

商品房抵押权预告登记法律效力研究

● 段丽娟



[摘要] 抵押权预告登记具有债权和物权双重属性。抵押权预告登记的效力应呈“二效力说”。从债权属性出发,抵押权预告登记权利人只能向义务人请求办理抵押登记;从物权属性出发,抵押权预告登记具有优先效力和有限的阻却效力。抵押权预告登记的效力具有附条件的特征。本文对厘清抵押权人和抵押权预告登记权利人的权利边界进行分析,对如何理解抵押权预告登记的法律效力进行研究,希望能够对司法实务和理论研究有所裨益。

[关键词] 预告登记;优先受偿;阻却效力

Q 商品房抵押权预告登记效力产生背景

我国采用商品房预售制度,购房人从开发商处购买房屋不能立即办理不动产权证,为防范开发商一房多卖的风险,从而产生了预售商品房的预告登记制度。在商品房买卖过程中,购房人往往因购房资金不足需要向银行进行融资,银行需要以房屋进行抵押,保障贷款可以顺利回收。在购房人尚未取得不动产权证之前,只能通过办理抵押权预告登记来保障银行权益。

《担保制度司法解释》第52条首次明确抵押权预告登记的优先受偿效力。既然抵押权尚未正式登记,抵押权预告登记的权利人就无法享有法律上赋予的属于抵押权人的权利,但预告登记又属于物权制度的组成部分,理应产生相应的法律效力。很明显,抵押权人和抵押权预告登记权利人二者享有的权利边界存在交叉,但不完全重叠。

Q 商品房抵押权预告登记效力的理论之争与实务分歧

(一) 商品房抵押权预告登记的理论之争

学术界关于商品房预抵押效力的观点并不统一,存在多种不同意见:第一种为绝对对抗效力说。预告登记权利人具有决定是否产生物权变动效力的权利,即限制预告登记义务人处分的权利。该观点主张抵押权预告登记具有绝对对抗效力,即未经预告登记权利人同意,物权变动行为绝对不产生物权效力。结合《民法典》第221条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第4条之规定,预告登记权利人对物权变动行为的物权效力具有决定性作用。第二种为顺位说。预告登记权利人具有实现自身权利的顺位权。该观点并不坚持绝对的对抗效力

观点,该立场在对抗效力的基础之上进一步添加了具有对抗效力的条件,即预告登记使得权利人和第三人的权利之间存在先后顺位,既然是顺位,若权利人放弃登记利益或债权消灭,第三人的权利即可得到实现。第三种为预告登记权利人不享有限制处分权利,仅享有顺位保护权利。

绝对对抗效力说的实定法依据是《民法典》第221条,但是该观点无法解释在不动产抵押预告登记场景中,《民法典》第221条与第406条存在规则冲突的解决方案。《民法典》第221条规定:“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。”《民法典》第406条规定:“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。……抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。”按照第406条,在预抵押权人的权利范围小于正式抵押权人的权利范围的前提下,既然转让抵押财产已经无需抵押权人同意,又如何使处分行为不产生物权效力?

(二) 商品房抵押权预告登记效力的实务分歧

甲(购房者)为了向银行(抵押权预告登记权利人)融资购买房屋,甲与银行签订包含抵押条款的借款合同,并为抵押权办理预告登记。若购房人在办理正式抵押登记之前出现断供无法清偿借款的情形,银行是否能够就涉案房产进行拍卖变卖并就所得价款优先受偿?由于缺乏统一的裁判标准,导致类案不同判的现象比比皆是。

案例一:在最高人民法院审理的一例再审案件中,最高人民法院主张抵押预告登记在未办理抵押权登记的情况下,房屋抵押权没有有效设立,因此银行作为抵押预告登记权利人仅仅享有办理抵押权登记的请求权,而不享有优先受偿权。

案例二：2008年，丁某、某公司与招商银行签订《个人购房(抵押)借款合同》，约定丁某购买某公司开发的房产一处，并且以该房产作抵押向招商银行申请个人住房贷款。同日，丁某与招商银行签订《南京市某某区房地产抵押合同(预购商品房贷款抵押)》，约定将该房屋抵押给招商银行，并经房管局办理抵押预告登记手续。后丁某未按时还款，招商银行提起诉讼。法院认为，预告登记的本质特征是使被登记的请求权具有物权的效力，对后来发生的与该项请求权内容相同的物权的处分行为具有排他的效力，从而保障预告登记的请求权将来实现。本案中房屋已经设立抵押预告登记，且该房屋符合办理权证条件，因此招商银行有权就涉案房屋优先受偿。

上述两个案例关于抵押权预告登记的权利人是否享有优先受偿权这一问题存在截然不同的司法观点。这说明司法实务关于抵押权预告登记的权利人所享有的权利、抵押权预告登记的法律效力等问题仍未取得统一的裁判结果。

Q 商品房抵押权预告登记效力的应然立场

(一)抵押权预告登记的双重属性

德国也曾掀起对预告登记性质的讨论。德国关于预告登记性质的学术观点主要分为三类。(1)债权请求权保全说。这一观点是德国学术界多数派观点，持这类观点的学者主张预告登记即便具有了物权的一些特性，但与典型的物权存在明显差别，其本质上是物权变动请求权的保全方式。预告登记权利人通过预告登记程序，使其物权变动请求权，如办理抵押权正式登记能够排除其他人的非法干扰。(2)物权说。该学说将预告登记与物权置于相同地位，所有不动产物权的法律规范可以适用于预告登记。(3)债权物权化说。预告登记在很多场合下被视为是债权物权化的典型。上述三种观点并无太多差异，之所以出现结论的不同，其实是学者们思考的角度存在差异。债权请求权保全说的观点着眼于预告登记对于物权请求权的保全功能，物权说和债权物权化说的观点则关注预告登记实行之后的法律效果。

本文主张抵押权预告登记兼具债权属性和物权属性。一方面，部分购房者为了充盈购房实力选择与金融机构进行融资，购房者与金融机构之间成立金融借贷的法律关系。为了保障金融机构的债权能够得到实现，购房者、金融机构、开发商三方作为当事人共同签订金融借款合同或抵押协议，约定将日后取得的房子进行抵押，待购房者完全取得房屋所有权时办理正式的抵押登记，购房者与金融机构之间又叠加了办理抵押登记的请求权法律关系。无论是金融借贷法律关系，还是办理正式抵押登记的法律关系，都是基于当事人之间签订的合同。因此，预抵押登记所担保的权利具有债权属性；另一方面，抵押权预告登记的内容是债权。

债权本身具有相对性，但经过公示之后便具有对世效力。预告登记归属不动产登记中心管理，其具有对世的公示效力。经过预告登记，当事人拟交易的物权权属得以对外公示，既可避免第三人因缺乏信息披露遭受不测风云，也可保护第三人的交易预期。抵押权经过预告登记之后，法律上推定第三人因为预告登记及时获得信息披露从而知晓抵押权人的请求权，也对房屋将来存在权利负担的可能性了然于胸。总之，抵押权预告登记的内容是权利人请求义务人在未来进行抵押权正式登记的请求权，因此具有明显的债权属性。同时抵押权预告登记属于预告登记制度的组成部分，预告登记制度本身又是物权体系的重要公示制度，因此又包含些许物权属性。因此，笔者认为抵押权预告登记制度兼具债权和物权双重属性，其中，抵押权预告登记以债权属性为基本底色，而物权属性稍弱。

(二)抵押权预告登记的“二效力说”

抵押权预告登记具有优先效力和有限的阻却效力。抵押权预告登记的本质是债权，债权具有相对性。预告登记权利人只能向义务人请求进行抵押权登记，当预告登记权利人的权利受到侵害，权利人也只能向义务人主张救济，而不能向第三人主张。

预告登记具有物权属性，物权具有优先性，因此抵押权预告登记具有优先效力。尽管经过预告登记的抵押权尚未正式成立，在法律上并不存在真正的抵押权，但是《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》第52条第1款赋予预告登记权利人的债权优先受偿的制度优待。该条打破了原有的债权平等原则，因为在预告登记中的抵押权尚未生效，其所担保的债权属于普通债权，本不享有优先受偿的特殊性，但这一规定坐实了抵押权预告登记的物权属性。

同时，物权具有绝对性，绝对性具体表现为阻却效力或对抗效力。在抵押权预告登记的场合，预告登记权利人有权对抗特定的物权行为。与前述绝对的对抗效力说不同，本文虽然主张抵押权预告登记具有阻却效力，但是其阻却效力具有相当的局限性。换言之，抵押权预告登记只能对抗与预告登记内容相同的债权请求权，不能对抗所有权变动的债权请求权，具体原因如下：第一，如果主张抵押权预告登记具有绝对对抗物权行为的法律效力，或将造成体系冲突。自从《民法典》颁布之后，抵押财产转让规则经历了从需要抵押权人同意到无需抵押权人同意的变化。也就是说，依据《民法典》第406条，房屋抵押人将房屋转让给第三人时，无需经过抵押权人同意，仅需要履行通知的附随义务。在新规则体系下，房屋抵押权人主观同意与否并不影响转让行为的物权变动效果。而不动产抵押实行登记生效主义，不动产抵押生效的前提是必须办理本登记手续。已经办理

本登记手续的抵押权人尚且无法对抗物权第三人，尚未办理本登记手续的准抵押权人更不能对抗物权第三人，否则造成预告登记效力强于本登记的体系冲突。第二，依据举重以明轻的类比规则，抵押权本登记中的抵押权人尚不能对抗物权相对人，那么抵押权预告登记中的权利人更无法对抗物权相对人。无论是作为实体法的《民法典》，还是作为程序法的不动产登记规则，均不再要求抵押物转让必须经抵押权人同意。第三，不动产登记程序亦无法支撑预告登记权利人具备绝对的对抗效力。在《民法典》生效之前，原《不动产登记暂行条例实施细则（2019年修正）》第85条第2款规定抵押人处分其已办理预告登记的不动产需经预告登记权利人书面同意，否则不予办理。《民法典》生效后，基于规则配套的考虑，2021年4月6日出台《自然资源部关于做好不动产抵押权登记工作的通知》中载明抵押期间依法转让的，应当由受让人、抵押人（转让人）共同申请转移登记。即在特定条件下，不动产抵押物的转移登记不需要抵押权人共同申请登记。也就是说，在程序法上也不再将抵押权人的同意作为抵押物转移登记的必要条件。即便抵押权人不同意，也不会影响办理不动产抵押的转移登记。第四，违背物尽其用的经济规则。如果抵押权的预告登记权利人能够对抗义务人与第三人之间的所有权变动行为，这种限制抵押财产转让的对抗效力忽视了不动产市场需求，也削弱了抵押物的流转价值。预告登记义务人将抵押物即房屋转让给第三人，尽管没有经过预告登记权利人同意，但是受让人和转让人均同意由受让人承担偿付债务义务。这既符合意思自治原则，也能够使抵押物充分发挥经济价值，从而促进不动产的合理流转，满足不动产流转的市场需求。

（三）抵押权预告登记效力的特征

《民法典担保制度解释》第52条第1款规定：当事人办理抵押预告登记后，预告登记权利人请求就抵押财产优先受偿，经审查存在尚未办理建筑物所有权首次登记、预告登记的财产与办理建筑物所有权首次登记时的财产不一致、抵押预告登记已经失效等情形，导致不具备办理抵押登记条件的，人民法院不予支持；经审查已经办理建筑物所有权首次登记，且不存在预告登记失效等情形的，人民法院应予支持，并应当认定抵押权自预告登记之日起设立。

抵押权预告登记的效力具有附条件的特征。依据《担保制度司法解释》第52条，预告登记权利人主张对涉案房屋享有优先受偿权必须满足两个条件：第一，已经办理建筑物所有权首次登记；第二，抵押权预告登记尚未失效。判断抵押权预告登记是否失效的依据主要是《民法典》第221

条第2款，其规定：“预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起90日内未申请登记的，预告登记失效。”所谓能够进行不动产登记，也就是具备办理本登记即抵押登记的条件。因为抵押权预告登记具有一定的物权属性，从而具备优先受偿权和有限的对抗效力。但是现实生活中可能存在着不能及时办理抵押权正式登记的情形。如果不对预告登记的期间加以规定，有可能会形成对预告登记权利人和义务人的过度保护。因为预告登记属于期待权，如果权利持续性享有对抗效力，将会使权利状态处于不稳定的局面。预告登记权利人如果在办理正式登记条件成熟后，怠于催促义务人办理，那么就有可能因为超出期限从而失去优先受偿的可能性。

Q 结束语

综上所述，《担保制度司法解释》第52条开启了抵押权预告登记法律效力的篇章。在当前房地产市场环境下，出现该类纠纷情况越来越多，但司法实务存在类案不同判的现象。因此，有必要进一步在该法条基础之上探讨抵押权预告登记的法律效力问题。从法律属性上看，抵押权预告登记具有债权和物权双重属性，其中债权属性是其基本属性，物权属性是附随属性。结合这两个属性，笔者认为抵押权预告登记的法律效力应呈“二效力说”，即抵押权预告登记具有优先效力和有限的阻却效力。

参考文献

- [1]李玉林.《民法典》预告登记制度的司法适用——以效力问题为中心[J].法律适用,2021(08):60-70.
- [2]刘贵祥.关于当前民商事审判工作的几点思考[J].中国应用法学,2023(06):1-17.
- [3]郑倩.论预告登记之权利对义务人消极处分行为的对抗效力[J].山东社会科学,2019(04):99-106.
- [4]武诗敏.破产法视野中的以房抵债问题研究[J].法学家,2023(04):132-145,195.
- [5]袁野.“债权物权化”之范畴厘定[J].法学研究,2022,44(04):73-92.
- [6]董鹏斌.保交楼背景下我国商品房预售制度的现实挑战与续造路径[J].西南金融,2023(11):19-31.

作者简介:

段丽娟(1985—),女,汉族,湖北黄石人,本科,对外经济贸易大学在职高级课程研修班学员,平安银行股份有限公司海口分行,研究方向:法学。