

# 论《民法典》新规在房地产业领域的法律适用

刘志强

(河北工程大学 文法学院,河北 邯郸 056038)

**[摘要]**《中华人民共和国民法典》于2021年1月1日起在我国施行,我国即将进入民法典时代。“盛世制法典,国运必兴隆。”结合《民法典》和其他法律法规、司法解释、部门规章的相关规定,围绕我国房地产业相关问题展开分析论述,着重分析了国有土地上房屋征收与补偿、建设用地使用权转让、在建建筑物抵押与担保物权的实现问题。结合法律、法规、规章的规定与实务中的实际做法,探讨房地产业在运行过程中应该注意的事项和风险的防范,突出法律对我国房地产业健康发展的规制作用。

**[关键词]** 民法典;房屋征收与补偿;建设用地使用权;在建建筑物抵押与担保物权

doi:10.3969/j.issn.1673-9477.2020.04.002

**[中图分类号]** D913.3

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1673-9477(2020)04-007-05

2020年5月28日,北京,十三届全国人大三次会议高票表决通过了《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》),《民法典》于2021年1月1日起在我国施行,我国即将进入民法典时代<sup>[1]</sup>。编纂一部适合中国国情的民法典是近百年来一代又一代有识之士的梦想,又是中国社会发展的必然产物,“盛世制法典,国运必兴隆。”我国民法典是在现有法律的基础上,对其进行了整合、纂修、补充、完善和部分的创制,形成了包括7个分编在内的民法典。笔者根据我国民法典合同编、物权编的相关规定以及有关法规和规章,针对房地产领域的部分难点、重点问题的法律适用展开分析,为房地产的顺利发展提供借鉴作用。

## 一、《民法典》在房屋征收与补偿过程中的法律适用

随着我国经济社会的发展,尤其是住房制度的改革,在城市房屋拆迁(现在称作房屋征收)进展比较迅速。为了规范拆迁或者征收行为,减少社会矛盾,国家出台了相关政策和法律。国务院分别在2001年11月1日、2011年1月21日颁布了《城市房屋拆迁管理条例》(以下简称《拆迁条例》)、《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《补偿条例》),随着《补偿条例》的颁布,实施近10年的《拆迁条例》同时作废。《补偿条例》对征收的相关事项包括但不限于征收的主体、公共利益的界定、程序事项、补偿标准等问题做了明确规定,较之《拆迁条例》

更科学、更民主、更人性化。作为行政法规层面位阶的《补偿条例》在今天仍然适用。我国的《民法典》继承了《补偿条例》的有益做法,在《民法典》第243条列举3款对征收集体的土地和组织、个人的房屋及其他不动产作出明确规定。继续强调了为了公共利益之目的、遵循法律规定的权限和程序进行组织征收,及时足额支付包括补偿费在内的各项费用。这从法律的层面明确了对房屋及其他不动产的征收规定。笔者走访了邯郸市丛台区人民政府住建部门,了解相关征收实务情况,发现两个比较典型问题,下面结合法律、法规、规章的相关规定及征收实务论述如下。

### (一)漫天要价的“钉子户”

在房屋征收过程中,名曰征收房屋,但最主要的是土地使用权,这才是含金量最高之所在。征收方与被征收方通过充分协商,选择第三方评估机构对房屋进行价格评估后,基本上能够达成补偿协议。如果一方对评估报告有异议,还可以选择其他评估机构再次评估,一般情况下,补偿方案还是能够达成的。但是,也不排除个别漫天要价的“钉子户”,提出不合理的补偿方案,导致补偿协议难以达成,房屋征收工作不能顺利开展,迟延工程的进度,给整个征收工作带来重大影响。如果单从经济指标这一项来看,或许每拖延一天还给征收方带来巨大的经济损失。如何破解这一难题?在实行依法治国的今天,任何暴力拆迁行为都是国家政策和法律所不允许

**[投稿日期]** 2020-09-14

**[基金项目]** 邯郸市科学技术局基金项目(项目编号:0824201091-3)

**[作者简介]** 刘志强(1969-),男,河北大名人,副教授,硕士,研究方向:诉讼法。

的,任何违规的做法都是要追究党纪国法责任的,唯一的途径就是通过法律手段予以解决。启动法律程序不外乎征收方或者被征收方两个主体启动,下面分别论述:

### 1. 关于征收方启动法律程序

行政机关依照法定权限、程序作出了《房屋征收补偿决定》,被征收方持有不同意见,但是被征收方既不申请行政复议,也不提起行政诉讼,就是采取僵持策略、硬抗等方式拒绝搬迁。针对这种情形,我国《行政强制法》第2条第3款、第53条、第54条明确规定了行政强制执行。其途径可分为两种:有行政强制执行权的行政机关对不履行行政决定的主体有权依法强制其履行义务;没有行政强制执行权的行政机关可以向有管辖权的人民法院申请强制执行。《河北省国有土地上房屋征收与补偿实施办法》第22条第1款、2018年4月1日施行的《邯郸市国有土地上房屋征收与补偿实施办法》第41条也有类似的规定:被征收人拒绝履行规定的搬迁义务的,设区的市、县(市、区)人民政府可以向有管辖权的人民法院申请强制执行。可见,在征收方启动法律程序中,按照法律和法规的规定,准备充足申请强制执行的各种材料,依照法定的程序向有管辖权的人民法院申请强制执行。

### 2. 关于被征收方启动法律程序

行政机关实施房屋征收行为,从法律层面讲,是一种具体行政行为。我国《行政诉讼法》第12条第5项明确规定了,行政机关实施的征收、征用决定以及对补偿决定不服的争议、纠纷属于人民法院受理行政诉讼案件的范围。《行政诉讼法》第44条规定了具体的法律程序:被征收方既可以提起行政复议程序,也可以直接提起行政诉讼程序。行政相对人是行政诉讼的原告,征收征用的行政机关是行政诉讼的被告。

在进行行政诉讼的过程中,虽说有审理期限的限制,但行政机关不能消极、被动地等待行政判决,应该充分利用法律赋予的权利尽快主动、积极推动征收工作的进程。

我国《行政诉讼法》57条规定了行政诉讼诉讼中的先予执行制度。但是仔细研究该条规定,能够申请先予执行的主体仅是行政相对人即被征收征用的主体,并没有赋予被告方即行政机关也享有此项权利。那么,在行政诉讼中被告方即行政机关是否也享有先予执行的权利呢?《行政诉讼法》在第10章附则第101条规定了,人民法院在审理行政案件中,关于期间、送达……执行等,行政诉讼法没有规

定的,可以适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。根据该条规定,仅就执行而言,在《行政诉讼法》没有规定的情况下,是可以按照《民事诉讼法》相关规定采取执行措施的。我国《民事诉讼法》第106条有如此规定:因情况紧急需要先予执行的案件,人民法院可以根据当事人的申请裁定先予执行。对该法条展开分析:第一,这里的当事人从理论上讲,有可能是原告也有可能是被告,也就是说,行政诉讼的被告即行政机关可以成为先予执行的申请人;第二,“因情况紧急需要先予执行的”属于先予执行的事项。如前文所述,房地产征收是基于公共利益为目的的,涉及国家、地方政府的一些重大事项、民生事项等,毫无疑问属于“因情况紧急需要先予执行的”范畴。第三,要具备先予执行的条件,包括当事人之间权利义务关系明确,具有先予执行的迫切需要,当事人向人民法院提出申请,被申请人具有履行能力<sup>[2]</sup>。在具体征收实务中,一般不需要被申请人即被征收方实施具体的拆迁行为,往往都是征收方组织实施。按照《行政诉讼法》57条的规定,行政相对人拥有申请先予执行的权利,然而按照《行政诉讼法》101条、《民事诉讼法》第106条规定,被告行政机关是享有申请先予执行权利的。因此,在被征收方启动法律程序过程中,行政机关应该充分运用法律赋予的权利,及时行使先予执行的权利,确保事关公共利益的房屋征收事项能够及时推进。

## (二) 补偿方案

在房屋征收过程中,最容易出现矛盾的环节应该是征收决定补偿方案了。《补偿条例》第21条原则性的规定了货币补偿与房屋产权调换两种补偿方式。由于被征收房屋的状况包括但不限于房屋的结构、附属设施、地段以及不同时期房价等因素的差异,《补偿条例》不可能规定具体的补偿比例或者数额,需要因时、因地、灵活具体协商。

2012年3月21日,邯郸市人民政府出台了《邯郸市国有土地上房屋征收与补偿暂行办法》(以下简称《暂行办法》),该《暂行办法》第28条针对不同情况的房屋做了不同的补偿标准,比如:征收住宅楼房按建筑面积1:1进行补偿;征收住宅平房按建筑面积1:1.6倍进行补偿;征收非住宅房屋的,按照其合法建筑面积在同区位、同地段1:1给予补偿等。应该说,《暂行办法》规定的补偿标准与实际补偿的做法差距是比较大的,只能说《暂行办法》提供了征收补偿的指导性意见。2018年4月1日实施的《邯郸市国有土地上房屋征收与补偿实施办法》修改了

《暂行办法》中规定的针对不同情况的房屋做不同的补偿标准的规定,但是在其实施细则即《邯郸市中心城区国有土地上房屋征收与补偿实施细则》做了具体的补偿标准,比如征收住宅楼房由原来的按建筑面积1:1进行补偿调整为按建筑面积1:1.2倍进行补偿。该实施细则还比较详细地对城中村改造及其补偿安置标准做了规定。应该说邯郸市出台的房屋征收与补偿实施办法、实施细则都对征收实务起到了宏观指导作用,也有具体的操作方法,使得征收方与被征收方都能从中找到支持自己建议和主张的依据。

笔者实地走访、查阅了邯郸市丛台区近几年的征收补偿案例,比较推崇实务部门的创新做法。该案例以丛台区房屋征收办公室对某一地段的砖混结构的平房(建筑面积21平方米)实施房屋征收。此次征收回迁安置方案的设计如下:1.征收方对被征收方免费安置到50平方米(笔者注:此补偿标准已经达到按原来建筑面积1:2.4倍进行补偿了);2.根据奖励标准,征收方对被征收方按特别优惠价安置10平方米;3.根据奖励标准,征收方对被征收方按优惠价安置10平方米;4.经双方协商,被征收方将相关补助抵顶应向征收方支付的20平方米优惠价房款;5.被征收方按标准加奖励安置后的增扩面积(即实际安置面积-免费安置面积-按特别优惠价、优惠价安置面积的差额面积)的价格,按照竣工领取钥匙时经过房地产评估机构参考类似房地产市场价格评估决定。笔者又比较不同时间点的类似案例,总结出如下共同点:征收二十平方米左右的平房,征收方在被征收方按照协议约定的时间段搬迁完毕、放弃各种奖励、补助后,征收方安置被征收方70平方米的楼房一套,被征收方如果还需要超出70平方米的面积,则按照交付房屋时的市场价支付相应的房价。

笔者之所以推崇这种做法,是因为该方案简明扼要,减少中间的繁琐奖励、补助环节,能够充分调动被征收方的搬迁积极性,也容易双方达成征收安置协议。

## 二、《民法典》在建设用地使用权转让过程中的法律适用

我国《民法典》第347条规定了建设用地使用权可以通过出让和划拨等方式取得。另在《民法典》第353条规定了建设用地使用权可以通过转让、互换、出资、赠与或者抵押等方式依法流转。为了规范建设用地使用权依法有序流转,国务院办公厅于2019

年7月6日发布《关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》〔国办发(2019)34号〕,该指导意见明确规定了不同方式取得建设用地使用权转让的不同条件。其中,针对以出让方式取得的建设用地使用权转让,在合法、合规和出让合同约定的前提下,应充分保障交易自由;2019年12月23日河北省人民政府办公厅发布冀政办字〔(2019)79号文〕,即《关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的实施意见》,该实施意见针对以出让方式取得的建设用地使用权转让有两个亮点:第一,对不符合《城市房地产管理法》第39条规定的开发投资总额25%的,原则上不允许转让,可以按照“先投入后转让”的原则办理。也就是说,转让方把待建设用地可以千方百计开发投资总额达到25%的法定要求,才可以转让土地使用权;第二,设立预告登记制度。之所以要设立此制度,就是因为待转让建设用地的投入尚未达到法定的开发投资总额25%的要求,为了促成转让的完成,规范转让交易行为,防范交易中的风险,一旦达到法定转让要求,才可以办理不动产转让登记手续。《城市房地产管理法》第39条之所以要规定开发投资总额25%这一硬性条件,目的是为了防范炒作土地,减少经济泡沫风险。

笔者通过河北正纲律师事务所提供的实例,也印证了这个观点:邯郸市某县两家房地产有限公司签订了建设用地使用权转让合同,完成了资金支付,待到土地管理部门办理过户登记手续时,土地管理部门就是以转让土地未达到《城市房地产管理法》第39条规定的开发投资总额25%的要求,拒绝办理土地过户变更登记。再进一步阐述一个问题,即使转让建设用地使用权的土地没有达到开发投资总额25%的要求,那么转让合同的效力如何呢?针对此问题学术界有不同的看法,一种观点认为,既然违反《城市房地产管理法》第39条规定的开发投资总额25%的要求,合同因违反法律的规定而无效;另一种观点认为,拟转让的土地使用权虽然没有达到开发投资总额25%的要求,这是标的物的瑕疵,并不影响转让合同的效力。针对这两种观点,笔者查阅到最高人民法院(2016)最高法民终685号民事判决书,该判决书认为:“《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《城市房地产管理法》)第三十八条第一项和第三十九条第一款第二项关于土地转让时投资应达到开发投资总25%的规定,是对土地使用权转让合同标的物设定的于物权变动时的限制性条件,转让的土地未达到25%以上的投资,属合同标的物的瑕疵,并不直接影响土地使用权转让合同的效

力,城市房地产管理法第三十八条第一项和第三十九条第一款第二项的规定不是认定土地使用权转让合同效力的法律强制性规定<sup>[3]</sup>。”由此看来,转让建设用地使用权即使没有达到发投资总额 25% 的要求,虽说不符合《城市房地产管理法》的要求,但是最高法还是从鼓励交易的目的认可土地使用权转让合同的效力。笔者也是利用了最高法的这个裁判要旨,建议上面案例中的一家房地产有限公司以某不动产交易中心为被告提起行政诉讼。

### 三、《民法典》在在建建筑物抵押与担保物权的实现过程中的法律适用

为了保证合同的顺利履行,解决房地产企业资金问题,疏通房地产企业的融资渠道,《民法典》吸收了《合同法》、《城市房地产管理法》、《担保法》、《物权法》的有益做法,对在建建筑物抵押与担保物权的实现问题做了规定。《民法典》第 395 条规定了建筑物、正在建造的建筑物、建设用地使用权等财产可以办理抵押登记;第 397 条规定了,无论是以建筑物抵押,还是以建设用地使用权抵押,与之相关的建设用地使用权、该土地上的建筑物一并抵押,既使当事人没有约定一并抵押,未抵押的财产在法律层面视为一并抵押,这就是房地一体主义在我国立法中的体现。在具体实务操作过程中,在建建筑物抵押涉及的问题比较复杂,潜在的风险还是存在的。笔者就以下四个问题展开分析。

#### (一) 在建建筑物抵押权的客体

顾名思义,在建建筑物抵押权的客体就是在建建筑物。只不过,在建建筑物此时处于在建形态,还需要不断对其投入人力、物力、财力的投入,它是一个动态的过程。这就产生一个问题,在建建筑物抵押权的客体范围是否包括未建造部分?这个问题目前法律并没有统一明确规定。不过,我们可以设想一下,在建建筑物做完抵押后,可能存在三种形态:1. 做完抵押登记后,在建建筑物处于停工状态;2. 做完抵押登记后,在建建筑物又进展了一些工程,但是没有竣工、还处于停工状态;3. 做完抵押登记后,在建建筑物继续施工,直至工程竣工。第一种情况容易理解,做完抵押登记后,在建建筑物没有增添后续工程,抵押权的客体范围就是做抵押登记时的财产范围;第三种情况也好理解,按照《城市房地产抵押管理办法》第 34 条规定,抵押的房地产已经竣工,抵押人已经办理了建筑物的初始登记,此时在建建筑物抵押应当转化为房地产抵押。此时的抵押权客体

范围就是登记的房地产;最容易引起争论的是第二种情况,做完抵押登记后,在建建筑物虽有一些进展,但是仍然没有竣工,办不成第三种情况的房地产抵押登记。笔者认为,第二种情况的抵押,抵押权客体范围应该包括新建工程。这是因为,一方面在建建筑物具有整体性,不宜人为地分隔,当事人之所以办理抵押,就是看中了在建建筑物本身的价值所在;另一方面,主张抵押权客体范围应该包括新建工程也体现了双方当事人的愿望。当事人办理抵押时就是以在建建筑物为客体,在建建筑物本身就是一个动态过程,随着建筑材料、设备、人力等要素的投入,在建建筑物本身价值在变化。这些问题双方当事人都是明知的,从私法尊重当事人意思自治理念考量,也应该支持在建建筑物抵押权客体范围应该包括新建工程的观点。

#### (二) 在建建筑物抵押权与工程款优先权问题

我国《合同法》第 286 条规定了工程款优先权问题,也就是在发包人没有支付工程款情形下,承包人(包括施工人)可以采取折价、申请人民法院拍卖的方式优先受偿工程款。如果出现在在建建筑物抵押权与工程款优先权竞合问题该如何处理呢?我国《合同法》没有对此规定,但是,最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》([法释(2002)16号]明确规定了工程款优先权优于抵押权和其他债权,从而确立了工程款优先受偿的规则。《民法典》第 807 条仍然规定了工程款优先受偿。工程款这种优先受偿规则的确立,意味着不再考量工程款与抵押债权谁先谁后发生的,也不再考量抵押权是否登记以及登记的时间问题等。一旦存在拖欠工程款情形,工程款优先于其他担保债权受偿,担保债权成为第二位的赔偿对象了,这种规定无疑给抵押权人带来潜在风险。抵押权人如何防范此种风险呢?可以参考以下做法:1. 在确立抵押关系之前,密切关注工程款支付情况,最好争取到债务人支付完毕工程款,或者做到承包方承诺放弃工程款优先受偿权。2. 在抵押物的价值中预先扣除工程款部分,然后再确定担保的数额。这些做法也是无奈之举,毕竟工程款优先权问题是没有办法回避的问题。

#### (三) 在建工程抵押权与商品房预售冲突的风险及防范

按照规定,房地产企业依据《城市房地产管理法》第 45 条要求的条件,应当先向政府房产管理部门办理商品房预售许可证明,然后进行商品房预售。但在实践中,房地产企业在没有取得商品房预售许

可证明时,早已经出售商品房了。此时如果在建建筑物已经办理在建工程抵押,那么就存在着在建工程抵押权与商品房预售冲突的风险,抵押权人的利益如何得到保障?商品房买受人的权益如何得到保障?抵押人转让已办理登记的抵押物的,需要履行两个义务:通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况,即通知义务和告知义务。如果抵押人没有履行上述两个通知和告知义务,依照《担保法》第49条的规定转让行为无效。但是,《民法典》第406条已经修改了《担保法》第49条规定,不再要求抵押人履行通知或者告知的义务,抵押的财产可以转让,但抵押权人始终对转让的抵押财产拥有抵押权,而且不受转让次数的影响。抵押权人对已经转让的抵押财产可以要求债务人提前清偿或者提存。这就意味着抵押权人的权利得到了保障。商品房买受人此时应该如何维护自己的合法权利呢?一种方法是设法消除所购商品房上的抵押关系,比如敦促债务人把售房款支付给抵押权人,或者让债务人另行提供债权人认可的担保财产等方法;另一种方法就是对债务人提起违约之诉,依据《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问题的解释》第8条规定,主张已经签订的合同予以解除、已经支付的购房款及利息返还、要求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。

#### (四) 担保物权的实现

根据我国《民事诉讼法》的规定,在建建筑物担保物权的实现属于民事诉讼特别程序,不属于普通的诉讼程序。担保物权的实现大体上要具备:首先,要具备实现担保物权的条件。包括,双方当事人之

间有明确的债权债务关系,债务人逾期不履行债务,被担保的债权已经办理在建建筑物抵押登记或者房地产抵押登记等条件;其次,向有管辖权的人民法院提出申请,包括担保物权登记地或者担保财产所在地的人民法院提出申请,需要提交以下材料:1. 申请书,记载清楚双方当事人的详细信息;2. 证明担保物权存在的有关合同书、证明文书或者其他项证书;3. 担保财产的情况说明;4. 担保物权条件成就的证明材料<sup>[4]</sup>。

综上所述,《民法典》即将走近我们的生活。我国编纂民法典既不是把原有的法律推倒重来,也不是麻袋装土豆一股脑全收,而是在现有法律基础上,进行了整合、纂修、补充、完善和部分的创制。《民法典》对我国房地产业的影响也是全方位的、深远的。伴随着《民法典》的实施,与《民法典》规定有冲突的法律、法规、规章都面临着废除或修改的选择。制定的法律不仅制裁违法行为,还要规范合法合规的行为,我国房地产业也只有法律规定的轨道上运行,才能在健康的道路上行而致远。

#### 参考文献

- [1] 王娜娜. 新时代的民法典——《中华人民共和国民法典》诞生记[J]. 山东人大工作, 2020(06):60-63.
- [2] 陈福江. 民事诉讼保全程序之比较研究[J]. 广西广播电视大学学报, 2005(02):46-49.
- [3] 吴光荣. 论违反让与禁止的法律后果——兼论《房地产管理法》第38条与《担保法》第37条的规范性质[J]. 法律科学, 2014(05):78-89.
- [4] 朱广新. 民法法典化的历程与特色[J]. 中国法律评论, 2020(03):10-20.

[责任编辑 王云江]

## On the application of the new regulations of the Civil Code in the field of real estate

LIU Zhi-qiang

(School of Humanities and Law, Hebei University of Engineering, Handan 056038, China)

**Abstract:** The Civil Code of the People's Republic of China will enter into force on January 1, 2021, and China will soon enter the era of civil code. "The prosperity of the code, the prosperity of the country will be." Based on the civil Code, other laws and regulations, judicial interpretation, and relevant regulations of the department, this paper analyzes and discusses related problems in China's real estate industry, focusing on the issues of the expropriation and compensation of houses on state-owned land, the transfer of the right to use construction land, and the realization of the mortgage and security right of buildings under construction. Combined with the provisions of laws, regulations and rules and the practical practice, this paper discusses the matters needing attention and the prevention of risks in the operation of the real estate industry, and highlights the regulatory role of laws in the healthy development of China's real estate industry.

**Key Words:** The civil code; house collection and compensation; the right to use construction land; mortgage and security interest of building under construction