

中华全国律师协会律师办理商品房交易业务操作指引 (试行)

(来源：中华全国律师协会)

第一编 总则

1.1 制定目的

为规范和促进全国房地产律师办理商品房交易法律业务，提高律师的服务质量和水平，特别是正确指导缺乏参与商品房交易法律业务的经验或经验不足的律师在参与此类业务活动，根据中华全国律师协会的要求，全国律师协会民事专业委员会制定本指南，供全国律师在办理商品房交易业务时作指导和参考。

1.2 概念界定

本指引指的商品房是按法律、法规及其他有关规范性文件（以下简称法律）规定可在市场上自由交易，不受政府政策限制的各类商品房屋，包括新建商品房（一手房）、二手房等，但不按法律规定静止或限制交易的公有房屋、廉租住房、经济适用房及其他房屋。

本指引所指的商品房交易，包括商品房预售、一手房现售、二手房买卖以及商品房抵押、租赁等以房屋所有权为前提的交易行为。

1.3 律师办理商品房交易业务的基本原则

律师办理商品房交易业务，应当坚持对委托人忠诚负责的原则，恪尽职守，勤勉尽责，不受任何单位及其他组织和个人的非法干涉，依法维护委托人的合法权益和国家法律的正确实施。

1.4 律师办理商品房交易业务的前提和要求

律师办理商品房交易业务，应依据与委托人签订的委托协议，在委托权限内依法履行职责，不得损害委托人的合法权益；应依法保守当事人商业秘密和个人隐私。

1.5 本操作指引的业务适用范围

本操作指引主要适用于律师从事商品房交易的非诉讼法律服务，律师代理委托人从事商品房交易在受托起草、修改有关的各种合同以及代办有

关登记备案手续时应注意的有关事项是本操作指引的重点。律师代理有关商品房交易的诉讼案件时，本操作指引具有相应的参考作用。

1.6 本操作指引涉及的被代理人的分类

由于任何一宗商品房交易均涉及至少两当事人，律师代理不同的当事人时所持的立场和看问题的角度是不一样的，因此，为便于实际操作，本操作指引将按不同的被代理人分别制定相应的指引。

第二编 新建商品房买卖

第一章 概述

2.1.1 新建商品房的概念

本编所指的新建商品房，是指由房地产开发企业（以下称开发商）按法律、法规及其他有关规定开发建设并直接出售给买受人且可在市场上自由交易的商品房。

本编所指的商品房交易，包括商品房预售和现房销售。

2.1.2 适用范围

本编适用于中华人民共和国境内自然人、企事业单位和其他组织向开发商购买新建商品房的行为。

第二章 一般规定

2.2.1 目的和依据

为依法维护当事人在买卖新建商品房（包括预售、现售）活动中的合法权益，提高律师承办商品房买卖业务服务质量，依据《城市房地产管理法》、《城市房地产开发经营管理条例》、《城市商品房预售管理办法》、《城市房地产转让管理规定》、《商品房销售管理办法》及其他有关规定，制定本编供律师办理为当事人买卖新建商品房提供法律服务的业务作参考。

2.2.2 概念界定

本编所涉及的下列词语的定义分别为：

1、开发商，即房地产开发企业，指依法取得商品房开发权后进行房屋开发建设并将商品房出售给购房者（买受人）的企业。

2、买受人，即购房者，指向开发商购买其开发建设的商品房的自然人或单位。

3、业主，指取得新建商品房所有权的人，一般指买受人，如开发商未售完所有商品房，则开发商亦是业主。

4、商品房预售，是指开发商将正在建设而尚未竣工的商品房出售给买受人的行为。

5、商品房现售，是指开发商将已经竣工验收合格的商品房出售给买受人的行为。

6、商品房预售许可证，是指商品房符合预售条件后，经开发商申请，房地产行政主管部门核发的同意开发商进行商品房预售的书面许可文件。

7、返本销售，是指开发商以定期向买受人返还购房款的方式销售商品房的行为。建设部《商品房销售管理办法》明令禁止这种销售方式。

8、售后包租，是指开发商以在一定期限内承租或者代为出租买受人所购该企业商品房的方式销售商品房的行为。建设部《商品房销售管理办法》规定未竣工的商品房不得售后包租。

9、预测面积，又称暂测面积、合同约定面积，指在商品房预售中，开发商或其委托的有资质的测绘部门根据设计图纸计算出来并在商品房销售合同加以约定的预售商品房面积。

10、实测面积，又可称产权登记面积，是指预售商品房竣工验收后，经有资质的测绘机构实地测量，房地产行政主管部门确认登记的房屋面积。

11、面积误差比，指实测面积（产权登记面积）与预测面积（合同约定面积）发生误差的比例。

12、套内建筑面积，成套房屋的套内建筑面积由房屋的套内使用面积、套内墙体面积、套内阳台建筑面积三部分组成。套内使用面积包括：a、卧室、起居室、厅、过道、厨房、卫生间、厕所、储藏室、壁橱等分户门内面积的总和；b、跃层住宅中的户内楼梯按自然层数的面积总和计入使用面积；c、不包括在结构面积内的烟囱、通风道、管道井均计入使用面积；d、内墙面装修厚度计入使用面积。套内墙体面积，新建住宅各套（单元）内使用空间周围的围护或承重墙体，有公共墙和非公共墙两种。其中套（单元）与套（单元）、套（单元）与共有建筑空间之间的分隔墙以及

外墙（包括山墙）均为公共墙。公共墙按墙体水平面积的一半计入套内墙体面积。套（单元）内的分隔墙为非公共墙。非公共墙按墙体水平面积的全部计入套内墙体面积。套内阳台建筑面积，封闭式阳台，按其外围水平投影面积计算建筑面积；未封闭的阳台按其围护结构外围水平投影面积的一半计算建筑面积。

13、分摊的共有建筑面积， $\text{分摊的共有建筑面积} = \text{套内建筑面积} \times \text{共有建筑面积分摊系数}$ 。共有建筑面积由以下两部分组成：a、电梯井、楼梯、垃圾道、变电室、设备层（间）、公共门厅和走道、地下设备间、值班警卫室等共有部位的面积，以及为整幢服务的公共用房和管理用房的建筑面积。单独具备使用功能的独立使用空间（如车库、自行车库、会所或俱乐部、仓库、人防工程等）；为多幢房屋服务的警卫室、管理用房、设备间等，均不计入共有建筑面积。b、套（单元）与共有建筑空间之间的分隔墙以及外墙（包括山墙）的公共墙体，墙体水平面积一半的建筑面积。共有建筑面积分摊系数是整幢房屋的共有建筑面积除以整幢房屋各套内建筑面积之和，得到建筑物的共有建筑面积分摊系数。

14、代理销售，指开发商委托具有房地产经纪资格的专业公司代为销售商品房的行为。

15、包销，指开发商将其开发建设的房屋交由包销人以开发商的名义销售，包销期满未售出的房屋，由包销人按照合同约定的包销价格购买的行为。

16、住房专项维修基金，是指为保障房屋及其相关公共设施的正常维修、更新，由业主按一定标准交纳费用，存入专户银行，专门用于房屋及其相关公共设施维修、更新的资金。

17、规划设计变更，开发商应当按照批准的规划、设计建设商品房，但由于建设工程的复杂性，在施工过程中，原有的一些规划设计可能必须变更，但这需经规划部门的批准或设计单位的同意。如果变更导致商品房的结构型式、户型、空间尺寸、朝向变化，以及出现合同当事人约定的其他影响商品房质量或者使用功能情形的，开发商应当在变更确立之日起10日内，书面通知买受人。买受人可以选择解除合同或接受变更。

18、二书，一般指《住宅质量保证书》、《住宅使用说明书》。

19、住房公积金，是指国家机关、国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业及其他城镇企业、事业单位、民办非企业单位、社会团体（以下统称单位）及其在职职工分别按职工工资的一定比例缴存的长期住房储备金。

20、住房公积金个人购房贷款，是指以住房公积金为资金来源，向缴存住房公积金的职工发放的定向用于购买自住住房的消费贷款。正常缴存住房公积金的城镇职工，在本城镇购买具有所有权的自住住房时，可以其所购买的产权住房作抵押，向住房公积金个人购房贷款受托商业银行申请住房公积金个人购房贷款。

21、抵押贷款（按揭），即商业贷款，是指买受人在购买房屋时，以所购新建商品房做抵押，向银行申请的占所购房价一定比例的贷款。贷款合同生效后，银行将贷款作为购房款的一部分直接划付给开发商，由买受人按贷款合同约定逐月或逐年还款。

22、组合贷款，是指在住房买卖中借款人以所购城镇住房作为抵押物同时申请住房公积金个人购房贷款和商业性个人住房贷款，该贷款方式称为个人住房组合贷款。

23、个人住房贷款担保，是指借款人向城镇公积金管理中心或商业银行申请住房公积金个人购房贷款或商业性个人住房贷款时，由担保公司为其提供承担连带责任的保证担保。

24、商品房买卖合同备案，指在商品房预售行为中，开发商与买受人签订房屋预售合同后，由开发商将合同交房屋行政管理部门登记备案，防止出现一房多卖的或抵押已预售的商品房的情况。

25、大产权证，即新建商品房初始登记后的房地产权证，是指开发商在新建商品房竣工验收后，交付给买受人之前，持有关文件和商品房屋建设项目批准文件办理新建商品房初始登记后取得的新建商品房房地产权证。这是买受人办理小产证的前提。

26、小产权证，即买受人取得的所购新建商品房的房地产权证。

27、房地产广告，指开发商、房地产权利人、房地产中介服务机构发布的房地产项目预订、预售、预租、出售、出租、项目转让以及其它有关房地产项目介绍的广告。包括报刊杂志上的印刷广告、广播电视广告、招

贴广告等媒体广告，售楼书及各种宣传材料，施工现场的广告牌，样板房展示等。

第三章 律师为买受人购买新建商品房提供法律服务

第一节 商品房认购（预订）

2.3.1.1 签订认购（预订）书的前提条件

由于协商签订《商品房买卖合同》一般都有个较长的过程，开发商为了稳住买受人，往往要求买受人在签订正式的合同前先签订认购协议（认购书、预订书等），要求买受人交付一定的定金。

由于商品房开发的特点，开发商与买受人就尚未取得预售许可证的项目签订认购协议的，属于类似意向书的法律文件。而就已经取得商品房预售许可证的项目所签订的订购协议，则具有预约签订正式合同的协议的特点，所交付定金应视为签约定金。

2.3.1.2 认购书（预订书）的基本内容

签署认购协议时，注意认购协议应包括以下基本内容：当事人姓名或名称、预订的房地产的坐落地点、面积、价格、预订期限、定金数额及定金处理办法等。由于认购协议系由出卖人制订，国家有关行政机关对订立认购协议无任何限制性规定，因此，买受人对认购协议内容一定要认真审核，防止出卖人在认购协议中设置对买受人不公平的条件。如果商品房的认购、订购、预订等协议具备符合商品房买卖合同特征的主要内容，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。

2.3.1.3 定金的处理

定金是认购协议中一个很重要的内容，也是买卖双方容易发生争议的重点问题。出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，定金就按法律规定的没收或双倍返还处理。但是，如果因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。

认购协议中常常出现订金、押金等字眼，这些不是法律意义上的定金。但如果认购书上载明：双方未签订正式的商品房买卖合同，买受人违约订

金、押金不退还，出卖人违约双倍返还订金、押金，那么，此时订金和押金可能会被法院或仲裁机构认定具有定金的性质。

律师为买受人提供商品房交易法律服务时应当提示买受人，必须在合同约定的预约签订正式合同的期限内与开发商协商正式合同的内容并应留下书面记录，避免出现如因故未能签订正式合同，开发商以买受人未进行过协商或买受人因无法证明与开发商进行过协商而导致定金被没收的情形。

第二节 商品房销售广告

2.3.2.1 广告审查

对商品房（包括销售和现房销售）销售广告，律师要提示委托人认真审查其是否具备以下必须载明事项：

- 1、开发企业名称；
- 2、中介服务机构代理销售的，载明该机构名称；
- 3、预售许可证号。

如果以上事项欠缺，购房者就应慎重或再作仔细调查。如广告中出现“本广告仅作参考。广告中具体确定的内容，可作为购房合同附件”等内容，则应签订合同对合同条件与广告内容是否相符给予更多的关注。

2.3.2.2 禁止发布销售广告情形

律师应提示买受人，具有下列情形的，禁止发布销售广告：

- 1、在未经依法取得国有土地使用权的土地上开发建设的；
- 2、在未经国家征用的集体所有的土地上建设的；
- 3、司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或以其他形式限制房地产权利的；
- 4、预售房地产，但未取得该项目预售许可证的；
- 5、权属有争议的；
- 6、违反国家有关规定建设的；
- 7、不符合工程质量标准，经验收不合格的；
- 8、法律、行政法规规定禁止的其它情形。

2.3.2.3 要约邀请与要约的区别

审查广告，律师要提示委托人特别要注意要约邀请与要约的区别，商品房的销售广告和宣传资料一般均为要约邀请，如果未写入合同，对开发商不具有约束力。但是开发商就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。

律师应当提示买受人，为避免因对未写入合同的广告内容的属性发生争议而影响买受人的利益，应要求开发商将影响购房意愿的广告的内容写入正式合同或补充协议中。

第三节 商品房预售

2.3.3.1 商品房预售条件

律师应提示买受人，商品房预售应当符合下列条件：

- 1、开发商应当具有企业法人营业执照和房地产开发企业资质证书。
- 2、已取得建设用地规划许可证；
- 3、已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；
- 4、持有建设工程规划许可证和施工许可证；
- 5、已办理预售登记，取得《商品房预售许可证》；
- 6、开发商已签订前期物业管理合同。
- 7、已确定竣工及交付日期；
- 8、已符合当地地方法规、行政规章及行政机关规定的开发程序规定的预售条件。

2.3.3.2 无证预售的风险

《商品房预售许可证》是衡量商品房预售行为是否合法的最直接、最关键的书面证明文件。律师应提示买受人，未依法取得商品房预售许可证而以预订、预约、认购、订购等方式变相预售商品房的，均属无证预售行为，在法律上无效。但如果开发商在买受人起诉前取得商品房预售许可证，合同可被认定为有效。

买受人应当要求开发商出示《商品房预售许可证》，买受人应认真查验该证记载的内容是否与实际情况一致，特别是在开发商对同一项目实行

分期开发或分阶段施工时，应验证已有的商品房预售许可证是否包含所要预购的商品房。

第四节 商品房现售

2.3.4.1 商品房现售条件

律师应提示买受人，商品房现售应当符合以下条件：

- 1、符合 2.3.3.1 项第 1 至第 6 点的条件。
- 2、商品房已竣工验收合格。
- 3、供水、供电、供热、供气、通讯等配套基础设施具备交付使用条件，其他配套基础设施和公共设施具备交付使用条件或者确定施工进度和交付日期。

2.3.4.2 返本销售的禁止和售后包租的限制

律师应提示买受人，根据建设部的有关规定，开发商不得采取返本销售或者变相返本销售的方式销售商品房；开发商不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工商品房。

第五节 预售环节的商品房买卖合同（大部分内容亦适用于现售合同）

2.3.5.1 签约前审查

买受人委托的律师在签署合同前，要认真审核开发商的销售许可文件及其他有关文件、资料，包括但不限于：

- 1、本指引 2.3.3.1 项项下的证件、文件和资料。
- 2、规划总平面图并了解该小区的规划条件。
- 3、代理销售的，代理商的营业执照及资质证书及委托销售证明。
- 4、临时业主公约
- 5、到房屋行政管理部门调查买受人欲购买的房屋之前是否存在一房二卖或被抵押的情形。

2.3.5.2 签约时买受人对房屋面积的知情权和开发商的义务

对商品房面积计算依据，买受人拥有知情权，开发商也有告知义务。开发商销售（包括预售、现售）商品房时，应在售楼地点将有关房屋建筑面积计算资料或测算资料进行公示，供购房者查阅。

签署商品房预售合同时，买受人可要求面积计算表或测算表，开发商应向购房者提供《房屋建筑面积计算表》；签订房屋交接书或签订商品房

现售合同时，开发商应向购房者提供《房屋建筑面积测算表》；前述两表中《房屋公用部位建筑面积说明》中必须将分摊的共有部位全部列明，并能与建筑平面布置图对照查核。

2.3.5.3 商品房买卖合同的文本

律师应提示买受人，为便于在房地产登记机构进行预售登记或产权登记，商品房买卖应采用建设部、国家工商局联合发布的《商品房买卖合同》示范文本，或者各地房屋行政管理部门同意的其他合同文本，买受人应特别注意《商品房买卖合同》范本中开发商已填上内容的空格部分，该部分的内容极易损害买受人的利益。

出卖人往往会制定补充协议，买受人应仔细审查补充协议，补充协议的内容往往容易损害买受人的利益。

2.3.5.4 面积差异的处理

律师应提示买受人，按套内建筑面积或者建筑面积计价的，当事人应当在合同中载明合同约定面积与产权登记面积发生误差的处理方式。合同没有约定或约定不明确的，按以下原则处理：

- (1) 面积误差比绝对值在 3% 以内（含 3%）的，据实结算房价款；
- (2) 面积误差比绝对值超出 3% 时，买受人有权退房。买受人退房的，房地产开发企业应当在买受人提出退房之日起 30 日内将买受人已付房价款退还给买受人，同时支付已付房价款利息。买受人不退房的，产权登记面积大于合同约定面积时，面积误差比在 3% 以内（含 3%）部分的房价款由买受人补足；超出 3% 部分的房价款由房地产开发企业承担，产权归买受人。产权登记面积小于合同约定面积时，面积误差比绝对值在 3% 以内（含 3%）部分的房价款由房地产开发企业返还买受人；绝对值超出 3% 部分的房价款由房地产开发企业双倍返还买受人。

由于开发商往往会改变面积差异的处理方式，故应特别提醒买受人予以注意。

还应注意，开发商提供的格式合同往往有“如对面积发生争议，委托某一机构进行测量”的内容，律师应提示买受人，应当增加“如对该机构的测量结果仍有异议，可另行委托测量”的内容。

2.3.5.5 套内建筑面积与分摊的共有面积

律师应合理提示委托人，商品房建筑面积由套内面积和分摊的共有建筑面积组成，套内建筑面积部分为买受人独立产权，分摊的共有建筑面积部分为买受人与其他相关业主的共有产权，买受人依法对其享有权利，承担责任。

律师应提示买受人，按建筑面积计价的，当事人应当在合同中约定套内建筑面积和分摊的共有建筑面积，并可约定如建筑面积不变而套内建筑面积发生误差以及建筑面积与套内建筑面积均发生误差时的处理方式。

2.3.5.6 付款方式

律师应当提示买受人，注意采用按揭付款方式的风险：

1、合同中往往有不按时办理按揭的买受人应向开发商支付违约金的条款。

2、合同中往往有因买受人的责任导致无法办理按揭的，如双方无法就改变付款方式达成一致而买受人要求解除合同的，则买受人应向开发商支付违约金的条款。

2.3.5.7 交付期限

1、律师应当提示买受人，合同一般约定，以建设方、设计方、勘察方、施工方、监理方等五方验收合格为交付条件，但这种验收不是逐套验收，而是抽查验收，不能保证每套房屋实际上均符合交付条件，因此，应当在合同中加上“开发商应当出示本合同项下的单套商品房验收合格的证明”的条款。

2、合同第八条第二款为可以延期交房的条件，律师应当提示买受人，如合同条款中有“因政府原因导致的停工及因开发商设计变更或开发商所不能控制的原因导致的逾期交房可以免责”的条款，则应要求取消这一点。另外，合同应明确约定，逾期竣工以后再出现法定或约定的免责事由的，不应免责。

2.3.5.8 开发商逾期交房的违约责任

一般开发商会在合同中对逾期交房约定较轻的违约责任，律师应提示买受人要求提高。

2.3.5.9 规划、设计变更的处理

律师应提示买受人，房地产开发企业应当按照批准的规划、设计建设商品房，应要求在合同中写明：签订《商品房买卖合同》后，规划条件和已作出的设计是合同内容，房地产开发企业不得变更规划、设计。

经规划部门批准的规划变更、设计单位同意的设计变更导致商品房的结构型式、户型、空间尺寸、朝向变化，以及出现合同当事人约定的其他影响商品房质量或者使用功能情形的，房地产开发企业应当在变更确立之日起 10 日内，书面通知买受人。

律师还应当提示买受人，在合同中加上“因容积率、建筑层数、建筑密度、建筑层高、绿地率、基础设施、公共配套等发生变化的，应当参照前两款执行”的内容。

买受人有权在通知到达之日起 15 日内做出是否退房的书面答复。买受人在通知到达之日起 15 日内未作书面答复的，视同接受规划、设计变更以及由此引起的房价款的变更。房地产开发企业未在规定时限内通知买受人的，买受人有权退房；买受人退房的，由房地产开发企业承担违约责任。

2.3.5.10 关于装饰、设备的标准

律师应当提示买受人，注意合同的附件三中的装饰标准及配套设备的品牌、规格、型号等，如其中有“高级品牌、顶级产品”等内容时，应要求明确品牌名称、规格、型号等具体内容。

律师应提示买受人，如希望在装饰、设备出现与合同约定不一致时获得差价部分的双倍赔偿，则应在合同中予以明确约定。

2.3.5.11 关于基础设施、公共配套建设的正常运行

律师应当提示买受人，合同在这方面往往约定的不完整、不详细，应当将主要的基础设施及公共配套建筑明确列出，包括但不限于：水、电、排水、电梯、停车场、全部小区道路和绿化（景观）、管道煤气、电信、有线电视等。

律师应提示买受人，上述设施等的交付时间不应晚于房屋交付时间，否则等于交了房仍无法正常使用。律师还应提示买受人，如合同内容为：“达不到上述条件的，逾期期间减收物业管理费”，类似的约定为无效约

定，因前期物业管理公司与开发商不是同一企业法人，应改为“由开发商代交减收的物业管理费”。

2.3.5.12 关于产权登记

1、律师应提示买受人注意，由开发商提交房屋产权登记备案资料的时间不能过长，不宜超过一年。

2、律师应提示买受人注意，如因开发商责任导致买受人无法按时取得房屋产权证明的违约金应按日计付，而不应接受一次性支付违约金的条款。

2.3.5.13 关于合同第十七条

1、商品房所在楼宇的屋面使用权及外墙使用权应约定属于全体业主。

2、楼宇和小区的命名权应约定在房屋交付使用后归全体业主。

2.3.5.14 关于前期物业管理

律师应当提示买受人，要求开发商向买受人出示开发商与前期物业管理公司签订的前期物业管理合同并复印该合同，注意合同条款可能会损害业主利益。

2.3.5.15 关于业主临时公约

律师应当提示买受人，业主临时公约对业主有约束力，应向开发商索取副本。

2.3.5.16 关于合同附件与补充协议

合同附件与补充协议，即使不交付备案也属有效的法律文件，因此，律师应当提示买受人认真研读合同附件与补充协议。

2.3.5.17 项目转让与预售合同的处理

律师应提示买受人，应在合同中约定，如开发商将开发项目转让给他人且转让前已经进行商品房预售的，转让人应当将项目转让的情况书面通知买受人。买受人有权在接到书面通知之日起一定期限（可以约定）内要求解除商品房预售合同。买受人未按照前款约定要求解除商品房预售合同的，应当由项目受让人继续履行商品房预售合同。

2.3.5.18 土地使用权同时转让

律师应提示买受人，房屋销售时，房屋所有权和该房屋使用范围内的土地使用权同时转让。房屋分层、分套转让时，该房屋占用范围内的土地

使用权整体不可分割；买受人按照分层、分套房屋的建筑面积，取得相应比例的土地使用权。

2.3.5.19 对开发商违反诚信原则的惩罚

律师应提示买受人，出现下列五种情形并导致合同无效或被撤销、解除的，买受人可请求返还购房款及利息、赔偿损失，并可请求开发商承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。：

律师应提示买受人，出现下列五种情形并导致合同无效或被撤销、解除的，买受人可请求返还购房款及利息、赔偿损失，并可请求开发商承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。：

1、开发商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；

2、开发商故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；

3、开发商故意隐瞒所售房屋已经出售给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实；

4、商品房买卖合同订立后，开发商未告知买受人又将该房屋抵押给第三人的；

5、商品房买卖合同订立后，开发商又将该房屋出卖给第三人者的。

第六节 商品房代理销售和包销

2.3.6.1 商品房的代理销售

律师应提示买受人，开发商委托中介服务机构销售商品房的，受托机构应当是依法设立并取得工商营业执照的房地产中介服务机构。开发商应当与受托房地产中介服务机构订立书面委托合同，委托合同应当载明委托期限、委托权限以及委托人和被委托人的权利、义务。买受人有权查阅开发商出具给代理销售机构的授权委托书。

受托房地产中介服务机构销售商品房时，应当向买受人出示商品房的有关证明文件和商品房销售委托书。受托房地产中介服务机构在代理销售商品房时不得收取佣金以外的其他费用（含不得加价销售）。商品房销售人员应当经过专业培训。

2.3.6.2 商品房的包销

律师应提示买受人，开发商与他人（包销人）可订立商品房包销合同，约定开发商将其开发建设的房屋交由包销人以开发商的名义销售，包销期满未销售的房屋，由包销人按照合同约定的包销价格购买。包销人可以高于包销合同约定的价格向购房人出售包销的商品房。

但是，开发商未经包销人同意，自行销售已经约定由包销人包销的房屋，包销人可要求开发商赔偿损失。

在包销关系中，如果开发商、包销人和买受人对各自的权利义务没有明确约定或约定不清的，买受人与开发商发生商品房买卖合同纠纷，包销人为诉讼参加人。

包销人不具备房地产开发经营资质或商品房中介、经纪资质，不应影响包销合同的效力。

第七节 购房贷款

2.3.7.1 商品房买卖贷款协议、担保协议和/或保险合同

购买住房会涉及住房公积金个人购房贷款协议、或商业性个人住房贷款协议，公积金贷款还要签署个人住房置业贷款担保协议，商业贷款银行会要求进行投保，需与保险公司签署保险合同。

购买非住宅商品房只能以商业贷款的形式办理贷款并以商品房作抵押，同样也要签署保险合同。

2.3.7.2 非居住房屋贷款

非居住房屋只能申请银行商业贷款，具体贷款条件、金额、期限、利率可与具体贷款银行谈判确定。

2.3.7.3 贷款合同与商品房买卖合同

律师应提示买受人，商品房买卖合同约定，买受人以担保贷款方式付款，因当事人一方原因未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，对方当事人可以请求解除合同和赔偿损失。因不可归责于当事人双方的事由未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，当事人可以请求解除合同，开发商应当将收受的购房款本金及其利息或者定金返还买受人。因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，当事人可要求解除商品房担保贷款合同的。商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、

解除后，开发商应当将收取的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。

第八节 商品房的交付使用及其质量保证

2.3.8.1 商品房交付使用的定义

律师应提示买受人，商品房的交付由物的交付和权利的交付组成。物的交付即对房屋的转移占有，权利的交付即房地产权利的转移登记。如果当事人没有另外约定，物的交付即房屋的转移占有，视为房屋的交付使用。交付的后果是：房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

2.3.8.2 商品房的交付要求

律师应提示买受人，开发商应当按照合同约定，将符合交付使用条件已取得交付使用许可证(住宅)或房地产权证(“大产证”)的商品房按期交付给买受人。未能按期交付的，房地产开发企业应当承担违约责任。因不可抗力或者当事人在合同中的约定的其他原因，需延期交付的，开发商应当及时告知买受人。

开发商销售商品房时设置样板房的，应当说明实际交付的商品房质量、设备及装修与样板房是否一样，未作说明的，实际交付的商品房应当与样板房一致。

2.3.8.3 交付时应提供的文件

销售商品住宅时，开发商应当根据《商品住宅实行质量证书和住宅使用说明书制度的规定》(以下简称规定)，向买受人提供《住宅质量证书》、《住宅使用说明书》。买受人还可要求开发商提供实测面积的有关资料。

《住宅质量证书》应当包括以下内容：

- 1、工程质量监督部门核验的质量等级。
- 2、基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；

3、屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，保修期为5年；供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为2年。

4、用户报修的单位答复和处理的时限。

《住宅使用说明书》应当对住宅的结构、性能和各部位（部件）的类型、性能标准等做出说明，并提出使用注意事项，一般应包括但不限于以下内容：

- 1、开发单位、设计单位、施工单位，委托监理的应注明监理单位。
- 2、结构类型。
- 3、装修、装饰注意事项。
- 4、上水、下水、电、燃气、热力、通讯、消防等设施配置的说明。
- 5、有关设备、设施安装预留位置的说明和安装注意事项。
- 6、门、窗类型，使用注意事项。
- 7、配电负荷。
- 8、承重墙、保留墙、防水层、阳台等部位注意事项的说明。
- 9、其他应说明的问题。

2.3.8.4 商品房的保修责任

律师应提示买受人，开发商应当对所售商品房承担质量保修责任。当事人应当在合同中就保修范围、保修期限、保修责任等内容做出约定。保修期从交付之日起计算。商品住宅的保修期限不得低于建设工程承包单位向建设单位出具的质量保修书约定保修期的存续期；存续期少于《规定》中确定的最低保修期限的，保修期不得低于《规定》中确定的最低保修期限。非住宅商品房的保修期限不得低于建设工程承包单位向建设单位出具的质量保修书约定保修期的存续期。

在保修期限内发生的属于保修范围的质量问题，开发商应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。商品住宅委托物业管理公司等单位维修的，应在《住宅质量保证书》中明示所委托的单位。因不可抗力或者使用不当造成的损坏，开发商不承担责任。

2.3.8.5 商品房质量与合同解除

律师应提示买受人，商品房交付使用后，买受人认为主体结构不合格的并经合法程序确认的，有权要求退房；因此给买受人造成损失的，开发商应当依法承担赔偿责任。

因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人也可要求解除合同和赔偿损失。

第九节 住房专项维修基金

2.3.9.1 首期维修基金的交纳

由于新建商品房首期维修基金的交纳方式各地的规定有差异，律师应提示买受人，如当地规定开发商也应交纳首期维修基金的，应注意检查该基金是否确已交纳。

维修基金的交纳标准，各地规定有差异，律师应熟悉了解。

2.3.9.2 维修基金专户的开立

律师应提示委托人，维修基金应开立专户，应当以一个物业管理区域为单位，按每幢住宅立帐，并分列每套住宅单元的分户帐；一幢住宅有两个或者两个以上门号的，按门号立帐，并分列每套住宅单元的分户帐。

业主委员会成立前，维修基金由物业所在地的区、县房地产管理部门代为监管，本息归业主所有，任何单位和个人不得使用。

业主委员会成立前发生的物业维修、更新，不得使用维修基金，其费用由开发商承担。

2.3.9.3 首期维修基金的交纳时限

律师应提示委托人，新建商品住宅的开发商和业主应当按照下列规定的时限交纳首期维修基金：

- 1、开发商应当在办理新建商品住宅所有权初始登记前将该新建商品住宅的维修基金存入专户银行。

- 2、买受人应当在办理房地产权变更登记前将所购商品住宅的维修基金存入专户银行。

第十节 商品房买卖转移登记和权证办理

2.3.10.1 未经登记不得对抗第三人和不发生物权转移

律师应合理提示买受人，商品房买卖应办理登记手续，未办理登记，不影响合同效力，但不得对抗善意第三人。未办理登记手续，商品房的所有权也无法转移。

2.3.10.2 商品房买卖转移登记

商品房买卖转移登记的申请人是买卖合同的双方当事人

2.3.10.3 预售登记

认购商品房的预售登记又称为预售备案或预售备案登记，申请人应是商品房预售合同的双方当事人。

2.3.10.4 房地产权证（小产证）的办理时限

律师应提示买受人，除合同有特殊约定外，由于出卖人的原因导致买受人在下列期限届满未能取得房屋权属证书的，出卖人应当承担违约责任：

- (1) 商品房买卖合同约定的办理房屋所有权登记的期限；
- (2) 商品房买卖合同的标的物为尚未建成房屋的，自房屋交付使用之日起 90 天；
- (3) 商品房买卖合同的标的物为已竣工房屋的，自合同订立之日起 90 天。

合同没有约定违约金或者损失数额难以确定的，可以按照已付房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。

商品房买卖合同约定或者《城市房地产开发经营管理条例》第三十三条规定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过一年，由于开发商的原因，导致买受人无法办理房屋所有权登记，买受人有权要求解除登记合同并要求赔偿损失。

第四章 律师办理为出卖人（开发商）出售新建商品房提供法律服务的业务

第一节 商品房认购（预订）

2.4.1.1 签订认购（预订）书的前提条件

由于协商签订《商品房买卖合同》一般都有个较长的过程，开发商为了稳住买受人，最好要求买受人在签订正式的合同前先签订认购协议（认购书、预订书等）并要求买受人交付一定的定金。

由于商品房开发的特点，开发商与买受人就尚未取得预售许可证的项目签订认购协议的，属于类似意向书的法律文件，律师应提供开发商在此类认购书中加上类似于“买受人知道尚未取得商品房预售许可证，一旦取得即核签正式的《商品房买卖合同》的内容”。

就已经取得商品房预售许可证的项目所签订的订购协议，则具有预约签订正式合同的协议的特点，所交付定金应视为签约定金。

2.4.1.2 认购书（预订书）的基本内容

签署认购书，要注意认购书应包括以下基本内容：当事人姓名或名称、预订的房地产的坐落地点、面积、价格、预订期限、定金数额及定金处理办法等。如果尚未取得预售许可证，则应在认购书中说明。国家有关行政机关对订立认购书无任何限制性规定，如果商品房的认购、订购、预订等协议具备符合商品房买卖合同特征的主要内容，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。

2.4.1.3 定金的处理

定金是认购协议中一个很重要的内容，也是买卖双方容易发生争议的重点问题。出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，定金就按法律规定的没收或双倍返还处理。但是，如果因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。

认购协议中常常出现订金、押金等字眼，这些不是法律意义上的定金。但如果认购书上载明：双方未签订正式的商品房买卖合同，买受人违约订金、押金不退还，出卖人违约双倍返还订金、押金，那么，此时订金和押金可能会被法院或仲裁机构认定具有定金的性质。

律师为买受人提供商品房交易法律服务时应当提示开发商，如买受人没有在合同约定的预约签订正式合同的期限内前来与开发商协商正式合同的或者双方经协商但无法就《商品房买卖合同》的内容达成一致的，应当将解除认购书或改收定金的决定通知对方并留下记录，避免被买受人以重复出售房屋为由追究责任。

第二节 商品房销售广告

2.4.2.1 广告审查

对商品房（包括销售和现房销售）销售广告，律师要提示开发商在发布广告前认真审查其是否具备以下必须载明事项：

- 1、开发企业名称；
- 2、中介服务机构代理销售的，载明该机构名称；
- 3、预售许可证号。

如果以上事项欠缺或出现错误，则应添加至完整。

开发商往往喜欢在广告中写上“本广告仅作参考。”等内容，律师应提醒开发商，此类内容不能作为免责理由。

2.4.2.2 禁止发布销售广告情形

律师应提示开发商，具有下列情形的，禁止发布销售广告：

- 1、在未经依法取得国有土地使用权的土地上开发建设的；
- 2、在未经国家征用的集体所有的土地上建设的；
- 3、司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或以其他形式限制房地产权利的；
- 4、预售房地产，但未取得该项目预售许可证的；
- 5、权属有争议的；
- 6、违反国家有关规定建设的；
- 7、不符合工程质量标准，经验收不合格的；
- 8、法律、行政法规规定禁止的其它情形。

2.4.2.3 要约邀请与要约的区别

审查广告，律师要提示开发商特别要注意要约邀请与要约的区别，商品房的销售广告和宣传资料一般均为要约邀请，如果未写入合同，对开发商不具有约束力。但是开发商就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，开发商违反的，应当承担违约责任。

律师应当提示开发商，不应为增加卖点而在广告中作虚假的宣传，特别是不能在广告中对涉及买受人实质性权利和具体数据（如土地使用权配套设施等）的内容方面作不符合实际情况的描述。

第三节 商品房预售

2.4.3.1 商品房预售条件

律师应提示开发商，商品房预售应当符合下列条件：

- 1、开发商应当具有企业法人营业执照和房地产开发企业资质证书。
- 2、已取得建设用地规划许可证；
- 3、已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；
- 4、持有建设工程规划许可证和施工许可证；
- 5、已办理预售登记，取得《商品房预售许可证》；
- 6、开发商已签订前期物业管理合同。
- 7、已确定竣工及交付日期；
- 8、已符合当地地方法规、行政规章及行政机关规定的开发程序规定的预售条件。

2.4.3.2 无证预售的风险

《商品房预售许可证》是衡量商品房预售行为是否合法的最直接、最关键的书面证明文件。律师应提示开发商，未依法取得商品房预售许可证而以预订、预约、认购、订购等方式变相预售商品房的，均属无证预售行为，在法律上无效。但如果开发商在买受人起诉前取得商品房预售许可证，合同可被认定为有效。

由于买受人要求开发商出示《商品房预售许可证》，开发商应注意该证记载的内容是否与实际情况一致，特别是在开发商对同一项目实行分期开发或分阶段施工时，注意不要将预售证用于尚未取得预售许可的房屋的销售。

第四节 商品房现售

2.4.4.1 商品房现售条件

律师应提示开发商，商品房现售应当符合以下条件：

- 1、符合 2.3.3.1 项第 1 至第 6 点的条件。
- 2、商品房已竣工验收合格。
- 3、供水、供电、供热、供气、通讯等配套基础设施具备交付使用条件，其他配套基础设施和公共设施具备交付使用条件或者确定施工进度和交付日期。

2.4.4.2 返本销售的禁止和售后包租的限制

律师应提示开发商，根据建设部的有关规定，开发商不得采取返本销售或者变相返本销售的方式销售商品房；开发商不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工商品房。由于建设部的规定属于规章，违反规章的强制性规定会导致合同无效，但有可能遭到行政机关的处罚。

第五节 预售环节的商品房买卖合同(大部分内容亦适用于现售合同)

2.4.5.1 签约时买受人对房屋面积的知情权和开发商的义务

对商品房面积计算依据，买受人拥有知情权，开发商也有告知义务。由于预测面积与实测面积的差异可能会导致开发商向买受人支付较高的违约金或赔偿款，因此，在销售商品房前，应委托有资质的测绘机构认真核查预售面积。

2.4.5.2 商品房买卖合同的文本

律师应提示开发商，为便于在房地产登记机构进行预售登记或产权登记，商品房买卖最好采用建设部、国家工商局联合发布的《商品房买卖合同》示范文本，或者各地房屋行政管理部门同意的其他合同文本，由于《商品房买卖合同》的内容不可能完全包含销售新建商品房活动中的所有情况，所以，律师应提示开发商制订补充协议，由于补充协议无需在房屋行政管理部门备案，故可以将补充协议制订得详细一些，也可以利用补充协议修改《商品房买卖合同》中的内容，注意在补充协议中写明“本补充协议的约定与《商品房买卖合同》中约定不一致的，以本补充协议约定的为准”之类的内容。

2.4.5.3 面积差异的处理

律师应提示开发商，由于面积差异是普遍现象，按现行法律按套内建筑面积或者建筑面积计价的，当事人应当在合同中载明合同约定面积与产权登记面积发生误差的处理方式。合同没有约定或约定不明确的，按以下原则处理：

- (1) 面积误差比绝对值在 3% 以内 (含 3%) 的，据实结算房价款；
- (2) 面积误差比绝对值超出 3% 时，买受人有权退房。买受人退房的，房地产开发企业应当在买受人提出退房之日起 30 日内将买受人已付房价款退还给买受人，同时支付已付房价款利息。买受人不退房的，产权

登记面积大于合同约定面积时，面积误差比在 3% 以内（含 3%）部分的房价款由买受人补足；超出 3% 部分的房价款由房地产开发企业承担，产权归买受人。产权登记面积小于合同约定面积时，面积误差比绝对值在 3% 以内（含 3%）部分的房价款由房地产开发企业返还买受人；绝对值超出 3% 部分的房价款由房地产开发企业双倍返还买受人。

因此开发商最好在制订合同时改变面积差异的处理方式，一般可定为“出现面积差异超过 3% 时不退房，面积缺少超过 3% 的只补差价，多于 3% 的据实结算。”

2.4.5.4 付款方式

律师应当提示开发商，注意采用按揭付款方式的风险：

1、有些买受人签订《商品房买卖合同》后不及时去银行办理按揭手续，是会影响开发商的收入，因此，应在补充协议中约定买受人不按时办理银行按揭贷款的处理方式，比如可约定买受人向开发商支付违约金。

2、合同应有如因买受人的责任导致无法办理按揭的，而双方又无法就改变付款方式达成一致，开发商可以解除合同的，买受人应向开发商支付违约金的条款。

3、由于贷款银行往往会要求开发商在买受人办好房产证前为按揭贷款提供保证或保证金，故应在合同中约定买受人不及时办理房屋产权证时应承担的违约责任。

2.4.5.5 交付期限

1、律师应当提示开发商，合同应明确约定，以建设方、设计方、勘察方、施工方、监理方等五方验收合格为交付条件。

2、律师应当提醒开发商，应在施工合同中与施工方约定，逐套验收房屋，而不是抽查验收。

3、合同第八条第二款为可以延期交房的条件，律师应当提示开发商，由于某种原因中国各级政府及政府部分比较强势，往往会干预商品房的建设、销售活动，所以一定要在合同条款中加“因政府原因导致的停工属于可能逾期交房的买卖条件”之类的内容。另外，合同应明确约定，逾期竣工以后再出现法定或约定的免责事由的，可以免责。

2.4.5.6 开发商逾期交房的违约责任

开发商应在合同中对逾期交房约定较轻的违约责任。

2.4.5.7 规划、设计变更的处理

律师应提示开发商，房地产开发企业应当按照批准的规划、设计建设商品房，如有变化，应及时通知买受人及早处理。

经规划部门批准的规划变更、设计单位同意的设计变更导致商品房的结构型式、户型、空间尺寸、朝向变化，以及出现合同当事人约定的其他影响商品房质量或者使用功能情形的，房地产开发企业应当在变更确立之日起 10 日内，书面通知买受人。

买受人有权在通知到达之日起 15 日内做出是否退房的书面答复。买受人在通知到达之日起 15 日内未作书面答复的，视同接受规划、设计变更以及由此引起的房价款的变更。房地产开发企业未在规定时间内通知买受人的，买受人有权退房；买受人退房的，由开发商承担违约责任。

2.4.5.8 关于装饰、设备的标准

律师应当提示开发商，合同的附件三中的装饰标准具有合同效力，不可随意承诺，有些不重要的项目如门卫房之类，不应写入合同

律师应提示开发商，如希望在装饰、设备出现与合同约定不一致时不按差价部分的双倍赔偿，则应在合同中予以明确约定。

2.4.5.9 关于基础设施、公共配套建设的正常运行

律师应当提示开发商，尽量减少这方面约定的内容，有些不重要的配套设施和如门卫房可不列入。

律师应提示开发商，由于上述设施价值较商品房低得多，对不能按时交付或投入使用的违约责任不应与逾期交房的违约责任一致，可以约定“按未能交付或投入使用的基础设施和公共配套的价值的一定比例向全体业主支付违约金。按业主占有的面积或购房款的价值分配。”

2.4.5.10 关于产权登记

1、律师应提示开发商注意，由于办理房屋产权登记备案资料所需的手续需经近十个行政机关批准，故时间不能太短，应在合同中约定至少两年以上

2、律师应提示开发商注意，不能按时办证与不能按时交房的后果不完全一样，故应在合同中约定如因开发商责任导致买受人无法按时取得房屋产权证明的违约金应比无法按期交房的违约金比例应更少一些。

2.4.5.11 关于合同附件与补充协议

合同附件与补充协议，即使不交付备案也属有效的法律文件，因此，律师应当提示开发商，可将合同重复放在合同附件与补充协议中。

2.4.5.12 对开发商违反诚信原则的惩罚

律师应提示开发商，出现下列五种情形并导致合同无效或被撤销、解除的，买受人可请求返还购房款及利息、赔偿损失，并可请求开发商承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。：

律师应提示开发商，出现下列五种情形并导致合同无效或被撤销、解除的，买受人可请求返还购房款及利息、赔偿损失，并可请求开发商承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。：

1、开发商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；

1、开发商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；

2、开发商故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；

2、开发商故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；

3、开发商故意隐瞒所售房屋已经出售给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实；

3、开发商故意隐瞒所售房屋已经出售给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实；

4、商品房买卖合同订立后，开发商未告知买受人又将该房屋抵押给第三人的；

4、商品房买卖合同订立后，开发商未告知买受人又将该房屋抵押给第三人的；

5、商品房买卖合同订立后，开发商又将该房屋出卖给第三人者的。

5、商品房买卖合同订立后，开发商又将该房屋出卖给第三人者的。

因此，开发商不可实施上述行为。出现如因客观情况无法避免上述情况，则应在实施上述行为可向买受人书面明示。

第六节 商品房代理销售和包销

2.4.6.1 商品房的代理销售

律师应提示开发商，委托中介服务机构销售商品房的，受托机构应当是依法设立并取得工商营业执照的房地产中介服务机构。开发商应当与受托房地产中介服务机构订立书面委托合同，委托合同应当载明委托期限、委托权限以及委托人和被委托人的权利、义务。买受人有权查阅开发商出具给代理销售机构的授权委托书。

2.4.6.2 商品房的包销

律师应提示开发商，可与他人（包销人）订立商品房包销合同，约定开发商将其开发建设的房屋交由包销人以开发商的名义销售，包销期满未销售的房屋，由包销人按照合同约定的包销价格购买。包销人可以高于包销合同约定的价格向购房人出售包销的商品房。

但是，开发商未经包销人同意，不应自行销售已经约定由包销人包销的房屋。

在包销关系中，如果开发商、包销人和买受人对各自的权利义务没有明确约定或约定不清的，买受人与开发商发生商品房买卖合同纠纷，包销人为诉讼参加人。

包销人不具备房地产开发经营资质或商品房中介、经纪资质，不应影响包销合同的效力。

第七节 购房贷款

2.4.7.1 商品房买卖贷款协议、担保协议和/或保险合同

购买住房会涉及住房公积金个人购房贷款协议、或商业性个人住房贷款协议，公积金贷款还要签署个人住房置业贷款担保协议，商业贷款银行会要求进行投保，需与保险公司签署保险合同。

购买非住宅商品房只能以商业贷款的形式办理贷款并以商品房作抵押，同样也要签署保险合同。

2.4.7.2 非居住房屋贷款

非居住房屋只能申请银行商业贷款，具体贷款条件、金额、期限、利率可与具体贷款银行谈判确定。

第八节 商品房的交付使用及其质量保证

2.4.8.1 商品房交付使用的定义

律师应提示开发商，商品房的交付由物的交付和权利的交付组成。物的交付即对房屋的转移占有，权利的交付即房地产权利的转移登记。如果当事人没有另外约定，物的交付即房屋的转移占有，视为房屋的交付使用。交付的后果是：房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

2.4.8.2 商品房的交付要求

律师应提示开发商，应当按照合同约定，竣工验收合格的商品房按期交付给买受人。未能按期交付的，开发商应当承担违约责任。因不可抗力或者当事人在合同中的约定的其他原因，需延期交付的，开发商应当及时告知买受人。

开发商销售商品房时设置样板房的，实际交付的商品房应当与样板房一致。

2.4.8.3 交付时应提供的文件

销售商品住宅时，开发商应当根据《商品住宅实行质量保证书和住宅使用说明书制度的规定》（以下简称规定），向买受人提供《住宅质量保证书》、《住宅使用说明书》。买受人还可要求开发商提供实测面积的有关资料。

《住宅质量保证书》应当包括以下内容：

- 1、工程质量监督部门核验的质量等级。
- 2、基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；
- 3、屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，保修期为5年；供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为2年。

4、用户报修的单位答复和处理的时限。

《住宅使用说明书》应当对住宅的结构、性能和各部位（部件）的类型、性能标准等做出说明，并提出使用注意事项，一般应包括以下内容：

- 1、开发单位、设计单位、施工单位，委托监理的应注明监理单位。
- 2、结构类型。
- 3、装修、装饰注意事项。
- 4、上水、下水、电、燃气、热力、通讯、消防等设施配置的说明。
- 5、有关设备、设施安装预留位置的说明和安装注意事项。
- 6、门、窗类型，使用注意事项。
- 7、配电负荷。
- 8、承重墙、保留墙、防水层、阳台等部位注意事项的说明。
- 9、其他应说明的问题。

2.4.8.4 商品房的保修责任

律师应提示开发商，应当对所售商品房承担质量保修责任。当事人应当在合同中就保修范围、保修期限、保修责任等内容做出约定。保修期从交付之日或通知的交付日期起计算。商品住宅的保修期限应与国家有关规定一致。

在保修期限内发生的属于保修范围的质量问题，开发商应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。商品住宅委托物业管理公司等单位维修的，应在《住宅质量保证书》中明示所委托的单位。因不可抗力或者使用不当造成的损坏，开发商不承担责任。

2.4.8.5 商品房质量与合同解除

律师应提示开发商，商品房交付使用后，买受人认为主体结构不合格的并经合法程序确认的，有权要求退房；因此给买受人造成损失的，开发商应当依法承担赔偿责任。

因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人也可要求解除合同和赔偿损失。

开发商承担责任的，可以要求施工单位承担相应的责任。

第九节 住房专项维修基金

2.4.9.1 首期维修基金的交纳

由于新建商品房首期维修基金的交纳方式各地的规定有差异，律师应提示开发商，如当地规定开发商也应交纳首期维修基金的，开发商应当交纳。开发商也是业主的，应承担业主的义务。

维修基金的交纳标准，各地规定有差异，律师应熟悉了解。

2.4.9.2 维修基金专户的开立

律师应提示开发商，维修基金应开立专户，应当以一个物业管理区域为单位，按每幢住宅立帐，并分列每套住宅单元的分户帐；一幢住宅有两个或者两个以上门号的，按门号立帐，并分列每套住宅单元的分户帐。

业主委员会成立前，维修基金由物业所在地的区、县房地产管理部门代为监管，本息归业主所有，任何单位和个人不得使用。

业主委员会成立前发生的物业维修、更新，不得使用维修基金，其费用由开发商承担。

2.4.9.3 首期维修基金的交纳时限

律师应提示开发商，新建商品住宅的开发商和业主应当按照下列规定的时限交纳首期维修基金：

1、开发商应当在办理新建商品住宅所有权初始登记前将该新建商品住宅的维修基金存入专户银行。

2、买受人应当在办理房地产权变更登记前将所购商品住宅的维修基金存入专户银行。

第十节 商品房买卖转移登记和权证办理

2.4.10.1 商品房买卖转移登记

商品房买卖转移登记的申请人是买卖合同的双方当事人

2.4.10.2 预售登记

预购商品房的预售登记又称为预售备案或预售备案登记，申请人应是商品房预售合同的双方当事人。

2.4.10.3 房地产权证（小产证）的办理时限

律师应提示开发商，除合同有特殊约定外，由于出卖人的原因导致买受人在下列期限届满未能取得房屋权属证书的，出卖人应当承担违约责任：

1、商品房买卖合同约定的办理房屋所有权登记的期限；

2、商品房买卖合同的标的物为尚未建成房屋的，自房屋交付使用之日起 90 天；

3、商品房买卖合同的标的物为已竣工房屋的，自合同订立之日起 90 天。

合同没有约定违约金或者损失数额难以确定的，可以按照已付房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。

商品房买卖合同约定或者《城市房地产开发经营管理条例》第三十三条规定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过一年，由于开发商的原因，导致买受人无法办理房屋所有权登记，买受人有权要求解除登记合同并要求赔偿损失。

第十一节 特别事项

2.4.11.1 违约金

律师应当提醒开发商，违约金对合同双方都有约束力，由于开发商违约的要向全体买受人承担责任，而一个买受人违约不等于所有买受人违约。因此，在合同中应当尽量减轻违约责任，如约定较低的违约金。

2.4.11.2 通知

1、律师应当提醒开发商，由于买受人的联系方式较易发生变化，为便于发送通知，应当在签订合同时要求买受人尽量多留联系方式，包括但不限于固定电话、手提电话、电子邮件、住址、传真。

2、应在合同中约定，开发商可以在某种报刊上以刊登广告的方式向买受人发送通知。

3、应在合同中约定，如买受人变更所有的联系方式或不通知开发商的，开发商按原住址发送信函即视为已经送达通知。

4、开发商向买受人送的通知应当采用书面形式。

2.4.11.3 天面、花园及其他公共设施

1、天面、公寓小区的土地及其他公共设施均属全体业主共同所有或共同拥有使用权，开发商不应单独卖给某个业主。

2.4.11.4 停车场和会所

1、律师应当提示开发商，应在合同中约定停车场和会所的所有权。

第三编 二手房买卖

第一章 一般规定

3.1.1 目的和依据

为依法维护二手房买卖双方当事人、第三人的合法权益，提高律师承办二手房买卖业务服务质量，依据《城市房地产管理法》、《城市私有房屋管理条例》、《城市房地产转让管理规定》及其他有关规定，制定本编供本市律师办理二手房买卖业务作参考。

3.1.2 定义

二手房，是指已经取得政府房地产行政管理部门颁发的房屋所有权属证明（小产权证），可在住房二级市场上进行交易，卖房人拥有完全处置权利的各类房产。

3.1.3 适用范围

本章适用于中华人民共和国境内外自然人、企事业单位和其他组织之间的二手房买卖。

第二章 律师办理为买方购买二手房提供法律服务的业务

第一节 对二手房的调查与审核

3.2.1.1 律师为买方办理购买二手房提供法律服务业务，首先应当告知买方，在购买二手房前应当进行调查，调查内容主要为房屋权属调查，包括：

1、房屋是否已经领取产权证。根据我国法律规定，未领取房屋产权证的二手房是禁止流通的。

2、房屋产权证的内容与房屋登记机关的存档文件记载的内容是否一致。

3、卖方是否是房屋产权证上载明的所有权人，如不是，则无权卖房。

4、房屋是否有其他共有人，如有，共有人有优先购买权，因此，在签订买卖合同前应当首先征得其他共有人的同意。

5、房屋是否已经出租，如已出租，承租人有优先购买权，应先征得承租人的同意。

6、如系已经出租房屋，房屋所有权转移后不影响原租赁合同的效力，新的房屋所有权人应当继续履行原租赁合同。

7、房屋有无设置抵押等他项权利，如有，应当首先取得他项权利人的同意。

8、凡需在签订买卖合同前征得他人同意的，该同意的意思表示应为书面形式。

9、审查二手房有无下列禁止买卖情形：

(1) 司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他方式限制二手房权利的；

(2) 已被国家有关机关依法收回土地使用权的；

(3) 权属有争议的；

(4) 未依法登记领取权属证书的；

(5) 列入动拆迁范围的；

(6) 法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

10、对土地使用权状况进行调查

(1) 调查拟购买的二手房是否取得土地使用权属证书。

(2) 调查拟购买的商品房利用的土地使用年限。

(3) 购买带有花园的别墅时，调查花园是否取得土地使用权。

3.2.1.2 有无对买方的限制

对境外人士在中国购买房产的限制

律师要提示委托人，出于国家安全和军事安全、经济调控政策的考虑，境外人士在中国购房有时是受限制的，律师可向房屋所在地有关政府部门进行调查。

3.2.1.3 对卖方的特别调查

1、二手房属于有限责任公司、股份有限公司的，律师应当审查公司董事会、股东会审议同意的书面文件。

2、二手房属于国有或集体资产的，律师应当审查政府主管部门的批准文件。

3.2.1.4 律师要合理提示委托人买卖的房屋应能保持正常使用功能

为保证委托人的合法权益，律师要提供委托人其所购买的商品房应保持正常使用功能，超过合理使用年限后若继续使用的，产权人应当委托具有相应资质等级的勘察、设计单位鉴定。

第二节 二手房买卖合同

3.2.2.1 合同内容

二手房买卖，应当订立书面形式的房地产买卖合同，有示范文本的省市，可以使用示范文本。对于自拟合同，合同应具备以下主要内容：

- (1) 买卖当事人的姓名或者名称、住所；
- (2) 二手房的坐落地点、面积、四至范围；
- (3) 土地所有权性质、土地使用权获得方式和使用期限；是否需补交土地出让金，由哪一方补交。
- (4) 二手房的规划使用性质；
- (5) 房屋的平面布局、结构、建筑质量、装饰标准以及附属设施、配套设施等状况；
- (6) 二手房买卖的价格、支付方式和期限；
- (7) 二手房的交付和验收的日期、交付方式；
- (8) 住房户口迁移；
- (9) 维修基金的处理；
- (10) 违约责任；
- (11) 争议的解决方式；
- (12) 买卖当事人约定的其他事项。

3.2.2.2 二手房买卖后的土地使用权

(1) 居住房屋

居住房屋出售，占用范围内的国有土地使用权随之转移，土地使用年限应在合同中如实约定。

未补交土地出让金的花园住宅出售时，应向市或区县房地局办理国有土地使用权出让手续，补交出让金。

(2) 非居住房屋

该土地使用权以出让方式取得的，出售时占用范围内的国有土地使用权随之转移，土地使用年限应在合同中如实约定。

按照法律、法规、规章规定，划拨土地上房地产买卖，应办理土地使用权出让手续，按规定缴纳土地使用权出让金。

除上述情况外，《中华人民共和国土地管理法》规定了国有土地租赁和土地使用权作价入股等其他土地有偿使用形式，属此范围的，当事人应在合同中具体约定。

(3) 凡属需补交土地出让金的情形，买卖双方应当协商并确定由哪一方承担补交土地出让金的责任。

3.2.2.3 集体所有土地上房屋的买卖对象限制

律师应合理提示买方：集体所有土地上的居住房屋未经依法征用，只能出售给房屋所在地乡（镇）范围内具备居住房屋建设申请条件的个人。非居住房屋只能出售给房屋所在地乡（镇）范围内的集体经济组织或者个体经营者。

3.2.2.4 维修基金的交割

律师应合理提示买方：房地产买卖合同生效后，当事人应将房地产转让情况书面告知业主管理委员会和物业管理单位，并办理房屋维修基金户名的变更手续。

第三节 二手房买卖抵押贷款

3.2.3.1 审核贷款、抵押协议

二手房买方如果要申请购房贷款，接受买受人委托的律师应协助买方审核有关贷款条件和文件、签署有关住房公积金贷款、商业贷款或组合贷款协议、抵押协议。

3.2.3.2 审核担保、保险协议

贷款银行一般均要求买方提供公积金贷款住房贷款置业担保公司担保和商业贷款的保险公司保险。买方的律师应协助买受人审核有关文件，指导买方签署担保协议、保险协议，根据有关规定核对担保费、保险费。

3.2.3.3 公积金贷款的限制

申请住房公积金贷款，律师应提示：借款人（买方）购买的房屋仅限于本市国有土地上具有所有权的住房，并应当用于本人家庭自住。

3.2.3.4 非住宅房屋贷款

非居住房屋只能申请银行商业贷款，具体贷款条件、金额、期限、利率可与具体贷款银行谈判确定。

3.2.3.5 二手房买方存在房屋已抵押贷款的情况的处理

(1) 卖方已全部还清贷款并注销抵押登记的或没有贷款抵押的，买方可直接申请贷款。

(2) 如卖方未全部还清贷款且尚有抵押登记的，则建议购房人可采用转按揭或先全额还清贷款注销抵押登记后重新申请贷款。转按揭贷款的一般流程为：

- a、买卖双方签订《二手房买卖合同》；
- b、确定贷款银行；
- c、提交买卖合同及其它贷款资料交银行审核；
- d、同意贷款后与转让方及原贷款银行签订抵押借款合同变更协议、卖方退房屋保险费、买方重新购买房屋保险；
- e、办理房屋过户、抵押登记手续。

第四节 二手房买卖的监管

3.2.4.1 保证交易安全的方法

为保障交易的安全性，特别是作为买方的律师，可建议买方将房款委托律师事务所、房地产交易中心、银行监管或向公证处提存。待房地产权证过户至买方名下后再行支付给卖方。

3.2.4.2 委托监管的操作

买卖双方在签署房地产买卖合同后，可将购房款和产权证交由监管方统一管理，待产权转移登记完成即买方产权证出证后，再由监管方通知买卖双方同时领证、领款。其流程一般为：

- (1) 监管方与买卖双方签订《监管协议》；
- (2) 监管方收取资料：单位营业执照、法定代表人身份证明或当事人身份证明（均需原件及复印件）；申请产权登记的收件收据或产权证（均需原件）；买卖合同（原件）；
- (3) 办理产权过户或/和抵押手续；买方房款划到监管帐户；
- (4) 房地产交易中心出具房屋产权证；
- (5) 通知买卖双方领证、领款；

三方办理交接、领证、领款、结案。

第五节 二手房买卖转移（过户）登记

3.2.5.1 未登记不得对抗第三人

律师应特别提示买方，其二手房买卖未经房地产登记机构转移登记，不得对抗第三人。为防止卖方一房多售等非法行为侵害买受人，应及时办理转移登记。

3.2.5.2 登记应提交的材料

申请房屋产权转移登记，应当提交以下文件：

- (一) 申请人的身份证明；
- (二) 房地产权属来源证明或者权利证书；
- (三) 房地产转移、转让、变更或者设定他项权的协议书、合同书或者批准文件；
- (四) 缴纳房地产税的证明。

上述合同一方当事人属于下列情形之一的，合同需公证：A、外国人；B、华侨，包括居住在境外，持有中国护照、无国内身份证明者；C、港澳台地区居民；D、在外国或港澳台地区登记、注册的法人及其他组织。

3.2.5.3 登记的审核时限和权证的领取

律师应告知当事人：按规定登记机构应当自受理房地产转移登记申请之日起二十日内完成审核。符合规定条件的，应当将转移事项记载于房地产登记册，并通知房地产权利人领取《房地产权证书》；不符合规定条件的，不予登记，并书面告知申请人。

领证时权利人（或代理人）需携带身份证件（原件）和已缴手续费、登记费、印花税收据及受理时的收件收据（原件），仔细核对《房地产权证》及《登记证明》。

3.2.5.4 律师代办登记

律师代办二手房买卖转移登记手续，要取得并向房地产登记机构出具当事人的委托书。如果房地产权利人为自然人，按有关规定委托书还需公证。律师要认真审核上述材料是否齐全、真实，并在买卖合同签署后15日内及时办理。律师对原件要妥善保管，办理完毕要及时归还当事人，以免丢失承担责任。

第三章 律师办理为卖方出售二手房提供法律服务的业务

第一节 对二手房是否符合出售条件的调查与审核

3.3.1.1 律师为卖方办理出售二手房提供法律服务业务，首先应当告知卖方，在出售二手房前应当确定该二手房是否具备出售的法定条件，主要包括下列事项：

1、房屋是否已经领取产权证。根据我国法律规定，未领取房屋产权证的二手房是禁止流通的。

2、房屋产权证的内容与房屋登记机关的存档文件记载的内容是否一致。

3、卖方是否是房屋产权证上载明的所有权人，如不是，则无权卖房。

4、房屋是否有其他共有人，如有，共有人有优先购买权，因此，在签订买卖合同前应当首先征得其他共有人的同意。

5、房屋是否已经出租，如已出租，承租人有优先购买权，应先征得承租人的同意。

6、房屋有无设置抵押等他项权利，如有，应当首先取得他项权利人的同意。

7、凡需在签订买卖合同前征得他人同意的，该同意的意思表示应为书面形式。

8、审查二手房有无下列禁止买卖情形：

(1) 司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他方式限制二手房权利的；

(2) 已被国家有关机关依法收回土地使用权的；

(3) 权属有争议的；

(4) 未依法登记领取权属证书的；

(5) 列入动拆迁范围的；

(6) 法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

9、二手房属于有限责任公司、股份有限公司的，律师提示卖方应当经公司董事会、股东会审议同意。

10、二手房属于国有或集体资产的，律师应当提示卖方，应得到政府主管部门的同意。

3.3.1.2 有无对买方的限制
对境外人士在中国购买房产的限制

律师要提示委托人，出于国家安全和军事安全、经济调控政策的考虑，境外人士在中国购房有时是受限制的，律师可向房屋所在地有关政府部门进行调查。

第二节 二手房买卖合同

3.3.2.1 合同内容

二手房买卖，应当订立书面形式的房地产买卖合同，有示范文本的省市，可以使用示范文本。对于自拟合同，合同应具备以下主要内容：

- (1) 买卖当事人的姓名或者名称、住所；
- (2) 二手房的坐落地点、面积、四至范围；
- (3) 土地所有权性质、土地使用权获得方式和使用期限；是否需补交土地出让金，由哪一方补交。
- (4) 二手房的规划使用性质；
- (5) 房屋的平面布局、结构、建筑质量、装饰标准以及附属设施、配套设施等状况；
- (6) 二手房买卖的价格、支付方式和期限；
- (7) 二手房的交付和验收的日期、交付方式；
- (8) 住房户口迁移；
- (9) 维修基金的处理；
- (10) 违约责任；
- (11) 争议的解决方式；
- (12) 买卖当事人约定的其他事项。

3.3.2.2 二手房买卖后的土地使用权

(1) 居住房屋

居住房屋出售，占用范围内的国有土地使用权随之转移。

未补交土地出让金的花园住宅出售时，应向市或区县房地局办理国有土地使用权出让手续，补交出让金。

(2) 非居住房屋

该土地使用权以出让方式取得的，出售时占用范围内的国有土地使用权随之转移。

按照法律、法规、规章规定，划拨土地上房地产买卖，应办理土地使用权出让手续，按规定缴纳土地使用权出让金。

除上述情况外，《中华人民共和国土地管理法》规定了国有土地租赁和土地使用权作价入股等其他土地有偿使用形式，属此范围的，当事人应在合同中具体约定。

(3) 凡属需补交土地出让金的情形，买卖双方应当协商并确定由哪一方承担补交土地出让金的责任。

3.3.2.3 集体所有土地上房屋的买卖对象限制

律师应合理提示买方：集体所有土地上的居住房屋未经依法征用，只能出售给房屋所在地乡（镇）范围内具备居住房屋建设申请条件的个人。非居住房屋只能出售给房屋所在地乡（镇）范围内的集体经济组织或者个体经营者。

3.3.2.4 维修基金的交割

律师应合理提示卖方：房地产买卖合同生效后，当事人应将房地产转让情况书面告知业主管理委员会和物业管理单位，并办理房屋维修基金户名的变更手续。

第三节 购房款的支付

3.3.3.1 一次性付款

律师应提示卖方，一次性付款风险最小，应尽量采用这种付款方式。

3.3.3.2 分期付款的方式

采取分期付款的方式，对卖方而言风险较大，律师应提醒卖方，采取分期付款时，应尽量要求买方将转让的房屋抵押给卖方，尽量不采用将转让房屋交由买方抵押贷款支付购房款的方式，但如采用此种方式，买方则应另行向卖方提供担保，以减少买方的风险。

第四节 二手房买卖抵押贷款

3.3.4.1 买方要求用拟转让的房屋抵押贷款购买房屋的

这种情况对卖方有风险，律师应提醒卖方，尽量不采用这种付款方式，如采用，则应要求买方另行提供担保。

3.3.4.2 二手房买方存在房屋已抵押贷款的情况的处理

如买方未全部还清贷款且尚有抵押登记的，可以采用转按揭或先全额还清贷款注销抵押登记后重新申请贷款的方式。转按揭贷款的一般流程为：

- a、买卖双方签订《二手房买卖合同》；
- b、确定买方的贷款银行；
- c、提交买卖合同及其它贷款资料交银行审核；
- d、同意贷款后与转让方及原贷款银行签订抵押借款合同变更协议、卖方退房屋保险费、买方重新购买房屋保险；
- e、办理房屋过户、抵押登记手续。

第五节 二手房买卖的监管

3.3.5.1 保证交易安全的方法

为保障交易的安全性，买方往往会将购房款委托双方选定的鉴管机构代为支付，律师应提醒卖方尽量选择律师事务所、房地产交易中心、银行进行监管或向公证处提存。尽量不要选择房屋买卖中介机构代收代付购房款。

3.3.5.2 委托监管的操作

买卖双方在签署房地产买卖合同后，可将购房款和产权证交由监管方统一管理，待产权转移登记完成即买方产权证出证后，再由监管方通知买卖双方同时领证、领款。其流程一般为：

- (1) 监管方与买卖双方签订《监管协议》；
- (2) 监管方收取资料：单位营业执照、法定代表人身份证明或当事人身份证明（均需原件及复印件）；申请产权登记的收件收据或产权证（均需原件）；买卖合同（原件）；
- (3) 办理产权过户或/和抵押手续；买方房款划到监管帐户；
- (4) 房地产交易中心出具房屋产权证；
- (5) 通知买卖双方领证、领款；

三方办理交接、领证、领款、结案。

第六节 二手房买卖转移（过户）登记

3.3.6.1 未登记不得对抗第三人

律师应特别提示卖方，二手房买卖未经房地产登记机构转移登记，不得对抗第三人，配合买方办理房屋产权转移登记是卖方的合同义务，应当积极配合买方办理该项手续。

3.3.6.2 律师代办登记

律师代办二手房买卖转移登记手续，要取得并向房地产登记机构出具当事人的委托书。如果房地产权利人为自然人，按有关规定委托书还需公证。律师要认真审核上述材料是否齐全、真实，并在买卖合同签署后 15 日内及时办理。律师对原件要妥善保管，办理完毕要及时归还当事人，以免丢失承担责任。

第四章 律师为有房地产中介服务机构介入的二手房买卖提供法律服务的义务

3.4.1 概念界定

房地产中介服务，是指房地产咨询、房地产价格评估、房地产经纪等活动的总称。

房地产咨询，是指为房地产活动当事人提供法律法规、政策、信息、技术等方面服务的经营活动。

房地产价格评估，是指对房地产进行测算，评定其经济价值和价格的经营活动。

房地产经纪，是指向进行房地产的开发、转让、抵押、租赁的当事人（以下简称当事人）有偿提供居间介绍、代理等服务的营业性活动。但国有土地使用权出让的经纪活动除外。

房地产咨询人员，指具有与房地产咨询业务相关的初级以上专业技术职称并取得考试合格证书的专业技术人员。

房地产价格评估人员，分房地产估价师和房地产估价员。房地估价师是经国家统一考试、执业资格认证，取得《房地产估价师执业资格证书》，并经注册登记取得《房地产估价师注册证》的人员；房地产估价员是经过考试并取得《房地产估价员岗位合格证》的人员。

房地产经纪人，是指具备经纪人条件（经过考试、注册并取得《房地产经纪人资格证》）、经工商行政管理部门核准登记并领取营业执照从事房地产经纪活动的组织和个人。

3.4.2 房地产经纪公司和经纪人资格的审查

在二手房中介服务中, 律师要提示委托人(无论委托人是买方或卖方, 下同), 注意审查经纪公司及其执业经纪人的资格证书: 对经纪公司要查验工商行政管理机关颁发的《营业执照》和在房地产管理部门办理备案手续的证明; 对执业经纪人要查验市工商局颁发的《经纪执业证书》和在房地产管理部门办理注记手续的证明; 同时, 要核验《经纪执业证书》和《营业执照》上经纪公司的名称是否一致。没有备案、注记的房地产经纪组织和执业经纪人代理的业务, 房地产交易中心将不予受理。

3.4.3 房地产经纪人的执业程序

在目前二手房买卖中介服务中, 问题最多的是房地产经纪业务。律师要提示委托人注意经纪人的执业程序。房地产经纪人和经纪人员应当按照下列程序执业:

(1) 向委托人出示《房地产经纪人员资格证》, 校验委托方提供的有关文件资料;

(2) 从事需要签订房地产经纪合同的业务项目, 应参照市房地局、市工商局制定的示范合同文本, 与委托人签订房地产经纪合同;

(3) 房地产经纪合同签订后, 按政府有关规定向市或区、县房地产交易管理部门备案;

(4) 履行合同期间, 向当事人各方如实、及时报告约定机会和交易情况;

(5) 记录经纪业务交易情况, 妥善保存有关资料;

(6) 按合同规定收取服务费, 开具统一发票。律师还应提示委托人, 不应委托中介机构代收代付购房款。

3.4.4 房地产经纪中的禁止行为

律师应提示委托人, 房地产经纪人和经纪人员在执业中禁止有下列行为:

无照经营、超越其核准的经纪业务范围和非法异地经营;

隐瞒非商业秘密的有关经纪活动的重要事项;

弄虚作假, 提供不实的信息, 或签订虚假合同;

采取引诱胁迫、欺诈、贿赂和恶意串通等手段, 招揽业务或促成交易;

伪造、涂改、转让《房地产经纪人员资格证》或允许他人利用自己名义从事房地产经纪业务；

利用已经签订的房地产经纪合同，或他人掌握的经营信息，采取不正当手段，转移业务，背弃合作，侵吞劳动成果，或损害委托人利益；

房地产开发经营企业的房地产经纪机构和人员，从事本公司开发建设的房地产经纪业务；

房地产经纪人员同时在两个以上房地产经纪组织内兼职；

索取或收受委托合同规定以外的酬金或其他财物，包括房地产经纪组织以包销的名义，隐瞒委托人的实际出卖价格和第三方进行交易，获取佣金以外的报酬；房地产经纪组织及其从业人员利用执业便利，在委托的客户之间，通过压低卖出价格，自行收购，再抬高价格出卖给购房者，牟取不当利益；

从事成套独用居住房屋使用权买卖经纪活动；

法律、法规禁止的其他行为。

3.4.5 房地产中介的收费

律师应提示委托人，住宅二手房买卖，其经纪服务收费有些省市有指导价，但对于非住宅二手房买卖，服务费是由双方议定。

3.4.6 中介服务公司买卖合同中的签章

为保障买卖双方当事人权益，防范违规的房地产中介对当事人权益的侵害，律师应提示当事人：凡委托具有房地产经纪资格的专业公司提供代理、居间介绍等服务的，受托居间介绍、代理的房地产经纪公司应在合同中标明名称、地址、电话和房地产执业经纪人的姓名、执业证书号码并签字盖章。

3.4.7 房地产中介服务合同应当包括下列主要内容：

当事人姓名或者名称、住所；

中介服务项目的名称、内容、要求和标准；

合同履行期限；

收费金额和支付方式、时间；

违约责任和纠纷解决方式；

当事人约定的其它内容。

第四编 房产抵押

第一章 一般规定

4.1.1.1 目的和依据

为依法维护债权人、债务人和担保人的合法权益，提高律师承办房产抵押担保法律业务的服务质量，依据《中华人民共和国城市房地产管理法》、《中华人民共和国担保法》及相关司法解释、《城市房地产抵押管理办法》及其他有关规定，制定本编供律师办理房屋抵押担保法律业务作参考。

4.1.1.2 概念界定

本编所称房屋抵押，是指抵押人以其拥有所有权的房屋以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，抵押权人（债权人）有权依法以抵押的房屋折价或以拍卖变卖抵押房屋所得的价款优先受偿。

抵押人，是指将自己拥有的所有权的房屋提供给抵押权人（债权人），作为本人或者第三人履行债务的担保的公民、法人或者其他组织。

抵押权人，是指接受房地产抵押作为债务人履行债务担保的债权人（包括公民、法人或者其他组织）。

最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第二章 律师为债权人接受房产抵押提供法律服务

第一节 对抵押房屋的调查与审核

4.2.1.1 对抵押人的主体审查

律师接受债权人的委托办理房屋抵押法律业务时，应当审查抵押人的主体情况、资料和证明文件：

（1）作为抵押人的自然人必须具有完全行为能力，无行为能力和限制行为能力的，不能成为抵押人；自然人抵押的应当审查其户口证明和身份证明；

（2）企事业单位和其他组织则必须经合法注册存在，企事业单位和其他组织抵押的，应审查抵押人的营业执照、政府登记证明和年检合格凭

证；抵押人是企事业单位的，还应审查《章程》、《法定代表人证明》、《税务登记证明》副本及其代理人的《授权委托书》；

(3) 类似的抵押权人的有关身份证明文件。

4.2.1.2 抵押房屋的权属审查

抵押权人的律师应提示或协助债权人审查下列内容：

(1) 房屋的房地产权证及相关文件、抵押房屋的基本资料和清单，包括：抵押房屋的处所、名称、状况、建筑面积、用地面积以及四至等；

(2) 以共有房屋为抵押物的，应提供抵押人对共有房屋占有份额的证明，及其他共有人同意以该房屋设定抵押的证明；

(3) 以已设定抵押权的房屋再次抵押的，注意该房屋价值与已担保债权的余额是否足以担保本次债权，并提示债权人清偿顺序居后的风险；

(4) 以享受国家优惠政策购买的房屋抵押的，其抵押额以房产权利人可以处分和收益的份额比例为限；

(5) 国有企业、事业单位法人以国家授予其经营管理的房地产抵押的，应当符合国有资产管理的有关规定；

(6) 以集体所有制企业的房产抵押的，必须经集体所有制企业职工（代表）大会通过，并报其上级主管机关备案；

(7) 以中外合资企业、合作经营企业和外商独资企业的房产抵押的，必须经董事会通过，但企业章程另有规定的除外；

(8) 以有限责任公司、股份有限公司的房产抵押的，必须经董事会或者股东大会通过，但企业章程另有规定的除外；

(9) 有经营期限的企业以其所有的房产设定抵押的，所担保债务的履行期限不应当超过该企业的经营期限；

(10) 以具有土地使用年限的房产设定抵押的，所担保债务的履行期限不得超过土地使用权出让合同规定的使用年限减去已经使用年限后的剩余年限；

(11) 预购商品房抵押的，应当取得商品房预售许可证并符合国家和当地关于商品房预售管理规定的其他规定；

(12) 承包经营企业的商品房抵押，应提交发包人权力部门审议同意的书面文件；

(13) 以已出租的房地产抵押的，审查抵押人有无将租赁情况告知抵押权人，并将抵押情况告知承租人。

4.2.1.3 律师须审查所涉商品房有无下列不得设定抵押的情形：

权属不明或者有争议的房地产；

用于教育、医疗、市政等公共福利事业的房地产，即学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

列入文物保护的建筑物和有重要纪念意义的其他建筑物；

依法列入城市房屋拆迁范围或者集体所有土地征用范围的房屋、土地使用权；

被依法查封、扣押、监管或者以其他形式限制的房地产；

政府代管的房地产；

依法不得抵押的其他房地产（如违章建筑等）。

第二节 抵押合同

4.2.2.1 抵押合同的形式

商品房抵押，应当签订书面的抵押合同。抵押合同可以在主债权合同中订立抵押条款的方式签订，也可以单独签订。

4.2.2.2 抵押合同的主要内容

抵押合同应当包括以下内容：

- (一) 抵押人、抵押权人的名称或者个人姓名、住所；
- (二) 主债权的种类、数额；
- (三) 抵押房地产的处所、名称、状况、建筑面积、用地面积以及四至等；
- (四) 抵押房地产的价值；
- (五) 抵押房地产的占用管理人、占用管理方式、占用管理责任以及意外损毁、灭失的责任；
- (六) 债务人履行债务的期限；
- (七) 抵押权灭失的条件；
- (八) 违约责任；
- (九) 争议解决方式；

(十) 抵押合同订立的时间与地点；

(十一) 双方约定的其他事项。

以预购商品房贷款抵押的，应当将生效的预购房屋合同作为合同附件。

4.2.2.3 涉外商品房抵押的公证

抵押人和抵押权人一方为香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区和外国的自然人、法人或者其他组织的，应当经公证机构公证。

4.2.2.4 抵押合同的变更

抵押人和抵押权人协商一致，可以变更抵押合同，变更抵押合同，应当签定书面的抵押变更合同。

抵押商品房上存在两个以上抵押权的，需要变更抵押合同的抵押权人，必须征得所有后顺位抵押权人的同意。

4.2.2.5 抵押合同的终止

- (1) 抵押所担保的债务已经履行；
- (2) 抵押合同被解除；
- (3) 债权人免除债务；
- (4) 法律规定终止或者当事人约定终止的其他情形。

4.2.2.6 律师可提示委托人根据该商品房的地点、年限、建筑结构、民用及商用类型、实用性、担保期间与市场价格预测，以及易变现性和可流通性确定贷款抵押率（一般不超过市场价格的 70%），并据此与抵押人签订抵押合同。

4.2.2.7 抵押合同不得约定的事项

订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满而抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有，但法律没有明文限制在抵押权人未交清的事实发生后抵押权人可以和抵押人协商。

4.2.2.8 抵押商品房的保险

抵押当事人约定对抵押房地产保险的，由抵押人为抵押的房地产投保，保险费由抵押人负担。抵押房地产投保的，抵押人应当将保险单移送抵押权人保管。在抵押期间，抵押权人为保险赔偿的第一受益人。

4.2.2.9 权利凭证的保管

抵押权设定后，《房屋他项权证》（原件）和房屋的保险单凭证（正本）等由抵押权人或其委托指定的人保管，由抵押权人承担妥善保管责任。

4.2.2.10 特别提示

律师应当提示债权人，对房屋设定抵押的，连同抵押房屋所在的土地应当同时抵押。

第三节 抵押登记（他项权利登记）

4.2.3.1 抵押登记的效力

律师应当提示债权人，房屋抵押合同自签订之日起 30 日内，抵押当事人应当到房产所在地的房产登记处办理房地产抵押登记手续，房屋抵押合同自办理抵押物登记之日起生效。未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。

抵押合同发生变更的，应当依法变更抵押登记。抵押变更合同自变更抵押登记之日起生效。

4.2.3.2 恶意拒绝登记的责任

律师应当合理提示委托人，抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记，导致债权人受到损失的，抵押人应当承担赔偿责任。

4.2.3.3 登记日期与抵押顺序

律师应当合理地提示债权人，由于房产登记处的原因，致使商品房连续抵押登记的，第一次登记的日期为抵押登记的日期，并以此确定抵押担保债权的顺序。

4.2.3.4 抵押登记人的申请人和需提交的材料

根据建设部《城市房地产抵押管理办法》，办理房地产抵押登记，应当向登记机关交验下列文件：

- （一）抵押当事人的身份证明或法人资格证明；
- （二）抵押登记申请书；
- （三）抵押合同；
- （四）《国有土地使用权证》、《房屋所有权证》或《房地产权证》，共有的房屋还必须提交《房屋共有权证》和其他共有人同意抵押的证明；
- （五）可以证明抵押人有权设定抵押权的文件与证明材料；
- （六）可以证明抵押房地产价值的资料；

(七) 登记机关认为必要的其他文件。

登记机关应当对申请人的申请进行审核。凡权属清楚、证明材料齐全的，应当在受理登记之日起 7 日内决定是否予以登记，对不予登记的，应当书面通知申请人。

第四节 最高额抵押

4.2.4.1 以房屋设定最高额抵押

债权人和债务人可以房屋设定最高额抵押。设定最高额抵押权时，抵押人和抵押权人应当约定连续发生债权的期间、被担保债权的最高限额。

以最高额抵押担保的主债权合同，仅限于借款合同和就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同。

最高额抵押的主合同债权不得转让。

4.2.4.2 最高额债权特定后的处理

最高额抵押权所担保的不特定债权在特定后，债权已届清偿期限的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权

4.2.4.3 变更限额和期间的，清偿顺位后移

律师应当合理地提示委托人，同一房屋同时供作最高额抵押担保和另一债权担保，最高额抵押担保的最高限额和抵押期间变更的，视为原最高额抵押担保合同终止，抵押当事人另行缔结了新的最高额抵押担保合同。变更后的最高额抵押担保债权清偿顺位在后。

第五节 抵押的效力

4.2.5.1 房屋租赁与抵押的效力

律师应当提示债权人，已出租的商品房可以抵押，但实现抵押权（处分该房屋）时，承租人在同等条件下对该房屋有优先购买权；抵押权实现后，租赁合同在有效期限内对于商品房的受让人继续有效，即承租人仍可在租赁合同约定的租赁期限内继续占有、使用该房屋并从中收益，受让人除可向承租人收取租金外，不得妨害承租人的租赁权。

抵押后的房屋也可出租，但应当书面告知承租人该房屋已抵押的事实。已经抵押的房屋出租的，抵押权实现后，租赁合同对房屋受让人不具有约束力，即受让人可终止原租赁合同，承租人对该房屋不享有优先购买权、继续租赁权。抵押人未书面告知承租人抵押事实的，抵押权实现造成承租

人损失的，抵押人承担赔偿责任；如果书面告知承租人该房屋已经设定抵押，抵押权实现造成承租人损失的，由承租人自己承担。

房屋抵押权的效力，只对于被设定为抵押物的房屋本身有效，利息、租金等孳息不是抵押物。但当债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法查封的，自查封之日起抵押权人有权收取该抵押物的孳息。抵押权人未将查封抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。取得孳息的清偿顺序：（1）收取孳息的费用；（2）主债权的利息；（3）主债权。

4.2.5.2 附属物、从物、从权利与抵押权的效力

除法律、法规有禁止性规定的，或抵押当事人对房屋附属物、从物、从权利的移转有特别约定的，以折价、变卖、拍卖方式实现抵押担保债权时，附属物、从物、从权利随抵押物一并转移。

抵押权的效力通常及于抵押权设定时已经存在的房屋从物，而一般不及于抵押人以后取得的从物。

抵押房屋与从物分别为两个以上的人分别所有的，抵押权的效力不及于抵押物的从物。

4.2.5.3 房屋转让与抵押效力

律师应当合理地提示委托人，并阐述商品房转让与抵押效力的法律关系。

抵押人转让抵押房屋，应当告知抵押权人和买受人。买受人可代替抵押人清偿全部债务，消灭该房屋上的抵押权，并向抵押人支付房价和已清偿债务的余额后取得该房屋所有权。

抵押房屋转让，未告知抵押权人和买受人：（1）房屋抵押已经登记的，抵押权优先受法律保护，抵押权人可主张抵押登记后的房屋买卖合同无效，仍可对抵押房屋主张权利，买受人不得对抗抵押权人对该房屋实现抵押权。买受人遭受损失的，可向抵押人追偿；（2）房屋抵押未经登记的，买卖权优先受法律保护，抵押权人不得对抗买受人，买受人取得该房屋所有权。抵押权人遭受损失的，抵押人承担赔偿责任。

4.2.5.4 抵押房屋的拆迁

律师应提示委托人，房屋在抵押期间被依法列入拆迁范围的，按下列规定处理：

(1) 以交换产权作为补偿的，以交换所得房屋重新设定抵押权；

(2) 实行作价补偿的，抵押人可以与抵押权人协商提前清偿抵押所担保的债权，也可以与抵押权人协商将补偿金向约定的第三人提存作为抵押财产。

抵押人与拆迁人达成安置补偿协议后，应当与抵押权人就前款规定的事项进行协商。抵押人向拆迁人提交其与抵押权人关于该抵押权及其所担保债权处理问题的书面协议后，方可取得补偿金和安置房屋。

根据本条第一款第一项重新设定抵押权的，抵押人和抵押权人应当重新签订抵押合同。原抵押物上存在两个以上抵押权的，各抵押权的先后顺序应当与原抵押登记的顺序一致。

4.2.5.5 抵押物拆除改建的限制

律师应提示委托人，除城市建设需要拆迁房屋外，未征得抵押权人的书面同意，抵押人不得将已设定抵押权的房屋拆除或者改建。

4.2.5.6 查封与抵押效力

先查封后抵押的，担保范围受限制。律师应当合理地提示债权人，商品房在抵押前存在被查封、扣押、财产保全的，抵押不能包含已被查封、扣押或财产保全的份额。

先抵押后查封的，不影响抵押效力。律师应当提示债权人，对于事先设定抵押担保的房屋，政府主管部门或人民法院依法查封、扣押的，或对抵押担保财产采取财产保全或执行措施的，不影响抵押担保的效力，抵押权人仍对该商品房已抵押部分或全部享有优先受偿权。

4.2.5.7 抵押权的保全

抵押期间，抵押人有下列情形之一的，债权人应当及时、适当地采取警告、制止、补救等措施，直至请求人民法院撤销抵押人的行为：

(1) 抵押人未经通知债权人，擅自转让抵押房屋的；

(2) 抵押人的行为足以威胁担保债权的实现或可能致使抵押房屋价值减少的，经债权人警告、制止、补救、抵押人不予理睬的；

(3) 抵押人以明显不合理的低价转让抵押房屋的，对债权人造成损害的；

(4) 抵押人转让房屋的价款没有向债权人优先清偿或提存的；

(5) 抵押人故意阻碍债权人依法实现抵押权的其他行为。

第六节 抵押权的实现

4.2.6.1 行使抵押权的条件

律师应提示委托人，有下列情况之一的，抵押权人有权要求处分抵押的房地产：

(1) 债务履行期满，抵押权人未受清偿的，债务人又未能与抵押权人达成延期履行协议的；

(2) 抵押人死亡，或者被宣告死亡而无人代为履行到期债务的；或者抵押人的合法继承人、受遗赠人拒绝履行到期债务的；

(3) 抵押人被依法宣告解散或者破产的；

(4) 抵押人违反有关规定，擅自处分抵押房产的；

(5) 抵押合同约定的其他情况。

4.2.6.2 抵押权的实现方式

实现抵押权时，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；如协议不成，应及时向人民法院提起诉讼。

(1) 折价，即抵押双方协商以一定的价格将抵押物的所有权转移给债权人，以抵偿债务；

(2) 拍卖，即将抵押物交有关的产权交易机构或在人民法院的监督下进行竞价出售；

(3) 变卖，即由抵押双方协商同意，将抵押物有偿转让给第三人。如果抵押物为限制流通物，应当按照国家规定交有关部门予以收购。

变卖转让抵押物的，最低价格应当得到债权人的书面同意或者认可。

以其他约定方式处理抵押物的，依据有关的法律法规办理。

4.2.6.3 抵押物折价清偿应注意事项

律师应当合理地提示委托人，抵押物折价清偿，应当注意以下情况：

(1) 债权人在债务履行期届满未受清偿；

(2) 抵押权人与抵押人签订抵押物折价清偿协议，由抵押权人取得抵押物的占有权和所有权；

(3) 抵押物折价公平合理，不得损害顺位在后抵押权人和其他担保债权人的利益。

4.2.6.4 变卖、拍卖应注意事项

律师应当合理地提示债权人，协议变卖、拍卖抵押物，或经人民法院裁定同意变卖、拍卖抵押物的，应当注意审查以下事项：

- (1) 主合同、抵押合同的合法性、有效性；
- (2) 抵押权人是否有权变卖抵押物；
- (3) 抵押物的变卖价格与实际价格的关系；
- (4) 买受人是否受其他顺位在后的和其他担保债权人的债权追索。

4.2.6.5 注意优先购买权

律师应提示委托人，抵押人和抵押权人协议以折价、变卖方式处分抵押物的，下列自然人、法人或者其他组织在同等条件下依法享有优先购买权：

- (1) 共有抵押物的其他共有人；
- (2) 抵押前已出租房地产的承租人。

抵押人和抵押权人以抵押物折价或者变卖抵押物前，应当书面征询前款所列享有优先购买权的当事人是否行使优先购买权。

4.2.6.6 价款的清偿顺序

债务人处分抵押物的价款不足以清偿债务的，应当继续向债权人承担赔偿责任，价款超过债权数额的部分归抵押人所有。

债权人依法处分抵押物所得的价款，按下列顺序分配：

- (1) 处分抵押商品房的费用；
- (2) 处分抵押商品房应缴纳的税费；
- (3) 应当缴纳的国有土地使用权出让金的款额；
- (4) 应支付的建造该商品房的工程欠款；
- (5) 主债权及利息、违约金、损害赔偿金；
- (6) 剩余金额交还抵押人。

处分抵押物所得价款不足抵押所担保债权数额的部分，由债务人负责清偿。

4.2.6.7 多个抵押权人与清偿顺序

律师应当合理地提示委托人，并阐述多个债权人的清偿顺序的法律关系。

同一房屋向多个债权人抵押担保的，清偿的顺序应当依照《担保法》规定的顺序清偿。

顺序在后的抵押债权先到期的，顺序在后的抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在先的抵押债权的部分受偿。

顺序在先的抵押债权先到期的，顺序在先的抵押权实现后，剩余的价款应当提存，留待顺序在后的抵押债权受偿。

4.2.6.8 多个抵押人与清偿份额承担

律师应当合理地提示债权人，并阐述多个抵押人之间担保关系的法律关系。

两个以上抵押人为同一债权提供担保的，债权人放弃债务人提供的抵押担保的，其他抵押人可以请求人民法院减轻或免除其应当承担的担保责任。

两个以上抵押人为同一债权提供担保的，各自对其担保的债权份额或顺序没有约定，或约定不明确的，抵押人可以就其中任何一个抵押人或各自的抵押财产行使抵押权。

抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以向其他抵押人追偿其应当清偿的份额。

4.2.6.9 抵押权的中止和消灭

抵押权人对抵押房产的处分，因下列情况而中止：

- (1) 抵押权人请求中止的；
- (2) 抵押人申请愿意并证明能够及时履行债务，并经抵押权人同意的；
- (3) 发现被拍卖抵押物有权属争议的；
- (4) 诉讼或仲裁中的抵押房产；
- (5) 其他应当中止的情况。

抵押权由于下列情况消灭：

- (1) 抵押权因抵押物灭失而消灭；
- (2) 债务人清偿债权人债务而消灭。

抵押权消灭的，债权人应及时将其保管的抵押物权属证明及有关单证交还抵押人。

第三章 律师为债务人及抵押人提供法律服务

4.3.1 对债权人权利的了解和注意

(1) 律师应当就本编第二章的内容提示债务人及抵押人，了解和注意债权人的权利。

(2) 律师应当提示债务人，如抵押人不是债务人，则抵押人承担了担保责任，以抵押物折价或以拍卖、买卖抵押物所得价款清偿债务后有权向债务人追索。

(3) 律师应当提示债务人，抵押物实际的价值不足以清偿债务的，债务人仍有义务向债权人清偿余额部分。

4.3.2 债务人及抵押人的如实告知义务

律师应当提示债务人及抵押人，应当如实告知债权人抵押物的真实情况，如因不如实告知或故意隐瞒抵押物的真实情况，最终导致债权人不能全部实现债权的，债务人且抵押人有可能构成诈骗。

第五编 房屋租赁

第一章 一般规定

5.5.1 目的和依据

为依法维护出租人、承租人和有关第三人的合法权益，提高律师承办房屋租赁业务服务质量，依据《合同法》、《城市房地产管理法》、《城市房屋租赁管理办法》、《商品房销售管理办法》及其他有关规定，制定本章供全国律师办理商品房租赁业务作参考。

5.1.2 概念界定

本章房屋租赁是指出租人将房屋交付承租人使用、收益，由承租人向出租人支付租金的行为。其形式包括现房租赁、商品房预租、转租等。

现房租赁是房地产租赁关系中最普遍的一种情况，即需要租用房地产的人向房地产所有权人（包括授权出租人）借用房屋，出租人支付租金的行为。

商品房预租是指房地产开发企业在新建商品房未办理房地产初始登记、取得房地产权证前，在符合地方法规或有关政府部门规范性文件要求的情况下，与承租人签订商品房预租协议，并根据预租协议约定，向承租人收取一定数额的款项的行为。

房屋转租是指承租人在租赁期间将其承租房屋的部分或者全部出租给第三人的行为。

5.1.3 适用范围

本章适用于房屋的租赁行为，房屋出租、商品房预租、转租等属于房屋租赁行为的范围。但公有住宅、城镇廉租房、客房和柜台等出租不适用本章。

第二章 出租人与出租房屋

5.1.2 出租人

出租人应当是拥有房屋所有权的自然人、法人或者其他组织，依法代管房屋的房屋代管人或者法律规定的其他权利人。

5.2.2 出租房屋应当具备的条件：

自然人、法人或者其他组织对享有所有权的房屋和他人授权出租的房屋可以依法出租。

5.2.3 有下列情形之一的房屋不得出租：

- （一）未依法登记取得房地产权证是或者无其他合法权属证明的；
- （二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；
- （三）共有的房屋，未经全体共有人书面同意的；
- （四）不符合安全标准且被鉴定为危险房屋的；
- （五）不符合公安、环保、卫生等主管部门有关规定的；
- （六）改变房屋用途，依法须经有关部门批准而未经批准的；
- （七）法律、法规规定不得出租的其他情形。

5.2.4 律师办理房屋租赁业务首先要按照上述内容进行审核和尽职调查：

(一) 审核出租人主体资格

核对出租人是否与出租房屋的房屋权属证书上的权利人一致，也可到房地产交易部门调查出租房屋的产权状况；

共有房屋出租的，是否有其他共有人同意出租的证明；

委托出租的，房屋所有人是否与出租房屋权属证书上的权利人一致，受托人与房屋所有人是否有委托书；

出租给非本地户籍人员的，参照当地地方法规或其他有关政府部门规范性文件的相关规定；

出租给外国人、无国籍人、海外侨民参照当地地方法规和其他有关政府部门规范性文件的相关规定；

无民事行为能力人和限制民事行为能力人为房地产所有权人的，其法定代理人是否同意。

(二) 审核房屋是否具备出租条件和有无禁止出租的情形；

(三) 对前两项内容进行尽职调查，核实是否与当事人陈述和提供的文件资料一致。

第三章 租赁合同

5.3.1 确认出租人、承租人的主体身份

在出租人和出租房屋符合资格和条件后，签署租赁合同前，律师要核对原件、确认双方当事人的主体身份：

当事人为自然人的，应审核其身份证明文件（如身份证、护照、港澳居民往来内地通行证、台湾居民来往大陆通行证）；当事人为法人或其他组织的，应审核其登记注册证明、法定代表人身份证明。

当事人委托代理人的，应审核委托代理人的授权委托书或其他证明文件，若委托人或代理人系境外个人、企业或其他组织的，前述证明还应经公证或认证。

5.3.2 租赁合同

(一) 代理出租人

律师代理出租人，可以建议当事人使用当地房地产主管部门提供的租赁合同示范文本，也可参照示范文本自行拟订合同条款。

自拟合同应注意《合同法》中有关格式条款的规定，以免被认定为格式条款。建议在合同中约定“本合同由出租人草拟并经双方（ ）次协商，达成如下一致。”

自拟合同应提示当事人注意以下内容：

(1)租赁当事人或其法定代表人、委托代理人的姓名或者名称、住所、联系地址、电话、传真等。

(2)房屋坐落地点、面积、结构、附属设施和设备状况。面积应注明建筑面积和实际计算租金的面积；结构应与房产证上一致；附属设施和设备状况建议不宜拟定过细。

(3)房屋用途。房屋用途应与房地产权证上所登记的用途一致，如果是商业用房还应明确业态和经营品牌。

(4)房屋交付日期。在确定交付日期时应明确约定起租日期和不履行收房义务的后果。

(5)租赁期限。租赁合同一般应约定租赁期限，房屋租赁期限不得超过二十年，同时不应超过土地使用权出让合同、土地租赁合同约定的土地使用年限；应对续租时优先承租权的行使做适当限制性的约定：如时间、价格等；应对免租期或装修期约定明确：免租期是否纳入租赁期内同时应明确承租人在免租期内除免交租金外是否还免除物业管理费、水电费等其它费用。

如未约定租赁期限，出租人可以随时终止租赁关系，但应以书面形式通知承租人，并应给承租人合理的搬迁期限。

(6)租金数额、支付方式和期限。应审查和明确租金和有关费用的范围。非整月应按实际使用天数计算租金；如有提成租金应明确营业收入的范围，同时应增加营业提成监管的有关条款。

(7)房屋使用要求和维修责任。使用房屋应符合有关管理条例、公约、制度的要求，合法使用；商业用房要约定用途、营业时间、对装修（包括增加附属设施）的管理标准、控制审核图纸和增加设备等项目；应明确双方的维修责任：在房屋正常使用的前提下维修责任由出租人承担，房屋由

于非正常使用而造成的损失，出租人仅在自己有过错的情况下承担维修责任，由于第三人的过错而造成的房屋损失，建议约定由承租人直接向第三人索赔，要求其承担维修责任。

(8)房屋返还时的状态。应明确约定房屋返还时的状态，对装修的处理方式：如拆除装修、装修不补偿或者折价补偿等；对商业用房、办公用房必须约定承租人在租赁合同终止后一定期限内将注册地址迁出；对承租人遗留物的权属做出约定。

(9)转租的约定。双方当事人达成协议，可以转租，且要明确转租后对出租人及第三人造成损害时的责任承担问题。如出租人不同意转租的，应明确限制变相转租，如股权转让、承包经营等。

(10)优先购买权。双方当事人应就行使优先购买权的程序、期限、方式等作出具体约定。

(11)变更和解除合同的条件。明确合同变更和解除的条件，并注意行使合同解除权的期限。有下列情形之一的，出租人可以解除合同：

- ①对房屋租赁期限没有约定，依照法律规定仍不能确定的；
- ②承租人未征得出租人同意改变房屋用途的；
- ③承租人逾期不支付租金累计超过六个月或约定的期限的；
- ④承租人造成房屋主体结构损坏的；
- ⑤房屋租赁合同未约定可以转租，承租人转租房屋未征得出租人同意的；
- ⑥承租人非法经营的；

(12)违约责任。合同中约定承租人应承担的义务的，应有义务相对应的违约责任的约定，如约定违约金计算方式等。

(13)争议的解决方式。当事人可以在合同中约定向不动产所在地人民法院提起诉讼，也可以选择向仲裁机构申请仲裁。

(14)租赁当事人约定的其他内容，如保证金、物业管理费、抵押状况等。

(二) 代理承租人

律师代理承租人应核实出租人的主体资格并审查租赁合同的内容：

(1)审核租赁合同的出租人是否具有出租资格：

- ① 是否为出租房屋的产权人；

② 如有共有人的话，是否经全体共有人同意。

(2)审查租赁面积与房地产权证上登记面积是否一致。

(3)审查房屋交付时的状况，特别是附属设施和设备状况是否具体明确及能否拆除、改建或增设和租赁合同终止时的要求。

(4)审查租赁合同约定的房屋用途是否和政府批准的规划用途一致；若不一致，须由出租人或出租人委托承租人报规划部门批准。

(5)房屋租赁期限不得超过二十年，同时不应超过土地使用权出让合同、土地租赁合同约定的土地使用年限。如租赁合同未约定租赁期限的，承租人可以随时终止租赁关系，但应以书面形式通知出租人，且应给出租人合理的期限。

(6)审查和明确租金和有关费用的范围，租金是否包含物业管理费、空调、水、电费等；审查租赁保证金约定是否合理及租赁期满后租赁保证金的处理。

(7)若出租人同意承租人对房屋进行装修，要注意审查装修的有关规定：装修的内容和要求、承租人对装修公司及其工人的管理，装修给第三人造成损害的责任承担、装修发生的水电等费用承担与支付、装修过程中与物业管理公司的协调、装修期内是否免租或一定期限内免租等。

(8)因承租人对租赁房屋进行装修而发生的对租赁物的改善或增添他物，合同应对租赁届满时的处分以及对改善或增添他物所发生的费用等内容有明确的约定，以预防因此引起纠纷或产生纠纷时无相关约定可依据。建议约定，如果出租人在合同终止后再利用承租人的装修，出租人应该补偿承租人装修费用。

(9)维修责任：若当事人没有另外约定，出租房屋的养护、自然损坏或故障以及第三人造成的损坏或故障，其维修责任在于出租人；若因承租人使用不当或过错造成的损坏或故障，则承租人须承担维修责任或维修费用。

(10)若是经营性房屋租赁，律师应当提示承租人是否要求出租人投保，一般情况下，出租人投财产责任险，承租人投公众责任险。

(11)承租人的解约权

有下列情形之一的，承租人可以解除合同：

①对房屋租赁期限没有约定，依照法律规定仍不能确定的；

②出租人未按时交付房屋的，承租人可以催告出租人在合理期限内交付，逾期仍未交付的；

③出租人交付的房屋不符合租赁合同约定，致使不能实现租赁目的的；

④交付的房屋危及承租人安全的；

⑤出租人对承租人的权利有瑕疵，并且未告知承租人的；

⑥因相邻方造成承租人无法正常使用的；

⑦房屋使用条件发生变化，不能正常使用达一定期限的。

第四章 房屋租赁合同登记备案

5.4.1 租赁合同的登记备案

申请房屋租赁登记备案应当提交下列文件：

- (一) 书面租赁合同；
- (二) 房屋所有权证书；
- (三) 当事人的合法证件；
- (四) 地方人民政府规定的其他文件。

出租共有房屋，还需提交其它共有人同意出租的证明。

出租委托代管房屋，还需提交委托人授权出租的证明。

5.4.2 律师代办租赁登记备案

律师可以接受出租方和承租方委托，代办租赁登记备案手续，但应取得当事人出具的委托书。

律师代办登记手续时要认真审核上述材料是否齐全、真实，并在租赁合同签署后按有关规定及时办理。

律师对原件要妥善保管，办理完毕要及时归还当事人，以免因遗失而承担法律责任。

5.4.3 如果地方政府有登记备案要求的，律师应提示当事人，如不进行登记备案，租赁关系无法对抗第三人，承租人将会存在以下风险：

- (一) 影响优先购买权和优先承租权的行使；
- (二) 不能对抗抵押权人；
- (三) 不能适用“买卖不破租赁”原则。

第五章 房屋转租

5.5.1 房屋转租，是指承租人在租赁期间将其承租房屋的部分或者全部出租给第三人的行为。

5.5.2 律师可以接受出租人、承租人（转租人）以及第三人（次承租人）的委托办理转租事宜：

（一）代理出租人

律师应该提示出租人注意以下内容：

（1）房屋转租之后，出租人的租金仍由承租人（转租人）支付，但房屋的实际使用人是第三人（次承租人），故存在租金收取的风险；

（2）出租人可以从转租中获取收益。

（二）代理承租人（转租人）

律师应该提示承租人注意以下内容：

（1）转租应征得出租人书面同意；

（2）在租赁合同中约定应由承租人（转租人）承担的义务，应在转租合同中完全体现，并要求由第三人（次承租人）承担；

（3）房屋转租期间，租赁合同发生变更，影响转租合同履行的，转租合同应当随之变更，租赁合同解除的，转租合同随之解除；

（4）转租期限不得超过租赁合同期限；

（5）房屋转租期间，承租人（转租人）应当继续向出租人履行租赁合同；

（6）承租人（转租人）可以向第三人（次承租人）收取一定的保证金；

（三）代理第三人（次承租人）

律师应该提示第三人（次承租人）注意以下内容：

（1）转租需征得出租人书面同意；

（2）租赁合同是否在房产部门登记备案；

（3）房屋转租期间，租赁合同发生变更，影响转租合同履行的，转租合同应当随之变更，租赁合同解除的，转租合同随之解除；

（4）转租合同中应约定，因承租人或者出租人违约而导致租赁合同无法履行、从而妨碍转租合同的正常履行的，承租人应承担相应的赔偿责任。

第六编 附则

1、本操作指引是根据现行国家颁布的法律、行政法规、规章、司法解释及其他相关文件的规定，结合当前律师办理城市房屋交易的实务操作制订的。若国家法律等规范性文件发生变化，应以新的规范性文件为依据。

2、本操作指引经全国律师协会 2007 年 1 月 25 日常务理事会通过发布。

浙江智仁律师事务所