**【民法典实务论坛】【法官沙龙】山东省高级人民法院第一届民法典实务论坛暨第十三届法官沙龙**

　　近日，由省法院、省法学会主办，山东大学法学院、省法学会民商法学研究会联合承办的第一届民法典司法实务论坛暨第十三届法官沙龙在山东大学青岛校区举办。来自我省三级法院的审判实务专家、高校科研理论专家以及山东大学法学院师生40余人参加了论坛。本次论坛综述如下：

　　第一单元：通则及所有权

　　宿敏（青岛市中级人民法院金融审判庭副庭长）以“不动产抵押预告登记制度的突破与完善”为题进行了发言：物权法第20条确立了不动产预告登记制度后，以抵押预告登记权利人能否享有优先受偿权为核心的抵押预告登记法律适用问题引起学界和实务界广泛而持久的讨论。民法典第221条基本沿用物权法第20条规定，为了解决抵押预告登记的特殊难题，担保制度司法解释第52条对民法典相关规定的适用进行修正，能够切实发挥不动产抵押预告登记制度保障主债权实现的功能，同时有效降低预告登记权利人行使权利的成本。此外，在债权银行实质享有优先受偿权的情况下，房地产开发商提供的阶段性保证责任应相应终止。

　　许海涛（济南市中级人民法院民一庭四级高级法官）以“既有住宅增设电梯法律问题分析”为题进行了发言：关于既有住宅增设电梯问题，民法典规定增设电梯属于改建建筑物附属设施，需要三分之二以上的业主投票，四分之三以上的投票业主同意。业主间利益平衡，可以从相邻关系的角度，公平合理地解决。对此，人民法院要准确适用民法典，以判决形式支持法定多数业主共同决定增设电梯的行为，树立正确裁判导向；与街（镇）政府协作，加强对相关村居的指导，强化诉源治理，将矛盾化解到基层；通过专家释法、典型案例等方式，加强舆论引导，推进既有住宅增设电梯工作。

　　董 慧（聊城市中级人民法院民四庭法官助理）以“抵押预告登记制度在司法实践中适用争议及解决”为题进行了发言：抵押预告登记设立目的是保障权利人将来物权的实现，并排除他人对不动产的处分行为效力。其本质上是对将来发生物权变动的请求权，属于债权性质，不具有物权效力，权利人仍需完成抵押本登记，才能请求对抵押物享有优先受偿权。民法典及相关司法解释实施后，相关案件中认定抵押预告登记是否具有物权效力，应当着重审查：预告登记时标的房屋是否已经办理首次登记、预告登记的财产与办理首次登记时的财产是否一致、预告登记是否业已失效等条件是否具备。

　　满洪杰（山东大学法学院副院长、教授）点评：一是关于预告登记，最高院担保制度司法解释第52条做出了突破性规定。抵押登记上可能存在有预告登记的所有权人，预告登记的抵押权利人依据预告抵押权登记去主张优先受偿的问题，这是司法上一个重大争议。担保司法解释第52条的核心目的，是在功能主义担保物权模式下，如何来调和预告登记的抵押权与其他的担保物权之间的物权效力问题，但是第52条的规定在理论上会有很大的争议。另外，依据现有分析，可能一部分法院在裁判中还是没有采用预告登记适用预告登记的效力，法院的这种态度是否因为第52条的规定会发生改变需要讨论。二是关于老旧小区加装电梯问题，这是区分所有权的小区住宅中对于公共事项所有权一项重大新兴问题，有一定指导意义。这个问题还是要有一种新制度来进行利益分配，基于不动产的相邻，小区居民要享受共同利益也要遭受忍受相关不便的时候，要考虑分配的正确含义。

　　瞿灵敏（中国海洋大学法学院副教授）点评：首先，我认为预告登记可能是最大的一个问题。第一个是预告登记的范围包括了对中间处分无效，就是中间处分行为无效范围要扩张。第二个是中间处分无效的效力反颌，做预告登记之后未经预告登记权利人同意，中间处分无效，那么这个中间处分行为到底是依据预告登记的义务人，也就是比如我们说的抵押人或出让人的积极的处分行为，还是说它包括了一些消极的处分行为？我个人觉得，可能要从积极的处分适当的向消极处分扩张。另外，中间处分的无效应该只是说对于预告登记权利的无效，应该做相对无效的理解。第二个问题，预告登记与行政法规、登记制度、司法解释、执行程序等衔接过程中必然会产生一些制度解释的问题，涉及到不同的权利人的主张的权利优先性。在我看来，登记是一个意思表示，只不过这个意思表示是向公权力机构发出的而不是向相对人发出的，这里面可能存在着着对登记事项解释的问题。关于建筑物中区分所有权，不是单纯司法部门解决的问题，需要一个多元共治的体系，这里面会涉及到行政部门，在这个过程中发挥到更大的作用，过程中利益的衡量非常重要。

　　陈浩（山东省高级人民法院民一庭四级高级法官）点评：我国房屋按揭贷款存在着双重担保，即“抵押”和“保证”，在购房人（借款人）取得房屋产权证书和办妥正式抵押登记之前，由开发商提供阶段性保证，基于摆脱自身阶段性担保的考虑，开发商会及时告知银行“能够进行不动产登记”；同时，银行提供的房屋按揭贷款合同一般为格式合同，其亦会在合同中注明购房人（借款人）不及时告知房产能够登记、不配合办理抵押权正式登记将承担违约责任。因此，预告登记权利人知晓不动产能够进行登记的成本不存在很高的问题。

　　梁坤（菏泽市中级人民法院立案二庭副庭长）：担保制度司法解释第52条没有规定抵押权登记设立，是基于在符合限制条件下如再行诉讼请求办理抵押权登记也可得到支持，从而减少诉累；抵押权设立的时间确定为“预告登记之日”，是为了保护抵押权预告登记权利人的利益和抵押财产优先受偿权顺位，也不符合双方当事人签订合同的本意。如果抵押权预告登记义务人怠于履行合同，一方可根据民法典第159条的规定，视为条件已经成就。

　　郭明瑞（山东大学荣聘教授）点评：一是关于小区电梯如何安装，应该是行政部门的职权范围，发生纠纷起诉至法院，法院才参与，前部分不应该法院来处理。

　　二是关于预告登记的问题。首先，关于抵押权的预告登记，司法解释不能突破法律，应在法律规定的范围正确理解法律、正确适用法律，这是法律人的一个基本理念。其次，所有权预告登记的效力问题。所有权预告登记的效力是使得债权取得对抗第三人的效力。关于预告登记失效，本身基本关系失效，预告登记就失效了。再次，抵押权预告登记的效力问题。抵押权的预告登记就是排除以后的担保物权的设立。商品房预售登记，因为这类房屋所有权不存在，只能办理预告登记，但预告登记并不意味着抵押权的设立，这涉及到物权编司法解释第52条的理解问题。法院通过审理查明已经办理所有权首次登记同时又办理抵押权预告登记时，应当认定抵押权根据第52条解释为预告登记变成了本登记，但是这样的结论也是有争议的，问题就是预告登记能不能具有本登记的效力。最后，关于在建建筑物与房屋买受人的关系。在建工程的抵押登记是本登记，而房屋买受人关于期房的预告登记是预告登记。当二者发生冲突时，原来的法律规定时买卖不能对抗优先受偿权人，那作为买受人的权利该如何保障，只能通过办理预告登记来取得对抗第三人的效力。需要注意的是，商品房预售过程中会存在几种权利的冲突，需要考验法官的智慧。

　　第二单元：用益物权

　　李明明（山东省高级人民法院民一庭法官助理）以“民法典物权编相关司法解释清理情况的汇报”为题进行了发言：物权编解释一的清理情况：原有22条，修改13条，废止1条（原14）后，最终共有21条。其中第4、5、6、7为重点条文。征求意见过程中，人大法工委提出删除第14条和一处文字修改，其他无不同意见。修改的条文中有9条是修改援引法律名称及序号，剩下的条文主要发生4处实质性变化：第4条，将《民法典》新设的用益物权居住权也纳入预告登记后受限制的不动产处分行为中；第5条，对“买卖不动产物权的协议”增加了限定条件，必须满足“预告登记”的条件，同时，删除“被解除”这一合同状态。第7条，增加“变卖成交裁定书”作为导致物权设立、变更、转让或者消灭的法律文书类型。第12条第一款，增加“优先”二字，进一步确定了按份共有人购买共有份额的优先顺位。第21条：删除“因违反合同法第五十二条及因受让人存在欺诈、胁迫或者乘人之危等法定事由”的表述。合同法不再适用，合同被认定为无效的法律依据存在变化，同时，民法典第147—151条对可撤销民事行为的规定亦有变化。

　　王楷（青岛市中级人民法院民一庭四级高级法官）以“集体建设用地使用权的新生”为题进行了发言：新《土地管理法》把党中央关于农村土地制度改革的决策和试点的成功经验上升为法律，其中关于集体经营性建设用地使用权方面的新规定即其第63条，主旨是：允许集体经营性建设用地直接入市。民法典第361条也规定“集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地管理的法律规定办理。”新《土地管理法》第63条和民法典第361条，赋予了集体经营性建设用地初步“新生”。2021年的4月21日，《土地管理法实施条例》正式通过，条例进一步对农村土地“三块地”（农用地、集体经营性建设用地、宅基地）改革成果予以巩固：一是以维护农民权益为核心对土地征收程序进行了细化。明确土地现状调查、社会稳定风险评估、公告、听证、补偿登记和签订协议等法定程序的具体实施要求。二是明确集体经营性建设用地入市交易的要求和程序。使用集体经营性建设用地必须遵循节约集约的原则，优先使用存量建设用地，严格控制新增集体经营性建设用地规模。允许采取土地整治等方式进行区位调整，合理利用集体经营性建设用地。三是保障农村村民的宅基地权益。要求在市县、乡（镇）国土空间规划和村庄规划中，科学划定宅基地范围。法律依据已经完备，至于实务中集体经营性建设用地如何新生，能否凤凰涅槃，让我们拭目以待。

　　王华栋（菏泽市中级人民法院民三庭副庭长）以“土地所有权和使用权争议的审查应以基础法律关系为主”为题进行了发言：实践中对《土地管理法》第14条第1款的理解不尽相同，存在将本属政府处理事项纳入民事案件审理范围以及凡涉及土地争议均让当事人诉诸政府的两个问题。审查涉土地争议应当秉持基础法律关系先行的原则。《土地管理法》第14条规定的是行政确权概念下的争议。物权编司法解释一第1条规定的是在行政确权概念之外的权属争议，即建立在不动产登记部门对土地等自然资源首次登记之外，基于买卖、继承、赠与等产生的民事争议。

　　刘经靖（烟台大学法学院教授，山东省法学会民商法学研究会副会长）点评：一是关于司法解释修改工作，立法机关如何介入等问题，在民法典出台后司法解释的清理应是一个反思的契机。二是物权编司法解释第17条提到了善意取得的时间，也涉及了善意取得的方式，在这个时间之外如何善意取得，正式司法解释没有提到。三是关于优先购买权条款较多，但是很多都设置了规避方式，可能会导致投入较多立法成本还不能解决问题，需要引起重视。四是关于集体集体土地建设使用权，它和土地承包经营权存在哪些区别？关于土地承包经营权主要还是如何正确性的划边？关于建设土地使用权是如何合法化和正当化？这些问题都需要进一步展开。

　　陈晓军（山东农业大学法学院教授）：物权法在实践中和土地管理法关系更密切。一是近年来正在进行的三权分置改革，关于三权分置的使用权、土地承包使用权，到底是物权还是债权，还需要进一步讨论。二是现在乡村振兴的过程中，农田建设指标不能动，土地问题需要解决好。三是建设用地使用权马上要面临很多问题。原来的经营性用地，已经通过和解等方式进行了交易，在土地征收的过程中，债权人称土地无效，从司法原则来讲，再确定无效感觉已经很单薄了，但依据现有法律规定，也无权直接认定转移方式有效。我们急切盼望新的司法解释来解决这个问题。

　　陈东强（山东省高级人民法院民一庭副庭长）点评：一是对于集体土地使用权转让方违背诚信原则请求转账合同无效的处理问题，是否可以不认定合同无效驳回其诉讼请求，涉及当前民事审判中对无效合同认定和处理的原则。从总体上来看，对于合同效力问题，在案件审理中属于人民法院进行审查的范围，即使当事人没有主张合同无效，发现可能导致合同无效事由的，也应主动审查，因为合同效力问题反映的不仅仅是当事人的意思表示。还涉及国家对交易行为的干预程度，不能单纯根据双方当事人的态度判断合同效力。二是对于当事人违背诚信原则是否可以驳回其诉讼请求，主要是根据合同无效的事由去判断，对于由于其自身原因应当办理相关审批手续未办理导致合同无效的，可以基于违背诚信原则，驳回其诉讼请求。三是对于交易标的物本身法律禁止流通的，一般情形下，应认定合同无效。根据双方过错程度，合理分配合同无效的责任，由不诚信方承担更多份额的损失，实现双方利益平衡。另外，司法解释的溯及力问题，也应当是我们密切关注的一个问题。

　　曹磊（济南市中级人民法院行政庭四级高级法官）点评：一是民法典时代的制定法解释路径。为维护民法典的权威，就应当提高司法解释的制定门槛，减少司法解释特别是创设型、修法型司法解释的数量。如果寄望于继续通过最高人民法院解释法律的路径促进法律统一适用，则应畅通个案批复的渠道、大幅增加指导性案例的数量，着重以案例的方式解释、完善、发展民法典。二是法官对法律的解释方法。法官适用法律必须逐字逐句的仔细阅读法条，从法律文本的含义出发，进行忠实于立法的解释；同时，不能只见树木不见森林，必须将欲适用的条款与法条其他款项联系起来，并将其置入整部法律甚至法律体系之中进行解释，以确保解释结论的客观性和合目的性。

　　郭明瑞（山东大学荣聘教授）点评：一是关于物权法司法解释第5条，如果最高人民法院对第5条取消合同被解除的理由，是《九民会议纪要》的理由，就没有必要再做解释，那条解释就是被担保的合同解除的不视为债权消灭，预告登记仍然有效。二是关于土地所有权和使用权的问题，法律规定明确规定土地使用权和所有权的确权是行政权利，不是法官的职权，法院没有这个权利。三是关于集体土地使用权和建设用地使用权的问题。希望法官在遇到这类案件时，要尊重土地所有权利，农民的土地所有权变更为国有土地使用权、所有权只能通过征收，而征收是有条件，其他不应该作为改变所有权性质的事由。另外，户籍变动来改变财产权的收益。通过我们法官的努力将集体建设用地使用权的新生制度，能真正“生”出来，真正展现出来，能够真正保护我们农民的利益。

　　第三单元：担保物权

　　王爱玲（青岛海事法院审监庭庭长）以“占有改定导致的权属变动与留置权之间的冲突”为题进行了发言：关于占有改定导致的权属变动与留置权之间的冲突如何处置的问题。在占有改定情况下，受让人只是一种观念交付的占有，而不是现实的占有，这就使这种占有欠缺一种外部表象，人们很难从占有这一表象确认谁是真正的物权人，即这种占有不具有公示性。换言之，当事人达成的占有改定约定，仅在当事人彼此之间产生效力，动产物权的变动也只能在当事人之间生效，不能对抗第三人。因此，第三人可以基于造船和保管费用等债权对船舶享有留置权，受让人的所有权不能对抗第三人已经依法享有的留置权。那么，是否要求第三人必须为善意呢？从《海商法》对船舶留置权的规定来看，不存在这种“善意”或“非善意”之分，即只要造船人在合同另一方未履行合同时，就可以留置“其所占有的”船舶，而不论其是否知道其所占有的船舶并非为债务人所有。

　　王芳（德州市中级人民法院民二庭副庭长）以“股权让与担保中的权利实现的司法考量”为题进行了发言：《民法典》并未对让与担保作出直接规定，而是在《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>有关担保制度的解释》中予以了侧面回应。一是关于股权让与担保法律关系是否成立，可以从以下四个要素判断：股权转让人与受让人之间是否存在债务主合同，或债权债务关系；是否签订有股权转让协议，且具有股权转让的权利外；股权转让人与受让人之间是否存在偿还债务后可进行股权回购的约定或合意；股权受让人是否享有完整的股东权益，如是否实际参与公司经营。另外，股权让与担保法律关系可因双方合意的变化而变化，亦可因构成要素的缺失或转变而变化。二是关于股权让与担保的权利实现方式，《九民会议纪要》《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>有关担保制度的解释》均对让与担保权利实现采纳了“流质约定”无效的观点，否定了债权人可在债务不能受偿时获得担保物所有权的主张，且均未对担保物变现时间作出限制性规定。但不能当然否定债权人在债务不能受偿时请求确认财产所有权的请求权，而应综合考量合同履行请求及请求权行使时间等多个因素，综合确定债权人请求权的合理性。同时，股权让与担保中的权利实现，虽然应当遵循约定优先的原则，但仍探索兼顾以下两个限制：作为股权受让人的债权人在权利实现方式上应有选择权，即赋予债权人“归属型清算”的优先选择权；作为股权转让人的债务人在权利实现的时间上应受一定限制，即明确债务人可行使“处分型清算”权力的行使期限。

　　刘雪丽（淄博市中级人民法院民三庭法官助理）以“物的担保和保证并存规则探究”为题进行了发言：平等主义理论相对于物的担保“绝对优先主义”和“相对优先主义”更加科学。债务人提供的物的担保与保证并存，债权人应当首先要求债务人以担保物承担担保责任，不能获得清偿时再向保证人主张；第三人提供的物的担保与保证并存，应当坚持平等主义理论，债权人有权择一清偿。在内部份额的承担及求偿问题上，应当坚持限定条件下的平等主义理论，根据物上担保人担保限额和保证人保证额所占比例确定各自的责任份额，并作为求偿的依据。

　　张平华（山东大学法学院民商法研究所所长、教授，山东省法学会民商法学研究会副会长）：在《民法典》的生效的背景之下，我们很容易按照民商合一体制来解决相关问题，但是在解释解决的过程当中，不应该否定商事法律关系的独特性和既表现在法律关系的认定、成立、效力还有法律关系的实现。一是从法律关系的定性来归类，我们应区分民事和商事。关于船舶留置权，商事法律关系当中的留置权或者商事留置权的范围是可以扩张的，从这个角度来说，对占有改定的船舶基于建造的费用可以行使留置权。关于股权让与担保法律关系的定性和认定，我也赞成要从多个角度来考量。民事的法律关系特别注重实质意义的考虑，商事法律关系上，应当更注重外观上的勘探和信赖上的考量。关于共同担保，在共同关系的认定上，如果商事的混合共同担保，即便是当事人没有作出明确有效的约定，也应当推定成立连带共同承担。二是法律关系的实现进程，也要考虑民事和商事领域的区别。关于股权让与担保的问题，在让与担保实现的过程中，当事人的意志和法律关系的性质可能会发生变化，要按照商事交易惯例来定，可能会更方便裁决。

　　张亚梅（青岛市中级人民法院民一庭庭长）：一是关于与让担保问题，《民法典》第388条第1款规定“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定，订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。”其他具有担保功能的合同，《民法典》规定了融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同。《九民纪要》第71条对让与担保进行了规定，但让与担保没有入典。股权让与担保作为非典型担保，是一种特殊的担保交易结构，本质是为债权的实现提供担保。虽然司法裁判中具体裁判观点仍有细微差异，但肯定股权让与担保合同效力的司法取向日趋明朗。在肯定股权让与担保合同效力的同时，债权人并不能取得所持股权对应的相关股东权利，而只能在担保目的范围内依合同约定行使并处置股权。让与担保背景之下还会延伸出很多公司诉讼问题，如受让人与转让人、与公司、与公司其他股东、与公司债权人之间的关系等，我想后续问题会使法官面临巨大挑战。二是关于混合担保的问题，《民法典》在第392条从债权人实现担保物权的角度规定了比较明确的混合担保规则，这一点在《民法典》前后变化不大。变化最大的是担保人之间的追偿问题。《担保制度解释》第十三条规定担保人之间的追偿按照约定或者在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，这与以前的规定有较大改变。三是关于留置权，《民法典》第447条规定，债务人不履行到期债务，债权人可以留置合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。留置权作为一种法定的担保物权，优先于其他担保物权，同一动产上已经设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。海事法院那个案例其实与占有改定关联不大，原告享有留置权是基于留置权的特殊性。

　　郭明瑞（山东大学荣聘教授）点评：一是虽然我们目前是民商合一，但民法中的占有是要实际交付，商事领域中正在交付的过程中也是占有。二是民法典承认功能性担保制度，最高院司法解释将让与担保列入《九民会议纪要》中，受让人不享有让与财产的所有权，但可以清算让与财产。名誉股东不承担连带责任的问题，法律不认可让与担保，名誉股东不享有股权，那么名誉股东的股权转让如何生效？这个问题要考虑。三是关于共同担保中的追偿权，民法典未规定混合共同担保中混合共同担保人之间能否追偿，关键在于如何认定共同担保，目前理论和学说上有三种观点。律师在给当事人设定担保时，要注意是否为同一归属。共同担保的下一步是追偿权问题。这涉及到平等观念，当前否定追偿权的一些观点就是因为追偿权太难计算。如果承认追偿权，行使代位追偿权更为妥当。