

2013年第3集  
总第59集

**最新司法解释**

最高人民法院关于《城市房地产抵押管理办法》在建工程抵押规定与上位法是否冲突问题的答复

最高人民法院关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复

**司法解释解读**

行政权力的边界

——从在建工程抵押登记谈起 耿宝建

**行政诉讼理论**

利益衡量在行政审判实践中的适用及规范

——以我国行政司法政策为考量 张昌民

**行政审判实务**

行政案件涉诉信访应对中法官能动性救济制度的规范化研究 王旭军

**调查与研究**

强化司法建议工作 参与社会管理创新 促进依法行政建设

——2011-2012年重庆法院行政审判司法建议工作调查报告 王彦 尹洁 王乐

*Administrative Action and Administrative Litigation*

# 行政执法与行政审判

中华人民共和国最高人民法院  
行政审判庭 编

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

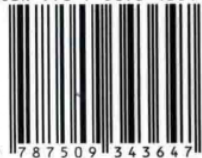




# 行政执法与行政审判

总第59集

ISBN 978-7-5093-4364-7



定价: 40.00元

2013年第3集

总第59集

# 行政执法与行政审判

中华人民共和国最高人民法院行政审判庭 编

主 编 江必新 贺 荣  
编 委 赵大光 李广宇 王振宇 续文钢  
蔡小雪 马永欣 郭修江 于 泓  
执行编辑 梁风云

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

行政执法与行政审判. 2013 年. 第 3 集: 总第 59 集 /  
中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编. —北京:  
中国法制出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4364 - 7

I. ①行… II. ①中… III. ①行政执法 - 中国 - 丛刊  
②行政诉讼 - 审判 - 中国 - 丛刊 IV. ①D922. 11 - 55  
②D925. 318. 2 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 033239 号

策划编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com)

封面设计 蒋 怡

---

## 行政执法与行政审判 2013 年第 3 集 (总第 59 集)

XINGZHENG ZHIFA YU XINGZHENG SHENPAN

编者/中华人民共和国最高人民法院行政审判庭

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 980 毫米 16

版次/2013 年 12 月第 1 版

印张/9.75 字数/180 千

2013 年 12 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4364 - 7

定价: 40.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033296

传真: 66031119

编辑部电话: 66067023

邮购部电话: 66033288

# 行政执法与行政审判（总第59集）目录

## 【最新司法解释】

- 1 最高人民法院关于《城市房地产抵押管理办法》在建工程抵押规定与上位法是否冲突问题的答复  
附：山东省高级人民法院关于担保法司法解释与建设部规章就在建工程抵押所作规定是否存在冲突问题的请示
- 6 最高人民法院关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复  
附：北京市高级人民法院关于违法的建筑物、构筑物、设施等的强制拆除问题的请示

## 【司法解释解读】

- 10 行政权力的边界  
——从在建工程抵押登记谈起 耿宝建
- 17 违法建设强制拆除主体评析  
——解读最高人民法院拆违的司法批复 王晓滨

## 【行政诉讼理论】

- 28 利益衡量在行政审判实践中的适用及规范  
——以我国行政司法政策为考量 张昌民
- 36 司法权介入教育行政之审查强度考察  
——以我国法院判决之分析为中心 石 珍 马 璨

## 【行政审判实务】

- 51 行政案件涉信访应对中法官能动性救济制度的规范化研究 王旭军
- 62 “裁执分离”模式下司法权与行政权的权力范围再界定 蒋中东 管 征
- 68 采光权诉讼的司法审查标准研究  
——基于事实问题、法律问题及程序问题的区分探讨 陈 骏
- 77 农民集体土地征收中存在的问题及对策 马 立

- 82 社会管理创新语境下行政审判白皮书制度审视与构建  
——基于上海法院司法建议信息库的实证分析 崔胜东

- 92 假设检验法在行政审判司法统计数据分析中的应用 郭登友

【调查与研究】

- 99 强化司法建议工作 参与社会管理创新 促进依法行政建设  
——2011-2012年重庆法院行政审判司法建议工作调查报告  
王彦尹洁王乐

- 110 征收集体土地上房屋补偿安置若干问题的调研  
宁波市中级人民法院行政非诉审查庭

- 122 行政诉讼简易程序的实践探索  
——行政诉讼简易程序试点工作调研报告 兰州市城关区人民法院

【疑难案例评析】

- 130 过程信息  
——徐志豪诉广州市规划局案 李广宇

- 139 供电等公共企业单位的信息公开属于司法审查范围  
——张华不服湖南省电力公司长沙电业局信息公开决定案 彭丁云

【行政审判动态】

- 143 江苏淮安行政审判年度报告受到市委市政府高度重视

## 【最新司法解释】

### 最高人民法院关于《城市房地产 抵押管理办法》在建工程抵押规定 与上位法是否冲突问题的答复

〔2012〕行他字第8号

山东省高级人民法院：

你院鲁高法函〔2012〕3号请示收悉，经征求全国人大常委会法制工作委员会、住房和城乡建设部意见，答复如下：

在建工程属于《担保法》规定的可以抵押的财产范围。法律对在建工程抵押权人的范围没有作出限制性规定，《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款有关在建工程抵押的规定，是针对贷款银行作为抵押权人时的特别规定，但并不限制贷款银行以外的主体成为在建工程的抵押权人。

二〇一二年十一月二十八日

附：

#### 山东省高级人民法院关于担保法司法解释 与建设部规章就在建工程抵押所作规定是否存在冲突问题的请示

最高人民法院：

聊城东昌府区人民法院在审理邯郸市邯三建筑工程有限公司诉聊城市住房和城乡建设委员会在建工程抵押行政登记一案的过程中，对担保法司法解释与建设部规章就在建工程抵押所作规定是否存在冲突问题把握不准，逐级报请我院研究。经我院审判委员会研究后认为，相关法律适用问题较为复杂，特向贵院请示。

#### 一、当事人基本情况

原告：邯郸市邯三建筑工程有限公司。

被告：聊城市住房和城乡建设委员会。

第三人：聊城市聊韩房地产开发有限公司。

第三人：程安宇。

## 二、案件由来及一审情况

原告邯郸市邯三建筑工程有限公司（以下简称邯三公司）起诉称：2003年11月21日，我方与聊韩房地产公司签订《建设工程施工合同》，约定由我方承建聊韩房地产公司开发的育新街韩国城的地下停车场、3#楼及4#楼的土建、给排水、电器安装工程。聊韩房地产公司未支付工程款，在执行过程中，我方发现被告聊城市住房和城乡建设委员会（以下简称聊城市住建委）将原告承建的工程为两第三人办理了在建工程抵押登记，直接影响了原告合法权利的实现。根据法律规定，在建工程抵押的抵押权人应为银行，不是企业或自然人。被告没有审查贷款人主体资格，程安宇不符合贷款人主体资格，被告为第三人程安宇办理在建工程抵押登记违反法律规定，请求法院依法撤销。

被告辩称：1. 我方作出具体的行政行为时，邯三公司与聊韩房地产公司的纠纷尚未产生，邯三公司的债权可以通过其他途径解决，邯三公司认为我方作出的登记行为直接影响其债权实现的理由不能成立，邯三公司不具有原告主体资格。2. 根据《城市房地产抵押管理办法》第三条第三款规定，我方以公民个人作为抵押权人办理相关房地产抵押登记符合相关规定，并无不当。3. 第三人在申请办理房地产抵押权设立登记时，依法提交了规定的材料，我方经对材料进行审核，认为第三人申请事实及权属清楚，证据材料齐全，为其办理了房地产他项权利登记。综上，原告不具有诉讼主体资格，其诉讼没有法律依据，我方作出的抵押登记行为事实清楚，证据充分，程序合法，适用法律正确，请求法院驳回原告的诉讼请求。

第三人聊韩房地产公司辩称：1. 本案原告没有诉权，因为我方与程安宇签订的抵押合同合法有效，本案原告要求撤销的登记行为并没有涉及到抵押合同的任何内容及权利义务关系，该抵押合同的成立及生效也并不是以抵押登记为生效要件，该登记行为并没有涉及到原告的合法权益，该登记行为不具有可诉性。2. 根据相关规定对登记行为提起行政诉讼应以解决基础性的民事案件为要件，原告起诉不符合法律规定，请求依法驳回。3. 原告起诉超过起诉期限。

第三人程安宇答辩称：1. 原告2009年已经起诉聊韩房地产公司并申请法院查封了本案在建工程，在当时原告就应该知道在建工程抵押的情况，故原告于2011年6月16日提起行政诉讼，超过了3个月的起诉期限。2. 2007年1月19日，我方与聊韩房地产公司签订借款协议，聊韩房地产公司以在建工程提供抵押担保，并办理了抵押登记。根据《物权法》的规定，该在建工程抵押合法有效。3. 原告主张在建工程抵押无效没有法律及事实根据。《城市房地产抵押管理办法》关于在建工程抵押等内容与新法或上位法冲突而不再适用，且其规定过于片面，不应依据该办法的规定执行。请求法院驳回原告的诉讼请求。



聊城市东昌府区人民法院一审查明：2003年11月21日，邯三公司与聊韩房地产公司签订《建筑工程施工合同》，约定由邯三公司施工建设第三人聊韩房地产公司开发的育新街8号韩国城项目的地下车库、3#、4#商住楼三层的土建、给排水、电器安装工程。2006年12月6日，聊韩房地产公司董事会作出决议并于2007年1月17日向房管局抵押科保证：同意对韩国商城3#楼部分面积进行资产抵押，在抵押期间不对外销售。2007年1月1日，聊韩房地产公司与程安宇签订借款合同，聊韩房地产公司以育新街8号3#楼1-3层部分为抵押，向程安宇借款750万元，保证方式为在建工程抵押，期限从2007年1月1日起至2007年12月31日止。聊韩房地产公司与程安宇就上述在建工程抵押向被告提出登记申请，2007年1月24日被告为第三人程安宇办理了抵押登记并颁发聊房他字第0307000266号《房屋他项权证》。原告于2011年6月16日提起行政诉讼。

聊城市东昌府区人民法院形成两种处理意见：

第一种意见：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称担保法司法解释）第四十七条的规定，以依法获取尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物设定抵押，当事人需办理抵押物登记。《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款规定：“本办法所称在建工程抵押，是指抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产，以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”根据该条规定，办理在建工程抵押登记中，抵押权人只能是贷款银行。在本案中，从原告与第三人签订的抵押协议内容看，抵押物为第三人聊韩房地产公司正在开发建设的商品房，属在建工程，因此该抵押登记实质上是在建工程抵押登记。被告办理的被告在建工程抵押登记中，抵押权人（债权人）为自然人程安宇而非贷款银行，不符合建设部《城市房地产抵押管理办法》规定的在建工程贷款抵押权利主体的法定条件。故依法应撤销被告聊城市住房和城乡建设委员会作出聊房他字第0305004800号《房屋他项权证》的具体行政行为。

第二种意见：《城市房地产抵押管理办法》对在建工程抵押的设定了几个条件，其中一个条件就是抵押权人为贷款银行。而担保法司法解释第四十七条中并未规定在建工程抵押必须具备上述条件。由于《城市房地产抵押管理办法》仅是建设部的一项规章，在审判实践中其效力层次低于司法解释，因此，根据担保法解释的规定，对在建工程抵押不应限制抵押权人的条件，被告为两第三人办理在建工程抵押登记符合法律规定，依法应驳回原告的诉讼请求。

东昌府区法院倾向于第一种意见。

### 三、聊城中院意见

案经聊城中院审判委员会讨论认为，本案起诉人应具有原告主体资格。在案件实体处理上有两种意见：

第一种意见是同意东昌府区人民法院第一种意见，判决撤销抵押登记。

主要理由是：《中华人民共和国担保法》对在建工程抵押并未作出明确规定。2000年颁布实施的担保法司法解释第四十七条规定，“以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。”该司法解释明确了在建工程可以抵押，但并未规定设定抵押的条件。1997年颁布、2001年修订的原建设部《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款规定，在建工程抵押登记的抵押权人应为贷款银行。该管理办法是对在建工程办理抵押的具体规定，与担保法司法解释并不冲突。本案中，被告办理的在建工程抵押登记的抵押权人为自然人，而非金融机构，不符合建设部《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款的规定。应撤销被告为第三人办理的抵押权登记。

第二种意见是同意东昌府区法院第二种意见，驳回原告诉讼请求。主要理由是：虽然《城市房地产抵押管理办法》规定在建工程抵押的抵押权人为贷款银行，但担保法司法解释并未对抵押权人进行限制，《中华人民共和国物权法》明确规定了在建工程可以抵押，但也未对抵押权人的范围进行限制。由于《城市房地产抵押管理办法》仅是建设部的规章，在审判实践中其效力层次低于司法解释。在建设部规章与司法解释的规定存在冲突的情况下，应适用担保法司法解释。东昌府区法院应对本案进行合法性审查后依法作出裁判。

#### 四、我院研究意见

我院审判委员会研究认为：

一、本案起诉人邯三公司具有原告诉讼主体资格。主要理由是：一般债权人不具有对不动产登记提起诉讼的原告资格的原因是，一般债权的标的物是不特定的，并未直接指向争议的不动产。而本案中，邯三公司所享有的在建工程优先受偿权指向是特定的，即争议的房产，故应当具有原告诉讼主体资格。《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》中明确规定，债权人为抵押权人的，具有原告主体资格，而工程价款优先受偿权优于抵押权，以此类推，承包人作为债权人也应该具有原告主体资格。

二、关于担保法司法解释与建设部规章是否冲突问题。我院审委会研究后认为，担保法司法解释与建设部规章不冲突。主要理由是：司法解释没有对抵押权人的范围进行限制，故不能推出部门规章不能进行此类限制。建设部规章将在建工程抵押权人限定为银行是合适的，可以防止滥用抵押权，人民法院应当尊重行政主管部门的意见。本案行政诉讼过程中应对抵押登记的证据、程序和法律适用等方面进行全面审查，依法作出是否合法的判断。但也有委员提出，建设部规章所称在建工程抵押，是抵押人将“土地使用权连同在建工程”抵押给贷款银行，而担保法及其司法解释规定的是房屋抵押，不包括土地，两者规范的对象并不相同。

本案如何适用法律，请给予批复。

二〇一二年三月五日

## 附：相关法律法规

1. 1997 年建设部《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款规定：“本办法所称在建工程抵押，是指抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产，以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”

2. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四十七条规定：“以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。”

3. 《合同法》第二百八十六条规定：“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，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请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。”

4. 《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）

上海市高级人民法院：

你院沪高法〔2001〕14号《关于合同法第286条理解与适用问题的请示》收悉。经研究，答复如下：

一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。

二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

三、建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。

四、建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

五、本批复第一条至第三条自公布之日起施行，第四条自公布之日起六个月后施行。

## 最高人民法院关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复

(2013年3月25日最高人民法院审判委员会第1572次会议通过  
法释〔2013〕5号)

北京市高级人民法院：

根据行政强制法和城乡规划法有关规定精神，对涉及违反城乡规划法的违法建筑物、构筑物、设施等的强制拆除，法律已经授予行政机关强制执行权，人民法院不受理行政机关提出的非诉行政执行申请。

附：

### 北京市高级人民法院关于违法的建筑物、构筑物、设施等的 强制拆除问题的请示

京高法〔2012〕383号

最高人民法院：

近年来，针对违法的建筑物、构筑物、设施等的强制拆除问题，行政机关和法院之间、法院内部存在不同认识，司法实践中做法各异。为统一法律适用，我院审判委员会近日专门讨论，并议定向贵院请示以下问题：

问题一：行政机关针对违法的建筑物、构筑物和设施等作出的限期拆除决定后，当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不拆除的，行政机关申请人民法院强制执行上述生效决定，人民法院如何处理？

我院对此存在两种不同意见。少数意见认为：在现行法律规定下，人民法院应当受理并负责执行。主要理由是：1.《行政强制法》第四十四条规定了“对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的，应当由行政机关予以公告、限期当事人自行拆除。当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不拆除的，行政机关可以依法强制拆除”，此处规定“可以依法强制拆除”，理论上不排除行政机关也“可以”申请法院强制执行。2.《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下称《若干解释》）第八十七条第二款规定“法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行，也可以申请人民法院强制执行，行政机关申请人民法

院强制执行的，人民法院可以依法受理”，行政强制执行与申请法院强制执行可以并行不悖。3. 《城乡规划法》规定城乡规划主管部门可以作出限期拆除决定（但“责成”有关部门强制拆除权在县级以上地方人民政府），《土地管理法》规定土地行政主管部门对非法占地行为作出限期拆除决定后，当事人拒不拆除时可以申请法院强制执行，无论城乡规划主管部门还是土地主管部门，自身都无强制执行力权，都可以申请法院强制执行。

多数意见认为：对行政机关提出的强制执行限期拆除决定的非诉执行申请应当区别对待。凡涉及违反《城乡规划法》的违法的建筑物、构筑物、设施等的强制拆除，都应当由行政机关依法执行，人民法院不受理相关非诉执行案件。主要理由是：1. 根据《城乡规划法》第六十八条有关“城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施”以及第六十五条有关“在乡、村庄规划区内未依法取得乡村建设规划许可证或者未按照乡村建设规划许可证的规定进行建设的，由乡、镇人民政府责令停止建设、限期改正；逾期不改正的，可以拆除”的规定，县级以上地方政府可责成有关部门强制拆除，乡、镇人民政府可直接拆除，该法未规定申请法院强制执行（与以往《城市规划法》不同），其立法本意当为无需启动非诉执行程序。2. 根据《行政强制法》第五十三条有关“当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不履行行政决定的，没有行政强制执行权的行政机关可以自期限届满之日起三个月内，依照本章规定申请人民法院强制执行”的规定，启动非诉执行程序的前提是申请机关没有行政强制执行权，虽然城乡规划主管部门无权直接实施强制拆除，但既然《城乡规划法》第六十八条已经规定了政府责成有关部门强制拆除的专门程序，再以该部门无行政强制执行权为由而主张启动非诉执行程序并不合理，缺乏相关法律依据，强制拆除依法应通过行政程序完成。3. 强制拆除违法建设在数量、难度上并不亚于原《城市房屋拆迁管理条例》下合法房屋的强制拆迁，需要动用方方面面的资源。从我市情况看，该项工作过去主要通过行政程序完成，法院的审判执行力量、能力都十分有限。而在《国有土地上房屋征收补偿条例》和《行政强制法》施行后，强制搬（拆）迁皆需经过司法审查，由此带来法院非诉审查案量激增，有限的司法资源已不堪重负，最高法院为此在今年4月还专门出台司法解释确立了相关非诉执行的“裁执分离”原则，如果法院再办理甚至直接执行违反《城乡规划法》的拆除违法建设方面的非诉执行案件，“办案难”、“执行难”问题只会进一步恶化，不仅于法无据，不利于人民法院审判执行工作正常运转，不符合司法中立审查的角色定位，更会导致行政机关法定行政强制职能的弱化，不利于及时遏制违建现象、提高行政效率。

多数意见还认为，虽然《土地管理法》、《水污染防治法》、《广告管理法》等规定了有关部门对非法占用土地、设置排污口及广告标识等行为作出限期拆除决定后可申请人民法院强制执行，但如果证据表明上述行为同时

也违反了《城乡规划法》相关规定，人民法院可暂不受理，并建议申请机关按照《城乡规划法》规定的行政程序处理，未采纳人民法院建议的再行受理。此外，对有关部门依照《城乡规划法》作出的同一处罚决定中既有责令停止建设、限期拆除内容，又有罚款、没收等给付内容的，人民法院对罚款、没收等给付内容的强制执行申请应当依法受理。

问题二：行政机关针对违法的建筑物、构筑物 and 设施等作出的生效限期拆除决定，是否适用“代履行”执行方式？

我院对此存在两种不同意见：少数意见认为：拆除违法建筑物、构筑物和设施不适用“代履行”执行方式。主要理由是：1. 代履行是有别于直接强制执行的间接强制执行方式，其核心是义务的替代履行，对当事人而言是作为义务转化为金钱给付义务，对行政机关而言通过代履行避免了强制手段的使用。但对于违法建筑物、构筑物和设施等的拆除，《城乡规划法》既然已规定了县级以上地方人民政府可责成有关部门强制拆除以及乡、镇人民政府可直接拆除的直接强制执行方式，就没有必要再适用代履行。2. 《行政强制法》第五十条对“代履行”适用范围作了较为严格的限制，即仅限于当事人如不履行排除妨碍、恢复原状等义务，其后果已经或者将危害交通安全，造成环境污染或者破坏自然资源，而拆除违法建筑物、构筑物和设施等主要针对违反《城乡规划法》，影响城市和乡村规划、建设和管理的行为。3. 我国目前已有17部法律规定了“代履行”内容，多数是代为治理水污染、代为除治病虫害、代为打捞或清除沉船沉物等不涉及当事人财产或不减损其财产价值的“做好事”式的建设性代履行，而非拆除违法建筑、构筑物、设施等以及房屋拆迁等破坏性行为。故后者不宜适用代履行。

多数意见认为：行政机关依据《城乡规划法》对违法建筑物、构筑物、设施等作出的限期拆除决定可依法适用“代履行”执行方式。主要理由是：1. 限期拆除决定符合代履行的一般特征，属于“要求当事人履行排除妨碍、恢复原状等义务的行政决定”，是一种可替代性义务。同时，在特定情形下不拆除即有可能出现“危害交通安全，造成环境污染或者破坏自然资源”的危害后果。2. 《行政强制法》第五十条规定的“代履行”是对所有符合条件的行政机关的一般性授权，并不限于现行单行法明确规定的代履行事项，更无法律对拆除违法建筑的代履行作出专门限制。3. 代履行在我国还处于制度实践和理论研究初创阶段，应当允许探索和尝试。其突出优势在于作为先行的较为缓和的执行方式，能够起到对当事人的督促、教育和告诫作用，实施代履行机关（如规划建设主管部门）或其委托的第三人本身可无强制执行权，当事人对代履行可以拒绝，未能代履行并不排斥有权机关其后直接强制执行。从国外情况看，德国、日本等国的代履行适用于拆除违法建筑领域。我国如允许有关部门或其委托的第三人代履行拆除违法建设，一定程度上可减少政府责成有关部门强制拆除的负面因素。4. 从行政法发展方向看，间接强制手段和非强制手段的广泛运用是总趋势。“代履行”不仅有利于缓解人民法院在拆除违法建设问题上面临的现实困境，更有利于丰富行政机关的管理手段，

节约行政成本的支出，避免因直接强制造成的矛盾激化，故鼓励和支持行政机关采取代履行等间接强制执行方式符合现代行政法治理念，今后有必要在现有规定基础上进一步拓宽代履行适用范围。

现就以上法律问题请示贵院，望尽快答复为盼。

二〇一二年十二月十日

## 【司法解释解读】

### 行政权力的边界

——从在建工程抵押登记谈起

耿宝建

#### 一、问题的提出

《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款规定，本办法所称在建工程抵押，是指抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产，以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。行政管理实践中，对上述条文和其他相关法律法规如何理解各方意见不一；对贷款银行之外的其他民事债权人能否办理在建工程抵押登记，各地建设行政主管部门做法也不统一。全国共分为三种情形：大部分省市只对贷款银行办理在建工程抵押登记，部分省市对贷款银行和其他金融机构办理在建工程抵押登记，少数省市对所有民事主体都办理在建工程抵押登记。人民法院的审判实践中，建设行政主管部门不论是否给贷款银行之外的其他债权人办理抵押登记，都可能引发不履行法定职责或者违法履行法定职责的诉讼；即使是给其他债权人办理抵押登记的，对能否适用《城市房地产抵押管理办法》所规定的条件和程序、是否需要监管借款只能作为继续建造资金，也存在不小分歧。因此，对在建工程能否给银行之外的其他债权人办理抵押登记以及如何办理抵押登记，亟待在审判实践中予以统一，并通过立法或者法律解释的方法予以解决。

#### 二、审判实践中的不同意见

山东某区人民法院在审理某建筑公司诉某市住房和城乡建设委员会在建工程抵押行政登记一案的过程中，对担保法等法律规范与《城市房地产抵押管理办法》就在建工程抵押所作规定是否存在冲突问题把握不准，逐级报请山东高院研究。山东高院审判委员会研究后认为，相关法律适用问题较为复杂，特向最高人民法院请示。

该案基本案情如下：2006年12月6日，房地产公司董事会作出决议：决定对其所有的韩国商城3号楼部分面积进行资产抵押，在抵押期间不对外销



售。2007年1月1日，房地产公司与程某签订750万元借款合同，房地产公司以韩国商城3号楼1-3层部分为抵押，保证方式为在建工程抵押。2007年1月17日，房地产公司与程某持借款合同和抵押合同向市住房和城乡建设委员会申请在建工程抵押登记。市住房和城乡建设委员会审查后认为，抵押是双方真实意思表示且该在建工程未设定其他担保物权。2007年1月24日，市住房和城乡建设委员会办理了抵押登记并为债权人程某颁发房他字第0307000266号《房屋他项权证》。后债权人某建筑公司因房地产公司无法履行到期债务，申请执行在建工程时，发现该在建工程已经办理了抵押登记，遂提起行政诉讼，请求撤销市住房和城乡建设委员会办理的抵押登记并撤销房他字第0307000266号《房屋他项权证》。

案件审理中，当事人和人民法院曾分别存在以下两种处理意见：

第一种意见认为应驳回原告诉讼请求。主要理由为：虽然《城市房地产抵押管理办法》规定在建工程抵押的抵押权人为贷款银行，但担保法司法解释并未对抵押权人进行限制，《中华人民共和国物权法》明确规定了在建工程可以抵押，也未对抵押权人的范围进行限制。由于《城市房地产抵押管理办法》仅是建设部的规章，在审判实践中其效力层次低于司法解释。在建设部规章与司法解释的规定存在冲突的情况下，应适用担保法司法解释。

第二种意见认为应判决撤销抵押登记。主要认为《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款规定，在建工程抵押登记的抵押权人只能是贷款银行。《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款规定与担保法等法律规范并不冲突。担保法及其司法解释没有对抵押权人的范围进行限制，但并不能认为部门规章也不能进行此类限制。建设部规章将在建工程抵押权人限定为银行是合适的，可以防止滥用抵押权，人民法院应当尊重行政主管部门的意见。而市住房和城乡建设委员会办理的被诉在建工程抵押登记中，抵押权人（债权人）为自然人而非贷款银行，不符合建设部《城市房地产抵押管理办法》规定的在建工程贷款抵押权利主体的法定条件。故依法应撤销住房和城乡建设委员会作出的抵押登记和房他字第0305004800号《房屋他项权证》。

### 三、案件反映的疑难问题

《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款规定，实际使得各级住建部门陷入进退两难的境地，不论是否为银行之外的其他债权人办理抵押登记，都可能引发诉讼，并都可能面临败诉的风险。

首先，如果在建工程属于可以抵押物，那么建设部门就必须依据《城市房地产管理法》和《担保法》的相关规定办理抵押登记，此为其法定职责。不论贷款方为银行还是其他合法的民事债权人，登记机关不予登记，都可能被认定为违法。其次，如果在建工程属于可以抵押物，那么建设部《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款规定的就可能被认定违反上位法，其限定抵押权人只能为贷款银行的规定就明显不合理，应当予以纠正。再次，即使住建部门为银行之外的其他人办理抵押登记，但由于既不能直接适用《城市