得商品房预售许可证明所签的商品房预售合同，如果在起诉前不对其合同效力进行救治即取得商品房预售许可证明，那么合同就自始

无效，合同不具拘束力，与未生效合同相比，显属不同，故未取得商品房预售许可证明所签的商品房预售合同并非实质意义上的附生效条件的合同，而属于无效合同之范畴。但是，较之绝对无效合同，它又有被救治而产生拘束力的可能，不妨称之为相对无效合同，它的存在丰富了我国合同效力的现有立法形态。

三、《城市房地产管理法》第四十五条对商品房预售合同的影响

《城市房地产管理法》第四十五条规定，商品房预售，应当符合下列条件：（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（二）持有建设工程规划许可证；（三）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；（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。《商品房买卖合同解释》第二条仅将是否取得商品房预售许可证明作为判断合同效力的依据。如何理解预售条件和认定合同效力之间的关系问题，一种意见认为，因商品房预售实行许可证制度，只要出卖人持有预售许可证明，其与买受人签订的预售合同即为有效；另一种意见认为，《城市房地产管理法》规定的四个条件是商品房预售行为必须同时具备的法定要件，否则预售合同无效。

《合同法》第四十四条以及《合同法解释（一）》第九条之规定表明 [18]：（1）批准、登记等不是合同的成立要件。因为合意是构成真正交易的精神事件，合同是当事人合意的结果，是合同自由原则的体现，因此，只要当事人根据《合同法》所规定的要约和承诺的规则就合同的主要条款达成一致，或者符合《合同法》第三十七条所规定的情形，该合同即告成立。至于非主要条款的欠缺，则可以通过适用法律补缺性规定来弥补。批准、登记等手续都是当事人合意以外的因素，不属于合同成立要件的范畴，而属于效力评价的领域。所以合同成立与否，不应受批准登记等要件的影响。（2）批准、登记并非一概是合同的有效要件。合同是否有效，取决于国家的价值判断，体现了国家对意思自

治的合理干预，其判断的依据只能是法律、行政法规对合同无效的明确规定。而法律、行政法规对批准、登记等要件的规定并不都属于强制性规范，因此不能绝对化地以批准或者登记来判定合同是否有效。要区分作为合同行为生效要件的“批准、登记”和合同标的物发生物权变动时的“公示登记”所具有的不同法律性质和效力。即只有法律和行政法规明确规定“批准、登记”是合同生效的条件，批准、登记才是生效条件，如果“登记”是合同一方当事人应当履行的具有物权变动公示性质的义务，未履行该项义务仅仅不发生物权变动的效力，而不影响合同本身的效力，那么，“登记”这个条件就不是合同生效的条件。因此，《城市房地产管理法》第四十五条第二款规定的合同登记备案并不是合同是否有效的法律条件，如同买卖房屋应当办理过户登记的规定，也不是买卖合同生效的条件。（3）批准、登记仅仅是合同生效的要件。

最高人民法院民一庭认为 [\[19\]](#)，《城市房地产管理法》作为行政管理法，主要是对出卖人开发经营行为的行政监管和规范。从该法规定的商品房预售条件看，也均反映的是出卖人与行政管理部门之间的关系问题。在我国，商品房预售实行许可证制度，对此，《城市房地产开发经营管理条例》第二十四条明确列举了办理商品房预售许可证的必备条件和相关程序，其中就包括了《城市房地产管理法》第四十四条规定的前三个条件。这就表明只要出卖人按照法定程序向房地产行政管理部门申请办理并取得预售许可证明的，即可认定其具备全部预售条件。因此，为避免司法权与行政权之间的冲突，人民法院在认定商品房预售合同的效力时，对出卖人的预售资格应只从形式上进行审查，即对出卖人未取得商品房预售许可证明签订的预售合同应认定无效，出卖人取得商品房预售许可证明的，可认定预售合同有效。从实质上审查出卖人是否具备全部预售条件则是行政管理部门的权限。当事人对预售许可证持有异议的，可通过行政或行政诉讼的方式解决。这既可划清司法审判机关与行政管理部门之间的权限，有利于各司其职，也可避免大量无效合同的出现，有利于促进房地产交易和推动房地产市场的发展。最高人民法

院在审判中，表达了同样的司法立场。例如，最高人民法院二审判决的恒信公司与立丰公司商品房预售纠纷案、最高人民法院于1999年12月3日调解结案的光华公司与金山桥管委会预售合同纠纷案[20]、最高人民检察院向最高人民法院抗诉的“黑龙江海外旅游总公司诉哈尔滨深业房地产发展有限公司商品房买卖合同纠纷一案终审判决”。[21]

最高人民法院上述司法立场与裁判案例已经表明，《城市房地产管理法》第四十五条规定的四个条件不是商品房预售合同是否有效的并存条件。取得商品房预售许可证明，是商品房预售合同有效的必要条件。第四十五条前三个条件是权利有无瑕疵和合同的履行能力的问题，出卖人如果存在权利瑕疵和履行不能的问题，产生的是合同违约的责任，而不是合同无效的责任。违约责任是可以采取补救措施，也是法律允许采取补救措施的。所以，不能把第四十五条的四个条件并列起来，混为一谈。[22]

值得注意的是，如果房地产开发企业其他手续齐全（如土地使用证、建设工程规划许可证、建筑工程竣工验收资料），但没有取得商品房预售许可证明，签订的商品房预售许可合同是否有效？对此，应视情况而定。商品房买卖所涉及的法律法规和政策方面的内容，一般业主是难以全面了解的，尤其是商品房开发早期，管理不规范，是否需要预售许可证业主并不清楚，行政主管部门也疏于管理，开发商没有依法领取商品房预售许可证公开进行商品房预售，业主没有过错，责任在开发商与地方政府。因此，在《商品房买卖合同解释》颁发前，如果合同已经基本履行完毕，商品楼盘有土地使用证、建设工程规划许可证、建筑工程竣工验收资料，但没有商品房预售许可证，业主又请求继续履行合同的，为维护交易安全与社会稳定，应当认定商品房买卖合同有效，至于开发商违规开发问题应当由行政主管部门另行处理，不影响合同的履行。《商品房买卖合同解释》颁发后，如果作为房地产开发企业的出卖人一直没有取得商品房预售许可证明，应确认买卖合同无效。[23]