

合同中该写些什么 ——从商品房买卖看合同法律风险

文/吴江水，浙江天册

吴江水，天册律师事务所高级律师，执业领域包括合同及法律风险管理，业务及研究方向侧重于企业法律风险防范体系的构建、合同应用及管理法律语言等，曾为国内多家大型集团、公司做过企业法律风险评估及合同范本的起草，并著有《完美的合同》、《律师执业基本技能（合同业务基本技能）》等书。吴律师是中华全国律师协会经济专业委员会委员以及杭州仲裁委员会仲裁员。电子邮件：solothinker@163.com

目前许多地区所用的商品房买卖合同文本，基本上是基于建设部 2000 年颁布的第 GF-2000-0171 号示范文本。许多地区还加入了地方法规所规定的内容，从而生出更多的相似版本。某些地区甚至规定楼盘在开盘前，《商品房买卖合同》文本必须通过主管部门审查方能使用，因而许多合同文本的内容又不得不按照主管部门的要求进行调整。

由于这套示范文本中将合同内容分为固定内容和约定内容，前者是买卖双方只要“填空”就可完成合同，而后者却可存在着许多重要内容无处可填的问题。再加上上述几种因素制约，合同文本很难达到尽善尽美，许多合同中约定条款与固定条款的文字水平、表达风格等明显不同。

合同条款怎样体现“公平”？

《商品房买卖合同》示范文本同其他示范文本一样，希望成为对双方公平的合同。而实际情况是该合同范本条款虽已达二十多条，但某些内容仍显不足。一份合同要想尽可能完善地达成交易双方的利益平衡，就必须考虑更多的内容和权利义务。

当事人的权利来自法定或约定，如未能在法律许可的范围内充分行使意思自治的权利，就等于将决定命运的权利交给了一个结果不确定的机构——法院或仲裁机构。这是所有人都不愿意的，也是产生法律风险的源头之一。

要使合同“公平”，就必须在法律授权的范围内根据自己的需要去充分行使意思自治的权利。对于那些法律已有明确规定而且授权当事人自行约定的事项，其实在合同上对于双方都是可有可无。因为无论是否按照这些规定约定，这些规定都对当事人具有约束力。

合同条款应包括哪些功能？

无论是最简单的订单还是大型的 BOT 项目，乃至复杂的 FIDIC 工程承包合同条款，都有着同样的本质性规律，即合同的四大基本功能：锁定交易平台、锁定交易内容、锁定交易方式、锁定问题处理。其分别回答了谁和谁、交易什么、怎么交易、怎么处理争议四个问题。某些商品房争议中所遇到的没有约定的问题，其实就是确立合同权利义务条款时假设不全而造成的。权利义务越明确，合同法律风险就越少。

在实际交易中，许多内容在商品房买卖合同的示范文本中没有立锥之地，有些可以在约定条款中勉强约定，而另外一些则只能通过补充合同等方式加以约定。而合同补充条款往往既是解决问题的手段，也是暗藏杀机的陷阱，因为它既可以细化、明确主合同中的权利义务约定，也可以限定主合同条款的适用条件从而否定主合同条款。主合同无法调整就签订补充合同，这是针对所有“不能动”的主合同的唯一选择。

条款如何排序？

谁都无法对于冗长而又枯燥的合同过目不忘，必须让篇幅较长的合同有个清晰的秩序和便利的标题系统。没有一个清晰的思路，就没有工作效率和质量上的技术保障，容易产生合同法律风险。

《商品房买卖合同》示范文本的二十多个条款，其实完全可以分为更为集中的几个主题，这既便于在不同主题下找到相关内容，又便于在每个主题下增加更多的内容。而且，还便于对条款进行逻辑分析，以找出其缺失的功能并及时补救。

此外，《商品房买卖合同》示范文本的大多数条款带有标题，而最后几个却没有，看上去似乎是个半成品，这也是秩序方面需要重视的一部分。

合同是否该“揭短”？

相比早些年虚假宣传，开发商现在的营销方式已有了进步，但隐瞒缺陷的做法似乎成了行业潜规则。

商品房买卖合同，既是《合同法》中所规定的格式合同，又是适用《消费者权益保护法》的消费合同。而无论是根据格式合同的相关规定还是根据《消费者权益保护法》的相关规定，开发商都处于更为严格的要求之下。许多人认为没有特别约定就没有相应义务，但从格式合同理论和《消费者权益保护法》的理论来说，消费者的知情权、选择权、公平交易权和经营者的告知义务等交织在一起，往往直接导致对开发商不利的结局。特别是对格式合同，格式条款如果存在两种不同的解释，往往只能按买受人的方式加以解释。

例如，某业主入住了位于一楼的商品房后发现其地下一层设有水泵房，水泵的抽水噪音较大以至于影响正常生活。后经诉讼，法院判决开发商承担赔偿责任，并责令消除影响。可见，对于缺陷的告知并非越少越好，否则极有可能面临更大的法律风险。

合同是一种围绕当事人的交易目的，根据交易背景条件而设定的一种权利义务集合体，其要旨是在各种限制条件下尽可能地满足当事人的交易需求，因而“鉴于”、“声明”、“保证”等只是形而不是神。

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用，无意作为完整全面的信息，并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。