

关于物权法草案中几个法律问题的商榷

梁慧星 中国社会科学院法学研究所研究员

背景

物权法的制定工作一直备受关注。不久前，物权法草案修订工作提请十届人大常委会进行了讨论，这是物权法草案自1994年提案以来的第五次审议。

围绕“房子”的各种问题，因为直接与老百姓的日常生活密切相关，更是大家关心的热点问题之一。

针对物权法制定过程中的问题，尤其是与房子有关的一些问题，梁慧星研究员提出了他的一些建议。

用预告登记限制“一房多卖”

物权法草案（第四次审议稿）第二十条第一款：“当事人约定买卖期房或者设立、转让其他不动产物权，债权人为限制债务人处分该不动产，保障将来取得物权，可以向登记机构申请预告登记。债权人已经支付一半以上价款或者债务人书面同意预告登记的，登记机构应当进行预告登记。预告登记后，债务人未经债权人同意处分该不动产的，不发生物权效力。”举例说明，按照预告登记制度，只要张三与开发商签订了商品房预售合同，张三就可以拿着买卖合同书去登记机构办理预告登记，由登记机构在登记簿上记载某号房屋已经卖给了张三，办理预告登记后，开发商要把这套房屋再卖给其他任何人，都将“不发生物权效力”。例如开发商把已经出卖给张三的房屋，再出售给李四，因为张三已经去登记机构办理了“预告登记”，开发商与李四之间的买卖合同将“不发生物权效力”，注定李四不可能得到那套房屋的所有权。这样就保障办理了预告登记的买房人张三，在房屋建成后能够得到那套房屋并办理产权过户得到所有权。可见，预告登记制度的立法目的，就是用预告登记来限制开发商“一房多卖”，而不是禁止“一房多卖”。债权平等的原则依然存在，无论你把一套商品房卖给多少买房人，这些买卖合同仍然有效，但只是办理了“预告登记”的那个买房人才能最终得到房屋所有权。这样一来，只要办理了“预告登记”，其余的买房人就已经知道自己不可能得到房屋所有权，当然也就不买了。这就达到了限制“一房多卖”的目的。

因此，“预告登记”是不动产物权变动的一种特殊的公示方法，而所登记的并不是“物权”，仅仅是买卖合同上的“债权”。因为办理了“预告登记”，使该债权具有了对抗其他买房人的债权的“物权效力”。物权法草案（第二次审议稿）第二十二项规定：“债权人因购买期房等原因，为限制债务人处分该不动产，保障将来取得物权，可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，债务人处分该不动产的，不发生物权效力。”这一规定比较准确地体现了设立预告登记制度的政策目的。物权法草案（第三次审议稿）和物权法草案（第四次审议稿）为预告登记增设了“前提条件”：“债权人已经支付一半以上价款或者债务人书面同意预告登记的，登记机构应当进行预告登记”。亦即，仅在“债权人已经支付一半以上价款或者债务人书面同意预告登记的”的情形，登记机构才予以办理预告登记；如果债权人支付价款未达一半以上，也无债务人的书面同意，则登记机构将不予进行预告登记。显而易见，起草人认为在债权人支付价款未达一半以上的情形，如登记机构按照买房人的申请进行了预告登记，使开发商不能再“一房多卖”，将损害开发商的利益。于是用为预告登记增设前提条件的办法，平衡开发商与买房人之间的利益。应该指出，起草人的这种想法和这一条文设计，不符合商品房预售的实际情况。须知开发商所规定的“价款支付方式”，只是“付现”和“按揭”两种，由买房人选择其中一种。如果买房人选择了“付现”方

式,则应于正式签订预售合同时一次性支付“价款全额”。如果买房人选择了“按揭”方式,则在正式签订商品房预售合同前,买房人必须与开发商指定的银行签订“按揭借款合同”,通常“按揭金额”为房款总额的70%~80%,于“按揭借款合同”生效后,由按揭银行一次性支付给开发商。其余20%~30%的金额称为“首付金”,应由买房人在正式签订商品房预售合同时一次性支付给开发商。

可见,无论商品房预售的价款支付采取何种方式,开发商在签订正式的商品房预售合同之时已经收讫房款全额。起草人出于保护开发商利益的目的,为预告登记增设“债权人已经支付一半以上价款或者债务人书面同意预告登记的”这一前提条件,显属无的放矢。为什么要创设预告登记制度?在目前的商品房预售的合同关系中,开发商始终处于优势地位,买房人处于劣势地位。开发商凭借自己的优势地位规定房款支付方式,限定买房人必须在“付现”和“按揭”二者中选择其一,已经足够维护开发商自己的利益,因此,现在的立法过程中,值得我们特别关注的是,如何保护处于劣势地位的买房人的合法权益。物权法设立预告登记制度的政策目的,正是要限制开发商滥用其优势地位,限制开发商搞“一房多卖”以损害买房人合法权益。因此,建议恢复物权法草案(第二次审议稿)第二十二條的规定:

债权人因购买期房等原因,为限制债务人处分该不动产,保障将来取得物权,可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,债务人处分该不动产的,不发生物权效力。

居住权是否有必要规定

欧洲一些国家在19世纪制定民法典时,未实行男女平等原则,父亲去世,母亲不能继承遗产,遗产全归子女、孙子女等继承。因此,为解决母亲的居住问题特设居住权制度。

20世纪中期以后,在女权运动的推动之下,这些国家通过对民法典的修改,已经实行了彻底的男女平等原则,承认了妻对夫的继承权,居住权制度已经丧失其存在意义。可见居住权是一种落后的、过时的制度。

日本制定民法典时,起草人明确表示日本无规定居住权的必要。韩国民法典也不规定居住权。中国自20世纪30年代以来即实行男女平等原则,夫妻相互为继承人,因此中华民国的民法中未规定居住权。

我国现行继承法规定夫妻相互为第一顺序继承人,现行婚姻法规定子女有赡养父母的义务,因此,迄今未发生所谓父母居住权的问题。因改革开放前长期实行公房制度,双职工由男方单位分房,离婚时住房常被判归男方,为解决女方暂时居住困难,法院判决女方可继续居住直至再婚。这种裁判上不得已的做法,与所谓居住权无关。

现今实行住宅商品化政策,公房制度已经废止,夫妻关系存续中取得的房屋为夫妻共有财产,离婚时当然可以根据情况判给任何一方或者由双方分割。如有个别案件,为解决离婚一方暂时居住困难,仍可按照此前的做法,判决他或她在原房屋中暂时居住直至再婚。特别要注意的是,现今的“保姆”与中国历史上曾经存在的“保姆”是不同的。历史上的“保姆”,不仅为雇主照顾子女而且大多用自己的乳汁喂养雇主的婴、幼儿,实际上是“乳母”、“奶娘”,在雇主家庭有某种地位,被哺乳的孩子成年后让该“保姆”(“乳母”)继续居住甚至养老送终,并不少见。但现在的“保姆”仅提供家庭劳务,与历史上的“保姆”(“乳母”)判然有别,不再有被当做“乳母”对待的可能。

因此,用中国历史上有将“保姆”当做亲人对待的所谓“传统”,以论证物权法应当规定“居住权”,属于“刻舟求剑”,难有说服力。

如真有个别人与保姆产生深厚感情,订立遗嘱让保姆终身居住,法院仍可沿用此前的做法,通过在继承人的房屋所有权上设立一个权利来解决。其实,对这样的情况完全可以订立遗嘱将其不动产、动产遗赠给保姆。我国的杭州就有过这样的案件。绝对没有必要为极其特殊的、极少发生的情形而在我国物权法上创设所谓居住权。因此,建议删去关于居住权的相关规定。

商品房“按揭”需要有法可依

我国商品房“按揭”贷款中所谓“按揭”和抵押不同。抵押担保，必须先有房屋所有权，然后在房屋所有权之上设定一个抵押权。不能在“债权”之上设定抵押权。大陆法系物权法及我国现行担保法，不承认“债权”抵押，抵押的标的必须是“所有权”（还有土地使用权）。在日本、德国等大陆法系国家，把我国现在的“按揭”担保称为“让与担保”（因经济政策上的理由，这些国家不允许“商品房预售”，因此仅承认“动产让与担保”，不承认“不动产让与担保”）。可以设立“让与担保”的，既可以是债权，也可以是所有权，还可以是知识产权。

所谓商品房按揭，就是买房人把自己根据商品房预售合同享有的债权和将来取得的房屋所有权，一并让与银行，用来担保银行的借款债权。签订按揭协议后的一段时间里，银行手中只有债权，当开发商交房并办理产权过户之后，银行手中的债权消灭，变换成房屋所有权。因此可见，按揭担保有一个从债权担保转变成所有权担保的过程，和抵押担保不同。为什么不叫“按揭担保”呢？因为“按揭”是广东话，写在法律上可能有人不知道是什么意思。有人说，人家香港人把这个“按揭”叫做“楼花抵押”。“楼花”就是合同上的“债权”。即使在香港地区，“楼花抵押”也不是真正的“抵押”。在中国大陆，现行担保法规定，只有所有权、土地使用权，亦即现实存在的动产、不动产才能抵押。“让与担保”是一个新的制度，是用来整合、规范现在的商品房“按揭”的。必须指出，按照“让与担保”，按揭银行的利益将得到妥善的保障。如果在开发商交房并办理产权过户之前按揭人陷于不能支付，按揭银行可以直接行使受让的合同债权，请求开发商对自己交房并办理产权过户，直接从开发商得到房屋和房屋所有权。如果在开发商交房并办理产权过户之后按揭人陷于不能支付，则按揭银行有权自己决定行使让与担保权的方式，以按揭房屋变价受偿，或者直接从按揭人手中收回按揭房屋，自己成为真正的所有权人。“让与担保”的最大优点，正是其行使简便，可以回避设立和行使抵押权的严格程序、手续和方法。反之，物权法不规定“让与担保”，不仅现实中的商品房按揭没有法律依据，因商品房按揭所发生的纠纷案件难以裁判，按揭银行的利益也不可能获得妥善保障。如果在开发商交房和办证之前按揭人陷于不能支付，因为没有办理抵押登记，按揭银行没有抵押权，其借款债权属于无担保债权，且不可能阻止开发商向买房人交房和办理产权过户；如果在开发商交房、办理产权过户并同时办理抵押登记之后按揭人陷于不能支付，按揭银行虽然可以行使抵押权，但必须遵循物权法关于抵押权行使程序、手续和方法的规定。除此之外，“让与担保”还与融资租赁有关。现行合同法第十四章规定“融资租赁合同”，这是一种新的合同类型。企业与租赁公司签订一个融资租赁合同，由租赁公司替该企业垫付购买设备的价款。按照融资租赁合同的“所有权转让条款”，企业把打算购买的设备所有权转让给了租赁公司。实际是租赁公司替企业支付购买设备的价款，而企业预先把设备的所有权转让给租赁公司，以担保租赁公司的垫款债权。供应商虽然对企业交付设备，但这个企业只得到设备的使用权，设备的所有权已经转让给了租赁公司。因此，合同法第二百四十二条规定：“出租人享有租赁物的所有权”。

须注意的是，虽然所有权归了租赁公司，但租赁公司并不是真正的所有权人，只是用这个所有权作为担保手段。以后这个企业把租赁公司的租金还清以后，租赁公司必须把设备的所有权归还给企业。这是典型的让与担保，和“按揭”是同样的原理。所以说，物权法规定让与担保制度，虽然是一个新创，但并不是凭空产生的，一是针对现实中的商品房预售中的“按揭”担保，要用“让与担保”制度来规范、整合现实中的“按揭”担保；二是针对我们合同法上融资租赁合同中的“所有权让与”担保，为融资租赁合同所规定的“所有权让与”条款提供法律根据。因此，建议恢复第二次审议稿关于“让与担保”的规定。