关于未办理不动产权证书的商品房执行有关问题的探讨

◆陈振宇

（中国政法大学，北京 100088）

【摘要】已经办理商品房预售合同备案登记手续但尚未办理不动产权证书的商品房所有权属于开发商，但对于买受人已支付超过50%价款且用于居住的此类房屋，法律对买受人给予优先于物权的特别保护。买受人作为被执行人的，开发商在承担了银行按揭贷款担保责任后，可以通过解除合同收回房屋并提出执行异议来维护自身的合法权益。

【关键词】商品房所有权；预查封；执行异议；解除合同

近年来，由于房地产市场的波动，存在大量已经办理商品房预售合同备案登记手续，但尚未办理不动产权证书的商品房被法院强制执行。由此产生了一些问题：一是此类商品房权属如何界定；二是法院强制执行此类商品房如何平衡各方利益；三是相关各方如何维护自身合法权益。对此问题，现行法律的规定散见于各个法律及司法解释当中，笔者想凭自身经验以及研读各项有关法律规定和文献，提出一点浅见。

一、未办理不动产权证书的商品房权属如何认定的问题

第一，品房预售合同登记备案并不具备物权效力。我国的商品房预售制度由《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》）和《城市商品房预售管理办法》予以确认。《城市房地产管理法》第四十五条和《城市商品房预售管理办法》第十条均规定，签订商品房预售合同后应在规定时间内，向房地产管理部门和土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。《城市房地产管理法》第六十一条还规定，依法建设的商品房，应当凭土地使用权证书向房地产管理部门申请办理房屋所有权证书。《民法典》第二百零九条和第二百一十四条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当办理登记，自颁发不动产证书时发生效力，没有登记的，不发生效力。因此，物权设立以登记为要件。根据上述法律法规，商品房经合同备案登记后，尚需办理房屋所有权证书才能达到物权变更的法律后果。

第二，根据物权法定原则以及物权登记主义，未办理不动产权证书的商品房所有权属于土地使用权所有人。根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第三百五十二条的规定，除非有相反的证据证明，建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人。由于商品房在办理不动产权证书前，其所在土地使用权登记在开发商名下，因此未办理不动产权证书的商品房应该属于开发商所有。

第三，法律为了保护消费者，对于已办理商品房预售合同备案登记的房屋作出了特别规定。《民法典》第二百一十五条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”也就是说，如果开发商已经与买受人签订了《商品房买卖合同》，那么，买受人享有根据该合同约定，要求开发商转移登记的权利。但该权利是债权。而物权优先于债权，债权原则上不能对抗所有权。但是买受人相对于开发商属于弱势群体，如果严格按照物权登记主义认定商品房归属，将使得商品房预售制度下的广大购房人的合法权利处于不稳定状态，随时有可能因开发商的债务而丧失房屋所有权。为了保护广大消费者的权益，我国对于已办理商品房预售合同登记备案的房屋作出了特别规定。

第一个是原《物权法》及《民法典》均设立了预告登记制度。根据《民法典》第二百二十一条第一款规定，签订《商品房买卖合同》时，为保障将来顺利取得物权，可以约定合同签订后向登记机构申请预告登记。法律规定，预告登记后，未经相应权利人同意，不得处分该不动产，即便处分也不发生物权效力。同时《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《执行异议和复议规定》）第三十条规定，在金钱债权的执行中，对被查封的已办理了预告登记的不动产，预告登记权利人有权要求停止处分；对符合办理不动产权证书条件的，预告登记权利人有权排除执行。可见，如果买受人办理了预告登记，则对不动产不再允许变更登记或者设立权利负担，相当于对物权进行了固定，原物权所有人原则上已经丧失了物权。

第二个是根据《执行异议和复议规定》第二十九条规定，在金钱债权执行中，开发商作为被执行人的，买受人对已经购买并办理商品房备案登记商品房提出异议，符合三个条件的，可以排除执行。三个条件即：（1）在法院查封之前

已签订有合法有效的书面合同；(2)所购商品房系用于自己居住且属于买受人唯一住房；(3)已支付超过合同约定总价款的百分之五十的合同款项。

从上述司法解释的规定可知，在执行过程中，虽然开发商对未办理不动产权证书的商品房拥有所有权，但商品房买受人只要符合法律规定的条件，可以拥有特别的优先权，优先于物权从而排除执行。

二、关于对已办理预售合同备案登记的商品房进行查封和执行的探讨

第一，已办理合同备案登记的商品房虽未办理不动产权证书但可以预查封，预查封的效力等同于查封。根据《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第十五条规定，法院可以对被执行人购买的已办理了商品房预售合同登记备案手续或者商品房预告登记的房屋进行预查封。根据第十八条规定，预查封的效力等同于正式查封。同时根据第十六条规定，在预查封期间，土地、房屋权属登记到被执行人名下的，预查封登记自动转为查封登记，预查封转为正式查封后，查封期限从预查封之日起开始计算。

第二，预查封与查封虽然在法律效力上一致，但所针对的标的有区别。查封所针对的是不动产物权本身，不动产一旦被查封，则不能转移和设立权利负担。而预查封，由于其标的物还没有进行权属登记，物权尚未设立，查封的当然不是物权。但是买受人因《商品房买卖合同》而针对该房屋享有房屋交付请求权和所有权移转登记请求权，该两项权利具有财产属性，所以预查封所限制的是房屋交付请求权和所有权移转登记请求权。

第三，已办理合同备案登记商品房本质上是被执行人所拥有的一种财产权利，可以被执行。如前文所述，买受人对已办理合同备案登记商品房享有财产权利，根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第二条、《民事诉讼法》第二百四十七条以及《最高院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第一条规定，只要是被执行的财产都可以查封、冻结并在被执行人未按规定履行时强制执行。另外，《最高人民法院关于转发住房和城乡建设部〈关于无证房产依据协助执行文书办理产权登记有关问题的函〉的通知》第二条也明确规定，法院允许处置(拍卖)未进行初始登记的房屋。

第四，在执行已办理合同备案登记商品房时，应该根据《执行异议和复议规定》的第二十九条的规定加以区分。如前文所述，已办理合同备案登记商品房在权属上属于开发商，如果开发商作为被执行人，法院可以依法查封，但是应当依据《执行异议和复议规定》第二十九条规定了审查买受人是否符合执行异议条件，并及时通知买受人，以便买受人行使异议权利。相对应的，对于买受人作为被执行人的，买受人不符合《执行异议和复议规定》第二十九条规定的条件，开发商可以提出异议，排除执行，符合解除商品房买卖合同的，可以通过解除合同撤销备案登记。

三、关于开发商能否解除《商品房买卖合同》的问题

实践中，大量买受人采取银行按揭贷款方式购房，而开发商一般在房屋办理不动产权证书前，为买受人按揭贷款提供连带责任担保。买受人一旦出现按揭贷款逾期，银行往往会优先要求开发商承担保证责任，代为支付贷款余额。此时，开发商代偿按揭贷款后，由于买受人财务状况恶化，往往无法实现追偿权而发生重大损失。而开发商一般都在《商品房买卖合同》中约定，一旦发生代偿按揭贷款的情形，开发商可以据此解除合同，撤销备案登记，收回房屋。

司法实践中，有观点认为，《商品房买卖合同》系格式合同。根据《民法典》第四百九十六条、第四百九十七条规定，所谓的格式条款是指，合同当事人一方为了重复使用而预先拟定，且在订立合同时未与相对方协商而直接使用的条款。根据上述法律规定，提供格式条款的一方在订立合同时，不得不合理地减轻或者免除自身责任、加重对方责任、限制或排除对方主要合同权利。对于减轻或免除自身责任或加重对方责任的，应当进行必要提示，否则相应格式条款无效。开发商在签订《商品房买卖合同》时，未就违约责任条款、合同解除条款等重大条款进行提示，且买受人已经通过银行按揭付完房屋全款，该格式条款排除买受人取得房屋权利，因此，应当认定解除合同的条款无效。

另一种观点认为，《商品房买卖合同》中解除合同条款是否属于格式条款，要看该条款是在合同正文中还是在“补充协议”当中。《商品房买卖合同》一般是由房地产主管部门发布的格式文本，应当认定为格式条款；但《商品房买卖合同》的补充协议一般是开发商与买受人另行协商签订，不应当认定为格式条款。如果解除合同条款在《补充协议》当中，则一般不属于格式条款。并且，就算属于格式条款，也不符《民法典》第四百九十六条和第四百九十七条规定的格式条款无效的情形。

笔者同意第二种观点。首先，根据《民法典》第五百六十二条第二款规定，合同当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。法律赋予了合同当事人一定条件下设定解除合同条款的权利，完全符合意思自治的民法基本原则。其次，《商品房买卖合同》约定在开发商代偿了买受人的银行按揭贷款后有权解除合同，是基于买受人违约而形成的合同解除权，并不属于不合理的免除自身责任或限制对方主要权利，不违反公平原则。最后，开发商代偿按揭贷款是履行担保责任。根据《民法典》第七百条的规定，开发商承担了保证责任后，有

权向买受人追偿。而鉴于买受人一般是财务状况严重恶化才不按时归还银行按揭贷款，该房屋可能系其唯一有价值的财产，为了确保追偿权能够实现，开发商约定可以解除合同是公平合理的。

四、关于开发商解除合同后能否撤销备案登记、顺利收回房屋的问题

买受人不按时归还按揭贷款绝大部分是因为其财务状况严重恶化，通常会有其他债务纠纷。实践中，此类房屋往往存在多家法院轮候查封。开发商解除合同之后，还面临着解除司法查封的问题。如前文所述，此时房屋所有权尚属于开发商。开发商有权向查封法院提出执行异议或者保全异议进而提起执行异议之诉。根据《执行异议和复议规定》第二十六条第二款规定：“金钱债权执行中，案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结后作出的另案生效法律文书提出排除执行异议的，人民法院不予支持。”但是该条第四款又规定，案外人提出执行异议法院不予支持的，可以依照《民事诉讼法》第二百二十七条规定提起执行异议之诉。由于开发商解除合同的法律文书一般是在房屋被查封之后得到的，开发商提出执行异议一般不会得到支持，但是可以依法提起执行异议之诉。

笔者认为，开发商提起执行异议之诉可以得到支持。主要理由为根据《执行异议和复议规定》第二十五条规定，案外人对被执行的不动产提出异议的，法院应当按照不同标准判断其是否系权利人，对于已登记的不动产，按照不动产登记簿判断。对于未登记的不动产，按照土地使用权证书、建设工程规划许可证书、施工许可证书等相关凭证判断。已办理合同备案的商品房在所有权上还属于开发商，该所有权依附于土地使用权而设立，其设立时间先于司法查封的时间。而买受人只是依据《商品房买卖合同》拥有房屋交付和所有权移转登记请求权。该两项权利属于债权，一旦《商品房买卖合同》被解除就归于灭失。被执行人在房屋上的财产权利灭失了，而开发商对房屋拥有排他性的所有权，可以据此排除执行。

但是，由于备案商品房符合一定条件后可以直接被法院强制执行、司法拍卖，如果在房屋被执行完毕后，开发商即使解除了《商品房买卖合同》，由于该房屋已经被新的买受人(竞买人)取得，而该买受人(竞买人)取得属于《民法典》第三百一十一条规定的善意取得，则开发商不能取回房屋。江苏省高级人民法院作出的《关于执行疑难问题的解答》(苏高法【2018】86号文)即采取这种处理方式。

五、结束语

近年来，越来越多的备案商品房逾期还贷或由于其他财务问题被强制执行，如何充分保护开发商、申请人执行人、被执行人的合法权益，是法律人正面临的问题。笔者希望通过本文的分析，能引发大家的一些思考和进行更深入的研究，以便更好地处理现实问题和实现司法的公平正义。

参考文献：

[1]李刚.购房人合同解除权的限制[J].人民司法,2021(02):12-15.

[2]商品房现房销售,可否申请预告登记[J].中国房地产,2018(07):60-61.

[3]王琳.我国在建商品房抵押法律问题研究[D].重庆:西南政法大学,2017.

作者简介：

陈振宇(1986－),男,汉族,广西玉林人,硕士研究生,研究方向:民商法。