

PROBLEMS ON COMPULSORY AUCTION

强制拍卖制度 疑难问题研究

卢正敏 著

本书围绕强制拍卖制度中的疑难问题展开分析与论证，侧重对强制拍卖具体程序规则的研究与构建，以期解决强制拍卖制度供给与实践需求之间的供需矛盾。



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

中央高校基本科研业务费专项资金资助 项目编号: 20720151005
Supported by the Fundamental Research Funds for the Central Universities

PROBLEMS ON COMPULSORY AUCTION

强制拍卖制度 疑难问题研究

卢正敏 著



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

强制拍卖制度疑难问题研究/卢正敏著. —厦门:厦门大学出版社, 2018. 4
ISBN 978-7-5615-6638-1

I. ①强… II. ①卢… III. ①拍卖法-研究-中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 278797 号

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门集大印刷厂

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 14.25

字数 246 千字

版次 2018 年 4 月第 1 版

印次 2018 年 4 月第 1 次印刷

定价 58.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

目 录

导 言 / 1

第一章 强制拍卖过程中抵押物上租赁负担的处理 / 4

一、问题的提出 / 4

二、强制拍卖中不动产上租赁负担处理的原则 / 6

三、“抵押不破租赁”的适用 / 13

四、抵押物上租赁权的除去 / 20

五、抵押物上租赁负担处理的相关程序 / 29

结 语 / 38

第二章 强制拍卖程序中的虚假租赁 / 40

一、问题的提出 / 40

二、虚假租赁泛滥的法理剖析 / 42

三、虚假租赁的实务应对及评析 / 44

四、规制虚假租赁的比较法考察 / 50

五、我国规制虚假租赁的法律应对 / 53

结 语 / 62

第三章 强制拍卖过程中不动产评估的主要问题 / 63

一、不动产评估在强制拍卖中的重要地位 / 63

二、当前不动产评估的主要问题——评估结果严重失实 / 64

三、不动产评估严重失实的原因剖析 / 68

四、不动产评估结果严重失实的法律应对 / 71

结 语 / 85

第四章 强制拍卖中的优先购买权 / 86

一、关于强制拍卖中应否保护优先购买权的争执 / 86

二、强制拍卖中行使优先购买权的条件 / 94

三、强制拍卖中优先购买权的行使程序 / 105

四、优先购买权受侵害时权利人的救济 / 112

结 语 / 114

第五章 强制拍卖无效 / 116

一、由一则案例引发的思考 / 116

二、强制拍卖无效的事由 / 117

三、强制拍卖无效的确认程序 / 136

四、强制拍卖无效的法律后果 / 141

结 语 / 142

第六章 法院错误拍卖第三人财产的法律效力 / 143

一、问题的提出 / 143

二、私法说下错误拍卖第三人财产的法律效力 / 145

三、公法说下错误拍卖第三人财产的法律效力 / 151

四、拍定人与第三人之间的利益协调:对公法说的局部修正 / 153

结 语 / 163

第七章 强制拍卖成交后不动产的交付 / 165

一、由一系列案例引发的思考 / 165

二、强制拍卖成交后不动产交付的实务运作 / 168

三、强制拍卖成交后不动产交付的立法选择 / 171

四、强制拍卖成交后不动产交付制度的完善建议 / 174

结 语 / 187

第八章 强制拍卖中的涉税问题 / 188

一、强制拍卖不动产过程中因税费引发的问题 / 188

二、应否征税?——强制拍卖不动产中征税的正当性 / 190

三、向谁征税?——强制拍卖不动产所涉税费的承担主体 / 192

四、如何征税?——强制拍卖不动产所涉税费的征缴 / 196

结 语 / 212

参考文献 / 213

导 言

强制拍卖是民事强制执行程序中的重要换价措施,对于金钱债权的实现具有极为重要的意义。我国在司法实践的过程中逐渐确立了强制拍卖制度。目前,强制拍卖已经成为执行程序中财产换价的最重要的方式。强制拍卖牵涉多方主体的利益交割、权利兑现,成为各方利益角逐、各种潜规则交错滋生的敏感区域。强制拍卖中不同程度的不合法行为,直接加剧了“执行难”,损害执行当事人和利害关系人的利益,影响司法的权威与公信力。近年来,法院系统进行了强制拍卖改革,逐渐建立了以网络司法拍卖为主的拍卖模式。最高人民法院陆续出台了一系列规范强制拍卖制度的司法解释,有力地推进了强制拍卖制度的发展。然而,关于强制拍卖的法律规范仍然较为粗陋,存在不少法律空白或者模糊之处,难以应对执行实践中的诸多难题。

强制拍卖是强制执行理论研究中的一个重要课题。早在上个世纪90年代初,我国法学界就开始了强制拍卖制度的研究。20多年来,出现了不少关涉强制拍卖的理论研究成果。从这些研究成果来看,早期的研究成果主要聚焦于两个问题:一是探讨强制拍卖的性质和效力,反复论证强制拍卖是公法行为还是私法行为,逐渐确立了公法说的通说地位;二是研究强制拍卖的体制,讨论强制拍卖应由法院自主拍卖抑或委托拍卖。近年来,随着法院网上拍卖的兴起和普及,学者们对网上拍卖问题关注较多。鉴于前期强制拍卖理论研究的分散性,西南政法大学的毋爱斌博士、武汉大学的刘伟博士等以强制拍卖为主题展开了系统化研究,对强制拍卖理论和制度进行了“全景式”的论述,并搭建起了较为完整的强制拍卖程序框架。概言之,现有的理论研究成果表明,我国关于强制拍卖的宏观层面的一般理论体系已经基本建构完成。

强制拍卖系以国家公权力强制处分债务人的财产,以实现债权人权利,其中牵涉当事人、第三人等多方主体的权利义务,牵涉国家公权力的行使与限制,须遵循严格的程序规则。现行立法的粗陋,使强制拍卖制度面临程序匮乏的危机,严重影响了强制拍卖制度的效用,影响了执行当事人及利害关系人的正当权益保障。例如,法院拍卖抵押物时,应如何处理抵押物上的租赁负担?

处理抵押物上租赁负担的具体程序是什么?在实践中常出现债务人与第三人串通设立虚假租赁妨害执行的情形,法院又应当如何应对,以保障债权的有效实现?在不动产价值评估的过程中,如何提高评估报告的质量,在不损害债权人利益的前提下合理保护债务人的利益?在拍卖过程中,应否允许优先购买权的行使?若允许,又应当如何行使?在什么情况下,法院才能确认拍卖无效?若当事人和利害关系人的利益在拍卖过程中受到侵害,又应当如何进行救济?诸如此类的问题,现行立法或者缺乏相关的规定,或者规定得十分模糊,导致了实务操作上的混乱。现有的强制拍卖制度理论研究成果甚少关注强制拍卖在微观层面上的具体程序设计与规则。即使少数学者对部分微观问题有所涉及,但多是根据公法说进行较简单化的回应,缺乏深入的分析与论证。

“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”强制拍卖实务中出现的难题,急需理论回应。在强制拍卖一般理论体系基本建立的研究背景下,反复空泛地论证强制拍卖的性质、效力等强制拍卖一般理论问题,并不能解决我国强制拍卖实践中的难题。因此,本书对强制拍卖制度的研究,将跳出对强制拍卖基础理论泛泛而论的研究范式,立足于执行实践,在吸收现有强制拍卖理论成果的基础上,对强制拍卖实务中出现的疑难问题展开深入细致的研究,在微观层面上构建和完善实际效用强、法律效果好的强制拍卖具体程序规则,以期解决强制拍卖制度供给与实践需求之间的供需矛盾。

多年来,我国法学界对强制拍卖制度的研究,多从强制拍卖的性质争论展开。但是,过度纠结于强制拍卖本身属性的理论纷争,恐不能解决现实问题。尤其在公法说已成为各国执行理论通说的背景下,过度空泛地强调强制拍卖的公法性,其现实意义更难谓重大,并且,公法说本身也并非完美无缺。鉴于此,本书的研究视角有所改变。正如庞德所言,法律是能以最小的代价最大限度地满足社会需求的社会制度,法律的任务是调整各种利益冲突。利益决定着法律规则的创建,利益以及对利益的衡量是制定法律规则的基本要素。强制拍卖作为一种换价手段,是多主体利益纠葛最为复杂的执行环节。合理平衡主体间的利益,强制拍卖的制度设计问题也就迎刃而解。因此,本书对强制拍卖疑难问题进行分析论证时,十分重视相关主体之间的利益权衡,在充分衡量不同主体利益的基础上,进行相应的拍卖程序规则设计。

强制拍卖作为一种公法行为,本质上虽不同于民法上的交易行为,但与民法上的交易行为仍具有很大的相似性。在强制拍卖所涉具体问题的处理过程中,往往需要遵循民法上的一般原理。另外,强制拍卖作为一种强制执行措

施,又必须考虑执行程序自身的特殊性。换言之,对强制拍卖疑难问题的研讨,既涉及民法原理,又涉及强制执行原理,只有从民法与强制执行法相结合的角度展开研究,才可寻求执行实务难题的解决之道。因此,本书在剖析强制拍卖疑难问题、解析相关立法与理论问题时,注重结合民法原理和强制执行原理,在此基础上,提出处理具体问题的程序规则和规范完善建议。

对强制拍卖制度疑难问题的研究,需要融合民事实体法理论与强制执行理论,需要对多主体之间的利益冲突进行合理的权衡,并且,因强制拍卖是涉及多领域的一个“社会问题”,强制拍卖制度的完善还需要考虑社会诚信体系、财产开示制度、执行联动机制等多个超越强制拍卖制度本身的其他制度。要切实完全解决强制拍卖中出现的各种各样的问题,建构完善的强制拍卖程序处理规则,实在是“任重而道远”。本书在分析强制拍卖具体问题、论证具体的解决方案时,虽然尽量追求理论分析上的严谨周延和实务操作上的可行性,但是,因个人的才识和掌握的资料所限,有关的分析与论证不可避免地烙上了“个人色彩”,有关的结论也有待在未来的实践中不断修正。

第一章 强制拍卖过程中抵押物上 租赁负担的处理

一、问题的提出

[引例]中山市华鸿房地产开发有限公司等申请法院强制拍卖被执行人中山市中外百货有限公司(以下简称中外百货公司)名下的用于债权抵押担保的工业厂房。执行法院在对该房地产的拍卖条件中明确,该房地产“现存租赁合同不能对抗买受人”。拍卖成交后,执行法院向该房地产占用人发出执行通知书,要求占有人在该房地产变现成交后向买受人移交。此时,案外人中山市万家汇科技发展有限公司(以下简称万家汇公司)就执行通知书提出异议,认为中外百货公司经抵押权人同意将该房地产出租给中山市东区金桥家私商场,万家汇公司与金桥家私商场签订转租租赁合同合法有效,买受人应当继续履行租赁合同。执行法院裁定驳回万家汇公司的执行异议。万家汇公司对该执行裁定不服,向中山市中级人民法院提起执行异议之诉,其诉讼请求被法院驳回。万家汇公司不服该判决,最后向广东省高级人民法院提起上诉。^①

在执行程序中,作为案外人的万家汇公司主张抵押物变现后抵押物上的租赁权继续存在,买受人得承受原租赁合同,为此,万家汇公司提出了执行异议,进而提起了执行异议之诉,甚至启动了上诉程序。该案极具典型意义。在

^① “中山市万家汇科技发展有限公司等诉中山市华鸿房地产开发有限公司等案外人执行异议之诉案”,具体案情详见广东省高级人民法院民事判决书(2013)粤高法民二终字第59号,载北大法宝:<http://www.pkulaw.cn/>,访问日期:2017年4月3日。

执行实践中,经常会出现类似该案的案外人以保护抵押物上的租赁权为由提起执行异议和执行异议之诉的案件。近年来,此类案件猛增,据笔者所在地区法院的不完全统计,此类案件甚至占到了所有案外人异议案件的2/3。虽然具体案件之间存在这样那样的差异,但是从本质来看,此类案件均涉及一个关键问题,即:执行程序中如何处理抵押物上的租赁负担?

根据近现代民法的规定,抵押权作为一种担保物权,重在支配标的物的交换价值;租赁权作为一种债权,重在支配标的物的使用价值。二者完全可以并存于同一标的物之上。标的物上设有抵押权的,抵押权人无需移转占有抵押物,抵押人依然可以将抵押物出租给他人使用收益;标的物已经被出租的,也不妨碍出租人将该标的物抵押给他人。在抵押权设立后,如果债务人不履行债务或者发生了其他应当实现抵押权的事由,抵押权人可以与抵押人协议就抵押物折价,或者以拍卖、变卖抵押物所得价款优先受偿。在实践中,强制拍卖抵押物成为实现抵押权的主要方法。在抵押物上同时存在租赁权的情况下,如何处理抵押物上的租赁负担,即成为强制拍卖中的一个重要课题。正如台湾地区学者许士宦教授所言,在强制拍卖程序中,“最使应买者犹疑不前者,系抵押物上是否存在负担及拍定后不动产是否点交等问题。其中尤以租赁负担更被注视”。^① 因为,竞买人参与强制拍卖,大多目的在于取得拍卖标的物的完整的所有权,希望在拍得标的物后可以马上使用、收益,如果拍卖物上存在租赁负担,势必影响竞买人的竞买意愿,即便参与竞买,其应价也比通常价格低,最终影响抵押权人的利益,减损强制执行程序迅速实现权利的功能。此外,在抵押物上同时存在租赁权的情况下,如何处理抵押物上的租赁权,也关系着承租人的合法权益。

就如何处理抵押物上的租赁负担,我国《物权法》等法律及最高人民法院的有关司法解释作出了一些规定,基本解决了执行法院在处理此类案件时无法可依的困境。但是,这些立法过于宏观,犹如“雾里看花”,在适用中存在诸多问题,并且,部分法规之间还存在着明显的冲突,导致执行实务中无所适从。鉴于此,这里结合实务、有关规范、学理见解以及域外立法等展开分析,探索有效处理抵押物上租赁负担的合理方式。

^① 许士宦:《执行力扩张与不动产执行》,台湾学林文化事业有限公司2003年版,第357页。

二、强制拍卖中不动产上租赁负担处理的原则

(一) 不动产上负担处理的三种立法政策

在强制拍卖过程中,拍卖不动产上的负担(包括担保物权、用益物权、租赁权等)如何处理,是强制执行法立法政策上的一个重要课题。概言之,关于强制拍卖中不动产上负担的处理,有三种立法政策:

1. 涂销主义

所谓涂销主义,是指不动产上优先于执行债权人的担保物权或者用益物权等负担,随着不动产的拍卖而消灭,买受人因此而取得无任何负担的不动产。涂销主义的优点在于:不动产上的各种负担因拍卖而全部消灭,拍卖后的不动产上不再残留各种复杂的法律关系,买受人因而获得较为安定的地位,从而可以提高竞买人的竞买意愿,增强强制拍卖的实际效果。涂销主义的缺点是:因不动产上的负担全部消灭,担保物权人、用益物权人等被迫提前受清偿或者补偿,丧失预期利益,并且,在拍卖价金不足时,担保债权人还面临着债权无法全部受偿的危险。此外,在涂销主义下,买受人因无需承受不动产上的负担,须支付不动产的全部价金,这将致使资力较低的人无法参加竞买,从而影响拍卖的效果。

2. 承受主义

所谓承受主义,是指不动产上有优先于执行债权人的担保物权或者用益物权等负担时,该负担不因不动产的拍卖而消灭,而继续存在于不动产上,由买受人承受。承受主义的优点在于:优先于执行债权人的担保物权、用益物权等权利不因拍卖而受影响,由此优先权人取得较为安定的地位,其权利得到较好的保护。并且,买受人因承受不动产上的负担而不必支付不动产的全部价金,从而使资力较低的人也可参加竞买,有利于不动产的卖出。然而,承受主义也有不足之处,主要表现为:因买受人须承受不动产上的负担,买受的不动产上可能存在复杂的法律关系,买受人无法取得完整的所有权,拍卖的效果难以安定,进而会影响竞买人的竞买意愿,有碍强制拍卖的效果,进而损害执行债权人的利益。

3. 剩余主义

因涂销主义与承受主义各有其优缺点,为弥补二者的不足,遂产生了剩余

主义制度。所谓剩余主义,是指在后顺位的债权人或者普通债权人申请拍卖不动产时,必须是不动产拍卖的价金在请求或者补偿先顺位的不动产负担以及执行费用后,仍有剩余可能的,才能进行强制拍卖。剩余主义的优点在于:处于先顺位的权利人不因后顺位的债权人或者普通债权人的执行而受侵害,且限制执行债权人在可能受偿的情形下方可强制执行,可以避免发生无益执行从而损害执行效率的情形。不过,如何衡量不动产是否有剩余价值,在操作上存在一定的困难。

以上三种立法政策均有缺陷,所以,各国在设计关于不动产上各种负担处理的具体政策和制度时,结合各国不同的社会经济状况,往往将两种或者三种立法政策合并使用,有的国家甚至根据不动产上的负担的不同,而分别采取不同的立法政策。

(二)不动产上租赁负担处理的立法例

各国在考虑不动产上负担的处理原则时,会考虑诸多因素,如不动产上负担的权利能否对抗执行债权、执行效果是否安定、拍卖是否困难、社会的经济状况等,而不动产上权利负担的性质,也是其中必然考虑的因素之一。不动产上权利负担的性质不同,往往采纳不同的立法政策,适用不同的处理规则。这里围绕本书的主旨,仅仅考察涉及不动产上租赁负担处理的一些典型的域外立法例。

在德国,根据其《强制拍卖与强制管理法》第44条第1款的规定,只有拍卖的出价额足以补偿优先于执行债权的权利以及强制执行程序的各种费用时,法院才能允许进行拍卖。在拍卖之前,法院须依职权酌定“拍卖最低出价额”,此价额包括优先于执行债权人的权利(包括担保物权、用益物权、租赁权)的数额及执行费用。拍定后,计算“拍卖最低价额”所依据的优先于执行债权人的权利负担继续存在于不动产上,由买受人承受。而未计入“拍卖最低价额”中的权利,不论其从拍卖价额中是否受到清偿或者补偿,均因拍卖而归于消灭。由此可见,在德国,对不动产上的租赁负担,根据其是否优先于执行债权,而有不同的处理规则:优先于执行债权的,适用承受主义,劣后于执行债权的,则适用涂销主义。

对于不动产上的租赁负担,瑞士法原则上也如德国法一样采取承受主义,并且,不论租赁权的顺位是优先于执行债权还是劣后于执行债权,买受人均得承受该负担。从这个意义上来看,这是一种更彻底的承受主义。如前所述,绝对的承受主义可能影响强制拍卖的效果、损害执行债权人(包括优先于租赁权

的担保物权人)的利益。为了避免对担保物权人的利益造成损害,瑞士法创设了“双重报价”制度。根据该制度,如果不动产上的租赁负担是未经优先抵押权人同意而设立的,则抵押权人可以在一定期间内要求对该不动产进行两次报价,一次是有租赁权负担的报价,一次是无租赁权负担的报价。如果两次报价均能满足抵押债权人的债权,租赁负担则继续由买受人承受。如果只有在不承担租赁权的情况下报价才能满足抵押权人的债权的,则租赁负担应予涂销而不能由买受人承受。概言之,依据瑞士法,无论租赁权是否优先于执行债权,对租赁负担均适用承受主义,但有例外,即:劣后于执行债权的租赁权会影响抵押债权实现的,则适用涂销主义。

在日本,法律就拍卖不动产上的负担处理,原则上系在剩余主义限制下采取涂销主义,同时兼采承受主义。具体就抵押不动产上的租赁负担而言,依据日本《民事执行法》的规定,不能对抗因拍卖而消灭的优先权的一切权利负担,包括租赁负担,适用涂销主义,因拍卖而消灭;而处于最优先顺位的租赁权,采取承受主义。^①此外,值得注意的是,日本《民事执行法》允许利害关系人通过合意改变此规则,即利害关系人对拍卖不动产上的负担如何处理达成一致意见并向执行法院申报的,拍卖后各种权利负担的存废即依利害关系人的合意进行处理。也就是说,根据日本法,拍卖不动产上的租赁负担是适用涂销主义,还是适用承受主义,利害关系人可就此达成合意,若无合意,则需根据租赁权与执行债权(包括抵押权)之间的优先顺序来处理:如果租赁权优先的,适用承受主义;如果执行债权优先的,则适用涂销主义。

在我国台湾地区,对拍卖不动产上的租赁负担,原则上采承受主义,例外采涂销主义。台湾“强制执行法”第98条第2项规定:“前项不动产原有的地上权、永佃权、地役权、典权及租赁关系随同移转。但发生于设定抵押权之后,并对抵押权有影响,经法院除去后拍卖者,不在此限。”据此规定,租赁权发生在抵押权之前的,适用承受主义,租赁负担不因拍卖而消灭,而由买受人承受;租赁权发生在抵押权之后的,原则上也适用承受主义,但如果该租赁权对抵押

① 对于抵押权登记后才进行登记的短期租赁权,日本民法曾规定,也适用承受主义,可以由拍定人承受,以保护不动产承租人的利益,此即短期租赁特别保护制度。但是,该制度事实上为债务人滥用短期租赁以损害抵押权人利益提供了可乘之机,尤其在泡沫经济崩溃后,该制度更成为近年来不良债权处理的障碍。因此,日本立法废除了该制度。换言之,对短期租赁负担,日本也不再适用承受主义。不过,考虑到立即涂销该租赁权对承租人的保护不力,日本民法设立了保护承租人的缓期交付制度。

权有影响的,则适用涂销主义,法院可以依法除去该租赁权。

(三)我国抵押物上租赁负担处理的原则

综观上述关于不动产上租赁负担处理的不同立法例,可以看出,拍卖不动产上租赁负担的处理,各国及我国台湾地区有共通之处,即:根据执行债权与租赁权的优先顺序,如果租赁权在前的,则均适用承受主义。这些立法例之间的主要区别在于:如果租赁权在后的,德国法和日本法则适用严格的涂销主义,瑞士法和台湾地区则原则上适用承受主义例外采纳涂销主义。

就抵押物上租赁负担的处理,我国《物权法》等法律法规也采取了根据权利优先顺序来区分处理的模式。因此,下文就抵押物上租赁负担的处理,将分成两类情形展开分析:一是租赁在先抵押在后的情形,一是抵押在先租赁在后的情形。

1. 租赁在先抵押在后的情形

我国《担保法》第48条规定:“抵押人将已出租的财产抵押的,应当书面告知承租人,原租赁合同继续有效。”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65条规定:“抵押人将已出租的财产抵押的,抵押权实现后,租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。”我国《物权法》第190条规定:“订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响。……”从这些法律规定可以看出,在已经出租的财产上设定的抵押权,不能影响在先设立的租赁权。此谓“抵押不破租赁”^①。

“抵押不破租赁”原则被贯彻运用到强制执行程序之中。根据最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31条第2款的规定,“拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权,不因拍卖而消灭,……”这样,在强制拍卖过程中,法院在拍卖抵押物以实现抵押权时,不得去除抵押物上先设立的租赁负担,抵押物的买受人也必须承受抵押物上的租赁负担。可见,在我国,对抵押物上租赁负担的处理,如果租赁在先抵押在后,也如域外立法一样,适用完全的承受主义。

从法理上分析,各国立法均确认“抵押不破租赁”原则适用于租赁在先抵

^① 法学界通常认为,这是民法上的“买卖不破租赁”原则在抵押物租赁关系中的运用,故不少著述中直接使用“买卖不破租赁”这个术语,而不单独称之为“抵押不破租赁”。这里因重在探讨抵押权与租赁权的关系,故使用了“抵押不破租赁”这个术语。

押在后的情形,其原因在于:租赁权虽然系债权,但是其目的重在支配标的物的使用价值。承租人要实际享有租赁权,必须现实地占有标的物,否则,所谓的使用收益就失去了物质基础。在近现代民法中,为了强化对承租人的保护,租赁权被“物权化”,便具有物权的对抗力。根据前物权优于后物权的原理,在先的租赁权优于在后的抵押权,便具有了对抗在后设立的抵押权的效力。因此,租赁在先抵押在后的,有“抵押不破租赁”原则的适用。

2. 抵押在先租赁在后的情形

在抵押在先租赁在后的情况下,如果租赁期限短于抵押期限,除发生抵押权人提前行使抵押权的情形以外,一般不会出现抵押权与租赁权的冲突。但是,在抵押债权人诉请法院实现抵押权、拍卖抵押物时,如果租赁期尚未届满,抵押权与租赁权发生冲突,应如何处理呢?根据前物权优于后物权的原理,此时,在先的抵押权优于在后的租赁权。然而,如何理解这种“优先”效力,则是一大问题。如前所述,根据德国法和日本法的规定,这种“优先”效力表现为彻底的涂销主义的适用,即在后的租赁权因拍卖而消灭。而根据瑞士法和我国台湾地区的规定,这种“优先”效力仅仅表现为:在租赁权对抵押权的实现有影响的情况下,法院方可适用涂销主义,依法除去该租赁权,否则,租赁权继续存在于拍卖物之上,由买受人承受。

在我国,《物权法》等民事立法以及最高人民法院的有关司法解释明确规定了在先的抵押权优于在后的租赁权的法律效力,但是,这些规定存在不少模糊之处,甚至有些规定之间还相互矛盾。在司法实践中,如何理解和运用有关规则,存在各种各样的见解,导致了实务操作的混乱。

《物权法》第190条规定:“抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”根据该规定,在先的抵押权“优先”于在后的租赁权,该“优先”效力体现为“租赁关系不得对抗已登记的抵押权”。然而,如何理解该条规定的“租赁关系不得对抗已登记的抵押权”,理论界存在分歧。一种观点认为,所谓“租赁关系不得对抗已登记的抵押权”,是指抵押权人在实现抵押权时,抵押物上设立的租赁关系应当失去效力,否则就违反了物权优先效力规则。换言之,在抵押后设立的租赁权,在实现抵押权时,被“当然除去”,失去效力,承租人不得要求继续承租该抵押物。持该观点者认为,《物权法》之所以作出如此规定,其理由在于:既然某项财产已经办理了抵押权登记,则承租人完全可以从不动产登记簿中查询到拟租赁的财产上是否存在抵押权等权利负担。如果承租人明知拟租赁的财产上有抵押权,还与出租人成立租赁关系,就意味着其自愿承担了因实现抵押权而带来的风险。倘非如此,财产被抵押后

出租的,如果依然适用“买卖不破租赁”的规则,则抵押权的效力会大打折扣,也因此失去了设立抵押权的意义。^① 另一种观点则主张,所谓“租赁关系不得对抗已登记的抵押权”,是指因租赁关系的存在致使抵押权实现时无人应买抵押财产,或者出价降低导致不足以清偿抵押债权时,抵押权人有权要求抵押人与承租人解除租赁合同关系。^② 他们认为,在租赁权对抵押权人并无损害时,如果将设立在后的租赁权一律除去,将直接关涉抵押物上的用益关系,对抵押人、承租人甚至抵押物受让人的利益造成不当的影响。^③ 如此解释,则意味着即使租赁权设立于抵押权之后,也可能不突破“买卖不破租赁”规则,也就是说,在抵押权后设立的租赁权,并不必然被除去,只要租赁权的存在对抵押权的实现没有损害,该租赁权仍继续存在,由抵押物的买受人承受。

就后于抵押权设立的租赁权在抵押权实现时如何处理的问题,最高人民法院的司法解释之间存在明显的冲突。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》(2000年)第66条第1款规定,“抵押人将已抵押的财产出租的,抵押权实现后,租赁合同对受让人不具有约束力。”据此规定,除非受让人自愿承受租赁合同中原出租人的权利义务,否则,该租赁权一律被除去,对受让人不具有拘束力。^④ 这与上述第一种学术见解相吻合。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

① 王利明:《物权法研究》(下),中国人民大学出版社2013年版,第1242页。

② 高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第357页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,第458页。

③ 孙鹏、王勤劳、范雪飞:《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第210页。

④ 根据该司法解释起草者的说明,之所以作此解释,主要理由有二:“一是根据物权优先于债权的原则和承租人不得以租赁合同对抗抵押权人行使权利,租赁关系在抵押权人行使权利时应当归于消灭。二是即便不动产租赁具有物权化性质,也是后成立的用益物权,不得对抗因抵押权的实现而取得抵押物的买受人,根据前手权利优于后手权利的原则,先设定的抵押权可以对抗后成立的租赁权。承租人对抵押物不享有优先购买权,也不能对抵押物的买受人主张租赁权。……抵押权设立在先,租赁权成立在后的情况下,抵押物设定租赁权时,承租人知道或者应当知道租赁物上存在抵押权的事实,并自愿接受和承担了因抵押权实现而使租赁权终止的风险,承租人不得以租赁合同对抗抵押权人行使权利。‘买卖不破租赁’的原则,不能适用于抵押人在抵押后将抵押物出租后抵押权实现时的情况。”(参见李国光、奚晓明、曹士兵、金剑峰:《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〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第254~255页。)

解释》(2009年)也采纳了同样的立场。该解释第20条规定:“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动,承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的,人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外:(一)房屋在出租前已设立抵押权,因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的;(二)房屋在出租前已被人民法院依法查封的。”从该规定可以看出,只要租赁权设立于抵押权之后,即便该租赁权的存在对抵押权的实现没有任何影响,租赁权仍被除去,受让人有权不承受原租赁合同。简言之,根据这两个司法解释的规定,对于抵押物上的租赁负担,如果抵押在先租赁在后,适用绝对的涂销主义,租赁负担因拍卖而消灭。

然而,最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(2004年)则有明显不同于上述两个司法解释的规定。该规定第31条明确:“拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权,不因拍卖而消灭,但该权利继续存在于拍卖财产上,对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的,人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。”据此规定,后于抵押权设立的租赁权,依然可以继续存在,并不必然被除去,只有在该租赁权影响到抵押权的实现时,该租赁权方可被法院除去。^①可见,该规定与上述第二种学术见解基本一致。也就是说,该司法解释采纳了与瑞士法和台湾地区一致的做法,在抵押在先租赁在后的情形下,抵押物上的租赁负担依然适用承受主义,只有在租赁权影响到抵押权实现的例外情形下,才适用涂销主义。

撇开最高人民法院几个司法解释之间在具体适用上的冲突不论,就抵押在先租赁在后时抵押物上租赁负担的处理,最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(2004年)第31条的规定更为合理。对于后于抵押权设立的租赁权,不宜被视为当然失去效力,只有在其影响到抵押权的实现时,方可适用涂销主义而除去该租赁权。也就是说,租赁权消灭与否,应取决于租赁权是否会影响抵押权人的优先受偿利益。当承租人的租赁权不影响

① 根据该司法解释起草者的说明,之所以作出如此的规定,其理由在于:“租赁权和用益物权重在对标的物的使用价值,租赁权人和用益物权人要实际享有权利,必须现实地占有标的物,因此,《规定》对拍卖财产上存在的租赁权及用益物权的处理,原则上采取承受原则,即拍卖财产上原有的租赁权及用益物权,不因拍卖而消灭。作为例外,如果上述权利继续存在于拍卖的财产上,对在先设定的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的,应当依法将其除去后进行拍卖。”(参见赵晋山:《〈关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2005年第2期。)