



内部刊物

2022年 总第三期

金陵房地产法律快讯

专注

分享

价值

njslawyers.org



南京市律师协会
房地产法律专业委员会
统稿 编辑



前言

《金陵房地产法律快讯》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。

《金陵房地产法律快讯》是南京房地产法律人思想交流的沙龙，法律人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。

《金陵房地产法律快讯》目前已发布第三期，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 南京律协房地产委、财税委联合举办“房地产开发项目与土地增值税汇算清缴税收争议管控”培训
- P5 南京律协房地产委举办“房屋租赁”和“联合开发”专业讲座
- P6 南京律协房地产委员会召开2022年第一次全体会议
- P8 房地产委“城市创新给房地产市场带来的机遇”主题讲座
- P10 南京律协房地产委开展南京市房地产法律服务报告项目筹备会

裁判指南

- P12 最高法院：房地产纠纷案件裁判规则37条
- P24 工程价款优先受偿权不因房屋已经办理网签而消灭

案例解读

- P26 甲置业公司与乙建设公司拒不办理竣工备案纠纷先予执行案（作者：詹武刚）
- P31 审慎确定建设工程司法鉴定内容，促使案件事实彻底查明（作者：李宇、万巍）
- P37 精装房维权的法律问题（作者：庄生贵）
- P47 商品房交付行为的法律认定及责任承担（作者：李燦）
- P58 花费巨额存款买到“白蚁房”，房东与中介是否涉嫌“欺诈”（作者：李天平、陈思佳）

法律研究

- P63 法院引进第三方中立评估 多元化解商品房预售合同纠纷（作者：万樾莉）
- P68 房地产合作开发之分地块合作开发模式的关注要点（作者：魏志强 李亚培）
- P76 一般买受人物权期待权较抵押权优先保护的探讨（作者：董昊）

欢迎关注
南京律协公众号



顾问：俞伟宁
主编：李 燦
组稿：陶 然

南京律协房地产委、财税委联合举办“房地产开发项目与土地增值税汇算清缴税收争议管控”培训

文 | 南京律协



为提升房地产法律服务的深度和综合服务能力，市律协房地产法律事务法律专业委员会和财税法律事务法律专业委员会，于2021年10月22日下午在市律协报告厅联合举办了“房地产开发项目与土地增值税汇算清缴税收争议管控”专题培训。

房地产委、财税委部分委员和部分律协会员参加了培训。市律协房地产法律事务法律专业委员会主任俞伟宁主持活动。



市财税法律事务法律专业委员会副主任赵恒志律师以《房地产开发项目与土地增值税汇算清缴税收争议管》为主题分享，涉及到房地产开发的土地取得、项目立项、项目建设、项目预售、质保期间等环节的关键税收疑难风险事项，主要包括土地成本的“净地不净”、“地方政府奖励”，项目立项阶段的“项目投资规模”、“项目规划单位”，建设期间的“施工合同付款与发票开具”、“园林绿化费用单位的背景调查必要性”、“违约金、签证索赔与增值税发票”，销售环节的“销售模式与税收负担”，质保阶段的“项目提升费用”等。

会后与会人员就土地增值税汇算清缴时间点、母子企业土地过户等事项进行了进一步沟通，分享了实践业务中出现的各种法律问题及解决方法。

南京律协房地产委举办“房屋租赁” 和“联合开发”专业讲座

文 | 南京律协

为促进房地产行业健康稳定发展，提升房地产法律专业委员会的理论水平和实战能力，强化律师专业服务能力，10月29日，市律协房地产法律专业委员会在律协报告厅举办了两场专业讲座。房地产委各副主任、委员会委员及部分律师参加活动。市律协监事会成员应邀出席。市律协副会长万永松出席并主持活动。

培训活动中，原南京市中级人民法院房地产审判庭副庭长夏海南讲授了“房屋租赁合同审判中的几个难点问题”，包含“转租关系中次承租人的权利保护”，“租赁合同履行僵局的破解与救济”，“房屋征收中的承租人利益补偿”三个方面。

随后，南京市律协房地产法律专业委员会主任俞伟宁作了“联合建设开发的风险防范”讲座。



南京律协房地产委员会召开2022年第一次全体会议

文 | 南京律协

2022年1月21日下午，市律协房地产委员会在律协会议室召开2022年第一次全体会议，房地产委主任俞伟宁、副主任奚传江及部分委员参加会议。市律协驻委监事钱东出席会议。



会上，俞伟宁主任对委员会2021年度工作做了总结，并指出2021年房地产委开展了丰富多彩的专业活动，在市律协委员会积分考核中的排名一直位居前列。随后，与会人员结合自身的房地产法律业务，和目前房地产行业和法律服务最新趋势，进行了分享和研讨，并对委员会2022年的工作提出了建议。

会议讨论内容丰富，持续近3个小时，各位委员分别在房地产并购重组、融资、城市更新改造、房地产买卖、物业、集体土地流转、破产、创新法律服务、房地产最新政策等方面积极发言。多位

委员表示，2022年房地产行业出现了一些最新变局，律师应当对房企的现状加深调研了解、提供服务。

最后，俞伟宁主任对会议做出了总结。他表示，2022年，房地产委员会计划与房地产行业各政府部门和协会组织互动交流；组织案例研讨和主题沙龙活动；同时做好《金陵房地产法律快讯》的特色工作，希望大家年底多总结案例多投稿，在保持常态化工作中继续领先，积极创新。

南京律协房地产委“城市创新 给房地产市场带来的机遇”主题讲座

文 | 南京律协



为促进房地产行业健康稳定发展，提升房地产法律领域的理论与实践，强化律师专业服务能力，2022年3月12日下午，南京市律协房地产委邀请南京市发改委汪晓宁专家为广大律师开展了“城市创新给房地产市场带来的机遇”主题讲座。

讲座采取线上加线下模式，共百余人次参与了讲座，房地产委主任俞伟宁致辞并总结。

讲座从房地产宏观政策信号变化，房地产现状及面临的挑战，房地产良性循环和健康发展的举措，房地产企业路在何方四个方面进行了阐述。内容、数据和观点紧扣热点和最新政策、贴近实际，

涉及房地产税、房地产新政、房地产调整趋势、政府工作报告、城镇化、城市更新、都市圈城市群、落户政策、运行数据、投资数据、销售数据、资金数据、土地市场、房产销售、资金渠道、投资渠道、土地情况、区域板块差异、市场判断、市场矛盾、调控政策、科技创新、政策定位、聚集效应、市场回暖、保障住房、土地供应、企业转型、人口政策、经济趋势等。

参加讲座的律师纷纷表示要紧跟热点，与时俱进，提高思想站位，对房地产法律服务工作做出更多有益的思考和创新。

南京律协房地产委开展南京市 房地产法律服务报告项目筹备会

文 | 南京律协



房地产行业是国民经济的重要支柱，也是老百姓民生保障和发展基本环节。几十年来，房地产行业伴随着经济的突飞猛进和群众生活水平的日益提高，得到了快速发展，同时法律领域的纠纷和争议也越来越多。特别是在当前稳字当头的政策大背景下，作为房地产法律的专业和实务工作者，有必要对当前房地产法律实务中的重点、热点、难点，特别是对于政策制定、政府管理、法律实务工作能够起到建议、参考和推动作用的法律问题，进行一个系统的梳理和研究。南京市作为全国房地产行业的重点城市之一，南京市律协房地产法律专业委员会立足南京，将制定南京市房地产法律服务报

告（2022）提上立项议程。

2022年3月16日下午，房地产报告项目筹备会第一次会议在江苏金路律师事务所召开。会议经热烈研讨和磋商，初步确立了房地产报告项目开展的计划进程，和房地产报告的整体框架，以及可能涉及的创新模式。接下来，房地产委员会将制定报告提纲，按部推进项目进程。

最高法院：房地产纠纷案件裁判规则37条

1、小区一层业主拆墙改门、搭建台阶是否构成侵权

按照法律和双方合同中对住宅共有部分和自用部分的界定，李某擅自拆窗改门、搭建台阶的行为侵占了住宅的共有部位，超出了正当行使权利的界限，妨害了物业管理公司的正常管理秩序，属于侵权行为。按照法律规定和双方合同约定，物业公司有权要求李某拆除搭建的台阶、恢复原状。人民法院应依法支持物业管理公司的诉讼主张，对李某的侵权行为予以纠正。（执笔人：韩延斌）

索引：《民事审判指导与参考》（第34辑）第84-89页。

2、房地产公司在预售商品房时未告知购房人所购房屋内铺设公共管道，应承担相应的民事赔偿责任

虽然双方当事人订立的房屋买卖合同中未约定管道铺设内容，但根据《合同法》第42条第2款规定，在订立合同过程中一方故意隐瞒与订立合同有关的这一事实或者提供虚假情况的，给对方造成损失的，应当承担赔偿责任的规定，房地产公司应承担相应的赔偿责任。关于赔偿数额的确定，可以考虑因房地产公司应告知而未告知，致使李某多支出的交易成本或者给李某造成的损失部分。（执笔人：孙延平）

索引：《民事审判指导与参考》（第34辑）第90-92页。

3、土地承包经营权取得纠纷不属于法院民事案件主管范围

按照《民法通则》第2条关于“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”的规定，农村集体经济组织成员与农村集体经济组织在依法签订土地承包合同之前，土地承包关系尚未建立，土地承包经营权也尚未取得。在此情况下，当事人向人民法院提起的土地承包经营权取得之诉的，因当事人与集体经济组织之间的关系不是平等民事主体之间的关系，其争议不属于人民法院主管民事案件的范围，人民法院

应当告知其向有关行政主管部门申请解决。（执笔人：姜梅 辛正郁）

索引：《民事审判指导与参考》（第35辑）第170-175页。

4、居民住宅小区的外墙面所有权属于谁

《物权法》第70条规定：“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。”按照这一规定，居民住宅小区的外墙面不属于专有部分，单个居民对与其专有部分紧密相联的外墙面不拥有所有权。居民住宅小区的外墙面属于小区全体业主所有。

居民住宅小区的业主对与其专有部分紧密相联的外墙面拥有合理使用的权。这一权利是业主专有权行使的合理延伸。合理使用的标准有二：一是不以盈利为目的；二是为了更好地利用专有部分，增加专有部分的舒适度，增加专有部分的安全，同时又不损害小区其他业主的共同利益。业主对与其紧密相联的外墙面进行合理利用也要符合市政管理的规定，同时要正确处理相邻关系，不得侵害相邻业主的权益。

小区内独栋别墅的外墙面属于独栋别墅的所有权人。（执笔人：杨永清）

索引：《民事审判指导与参考》（第35辑）第176-181页。

5、具备商品房买卖实质性要件的合同，不能认定为预约合同

根据最高人民法院《关于商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条、第5条等规定，当事人签订《购房合同》后，如果具备了商品房买卖合同的主要条件，且其他内容不违背国家法律、行政法规规定的，应当认定合同为商品房买卖合同。（执笔人：孙延平）

索引：《民事审判指导与参考》（第36辑）第127-131页。

6、土地承包经营权转包后承包地被征收，被征地农户的认定

根据《农村土地承包法》第39条之规定，土地承包经营权通

过转包、租赁等形式流转的，土地承包经营权并未发生移转。承包地被依法征收后，应当认定土地承包经营权人为“被征地农户”。

（执笔人：辛正郁）

索引：《民事审判指导与参考》（第36辑）第142-145页。

7、出租人故意隐瞒订约前出租房屋已被抵押的事实，应当如何承担责任

对因欺诈而订立的租赁合同，如不违反法律强制性规定，受欺诈方可以自知道或应当知道撤销事由之日起一年内行使撤销权。受欺诈方没有行使撤销权，租赁合同有效成立的，在合同履行过程中，如该欺诈行为导致欺诈方违约的，欺诈方承担违约责任，不宜认定为缔约过失责任。（执笔人：姚宝华）

索引：《民事审判指导与参考》（第37辑）第124-127页。

8、投资建设他人划拨土地上立项的房屋并承租建成后房屋的合同性质和效力

合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只以租赁或者其他形式使用房屋的，应按照最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第27条的规定，认定为房屋租赁合同。当事人仅以该合同涉及的土地为划拨用地主张认定合同无效，应不予支持。（执笔人：关丽）

索引：《民事审判指导与参考》（第37辑）第128-132页。

9、商品房买卖司法解释第六条规定的主要义务应当如何理解

《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6条第2款规定：“当事人约定以办理登记备案手续为商品房预售合同条件的，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。”根据《合同法》鼓励交易、尽可能使合同生效的精神，以及当事人在签订合同后履行合同的真实意思表示，不能将该条款规定的履行“主要义务”简单地理解为履行全部义务中的大部分，而首先应当从合同约定的义务的性质进行分

析，其次应当从合同约定的内容进行考量，最后应当综合考虑以上情况以及履行的数量等因素进行认定。（执笔人：杨永清）

索引：《民事审判指导与参考》（第37辑）第174-178页。

10、当实际交易价格与备案合同价格不一致时，承租人不能要求以房屋备案合同价格作为同等条件主张优先购买权

真实意思表示是民事法律行为的核心要素，如价格、付款方式等与真实的约定不一致时，应以双方当事人的真实意思表示为准，非真实意思表示的条款对双方当事人没有法律约束力。房屋的真实成交价格应按买卖合同双方当事人的真实意思表示来认定，而逃避税务并不是双方订立房屋买卖合同的目的。据此，应当以真实交易价格作为认定同等条件的依据。（执笔人：王林清）

索引：《民事审判指导与参考》（第38辑）第206-209页。

11、国家收回由集体使用的国有土地，该土地的承包经营权人是否有权分得部分土地补偿费

1999年1月1日施行的《土地管理法》第58条规定：“有下列情形之一的，由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权：（一）为公共利益需要使用土地的……对土地使用权人应当给予适当补偿。”国家收回由农民集体使用的国有土地，其土地补偿费应当支付给农民集体和该土地的承包经营权人。（执笔人：杨永清）

索引：《民事审判指导与参考》（第39辑）第140-146页。

12、房屋租赁合同未到期，出租人强行解除房屋租赁合同并将房屋出租给善意第三人，原承租人不能请求继续履行合同

根据我国《合同法》第107条的规定，违约责任的承担方式有继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等。一方当事人在另一方当事人违约的情况下，请求继续履行合同的，人民法院除审查当事人违约的事实外，还应该审查当事人的申请是否符合我国《合同法》第110条规定，如果当事人申请继续履行在法律上或者事实上不能

履行的，人民法院不应支持当事人的请求。（执笔人：仲伟珩）
索引：《民事审判指导与参考》（第39辑）第169-172页。

13、通过家庭承包方式取得耕地土地承包经营权，农户成员死亡的，不发生土地承包经营权继承

按照《农村土地承包法》第15、31条和最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第25条第1款规定，通过家庭承包方式取得的土地承包经营权的权利主体是本集体经济组织的农户；农户成员以具有本集体经济组织成员资格为前提；除非承包地为林地，在土地承包经营权系通过家庭承包方式取得的情况下，农户成员死亡的，不发生土地承包经营权继承。（执笔人：辛正郁）

索引：《民事审判指导与参考》（第40辑）第120-123页。

14、限制业主专有部分所有权的业主公约或章程的效力问题

根据《中华人民共和国物权法》第76条的规定，经营性用房的专有部分的经营方式不属于业主大会的共同决定事项。业主公约或章程作出的该专有部分是自主经营还是委托他人经营，由全体业主按照少数服从多数原则投票共同决定的约定无效。业主大会根据该公约或章程作出委托经营的决定后，业主委员会与他人签订的委托经营合同，对未经同意或追认的业主不发生法律效力。（执笔人：姜强）

索引：《民事审判指导与参考》（第41辑）第210-218页。

15、未经抵押权人同意是否影响转让不动产合同的效力

《物权法》第191条第2款规定：“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”就不动产物权变动而言，这里的转让，指不动产物权变动的结果，而不是原因。引起不动产变动的原因行为即合同的效力，不受抵押权人是否同意转让抵押物的影响。（执笔人：杨永清）

索引：《民事审判指导与参考》（第42辑）第148-153页。

16、夫妻一方父母以子女名义购置房屋，应认定赠与的是房屋还是购房款

父母出全资以其已婚子女的名义购买并已向子女作出赠与之意思表示的房屋，应视为父母对子女的赠与。在房屋未交付使用且产权登记尚未完成前，作为赠与人的父母有权撤销该项赠与。在尚未付清该房屋的全部款项、房屋产权登记尚未完成，父母即表示撤销赠与的情况下，子女因离婚或离婚后分割夫妻共同财产问题进行的诉讼中，不宜认定父母赠与的只是已经实际支付的购房款，进而将上述购房款作为夫妻共同财产进行分割。（执笔人：韩玫 余国英 沈妙）

索引：《民事审判指导与参考》（第44辑）第185-189页。

17、房屋抵押权存续期间，出卖人（抵押人）未经抵押权人同意签订房屋买卖合同的效力及履行

房屋抵押权存续期间，出卖人（抵押人）未经抵押权人同意转让抵押房屋的，不影响房屋买卖合同的效力。出卖人在合同约定的履行期限届满时仍未履行消灭抵押权的义务，致使买受人无法办理房屋所有权转移登记，买受人可以请求解除合同。买受人同意并能够代为清偿债务消灭抵押权的，抵押权人应当协助办理抵押注销登记，出卖人应当在抵押权消灭后为买受人办理房屋所有权转移登记手续。（执笔人：左峰 陈旻）

索引：《民事审判指导与参考》（第45辑）第130-134页。

18、土地行政主管部门与竞得人签署国有土地使用权竞得成交确认书的行为属于民事行为

土地行政主管部门与竞得人签署国有土地使用权竞得成交确认书的行为，是土地行政主管部门代表国有土地所有权人与国有土地使用权受让人，对双方民事权利义务的约定，其性质属于民事行为，由此引起纠纷诉至人民法院的，属于民事案件范畴。（执笔人：沈丹丹）

索引：《民事审判指导与参考》（第45辑）第148-152页。

19、以合作开发项目国有土地使用权抵押所得的贷款的归属

合作开发房地产过程中，对以合作开发项目建设用地使用权作抵押所取得的用于项目开发的贷款，如果合作开发协议未对该贷款归属进行约定，则在分配合作开发项目权益时，该贷款既不能作为双方当事人的共同投资，也不能认定为合作开发房地产当事人的投资；基于该融资产生的负债亦非合作开发房地产的单方负债，应属于项目负债。（执笔人：仲伟珩）

索引：《民事审判指导与参考》（第52辑）第133-138页。

20、如何理解农村土地承包经营纠纷调解仲裁法第二条规定的“订立”农村土地承包合同发生的纠纷

农村土地承包经营纠纷调解仲裁法第二条规定的“订立”土地承包合同发生的纠纷，是指合同订立过程中，围绕当事人缔约能力、合同形式、合同订立时间的确认、格式条款的理解与适用、缔约过失责任的认定与承担等发生的纠纷，不包括农村集体经济组织成员因未实际取得土地承包经营权与农村集体经济组织发生的纠纷。对农村集体经济组织成员因未实际取得土地承包经营权而提起的民事诉讼，人民法院应依照《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第一条第二款的规定，告知当事人向有关行政主管部门申请解决。（执笔人：沈丹丹）

索引：《民事审判指导与参考》（第52辑）第139-142页。

21、案件判决生效后，划拨土地经有批准权的人民政府批准办理土地使用权出让手续的，当事人以此为由主张合同有效，申请再审的，人民法院不予支持

土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，与受让方订立合同转让划拨土地使用权的，应当认定合同无效，但起诉前经有批准权的人民政府批准办理土地使用权出让手续的，应当认定合同有效。而在案件判决生效后，划拨土地经有批准权的人民政府批准、办理土地使用权出让手续的，当事人以划拨土地已经由有批准权的人民

政府批准、办理土地使用权出让手续为由，主张划拨土地使用权转让合同有效，申请再审的，人民法院不应支持。（执笔人：仲伟珩）
索引：《民事审判指导与参考》（第52辑）第148-155页。

22、出让人向该方当事人发出成交确认书并与其签订土地使用权出让合同后，签订合同的竞买人就出让土地的履行、解除等单独起诉出让人的问题

当事人签订联合竞买协议约定双方出资竞买建设用地使用权，并由一方办理土地摘牌手续，领取土地成交确认书，签订土地使用权出让合同。出让人向该方当事人发出成交确认书并与其签订土地使用权出让合同后，签订合同的竞买人就出让土地的履行、解除等单独起诉出让人的，另一方联合竞买人不属于必须共同进行诉讼的当事人。（执笔人：辛正郁 沈丹丹）

索引：《民事审判指导与参考》（第55辑）第97-100页。

23、当事人就他人承包的土地主张权利，人民法院应当受理并作出裁判

未获得土地承包经营权的当事人，不向村民委员会要求承包土地，而以自己是该村某一土地承包经营户的家庭成员为由，针对他人已经承包经营的土地，主张成为该农户土地承包经营权共有人的，属于平等主体之间的民事权益之争，人民法院应当作为民事案件受理，并依据农村土地承包法第二十六条之规定，对其是否属于该户土地承包经营权的共有人作出裁判。（执笔人：韩玫）

索引：《民事审判指导与参考》（第56辑）第110-114页。

24、农村土地承包经营权依法转让后土地被征收，征地补偿款是否归受让方所有

农村土地承包经营权依法转让后，原承包人即退出承包关系，受让方与发包方形成新的承包关系，土地承包经营权的权利主体发生变更，受让方成为新的土地承包经营权人。土地被征收后，受让方有权享有相应的土地补偿费。（执笔人：王丹）

索引：《民事审判指导与参考》（第56辑）第124-127页。

25、房屋登记权利人出卖共有房屋不符合法律规定或者合同约定条件的合同效力问题

出卖人与买受人签订房屋买卖合同，出卖登记在某个人名下的房屋，不符合物权法第九十七条关于共有物处分的规定或者当事人的另行约定，如果买受人是善意，且买卖合同约定的对价合理，但未办理房屋所有权变更登记手续的，其他共有人请求确认房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。（执笔人：仲伟珩）

索引：《民事审判指导与参考》（第56辑）第128-133页。

26、当事人就签订土地承包经营权合同后未实际取得承包土地而提起诉讼，人民法院应当作为民事案件受理

土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时即已设立。农村集体经济组织成员就未取得该合同项下承包土地与农村集体经济组织发生的纠纷，属于平等民事主体之间的民事纠纷，人民法院应当作为民事案件予以受理。（执笔人：沈丹丹）

索引：《民事审判指导与参考》（第56辑）第134-137页。

27、出卖人出卖登记在其名下的共有房屋不符合法律规定或者共有人约定的条件，买受人请求强制履行房屋买卖合同的纠纷处理

出卖人出卖登记在其名下的共有房屋不符合物权法第九十七条规定的条件或者共有人约定的条件，在房屋买卖合同有效的情况下，买受人请求履行房屋买卖合同，其他共有人不同意出卖该共有房屋，并表示不予协助办理该房屋权属变更登记手续的，人民法院应驳回买受人关于继续履行合同的诉讼请求。（执笔人：王丹）

索引：《民事审判指导与参考》（第57辑）第149-153页。

28、集体经济组织作出的土地承包方案调整决定违反法律规定、侵害承包人权益的，依法应予撤销

集体经济组织通过召开村民会议等方式，作出土地承包方案调整的决定，违反农村土地承包法对承包权保护等法律规定，侵害承包人权益的，承包人依据物权法的规定，向人民法院起诉请求撤销该决定的，人民法院应当予以支持。（执笔人：沈丹丹）

索引：《民事审判指导与参考》（第57辑）第154-156页。

29、以签订房屋买卖合同及回购协议的方式进行借贷，如何界定其法律关系

不签订书面的借款合同，只用签订《商品房买卖合同》并登记备案的方式作为担保，同时签订回购协议，然后再用出借人向借款人实际交付款项的方式建立债权债务关系，是目前一些民间借贷当事人选择的借贷方式。判断当事人之间法律关系的性质，不能仅看合同的名称、形式和内容，更重要的是分析当事人之间法律关系的实质。如果《商品房买卖合同》中售房方并未准备实际交付房屋，而购房一方亦不关心取得所购房屋产权。且双方当事人的关注点集中在《回购协议》及其相应的违约金上，则足以证明双方之间真实的法律关系是民间借贷。（执笔人：韩玫）

索引：《民事审判指导与参考》（第58辑）第96-103页。

30、债务清偿期届满后当事人之间达成以物抵债协议但未履行物权转移手续，该协议效力如何确定

债务清偿期届满后当事人达成以物抵债协议，在尚未办理物权转移手续前，债务人反悔不履行抵债协议，债权人要求继续履行抵债协议或要求确认所抵之物的所有权归自己的，人民法院应驳回其诉讼请求。但经释明，当事人要求继续履行原债权债务合同的，人民法院应当继续审理。（执笔人：夏正芳 潘军锋 仲伟珩）

索引：《民事审判指导与参考》（第58辑）第121-124页。

31、买卖合同尚未履行完结，买受人请求确认其为房屋所有权人的，不属于物权确认争议

确认物权以存在物权归属争议为前提。买卖合同尚未履行完结，

买受人请求确认其享有标的物之所有权的，不符合物权法第三十三条规定的物权归属争议，不应纳入物权确认之诉。（执笔人：辛正郁）

索引：《民事审判指导与参考》（第61辑）第177-180页。

32、如何区分合作开发房地产合同中的清理条款与“名为合作实为借贷”合同

合同约定，一方出地，另一方出资，设立房地产项目公司，按照出资比例享有项目公司股东权益，合作开发房地产。从约定的权利义务内容看，协议性质为共同出资、共担风险、共享利润的合作开发房地产合同。合同还约定，终止履行后接受出资一方返还出资方投资款本金及按同期银行贷款利率四倍支付利息，依据合同法第九十七条、第九十八条规定，此约定性质为合同终止履行后的清理条款，不属于《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定的名为合作合同实为借款合同情形。（执笔人：冯小光 谢爱梅）

索引：《民事审判指导与参考》（第62辑）第154-157页。

33、涉及农村集体所有土地的委托代建合同中对外销售利润分配条款的效力如何认定

涉及农村集体所有土地的委托代建合同中的对外销售利润分配条款具有合资、合作开发房地产的性质，当事人主张利润分配等合同权利的，应提供政府部门关于土地利用规划、建设用地计划等审批文件或者证明。虽提供了上述文件或证明，但在一审法庭辩论结束之前土地性质仍未变更为国有土地的，该利润分配条款按无效处理。（执笔人：于蒙）

索引：《民事审判指导与参考》（第64辑）第145-150页。

34、以划拨土地使用权与他方签订的合作建房合同应如何认定其效力

按照约定履行步骤依法改变划拨用地性质实现合作开发远期目

标，土地实现变性前发生纠纷，不能因此否定前期签订的合作建房合同效力。合同当事人依约占有不动产的履约行为为合法占有，受物权法保护；足以对抗对方提出的腾迁请求。（执笔人：张纯）

索引：《民事审判指导与参考》（第64辑）第160-165页。

35、当事人协商一致终止借款合同关系并建立商品房买卖合同关系的，如何确定双方法律关系的性质及借款本息数额

借款合同到期借款人并未按约归还借款，双方当事人经对账协商，决定终止借款合同关系并建立商品房买卖合同关系，除存在法定无效情形的，应当按照当事人意思表示，确定双方法律关系转化为商品房买卖合同关系。对于双方约定转化为购房款的借款本金及利息的数额，应当根据双方之间原借款合同及借款、还款等证据予以审查认定。（执笔人：沈丹丹）

索引：《民事审判指导与参考》（第65辑）第165-168页。

36、商品房买卖预约合同与本约合同的区分

在审理商品房买卖合同纠纷中，区分当事人订立的协议时商品房买卖的预约合同还是本约合同，要结合当事人立约时的真实意思以及法律、司法解释对于商品房买卖合同形式要件的要求进行综合鉴定，关键在于区分合同是否还存在法律或事实上的障碍，导致合同部分条款缺失或不确定的情形。如果存在这类情形，一般应认定为预约合同；如果不存在此种情形，无论合同名称为何，均应视为商品房买卖合同。（执笔人：张纯 徐上）

索引：《民事审判指导与参考》（第67辑）第178-184页。

37、拍卖中承租人为竞买人时，是否享有优先购买权

拍卖中承租人享有优先购买权，但如果承租人以竞买人身份拍得买受物后主张损害赔偿，人民法院不应支持。

索引：《民事审判指导与参考》（第70辑）第77-88页

来源：最高法权威解读、民事审判指导与参考、住建法律

工程价款优先受偿权不因房屋已经办理网签而消灭

文 | 最高人民法院民事审判第一庭2021年第21次专业法官会议纪要

【法律问题】

建设工程施工合同纠纷案件中，建成的房屋已办理网签，承包人是否仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿？

【法官会议意见】

建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，如符合建设工程价款优先受偿权的成立要件，承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释

（一）》第三十五至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件。由此可见，建设工程价款优先权是承包人的法定权利，在符合法律及司法解释规定的条件时，建设工程价款优先受偿权就已经成立。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段，并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和

消灭的公示方式，不能产生物权变动的效力，亦不导致承包人原本享有的建设工程价款优先受偿权因此不成立或者消灭。如承包人行使建设工程价款优先受偿权时与房屋买受人之间发生权利冲突的，属于权利顺位问题，可另行解决。

甲置业公司与乙建设公司拒不办理 竣工备案纠纷先予执行案

文 | 詹武刚 国浩律师（南京）事务所律师

【办案要旨】

开发项目竣工验收备案是地产开发企业向业主交付商品房的前提，也是建设工程承包方的合同义务和取得工程结算余款的必要条件。为尽早取得工程款，承包人通常会积极配合办理，但承包人因各种原因拒绝配合验收的亦不少见。究其原因，承包人竣工验收后所取得的工程余款少且延期办理竣工手续违约责任低，而开发企业如出现延期交付的情况，则应当按照商品房的整体价值向业主承担违约责任，双方违约责任不对等。实践中，往往有承包方为获取更多利益，迟延办理竣工备案手续，迫使开发企业做出更多利益让渡。而开发企业起诉并要求承包方配合办理竣工验收备案往往耗时极长，无法在交付期届满前实现胜诉并顺利执行。两权相害取其轻，不少开发企业选择妥协。随着个例延伸，市场中低价中标、再通过迟延办理竣备手续等非常规手段增加工程价款的不诚信竞争手段沉渣泛起，严重影响建筑行业的健康发展。

如何利用既有法律规则，维护当事人的正当权利和市场秩序，确保购房业主能正常收房，避免可能引发的群体性事件？就承包方未履行办理竣工验收备案义务提起诉讼并申请先予执行，应该是可行路径。

【案情简介】

2017年，甲置业公司（以下简称甲）与乙建设公司（以下简称乙）签订《建设工程施工合同》，约定：乙承包甲开发的湖岸花园项目土建及安装工程，工程进度款为已完成工程量的60%，验收备案后10日内付至已完成工程量的80%，结算完毕付至97%。合同签订后，因疫情、恶劣天气及乙管理不善等原因，工期严重滞后，施工成本超出预期。为保证施工连续性，解决乙工人工资和材料采购流动资金缺口，承包方超进度支付了工程款，至施工结束时已支付工程款达到预算价123%。2020年底，具备办理竣工验收备案条件后，乙突然以疫情等理由要求大幅度增加工程款，否则拒不配合办理竣工验收手续。此时距向业主交付房屋的时间只剩30天，如被迫接受乙的要求，甲方至少要额外支出3500万元工程款；如拒绝，则可能面临业主的集体索赔，该项目已售房屋总额约17亿元，按售房合同计算，违约金高达35.7万元/天；采用何种措施在30天内办结竣工验收？

【律师谋略】

甲方虽然同意就疫情和恶劣天气增加的工程成本给予适当补偿，但因这些客观因素增加的成本相对较少，最多数百万元而已，远达不到乙增加3000-4000万元工程价款的期望值。更何况，乙的这种要求显然是在转嫁自己管理不善而致亏损的责任，明显违背诚信和公平原则。但起诉并在胜诉后申请法院强制执行显然不能满足按时向业主交房的时间要求。

本案有这样几个焦点问题：1、建设工程常见案件类型为价款、质量和工期等，配合办理竣工验收备案手续能否成为一个独立的诉

请？2、即便法院判决乙办理相关手续，但对方依然拒不配合，法院如何强制执行、如何处罚？3、《民事诉讼法》框架下，还有什么措施可以在30天甚至更短的时间内迫使对方履行义务，依据和条件是什么？本案的情况是否符合这些要求？

经反复解读合同、广泛调研建设工程法规及规范性文件、搜集和整理相关司法案例，我们认为：

1、办理竣工验收备案手续是合同明确约定的施工方义务之一，也是《建筑法》和《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定》等法规规定的施工方法定义务，我方可以就此单独提出诉讼。

2、法院判决后，施工方拒不履行相关配合义务的，按《民事诉讼法》第一百一十一条第一款第六项和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百零五条规定，可以按照拒不执行人民法院判决裁定行为处理，对被执行人员进行拘留、罚款；情节严重，可按拒不履行判决、裁定罪给予刑事处罚。此外，法院还可通过委托当地质检部门委托质量鉴定等方式完成竣备资料，实现替代履行，不会造成判决无法执行的情况。

3、可以申请法院先予执行。办理竣工验收备案不仅是施工方合同义务，也是《建筑法》等相关法规规定的法定义务，更是建设工程行业的常识和行规。不及时完成备案手续，不仅会导致开发企业巨额损失更可能引发业主维权等群体事件。况且，对施工人而言，办理相关手续主要工作内容是提供自己掌握的施工资料并加盖印章，完全具备履行能力。符合《民事诉讼法》第一百零六条第一款第三项“情况紧急需要先予执行的”、第一百零七条第一款第一项“当

事人之间权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的”和第一百零七条第一款第二项“被申请人有履行能力”等先予执行的各项条件。

【案件结果】

整備完毕各项证据、法律依据、先予执行的担保文件及相关文件后，我们向法院提出诉讼并申请先予执行。法院经慎重研究，受理本案并立即组织双方进行调解，向对方示明不履行义务可能承担的后果和责任。迫于压力，施工方配合办理了相关手续，房屋如期交付。

与本案类似情况屡见不鲜，拖延办理竣备已经成为部分施工单位百试不爽的法宝，本案处理结果对改善当地建设市场秩序有较大的正向价值，带动了当地多个类似矛盾顺利解决，也为此后类似情况处理，提供了新思路。

公开网络检索未发现南京地区此前通过申请先予执行解决竣工验收备案问题先例，此案为类似案件的司法处理提供了经验。

【实务经验总结】

作为专业群体，律师应当全面、深入和细致地研究及掌握执业领域的法律规范，特别是程序规范，不仅关乎程序正义，更关乎维权的成本和手段，具有重要意义。对实务法律问题的思考除了法理研究和法规调研外，还应当穷尽案例调研，它山之石可以攻玉。专业的律师要钻研行业涉及的法律法规，也要熟悉行业的运行规则，否则如无本之木，难以发挥专业价值。

【作者简介】

詹武刚，南京大学法学学士，国浩律师（南京）事务所合伙人，南京市律协房地产业务委员会委员，江苏省律协实习与考核工作委员会副主任，业务领域为房地产和投资。

【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。

审慎确定建设工程司法鉴定内容 促使案件事实彻底查明

文 | 李宇、万巍 江苏世纪同仁律师事务所律师

本案涉及到专门问题的查明，具有极强的专业性。为查明案件事实，不仅需要组织司法鉴定，还需要充分关注到案涉工程本身在建设工程鉴定中的特殊性。包括案涉工程的功能定位，以及工程所在地特殊水文地质条件对案涉工程的影响。如果不能深刻理解这一问题，就会出现鉴定结论不能为司法审判起到参考作用的后果。本案中，二审法院不迷信一审阶段鉴定机构所作结论，充分听取双方当事人意见后，慎重确定了补充司法鉴定的内容，最终查明了案件事实。二审法院的判决结果，不仅符合建设工程基础施工行业的实际情况，也对后续建设工程案件如何开展司法鉴定，具有重要的指导意义。

【案情简介】

南京某置业公司（下称“置业公司”）在南京河西地区建设重大工程项目，该地块毗邻地铁沿线并临近长江漫滩，需先进行地块基坑支护工程施工，建设一幢“地下连续墙”，在施工期间起到止降水的作用。2011年1月，置业公司与省内某基础工程施工企业

（下称“基础公司”）签订施工合同，约定基础公司进行基坑施工，负责承建地下连续墙。2011年5月，工程施工完毕验收合格。2011年6月，地铁公司认为基坑工程存在质量缺陷造成地铁隧道安全隐患，要求置业公司进行病害治理，置业公司为此花费地块工程治理

款1400余万元。2015年10月，设计单位根据地铁指挥部要求，在考虑地下水位的变化等因素后，决定在地连墙外侧施工一道TRD工法水泥土搅拌墙。置业公司于2016年1月另行委托第三方施工单位完成了TRD工法墙的施工，实际支付工程款1700余万元。

2016年5月，置业公司向一审法院起诉，以基础公司施工的地下连续墙质量存在重大缺陷构成违约为由，请求法院判令基础公司承担地连墙加固施工费用（TRD工法墙）和隧道加固施工费用合计约3100万元。一审过程中，法院委托鉴定机构对地连墙是否存在渗水等质量问题进行鉴定。一审司法鉴定机构鉴定认为：通过抽水试验表明基坑地下连续墙内外存在密切的水力联系，综合分析认为地连墙施工质量未完全达到合同约定要求。一审法院采纳了鉴定意见，认为案涉工程存在质量缺陷和安全隐患。2019年6月，一审法院判决基础公司承担地连墙加固施工费用1700余万元。

一审判决作出后，基础公司提起上诉，认为一审法院在两个重要问题上，认定事实不清：一是，对工程质量与“地下连续墙”存在“部分渗水现象”，是否存在唯一的因果关系，认定事实不清；二是，对是否需要建造“TRD工法墙”问题，认定事实不清。为查明以上事实，基础公司在二审阶段请求二审法院对上述问题进行补充鉴定。二审法院委托鉴定机构进行了补充鉴定。补充鉴定意见认为：（1）基础公司按照设计图纸完成的地下连续墙质量，与“地下连续墙内外地下水力联系密切”现象之间，不存在排他的、唯一的因果关系；（2）案涉TRD工法墙建设之后，并没有阻断“内外地下水力联系密切”现象。二审法院采纳了补充鉴定意见，于

2021年9月作出二审判决，改判驳回置业公司诉讼请求。

【律师谋略】

本律师并未参与案件一审。上述案件一审判决作出后，在基础公司决策提起上诉阶段，本律师作为基础公司诉讼代理人参与诉讼。接受委托后，律师团队分析认为：

(1) 一审鉴定机构的主要问题在于，地下连续墙最主要的设计和使用的功能是在基坑开挖时作为抵挡基坑外土压力和水压力的承重竖向结构，而不是彻底隔断基坑内外地下水力联系。一审鉴定机构没有认识到这一重要事实，同时在鉴定内容和鉴定方法上也存在问题，导致形成错误的鉴定结论。

(2) 一审法院的主要问题在于，本工程坑底的强风化岩体等特殊水文地质条件，实际上使得案涉工程施工质量是否符合要求，需要结合施工设计文件，以及工程所在地复杂的水文地质环境，谨慎地进行判断。尤其需要关注，一审鉴定机构的鉴定结论，是否具有排他性。对于施工之后基坑内外存在密切水力联系的结果，是否还存在鉴定机构未能注意到的其他原因之可能。

(3) 基础公司在一审阶段的主要问题在于，对于上述重要问题，本应在一审阶段即充分说明，引起法院关注。但一审阶段，认为案涉工程已经竣工验收，因此，虽然对这些问题有所陈述，但却未能通过有效的方式引起一审法院和鉴定机构的充分关注。导致陷入被动局面。

以上情况，律师团队分析认为：

(1) 为了促使二审法院关注到以上情况，彻底查明案件事实，

需要向二审法院申请补充鉴定。关于鉴定内容，一是，地下连续墙的施工质量，与“地下连续墙内外地下水力联系密切”现象之间，是不是存在排他的、唯一的因果关系？也即，本案所涉“地下连续墙内外地下水力联系密切”现象，是不是施工质量缺陷造成的？二是，在客观存在“地下连续墙内外地下水力联系密切”现象的情形下，是不是必须采取建设“TRD工法墙”的工程措施？显然，补充鉴定的鉴定内容，实际上也将是二审的核心争议焦点。

（2）考虑到该案涉及极为专业的水文地质问题，为使二审法院深刻理解补充鉴定的必要性，还需要就专门问题进行专项说明。为此，建议基础公司开展两方面工作。一是，委托岩土力学与工程学会这一权威学术团体，就上述问题进行专项论证，形成提交二审法院的新证据；二是，聘请岩土行业内具有一定权威性的专家证人，就专业问题进行说明。这一做法，也是《民事诉讼法》赋予当事人的权利。通过这两项措施，在二审庭审中，向法院有力说明了补充鉴定的必要性和重要性。

【案件结果】

在二审补充鉴定过程中，二审鉴定机构形成鉴定意见认为：

（1）基础公司按照设计图纸完成的地下连续墙质量，与地下连续墙内外地下水力联系密切现象之间，不存在排他的、且唯一的因果关系；（2）TRD工法墙建设后未阻断基坑内外的水力联系。根据二审补充鉴定结论，二审法院改判驳回置业公司诉讼请求。这一案件审理结果表明，通过律师团队以上诉讼代理方案的设计，为法院彻底查明案件事实打下了坚实的基础，也避免了当事人可能发生的

重大经济损失。

【实务经验总结】

1、司法鉴定是建设工程案件审理过程中，查明专业性问题的常见方式。但是，司法鉴定结论的形成，依赖一整套严格的鉴定前提、鉴定方法。如果鉴定前提和鉴定方法错误，就会误导鉴定机构，形成的鉴定结论也会产生错漏。本案一审阶段，在法院委托鉴定时，基础公司未能充分有效地就鉴定前提、鉴定方法提出自己的有力抗辩意见，导致形成的鉴定结论并不完整，自己也陷于极其被动的诉讼态势中。二审阶段，基础公司及时调整诉讼策略，充分说明案涉工程的功能定位的特殊性，以及本案鉴定所需关注的特殊水文地质背景等前提，为彻底查明案件事实打下了基础。

2、在建设工程案件中，还涉及到专门问题的说明。在这方面，诉讼代理人作为非建设工程相关细分领域的专业人员，并不能充分说明情况。在这种背景下，极有必要通过引入专家证人来进行辅助。但专家证人是否具有相关的专业资质，是否在行业内具有权威性，能否在案件中将专业问题表达清楚，还需要诉讼代理人在制订诉讼方案时统筹考虑。本案中，诉讼代理人抓住二审案件的两个核心焦点问题，请专家证人围绕焦点问题发表意见，最终引起法院重视，同意进行补充鉴定。

【作者简介】

李宇，南京大学法学硕士，江苏世纪同仁律师事务所党支部书记、管理合伙人，江苏省律协政府法律顾问委员会委员，江苏省法

学会金融法学和财税法学研究会理事，先后担任江苏省多个省级机关和地方市政府常年法律顾问。业务领域为民行衔接。

万巍，二级律师，博士，江苏世纪同仁律师事务所合伙人，公司业务部主任，曾先后兼任南京仲裁委员会仲裁员、南京市律师协会知识产权专业委员会、房地产专业委员会委员。诉讼与仲裁方面，所办诉讼案件，涉及金融证券、建筑房地产、矿产资源、造船与交通运输等多个领域。部分案件被作为经典案例收入《最高人民法院公报》、《江苏省高级人民法院公报》、《人民法院报》。

【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。

精装房维权的法律问题

文 | 庄生贵 江苏苏源律师事务所律师

上篇：精装房交付质量堪忧，购房人维权前赴后继

2022年3月底，在南京市建邺区某楼盘业主拿到精装修索赔诉讼的败诉判决书之际，另一批不满开发商精装修质量的业主在栖霞区发动了。涉案楼盘业主在等待了4个月后，前往房屋查看开发商对精装修质量问题的整改结果，没想到结果还是令他们失望。“原来发现的问题基本上未做整改，反而还新增了不少问题。”有业主这么说。

2021年11月中旬，栖霞区某楼盘开发商向业主交房时，严重的装修质量问题在业主群里“炸锅”了：墙体渗漏、地坪开裂、墙砖大面积空鼓、石材破损断裂、橱柜板材破损、地砖铺贴不平整、墙面严重不平整、多处墙面阴阳角不顺直、多处电路接线不规范、橱柜安装不规范……面对如此严重的问题，不少业主拒绝收房。质量现状摆在眼前，开发商也不好雄辩。



图片来源：南京电视台报道截图

但是整改周期有点长，花了四个月时间，直到2022年3月，业主才收到开发商的书面二次验房通知。但是业主验房时发现以下问题照样存在：墙面渗漏，墙砖空鼓（易引发墙砖掉落的安全隐患）的问题没做整改；墙纸受污染和存在鼓包，电线金属部分裸露在外，线头未做任何绝缘保护措施，存在安全隐患；踢脚线下口采取打胶的做法，地板下的水分和潮气不能够自然挥发，时间长了地板就会发黑、霉变和翘曲变形……。部分业主愤然到法院诉讼要求赔偿或退房；还有不少业主把开发商的装修砸掉后自己花钱重装，交给开发商的100多万装修费白白浪费。



图片来源：南京电视台报道截屏

近年来，由于国家对房地产市场进行宏观调控，开发商毛坯房售价受到限制，开发商为了增加利润率，很多楼盘开发模式由毛坯交房变成精装交房，这样，开发商可以通过装修部分再取得一部分利润，从而提高开发项目的利润率。要抬高利润就必须压低成本，压低成本就容易出现质量问题。因此，这几年购买精装修房的业主对开发商的投诉和维权也居高不下，对开发商的诉讼成百上千地积

压在基层法院和中级法院。

南京地区的精装修房诉讼居高不下，还和南京曾经有业主打赢过精装修索赔的官司有关。2017年底，江宁区富力城楼盘的业主经过三审程序取得对开发商的胜诉：法院通过司法鉴定，认定开发商的精装修造价只有每平方米2526元，而开发商在政府部门备案的装修造价是4500元，因此开发商按照每平方米约2000元返还业主装修差价。一石激起千层浪，业主们纷纷仿效起诉，一时精装修差价索赔的案件堆满了各个基层法院。南京市两级法院一度中止了精装修索赔案件的立案和审理。

2020年3月以后，南京两级法院恢复精装修索赔案件的审理，此后的业主拿到的是不支持差价赔偿的判决书。败诉的结果虽然减少了到法院起诉的业主数量，但是开发商精装修交付的质量问题、工期问题仍然广泛存在，甚至愈演愈烈。利益受损的业主即使通过律师咨询已经知晓败诉的风险，但是仍然大量地涌到法院。此外，由于判决结果不能达到业主目的，业主转向政府机关投诉、向媒体申请舆论监督的数量又增加起来。

业主和开发商在精装修房交付方面产生的矛盾，质量问题是表象和“导火索”，深层矛盾涉及到开发商在政府部门备案的“精装修价格”是“造价”还是“销售价”的认定，以及开发商在《商品房销售合同》中利用格式条款（霸王条款）过度限制业主权利的问题。笔者在下文中将继续予以分析和阐述。

中篇：装修备案价是“造价”还是“销售价”？

按照精装修房销售制度要求，开发商在取得销售许可证之前，应该向政府部门作价格备案，并附一份专业评估报告作为备案价格的依据。当开发商和业主发生争议时，开发商的解释是：向政府备案的价格是销售价格，不是装修的成本造价，这备案价包含了开发商的利润，开发商有权以低于备案价格的标准控制成本价。这种解释乍一听似乎有理，符合企业低价采购、高价售出的商业规则。

均价	计价单位:元/㎡	其中:第三方机构装修评估费	销售价	总价(万元)
39888.01		6600.00		
103	510.35	25513	1302.06	
203	223.22	49512	1105.21	
303	223.22	50812	1134.23	
403	231.17	51812	1197.74	
			1307.42	

说我们的装修标准是6600（元）一平

图片说明：南京电视台报道截屏

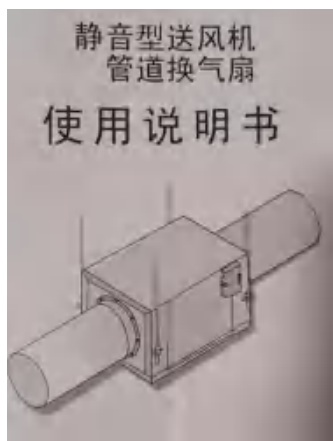
业主不能接受开发商备案价是销售价的解释也有合理的理由：

一、从政府文件的文字来看，这备案价就是造价，是成本价。南京市政府发布的《市政府办公厅关于进一步加强我市房地产市场管理工作的通知》【宁政办发〔2014〕13号文】第五条：“对精装修价格实行价格评估制度，在新建精装修商品住房申报价格的同时，申报装修价格及装修标准，由专业机构进行第三方装修价格评估，在

销售时与房价一并在销售现场明码标价对外公示。”

这个文件说明，精装修房的装修价格是装修造价，而不是销售价格。尽管价格评估方法有市场价和成本价等不同的评估方法，但是在工程造价评估时，一般采用成本法，工程价格是由材料、人工、机械等成本加上常规的利润构成，评估价里已经包含了合理利润。但是开发商如果把成本控制在50%以下，利润率超过了100%，这肯定是不符合评估报告的利润率的。

二、按照商品房销售制度要求，开发商的装修价格评估报告是必须在售楼处公示的，公示所呈现出的高标准装修往往诱使业主购买该房的原因和目的。在公示时，业主都能看到开发商承诺的地暖、空调、新风系统、瓷砖、地板、墙布等所有设备和材料是什么品牌、什么价格，用量是多少。而房屋实际交付时，开发商变更了品牌、降低了标准、施工工艺及其粗糙。如果开发商不需要承担公示的法律后果，岂不是把公示变成了公开的欺诈，这显然是和政府设计的备案和公示制度的初衷相违背的。



图片说明：某楼盘合同中的“新风系统”就是一台千元左右的排气扇。

但是法院认为：开发商的装修价格备案，系“由于行政管理之需，并非向业主就销售合同所作承诺，双方亦未将房屋销售报备价格中涉及的装修价格列入合同内容，即便现场公示了相应装修价格标准，也不能构成对案涉合同内容的变更。”[可参见裁判文书网（2021）苏01民终4251号民事判决书]

在普通老百姓的心目中，可能无法理解“要约”、“承诺”等法律专用术语的含义，无法知晓开发商对装修价格的备案和公示行为将触发什么法律后果，但他们会从朴素的价值观来理解开发商的行为和应该承担的后果：说到要做到，业主要求开发商履行备案和公示材料所展现的装修标准，应该没有过分吧！但是这索赔的路径已经被生效判决所否定，于是有业主提出，既然不能赔偿，那我退房行吧？但是退房也不是想退就能退，开发商早就在合同条款中对退房埋下了苛刻的“伏笔”。且看下篇，业主能否对开发商的“霸王条款”说不？

下篇：商品房买卖合同“霸王条款”何时休？

如前所述，部分业主在看到装修差价赔偿无望的情况下，有些业主不满意开发商的装修又不愿意自己重新装修，于是选择退房。法庭上，开发商的律师翻出合同条款说：“合同里写清楚了，购房人不能以装修质量存在问题拒绝收房和解除合同；对有质量问题的地方，购房人可以要求维修，但是不能退房；所以，即使装修有问题，购房人也必须无条件收房。”目前，确实有不少判例支持了开

发商的抗辩理由。

近年来，伴随着房地产价格的上涨和购房排队摇号现象的愈演愈烈，商品房买卖中由开发商独享合同话语权，购房合同中的“霸王条款”现象也越来越严重。即使是坐在审判席上审查“霸王条款”的法官，在个人购房过程中，也不得不对开发商的合同条款“照单全收”，完全没有使用自己专业能力来修改购房合同的机会。



尽管按照法律规定，人民法院在审理案件时，有权对开发商单方制定的“格式条款”宣告无效或者不成为合同内容，但是由于司法审查的滞后性和保守性，以及市场经济优先保护合同自由的要求，往往不轻易否定商品房买卖合同中合同条款的效力，这就使业主在诉讼活动中，在合同的权利义务分配中还是处于不利的地位。

市场的地位决定合同的话语权，在当下商品房市场处于对开发商有利的卖方市场的情况下，购房人和业主很靠一己之力与开发商平等对话。因此，在司法审判中，从严审查开发商制定的格式合同条款的效力，优先保护业主合法诉求，在司法实践中对双方权利义务进行平衡，符合法治的精神。

除了司法审判以外，行政管理部门、消费者权益保护组织也依

法可以对遏制开发商的“霸王条款”发挥作用。

在合同自由的原则下，市场监管部门对合同的监督管理有弱化趋势，但是国家法律也没有完全排除行政管理部门对合同行为的监督和引导。早在2010年，原国家工商总局根据原《合同法》的授权，出台了《合同违法行为监督处理办法》，对合同欺诈、恶意串通、利用格式条款侵害消费者权益等合同违法行为，作出了禁止性规定。

“办法”第九条和第十一条规定：经营者不得在格式条款中免除自己的违约责任、排除消费者依法变更或者解除合同的权利。对于违反该办法的合同行为，市场监督管理局有权对违法企业处以3万元以下的罚款。遗憾的是，新闻媒体中很少看到市场监管部门对开发商进行查处的报道，也有人戏称：对于财大气粗的开发商，3万元罚款抵不上开发商一套房的装修包价格，对开发商根本起不到任何警示作用。

2021年《民法典》开始实施，《民法典》第五百三十四条规定：“对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，市场监督管理和其他有关行政主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理。”对此，国家市场监督管理总局2021年6月发布了《合同行政监督管理办法（征求意见稿）》（以下简称“意见稿”），交给社会审议。“意见稿”第七条列举了13种可以界定为格式条款的情形，其中包括：免除或减轻经营者依法应当承担的违约责任；要求对方承担的违约金或损害赔偿金超过法定数额或者合理数额；排除对方选择交易和服务的对象、数量、范围和内容的权利；排除对方依法变更或者解除合同的权利；排除对方依法请求支

付违约金或损害赔偿金的权利；其他违反法律法规强制性规定的，加重对方责任、免除经营者责任、排除对方权利的内容……。对于违反该办法的合同行为，市场监督管理局处罚权限还是只有3万元以下的罚款，不少网民表示处罚力度太轻微了。



笔者通过网络查询发现，有的地方市场监管机构成立了“格式合同条款评审委员会”，试图以此遏制市场上的“霸王合同”。有不少有识之士呼吁，在开发商“霸王条款”近乎泛滥的当下，可以设立一个制度，对开发商用于销售的合同条款预先进行全面审查，审查不通过就不予发放销售许可证。如果这种制度能设立，就能克服审判机关司法的滞后性和局限性，从源头上消除或减少“霸王条款”，从而更好地保护消费者合法权益。

笔者通过检索发现，重庆市市场监督管理局于2021年2月1日发布、5月1日开始实施的《重庆市格式合同备案公示办法》，明确要求经营者必须将单方制定的房屋买卖、住宅装修装饰合同等合同报市场监督局备案，然后由市场监督局予以公示。只是这个办法规定对经营者的格式合同只做备案的“形式审查”，没有介入到商品

房销售审批流程中，对开发商的“霸王条款”能否起到遏制作用？还是让人怀疑的。

当下社会要改变商品房销售中的“霸王条款”现象，任重道远！

【作者简介】

庄生贵律师，南京市律协房地产专业委员会委员，江苏苏源律师事务所律师事务所副主任，江苏省消费者公益维权律师团公益律师成员，从事律师职业23年。

【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。

商品房交付行为的法律认定及责任承担

文 | 李燚 北京市中银（南京）律师事务所律师

摘要：房屋已经过建筑工程竣工验收备案，且已办理整体交付手续，但在交付后发现房屋主体结构不满足规范要求，并严重影响买受人的正常经营使用。商品房交付行为的法律认定及责任承担问题，本文以案例方式予以分析研究。

关键词：商品房销售合同 商品房交付 司法鉴定 延期交付 违约金

【案例信息】

中国邮政储蓄银行股份有限公司南通市分行与南通东都置业有限公司商品房销售合同纠纷案

案号：江苏省南通市崇川区人民法院（2016）苏0602民初659号

原告：中国邮政储蓄银行股份有限公司南通市分行

委托诉讼代理人：李燚、李平，北京市中银（南京）律师事务所律师

被告：南通东都置业有限公司

委托诉讼代理人：陶勇杰，上海市亚太长城（南通）律师事务所律师

【办案要旨】

1、虽然案涉房屋已取得《建筑工程竣工验收备案证明书》，满足合同约定的交付条件，且开发商已完成案涉房屋的整体交付手

续，但在交付后房屋主体结构经检验不满足规范要求，并严重影响买受人的正常经营使用。因此，双方仅是完成了形式上的交付，案涉房屋并未达到合同约定的使用条件。买受人主张开发商支付逾期交房违约金并无不当，法院予以支持。

2、根据合同约定，交付房屋逾期超过30日，买受人要求继续履行合同的，合同继续履行，开发商需向买受人支付合同价款30%的违约金计5460万元。开发商抗辩称买受人的违约金请求畸高，依法不能得到支持。违约金作为承担民事责任的方式，是守约方通过合同获得利益的一种重要补救措施，具有补偿性和惩罚性，基本性质是补偿性，应当相当于因违约所造成的损失。考虑买受人因确认质量问题、主张相关权利期间无法使用案涉房屋所造成的损失，参照同区位、同面积商品房的租金，合同约定的违约金并不过分高于实际损失，开发商抗辩不成立，买受人关于5460万元违约金的诉讼请求，法院予以支持。

3、对于延迟交房期间及整改、修复期间的房屋租金损失，双方并不存在相关的约定。对延迟交房期间的房屋租金损失，实质上是包含在逾期交房的损失赔偿之内的，属于因开发商违约所造成的损失，不宜重复计算。对整改、修复期间的房屋租金损失，实质上应是有关修复的其他损失。考虑买受人主张修复的合理期限及修复工期等影响使用的期间，参照同区位、同面积商品房的租金，酌定按每月680000元计算12个月计816万元。

【案情简介】

被告东都公司以出让方式取得坐落于崇川区西南侧地块的国有

土地使用权，经批准被告在上述地块建设的商品房项目为东都大厦。

2012年1月6日，原告中国邮政储蓄银行股份有限公司南通市分行（买受人）与被告东都公司（出卖人）签订合计五份《商品房买卖合同》，涵盖东都大厦南北楼整体，房屋面积合计15127.97平方米，房屋总价1.82亿元。合同约定：1、出卖人应当在2012年12月31日前，依照国家和地方人民政府的有关规定，将经验收合格并符合合同约定的商品房交付买受人使用；2、如未按合同规定的期限将该商品房交付买受人使用，逾期不超过30日，自最后交付期限的第二天起至实际交付之日止，出卖人向买受人支付合同价款10%的违约金，合同继续履行。逾期超过30日后，买受人有权解除合同或要求继续履行合同，买受人要求继续履行合同的，合同继续履行，且出卖人需向买受人支付合同价款30%的违约金；3、商品房达到交付使用条件后，出卖人应当书面通知买受人办理交付手续，双方进行验收交接时，出卖人应当出示商品房经验收合格的证明文件并签署房屋交接单；4、出卖人在质量保修期内，按照有关法律、法规、规章的管理规定和双方约定，承担质量保修责任。质量保修范围包括地基基础工程，主体结构工程，屋面防水工程，有防水要求的厨房、卫生间、房间和外墙面的防渗漏等。如出现施工质量缺陷或施工质量隐患，则必须履行保修义务；5、约定的质量保修期为：地基基础工程和主体结构工程为设计文件规定的合理使用年限，屋面防水工程、有防水要求的厨房、卫生间、房间和外墙面的防渗漏为5年，土建工程为2年。质量保修期自工程交付完毕之日起计算。

2012年11月23日，案涉东都大厦通过竣工验收，2013年1月8日，取得《建筑工程竣工验收备案证明书》。原、被告自2013年1月1日起开始办理交接手续，至2013年2月4日原、被告完成全部房屋交付手续。2013年5月30日完成东都大厦的产权初始登记，原告陈述在2013年6月30日取得房屋产权证，并于次日取得土地使用权证。东都大厦现由原告实际控制，目前处于毛坯未装修状态。

房屋交付后，被告向原告提出房屋存在渗漏、抗震、楼板厚度等问题，并形成有关纪要和补充协议，但未能解决而成讼。

原告邮储银行向法院提出诉讼请求：

1.判令被告向原告支付逾期交房违约金5460万元，并按中国人民银行同期同类银行贷款利率自判决确定给付之日起至实际付清之日止向原告支付利息；

2.判令被告对涉案房屋进行限期整改修复；

3.判令若被告未能在规定期限内完成整改和修复并验收合格，则被告应向原告支付整改和修复费用（以整改修复造价评估为准）；

4.判令被告赔偿延期交房期间（从2013年1月1日起暂计算至起诉之日止，应计算至一审判决之日止）以及整改修复期间的房屋租金损失2451万元；

5.请求判令被告承担案件受理费、保全费用、鉴定评估费用。诉讼中，针对当事人争议的质量问题，依原告申请对房屋结构抗震性能、加固设计方案及造价等进行鉴定。

2016年11月23日，南京东南建设工程安全鉴定有限公司就东都大厦结构抗震性能作出司法鉴定意见书，鉴定意见为：本工程主

体结构的结构布置、配筋构造以及轴压比等抗震构造措施满足相关规范要求，在多遇地震作用下，其主体结构承载力和变形满足相关规范要求，结构构件处于弹性受力状态，此时，钢筋存在强屈比小于1.25，超屈比大于1.3的问题对主体结构的抗震性能没有影响；但是，在设防地震和罕遇地震作用下，部分框架梁和框架柱出现塑性铰，上述钢筋性能问题对主体结构的框架部分的抗震性能有一定的不利影响，主要表现在：在设防和罕遇地震作用下，部分框架梁和框架柱出现塑性铰，相应截面的钢筋已经进入塑性阶段，钢筋性能问题导致塑性铰没有足够的转动能力与耗能能力，不能保证“中震可修、大震不倒”的抗震设防目标，不满足规范要求。

2017年12月14日，南京东南建设工程安全鉴定有限公司出具南通市崇川区姚港路50号东都大厦抗震加固设计方案司法鉴定报告，对案涉房屋制定了抗震加固设计方案。

原告申请对南通市崇川区姚港路50号东都大厦按照前述抗震加固设计方案司法鉴定报告施工的工程造价进行鉴定。2018年7月20日，建业恒安工程管理股份有限公司出具东都大厦抗震加固工程造价鉴定报告，鉴定结果：鉴定总价8760416.02元（含税）。

【案件难点】

本案我方作为原告代理律师，发现案件存在以下难点：

（1）该案件为通过招投标方式获取，从接案过程来看，就有较大难度。

（2）案涉商品房销售合同标的额较大，为1.82亿元。委托人诉求较高，希望获得的违约索赔金额较大，约8000万元。较之总

房款，该巨额索赔能否实现，案件代理确有难度。

（3）案涉项目已竣工验收通过，且案涉商品房已完成交付。主张巨额的延期交房违约金，能否得到法院支持，案件代理有难度。

（4）案件涉及较为专业的建筑学知识，涉及到很多的建筑规范，案件代理有难度。

我们在研究案情后，联系了相关建筑行业专业人士进行共同研究论证，之后在庭审过程中又进一步申请了专家辅助人参与诉讼，并在诉讼过程中按照司法鉴定三步走的策略，先后申请进行了以下鉴定程序：东都大厦结构抗震性能司法鉴定、抗震加固设计方案司法鉴定、抗震加固设计方案施工工程造价司法鉴定。

通过不懈努力和坚持，最终7000多万元的诉讼请求获得法院支持，委托人给予代理律师高度评价。且双方均服判，均未上诉，案件判决生效。

【案件结果】

最终，江苏省南通市崇川区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条、第一百一十一条、第一百一十三条、第一百一十四条，《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》第十二条、第十六条规定，判决如下：

一、被告南通东都置业有限公司于本判决生效之日起十日内支付原告中国邮政储蓄银行股份有限公司南通市分行逾期交房违约金5460万元；

二、被告南通东都置业有限公司于本判决生效之日起十日内赔

赔偿原告中国邮政储蓄银行股份有限公司南通市分行修复等费用8760416.02元、其他损失816万元；

三、驳回原告中国邮政储蓄银行股份有限公司南通市分行的其他诉讼请求。

该案件双方均服判，均未上诉，案件判决生效。

【实务经验总结】

1、对证据的研判，较为充分。

举例，仅就抗震钢筋问题，我们的相关证据的研判包括但不限于：

第一，设计图纸的要求。抗震等级为一、二、三级的框架和斜撑构件（含梯段），其纵向受力钢筋采用普通钢筋时，钢筋的抗拉强度实测值与屈服强度实测值的比值不应小于1.25；钢筋的屈服强度实测值与屈服强度标准值的比值不应大于1.30，且钢筋在最大拉力下的总伸长率实测值不应小于9%。

第二，江苏省住建厅组织的专家抗震咨询意见。研判结论为：该工程未按设计要求采用带“E”钢筋，且较多钢筋不满足屈强比。根据检测结果确定具体加固方案。

第三，南通市建设局调查意见。查明“建设单位未能按设计图纸要求对部分所用钢筋进行抗震性能（强屈比、超屈比、最大力下总伸长率）的检测、验收。

第四，南京市建筑设计研究院有限公司的说明，明确“工程中所用钢筋未进行抗震钢筋性能检测”。

第五，南通建设局《关于对东都大厦有关问题的回复意见》，

证明“建设单位未能按设计图纸要求对部分所用钢筋进行抗震性能（强屈比、超屈比、最大力下总伸长率）的检测、验收。监理项目部未按图实施监理检查。”

第六，南通市建设局组织的专家论证意见。研判结论：本工程实际使用的部分钢筋抗震延性指标未达到设计与现行规范要求，属工程质量问题。应对验算不满足的结构构件采取加强措施，对框架结构（南楼）采取必要的提高延性的措施。

2、对建筑行业规范的研究，较为充分。

举例，仅就建筑混凝土施工及抗震钢筋问题，我们对建筑行业规范的研究，包括但不限于：

第一，《建筑抗震设计规范》GB 50011-2010。该规范2010年5月31日发布，2010年12月1日实施。其中，3.9.2 混凝土结构材料应符合下列规定：抗震等级为一、二、三级的框架和斜撑构件（含梯段），其纵向受力钢筋采用普通钢筋时，钢筋的抗拉强度实测值与屈服强度实测值的比值不应小于1.25；钢筋的屈服强度实测值与屈服强度标准值的比值不应大于1.30，且钢筋在最大拉力下的总伸长率实测值不应小于9%。

第二，《钢筋混凝土用钢 第2部分：热轧带肋钢筋》GB 1499.2-2007。该规范2007年8月14日发布，2008年3月1日实施。其中，前言明确说明“本标准条文强制性标准，其中6.4.1条、7.3.5条、7.4.2条、7.5条、表3的尺寸 α 、 b 和附录C为非强制条款，其余均为强制条款。”7.3.3 有较高要求的抗震结构适用牌号为：在表1中已有牌号后加E（例如：HRB400E、HRBF400E）的钢筋。

该类钢筋除应满足以下a)、b)、c)的要求外，其他要求与相应的已有牌号钢筋相同。a) 钢筋实测抗拉强度与实测屈服强度之比 $R^{\circ}m/R^{\circ}el$ 不小于1.25。b) 钢筋实测屈服强度与表6规定的屈服强度特征值之比 $R^{\circ}el/Rel$ 不大于1.30。c) 钢筋的最大力总伸长率 A_{gt} 不小于9%。注： $R^{\circ}m$ 为钢筋实测抗拉强度； $R^{\circ}el$ 为钢筋实测屈服强度。

第三，《混凝土结构工程施工质量验收规范》（2010版）GB50204-2002局部修订。其中，5.2.1 钢筋进场时，应按国家现行相关标准的规定抽取试件作力学性能和重量偏差检验，检验结果必须符合有关标准的规定。条文说明明确：钢筋对混凝土结构的承载能力至关重要，对其质量应从严要求。本次局部修订根据建筑钢筋市场的实际情况，增加了重量偏差作为钢筋进场验收的要求。并明确：本规范中，涉及原材料进场检查数量和检验方法时，除有明确规定外，均应按以上叙述理解、执行。本条文强制性条文，应严格执行。

第四，《混凝土结构工程施工质量验收规范》（2010版），其中，5.2.2 对有抗震设防要求的结构，其纵向受力钢筋的性能应满足设计要求；当设计无具体要求时，对按一、二、三级抗震等级设计的框架和斜撑构件（含梯段）中的纵向受力钢筋应采用HRB335E、HRB400E、HRB500E、HRBF335E、HRBF400E或HRBF500E钢筋，其强度和最大力下总伸长率的实测值应符合下列规定：钢筋的抗拉强度实测值与屈服强度实测值的比值不应小于1.25；钢筋的屈服强度实测值与屈服强度标准值的比值不应大于

1.30；钢筋的最大力下总伸长率不应小于9%。并明确：牌号带“E”的钢筋是专门为满足本条性能要求生产的钢筋，其表面轧有专用标志。本条为强制性条文，应严格执行。

3、对同类型判例的研究，较为充分。

虽然同类型判例（关于抗震问题导致的延期交付）几乎没有，不过代理人还是找到了相关判例，能够证明：承包人交付的建设工程应符合合同约定的交付条件及相关工程验收标准。工程实际存在明显的质量问题，承包人以工程竣工验收合格证明等主张工程质量合格的，人民法院不予支持。

并且，该判决为最高人民法院公报案例，案例名称为：江苏南通二建集团有限公司与吴江恒森房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案。

4、对案件代理过程的孜孜以求。

本案一审程序，经历了两年多时间，之所以如此漫长，主要原因是案件涉及到三项司法鉴定，分别为：东都大厦结构抗震性能司法鉴定、抗震加固设计方案司法鉴定、抗震加固设计方案施工工程造价司法鉴定。

每一次鉴定申请前，代理人对司法鉴定的必要性、可行性和有效性进行论证，提出书面鉴定申请。法院接受并同意司法鉴定后，在司法鉴定报告初稿出来之后，认真研究并提出书面意见。在司法鉴定报告正式稿出来之后，进一步研读并提出书面质证意见供法庭参考。

对案件代理过程的孜孜以求，并在建筑行业专业人士以及专家

辅助人的帮助下，使得法院合议庭对较为专业的建筑法律问题以及代理律师的专业意见，能够准确把握，最终依法判决，支持了委托人的几乎全部诉讼请求。

代理人圆满完成代理工作，获得当事人高度认可。过程中的代理经验，也希望能够给同事、同行带来一些启发和帮助，也为律师行业健康发展贡献微薄之力。

【作者简介】

李燚律师，北京市中银（南京）律师事务所高级合伙人，党总支副书记，南京律协房地产委员会副主任，业务方向为房地产和建设工程。

【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。

花费巨额存款买到“白蚁房”， 房东与中介是否涉嫌“欺诈”？

文 | 李天平 陈思佳 江苏泛华律师事务所律师

【案情简介】

2020年7月，张某与赵某、某中介公司签订《存量房买卖中介合同》与《补充协议》，约定张某向赵某出售位于南京市某区的某套房屋，总价540万元，房款支付方式为现金加贷款，并在《中介合同》中约定，任何一方违约均需支付守约方标的额的10%的违约金。合同签订后，原告按照合同的要求支付了和中介费。

2020年8月，张某与赵某签订《南京市存量房买卖合同》，合同约定：甲方保证所提供的该房屋不动产权属证书和身份证明材料真实合法、有效，并符合国家及南京市存量房上市交易的政策法规及有关规定，未隐瞒房地产的权利瑕疵和影响交易的重大情况。在合同的第12页，《房屋状况说明书》第5条房屋质量瑕疵：渗水：无；白蚁：无。赵某交付房屋后，张某于2021年4月搬入涉案房屋后发现辅食痕迹，并且次卧室非常严重，有大量活体白蚁活动。张某随即委托白蚁防治服务中心进行实地勘查，并出具《白蚁鉴定报告》得出结论：室内有白蚁，次卧室房间严重，白蚁在里面出现的时间为两年以上。张某认为，赵某故意告知原告虚假情况，并且故意隐瞒真实情况，致使张某作出错误意识表示，应当认定为欺诈行为。中介公司作为具备专业知识的中介机构，对于房屋买卖过程中可能存在的会影响交易的重要事项负有告知及提示义务，其在双方

签订合同过程中，未能对买卖标的即诉争房屋的相关情况全面了解，具有过错责任。故诉至法院。

【争议焦点】

1、赵某签订合同时是否故意隐瞒房屋内存在白蚁活动情形，是否涉嫌欺诈达到合同撤销的条件？

2、中介公司是否有过错，欺诈张某签订中介合同，中介合同是否可撤销？

【一审法院裁判结果】

一审法院认为房屋的基本功能是居住，而白蚁对房屋的居住功能会产生较为严重的影响，构成房屋的重大瑕疵，卖房人应当如实告知买房人案涉房屋内是否存在白蚁。根据《司法鉴定报告》，白蚁群体已经过多年的发育，并已扩散危害了室内部分木构件，故房屋在达成房屋买卖合同时就已存在白蚁危害多年。且房屋交付后内发现大量白蚁活动痕迹，故房屋内白蚁危害情况已较为严重。赵某在房屋内居住多年，对案涉房屋内存在白蚁危害应当是知晓的。但在签订的《存量房买卖合同》中，赵某就“房屋质量瑕疵”一栏中说明“白蚁无”，属于故意告知对方虚假情况，构成欺诈。根据常理，张某不会在房屋价格未明显低于市场价的情况下购买存在白蚁的房屋，故张某签订案涉房屋买卖合同违背了其真实意思。张某要求撤销与赵某之间的房屋买卖合同，法院予以支持。并判决赵某赔偿张某相应的违约金及本次诉讼而产生的相关费用损失。但张某要求撤销与中介公司的中介合同，但其提供的证据不足以证实中介公司存在欺诈的情形，故对张某要求返还中介费的诉讼请求，法院不

予支持。

【案件最新进展】

一审判决后，张某、赵某均不服一审判决，向南京市中级人民法院提起上诉，南京市中级人民法院组织双方进行了二审谈话，由于争议较大，该案目前二审尚未判决。

【律师意见】

本律师认为，一审法院认定出售方在该房屋出售过程中存在欺诈并判决撤销合同证据并不充分，判决结果也无法体现交易的稳定性的社会影响。

根据《民法典》第一百四十八条之规定：一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。根据该条文，因欺诈可撤销的合同构成要件如下：1、欺诈方具有欺诈的故意；2、欺诈方故意告知对方虚假情况或者故意隐瞒真实情况实施了欺诈行为；3、受欺诈方因内心错误做出错误的意思表示。

本案中，法院从双方签订合同中关于白蚁的约定以及赵某在房屋居住多年判断赵某对案涉房屋存在白蚁危害应当知晓故而认定赵某有欺诈的故意，由于赵某欺诈张某做出了错误的意思表示，故法院判决撤销房屋买卖合同。法院据此裁判的依据是根据江苏省昆虫协会的鉴定报告中陈述的白蚁的自配对成功至群体成熟时间约在7-10年，由此而推断出出售方在出售房屋时知晓或者应当知晓涉案房屋存在白蚁。本律师认为该推断并不成立，本案的重点应当在于出售方对白蚁存在是否知晓及是否存在故意隐瞒，白蚁的配对成功至

分飞是有一定的时间（该时间长达7-10年）和季节因素的（一般是每年的四五月份），认定涉案房屋中的白蚁是否是首次分飞是确定本案是否构成欺诈的核心点，如果涉案房屋的白蚁系首次分飞，则作为出售方对此情形并不知晓，也就不欺诈一说，反之如果涉案房屋的白蚁非首次分飞，则出售方就极大可能构成欺诈。根据谁主张谁举证的原则，购买方并没有提供其他证据证明涉案房屋在此之前有过白蚁消杀的情形，涉案的小区也没有其他住户存在白蚁的情形，因此本律师认为一审法院认定出售方构成欺诈，证据并不确实、充分。

退一步来说，即使涉案的房屋存在白蚁，是否就应当判决撤销合同，本律师认为，白蚁对于人体的损害根据目前披露的资料来看应当是微乎其微的，主要的危害是对涉案房屋的装修材料中的木制材料会有一定的影响，且目前白蚁可以通过专业的消杀机构能够予以消杀，结合到本案，涉案房屋购买方系通过贷款的方式购买涉案的房屋，且标的额也较大，法院直接判决撤销合同并不能有效解决双方的矛盾，反而有可能导致双方的损失不断增加，矛盾越来越严重。

【律师提醒】

房屋买卖关系到每个人的切身利益，买卖二手房需谨慎，在签订合同时除了核对产权人、产证面积、抵押权、司法限制措施外，还应对房屋质量、软硬件设施、水电气费、车位、车库等附属设施做出明确规定，并明确违约责任。对于房地产中介公司而言，除通常的权籍调查外，还应对房屋使用状况、质量进行审查，包括调查

房屋使用年限，有否隐瞒缺陷，有无租赁、违章搭建等问题并在合同中予以明确以免发生纠纷。对于交易中可能存在的交易风险，及时委托专业的房产律师参与尽调或者协调，有效地防范交易中的风险。

【作者简介】

李天平，南京大学法律系毕业，江苏泛华律师事务所合伙人、专职律师，市律协金融、房地产专业委员会委员，专注于金融及房地产业务，多年房地产公司法务及房地产诉讼实务，积累了丰富的实战经验，能解决房地产交易中的疑难复杂问题。

陈思佳，2020年毕业于南京师范大学法学院法律硕士专业，处理过金融借款合同、房屋买卖合同、房屋租赁合同、机动车交通事故、民间借贷、婚姻家庭等纠纷。

【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。

法院引进第三方中立评估 多元化解商品房预售合同纠纷

文 | 万樾莉 江苏中虑律师事务所律师

【案例名称】

玄武区某小区业主诉某知名房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案件

【办案要旨】

近年来房地产开发企业与购房者之间因房屋质量问题而引起的纠纷日趋增多，尤其是消费者购买预售商品房，在收房后遇到与开发商无法协商处理的质量问题从而引发的争议。此种情况下，开发商究竟应当承担违约责任还是仅仅承担交房后的持续保修责任，需要从房屋交付条件、质量瑕疵程度等方面综合认定，因此引进第三方中立评估机构有助于有效解决了纠纷。

【案情简介】

2018年12月31日，南京玄武区某高档小区的部分业主在收房后，发现房屋装修质量存在诸多瑕疵，如墙壁空洞、大理石碎裂、墙壁漏水等。随即业主们通知开发商进行维修。在开发商一段时间维修后，业主不满情绪彻底爆发，就无法维修部分及维修期间损失事宜达成一致。于是部分业主在2020年开始，陆续向玄武区人民法院提起诉讼，要求开发商赔偿因装修质量瑕疵所遭损失。

原告诉称：开发商交付的房屋存在重大质量瑕疵，在进行一段时间的维修后，房屋仍有无法维修部分，同时维修时间冗长给原告带来了大量的损失，故要求被告赔偿相应的装修差价损失及租金损

失。

被告抗辩：开发商所交付的房屋已经取得《住宅交付使用许可证》，符合交房条件，不存在影响居住等重大质量瑕疵。同时开发商也已经做好了相应的维修义务，业主要求的租金差价等损失完全是不能得到法律支持的。

【律师谋略】

对于业主来说，购买商品房的的主要目的大多数情况下都是居住使用，如果业主所购买的房屋不能正常住人使用，那么其购房目的显然不能实现。所以如何认定严重影响房屋买受人正常居住使用的质量问题是解决开发商与业主之间此类争议的关键。以下将结合不同类型的质量问题具体分析：

（一）商品房主体部位质量问题

商品房基础工程、主体结构出现的质量问题一般表现为：房屋倾斜、地基下沉、承重结构变形、墙体开裂等。如果商品房出现了上述质量问题，商品房购买人的财产及人身安全将受到极大的威胁，况且该类质量问题没法通过修复等方式保证买受人的财产、人身安全及正常使用居住，属于严重影响正常使用居住的情况。对此，《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》第十二条明确规定：“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。”

（二）商品房其他部位重大质量瑕疵

《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》第十三条中虽然提到“严重影响正常使用的质量问题”，但是什么样的质量问题属于严重影响商品房买受人的正常使用，这是司法解释中没有明确的，其他相关法律法规中也未对此作出规定，导致实践中开发商和商品房买受人对此争议较大。实践中为了公平裁判此种案件，一般都会对出现的质量问题进行质量鉴定，鉴定部门对于“严重的”标准，一般从以下几个方面考虑：一是商品房是否存在影响使用人生命财产安全的质量问题。商品房的最基本的功能是要具备正常的居住和使用，如果商品房的质量已威胁到买受人及家人的生命财产安全，那么就可以认定为“严重的影响正常居住使用”；二是商品房是否存在影响使用人身体健康的质量问题。威胁买受人身体健康的情况主要体现在室内环境和室外环境，室内环境污染主要指室内装修导致的污染，如装修物产生的甲醛等有害物质对人体健康产生影响。而室外环境就相当广泛，如商品房所在小区存在严重的噪音污染、未完工程产生的建筑材料垃圾以及生活垃圾导致的污染；三是商品房经过开发商多次的维修仍然无法恢复原状。根据通常理解，如果商品房出现的质量问题能经过简单修复即可恢复原状，这样的质量问题应该属于一般的质量问题。但若一处质量问题经过多次的维修都无法恢复原状，理应属于严重影响买受人正常居住使用的情形。在前述案例中，被告交付的房屋存在严重积水和渗漏水情况，而且被告在了解房屋存在质量问题后的近半年时间内，多次维修都未修好，直到合同约定的最后交付期限时房屋仍存在严重的渗漏水现象，导致买受人无法进行装修入住，此种情况应该属于严重影响买受人的正常使用的质量问题，被告应

当承担逾期交房的违约责任。

（三）商品房一般质量问题

商品房作为一种人工产品，存在一般的质量问题十分常见。一般的质量问题是指不会严重影响商品房买受人的正常居住使用，不会给使用人带来生命财产安全的问题，并能经过简单处理就能恢复原状。实践中常见的一般的质量问题包括：商品房防水工程中的屋面、墙面、地面、卫生间、厨房等部位存在轻微的渗漏水问题；商品房安装工程中的管道安装、消防工程、照明工程、供热工程以及供冷工程等问题。但若前述出现的质量的问题经过多次修复仍未完全修复，该种质量问题的性质就将发生转化，转变成严重影响买受人正常使用的问题。因此，开发商向业主交付的商品房仅存在上述轻微的质量瑕疵，而该房屋质量瑕疵又并不影响业主对房屋的正常使用，业主拒收房屋并要求开发商承担逾期交房的违约责任显然不具有合理性。因为，开发商对其售出的每一套商品房在保修期限内都承担法定的保修义务，即所谓的房屋瑕疵担保义务。此种情况下，业主可以先行收房，然后根据合同约定要求开发商承担保修义务，如果因维修而对其正常使用房屋造成一定影响的可以要求开发商承担相应的赔偿责任。

在案件审理过程中，律师发现开发商和业主就房屋内瑕疵究竟属于何种瑕疵及维修费用无法达成一致，矛盾较大。为查明事实，法官、双方代理律师、开发商工作人员和业主，各方共同到业主家，现场勘查了解情况。在征得当事人同意后，法院联系第三方中立评估机构对案件进行评估，由机构出具专业意见，确定质量瑕疵范围

及维修费用的市场价。

通过法官的调解、律师的努力、第三方中立评估机构的评估，开发商和业主就某些争议点达成了一致，双方均对案件产生了合理预期，对立情绪明显下降，调解难度明显降低。

【案件结果】

十余起商品房预售合同纠纷全部成功调解结案。

【实务经验总结】

在律师和法官的知识盲点区域，在征得当事人的同意下，通过引进第三方中立评估机构，由机构出具专业意见，确定市值。最终，通过“开庭审理+诉讼中评估+诉中调解”的模式，实现了诉讼与非诉讼纠纷机制的有机衔接，更加的便捷、高效、公正。

【作者简介】

万樾莉，江苏中虑律师事务所律师、南京律协婚财委副主任、房地产专业委员会委员、南京市首届十佳出境律师。

【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。

房地产合作开发之分地块 合作开发模式的关注要点

文 | 魏志强 李亚培 北京市中伦(南京)律师事务所律师

引言

在房地产合作开发过程中，除了针对单一地块分业务条线进行合作开发，实践中亦演变出了适用于大型综合体项目的分地块/多业态合作开发模式。本文旨在从横向房企合作角度，着重分析分地块开发项目的合作模式特征及合作协议的核心条款。

一、分地块合作开发模式的特征与交易结构

（一）分地块合作开发模式概述

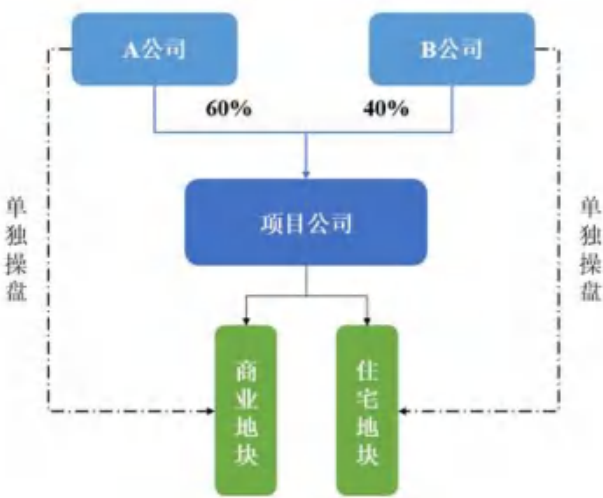
股权投资型合作开发项目中，即合作双方成立项目公司作为目标地块开发建设的法人主体，如果底层物业是一个优质的住宅项目，开发商更倾向于单方操盘，选择引进财务投资人进行合作，减少资金成本。如果底层物业是大型综合体项目，则更倾向于房企之间横向合作并采取联合操盘模式；具体可以细分为两类，第一种为同股同权模式，双方根据股权比例承担投入义务并享有益分配，实操中通过分别向不同业务条线委派相关负责人达到对项目开发全过程的控制。

本文重点分析的为第二种非同股同权模式，房企之间分地块合作开发，项目公司的利润分配不以双方持股比例分配，双方均对自行开发运营的地块自负盈亏。该模式中的商业地产操盘方A公司，引进住宅操盘方B公司以赚取住宅部分溢价款，发挥自身品牌的运

营优势，实现以少部分的资产投入拉动较多的优势资源和项目收益回报的目标；住宅地产操盘方B公司通过与拥有优质土地资源的A公司合作，可以更高效地获取土地，最终使得各方的商业意图均能得到满足。

（二）分地块合作开发模式的交易结构

地块合作开发模式，或称为多业态合作开发模式，交易结构如下图所示：



例如，A公司发起设立项目公司取得目标地块后，将项目公司40%股权及住宅地块100%开发权益转让给合作方B公司。商业地块由A公司负责独立投入、操盘，独立享有收益、承担风险；住宅地块由B公司负责独立投入、操盘，独立享有收益、承担风险。

还有一种衍生模式为，A公司独立操盘商业项目，住宅项目由A公司和B公司合作开发，按照权益比例投入并共享收益、共担风险，即整个项目区分为合作范围与非合作范围，此种情况在地价分摊、融资安排都更加复杂。

分地块合作模式的具体实操过程中，通过设立两个项目部实行独立核算，住宅项目部与商业项目部均建立单独的账套进行会计核算，在项目公司处设立专门的银行账户进行资金往来，故分地块合作模式亦被称作为分账套合作模式。

（三）分地块合作开发与变相的土地使用权转让的区分

共享利润、共担风险系合作开发房地产项目的基本特点，其中合作开发项目最核心的判断要点是风险是否共担。如果交易模式改为：C公司为土地使用权一方，作为对外法律关系承担主体，但对内成立以C公司名义的项目部，该项目部单独建账，独立核算，项目部经营活动的一切经济与法律责任由合作方D公司承担；C公司仅承担提供土地并办理相关手续的义务，但享有分得此项目固定数额的包销款的权利。根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2020修正）第二十一条规定“合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同。”此种交易安排违反了风险共担的基本原则，D公司通过《联合开发协议》而实际取得目标项目的开发受益，C公司享有固定收益，联合开发协议有被认定为土地使用权转让合同的风险。[1]

二、分地块开发合作协议的核心条款解析

合作开发协议系整个项目开发建设过程中的核心文件，由于分地块合作开发模式在实务中难点甚多，除了合作协议中对销售管理、印章共管、品牌使用等一般条款的约定外，应当重点关注的核心条款如下：

（一）成本分摊

土地出让金分摊条款是合作协议中最重要的条款之一，也是合作价款的计算基础。一般来说，按建筑面积分摊地价的方法仅适用于单一用途的住宅楼、办公楼，而基于假设开发法，按土地价值分摊地价，更加适用于同一个土地开发项目中不同规划条件的地块价值分摊。[2]土地出让合同中通常会约定混合地块的商业部分总建筑面积的最大值比例，因此商业和住宅部分的计容建筑面积都可以提前测算，从而计算出土地出让金的分摊金额。

此外，对于土地出让合同中约定的配建设施，包括公共开放空间、社区中心等，应计入哪一方地块的计容建筑面积及建设成本分摊比例，都应在合作协议中事先进行约定。例如，重庆托斯卡纳置业有限公司与李福忠、重庆远卓置业有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷一案中[3]，托斯卡纳公司、李福忠分别持有项目公司远卓置业公司81.18%、18.82%的股权，并分别实际拥有该项目81.18%、18.82%的土地使用权，托斯卡纳公司、李福忠按照各自土地使用权相对应的地块进行独立建设开发投入、独立核算、独立销售、独立承担亏损、独立享受利润。合作协议约定“涉及整个项目的生化池、二次供水设备、消防水池、消防公共设备等公共设施设备、物业管理用房屋等需双方按建筑面积比例分摊费用”，托斯卡纳公司认可上述公共设备的安装均由李福忠投资完成，但主张李福忠违反约定，并未在公共设备、设施采购及建设安装前申请托斯卡纳公司确认，事后提出高额的分摊费用，拒绝协助托斯卡纳公司办理案涉房屋的产权登记，要求李福忠支付违约金100万元。李福

忠抗辩托斯卡纳公司应分摊公共设备、设施的费用等共400余万元，经多次催促拒绝支付。法院支持了李福忠的抗辩，托斯卡纳公司并未主动履行支付分摊的费用，李福忠及远卓置业公司有权依据合作协议的约定，拒绝托斯卡纳公司提出协助办理案涉房屋产权登记的请求。

如果目标地块最初由商业操盘方通过与当地政府采取“勾地”模式获取，签署了“招商引资协议”，该协议对项目地块的特殊开发要求均应纳入合作协议，进行权利义务的分担。

（二）公司治理

分地块合作模式下，因双方独立操盘各自地块，为了实现公司治理上的平衡，同时也要实现公司运营的效率，有必要在合作协议中构建有层次的表决权制度。股东会议事规则可设定为，各地块经营管理事项由操盘方单方决，例如涉及商业项目的股东会决议事项经商业操盘方股东同意后即可实施，无需住宅操盘方股东参与决策或同意，住宅操盘方有配合出具股东会决议的义务；对涉及双方共同利益的事项，例如项目公司对外投资、对外担保等，需共同决。董事会决议规则也类似。

（三）资金筹措

各地块的资金需求均应由其操盘方提供股东借款解决，在各地块单独融资情况下，双方没有互相为对方提供担保的义务。在各地块整体打包融资的情况下，应分别约定在前融和开发贷情况下各地块可分配、使用的资金比例。

（四）模拟清算退出

为了便于商业操盘方对商业项目的运营管理，在约定的模拟清算时点下，通过平价回购住宅项目操盘方持有的项目公司股权，实现住宅操盘方的退出。实操中通常以住宅项目交付时间到达一定节点以及销售率（已售建筑面积占规划可售建筑面积之比）达到一定比例作为模拟清算触发条件。

考虑到因税务主管部门的税费计算与模拟清算结果存在差异的情况，为避免合作双方后续因税费负担产生争议，模拟清算退出时可以将土增税清算完毕作为前提条件，并且进行税收补差的交易安排：如实际住宅项目土地楼面价低于地价分摊时测算的住宅项目楼面价，将导致计算应纳税额时允许扣除土地成本的减少，住宅操盘方因此产生的税收损失，由商业操盘方据实补偿；同理，如实际住宅项目土地楼面价高于地价分摊时测算的住宅项目楼面价，由住宅操盘方向商业操盘方据实补偿因此而产生的税收利得。

为推进住房租赁试点工作，部分省市人民政府发文要求在土地供应时配建自持租赁住房，因此根据实际情况，需要提前考虑是否在项目公司中保留合作方的少部分股权；或者通过资产转让方式将商业项目的不动产权转移登记在商业操盘方的关联公司，由住宅操盘方回购商业操盘方持有的项目公司股权，实现商业操盘方的退出。

三、分地块合作开发模式下的法律风险分析

在房企接连暴雷的特殊环境下，因一方资金链断裂，无法继续投入资金对其操盘的地块进行开发时，对另一方操盘地块的开发会产生不利影响。例如在土地出让合同中，通常将住宅项目的开发进度与商业项目进度挂钩，类似表述为“商业所在的所有建筑单体出

正负零前，预售住宅房屋比例不得高于可售住宅总建筑面积的40%”，因商业项目开发导致住宅项目开发进度延误影响预售时，极可能导致住宅操盘方错过最佳销售时机，造成资金难以回笼并且财务成本增加。

尽管合作双方对内是分账管理，但分立账户不能对抗查封、划扣等强制执行措施。合作双方对外是一个法人主体下的地产开发项目，项目公司对其经营过程中所负债务应承担清偿责任，即使项目公司分设多个银行账户，每个账户对应不同地块，也只是属于项目公司内部财务管理行为，项目公司内部对分设的银行账户管理和使用，没有对外公示和对抗债权人的效力，不能以此为由排除强制执行。眉山领地房地产开发有限公司与四川瑞与祥投资有限公司合同纠纷一案中[4]，原告领地公司与被告瑞与祥投资公司约定分地块合作开发，双方均在项目公司处分别设立了自己的账户。合作期间，因被告开发的A、D地块上的酒店项目产生的配套费、新型墙体专项基金1889582元由原告의银行账户代为支付，以及因销售酒店公寓产生的商品房预售合同纠纷导致原告的银行账户被法院扣划2581265.62元，法院支持了原告依据合作协议加付该笔债务总金额的10%的违约赔偿金的诉讼请求，未支持原告主张的贷款利息损失。在违约方丧失清偿能力的情况下，守约方往往也不愿继续对项目地块进行资金投入，最终导致整个项目的停工。

结语

多业态合作开发模式下，作为为房地产合作开发项目提供法律服务的律师，将客户的商业诉求转化为交易安排，必须防范因协议

架构制定时对交易结构考虑不全面而产生理解分歧或履行纠纷的风险。在房企接连暴雷的特殊时间段，如何将停工烂尾的合作开发项目盘活，债权人与合作方实现自救，有待进一步的探索与实践。

注释

[1] 参考自《最高人民法院公报》2010年第10期（2009）民申字第1760号民事裁定书。

[2] 高洁，袁飞：《几种常用地价分摊方法的应用体会》，载《中国房地产估价与经纪》，2014年第5期。

[3] 参考自(2020)渝02民初1621号民事判决书。

[4] 参考自(2020)川1402民初4643号民事判决书。

【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。

李亚培律师，南京大学法律硕士，专业领域为诉讼仲裁、投资并购与公司治理、工程和项目开发。

【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。

一般买受人物权期待权较抵押权优先保护的探讨

——以拆迁安置房买受人为例

文 | 董昊 北京市中银（南京）律师事务所律师

【案件背景】

因拆迁安置房满5年才可过户及房价上涨明显，实务中卖方在办理过户前将房屋抵押的情况屡见不鲜。因房屋被抵押，买受人势必需先行主张撤销抵押。实务中，如有抵押权人存在恶意或者未尽审查义务的证据，主张此类抵押权的撤销比较容易。现在的问题是，很多此类房屋的抵押权人形式上或实质上是“善意的”、“已尽审查义务的”，即无证据证明抵押行为存在问题。抵押权是物权，根据物权优先于债权的原则，作为房屋过户请求权人的买方很难突破此原则。

【实务探讨】

但抵押权是否优先于其他任何权利？作为一般买受人物权期待权与抵押权冲突如何平衡？笔者不揣谫陋，以此类案件代理意见展开（相关观点已在个案中得到支持），尝试对上述问题加以梳理。

一、物权期待权的法律解析

物权是指权利人依法对特定的物享有支配权和排他权利，包括所有权和他物权（用益物权和担保物权）。期待权是指将来有取得和实现可能性的权利。二者结合起来，即为物权期待权的含义，指将来有取得可能性的对某一物的支配和排他的权利。我国法律并没有明确规定物权期待权这一概念，但该权利确实存在于日常生活中。

如本案中买卖双方签订不动产买卖合同，双方因此产生一种债权债务关系自无问题。但双方以合同买卖的不是一般的商品，是关于不动产物权的买卖，即出卖人根据合同所取得的债权必然与物权相联，这也是不争的事实。

因此，此类与物权相联的债权请求权不能简单界定为债权，当其权利与抵押权或其他权利产生冲突时，理应存在论述的空间。

二、消费者物权期待权优先于抵押权的确立

2002年6月，最高人民法院发布《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号，简称《批复》），明确将消费者的物权期待权置于建设工程款优先权和抵押权之前而优先保护。随后，2002年7月，最高人民法院发布《关于审理企业破产案件若干问题的规定》（法释〔2002〕23号，简称《企业破产规定》），其中第71条第6项规定，“尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产”不属于破产财产。基于上述规定，虽然在实践中，仍然存在“大部分房款”、“交付”如何认定以及网签备案是否产生阻却的效力等问题，但“优先保护消费者生存权”基调已基本确立。

后最高人民法院于2015年5月公布《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（法释〔2015〕10号，简称《执行异议复议规定》），其中第27、29条进一步明确了消费者物权期待权应得到优先保护的原则。

2019年11月最高人民法院发布《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，简称《九民纪要》），其中第125条

明确载明，房地产开发企业因欠债而被强制执行，人民法院在对尚登记在房地产开发企业名下但已出卖给消费者的商品房采取执行措施时，商品房消费者符合《执行异议复议规定》第29条情形的，应当支持商品房消费者的诉讼请求。

三、一般买受人突破抵押权优先原则的法律难度及障碍

（一）对突破抵押权优先的条件设定

上述《执行异议复议规定》第29条及《九民纪要》第125条之规定，房屋消费者物权期待权强调不动产买受人必须是自然人，所购房屋系买受人自房地产开发商处购得，用于居住，且买受人名下无其他用于居住的房屋，已支付的购房款超过合同约定总价款的50%，其立法目的主要在于保护消费者的生存权。此类买受人纳入保护范围，其背后更多的是“无恒产者无恒心”、“对人民群众生活资料予以优先保护”的政策考量。

（二）对一般买受人突破抵押权的明确限定

《九民纪要》第126条明确载明“应当特别注意的是，此情况是针对实践中存在的商品房预售不规范现象为保护消费者生存权而作出的例外规定，必须严格把握条件，避免扩大范围，以免动摇抵押权具有优先性的基本原则。因此，这里的商品房消费者应当仅限于符合本纪要第125条规定的商品房消费者。买受人不是本纪要第125条规定的商品房消费者，而是一般的房屋买卖合同的买受人，不适用上述处理规则。”

（三）现有相关案例的裁判

《九民纪要》虽非司法解释，不能在裁判中直接援引，但裁判

时必参考其精神。2021年12月1日最高人民法院颁布《统一法律适用工作实施办法》，即相关案例的裁判结果对实务中解决一般买受人突破抵押权尤为重要。笔者通过检索近年最高人民法院的相关案例，例如（2020）最高法民申1341号、（2020）最高法民申4108号、（2020）最高法民申2681号等案件，均认为只有消费者购房人的物权期待权才能对抗担保物权等优先权。

四、拆迁安置房买受人突破抵押人优先原则的可行性探索

抵押权与其他权利产生冲突时，人民法院应从权利产生时间、权利性质等因素考量，对何种权利应优先受到保护作出综合判断，而不应机械适用“抵押权优先”原则。拆迁安置房这一买卖标的具有特殊性，对作为生存权优先保护在具体案件中得以体现，具有探讨，甚至相关法律规定、个案对此支持的可能性。笔者在此类案件的代理过程中，试从以下角度进行分析，以达到作为一般买受人的拆迁安置房买受人权利优先保护的目与效果。

（一）从权利产生时间先后判断

房屋买受人在抵押权设立前，基于合法的买卖关系支付约定房款后占有使用了房屋。买受人基于房屋买卖对房屋的占有使用，应优于房屋承租人权利的保护。按《中华人民共和国民法典》（简称《民法典》）第四百零五条规定，抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。该条规定实际上确立了先承租人的权利优先于抵押权的规则。在法律规定原租赁关系尚且不受抵押权的影响，买受人根据房屋买卖合同继续占有使用房屋并要求转移登记的权利，也不应受抵押权影响，应优先于抵

押权。

（二）从权利性质判断

对居住性房屋的占有使用，涉及人的基本生存权利，而抵押权的设立是为债权提供担保。作为抵押权核心内容的优先受偿权，通常是指抵押权人优先于一般债权人而获得清偿，并非指优先于其他任何权利人。上述《批复》及《执行异议复议规定》也是关于对商品房买受人权利保护的规定，都体现了对生存权的保护优先于其他债权的原则。

买受人虽然不是司法解释中所指的商品房买受人，但安置房买受人是因经济困顿而无力购买商品房，才会购买安置房作为安身之所。因此，安置房买受人和商品房买受人一样应得到优先保护，且相对于一般抵押权人因出借款项而取得抵押权而言，其权利保护需求更迫切。

（三）从权利来源判断

买受人是基于合法买卖关系而长期占有使用涉案房屋，抵押权人一般是基于出卖人违背诚信甚至涉嫌犯罪的行为而取得抵押权。人民法院认为在两种权利都应受到保护的情况下，在民事诉讼中优先保护买受人的权利，更具正当性。

【建议措施】

（一）买方必要时及时采取法律措施

作为买方来说，购买拆迁安置房、经济适用房等上市交易、办理过户需要满足国家或地方政策的房屋，需要更加谨慎。必要时，购买案涉房屋同时及时办理预告或抵押登记。

并且，不要考验人性！案涉房屋满足过户条件时及时要求对方过户，如遇任何理由的推诿与拒绝，及时起诉并采取保全措施。甚至即将达到过户条件时，如上市交易限定期5满即将届满，就提起诉讼并采取保全措施。

（二）深化不动产预告登记制度

相关部门利用网络等技术，推行简单便捷的买卖合同预告登记制度。做到房屋买卖双方系统中实时了解房屋权属登记情况，并在线实现预告登记。如此可以相当程度减少已出卖但因地方政策等原因暂未过户的房屋，出卖方又处置的风险，也减少“一房二卖”等道德风险。

（三）发挥典型案例普法作用，进一步构建诚信社会体系

诚信是社会和谐之本。法院在审理此类不动产买卖案件中，查明卖方存在恶意抵押或者与抵押权人恶意串通等行为，应按照诚信原则予以严肃处理，涉嫌犯罪的及时将案件移送公安部门查处。就此类典型案例，通过地方各级人民法院互联网等平台予以发布，如笔者代理的又一此类江苏省高级人民法院官方公众号刊载的案件（2019.12.20《房屋交易十余年后，法院为何判决购房合同无效》）。从而达到对不诚信行为的严厉打击，构建诚信社会体系，弘扬社会主义核心价值观。

【结语】

坚持法律效果与社会效果的统一，是和谐司法的现实需要。

《民法典》“未经抵押权人同意不得转让抵押物”、“原租赁关系不受该抵押权的影响”相关问题规定，预示着实务中存在扩大突破

抵押权优先适用条件和范围的可能。

反观司法实务，地方各级人民法院近年判决中，存在拆迁安置房购买者同样适用生存权优先保护的“本院认为”；也存在为支持一般买受人优先于抵押权人保护，而对上述《批复》、《执行异议复议规定》直接引用的“法律适用”。即相关规定、个案结果是否会对一般不动产买受人物权期待权在限定领域产生颠覆性影响，也有待司法实践的进一步观察。

【作者简介】

董昊，北京市中银（南京）律师事务所高级合伙人，青工委副主任。执业期间处理南京地区30余起拆迁安置房、经济适用房买卖纠纷案件，在此类房产细分领域具有一定实务经验。

【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。

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.

携手共进