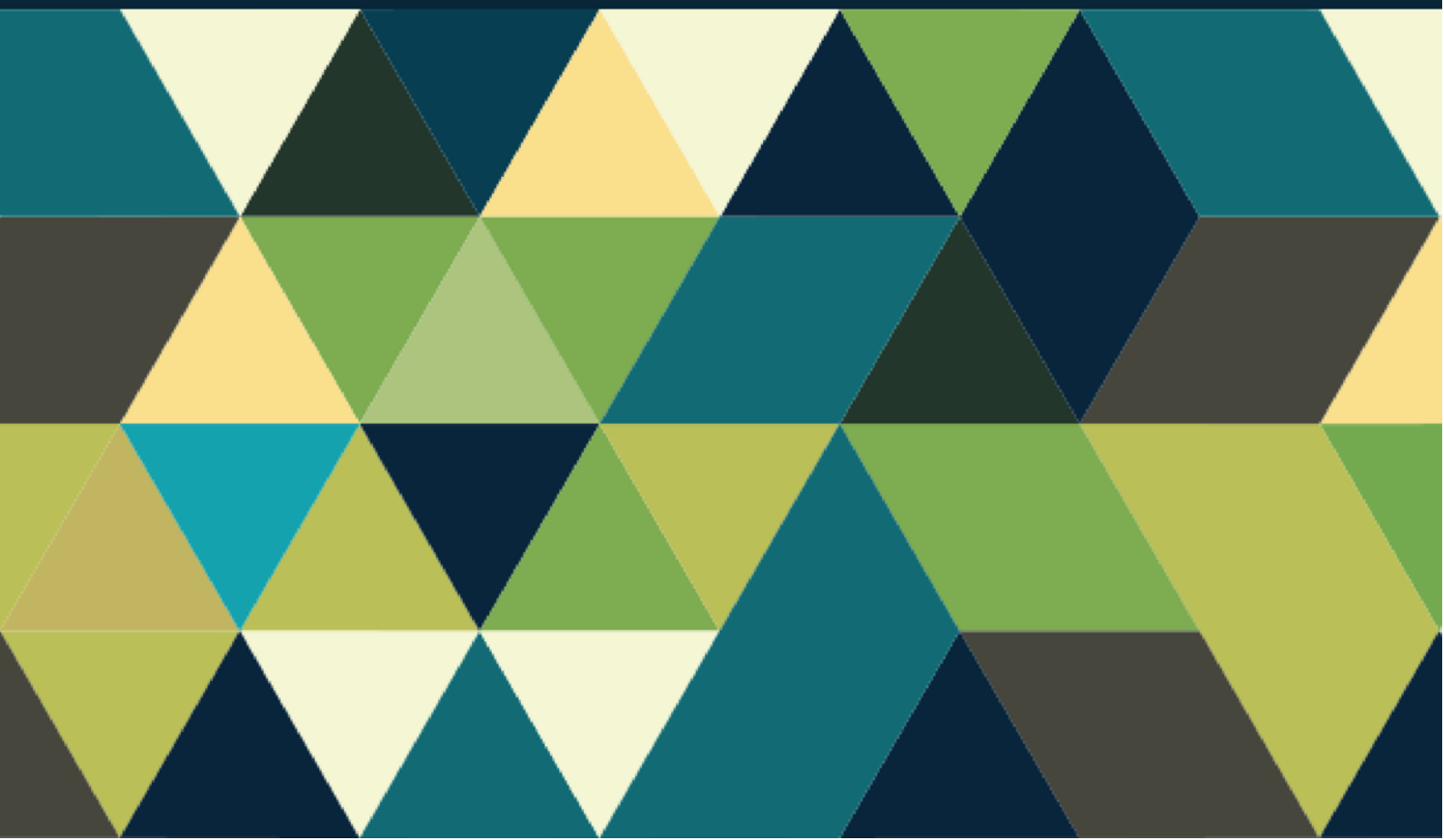


卓纬律师事务所
CHANCE BRIDGE PARTNERS

卓阅 Newsletter

2016年 第一期

建筑工程与房地产



专题文章

详析《物权法解释一》之异议及预告登记

热点问题

“2.17” 房屋交易税收政策分析及提示

住宅小区不封闭，拆掉围墙就可以？

专题文章

详析《物权法解释一》之异议及预告登记

孙越

引言

无论是西方“风能进，雨能进，国王不能进”的谚语，还是中国古代孟子“有恒产者有恒心，无恒产者无恒心”的名言，都体现维护物权稳定的重要性。《物权法》出台距今近九年，最高人民法院曾于 2009 年发布《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》，未就整部《物权法》发布过司法解释。

2016 年 2 月 22 日，最高人民法院公布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》（以下简称“《物权法解释一》”）是司法机关对《物权法》形式上的首次整体解释，将于 2016 年 3 月 1 日起施行。本文主要分析此次《物权法解释一》中异议登记及预告登记有关规定，对其中细化内容进行些许思考。

《物权法解释一》关于异议登记及预告登记的规定集中于第三条至第五条，涉及异议登记失效后案件处理、预告登记之权利限制、债权消灭之解释等。

一、 异议登记

（一）异议登记之概念

根据《物权法》第十九条规定，异议登记是指权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项有误且权利人不同意更正的情况下，向登记机构申请的登记。异议登记是司法机关在查明不动产权属前优先赋予权利人、利害关系人一定保护的特例，具有公示效力，第三方难以主张善意取得，有助于保护实际权利人合法利益。

（二）异议登记失效后之案件处理

《物权法解释一》第三条规定：“异议登记因物权法第十九条第二款规定的事由失效后，当事人提起民事诉讼，请求确认物权归属的，应当依法受理。异议登记失效不影响人民法院对案件的实体审理”。

《物权法》第十九条第二款规定：“不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。”该款明确了申请人应在异议登记之日起十五日内起诉，否则异议登记将失效，但未提及异议登记失效后法院对申请人的起诉行为是否予以受理。

《物权法解释一》明确规定，异议登记失效后，当事人提起的确权诉讼，法院应予受理。由此可知，《物权法》第十九条第二款中规定的十五日并非除斥期间，其经过并不导致当事人起诉权消灭。

（三）操作建议及思考

虽然根据《物权法解释一》第三条规定，异议登记生效并不影响申请人之诉权，但笔者仍建议申请人在异议登记之日起十五日内起诉，使异议登记在法院作出生效裁判前持续有效，从而获得法律赋予的保护。

此外，法律或解释未明确起诉时点是立案、受理抑或申请人向法院递交完整的立案材料之日。笔者认为，以申请人向法院递交完整的立案材料之日作为起诉时点更能保护申请人利益。但本款设置目的主要为督促申请人行使诉权，明确权属。若仅以递交完整的立案材料衡量异议登记的有效性，可能引发申请人恶意编造立案材料等，难免与该款初衷背道而驰。若以申请人向法院递交完整的立案材料之日作为起诉时点，同时以案件受理结果衡量登记有效性可能更为妥当，即若案件被受理，申请人在异议登记之日起十五日内向法院递交完整的立案材料的，异议登记有效；若出于申请人原因致案件未受理，异议登记届时失效。

二、 预告登记

（一） 预告登记之概念

根据《物权法》第二十条规定，预告登记是指买受人与出卖人签署买卖不动产协议后，向登记机构申请的登记。预告登记后，出卖人未经买受人同意处分该不动产，不生物权效力。

（二） 关于“处分”的解释

《物权法解释一》第四条规定：“未经预告登记的权利人同意，转移不动产所有权，或者设定建设用地使用权、地役权、抵押权等其他物权的，应当按照物权法第二十条第一款的规定，认定其不生物权效力”。

《物权法》第二十条第一款规定：“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”《物权法解释一》将“处分不动产”进一步解释为“转移不动产所有权，或者设定建设用地使用权、地役权、抵押权等其他物权”。

处分行为与负担行为相对，构成民事行为的分类。处分的客体为权利，处分行为指直接使某种权利发生、变更或消灭的法律行为，将处分行为等同于所有权转移及所有权抛弃并不全面。《物权法解释一》将“处分不动产”的表述解释为“转移不动产所有权、设定建设用地使用权、地役权、抵押权等物权”更为严谨。

根据《物权法》规定，建设用地使用权、抵押权为登记生效主义，地役权为登记对抗主义。实践中，未经预告登记人同意，设定建设用地使用权、抵押权通常无法登记，因此建设用地使用权及抵押权不生效符合《物权法解释一》第四条规定。地役权虽不以登记为生效条件，但依据《物权法解释一》规定，未经预告登记人同意而设定地役权，即使地役权合同生效，地役权也不成立。该规定可视为对地役权登记对抗主义的突破。

（三）对登记失效之“债权消灭”的理解及思考

《物权法解释一》第五条规定：“买卖不动产物权的协议被认定无效、被撤销、被解除，或者预告登记的权利人放弃债权的，应当认定为物权法第二十条第二款所称的‘债权消灭’”。

《物权法》第二十条第二款规定：“预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效”。本款规定“债权消灭”为预告登记失效的条件之一，原

因为预告登记人对权利人享有的债权是预告登记的权利基础，权利基础消灭，预告登记自然消灭。

笔者认为，协议被认定无效、被撤销或被解除并不导致自然债权消灭。预告登记人与权利人之间如存在金钱给付关系，即使协议违反法律规定无效或被撤销或解除，法院出于公平原则仍然要求出卖人返还财产，二者之间存在自然之债。《物权法解释一》规定，协议被认定无效、被撤销或被解除，预告登记就失效，而不问协议失效、被撤销或被解除的原因在于出卖人还是买受人，或许有失偏颇。如协议失效、被撤销或被解除的原因在买受人一方，则预告登记生效较为合理，如协议失效、被撤销或被解除是因为出卖人违反法律、行政法规强制性规定等原因，则预告登记应当继续有效，方能保护买受人合法权益。

三、 结语

《物权法解释一》除对异议登记、预告登记、按份共有及善意取得相关规定作出细化之外，还对法院受理原则、举证责任分配、大宗动产（船舶、航空器及机动车）的特殊规定等进行了相应解释。笔者相信随着司法实践的深入，更多解释将陆续出台，继续完善物权领域法律制度。

热点问题

“2.17” 房屋交易税收政策分析及提示

孙越

2016年2月17日，财政部、国家税务总局、住房城乡建设部（以下简称“三部委”）联合发布《关于调整房地产交易环节契税营业税优惠政策的通知》（以下简称“《通知》”）。

《通知》主要从契税及营业税两方面出台相应新政。关于契税的征收，对于个人购买家庭唯一住房的，面积90平方米及以下的，按1%的税率征收契税。面积90平方米以上的，按1.5%的税率征收契税；对于二套住房的，面积90平方米及以下的，按1%的税率征收契税。面积90平方米以上的，按2%的税率征收契税。关于营业税的征收，不满两年的住房对外转让全额征收营业税，两年以上（含两年）的住房免征营业税。继2015年连续五次降息之后，本次税收政策调整再次以组合拳形式缓解我国房地产去库存压力，有助提振京沪广深之外地区的房地产市场。

一、 契税政策之分析

（一） 首套房契税政策

1、 原政策

本次《通知》发布前，各地适用的是三部委于2010年9月29日发布的《关于调整房地产交易环节契税个人所得税优惠政策的通知》（财税[2010]94号），规定个人购买家庭唯一的普通住房，减半征收契税；个人购买90平米及以下普通住房，且属于家庭唯一住房的，按1%税率征收契税。

2、关于普通住房的规定

国家建设部、发改委、财政部、国土资源部、人民银行、税务总局及银监会于 2005 年 4 月 30 日发布的《关于做好稳定住房价格工作的意见》(以下简称“《意见》”)第五条规定：“享受优惠政策的住房原则上应同时满足以下条件：住宅小区建筑容积率在 1.0 以上、单套建筑面积在 120 平方米以下、实际成交价格低于同级别土地上住房平均交易价格 1.2 倍以下”。此标准即国家对于普通住房的原则性标准。《意见》还规定：“各省、自治区、直辖市要根据实际情况，制定本地区享受优惠政策普通住房的具体标准。允许单套建筑面积和价格标准适当浮动，但向上浮动的比例不得超过上述标准的 20%”。执行中，各地通常将普通住房的面积上浮 20%，将标准设定为单套建筑面积在 144 平方米以下。

以北京市为例，北京市住建委、财政局、地税局联合发布的《关于公布本市各区域享受优惠政策普通住房平均交易价格的通知》规定，现行北京市普通住房的价格标准为：五环内单价低于每平方米 39600 元或总价低于每套 468 万元；五环至六环单价低于每平方米 31680 元或总价低于 374.4 万元；六环外单价低于每平方米 23760 元或总价低于 280.8 万元。

3、本次变化

本次《通知》删除了“普通住房”的描述，对于首套房而言，是否属于普通住房不再是衡量房屋契税的标准。《通知》出台前，只有普通住房才能享受税收优惠政策，而《通知》出台后，个人购买 90 平方米以下的非普通住房也能适用 1.5%的税率优惠。

(二) 二套房契税政策

1、原政策

根据《契税暂行条例》第三条规定：“契税税率为 3—5%。契税的适用税率，由省、自治区、直辖市人民政府在前款规定的幅度内按照本地区的实际情况确定，并报财政部和国家税务总局备案”。大部分地区规定二套房契税标准为 3%，有些地区调整至 4%，如长沙、合肥、马鞍山等。

2、本次变化

二套房契税统一下调至：面积 90 平方米及以下的，按 1%的税率征收契税；面积 90 平方米以上的，按 1.5%的税率征收契税。

二、 营业税政策之分析

关于营业税的征收，本次《通知》发布前各地适用的是财政部、国家税务总局发布的《关于调整个人住房转让营业税政策的通知》（财税[2015]39 号），规定：个人将不满两年的住房对外销售的，全额征收营业税；个人将两年以上（含两年）的非普通住宅对外销售的，按照销售收入减去购买房屋的价款后的差额征收营业税；个人购买两年以上（含两年）的普通住房对外销售免征营业税。

（一）本次变化

个人对外销售两年以上（含两年）的住房，不区分是否为普通住房均销售免征营业税政策，营业税金额不再与原业主购买房屋的价款挂钩，有助于刺激二手房市场。

三、 关于适用范围及时点的提示

《通知》第三条规定，除北京、上海、广州、深圳不适用本次关于二套住房的契税优惠及营业税优惠政策外，其他地区均全面适用。依据国家税务总局《关于调整房地产交易环节契税营业税优惠政策问答口径》及有关税务部门答复，本通知自 2016 年 2 月 22 日起执行，即凡是于 2016 年 2 月 22 日及以后到税务机关申报缴纳税金的，如符合本次《通知》规定税收优惠条件的，可享受优惠税率。

住宅小区不封闭，拆掉围墙就可以？

王晓頔

近日中共中央、国务院《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》(以下简称“《意见》”)印发,其中提出“新建住宅要推广街区制,原则上不再建设封闭住宅小区。已建成的住宅小区和单位大院要逐步打开,实现内部道路公共化,解决交通路网布局问题,促进土地节约利用。”一石激起千层浪,人们不禁畅想,实现“街区制”后,帝都的二三四五六环是否可以畅行无阻,大上海的纵横道路间是否会弥漫着巴黎小街巷的浪漫气质?人们也不禁担忧,小区大门常打开后,楼下的车水马龙会不会影响日常生活的宁静与安全?作为受《中华人民共和国物权法》(以下简称“物权法”)保护的住宅小区业主,我们是否能够基于自身利益的考虑作出选择?笔者就已经建成的住宅小区实现“内部道路公共化”所绕不开的物权问题加以浅显的分析。

一、 谁来决定？

从行使权利的主体来说,根据《物权法》第73条的规定“建筑区划内的道路,属于业主共有,但属于城镇公共道路的除外”,第39条规定“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”由此可见,小区内于城镇公共道路的部分,应属于社会公共资源,任何人不得占用处分,自然可以为公共利益的需要实现无障碍的公共化,但要实现已建成小区内部共用道路公共化,势必将小区内业主对于共有道路的所有权转移给国家,这也意味着只有小区业主才有权处分对于住宅小区内共用道路的共有权利。

二、 如何决定？

从权利形式的程序来说，鉴于《意见》刚刚印发，相应的配套法规尚未出台，根据现有的法律法规，实现住宅小区内“内部道路公共化”，应由业主共同决定。根据《物权法》第76条规定“下列事项由业主共同决定：……（七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。”“决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。”住宅小区内业主可采用集体讨论或书面征求意见的形式，通过专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意，形成业主大会决议以实现本小区内部道路的公共化。但值得注意的是，若“专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主”以外的其他业主认为小区内部道路的公共化会带来安全隐患，会导致小区环境恶化，噪声影响加剧从而主张业主大会的决议侵害其作为业主享有的合法权益，那么其可以依据《物业管理条例》第12条的规定，请求人民法院予以撤销。

因此，小区业主有权处分对于小区内共用道路的共有权益，业主大会可形成处分小区共用道路共有权的决议，通过与政府签订协议的形式，将业主对于小区内共用道路的共有权转移给国家所有，并取得相应的对价。

三、 实行“内部道路公共化”是否应向业主予以补偿？

业主对于住宅小区道路享有的共有权益，是来源于其基于购买小区专有部分而享有的建筑物区分所有权。小区开发商出让取得土地时已经就小区共用道路相应的土地使用权支付了土地出让金，并在建设小区共用道路时发生了建设成本，且前述土地使用成本和建设成本已经在销售住宅时，折算在每套房屋的价值之中，最终是由小区的购房人来承担，因此小区共用道路应为全体业主共同共有的私有财产。笔者认为，在政府无法与小区业主达成协议的情况下，政府若为推进小区内部道路

公共化而将小区共用道路强制收归国有，应被认定为“征收”行为，因此应对全体业主进行补偿。

根据《宪法》第 13 条第 3 款规定“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产进行征收或者征用并给予补偿。”根据《中华人民共和国物权法》第 42 条第 1 款规定“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”第 3 款规定“征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；”

首先，政府推进“街区制”，打开封闭住宅小区的出发点是改善公共交通的拥堵，实现资源的效益最大化，实现城市的协调发展，因此笔者认为，在各领域专家充分论证，广泛征求社会意见的前提下，将住宅小区内道路收归国有可以被认定为“为了公共利益的需要”；

其次，小区内共用道路应属于全体业主共有的“其他不动产”的范畴，征收该部分理应对全体业主进行补偿。对于补偿的金额笔者认为应当包括取得小区内共用道路相应土地使用权的土地出让金，建设该部分道路的成本，对于业主共有权益损失，改建公共道路给小区业主带来的生活不便损失，相应临街商铺的停产停业损失，未来可能给业主带来环境污染及噪声影响的补偿等；

再次，政府仅征收小区内共用道路，而不征收小区内房屋的情况下，所适用的征收程序、补偿范围等法律依据均属于空白状态，目前的国有土地征收补偿法律体系均为对于国有土地上房屋的征收，那么对于小区内共用道路，绿地等其他不动产应适用的法律法规尚未出台。在这种情况下，笔者建议立法部门参照国有土地上房屋征收与补偿的相关法律法规尽快出台其他不动产征收与补偿相应规定，应将其他不动产征收的建设活动纳入各级国民经济和社会发展规划，应由市、县级政府

作出征收决定，并且由征收部门拟定征收补偿方案，对于补偿的范围加以界定，除此之外还应引入评估机制，对于拟征收的共有道路使用权价值、改建对于业主居住环境、共有权益的不利影响等因素进行依法评估，以求保障业主私有财产权。

四、 结语

《意见》中可以看出，我国政府正在为完善城市规划，改善城市交通拥挤，弥补城市公共功能的不足，合理配置城市资源等方面作出积极的努力，我们也期待着立法机构及各级政府能够迅速出台的配套法律法规让政策可以稳步“落地”，实现它应具有的良好效能，也满足我们对于未来城市生活美好憧憬。同时，随着公民“财产私有”的深入人心，比起提高城市生活的便利，我们更看重的是公权力行使应有界限，法定权利不受侵害，私有财产不被抢掠。开放住宅小区，并不仅仅是一个拆掉围墙的动作而已。在拆掉小区的围墙前，应先询问业主“您是否愿意处分您的财产？您是否选择行使您的合法权利？”

卓纬律师事务所

CHANCE BRIDGE PARTNERS

建筑工程与房地产团队

郜晓礼 Sarah Gao

合伙人、团队负责人

sarah.gao@chancebridge.com

李晨 Chen Li

合伙人

chen.li@chancebridge.com

王晓頔 Ariel Wang

ariel.wang@chancebridge.com

孙越 Sandra Sun

sandra.sun@chancebridge.com

美术编辑：鄂晶晶

文字编辑：付佳欣

电话 Tel：+86 10 8587 0068

传真 Fax：+86 10 8587 0079

www.chancebridge.com

北京市东城区东长安街 1 号东方广场 C1 办公楼 601, 100738

601, Office Building C1 Oriental Plaza, No. 1 East Chang An Ave.,

Beijing PRC 100738

