



北京律师业务指导丛书

民事法律实务 疑难问题探析

北京市律师协会 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北京律师业务指导丛书

民事法律实务 疑难问题探析

北京市律师协会 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事法律实务疑难问题探析/北京市律师协会编. —北京:北京大学出版社,2012.4
(北京律师业务指导丛书)

ISBN 978-7-301-20494-8

I. ①民… II. ①北… III. ①民法-实务-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第066953号

书 名:民事法律实务疑难问题探析

著作责任者:北京市律师协会 编

策划编辑:曾 健

责任编辑:苏燕英

标准书号:ISBN 978-7-301-20494-8/D·3100

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者:三河市博文印刷厂

经 销 者:新华书店

730毫米×980毫米 16开本 22.25印张 407千字

2012年4月第1版 2012年4月第1次印刷

定 价:48.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn



北京律师业务指导丛书



北京律师业务指导丛书

编委会主任 | 张学兵

编委会副主任 | 巩 沙

丛书主编 | 庞正中

丛书副主编 | 葛小鹰 张丽霞

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

王 韵 石红英 刘 春 刘 静 吴 晨 张金澎
汪志广 汪 敏 陈奇明 战崇文 常 建 程世祥
薛军福

本卷主编 | 李海彦 刘守豹 郭 聪

本卷编委会委员 (以姓氏拼音为序)

毕文胜 付英鹏 郭 聪 耿 军 葛友山 胡功群
黄海波 何俊辉 贾德旺 马舒宁 刘 春 雷丹玫
李 波 李 菡 李洪奇 李少华 李学辉 王良钢
王永利 徐 蓬 杨 军 杨 强 严少芳 赵加亮
张金澎 郑在索

丛书总序

第八届北京市律师协会拥有61个专业委员会。在2009年4月至2012年4月的三年任期内,北京律师总人数达到了22300名,律师事务所达到了1600家,北京律师业务涵盖面越来越宽,作用力、影响力越来越大。同时,如何充分发挥专业委员会的业务指导作用,通过制定业务操作指引、撰写业务操作指南、推荐业务示范文本、出版业务指导文丛、提供典型案例分析,指导全行业律师业务,提升律师业务素质水平,增强律师业务能力,防范律师业务风险,保证律师服务质量,严守律师职业操守,均具有重要的现实意义和历史意义。

北京律协业务指导与继续教育委员会统率各专业委员会,在2010年11月27—28日成功举办第二届北京律师论坛并出版了六卷《北京律师论坛》文集之后,又征集了五百余万字的文稿,经过精选,形成了十二卷《北京律师业务指导丛书》,具体包括:

1. 《影视法律实务与操作指南》(传媒与新闻出版法律专业委员会);
2. 《影视合同范本与风险防范》(传媒与新闻出版法律专业委员会);
3. 《反垄断与反不正当竞争法律实务精解》(竞争与反垄断法律专业委员会);
4. 《军事犯罪案件律师辩护指引》(军事法律事务专业委员会);
5. 《医疗纠纷典型案例选编》(医药卫生法律专业委员会);
6. 《民事诉讼典型案例选编》(民事诉讼法专业委员会);
7. 《涉农法律疑难问题与对策分析》(农村法律事务专业委员会);
8. 《婚姻家庭法律疑难问题与典型案例》(婚姻与家庭法律专业委员会);
9. 《刑事辩护疑难问题与典型案例》(刑法专业委员会);
10. 《著作权、专利权疑难问题与典型案例》(著作权法律专业委员会、专利法律专业委员会);
11. 《民事法律实务疑难问题探析》(物权法专业委员会、合同法专业委员会、侵权法专业委员会);
12. 《劳动法疑难问题与典型案例》(劳动与社会保障法律专业委员会)。

2 民事法律实务疑难问题探析

《北京律师业务指导丛书》的统一出版,是北京律协业务指导工作的最新尝试。希望这套丛书在律师实务经验交流中,形成独特的品牌,发挥集聚的效应,继而持续做下去,不断总结提高,成为广大律师和其他法律工作者喜爱的法律图书。

北京市律师协会
《北京律师业务指导丛书》编委会
2012年4月6日

目录 CONTENTS

第一编 物权篇

- | | |
|----|--|
| 3 | “以房养老”制度本土化探讨 / 李海彦 |
| 12 | 也谈结建人防工程权属问题 / 王永利 李永波 |
| 18 | 构建完善的农业物权法律融资体系 / 郑在索 |
| 26 | 论我国农村集体土地房屋拆迁安置补偿制度的完善 / 夏建三 刘森 |
| 35 | 浅析完善农村住宅登记制度 / 王玉龙 |
| 41 | 如何把控经适房买卖合同效力的法律要点 / 张生贵 |
| 46 | 论善意取得制度、善意第三人制度的恶意利用
——“二手房买卖”恶意交易过户登记之视角 / 许德蛟 |
| 52 | 析无权代理、无权处分与善意取得 / 胡江峰 |
| 58 | 解剖动产善意取得制度 / 柳跃亮 |
| 72 | 物权保护中公共利益认定之思考 / 邱曼丽 |

第二编 合同篇

- | | |
|----|---------------------|
| 83 | 论养老服务合同的主体 / 刘守豹 刘春 |
| 92 | 也论当事人意思自治原则 / 孙鹏飞 |

- 97 合同约定“不可抗力不予免责”的效力分析
——试论《合同法》第117条第1款的规范属性 / 李少华
- 106 论代位权诉讼中的尽量抵消原则 / 严少芳
- 114 试论表见代理的立法原理与司法应用 / 林章龙
- 123 论债权转让时报纸公告的法律效力 / 胡功群 江影
- 130 我国合同解除权的行使及异议
——兼议《合同法解释(二)》第24条 / 胡功群 芦云
- 137 浅议合同解除权 / 杨希光
- 145 论无权处分合同的法律效力
——以某房屋买卖合同纠纷为例 / 秦增光
- 151 试论无效合同的诉讼时效 / 张维锋
- 163 试论建设工程黑白合同的识别标准及其条款法律效力的判断依据 / 杨明
- 168 质量保证期不应作为及时检验期间
——《合同法》第158条刍议 / 刘清岩
- 176 农村房屋买卖合同纠纷案件类型化分析 / 霍尚锋 霍丽娜
- 180 浅谈艺人合约之纠纷 / 李学辉 王成柱
- 185 论土地拍卖成交后行政区划发生重大变更的可以情势变更为由解除
拍卖成交确认书 / 谢会生 操乐龙
- 192 一张字据中的合同法律问题探讨 / 何军
- 200 如何确定委托合同解除的相应报酬 / 刘锦玉 张同军

第三编 侵权篇

- 213 我国大规模侵权损害救济(赔偿)基金的实践缺陷和立法建议 / 郭聪
- 224 论《侵权责任法》中的惩罚性赔偿制度 / 王戟
- 232 产品召回制度在《侵权责任法》中合理性的思考 / 张海旻

239	论 OEM(贴牌、代工生产)下产品质量责任的承担主体 / 蒋苏华
247	产品缺陷与产品瑕疵的法律辨析 / 李庆军
253	论产品责任的赔偿范围界定 / 闫小波
264	机动车交通事故侵权责任主体的确定及立法缺憾 / 董来超
271	析精神损害赔偿之不足与对策 / 刘辉
278	论交通事故赔偿中肇事者与受害人达成的和解协议的效力 / 苗运平
285	论患者知情同意权与医院紧急医疗职责的冲突 / 万欣
294	试论“超范围用药”是否构成医疗侵权 / 姚岚
300	医学会鉴定与司法鉴定之比较研究 / 陈志华
306	试论诊疗行为中的注意义务 / 徐利生
311	药品研发中患者隐私权的保护探讨 / 范贞
315	论侵权法视野下中小企业保护消费者权益的社会责任 / 葛友山
325	特许经营领域预付费消费问题探究与对策 / 耿军
331	浅析我国海洋生态损害赔偿诉讼的原告资格 / 黄振中 李龙海
338	个人雇主的责任应有别于单位雇主 / 胡燕



第一编 物权篇

“以房养老”制度本土化探讨

言大律师事务所 李海彦

内容摘要 近年来,随着我国老龄化进程的加快,养老压力剧增,且房价居高不下,移植国外以房养老制度的呼声日渐高涨,其间也不乏个别尝试试点,但这一制度的本土化过程并不顺利。本文在对国外原初制度进行分析的基础上,对国内“以房养老”模式本土化的制度阻碍进行了剖析,提出公益福利目的以及与之相对应的制度欠缺是阻碍“以房养老”制度本土化的最重要原因。政府部门在以房养老项目中应当充当主导角色,引入保险制度,分担融资风险,尽快解决住宅建设用地使用权期限续展问题,保障老年人的绝对居住权,体现以房养老中社会福利色彩的题中之意。

关键词 以房养老 抵押 所有权转移 倒按揭

“以房养老”制度起源于荷兰,其目的是出于对“房产充裕而现金匮乏”的老年人提供生活保障,是指缺乏经济来源的老年人将其房产抵押(或将其产权转让)给金融机构,从而获得资金用于养老保障。20世纪60年代,这一制度被引入美国并得以发展完善,形成了目前最有影响力的“房产价值转换抵押贷款”(HECM-home equity conversion mortgage)模式。随后,该模式因其对老年人生活保障的巨大作用而被世界各国广泛接受和发展。近年来,随着我国老龄化进程的加快,养老压力剧增,且房价居高不下,移植国外以房养老制度的呼声日渐高涨,其间也不乏个别尝试试点,但这一制度的本土化过程并不顺利。本文试图在对国外原初制度进行分析的基础上,对国内“以房养老”模式本土化的制度障碍进行剖析,并对相应法律架构调整提出建议。

一、“以房养老”制度的本土化尝试

自20世纪以来,个人、社会组织、金融机构等不同主体在国内陆续进行了“以

房养老”制度的本土化实践。但大多无疾而终,迄今鲜闻成功案例。由于缺乏相关法律的规制保障,甚至导致了诉讼的产生。

2008年,国内首例个人实施的“以房养老”案,因诉讼被国内媒体争相报道。该案肇始于2005年,时年80岁的上海田林新村的瞿老先生将房子以低价卖给自家钟点工的丈夫,双方达成口头协议,约定老人在房屋出售之后仍居住在这套房子里,每月支付租金给买受人。落实到书面房屋买卖协议为“按每月1500元(房租),从房款中扣”,随后双方办理了产权变更登记。然而3年后的2008年,房屋买受人一纸诉状将第一个吃螃蟹的瞿老先生告上法院,要求其交付房屋,并支付逾期违约金。最后,上海徐汇区法院法官将本案定性为因房屋买卖引发的房屋转让纠纷,双方签订的是附随义务的买卖合同,最终没有支持房屋买受人的诉讼请求。^①

社会组织推动的“以房养老”实践的代表是上海市公积金管理中心提出的“以房自助养老”项目。2007年4月,上海市公积金管理中心高调宣布试点以房养老新模式,命名为“以房自助养老”。项目的主要内容是:65岁以上的老年人,可以将自己的产权房与市公积金管理中心进行房屋买卖交易,交易完成后,老人可一次性收取房款,房屋将由公积金管理中心再返租给老人,租期由双方约定,租金与市场价等同,老人可按租期年限将租金一次性付与公积金管理中心,其他费用均由公积金管理中心交付。^②该尝试虽高调开始,却很快偃旗息鼓,不了了之。媒体将之失败的原因归咎于国人房屋产权观念极强,因试点内容要求房屋产权进行变更,而阻碍了项目的进一步推广。

金融机构一直关注“以房养老”实践。20世纪之初,中国房地产开发集团前总裁孟晓苏便将“反向抵押贷款”——倒按揭——以保险产品的概念引入中国。2011年11月,中信银行推出中老年客户专属借记卡——“信福年华卡”,其中最为引人关注的增值业务正是所谓的“养老按揭”。中信银行表示,该业务正是借鉴国外“倒按揭”的思路,结合国内特点及养老传统,在国内率先推出的养老贷款。中信银行“以房养老”项目可归纳为:老年人本人或者法定的赡养人以房产作为抵押向银行申请贷款,用于老年人养老用途的,银行每月将贷款资金划入老年人的账户,由老年人用于支付相关的养老费用,借款人按月偿还利息或者部分本金。贷款到期后,一次性偿还剩余的本金。该业务推出以来,迄今没有检索到成功案例。

在民间推动“养老保险”受阻的同时,政府部门对这一制度也持保守态度。

^① 参见刘海:《国内首例“以房养老”案落槌,老人权益获保障》,载《老同志之友》2010年第6期,第16页。

^② 《上海试点以房养老新模式 公积金管理中心成房东》, <http://news.163.com/07/0424/03/3CQJVOC30001rt.html>。

2011年9月28日,民政部等12个部门与全国政协开会讨论养老工作进展。银监会负责人表示:“由于中国现有的制度房屋产权70年,‘以房养老’难以推行。如果是房价上行期,以房养老问题不大,可如果是房价下行期,有可能遇到问题。”这等于直接表态反对“以房养老”本土化。

“以房养老”制度的本土化为什么会遭遇困境?我国的“以房养老”实践在制度设计上是否存在欠缺?

二、“以房养老”制度缺陷分析

从当前国内的实践看,在共同的“以房养老”外衣下,其制度内容的法理实质各有差异,然而共性主要有以下几点:(1)制度设计的目的均为保障老年人的生活质量,一般对参与项目的老年人的年龄以及所得款项用途等加以限制,具有浓厚的社会福利色彩;(2)法律制度的设置以房屋所有权为核心,或者以不动产物权抵押和借贷法律关系为基础,或者以不动产转让和租赁法律关系为基础;(3)老年人仍然保留房屋居住权。本文将在此基础上,对我国的“以房养老”制度进行法理分析。

(一) 分析基础:两类“以房养老”实践

对我国“以房养老”实践的基础法律关系进行分析,这是制度缺陷分析的基础。我国的“以房养老”,依房屋法定所有权是否发生转移为标准进行划分,可分为转让型和抵押型。

上述的瞿先生个案与上海市公积金管理中心“以房自助养老”项目是转让型以房养老模式的代表。在此种模式中,合同双方签署的实际上是以房屋买卖法律关系和租赁法律关系为核心的无名合同。项目开展之始,房屋所有权便被让渡到买受人名下,但由于同时开始的租赁关系,房屋上同时被设定了新的用益物权,买受人的所有权受到限制,原房屋所有权人仍得以保留居住的权利。

而近期中信银行的以房养老尝试则是典型的抵押型模式。在抵押型模式下,国内以房养老是以借贷关系和不动产抵押担保法律关系为基础的无名合同。这种模式来源于西方的“reverse mortgage”,国内往往称为“倒按揭”、“反按揭”或“逆向抵押贷款”。显然,这一概念是从房屋所有权人与房屋之间的动态关系出发,按揭是房屋所有权人通过贷款取得房屋所有权的过程,而抵押型以房养老的结局往往是投资人行使抵押权,原房屋所有权人失去房屋所有权。在该过程中,房屋所有权人释放产权,所以这一过程被称作“反按揭”或“逆向抵押贷款”。而事实上,这一概念并不准确,以房养老抵押模式并非按揭或普通抵押贷款的逆向过程。

(1)从实质上看,抵押型以房养老是一种抵押贷款模式,而按揭制度则是包含抵押贷款在内的特殊购房模式,此二者虽同以借贷和抵押两种法律关系为基础,却

也存在区别:在按揭制度的架构中,除了借贷双方之间的借贷、抵押法律关系外,还存在借款人与房地产开发商之间的买卖法律关系。所以,按揭制度本身所包含的特定主体以及法律关系与抵押型以房养老都存在区别。(2)抵押型以房养老也并非“逆向抵押贷款”,而是一个带有浓厚福利色彩的正常抵押贷款流程。较早研究以房养老项目的国内学者范子文认为:住房逆抵押贷款是用借款人已有的房产做抵押,向银行或其他金融机构借款消费,同时借款人仍然保留房屋居住权的一种融资工具。^③从该定义看,虽将项目命名为“住房逆抵押贷款”,但流程与正常的抵押贷款并无二致。

(二) 公益福利目标缺失

在我国目前,无论是转让型还是抵押型的“以房养老”模式,在制度设计中遵循的均是完全的商业贷款或抵押的利益原则,都存在着公益福利性目标缺失的问题。

社会福利性是以房养老项目的基本特征,对老年人利益的维护应当成为这一制度设计的重要出发点。一方面,老年人作为社会弱势群体,要在项目中保障其利益。另一方面,该项目的社会福利性本质要求政府承担社会责任,分担融资方风险。而我国目前的制度设计在这两个方面均存在缺失。

1. 现有制度欠缺对老年人永久居住权的保障

从既有实践看,老年人无非以两种方式获得在原房屋中的居住权。其一为出售房屋后自买受人处租赁,其二为将房产抵押,仍保留对房产的用益物权。在前一种情况下,老年人无法依约支付租金时,并无规定保障老年人继续居住的权利;而后一种实践,从中信银行的规定来看,其为控制风险,对该抵押设定了10年的限制,期限一到,银行则收回本息,若房产因无法偿还银行本息即被行使抵押权强制拍卖。为解决此种情形下老年人的居住问题,中信银行只得对借款人资质进行严格限制,要求借款人至少有两套或两套以上房产,如此严苛的条件使得制度推行的可行性大大降低。

2. 风险控制方面的欠缺

以房养老因其特有的期间长、成本高而必然为投资者带来高风险,而一旦风险发生,老年人的境况也必然受到影响。若投资者经营不善,无法依约向受益老年人按时提供足额的养老资金,而老年人的房产已为项目设定抵押,很难再通过其他途径获得生活保障。另外,项目持续的长期性将导致商业风险、政策风险扩大。若房

^③ 参见范子文:《住房逆抵押贷款的构成要素和特征分析》,载《中国房地产金融》2006年第2期,第27页。

地产市场萎缩严重,则投资者将面临严重损失。无论是哪一种情形发生,都会对制度稳定带来严重影响。在完善的风险控制机制建立之前,任何相关尝试都面临着高风险,所以目前投资者在实践中往往对项目年限以及房产获益比例提出严格要求,这虽然从某种程度降低了投资者的损失风险,却大大削弱了项目价值。

(三) 其他制度性影响因素

我国住宅建设用地使用权年限限制问题是影响“以房养老”制度实施的重要制度性影响因素。我国住宅建设用地使用权年限为70年。《物权法》第149条第1款规定:“住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期。”但是这一规定并未从根本上解决使用年限限制问题。不管是哪种模式的以房养老,房屋所有权是投资人回笼资金最重要的保障,而基于房随地走的原则,房屋所有权不得与土地使用权的年限密切相关。再加上以房养老往往历时较长,倘若今后引入以房养老的模式,银行最终回笼本金之时,相当一部分的房屋产权已临近土地使用权届满期限,若老人并无其他遗产,银行只得行使抵押权。设若最终住宅建设用地使用权系有偿续期,则银行无法回笼本息的风险加大。

三、“以房养老”公益性制度设计的域外考察

在现有已经实施“以房养老”制度的国家中,都十分注重这一制度的公益性特征,在制度设计上也各有特色,其中值得借鉴的因素包括以下内容。

(一) “以房养老”制度中的政府参与

政府的参与和监管是保证“以房养老”公益性目标的重要方式。在美国,发展最为成熟的以房养老模式是房产价值转换抵押贷款(Home Equity Conversion Mortgage,以下简称HECM)模式。HECM的设计者和执行监管人是美国住宅和城市发展部(United States Department of Housing and Urban Development,简称HUD)。首先,HUD是相关政策的制定者。HUD从宏观上对项目各主体的资质进行审核,所有的合法贷款人(一般为金融机构)必须经由其授权。该组织还负责对贷款流程进行监督,对相关数据进行搜集分析,制作报告。新加坡的以房养老模式主要由政府主导,60岁以上的老年人把房子抵押给有政府背景的公益性机构,由公益性机构一次性或分期支付养老金,老人去世时产权由这些机构处置,“剩余价值”(房价减去已支付的养老金总额)交给其继承人。^④

(二) “以房养老”制度中的风险控制

贷款人是否有追索权是目前国内抵押式以房养老与国外的重要区别。在国

^④ 参见侯振威:《以房养老在中国可行吗?》,载《北京晚报》2011年11月20日。