

第二届不动产法论坛主要观点摘要

Viewpoint Extracts of the Second Real Estate Law Forum

孙秋晓

SUN Qiu-xiao

2016年12月17日下午,由北京市法学会不动产法研究会主办,北京建筑大学经济与管理工程学院、文法学院承办的北京市法学会不动产法研究会2016年年会暨第二届不动产法论坛在北京建筑大学西城校区召开。来自清华大学、北京大学、中国人民大学、中国政法大学、中央财经大学、中国青年政治学院、劳动关系学院、北京建筑大学等在京高校的学者,以及来自最高人民法院、国务院法制办、国土资源部、住房和城乡建设部、北京市第二中级人民法院、北京市第四中级人民法院、北京仲裁委员会等实务部门的专家七十余人参加了会议。

副会长兼秘书长、中央财经大学法学院院长尹飞教授主持开幕式,北京建筑大学张大玉副校长致欢迎辞,会长田玉玺主任就研究会2016年的工作进行了总结,并提出2017年的工作目标。与会人员围绕着不动产权与登记、不动产合同及不动产审执实务疑难问题等三个单元进行了深入的研讨。现将论坛提交论文和讨论情况综述如下。

一、不动产权与登记

(一) 预告登记制度^[1]

北京市法学会不动产法研究会副会长、北京大学法学院常鹏翱教授,从实践出发,分析了我国预告登记制度在现房交易和商品房预售中的适用困境,通过预告登记制度的域外法考察,结合我国的实际情况,提出了制度整合与创新的思路。他认为,我国《物权法》第20条规定的预告登记制度适用于房屋买卖、抵押等引致不动产权变动的交易,其功能在于通过防范不动产权人的一物数卖等行为,确保由买卖合同等产生的以不动产权变动为目的的债权请求权得以实现。而在房屋买卖或抵押交易的实践中,网上签约机制发挥着防止所有权人一房数卖的实际作用,这与预告登记制度的功能高度重合,导致预告登记制度在实践中走向死亡。因此,为了避免制度资源的浪费,使预告登记制度获得再生,就有必要调整其适用领域,把没有网签机制的交易作为其适用领域。这些领域主要包括:(1)城镇房屋租赁登记;(2)海域使用权、无居民海岛使用权的租赁;(3)土地经营权;(4)《物权法》允许当事人就某些权利事项进行的约定,如第96—100条允许当事人约定共有物的管理、处分、分割等;(5)改变抵押权顺位的约定;(6)房屋承租人的优先购买权。

北京市法学会不动产法研究会常务理事、北京中建政研信息咨询中心梁舰总经理认

[作者简介] 孙秋晓,女,1992年10月生,中央财经大学法学院2015级民商法专业硕士研究生,研究方向为民商法。

[1] 常鹏翱教授的发言,参见常鹏翱:“预告登记制度的死亡与再生”,《法学家》2016年第3期。

为,我国的预告登记存在四个方面的问题:一是预告登记的适用范围过小,仅限于不动产买卖;二是预告登记申请人不明确;三是预告登记的债权请求权无法得到长期保护;四是预告登记不能对抗法院的查封。针对上述问题,他提出了相应的完善建议:首先,应当扩大预告登记制度的适用范围,凡是引起物权变动、限制、次序变更的债权请求权都可以适用;其次,放宽预告登记发生的适用条件,在某些情况下允许单方申请预告登记;再次,进一步明确预告登记的边界条件,对“能够进行不动产登记”的条件、起算期限、是否包含人为因素影响登记等情形进行界定;最后,应当完善登记机构的职责,保障登记信息公开。

(二) 物业管理与物业服务的区分与交叉〔2〕

“物业管理”与“物业服务”本是两种截然不同的法律关系,它们在法律关系的主体、性质和内容上都差异迥然,但在我国现行物业制度的规范文件中,二者却出现了混用的情况。“物业管理”与“物业服务”两者的关系并非仅仅是概念之争,更涉及整个物业制度的根基,决定了物业制度的整体结构,是物业制度中的一个根本问题。

北京市法学会不动产法研究会副会长、中国政法大学民商经济法学院于飞教授就“物业管理”与“物业服务”的概念进行了辨析。他认为,“物业管理”关系的主体是全体业主,其性质是民法上的一种物权关系,业主基于建筑物区分所有权中的成员权,具有对物及人的管理权。而“物业服务”关系的主体是业主和物业服务企业,其性质是债法中的一种合同关系。物业服务企业依据物业服务合同向业主提供专业服务,核心内容是保障小区的清洁、安全、绿化和设施正常运转,而并不涉及对共有部分的支配、收益和处分,仅是一种纯粹劳务提供行为。物业服务企业的本质是提供服务的企业。但是,在业主具有物业管理权的前提下,业主也可以将部分物业管理权委托给物业服务企业行使,此所谓“物业管理”与“物业服务”的“交叉”。据此,物业管理也就有了两种表现:一种是业主自己进行的物业管理,这是必然的源;另一种是物业服务企业经业主授权之后的物业管理,这是可能的流。由此可以理解《物权法》第81条的表述:“业主可以自行管理建筑物及其附属设施,也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。”

基于“物业管理”与“物业服务”之间区分与交叉的关系,审视我国现行物业立法,可以发现有许多概念运用不确切之处。以上问题在现阶段可尽量利用法解释手段弥补,而在可能时,仍以在立法上进行用语修订为宜。

(三) 农地三权分置的法律表达

农地三权分置是农业经济理论上的创新,并得到了政策文件的支持,但政策上的权利并不是法律上的权利。法律上应依循自身的逻辑传达农地三权分置的思想,不宜简单套用政策术语。北京市法学会不动产法研究会副会长、中国人民大学法学院高圣平教授就土地承包法修改以及民法典物权编土地承包经营权的重构问题发表了自己的看法。

他认为,“土地所有权、土地承包权、土地经营权”三权分置的直观表述,在法律上应传达为“土地所有权、土地承包经营权、土地经营权”。其中,土地承包权指的是已经设定了土地经营权的土地承包经营权。所谓三权分置,是从集体土地所有权分离出土地承包经营权,再从土地承包经营权分离出土地经营权,即土地承包经营权是土地所

〔2〕 于飞教授的发言,参见于飞:“物业管理与物业服务的区分与交叉——兼论我国物业立法概念运用之准确化”,《浙江社会科学》2012年第6期。

有权派生的，土地经营权是土地承包经营权所派生的，以实现集体、承包农户、新型经营主体对土地权利的共享。这种“母子结构”的他物权生成在法理上应理解为：土地承包经营权是土地所有权之上的权利负担，土地经营权是土地承包经营权之上的权利负担，土地所有权和土地承包经营权均不因其上设定了权利负担而改变其权利名称和性质。

《中共中央办公厅、国务院办公厅关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》中把土地经营权作为债权对待，但是，从三权分置的政策目标来说，要把经营主体和土地利用关系稳定下来，使土地的经营经营者形成一个稳定的心理预期或者经营预期的话，基于法政策的考量，土地经营权宜定性为物权。

（四）不动产抵押权的善意取得^{〔3〕}

北京市法学会不动产法研究会副会长、清华大学法学院程啸教授首先列举了实践中五种可能涉及不动产抵押善意取得的典型情形，并就其中争议较大的冒名处分（如抵押）他人不动产能否适用善意取得的问题发表意见。他认为，不动产善意取得的关键在于不动产登记簿具有公信力，而在冒名处分行为中，登记簿的权利事项并无错误，只是由于处分人通过违法甚至犯罪的方式来假冒真实权利人处分不动产，导致第三人对与其从事交易的对象发生了认识上的错误。故，冒名处分他人不动产的，不应适用善意取得。但在对特定财物进行连续处分的情形下，即便第一次的处分行为是冒名处分，也并不会否定此后连续发生的其他处分行为适用善意取得的可能性，除非此后连续登记的两个处分行为都是冒名处分行为。

《物权法》第106条和《物权法司法解释（一）》第15条对动产和不动产的善意取得提出了相同的判断标准，即要求受让人受让不动产或者动产时“不知道转让人无处分权，且无重大过失”。对此，程啸教授认为，判断受让人善意与否时不应纳入重大过失的要件，不动产交易中的受让人只要不知道登记簿的记载错误并且登记簿上没有有效的异议登记，就应当认为其是善意的。否则，将登记错误的风险转嫁到不动产交易的受让人身上，对受让人来说并不公平，也不利于维护登记簿的推定力和公信力。在不动产登记簿记载的权利主体错误且真实的不动产权利人能够举证证明受让人知道该错误时，受让人不构成善意。而抵押权的善意取得也无须以支付合理价格或合理对价为要件，更不以抵押权人是否实际履行主合同的义务为判断标准。

就抵押权的善意取得而言，依据《物权法司法解释（一）》第15条第1款之规定，判断债权人在取得抵押权时是否善意，应当考虑以下因素：（1）抵押权登记时，不动产登记簿上是否存在有效的异议登记；（2）预告登记有效期内，预告登记的义务人未经预告登记的权利人同意抵押的；（3）不动产登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者其他形式限制不动产权利的有关事项；（4）受让人知道登记簿上记载的权利主体错误；（5）受让人知道他人已经依法享有不动产物权。

此外，在因不动产纠纷而引发的行政诉讼和民事诉讼交叉的情况下，行政案件的处理应当注意善意第三人的保护，不能随意判决撤销登记机构的登记行为；而登记机构在进行更正登记时，也应当考虑不动产是否已为第三人善意取得的问题。

〔3〕程啸教授的发言，参进程啸：“论不动产抵押权的善意取得——兼评最高人民法院物权法司法解释之规定”，《财经法学》2017年第1期。

二、不动产合同

(一) 住有所居、居有所安——对房屋租赁合同立法的若干思考

长期以来,我国在居住权保障问题上强调“居者有其屋”,片面强调通过房屋所有权来解决居住问题,一定程度上诱发了房价飞涨、妨碍人力资源流动等一系列问题。对此,北京市法学会不动产法研究会副会长兼秘书长、中央财经大学法学院尹飞教授认为,为了保障人民群众的居住权,实现“住有所居”,通过租售并举、完善租赁制度和住房保障制度是较为妥当的方案,应当把鼓励租赁作为房屋租赁立法的首要目标。

鼓励租赁,就私法或者说民法典编纂而言,核心在于实现“居有所安”,这里的“安”,一是安定,二是安全。“安定”强调对处于弱势地位的承租人的保护,适当强化租赁权的效力,使其成为一种更为稳定、能够对抗第三人的权利。这就需要引入无固定期限租赁制度。参照比较法上的做法,对于无固定期限房屋租赁中出租人的解除权,有必要加以严格限制,原则上出租人不得解除;此外,还应当对住宅租赁的最短期限进行限制,比如租赁期限少于六个月的,应视为不定期租赁。与此同时,“租赁权的物权化”使租赁权具有对抗效力,而交易安全要求具有对抗效力的权利之存在及其变动,必须有一定之公示方法以为表现,使当事人与第三人均得自外部认识其存在及现象。这就在客观上要求承认租赁权的登记能力,明确规定租赁权登记。未经登记的租赁权,不得发生对抗第三人的效力。

“安全”则是指通过一定的制度设计保护承租人的生命财产安全,这一点主要体现在对于群租的规制。对于群租带来的安全问题、损害其他业主的问题,可以考虑在立法中通过如下制度解决:一是借鉴住建部规章的规定,对租赁客体加以限制。即“出租住宅的,应当以原设计的房间为最小出租单位,人均租住建筑面积不得低于当地人民政府规定的最低标准。厨房、卫生间、阳台和地下储藏室不得出租用于居住。违反本条规定出租房屋的,合同无效。业主大会或者业主委员会、有利害关系的业主有权请求停止侵害,有利害关系的业主有权请求赔偿损失。”二是参照《物权法》住改商的规定,对于住宅出租用作经营的,除遵守法律、法规以及管理规约外,应当经有利害关系的业主同意。同时明确,同一住宅出租给不属于一个家庭的多个(五个以上)自然人居住的,视为经营。对于违反法律规定出租房屋的,业主大会或者业主委员会、有利害关系的业主有权请求停止侵害,有利害关系的业主、利害关系人有权请求赔偿损失。

(二) 无效不动产法律行为的转换

无效法律行为的转换是指法律行为无效后,该法律行为符合另一有效法律行为的构成要件,而且该有效的法律行为也符合当事人的意思,则无效法律行为可以转换为该有效法律行为。相比动产法律行为而言,不动产法律行为无效的后果更为严重,其无效的现象更为普遍,因此其转换的问题更具有现实意义和理论意义。

北京市法学会不动产法研究会理事、中国劳动关系学院李文涛副教授认为,无效不动产法律行为的转换有严格的逻辑构成要件。首先,存在无效的不动产法律行为。可转换的无效不动产法律行为主要是指由于形式方面导致无效的法律行为,如违反物权法上法定的类型强制而无效。其次,存在替代法律行为。如不动产物权合同中包含使用租赁的意思,则该不动产物权合同无效后可以考虑转换为不动产租赁合同。再次,该替代法

律行为具备有效要件且不超过该无效法律行为的法律效果。如房屋买卖合同无效后拟转换为房屋租赁合同,但是如果存在禁止该房屋出租的效力性规范,则该房屋租赁合同也会无效,因此该转换是不可能的。最后,转换符合当事人假定的意思且不违反法律规范目的。

李文涛教授还指出,无效法律行为之转换是一个涉及个人意思自治、社会交往利益乃至国家利益的不可或缺的制度,我国民法典的编纂应当对之予以高度关注和重视。

(三) 土地租赁法律关系亟待“正位”〔4〕

国家行政学院宋志红教授认为,在我国以“物权—债权二分体系”为基础的财产法律制度框架下,租赁权——无论是动产租赁还是土地房屋等不动产租赁——均是一种典型的债权。但是根据国土资源部于1999年印发的《规范国有土地租赁若干意见》而设定的国有土地租赁权则有两点明显违反作为上位法的《合同法》之处:一是其允许租赁期限超过20年,违反了《合同法》关于租赁合同的强制性规定;二是其赋予承租人的转让、抵押等“超额权限”违背了“合同相对性”这一合同法的基本原则,突破了租赁权作为债权的本质属性和底线。而集体经营性建设用地入市试点的制度设计主要是以国有土地有偿使用制度为模板,因此也不可避免地出现了法律关系错位的问题。

在土地管理实践中,土地租赁法律关系错位具有明显的危害性:首先,它变相地取消了债权属性的土地租赁,使当事人丧失了自由约定债权性土地租赁权的空间;同时,该权利义务配置与我国物权—债权二分的财产权利体系不相容,带来了法律适用上的尴尬和混乱。因此,应当分类梳理实践中已经建立的土地租赁关系,回归土地租赁的债权“本色”。

对此,宋志红教授建议:应当及时清理《规范国有土地租赁若干意见》的有关规定,按照债权关系的要求和《合同法》有关租赁合同的规定重新梳理国有土地租赁的权利义务关系,尤其是有关最长租赁期限和承租人转租、转让、抵押等权利的规定。同时,还可以借鉴比较法上的地上权制度,丰富我国土地出让方式,建立分期支付出让金和灵活安排出让年限的土地出让制度,从而克服现有出让方式中期限固定以及只能一次性支付出让金的僵硬性。

(四) 不动产交易示范合同中的履约担保金制度

司法实践中涌现的大量纠纷,与违约金、押金、质量保证金(简称“三金”)有关,“三金”条款在房屋买卖合同、房屋租赁合同、建筑工程承包合同乃至物业服务合同中尤为常见。“三金”条款的合意度如何,结合格式条款如何评价其效力,有关“三金”金额调整的依据和标准何在,是一个值得讨论的问题。

北京市法学会不动产法研究会理事、中央财经大学法学院讲师武腾博士以不动产示范合同中的履约担保条款为切入点,指出了履约担保条款的“原则化”。他认为,履约担保条款能够产生督促当事人严格依约履行的压力,并具有一定程度的惩罚性效果。履约担保条款的“原则化”一方面与合同自由、经济效率等价值目标存在紧张关系,另一方面超越了交易习惯的自生发展限度。在既有的司法实践中,有必要重新审视该类条款的效力,而在未来合同法编不动产合同的起草过程中也应慎重考虑这类条款的引入。

〔4〕 宋志红教授的发言,参见宋志红:“土地租赁法律关系亟待‘正位’”,载《人民法院报》2016年12月14日,第7版。

三、不动产审执实务疑难问题

(一) 北京仲裁不动产案件的处理情况

北京市法学会不动产法研究会常务理事、北京仲裁委员会丁建勇处长就近年来北京仲裁委不动产案件的处理情况做了详细的介绍。自1995年到2016年的20多年时间内,北仲受理的房地产案件、建设工程案件标的金额达450多亿,占到北仲全部案件的30%~40%。在不动产纠纷案件中,案件数量排名前三的分别是建设工程合同纠纷、房屋租赁合同纠纷和房屋买卖纠纷。

从不动产纠纷案件的处理情况来看,其主要呈现以下三个特点:一是和市场发展的状况、宏观调控政策密切相关。比如,2003年到2007年间,北仲处理的建设工程合同纠纷案件平均每年在500~700件,但是从2013年到2015年,基本上每年就是几十件,这一变化的主要原因就是北京商品房市场房价的大幅上涨。第二个特点是和司法解释有关。比如,2009年之前,关于优先购买权的案子时常发生,关乎老百姓的切身利益。但是2009年《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》出台之后,这类案件就基本没有了。第三就是和市场行情有关。比如,中国人的持有意识比较强大,现在房价上涨,买卖合同纠纷就会减少。而最近几年银根收紧,开发商融资困难,纷纷选择和基金合作,这样就会带来很多合作纠纷,因此租赁合同纠纷和合作合同纠纷整体占比上升比较多。

(二) 金融领域中不动产纠纷案件审判执行的疑难问题

以金融领域的案件为例,北京市第四中级人民法院民庭庭长马军从不动产纠纷审判执行的实践出发,总结了不动产法律理论与现状之间的差距。

北京市中院层面近三年来的大标的金融案件统计显示,北京市金融案件的标的额每年可达到200亿,而其中97.75%的案件涉及担保。法院在审判执行中的疑难问题主要体现在以下两点:一是各地的不动产登记仍然存在规则不统一、不尊重当事人意思自治的问题。不动产登记本是公示公信的体现,但是其在登记管理过程中受到了很多限制。目前金融案件在执行方面较多涉及不动产相关法律,但是各个地区登记部门的要求不一,因此出现了许多新的法律问题。二是不动产诉权的权利构成比较复杂,这集中体现在不同程序的衔接上。例如,公证的债权文书具有强制执行力,但是当事人的公证往往不能覆盖整个债权,而仅对其中的一部分债权进行了公证,这就会导致与普通程序之间的衔接不畅。此外,抵押权与网签的冲突也在法院的判决中逐渐显现出来。

(三) 不动产纠纷专属管辖的实务问题

北京市法学会不动产法研究会理事、北京市第二中级人民法院杜传金法官根据业务经验,总结了司法实践中不动产纠纷专属管辖存在的问题,并提出解决方案。

他认为,实务中个别地区法院对民事诉讼法专属管辖理解不当,导致不同省份法院的做法不衔接,建议最高人民法院重视此方面的指导工作。对于不动产纠纷专属管辖与继承纠纷专属管辖的关系的争论,杜法官认为,按照《民诉法解释》的精神,实际上已经确立了专属管辖概念下的不动产纠纷仅限于不动产物权纠纷的原则。在这一原则下,继承纠纷并不属于物权纠纷,即使涉及不动产,也排除了适用不动产纠纷专属管辖的可能。所以继承纠纷无论是否涉及不动产,均应按照继承纠纷的专属管辖规定处理。就侵权责任法与物权法的关系来看,

杜法官认为,侵害不动产产生的物权请求权是物权的一种附属性权利,与不动产物权不可分割,因此不动产侵权纠纷应属于不动产物权纠纷,由不动产所在地法院专属管辖。这样不仅符合专属管辖的制度功能,还有利于当事人诉讼和审判便利,以实现审判公正。

在国家宏观要求加强房地产市场调控,各地先后出台限购限贷等地域化调控政策的背景下,普通商品房买卖合同的履行条件在部分大中城市呈现出极大的地区化差异,因此司法实践需要了解和调查房屋所在地的相关调控政策,以便做出正确裁判。而对于尚未履行的合同纠纷的管辖,应当按照最高人民法院《民诉法解释》确定的范围,如果属于专属管辖的纠纷范围,则适用专属管辖,不考虑合同履行情况,以便于法院查明事实,保证审判公正。从专属管辖的必要性看,建设工程中的劳务分包涉及造价评估、质量鉴定、优先受偿等问题,应当由工程所在地法院专属管辖,同时最高人民法院《民诉法解释》中的建设工程施工合同的范围也已经明确包含“建设工程分包合同纠纷”,因此,对于涉及建设工程劳务分包的合同纠纷应按照不动产纠纷专属管辖规则确定管辖。

(四) 分包合同中的“背靠背”条款〔5〕

所谓“背靠背”条款,一般是指合同中负有付款义务的一方当事人设置的,以其在与第三人的合同关系中收到相关款项作为其支付本合同款项之前提的条款。具体到建设工程分包合同而言,通常即指总包方与分包方在分包合同中约定,待总包方与业主进行结算且业主支付工程款后,总包方再向分包方支付工程款。

北京市法学会不动产法研究会副会长、北京市大成律师事务所袁华之律师指出,分包方与总包方签订“背靠背”条款的初衷在于与总包方共同承担业主迟延支付工程款的风险,而非承担业主不支付工程款的风险,在工程质量合格的前提下,业主支付工程款应为确定的事实,仅是付款期限长短的问题。因此,“背靠背”条款在性质上应当属于“附期限”条款。对“背靠背”条款效力的认定,应对不同情形下分包合同的效力进行区分:在违法分包的情况下,整个分包合同依法应为无效合同,其中的“背靠背”条款显然也应归于无效;而在合法分包的情况下,“背靠背”条款作为当事人双方的真实意思表示,是私法自治的具体体现,并不违反法律法规的强制性规定,应系有效约定。

“背靠背”条款作为总包方与分包方之间签订的风险共担条款,无论在理论解析还是实务处理上目前均未形成完全一致的意见,这对于总包方和分包方来说均存在一定的风险,因此实践中需谨慎应对。对于分包方而言,应尽量避免在分包合同中纳入“背靠背”条款,保持业主付款与总包方付款的分离性和独立性,从而避免己方权利受到不合理侵害。对于总包方而言,为了最大程度上发挥“背靠背”条款风险共担的作用,应首先保证该条款的完备性,避免因表述不清或存在歧义导致未来法院或仲裁机构对此做限缩解释,使得该条款的作用难以得到充分发挥。其次,应注意留存业主直接指定分包单位的相应证据,以在日后可能发生的诉讼或仲裁中占据主动地位。再次,总包方在收到每笔业主付款时,应注意区分款项的性质及子项明细,特别是所付款项中是否包含分包工程款以及分包工程款的具体金额,从而掌握业主方针对分包工程付款情况的关键事实证据。最后,当业主方迟延支付工程款时,总包方应尽早通过诉讼或仲裁方式积极向业主方主张权利,以避免未来因怠于主张权利而被分包方要求先行支付分包工程款,致使“背靠背”条款失去履行意义。

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

〔5〕袁华之律师的发言,参见袁华之、丑斌:“分包合同中的‘背靠背’条款浅析”,《财经法学》2017年第2期。