



内部刊物

2021年 总第二期

金陵房地产法律快讯

专注

分享

价值

njlawyers.org



南京市律师协会
房地产法律专业委员会
统稿 编辑



前言

文 | 俞伟宁

《金陵房地产法律快讯》在2020年生机勃勃的夏季创刊，犹如玄武湖畔含苞待放的荷花，用生命的绽放昭示着夏季的到来。

快讯是南京律师展示自己风采的舞台，既有理论上的探索争鸣、又有实战中的案例分析，既有南京律师辛勤工作的写真，又有南京律师丰富多彩文化活动的展示，是南京律师内部交流的纽带，是南京律师对外沟通的桥梁。

快讯是南京房地产法律人思想交流的沙龙，在这里，相关行政机关的工作人员、法官、检察官、警官、公证员、从事法学研究的专家学者，将和南京律师一起交流工作中的心得体会、研究成果，是向社会各界展示法律职业共同体工作成果的窗口。

快讯是一块刚刚开垦的青青园地，需要全体律师、全体法律人的辛勤灌溉、全社会的关心爱护，才会如夏花绚烂，才会结出累累硕果。

我们期待着全体律师、全体法律人的参与、全社会的关注，真诚希望各界朋友来函来稿，进行思想交流、观点碰撞，共同探索法治建设。

协会动态

P3 市律协房地产业务委员会举办“建筑产业现代化及其发展趋势”讲座

P4 市律协房地产业务委员会、玄武区律工委联合主办“模拟法庭专题沙龙”活动

最新法规

P6 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

P10 关于促进我市房地产市场平稳健康发展的通知

案例解读

P12 “以房抵债”式拆迁安置房协议的本质认定
(作者: 董昊)

P16 婚后将个人婚前房产出售, 再次购房, 离婚时如何分割 (作者: 李本虎)

P19 以抵押权预告登记为视角解读预告登记的法律效力 (作者: 马媛容、刘晓囡)

法律研究

P24 业主共同决定的任意解除权问题初探 (作者: 顾迪)

P31 论物业纠纷解决方式的创新路径 (作者: 周连勇、陈高天)

P46 文旅地产项目收购中应重点关注的土地法律风险刍议 (作者: 魏志强、杨玉霞)

P53 购房人逾期办证, 开发商如何有效维权? 购房人逾期办证被诉请求的表现及法律适用 (作者: 奚传江)

欢迎关注
南京律协公众号



顾问: 俞伟宁
主编: 李 焱
组稿: 陶 然

市律协房地产业务委员会举办 “建筑产业现代化及其发展趋势”讲座

文 | 南京律协

2021年4月16日下午，市律协房地产委在协会报告厅组织举办了“建筑产业现代化及其发展趋势”讲座，邀请江苏省住建厅住宅与房地产业促进中心主任徐盛发授课。本次讲座全程进行了线上直播。

讲座从建筑产业现代化相关概念定义及背景、建筑产业现代化法规政策出台情况及解读、国内外建筑产业现代化发展演变情况、江苏建筑产业现代化工作推进情况、建筑产业现代化发展趋势及应关注的问题等五个大方面。

在长达三个半小时的讲座中，全面系统的介绍和讲授了建筑产业现代化，促进了广大会员和委员对国家十四五发展战略江苏省建筑产业面临的形势的了解，统筹协调推进建筑产业现代化，及对建筑产业律师发展路径的思考。



市律协房地产业务委员会、玄武区律工委 联合主办“模拟法庭专题沙龙”活动

文 | 南京律协

为提升青年律师的业务技能，加强各律所之间的交流融合，5月7日，玄武区律工委、市律协房地产业务委员会联合主办了“模拟法庭专题沙龙”活动。本次活动主题为“商品房预售合同中业主逾期办证的法律适用”，由模拟法庭和专题法律沙龙两个部分组成。

南京市玄武区司法局党组成员、副局长茅晓春，南京市律师协会房地产委员会主任俞伟宁，南京市律师协会仲裁与调解法律专业委员会主任朱军，市律师协会房地产委员会副主任奚传江等30余人参加了活动。



活动开始，玄武区司法局副局长茅晓春对首期“模拟法庭+法律沙龙”活动的开展表示了祝贺。

模拟法庭严格按照法院审判流程进行。在法律质证、辩论阶段，各位律师各有侧重，据理以辩。通过不同角度，在法律关系、时间节点、法律适用上展开激烈辩论，极力为各自所代表的当事人争取最大利益。

专题沙龙阶段，各位点评嘉宾除了从诉讼的专业角度对青年律师提出了专业化的建议与鼓励之外，还针对询问技巧、裁判观点、律师表现展开了分析和讨论。现场气氛热烈，讨论中不断碰撞出思维的火花，让青年律师们受益匪浅。

市律协房地产业务委员会主任俞伟宁、副主任奚传江希望青年律师通过此次活动总结经验，并将心得迁移运用到具体业务当中，鼓励青年律师多学习、多锻炼，积极参加组织活动，提升执业技能和职业素养。

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

法释〔2020〕17号修改的司法解释之一

（2012年3月31日由最高人民法院审判委员会第1545次会议通过，根据2020年12月23日最高人民法院审判委员会第1823次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于在民事审判工作中适用《中华人民共和国工会法》若干问题的解释〉等二十七件民事类司法解释的决定》修正）

为正确、及时审理商品房买卖合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国城市房地产管理法》等相关法律，结合民事审判实践，制定本解释。

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。

第二条 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。

第三条 商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人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，构成要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。

第四条 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，应当 按照法律关于定金的规定处理；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。

第五条 商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，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。

第六条 当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，不予支持。

当事人约定以办理登记备案手续为商品房预售合同生效条件的，从其约定，但当事人一方已经履行主要义务，对方接受的除外。

第七条 买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。

第八条 对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。

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。

第九条 因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

第十条 因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

交付使用的房屋存在质量问题，在保修期内，出卖人应当承担修复责任；出卖人拒绝修复或者在合理期限内拖延修复的，买受人可以自行或者委托他人修复。修复费用及修复期间造成的其他损失由出卖人承担。

第十一条 根据民法典第五百六十三条的规定，出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行，解除权人请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。

法律没有规定或者当事人没有约定，经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的，解除权人自知道或者应当知道解除事由之日起一年内行使。逾期不行使的，解除权消灭。

第十二条 当事人以约定的违约金过高为由请求减少的，应当以违约金超过造成的损失30%为标准适当减少；当事人以约定的违约金低于造成的损失为由请求增加的，应当以违约造成的损失确定违约金数额。

第十三条 商品房买卖合同没有约定违约金数额或者损失赔偿额

计算方法，违约金数额或者损失赔偿额可以参照以下标准确定：

逾期付款的，按照未付购房款总额，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。

逾期交付使用房屋的，按照逾期交付使用房屋期间有关主管部门公布或者有资格的房地产评估机构评定的同地段同类房屋租金标准确定。

第十四条 由于出卖人的原因，买受人在下列期限届满未能取得不动产权属证书的，除当事人有特殊约定外，出卖人应当承担违约责任：

（一）商品房买卖合同约定的办理不动产登记的期限；

（二）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日；

（三）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日。

合同没有约定违约金或者损失数额难以确定的，可以按照已付购房款总额，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。

第十五条 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三十二条规定的 办理不动产登记的期限届满后超过一年，由于出卖人的原因，导致买受人无法办理不动产登记，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

第十六条 出卖人与包销人订立商品房包销合同，约定出卖人将其开发建设的房屋交由包销人以出卖人的名义销售的，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，但当事人另有约定的除外。

第十七条 出卖人自行销售已经约定由包销人包销的房屋，包销人请求出卖人赔偿损失的，应予支持，但当事人另有约定的除外。

第十八条 对于买受人因商品房买卖合同与出卖人发生的纠纷，人民法院应当通知包销人参加诉讼；出卖人、包销人和买受人对各自的权利义务有明确约定的，按照约定的内容确定各方的诉讼地位。

第十九条 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，出卖人应当将收受的购房款本金及其利息或者定金返还买受人。

第二十条 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，当事人请求解除商品房担保贷款合同的，应予支持。

第二十一条 以担保贷款为付款方式的商品房买卖合同的当事人一方请求确认商品房买卖合同无效或者撤销、解除合同的，如果担保权人作为有独立请求权第三人提出诉讼请求，应当与商品房担保贷款合同纠纷合并审理；未提出诉讼请求的，仅处理商品房买卖合同纠纷。担保权人就商品房担保贷款合同纠纷另行起诉的，可以与商品房买卖合同纠纷合并审理。

商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的、出卖人应当将收受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。

第二十二条 买受人未按照商品房担保贷款合同的约定偿还贷款，亦未与担保权人办理不动产抵押登记手续，担保权人起诉买受人，请求处分商品房买卖合同项下买受人合同权利的，应当通知出卖人参加诉讼；担保权人同时起诉出卖人时，如果出卖人为商品房担保贷款合同提供保证的，应当列为共同被告。

第二十三条 买受人未按照商品房担保贷款合同的约定偿还贷款，但是已经取得不动产权属证书并与担保权人办理了不动产抵押登记手续，抵押权人请求买受人偿还贷款或者就抵押的房屋优先受偿的，不应当追加出卖人为当事人，但出卖人提供保证的除外。

第二十四条 本解释自2003年6月1日起施行。

城市房地产管理法施行后订立的商品房买卖合同发生的纠纷案件，本解释公布施行后尚在一审、二审阶段的，适用本解释。

城市房地产管理法施行后订立的商品房买卖合同发生的纠纷案件，在本解释公布施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

城市房地产管理法施行前发生的商品房买卖行为，适用当时的法律、法规和《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〉》。

提示：具体内容以最高人民法院发布为准，本文仅供参考。

《关于促进我市房地产市场平稳健康发展的通知》

宁房市字〔2020〕132号

江北新区管委会，各区人民政府，市各相关单位：

为坚决贯彻落实“房子是用来住的、不是用来炒的”定位，稳定市场预期，支持刚性需求，规范行业秩序，进一步促进我市房地产市场平稳健康发展，经市政府同意，现就有关事项通知如下：

一、加强土地市场调控。依据土地市场状况，加大住宅用地供应力度，合理有序安排上市，优先满足刚需，稳定市场预期。严格执行“限房价、竞地价”出让模式，提高土地市场准入条件，建立热点区域住宅用地报名单位资格筛查机制。

二、支持刚性购房需求。优先保障本市户籍无房家庭的刚性购房需求，商品住宅项目向本市户籍无房家庭提供每批次不低于30%比例的房源。

三、完善住房限购政策。夫妻离异的，任何一方自离异之日起2年内购买商品住房的，其拥有住房套数按离异前家庭总套数计算。

四、加强热点楼盘销售管理。对社会关注度高、预计购房人数多的热点楼盘，开发企业制定针对性销售方案,严格按照审核公示方案开盘销售。选房结果在现场公示，确保销售进度与南京网上房地产公示同步。

五、规范新建商品住房装修行为。为促进装修品质提升，落实绿色、节能、环保要求，优化新建商品住房装修管理，完善住宅装修评估机制，保证装饰装修标准与价格相符，推行全装修和升级装修模式，支持多样化住房需求。

六、增强存量住房交易信息透明度。房地产经纪机构应发布真实、全面、准确的存量住房房源信息，向房产部门申请核验，即时

报送成交信息。对于无故不报、漏报、瞒报、延报的，记为不良信息，纳入房地产经纪行业信用管理体系，暂停网上签约资格。

七、维护诚信规范的市场秩序。购房人利用虚假材料骗取购房资格或伪造购房证明、资金证明的，一经查实，取消购房资格并依法追责。开发企业、经纪机构及其从业人员存在违法违规行为，查实后予以曝光，计入诚信档案，涉嫌犯罪的，移交司法机关处理。银行工作人员参与造假的，由金融监管部门查处；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

八、营造健康良好的社会氛围。涉房媒体行业应加强自律，准确客观反映房地产市场情况。凡发布不实信息、恶意炒作、严重误导市场预期，扰乱市场秩序的，相关部门依法依规严肃处理。

九、强化属地监管责任。各相关单位应严格落实属地监管责任，统筹指导土地上市和房屋销售，加强疫情常态化防控，保证房地产市场平稳健康发展。本通知自发布之日起执行。

南京市住房保障和房产局

南京市发展和改革委员会

南京市公安局

南京市规划和自然资源局

“以房抵债”式拆迁安置房协议的本质认定

文 | 董昊 北京市中银（南京）律师事务所律师

【背景介绍】

关于江苏地区拆迁安置房的买卖合同效力问题，早在2017年《江苏省高级人民法院民事审判工作例会纪要》中已明确为有效，该裁判规则江苏省各级人民法院在实务中也予以统一。

按理说该类案件已趋于无争议化，但笔者在近些年办理拆迁安置房买卖合同案件中发现，该类案件呈现出“五花八门”的签订、履行形式，如“以房抵债式买卖”、“借款协议与房屋买卖协议并存式买卖”、“代装修式买卖”等等。从而使得“苦苦等待5年，就准备今年办过户”的张某们无可是从。

我们今天单探讨“以房抵债”式拆迁安置房协议的本质认定。

【基本案情】

2014年6月，张某与李某在中介居间下签订《抵押借款协议》一份，约定“李某于合同签订日向张某借款70万元，现将位于南京市某小区（系拆迁安置房，以下简称“案涉房屋”）作为抵押，抵押权四年，借款年利息为借款总额的20%。如果李某逾期不予归还或无力偿还借款，则在该抵押房屋可上市交易时无条件将房屋过户给乙方。”并约定“有下列情形之一的视为违约：预约李某三次不到场算作违约，李某因共有关系纠纷导致不能过户算作违约……”。

《抵押借款协议》签订当日，张某通过银行向李某全额汇款并支付中介费。李某出具《借条》，载明“本人今日向张某借款70万元”，并向张某提供案涉房屋拆迁协议等材料。后张某自用案涉房屋至今。

案涉可以办理过户手续后张某要求李某协助办理遭拒，遂向房屋所在地人民法院提起诉讼。

【法律分析】

一、本案“以房抵债”协议符合借款协议的表象特征

“以房抵债”的问题非常复杂，既涉及法律关系性质的认定问题，又涉及让与担保、流押禁止等问题，更牵涉到虚假诉讼的认定问题。关于“以房抵债”协议的性质认定，可参考《民事审判指导与参考》总第68辑以及《江苏省高级人民法院关于“以物抵债”若干法律适用问题的审理纪要》。

但就本案中的《抵押借款协议》，笔者认为，分析、探讨“以物（房）抵债”协议的性质和效力问题的前提是“债”的存在。何为“债”？债是按照合同约定或者依照法律规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。通说认为，债是特定当事人之间请求为一定给付的民事法律关系。

回到本案，张某与李某之间签订所谓有抵押的《借款协议》，即首先需要分析双方之间是否存在借款法律关系。本案中双方于协议中约定了借款本金、利息及出具了《借条》，有借款合同的表象

特征。但笔者认为，本案应结合案件事实认定当事人之间真实意思表示，不应从表象认定双方存在借贷法律关系。

二、双方之间合同目的清晰，存在房屋买卖合意及事实

（一）从合同实质内容来看

- 1、协议中以涉案房屋作为质押不符合法律关于质押的规定；
- 2、协议中违约情形基本针对房屋过户事宜，即案涉房屋满足上市交易条件后，李某配合张某办理过户手续；
- 3、协议中约定了过户办证等费用承担事宜；

（二）从款项支付方式来看

- 1、约定的支付款项方式与通常房屋买卖行为中支付定金、房款、尾款的方式完全一致；
- 2、中介费收据收款事由针对的是“房屋买卖”而非借款，如双方存在借贷关系根本不会交由专业的房屋中介公司居间，且支付较高的居间费用；
- 3、张某除已支付的70万元之外，未再向李某支付其他费用，也未对房屋使用事宜约定租金或使用费等，符合一般房屋买卖合同交付的特征；

（三）从双方履行过程来看

- 1、合同签订后李某即将房屋交付张某，张某装修并使用至今；
- 2、合同签订后李某将房屋相关办理产权证的资料交付给张某；
- 3、如李某所称为借款协议，但其从未还任何本息，张某也从未向其主张还款；

（四）其他（涉及取证，不便赘述）

【办案小结】

认定合同关系，不应仅从合同名称等表象特征分析，而更应关注现实交易模式、当事人自主的交易安排，从更有利于实现当事人的合法权益以及尽可能的贯彻意思自治、维护诚实信用和公平原则。

【作者简介】

董昊，北京市中银（南京）律师事务所合伙人，青工委副主任，执业期间办理近30起经济适用房（拆迁安置房）买卖合同案件。
电话：18761888276。

【提示】

本文系作者本人观点，不得视为出具的正式法律意见或建议。

婚后将个人婚前房产出售，再次购房，离婚时如何分割？

文 | 李本虎 北京市中银（南京）律师事务所律师

婚后为改善住房，将夫妻一方的婚前房产出售，再次购房的情况很多。由于存在婚前财产转化为婚后财产，及婚前、婚后财产混同的问题，新购房产如何分割争议很大。本文通过一个典型案例进行分析。

【案件情况】

2009年，男女双方登记结婚。

2011年，男女双方签订《夫妻财产约定》约定A房产为男方个人财产，不作为夫妻共同财产。

2015年，男方将A房产出售300万。同年，男方使用售房款300万加婚后收入100万，贷款100万，购买了总价500万的B房产，该房产登记男方个人名下。

2017年，双方感情不和开始分居。

2019年，女方起诉到法院要求离婚，并要求分割B房产，此时B房产价值1000万，剩余贷款80万。

【审理结果】

法院经过审理认为，男方有证据证明B房产的500万中，有300万来自A房产售房款，该300万属于男方的个人财产。

300万占B房产总价的60%，法院认定B房产的60%份额属于男方个人财产，剩余40%（400万）为夫妻共同财产。

400万扣掉剩余贷款80万后为320万，该320万为夫妻共同财产，各自分得160万。

因为房产登记男方名下，法院判决房产归男方所有，剩余贷款由男方偿还，男方一次性补偿女方160万。

【律师点评】

婚前房产婚后出售再次购房，涉及新购房产登记及出资情况，区分以下几种情况分析：

一、新购房产登记自己名下

1、婚前房产价值足够覆盖新购房产出资

例：婚前房产出售300万，新购房产总价小于或等于300万，房子属于个人财产，这种情况只是婚前财产在婚后的形式转化，依然属于个人财产。

2、婚前房产价值不足以覆盖新购房产出资

例：婚前房产出售300万，新购房产总价500万，这时要看超出部分的200万的资金来源。

（1）200万来自男方其他个人财产，或者其父母赠与财产，因为没有使用夫妻共同财产，所以房产依然属于男方个人财产。

（2）200万来自婚后收入，使用了夫妻共同财产，同案例中的情况，200万及对应增值属于夫妻共同财产，离婚时应进行分割。

二、新购房产登记夫妻双方名下

在夫妻双方没有特别约定情况下，不论婚前房产价值是否足以覆盖新购房产出资，只要新购房产登记了两人名字，就属于夫妻共同财产。

在分割时，法院一般会结合出资情况，对出资较多一方予以多分，另外还会考虑离婚过错及子女和女方权益，综合确定分割比例。也有可能按照第一种情况分割。

三、新购房产登记对方名下

分割原则同上述第二种情况。

需要注意的是，虽然房产登记在对方一人名下，在没有特别约定情况下，房产也是夫妻共同财产。

【 作者简介 】

李本虎，中银（南京）律师事务所高级合伙人，管理委员会委员，婚姻家事法律研究中心主任。联系方式：13042567890。

【 提示 】

本文系作者本人观点，不得视为出具的正式法律意见或建议。

以抵押权预告登记为视角 解读预告登记的法律效力

文 | 马媛容、刘晓囡 江苏法德东恒律师事务所律师

导语

前篇文章结合“预查封”在司法实践中的运用出发，从“预查封”限制物权处分之局限性角度，论述了“预告登记”保障债权实现、限制物权处分的法律效力。本文将以抵押权预告登记权利人及代偿人是否享有优先受偿权层面，继续深入剖析预告登记的法律效力之合理、权利正当性。

关于预抵押登记权利人是否享有优先受偿权，司法判例存在较多观点：

1、抵押权预告登记权利人，不享有优先受偿权

（2014）北民金初字第87号（2014年最高人民法院公报案例）中，法院认为，“系争房产上设定的抵押预告登记，与抵押权设立登记具有不同的法律性质和法律效力。根据《中华人民共和国物权法》第二十条的规定，预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。即抵押权预告登记所登记的并非现实的抵押权，而是将来发生抵押权变动的请求权，该请求权具有排他效力。因此，银行作为系争房屋抵押权预告登记的权利人，在未办理房屋抵押权设立登记之前，其享有的是当抵押登记条件成就或约定期限届满对系争房屋办理抵

押权登记的请求权，并可排他性地对抗他人针对系争房屋的处分，但并非对系争房屋享有现实抵押权。”

即，按揭购买期房时，即使银行和借款人（买房人）之间办理了预抵押登记，只要房屋的产权证还没有办理正式抵押登记手续，银行也不得对此房屋享有优先受偿权。

该公报案例的发布，在一定时期内统一了部分地区法院的裁判观点。但随着商品房预售市场的进一步发展，实践中银行办理预告登记但仍然无法保障债权的情况日愈严重，基于利益衡平及其他原则的考虑，越来越多法院突破该限制，认为抵押权预告登记权利人虽未取得抵押权，但依法可以就案涉房屋享有优先受偿权。

2、预抵押登记在特定情形下，可享有优先受偿权

在（2015）浙温商终字第929号案件中，法院认为“在预购商品房预抵押登记中，对非基于预抵押权人原因导致的无法转为正式抵押登记的情形，预抵押登记财产又符合折价、拍卖、变卖等能流通条件的，可以赋予预抵押权人对预抵押登记财产享有优先受偿权。这既符合预告登记制度保障将来实现物权的立法本意和公平原则，也有利于保护房屋按揭市场的普惠金融秩序”。

在（2014）鼓民初字第4171号案件中，法院认为，“预购商品房抵押权预告登记不产生设立抵押权的法律后果。商品房已办理抵押权预告登记，且已具备物权登记条件，法院应责令购房人限期协助办理抵押登记手续。购房人拒不办理而导致抵押登记无法完成的情况下，为维护交易安全和合同稳定，法院可依据物权法第二十八

条规定判决债权人对抵押房产的处置价款行使优先受偿权。债权人对处置款优先受偿后尚有余款的，应优先清偿提供阶段性担保的开发商的垫款本息，再有余款的，退还购房人”。

在(2016)皖02民终893号案件中，法院认为“预告登记后，能够进行不动产登记而未申请登记系预告登记义务人的违约行为所致，不应当产生预告登记失效的法律后果”。

这种观点下，一旦预抵押登记的效力（即优先受偿权）由人民法院确认有效，而银行与开发商签订的阶段性连带担保之条款往往为“自银行取得正式抵押权登记之日终止”，此种情形下，开发商承担阶段性保证的效力即出现争议。

对此，部分法院从开发商阶段性保证约定的特殊性和合同目的考量，在确认银行享有优先受偿权的情况下免除开发商的阶段性保证责任；部分法院在此亦做观点区分，即“如开发商已完成所涉房产所有权初始登记条件的，应判定开发商阶段性保证责任解除；否则，开发商应继续承担连带责任保证”。

3、开发商代偿银行债权后，是否就房屋拍卖、变卖价款享有优先受偿权？

《江苏省高级人民法院关于执行疑难问题的解答》“三、被执行人购买的预售商品房，如何执行？对于开发商已退还银行的相应款项，在变价款中预先扣除支付给开发商。开发商尚未退还银行相应款项的，在变价款中预先扣除银行贷款相应款项支付给银行，并通知开发商”。但司法实践中，该条款的理解与适用并不尽相同。

如（2020）苏03执复10号案件中，徐州市中级人民法院认为“耀邦房地产公司对田幸梅与陈飞、谢雨志执行案件的拍卖款不具有优先受偿权，且耀邦房地产公司也未有生效的法律文书，得以在执行程序中执行上述款项。另，本案耀邦房地产公司是在判决承担担保责任后，在强制执行阶段履行还款义务，与《江苏省高级人民法院关于执行疑难问题的解答》中规定的情形并不相同，根据法律规定，保证人享有追偿权，故耀邦房地产公司可行使追偿权”。据此，不予确认开发商代偿款的优先受偿权，甚至在未取得追偿权之确定裁判文书时，不予确认其债权。

笔者认为：上述司法裁判的做出，对于抵押权预告登记权利人“优先受偿权”的赋予，实质上确认了预抵押登记作为抵押登记的效力。虽然一定程度上符合保护债权人利益之考量，但因与“物权法定”之基本原则相冲突，不应继续鼓励此类裁判规则。可以考虑参照《九民会议纪要》对于不予办理质押登记或抵押登记程序的义务人，要求其在抵押或质押合同约定的价款范围内向债权人承担损害赔偿赔偿责任。至于是否享有“优先权”，需要相关立法或司法部门予以确认。

【 作者简介 】

马媛容：江苏法德东恒律师事务所高级合伙人，省律协建筑工程与房地产委员会委员，市律师协会百强公司法领军人才。作为资深房地产专业律师，在土地获取、项目策划、人员培训、销售流程

制订、合同草拟、项目交付流程制订、物业管理等一系列房地产开发全流程中有着相当丰富的经验。

刘晓囡：江苏法德东恒律师事务所专职律师。

【 提示 】

本文系作者本人观点，不得视为出具的正式法律意见或建议。

业主共同决定的任意解除权问题初探

文 | 顾迪 江苏法德东恒律师事务所律师

一、问题的提出

配合《民法典》2021年施行，《江苏省物业管理条例》（以下简称“省条”）2020年11月27日进行了修正，本篇讨论两个条款，一个是合同届满业主共同决定后期合同的法定程序条款（以下简称“到期程序条款”），对应老“省条”第55条，新“省条”第56条），一个是业主共同决定解聘条款（以下简称“解聘条款”），对应老“省条”第56条，新“省条”第55条。

新“省条”第55条照抄《民法典》第946条。

比对新老“省条”，我们发现如下六个变化，带出了一个问题：

第一，解聘条款提前到了到期程序条款之前，由原“省条”56条，变成新“省条”的55条。

第二，解聘条款明确赋予业主自治主体的“业主共同决定可以解除物业服务合同”这个权利。

第三，解聘条款增加了第二款（赔偿物业公司损失）。

第四，“续聘”提前到了“选聘”之前（到期程序条款）。

第五，到期程序条款中，物业公司自由退场告知时间，由法定改成了约定优先。

第六，到期程序条款增加了第三款（原物业服务合同继续有效，但是服务期限为不定期），该款吸收了2010年省院的审判意见第4

条。

由六个变化，带出了一个问题：解聘条款是协议解除权还是任意解除权，解除权应该如何行使。

二、合同法的任意解除权

合同的解除，是指合同有效成立后，当解除的条件成就时，因合同一方或双方的意思表示，使合同关系消灭的行为。

合同解除一般分为约定解除与法定解除，约定解除一般是指协议解除，是双方事前或事后意思一致的结果。

法定解除分为一般的法定解除权（指符合《民法典》第563条第一款前四项规定条件下的解除权），和特殊的法定解除权（指民法典合同编之外的法律规定的解除权），任意解除权就是特殊的法定解除权的一种。

合同的任意解除权，是指权利一方无需以合同相对方违约或重大过错为前提，以单方意思表示，直接作出并生效，权利性质属于形成权。合同相对方对解除合同有异议的,任何一方当事人均可以请求法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。

三、物业服务合同的甲方是否享有任意解除权

民法典施行之前，物业服务合同不属于《合同法》分则中的典型合同，无专节进行规制。

《物权法》第76条与《物业管理条例》（国条）第11条，规定了“解聘物业服务企业由业主共同决定”，但该条不足以证明物业

服务合同甲方享有任意解除权。

2009年“物业服务纠纷解释”第8条规定“业主大会按照物权法第76条规定的程序作出解聘物业服务企业的决定后，业委会请求解除物业服务合同的，法院应予支持”，成为物业服务合同甲方享有任意解除权的法律依据。

《民法典》第946条以及新“省条”第55条规定了“业主依照法定程序共同决定解聘物业服务企业的，可以解除物业服务合同”，也成为了物业服务合同甲方享有任意解除权的法律依据。

人民法院出版社2020年8月版的《民法典理解与适用》P2623页的作者观点，明确了物业服务合同甲方具有任意解除权。

实务中，对物业服务合同的甲方享有任意解除权这一点，已经成为通说，但对于权利方的行使方式，争议极大。

《民法典》第946条明确“业主共同决定可以解除物业服务合同”之前，几乎没有业主自治组织（业委会）行使任意解除权，理由很简单，《物权法》第76条与《物业管理条例》（国条）第11条规定非常笼统，而2009年“物业服务纠纷解释”第8条，极少有人关注，行政机关基本上不支持物业服务合同的甲方任意解除权，因为缺乏公平性合理性的任意解除权，对维稳带来不利影响。

《民法典》实行之后，包括“新省条”施行后，大家看到了解聘条款明确赋予业主自治主体的“业主共同决定可以解除物业服务合同”这个权利，很快就有激进的业委会行使这个权利，2020年11月，南京市栖霞区某小区业主大会决定提前解除物业服务合同，老物业一纸诉状起诉业委会（物业合同纠纷），另有业主也一纸诉

状起诉业委会（业主撤销权纠纷），次年，新物业强行接管某小区，形成南京市多年不见得新老物业公司站双岗、双服务的局面，江苏电视台综艺频道4月8日报道了这个事件（不少自媒体也报道了），笔者代理了业主撤销权案子，目前正在审理中。

四、笔者的观点与建议

笔者赞同《民法典理解与适用》P2623页的作者观点（业主共同决定享有任意解除权），但认为任意解除权的行使，必须有法定的程序规定。

物业服务合同类似于委托合同，但不同于委托合同。物业服务合同具有排他性，而绝大部分的委托合同与承揽合同不具有排他性，国条第33条明确规定“一个物业管理区域由一个物业服务企业实施物业管理”，而委托人可以委托N个受托人办理有关事务，比如银行就由三家律师事务所背靠背地提供法律服务，由银行进行法律意见比较。所以，物业服务合同的任意解除权的行使，得有前置（限制）条件。

物业服务合同的任意解除权是一把双刃剑，行使不当害人害己。任意解除权的行使，如果不设置前置（限制）条件，会导致群体性事件，最后损害全体业主的权益。

任意解除权是法定的，它的存在，使得物业服务合同一直处于一种不确定状态，无论合同期限是五年、三年、一年，都变成不定期合同，物业公司就不会制订一个长期的经营管理方针目标，物业公司员工的劳动合同，也处于随时可能解除与工作岗位变动的状态，

同时，也使得业主与物业公司的关系变得紧张。

那么，应该如何完善业主任意解除权的行使呢，笔者建议从两个方面去完善。首先在立法层面，《南京市住宅物业管理条例》（以下简称“市条”），应当细化省条第55条第二款，第一，明确规定业主的任意解除权，在物业服务合同期限的上半期内不得行使。第二，明确规定任意解除权的先行撤出的损失保证金制度，物业公司有权对任意解除权造成损失的问题，要求甲方提供保证金，然后无条件撤出，损失问题等待司法解决。第三，抬高业主任意解除权的通过门槛。第四，建立事前评估以及表决前披露规则，邀请第三方机构对行使任意解除权可能造成的归结于合同甲方责任的损失，予以评估，并在业主共同决定时，予以明确，满足业主知情权，凡是隐瞒的，由街道办事处撤销业主共同决定。当然，能够通过国条省条的修正在国条省条中予以明确，那是最好。

其次就是甲方双方的自律，完善《议事规则》以及物业服务合同中关于任意解除权的行使方式。

附：新老省条

“老省条”第55条、第56条是这样编排的：

55条：物业服务合同期限届满3个月前，业委会应当组织召开业主大会会议，决定选聘或者续聘物业服务企业，将决定书面告知物业服务企业、物业所在地的县（市、区）物业管理行政主管部门和街道办事处（乡镇政府），并在物业管理区域显著位置公告。

物业服务企业决定不再续签物业服务合同的，应当在物业服务

合同期限届满三个月前书面告知业委会、物业所在地的县（市、区）物业管理行政主管部门和街道办事处（乡镇政府），并在物业管理区域内显著位置公告。

业主大会决定续聘的，业委会应当在物业服务合同期限届满一个月前与物业服务企业续签物业服务合同。

56条：业主大会决定解聘物业服务企业的，被解聘的物业服务企业应当按照规定办理移交手续。被解聘的物业服务企业在办理交接至撤出物业管理区域前的期间内，应当维持正常的物业管理秩序，但物业服务合同另有约定的除外。

2020年11月27日，新“省条”：

55条：业主依照法定程序共同决定解聘物业服务企业的，可以解除物业服务合同。决定解聘的，应当提前60日书面通知物业服务企业，但是合同对通知期限另有约定的除外。

依据前款规定解除合同造成物业服务企业损失的，除不可归责于业主的事由外，业主应当赔偿损失。

56条：物业服务合同期限届满90日前，业委会应当组织召开业主大会会议，决定续聘或者另聘物业服务企业，并将决定书面通知原物业服务企业，但是合同对通知期限另有约定的除外；同时书面告知物业所在地的县（市、区）物业管理行政主管部门和街道办事处（乡镇政府），并在物业管理区域显著位置公告。

物业服务企业决定不再续签物业服务合同的，应当在物业服务合同期限届满90日前书面通知业主或者业委会，但是合同对通知期限另有约定的除外；同时书面告知物业所在地的县（市、区）物

业管理行政主管部门和街道办事处（乡镇政府），并在物业管理区域显著位置公告。

业主依法共同决定续聘的，业委会应当在物业服务合同期限届满前与原物业服务企业续签物业服务合同。

物业服务合同期限届满，业主没有依法作出续聘或者另聘决定，物业服务企业继续提供物业服务的，原物业服务合同继续有效，但是服务期限为不定期。当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前60日书面通知另一方当事人；同时书面告知物业所在地的县（市、区）物业管理行政主管部门、街道办事处（乡镇政府），并在物业管理区域显著位置公告。

【 作者简介 】

顾迪，13357700222，南京市律协房地产专业委员会委员，法德东恒律师事务所律师，南京市住建委首届物业管理专家库成员，南京市首批援藏律师，南京市优秀公益律师。

【 提示 】

本文系作者本人观点，不得视为出具的正式法律意见或建议。

论物业纠纷解决方式的创新路径

——物业纠纷律师调解中心

文 | 周连勇 陈高天 江苏博事达律师事务所律师

随着传统村落、陈旧街区淡出历史舞台，我国房地产业迅猛发展，商品房住宅小区已经成为城镇居民主要的居住模式。不像传统村落、陈旧街区，高楼大厦居民之间缺少感情纽带，文化冲突加剧，再遇上“第三者”物业服务管理公司的加入，物业纠纷主体更加复杂，对社会的影响力加大。近年来，法院受理的物业纠纷案件数量已经超过家事纠纷，不难看出，物业纠纷已经成为社会的主要纠纷类型，但是将纠纷化解的大部分压力都施加审判机关不是长久之计，应该尽快形成“政府+专业人士”多元化调解的纠纷解决创新路径，在源头上化解物业纠纷，减轻法院案件受理压力，增加社会稳定性。

一、物业纠纷的基本问题

（一）物业纠纷的概念

物业纠纷的概念类似于医患纠纷、家事纠纷，是一种复合型的纠纷概念。从广义上讲，物业纠纷是物业公司在提供物业服务过程中，物业公司、开发商、业主、业主委员会等主体造成的一系列的人身、财产争议进而引发的纠纷，例如，业主对物业公司的管理、服务质量不满，业主利益受损，业主与物业管理公司达不成一致意见，从而拒交物业费等。物业纠纷是物业服务合同、业主知情权、业主撤销权等纠纷的集合体，涉及主体有业主、业主委员会、物业服务公司和开发商等。

（二）物业纠纷的特征

1.复合性

物业纠纷是一种复合型的法律纠纷集合体，是多种社会矛盾的集中体现。

2.非对抗性

从本质上讲，这种纠纷并非对抗性的纠纷，纠纷双方可基于各自利益形成长期的合作关系和依赖关系。

3.周期性

不同类型物业纠纷的发生规律与住宅小区生命周期存在相关性，容易相互叠加造成纠纷复杂化。

4.政府及律师等专业人士的可参与性

政府具有维护社会稳定的职责，政府的公信力和执行力也是化解纠纷的坚实基础，而律师等专业人士具备的专业能力是纠纷主体产生信赖感的有力武器。因此，在实际操作中，政府可以组织律师等专业人士对物业纠纷案件进行调解，具有极强的可参与性。

除了上述列举的特征，物业纠纷还具有恶性循环、可修复性差、群体化等特征。因此，解决物业纠纷不仅应重视对已经产生的损害进行补救，更重要的是排除和预防未来可能出现的风险，维护彼此之间的合作关系。物业纠纷的化解水平在一定程度上代表社会治理水平，因此充分发挥政府的主观能动性，各司其职共同努力，才能及时化解纠纷和矛盾，促进物业管理良性发展，推动社会和谐发展。

（三）物业纠纷的起因

物业合约的多边结构和不完全性造成的双向弱约束、管理不到

位、过度维权、约定不清楚的都是物业纠纷发生的起因，在多次与物业管理公司交涉未果的情况下，对物业管理公司产生了积怨，所以拒不缴纳物业费。由于该类事务往往涉及所在小区物业业主的共同性利益，物业管理公司担心调解退让后会导致连锁反应，往往不愿意作出让步。因此，物业纠纷案件虽然标的额不高，但是双方很难在短时间内达成调解意愿，本调研就先着手于寻找物业纠纷产生的原因，具体如下：

1. 物业行业收费不透明，导致业主对其信任力减弱

开发商建设好房屋后，会指定一家物业公司入驻，也就是“前期物业”。正常程序应该是，业主从开发商处领到房屋并入住后，在跟物业公司协商签约；但现实情况中，物业往往会直接跟业主接触，并先收取一年的物业费，才能领取房屋钥匙，进屋入住。从物业角度出发是避免了跟业主繁琐的谈判过程，但从业主角度出发，业主没有太多机会去了解物业服务、收费标准等信息，这种现状就是导致物业纠纷的先导诱因。从签约开始，业主与物业就会产生互相猜疑的不信任感，再加之社会上有太多物业不负责、不尽职的情况发生，就在不知不觉间埋下了隐患。

2. 业主与物业交流带有敌意，沟通效果不佳

部分业主对开发商与前期物业的身份理解不清楚，因此，开发商退场后，物业直接面对业主，业主在遇到房屋问题时会带着报复性心理寻找物业解决，难免会导致双方产生矛盾，即使问题不是出在物业身上。这种情况下，物业一旦出现推脱的情况，业主就会带有敌意，导致沟通效果不接，问题也不能解决。

3.部分物业公司服务意识差

在业主提出合理要求时，部分物业公司会采取推卸责任、置之不理的态度，业主寻求帮助无果，只能寻求其它解决方式，这些方式中可能会出现极端路径，从而导致物业纠纷再升级。

4.主体位置摆放不清

主体位置摆放不清纠纷是各方都会出现的问题，从法律角度来说，双方是契约的主体，彼此之间是平等地位。有些业主会认为物业公司就是来服务自己的，要接受自己的合理要求或者不合理要求，而有些物业公司会认为自己的定位是小区的管理者、制度的建立者，双方本着这种态度交流，会在一件件小事中和不断摩擦，直到矛盾爆发。

5.业主群体的分散性和个别性与物业服务的整体性和公共性

业主身份不能做简单解读，由于文化素养、职业、社会背景等因素不同，在面对事情的态度和做法不同，因此物业纠纷呈现出多样性的特点，这无疑增加了物业公司解决业主问题的难度。物业公司管理、服务整个小区、社区，往往考虑的是大部分业主的需求，会忽视个别业务的诉求，而被忽视的业主会出于同样购买服务而被忽视的想法，进一步激发矛盾。

6.部分业主自治能力不足

如果物业没能扮演好组织者，业主之间缺乏沟通机会，在面對问题时，会各用各法，这样不仅不能解决问题，还可能产生更大的问题。

7.政府部门介入不足

政府部门对业主和物业公司的引导、规范不够，没有提供专门的纠纷化解路径，导致纠纷持续发酵，增加了社会不稳定因素。

（四）物业纠纷的类型

物业纠纷是在物业管理服务过程中发生的纠纷，从最初业主围绕公共部位的使用发生的纠纷开始发展到现在涉及民事、行政等各个领域的纠纷。从物业纠纷涉及的法律性质看，它包括了合同纠纷、侵权纠纷以及其他原因引起的纠纷。

1.因违反合同约定而产生的纠纷

（1）因开发商违反合同约定而发生的纠纷

因房地产开发商未能切实履行房屋买卖合同的约定而产生的与业主之间的纠纷。由于房地产开发商大多委托物业公司代为交房，在业主收房时发现如房屋质量不过关、绿化面积不够、房屋面积误差太大等问题时，就容易与物业公司之间发生纠纷。

（2）因物业服务企业违反合同约定而发生的纠纷

物业服务企业在物业管理过程中较为常见的违约行为主要有：一是物业服务企业没有实施物业服务、或者实施了物业服务但是其质量没有达到物业合同中所规定的要求；二是物业服务企业在收取物业管理费的过程中超出了合同的标准而与业主发生纠纷；三是物业企业因为违规停水、停电等其他行为而与业主发生的纠纷。

（3）因业主的违约行为而发生的纠纷

业主在物业管理过程中较为常见的违约行为主要有：一是业主享受了物业公司提供的服务但不交或是少交物业费而与物业服务企业发生的冲突；二是业主违反合同约定在物业小区公共部位乱搭乱

建而发生纠纷;三是业主不服从物业公司管理发生的纠纷。

2.因侵权行为而产生的纠纷

(1) 因侵犯业主人身权益而发生的纠纷

在物业管理过程中,物业服务企业等侵权人实施的侵权行为往往侵害了业主的人身权益而产生纠纷。根据侵犯的人身权益的类型不同,主要包括:一是侵犯了业主的生命健康权的纠纷,如物业服务企业在物业服务过程中滥用物业管理权对某些业主的身体或者身体的一部分施加影响使业主的生命健康受到威胁等;二是侵犯业主人身自由而发生的纠纷,如物业公司在物业管理过程中实施了非法拘禁、羁押、搜查等非法的物业管理行为,限制业主自由活动的权益,侵犯到业主的人身自由;三是侵犯业主名誉权而发生的纠纷,如物业服务企业在物业服务过程中物业工作人员故意对业主实施的侮辱、诽谤或其他对业主的人格进行贬低的行为,直接侵犯了业主的名誉权;四是因侵犯业主的住宅安全而产生的纠纷,如物业公司工作人员在物业管理过程中未经业主同意非法进入业主住宅,进行搜查或查封等行为,侵犯业主的住宅安全权。

(2) 因侵犯业主财产权益而发生的纠纷

在物业管理过程中,由于物业服务企业或者其他主体实施的行为侵害到业主的财产权益而发生的纠纷主要包括:一是业主的个人财产在物业小区内受到损失而引发的纠纷,如业主的汽车、电瓶车等停放在小区发生丢失等等;二是非法利用小区公共部位获利而引发的纠纷,如物业公司未经小区业主大会批准出租小区公共用房获利而侵害业主财产权益的纠纷等等;三是物业企业在物业管理过程

中侵吞业主公共财产而发生的纠纷，如物业企业伪造业主签名擅自挪用或者处分物业专项维修基金而引起的纠纷。

3.因其他原因而引起的纠纷

(1) 因前期物业管理企业不同意撤出物业小区而发生的纠纷
前期物业服务企业与开发商签订的前期物业服务合同到期后，在业主与其他物业服务企业已经签订物业服务合同的情况下，拒绝从物业小区中撤出而发生的纠纷。

(2) 业主大会在选聘、解聘物业服务企业过程中发生的纠纷
业主大会没有按照业主公约的规定，通过合法的程序选聘物业服务企业;或是在与物业服务企业解除合同关系时没有按照合同的约定和法律的规定解聘，就容易发生这类纠纷。

(3) 业主与物业服务企业未签订物业服务合同发生的纠纷
在业主入住以后，物业服务企业没有立即与业主签订物业服务合同;或是在前期物业服务合同到期后，物业服务合同尚未签订生效等情况下发生的纠纷。一般在此类纠纷中，业主往往认为没有与物业公司发生物业服务关系，对开发商与物业服务企业签订的前期物业服务合同也不认可。

(4) 业主与社区、街道或物业管理行政主管部门之间发生的纠纷

由于在物业管理的过程中，行政主体没有按照法律的规定实施具体的行政行为或是不作为，侵犯到业主合法权益而发生的纠纷。

二、物业纠纷律师调解中心设立的必要性

物业纠纷产生路径多，涉及主体广，给社会造成的不稳定因素

增加。为适应对居住环境提供优质高效服务的需要，住宅小区物业服务已广泛进入人们的日常生活，但因物业服务在我国尚属一项新事物，物业服务企业的服务意识和业主的维权意识之间还存在较大的差异与分歧，使得物业纠纷逐年增加，成为社会不和谐的因素之一。近年来，医患纠纷、家事纠纷已经给社会造成不小的影响，物业纠纷的出现无疑会给社会带来更多的不稳定因素。现有、在建大量的住宅、写字楼，物业纠纷可谓无处不在，这些都是社会不稳定的隐患。现有纠纷化解方式尚存不足，还未形成一套完整、成熟的纠纷化解机制。因此，政府主导、律师“唱主角”的专业人士参与的专门的物业纠纷律师调解中心的设立是势在必行，现针对设立物业纠纷律师调解中心的必要性机进行分析。

（一）主体规模大、适用范围广泛

1.物业管理服务行业企业数量众多

随着我国大规模建设以来，商品房的数量逐年上涨，业主对物业服务愈发需要，因此物业管理服务行业企业呈井喷式增长。物业服务有着成本低、收益稳定的特点，是近几年投资者关注的重点领域。以南京市为例，截止统计至2019年，南京市物业管理服务行业企业名录有2500多家（数据来源为“中国客户网”编辑整理的最新企业名录，在工商登记的基础上，通过呼叫中心、专家分类等方法，收录了截止至2019年所有注册运营的物业管理服务企业的最新信息，覆盖率在99%以上）。由此可见，物业服务管理行业数量之多，一旦因宏观层面出现调控不到位等原因，从而出现大规模的物业纠纷，势必会给社会带来大量的不稳定因素。

2.人口基数大

我国人口基数庞大，而大量的人口须要居住、娱乐、工作，这就得有相应数量的住宅、办公场所、商场。可以这么说，我们每个人都处在物业关系中，不管是身处住宅还是办公地点、商场等。不难发现，物业纠纷一旦发生而不能及时化解，就会刺激一些潜伏的矛盾爆发，从而导致物业纠纷僵化。物业纠纷律师调解中心可以在源头上化解纠纷，防止矛盾激化，因此是必要的。

（二）调解工作与政府配合度、资源利用率不高

尚存的调解工作大多是以社区为单位进行的，问题很明显，即社区调解即没有政府的公信力和执行力，也没有律师等专业人士的专业能力，调解结果也大多差强人意。政府推出很多旨在消除、减少物业纠纷的计划，让市民过上稳定和谐的社区生活，但是计划落到实处就出现行政资源不足的问题产生。南京市存在大量的法律服务资源，律师事务所和律师的数量在全省首屈一指，这些化解纠纷等法律问题的资源没有得到完全的开发。

为解决此问题，政府可以购买服务的形式，组织律师等专业人士成立物业纠纷律师调解中心，将政府的公信力、执行力与律师的专业能力相配合，利用好本身就具备优势的法律服务资源，可以更好的化解物业纠纷。

（三）现有纠纷化解机制存在不足

1.行政复议

行政复议案件适用范围比较窄，物业纠纷中众多纠纷类型仅能涉及到行政部门的具体行政行为，而更多的纠纷类型却不能涉及。

2.诉讼

诉讼应该是救济的最后一环，但是前期路径没有采纳、矛盾激化过后，社会影响力扩大，纠纷主体不得不选择诉讼方式来解决。这就导致，法院“案多人少”的情况更加严重，而且诉讼方式用时较久，不能给服务对象及时化解纠纷，存在矛盾激化的隐患。

3.物业管理部门投诉

物业纠纷主体多元化，不仅是业主、业主委员会投诉物业公司开发商等，甚至有业主诉业主、业主诉业主委员会、物业公司诉业主和业主委员会等情况，而物业管理部门受理的投诉案件仅能是业主或业主委员会投诉物业公司，而这种救济方式就不能给物业公司等被投诉对象提供救济权利的渠道。

4.基层组织调解

基层组织调解主要有社区、街道基层组织调解，但是这种调解方式会被业主和物业公司忽视，不能起到较好的作用。物业矛盾激化后，基层组织往往妥善解决，双方不能静下心来沟通，未必能有较好的效果。

5.业主委员会自治

业主组成业主委员会，由业主推举出的代表跟物业公司协商本身是较好的解决路径，但是部分业主自治意识较弱、自治能力不足，往往不能聚集。业主之间交流不善，无法聚合成业主利益共同体。

6.线上方式

线上方式具有便捷性、可视化等优点，但是其也不具有线下调解的直接性，线上线下须要相互配合，才能起到更好的作用。

三、物业纠纷律师调解中心设立的可行性

政府的公信力与执行力是化解矛盾的坚实基础，而律师等专业人士的专业能力则是化解矛盾的有力武器。物业纠纷不同于一般民事纠纷，从根本上讲是属于非对抗性的，因其主体之间存在不同程度的合作关系，利益关系相互依存，实现互利共赢才是双方的最终目的。物业纠纷涉及法律、心理、文化、情感等多个方面，其中法律问题是须要从专业角度来解读的，很多物业纠纷就是在源头处没有正确的法律引导，才越发严重，直至矛盾僵化。物业调解中心由律师、心理医生、行政部门、基层组织、业主委员会、物业等主体组成，从法律、心理、情感等方面对接主体需求，让物业纠纷在源头处化解，从根源上解决问题，不至于发酵、爆发，增加社会稳定性。因此，物业纠纷调解中心的设立是有可行性的，具体分析如下。

（一）政策支持有力

为建立责权明晰、程序规范、运行高效、保障有力的行政管理服务体制，提升住宅小区行政管理效能和公共服务水平。比如，南京市政法委推行“美丽家园计划”，旨在为居民化解矛盾、解决问题，减少、消除物业纠纷、家事纠纷，给居民良好的居住环境。有力有力的政策支持，物业纠纷律师调解中心的设立会更具影响力，化解物业纠纷更有效率。

（二）机构与人才优势

设立物业纠纷律师调解中心，其中“律师”唱主角，心理学者、基层组织、政府部门等主体多方参与，这就要求有大量的律师事务所作为资源输入保障，而南京市作为江苏省省会有丰富的法律资源，

律师事务所汇集，尤其是建邺区，优秀的律所及律师更为集中。

（三）媒体资源配合进行

物业纠纷律师调解中心设立，可以选取其中的典型案例在电视台法制节目中现场调解，能让观众了解法律知识、获知事件经过、观看调解过程，这样一来，有类似的矛盾与纠纷的观众可能会自行化解，起到事半功倍的作用。

（四）有优秀的借鉴对象

江苏省乃至省外有多地率先实施了物业纠纷调解中心制度，有泰州市海陵区、浙江嘉兴市平湖县、青岛市崂山区等地已经设立了物业纠纷调解机构并取得不错的反响，优秀的先例可以借鉴、学习。相比这些先例，设立以律师为主的物业纠纷律师调解中心更看重执业律师的法律专业性。

南京市鼓楼区有医患纠纷调解中心，这是基于很多大型医院集中在鼓楼区，相应的，医患纠纷发生率很高，这也是鼓楼区设立医患纠纷调解中心的起因。虽然纠纷类型不同，但是医患纠纷调解中心同样可以作为建邺区设立物业纠纷律师调解中心的借鉴对象。

（五）线上调解应用配合进行

在“互联网+政务”已成为潮流的当下，一边是政府与时俱进、试水移动互联网，大量政务APP被开发，另一边因重建设、轻运维，后继运行维护乏力，众多政府APP沦为“摆设”。南京市建邺区司法局研发的“人民调解小助手”APP，借助工具创新，满足调解员的现实需求和提升其调处能力，成为司法圈中的“网红”，对网络时代创新社会管理很有启发意义。

但正是因为“人民调解小助手”是线上调解APP，当面对部分刚性纠纷时，往往不能达到面对面调解的效果。物业纠纷律师调解中心的出现就能实现“线上线下”配合进行调解工作，可以达到推广范围广、各种性质的物业纠纷都能得到妥善解决。

物业纠纷的存在是在所难免的，我们要做的并非不现实地消灭纠纷，而是将纠纷控制在合适的范围内，特别是当纠纷发生后能够及时化解。实践中，由于物业纠纷的刚性化造成化解后难以修复物业合约关系，物业关系缺乏弹性，这对双方其实都是有损害的。对业主来说，与物业公司关系破裂而更换物业，不但消耗大量时间精力甚至经济成本，也不一定换来物业服务质量的显著改善，而对物业公司来说，经济和声誉受损的影响更是显而易见。因此，选择律师调解的方式不仅可以化解纠纷，还可以对纠纷个主体的关系进行修复，减少纠纷的复发可能性。

四、设立物业纠纷律师调解中心的构想

（一）政府与律师等专业人士默契配合，发挥政府行政职能，提高社会资源利用率。

物业纠纷律师调解中心由政府主导，利用政府的公信力与执行力夯实民众信赖基础。政府可以购买服务的方式，组织律师等专业人士提供专业的调解服务。当物业纠纷发生时，政府与专业人士的配合，不仅可以更好地发挥政府的行政职能，还可以大幅度提高社会资源利用率，更好地解决物业纠纷。

（二）建立制度细化、组织健全的物业纠纷调解平台。

设立物业纠纷律师调解中心并让其成为业主、业委会、物业公

司等主体面对物业纠纷时会采取的化解纠纷主要方式，就要建立好细化、成熟、公正的制度，同时，物业纠纷律师解中心还要有完整、健全的组织机构。这样以来，、调解中心在运行过程中才会有条不紊、工作细化、公平公正，才能给服务对象根植内心的公信力。

（三）加强研究、注重指导，全面推进物业纠纷律师调解工作。

物业纠纷是复合型的纠纷类型，结合业主撤销权、知情权、人身损害纠纷、财产损害纠纷等，而且在今后面对物业纠纷调解工作时还会发现更多的纠纷类型，因此，物业纠纷律师调解中心的服务人员特别是律师更要注重物业纠纷方面的研究，并把所掌握的法律知识普及、指导服务对象化解纠纷。如此一来，物业纠纷律师调解中心的调解工作才能全面推进。

（四）整合专业资源、多方联动。

物业纠纷律师调解中心是律师“唱主角”，但仍须要各个领域的专业人士多方参与，比如心理医生、基层组织、政府机关等机构的人员，这样服务对象就能在物业纠纷律师调解中心获得法律、心理、情感等方面的服务。多方联动还能让调解中心第一时间获知纠纷的发生，并及时化解，实现把物业纠纷扼杀在摇篮里，避免依法更大的矛盾。

综上所述，具有行政色彩和专业水平的物业纠纷律师调解中心能够将物业纠纷化解在源头，相对于诉讼的争议解决方式，专业调解还具有较强的社会关系修复可能性。因此，物业纠纷律师调解中心的设立是有必要性和可行性的。

【 作者简介 】

周连勇律师，男，中共党员，硕士研究生，现任江苏博事达律师事务所主任、高级合伙人、党支部书记、一级律师、南京律协副会长。业务擅长政府法律顾问、职务犯罪刑事辩护、企业法律风险防范等方面的法律事务。

【 提示 】

本文系作者本人观点，不得视为出具的正式法律意见或建议。

文旅地产项目收购中应 重点关注的土地法律风险刍议

文 | 魏志强 杨玉霞 北京市中伦(南京)律师事务所律师

前言

后疫情时代，城市地产调控面临重压，很大一部分资金流向远郊文旅地产洼地，文旅地产已成为地产行业的新引擎和突破口。根据中商产业研究院于2019年11月发布的数据，在百强地产企业中，已有超过50%布局文旅产业，其中部分房企选择通过并购方式开始涉足文旅地产业务。在文旅地产并购项目中，除了常规房地产并购关注点外，文旅地产项目需要对项目的土地使用权做更细致的关注和审查，本所律师结合近年来办理收购文旅地产项目业务的经验，就应重点关注的土地法律风险做深入探讨。

一、关于农用地流转的法律风险

文旅地产项目区位一般都远离市中心,以一二线城市城郊或外围为主,大多数项目都会遇到农用地和开发用地的结合问题。根据《土地管理法》中农用地的定义，农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等。根据《农村土地承包法》第三十六条规定，承包方可以自主决定依法采取出租（转包）、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案。实践中，承包方可以选择以集体经济组织作为中介进行流转，主要形式是以生产队、合作社或村的形式派代表进行签约，

也可以采取自行流转的方式。农用地流转的具体法律问题如下：

1、农用地的“三权分置”及土地经营权流转的法律风险

2018年12月，经全国人大常委会最新修订的《农村土地承包法》正式确立了农村土地的“三权分置”制度，落实了土地经营权的概念及流转要求，包括流转原则、流转合同的条款要件、融资担保等内容。其中的“三权”是指集体土地所有权、农户承包权和土地经营权。在稳定承包关系长久不变前提下，从土地承包经营权中派生出可市场化开放性流转的土地经营权。自此，农用地“三权分置”、土地经营权概念正式上升至法律地位。三权分置实质是为了盘活农业土地又不碰触法律基础的变通方式。允许将农用地经营权流转，既带动乡村振兴活力，也有利于土地的充分利用。这给文旅地产项目的开发带来了新的机遇。

为了进一步规范农村土地经营权流转行为，农业农村部发布新修订的《农村土地经营权流转管理办法》，自2021年3月1日起施行。该规定已去掉“承包”二字，被视为落实“三权分置”的体现。该规定对建立健全工商企业等社会资本通过流转取得土地经营权的准入监管制度作了详细规定，明确县级以上地方人民政府要依法建立分级资格审查和项目审核制度，并规定了审查、审核的一般程序，引导社会资本方规范流转土地经营权。县级以上人民政府可以根据本办法，结合本行政区域实际，制定审查审核的实施细则。该规定施行后，在尽调过程中应注意核查当地政府是否对社会资本资格条件、项目条件做出新规定。

对于开发企业，农用地流转后还需注意以下几点：首先，土地性质不改变，即土地不能转化为个人所有，性质仍然为集体所有制；其次，严厉的耕地保护制度即18亿亩耕地红线不突破，不能触碰农耕地；最后，农民利益不受损，即确保承包权仍归属于农民个人，不能突破。

2、关于林地中公益林的法律风险

文旅地产应充分利用森林资源和生态优势进行开发。林地使用权是非常重要的可利用资源，林地属农用地的一种，除上述土地流转问题外，还需要注意的是，根据《森林法》第四十七条，国家根据生态保护的需要，将森林生态区位重要或者生态状况脆弱，以发挥生态效益为主要目的的林地和林地上的森林划定为公益林。未划定为公益林的林地和林地上的森林属于商品林。

各省对于生态公益林是否可流转出台了不同的规定，例如，《湖北省森林资源流转条例》规定“生态公益林和其它法律、行政法规禁止流转以及权属不清的森林资源不得流转。”；《浙江省公益林和森林公园条例》规定“在不改变公益林林地用途和性质的前提下，公益林森林、林木、林地使用权和公益林补偿收益权可以依法流转。”

因此，在文旅项目收购中需核实关于案涉项目林地的性质是否属于公益林，该地块上已有的树木是否可以采伐，确认公益林的位置和面积，避免收购后无法利用的风险。

3、关于土地流转经营权证登记的法律风险

部分省市的《农村流转土地经营权登记管理办法》规定“流入

土地面积50亩以上，流转期限5年以上，可以申请农村流转土地经营权登记。”有的地区仅规定“经营面积达到一定规模”可申请办理，未对流转最小面积做出相应限制规定。文旅项目如果少量涉及林地、园地的利用，在尽调中应确认流转土地的位置和面积，核查当地出台的相关规定并向农业农村局工作人员核实，分析是否存在无法办理土地流转经营权证登记的风险。

二、关于点状供地的法律风险

文旅地产通常选址位于偏远区域，一般处于非传统居住区，核心卖点为山地、湖滨和滨海等自然资源，传统整片式供地方式将会造成土地资源浪费，对开发资金要求高，导致文旅项目难以落地。自然资源较好的区域，如海南省、浙江省、广东省、吉林省，安徽省、重庆市、四川省部分地区先后出台相关政策支持“点状供地”模式的落地执行，点状用地是指在城镇开发边界（城市和乡镇建设用地扩展边界）以外，不适合成片开发建设的地区，根据地域资源环境承载能力、区位条件和发展潜力，结合项目区块地形地貌特征，依据建（构）筑物占地面积等点状布局按照“用多少、征多少，建多少、转多少”的原则，“征转分离、分类管理”。建设占用的土地，应办理农用地转用和土地征收手续，按建设用地实施管理；生态保留用地的，可以根据项目开发需要办理征收手续后，仍按原土地用途进行管理。相比片状供地，建设项目容积率按实际建设用地与建筑面积计算、绿地率不做要求。同时，各地亦对点状用地项目列出负面清单，例如选址涉及占用永久基本农田、生态公益林、

自然保护区、饮用水水源保护区等禁止建设区；商品住宅、私家庄园、私人别墅等房地产和变相发展房地产的项目等情形不得纳入点状用地范围。此外，在尽职调查过程中还应注意核查对点状地块分割转让及抵押的限制。

点状供地能有效提高土地节约集约利用，发展乡村旅游，盘活农村闲置房屋，但在后期开发阶段，国家及当地政府是否出具政策调整，是否会对该项目的开发存在重大不利影响尚不确定。本所律师建议收购方在交易前，就政策问题与政府相关部门进行确认，并且在交易文件中，设置相关政策调整的风险防范和承担机制，作为交易的必要条件。

点状供地亦会存在农用地流转期限与建设用地出让年限不匹配的问题。考虑到项目建设周期较长，存在流转合同到期无法续签或增加续签成本的风险。本所律师建议收购方尽可能预判合同履行过程中可能发生的不利情形并逐一设置处理或退出机制，并考虑无法继续使用周边农用地情形下的土地利用备选方案。

三、关于规划法律风险

并购过程中还应注意核查目标地块城市总体规划、控制性详细规划、修建性详细规划；对于在未来开发过程中可能会涉及到的水源、农用地、林地、遗产保护区等是否存在与当地城镇规划相冲突的可能，给予充分的提示，避免文旅项目难以落地的可能性。文旅地产项目核查目标地块是否涉及生态保护红线是项目合规性的重点内容之一。生态保护红线是指在生态空间范围内具有特殊重要生态

功能、必须强制性严格保护的区域,是保障和维护国家生态安全的底线和生命线。

《环境保护法》、《国家安全法》等法律都明确规定要划定生态保护红线。2016年5月30日,国家发展改革委、国家林业局等9部委联合印发的《关于加强资源环境生态红线管控的指导意的通知》(发改环资〔2016〕1162号)就指出,依法在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线,实行严格保护,确保生态功能不降低、面积不减少、性质不改变……有效遏制生态系统退化的趋势。纳入生态保护红线的区域,禁止进行工业化和城镇化开。根据《在国家级自然保护区修筑设施审批管理暂行办法》第十四条规定及《风景名胜区条》第四十一条规定相关规定,若侵占生态红线,其可能受到的处罚包括但不限于罚款及责令限时拆除等。所以红线一定不能碰,即便前期各项手续齐全,依然不排除后期开发建设过程中存在项目被严查、被拆除的风险。

因此,在项目收购前应全面核查是否涉及当地正在划定或者已划定的生态保护红线范围,并主动向当地自然资源、环保等部门联络核实并详细的披露相关法律风险。

结语

利用农村土地资源,尤其是存量土地资源,发展文旅、度假、康养等乡村综合体,已成为文旅地产发展的破题之举,项目用地获取及利用方式的选择须根据项目的具体业态、土地权属、土地用途等综合确定。在项目开发过程中,将涉及政府方、村民、农村集体

经济组织等多个主体，可能涉及到土地流转、规划调整、闲置土地等数个问题，在复杂多变以及相对本地化的商业和监管环境中，投资者在收购文旅项目前，应对项目用地的土地权属、规划要求及地方政策等进行全面调查，根据调查结果综合研判项目范围内各种业态的用地成本、效益以及用地风险，合理平衡整体利益，并根据现实需要、难易程度来选择具体的土地利用方式，降低风险，以确保项目成功开发。

【 作者简介 】

魏志强律师，北京市中伦律师事务所权益合伙人、工程造价师，首批江苏省PPP专家库专家，东南大学工程法研究所研究员，东南大学法学院硕导，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，南京仲裁委员会仲裁员。

杨玉霞律师，南京大学法学学士，专业领域：投资并购与公司治理、工程和项目开发、诉讼仲裁。

【 提示 】

本文系作者本人观点，不得视为出具的正式法律意见或建议。

购房人逾期办证，开发商如何有效维权？

购房人逾期办证被诉请求的表现及法律适用

文 | 奚传江 江苏永衡昭辉律师事务所律师高级合伙人

在商品房预售合同交易中，很多购房人通过按揭贷款形式（包括商业贷款、公积金贷款或者混合贷款等形式）购买房屋，开发商或者担保公司为购房人承担阶段性担保。购房人收房后，有些基于迟延缴纳维修基金、交易税费或其他原因，迟迟不办理不动产权权证及他项权证（以下简称办证），导致开发商或担保公司的担保责任迟迟不能解除。本文主要以商品房预售合同交易中开发商为购房人提供按揭贷款担保，并在合同中约定了逾期办证违约责任条款为讨论背景，结合案例分析具体诉讼请求的情形及法律适用情况，希望对开发商、购房人以及法院裁判相关办证纠纷有些许帮助。

一、业主逾期办证被诉请求的表现

参阅案例：

南京市中级人民法院（2020）苏01民终1735号民事判决书、南京市雨花台区人民法院（2019）苏0104民初6366号民事判决书、南京市雨花台区人民法院（2018）苏0104民初1992号民事判决书、南京市鼓楼区人民法院（2019）苏0106民初386号民事判决书、南通市崇川区人民法院（2019）苏0602民初3208号民事判决书、泉州市中级人民法院（2018）闽05民终891号民事判决书、福州市台江区人民法院（2018）闽0103民初581号民事判决书。

（一）行为之诉

1、判令被告（购房人）立即办理案涉房屋的不动产权证及他项权证；

2、判令被告（购房人）立即办理案涉房屋的不动产所有权转移登记及不动产抵押登记；

（二）金钱之诉

3、判令被告（购房人）向原告（开发商或担保公司）支付逾期办证的担保费，以担保金额 * 万元为基数、每日万分之 * 标准，自 * 年 * 月 * 日起计算至 * 年 * 月 * 日；

4、判令被告（购房人）向原告（开发商或担保公司）支付逾期办证的违约金，以担保金额 * 万元为基数、每日万分之 * 标准，自 * 年 * 月 * 日起计算至办证完毕之日止；

5、判令被告（购房人）赔偿不按时办证给原告造成的损失 * 万元（最后一天公告的次日，加上免责10日， * 年 * 月 * 日至 * 年 * 月 * 日共计 * 日，每日按购房款的千分之 * 计收）；

6、判令被告（购房人）向原告（开发商或担保公司）支付律师费 * 元；

二、关于业主逾期办证纠纷的案由

从参阅案例看，主要包括三种案由，分属于《民事案件案由规定》（20201214二次修正）第91.房屋买卖合同纠纷之商品房预售合同纠纷及商品房销售合同纠纷，以及104.保证合同纠纷。

（一）商品房预售合同纠纷

南京市中级人民法院（2020）苏01民终5904号民事判决书、南京市雨花台区人民法院（2019）苏0104民初6366号民事判决书、泉州市中级人民法院（2018）闽05民终891号民事判决书、福州市台江区人民法院（2018）闽0103民初581号民事判决书。

（二）商品房销售合同纠纷

南通市崇川区人民法院（2019）苏0602民初3208号民事判决书。

（三）保证合同纠纷

南京市鼓楼区人民法院（2019）苏0106民初386号民事判决书。

参阅法条：

根据民法典第五百九十五条：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。

第六百八十一条：保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。

第六百八十五条：保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。

民法典中没有关于商品房预售合同的专款规定，此类纠纷引用的合同多属“混合合同”，糅合了民法典中买卖合同及保证合同的特性，但此类纠纷的核心属性应是担保合同。根据最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知，关于案由的确定标准：

民事案件案由应当依据当事人诉争的民事法律关系的性质来确定。鉴于具体案件中当事人的诉讼请求、争议的焦点可能有多个，争议的标的也可能是多个，为保证案由的高度概括和简洁明了，修改后的《案由规定》仍沿用2011年《案由规定》关于案由的确定标准，即对民事案件案由的表述方式原则上确定为“法律关系性质”加“纠纷”，一般不包含争议焦点、标的物、侵权方式等要素。但是，实践中当事人诉争的民事法律关系的性质具有复杂多变性，单纯按照法律关系标准去划分案由体系的做法难以更好地满足民事审判实践的需要，难以更好地满足司法统计的需要。为此，修改后的《案由规定》在坚持以法律关系性质作为确定案由的主要标准的同时，对少部分案由也依据请求权、形成权或者确认之诉、形成之诉等其他标准进行确定，对少部分案由的表述也包含了争议焦点、标的物、侵权方式等要素。

三、关于业主逾期办证纠纷的法律适用

（一）请求购房人办证能否形成判项并被强制执行？

办证属于权利确认，对购房人而言更多是体现权利，也涉及到房地产登记相关政府权利，可否判决要求购房人办证？

第一，办证的责任主体是谁？

根据《不动产登记暂行条例》（20150301施行）第十四条第一款：因买卖、设定抵押权等申请不动产登记的，应当由当事人双方共同申请。

南京市鼓楼区人民法院（2019）苏0106民初386号民事判决

书认为：

案涉房屋应于2010年3月31日前交付使用，现并无证据证明被告对涉案房屋的交付提出过请求或异议，原告亦认为被告已经接收房屋并对外出租。2009年4月，第三人开发商对案涉房屋进行产权初始登记，完成了期房到现房的过渡，若被告根据第三人开发商提供的相关资料即可以办理不动产权利证书及抵押登记。但被告无正当理由拒不办理上述登记手续，行为导致原告的担保责任持续，相关利益受损。违反双方在《担保服务合同》中的约定“乙方在《商品房买卖合同》中约定的交付日期到期时，应及时办理房屋交接手续，并将开发公司提供的办理产权证的相关资料转送至甲方处，同时将办理产权证所需税费一次性预交给甲方，积极配合甲方办理房屋产权登记事宜”，使确定的权利处于受限制状态，不利于不动产交易。故被告应当依约办理上述登记手续，履行其合同义务。

第而，抵押预告登记对于办证及优先权是否有影响？

南京市鼓楼区人民法院（2019）苏0106民初386号民事判决书认为：

预告登记是指为保全一项请求权而进行的不动产登记，该项请求权所要达到的目的，是在将来发生不动产物权变动，其他的不动产登记都是对现实的不动产物权进行登记，而预告登记所登记的不是不动产物权，而是目的在于将来发生不动产物权变动的请求权。因此，当不动产物权登记条件已经具备时，若预告登记权利人消极地怠于行使权利，不办理正式登记，必将造成不动产现时权利人权利长期受限，预告登记的不动产亦被置于权利待定状态，使得能够

进行交易的不动产无法变动。对于能申请登记而未申请的情形，法律未明确申请登记的主体，若不动产登记条件已成就时，预告登记权利人能够申请而未申请超过三个月的，预告登记失效，若非因预告登记权利人的原因，致不动产登记条件成就后三个月未办理登记的，不适用此预告登记失效的规定。

第三，办证行为能否强制履行？

根据《民法典》第五百八十条第一款：当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- （三）债权人在合理期限内未请求履行。

第五百八十一条：当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。

基于上述规定及实际情况，购房人办证的行为客观上并非不能履行或履行费用过高，因此可以形成判项并被强制执行，义务人不履行的可以通过转化为金钱之债予以履行。

（二）诉讼过程中购房人办妥产权证对诉讼的影响？

根据《民法典》第五百八十三条：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

此类案件中发生这种情形的，原告应撤回关于办理权证的诉讼

请求，并应固定金钱之诉的准确金额。

（三）购房人逾期办证的，开发商是否有损失？同问，购房人因开发商原因逾期办证的，购房人是否有损失？

第一，损失的界定。

根据《民法典》第五百八十四条：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

损失包括自有物质方面的减损，也包括可得利益的丧失，不仅限于金钱减损，还包括义务负担。在风险管理中，通常将损失分为四类：即实质损失、额外费用损失、收入损失和责任损失。具体到此类纠纷中，开发商承担了阶段性担保，但没有缴纳担保费，义务负担处于风险状态，损失很难认定，给了法院自由裁量的空间。

同样，购房人已经收房并正常使用，但因开发商原因逾期办证的，也很难论述损失的存在。但法院确有明确的条文予以保护。根据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十四条，由于出卖人的原因，买受人在下列期限届满未能取得不动产权属证书的，除当事人有特殊约定外，出卖人应当承担违约责任：（一）商品房买卖合同约定的办理不动产登记的期限；（二）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日；（三）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日。

合同没有约定违约金或者损失数额难以确定的，可以按照已付购房款总额，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。

第二，开发商因购房人逾期支付贷款利息承担连带责任后能否向购房人主张责任么？

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释第十八条第一款，承担了担保责任或者赔偿责任的担保人，在其承担责任的范围内向债务人追偿的，人民法院应予支持。

上述情形，开发商的损失已经清楚，当然可以追偿。但即使没有发生连带责任，也可以基于合同约定向购房人主张违约责任。

（四）向购房人主张逾期办证责任所依据合同条款的适用条件？

预售合同条款参考：

第九条，该商品房交付后90日内，甲、乙双方共同申请房屋所有权转移登记；甲方应当在双方申请房屋所有权转移登记前，将需要由其提供的房屋权属登记资料报送南京市住房保障和房产局。

补充约定第14条，甲方应及时以书面形式通知乙方前来办理房屋的产证转移，乙方在接到甲方办理房地产权证通知后仍延迟申办，导致甲方的担保责任不能及时解除的，则从甲方通知发出后15日起按甲方为乙方向银行提供的担保金额的万分之三 / 天计算，向甲方支付担保费。

第一，催告送达。如果没有自行催告送达，即使在诉讼阶段法院采取了送达措施也可能不被适用。

南通市崇川区人民法院（2019）苏0602民初3208号民事判决

书认为：

2018年12月7日，原告通过EMS国内标准快递向被告寄送《办证催告函》，通知被告于2018年12月30日前办妥案涉房屋的房产证、土地证及他项权利证。2019年1月7日，原告再次通过EMS国内标准快递向被告寄送《办证催告函》，通知被告于2019年1月20日前办结。其中，上述两份快递收件人地址均填写为“*新都会14-*”，且均被退回。诉讼过程中公告送达。

本院依法向被告送达包括起诉状副本在内的相关应诉材料属于民事诉讼的程序性事项，目的是保障被告相关诉讼权利，而原告通知被告办证系双方明确约定的具有先后履行顺序的合同义务，与诉讼权利无涉。原告未尽及时通知义务，亦未能就办理权属登记需由出卖人提供的资料报产权登记机关备案进行举证，故对原告要求被告办理产证、支付担保费及律师费的诉讼请求不予支持。

第二，开发商关于办证的举证责任

1、催告函，证明尽到了告知的责任。

2、房屋权属登记资料报送收据，证明尽到了己方提供办证资料责任。

3、购买票据或发票，证明尽到了配合办证义务。

4、相关沟通记录，证明积极自力救济。

5、其他

第三，担保费的属性

第一种观点，担保费是购房人对开发商担保行为支付的对价补偿，附条件支付。条文列明的字样是“担保费”，如果购房人未按

约定办理产权证，应启动和适用该条款，该金额不是损失和违约金，是开发商基于担保而应得的费用。

但开发商收取担保费可能被认定为开展担保业务，目前需要审批许可。

第二种观点，担保费实质为违约金。《民法典》第五百八十五条：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。参考条款约定了购房人积极办证的义务，如果违约，应当承担相应的不利后果。

从参阅案例来看，多数情形引用此条约定并以违约金性质进行主张。

第四，担保费、违约金及损失的计算标准，暨计算基数、逾期期间、扣除期间、日标准的确定。

南京市中级人民法院（2020）苏01民终1735号民事判决书：

一审法院认为：原告、被告签订《商品房预售合同》系当事人真实意思表示，不违反法律规定，应属合法有效，当事人应当按照约定内容履行合同义务。根据合同约定，被告有及时办证的义务，被告于2017年9月19日收到原告通知办证的材料后应及时办理所有权转移登记手续。被告延迟申办导致原告的担保责任不能及时解除应承担相应的违约责任，原告主张被告承担逾期办证的违约责任符合合同约定，一审法院经核算，违约金应以345万元为基数，自2017年10月12日起计算至2019年6月17日（已扣除国庆7天法定节假日），按日利率万分之三计算，合计634455元。原告的担保期

限至光大银行领取案涉房屋他项权利（抵押权）证书之日止。对于被告辩称系开发商不为其出具发票致其不能办证，未能提供证据证明其已履行了前往原告处换开发票的先行义务，系开发商原因导致其无法办证，故被告的抗辩理由均不成立，一审法院不予采信。

被告对一审判决不服，于2019年12月29日向南京中院提出上诉，请求中院撤销一审判决，查明事实依法改判驳回诉请。二审中，双方当事人均未提交新证据。对一审查明的事实双方当事人均无异议，中院予以确认。

二审中院认为，上诉人于2017年9月19日收到被上诉人通知其办证的材料，而于2019年6月18日办理完成涉案房屋所有权转移登记，已构成逾期办证。《中华人民共和国合同法》第一百一十四条规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院予以适当减少。本案中，上诉人虽逾期办理房屋产权证，但其按时归还按揭贷款，未导致开发公司承担担保责任，被上诉人也未举证证明其因上诉人的逾期办证产生相应损失，故本院综合考虑上诉人逾期办证的时间、被上诉人的损失情况以及另案诉讼的情况，对原告主张的违约金酌减为30000元。

福州市台江区人民法院（2018）闽0103民初581号民事判决书认为：

虽然合同补充协议约定被告逾期超过30日并导致原告设立的担保责任无法解除，每日应向原告按其总房款的万分之八支付违约

金，直至实际办妥房屋产权证日止，鉴于被告逾期办证势必对原告公司造成损失风险，双方亦确认被告至今按月还贷，未发生欠款情形，若按合同约定的逾期办证的违约金标准来计算损失显然过高，且与合同中所约定的原告公司若逾期办证应向被告支付房屋总价款日万分之一的违约金约定相比，显失公平，参照合同约定原告公司逾期办证的违约金标准，本院对被告提出调整违约金的标准为日万分之一的意见予以采纳。因此被告应向原告公司支付2017年12月23日起至2018年3月8日止（合计75天）的逾期办证违约金为13537.5元（ $1805000\text{元} \times 0.01\% \times 75\text{天}$ ）。

泉州市中级人民法院（2018）闽05民终891号民事判决书认为：

被告于2016年11月23日收到原告公司的送达《办理商品房不动产登记和抵押登记通知书》，根据合同约定，其应于2016年12月3日前向原告公司提供办理产权登记所需文件及资料，但直至2017年2月7日才履行上述义务，已构成违约，应承担逾期委托办证的违约责任。根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十七条有关“买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明并改判。”的规定，二审中，本院依照上述规定向原告释明，被告认为逾期委托办证违约金标准过高，应予调整。本院根据合同的履行情况、被告

的过错程度以及抗辩意见等因素，根据公平原则和诚实信用原则，将逾期委托办证违约金标准调整为每日按购房款的万分之一计算，故被告应支付自2016年12月4日起至2017年2月6日止每日按购房款的日万分之一计算的违约金3617.89元（556598元×0.0001×65天）。

（五）律师费

福州市台江区人民法院（2018）闽0103民初581号民事判决书认为：

关于原告公司诉请被告支付律师费11900元，鉴于合同补充协议中约定“买受人违约，出卖人有权依据约定要求买受人承担违约责任，出卖人为此而支出的合理费用（包括但不限于诉讼费用、保全费用及律师费等）均应由买受人承担”，原告公司为本案诉讼支出律师费11900元有相应的转账记录及发票为据，被告亦同意支付律师费，本院予以准许。

南京市鼓楼区人民法院（2019）苏0106民初386号民事判决书认为：

各方在《个人购房抵押（保证）借款合同》中约定“因订立和履行本合同而发生的印花税、契税、律师费、公证费、保险费、抵押登记费等费用由债务人承担”办理产权登记、抵押登记，均涉及到原告的保证责任范围，因此被告应承担本案的律师费。

四、对法院自由酌定赔偿金额的评议

从参阅案例中发现，福州市台江区人民法院（2018）闽0103

民初581号民事判决书将约定的日万分之八标准调整为日万分之一，泉州市中级人民法院（2018）闽05民终891号民事判决书将违约金标准调整为日万分之一，而南京市中级人民法院（2020）苏01民终1735号民事判决书直接将违约金数额从60多万元酌定为3万元，分歧较大。

在南京市中级人民法院（2020）苏01民终1735号民事判决书中，一审、二审法院均都查明并认为：双方当事人签订的商品房预售合同合法有效，根据合同补充约定第14条，购房人逾期办证的，则从通知发出后第15日起按照甲方向银行提供的担保金额的万分之三/天计算违约金。两级法院均认为被告逾期办证构成违约，应当承担违约责任，分歧在于：一审法院按照合同约定计算违约金为634455元，二审法院背离约定自由酌定违约金为30000元。

笔者认为南京市中级人民法院（2020）苏01民终1735号民事判决书将违约金从634455元酌减为30000元，违背当事人的意思自治原则和公平原则，并不妥当：

第一、针对购房人及开发商逾期办证责任，应遵守同一个条款同一套适用标准，如果适用双重标准不仅对开发商不公，也动摇了合同法公平原则。

在关联案件2018苏0114民初1992号案件中，一审法院判决开发商按照银行同期贷款利率支付逾期办证违约金295896.92元，二审法院对此违约金标准进行了维持，该判决已经生效和履行。同样一份合同，同样有效的条款，同样的逾期办证责任，二审法院忽略之前做出的按照同期银行贷款计算逾期办证违约责任判例，将违约

金从63万多元酌减为3万元，形成明显的比对落差，动摇了合同法公平原则。

第二、合同约定的“万分之三/天”的违约金标准符合市场惯例，不应通过自由裁量动摇合同法意思自治原则。法院在没有充分说理论证的情形下，忽视约定标准而将违约金大幅酌减，会使交易双方处于不稳定的心理状态，动摇了法治的可预期性及意思自治原则！

第三、法官自由裁量权的行使不能任意为之。自由裁量权是一种相对自由权，更多的表现为在对严格的规则进行漏洞补救。如果双方在商品房预售合同及补充协议中相关适用的条款意思明确，不存在歧义，不违反法律规定，违约金标准不高，不存在自由酌定的前提。如果对法官的自由裁量不加限制可能使其随意扩张，导致权力的滥用，必然会产生司法专横，损害司法公正。

五、结语

开发商或担保公司为购房人按揭贷款提供阶段性担保比较常见，购房人逾期办证会使开发商或担保公司风险负担加大，进而引发诉讼。该类诉讼的法律适用尚未在法律或司法解释中找到明确的解决方案。在购房人正常还贷情形下，开发商的损失比较难论证，即使合同条款中有明确的违约金计算标准，实践中也很可能被法院调整适用，比如从约定的日万分三标准调整为日万分之一或者银行同期贷款利率。另外，法院对于启用条款追究购房人逾期办证责任的举证要求较高。

因此建议：

1、当事人在合同中明确约定送达地址。当事人在纠纷发生之前约定送达地址的，人民法院可以将该地址作为送达诉讼文书的确认地址。

2、购房人逾期办证条款，使用“违约金”表述，并参考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十四条的违约金确定标准，“按照购房款总额，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违约金。”

【 作者简介 】

奚传江律师，江苏永衡昭辉律师事务所党支部书记、管理合伙人。房地产、建设工程、银行金融、私募并购、合同促成，是民商法律事务领域的资深专业人士。江苏省法学会经济法研究会理事，江苏省律师协会党建委员，南京市律师协会房地产委员会副主任，大学兼职教授。

【 提示 】

本文系作者本人观点，不得视为出具的正式法律意见或建议。

携手共进

A photograph of the Chicago skyline at sunset, with the Willis Tower and other skyscrapers illuminated against a warm, orange and yellow sky. The city lights reflect on the water in the foreground. The image is framed by geometric shapes in orange and blue.