

论抵押权的预告登记

程啸*

摘要 预告登记的适用范围很广,不仅可适用于转让房屋所有权或建设用地使用权的协议,也能适用于旨在设立、变更或者消灭不动产物权的协议。当事人设立不动产抵押权时,当然可以进行预告登记。而抵押权预告登记的类型既包括房屋、建设用地使用权抵押的预告登记,也包括预购商品房抵押权预告登记。商品房的预售及以预购商品房设立抵押时适用预告登记在我国法上并无障碍,不能简单地依据德国法的规定对之加以否定。至于在建建筑物抵押权的登记,其性质上属于本登记,而非预告登记。抵押权预告登记具有限制处分的效力,但不能限制抵押人再次抵押该不动产。抵押权预告登记也不能对抗法院的查封、预查封以及拍卖、变卖等强制执行措施。抵押权预告登记的顺位效力应当得到承认,即在抵押权预告登记转为抵押权登记时取得原先的顺位。抵押权预告登记的权利人原则上没有优先受偿权,但预购商品房抵押权预告登记的权利人是例外,其在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时,有权就抵押财产变价并优先受偿。

关键词 抵押权 预告登记 预购商品房抵押 在建建筑物抵押 优先受偿效力

引言

预告登记(Vormerkung),是不动产物权变动中的债权人为确保能够实现自己所期望的不动产物权变动,在与债务人约定后,向不动产登记机构申请办理的一类不动产登记。通过此种登记,债权人以实现不动产物权变动为内容的请求权的效力被增强。预告登记制度首创于德

* 清华大学法学院教授。感谢最高人民法院民一庭姜强法官、上海申浩律师事务所杨松林律师对本文初稿提出的宝贵意见! 本文是北京市法学会2016年市级法学研究课题《北京市实施不动产统一登记的问题及对策研究》(立项号:BLS[2016]B003)的阶段性成果。

国法。^{〔1〕}《德国民法典》第 883 条至第 888 条对预告登记制度作出了详细的规定。因预告登记制度具有独特的实用价值,故瑞士、奥地利、日本、韩国等国及我国台湾地区相继规定了预告登记制度,如《瑞士民法典》第 959 条、第 960 条,《奥地利普通民法典》第 438 条、第 439 条,《日本不动产登记法》第 2 条以及我国台湾地区“土地法”第 79—1 条等。

在我国起草《物权法》的过程中,不少学者主张建立预告登记制度。因为该制度具有以下实益:权利人所期待的未来发生的物权变动对于自己具有极为重要的意义,非要发生这种变动不可,而法律也认可这种变动对于权利人的意义,并予以保障。从我国社会经济生活来看,常有撕毁合同的行为发生。撕毁合同的一方往往是经济上的强者,相对人却常是弱者。考虑到市场经济的发展和人民生活的需要,以及预告登记制度符合法律保护弱者的价值取向,应当建立该制度。^{〔2〕}梁慧星、孙宪忠等教授负责起草的《中华人民共和国物权法草案学者建议稿》首次对预告登记的客体、效力、预告登记中义务人的抗辩权以及预告登记的涂销做出了详细的规定(第 35 条至第 37 条)。^{〔3〕}但也有一些学者反对建立预告登记制度,他们认为,我国《城市房地产管理法》已经确立了预售商品房合同备案登记制度,没有必要再规定预告登记。^{〔4〕}《物权法》的起草者认为:预告登记的功能是限制房地产开发商等债务人处分其权利,以保障债权人将来实现其债权,它对于解决类似商品房预售中“一房二卖”这样一些敏感的社会问题有着特殊的作用。^{〔5〕}“为了保护房屋预售中买受人的权益,维护房屋交易秩序”,应当规定预告登记。^{〔6〕}

最终,《物权法》确立了预告登记制度,该法第 20 条第 1 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。”同条第 2 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。”依据这一规定,国土资源部与住房和城乡建设部颁布的《土地登记办法》《房屋登记办法》先后对建设用地使用权预告登记、房屋预告登记也作出了更具体的规定。此外,一些地方性法规以及地方政府规章,如《上海市房地产登记条例》《深圳市房地产登记若干规定(试行)》《无锡市房屋登记条例》等,也就房地产的预告登记作出了规定。2014 年 11 月 24 日国务院颁布、2015 年 3 月 1 日起施行的《不动产登记暂行条例》第 3 条明确将预告登记规定为适用该条例的不动产登记类型之一。国土资源部颁布的《不动产登记暂行条例实施细则》以及《不动产

〔1〕 关于预告登记在德国法上的发展历史,参见程啸:《不动产登记法研究》,法律出版社 2011 年版,第 520 页。

〔2〕 参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 169 页。

〔3〕 梁慧星,见前注〔2〕,第 10—11 页。

〔4〕 参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社 2001 年版,第 9 页。

〔5〕 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,中国法制出版社 2007 年版,第 61—70 页。

〔6〕 《〈中华人民共和国民法(草案)〉的说明中关于物权法草案的说明》,2002 年 12 月 17 日九届全国人大常委会第三十一次会议;《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国物权法〉的情况汇报》,2004 年 10 月 19 日十届全国人大常委会第十二次会议。

登记操作规范(试行)》更是对预告登记的各种类型和申请材料等问题,作出了详细的规定。

预告登记制度实施至今,已逾八年。该制度对于维护诚实信用、保护债权人的合法权益发挥了极为重要的作用。实践中,不动产登记机构办理的预告登记的数量也非常多。例如,2013年1月至2015年11月近三年的时间内,四川省成都市房屋登记中心为所辖的五个中心城区共办理了411925件预告登记。其中,2013年办理的预告登记为118458件,2014年办理的预告登记为156267件,2015年1月至11月23日办理的预告登记为137200件。^{〔7〕}尽管在实务中预告登记被广泛而普遍的运用,但理论界对预告登记的研究尚不深入,尤其就预购商品房抵押权预告登记的可行性、在建建筑物抵押权登记的性质、抵押权预告登记权利人于债务人不履行到期债务时有无优先受偿权等问题,仍存在很大的分歧。从目前司法实践来看,法院的认识也不统一,相关案件的处理各不相同。倘不能从理论上彻底厘清与抵押权预告登记相关的上述问题,则不仅无法充分发挥预告登记制度应有的功能,更会导致法律适用的不统一,同案不同判,损害司法公信力。

当前,我国正在加紧编纂民法典,不动产统一登记制度也在不断完善的过程中,系统深入地研究抵押权预告登记的适用范围与法律效力等问题,不仅对于我国民法典的编纂工作以及不动产统一登记制度的完善具有极为重要的意义,也有利于统一裁判标准,维护司法公正。故此,笔者将对抵押权预告登记中的重大争议问题做一粗浅研究,以供理论界与实务界参考。

一、预购商品房抵押能否适用预告登记

在我国房地产开发过程中,为了给房地产开发企业提供更多的融资手段,《城市房地产管理法》《城市房地产抵押管理办法》等法律法规与规章允许房地产开发企业将正在建设中的房屋预先出售给承购人,这就是所谓的商品房预售制度。商品房预售中用于销售的、正在建设的房屋就是“预售商品房”,也称“预购商品房”,出售此种房屋的房地产开发企业为“预售人”,购买者为“预购人”。由于商品房预售中的房屋并未合法建造完毕,故此无法办理房屋所有权的首次登记。^{〔8〕}同样,购房人即便支付了全部的购房款,也无法办理房屋所有权的转移登记。为了确保将来房屋办理了所有权首次登记后,能够顺利办理房屋所有权转移登记,从而确定地取得房屋所有权,预购人就有办理预购商品房预告登记的需要。在预购人不能一次性支付全部购房款,需要向银行贷款时,作为债权人的银行为确保债务人(即购房人)将来能够按约偿还贷款,也有在预购商品房上设立抵押权担保的强烈需要。有鉴于此,预购商品房的预告登记以及预购商品房抵押权的预告登记便应运而生。《房屋登记办法》第67条第1、2项就规定,预购

〔7〕 该数据由成都市房地产登记中心冯骏主任提供,特此致谢!

〔8〕 以往不动产登记实践中称为房屋所有权的“初始登记”,但是,《不动产登记暂行条例》取消初始登记的用法,而是将初始登记、设立登记等不动产权利的第一次登记统称为“首次登记”。笔者不赞同这种混淆初始登记与设立登记的做法。详见程啸:“应明确区分初始登记与设立登记”,载《国土资源报》2014年7月30日,第5版。

商品房以及以预购商品房设定抵押,可以申请预告登记。此外,依据该办法第71条,当事人申请预购商品房抵押权预告登记的,必须提交预购商品房预告登记证明。这就是说,登记机构为当事人办理预购商品房抵押权预告登记的前提是预购人已经与房地产开发企业办理了预购商品房的预告登记。《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第1款更是明确规定:“有下列情形之一的,当事人可以按照约定申请不动产预告登记:①商品房等不动产预售的;②不动产买卖、抵押的;③以预购商品房设定抵押权的;④法律、行政法规规定的其他情形。”由此可见,我国现行法是完全承认预购商品房的预告登记以及预购商品房抵押权的预告登记的。

然而,一些学者却认为,将预购商品房以及预购商品房的抵押适用预告登记制度是错误的。^[9] 因为,在商品房预售的情形下,预告登记之构造在交易的客体(房屋尚不存在)、预告登记之载体(没有建立不动产登记簿)以及预告登记所预防之对象(债务人的处分行为)这三个制度要件上都存在缺失与障碍。现行法下难以克服这些缺陷,故将商品房的预售以及预购商品房抵押视作《物权法》中预告登记的规范预设情形,是我国《物权法》在继受德国法的过程中的失误,应予改正。^[10] 持上述观点的学者甚至认为,预购商品房抵押本身在我国《物权法》上没有规定,在《物权法》第5条明确采取了物权法定原则的情形下,仅此一点就足以令人质疑预购商品房抵押的合法性,遑论办理预告登记。^[11] 显然,按照上述观点,不仅预购商品房不能适用预告登记,甚至预购商品房抵押都是不应当允许的,更别谈办理什么预告登记。

笔者不赞同上述观点。尽管我国法上的预告登记继受自德国法,但这并不意味着我国法就要亦步亦趋地追随甚至完全照搬照抄德国法的规定,而不能结合我国实际情况进行相应的变化。德国并没有商品房预售制度,甚至房屋本身也不是一种独立的不动产,而只是土地的重要成分而已。^[12] 因此,在德国法上,预告登记的客体当然只能是已经存在的物即土地,而用于记载预告登记的也必须是编制完毕的土地登记簿(Grundbuch)。不仅如此,德国法上还明确采取了所谓的物权行为的独立性与无因性原则,故此德国法上的预告登记防止的只是债务人擅自处分不动产物权的处分行为。可是,反观我国,德国法上这些预告登记的适用前提条件并不存在,自然也不能据此否定我国法上预购商品房及预购商品房抵押适用预告登记的可能性。详细阐述如下:

第一,我国《物权法》第2条第3款规定:“本法所称物权,是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。”由此可见,我国物权法上也明确承认了物权的特定原则(Grundsatz der Spezialitaet),该原则也称“物权客体特定原则”,即物

[9] 参见张双根:“商品房预售中预告登记制度之质疑”,《清华法学》2014年第2期,第76—86页;郭小莉:“债、物两分法中预告登记——以商品房预售制度为背景”,载朱庆育等主编:《中德私法研究》(总第7卷),北京大学出版社2011年版,第141页。

[10] 参见张双根,同上注,第76—86页。

[11] 张双根,见前注[9],第79页。

[12] 《德国民法典》第94条第1款第1句规定:“土地的重要成分,为定着于土地之物,特别是建筑物以及尚与土地结合的出产物。”参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(上册)》,谢怀栻等译,法律出版社2003年版,第382页。

权的客体必须是单个的、特定的物。^{〔13〕} 具体来说,其有两层含义:第一,物权法不承认集合物上可以存在所有权,一个特定的物上只能有一个所有权,任何物上不可能同时存在两个以上的所有权;^{〔14〕}第二,作为物权客体的物必须是单个的物,即具有独立性的,可以被独立加以支配的物。^{〔15〕} 如果某物无法被独立的加以支配,就不能成为物权的客体。只有坚持物权特定原则,才能有效地明确物的归属、保证每一个经济上有价值的物能够被独立的加以支配并投入流通,从而实现对物的有效利用。^{〔16〕} 在我国的商品房预售制度中,尽管房地产开发企业预先销售的标的物非常特殊——尚未建造或者正在建造中的房屋,但这并不等于预购人购买的预售商品房就不是特定的、单个的物。恰恰相反,我国法上的预售商品房是特定的、单个的物,符合物权确定原则。理由在于:首先,依据我国法律,并非任何尚未建造或正在建造的房屋都可以进行预售,可以预售的商品房必须符合法定的条件。《城市房地产管理法》第 45 条规定,房地产开发企业要进行商品房预售必须取得县级以上人民政府房产管理部门的预售许可,除此之外,还要符合下列条件:①已交付全部土地使用权出让金,取得土地使用权证书;②持有建设工程规划许可证;③按提供预售的商品房计算,投入开发建设的资金达到工程建设总投资的百分之二十五以上,并已经确定施工进度和竣工交付日期。《商品房预售管理办法》第 7 条还要求开发企业在申请预售许可时,应当提交下列证件(复印件)及资料:①商品房预售许可申请表;②开发企业的《营业执照》和资质证书;③土地使用权证、建设工程规划许可证、施工许可证;④投入开发建设的资金占工程建设总投资的比例符合规定条件的证明;⑤工程施工合同及关于施工进度的说明;⑥商品房预售方案。预售方案应当说明预售商品房的位置、面积、竣工交付日期等内容,并应当附预售商品房分层平面图。此外,《城乡规划法》第 38 条规定:

在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的,在国有土地使用权出让前,城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划,提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件,作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块,不得出让国有土地使用权。以出让方式取得国有土地使用权的建设项目,在签订国有土地使用权出让合同后,建设单位应当持建设项目的批准、核准、备案文件和国有土地使用权出让合同,向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。城市、县人民政府城乡规划主管部门不得在建设用地规划许可证中,擅自改变作为国有土地使用权出让合同组成部分的规划条件。

而依据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 10 条,出让土地时,土地使用权出让的地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划和建设管理部门、房产管理部门共同拟定方案,按照国务院规定的批准权限报经批准后,由土地管理部门实施。这些内容都要被纳入到出让合同当中,土地使用者必须按照土地使用权出让合同的规定

〔13〕 (德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社 2006 年版,第 65 页。

〔14〕 *Wolfgang Lueke, Sachenrecht*, S.11.

〔15〕 张双根:“物的概念若干问题”,《华东政法学院学报》2006 年第 4 期,第 104 页。

〔16〕 鲍尔等,见前注〔13〕,第 65 页。

和城市规划的要求,开发、利用、经营土地。否则,就会遭受相应的处罚甚至被无偿收回土地使用权(《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条)。

根据上述法律法规的规定可知:一方面,预售商品房存在于哪一宗土地上是非常清晰的、确定的,毕竟房地产开发企业能够取得预售许可证的前提之一就是它已经取得了国有建设用地使用权。另一方面,房地产开发企业在取得了国有建设用地使用权的特定土地上,有权建造多少房屋以及何种类型的房屋,均已被土地规划、建设工程规划和出让合同所明确限定。房地产开发企业非经法定途径无法任意变更这些限制。因此,虽然开发商用于预售的商品房是正在建造或尚不存在的,但房屋本身在法律上是可以被确定的物。正因如此,在住房和城乡建设部以及国家工商行政管理总局拟定而供房地产开发企业与购房者使用的《商品房买卖合同(预售)示范文本》^[17]的第二章“商品房基本状况”中,当事人不仅要对项目建设依据、预售依据作出明确的约定,还要对商品房的各种自然情况,如规划用途,房屋所在建筑物的主体结构、建筑物总层数,购房者所购买房屋的房号(即房屋所在的幢、单元、层和号),房屋的预测面积(套内建筑物面积、分摊共有建筑面积),层高、阳台等作出详细明确的约定。这就更进一步说明了,尽管预购的商品房尚未建造完成,但却并非是不特定的或无法确定的物。因此,以交易客体缺失作为否定预购商品房及预购商品房抵押适用预告登记的理由并不充分。

第二,否定预购商品房及其抵押可以适用预告登记的学者认为,在商品房预售中,由于商品房尚未建成,其上不可能成立所有权。既然连房地产开发企业自身就尚在建造的“商品房”都没有所有权,那么其在与购房人签订商品房预售合同后,直到“商品房”建成之前,也就无从实施让与所有权、为他人设定抵押权等处分行为。即便房地产开发企业要“一房多售”,其至多只能实施与该“商品房”有关的债权行为,也就是说,只能与其他的买受人签订债法性质的买卖合同或者约定设定抵押权的债权合同。如果在商品房预售中,房地产开发企业于实体法制度层面上根本无法实施处分行为,那么预购人也就不能遭受因该处分行为所导致的债权内容无法实现的风险,为保全其利益而导入的预告登记制度也就成为无的放矢了。^[18]笔者认为,这种看法是立足于德国法所得出的结论,没有考虑我国现行法的规定。首先,在区分负担行为和处分行为的德国法中,特定原则(也称确定原则)仅仅适用于处分行为,即最迟在处分行为生效之时,处分行为所涉及的客体必须予以确定。^[19]当处分的客体不特定时,其上无法成立所有权,自然不能进行处分行为,也就不会发生债权内容无法实现的情形。但是,我国法上并未如德国法那样明确承

[17] 虽然依据《合同法》第12条第2款,当事人可以参照示范文本订立合同。但是,实践中,由于预售合同备案登记制度以及不动产登记机关的要求,商品房买卖中必须使用国家颁布的示范文本。目前最新的商品房买卖合同示范文本是2014年4月9日由住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局颁布的《商品房买卖合同(预售)示范文本》(GF-2014-0171)、《商品房买卖合同(现房)示范文本》(GF-2014-0172)。

[18] 张双根,见前注[9],第77页。

[19] 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2004年版,第168页。

认真担行为与处分行为的区分,无论是民事立法还是学界通说都不承认物权行为的独立性和无因性(至少可以说,对此还远未达成共识)。^[20]从现行法的规定来看,我国法上的物权变动并非因处分行为而生,而是因为当事人设立、变更、转让或消灭物权的合同加上法定的公示方法(交付或登记)而发生的。因此,《物权法》上的预告登记所担保的对象不能如德国法上的预告登记那样解释为仅指向处分行为,而应理解为要防止不动产物权人尤其是房地产开发企业的“一房多售”行为,即物权变动合同。^[21]既然如此,我国将预购商品房及其抵押权适用预告登记时,也就可以不考虑特定原则的问题。其次,在德国法上,只有土地属于不动产。至于建筑物、构筑物、林木等地上定着物,只是土地的重要成分,并非独立的不动产。对此,《德国民法典》第94条有明文之规定。由于已经建造完毕的房屋尚且不是独立的不动产,预售房屋就更不可能是独立的不动产(德国法上原本也没有所谓的商品房预售制度)。在我国,正是由于存在商品房预售制度,所以,如果商品房预售以及预购商品房抵押不能适用预告登记,则预购人以及贷款银行就很可能因为房地产开发企业或预购人的违约行为而无法确定地取得房屋所有权或者遭受金钱债权无法实现的风险。司法实践中大量的房地产开发企业“一房多售”的纠纷都是发生于尚未办理房屋所有权首次登记的情况下,正验证了这一点。在这些纠纷发生时,如果没有预告登记,人民法院就缺少了判断债务人应当向哪一个债权人实际履行合同的依据。近十余年来,我国的房价尤其是大城市的房价不断走高,同一预售商品房的数个购房人在合同均为有效且没有任何一个购房人办理了房屋所有权转移登记的情况下,均会要求出卖人向自己实际履行合同。这时,法院就直接面临着如何解决哪一个买受人有权要求出卖人实际履行进而获得房屋所有权的问题。不少法院采取的做法是:首先,看哪一个买受人实际合法占有了房屋,只有实际合法占有房屋的人有权请求出卖人履行合同;其次,如果所有的买受人均未合法占有房屋,则合同成立在先或支付价款在先的买受人有权请求出卖人履行合同。^[22]显然,按照这样的司法裁判规则,预购人为了保障将来实现物权(即取得房屋的所有权),就更有办理预告登记的强烈需求了。正是因为在我国法上,商品房预售能够适用预告登记,实践中不少法院才明确规定:在预售房被一房多售且均未办理房屋所有权转移登记的情况下,先看哪一个买受人已经办理预购商品房预告登记,只有办理了预告登记的买受人有权请

[20] 参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第164—166页;梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,第62页;崔建远:“从解释论看物权行为与中国民法”,《比较法研究》2004年第2期,第60—76页;崔建远:“从立法论看物权行为与中国民法”,《政治与法律》2004年第2期,第43—50页。例如,曾领导《物权法》起草工作的原全国人大常委会法制工作委员会副主任王胜明先生就明确指出:“我国改革开放以来20多年的实践和法律规定没有区分过物权合同和债权合同。”参见王胜明:“物权法制定过程中的几个重要问题”,《法学杂志》2006年第1期,第37页。

[21] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第31页。

[22] 参见《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》(2010年12月21日;京高法发[2010]458号)第13条。

求出卖人实际履行合同。^{〔23〕}

第三,在我国,预购商品房的预告登记以及预购商品房抵押权的预告登记并不存在没有登记簿而加以记载的技术性障碍。在不动产统一登记之前,商品房预售以及房屋登记均由房产(住建)管理部门负责。由于预购商品房尚未合法建造完毕,无法设立房屋登记簿。故此,房产管理部门一般都是通过建立性质上属于“预登记簿”的预售楼盘表,据以记载每一套商品房的预售情况及其上的权利、交易以及限制处分等情况。^{〔24〕}具体来说就是,在新建商品房实行预售的时候,房产管理部门会在办理商品房预售许可前就在房屋交易与产权管理信息平台中建立楼盘表,并按照房屋基本单元建立房屋唯一编码,通过楼盘表对房屋交易与产权各项业务进行管理。楼盘表中记载的信息包括:①房屋物理状态信息,包括地理数据、丘数据、幢数据、户数据、数字格栅图等;②交易与权利状况信息,包括土地使用权信息、房屋所有权信息、抵押信息、查封等限制信息、权利人信息以及交易状态等;③其他应记载的信息,包括业务数据、统计数据以及发布数据等。其中,房屋物理状态信息是通过房产预(实)测绘等手段获取,而房屋交易与权利状况信息及其它应记载的信息应通过各项交易业务获取并实时更新。由此可见,所谓楼盘表性质上就相当于不动产登记簿,其记载的内容也与不动产登记簿相同。故此,无论是预购商品房预告登记、预购商品房抵押权预告登记,还是人民法院对预购商品房的预查封,都不存在无法记载相关信息的技术问题。事实上,这种预登记簿的做法也是德国法上所没有的。在我国不动产统一登记之后,预购商品房预告登记、预售商品房抵押权预告登记的记载应当说更不成问题了。由于我国法上房屋是独立的不动产,而房屋等建筑物或构筑物又必须建立于土地或海域之上。因此,依据国土资源部颁布的《不动产登记簿样式》及其记载规则的要求,不动产登记簿应当以宗地或宗海为单位设置,一宗地或一宗海上的所有的不动产单元记载在一个登记簿中,每个不动产单元设置一个登记簿簿页。就预购商品房而言,其建造在哪一宗地上、在什么位置、建筑面积等自然状况是非常明确的,符合不动产单元的要求。故此,不动产登记机构完全可以在以宗地或宗海为基础设立的登记簿上设置相应的簿页,用以记载预购商品房预告登记和预购商品房抵押权的预告登记,不存在缺乏登记簿的障碍问题。

有人可能说,既然我国已经有楼盘表且商品房预售合同必须办理登记备案,这已经足以防止“一房多售”了,为何还要建立预购商品房预告登记以及预购商品房抵押的预告登记制度,岂非叠床架屋?笔者认为,无论是商品房预售合同登记备案、楼盘表甚至预售合同的网签,均不

〔23〕 例如,《安徽省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》(2012年3月5日安徽省高级人民法院审判委员会民事执行专业委员会第1次会议通过)第3条第1款规定:“出卖人就同一房屋分别与数个买受人签订买卖合同,在合同均为有效且买受人均主张出卖人履行合同转移房屋所有权的情况下,一般应按照以下顺序确定买受人的权利保护顺位:①已经办理房屋所有权转移登记的;②已经办理房屋所有权转移预告登记或合同备案手续的;③已经合法占有房屋的;④合同实际履行在先的;⑤均未履行,合同成立在先的。”

〔24〕 程啸:“不动产登记簿之研究”,《清华法学》2007年第4期,第76页。2015年9月28日住房和城乡建设部办公厅印发的《房屋交易与产权管理工作导则》(建办房[2015]45号)第2章甚至要求各地住建部门就存量房的交易也必须建立楼盘表。

足以保护预购人以及为预购人提供贷款的银行的利益。尽管《城市房地产管理法》第45条第2款要求商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房地产管理部门和土地管理部门登记备案。但是,一方面,预售合同的登记备案以及网签只是房地产行政主管部门针对房地产开发企业采取的行政管理措施和技术手段,虽然它们客观上确实能够起到遏制“一房多售”的作用,可在法律上却并无如同预告登记那样具有担保预购人确定地取得预购商品房所有权的民事法律效力。另一方面,从我国现行法的规定来看,即便房地产开发企业不办理预售合同登记备案,也不会因此承担法律责任,^[25]更不会导致商品房预售合同无效。^[26]

综上所述,预购商品房及其抵押权的预告登记正是预告登记引入我国后的主要适用对象。无论是预购商品房预告登记,还是预购商品房抵押权的预告登记,都是符合《物权法》第20条的规范目的和构成要件的。从现实来看,我国目前预告登记适用的绝大部分情形也正是商品房预售以及预购商品房抵押。例如,成都房地产登记中心在2013年办理的预告登记的总量为118458件,其中,预购商品房预告登记总量为56709件,预告商品房抵押权预告登记为59874件,二者占预告登记总量的98.41%;2014年办理的预告登记总量为156267件,其中,预购商品房预告登记总量为74420件,预购商品房抵押权预告登记为77817件,二者占预告登记总量的97.42%;2015年1月至11月23日办理的预告登记总量为137200件,其中,预购商品房预告登记总量为65945件,预购商品房抵押预告登记为68411件,二者占预告登记总量的97.92%。^[27]

二、如何理解在建建筑物抵押权登记的性质

在建建筑物抵押,简单地讲,就是以正在建造的建筑物进行抵押,从而担保债权的实现。以往,在建建筑物抵押在我国法上被称为“在建工程抵押”。《城市房地产抵押管理办法》第3条第5款规定:“本办法所称在建工程抵押,是指抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款,以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产,以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”鉴于在建建筑物抵押对于担保债权的实现以及发挥物的效用具有重要的作用,《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》(以下简称《担保法解释》)第47条规定:“以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的,当事人办理了抵押物登记,人民法院可以认定抵押有效。”起草《物权法》时,立法者认为,“实践中,建设工程往往周期长,资金缺口大”,允许当事人以正在建造的建设工

[25] 2001年的《城市商品房预售管理办法》第13条规定:“开发企业未按本办法办理预售登记,取得商品房预售许可证明预售商品房的,责令停止预售、补办手续,没收违法所得,并可处以已收取的预付款1%以下的罚款。”但是,2004年建设部修订《城市商品房预售管理办法》时,将本条改为:“开发企业未取得《商品房预售许可证》预售商品房的,依照《城市房地产开发经营管理条例》第三十九条的规定处罚。”因此,房地产行政主管部门对房地产开发企业违反预售合同登记备案的行为就不能再给与处罚了。

[26] 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条规定:“当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由,请求确认合同无效的,不予支持。”

[27] 该数据由成都市房地产登记中心冯骏主任提供,特此致谢!

为担保,对于解决建设者融资难,保证在建工程顺利完工,具有重要的作用。^{〔28〕}故此,《物权法》第188条第1款第5项规定,债务人或者第三人可以以其有权处分的“正在建造的建筑物”进行抵押。《不动产登记暂行条例实施细则》将在建工程抵押改名为“在建建筑物抵押”,同时,将原先被包括在在建工程抵押财产范围的建设用地使用权从中排除出去,规定以在建建筑物抵押的,应当办理的是国有建设用地使用权的抵押权登记以及在建建筑物抵押权登记(第75条第1款)。此外,该细则还明确规定,在建建筑物抵押中能够抵押的,仅限于已经建造完成的建筑物中的全部或一部分(第75条第1款),也就是说,不允许以尚未建设完毕的部分设定在建建筑物抵押。

(一)预告登记说与本登记说之争

就如何看待在建建筑物抵押登记的性质,有两种观点。一种观点是预告登记说。此说认为,依据《物权法》第30条,合法建造房屋的,自建造完毕即竣工后,有关民事主体才能取得所有权,方可申请房屋所有权首次登记(《不动产登记暂行条例实施细则》第35条)。既然在建建筑物是正在建造的建筑物,尚未建造完毕,那么,该建筑物尚未成为独立的不动产,有关民事主体也就没有取得所有权,无法办理房屋所有权首次登记,更不可能办理房屋所有权转移登记或房屋抵押权首次登记。此时,能够办理的只有预告登记。当房屋竣工并办理完毕所有权首次登记后,在建工程抵押权人才能取得房屋抵押权。因此,以正在建造的建筑物设定抵押而进行的登记,只能依据《物权法》第20条进行预告登记。^{〔29〕}例如,最高人民法院在一则裁定书中认为:

在建房屋抵押预告登记并不产生债务人不履行债务时从拍卖在建房屋的价款中优先受偿的法律后果,而只是对将来建成房屋所作的一种事先约束,即约束债务人以将来建成房屋作为抵押标的物。当房屋建成后,债务人有履行在建房屋抵押合同规定的义务和在建房屋抵押预告登记的责任,配合在建房屋抵押预告登记权利人向房屋登记机关提出变更登记,转变为房屋抵押登记,从而实现债务人不履行债务时,以拍卖、变卖建成房屋的价款优先受偿。债务人不履行配合义务,抵押权人只能主张违约责任。^{〔30〕}

我国的一些地方性法规采取了预告登记说。例如,《上海市房地产登记条例》^{〔31〕}第51条第1款第3项规定,以房屋建设工程设立抵押及其抵押权的转让的,当事人可以共同申请预告登记。

另一种观点是本登记说。该观点认为,在建建筑物抵押权登记与建筑物抵押权登记的性质相同,都属于本登记,而非预告登记。理由在于:首先,《物权法》第187条并未区分建筑物抵押和正在建造的建筑物抵押,而是将二者一并规定,并且明确要求“办理抵押登记”,“抵押权自

〔28〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注〔21〕,第323页。

〔29〕 参见“大同市大同县金龙小额贷款股份有限公司与大同市泰和春实业有限责任公司保证合同纠纷案”,山西省高级人民法院(2014)晋商终字第78号民事判决书。

〔30〕 参见“厦门明瑞达投资咨询有限公司与福建省晋江市陈埭苏厝强达鞋塑服装厂、苏奋强等借款合同纠纷申请再审案”,最高人民法院(2015)民申字第766号民事裁定书。

〔31〕 2008年12月25日上海市第十三届人民代表大会常务委员会第八次会议通过;2009年7月1日起施行。

登记时设立”。这就是说,债权人在办理了在建建筑物抵押登记后就取得了抵押权。^{〔32〕}此外,《担保法解释》第47条也明确规定:“以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的,当事人办理了抵押物登记,人民法院可以认定抵押有效”。这也表明,以在建建筑物抵押的,在办理登记后,债权人取得的是抵押权。其次,在建建筑物抵押中抵押的只是在建工程已经建造完毕的部分,至于将来全部完工后,没有被抵押的部分则属于新增建筑物(《物权法》第200条、《城市房地产抵押管理办法》第3条第5款)。债权人接受在建工程抵押时,看重的主要是已经建造完成的部分的价值,基本上不考虑尚未建造完成的部分可能具有的价值。因此,在建工程抵押中的抵押财产与已经建造的建筑物设定抵押并无本质区别。最后,如果认为在建建筑物抵押登记办理的是预告登记,就意味着债权人享有的仍然是债权请求权。尽管此种请求权的效力比普通的债权请求权强大,但仍非担保物权,对于接受在建建筑物抵押的债权人不利。《不动产登记暂行条例实施细则》和《房屋登记办法》采取了本登记说,这两部规章都将在建建筑物抵押与已经建造完毕且办理了所有权首次登记的建筑物抵押规定在一起,而非规定于预告登记部分。例如,最高人民法院在一则判决中认为:

依据《物权法》第一百八十七条规定,以正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。依据(2012)辽民二初字第32号民事判决和本案查明的事实,置地公司已经以包括涉案578套在建工程在内的1740套在建工程作为抵押物,与建设银行签订了抵押合同,并于2009年12月31日在房产部门办理了抵押登记,……因此,自2009年12月31日办理抵押登记时,建设银行就取得了对涉案578套在建工程的抵押权。^{〔33〕}

再如,有的地方法院判决认为:

本案当事人以尚未取得不动产权属证书的在建建筑物设定抵押。对于类似本案以尚未取得不动产权属证书的在建建筑物设定抵押是否有效的问题在法律及司法解释均有明确规定。《中华人民共和国物权法》第一百八十条第一款第(五)项、第一百八十七条规定,正在建造的建筑物可以设定抵押,抵押权自登记时设立。上述法条明确了尚未取得权属证书的不动产可以设定抵押。另外,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》第四十七条规定:“以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的,当事人办理了抵押物登记,人民法院可以认定抵押有效”,该条规定也认可了尚未取得不动产权属证书的在建建筑物可以办理抵押物登记,法院可以认定为抵押有效。本案中,当事人在合同中约定了以涉案在建房地产设定抵押作为贷款担保,并经漳平市房地产交易服务中心办理了抵押权(预告)登记。因此,在黄清豪、李苏瑜未按合同履行到期债务时,被上诉

〔32〕 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心(上册)》,清华大学出版社2011年版,第50页。

〔33〕 参见“大连海岸东方投资有限公司与中国建设银行股份有限公司大连天津街支行、大连海岸东方置地有限公司、大连欧美亚房地产开发有限公司、朱清明、西庆国其他撤销权纠纷案”,最高人民法院(2014)民一终字第34号民事判决书。

人有权以该抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押物的价款优先受偿。^{〔34〕}

(二)在建建筑物抵押权登记的性质为本登记

笔者认为,在建建筑物抵押权登记与房屋抵押权登记的性质相同,都属于本登记,而非预告登记。首先,不动产的概念在各国法上各不相同,因为立法者对这个概念的界定具有法政策上的取舍或创造的空间。^{〔35〕}我国现行法中,不动产包括土地、海域以及房屋、林木等定着物。^{〔36〕}法律上对于符合哪些条件的物能作为不动产,进而产生不动产所有权,没有明确的限制,更没有将正在建造的建筑物从不动产中排除出去,并否定在其上能够产生所有权或处分权。《物权法》第30条只是对房屋所有权原始取得的时间作出的规定,而非对所有不动产上的所有权产生时间作出的规定。立法者完全可以基于某种政策的考虑,而对哪些物是不动产,其上可以产生何种不动产物权作出特别的规定,《物权法》第180条第1款第5项以及第187条正是此种特别规定。故此,在我国法上,无论是已经建造完毕的建筑物,还是正在建造的建筑物,性质上都属于不动产。^{〔37〕}既然如此,在正在建造的建筑物上设立抵押权,并办理抵押权登记,有何不可?

其次,从《物权法》的立法目的来看,之所以允许正在建造的建筑物(包括正在建造的船舶和航空器)抵押,是因为在立法者看来,即便是正在建造的建筑物,已建成的部分也是具有一定经济价值的有体物。只要债权人愿意接受,抵押人完全可以以之抵押。惟其如此,方能扩大抵押财产的范围,为广大民事主体提供更多的融资手段,从而促进经济的发展。^{〔38〕}正因如此,《物权法》第187条才将建筑物与正在建造的建筑物的抵押规定在一起。这就是说,在建建筑物的抵押权也是自办理在建建筑物抵押权登记时设立。简言之,一经登记,债权人就取得了在建建筑物抵押权这一物权。

再次,在建建筑物抵押权登记确实比较特殊,其特殊之处就在于该种登记是不动产登记法中连续登记原则的例外。所谓连续登记原则,也称“在先已登记原则”。依据该原则,那些因登记而使其权利被涉及之人必须是其权利已被记载于不动产登记簿的人。^{〔39〕}具体来说,它

〔34〕 参见“漳平恒信房地产开发有限公司与中国建设银行股份有限公司漳平支行、黄清豪、李苏瑜金融借款合同纠纷案”,龙岩市中级人民法院(2014)岩民终字第25号民事判决书。

〔35〕 张双根,见前注〔9〕,第85页。

〔36〕 现行法中关于不动产的定义主要以下三条规定:①《担保法》第92条第1款规定:“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。”②《不动产登记暂行条例》第2条第2款规定:“本条例所称不动产,是指土地、海域以及房屋、林木等定着物。”③《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第186条第1句规定:“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。”

〔37〕 崔建远,见前注〔32〕,第50页。

〔38〕 笔者于2015年12月10日参加国土资源部不动产登记中心组织的第一届不动产登记法研讨会时,曾就在建工程抵押及其登记的性质问题,向曾经全程负责《物权法》起草工作的原全国人大常委会法制工作委员会民法室主任姚红女士请教了该问题。姚主任向笔者详细地介绍了物权法的这一立法意图。在此,向姚红女士表示衷心的感谢!

〔39〕 *Holzer/Kramer, Grundbuchrecht*, Rn 112.

有两层含义:其一,不动产未办理所有权初始登记的,除非法律另有规定,否则不得办理其他权利登记;其二,因处分不动产而申请相应的处分登记的,被处分的不动产权利应当已经登记。《物权法》第31条是连续登记原则的重要体现之一。而《不动产登记暂行条例实施细则》则明确规定了连续登记原则,其第24条第2款规定:“未办理不动产首次登记的,不得办理不动产其他类型登记,但法律、行政法规另有规定的除外。”就我国《物权法》而言,其对连续登记原则作出的例外性规定有两个:一是该法第20条规定的预告登记;二是该法第187条规定的在建建筑物抵押权登记。倘若《物权法》没有这一规定,不动产登记机构是不能在房屋所有权首次登记都尚未办理之前就办理在建建筑物抵押权登记的。由此可见,作为连续登记原则例外的登记类型并不限于预告登记,也包括法律特别规定的本登记,不能仅仅因为在建建筑物抵押权登记是连续登记原则的例外,就当然地将其界定为预告登记。

最后,如果将在建建筑物抵押界定为预告登记,就会与土地使用权抵押登记的性质发生矛盾。因为,抵押人在设定在建建筑物抵押时,除必须办理在建建筑物抵押权首次登记外,还必须办理建设用地使用权抵押权登记。由于在建建筑物抵押人已经拥有了建设用地使用权,故此其以建设用地使用权设立抵押时,所办理的登记当然是性质上为本登记的抵押权首次登记。倘若将在建建筑物抵押权的登记界定为预告登记,就会出现建设用地使用权抵押登记为本登记,而土地上的在建建筑物抵押却是预告登记的矛盾情形。

或许有人会质疑:为什么同为尚未建造完毕且未办理房屋所有权首次登记的建筑物,预购商品房抵押权登记是预告登记,而在建建筑物抵押权登记却是本登记?产生这一差别的根源在于:一方面,抵押的客体不同。表面上看,在建建筑物抵押与预购商品房抵押中的抵押的客体似乎都是正在建造的建筑物,但是《物权法》在规在建建筑物抵押时,已经将其当作独立的物加以看待(第180条第1款第5项、第187条),却并未将预购商品房作为一种独立的物加以对待。因此,在建建筑物抵押权登记性质上就属于本登记,而预购商品房抵押权的登记只能作为预告登记。另一方面,抵押人对抵押财产所享有的权利不同。在建建筑物抵押中,抵押人除了已经拥有了建设用地使用权外,还依据法律的规定对已经建造完毕的部分拥有一定范围内的处分权(即设定抵押)。然而,在预购商品房抵押的情形中,无论预购人所购买的商品房是否已经现实地存在了,预购人都是既未取得相应的建设用地使用权,也没有取得预购商品房的所有权,其只是拥有请求房地产开发企业交付预购商品房的债权请求权而已。尽管我国的法院基于法律政策的考虑,对于已经付清全部购房款或者大部分购房款的预购人的这一债权请求权给予了更强的保护——优先于《合同法》第286条的建设工程价款优先受偿权与抵押权,但仍未改变其权利作为债权的属性。^[40]既然如此,如果仅仅是在预购人与房地产开发企业签订了商品房预售合同后,就可以将所谓的预购商品房抵押给债权人,实质上几乎相当于以旨在取得不动产所有权的债权为标的而设定权利质权了。有鉴于此,为了确保预购人能够取得预购商品房的所有权,进而维护预购商品房上抵押权的稳定,《房屋登记办法》以及《不动产登记

[40] 参见《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(2002年6月11日最高人民法院审判委员会第1225次会议通过;法释[2002]16号)。

暂行条例实施细则》采取了一种“双重预告登记”的模式,即将预购商品房抵押权的预告登记建立在预购商品房办理了预告登记的基础上(《房屋登记办法》第71条第5项、《不动产登记暂行条例实施细则》第78条第1款第2项)。^[41]申言之,作为前提的第一重预告登记——预购商品房的预告登记——旨在确保预购人能够确实的得到预购商品房的所有权,并在房地产开发企业办理房屋所有权首次登记后,再与购房人一同办理相应的房屋所有权转移登记。预告登记将预购人的权利的效力予以强化后,预购人就可以以该预购商品房设定抵押权,并与债权人办理第二重预告登记即预购商品房抵押权的预告登记。

三、抵押权预告登记的法律效力问题

(一)抵押权预告登记如何限制义务人的处分行为

预告登记最重要的功能就是担保功能,即保障预告登记权利人将来能够实现物权。否则,预告登记制度就没有存在的必要性了。要实现担保功能,预告登记就必须具有防止不动产登记名义人(即预告登记义务人)擅自处分办理了预告登记的不动产的效力,否则预告登记权利人难以得到保护。从制度上说,立法者必须规定,倘若预告登记的义务人未经权利人的同意而处分办理预告登记的不动产时,将发生何种法律后果。对此,立法者有两种选择:其一,限制处分的模式,即预告登记制造了不动产登记簿的障碍(Grundbuchsperre),登记机构不得办理此种处分登记。其二,相对无效的立法模式,即预告登记原则上并不构成对登记权利人处分权的限制,登记权利人在预告登记后仍可处分不动产,但该处分在有害于预告登记权利人时归于无效。德国的法学家认为,前一种模式是最拙劣的一种模式,应当采取后一种模式。^[42]《德国民法典》第883条第2款规定:“预告登记后对土地或其权利之处分,如有损害或妨害请求权者,其处分无效。该处分以强制执行或假扣押方式或由破产管理人作出者,亦同。”这就是说,在德国法上,预告登记并不产生登记簿的障碍,预告登记不构成对登记权利人的处分限制(keine Verfuégungsbeschraenkung),^[43]登记权利人在预告登记后仍有权对不动产进行各种处分,登记机构据此进行的处分登记也不属于登记错误;另一方面,当该处分损害或妨害了预告登记权利人时,无论该处分是由何人(登记权利人或法院或破产管理人)做出的,均归于无

[41] 根据笔者当年参与《房屋登记办法》的起草工作所了解的情况,《房屋登记办法》这样规定还有一个重要考虑就是,通过贷款银行去迫使房地产开发企业与购房人办理预购商品房的预告登记,从而有效地维护购房者的合法权益。否则,房地产开发企业会基于经济上的优势地位拒绝与预购人办理预购商品房的预告登记。由于预购商品房抵押权预告登记对银行有利,故此,将预购商品房预告登记证明作为当事人申请预购商品房抵押权预告登记的必备申请材料,可以让银行给房地产开发企业施加压力,迫使其不得不与预购人办理预购商品房的预告登记。

[42] 鲍尔等,见前注[13],第431页。然而,德国学者 Westermann 提出了另一种方案,即令取得人负有债法上的义务,不过,《德国民法典》并未接受这种方案。Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 83, III, 1.

[43] Jauernig/Teichmann, § 883, Rn 14.

效。取得人不能因该处分而取得相应的不动产物权。这种无效属于“双重要件性”的无效：一方面，该无效是对人的无效，即因该处分而取得物权者对于其他任何人来说，已经完全有效地取得了权利，但惟独不能针对预告登记权利人。就预告登记权利人而言，其请求权所指向的债务人依然是该不动产的权利人，预告登记权利人仍有权请求该债务人为实现其权利而做出必要的物权意思表示。可是，由于取得人的权利已经被登记入了登记簿，依据《德国民法典》第888条，取得人必须同意为对预告登记所担保的请求权所必要的登记。^{〔44〕}另一方面，该无效是内容的无效，即该处分中会妨害或损害预告登记权利人的请求权的内容归于无效。如果该处分并不妨害或损害预告登记权利人的请求权，经登记后该处分具有物权变动的效力，因此取得不动产物权之人可以对抗包括预告登记权利人在内的任何第三人。我国台湾地区也采取了与德国相同的处理方法，其“土地登记规则”第136条规定：“土地法第七十八条第八款所称限制登记，谓限制登记名义人处分其土地权利所为之登记。前项限制登记，包括预告登记、查封、假扣押、假处分及破产登记，及其他依法律所为禁止处分之登记”。我国台湾地区的“土地法”第79—1条第2项规定，预告登记未涂销前，登记名义人就其土地所为之处分，对于所登记之请求权有妨碍者无效。我国台湾地区民法学界通说认为，此所谓“无效”乃是相对无效，而非绝对无效，即该处分只是于妨碍所登记请求权之法益时无效。^{〔45〕}登记名义人所为的“处分”，是指作为物权行为的处分行为，如所有权转移、抵押权的设定等，至于债权行为如使用借贷，不包括在内。^{〔46〕}

我国《物权法》第20条第1款第2句对预告登记的法律效力作出了如下规定，即“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”。如何理解该句中的“不发生物权效力”的含义呢？立法者未予明确。不过，从我国不动产登记的相关立法来看，显然采取的是被德国法学家称为最拙劣的模式即“限制处分”的模式。^{〔47〕}申言之，如果预告登记义务人未经预告登记权利人同意处分不动产的，不动产登记机构不得为之办理相应的处分登记。《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第2款规定：“预告登记生效期间，未经预告登记的权利人书面同意，处分该不动产权利申请登记的，不动产登记机构应当不予办理。”^{〔48〕}这就是说，我国法上不动产预告登记后，登记簿中就产生了登记障碍，预告登记义务人对不动产的处分在不动产登记程序上受到了严格的限制。当然，从实体法上来看，即便是登记程序上限制了预告登记义务人的处分权，也并不必然导致预告登记义务人与第三人签订的处分不动产的合同无效。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予

〔44〕 鲍尔等，见前注〔13〕，第431—432页。

〔45〕 参见焦祖涵：《土地登记之理论与实务》，台湾三民书局1983年版，第812页；李鸿毅：《土地法论》，1995年作者印行增修订24版，第308页。

〔46〕 有学者认为，租赁权应当优先于预告登记而受到保护，其效力不应预告登记而受影响。参见王泽鉴：《民法物权（第二版）》，北京大学出版社2010年版，第93页。

〔47〕 在我国，此种模式是否属于最拙劣的模式，笔者认为恐怕还需要认真思考。

〔48〕 此前，《房屋登记办法》第68条第1款和《土地登记办法》第62条第4款也有类似的规定。

支持。”既然在无权处分的时候,合同都不会因此而无效,而预告登记名义人对自己的不动产的处分并非无权处分,更不会无效。只是,此种处分不动产的合同不会发生物权变动而已。

预告登记义务人对不动产的处分包括转让(如转让房屋所有权、建设用地使用权等)、设定他物权(如再次抵押、设立地役权)等。不动产抵押权预告登记完成后,是否义务人对不动产的一切处分都不受到登记簿障碍的阻止,均不能发生物权变动的效力?从我国法来看,回答是肯定的,一方面,在实体法上,依据《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)》第4条之规定,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,应当依照物权法第20条第1款的规定,法院都会认定其不生物权效力。另一方面,从不动产登记程序法上看,依据《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第2款,只要没有获得预告登记权利人的书面同意,登记名义人因转让、抵押不动产等任何处分行为而提出的登记申请都会被登记机构拒绝。

然而,笔者认为,上述规定并不十分妥当,至少对抵押这一处分行为的限制就是不合理的。众所周知,抵押权的设立不移转抵押财产的占有,故此,同一财产上可以同时存在多个抵押权。抵押人有权将已经抵押的财产再次抵押。依据《物权法》第199条第1项,同一财产向两个以上债权人抵押的,在抵押财产变价受偿时,如果抵押权已登记的,应当按照登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿。故此,只要承认预告登记的顺位效力,不动产抵押权预告登记之后,预告登记义务人即便再行设立抵押权,对于预告登记权利人也不会造成损害。正因如此,我国多数民法学者认为,不动产权利人在办理抵押权设定的预告登记之后,仍可以用同一不动产向第三人再行设立抵押权,登记机构应当办理抵押权登记。^[49]

(二)抵押权预告登记能否对抗强制执行措施

《物权法》《民事诉讼法》等法律未就预告登记能否对抗强制执行措施作出明确规定。预告登记能否对抗强制执行措施不能一概而论,应区分不同类型的预告登记以及强制执行措施分别加以考虑。限于篇幅和主题,本文仅就抵押权预告登记能否对抗强制执行措施的效力做一初步探讨。

1.抵押权预告登记不能对抗控制性执行措施

人民法院在执行程序中的控制性执行措施,也称保全性执行措施,是指以防止被执行人转移、隐藏、变卖、毁损财产为目的的执行措施,如查封、扣押、冻结等。^[50]就不动产的强制执行而言,所谓控制性执行措施就是查封与预查封。当抵押人作为被执行人时,办理了抵押权预告登记的不动产或预购商品房能否被法院查封或者预查封,预告登记权利人能否以预告登记为由提出执行异议呢?有一种观点认为,“在被执行人系不动产权利主体,而预告登记权利人为债权债务关系之外的第三人时,对不动产实施查封或预查封将会与预告登记产生冲突”,“在这

[49] 参见尹田:《物权法(第二版)》,北京大学出版社2013年版,第175页;冉克平:《物权法总论》,法律出版社2015年版,第406页。

[50] 参见张卫平:《民事诉讼法(第三版)》,法律出版社2013年版,第485页。

种情形下,预告登记权利人对法院采取的查封等措施提出异议的,原则上应该予以支持”。〔51〕另一种观点认为,在本登记条件成就前,即便存在预告登记,对被执行人名下的不动产也可以进行查封。因此,当被执行人为已经办理预告登记不动产之权利人时,预告登记无法对抗查封等保全措施。〔52〕笔者赞同后一种观点,即抵押权预告登记不得对抗法院的查封或者预查封。抵押权预告登记的效力不能强于抵押权的效力。依据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第40条、《最高人民法院关于人民法院执行设定抵押的房屋的规定》第1条、《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27条等司法解释的规定,即便是被执行人所有的其他人享有担保物权的财产,也能够被查封或预查封。既然如此,对于其上有抵押权预告登记的被执行人的不动产,当然可以进行查封或者预查封。

由于抵押权预告登记在满足条件后可以转为抵押权登记,而一旦法院对办理了预告登记的不动产进行查封或预查封后,就涉及到预告登记的权利人能否与义务人共同申请将抵押权预告登记转为抵押权登记的问题。司法实践对此有不同的见解。例如,在“唐一与叶辉等民间借贷纠纷执行案”中,一审法院内部就房屋办理抵押权预告登记后又预查封的,登记机构将抵押权预告登记转为抵押权登记是否构成擅自处分查封财产的行为,产生了分歧。一种意见认为,登记机构的行为属擅自处分法院查封财产的行为。理由是:根据无锡市中级人民法院(2012)锡商他字第0002号批复,仅办理抵押预告登记的房产不具有优先受偿权,预购商品房抵押预告登记的权利人不享有与正式抵押相同的权利,涉案房产在预查封时不存在抵押权,登记机构在法院已预查封的情形下办理了抵押登记手续,致使房产被设定了抵押权,因此其行为属于擅自处分法院查封财产的行为。另一种意见认为,登记机构的行为不属于擅自处分法院查封财产的行为。理由是:预购人将商品房预告登记转为房屋转移登记,根据《房屋登记办法》第68条,预购商品房抵押预告登记也可以转为正式的抵押登记,该转换不产生新的权利,不影响法院查封的效力,登记机构不存在擅自处分法院查封财产的行为。该法院就此案的两项意见向上一级法院即无锡市中级人民法院请示后,无锡市中级人民法院同意第二种意见,认为“本案中,法院预查封的基础是房产的预告登记,预查封之时,法院已经可以预见到今后房产将会产生抵押权。产监处将抵押预告登记转为正式抵押登记的行为并未设定新的权利或权利负担,不属于擅自处分法院查封财产的行为”。〔53〕

〔51〕 张小健、郭佑宁:“预告登记能否排除生效裁判文书导致的物权变动?”,中国律师网, <http://www.acla.org.cn/html/lvshiwushi/20160405/24944.html>,最后访问日期:2017年3月10日。

〔52〕 参见杨松林:“预告登记能否对抗生效裁判文书导致的物权变动?——兼与张小健、郭佑宁二位律师商榷预告登记如何对抗强制执行与保全措施”,海坛特哥微信公众号首发, http://mp.weixin.qq.com/s?src=3×tamp=1461112227&ver=1&signature=UEOt0f1H2dxL*u0eZM4RKv1hAYe9JW-n3Phi1kBIGtMoFHB6vkNYTiDPvbXUSGvgr7mDYSB0ZxaBTgicC0gTI7R0-rF76x17P2rcCJJH*BUD09W3HxzcgGpn1unyUICmo4fdNh-Y18nOJmaOWRU3A==,最后访问日期:2017年3月10日。常鹏翱教授也认为,预抵押登记在前的,可以对抗之后的查封和预查封。参见常鹏翱:“预购商品房抵押预告登记的法律效力”,《法律科学》2016年第6期,第96页。

〔53〕 参见赵培元、程洁:“唐一与叶辉等民间借贷纠纷执行案——抵押预告登记与法院预查封登记在正式登记条件具备时的司法处理”,《人民司法·案例》2014年第4期,第107—111页。

笔者赞同上述第二种意见,即抵押权预告登记后即便不动产被人民法院查封或预查封,也不得妨碍抵押权预告登记转为抵押权登记。一则,抵押权预告登记旨在使得债权人于相应的条件满足后确定地取得抵押权,如果不动产被查封或预查封后,抵押权预告登记即便符合条件也不能转为抵押权登记,这显然违反了预告登记的目的。二则,即便将查封或预查封的不动产上的抵押权预告登记转为抵押权登记,实际上也并不影响查封或预查封的效力,无损于申请执行人的利益。因为,依据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(以下简称“《拍变卖规定》”)第31条第1款,拍卖财产上原有的担保物权及其他优先受偿权,因拍卖而消灭,拍卖所得价款,应当优先清偿担保物权人及其他优先受偿权人的债权,但当事人另有约定的除外。也就是说,即便抵押权预告登记转为抵押权登记,人民法院依然可以对被查封或预查封的被执行人的不动产进行处分。三则,人民法院在采取查封或预查封措施时通过查询登记簿就可以知道,被执行人的不动产上存在着将来可能转为抵押权登记的抵押权预告登记。既然预告登记存在于查封或预查封之前,且依据法律之规定,抵押权预告登记在条件具备时可以转为抵押权登记,自然此种基于在先顺位的登记性质的转化就不构成对人民法院执行措施的妨害。

2. 抵押权预告登记不得对抗法院的处分性执行措施

人民法院在执行程序中的处分性执行措施,是指对被执行人的财产予以法律上的处分从而满足申请执行人的请求执行措施,如拍卖、变卖、折价等。抵押权预告登记能否对抗强制拍卖等处分性执行措施的关键在于,如何理解《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》第30条的规定。依据该条,“金钱债权执行中,对被查封的办理了受让物权预告登记的不动产,受让人提出停止处分异议的,人民法院应予支持;符合物权登记条件,受让人提出排除执行异议的,应予支持”。然而,司法解释并未说明该条中“受让物权预告登记”的涵义。笔者认为,其仅指以取得房屋所有权、国有建设用地使用权等不动产权利为目的的预告登记,而不包括抵押权预告登记。这是因为,就以房屋所有权、国有建设用地使用权等不动产权利为目的的预告登记而言,如果这些预告登记在具备了进行本登记条件下,不具有排除法院的查封或预查封的效力,那么不动产登记机构就无法在这些“受让物权预告登记”具备转为房屋所有权转移登记、国有建设用地使用权转移登记的条件时,为预告登记权利人办理转移登记。这就使得这些旨在确保债权人将来取得不动产权利为目的的预告登记名存实亡,而《物权法》建立预告登记制度的立法目的——保障债权人“将来实现物权”——也根本无法实现。所以,《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》第30条中的“受让物权预告登记”不包括抵押权预告登记。

就抵押权的预告登记而言,预告登记权利人的目的不是要取得不动产的所有权或使用权,而只是要取得不动产上的抵押权,抵押权属于价值权,其通过赋予债权人就抵押财产变价的优先受偿权来确保债权的实现。因此,只要抵押权预告登记能够转为抵押权登记即可,无须排除法院的查封或预查封措施。《拍变卖规定》第31条第1款明确规定,对于被执行人所有的其他人享有担保物权的财产也可以拍卖,该财产上原有的担保物权及其他优先受偿权因拍卖而消灭,拍卖所得价款,应当优先清偿担保物权人及其他优先受偿权人的债权,但当事人另有约定的除外。既然连现实的抵押权都无法对抗处分性强制执行措施,遑论抵押权的预告登记!

需要注意的是两个问题:其一,预购商品房抵押权预告登记比较特殊,其是建立在预购商

品房预告登记基础上的。因此,预购人作为预购商品房预告登记权利人有权依据《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》第 30 条提出停止处分的异议,并且在预购商品房预告登记符合转为房屋所有权转移登记时,提出排除执行的异议。这样一来,预购商品房抵押权预告登记权利人的利益也因此得到了很好的保护。其二,若被执行人的不动产上有抵押权预告登记,在该不动产被拍卖、变卖后,则理论上,预告登记也应归于消灭。但由于此时债权人享有的只是预告登记的“抵押权”,而非本登记的抵押权,其是否能够依据《拍卖变卖规定》第 31 条第 1 款将拍卖所得价款优先清偿原预告登记权利人,就存在疑问。笔者认为,鉴于抵押权预告登记能否转为抵押权登记存在一定的不确定性,为了保障抵押权预告登记转为抵押权登记后抵押权人的利益,可以参考《企业破产法》第 117 条第 1 款对破产财产分配时债权人附生效条件或解除条件的债权的处理方法,即人民法院应当从拍卖所得价款中扣除抵押权担保的债权数额,将其提存,留待抵押权预告登记转为抵押权登记后用于满足抵押权人的优先受偿权。如果抵押权预告登记未能转为抵押权登记的,则该部分价款应当用于清偿申请执行人的债权。

(三)抵押权预告登记是否具有顺位效力

预告登记的顺位效力,是指债权人办理预告登记后,因预告登记已经表明了被担保的请求权经过履行后将产生某种不动产权,故此,将来该物权一旦产生后就会取得预告登记所具有的顺位。从比较法来看,尽管就预告登记是否能够限制登记名义人对不动产的处分,各国或地区的立法不一,但只要是建立了预告登记的国家或地区,立法上都承认预告登记的有顺位效力(Rangwirkung)。例如,《德国民法典》第 883 条第 3 款规定:“请求权以权利的给予为目的的,按照预告登记来确定该项权利的顺位。”这就是说,被预告登记的权利此后被登记时(即进行本登记时),其顺位溯及至预告登记的那个登记时间。它所获得的顺位,就是它当初假如不为预告登记而是立即并直接登记时所应占据的顺位。例如,在没有负担的土地上,抵押人为 A 登记了一项抵押权预告登记,此后,在该土地上又依次登记了另外两个抵押权,那么 A 的抵押权是第一顺位的。预告登记的这一顺位效力在登记技术上是通过《土地登记条例》第 12 条第 1n 款的规定来实现的。^[54]再如,《瑞士民法典》第 959 条与第 960 条对预告登记作出了规定。依据第 959 条第 2 款、第 960 条第 2 款之规定,预告登记的权利对他人此后就同一不动产取得的权利具有对抗效力(Wirkung gegenueber jedem spaeter erworbenen Recht)。申言之,首先,经预告登记的权利原则上在不动产登记簿上取得了在前的顺位,预告登记本身并不阻碍针对同一不动产上顺位在后的权利的登记申请,不产生登记簿的障碍。其次,预告登记的权利优先于在设立的物权性权利以及在后设立的预告登记。第三,预告登记具有对抗在预告登记之后强制执行措施的效力。^[55]日本法上的假登记也具有顺位效力,因为“假登记是为了在将来进行一定的本登记的可能性的情形下保存其顺位,并以此警告他人的一种登记”。自然,假登记的顺位、内容等应与本登记保持一致。^[56]一方面,由于登记并非不动产物权变动的生效要

[54] Baur/Stuerner, Sachenrecht, § 20, Rn 49.

[55] Handkomm - Bernhard Trauffer, ZGB, N 965.

[56] 参见(日)我妻荣:《新订物权法》,有泉享补订,罗丽译,中国法制出版社 2008 年版,第 89 页。

件,因此当事人之间的不动产物权变动在已因意思表示而发生效力后,因未有完备的手续(如在需要第三人许可的情况下,尚未获得书面许可),无法完成本登记。此时,通过假登记可以保全当事人已经取得的不动产物权在将来登记时的顺位,这是保全物权的假登记;另一方面,在当事人变动不动产物权的意思表示因附始期、附停止条件时,该意思表示尚未生效,为了保全将来物权变动生效后进行本登记的顺位,当事人之间也可以进行假登记,这是保全债权请求权的假登记。^[57] 韩国效仿日本,也规定了假登记制度。韩国的《不动产登记法》承认了预告登记的顺位效力,其第6条第2款规定:“已办理假登记时,本登记的顺位依假登记的顺位。”不过,韩国民法中假登记的保全顺位的效力比较特殊,因为假登记的顺位效力并不意味着物权变动时间也溯及至假登记之时,即物权变动仍然是在纳入本登记时生效。例如,甲就其不动产所有权转移与乙进行了假登记,然后又与丙进行了同样内容的本登记。如果乙进行了登记,则乙的顺位优先于丙,丙所进行的本登记失去效力。如果乙没有办理本登记,则丙已经办理的本登记的效力不受影响。^[58]

我国《物权法》没有明文规定预告登记是否具有顺位效力。实践中,有一些法院的判决明确承认了预告登记的顺位效力。例如,在“中国建设银行股份有限公司文登支行与山东凯威融资担保有限公司、杜俊花等金融借款合同纠纷审判监督案”中,法院认为:“涉案房产虽然办理了预购商品房抵押权预告登记,但预告登记不等同于抵押登记,其保护的是抵押权的登记顺序,即只保障预告登记权利人在能够进行不动产登记时优先于他人办理抵押登记。”^[59]然而,有学者认为,预告登记不应具有顺位效力,理由在于:一方面,《物权法》第20条并未明确承认预告登记具有顺位效力;另一方面,依据《物权法》第14条,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生法律效力。该条未设但书,故此物权变动的时间点应当以本登记为准,预告登记不具有顺位效力。^[60]

笔者认为,上述学者的观点殊为不妥。首先,所谓预告登记的顺位效力并非指预告登记之后就发生不动产物权变动效力,而是说被预告登记的权利在此后进行本登记时,其原先在不动产登记簿上的顺位不发生变化,仍应以预告登记的顺位为准。至于不动产物权按变动的生效时间点当然仍以预告登记转为本登记的那个时间点为准,故此,预告登记的顺位效力与《物权法》第14条关于不动产物权变动的效力以本登记的时间点为准的规定并无矛盾之处。

其次,在承认预告登记的顺位效力的前提下,不动产登记名义人(预告登记义务人)可以将已经办理抵押权预告登记的不动产再次抵押,或者再次设立抵押权预告登记,这对于在先的预告登记权利人不会产生不利影响。如果不承认预告登记具有顺位效力,则登记名义人就不能再将已经办理预告登记的不动产进行抵押。这样做,显然不利于充分地发挥物的效用,实现

[57] 张龙文:《民法物权实务研究》,台湾汉林出版社1977年版,第193页以下。

[58] 崔吉子:《韩国物权法专题研究》,北京大学出版社2013年版,第133页。

[59] 参见威海市中级人民法院(2014)威民再终字第24号民事判决书。采取相同观点的判决书还有:“中国银行股份有限公司胶州支行与周凯、刘忠暖等金融借款合同纠纷案”,青岛市中级人民法院(2015)青金商终字第37号民事判决书;“中国建设银行股份有限公司沈阳苏家屯支行与单宇含、沈阳盈达房地产开发有限公司金融借款合同纠纷案”,沈阳市中级人民法院(2015)沈中民四终字第147号民事判决书。

[60] 崔建远,见前注[32],第194—195页。

《物权法》的立法目的。

最后,我国现行法已明确认可了预告登记的顺位效力。《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第3款规定:“预告登记后,债权未消灭且自能够进行相应的不动产登记之日起3个月内,当事人申请不动产登记的,不动产登记机构应当按照预告登记事项办理相应的登记。”所谓“按照预告登记事项”办理相应的登记,就包括按照预告登记的顺位来确定相应登记的类型、登记的权利内容、登记的顺位等。

(四)抵押权预告登记权利人是否享有优先受偿权

1. 讨论该问题的意义

当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时,作为债权人的抵押权预告登记权利人是否就抵押财产享有优先受偿权,这是司法实践中争议特别大的问题。对该问题的回答,对预告登记权利人的利益影响巨大,也直接决定了预告登记制度能否真正发挥保障物权实现的功能。如果持肯定的观点,抵押权预告登记的权利人就有将抵押财产变价并优先受偿的权利,即便抵押人破产或抵押财产被强制执行,预告登记权利人的利益也不受影响。反之,如果否定抵押权预告登记权利人的优先受偿权,则其只能作为普通债权人参与破产的分配或强制执行中的财产分配,利益难以保障。不仅如此,对抵押权预告登记权利人有无优先受偿权问题的回答,还直接决定了对以下三个问题的处理结果:

(1)混合共同担保中债权人实现担保权的先后顺序问题。当债权既有债务人提供的不动产抵押权预告登记担保,又有保证人的保证担保,且当事人并未约定各个担保权实现的先后顺序时,如果肯定不动产抵押权预告登记权利人的优先受偿权,那么当债务人不履行到期债务时,依据《物权法》第176条,债权人应当先就债务人提供的物的担保实现债权,仍未满足债权的,方可要求保证人承担保证责任。例如,有的法院在判决中认为:

朱妍睿以南京市秦淮区中山南路239号盛天大厦D座309室房产为其向招行龙蟠路支行的贷款提供抵押担保时,该房产尚处于在建状态,故招行龙蟠路支行、盛天某与朱妍睿签订案涉《南京市房地产抵押合同(预购商品房贷款抵押)》并办理了抵押预告登记。在朱妍睿未能依约履行还款义务时,招行龙蟠路支行有权处分被抵押房产,以优先清偿其债权。

根据《物权法》第176条的规定,“现《个人购房(抵押)借款合同》及《南京市房地产抵押合同(预购商品房贷款抵押)》中均未约定适用物保和人保受偿的先后顺序,故招行龙蟠路支行应先就物的担保实现债权”。〔61〕

倘若否定抵押权预告登记权利人的优先受偿权,由于不存在同一债权既有人保又有物保的问题,自然不适用《物权法》第176条,债权人有权选择任何一种担保加以实现。例如,有的法院认为:

〔61〕 参见“南京盛天置业有限公司与招商银行股份有限公司南京龙蟠路支行、朱妍睿借款合同纠纷案”,南京市中级人民法院(2014)宁商终字第1399号民事判决书。采取相同观点的判决还有:“温州市住房公积金管理中心与钱晓燕、温州市中厦房地产开发有限公司借款合同纠纷案”,温州市鹿城区人民法院(2014)温鹿商初字第4557号民事判决书;“中国银行股份有限公司南京城南支行与南京江宁万达广场有限公司、李霞、李志龙借款合同纠纷案”,南京市秦淮区人民法院(2015)秦商初字第145号民事判决书;“广东省阳东农村商业银行股份有限公司与陈春柳借款合同纠纷案”,阳东县人民法院(2014)阳东法民二初字第16号民事判决书。

故预告登记之效力在于登记将来发生抵押权变动的请求权,使登记权利人取得可以对抗第三人的效力,以保障将来实现物权,而抵押权则应依法自办理抵押权设立登记时方为设立。本案中,工行环城支行为涉案房屋预购商品房抵押权预告登记权利人,在未办理房屋抵押权设立登记之前,其享有的是当抵押登记条件成就或约定期限届满对涉案房屋办理抵押权登记的请求权,并可对抗他人针对涉案房屋的处分,但涉案房屋尚未办理抵押登记,故工行环城支行尚未取得现实抵押权,其主张行使抵押权缺乏法律依据……。本案中,涉案房屋尚未办理抵押登记,工行环城支行的抵押权尚未设立,故不存在被担保债权既有物的担保又有人的担保的情形,粤兴华公司应当按照合同约定承担保证责任。〔62〕

(2)阶段性保证担保的保证人是否免除保证责任的问题。实践中,预购人向银行等金融机构进行购房贷款时,债权人除了要求预购人以预购商品房抵押外,还会要求房地产开发企业就该购房贷款提供所谓“阶段性保证担保”,即当事人约定“保证人承担保证责任的期间至债权人就合同项下不动产办妥登记时或有效抵押设立时为止”。倘若认为抵押权预告登记权利人有优先受偿权,就意味着只要办理了抵押权预告登记办理完毕,有效抵押就设立完成了。自然,保证人因阶段性保证责任到期而免除保证责任。反之,如果认为抵押权的预告登记不发生优先受偿效力,只有在预告登记转为作为本登记的抵押权首次登记后债权人成为抵押权人,方有优先受偿权,保证人在此之前是不能免除保证担保责任的。例如,有的法院认为:

所谓阶段性连带保证,其本意就是让房产开发商为借款人在该阶段内(贷款合同签署之日起至抵押有效设定,相关权利证明文件交付银行执管之日止)向银行履行还款义务提供保证,亦为银行获得安全的房屋抵押担保的等待过程提供保证。一旦房屋抵押设定成功,该阶段性保证的任务完成,即阶段性保证期限届满之时即是银行获得借款人的房屋抵押担保之时。而抵押预告登记与正式抵押登记有所不同,根据物权法相关规定,在特定情况下,抵押预告登记未转为正式抵押登记,抵押权人将无法优先受偿。因此,预告抵押登记不能认定为有效抵押,本案抵押预告登记在未变更为抵押登记之前,根据物权法定原则,光大银行北外滩支行就抵押房屋处分并优先受偿的权利仍存在不确定性,即爱法房产公司提供的阶段性连带保证的期限届满条件未成就。故爱法房产公司仍应向光大银行北外滩支行承担连带保证责任。〔63〕

〔62〕 参见“中国工商银行股份有限公司广州环城支行、广州粤兴华实业有限公司与易东云借款合同纠纷案”,广州市中级人民法院(2014)穗中法金民初字第1327号民事判决书。类似的判决参见:“中国银行股份有限公司南宁市琅东支行与龚艳红、南宁新涓公河房地产有限公司金融借款合同纠纷案”,南宁市中级人民法院(2015)南市民再终字第2号民事判决书;“中国工商银行股份有限公司无锡城南支行与深圳茂业和平商厦无锡有限公司、郑孝平金融借款合同纠纷案”,无锡市中级人民法院(2014)锡商终字第0324号民事判决书。

〔63〕 参见“上海爱法房地产经营开发有限公司与中国光大银行股份有限公司上海北外滩支行、虞新梅金融借款合同纠纷案”,上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民六(商)终字第221号民事判决书。相同判决,参见“中国建设银行股份有限公司瑞安支行与温州市九洲房地产开发有限公司瑞安分公司、谢伟勇等金融借款合同纠纷案”,温州市中级人民法院(2015)浙温商终字第311号民事判决书;“中国建设银行股份有限公司温州分行与温州市鹿城区房地产开发总公司、潘洋金融借款合同纠纷案”,温州市中级人民法院(2015)浙温商终字第929号民事判决书。

(3)债权人是否构成放弃物的担保的认定问题。如果认为不动产抵押权预告登记权利人具有优先受偿权,那么在混合共同担保的情况下,作为债权人的预告登记权利人在就债务人提供的不动产享有预告登记权利时,其不能随意放弃预告登记或怠于行使优先受偿权,否则依据《物权法》第194条第2款、《担保法解释》第38条第3款,其他担保人将在“抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任”。反之,即便不动产抵押权预告登记权利人放弃预告登记,也不会导致其他担保人的免责。

2. 司法实践中的不同观点

从笔者检索中国裁判文书网等案例数据库的情况来看,我国各地、各级法院就抵押权预告登记权利人是否享有优先受偿权的争议,基本上集中在预购商品房抵押权的预告登记之上,基本上就是肯定说与否定说这两种观点。

肯定说认为,无论是抵押预告登记,还是正式的抵押登记,只要当事人在不动产登记机构办理了以抵押为意思表示的登记,抵押权就有效设立。债务人不能清偿到期债务时,作为债权人的预告登记权利人有权就抵押财产优先受偿。^[64]例如,安徽省高级人民法院的一则判决认为:

买受人刘忠发以所购买的尚未取得产权证的不动产进行抵押并办理了抵押预告登记,当债权届至而尚未办理产权登记及抵押登记时,如果要求抵押权人必须等待办理房屋产权证和正式抵押登记后才能行使抵押权,显然不符合立法本意及当事人签订《抵押担保合同》的本意。本院认为,案涉《抵押担保合同》签订后,在登记机构办理了抵押预告登记,在借款人刘忠发逾期不能偿还借款时,依据《中华人民共和国物权法》第一百八十条和第一百八十七条的规定,中行南城支行有权以该抵押财产或者以拍卖、变卖该抵押物的价款优先受偿。^[65]

否定说认为,抵押权预告登记权利人不享有优先受偿效力。理由在于:首先,抵押权预告登记不同于抵押权登记,办理预告登记并未使债权人现实地取得抵押权,只是使债权人取得了将来发生抵押权变动的请求权,该请求权经预告登记后具有了物权变动的排他效力。申言之,作为预告登记权利人的债权人享有的只是当抵押登记条件成就时或约定期限届满时对涉案的不动产办理抵押权登记的请求权,并可对抗他人针对该涉案不动产的处分,但在办理抵押权登记前,债权人并未取得现实的抵押权。其次,《物权法》明确

[64] 参见“中国建设银行股份有限公司黄山市分行与袁晶、白晶等金融借款合同纠纷案”,黄山市中级人民法院(2014)黄中法民二初字第00031号民事判决书;“中国银行股份有限公司胶州支行与周凯、刘忠暖等金融借款合同纠纷案”,青岛市中级人民法院(2015)青金商终字第37号民事判决书;“中国银行股份有限公司温州市瓯海区支、温州东南集团有限公司与胡静、叶向东金融借款合同纠纷案”,温州市中级人民法院(2013)浙温商终字第1188号民事判决书。

[65] 参见“中国银行股份有限公司合肥南城支行与刘忠发、刘娟等借款合同纠纷案”,安徽省高级人民法院(2014)皖民二终字第00780号民事判决书。

采取了物权法定原则,物权的种类和内容应当由法律规定。现行法规定的担保物权就是抵押权、质权和留置权。抵押权预告登记不属于法定的担保物权,不具有优先受偿效力。第三,从《物权法》第20条来看,法律并未赋予预告登记权利人对不动产本身享有其他特权(如法定优先权或支配权)。预告登记公示的仅仅是不动产将在未来有可能发生物权变动的一种安排,而非对物权变动已经发生的公示。因此,预告登记不可能使债权人立即变成物权人,也不能使债权人具有担保物权人相同的地位(即不能使债权人对不动产享有支配权和优先权)。此外,从合理性上来说,预告登记权利人仅可以利用预告登记制度而冻结债务人的财产即限制其处分权,但较之于其他债权人,预告登记权利人并无特别的利益付出,也无特殊的利益需要法律予以特别的保护。预告登记权利人没有理由在任何情况下具有优先于其他债权人的法律地位。^[66]第四,就预购商品房抵押权预告登记而言,由于涉案房屋尚未竣工,会继续建造还是就此停建未为可知,此时实现抵押权不能反映抵押物的实际价值,实现抵押权的条件尚不成就,故预告登记权利人只能在房屋建成符合抵押权登记条件或房屋确定停建后方享有优先受偿权。^[67]最后,由于我国禁止预购商品房转让,因此预购商品房没有市场流通性,不能成为优先受偿权的标的物。如果无视预告登记的制度功能,认为银行基于抵押权的预告登记对预购商品房享有优先受偿权,也是无法成真的一句空话。^[68]

我国不少法院采取了否定说。^[69]例如,最高人民法院公报刊登的一则判决认为:

[66] 尹田,见前注[49],第181页。

[67] 参见“中国工商银行股份有限公司湖州吴兴支行与尤国祥、湖州福晖置业有限公司金融借款合同纠纷案”,湖州市中级人民法院(2015)浙湖商终字第216号民事判决书。

[68] 参见常鹏翱,前注[52],第90页。

[69] 参见“湖北厚发置业有限公司第三人撤销之诉再审纠纷案”,湖北省高级人民法院再审(2014)鄂民监三再终字第00043号民事裁定书;“赵鸿霜与新疆海里行房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案”,乌鲁木齐市中级人民法院二审(2015)乌中民四终字第1246号民事判决书;“交通银行股份有限公司大连金州支行与巴永琪金融借款合同纠纷案”,大连市中级人民法院(2015)大审民再终字第41号民事判决书;“中国工商银行股份有限公司广州环城支行与广州粤兴华实业有限公司借款合同纠纷案”,广州市中级人民法院(2014)穗中法金民终字第1327号民事判决书;“华夏银行股份有限公司义乌支行与于江仁、于丽萍、浦江新厦房地产开发有限公司金融借款合同纠纷案”,金华市中级人民法院(2015)浙金商终字第1240号民事判决书;“中信银行股份有限公司广州分行与罗礼、广州富力地产股份有限公司借款合同纠纷案”,广州市中级人民法院(2015)穗中法金民终字第978号民事判决书;“中国银行股份有限公司福州名仕支行与柯明春、林小梅、林元铨借款合同纠纷案”,福州市中级人民法院(2015)榕民终字第1626号民事判决书;“中国银行股份有限公司广州花都支行与郑月琴、清远碧桂园物业发展有限公司、孙宝寿金融借款合同纠纷案”,广州市中级人民法院(2015)穗中法金民终字第414号民事判决书;“中国农业银行股份有限公司徐州云龙支行与魏德刚、尚雪艳金融借款合同纠纷案”,徐州市中级人民法院(2014)徐商终字第0488号民事判决书;“中国工商银行股份有限公司鹤山支行与李直飞、原润珍、鹤山市碧桂园物业发展有限公司金融借款合同纠纷案”,江门市中级人民法院(2014)江中法民二终字第77号民事判决书;“赵鸿霜与新疆海里行房地产开发有限公司预售合同纠纷案”,乌鲁木齐市中级人民法院(2015)乌中民四终字第1246号民事判决书。

系争房产上设定的抵押预告登记,与抵押权设立登记具有不同的法律性质和法律效力。根据《中华人民共和国物权法》等相关法律法规的规定,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。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。即抵押权预告登记所登记的并非现实的抵押权,而是将来发生抵押权变动的请求权,该请求权具有排他效力。因此,上诉人光大银行作为系争房屋抵押权预告登记的权利人,在未办理房屋抵押权设立登记之前,其享有的是当抵押登记条件成就或约定期限届满对系争房屋办理抵押权登记的请求权,并可排他性地对抗他人针对系争房屋的处分,但并非对系争房屋享有现实抵押权。^[70]

(三)本文的观点

本文认为,抵押权预告登记确实不同于抵押权登记,一概承认抵押权预告登记权利人具有优先受偿权,将导致抵押权预告登记与抵押权登记的混淆,确属不妥。但是,就预购商品房抵押权预告登记的权利人而言,在符合抵押权实现条件时,完全可以例外地承认预告登记权利人享有优先受偿权。事实上,我国司法实践中抵押权预告登记权利人是否具有优先受偿的问题,基本上也只是针对预购商品房抵押权预告登记权利人而言的,而这恰恰是我国法上预告登记制度所独有的问题。之所以如此,根本原因就在预购商品房抵押权的特殊性。具体来说,预购人在购买预售的商品房时,以预购商品房向银行抵押贷款,此时因房屋尚未建造完毕,没有办理房屋所有权首次登记,故此预购人为确保将来能够确定地取得预购商品房的所有权,只能办理预购商品房的预告登记。而在预购人需要贷款购房时,作为债权人的银行也只能与预购人办理预购商品房抵押权的预告登记。然而,房屋从开始建造到建造完毕,到办理所有权首次登记,再到预购商品房抵押权预告登记转为抵押权登记,必然需要一段时间甚至是较长的时间。在此期间,预购人不按约偿还贷款的违约情形很容易发生。一旦预购人违约不偿还贷款,预购商品房抵押权预告登记的权利人就极有必要通过优先受偿来确保自己的利益。如果不承认抵押权预告登记权利人具有优先受偿,就等于否定了预购商品房抵押制度。试想,在债务人不履行到期债务时,如果预购商品房抵押权预告登记权利人根本不可能有优先受偿权,那么预购商品房抵押还有什么担保功能?预购人又凭什么可以通过预购商品房抵押来获得融资呢?如此一来,势必极大地损害银行等金融机构信贷的积极性,从长远来看,势必影响我国房地产市场的发展。

此外,在预购商品房抵押中不承认抵押权预告登记权利人的优先受偿权,也是非常不公平的。因为,债权人与预购人办理了预购商品房抵押权的预告登记后,该预告登记能否转为房屋

^[70] 参见“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2014年第9期,第36—40页。

抵押权登记取决于是否满足以下两项条件:其一,房地产开发企业是否能够办理房屋所有权首次登记;其二,预购人是否能够与房地产开发企业将预购商品房的预告登记转为房屋所有权转移登记。然而,无论是房地产开发企业因为违反规划或故意拖延等原因而未能办理房屋所有权首次登记,还是预购人不配合房地产开发企业办理预购商品房预告登记转为房屋所有权转移登记,都不是作为预购商品房抵押权预告登记权利人的贷款银行等债权人所能控制的,与其无关。在这种情况下,完全否认预购商品房抵押权预告登记的权利人在满足抵押权实现条件时的优先受偿权,仅认为预告登记权利人只能请求预购人与其办理共同申请,将预购商品房抵押权预告登记转为房屋抵押权登记,显然是很不合理的。正因如此,有些法院认为,在当事人办理了抵押权预告登记后,“未予办理产权登记手续而导致所购房屋无法办理正式的抵押登记,过错方系抵押人,而非抵押权人”,^[71]故抵押权预告登记权利人有权对预告登记的标的物在折价或者拍卖、变卖后所得价款享有优先受偿权。

有人可能会认为,既然贷款银行已经有房地产开发企业的阶段性保证担保,那么即便不承认预购商品房抵押权预告登记权利人的优先受偿权又有何妨?笔者认为,尽管房地产开发企业的阶段性保证为贷款银行提供了一定的安全性,但是,一方面,阶段性担保的存在乃是当事人基于现实考虑的选择,如实践中贷款银行多是希望通过阶段性担保来督促房地产开发企业尽快施工建设并完成房屋所有权的首次登记,以防止“烂尾楼”。阶段性担保的存在并不足以否定预购商品房抵押权预告登记权利人在符合抵押权实现条件时的优先受偿权。另一方面,阶段性担保属于保证担保,是一种人的担保,本质上是以一个债权担保另一个债权,当保证人即房地产开发企业破产时,则此种阶段性担保对于保证贷款银行的信贷安全的作用就很小了。

至于有的人担心的承认抵押权预告登记权利人的优先受偿权会导致抵押权预告登记与抵押权登记无法区分,甚至违反物权法定原则的问题,笔者认为,此种忧虑没有必要。首先,在没有出现债务人不履行到期债务或者发生当时约定的抵押权实现情形时,抵押权人尚且不能就抵押财产变价并优先受偿,而抵押权预告登记权利人更是不可能享有所谓的优先受偿权。只有当债务人不履行到期债务或者发生约定的抵押权实现情形时,抵押权预告登记权利人才会进一步享有优先受偿效力。其次,预购商品房抵押权预告登记权利人优先受偿权的产生本身也是需要满足抵押权实现条件的,在不具备这个条件的情形下,抵押权预告登记仅仅具有限制处分的效力,而不发生优先受偿的问题。因此,在满足抵押权实现条件的情形下,承认预购商品房抵押权预告登记权利人的优先受偿权,也并不会导致抵押权登记与抵押权预告登记的混淆。况且,预告登记本身就是横跨物权法与债权法的制度,其兼具债权性与物权性。在特定条

[71] 参见“中国工商银行股份有限公司嘉兴分行与王沐露、杨赛芳、嘉兴湖畔华府置业有限公司金融借款合同纠纷案”,嘉兴市中级人民法院(2015)浙嘉商外终字第12号民事判决书;“融侨集团股份有限公司与招商银行股份有限公司福州分行、林小敏、占立峰借款合同纠纷案”,福州市中级人民法院(2015)榕民终字第1771号民事判决书。相关案例分析,参见林秀榕、陈光卓:“抵押权预告登记权利人无过错时有权对商品房优先受偿”,《人民司法·案例》2016年第14期,第8—12页。

件下承认预购商品房抵押权预告登记权利人的优先受偿效力,不等于一律赋予抵押权预告登记权利人以优先受偿权,其与物权法定原则也不发生冲突。最后,至于一些学者担心预购商品房无法变现的问题,并非是因为预购商品房本身没有价值引起的,而只是因为我国在房地产市场调控时政府采取的限制行为所致,而这种限制也只是针对当事人之间通过转让预购商品房而已,并未将预购商品房作为禁止流通物。因此,预购商品房抵押权预告登记的权利人可以通过请求法院拍卖的方式来实现预购商品房的变现,对此并无法律上的障碍。

Abstract: The Registration of the Caution has broader application, including not only for the agreement of transferring ownership of premises and right to use land for construction, but also for the deal of creation, change or elimination of the real right of real estate. Parties can apply the registration of the caution when they set a mortgage with real property. The categories of registration of the caution for hypotheca include mortgages with premise, the right to use land for construction, and advance sale of commercial house. There is no obstacle for China law to apply registration of the caution in the case of advance—selling commercial houses or mortgages with them, as it is negligent to oppose the application according to German law. The nature of a mortgage with buildings under construction is official registration rather than advance registration. The registration of the caution could not limit the mortgagor to create more mortgages or resist the seizing, pre—seizing, selling off and auction by courts, although it has the power to limit the ability of disposal. It is necessary to admit the effect of the sequence or the right to the registration of hypotheca. The holder of the registration of the caution for hypotheca, except for the case of advance—selling commercial house, basically does not enjoy right of pledge.

Key Words: Hypotheca; Registration of the Caution; Mortgages with Advance—selling Commercial House; Mortgages with Buildings Under Construction; The Right of Pledge

(责任编辑:许德风)