抵押权与租赁权的顺位冲突

买卖不破租赁的适用与执行中的处理

赵跃

（安徽国运律师事务所，安徽 合肥 230000）

摘要：同一处房屋之上，既可能设定抵押权，又可能存在租赁关系。抵押权实现时，租赁关系能否继续，直接影响买受人的取得与承租人的居住，是执行实务中最常见也最难处理的冲突之一。民法典第四百零五条规定，抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响；第七百二十五条规定，租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。两条规定，一为抵押不破租赁，一为买卖不破租赁，共同构成了处理冲突的规范基础。但条文简略，实务中的分歧极大。其一，适用条件不清，租赁须在抵押之前成立并转移占有，何为转移占有、如何证明、占有与登记何者优先，缺乏统一标准；其二，冲突形态不清，先租后押、先押后租、抵押与租赁同时存在、租赁的部分期间跨越抵押，各种形态的处理规则不同，实务中往往不加区分；其三，执行处理不清，拍卖公告是否须载明租赁、带租拍卖与除去租赁的界限何在、承租人是否有优先购买权，规则零散；其四，虚假租赁的识别缺乏手段，当事人倒签合同、伪造占有、虚构租金，以租赁对抗执行的现象突出，法院的审查往往流于形式。本文主张：抵押不破租赁的适用，应当以租赁成立于抵押之前且承租人已实际占有为双重要件，占有应当结合水电费、物业费、居住痕迹等间接证据综合认定；冲突的处理，应当按先租后押、先押后租、期间交错三种形态分别构造规则；执行中应当坚持带租拍卖为原则、除去租赁为例外，除去租赁须经法定程序并给予承租人救济；虚假租赁的识别，应当建立形式审查与实质审查相结合的机制，并以举证责任的分配与妨碍执行的制裁作为震慑。

关键词：抵押权；租赁权；买卖不破租赁；执行；虚假租赁

中图分类号：D923.2　**文献标识码：**A　**文稿编号：**WJLT(2025)06-0026-12

Priority Conflicts between Mortgages and Leases

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: A single house may be subject both to a mortgage and to a lease. When the mortgage is realised, whether the lease survives directly affects the purchaser's acquisition and the tenant's residence, making this one of the most common and most difficult conflicts in enforcement practice. Article 405 of the Civil Code provides that where the mortgaged property was already leased and the possession transferred before the mortgage was created, the lease is unaffected by the mortgage; article 725 provides that a change of ownership during the tenant's possession does not affect the validity of the lease. Together they form the normative basis for resolving the conflict, yet the provisions are brief and practice is deeply divided. First, the conditions of application are unclear: what counts as transfer of possession, how it is proved, and whether possession or registration prevails. Second, the forms of conflict are not distinguished: lease before mortgage, mortgage before lease, simultaneous existence, and leases spanning the mortgage each require different treatment. Third, enforcement treatment is unclear: whether the auction notice must disclose the lease, where the line falls between auction with lease and removal of the lease, and whether the tenant has a right of first refusal. Fourth, there are few means of detecting sham leases, and backdated contracts, fabricated possession and fictitious rents are common. This article argues that article 405 requires both that the lease predate the mortgage and that the tenant actually be in possession, possession being proved by indirect evidence such as utility bills, property fees and traces of residence; that the three forms of conflict should be regulated separately; that enforcement should proceed by auction with lease as the rule and removal as the exception, removal requiring statutory procedure and remedies for the tenant; and that detection of sham leases should combine formal and substantive review, backed by allocation of the burden of proof and sanctions for obstruction.

Key words: mortgage; lease; lease surviving transfer; enforcement; sham lease

说明：（本文为作者个人研究观点，不代表所在单位意见）

作者简介：赵跃，安徽国运律师事务所执业律师，主要研究民事诉讼与执行裁决。

一、问题的提出

房屋的价值，在于可以使用。同一处房屋，既可能被业主抵押给银行获取贷款，又可能被出租给他人居住或者经营。抵押与租赁，一个指向交换价值，一个指向使用价值，本可以并存。但当抵押权实现、房屋被拍卖时，两者便发生冲突：买受人希望取得无负担的房屋，承租人希望继续履行租约，法律必须在两者之间作出选择。

民法典提供了两条规则。第四百零五条规定，抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。这是抵押不破租赁的规则。第七百二十五条规定，租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。这是买卖不破租赁的规则。两条规则，共同构成了处理冲突的规范基础。

规则的表述是清晰的：先租后押的，租赁可以对抗抵押；先押后租的，租赁不能对抗抵押。但适用中的问题，远比条文复杂。何为转移占有，是交钥匙、搬入居住，还是办理备案；占有如何证明，是租赁合同、租金收据，还是水电费单据；占有与登记何者优先，若承租人已占有但未备案，抵押权人已登记但不知租赁，何者受保护。

冲突的形态，也远比想象的复杂。除了典型的先租后押与先押后租，还有租赁的部分期间跨越抵押、抵押后租赁又转租、抵押人与承租人串通倒签合同、承租人占有但租赁合同无效等情形。不同形态，处理规则不同，实务中往往不加区分，一概适用第四百零五条，导致结论失当。

执行程序中的处理，更为棘手。法院拍卖抵押房屋时，是否应当在拍卖公告中载明租赁；带租拍卖与除去租赁的界限何在；除去租赁是否需要另行作出裁定，承租人如何救济；承租人是否享有优先购买权。这些问题，法律与司法解释的规定零散，各地法院的做法不一。

虚假租赁，是执行实践中的顽疾。被执行人为对抗执行，与亲友串通，倒签租赁合同、伪造租金收据、虚构占有事实，以长期租赁或者一次性收取多年租金的方式，使房屋无人应买。法院的审查，往往流于形式，仅凭合同与收据即认定租赁成立，使虚假租赁得逞。

本文的任务，即在第四百零五条与第七百二十五条的基础上，为上述问题提供一套解释方案。文章先讨论买卖不破租赁的规范基础与适用条件，再分析冲突的形态，继而构造顺位判断的规则，然后讨论执行中的处理，最后处理虚假租赁的识别。方法上，以教义学解释为主，辅以实践考察与类型化分析。

二、买卖不破租赁的规范基础与适用条件

买卖不破租赁，是租赁权物权化的产物。在罗马法上，租赁是纯粹的债权，买卖之后，租赁随之消灭，承租人只能向出租人主张违约。近代以来，随着社会政策的变化，立法者逐渐认识到，租赁关系到承租人的居住利益，若因所有权变动而终止，将使承租人流

离失所。于是，各国纷纷确立买卖不破租赁的规则，使租赁权取得对抗第三人的效力。

租赁权的物权化，是二十世纪以来各国民法的重要趋势。其表现有三：其一，租赁权的对抗力增强，买卖不破租赁成为通例；其二，租赁权的存续期间延长，许多国家规定了最长与最短期限；其三，租赁权的处分性增强，承租人可以在一定条件下转租或者转让。三项变化，使租赁从纯粹的债权，演变为具有部分物权效力的权利。

我国法上的租赁权，尚未达到物权的程度。民法典未将租赁权规定为用益物权，仍将其置于合同编；其对抗力，仅限于买卖不破租赁与抵押不破租赁两种情形；其处分性，须经出租人同意。这一立法选择，反映了对交易安全的侧重：若租赁权过于强化，将使房屋的流转受阻，抵押权难以实现。

从社会政策的角度看，租赁权的保护，关系到居住权与生存权。住房是基本的生活需求，承租人往往处于经济上的弱势。若因所有权变动而随时被逐出，将使承租人及其家庭陷入困境。买卖不破租赁的规则，正是对这一困境的法律回应。但保护不能过度，否则将损害出租人的处分自由与抵押权人的担保利益。平衡点的寻找，是立法的永恒课题。

从经济分析的角度看，买卖不破租赁的规则，实质上是将租赁的风险由承租人转移给买受人。买受人在购买房屋时，应当查阅占有状况，若房屋已由他人占有，其应当预见租赁的存在，并在价格上作出相应的调整。这一风险的分配，符合效率的要求：谁更容易知悉风险，谁承担风险。

我国的规则，经历了从合同法到民法典的演变。合同法第二百二十九条规定，租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。民法典第七百二十五条沿袭该条，仅将租赁期间改为承租人按照租赁合同占有期限内，强调了占有的要素。这一修改，意义重大：它明确了买卖不破租赁的适用，以承租人占有为前提。

租赁合同的有效，是适用的首要条件。合同无效的情形，包括主体不适格、标的违法、意思表示不真实、违反公序良俗等。例如，出租人无权处分他人房屋而订立的租赁合同，若未取得权利人追认，合同无效，承租人的占有不能对抗买受人。但承租人善意的，可以请求出租人赔偿损失。

合同被解除的情形，也须讨论。租赁合同因承租人欠租而被解除的，承租人丧失占有的基础，不能主张买卖不破租赁；但承租人已实际占有且出租人未依法解除的，合同仍然有效，承租人可以对抗买受人。解除的通知是否到达，是判断的关键。

租赁期限的影响，也须考虑。超过二十年的部分无效，但二十年内的部分仍然有效。抵押权实现时，承租人只能在有效期限内主张对抗；超出部分，不受保护。这一规则，与民法典关于租赁期限的规定一致。

口头租赁的情形，也须处理。租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式；未采用书面形式的，视为不定期租赁。不定期租赁，双方均可随时解除，但其对抗力如何，实务中有争议。本文认为，不定期租赁同样可以适用买卖不破租赁，但买受人可以依法律的规定

随时解除，承租人的保护较弱。

适用条件，包括三项。第一项是租赁合同有效。租赁合同无效、被撤销或者被解除的，不发生买卖不破租赁的问题。第二项是承租人占有租赁物。占有是公示的方式，使第三人得以知悉租赁的存在。未占有的，租赁仅在当事人之间有效，不得对抗买受人。第三项是所有权发生变动。变动的原因，包括买卖、赠与、互易、强制执行、拍卖等；继承是否包括在内，学理上有争议，本文认为应当包括，因为继承同样导致所有权的变动。

占有的认定，是实务中的关键。占有包括直接占有与间接占有。承租人自己居住的，为直接占有；承租人将房屋转租他人，自己收取租金的，为间接占有。两种占有，均足以公示租赁的存在，故均可适用买卖不破租赁。但承租人仅订立合同而未实际占有的，不得适用。

占有的证明，须综合间接证据。租赁合同与租金收据，是最常见的证据，但易于伪造，不能单独采信。水电费、燃气费、物业费的缴纳记录，是较为可靠的证据，因为其与实际的居住相关。社区的出入记录、邻居的证言、快递的收件地址，也可以作为辅助证据。法院应当综合审查，形成内心确信。

占有的时点，决定适用的结果。先租后押的，承租人的占有在抵押之前，租赁可以对抗抵押；先押后租的，承租人的占有在抵押之后，租赁不能对抗抵押。时点的判断，以客观事实为准，不以合同的签订时间为准。合同倒签的，即便文本显示在先，若占有在后，仍不能对抗抵押。

买卖不破租赁的法律效果，是租赁合同对买受人继续有效。买受人取得所有权后，取代原出租人的地位，享有收取租金的权利，承担维修房屋的义务。承租人可以向买受人主张租赁权，也可以向买受人支付租金；向原出租人支付租金的，若原出租人未告知买受人，买受人可以请求承租人再次支付，但承租人可以请求原出租人返还。

买卖不破租赁的例外，也须明确。其一，房屋在出租前已设立抵押，因抵押权实现而拍卖的，租赁不能对抗买受人。其二，房屋在出租前已被查封的，租赁不能对抗申请执行人。其三，租赁合同订立时，承租人知道或者应当知道房屋已被抵押或者查封的，不得对抗。三项例外，体现了对交易安全与执行秩序的保护。

三、冲突的形态

抵押权与租赁权的冲突，可以按时间顺序分为三种形态：先租后押、先押后租、期间交错。三种形态，处理规则不同，须分别讨论。

先租后押，是指租赁关系成立并转移占有之后，出租人又将房屋抵押。此时，租赁在先，抵押在后。依第四百零五条，租赁可以对抗抵押权，抵押权实现时，租赁关系不受影响，买受人须承受租赁负担。这一规则的理由是：抵押权人接受抵押时，应当查阅房屋的占有状况，若房屋已由他人占有，其应当知道租赁的存在，不能主张善意。

抵押人的告知义务，也须强调。抵押人将已抵押的房屋出租的，应当书面告知承租人房屋已抵押的事实。未告知的，承租人不知道也不应当知道房屋已抵押的，抵押权的实现不得对抗承租人。这一规则，民法典第四百零六条有明确规定，其立法目的在于保护承租人的信赖。

告知的形式，应当采书面。口头的告知，难以证明，容易引发争议。书面告知的内容，应当包括抵押的设立、抵押权人的名称、抵押的金额、实现的条件。承租人签收后，视为知悉；拒绝签收的，抵押人可以公证送达。

未告知的后果，是租赁可以对抗抵押权。此时，即便租赁成立于抵押之后，承租人仍可以继续占有使用，买受人须承受租赁负担。这一规则，看似对抵押权人不利，实则合理：抵押权人可以通过查询占有状况、要求抵押人告知等方式防范风险，而承租人无从知悉抵押的存在。

先押后租，是指抵押权设立之后，抵押人将房屋出租。此时，抵押在先，租赁在后。依第四百零五条的反面解释，租赁不能对抗抵押权，抵押权实现时，租赁关系终止，买受人取得无租赁负担的房屋。这一规则的理由是：抵押权人设立抵押时，房屋由抵押人占有，其无从知悉将来的租赁，若允许租赁对抗抵押，将使抵押权落空。

期间交错，是指租赁的期间跨越抵押的设立时点。例如，租赁合同订立于抵押之前，但承租人实际占有在抵押之后；或者租赁合同订立于抵押之后，但租金已一次性支付多年。此时，应当以占有的时点为准：占有在抵押之前的，租赁可以对抗；占有在抵押之后的，租赁不能对抗。租金的支付，不影响占有的判断。

抵押与租赁同时存在，是指抵押与租赁在同一日设立。此时，应当以具体的时点为准：先设立抵押后出租的，租赁不能对抗；先出租后设立抵押的，租赁可以对抗。时点无法确定的，推定抵押在先，因为抵押须登记，登记的时间可以查证；租赁无须登记，时间难以查证。这一推定，符合举证责任的分配。

转租的情形，也须讨论。承租人经出租人同意转租的，次承租人的占有，视为承租人的占有，可以适用买卖不破租赁。承租人未经同意转租的，次承租人的占有，不能对抗抵押权人；但次承租人善意的，可以请求承租人赔偿损失。这一规则，平衡了抵押权人与次承租人的利益。

部分租赁的情形，也须考虑。房屋的一部分出租，另一部分由抵押人自用。抵押权实现时，仅出租部分的租赁可以对抗，自用部分不受影响。拍卖时，应当分别评估两部分的价值，避免整体拍卖导致承租人的权益受损。

还有一种特殊形态，是抵押人将已抵押的房屋出租，但租赁期限超过抵押期限。此时，租赁在抵押期限内有效，抵押期限届满后，抵押权人实现抵押权的，租赁终止。这一规则，体现了抵押权的优先性。

四、顺位判断的规则

顺位判断的核心，是时间先后。但时间的判断，不能仅凭合同的签订时间，而应当结合公示的方式。抵押权的公示是登记，租赁的公示是占有。两者相较，登记的公示力强于占有，因为登记由国家机关作出，具有公信力；占有的事实状态，难以为第三人所知悉。

由此产生一个问题：抵押权人已登记，承租人已占有，但抵押权人不知租赁的存在，何者优先。本文主张，应当保护抵押权人。理由有三：其一，抵押权人查阅登记簿，只能看到抵押的设立，看不到租赁的存在，其无从知悉；其二，承租人可以通过备案、公证等方式公示租赁，未公示的，应当承担不利后果；其三，若一概保护承租人，将使抵押权人防不胜防，抑制抵押融资。

这一主张，与第四百零五条的表述存在紧张。该条只要求租赁在先并转移占有，未要求备案。但解释上，可以将备案作为占有的补强：已备案的，推定抵押权人知悉；未备案的，抵押权人可以主张善意。这一解释，既尊重了条文，又兼顾了实践。

顺位判断的另一规则，是登记优先。若租赁办理了备案登记，抵押权办理了抵押登记，两者均公示的，依登记的先后确定顺位。这一规则，与不动产登记的顺位规则一致，便于操作。

顺位判断中的善意，须有具体的标准。抵押权人设立抵押时，是否查阅了房屋的占有状况，是否询问了抵押人，是否进行了实地查看，均是判断善意的因素。仅查阅登记簿而未查看现场的，难以认定善意，因为登记簿不记载租赁。这一标准，对抵押权人提出了较高的要求，但符合交易的实际。

善意的举证责任，由抵押权人承担。抵押权人主张善意的，应当证明其已尽到合理的审查义务；承租人主张抵押权人非善意的，应当提供相反的证据，例如抵押权人曾实地查看、曾与承租人接触。双方的举证，形成对抗，法院据此判断。

善意的时间点，以设立抵押时为准。设立后知悉租赁的，不影响善意的成立；但知悉后仍接受抵押的，视为放弃善意。这一规则，与善意取得的时间要求一致。

顺位判断的例外，是善意取得。抵押权人善意相信房屋无租赁而设立抵押的，可以善意取得抵押权，租赁不能对抗。善意的判断，以设立抵押时为准；设立后知悉租赁的，不影响善意的成立。

顺位判断的后果，是拍卖时的处理。租赁在先的，带租拍卖，买受人承受租赁；租赁在后的，除去租赁，买受人取得无负担的房屋。两种处理，直接影响拍卖的成交价格：带租拍卖的价格较低，除去租赁的价格较高。法院应当在拍卖公告中载明，使竞买人知悉。

顺位判断的举证责任，由主张租赁可以对抗的一方承担。承租人主张先租后押的，应当证明租赁合同的真实性、占有的时点、租金的支付；抵押权人主张先押后租的，应当证明抵押登记的时点。双方的举证，均须达到高度盖然性的标准。

五、执行程序中的处理

执行程序中的处理，分为三步：审查、公告、拍卖。三步之中，审查是关键，公告是保障，拍卖是结果。

带租拍卖的成交价格，通常低于除去租赁的价格，差额即为租赁负担的价值。这一差额，直接影响抵押权人的受偿。因此，抵押权人往往主张除去租赁，承租人往往主张带租拍卖，双方的利益对立鲜明。法院的立场，应当是中立的：以事实为依据，以法律为准绳，既不偏袒抵押权人，也不迁就承租人。

租赁与居住权的并存，也须处理。房屋既设定居住权，又出租他人的，居住权优先于租赁权，因为居住权是物权，租赁权是债权。抵押权实现时，居住权与租赁权的处理不同：居住权不因抵押而消灭，租赁权则视顺位而定。这一区分，是物权优先于债权的基本原理。

租赁与查封的关系，也须厘清。房屋被查封后，被执行人又将房屋出租的，租赁不能对抗申请执行人。查封属于公法上的处分限制，被执行人在查封后无权处分房屋的使用，故其订立的租赁合同不能对抗执行。承租人不知情的，可以向被执行人主张违约赔偿。

轮候查封期间的租赁，同样不能对抗在先的查封债权人。轮候查封虽未生效，但其登记具有公示效力，被执行人在此期间出租房屋的，属于规避执行，租赁不能对抗。这一规则，防止被执行人通过出租对抗执行。

租赁合同的备案，其法律性质值得讨论。备案不是租赁的生效要件，而是行政管理的手段。未备案的租赁，在当事人之间仍然有效，只是不能对抗善意第三人。这一性质，决定了备案的效力有限，不能替代占有作为公示的方式。

实务中，有的法院以租赁未备案为由，一概否定其对抗力，这是错误的。备案是管理要求，不是效力要件；租赁的对抗力，取决于占有，而非备案。当然，已备案的租赁，其真实性的证明力较强，可以作为认定的事实依据。

租赁纠纷与执行异议之诉的关系，也须明确。承租人对除去租赁的裁定不服的，可以提起执行异议之诉，请求确认租赁关系存在并可以对抗执行。诉讼中，承租人为原告，申请执行人为被告，被执行人为第三人。举证责任由承租人承担，其须证明租赁真实、占有在先。

执行异议之诉的审理，应当实质审查，不能仅作形式审查。法院应当审查租赁合同、占有事实、租金支付，并结合拍卖的背景、当事人的关系，判断租赁的真实性。仅凭合同与收据认定租赁成立的，属于认定事实不清，二审应当纠正。

审查的内容，包括租赁的真实性、时点与占有。审查的方法，包括书面审查与实地调查。书面审查，核对租赁合同、租金收据、水电费单据、备案证明；实地调查，查看房屋的实际占有状况、居住痕迹、经营情况。两者结合，才能形成完整的判断。

租赁遇上抵押与查封时，究竟谁让路、买受人能否要求腾退，实务中已有较为具体的

梳理，可参见买卖不破租赁遇上限高查封，租赁和抵押谁让路一文所作的归纳。该文所列的处理路径，与本文的类型化规则可以互相印证。

审查的时点，应当在拍卖之前。法院应当依职权审查，也可以依申请执行人或者竞买人的申请审查。审查的结论，应当告知当事人与承租人，并给予其陈述与申辩的机会。承租人对结论有异议的，可以提出执行异议。

拍卖公告的记载，是保障竞买人知情权的关键。公告应当载明：房屋是否存在租赁、租赁的期限、租金的数额、承租人是否放弃优先购买权、拍卖后租赁是否继续。未载明的，竞买人可以请求撤销拍卖；已载明而竞买人仍参与的，视为接受。

带租拍卖，是原则。租赁在先且真实的，应当带租拍卖。带租拍卖的，买受人取得房屋后，须继续履行租赁合同，不得以所有权变动为由要求承租人搬离。承租人的租金，向买受人支付；买受人可以请求承租人按原合同履行。

执行审查中的听证程序，值得推广。对于租赁真实性存在争议的案件，法院可以组织听证，通知申请执行人、被执行人、承租人参加，各自陈述并提交证据。听证的过程，应当记录在卷；听证的结论，作为裁定的依据。听证程序的引入，提高了审查的透明度，减少了暗箱操作的空间。

执行审查的期限，也须限定。审查应当在拍卖前完成，不得久拖不决。一般案件，应当在三十日内完成；复杂案件，可以延长，但不得超过六十日。逾期未完成的，应当先行拍卖，保留租赁争议的处理，避免因审查拖延而损害债权人的利益。

拍卖公告的送达，也须规范。公告应当在拍卖平台、房屋所在地、法院公告栏同时发布，并通过短信、邮寄等方式通知已知的利害关系人。未通知的，承租人、抵押权人可以主张程序违法，请求撤销拍卖。

除去租赁，是例外。租赁在后或者虚假的，应当除去租赁后拍卖。除去租赁，须作出裁定，说明理由，并送达承租人。承租人对裁定不服的，可以提出执行异议；异议被驳回的，可以提起执行异议之诉。这一程序，保障了承租人的救济权。

除去租赁的效力，是租赁关系终止。承租人应当腾退房屋，出租人应当返还剩余租金与押金。承租人因腾退遭受的损失，可以向出租人主张违约赔偿。出租人无力赔偿的，承租人只能自行承担，这是租赁的风险。

承租人的优先购买权，也须讨论。民法典第七百二十六条规定，出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。强制执行中的拍卖，是否适用该条，学理上有争议。本文认为，应当适用，但须作调整：法院应当在拍卖前通知承租人，承租人可以参与竞买，并在同等条件下优先。

优先购买权的行使，须在拍卖程序中。承租人应当在拍卖前向法院申报，法院应当在拍卖公告中载明。承租人未申报的，视为放弃；申报后未参与竞买的，亦视为放弃。这一规则，兼顾了承租人的权利与拍卖的效率。

拍卖成交后的交付，也须处理。带租拍卖的，法院不负责腾退，由买受人与承租人自行协商；除去租赁的，法院应当负责腾退，必要时可以采取强制措施。腾退的费用，由被执行人承担；被执行人无力承担的，可以从拍卖款中扣除。

六、虚假租赁的识别

虚假租赁，是执行实践中的顽疾。其表现形式多样：倒签合同，将租赁时间提前到抵押或者查封之前；伪造收据，虚构一次性收取多年租金的事实；虚构占有，临时搬入家具、悬挂招牌；串通证人，提供虚假证言。目的只有一个：使房屋无人应买，迫使债权人接受低价。

识别的难点，在于证据的形式完备而实质虚假。合同有双方签字，收据有收款人签名，水电费有缴纳记录，形式上无可挑剔。若仅作形式审查，必然上当。因此，必须建立形式审查与实质审查相结合的机制。

虚假租赁的典型样态，可以归纳为五类。第一类是倒签合同，将租赁时间提前至抵押或者查封之前。第二类是一次性收租，虚构一次性收取十年、二十年租金的事实，使买受人顾虑重重。第三类是假占有，临时搬入家具、悬挂招牌，制造占有的假象。第四类是假证人，串通亲友、邻居提供虚假证言。第五类是假诉讼，通过虚假的租赁纠纷诉讼取得生效判决，再以判决对抗执行。

五类样态，对应五种识别方法。对倒签合同，核查纸张、墨迹、印章的形成时间，必要时进行鉴定。对一次性收租，核查资金的来源与流向，要求提供银行流水。对假占有，实地查看生活痕迹，询问邻居与物业。对假证人，隔离询问，比对细节，查找矛盾。对假诉讼，审查诉讼的真实性，必要时启动再审。

鉴定的运用，须审慎。文书形成时间的鉴定，技术上有难度，结论往往不确定，且费用较高。本文主张，只有在其他证据不足以判断时，才启动鉴定；鉴定结论应当结合其他证据综合判断，不能单独作为定案的依据。

形式审查，重点审查五项。其一，合同的签订时间与纸张、墨迹是否吻合。其二，租金的约定是否符合市场行情，是否明显偏低或者偏高。其三，租金的支付方式是否合理，一次性支付多年租金是否符合交易习惯。其四，合同条款是否完备，是否有违约、维修、转租等常见条款。其五，双方的关系是否密切，是否为亲友、关联企业。

实质审查，重点审查三项。其一，占有是否真实，实地查看房屋的居住痕迹、家具的摆放、生活的气息。其二，租金是否实际支付，核查银行流水、转账记录、收款人的账户。其三，租赁是否实际履行，核查水电费的实际使用量、物业费的缴纳主体。三项之中，占有最为关键。

举证责任的分配，是识别的关键。承租人主张租赁真实并可以对抗执行的，应当举证证明：合同真实、占有真实、租金真实。三项均须达到高度盖然性。举证不足的，应当认

定租赁不能对抗执行。这一分配，符合谁主张谁举证的原则，也符合执行的效率要求。

妨碍执行的制裁，是震慑的手段。当事人伪造证据、虚假陈述的，可以依照民事诉讼法的规定罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。虚假诉讼罪、拒不执行判决裁定罪，均可适用。制裁的到位，才能遏制虚假租赁的蔓延。

信用惩戒，也可以运用。虚假租赁的当事人，可以纳入失信名单，限制高消费，限制出境。这一手段，虽不直接解决民事争议，却能形成社会压力，促使当事人放弃虚假主张。

七、裁判规则

综合上述分析，可以提炼出若干裁判规则，供实务参考。

规则一，买卖不破租赁的适用，以租赁合同有效、承租人占有、所有权变动三项为要件。未占有的，不得对抗买受人。

规则二，抵押不破租赁的适用，以租赁成立于抵押之前且承租人已实际占有为双重要件。占有的认定，应当结合水电费、物业费、居住痕迹等间接证据综合判断。

规则三，先租后押的，租赁可以对抗抵押权，带租拍卖；先押后租的，租赁不能对抗抵押权，除去租赁后拍卖。

规则四，租赁与抵押的顺位，以公示的先后为准；租赁已备案的，推定抵押权人知悉；未备案的，抵押权人可以主张善意。

规则五，执行中应当坚持带租拍卖为原则、除去租赁为例外。除去租赁须作出裁定并送达承租人，承租人有权提出异议与提起诉讼。

规则六，承租人在强制执行中享有优先购买权，但须在拍卖前申报，未申报的视为放弃。

规则七，虚假租赁的认定，应当结合形式审查与实质审查；承租人举证不足的，认定租赁不能对抗执行；伪造证据的，依法制裁。

八、立法完善

从立法论上看，现行规定尚有三处可以完善。其一，明确占有的认定标准与证明方法，避免实践中的争议。其二，建立租赁备案与抵押登记的衔接机制，使抵押权人得以知悉租赁的存在。其三，细化执行中除去租赁的程序与救济，保障承租人的程序权利。

从比较法上看，各国对租赁登记的态度不同。有的国家采租赁登记主义，租赁须登记方可对抗第三人；有的国家采占有主义，承租人占有即可对抗；有的国家采折中主义，登记与占有均可，但效力不同。我国的做法接近占有主义，但实践中占有的证明困难，效果不佳。引入租赁登记，或许是改进的方向。

租赁登记的制度设计，可以考虑三点。其一，登记的自愿性，由当事人自主选择是否

登记，不强制。其二，登记的效力，已登记的推定第三人知悉，未登记的不得对抗善意第三人。其三，登记的便利，可以在不动产登记机构一并办理，减少当事人的负担。三点设计，兼顾了效率与安全。

从审判管理的角度看，类案的统一需要三项措施。其一，建立租赁纠纷的案例库，收录典型判例，供法官参考。其二，制定审理指南，明确占有的认定、顺位的判断、虚假租赁的识别等要点。其三，加强业务培训，提高法官对租赁纠纷的专业能力。

制度配套方面，须建立三项机制。第一项是信息共享机制，将租赁备案信息与不动产登记信息互联，供抵押权人查询。第二项是实地调查机制，执行法院应当对拟拍卖的房屋进行实地查看，核实占有状况。第三项是惩戒机制，将虚假租赁纳入社会信用体系，提高违法成本。

从更宏观的视角看，抵押权与租赁权的冲突，折射出交换价值与使用价值的紧张。抵押权追求的是变价的便利与价格的最大化，租赁权追求的是使用的稳定与居住的安宁。法律的任务，不是牺牲一方保全另一方，而是在两者之间划定边界，使交易的安全与居住的保障各得其所。

九、结语

一套房子，可能是银行的一笔贷款，也可能是一个家庭的栖身之所。当两者冲突时，法律的回答不能只是抽象的价值排序，而应当是具体的规则设计：何时租赁可以对抗，何时不能；如何证明占有，如何识别虚假；拍卖时如何公告，除去时如何救济。

本文的基本主张是：抵押不破租赁的适用，以租赁在先且实际占有为双重要件；冲突的处理，应当按先租后押、先押后租、期间交错三种形态分别构造；执行中应当坚持带租拍卖为原则、除去租赁为例外；虚假租赁的识别，应当形式与实质并重，并以举证责任与制裁为后盾。这些主张，未必周全，但至少提供了一个可以讨论的框架。

实务中，还有一个细节值得注意：租赁保证金的处理。承租人支付保证金后，出租人将房屋抵押，抵押权实现时，保证金是否随租赁一并转移。本文认为，应当随租赁转移，买受人取得房屋后，承担返还保证金的义务；但买受人可以在拍卖款中优先扣除，避免重复承担。

承租人装修物的处理，也须明确。承租人经出租人同意装修的，租赁终止时，装修物的归属与补偿，依约定处理；未约定的，可以折价补偿。抵押权实现导致租赁终止的，承租人可以向出租人主张装修物的损失，但不得对抗买受人。

最后须强调，抵押权与租赁权的冲突，根源在于公示制度的不完善。抵押权有登记，租赁无登记，两者的信息不对称，导致冲突频发。解决的出路，不在于强化一方的权利，而在于完善公示：让抵押权人知悉租赁，让承租人知悉抵押，让买受人知悉负担。信息对称，冲突自然减少。

需要补充的是，租赁权的保护与抵押权人的风险控制，并非零和博弈。抵押权人完全可以在设立抵押时，通过实地查看、要求抵押人承诺无租赁、在合同中约定违约责任等方式，降低风险；承租人也完全可以通过办理备案、保存缴费凭证等方式，强化自己的地位。风险的控制，不只依赖法律的事后分配，更依赖当事人的事前安排。

法院在审理此类案件时，应当避免两种倾向。一种倾向是过度保护抵押权人，凡是租赁一律否定，使承租人的居住利益落空；另一种倾向是过度保护承租人，凡是占有即认定对抗，使抵押权形同虚设。两种倾向，都偏离了立法的本意。正确的立场，是在个案中权衡各方利益，作出符合实质公平的判断。

规则清晰，程序正当，救济有效，房屋的交换价值与使用价值才能各安其位，抵押权人与承租人才不致两败俱伤。

参考文献

[1] ［1］《中华人民共和国民法典》第四百零五条、第七百二十五条。
[2] ［2］《中华人民共和国民法典》第七百二十六条、第七百二十八条。
[3] ［3］高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版。
[4] ［4］王利明：《物权法研究》（下卷），中国人民大学出版社2016年版。
[5] ［5］崔建远：《合同法》（第六版），北京大学出版社2016年版。
[6] ［6］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》，2021年。
[7] ［7］最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版。