

违法建筑的城镇房屋租赁合同的效力

杨文杰

(宝鸡文理学院 陕西 宝鸡 741013)

【内容摘要】有关司法解释对城镇房屋租赁合同效力的认定,完全以是否具有规划许可证为依据,不利于促进社会资源的有效利用和保障房屋租赁市场的健康发展,而且混淆了建筑行为的违法性与租赁合同违法性的区别,以建筑行为的违法性,代替了对租赁合同违法性的判断,以建筑行为主体的行为违法性来认定租赁合同标的物的违法性,违背了违法只能是对主体行为判断的基本法理。民事审判权直接认定城镇房屋为违法建筑物,也是对行政权的僭越。因此,只要行政权未依法决定对违法建筑物必须限期拆除,那么,即使为违法建筑物,或者限期拆除的房屋,在限期内,也有其存在的价值,以这类建筑物为标的租赁合同,其效力应当予以承认。

【关键词】违法建筑 城镇房屋 租赁合同

中图分类号:DF525

文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2011)09-0067-04

《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解释》(以下简称《解释》)中明确规定以违法建筑的城镇房屋为标的物的租赁合同为无效合同。这一规定既与以前对同类问题的态度相悖,也不符合法理和现有法律的规定,对其有进行探讨的必要。

一、关于违法建筑房屋权属的不同学说

关于违法建筑的房屋,其权属性质问题,对出租违法建筑的房屋的行为的法律效力,在实践中有一定的影响。而法学理论和司法实践中对此问题的认识存在不同的观点。

(一)动产所有权说,也叫否定说,认为违法建筑作为不动产,因其违法性,不可能得到国家的认可,故由此派生的权利不可能得到法律的保护,但构成违法建筑的建筑材料本身作为动产是合法的,应受法律的保护^{[1]P89}。如果建房时不符合《城市规划法》规定的建房条件和批准手续的,无论是公房还是私房,建造者均不能依法取得该房屋的所有权^[2]。

(二)不动产说,也叫肯定说,认为违法建筑由建造人原始取得其所有权^{[3]P116-118}。此说是台湾地区通说,认为违法建筑物已符合不动产定着物的要件,系独立于土地外之不动产,由原始建筑人取得其所有权^{[4]P23}。在我国司法实践中,承认违法建筑为不动产,但是未取得国家认可所有权的不动产,在实际处理时,民事方面比照合法取得所有权的建筑物进行处理,建筑人出卖违法建筑,法院又有两种处理方式:一是认定其合同无效,但保护建筑人以“使用费”的名义向相对人主张权利,使用费又可以依买卖合同约定的数额作为计算依据;二是认定合同有效,但对建筑人从相对人处获得的收益给予保护,然后再由行政管理部门或人民法院予以收缴^[5]。

(三)占有说,即建筑人对违法建筑物的占有,作为一种事实状态,受法律保护,除执法机关依法处理违法建筑外,建造人自己可以对违法建筑为占有、使用和收益,禁止他人侵犯建造人对违法建筑物的占有^{[6]P120}。持相同观点的学者进一步认为,违法建筑租赁尽管标的物违法,但是不影响合同效力,只要符合法律行为的生效要件,合同即有效,产生债权效力。建筑人依合同将违法建筑转移给承租人占有、使用,承租人依合同向建筑人支付租金^{[7]P21}。作为上述原则的例外,认为对于部分设计正规、结构合理的违法建筑,只要不影响整体规划,一般对当事人处以罚款,责令当事人补办有关手续后,可以确认当事人的房屋所有权^[8]。

但是,最高人民法院对违法建筑的房屋的权属态度基本采用否定说,继而在债权行为效力认定时认为债权行为因违法而无效。在具体司法解释中,针对违法建筑物的抵押合同,规定,经有关部门认定的违法建筑,不能抵押,如抵押,则认定为无效。^{[9]P52}而对违法建筑的房屋的租赁合同的效力问题,在解释中做出了不同的规定,明确规定以违法建筑的城镇房屋为标的物的租赁合同为无效合同。这两个司法解释同样针对违法建筑的房屋,但在对违法建筑行为认定时却采用了不同的标准,前者明确规定违法建筑的房屋要由“有关部门依法认定”,即以行政程序认定为违法建筑为条件,而后者则以是否具有规划许可证为标准。

二、违法建筑的城镇房屋的法律地位

违法建筑的房屋,理论界有人叫做违法建筑物,是指未经有关部门批准或采取欺骗手段骗取批准,或虽经批准但批准的内容违法而占地所建、扩建和改建的建筑物^[10]。从这一定义来看,与解释的有关规定并不完全一致。解释中违法

* 作者简介 杨文杰(1960-)男,宝鸡文理学院教授,研究方向为民法学。

建筑的房屋,仅指违法建筑的城镇房屋,是指在城市、镇规划区内,未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋,以及未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑,超过批准使用期限的临时建筑。本文是在这一意义上使用这一概念的。

按照解释的规定,出租违法建筑的城镇房屋的租赁合同为无效合同,那么,解释为什么要规定出租违法建筑的城镇房屋的租赁合同为无效合同呢?最高院民一厅负责人指出,合同效力的认定对促进房屋租赁市场发展,维护房屋租赁市场秩序稳定意义重大。解释在准确判断相关法律、行政法规的强制性规定是否为效力性强制性规定基础上,确定了认定合同效力的原则:一是限定无效合同的范围。二是对欠缺生效条件合同效力的处理上,采取了补救性的措施。解释在遵循法律规定精神的基础上,采用宽严适当的原则确定合同效力,目的在尽量维持合同效力的基础上,促进社会资源的有效利用,保障房屋租赁市场的健康发展。^[4]

按照这位负责人的基本观点和对租赁合同效力认定的基本态度和原则,无疑符合市场经济规律,有利于促进社会经济的繁荣和发展。然而,这些指导思想,在解释中贯彻和体现得并不彻底和充分。没有完全体现物权法“促进社会资源的有效利用”的价值目标。如果一座违章建筑物没有被行政机关作出限期拆除的行政处罚决定,也就具有存在的价值和必要,而且是否要给予限期拆除,由行政机关按照行政权力进行自由裁量,法律并没有规定对任何违章违法建筑物一律拆除。尤其是,违章违法建筑行为违法性既包括实体违法,也包括程序违法,即使是实体违法,也可能由于城市规划的实施是一个逐步发展的过程,需要若干年才能具体实施,因此,违法建筑物,不一定就有现实的危害性。还由于我国城市规划水平所存在的“规划不如变化快”问题,违章建筑物也可能随着规划的改变,失去了违法性。

按照这位负责人的理解,解释规定出租违法建筑的城镇房屋的租赁合同为无效合同的理由和依据就是,租赁合同违反了法律效力性强制性的规定,即租赁合同违法。但,从解释来看,并没有,也不可能作出出租城镇违法建筑物的行为是违反法律、行政法规的违法行为。而只能是建筑房屋的行为具有违法性,所以,叫违法建筑或违法建筑的房屋。那么,究竟是房屋建筑行为违反了法律效力性强制性规定,或是租赁合同行为违反了法律效力性强制性规定,还是租赁合同的标的物违法(禁止流通物)而导致租赁合同无效。

从规划法的角度来看,建筑行为未取得规划许可证,构成违反规划法的违法行为。从物权法的角度来看,建设单位的建筑行为由于未依法取得规划许可,违反了法律效力性强制性规定,不能依法取得对建筑物(房屋)的所有权。因此,建筑行为的违法性昭然若揭。但是,“违法行为不产生任何权利”,却不是不产生任何法律后果。建筑行为是一种生产行为,其法律属性属于事实行为,虽然违法的建筑行为不能产生所有权,但应当产生占有。占有之取得不以合法为前提,占有人占有违法建筑、盗窃物也可以取得占有,占有人的占有行为,不得对抗执法机关和真正所有人,但可以对抗不特定第三人。

从合同法的角度来看,租赁行为本身不具有违法性,是一种双方法律行为。只有具备合同法第五十二条规定的无效情形时才被依法认定为无效合同。根据这一条及有关司法解释的规定,违反法律、行政法规效力性强制性规定的合同为无效合同。违反法律效力性强制性规定,必须以违法为前提,然后才探讨和衡量所违反的法律规范是属于何种效力的规范。如果没有违反任何法律、行政法规的规定,就根本谈不上违反了法律、行政法规效力性强制性规定。出租违法建筑的房屋,首先就没有违法性,任何法律都没有明文规定违法建筑的房屋不得租赁。按照民事领域通行的法律规则“法不禁止即自由(授权、有效)”。出租违法建筑的房屋,谈不上违反法律、行政法规效力性强制性规定。

规划法作为行政法,规范建筑行为,为建筑行为提供行为规范,要求建筑行为人,取得规划许可证方可进行建筑行为,房屋租赁合同是规范房屋流通关系的,为出租人和承租人提供相应的行为模式,规定了双方当事人的权利义务。因此,房屋的建筑行为和房屋的租赁行为,是两个不同的、相互区别的行为。使这两种行为联系起来的连接点是建筑物(房屋)。建筑物既是建筑行为的结果,又是物权的客体和房屋租赁行为的对象。明确建筑物的这一法律地位,对认定租赁合同的效力至关重要。

建筑行为虽然违法,但其造成的结果(房屋),不一定违背规划设计。因此,不应当认为,只要建筑行为违法,建筑物就一定违背规划设计。而且,从法理上来说,违法性仅仅是对行为法律性质的评价,用违法性评价行为的结果在理论上是荒谬不经的。违法建筑的房屋本身不具有违法性,它只存在坐落位置、层高等与规划设计的要求是否一致的问题。这种是否一致的判定应当经由行政权力来判定,而不应当由民事审判行为来判定。如果行政行为,尤其是行政处罚行为,对违法建筑行为,在处罚时做出了限期拆除的处罚决定,才能认定建筑物不符合规划设计。如果行政处罚做出了其他处罚,但没有做出限期拆除的处罚,这就意味着建筑物与规划设计并不冲突,无需拆除。如果行政机关没有做出任何行政处罚行为,人民法院更不应越俎代庖,对建筑行为是否合法进行审查,而只应对租赁合同行为是否合法进行审查。对建筑行为是否符合规划法的规定进行审查,这是法律赋予行政机关的职权,民事审判权不应介入,否则就是对行政权力的僭越。除非在行政诉讼中,行政相对人提起行政诉讼,请求人民法院行使行政审判权,对行政行为的合法性进行审查,审判机关不应以违法建筑行为为由,认定出租建筑物的流通行为因违法而无效。而且对行政行为合法性审查标准,与对民事行为合法性审查标准是不同的。部门规章可以成为行政行为合法性审查的依据,但不能成为民事行为合法性审查的依据。如,建设部《城市房屋租赁管理办法》第六条规定,有下列情形之一的房屋不得出租:(五)属于违法建筑的。该规定虽然明确规定违法建筑的房屋不得出租,但是由于其不是法律和行政法规,不能作为认定房屋租赁合同无效的依据。

综上所述,一般情形下,违法建筑行为的认定,并不意味着建筑物与规划设计相背,只有当行政机关进行了

行政处罚,且做出了“限期拆除”的处罚决定时,才可以认定违法建筑的房屋与规划相背。如果法律、行政法规明确规定违背规划的房屋禁止流通,那么,房屋租赁合同标的物,由于是禁止流通物,就会导致以禁止流通物为客体的房屋租赁合同,因违法不具有法律效力。但是目前并没有这样的法律、行政法规规定,而只有部门规章的规定,这些规定不能作为认定房屋租赁合同效力的依据。

三、违法建筑房屋租赁合同效力的认定

解释虽然对审判机关办理此类案件提供了一个统一的规则,但是,这并不意味着这些规则是唯一正确的规则。我们认为,该解释在认定房屋租赁合同效力的条件上,有诸多值得质疑的地方。

(一)解释混淆了建筑行为与租赁行为的界限和区别

建筑行为是房屋开发行为,进行开发过程中,应当遵守包括城乡规划法在内一系列法律和行政法规。如果建设单位或个人在进行房屋开发过程中没有遵守城乡规划法,其行为构成了违反规划法的违法行为。这种违法性不是建筑物本身的违法性,而是从事建筑行为的有关当事人的建筑行为的违法性。至于出租违法建筑物,并没有任何法律、行政法规效力性强制性规定禁止出租违法建筑物。在没有被行政机关做出限期拆除决定的情况下,也说明违法建筑物的租赁合同有效认定,并不危害国家利益和社会公共利益。因此,以城镇房屋租赁行为违反法律、行政法规效力性强制性规定为由,认定租赁合同无效,是把建筑行为的违法性当做租赁合同的违法性,李代桃僵,混淆了二者的区别。

建筑行为除过作为生产行为,是物权原始取得的法律事实外,由于其所具有的公益性,生产行为必须受到公法的规范,以维护公共利益。依现代社会一般观念,建筑物的兴建不仅是私人的事情,而且还直接涉及交通安全、环境保护、耕地保护、文物保护、防洪等社会公共利益。因此行政权力进行干预是完全必要的。如果在房屋建筑过程中没有遵守公法规范,其行为必然具有行政违法性。但是,建筑行为这种公法上的违法性并不必然导致租赁合同民事行为的违法性。如前所述,出租承租违法建筑物的租赁合同行为本身并不为法律强行禁止。因此,不应认为只要建筑行为具有违法性,租赁合同就必然具有违法性。

(二)与已有司法解释对同类问题的处理规则不一致

《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》第四十八条规定“以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的,抵押无效。”这里规定,认定抵押无效,要求违法建筑是“以法定程序确认”的违法建筑。这一具体限定有利于减少无效合同。但是,解释中第二条规定“出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋,与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的,人民法院应当认定有效。”这里把未取得两证进行施工的建筑行为认定为违法行为并没有要求“以法定程序确认”。而直接由审判机关进行司法确认。除非在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的,人民法院才应当认定有效。

两个司法解释,对待同一类问题的不同态度和不同要求,不利司法统一,也不利于维护宪法的权威。宪法对司法权和行政权进行了科学配置,具有最高的法律效力,行政机关和审判机关,应当恪守自己的职责范围,无权僭越。《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》第四十八条的规定,比较好地体现和把握了行政权与审判权的界限。如果把违法建筑的认定条件统一到这一规定的条件上,才能最大限度体现物权法的价值追求和民事法律鼓励交易的价值目标。

(三)混淆了无效民事行为与可撤销民事行为的区别

无处分权人对他人财产进行的处分行为是否有效,有不同的学说。有效说认为,“在解释适用《合同法》第51条时,应当认为无权处分场合的合同仍然有效,在权利人追认或者无权处分人取得处分权时当然发生权利变动的效果;在权利人不予追认或者无权处分人不能取得处分权场合,不发生权利变动的结果,无权处分人要承担违约责任,在处分行为被追认或者被补正前,权利变动的结果是否发生处于未定状态,但合同效力并非待定而是确定有效。”^{〔13〕P157}该学说是建立在物权形式主义的物权变动立法模式上的。无效说认为无权处分合同是自始无效的合同^{〔13〕P76}。建立在对物的归属重于对物的利用保护、静态安全重于动态安全的基础之上,是所有权中心主义的体现,与有效说相比,无效说否定了处分他人财产的效力,也就否定了恶意处分行为,也就解决了法律与道德的一致性问题。

我国立法没有采纳上述观点,而采用了效力待定说。《合同法》第51条规定:“无处分权的人处分他人的财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”可见,合同法的立场是处分人在没有经过权利人授权或者同意的情况下私自处分权利人的财产,与第三人订立合同的,为无权处分。只有在经过追认或者事后获得授权的条件下,合同才为有效合同。

在房屋租赁合同中,承租人的转租行为,应当属于无权处分人的行为。众所周知,出租行为是所有权人行使对租赁物法律上的处分权的行为。该行为为所有权人排他性的所独有,其他人未经所有权人同意或授权,无权实施出租行为。承租人未经作为所有权人的出租人同意,擅自转租,其行为应属于无处分权人的处分行为。按照合同法的规定,其转租行为应当属于效力待定的合同。但,该解释明确规定未经所有人的同意而转租的合同为无效合同。所以完全背离立法的初衷,也与最高审判当局所宣示的“尽量维持合同效力”的本意相去甚远。

此种转租合同无效的认定,虽然与违法建筑的房屋的租赁合同的效力认定,没有必然的直接的联系,但现实中,必然会出现违法建筑房屋的转租问题,因此,转租合同的效力问题,与违法建筑的房屋租赁合同的效力又不无关系,而且,在转租合同效力的认定上,同样能反映出该解释在“尽量维持合同效力”方面的不彻底性。本来可以,而且应当由出租人对承租人转租合同进行追认,使其确定有效,或者通过除斥期间使效力待定的合同效力确定下来。这样才真正体现“尽量维持合同效力”,鼓励市场交易和维护交易秩序

的目的。

参考文献：

- [1]王利明,王轶.动产善意取得制度研究[J].现代法学,1997(5).
- [2]涂学东.推倒违章楼再现武汉关[N].人民日报,1999-9-8(12).
- [3]王泽鉴.民法物权(一)通则·所有权[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [4]谢在全.民法物权论[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [5]定帆.未登记农村房屋的若干问题[DB/OL].武汉洪山区人民法院网,2010-07-02.
- [6]刘武元.房地产交易法律问题研究[M].北京:法律出版社,2002.
- [7]史以贤.违法建筑利用中的若干法律问题[J].法制

与经济(下旬刊),2009(12).

- [8]朱剑红.城市规划的一项重要内容 建设部将重点查处违法建设[N].人民日报,(2)1995-5-31.
- [9]汤树华编著.房地产审判实务与疑难案例评析[M].北京:法律出版社,1992.
- [10]黄建波.鲍相华违法建筑物之产权归属评析[DB/OL].中国法院网,2006-06-30.
- [11]龚来章.最高法院民一庭就《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解释》答记者问[DB/OL].价值中国网,2009-11-28.
- [12]韩世远.无权处分与合同效力[A].王利明主编.民商法理论争议问题—无权处分[C].北京:中国人民大学出版社,2003.
- [13]孙礼海.合同法实用解释[M].北京:工商出版社,1999.

(上接第66页)强农村周边网吧、电子游戏厅、歌舞厅等休闲娱乐场所的整治力度,严格查处和依法取缔宣扬色情、暴力、邪教等不健康内容的网站或场所,消除安全隐患。二是大力净化文化市场,坚决查缴和清理传播不良内容的游戏软件、玩具、图书和音像制品。

2.各类大众传媒应增强社会责任感,营造和谐良好的舆论环境。一是充分发挥舆论监督作用,对不良社会风气、行为做法勇于进行批判并积极引导健康向上的文明风尚;二是积极为未成年人提供有益其身心健康成长的精神文化产品,使其在休闲消遣中增长知识、开阔视野,并提高理性思考、辨别是非的能力。

3.充分发挥社会教育资源的作用,营造丰富多彩的课外环境。一是各级政府相关部门和村委应重视农村共青团建设,共同加大经费投入,并以共青团为基点,与妇联、教育部门形成合力,对在校、离校未成年人的思想道德建设产生系统、有力、有益的辐射作用。二是社会教育资源应特别关注农村单亲、离异、变故、特困家庭、外出打工家庭的未成年人和失足未成年人的成长状况,可通过设立帮扶中心、协助课外教育管理以及定期开展丰富多彩的活动,来帮助他们

健康成长。三是重视和充分发挥“青年志愿者”(包括回乡大学生)、“研究生支教团”、“三下乡”大学生的作用。一方面要提倡和支持志愿者下乡支教活动,充实和改善农村师资力量,为学校教育注入更充沛、更清新的活力;另一方面要继续大力开展大学生“三下乡”活动。广东省开展大学生“三下乡”活动以来,已经取得了较大成绩,产生了良好的社会效益,特别对推动农村未成年人思想道德建设工作做出了重要贡献。他们或者就自己调研的情况为当地农村未成年人的生存与发展问题寻求社会援助,或者深入未成年人群体,有针对性地进行教学和辅导,其别开生面、生动活泼的风格和形式、广博新颖的思想内容广受欢迎,而他们所展现的当代大学生风采,也在农村未成年人中形成了良好的榜样激励力量。他们构成了农村未成年人社会教育资源中最活跃的力量,建议今后应更加重视和发挥这一队伍的能量辐射作用。

参考文献：

- [1]马克思恩格斯选集(第四卷)[M].北京:人民出版社,1995.
- [2]马克思恩格斯选集(第一卷)[M].北京:人民出版社,1995.